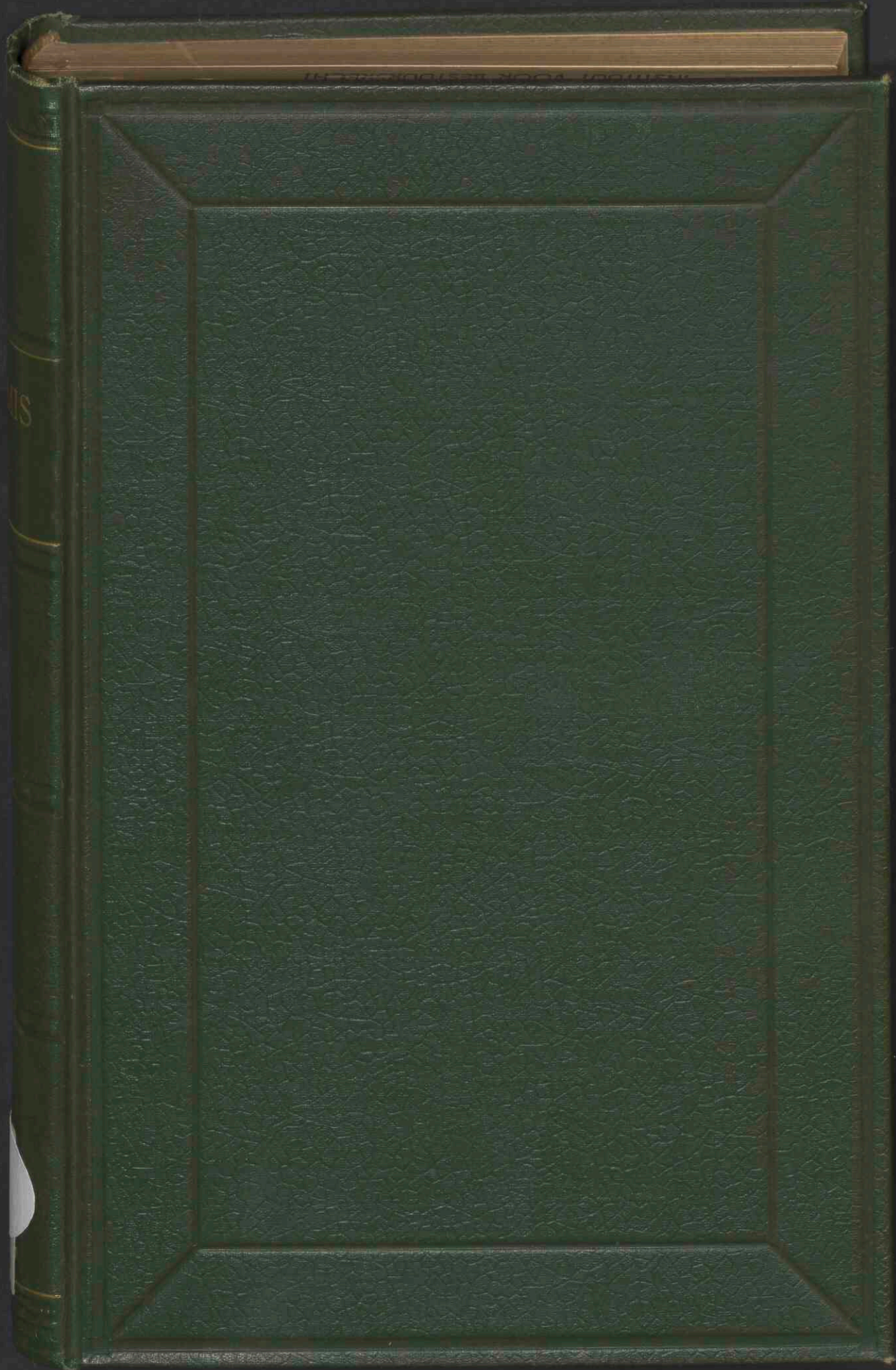
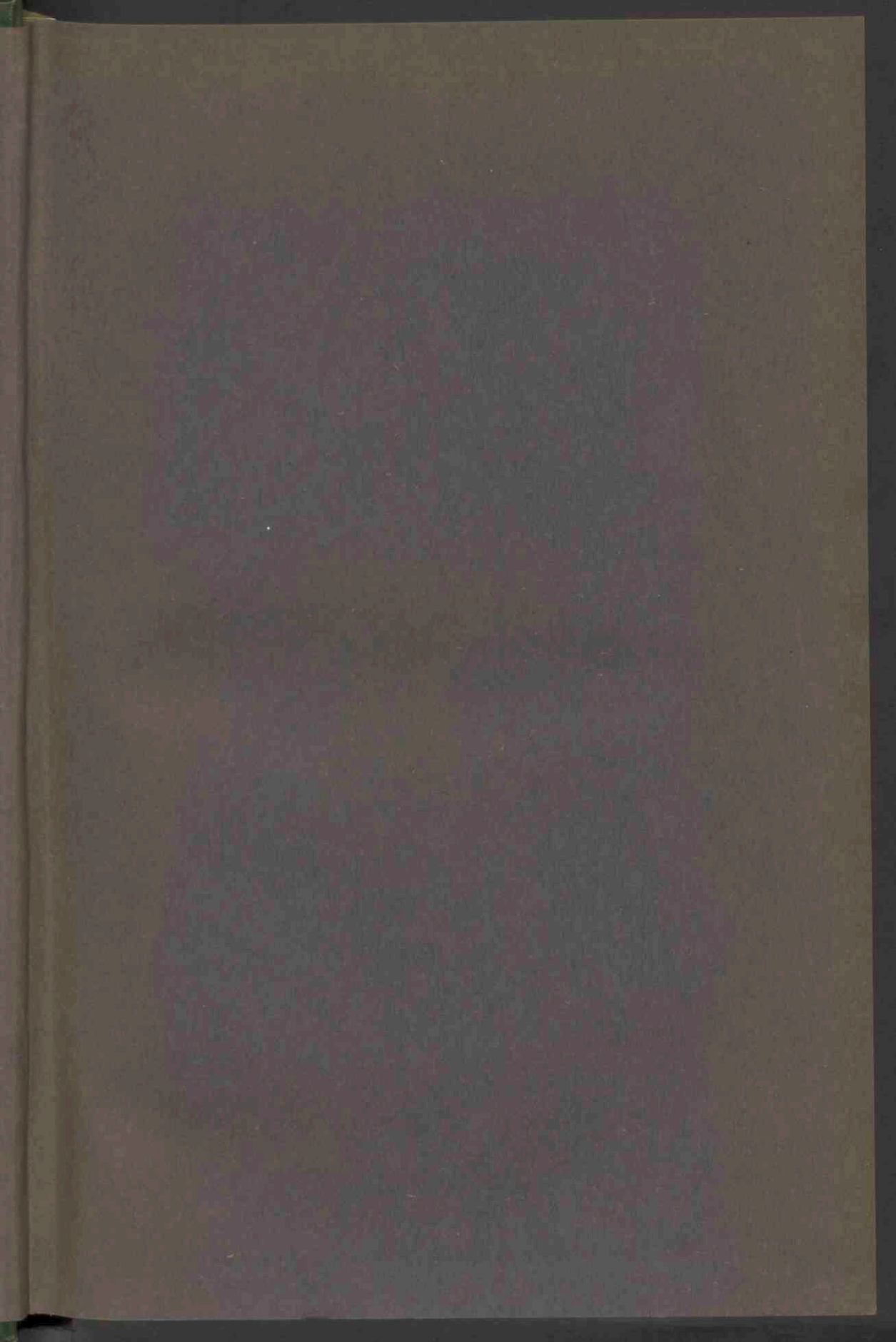


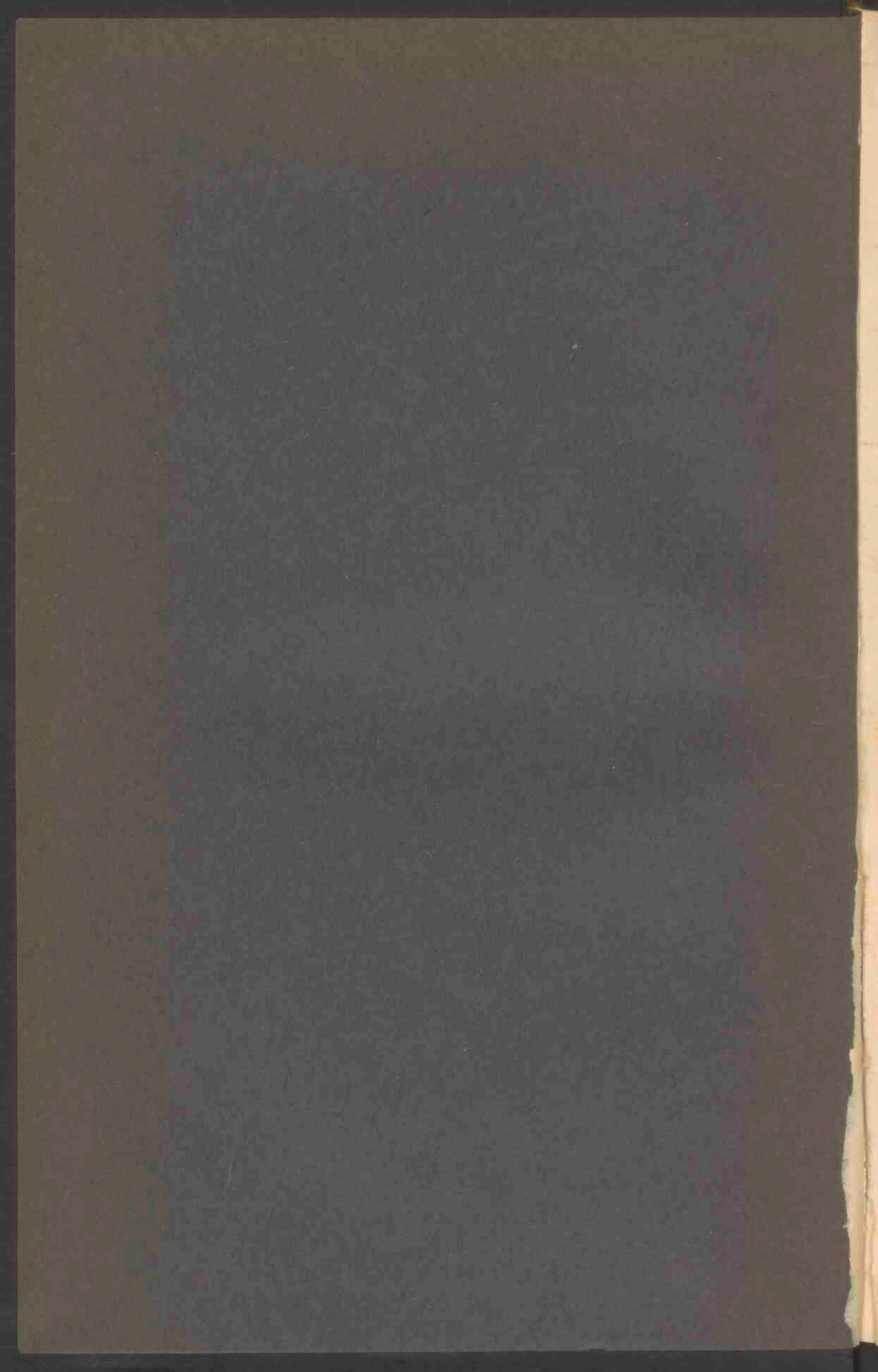


Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/437404>







INSTITUUT VOOR BESTUURSRECHT

T H E M I S.

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

ONDER REDACTIE VAN

Mr. A. HEEMSKERK, Mr. M. DE PINTO, Mr. L. DE HARTOG,
Mr. A. R. ARNTZENIUS, Mr. H. ZILLESSEN,
Mr. D. SIMONS en Mr. S. J. M. VAN GEUNS.

TWEE-EN-VIJFTIGSTE DEEL

1891.



's-GRAVENHAGE
GEBROEDERS BELINFANTE.

1891.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

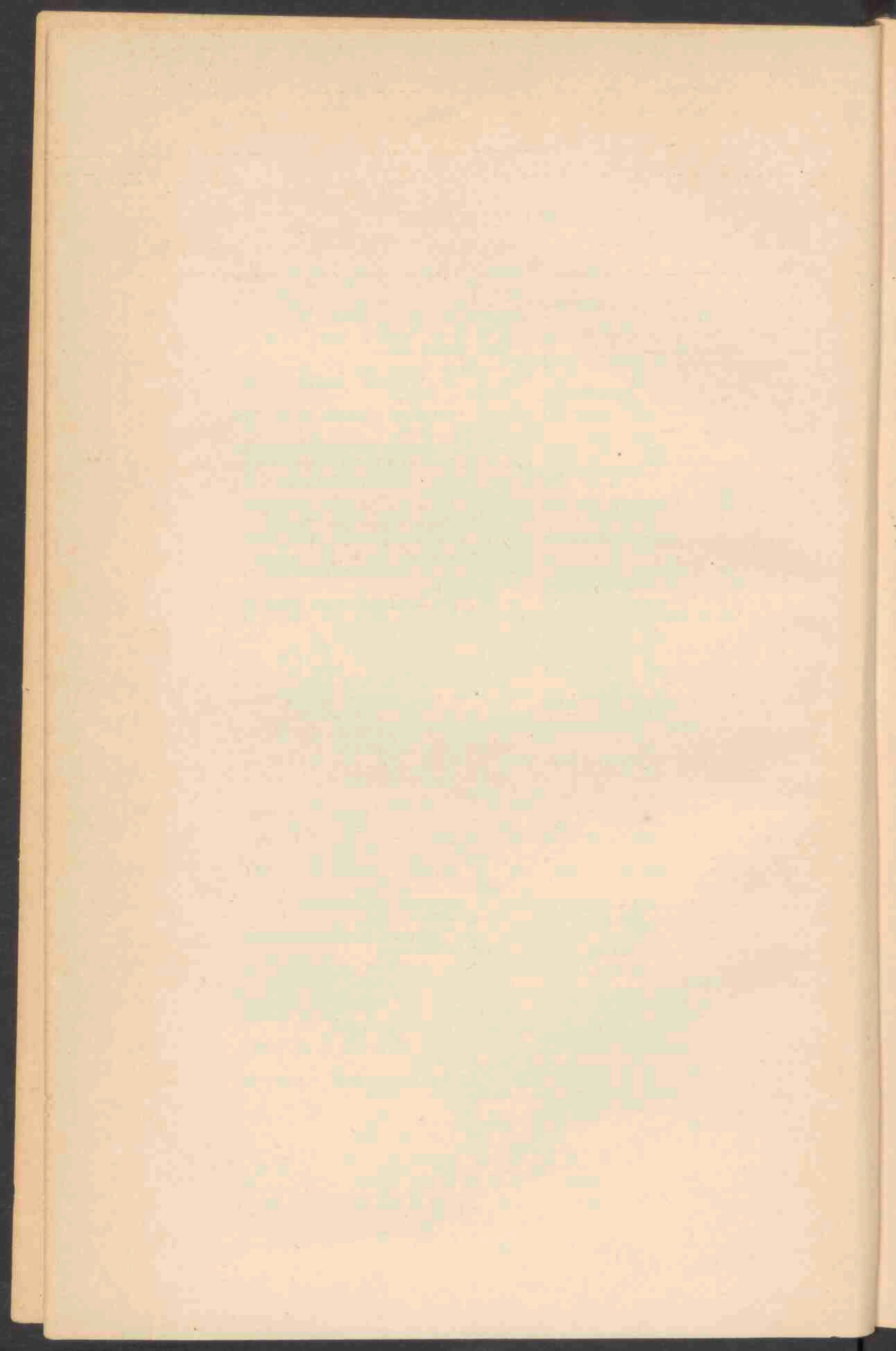


0986 4178

Gedrukt bij H. L. SMITS, te 's-Gravenhage.

MEDEARBEIDERS

- Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr., advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. J. Baron D'AULNIS DE BOURVILLE, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. C. BAKE, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. E. BERGSMA, vice-president van de Arr. Rechtbank, Rotterdam.
- Mr. JAC. W. v. D. BIESEN, advocaat, Breda.
- Mr. A. J. E. A. BIK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. J. B. BREUKELMAN, commies van Staat, 's-Gravenhage.
- Mr. G. BROUWER Jz., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Dr. E. BRUSA, hoogleeraar aan de Universiteit te Turijn.
- Mr. J. T. BUIJS, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. J. P. A. N. CAROLL, advocaat, Amsterdam.
- Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, vice-president van den H.-Raad der Nederl., 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. W. Th. C. v. DOORN, advocaat, proc. en kanton-plaatsverv. te 's-Gravenhage.
- Mr. A. P. Th. EYSELL, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. P. R. FEITH, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, raadsheer in het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. GOOKINGA, lid der Arrondissement-Rightbank te Leeuwarden.
- Mr. Th. HEEMSKERK, advocaat en kanton-rechter-plaatsvervanger, Amsterdam.
- Mr. H. v. D. HOEVEN, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. J. F. HOUWING, ambtenaar van het Openbaar Ministerie te Hoorn.
- Mr. Ed. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. D. JOSEPHUS JITTA, advocaat, Amsterdam.
- Mr. J. KAPPEIJNE VAN DE COPPELLO, oud-Minister van Binnenl. Zaken, lid van de Eerste Kamer der St.-Gen., 's-Gravenhage.
- Mr. W. J. KARSTEN, lid van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.
- Mr. J. G. KIST, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. N. K. F. LAND, hoogleeraar, Groningen.
- Mr. A. F. A. LEESBERG, advocaat en notaris, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LEVY, lid van de Tweede Kamer der St.-Generaal, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. A. W. CORT VAN DER LINDEN, hoogleeraar, Amsterdam.
- Mr. J. A. LOEFF, advocaat, lid der Staten van Noord-Brabant, 's-Hertogenbosch.
- Mr. J. DE LOUTER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. J. P. MOLTZER, hoogleeraar, Amsterdam.
- Mr. H. J. A. MULDER, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. NABER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. N. F. VAN NOOTEN, advocaat en oud-raadsheer, Utrecht.
- Mr. M. OLDENHUIS GRATAMA, advocaat en procureur, Assen.
- Mr. C. W. OPZOOMER, oud-hoogl. Oosterbeek.
- Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, administrateur aan het Departement van W., H. en N., 's-Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, Amsterdam.
- Mr. M. S. POLS, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. C. PINACKER HORDIJK, Gouv.-Gener. van Neêrlandsch Oost-Indie, Buitenzorg.
- Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN UFFORD, 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, advocaat, Rotterdam.
- Mr. J. ROMBACH, advocaat en proc., Rotterdam.
- Mr. F. N. SICKENGA, te Dordrecht.
- Mr. F. W. J. GEORGE SNLDER VAN WISSENKERKE, referendaris aan het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. A. J. COHEN STUART, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Mr. J. P. R. TAK VAN POORTVLIET, Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- Mr. F. H. J. TAVENRAAT, griffier der Staten van Zuid-Holland te 's-Gravenhage.
- Mr. I. TELTING, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. A. TELTING, commies bij 's Rijks Archief, 's-Gravenhage.
- Mr. W. THORBECKE, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. P. A. TICHELAAR, kantonrechter-plaatsvervanger, Hilversum.
- Mr. M. W. F. TREUB, privaats-docent in fiscaal recht en notariaat, Amsterdam.
- Mr. P. VERLOREN v. THEMAAT, advocaat-fiscaal bij het Hoog Milit. Gerechtshof, Utrecht.
- Mr. H. VOS, advocaat, Leiden.
- Mr. G. WITTEWAAL, lid van de arr. Rechtbank, Arnhem.
- Mr. C. P. ZAALJER, advocaat en procureur, Rotterdam.



INHOUD.

STELLIG RECHT (NEDERLANDSCH).

Blz.

- STAATSRECHT. — *Parlementair of Beperkt-Monarchaal stelsel in Nederland?* door Mr. P. C. KLAASESZ JZN., Advocaat en Procureur te Leeuwarden 1, 254
- *Overzicht van Rechterlijke Beslissingen betreffende Publiek Recht in Nederland*, door Mr. H. VOS, Advocaat te Leiden 245
- *Artikel 56 der Grondwet in verband met de Wet van 28 Februari 1891 (Stbl. n^o 69)*, door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage 443
- *Verslag van den toestand der provincie Utrecht in 1889*. Uitgebracht door Gedeputeerde Staten in de zomervergadering der Provinciale Staten van Utrecht van 1890. Utrecht. P. W. van de Weyer 1890, door Mr. C. BAKE, Referendaris bij den Raad van State te 's Gravenhage 460
- STRAFRECHT EN STRAFVORDERING. *De rechten des Verdachten*, door Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage 285
- *Eenige opmerkingen over noodweer (art 41, 1^{ste} alinea Wetboek van Strafrecht)* door Mr. F. J. G. VAN TRICHT, Griffier bij het Kantongerecht te Groenlo 465
- BURGERLIJK RECHT EN RECHTSVORDERING. — *Inbreng of verrekening van schulden van een mede-erfgenaam aan den erfster*, door Mr. N. K. F. LAND, Hoogleraar te Groningen 25
- *Heeft het beding in de koopacte «dat de verkooper de verkochte roerende goederen in bruikleen behoudt» ten gevolge dat de eigendom der verkochte roerende goederen op den koper overgaat?* Ontkennend beantwoord door Mr. N. F. VAN NOOTEN, Advocaat en oud-Raadsheer te Utrecht 491

ROMEINSCH RECHT.

	Blz.
<i>Het interdictum «quod vi aut clam»,</i> door Mr. J. C. NABER, Hoogleraar te Utrecht	73, 497
— <i>Confessio in jure en confessio in judicio,</i> door Mr. P. A. TICHELAAR, te Hilversum	53 ¹
— <i>Is door keizer NERVA de Jodenbelasting opgeheven?</i> door Mr. S. SUTRO, Advocaat te Utrecht	555

RECHTSGESCHIEDENIS.

<i>Bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche financiën,</i> door Mr. F. N. SICKENGA, te Dordrecht	103
<i>Een en ander over de Oud-Brabantsche strafvordering,</i> door Mr. W. BEZEMER, te Rotterdam	134, 563

ALGEMEENE RECHTSGELEERDHEID.

<i>Het adres van den Raad van toezicht en discipline voor de Orde der Advocaten te Amsterdam aan Z. E. den Minister van Justitie,</i> door Mr. G. BROUWER Jz., Advocaat en Procureur, te Amsterdam	158
— <i>Naar aanleiding van «De wisselverhouding in de faillissementen der wissel-debiteuren. Rechten van den houder en van betaald hebbende endossanten bij faillissement van het wissel-personeel, door E. W. INSINGER»,</i> door Mr. R. FEITH, Advocaat en Procureur te Groningen	310
— <i>Het ontstaan der formeele verbintenissen,</i> door Mr. G. WTEWAALL, Lid der afdondissements-rechtbank te Arnhem	346
— <i>Zevende titel. Van de wettelijke gemeenschap der goederen,</i> door Mr. JAC. W. VAN DER BIESEN, Advocaat te Breda (Zie Themis 1890, p. 437)	361
— <i>De lijdelijkheid des rechters,</i> door Mr. J. ROMBACH, Advocaat en Procureur te Rotterdam	381
— <i>Eenige opmerkingen over de regeling der Administratieve Recht- spraak,</i> door Mr. L. DE HARTOG, Hoogleraar te Amsterdam	399
— <i>Het ontwerp-wet op het faillissement en de surséance van betaling,</i> door Mr. LOD. S. BOAS, Advocaat en Procureur te Amsterdam	586

BOEKBEOORDEELING.

- Blz.
- Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, door Mr. C. ASSER, met medewerking van Mr. Ph. W. VAN HEUSDE. Beoordeeld door Mr. P. R. FEITH, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's Gravenhage 178
- *Bepalingen uit Nederlandsche Wetboeken en algemeene maatregelen van bestuur betrekkelijk de Gemeente-administratie*, bijeenverzameld door W. BOOMSMA, Beoordeeld door Mr. N. CRAMER, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage . . . 191
- *Das Recht im Irrenwesen*, von EDUARD AUGUST SCHROEDER. Beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage 194

AKADEMISCHE LITERATUUR.

- Dr. C. P. BURGER Jr. *De beperkte aansprakelijkheid van den schuldenaar in het hedendaagsche en in het oude Zeerecht*, aangekondigd door Mr. T. M. C. ASSER, Hoogleraar te Amsterdam 204
- *De Rijksopvoedingsgestichten in Nederland*. — Akademisch proefschrift door J. SIMON VAN DER AA. — Beoordeeld door Mr. H. ZILLESSEN, commies-griffier bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal, te 's Gravenhage 212
- *D. J. Wolfson. Eenige opmerkingen over de verjaring in het Strafrecht*, door Mr. E. BERGSMA, Vice-President van de arrondissements-rechtbank te Rotterdam 422

VARIA.

- *Het tijdschrift van de Medico Legal Society te New-York*. — *Het Zeitschrift f. d. Ges. Handelsrecht*. — Mr. H. ZILLESSEN'S *Wetboek van Strafvordering*. — Verzameling handschriften door Mevr. de Wed. Prof. W. M. D'ABLAING in bruikleen aangeboden aan de Universiteit te Leiden 228
- *Mr. C. M. J. Willeumier herdacht*. — *Opgave der juridische werken*, deel uitmakende der bibliotheek van wijlen Prof. d'Ablaing en door Prof. Drukker aan de Leidsche bibliotheek geschonken. — *Internationaal Landbouwcongres*. — *Orde van werkzaamheden benevens de vraagpunten ter behandeling voor de a. s. algemeene Vergadering der Nederlandsche Juristen-Vereeniging op 3 en 4 Juli e. k.* 435

- *Congrès international d'agriculture à la Haye en 1891. Section Va. Economie Rurale. a. Les Rapports entre le propriétaire et l'exploitant du sol. Contrat de bail à ferme et de métayage. Rapporteur: J. Baron d'AULNIS DE BOUROUILL, docteur en droit et professeur d'économie politique à l'université d'Utrecht* 608
- *Beschouwingen omtrent de werking van het jurystelsel in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, overgenomen uit de North-American Review van Augustus 1891* 630
- *Prijsvragen uitgeschreven door het Provinc. Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen 1891* 637

THEMIS,

LIste Deel. — Eerste stuk.



STELLIG RECHT (NEDERLANDSCH).

STAATSRECHT. — *Parlementair of Beperkt-Monarchaal stelsel in Nederland?* door Mr. P. C. KLAASESZ JZN., *Advocaat en Procureur te Leeuwarden.*

Kort na de grondwetsherziening van 1848 toen het parlementair stelsel hier te lande begon wortel te schieten vond dit stelsel krachtigen steun in het Tijdschrift voor Staats- en Administratief-Recht, in die dagen opgericht. Nu wij bijna 40 jaren verder zijn en gedurende al dien tijd in genoemd tijdschrift over het algemeen uitnemende „bijdragen tot de kennis van het staats-, provinciaal en gemeente-bestuur in Nederland” werden geleverd zou men meenen dat het bestaan van het parlementair stelsel in Nederland geen onderwerp van strijd meer zou uitmaken. Het tegendeel is echter gebleken. Juist in het laatste deel van genoemde „Bijdragen” vindt men twee zeer interessante opstellen van Mr. P. VAN BEMMELEN (1) waarin betoogd wordt dat in onze grondwet het stelsel der beperkte monarchie wordt gehuldigd en het parlementair régime zich in strijd met het geschreven recht heeft ontwikkeld.

Het is vooral deze bewering die mij heeft aangespoord tot een nader onderzoek, waarvan onderstaand opstel het gevolg is.

Evenwel zij het mij vergund een oogenblik stil te staan bij eene opmerking door Mr. VAN BEMMELEN naar aanleiding van

(1) Deel 30: pag. 189 en v. en pag. 324 en v. der „Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur in Nederland”.

eene bespreking van mijne dissertatie (1) aan de Groningsche Universiteit gewijd. Volgens den schrijver werd: „het politiek milieu der Groninger Universiteit zóózeer door het parlementair stelsel en het democratisch beginsel beheerscht, dat de oude begrippen der beperkte monarchie er in vergetelheid waren geraakt” (2).

Als leerling dezer Universiteit, waaraan ik met groote erkentelijkheid terugdenk, meen ik tegenover deze aanklacht als getuige à décharge te mogen optreden en er op te moeten wijzen dat mijne dissertatie alleen, geen recht geeft tot gevolgtrekkingen omtrent het academisch onderwijs te Groningen. Het moge waar zijn dat het parlementair stelsel en het democratisch beginsel aan de Groningsche Hoogeschool in het minst niet worden verwaarloosd; evenwel is staatsrecht geen politiek en bestaat er m. i. geen enkele grond voor het vermoeden dat aldaar aan de oude begrippen der beperkte monarchie niet de noodige aandacht wordt geschonken. Ik kan het tegendeel getuigen.

I.

Het betoog van MR. VAN BEMMELN luidt in korte woorden samengevat aldus: na de Fransche revolutie werd beperking van de absolute macht der vorsten door eene geschrevene constitutie algemeen verlangd of zelfs geëischt. Bij ons werd aan Willem I als souverein vorst eene *on*beperkte vorstelijke macht opgedragen, welke hij zelf slechts onder toezegging eener constitutie verklaarde te aanvaarden. Hij bond zich dan ook contractueel jegens zijne onderdanen aan de, dientengevolge ontworpen grondwet. Deze grondwet van 1814, in haren oorsprong derhalve eene ge-octroyeerde, is dit ook wat haren inhoud betreft.

Dit laatste, het fundament van het geheele gebouw zijner

(1) „Opmerkingen over het Wetsbegrip”, Groningen 1888.

(2) MR. VAN BEMMELN t. a. p. pag. 190 en v.

redeneering, tracht de S. te grondvesten door te zeggen dat de souvereiniteit, welke reeds aan den Vorst was opgedragen en door dezen aanvaard, door de grondwet in verschillende opzichten werd beperkt o. a. door de in vele gewichtige aangelegenheden gevorderde toestemming der Staten-Generaal.

Dat de Souvereine Vorst echter ondanks die beperkingen degene is die het staatsgezag in handen heeft zou vooral uit de formulieren van artt. 47 en 68 blijken. Zoo is ook de opdracht van bij name genoemde onderwerpen in de Grondwet aan den Vorst niet limitatief en zijn verder de ministers slechts „agenten” van den Vorst.

In 1815 is hierin geen verandering gebracht.

Derhalve — de oude grondwetten zijn uitgegaan van het stelsel der beperkte monarchie.

In 1840, 1848 en natuurlijk ook in 1887 werd daaraan in beginsel niets gewijzigd. Volgens het geschreven recht leven wij dus nog onder het stelsel der beperkte monarchie, het Duitsche regeerings-systeem!

Was het werkelijk zoo volgens de oude grondwetten? Was de grondwet van 1814 werkelijk in haren oorsprong eene ge-octroyeerde? Was zij het wat haren inhoud betreft?

Ter beantwoording dezer vragen zij het mij vergund terug te keeren tot het revolutiejaar 1813, tot den tijd toen alleen regeeringloosheid hier te lande heerschte.

Nederland had door de inlijving opgehouden als staat te bestaan en was eene Fransche provincie geworden. In 1813 kreeg het echter gelegenheid door de nederlagen van Napoleon, zijne onafhankelijkheid te herwinnen en maakte van de gelegenheid gebruik, door tegen het keizerrijk op te staan. Want het komt mij voor dat wanneer Fransche provincies zich met geweld van het rijk afscheiden, het woord „opstand” (beter dan revolutie zegt Mr. v. B.) daarvoor onvermijdelijk is (1).

(1) HOGENDORF noemt zelf zijn „mot au peuple” van den 17den November 1813: „het ware manifest van den *opstand*.”

Welk Nederlander zou deze daad niet van harte toejuichen? Maar juist daarom vond ik mij geroepen (1) op te komen tegen de opmerking van dezen schrijver dat: „volgens de meest elementaire staatsrechtelijke beginselen alle burgers en alle op het staatsgebied wonende of zich bevindende menschen (staatsrechtelijk) verplicht zijn om te doen en na te laten al wat *in het algemeen belang* of *uit naam van hetgeen goed en recht geacht wordt*, is geboden of verboden.” (2)

Want indien deze verplichting werkelijk bestond, hadden m. i. de vaderlandslievende mannen van 1813 aan overtreding daarvan zich schuldig gemaakt en zou men moeten komen tot ontkenning van het recht van onzen staat. Nu laat de S. de woorden „in het algemeen belang” en „uit naam van hetgeen goed en recht geacht wordt” cursief drukken, en stelt het voor alsof de door mij voorgestane meening er toe leidt dat de burgers maar moeten wachten met aan de wetten te gehoorzamen tot zij door de ambtenaren daartoe gedwongen worden.

Integendeel ben ik van oordeel dat de burgers in den regel wel zullen inzien dat het voor het algemeen welzijn en hun eigen belang noodig is de wettelijke voorschriften op te volgen en den wetgever als zoodanig te erkennen. Maar... dit hangt van hun eigen inzicht af. De cursief gedrukte woorden geven hun dan ook in het stelsel van den geachten schrijver de gelegenheid zelf te beslissen wanneer zij de wetten wel, wanneer zij ze niet zullen te gehoorzamen hebben. Wie anders dan zij zelf worden geroepen te beoordeelen of het wettelijk voorschrift „in het algemeen belang” en „uit naam van hetgeen goed en recht geacht wordt” is gegeven? En waar blijft dan de verplichting?

Naar mijn bescheiden meening zijn hier slechts twee opvattingen mogelijk — tertium non datur — men moet of den

(1) Dissertatie pag. 19 en v.

(2) Mr. v. B. t. a. p. deel 29 pag. 184 en deel 30 pag. 341.

plicht tot gehoorzaamheid aannemen jegens *alle* wetten en dan ook jegens die van het Fransche keizerrijk in November 1813, òf het aan ieders oordeel overlaten aan welke voorschriften hij zich wèl, aan welke hij zich niet wenscht te onderwerpen en dan kan er geen sprake van zijn dat allen a priori den Staat gehoorzaamheid schuldig zijn.

Bij deze laatste, m. i. de juiste opvatting houde men echter wel in het oog het onderscheid dat er bestaat tusschen den hier besproken plicht tot gehoorzaamheid en de verplichtingen die door de wetten in het leven geroepen worden en waaraan men door directen of indirecten dwang of anderzins genoopt kan worden te voldoen.

Mr. v. Bemmelen ziet echter in den gang van zaken in November 1813 niets revolutionairs. In de eerste plaats had de Fransche overheersching nog geenszins eenen rechtmatigen toestand doen geboren worden — in de tweede plaats herleefde terwijl de vreemde troepen van den usurpator aftrokken, van zelf het gemeenebest der Vereenigde Nederlanden. De nieuwe Staat kwam zoo regelmatig mogelijk tot stand.

Wat hiervan te zeggen? De S. zegt zelf even te voren dat na eene omwenteling een door geweld of overmacht gevestigde toestand door een tijdlang voortbestaande algemeene toestemming kan worden gelegitimeerd. De vraag doet zich voor, hoe lang die algemeene toestemming moet voortbestaan om dat gevolg te bewerken en hoe die algemeene toestemming blijkt; bovendien, welke redenen er bestaan om daaraan zóóveel kracht toe te schrijven, dat zij een nieuwen rechtstoestand kan scheppen, terwijl die door het vestigen van een krachtig, goed geordend bestuur als dat van den Franschen keizer niet kon worden verkregen. Zóóveel te hechten aan de algemeene toestemming wordt mij zelfs te democratisch.

En herleefde het Gemeenebest der Vereenigde Nederlanden? Geschiedde dit van zelf? Kwam de nieuwe Staat daaruit zoo regelmatig mogelijk te voorschijn?

Ik moet bekennen dit alles niet te begrijpen; noch welk gemeenebest eigenlijk herleefde en welken staatsvorm men dus had vóórdat, na het einde der Fransche regeering hier te lande, de nieuwe Staat gereed was.

Meer aannemelijk is het m. i. dat er toen in de voormalige Fransche provincie tot zekere hoogte regeeringloosheid heerschte en dat Nederlands Wedergeboorte, hoe gezegend ook, bij gebreke van wetten, onwettig was (1) en niet van zelf, maar door de krachtige adsistentie van eenige invloedrijke moedige mannen plaats had.

Hoe zich dit heeft toegedragen? VAN HOGENDORP en VAN DER DUYN constitueerden zich uit naam van den Prins als voorloopig bestuur; uit naam van den Prins maar niet door hem noch door iemand anders gemachtigd (2). Men wist niet waar de Prins was en al was hij bij de hand geweest toen het oogenblik om te handelen dáár was, hij had evenmin als bovengenoemde heeren eenig recht; hij kon hen niet machtigen. De zoon van den verdreven stadhouder moge de aangewezen persoon zijn geweest om, nu men een eenhoofdig bestuur wenschte, hiertoe te worden geroepen — hij had alle aanspraken op het erfelijk stadhouderschap verloren primo door: „tegen afstand van zijne aanspraken op zijn vaderland, in 1802 van Bonaparte te hebben afgebedeld een brok deutschen grond” (3); secundo doordat het recht op die waardigheid met de waardigheid zelf was vervallen.

Men heeft zich aan dit bezwaar niet gestoord. Wel was er voordat VAN HOGENDORP tot deze eigenmachtige handeling overging reeds veel gebeurd. Het was een lievelings denkbeeld van den grooten man geweest, den Prins de Souvereiniteit te

(1) Vergelijk Prof. TELLEGEN Wedergeboorte van Nederland pag. 16.

(2) Prof. TELLEGEN t. a. p. pag. 217. V. MAANEN zegt in eenen brief aan ROELL van een publicatie van VAN STIRUM uit naam van Z. H. gedaan, dat niemand wist „quo jure”.

(3) Prof. TELLEGEN t. a. p. pag. 4.

doen aanbieden door een soort Staten-Generaal (waarschijnlijk als vertegenwoordiging van het Nederlandsche Volk om aan de handeling een meer wettigen schijn te geven), welke zooals prof. TELLEGEN het uitdrukt (1), 1813 weder met den voor-revolutionairen tijd zoude verbinden. De vrees voor terugkeer tot het oude (2) en van de Fransche troepen schijnt dit echter te hebben verhinderd en na het mislukken van VAN HOGENDORP's Staten-Generaal was men er mee verlegen hoe de aanbieding nu op de meest regelmatige wijze zou kunnen geschieden. Aan deze verlegenheid werd een einde gemaakt door KEMPER en FANNIUS SCHOLTEN, die den 1^{sten} December als Commissarissen-Generaal van het Algemeen Bestuur te Amsterdam aan de inwoners der hoofdstad een proclamatie hebben gericht, waarbij de Prins van Oranje als Souvereine Vorst werd uitgeroepen. Zij deden dit zonder machtiging van het Algemeen Bestuur, dat hiertoe als regeerende uit naam van den Prins ook minder geschikt was, maar in de overtuiging daarbij op algemeene instemming te kunnen rekenen. Hunne daad, dus even onwettig als al het andere in die dagen (3), was de eenige handeling waardoor aan WILLEM uit naam of van wege het Nederlandsche Volk macht werd aangeboden. De Prins nam het aangebodene aan. *Wat* hem werd aangeboden en *wat* hij aannam blijkt uit de proclamaties van KEMPER en SCHOLTEN van 1 December en van den Prins van 2 December beide door KEMPER opgesteld (4).

(1) Prof. TELLEGEN, „GIJSBERT KAREL VAN HOGENDORP, in 1813” Spectator 1876 pag. 143 en 144.

(2) KEMPER's Staatkundige Geschriften deel III pag. 53.

(3) Zoo zegt FALCK hiervan: „Nu er geen wettig orgaan der natie was, moest men zich weten te redden.”

Zie over deze bijzonderheden Prof. TELLEGEN, Wedergeboorte, „GIJSBERT KAREL VAN HOGENDORP” en „Kantteekeningen” Gids 1867.

(4) Te vinden in KEMPER's Staatkundige Geschriften deel III pag. 71 en 73.

In de proclamatie van de Commissarissen-Generaal wordt om te kennen te geven dat men den toestand van vóór de revolutie niet wilde voortzetten gezegd: „Het is geen Willem de Zesde, welken het Nederlandsche volk heeft teruggevraagd,....

.....Het is Willem I.» Dat dit werkelijk de bedoeling van KEMPER geweest is blijkt hieruit, dat hij juist om aan v. HOGENDORP c. s. die in hoofdzaak tot het oude wilden terugkeeren, hiervoor den pas af te snijden, zoo spoedig met de proclamatie voor den dag kwam (1). Verder spreekt de proclamatie, na aan Willem de Souvereiniteit te hebben aangeboden tot de Amsterdamsche burgers: „Uwe burgerlijke vrijheid zal door wetten, door eene die vrijheid waarborgende constitutie, zekerder dan te voren gevestigd zijn.» Ook deze woorden werden niet toevallig neergeschreven. Reeds vroeger toch hadden KEMPER en FALCK het geraden gevonden aan den Prins, „onder waarborging eener vrije Constitutie» de oppermacht des lands op te dragen (2).

Den Prins werd dus als WILLEM I, de *Souvereiniteit* aangeboden, *onder waarborging eener vrije constitutie*.

Door de proclamatie van 2 December van den Prins werd het aanbod aanvaard. „Ik aanvaarde, wat Nederland mij aanbiedt.»

Ook bij de grondwetsherziening in 1887 werd deze quaestie ter sprake gebracht en wel door het amendement—DE GEER (3) dat de strekking had om de woorden „bij de gratie Gods» in het grondwettig formulier voor de afkondiging van wetten op te nemen. De voorsteller achtte het van veel belang deze woorden in de Grondwet te schrijven omdat volgens hem daarin de erkenning lag, de geachte afgevaardigde noemde het „belijdenis», dat de vorstelijke macht in Nederland haren oorsprong vindt in God. Dit zou dan ook werkelijk overeenkomstig ons staatsrecht zijn en o. a. hieruit blijken dat de vorsten van

(1) KEMPER t. a. p. deel III pag. 70.

(2) KEMPER t. a. p. deel III pag. 69 en v.

(3) Handelingen pag. 1115 en v.

het huis Oranje de bedoelde woorden altijd in het formulier hebben gehandhaafd.

De heer VAN HOUTEN beriep zich daartegenover op de uitdrukkelijke verklaringen van Koning WILLEM I dat zijne souvereiniteit steunde op de algemeene uitgedrukte begeerte des volks.

Dit kon echter de heer SCHAEPMAN als waar aannemen en toch vrijheid vinden te *gelooven* „dat men zeer goed tot den Troon kan geroepen worden door wat men algemeen stemrecht pleegt te noemen en toch blijft erkennen dat men is Koning bij de gratie Gods.“

De meerderheid van de Kamer dacht er anders over, verwierp het amendement—DE GEER en daarmede het dogma volgens hetwelk de Koninklijke macht in Nederland op iets anders zou steunen dan op den volkswil.

M. i. terecht. Dat de woorden „bij de gratie Gods“ door WILLEM I in het formulier zijn opgenomen en door zijn opvolgers niet zijn weggelaten bewijst ten eersten niet dat onze koningen daarmede hebben willen te kennen geven waaraan hunne macht is ontleend. Maar ook al was dit wel het geval dan nog kan deze „belijdenis“ onzer vorsten omtrent den oorsprong hunner macht de geschiedenis niet veranderen noch anderen overtuigen.

De woorden „belijdenis“ en „gelooven“ waren m. i. in dit debat goed op hun plaats. De besproken questie is immers eene zaak van godsdienstige overtuiging; en logische redeneering daarover tamelijk onvruchtbaar. Zoo is ook voor mij de stelling van den heer SCHAEPMAN ten eenenmale onbegrijpelijk. Indien echter de meening dat 's Konings gezag in Nederland zijn oorsprong vindt in den volkswil vereenigbaar is met het Koning zijn bij de gratie Gods, dan kan feitelijk deze laatste opvatting aan mijne voorstelling van den gang van zaken in 1813 niet in den weg staan.

Wij kunnen derhalve veilig aannemen dat de Prins niet

als legitiem vorst en opvolger van zijnen vader of van iemand anders, maar uit handen van het Nederlandsche Volk de Souvereiniteit zooals die door eene vrije constitutie zou worden omschreven, heeft verkregen.

„En niettegenstaande dit alles schijnt het moeite te kosten” zegt prof. TELLEGEN (1), „die eenvoudige feiten in zijn geheugen te bewaren en schijnt die conclusie boven de bevattings van velen te zijn.” Om deze reden en omdat de redeneering van mr. VAN BEMMELEN vooral steunt op eene daarmede strijdige voorstelling van het gebeurde in 1813, heb ik gemeend dit oude verhaal nog eens te moeten doen.

De onvermijdelijke conclusie uit het voorgaande is naar het mij voorkomt deze: men scheidde zich door opstand van het Fransche keizerrijk af — gedurende het hierop volgende overgangstijdperk namen bij gebreke van ieder wettig bestuur eenige mannen op eigen gezag de teugels van het bewind in handen en leidden de feiten daarheen dat er weer een geregelde rechtstoestand geboren werd — om daartoe te geraken werd de Prins van Oranje, niet om een vroegeren regeeringsvorm te herstellen of omdat hij eenig recht op de regeering had, maar als de geschiktste persoon, niet als WILLEM VI maar als WILLEM I tot hoofd van het Staatsbestuur gekozen en eindelijk werd den Prins door het Volk, niet de onbepaalde Souvereiniteit maar slechts zóóveel macht opgedragen, als eene constitutie zoude regelen.

De macht van den Souvereinen Vorst was niet legitiem, noch onbepaald, de grondwet van 1814 in haren oorsprong geenszins door den Souvereinen Vorst uit de volheid zijner Souvereine macht ge-octroyeerd. (2)

Dat de macht van den Souvereinen Vorst toen de grondwet nog niet gereed was, geen wettige grenzen kende, zal wel niet als bewijs van het tegendeel worden aangevoerd. Zooals

(1) Prof. TELLEGEN Gids 1867 pag. 261.

(2) Vergelijk mr. v. B. t. a. p. deel 30 pag 198.

DE BOSCH KEMPER opmerkt (1) gold deze regeering slechts als eene voorloopige. (2)

Na beantwoording der eerste vraag stel ik de tweede aan de orde — was de grondwet van 1814 eene geotroyeerde wat haren inhoud betreft? wilden de mannen van 1813 en 1814 de beperkte monarchie invoeren? hebben zij het door de grondwet gedaan?

Het is natuurlijk niet mogelijk hierop te antwoorden wanneer men van het karakter van het historische stelsel van dezen regeeringsvorm geen denkbeeld heeft of de afteekening van dit stelsel in Duitschland en bij ons niet begrijpt en alleen denkt aan een simpliciter monarchaal stelsel (3) dat aan het parlement zijn aandeel in de wetgevende macht en aan deze macht den rang van hoogste staatsmacht betwist enz. (4) In mijne dissertatie zocht ik het karakter der beperkte monarchie te leeren kennen uit de werken van de groote voorvechters van dien echt Duitschen regeeringsvorm, VON GERBER, LABAND, prof. BULS, DE GEER en LOHMAN e. a. Het is mogelijk dat toen, bij de behandeling der juridische methode, zoo dienstig om het Duitsche stelsel te verdedigen, de stellingen waartoe die methode geleid heeft, te veel met die der beperkte monarchie vereenzelvigd werden en er voor deze mij van zeer bevoegde zijde gemaakte aanmerking grond bestaat; echter hebben genoemde voorstanders der beperkte monarchie juist door middel van de juridische methode het in hunne verdediging van dezen staatsvorm zoo ver gebracht en heb ik, de uitkomsten overwegende waartoe de juridische methode deze heeren in staat

(1) Prof. DE BOSCH KEMPER t. a. p. pag. 211.

(2) Prof. TELLEGEN Wedergeboorte pag. 13: „Als iets blijvends werd dit echter voorzeker door niemand bedoeld.”

(3) Van het monarchaal-stelsel sprekende bedoelde ik in mijne dissertatie met monarchaal-constitutioneel tegenover parlementair-constitutioneel stelsel, hetzelfde als beperkte monarchie.

(4) Vergelijk mr. v. B. t. a. p. deel 30 pag 189 en 190.

stelt (en volgens hun plan stellen moest) het stelsel der beperkte monarchie besproken (1). Daar wordt met aanhaling van de eigen woorden dier schrijvers het hedendaagsche standpunt van het Deutsche stelsel uiteengezet. Mr. VAN BEMMELN schijnt echter iets anders te bedoelen; volgens hem zal „het *historische* stelsel, de *oude* begrippen der beperkte monarchie” van de naar de moderne behoefte gewijzigde nieuwe voorstelling, de gerestaureerde antiqiteit onderscheiden moeten worden (2)?

Voor zooverre dit het geval is, wil ik gaarne bij dezen geleerden schrijver in de leer gaan wat betreft het historische stelsel der beperkte monarchie. In zijn opstel over: „De beperkte monarchie en de parlementaire monarchie” wil het mij evenwel maar niet gelukken eene uiteenzetting daarvan te vinden. Echter lees ik elders (3): „Het is daarentegen duidelijk, dat overal waar, gelijk bij ons de beperkte monarchie op het oude régime der absolute vorstelijke magt is gevolgd, de vorst alleen het staatsgezag vertegenwoordigde en dus de eenige zelfstandige staatsmagt was; doch dat die magt op velerlei wijzen (locale autonomie, onafhankelijke regtspraak enz.) beperkt was, in de eerste plaats door de tot velerlei gewigtige aangelegenheden noodige (bijkomende) toestemming van het parlement.” Dit geeft eenig licht over 's schrijvers opvatting van de beperkte monarchie, nog verhelderd door de daarop volgende tegenstelling: „Even zeer is het duidelijk, dat onder het parlementaire régime de koning alleen, als ondergeschikt aan den wetgever (koning en parlement) geen andere bevoegdheid heeft dan die hem door den wetgever (gewonen of grondwetgever) verleend is of anders gezegd, dan die waarin op zijn voorstel of met zijne goedkeuring het parlement heeft toegestemd.”

(1) Dissertatie pag. 54 en v. en pag. 58 en v.

(2) Vroeger sprak men van de hoogste macht in handen van den monarch, thans van de Souvereiniteit van den één en ondeelbaren staat, verpersoonlijkt in den monarch.

(3) Mr. v. B. t. a. p. deel 30 pag. 339.

Indien dit werkelijk zoo duidelijk, zoo uitgemaakt was als de geleerde S. meent, zoude zijne redeneering veel sterker zijn dan zij mij nu toeschijnt. Maar het is mij onmogelijk deze opvatting van de beperkte monarchie en het parlementair stelsel te aanvaarden.

Dat het oude régime der absolute vorstelijke macht in 1813 bij ons heeft geheerscht en die macht door de vaststelling der grondwet eenvoudig op velerlei wijzen is beperkt, daarover meen ik reeds genoeg te hebben gezegd. De onbeperkte souvereiniteit aan Willem I te geven om hem die te laten behouden is nooit de bedoeling geweest; door de aanneming der grondwet wenschte men niet den wettig bestaanden toestand ten deele te wijzigen door de almacht van den vorst te beperken, maar men wilde den staat of liever het staatsbestuur op nieuw inrichten (1). Hiervoor kwam vooral in aanmerking de regeling van de macht van den eersten ambtenaar (2), den soevereinen vorst.

Wat betreft de theorie van den eenigen vertegenwoordiger van het staatsgezag, van de eenige zelfstandige staatsmacht die op velerlei wijze beperkt is, ofschoon de macht van den vertegenwoordigde, den staat toch geen grenzen gesteld zijn (!) verwijs ik naar mijn proefschrift (3).

Afgezien van deze beide punten, laat het zich denken dat in ons land waar, om met THORBECKE te spreken: „zoodanige voorafgaande feiten waaraan men de nieuwe souvereiniteit of

(1) HOGENDORP Bijdragen deel 8, pag. 300: „De Grondwet stelt onzen regeerings-vorm in.”

TELLEGEN Wedergeboorte pag. 14: „men bleef ook nu het denkbeeld omhelzen, dat de grondtrekken van den staatsvorm in één statut moesten worden opgenomen, in *éene wet, die de grond van alles was.*” Zie ook pag. 16.

(2) THORBECKE. Aanteekening deel 1, pag. 107: „Het kenmerk der verheffing hierboven (boven de positie van Eersten Ambtenaar) werd den Vorst noch door de Schets, noch door de Grondwet van 1814 ge-eigend.”

(3) Pag. 25 en v.

monarchie vast kon maken ontbraken" (1) toch aan den Monarch alle staatsmacht werd opgedragen, behalve zekere uitdrukkelijk genoemde beperkingen. Wil de S. *alleen dit* zeggen en in dat geval spreken van de beperkte monarchie dan kan ik *tot zekere hoogte* met hem meegaan en op de tweede door mij gestelde hoofdvraag — of de mannen van 1813 en 1814 de beperkte monarchie wilden invoeren en dit door de grondwet hebben gedaan — bevestigend antwoorden. Want inderdaad ben ik er van overtuigd dat men noch in 1814 noch ook in 1815 Willem I slechts zóóveel macht heeft willen opdragen als uitdrukkelijk en bij name in de grondwet wordt genoemd of hem bij de wet zou worde gedelegeerd (2). Competentieregeling, uitdrukkelijke materieele verdeeling van de staatstaak vindt men in de oude grondwetten niet. Maar is daarmee het laatste woord gesproken? Heeft men reeds het recht van beperkte monarchie te spreken zoodra het vaststaat dat de koninklijke macht niet nauwkeurig is omschreven en slechts in velerlei opzichten is beperkt? Dan zou de beperkte monarchie zijn . . . de monarchie die beperkt is, en die definitie komt mij even onjuist als eenvoudig voor. Want ook in dat geval is het mogelijk dat de Koning aan den wetgever ondergeschikt is; die ondergeschiktheid kan heel goed bestaan ofschoon de koning ook andere bevoegdheden heeft dan die hem door den wetgever (gewonen of grondwetgever) uitdrukkelijk zijn verleend. Waar de koning moet wijken zoodra de wetgever optreedt, waar de koninklijke besluiten door de wet kunnen worden afgeschaft en de wetten ook jegens koninklijke besluiten onschendbaar zijn, daar vindt de koninklijke macht in de wetgevende haar meerdere; (3) en bestaat dus het parlementair

(1) Aanteekening deel 1 pag 106.

(2) Dissertatie hoofdstuk 1 en VII (pag. 13).

(3) Mr. v. B. zegt t. a. p. pag. 201 uitdrukkelijk dat door het opnemen van art. 105 der grondwet van 1815 werd bepaald dat de wetgevende macht de eerste is onder de drie machten.

stelsel? Naar mijn bescheiden meening moet voordat hierop een antwoord mogelijk is nog worden uitgemaakt wie in het uitoefenen der wetgevende macht bij verschil van meening ten slotte alles beslist, de Koning of de Volksvertegenwoordiging. In het eerste geval heeft men met de beperkte monarchie, in het laatste met de parlementaire monarchie te doen. De tweede hoofdvraag kan, onder dit licht beschouwd derhalve aldus worden omschreven: „hebben de grondwetgevers van 1814 (en 1815, mag ik er wel bijvoegen) WILLEM I willen maken tot den monarch wiens wil ten slotte in alles zoude beslissen?“

Onder de grondwetgevers van 1814 en 1815 neemt ontegenzeggelijk VAN HOGENDORP de eerste plaats in. Niet alleen werd zijn Schets voor het ontwerpen der grondwet van 1814 tot uitgangspunt gekozen, niet alleen was hij voorzitter der grondwetscommissie, tevens oefende hij door zijn karakter en bekwaamheid een belangrijken invloed uit op den gang van zaken (1); en hij stond in zijn beginselen niet alleen. Ten bewijze van de inzichten van dien staatsman zal ik daarom eenige opmerkingen overnemen uit zijne Bijdragen en wel uit het hoofdstuk gewijd aan het „Oogmerk der Grondwet.“ (2)

Aan de geschiedenis van het laatst der vorige eeuw gekomen zegt hij, dat de behoefte werd gevoeld naar eenen anderen regeeringsvorm dan de absolute monarchie.

Een voorbeeld vond men in Engeland, in de Engelse constitutie. De Fransche revolutie volgde als van zelve. Zij leidde wel is waar tot het despotisme van Napoleon maar: „de verlichting, de beschaving, de kennis aan eene zedelijke vrijheid waren zoo algemeen geworden in Europa dat de volken

(1) Ook had hij, volgens prof. TELLEGEN Wedergeboorte pag. 17, waarschijnlijk een overwegenden invloed op de keuze van de leden der grondwetscommissie.

(2) Bijdragen tot de Huishouding van Staat, deel 7 en 8.

opstonden en deze laatste volstreekte magt verguisden.» Terugkeer tot het oude beginsel van gemeen overleg van het hoofd der natie met de natie zelve over de nationale belangen volgde. Men verleende dus aan de openbare meening invloed op het staatsbestuur. «Grondwetten doen haar op eene wettige wijze haar oordeel uitbrengen en geven dus een vasten vorm aan hetgeen reeds in de maatschappij bestond.»

In de volgende bladzijden schetst de schrijver hoe in Nederland meer dan in andere rijken vrijheid had geheerscht; hoe zelfs de Engelsche voorstanders der vrijheid eene hulp vonden in den nationalen geest der Vereenigde Nederlanden en WILLEM III in Engeland de groote omwenteling volbracht, waardoor daar dezelfde vrijheid van maatschappij en regeering werd ingevoerd als bij ons te lande bestond. Maar de maatschappij was gegroeid, de regeeringsvorm niet. Deze moest derhalve in het laatst der vorige eeuw vernieuwd worden. «Het hoofdgeschil bestond daarbij in het aandeel van het volk in de regeering, door middel van verkiezingen en van eene wettige vertegenwoordiging.» Men werd het daarover niet eens en de Fransche wapenen brachten ons eindelijk een vrijen regeeringsvorm overeenkomstig de behoeften der maatschappij. «Nu volgde op eens en als een lichtstraal, de nationale vereeniging tot een Bataafsche Gemeenebest» totdat na vele gedaante-verwisselingen onze staat zich oploste in het Fransche keizerrijk. Intusschen had men groote vorderingen gemaakt ter verbetering van het oude staatsgestel, «De onderwerping aan Napoleon was uitwendig, doch de harten waren vrij gebleven.»

En zou de man die blijkbaar met instemming den ontwikkelingsgang van Nederland in die dagen op boven omschreven wijze verhaalt, in 1814 de bedoeling gehad hebben die «aloude» vrijheid te doen prijs geven en zijn belangrijken invloed hebben willen aanwenden om de macht van den vorst te doen heerschen boven en tegen den uitgedrukten wil der natie? Ik kan het niet aannemen. Dit verhindert ook de bekende Schets, die aan

den eenen kant „een nieuwe ziel zocht voor de *republiek*“ (1), aan den anderen kant was opgesteld onder den invloed van den leer van MONTESQUIEU en van het Engelsche voorbeeld. Wat THORBECKE gezegd heeft van HOGENDORP's oogen is overbekend.

De overigen die aan de grondwet van 1814 hebben medegewerkt, waaronder VAN MAANEN „door de revolutie tot eer en aanzien gekomen“ (2), waren evenmin ongevoelig gebleven voor de geweldige omkeering, niet alleen in de staatsinrichting der staten van het vasteland van Europa maar vooral ook in de inzichten die men daaromtrent koesterde.

Derhalve meen ik THORBECKE te mogen nazeggen dat de grondwetten van 1814 en 1815 niet slechts als het werk van die jaren zijn te beschouwen, maar als het gemeenschappelijk werk der tijden die ons Land sedert den val der Republiek beleefde (3).

Was niet de leer van MONTESQUIEU de algemeen heerschende geworden? „Dat de leer der trias politica een grooten invloed uitgeoefend heeft op onze grondwetten van 1814 en 1815 spreekt bijna van zelf“, zegt mr. REUYL (4), die uitvoerig heeft aangetoond hoezeer MONTESQUIEU's beeld van de Engelsche staatsinrichting bij ons navolging heeft gevonden. Daarom zegt ook DE BOSCH KEMPER (5): „Onze grondwettige regeringsvorm is niet monarchaal in Franschen of Duitschen zin, maar veel meer in de beteekenis van het Engelsche staatsregt, waar de Koning beschermer en vrederechter bij uitnemendheid is,“ en OPZOOMER (6): „Toen de onrust der omwenteling ten laatste door een toestand van rust werd ver-

(1) THORBECKE. Aanteekening deel 1 voorrede 1ste uitgave, pag. VI.

(2) Prof. TELLEGEN. Wedergeboorte pag. 18 en 19.

(3) THORBECKE. Aanteekening deel 1 voorrede 1ste uitgave pag. VI.

(4) Mr. H. REUYL. „De leer der Trias Politica sinds Locke en Montesquieu“ pag. 242 en v.

(5) DE BOSCH KEMPER. Staatsregt pag. 12.

(6) OPZOOMER. Staatsrechtelijk Onderzoek pag. 67.

Themis. LIste Deel, 1ste stuk [1891.]

vangen en de monarchie werd hersteld toen was het zichtbaar, wat men van Engeland had geleerd.»

Met Engeland dus tot voorbeeld, onder den invloed der Trias Politica, terwijl tot grondslag diende de Schets van HOGENDORP, voorzitter en zeer invloedrijk lid der grondwetscommissien, werden onze grondwetten van 1814 en 1815 voorbereid en vastgesteld door mannen die den revolutietijd pas doorleefd hadden! Is het met het oog op dit alles dan wel aannemelijk dat mr. VAN BEMMELEN's opvatting juist is en de beperkte monarchie hier werd ingevoerd? Mij dunkt, dat kan het stelsel der grondwetten van 1814 en 1815 niet geweest zijn. Dit valt nog duidelijker in het oog wanneer men kennis neemt van de door prof. OPZOOMER aangenomen tegenstelling tusschen beperkte en constitutioneele monarchie. Prof. OPZOOMER (1), in eene vergelijking tredende tusschen den Engelschen regeeringsvorm vóór en die na 1688, meent, dat het koningschap na de roemrijke revolutie, «ofschoon in stand gehouden eene geheel andere beteekenis verkreeg dan het vroeger had.» «Het huis der gemeenten begon de kroon te beheerschen.» De verandering in de beteekenis van het koningschap was het gevolg van de verandering in de beteekenis der volksvertegenwoordiging. *«De oude monarchie was door haar beperkt geweest evenzeer als de nieuwe, maar de beperking was van een zeer verschillenden aard. De oude monarchie heet in den engeren zin des woords de beperkte, de nieuwe ter onderscheiding de constitutioneele.»*

Nu moge men aarzelen met prof. Opzoomer aan de Duitsche, de beperkte monarchie den naam van constitutioneele te onthouden, aan den anderen kant valt het m. i. moeielijk te ontkennen dat in dezen staatsvorm de hoofdgedachte van het constitutioneel stelsel wordt gemist, hierin bestaande, zegt prof. OPPENHEIM (2), dat het volk door middel eener vertegenwoor-

(1) OPZOOMER. t. a. p.

(2) Prof. OPPENHEIM. „Volksregeering in het constitutioneel stelsel.

diging zich zelf regeert. Wil men derhalve ook het Duitsche stelsel constitutioneel noemen, zoo mag daarbij niet worden vergeten dat de constitutioneele monarchie in Duitschland geheel anders is te voorschijn gekomen en geheel anders zich heeft ontwikkeld, dan zooals zij oorspronkelijk, d. w. z. in Engeland, bestond. Wanneer dus m. i. iedere constitutioneele monarchie nog niet behoeft te zijn eene parlementaire, zoo meen ik toch, dat waar afwijking van het model niet blijkt, waar verschillende omstandigheden vóór en tijdens het ontstaan der grondwetten, zooals in 1814 en 1815 bij ons, het tegendeel doen vermoeden en de letter dier grondwetten niet uitdrukkelijk partij kiest, men daar geen recht heeft den verbassterden vorm van de constitutioneele monarchie als bestaande aan te nemen. „Waar de letter, de geschrevene grondwet niet uitdrukkelijk partij kiest” — maar mr. VAN BEMMELEN is, zooals boven is gebleken, van oordeel, dat zij dit wèl doet en wel ten gunste van de beperkte monarchie en hij beroept zich ten bewijze daarvan op het formulier van afkondiging, art. 47 Grw. van 1814, waarin het aandeel van de Staten-Generaal in de wetgeving in den bescheiden vorm van gemeen overleg met de Staten-Generaal wordt vermeld; bovendien op iets dergelijks in een ander formulier, art. 68.

Dit beroep op formulieren, nagenoeg het eenige wat voor schrijvers bewering wordt aangevoerd, komt mij al zeer weinig afdoende voor. Ten opzichte van die in art. 68 bedoeld, zegt HOGENDORP (1): „Deze formulieren zijn in de zachtste uitdrukkingen opgesteld, ten einde alle gevoeligheid uit te sluiten, die in zulke handelingen niet zeldzaam is, en om veelmeer eene weigering zelve onbeleedigend te maken.”

Leest men de Aanteekeningen van VAN MAANEN (1814) op art. 14, over het formulier van afkondiging dan blijkt dat de heer ELOUT, aan wien het opstellen van dit formulier werd

(1) HOGENDORP. Bijdragen deel 7 en 8 pag. 345 en 346.

opgedragen, daaraan weinig hechtte; „is het wel noodzakelijk“, vraagt hij, „het is maar executie; — dat formulier kan veranderen.“

THORBECKE keurt het opnemen der formulieren, ook dat van afkondiging in de grondwet, af (1). Ook had de Commissie van 17 Maart 1848 ze in haar voorstellen weggelaten; waarom de regeering ze heeft hersteld is mij niet gebleken.

Dat de formulieren zijn vastgesteld hetzij in de grondwet hetzij in eene wet, is m. i. eene zaak van gewicht; in welke bewoordingen dit is geschied komt mij voor een quaestie van hoffelijkheid te zijn; daaruit en bijna alleen daaruit (2) gevolgtrekkingen te maken omtrent onzen staatsvorm is mij te gewaagd. „Niets is inderdaad vreemder“, zegt prof. OPZOOMER (3), „dan tegen de toepasselijkheid van het Engelsche stelsel zich op vormen en woorden te beroepen die juist met wat we in Engeland vinden volmaakt overeenstemmen misschien zelfs iets zwakker zijn.“ Ja, in Engeland spreekt men nog van „le roy le veult“ of „le roy 's avisera“ en toch zal de geleerde schrijver uit die ouderwetsche vormen daar te lande niet dezelfde gevolgtrekkingen willen maken.

Behalve in de formulieren zou de stelling van mr. v. B. steun vinden in de omstandigheid dat de groote regeerings-

(1) THORBECKE, Bijdrage pag. 59.

(2) Wel wordt ook gewezen op art. 1, maar daarvan wordt alleen gezegd dat het beginsel der beperking van het monarchaal gezag daarin te voorschijn treedt. Dit is volkomen waar; WILLEM I kreeg monarchaal gezag en dit gezag werd beperkt; het is beide even onbetwistbaar. „De S. V. oefent het staatsgezag d. i. zijne soevereine magt, geheel alleen uit, wanneer hij wetten afkondigt“ enz. Ook dit is m. i. eene onschuldige opmerking. Het afkondigen van wetten is een daad van uitvoering; en wil men bij die eenvoudige werkzaamheid spreken van „sovereine magt“, van „gebiedt en verbiedt, regeert en heerscht“, mij is het wel; maar voor het vaststellen der wet geldt dit alles niet.

(3) Prof. OPZOOMER. „In welchen geest is onze grondwet te verstaan?“ pag. 31.

rubrieken, de gewone vorstelijke praerogatieven aan den S. V. zijn opgedragen niet in limitatieven zin, maar om de volheid van het vorstelijk gezag te doen uitkomen in tegenstelling met de toestemming van de S. G. volgens de Grw. van 1814 een exceptioneel vereischte.

Naar mijn bescheiden meening volgt hieruit alleen, wat ik reeds boven heb erkend, dat de vorstelijke macht geen bepaalde grenzen heeft, niet volledig om het zoo eens te noemen is ge-inventariseerd. Maar daartegenover staat, dat de macht van den wetgever evenmin binnen een bepaald terrein is opgesloten en daarenboven van dien aard is, dat de vorst daarvoor moet wijken. Het door mr. v. B. aangevoerde geeft geen antwoord op de vraag wie in het uitoefenen der wetgevende macht, ook toen de hoogste in onzen staat, bij verschil van meening beslist.

Van ministerieele verantwoordelijkheid in politieken zin was ook m. i. geen sprake. In dat opzicht werd het parlementair stelsel hier te lande nog niet begrepen en derhalve niet toegepast (1). Dit bewijst echter niets ten voordeele van de beperkte monarchie en in het algemeen zijn, meen ik, ook de overige gronden voor het bestaan daarvan, volgens de letter der Grw. van 1814 aangevoerd, voldoende weerlegd; zoodat de conclusie niet voorbarig is dat het uit de letter dier grondwet

(1) Toch is zeer opmerkelijk, wat in de commissie van 1815 voorviel over den invloed die de Staten-Generaal behooren te hebben op het ontslaan van Ministers. Bij VAN MAANEN (1815) vindt men aangeeteekend op art. 35. — RAEPSAET: wanneer de Staten-Generaal verklaren, dat een Minister het vertrouwen heeft verloren, moet hij hem dan niet renvoyeren.

HOLVOET: zeer zeker, maar 't moet maar niet in de constitutie staan; — evenmin als in Engeland; — het zoude bovendien de souvereine waardigheid vernederen en den grond geven tot allerlei intrigues.

ita et de CONINCK, VAN MAANEN, ELOUT, DOTRENGE en HOGENDORP.

RAEPSAET: ik wil er ook geen verplicht effect aan geven, maar alleen vaststellen, dat de natie het regt heeft om het te zeggen; — maar hij trekt zijne propositie in."

niet blijkt dat zij de beperkte monarchie heeft willen vestigen.

Eerder het tegendeel zou ik denken. „Het wordt voor eene algemeene waarheid gehouden“, zegt VAN HOGENDORP (1), „dat eene regering met hare finantien staat of valt;“ en nu hebben blijkens dien schrijver de grondwetten van 1814 en 1815, vooral ook om klem te geven aan het gemeen overleg met de Staten-Generaal, hunne goedkeuring voor de begrotingen als vereischte gesteld. „De finantieele wet geldt slechts voor een tijd met een blijkbaar oogmerk om de inwilliging van de nationale vertegenwoordiging te vermenigvuldigen en om het gemeen overleg van den Koning en de Staten-Generaal menigmaal te doen wederkomen“ (2) en later: „Maar al wat daar boven gaat (boven de vaste uitgaven die op de tienjarige begrooting moeten staan) is vatbaar voor weigering en geeft de klem aan het gemeen overleg, welke bij de grondwet beoogd is,“ (3). VAN HOGENDORP ziet in de voorgeschreven medewerking der Staten-Generaal ter zake der finantien, een zeer krachtigen waarborg voor het gemeen overleg van den Vorst met de vertegenwoordiging. Met prof. OPZOOMER (4) ga ik nog een stap verder door te beweren, dat de in de Grondwetten van 1814 en 1815 aan de St.-G. gegeven macht ten opzichte der geldmiddelen voldoende was geweest om aan de vertegenwoordiging het *overwicht* te verschaffen in de wetgeving en in het bestuur in het algemeen. Het middel bestond; juist de geschreven grondwet gaf de vertegenwoordiging de gelegenheid

(1) HOGENDORP, Bijdragen dl. 7 en 8 pag. 350.

(2) pag. 262.

(3) pag. 263.

(4) OPZOOMER, Staatsregtelijk Onderzoek pag. 68: „Toen het huis van Oranje tot Koninklijke dynastie was verheven, was de staatsinrigting van dien aard geworden, dat het voor de regering onmogelijk moest schijnen, anders dan volgens den wil der vertegenwoordiging te handelen. De Kamers hadden door het onbeperkte regt van afstemming der begrooting de rigting van elk gezag in handen.“

de plaats in te nemen die haar in de constitutioneele monarchie in haar zuiveren vorm toekomt. Het lag derhalve wel in de oude grondwetten het parlementair stelsel in hoofdtrekken hier te vestigen. De praktijk echter, die van het woord een feit moest maken, bleef achterwege.

Er ontwikkelde zich een *praktijk*, „welke zich om letter en geschiedenis der grondwet niet bekreunde”; de meeste handelingen der regeering hadden, zegt HOGENDORP, „de strekking om het aandeel van de nationale vertegenwoordiging, in de wetgeving minder en derhalve bij natuurlijk gevolg het aandeel der kroon meerder te maken.” (1)

Was de grondwet van 1814 eene geotroyeerde wat haren inhoud betreft? Zoo luidde de tweede vooropgestelde hoofdvraag. Ter voorbereiding eener volledige beantwoording, heb ik eerst getracht aan te toonen, dat het noodig is te weten, wie in het Staatsbestuur het overwicht had de monarch of de vertegenwoordiging; omdat het m. i. hiervan afhankelijk is, of men eene beperkte monarchie heeft of eene parlementaire. Verder is meen ik gebleken, dat alle omstandigheden er vóór pleiten dat de grondwetgevers van 1814 en 1815 geen alles beslissenden wil van den Vorst hebben gewenscht; dat dit bovendien geheel in strijd is met den toen aangenomen regeeringsvorm in het algemeen en eindelijk dat de letter der grondwetten niet partij kiest voor de beperkte monarchie, maar met het oog op het aandeel van de St.-G. in het vaststellen der finantieele wetten, eerder voor de parlementaire.

Zoodat ook de tweede hoofdvraag ontkenkend moet worden beantwoord; en hiermede vervalt, wat ik noemde het fundament van het geheele gebouw der redeneering van mr. v. B. Want gaarne stem ik toe dat de grondwet van 1815 (2) principieel

(1) HOGENDORP t. a. p. pag. 268 en v.

(2) Wel kan ik niet in alles medegaan met den geleerden S. wat hij gezegd heeft over art 105 Grw. van 1815 en komt het mij vreemd voor dat mr. v. B. meer waarde schijnt te hechten aan het formulier

met die van 1814 op één lijn moet worden gesteld en ook de wijzigingen in 1840, 1848 en 1887 het karakter van onzen regeeringsvorm niet hebben veranderd; de latere herzieningen hebben het parlementair beginsel veel eer versterkt dan verzwakt.

(Wordt vervolgd).

van afkondiging dan aan het woord „gezamenlijk” in gemeld artikel, „een enkel woord eener doctrinaire bepaling” genoemd. Doch dit doet *hier* weinig ter zake.

BURGERLIJK RECHT EN RECHTSVORDERING. *Inbreng of verrekening van schulden van een mede-erfgenaam aan den erfflater.*

Mr. H. J. HAMAKER werd geraadpleegd over de vraag:

„of de zoon, die van zijnen vader geld leende en dit op het oogenblik van zijn overlijden nog schuldig was, tegenover zijne mede-erfgenamen verplicht is, bij gelegenheid van de boedelscheiding, dit geld vóór de verdeeling der baten in de nalatenschap te storten, of zich de vordering tegen zich zelf in zijn aandeel te laten toescheiden,

dan wel, of door dien zoon gevorderd kan worden, dat er op de door hem verschuldigde sommen bij de verdeeling niet gelet worde, behoudens natuurlijk het recht van de mede-erfgenamen om te zien dat zij de pretentie langs den gewonen weg innen.”

Hij beantwoordde die vraag in eerstgemelden zin, en voelde zich genoopt zijne beschouwingen omtrent deze zaak ook ter algemeene kennis te brengen door een opstel in het Weekblad voor Notarisambt en Registratie van 13 Jan. 1889 no. 994. Dat opstel wekte levendige belangstelling; het werd met meer of minder uitvoerigheid besproken door Mr. M. JACQ. DE WIT HAMER, Mr. THEOD. BORRET, en F. in W. no. 996, door C. in W. no. 998, door H. G. B., nog eens door C., en door H. S. in W. no. 1000. Over het algemeen vond Mr. HAMAKER's stelsel echter minder instemming dan tegenspraak, waarop hij in W. no. 1003 een tweede, zeer uitvoerig, opstel gaf. Hij had de vraag van voren af op nieuw onderzocht en was daardoor omtrent het hoofdpunt „zoo niet tot andere dan toch tot vollediger inzichten gekomen”; hij meende nu zijne tegenstanders te kunnen bevredigen door „het verschil te deelen”; voor

descendenten zouden de bepalingen over inbreng ook op schulden — althans op schulden als de hier genoemde — toepasselijk zijn; door andere erfgenamen zouden de schulden op de gewone wijze moeten worden betaald. Het was te voorzien dat geen van beide partijen eene dergelijke schikking geliefde aantenemen. In W. no. 1005 maakt Mr. DE WITT HAMER, een tegenstander, zich vroolijk over „Salomo's rechtspraak toegepast op wetsexplicatie“, en in datzelfde nummer verklaart H. S., een overtuigd bondgenoot, zich bij zulk eene transactie niet te kunnen aansluiten.

Verdere strijd werd in het genoemde Weekblad over deze zaak niet gevoerd. In het Rechtsgeleerd Magazijn van 1890, bl. 36 vv., werd daaraan echter nog een verhandeling gewijd door Mr. D. B. DE MAREES VAN SWINDEREN, en eveneens leverde zij de stof voor niet minder dan vier academische proefschriften, van de heeren P. PEEREBOOM te Leiden, P. A. VAN DER BIESEN te Amsterdam, J. G. BROUWER NIJHOFF te Utrecht, E. D. F. SCHUTTER te Groningen; de drie eerste werden besproken door Zw. in W. nrs. 1082 en 1083.

Wij hebben hier dus weder een van de vele gevallen dat eene rechtsvraag zool niet ontstaat, toch voor langer of korter tijd zich verheft, om daarna, eveneens voor langer of korter tijd, tot rust te komen. De „inbreng van schulden“ is aan de orde; hij staat op de lijst voor die soort van practici, die de rechtswetenschap beschouwen als eene verzameling van vragen, waarop het antwoord wordt gegeven door de jurisprudentie, en door de schrijvers die met hun vertrouwen worden vereerd. Wanneer ik echter nogmaals die vraag ter sprake breng en over den gevoerden strijd een korte nabetrachting wensch te houden, dan is dit niet zoozeer om aan een der beide partijen nieuwe argumenten of althans een nieuwe stem te verschaffen. Moest ik partij kiezen, ik zou mij liever bij de meening van Mr. DE WITT HAMER dan bij die van Mr. HAMAKER aansluiten; maar voorshands wensch ik geene beslissing uit-

te spreken, vooral omdat de vraag zelve mij niet voorkomt zuiver gesteld te zijn. Al neem ik niet aan dat de zoon, waarvan hier sprake was, bij de boedelscheiding de bedoelde schuld heeft intebrengen — hetzij men dan dien inbrenge cum grano salis neme of geheel naar de regelen, die bij artt. 1132—1145 voor de schenkingen zijn vastgesteld —, daarom moet ik nog niet besluiten dat bij de verdeling op die schuld niet gelet moet worden.

Ik wil beginnen met het verhaal te geven van den gevoerden strijd, dien ik met aandacht, maar als toeschouwer heb gevolgd. Daarbij zal ik zoo kort mogelijk trachten te zijn, maar vooral de beide betoogen van Mr. HAMAKER zijn moeilijk in enkele woorden samen te vatten. Ik mag niet door te groote bekorting aan die betoogen hun eigenlijke kracht ontnemen, en bovendien is het noodig hen met eenige volledigheid weêrtegeven, omdat ik ook over de methode van wetsuitlegging, die Mr. HAMAKER hier volgt, nog enkele opmerkingen zou wenschen te maken.

De bespreking van den loop der discussie zal de gereede aanleiding geven tot de beoordeeling van de aangevoerde argumenten. Ten slotte zal men kunnen beslissen wat van die argumenten bruikbaar is, en zoo het misschien blijkt dat geen der beide uitspraken juist, d. i. volkomen juist mag heeten, dan zal het ons na het voorafgaande gemakkelijker vallen na te gaan, waar eigenlijk de sleutel van de positie gelegen was.

De practische beteekenis van de vraag is duidelijk. Had de vader bij zijn leven aan zijn zoon eene schenking gegeven, dan zou deze bij de boedelscheiding moeten worden ingebracht. Zal nu die verplichting tot inbrenge ook gelden als de zoon van zijn vader geld geleend heeft, en in het algemeen als hij blijkt aan den boedel geld schuldig te zijn? Dat de andere kinderen dit verlangen, ligt voor de hand; alle moeilijkheden met de vordering zouden daarmede zijn opgeheven; de verschuldigde

som zoude aan den boedel worden afbetaald of althans voor rekening van den debiteur gelaten. Onredelijk schijnt hun verlangen ook niet, want de beide gevallen staan vrij wel gelijk en loopen in menig geval ook dooreen; toen de vader het geld gaf en de zoon het ontving, gaven zij zich misschien geen rekenschap van het verschil tusschen schenking en schuld, en dachten zij, ook voor 't geval dat er eerder een schuld bedoeld was, toch enkel aan afrekening bij het later openvallen van de erfenis. Evenwel, als de zoon bij 's vaders dood onsoliede blijkt te zijn, juist dus wanneer de inbreng voor de mede-erfgenamen wenschelijk wordt, doet zich het bezwaar op dat er ook andere schuldeischers zijn van den zoon-debiteur. Die andere schuldeischers verlangen dat hunne vorderingen niet bij de vordering van den boedel zullen achterstaan; zij moeten er zich bij neerleggen, dat schenkingen worden ingebracht en dus in dat geval zooveel minder uit den boedel aan hun debiteur wordt toebedeeld; maar wat voor schenkingen geldt, willen zij niet ook op schulden zien toegepast.

Dat overigens de inbreng van schuld, consequent volgehouden, nog andere gevolgen zou hebben, ook voor de mede-erfgenamen *nadeelige*, wil ik hier alleen aanstippen. Zooals de vraag zich voordeed, kwamen die gevolgen niet ter sprake; de moeilijkheid lag bepaald in de collisie van de belangen der mede-erfgenamen en der verdere schuldeischers.

Voor die twee partijen werd de strijd gevoerd; wat voor den een voordeelig was, moest voor den ander nadeelig zijn. Natuurlijk kunnen wij dus weinig gewicht hechten aan argumenten van billijkheid, die van den eenen of van den anderen kant werden aangevoerd; elk pleiter vond de billijkheid bij hem, voor wiens belangen hij optrad. Hetzelfde geldt voor de argumenten omtrent de eischen van de praktijk. Als C. in W. 1000 zijn bedenkingen oppert tegen een vonnis der Winschotensche rechtbank, begint hij met de verklaring dat hij „gewoon is de dingen ook van practische zijde te beschouwen“. Wij willen

daar niet aan twijfelen; maar is het wel beleefd tegenover die rechtbank, en vooral is het wel verstandig, bij de tegenpartij niet eveneens die gewoonte te onderstellen? Die tegenpartij zal op zulke argumenten zich niet gewonnen geven, en op den onpartijdigen en onbevooroordeelden toeschouwer maken zij weinig indruk, nu zij zoo gemakkelijk telkens van de overzijde worden teruggeworpen. De vraag wat billijk is en practisch, is in gevallen als het onze niet gemakkelijk op te lossen; wellicht kan zij ook niet eenvoudig met een enkel woord worden beantwoord. Die vraag is bovendien niet aan de orde; wat wenschelijk is, is daarom nog geen recht; wij hebben in de eerste plaats te onderzoeken hoe het stelsel is van de wet, waaronder wij leven.

Dat onze wetgever de vraag niet uitdrukkelijk beslist, ligt voor de hand; anders zou geen strijd worden gevoerd. Wij vinden in de tweede afdeeling van den 16n titel, die over den inbreng handelt, telkens alleen gesproken van schenkingen en giften; alleen bepaalt art. 1142, dat behalve schenkingen „ook moet worden ingebracht al hetgeen is verstrekt om aan den erfgenaam eenen stand, een beroep of bedrijf te verschaffen, of ter betaling van deszelfs schulden, en al hetgeen ten huwelijk is gegeven“. Dat schulden in het algemeen moeten worden ingebracht, schijnt dus niet aan te nemen. In een bepaald geval wordt zelfs stellig onderscheid gemaakt tussehen schenking en schuld; volgens art. 1135c moet het kleinkind, dat bij plaatsvervulling opkomt in de grootouderlijke nalatenschap, al verwierp het de nalatenschap zijner ouders, de giften inbrengen, aan die ouders gedaan; daarentegen stelt art. 1135d in een dergelijk geval het kind niet aansprakelijk voor de schulden dier ouders jegens de grootouders. Het besluit ligt dus voor de hand, dat de schulden evenmin moeten worden ingebracht indien de schuldenaar uit eigen hoofde opkomt. Ik wil toegeven, uitgemaakt is dit laatste nog niet; maar art. 1135 maakte het toch minstens waarschijnlijk.

Inbreng van schulden beveelt dus onze wetgever niet uitdruk-

kelijk. Heeft hij echter niet indirect dien inbreng bevolen? De aanhef van art. 1132 luidt: „Onverminderd de verplichting van alle erfgenamen tot voldoening aan, of verrekening met hunne mede-erfgenamen, van alles wat zij aan de nalatenschap schuldig zijn, moeten schenkingen worden ingebracht.“ Men kan zeggen, dit staat aan het hoofd van de afdeeling: van inbreng, en de wetgever bedoelde hier dus een soort van inbreng; van den anderen kant doet het woord „onverminderd“ eerder vermoeden, dat hij juist bij schulden de gedachte aan inbreng wil uitsluiten. Maar in het eene en in het andere geval zijn wij nog niet in het reine. Ook zij, die uit dien aanhef van art. 1132 besluiten tot een samenhang met inbreng, nemen toch niet de volkomene gelijkheid aan met inbreng; zij achten b. v. reeds dadelijk art. 1133 niet toepasselijk, dat de verplichting tot inbreng doet vervallen als de begiftigde de erfenis verwerpt. Aan hen vragen wij dus, tot hoever „de verplichting tot voldoening aan, of verrekening met de mede-erfgenamen“ met de verplichting tot inbreng overeenkomt. Aan de anderen, die in dien aanhef eene tegenstelling met den inbreng zien, vragen wij, hoe die „verplichting tot voldoening aan of verrekening met de mede-erfgenamen“ dan moet worden opgevat? Met die woorden is toch waarschijnlijk iets bedoeld; in alle gevallen, wij moeten weten hoe wij met die schulden hebben te handelen.

Wij zouden verwachten op dit punt licht te vinden in art. 1125a, waarin gehandeld wordt over bijzondere verplichtingen en omgekeerd bijzondere aanspraken, die de erfgenamen tegenover den boedel kunnen hebben, en die vóór de boedelscheiding moeten worden geregeld. Nadat nl. het bedrag is vastgesteld der te verdeelen massa, zooals de boedelbeschrijving en de waardeering dit hebben aangewezen, „volgt“ de regeling van den inbreng en van hetgeen door den boedel aan een of meer der erfgenamen, uit welken hoofde ook, verschuldigd is. Duidelijk evenwel is dit niet, en bepaaldelijk over de vraag wat er met de schulden van een der erfgenamen jegens den boedel

moet gebeuren, verspreidt het weinig licht. De inbreng kwam op de boedelbeschrijving niet voor, en moet toch bij de scheiding in rekening worden gebracht; hij moet dus geregeld worden, vóórdat „het overschot van den boedel“ kan worden bepaald. Schulden van den erfgenaam aan den boedel waren echter reeds in de boedelbeschrijving opgenomen, en zij worden hier dan ook niet genoemd. Maar nu zijn wij ook hier teleurgesteld, als wij willen weten hoe wij met deze schulden moeten handelen. Wel wordt gesproken van vorderingen der erfgenamen tegen den boedel; ook die moeten „geregeld“ worden, evenals dat ten aanzien van den inbreng wordt voorgeschreven. Maar waarin die regeling bestaat, wordt niet gezegd; en als wij nu al willen aannemen dat er rechtssymmetrie bestaat tusschen de regeling van de schulden van erfgenamen aan den boedel en die van de vorderingen der erfgenamen tegen den boedel, dan blijft het toch duister, hoe die schulden moeten worden geregeld (1). Zooals een erfgenaam uit den boedel kan nemen wat hij te vorderen heeft, zou hij ook in den boedel moeten storten wat hij verschuldigd is. Maar staat nu deze verplichting met die tot inbreng gelijk, en zoo niet, hoe gaat het dan met die betaling aan den boedel? Art. 1125a brengt ons hierbij niet verder dan de aanhef van art. 1132.

Het blijkt dus, de wetgever laat het veld geheel vrij voor den uitlegger. Gaan wij nu na, hoe men op dat veld geopereerd heeft. Weinig beteekenis is te hechten aan de opmerking, dat *inbreng* bij schulden onmogelijk is, omdat de schulden reeds in den boedel zijn en dus niet, als de schenkingen, in den

(1) HAMAKER bl. 16, beroept zich op OPZOOMER IV. bl. 456 n. 5; maar deze laat zich daar niet uit over de vraag, of die schulden evenals schenkingen moeten worden ingebracht. Op bl. 466 n. 1 verklaart hij integendeel uitdrukkelijk dat dit niet het geval is.

DIEPHUIS IX bl. 472 wordt door HAMAKER aangehaald, doch ook op bl. 248 v. (Verg. ook bl. 434) bespreekt DIEPHUIS deze vraag, en bevestigt hij zeker *niet* de door HAMAKER uitgesproken meening.

boedel teruggebracht kunnen worden; de wetgever gebruikt niet altijd volkomen juiste termen; de term zou ook te verdedigen zijn; in art. 984 Wetb. Nap. v. Holl. althans werd van inbreng van schulden gesproken. Evenmin is omgekeerd de redeneering afdoende dat, als schenkingen moeten worden ingebracht, a fortiori ook het verschuldigde bij den te verdeelen boedel behoort; (1) dan moet toch eerst het wezen van den inbreng worden vastgesteld, en daartoe is het niet voldoende het streven van den wetgever aantevoeren, dat de gelijkheid zal bewaard blijven onder de descendenten; de legitieme wordt daarbij zelfs aangehaald, alsof die nog met onzen inbreng samenhang! Met dergelijke aanvallen zal men misschien een oogenblik verwarring brengen in de gelederen van den vijand; men verslaat hem daarmee echter niet.

Mr. HAMAKER betoogt, de verplichting van den medeërfgenaar om het geleende geld, als het niet is terugbetaald, zich in zijn aandeel te laten toescheiden, volgt uit het ware wezen van den inbreng; de grond van den inbreng is nl. het feit dat een der medeërfgenaamen van den erflater bij zijn leven verdeelen heeft genoten, en dit is bij deze schulden niet minder het geval dan bij schenkingen. Hij gaat de geschiedenis na, eerst in zijn opstel in W. nr. 994, daarna met grootere uitvoerigheid in W. nr. 1003. In dat eerste opstel tracht hij in het bijzonder aantetoonen, dat in het Fransche recht alle erfgenamen tot inbreng verplicht zijn (art. 843 C. C.), en dat die inbreng ook de schulden geldt, hetzij aan den erflater hetzij aan den boedel (art. 829 C. C.) Zoowel in het vroegere Fransche recht (verg. POTHIER Succ. Ch. IV. art. 3 § 1 en art. 2 § 2, Introd. aux Cout. d'Orl. XVII nr. 78, Demolombe, Bruss. ed. VIII nr. 157 en 453, als in het Oud-Hollandsche (verg. Voet ad Pand. XXXVIII nr. 14) gold datzelfde, en ook het Wetboek van Koning Lodewijk nam ten aanzien van de schulden een dergelijk standpunt in als de Code civil: art. 984 legt de

(1) Zie H. S. in W. no. 1000.

verplichting tot inbreng van schulden op aan alle erfgenamen, en wat verder is genoten, bepaaldelijk schenkingen, wordt volgens art. 985 — evenals in het Oud-Hollandsch recht — alleen door de descendenten ingebracht. Dat stelsel is in ons Burg. Wetb. overgenomen; alle erfgenamen moeten de schulden inbrengen; de aanhef van art. 1132 bepaalt dit in navolging van art. 984 van het Wetboek van 1809, zooals art. 985 gevolgd wordt in de bepaling, dat descendenten de schenkingen hebben intebrengen. Alleen wordt bij schulden het woord „Inbreng” niet meer gebruikt, omdat bij art. 1135 c. en d. verschil tusschen schenking en schuld moest worden gemaakt. Maar onze wetgever heeft met die verandering van den naam niet ook aan de zaak zelve een einde willen maken; de eigenaardige wijze van afdoening, door de Fransche wet ten aanzien van schulden van een medeërfgenaam aan de nalatenschap ingevoerd, heeft hij niet willen afschaffen. Eigenlijk, zoo beweert Mr. HAMAKER, zou hij daaromtrent geen nader bewijs behoeven te leveren; inbreng van schulden is een verbetering, een consequentie van den inbreng van schenkingen; onze wetgever zou dus een stap terug hebben gedaan, als hij die Fransche bepaling had afgeschaffd. Maar ten overvloede kunnen nog bewijzen worden aangevoerd; behalve in den aanhef van art. 1132 ligt ook in art. 1125a het denkbeeld, dat de schulden moeten worden ingebracht; vergelijkt men nl. den tekst van het artikel (1123) van de wet van 1838, dat weder overeenkomt met art. 1156 van het Wetb. van 1830 en niet anders is dan eene samenvatting van artt. 829 en 831 C. C., dan komt men tot het besluit, dat „inbreng” in dat art. 1125a den algemeenen zin heeft van inbreng ook van schulden; immers zoo was nog de terminologie bij het maken van dat artikel.

Dat nu ook bij faillissement van den medeërfgenaam-debiteur datzelfde moet gelden, moge onaangenaam zijn voor zijn overige schuldeischers, maar het is noodzakelijke consequentie.

Tot zoover Mr. HAMAKER. Tegen dit historische betoog is

aangemerkt, in de eerste plaats dat het niet uitgemaakt is of de Code civil inbreng wilde van de schulden; LAURENT X nr. 635 bv. erkent wel, dat art. 829 ook bij schulden van inbreng spreekt, maar hij vat dit op als een inbreng in algemeenen zin, zoodat de medeërfgenen niet bij voorrang worden betaald (n. 638); den eigelijken inbreng ziet hij in artt. 843 vv. alleen bij schenkingen en legaten. Verder werd er op gewezen, dat onze beraadslagingen niet zoo stellig voor Mr. HAMAKER pleiten als hij het voorstelt; bij VOORDUIN IV. bl. 300 verklaart de regeering, dat de schulden niets met inbreng gemeen hebben; een artikel — door den heer DAAM FOCKEMA voorgesteld om in de tweede afdeeling geplaatst te worden en luidende: Ieder erfgenaam of legataris is verplicht om in den boedel in te brengen of in zijn aandeel of legaat te laten korten hetgeen hij aan den erfgenaam schuldig is — werd niet opgenomen (NOORDZIEK 1823—1824 II 378); evenmin wilde de regeering het voorstel overnemen om in art. 1125a de schulden met de intebrenge schenkingen gelijk te stellen (NOORDZIEK II 330, 510).

Men zal moeten toegeven dat de argumenten, door Mr. HAMAKER in zijn eerste artikel aangevoerd, niet overtuigend zijn. Dat hij eigenlijk geen bewijs zou behoeven te leveren, omdat toch de inbreng van schuld noodzakelijke consequentie is van den inbreng van schenking, is moeilijk voltehouden, nu ook na zijn betoog zooveel blijven twifelen; a priori houden beide partijen hare opvatting voor de ware; en beide verlangen zij bewijzen, voordat zij hare opvattingen zullen opgeven. Dat nu in dit geval weinigen bekeerd werden, kan ons niet verwonderen. Wil men aan de beraadslagingen gewicht hechten, dan moeten zij toch duidelijker uitspraken geven en niet ook door de tegenpartij met evenveel, misschien zelfs met meer recht kunnen worden ingeroepen (1). Hetzelfde geldt

(1) Het blijkt wel dat men verrekening wilde *gelijktijdig* met den inbreng (VOORDUIN bl. 299), maar daarom toch niet *gelijkertwijze* (VOORDUIN bl. 300).

voor de vergelijking van de woorden der tegenwoordige wet met een vroegeren tekst; het heet dat het woord „inbreng” in art. 1125 in verband met het wetboek van 1830 een algemeenen zin moet hebben; maar al kwam in dat wetboek van 1830 die veel besproken aanhef van art. 1132 niet voor, het sprak toch bij inbreng alleen van schenkingen. Tot dien inbreng waren ook enkel descendentes gehouden, niet meer alle erfgenamen, als in art. 843 C. C.; dat nu alle erfgenamen toch tot inbreng van de schulden zouden verplicht zijn, is niet aantemenen. Van de redenen van twijfel, die onze wet zeker overlaat, wordt weinig werk gemaakt. Het blijft onverklaard, welke beteekenis wij aan art. 1142 zouden hebben toetekennen, als alle schulden moesten worden ingebracht. Eveneens, als bij art. 1135 c en d verschil wordt gemaakt tusschen schenking en schuld, dringt zich de vraag op naar den grond van dat verschil. De kleinzoon in art. 1135 d „is niet erfgenaamschuldenaar en kan dus niet op grond van schuld tot inbreng gehouden zijn” (HAMAKER bl. 14—15). Maar waarom niet ook bij art. 1135c geredeneerd: de kleinzoon is niet erfgenaam-begiftigde en kan dus niet op grond van schenking tot inbreng gehouden zijn? Als er eens inbreng is voor schuld, dan zou de representeerende erfgenaam evenzeer voor de schulden als voor de schenkingen tot inbreng verplicht moeten zijn; nu de wetgever bij schulden anders bepaalt dan bij schenking, blijkt de inbreng, die bij de schenking geldt, niet voor de schulden te gelden; denkbaar is het, dat wij in deze bepaling een singulariteit zouden hebben te zien, maar wij hadden dan mogen verwachten dat ons de reden dier singulariteit werd aangewezen.

Trouwens Mr. HAMAKER geeft het zelf toe, bij schulden heeft men wel inbreng, maar toch niet geheel den inbreng als van de schenkingen. Doch dit geeft weder een nieuw bezwaar. Met welk recht neemt men aan, dat althans voor het punt in geschil gelijkheid bestaat tusschen de verrekening van schulden en den inbreng van schenkingen. Ik stel mij voor dat het

advies meer overtuigend, meer afdoende zou zijn geweest, indien vollediger ware uitgewerkt in hoever die inbreng van schuld met den inbreng van schenkingen gelijkstaat, en in hoever hij daarvan verschilt; ook in het Fransche recht, dat volgens Mr. HAMAKER mag ondersteld worden in onze wet voorttelevens, is die vraag niet duidelijk beantwoord. Dat de belangstellende toeschouwer, die in dit bijzonder geval niet betrokken is maar hoopte bij deze gelegenheid te kunnen leeren, eenigszins teleurgesteld blijft staan, is duidelijk. Hoe moet men bij schulden beslissen, als de erfenis wordt verworpen, of als de schuld minder bedraagt dan het erfdeel? En zijn er interessen en vruchten verschuldigd van den dag, waarop de erfenis openviel? Wanneer het verschuldigde door toeval verloren ging, vervalt dan de verplichting? En heeft de schuldenaar-mede-erfgenaar dezelfde keuze omtrent de wijze van inbrengen als de begiftigde-mede-erfgenaar? Al deze vragen blijven onaangeroerd; het schijnt echter, dat Mr. HAMAKER die niet alle bevestigend zou willen beantwoorden; alleen voor het punt in geschil betoogt hij de verplichting tot inbreng; die verplichting brengt mede, dat de schuld van den medeërfgenaar aan den boedel vóór de verdeeling moet worden afbetaald of aan hem zal worden toebedeeld, ook al verkeert de schuldenaar in staat van faillissement. Zoo is dan volgens Mr. HAMAKER ook het eenstemmig oordeel der Fransche juristen, op grond van het „rapport des dettes“ in art. 829 C. C. Onvoordeelig moge dit zijn voor verdere crediteuren, de verrekening der schulden staat in dit opzicht met den inbreng van de schenkingen gelijk; den erfgenaar-debiteur wordt alleen het overschot toebedeeld, en daarop kunnen dan de verdere crediteuren hun vordering verhalen.

Ik geef toe, *indien* de verrekening der schuld in dit opzicht overeenkomt met den inbreng van schenkingen, dan moeten die verdere crediteuren zich nederleggen bij het privilege, dat op die wijze aan de vordering van den boedel zou worden toegekend. Dat privilege zou een gevolg zijn van het stelsel der wet.

Trouwens zoo zal ook een schuldeischer, die compensatie kan inroepen, zijn vordering ten volle realiseeren, en toch zal ook die compensatie niet bij faillissement kunnen worden ontzegd op grond dat zij een privilege zou geven.

Maar dat stelsel der wet zou dan zijn: verrekening van schuld is ten dezen als inbreng te beschouwen; steeds wordt betoogd, het ware wezen van den inbreng brengt mede dat hij ook schulden als de onderhavige moet treffen; de inbreng van de schulden is noodzakelijke consequentie van den inbreng van schenkingen. En nu zien wij dat hier niet de inbreng in zijn geheel, maar alleen een enkel punt van overeenkomst met den inbreng is bedoeld; terwijl werkelijk de inbreng van de schenkingen volgens het stelsel van onze en van vroegere wetten voor de medeërfgenenamen en voordeliger en nadeeliger kan zijn dan het recht om de schulden intevorderen, wordt hier den medeërfgenenamen ten aanzien der vorderingen het voordeel van den inbreng toegekend, maar niet het nadeel; om van de verdere gevolgen niet te spreken, indien de medeërfgenaam b.v. de erfenis mocht verwerpen, is hij toch niet ontslagen van de verplichting om zijne schuld te voldoen. Maar het uitvoerige betoog, dat wij hier aan inbreng hebben te denken, verliest daarmede zijn kracht. Het zou mogelijk zijn, dat de wetgever bij deze schulden of bij alle schulden den medeërfgenenamen hetzelfde voordeel had toegekend, dat ook de inbreng van de schenkingen voor hen medebrenge; eveneens, dat ook reeds art. 829 C. C. dit bedoelde met het rapport des sommes dont il est débiteur, en dat dit dan ook door onze wet was overgenomen. Doch dat bewijs wordt niet geleverd; alle gewicht wordt gelegd op het ware wezen van den inbreng, en ik bedrieg mij zeer als dan hier niet toepasselijk is dat hij, die te veel bewijst, niets bewijst.

Overigens, gesteld dat het stelsel der wet inbreng of quasi-inbreng van de schuld medebracht, dan zouden wij staan voor een consequentie, practisch zoo vreemd, dat wij wel aan

de juistheid van de redeneering moeten twijfelen. Een vordering tegen een gefailleerde, en eveneens tegen iemand die niet geheel solvent is, heeft niet hare volle nominale waarde; kan zij nu bij de scheiding voor een hooger bedrag worden toebedeeld dan de reële waarde bedraagt? Bij een schenking is die inbreng voor het volle bedrag duidelijk; zij vermindert het erfrecht; indien de erfenis wordt verworpen of voorzoover de schenking meer bedraagt dan de erfportie, wordt niet ingebracht, maar indien wordt ingebracht, is het de schenking die men inbrengt, zonder dat er eenige aanleiding bestaat om daarbij te denken aan solventie of insolventie. Maar er is hier een werkelijke schuld, die, waar die zoogen. verplichting tot inbreng niet kan werken, wel degelijk zal moeten worden betaald. Hoe verklaart men nu, dat die schuld in dit geval eensklaps voor een hooger bedrag moet worden uitgetrokken? M. a. w., Mr. HAMAKER bedoelt met den inbreng van schulden, die met den inbreng van schenkingen zou gelijkstaan, eene verrekening van de schuld, die voor de medeërfgenen hetzelfde voordeel zou hebben als de inbreng maar niet dezelfde nadeelen; hij erkent nl. het blijft toch een schuld; maar daarmede stuit hij dan op het bezwaar, dat die schuld bij in solventie niet op de volle nominale waarde kan worden gesteld en toebedeeld. Zoo neemt dan ook Mr. THEOD. BORRET aan in W. no. 996, dat de zoon verplicht is te verrekenen, doch slechts de gereduceerde schuld.

Het was noodig bij dit laatste punt stil te staan, om alle misverstand over den eigenlijken stand van de quaestie te ontgaan. Mr. BORRET verklaart volgaarne in alle opzichten met Mr. H's betoog ter beantwoording van de vraag mede te gaan, doch hij laat bij faillissement die verrekening niet toe dan voor de percenten, die het faillissement oplevert; en H. S., die daarentegen de schuld voor het volle bedrag wil laten verrekenen, begint met dezelfde verklaring, en voegt daarbij, dat hij dit doet „evenals Mr. BORRET.“ Mr. HAMAKER zelf, in zijn tweede opstel akte nemende van de erkenning van Mr. de WITTE HAMER,

dat de medeërfgnamen recht hebben de schuld aan den boedel bij de scheiding geldig te maken, besluit dat hier slechts schijnbaar van principieele bestrijding sprake is. Op die wijze zouden wij het spoor geheel bijster worden. Het eigenlijke punt, waarover de strijd liep, lag juist in de vraag voor welk bedrag de vordering moet worden toegescheiden, Mr. BORRET is het dus *niet* eens met Mr. H.; *wel* daarentegen H. S., en *niet* weder Mr. DE WITT HAMER. Dat de schuld bij gelegenheid van de boedelscheiding moet worden verrekend, werd niet bestreden, en dit was ook niet wel mogelijk, nu de aanhef van art. 1132 op dat punt duidelijk spreekt; men was het er echter niet over eens, of die verrekening met inbreng op ééne lijn mag worden gesteld. Mr. H. verklaart, dat zijn historisch betoog alleen diende om dat eerste punt te bewijzen, waaromtrent de heer DE WITT HAMER nu blijkt geen bezwaar te maken; doch daartoe had hij zich zooveel moeite niet behoeven te geven, en bovendien, bedoeld of niet bedoeld, met dat historisch betoog was dan toch het tweede punt gediend geweest.

Ik meende deze opmerkingen over het eigenlijke punt van geschil en over de eigenlijke bewering van Mr. HAMAKER hier in het midden te moeten brengen, omdat wij anders moeilijk zijn verder betoog zouden kunnen volgen. Waarschijnlijk vond de verwarring haar aanleiding in de wijze, waarop de vraag werd gesteld. Het geval, waarover Mr. H. geraadpleegd werd, is mij niet bekend, en het is dus mogelijk dat ik mij vergis; maar het is toch geen gewaagde onderstelling dat er juist sprake was van een vordering, aan welker betaling de medeërfgnamen meenden te moeten twijfelen. Zoo schijnen dan ook de verschillende strijders zich het geval te hebben voorgesteld. Welnu, in zulk een geval zou ik meenen dat de vordering — en met Mr. BORRET «stel ik op den voorgrond dat S., sprekend van «schuld», klaarblijkelijk bedoelt: de *volledige schuld*» — niet in korting van zijn aandeel kan worden toegescheiden; maar nog minder zou ik de andere beslissing aannemen, die als alternatief door Mr. H. werd gesteld,

Wij gaan nu over tot het tweede opstel van Mr. HAMAKER. Ten betooge dat de inbreng wegens schuld doorgaat, ook al verkeert de erfgenaam-schuldenaar tijdens de scheiding in staat van faillissement of in een anderen soortgelijken toestand, wordt de ware aard van den inbreng onderzocht.

Inbreng in ons oud-Hollandsche recht, dat hier het Romeinsche recht volgde en ontwikkelde, was de verplichting van de erfgenamen in de rechte nederdalende lijn om in den boedel terugtebrengen, wat zij daaruit bij des erfaters leven hadden genoten; gewone schenkingen echter behoeften in de meeste streken van ons vaderland niet te worden ingebracht, tenzij de erfater dit uitdrukkelijk bepaalde. Dat begrip van inbrenging, gewijzigd en uitgebreid, over op het wetboek Nap. voor Holl.: het kind moet inbrengen, maar nu ook de schenkingen; ten aanzien van dit laatste punt sloot men zich aan bij den Code Civil. Het ontwerp van 1820 kwam zoo goed als letterlijk overeen met het wetboek van 1809.

Het begrip van rapport, dat POTHIER ons doet kennen aan de hand van artt. 303 en 304 Cout. de Paris, verschilt weinig of niet van het tot nog toe gevondene; ook hier bestaat inbrengen in het terugbrengen van de voordeelen, door de descendenten op welke wijze ook genoten. De schenking wordt hier echter op den voorgrond gesteld. De Code Civil ging nog verder dan de Coutumes. Wel dacht men er niet aan, in het wezen der zaak verandering te brengen, maar de opvatting werd toch eenigszins gewijzigd; er kwam nu tweeërlei inbreng: inbreng van schuld, wegens voordeelen door den erfgenaam vooraf genoten, inbreng van schenking, directement of indirectement gedaan. Die eerste is niet nader behandeld; het schijnt dat dit deel der oude instelling zoo van zelf sprekend en eenvoudig werd geoordeeld, dat het niet noodig was het nader te regelen. Maar — altijd volgens Mr. HAMAKER — die splitsing was een misgreep; men liep nu het gevaar, voorbij te zien dat inbreng zijn grond heeft noch in schuld, noch in schenking,

maar daarin dat een deel van het vermogen van den erfater reeds bij zijn leven in dat van den erfgenaam overging zonder door een contrapraestatie te worden vervangen. Zeker heeft de Nederlandsche wetgever de klip niet weten te vermijden; het wetboek van 1830 spreekt alleen van inbreng van schenkingen, en laat zelfs het „indirectement“ daarbij vervallen.

Dat echter daarom de wetgever van 1830 den inbreng van de schulden niet zou hebben willen erkennen, is niet aantemen; dat ware eenzijdig en bekrompen geweest. Waarschijnlijk stelde onze wetgever, evenals de Fransche, den inbreng van schuld zich voor als een zoo van zelf sprekende instelling, dat men er liefst zoo weinig mogelijk woorden aan moest verwisten. Zoo dan ook de wetgever van 1838. Hij geeft nog den aanhef van art. 1132, waarbij hij de vroegere verplichting blijft erkennen; hij wil deze echter geen inbreng meer noemen, omdat zij in sommige opzichten andere regelen moet volgen dan de inbreng van schenkingen.

De kiem van den inbreng ligt dus — het is altijd Mr. HAMAKER, die spreekt — reeds in de coutumes de Paris; daarbij werd alles getroffen wat een descendent genoot anders dan tegen aequivaleerende contra-paestatie, ook geleend geld of een koopprijs; niet natuurlijk alle schuld. Schenkingen echter behoefden niet te worden ingebracht; de bedoeling van den schenker bracht dit mede. Dit was dan de eerste phase. Daarna wordt, eerst in het Fransche recht, daarna eveneens bij ons, ook de schenking aan inbreng onderworpen, en zij dringt zich op den voorgrond; dat kwam reeds enigszins uit in de coutumes de Paris, duidelijker echter in den code civil en vooral in ons Wetboek; wat vroeger alleen werd ingebracht, is thans buiten den inbreng gedrongen, ofschoon het nog altijd aan een dergelijke behandeling wordt onderworpen.

Nu wijkt deze regeling in tweeërlei opzicht af van de beginselen, die ons onderwerp sedert eeuwen beheerschen, we

mogen wel zeggen van den waren aard der instelling. Schenkingen worden te veel op den voorgrond gesteld, en de inbreng van schuld wordt te algemeen gemaakt; hij behoort alleen te gelden voor die schuld, welke 't gevolg is van een voordeel, uit den boedel genoten zonder tegenpraestatie; met de laatste fout hangt samen dat men *alle* erfgenamen laat inbrengen, daar alle erfgenamen schulden kunnen hebben. De wetgever verstaat nu onder den inbreng — of de voldoening of verrekening — van schuld eene betaling van schuld. De vraag rijst echter, of hij niet nog ééne consequentie uit zijne leer had moeten trekken en de gansche instelling (nl. die voldoening of verrekening volgens den aanhef van art. 1132) schrappen. Dat ware het best geweest, als maar tevens de inbreng beter was geregeld en ook alle genoten voordeelen omvatte.

„Intusschen, de wetgever heeft het nu eenmaal anders begrepen, en wij moeten ons zelve zien te helpen”; en daarop volgt dan het voorstel om het verschil te deelen. Onder de „voldoening of verrekening van schuld tusschen erfgenamen” zijn samengevat: voor de descendenten ware inbreng van al het genotene, voor alle andere erfgenamen gewone betaling van schuld. Wij laten dus de descendenten behalve de schenkingen ook schulden inbrengen, voorzoover nl. de schulden haar grond hebben in een voordeel zonder tegenpraestatie; dat heeft het recht altijd zoo bedoeld; maar voor andere erfgenamen blijft het als van ouds betaling.

Descendenten brengen derhalve al het genotene in, ook al werd de schuld kwijtgescholden; het blijft dan toch een feit dat genoten was; natuurlijk kan vrijstelling van inbreng worden gegeven, maar de kwijtschelding van schuld is nog geen vrijstelling van inbreng. Eveneens moet worden ingebracht na accoord in het faillissement, of als de erfenis van den begiftigde beneficiair was aanvaard en daarna zijn kinderen bij plaatsvervulling opkomen; de niet betaalde percenten worden dan ingebracht, omdat zij toch waren genoten. Voor descendenten

moet art. 1135 *d* zóó worden gelezen dat, voorzover de schuld haar grond heeft in een uit den boedel genoten voordeel, zij wel degelijk moet worden ingebracht; er staat dan ook alleen dat het kind „voor de schulden niet aansprakelijk is“, maar dat sluit niet den inbrengh uit; het kind zal niet verplicht zijn die schulden te betalen, maar wel zal het zooveel minder ontvangen als zijn vader reeds genoten had.

Tot zoover het tweede betoog van Mr. HAMAKER. Ik wil niet blijven stilstaan bij verscheidene punten, waarbij bedenkingen moesten rijzen. Maar is de conclusie te rijmen met de wet? De wetgever stelt voor de schulden bij alle erfgenamen één regel, hoe deze dan ook moet worden opgevat. De verplichting, volgens dien regel aan alle erfgenamen opgelegd ten aanzien van de schulden, kan de wetgever zich bezwaarlijk hebben voorgesteld als gelijkstaande met de verplichting van de descendenten tot inbrengh van de schenkingen. De vraag, of dan voor de schulden een quasi-inbrengh of een eigenlijke inbrengh moet worden aangenomen, laten wij hier rusten, maar mag men bij den algemeenen regel, dien de wetgever stelt voor de schulden, een onderscheiding maken, naarmate die schulden al of niet haar grond hebben in genoten voordeelen? Trouwens de geschiedenis van den inbrengh, in 't bijzonder die van *ons* oudere recht, wijst wel op een dergelijke verplichting bij enkele bepaalde schulden, maar dan toch niet bepaald voor die schulden, welke Mr. H. op den voorgrond stelt.

Maar nog een gewichtiger bezwaar tegen het historische betoog drong zich op bij de lezing. Mr. H. spreekt van eene geschiedenis van het begrip van den inbrengh, beginnende van de Romeinen en, loopende over ons oud-Hollandsch recht en over het Wetboek Nap. voor Holl., overgegaan in de ontwerpen van 1820 en 1830 en eindelijk in ons burgerlijk wetboek; dat zelfde begrip vindt hij in het oud-Fransche recht, bepaaldelijk in de coutumes de Paris, en het bleef daar gelden in de leer van POTHIER en verder weder in den code civil. Betreurd wordt

dan, dat in den loop der tijden het begrip den wetgever, zoowel den Franschen als den Nederlandschen, minder helder voor den geest stond; maar de ware aard der instelling wordt toch, zoo heet het, duidelijk door dat historisch onderzoek; het grondbegrip van den inbreng is de verplichting om het vooruitgenotene in den boedel terug te brengen.

Ik wil erkennen dat de voorstelling van de geschiedenis, zooals ik mij die gemaakt had, een geheel andere was; en ook na aandachtige vergelijking kan ik haar niet opgeven tegenover die van Mr. H. (1) Het komt mij voor dat hier eenheid wordt gebracht in instellingen, die weinig meer dan den naam gemeen hebben. Het is waar, in al de genoemde regelingen wordt er in den boedel teruggebracht wat een der erfgenamen bij het leven uit den boedel had genoten, maar de grond dier verplichting is niet in al die gevallen dezelfde, en met het verschil in den grond der verplichting hangt ook een verschil in omvang samen. Gesteld dus ook al, dat wij de vraag, wat moet worden ingebracht, mochten beslissen naar een algemeen grondbegrip van den inbreng, getrokken uit collatio, rapport en inbreng van vroeger en tegenwoordig recht, dan zouden die collatio, rapport en inbreng meer onderlingen samenhang of overeenkomst moeten vertoonen, dan werkelijk het geval blijkt te zijn. De collatio van het Romeinsche recht had een geheel andere beteekenis

(1) Ik hoop niet al te veel ergernis te geven aan H. S., wien in W. no. 1005 het hernieuwde betoog van Mr. H. aanleiding geeft tot een warme ontboezeming tegen zekere scribenten, die wel eens van betoogen als die van den hoogleeraar mochten afzien hoe men de historie van het recht beoefent, en dan wat voorzichtiger zouden optreden waar de denkbaar verstandigste meeningen reeds lang door bevoegden zijn uitgesproken. Het is droevig, maar er zal wel altijd allerlei verschil van meening blijven bestaan; al is echter het lastig in de praktijk, het heeft voor de wetenschap ook zijn goede zijde: de waarheid, die misschien toch elders gelegen is dan men meende, vindt dan een wijkplaats, en die haar beschermden, kunnen later blijken een goed werk te hebben gedaan.

dan het rapport van de coutumes de Paris, en voorzoover beiden in onze wet zijn terug te vinden, hebben zij toch, de een meer dan de ander, veel van hun oorspronkelijken aard afgelegd.

Een nadere beschouwing van de geschiedenis acht ik dus niet overbodig; ik mag mij echter tot de hoofdtrekken bepalen; alleen de algemeene loop van de instelling moet worden aangewezen.

De *collatio*, waartoe de *emancipatus* verplicht was, en de *collatio dotis* kunnen wij buiten rekening laten; slechts indirecten invloed hadden zij op het latere recht (1). Overeenkomst met onzen inbreng zien wij eerst in de constitutie van Leo van het jaar 467 n. C. (2) Descendenten waren onderling verplicht intebrenge wat zij bij het leven van den erflater hadden ontvangen, daar deze niet geacht werd den een boven den ander te willen bevoordeelen; de erflater konde derhalve van de verplichting tot inbreng ontslaan. Doch die verplichting werd niet algemeen opgelegd voor alles wat descendenten uit den boedel hadden genoten; zij gold reeds dadelijk niet voor de schenkingen, tenzij de erflater uitdrukkelijk inbreng had bevolen; daarentegen moest worden ingebracht, wat ten huwelijk was gegeven, of wanneer de vader voor zijn zoon een ambt had gekocht. Waarom juist deze gevallen op den voorgrond waren gesteld, willen wij niet nader onderzoeken; het onderzoek zou misschien weinig vruchten opleveren, (3) en bovendien is het voor ons doel minder van gewicht te weten, hoe in werkelijkheid het Romeinsche recht geweest is, dan wel hoe het werd opgevat ten tijde dat het in het latere recht werd overgenomen. Nu staat het vast dat de oud-Hollandsche rechtsgeleerden de Romeinsche bepalingen ruim interpreteerden; zoo meende Voet nr. 14, dat volgens l. 17 C. de coll.

(1) Verg. WINDSCHEID § 609 n. 10.

(2) L. 17 C. de coll. VI 20. Verg. Just. in l. 19 en 20 C. h. t. en Nov. 18 c. 6.

(3) Verg. WINDSCHEID § 610 n. 12.

ook alles moest worden ingebracht, wat verstrekt werd om een beroep of bedrijf te verschaffen. (1) Zij gingen ook nog verder op denzelfden weg; het beginsel van den inbreng maxime moribus hodiernis usum invenit (VOËT nr 1), en treft dan ook wat de vader als borg betaalde; eveneens als de descendent op welchen grond ook schuldenaar is van den vader, ook ten gevolge van delict; ook als de vader schadevergoeding of boete voor hem betaalde, is de inbreng verschuldigd, al was de vader niet rechtens tot de betaling verplicht geweest. Bij schenking werd gewoonlijk een uitdrukkelijk bevel tot inbreng gevorderd; zie echter nr 13 in f.

Terwijl nu in het latere Romeinsche recht nog geen spoor te vinden is van een verplichting tot inbreng van alle schulden of van de schulden, die gegrond zijn op uit den boedel genoten voordeel, (2) blijkt wel VOËT, vooral in nr 15, den inbreng van schulden te willen; maar hij maakt dan toch geen verschil ten aanzien van de oorzaak der schuld; quidquid filius ex mutuo, emtione venditione aut alia quacumque causa debuit; . . . nec interest, utrum ex contractu an vero ex delicto debitor sit; dus niet bepaald de „voordeelen niet door voldoende tegenpraestatie opgewogen.” (HAMAKER bl. 141 en 145.)

Van onze oud-Hollandsche juristen zijn overigens de uitspraken niet gelijkloidend; ook gold niet overal hetzelfde recht,

(1) Vrg. ook WINDSCHEID § 610. n. 18 en 19.

(2) Uitdrukkelijk verklaart l. 51 § 1 D. fam. ere. 10, 2, dat de schulden van den erfgenaam jegens den erfater buiten de boedelscheiding blijven; de gewone regel, dat de vorderingen van zelf gedeeld zijn, geldt ook in dit geval. Vrg. WINDSCHEID § 608 n. 20. Dus zelfs niet een „verrekening” als van art. 1132 B. W. is toepasselijk. Dat de schulden moesten worden *ingebracht*, zou alleen „nach einer sehr äusserlichen Betrachtung” kunnen worden aangenomen. Vrg. WINDSCHEID § 610 n. 19. Vrg. Fein, Collation bl. 36 „Dennoch ist dieser Unterschied leider oft genug verkant worden, und hat durch das Miszverkennen Veranlassung zu den wichtigsten practischen Irrthümern gegeben.”

zoals VOET t. a. p, zelf opmerkte. DE GROOT II 28, nr. 14 spreekt van inbreng van hetgeen de kinderen „tot vordering van haer Huwelijk, Neering ofte Koopmanschap hebben ontfangen“ ARNTZENIUS. Inst. juris Belg. III 1, 8, nr 36 wil inbreng: IV van de donatio simplex, V van de schulden. HUBER Hed.-Rechtsgel. III 32 wil bij schulden geen inbreng, omdat zij bij het leven moeten worden teruggegeven. Geen hunner geeft echter het stelsel, dat Mr. H. meende bij VOET te vinden.

In art. 991 van het Wetboek Nap. voor Holland is zeker eerder het oud-Hollandsche recht gevolgd dan de Code civil. Ingebracht wordt: 1o. wat gegeven werd om een beroep of kostwinning te verschaffen, 2o. wat ten huwelijk is medegegeven of naderhand tot onderhoud der huishouding verstrekt, 3o. wat de ouders betaalden wegens schulden of misdaad der kinderen, 4o. geschenken, uit louter gunst of milddadigheid gedaan. In de twee eerste gevallen herkennen wij VOET en DE GROOT. Bij het derde is wellicht aan VOET gedacht, maar heeft men toch zijn regel niet overgenomen, dat allerlei schuld moet worden ingebracht; evenmin echter zien wij dat de schuld moet worden ingebracht, die berust op een uit den boedel genoten voordeel. De toepassing der verplichting ook op schenkingen was een belangrijke uitbreiding, die alleszins rationeel mocht heeten. Men wilde de billijke gelijkheid onder de kinderen bevorderen overeenkomstig des erflaters waarschijnlijke bedoeling (artt. 985 en 990), en bij de schenkingen werd die gelijkheid in de eerste plaats verstoord. Trouwens ook het Romeinsche recht en VOET erkenden den inbreng van schenkingen, maar eischten daartoe een verklaring van den erflater; de nieuwe bepaling was echter te verkiezen, vooral bij schenkingen van hand tot hand; daarbij blijft allicht een beding, waarbij de inbreng uitdrukkelijk geboden wordt of daarvan vrijgesteld, achterwege, terwijl ook een testament in 't geheel niet of niet volledig wordt gemaakt.

Naast die verplichting tot „collatie of inbreng“, in artt. 985 vv. aan de descendenten opgelegd, staat de verplichting „om in den boedel in te brengen of in zijn aandeel te laten toescheiden“, die volgens art. 984 rust op ieder erfgenaam ter zake niet alleen van 't geen hij schuldig is aan den boedel, zoodat het uit den aard der zaak onder de actie van scheiding valt, maar ook van 't geen hij reeds aan den testateur schuldig was. Hierbij hebben wij echter niet te denken aan eigenlijken inbreng; waar men dezen bedoelt, spreekt men van „collatie of inbreng“, van „inbrengen bij collatie“ als in zoovele andere gevallen waar men wil aanduiden dat een technisch begrip wordt gebruikt. Wat nu *wel* de beteekenis is van de verplichting van art. 984, wordt niet nader gezegd; evenmin als dit thans 't geval is met den aanhef van art. 1132 B. W.

Overigens had art. 975 bepaald, dat elk erfgenaam vóór de scheiding alles geniet wat hij als schuldeischer of ook als legataris van den boedel te vorderen heeft. Het kwam dus overeen met art. 1125 a. B. W. Het sprak echter evenmin als art. 1125 a van schulden der erfgenamen *aan* den boedel.

In het ontwerp van 1820 begint de afdeeling: van inbreng of collatie, met de bepaling van art. 2068, die den descendenten de verplichting oplegt om het „genotene“ intebrengeu; in art. 2074 wordt dit evenwel nader bepaald tot de gevallen van art. 991 van het wetboek van 1809. Een verplichting om schulden intebrengeu of te laten toescheiden wordt niet meer uitdrukkelijk genoemd. Wel vinden wij weder in art. 2054 een bepaling ten aanzien van de vorderingen der erfgenamen, overeenkomende met art. 975 van het genoemde wetboek.

In het wetboek van 1830 wordt niet meer gesproken van de verplichting om het „genotene“ intebrengeu; volgens art. 1167 moeten alle schenkingen worden ingebracht, volgens art. 1172 ook al hetgeen bestemd is om aan een der medeërfgenamen een eerlijk bestaan te bezorgen, of om diens schulden te betalen. De woorden van art. 1172 kwamen bijna geheel overeen met

die van art. 851 C. C.; wij zien overigens dat ook art. 1142 B. W. zoowel met art. 851 C. C. als met art. 991 wetb. 1809 gelijkenis vertoont. Art. 1156 (parallel aan ons art. 1125 *a.*) luidde: après les rapports et les prélèvements; ten aanzien van de „rapports“ kan men zeggen dat art. 829 C. C. werd gevolgd; de „prélèvements“ zouden in dat verband doen denken aan het recht der andere erfgenamen om ten beloope van den inbreng goederen van den boedel vooruit te nemen (art. 830 C. C.); met de tegenwoordige redactie: „hetgeen door den boedel aan een of meer der erfgenamen uit welken hoofde ook verschuldigd is,“ is men echter meer tot art. 975 wetb. 1809 teruggekeerd.

Ook in het recht van de Fransche coutumes vinden wij eene verplichting tot inbreng, tot Rapport. Dat echter dat begrip van rapport, „zooals POTHIER ons dat doet kennen aan de hand van de artt. 303 en 304 Cout. de Paris“, „weinig of niet verschilt van het tot nog toe gevondene“ (HAMAKER bl. 141 kol. 2), kan ik in 't minst niet toegeven.

Het oud-Fransche recht volgde in het algemeen het Germaansche beginsel, dat bij den dood de nalatenschap aan de kinderen verviel, voorzoover zij niet reeds bij het leven waren uitgeboedeld (Ausradung). Door een uitkeering te ontvangen gaven zij bij het leven hunne aanspraken op de erfenis prijs. Het bleef hun echter veelal vergund in den boedel optekomen, mits dan het genotene weder werd ingebracht; de uitkeeringen uit den boedel, huwelijksuitzet als anderszins, werden beschouwd als een avancement d'hoirie, een voorschot op de nalatenschap. Die verplichting om intebrenge werd echter in de verschillende coutumes niet met dezelfde strengheid opgelegd. Er waren coutumes, die veroorloofden te schenken met vrijstelling van inbreng (coutumes de préciput), maar de meeste, bepaaldelijk die van Parijs en Orleans, eischten altijd den inbreng, tenzij de erfenis mocht zijn verworpen. (1) Soms zelfs moest ook bij

(1) Inbreng was dus eigenlijk een verscheping van de légitime voor
Themis. LIste Deel, 1ste stuk [1891.]

verwerping worden ingebracht (*coutumes d'égalité parfaite*); wat eigenlijk consequent was, als men eenmaal de gelijkheid van aanspraken op het familie-eigendom wilde handhaven.

Dat nu onder dat Fransche costumier recht de regel gold dat al het genotene moest worden ingebracht, is duidelijk; indien wij dus naar dat recht hadden te beslissen, ware het pleit voor Mr. H. vrij zeker gewonnen; maar die regel hing samen met een geheel andere opvatting van den inbreng dan de thans geldende; het is dus zeer gewaagd, de onder dat stelsel gegeven uitspraken ook onder ons tegenwoordige recht te willen toepassen.

Veelal nam men aan dat ook de schuld, althans de geleening, moest worden ingebracht: *Le prêt est présumé être une donation; par l'adition d'hérédité, le prêt change de nature et devient un avantage.* DENISAERT in v. Rapport (bl. 276). *L'argent prêté par le père au fils, est aussi sujet à rapport, comme étant réputé donné en avancement d'hoirie, quoique le père ne l'eût pas prêté animo donandi, mais dans l'intention d'en être remboursé.* FERRIÈRE IV bl. 480 nr. 42. Eveneens POTHIER Succ. IV. 2 (VII. 196) en Introd. aux Cout. XVII. nr. 78: het is een avantage indirect, als een der kinderen geld heeft ontvangen en de anderen daartegenover slechts een vordering

de descendentes, maar deze coutumes erkenden de uitboedeling bij het leven tot een onbeperkt bedrag; wilde de descendent zijn recht op de erfenis geheel prijs geven, dan werd elke schenking in stand gehouden. Art. 272 C. de Paris liet dan ook in 't algemeen de beschikkingen onder de levenden vrij, zelfs over de Propres; alleen tegen testamentaire beschikkingen konden legitimarissen opkomen. POTHIER don. entre vifs, Sect. III art. VI (Ed. DUPIN VII, 515). Andere coutumes kennen ook bij schenkingen Retranchement toe ten behoeve van de bloedverwanten, uit wier linie die goederen afkomstig waren; daarbij past dan de bepaling dat de verwerping niet bevrijdt van de verplichting tot inbreng; de coutumes d'égalité namen ook den inbreng aan ten behoeve van de zijlijn. Verg. FERRIÈRE COMPIL. IV, 456 no. 11 en 12. POTHIER, Succ. IV. 2 § 1. VII 192 v.

zouden verkrijgen; ook indien de geldleener mocht gefailleerd zijn en met de schuldeischers hebben geaccordeerd, zal toch de geheele geleende som moeten worden ingebracht. Dat alles⁽¹⁾ paste volkomen bij een stelsel van egaliteit; de ontduiking van de absolute verplichting was te vreezen, en daartoe was een dergelijk vermoeden, ook met uitsluiting van tegenbewijs, het aangewezen middel. Maar bij afschaffing van de egaliteit vervalt voor dien regel alle grond. Bovendien zou die presumpctie alleen kunnen gelden voorzover er sprake was van inbreng; wij zien haar dan ook alleen uitgesproken bij de descendenten, niet voor de verdere erfgenamen. Gesteld dus ook al dat dit oud-Fransche recht in onze wet ware overgegaan, dan zou voor de verklaring van den aanhef van art. 1132, die voor alle erfgenamen geldt, de presumpctie niet kunnen dienen, die alleen werkte en ook alleen gezonden zin had bij medeërfgenamen, die tot inbreng verplicht waren. POTHIER, Succ. IV. 1 § 3 (VII p. 190 v. cf. VII p. 226), hoewel ook onder de voorwerpen van de boedelscheiding brengende wat een mede-erfgenaam aan den erflater schuldig was, neemt toch aan dat tusschen mede-erfgenamen in het algemeen het deel der schuld, dat niet door vermenging te niet gaat, ten gevolge van de actie van scheiding betaald wordt; van inbreng spreekt hij daarbij niet.

Wij merken overigens op dat POTHIER, door die schulden van medeërfgenamen aan den erflater bij de boedelscheiding in rekening te laten brengen, van het Romeinsche recht afwijkt en in de richting komt van de bepaling van art. 1132 in. Hij zal — evenals DIEPHUIS IX bl. 473 ten aanzien van inschulden ten laste van den boedel — het rationeel achten dat die schulden worden afgedaan bij de boedelscheiding, „die immers juist moet dienen om al wat hunne onderlinge betrekking ter zake der nalatenschap betreft, aftedoen.“ Verder nog gingen andere schrijvers. LEBRUN, Succ. III 6. 2. nr. 7,

(1) Overigens anders DOMAT LOIX civ. II. IV. S. 1, no. 2,

neemt eveneens de verrekening aan bij de boedelscheiding: daar toch de mede-erfgenamen onderling tot vrijwaring gehouden zijn, en elks deel daarvoor aansprakelijk is, kan bij insolventie van een hunner dadelijk op zijn deel verhaal worden genomen, *pour éviter le circuit des actions, et celeritate conjungendarum actionum*; zelfs andere crediteuren handhaven daartegen niet met vrucht hun hypotheekrecht, *„car cette garantie s'exerce avec privilège.”* Scherper nog DENISART in v. Rapp. bl. 280: Bij den medeërfgenaam-debiteur *„il se fait une opération qui ressemble beaucoup au rapport; car on oblige cet héritier de précompter sur sa part la dette entière.”* Hij stelt dan het geval van een boedel, waarin een huis van 20000 frs. en een schuld van 10000 frs. ten laste van een der beide erfgenamen; de crediteuren van dezen kunnen niet volhouden dat de schuld voor de helft door confusie te niet ging en dat zij op het aandeel in het huis bevoorrecht zijn als hebbende een oudere hypotheek; men zal hun antwoorden dat het goed reeds bezwaard is door de verbintenis tot vrijwaring, en het eenvoudigst is dus als dien debiteur de volle schuld wordt toegerekend en verder een vierde aandeel in het huis. Het is overigens niet zeker of deze leer algemeen werd aangenomen (1); maar al ware dit het geval, dan is het nog de vraag of zij ook in het latere recht is overgegaan.

De Code civil legt de verplichting tot inbreng niet alleen op aan de descendenten, maar aan alle erfgenamen bij versterf; op dit punt volgde hij het voorbeeld dus niet van de coutumes de Paris. Hij vergunt den erflater overigens den begiftigde van de verplichting tot inbreng te ontslaan; hij neemt daarbij het beginsel aan van de coutumes de préciput, nl. van de door den erflater bedoelde gelijkheid, en wijkt dan ook op dit punt af van de coutumes de Paris. Maar van den anderen kant be-

(1) DEMOLOMBE (Br. ed.) VIII no. 452. Daartegenover o. a. A. DECHAMPS du rapport des dettes. Paris 1889, bl. 68 vv.

veelt hij den inbreng ook van de legaten (art. 843), en hierbij sluit hij zich weder aan bij art. 300 Coutumes de Paris: *Aucun ne peut estre héritier et légataire d'un défunct ensemble*; vreemd, nu die regel geen anderen grond heeft dan het streven om de egaliteit te bewaren (POTHIER l. c. § 2. VII. 221) en juist het stelsel van egaliteit werd verlaten. Bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling, die echter volkomen geoorloofd is, geldt het legaat alleen als een toescheiding; de legataris, die tevens medeërfgenaar is, wordt niet door het legaat verrijkt, maar verkrijgt alleen het recht om zich dat goed in zijn deel te doen toewijzen. Was dit des erfaters bedoeling? Bij een schenking kan het vermoeden gelden, dat daarmede eigenlijk slechts aan een voorschot op de nalatenschap is gedacht, maar bij een legaat zal toch de erfater wel geacht moeten worden een bevoordeeling van den een boven den ander te hebben bedoeld. Eindelijk vinden wij in art. 843 C. C. nog bepaald, dat ook wat *indirectement* van den overledene was ontvangen, moet worden ingebracht. Dit is weêr de leer, die bij art. 303 C. de P. behoorde, maar het past niet bij een stelsel van vrijheid, waarbij immers geen vrees bestaat voor ontduiking.

Ik moet toegeven, al kan ik het moeilijk plaatsen, de Code Civil heeft ten aanzien van de voorwerpen van den inbreng in art. 843 zich laten leiden door het voorbeeld van de Cout. de Paris. In het bijzonder is er verband tusschen de bepaling omtrent den inbreng van het *avantage indirect* en het verbod *d'avantager en manière quelconque* in art. 303 C. de P. Ook onder het régime van den Code Civil zoude in zoover de stelling van Mr. H. zijn te verdedigen, dat schulden moeten worden ingebracht, indien zij haar grond hebben in een voordeel, uit des erfaters boedel zonder contrapraestatie genoten. Overigens dan zou men bij die schulden eigenlijken inbreng, met alle consequentiën van den inbreng, moeten aannemen. Moeilijkheid zoude daarbij evenwel art. 829 C. C. geven, dat alle erfgenamen verplicht tot inbreng van de schenkingen en van de *sommes dont il*

est débiteur», zonder dat daarbij eenige onderscheiding wordt gemaakt. Art. 829 is dus van algemeener strekking ten aanzien van de schulden dan art. 843, en laat zeker niet de onderscheiding toe, door Mr. H. voorgesteld; indien art. 829 kan worden ingeroepen, geldt het voor alle schuld, en niet alleen voor de schuld uit genoten voordeel (1). Bovendien hoe staat het eigenlijk met dien inbreng van de schulden volgens art. 829? Moeten wij aannemen, 't is hier eene opération qui ressemble beaucoup au rapport, zooals DENISART 't uitdrukte, een quasi-inbreng, in zoover dat de verrekening een voorrang voor de medeërfgenen medebrenge boven de andere schuldeischers? Zooals wij hierboven zagen, leert LAURENT (X no. 638), dat artt. 829 en 830 alleen de rechten der deelgenooten onderling regelen, zoodat daarmede niets wordt gewijzigd aan de rechten, die andere crediteuren zouden kunnen doen gelden. Volgens die leer, die ook door anderen wordt verdedigd, zouden niet LEBRUN en DENISART zijn gevolgd, maar enkel de veel minder ver strekkende regeling van POTHIER, die eenvoudig bij de boedelscheiding ook de schulden aan den erflater laat verrekenen (2); art. 829 zou ons voor die schulden dan niets meer zeggen dan thans de aanhef van art. 1132.

Hoe dit alles echter ook zij, al heeft de Code Civil in meerder of mindere mate het recht overgenomen van de Cout. de Paris, en al zou dientengevolge onder den Code de stelling kunnen worden verdedigd, dat 't zij alle 't zij bepaalde schulden ingebracht of wel

(1) Mr. H. bl. 145 wil de woorden: des sommes dont il est débiteur, weêrgeven op deze wijze: de sommen waarvoor hem crediet is verleend. Toegegeven, dat dit „eene, zoo niet waarschijnlijke, dan toch mogelijke onderstelling” is, dan brengt hem dit niet veel verder. Ook de redeneeringen van Fransche auteurs, die onderscheidingen willen maken, zijn niet volkomen overtuigend. Overigens onderscheiden zij veeleer naar mate in de schuld een avantage indirect gelegen is; zie bv. LAURENT no. 640.

(2) De beraadslagingen geven ongelukkig op dit punt weinig licht.

quasi-ingebracht moeten worden, onze wetgever gaat uit van een ander, van een zuiverder beginsel omtrent den inbreng. Hij spreekt niet meer van legaten, en evenmin van het avantage indirect; hij handhaaft de gelijkheid tusschen de erfgenamen, maar alleen op grond van de waarschijnlijke bedoeling van den erfflater. Wel vertoont menig artikel gelijkenis met de Fransche bepalingen, maar juist op de punten, die voor ons van gewicht zijn, heeft men met het stelsel van den Code gebroken. Deze had de verplichting niet alleen tot geheel andere personen, maar ook tot geheel andere zaken uitgestrekt dan onze wet. De stelling, dat de wetgever de eigenaardige wijze van afdoening van de schulden der medeërfgenenamen aan de nalatenschap niet heeft willen afschaffen, is, nu ook het geheele beginsel van den inbreng veranderd is, gewaagder dan Mr. H. haar voorstelt. Dat art. 1125 *a* uit art. 829 C. C. geput is, mag waar zijn, ofschoon het dan toch belangrijk is gewijzigd (zie hierboven blz. 48 v.); maar voorzoover bij art. 829 C. C. aan inbreng zou moeten worden gedacht, heeft dat zijn grond 't zij daarin dat eene schuld ook een avantage indirect kan uitmaken, 't zij in de woorden *«rapport des sommes dont il est débiteur»* in verband met de leer der oudere Fransche auteurs.

In onze wet is geen sprake meer van het avantage indirect, en van inbreng van schulden naast inbreng van schenkingen wordt in art. 1125*a* niet meer gerept. Nu geef ik toe dat onze wetgever maar al te dikwijls bepalingen maakt, waar niet op te roemen valt, en dat dikwijls de fout haar aanleiding vond in het bekende *«gedachteloos naschrijven van den Code.»* Maar gelukkig is dat nog geen regel, en wij zijn niet verplicht als het waarschijnlijkste aantemen dat onze wetgever hier bedoeld zou hebben wat eenvoudig een combinatie van fouten zou moeten heeten. Inbreng van alle schulden door alle erfgenamen zou niet zijn overeentebrengen met het begrip van inbreng volgens onze bestaande wet; verrekening, in enkele opzichten gelijkstaande met inbreng, voor enkele schulden, en

bij enkele erfgenamen, zou aannemelijk kunnen zijn, maar ware toch niet te rijmen met de woorden van de wet.

Wat werkelijk den wetgever door het hoofd ging toen hij in art. 1125a «de regeling van den inbreng» toevoegde aan de bepaling van artt. 975 Wetb. van 1809 en 2054 Ontw. van 1820, die handelden over de vorderingen van de mede-erfgenamen tegen den boedel, is niet veel meer dan een raadsel; of hij daarbij ook gedacht heeft aan schulden van de mede-erfgenamen aan den boedel, en wat hij daarmede gedaan wilde hebben, kan ook niemand nagaan. Een onbevooroordeeld onderzoek naar de geschiedenis brengt ons daaromtrent ook niet verder.

De wordingsgeschiedenis van onzen inbreng in het algemeen leert ons evenmin, dat de schulden moeten worden ingebracht. Onze inbreng vindt zijn oorsprong in het Romeinsche recht; daar gold hij voor enkele voordeelen, van den erflater genoten; in het oud-Hollandsche recht werd hij veel algemeener en tevens veel onbepaalder, totdat het Wetboek Nap. voor Holl. hem vaststelde voor de schenkingen en voor de gevallen van art. 1142. Het komt mij voor, dat art. 1142 had mogen vervallen sinds de inbreng in het algemeen op alle schenkingen werd toegepast; voorzoover in die gevallen van art. 1142 geschonken is, is de bepaling overbodig; voorzoover er geldleening is, is de bepaling onjuist en zeker willekeurig begrensd. Maar nu moeten wij wel besluiten dat de schulden, in dat artikel genoemd, aan inbreng en wel aan volkomen inbreng onderworpen zijn, en ook uitsluitend de daar genoemde schulden.

Mijn historisch onderzoek leidde mij dus tot een ander besluit dan dat van Mr. H. Het schijnt mij nuttig en zelfs noodig, bij dit punt nader stilte staan. De methode, die ik volgde, was een geheel andere dan de zijne. Wij hebben de geschiedenis opgevat als een hulpmiddel om het bestaande recht uit het vroegere optehelderen. Om te weten of onze wet den inbreng wilde van schulden, hebben wij in de eerste plaats de wet

onderzocht en getracht in haar geest door te dringen, gedachtig aan het oude voorschrift van PAULUS in l. 1 D. R. J.: *Non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est regula fiat*; en mede hebben wij aan de geschiedenis gevraagd, hoe de wet ontstaan is, hoe zij zich ontwikkeld heeft, met één woord hoe zij geworden is. Ik meen dat dit onderzoek tot het resultaat heeft geleid, dat de bepalingen van den inbreng niet op de schulden kunnen worden toegepast. Daardoor worden wij voor de tweede vraag geplaatst: Wat dan volgens onze bestaande wet moet gelden voor de schulden van de medeërfgenen jegens den boedel? Die vraag zou ik aanstonds nog nader willen bespreken. Maar ook bij dat onderzoek zullen wij denzelfden weg hebben te volgen; wij sporen op wat de wet daaromtrent bepaalt en trachten den zin dier bepalingen te begrijpen; wij nemen daartoe ook de hulp te baat, die misschien de geschiedenis ons kan bieden.

Anders Mr. HAMAKER. Hij toetst de vraag, die hij heeft oplossen, aan den «ware aard van den inbreng», dien hij meent te leeren kennen door eene vergelijking van de tegenwoordige en vroegere regelingen van den inbreng. Het op die wijze verkregene grondbegrip van den inbreng is voor hem het recht, dat zal hebben te beslissen. Ik heb hiertegen meer dan één bezwaar. Het vroegere recht heeft voor ons geen kracht meer, dan voorzoover het voortleeft in onze wet; en het is, meen ik, gebleken, dat Mr. H. die reserve niet altijd scherp heeft volgehouden; hij beroept zich op het Fransche recht, met welks beginsel wij hebben gebroken. Maar bovendien, een dergelijke abstractie als de «ware aard van den inbreng» heeft, in plaats van ten allen tijde integendeel nooit bestaan. Van den inbreng, zooals die onder den naam van *Collatio* of van *Rapport* sinds eeuwen zou hebben gegolden, worden als het ware de toevallige, de bijkomende bepalingen afgescheiden, die in de verschillende tijden verschillend mochten zijn, en de kern, die na die bewerking overblijft, is het ware wezen van den inbreng, waarnaar wij zouden hebben te beslissen.

Maar die afscheiding is onmogelijk; dat bijkomende is één met de kern; het is er mede samengegroeid en geeft er de eigenlijke beteekenis aan; alleen te zamen maken zij de levende instelling. Het rapport van de Coutumes de Paris gaf een samenstel van bepalingen, meer of minder volkomen in elkander sluitende, maar toch een geheel, dat konde worden uitgevoerd en toegepast. Het latere Fransche recht, meer verward, minder consequent, moeilijk te interpreteren, geeft ons toch weder een geheel van recht. Eveneens is onze inbreng, met zijn deugden en gebreken, door de vereeniging van hoofd- en bijbepalingen een instituut, waarnaar wij ons moeten, maar tevens ons kunnen gedragen. Maar het abstracte grondbegrip heeft nooit bestaan en heeft nooit kunnen bestaan; het mist ook het leven en daardoor de kracht om te werken; zoodra de practische vragen zich opdoen, blijft het ons het antwoord schuldig, tenzij wij — willekeurig en eigendunkelijk — aan het grondbegrip het een en ander toevoegen, dat wij langs een veel eenvoudiger weg verkrijgen dan de analyse was, die ons het grondbegrip gaf.

Het geval, dat ons bezighoudt, levert zelf het bewijs. Mr. H. verzamelt wat er van den inbreng in verschillenden tijd en van allerlei soort te vinden is; en uit het brouwsel, daarvan bereid, distilleert hij een uittreksel: den waren aard van den inbreng. Het is dus niet meer het oude: *Ex jure quod est regula fiat*, waarbij het jus zelf in zijn geheel toch steeds erkend en geëerbiedigd blijft (1); neen, uit recht van allerlei soort, dat alleen den naam gemeen heeft — immers Mr. H. (bl. 140) zelf verklaart: „het begrip van inbreng heeft in het Fransche en vooral in het Nederlandsche recht, en dientengevolge ook in onze wetenschap, langzamerhand een wijziging ondergaan, die het inzicht in den waren aard der instelling zeer belemmert” — wordt als 't ware op pharmaceutische wijze

(1) Verg. SAVIGNY System I. bl. 47.

een extract bereid: fiat extractum, in plaats van regula fiat. Maar kunnen wij werken met zulk een Extractum collationis universalis, met een Spiritus paritatis heredum? Als het ware wezen van den inbreng wordt ons hier voorgesteld het teruggeven van het reeds genotene omdat men het zonder tegenpraestatie genoten heeft. Maar kan men met een zoo naakten, of liever zoo nevelachtigen regel beslissen, *hoever* die verplichting gaat, of *al* het genotene, in casu of ook alle of bepaalde schulden moeten worden ingebracht? Daartoe moet hij eerst worden aangevuld op een wijze, die mij voorkomt vrij willekeurig te zijn, en die ook alleen hen voldoet die reeds overtuigd zijn, zeker niet de tegenstanders, en zelfs niet hen, die hier nog eene vraag meenen te zien.

Ik nader hier een terrein, dat ik niet dan met eerbiedigen schroom durf te betreden, en dat ik toch niet kan blijven vermijden. Ik volgde de oude leer, dat het positieve recht het eenige voor ons geldende recht uitmaakt; wie echter geen volslagen vreemdeling is in onze rechtsliteratuur, weet dat Mr. HAMAKER onlangs in een zeer interessant geschrift, Het Recht en de Maatschappij, betoogd heeft dat het wetboek «niet meer is dan een hulpmiddel, den rechter in de hand gegeven ter betere doorgronding van het daarbuiten in de maatschappij zelve liggende recht», evenals een «officieel leerboek, dat met behulp van eigene, door zelfstandig onderzoek verkregene betere kennis van het daarin behandelde object behoort te worden aangevuld en verbeterd.» Het recht dat achter de wet ligt, de rechtsovertuiging, hebben wij optesporen en naar die betere wetenschap hebben wij ons te gedragen. In het geval, dat wij hebben te beoordeelen, zullen wij dan ook wel met belangstelling kennis nemen van de wettelijke bepalingen daaromtrent, maar wij leggen ons daar niet eenvoudig bij neer. «De wet zegt ons in den aanhef van art. 1132, of liever herinnert het ons: ieder erfgenaam, die schuldenaar is van den boedel, krijgt in handen slechts wat zijne erfportie meer be-

draagt dan zijne schuld. Wij antwoorden: hetgeen ge ons herinnert, is niet geheel juist. De inkorting van schuld op het erfdeel heeft uitsluitend plaats tusschen erfgenamen in de nederdalende linie en niet wegens het bestaan eener schuld, maar wegens het feit dat er genoten is. Zoo beperkt echter nemen we haar dankbaar van u aan, en zullen we haar gebruiken ter aanvulling van uwe veel te beperkte regeling van den inbrengr;” zoo lezen wij in W. nr. 1003 bl. 147. Zijn stelsel omtrent de descendenten handhaaft Mr. H. dus „niet alleen als gewild door de wet maar ook als het eenige juiste en wenschelijke.” Met hetgeen de wetgever gewild heeft, wordt overigens gelijkgesteld „hetgeen hij gewild zou hebben indien hij de zaak, die hij onderhanden had, beter gekend had.” (bl. 146). Minder duidelijk is het, als dit heet: „een trachten om de *in de wet neêrgelegde* gedachte goed te vatten”; (1) immers „het historisch onderzoek van de wording onzer wettelijke bepalingen” leerde dat eene „te ruime opvatting van den inbrengr in de gedachte van den wetgever ligt”; „die gedachte bevat eene fout, die dringend verbetering behoeft en tot wier verbetering wij, uitleggers, bevoegd zijn.” (2) Wij zien derhalve, de wet wordt niet gevolgd, maar het recht, dat achter de wet ligt. In dat verband past ook het gewicht, dat gehecht wordt aan het vroegere recht ten aanzien van den inbrengr. Zie b. v. Het recht en de maatschappij bl. 54: „Het gebied der rechtswetenschap strekt zich uit over alle menschelijke samenlevingen zonder onderscheid”; en bl. 57: „De rechtsge-

(1) Gaat misschien toch ook hier de natuur boven de leer? Zie Dr. J. P. N. LAND, Inleiding tot de wijsbegeerte, bl. 364 n. 1.

(2) Verg. hiermede WINDSCHEID § 22 over de taak van den uitlegger om de eigenlijke gedachte van den wetgever optesoren „nur unter der Voraussetzung dasz in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann.”

leerde moet zooveel mogelijk teruggaan in de geschiedenis der maatschappelijke toestanden en zelfs het den tegenwoordigen tijd meest vreemde niet versmaden"; verder bl. 65: Zoo zal het mogelijk blijken eene niet al te weinig zeggende abstractie te maken". Hier hebben wij het extract, waarover ik zooeven sprak en dat naar mijne meening toch wèl te weinig zeide.

Ik zal mij niet vermeten een oordeel te vellen over de juistheid van Mr. H's overige beschouwingen in: Het recht en de maatschappij. Daartoe ware — ik wil het openhartig bekennen, te eerder omdat ik meen dat hetzelfde geldt bij de meesten van ons, Juristen — een grondigere kennis van wijsbegeerte vereischt, dan waarop ik aanspraak mag maken. Op een paar punten slechts wil ik wijzen, waardoor ik genoopt word mij aan het positieve recht te blijven onderwerpen.

Dat de wijze, waarop Mr. HAMAKER's leer in toepassing komt in het door ons behandelde geval zelf, mijn ingenomenheid met die leer niet kan verhoogen, behoef ik niet nader aan te wijzen. Toegegeven dat de beslissing misschien juist getroffen is, dan mis ik toch den geregelden gang eener redeneering, die bepaald tot die beslissing en tot geene andere moet leiden. Het recht, dat achter de wet staat, wil bij descendentes bepaalde schulden laten verrekenen op een wijze, die op de meest belangrijke punten met inbreng gelijk staat. Dat laat zich wel hooren, maar ik zou gaarne bewijzen zien. In het algemeen werkt de rechtsovertuiging met allerlei overwegingen, waarvan de kracht en de strekking nog al onzeker zijn, die wij dus moeilijk kunnen narekenen,

Ik geef toe, de wet is dikwijls onjuist en onvolledig; zij is bovendien te vast en te onveranderlijk. Onder "de bewonderaars der codificatie" wensch ik niet geteld te worden. Wat men noemt een theorie van positief recht aanvaard ik evenmin. Maar is dat andere recht, die betere wetenschap, werkelijk beter?

Vooraf moet ik vragen, hoe ik mij aan den stelligen regel van art. 11 A. B. *kan* onttrekken, dat uitdrukkelijk den rechter

de verplichting oplegt om recht te spreken volgens de wet. Dat er rechters zijn, die „zich aan den dwang der letter weten te ontworstelen“ (Recht en Maatschappij bl. 102), kan te prijzen zijn, als een logische interpretatie hun daartoe het recht geeft (1); maar als met dien „dwang der letter“, zooals ik moet onderstellen, eenvoudig bedoeld wordt „de wet“, dan meen ik dat die rechters zich meer vrijheid nemen dan hun gegeven is. Over art. 11 A. B. — en over het vroegere recht, waarin deze regel wortelt — wordt, voorzoover ik kan nagaan, door Mr. H. verder niet gesproken; misschien omdat hij meent ook deze wetsbepaling uit naam der rechtswetenschap te mogen ter zijde stellen. Maar nu wij eenmaal positief recht hebben, zijn wij daaraan toch onderworpen. Met zekere voorliefde spreekt men van het officieele recht en niet van het positieve recht; maar het recht is dan toch officieel niet in den zin van het officieele leerboek, waarvan zooveel sprake was, maar in de beteekenis van een recht, dat de overheid ons heeft opgelegd.

Nu herhaal ik, aan dat positieve recht ontbreekt maar al te veel; aan den wetgever is het dat te verbeteren en aan den rechtsgeleerde om die verbetering voortebereiden. Maar zou nu dat recht, dat achter de wet staat, ons zooveel verder brengen? Ik weet wel, reeds het uitspreken van twijfel daaromtrent is gevaarlijk; vooral de volgelingen, die veelal vuriger en feller zijn dan de voorgangers, verheugen zich van harte in het nieuwe licht dat hen beschijnt, maar zij kunnen niet anders dan zich bedroeven — om een zacht woord te gebruiken — over de velen die nog wandelen in de duisternis. Toch waag ik het, aan den eenen kant te wijzen op de, zij het dan betrekkelijke, bruikbaarheid van het positieve recht, aan den anderen kant op de bezwaren, aan het volgen van de rechtsovertuiging verbonden.

Dat de eerbied voor de wet niet noodzakelijk kleingeestigheid ten gevolge moet hebben, hebben ons de Romeinsche

(1) Verg. WINDSCHEID § 21.

juristen geleerd; wij behoeven niet verder te gaan dan tot PAULUS, den auteur van de meermalen genoemde l. 1 D. R. J.; het jus quod est blijkt meer rijkdom te behelzen dan een oppervlakkige beschouwing soms doet vermoeden. Waar het te kort schiet, is dat overigens meer de schuld van den wetgever dan van den uitlegger; dezen treft toch geen verwijt; neemt hij de vrijheid het recht aan te vullen naar zijn goedvinden, dan zie ik geen reden om hem „voortuitstrevend“ te noemen; maar evenmin moet hij bekrompen heeten, als hij begrijpt tot een dergelijke aanvulling niet gerechtigd te zijn. Vooral als onpractisch wordt de wet gebrandmerkt, en dat blijkt zelfs een bijzonder teêr punt te zijn; als door een onzer uitstekendste juristen „op hoogen toon de draak wordt gestoken“ — lees: op bezadigden toon eenige verstandige opmerkingen worden gemaakt naar aanleiding van eveneens zeer verstandige beschouwingen, in eene inaugureele redevoering ontwikkeld (1) — over GLERKE's spreuk: Unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein, wordt dit gequalificeerd als even kortstondig als kortzichtig. Is plotseling op 't eind der negentiende eeuw de overtuiging ontstaan, dat het privaatrecht steeds dat doel voor oogen moet houden? Is dat niet eenigermate fin de siècle? Zoo ja, ademt dan niet de andere richting, al is zij niet zoo jeugdig, een gezonderen geest? Ik meen werkelijk grond te hebben mij daarmee te vleien.

Van den anderen kant, toegegeven dat de wetgever niet berekend is voor zijn taak, dat wij beter doen de rechts-overtuiging te volgen, moeten wij dan aannemen wat omnium consensu recht is, of wel wat recht behoort te zijn naar billijk-

(1) Zie Weekblad Not. en Reg. nr. 1058 bl. 166. Ik kan mij niet anders voorstellen dan dat hier het artikel bedoeld was in W. v. h. R. no. 5791. Is dat het geval, dan kan men gerust zijn; als er in Nederland mannen gevonden worden, die dergelijke vonnissen mogen uitspreken over coryphaeën, dan gaat onze rechtsontwikkeling een schitterende toekomst te gemoet.

heid, naar utiliteit, naar sociaal belang of hoe men het anders wil noemen? Het eerste is zeker onbereikbaar; wij zien in de praktijk steeds oneenigheid over alle punten, die moeilijkheid kunnen opleveren; en het kan niet anders, waar partijen tegenover elkander staan. Het tweede is voorshands onuitvoerbaar, want, wie zullen de dragers zijn van die hoogere wijsheid? Ik merkte reeds op dat al de genoemde overwegingen, hoe gewichtig ze ook zijn, te weinig bepaald zijn dan dat wij hare kracht kunnen vaststellen; wij kunnen dus niet anders dan ons neêrleggen bij autoriteit. De vraag is echter, wie hier als autoriteit zal gelden. Wij hebben geen rechtsgeleerden meer met *jus respondendi*; geen mannen, wien dergelijke bevoegdheid officieel wordt toegekend, en laat ons er bijvoegen, al weinigen wien men een dergelijke bevoegdheid zou durven toevertrouwen. Wie zal nu 't orgaan zijn van de rechtsovertuiging? De uitstekendsten? Maar wij zagen dat zelfs de uitspraken van Mr. HAMAKER niet werden geeerbiedigd. De transactie, door hem voorgesteld om het verschil te deelen, werd door hem aangeboden aan de heeren, met wie hij in het Weekblad debatteerde; zijn *zij* nu de personen, die te zamen de rechtsovertuiging uitdrukken? Weinig menschenkennis is er echter noodig om te weten, dat de meesten geneigd zich hooger te schatten dan de anderen wel willen toegeven; en toch komen zij niet verder, als die anderen niet met hen medegaan. Volgens Mr. H. „zijn het alleen bekwame rechters, die door de wet heen de maatschappij zelve weten te zien” (bl. 103). Hij zal echter toegeven, dat niet *alle* rechters bekwaam zijn, en dan meen ik, dat ook die minder bekwame rechters den moed zullen hebben om hunne orakelen ons voor recht te geven. Het zou weinig moeite kosten voorbeelden aan te voeren hoe, bepaald onder de volgelingen, menigeen gevonden wordt die met volle zelfvertrouwen de rol op zich neemt van rechtsverkondiger bij de gratie Gods. Een enkel geval wil ik noemen, ten bewijze hoezeer men zich rekent *legibus solutus*, als de

Romeinsche Keizer, of misschien als de onafhankelijke burger in een vrij land! In W. Not. en Reg. nr. 1023 bl. 410 v. wordt uitdrukkelijk erkend, dat volgens de wet (artt. 205 en 220 B. W.) de aanbrengrst der roerende goederen, om buiten de huwelijksgemeenschap te vallen, moet bewezen worden door eene uitdrukkelijke beschrijving, waardoor zij van andere kunnen worden onderscheiden. Maar „het voorschrift van art. 220 B. W. is in strijd met de eischen van de praktijk, omdat het maken eener beschrijving van de goederen, die door elk der beide aanstaande echtgenooten worden aangebracht, altijd moeielijk en veelal onmogelijk zijn zal.“ „En bovendien al moge de beschrijving mogelijk zijn, er ligt iets stuitends in, dat aan den vooravond van het huwelijk van elk stuk goed zou worden bepaald, wie van de beide echtgenooten daarvan den uitsluitenden eigendom heeft. Het rechtsbewustzijn heeft zich dan ook tegen den — zoo al niet feitelijk dan toch zedelijk — onuitvoerbaren rechtsregel verzet, en is gedwongen geworden een anderen en beteren regel daarvoor in de plaats te stellen“ Ik wil het effect niet bederven door hieraan iets toe te voegen, maar meen gerechtigd te zijn om boven dergelijke uitspraken nog de voorkeur te geven aan het positieve of aan het „officieele“ recht.

Na deze uitweiding komen wij terug op de vraag, hoe dan wèl met de schulden van de medeërfgenenamens jegens een erfater zou moeten worden gehandeld. Art. 1125 *a* geeft daaromtrent geen licht; het handelt over de vorderingen der medeërfgenenamens. Het eenige, wat ons hier kan dienen, is de aanhef van art. 1132, die alle erfgenamen verplicht tot voldoening aan of verrekening met de medeërfgenenamens. De vraag is nu, welke is de zin dier woorden. Met OPZOOMER (bl. 466 n. 1) ze overbodig te noemen, gaat te ver; wel leeren ze ons niets omtrent de toepasselijkheid van den inbrengr op de schulden, maar zij hebben toch eene positieve strekking; die schulden worden voldaan of toegescheiden. Met Mr. HAMAKER neem ik aan dat zij in verband staan met

art. 984 wetb. Nap. v. Holl.; wat niet bevreemdt bij eene bepaling, die eerst bij de herziening is opgenomen.

Art. 984 W. N. v. H. sprak van *inbrengen* of toesecheiden. Dat „inbrengen“, ik merkte het reeds hierboven op, heeft niet den technischen zin van het „bij collatie inbrengen“ in het opschrift en in de volgende artikelen dier afdeeling; wij kunnen daaronder dus niet meer verstaan dan onder het „vol-doen“ in art. 1132 in. Wat overigens de wetgever van 1809 meer bepaalds met die woorden bedoeld heeft, eveneens wat onze wetgever bij de herziening gedacht heeft bij het neêr-schrijven van zijne bepaling, ligt ongelukkig in het duister. Omtrent het eerste punt zou ons misschien licht kunnen worden gegeven door de vergelijking met den arbeid van de commissie van 1798, die door den wetgever van 1809 veelal schijnt gevolgd te zijn. Tot mijn leedwezen was ik niet in de gelegenheid daaromtrent een grondig onderzoek in te stellen.

Als vaststaande mogen wij echter aannemen, dat bij gelegenheid van de boedelscheiding ook deze schulden worden geregeld. Het Romeinsche recht nam bij de *actio familiae erciscundae* alleen die vorderingen en schulden in aanmerking, welke uit de gemeenschap tusschen de erfgenamen voortvloeiden; voorzoover zij reeds vóór den dood, dus voor den erflater zelf hadden bestaan, werden zij als alle andere vorderingen en schulden van rechtswege gedeeld. Maar volgens art. 984 W. Nap. v. Holl. werd niet alleen ingebracht of toegescheiden „hetgeen een erfgenaam uit den boedel op rekening genoten, of wegens vruchten en inkomsten ontvangen heeft, en hetgeen hij tot vergoeding van schade, door hem aan den boedel toegebracht, schuldig mogt zijn“, maar ook, en zelfs in de eerste plaats wordt het genoemd, „hetgeen hij aan den testateur schuldig was.“ Het vroegere Fransche recht handelde, zooals wij zagen, eveneens. De natuurlijke gang van zaken brengt het dan ook mede, dat men bij deze gelegenheid de wederzijdsche vorderingen laat gelden. De boedelscheiding geldt niet

meer alleen voor de corporalia van de nalatenschap, maar voor alle baten; ook de vordering van den erflater tegen een medeërfgenaar moet dus aan een der deelhebbers worden toegescheiden, en voor de hand ligt het, haar den schuldenaar zelf toetewijzen. En zelfs waar niet beweerd kan worden, dat door de actie tot boedelscheiding de afdoening der schuld langs dezen weg kan worden verkregen, heeft toch de boedel een persoonlijke vordering tegen debiteur, de medeërfgenamen hebben tegen hem een hereditatis petitio (l. 51 § 1 in f. D. 10, 2), en door die vorderingen bij deze gelegenheid te doen gelden, zal men tot het gewenschte doel geraken. (1) Zeker is het, de wetgever heeft den medeërfgenaar-debiteur die verplichting opgelegd tot voldoening of verrekening; dat die verrekening bedoeld wordt bij de boedelscheiding, is duidelijk en wordt ook nader bewezen door de parallelle bepaling van art. 1125a omtrent de vorderingen van medeërfgenamen tegen den boedel.

Wij hebben dus den aanhef van art. 1132 overtebrengen naar de eerste afdeeling van den titel; hij zoude het best op zijne plaats zijn bij art. 1125 a. De scheiding betreft den gemeenschappelijken boedel, waarbij ook de intebrenge schenkingen moeten worden in rekening gebracht, en voorzover de boedel schulden en vorderingen bevat van den erflater jegens de erfgenamen, worden die bij de boedelscheiding mede afgerekend.

Er rijzen bij de toepassing van dit beginsel vershillende moeilijkheden, die wij zeker gaarne door den wetgever zouden zien opgelost. Evenwel, die moeilijkheden zullen waarschijnlijk toch niet geheel onoverkomelijk blijken te zijn: enkele hoofdpunten althans kunnen wij daarbij vasthouden.

In de eerste plaats zou men kunnen vragen, hoe hier de bepalingen over de schuldvermenging zullen werken. De schuld toch, die tusschen den erflater en den erfgenaam bestond,

(1) Ook LEBRUN sprak van *circuit des actions*, van *celeritate conjungendarum actionum*.

vervalt ten beloope van het erfdeel van dezen. Wij zullen echter moeten aannemen, dat bij de boedelscheiding de schuld in haar geheel moet worden afbetaald of toegescheiden. De bepalingen van artt. 1125 *a* en 1132 in. stellen dus den regel over de schuldvermenging buiten werking. Iets dergelijks is ook het geval met den regel van art. 1335 omtrent den overgang van deelbare vorderingen op de erfgenamen naarmate van hun erfdeel; bij de boedelscheiding worden ook de vorderingen toebedeeld, en zeker zal daarna het beginsel van art. 1335 zijn werking moeten missen.

Zal ook een schuldvordering onder tijdsbepaling of onder voorwaarde moeten worden voldaan of toegescheiden? Bij de algemeene wijze, waarop de regel geformuleerd is, kan men moeilijk anders dan bevestigend antwoorden: de omstandigheden zullen overigens aanleiding kunnen geven tot een andere beslissing, maar in gewone gevallen is het wel aannemelijk dat de medeërfgenen kunnen eischen, dat ook aan deze schulden een einde wordt gemaakt. Het ligt echter voor de hand dat de vordering voor een lager bedrag moet worden toegescheiden, naarmate de tijdsbepaling of de voorwaarde hare waarde vermindert. Trouwens zij zal dan ook in den boedel zelven reeds voor een minder bedrag zijn uitgetrokken.

Eindelijk het geval, dat de medeërfgenaam-schuldenaar nog andere schuldeischers heeft en zijn aandeel in de baten der nalatenschap met zijn verder vermogen niet voldoende is om daaruit de schuld aan den erflater en zijne verdere schulden te voldoen. Wij stellen dat de andere schuldeischers opkomen en hun aanspraken doen gelden op het aandeel, dat hun' debiteur in de nalatenschap toekomt; blijven zij stilzitten, dan hebben zij het zich zelven te wijten indien deze gelegenheid om betaling te ontvangen hen voorbijgaat. Ook in dit geval zal de regel van art. 1132 in. moeten gelden. Maar ook in dit geval zal de vordering aan den medeërfgenaam voor een minder bedrag worden toegescheiden, daar toch een vordering tegen iemand, wiens insolventie blijk-

baar is, niet op het volle nominale bedrag kan worden gesteld. Ook hier zal dan die vordering ook voor een lager bedrag in den boedel zijn uitgetrokken. Brengen wij het geval in cijfers. Een erfater laat twee erfgenamen na, en f 16.000 aan baten; bovendien had hij aan een dier erfgenamen f 8000 geleend; deze echter heeft ook nog andere schulden ten bedrage b. v. van f 12.000, en ook die schuldeischers melden zich aan ter betaling. Nu gaat het niet aan, den boedel te stellen op f 16000 + f 8000 = f 24000, aan elk der erfgenamen f 12000 nominaal toetekennen en dan aan den insolvente de vordering ad f 8000 + f 4000 aan verdere baten toetescheiden. De vordering van f 8000 heeft een aanmerkelijk lagere waarde; de boedel bedraagt niet f 24000, maar f 16000 + het bedrag waarop deze vordering geschat mag worden. Die schatting is niet eenvoudig; tegenover de schulden ten bedrage van f 20000 staan behalve de mogelijke overige baten van den erfgenaam-schuldenaar het aandeel, dat hem toekomt in den boedel, en waarvan het cijfer juist gezocht moet worden. Maar de moeilijkheid van berekening neemt niet weg dat een schatting noodig is; die schatting trouwens vereischt ook niet nauwkeurigheid tot op den laatsten penning; in het gestelde geval kan de vordering geschat worden op f 4000.

Meent men, de vordering kan in casu op het volle bedrag worden geschat, omdat zij toch bij de boedelscheiding voor het volle bedrag gerealiseerd wordt, dan vervalt men in een *petitio principii*, want 't is juist de vraag of de vordering op deze wijze *mag* worden gerealiseerd. En wij kunnen die vraag niet bevestigend beantwoorden, zoolang er geen gronden zijn waarom de vordering eensklaps zoozeer in waarde zal stijgen. Ware er sprake van een schenking, die wordt *ingebracht*, dan heeft die inbreng plaats voor het volle bedrag der schenking; voor dat bedrag is het erfrecht verminderd. Maar de erfgenaam is misschien geen descendent, en de vordering heeft haar grond niet in genoten voordeel; zij wint nu wel aan waarde

door het feit dat de schuldenaar erfgenaam wordt, maar het blijft toch waar dat die schuldenaar ook daarna insolvent is. Stellen wij het cijfer van de schuld ook eens hooger, en nemen wij bepaald een erfenis met andere erfgenamen dan descendenten, zoodat hoog successierecht verschuldigd is. Een der erfgenamen was den erflater b. v. *f* 200000 schuldig en had nog andere schulden. Zou men dan den boedel stellen op *f* 216000?

Er is hier sprake van een schuld, welker afdoening bij deze gelegenheid kan worden verlangd; geraakt de schuldeischer, de boedel, daarbij in conflict met andere schuldeischers, dan zijn deze laatsten niet verplicht den boedel te laten voorgaan. In de bepaling van art. 1132 in. is daartoe geen aanleiding te vinden, evenmin als in het parallelle geval van art. 1125a een medeërfgenaar voor zijne vordering *tegen* den boedel voorgaat boven andere crediteuren van den boedel. Stel de boedel blijkt slechts *f* 12000 aan baten te bevatten, maar schuldig te zijn aan een der beide erfgenamen *f* 10000 en eveneens aan een vreemde *f* 10000; nu zal die erfgenaam niet eerst zijn *f* 10000 uit den boedel mogen nemen. Welnu, evenmin zal, als de mede-erfgenaar geld schuldig is aan den boedel en aan een vreemde, uit zijn aandeel in de baten het eerst de vordering van den boedel worden betaald. De rechtssymmetrie tusschen art. 1125a en art. 1132 in., die mr. H. heeft ingeroepen, moet ook consequent worden volgehouden.

Wordt op de wijze, die ik zoeven aangaf, de vordering van den boedel tegen den medeërfgenaar op grond der insolventie tot een lager bedrag geschat, dan hebben zijn verdere crediteuren geen bezwaar te maken; aan hem wordt dan een bedrag toegekend, hooger dan de *f* 4000, die de andere berekening voor hem zou overlaten, en uit dat bedrag kunnen zij dan dezelfde procenten trekken die ook de boedel genoot, in casu 50 pCt. Willen de mede-erfgenamen niet toegeven en houden zij hun vordering af voor het volle nominale bedrag, dan zullen de verdere crediteuren hun rechten kunnen laten gelden, en het resultaat zal dan

hetzelfde zijn. Crediteuren van een erfgenaam zullen veelal hunne vorderingen verhalen op het zuivere provenu der nalatenschap, maar zij zijn niet verplicht de vereffening aftewachten; zij kunnen dadelijk op de baten der erfenis beslag leggen; het voorrecht van afscheiding (art. 1153) vindt juist in die bevoegdheid zijn aanleiding. Crediteuren van een medeërfgenaar hebben op dezelfde wijze recht op de baten voor het erfdeel van hun debiteur; zoo noodig blijkt dit uit art. 492 Rv.; het is overigens duidelijk, dat hier het voorwerp hunner aanspraak nog tot effenheid moet worden gebracht, nl. door scheiding; in ons geval zal het blijken *f* 10000 opteleveren; daarvan komt *f* 4000 voor de vordering van den boedel en *f* 6000 voor die der verdere crediteuren. De crediteuren van een erfgenaam of medeërfgenaar zullen volgens art. 1153 achterstaan bij schuldeischers van de nalatenschap; en terecht, want de baten van den boedel zijn in de eerste plaats verbonden voor de schulden van den boedel. Maar hier is het een ander geval; op het erfdeel, dat den mede-erfgenaar toekomt, wordt aanspraak gemaakt door verscheidene schuldeischers van hem, waaronder ook de boedel; ik kan geen reden vinden om dezen te laten voorgaan. Bedrieg ik mij niet, dan denken zij die eene andere meening zijn toegedaan, 't zij aan inbreng — waarvoor m. i. hier geen plaats is, en die ook weinig aanneemelijk is waar vreemden erven, terwijl de vordering misschien zelfs op geen overeenkomst berust — 't zij aan eene soort van compensatie van de schuld aan den boedel met de aanspraken op den boedel — maar het is reeds opgemerkt dat deze laatste geen vordering uitmaken, zoodat de compensatie niet gelden kan, en bovendien schat men dan de vordering, die de erfater misschien ook alleen bij toeval verkreeg, boven hare eigenlijke waarde en daarmede ook het aandeel in de baten te laag.

Ik wenschte alleen de beginselen aan te geven, die ik zou meenen dat hier moeten worden gevolgd; de uitwerking daar-

van zoude mij te ver voeren, vooral nu art. 492 Rv. ons niet alles geeft wat wij kunnen verlangen. Dat overigens iemand als Mr. HAMAKER een andere leer verdedigt, kan niet anders dan ons stemmen tot voorzichtigheid in ons oordeel; juist daarom had ik gaarne over de wording van art. 984 Wetb. Nap. v. Holl. nader licht gezocht. Nu echter ook Mr. H. zelfs na herhaald zoeken geen overtuigende argumenten schijnt te hebben kunnen bijbrengen, meen ik dat wij voorshands zijne leer moeten verwerpen.

Het zoude overigens overweging verdienen, of niet de bepalingen over den inbreng op sommige punten mochten gewijzigd worden. In enkele gevallen laat art. 1142 enkele schulden inbrengen geheel op den voet van schenkingen. Voor die bepaling zie ik geen grond; alleen het toeval, dat met die gevallen de inbreng zijn intrede maakte, is aanleiding dat zij nog steeds op den voorgrond worden gesteld; een innerlijke grond, waarom juist zij worden erkend, is moeielijk te vinden. Dat van den anderen kant de grens tusschen schenking en schuld toch soms te scherp getrokken is, schijnt mij moeielijk te ontkennen; wanneer het b. v. blijkt dat bij het geleende geld geen belegging is bedoeld en evenmin teruggave vóór den dood, is het aantemenen dat de vermoedelijke wil van den erfflater dezelfde was als bij schenkingen; de erfflater heeft wellicht juist uit meerdere voorzorg *geleend* en de andere erfgenamen zijn desteminder gewaarborgd (1)! Dat is geen reden om altijd schuld en schenking gelijk te stellen — er is misschien tusschen de schuld en het erfrecht niet het minste verband — maar wel om een andere grens te stellen. In zoover zoude ik dus een transactie aannemelijk achten, zooals Mr. H. voorstelt; overigens zoude ik misschien aan een anderen inhoud daarvan de voorkeur geven, en in allen geval zoude ik haar alleen in *jure constituendo* kunnen aanvaarden.

(1) Zie de heer FRETZ bij VOORDUIN IV bl. 314 v.

ROMEINSCH RECHT.

Het interdictum „quod vi aut clam.“

„QUOD VI AUT CLAM FACTUM EST, QUA DE RE AGITUR (1),
ID (SI NON PLUS QUAM ANNUS EST) QUUM EXPERIUNDI PO-
TESTAS EST RESTITUAS,“

zoo luidden, volgens LENEL's reconstructie, de woorden, waarbij de Praetor herstel van een onroerend goed in den vroegeren toestand gelastte, indien men dien toestand heimelijk of met geweld eenige verandering had doen ondergaan. In die reconstructie is niets willekeurig. De woorden met uitzondering van (*si non plus quam annus est*) zijn ontleend aan ULPIANUS (l. 1 pr. D. 43. 24) en het ingevoegde zelf wordt door het zinverband geeischt. Immers, indien men het weglaat, hangt, *quum experiundi potestas est*, geheel in de lucht; wordt daarentegen het een met het ander gecombineerd, dan zegt de Praetor, dat men slechts een *annus utilis* heeft, om dezen eisch in te stellen, wat van elders wordt bevestigd (l. 15 § 3—6 D. 43. 24). Ditzelfde zal hij nog duidelijker gezegd hebben, indien wij LENEL's model, namelijk het *interdictum fraudatorium* (l. 10 pr. D. 42. 8) geheel volgen, en aldus lezen:

QUOD VI AUT CLAM FACTUM EST, QUA DE RE AGITUR,
ID (SI NON PLUS QUAM ANNUS EST) QUUM (DE EA RE QUA
DE AGITUR) EXPERIUNDI POTESTAS EST, RESTITUAS.

Vreemd blijft dan slechts dit, dat van eene beperking tot

(1) Vgl. GAL. IV § 47 IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGI-
DIUM MENSAM ARGENTEAAM DEPOSIT, QUA DE RE AGITUR etc. De bedoeling
is, dat de rechter het feit niet als bewezen moet aannemen.

ondernemingen, die den toestand van onroerend goed wijzigen (1), (*opera in solo*), uit de woorden van het interdict niets blijkt, terwijl toch die beperking aan geen twijfel onderhevig is (l. 1 § 4 D. 43. 24):

hoc interdictum ad ea sola opera pertinet quaecumque IN SOLO vi aut clam fiunt.

Gelukkig blijkt elders, dat de bewoordingen van het interdict tot die beperking geen aanleiding gaven, dat zij op willekeurige interpretatie steunt (l. 7 § 5 D. 43. 24):

notavimus supra, quod quamvis VERBA interdicti late pateant, tamen ad ea sola opera pertinere interdictum PLACERE, quaecumque fiant in solo. (2)

Deze interpretatie was intusschen zoo oud, dat LABEO zich reeds in een meeningsverschil met TREBATIUS op haar beroepen kon (l. 22 § 3 D. 43. 24). Nog ouder is derhalve het interdict zelf. En inderdaad vinden wij reeds bij Q. MUCIUS de beteekenis van het *vi aut clam* besproken (l. 73 § 2 D. 50. 17; l. 1 § 5 D. 43. 24; l. 5 § 8 D. 43. 24). Vóór diens sterfjaar (82 v. C.) had dus deze actie in het Album plaats gevonden.

Het *interdictum quod vi aut clam* heeft in de rechtsgeleerde literatuur van oudsher eene groote rol gespeeld wegens de moeilijkheid, om de voorwaarden, waaronder die actie ontvankelijk is, juist te omschrijven; en men kan niet beweren, dat eene bevredigende oplossing tot nog toe door een der vele onderzoekers is geleverd. Ook zal zij — dit is mijn vaste overtuiging — nimmer aan den dag komen, tenzij men ook hier

(1) Bijv. het bouwen of afbreken van een huis; het vellen van een boom of van een bosch; het graven van een gracht of van een sloot enz. Zie verder WINDSCHEID (§ 465²), die zich de moeite heeft getroost al de voorkomende gevallen bijeen te brengen.

(2) Dezelfde willekeurige beperking heeft plaats gegrepen bij het *interdictum unde vi*: l. 1 § 3, 4 D. 43. 16.

rekening leere houden met een feit, dat door de rechtsbeoefenaars maar al te veel over het hoofd wordt gezien. Want een feit, ja een brutaal feit is het, dat het recht zich slechts voor een klein gedeelte in vaste formules laat samenvatten; en voor het overige dagelijks op nieuw door de uitspraken van het individueele rechtsoordeel gevormd wordt. Men geeft derhalve slechts een caricatuur, indien men enkel de formules uiteenzet, waarin het recht als het ware in gebonden toestand voorkomt, en daarbij verzwijgt, in hoeverre aan die formules door de appreciatie des rechters het leven moet worden ingeblazen. Dit geldt evenzeer van de afzonderlijke rechtsinstituten, als van het recht in het algemeen. Het is een bloote formule, dat levering zonder een „rechtstitel“, waarvan zij het gevolg is, geen eigendom overdraagt, en men weet niets, indien men er niet bij weet, dat de rechter apprecieert welke feiten als „rechtstitel van eigendomsovergang“ moeten worden aangemerkt, behoudens diegene welke de wet met name noemt of uitsluit. Het is eene bloote formule, dat iedere „overeenkomst“ eene verbintenis doet geboren worden; men weet niets, indien men er niet bij weet, dat de rechter apprecieert, welke feiten als „overeenkomst“ moeten worden aangemerkt, behoudens diegene welke de wet met name noemt of uitsluit (1). En men kan a priori zeggen, dat iedere omschrijving van het feit, of de feiten, waartegen het *interdictum quod vi aut clam* gericht is, verwerpelijk geacht moet worden, indien niet met de formule verbonden wordt eene aanwijzing van datgene, wat alsnog aan het *arbitrium iudicis* blijft voorbehouden. Is dit juist, en tot nog toe voorbijgezien, dan mag, bedrieg ik mij niet, het recht van bestaan dezer studie nevens zoovele bewerkingen van dit leerstuk, door voortreffelijke juristen geleverd, voldoende gestaafd heeten.

(1) Aan deze stelling wijdde ik een artikel in het *Rechtsgel. Magaz.* VIII (1889) p. 22—36.

De eenige plaats, buiten de Pandecten om, waar over de grondslagen van het *interdictum quod vi aut clam* gehandeld wordt, is aan te treffen in CICERO's rede *pro Tullio* (23 § 53). Als niet door TRIBONIANUS en de zijnen gemanipuleerd, en, wie weet hoe deerlijk, geïnterpoleerd, maar naar vorm en inhoud beide onverdacht klassiek, legt deze getuige evenveel gewicht in de schaal als alle Pandectenplaatsen te zamen genomen. Daarom wekt het bevreemding, dat met uitzondering van HESSE (1) geen der schrijvers over ons onderwerp van CICERO's beschouwingen kennis heeft genomen. Die beschouwingen komen hierop neder, dat de eigenaar, wiens recht betwist wordt, de bevoegdheid mist, om een *opus in solo* (2) te ondernemen. Doet hij het toch, hetzij met geweld of ter sluik, dan wordt hij allereerst gedwongen het goed weder in den vroegeren toestand terug te brengen, alvorens in een onderzoek zijner rechten kan getreden worden. Zie hier des redenaars eigen woorden:

... SI TECTUM HOC INSCIENTE AUT PER VIM DEMOLITUS ESSES, QUOD HIC IN TUO AEDIFICASSET, ET SUUM ESSE DEFENDERET, ID VI AUT CLAM FACTUM IUDICARETUR. *Tu ipse iam statue, quam verum sit, quam paucas tegulas (3) dejicere impune familia tua non potuerit, maximam caedem sine fraude facere potuisse. Ego ipse tecto illo disturbato, si hodie postuletem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris (4) necesse est; nunc hoc probabis viris talibus, CUM AEDIFICIUM TUO IURE DISTURBARE NON POTUERIS, QUOD ESSET, QUEMADMODUM TU VIS, IN TUO homines, qui in eo aedificio fuerint te tuo iure potuisse occidere?*

(1) *Einspruchsrecht*, (1866) p. 31¹, 32².

(2) CICERO spreekt alleen van 't afbreken van een gebouw.

(3) Vgl. l. 7 § 10 D. 43. 24: *proinde etsi tegulas de aedificio sustulerit magis est ut interdicto teneatur.*

(4) Over deze twee wijzen van procederen bij *interdicta restitutoria* vergelijkte men GAIUS IV § 162—165.

CICERO'S juridische mededeelingen, vooral in zijne pleitredenen, zijn geen evangelie. Afgezien van dwalingen, waaraan een dilettant allicht bloot staat, komt hier vooral de verleiding in het spel, om de voorschriften van het recht naar het belang van den client te fatsoeneeren. Maar, wat betreft het *interdictum quod vi aut clam*, bevindt hij zich in respectabel gezelschap. Niet minder dan vijf juristen uit verschillende tijd verklaren, dat iedere *controversia* de plicht tot onthouding ten aanzien van *opera in solo* oplegt; dat zelfs de rechthebbende in het ongelijk wordt gesteld, indien hij zoodanige *opera* heeft voltooid, voordat zijn betwiste bevoegdheid gerechtelijk tot klaarheid was gebracht, onverschillig of hij daarbij op verzet gestuit is (*vi factum*), dan wel bloot kennis droeg van de betwisting (*clam factum*).

Reeds Q. MUCIUS schrijft (l. 73 § 2 D. 50. 17):

vi factum id videtur esse, qua de re quis quum prohiberetur fecit: clam, quod quisque CUM CONTROVERSIAM HABERET, habiturumve se putaret, fecit.

Niet minder beslist spreken SERVIUS SULPICIUS en CASSIUS (l. 3 § 7, l. 4 D. 43. 24):

clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium, neque ei denunciavit, SI MODO TIMUIT EIUS CONTROVERSIAM aut debuit timere . . . Servius: etiam eum clam facere, QUI EXISTIMARE DEBEAT, SIBI CONTROVERSIAM FUTURAM.

Ook JULIANUS acht het interdict reeds dan ontvankelijk, indien er slechts eene *controversia* bestond (l. 13 § 7 D. 43. 24):

Iulianus ait: si colonus arborem, DE QUA CONTROVERSIAM ERAT, succiderat, vel quid aliud opus fecerit, si quidem iussu domini id factum sit, ambo tenebuntur.

Eindelijk deelt ULPIANUS mede, dat bij het interdict de vraag is uitgesloten, of de dader (afgezien van de betwisting) in zijn recht was, omdat het alleen op de betwisting aankomt (l. 1 § 2 D. 43. 24):

et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi an non: sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto.

Tenzij hier de uitdrukking *ius faciendi* eene technische beteekenis mocht hebben, wat voor het oogenblik nog niet onderzocht kan worden, bewijst die uitspraak, dat met CICERO behalve Q. MUCIUS, SERVIUS SULPICIUS, CASSIUS en JULIANUS ook ULPIANUS homogeen is; en dat ook volgens hem iedere betwisting van de bevoegdheid des eigenaars dezen verplicht, zijn lust tot het voorgenomen werk voorloopig te beteugelen.

Dat aan den eigenaar zoodanige plicht wordt opgelegd, komt aan WINDSCHEID (§ 465¹³) en vele anderen exorbitant, ja ondragelijk voor. Er waren er te Rome, die eveneens dachten en althans deze toepassing van het *interdictum quod vi aut clam* door eene exceptie wenschten te neutraliseeren. De herinnering aan dat streven is ons door ULPIANUS bewaard gebleven (l. 1 § 3 D. 43. 24):

denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obijcere, QUOD NON IURE MEO receperim (OCCEPERIM?).

Et magis est ne possit.

Twee stelsels, men ziet het, staan hier tegenover elkander. Volgens het eene kan men, indien men van zijn recht zeker is, met den grond veilig doen wat men wil, ook al wordt dat recht betwist; volgens het andere moet men in elk geval het werk staken, welks rechtmatigheid in twijfel wordt getrokken; want tegenover de betwisting door de tegenpartij is de dader altijd in het ongelijk, zoolang de rechter het tegendeel niet heeft uitgemaakt. Het eerste stelsel kan ULPIANUS niet behagen; het tweede schijnt WINDSCHEID niet slechts verwerpelijk, maar „onverdragelijk.“ Een groot beginsel is bij dien strijd betrokken, grooter wellicht, dan een der beide partijen zich bewust is: het al of niet bestaanbare van eigen richting met maatschappelijke orde. Aan de opvatting van ULPIANUS ligt de onverenigbaarheid dier beide ten grondslag: in eene beschaafde maatschappij loopt men niet vooruit op eene rechterlijke be-

slissing, is iedere daad van eigen richting uit den booze. Terecht merkt WINDSCHEID daartegen op, dat zulk een stelsel de positie van den rechthebbende onhoudbaar maakt. Indien het een ieder vrij staat, door de betwisting der bevoegdheid, den rechthebbende te dwingen, om van de uitoefening dier bevoegdheid af te zien, tenzij hij er een proces voor over heeft, waarin hij, volgens de juiste opmerking van STÖLZEL (1), bewijs moet leveren (2), en waardoor hij, volgens de niet minder juiste opmerking van DERNBURG (3), in het gunstigste geval tijdverlies lijdt, — dan is ieder eigenaar à la merci van iederen kwaadwillige. Waartoe geraakt men (zoo roept hij — WINDSCHEID — elders uit), indien men eigen richting per se ongeoorloofd acht! Iedere handeling zal alsdan onrechtmatig zijn, waartegen iemand — wie ook — onder voorwendsel harer onrechtmatigheid zich verzet heeft (§ 123¹). De eerste de beste bedelaar, wien aan de deur een aalmoes is geweigerd, wreekt zich door den eigenaar het recht te betwisten, om eene schuur af te breken, een bosch te vellen, op grond, dat hem zelf de eigendom of het vruchtgebruik van het landgoed toekomt. En op die tegenspraak zal moeten worden gelet; de werkzaamheden zullen moeten worden gestaakt, totdat de rechter althans ten possessoire uitspraak heeft gedaan (4), of den soi-disant eigenaar of vruchtgebruiker met eenige zilverlingen de mond is gestopt. Zoodanige consequentie, waaraan men op geenerlei wijze kan ontsnappen (5),

(1) *Die Lehre von der op. nov. nunt.* (1865) p. 469. — Vgl. BURCKHARD, *die op. nov. nuntiatio* (1871) p. 5, 275⁴².

(2) Onverminderd wettelijke praesumptiën, gelijk die van art. 627 betreffende het niet-bestaan van servituten, waarop men zich natuurlijk ook als eischer kan beroepen, mits men eerst zijn eigendom of bezit bewijze.

(3) *Pandekten* I 2^o aufl. § 234³⁰.

(4) Daartoe moet in elk geval het feit der *nuda detentio* worden bewezen (art. 590); want een kwaadwillige schenkt niets.

(5) Ook niet met HESSE, *Einspruchsrecht* p. 9 door te stellen: „*der Eigenthümer resp. Besitzer hat das Interdict nur dann zu fürchten, und der Einspruch des Andern fesselt ihn nur, wenn und insoweit er unrecht-*

veroordeelt het beginsel, waaruit zij voortvloeit. Derhalve: iedere daad van eigen richting is geoorloofd, tenzij eenig element dier daad met een positief rechtsvoorschrift in strijd komt, bijv. wanneer men ondanks het verbod der *lex Julia* (art. 141 W. v. S.) in vereeniging met anderen geweld pleegt tegenover personen of goederen (1); of wanneer men den bezitter van een onroerend goed met geweld uit dat bezit gestoten heeft (2); (*interdictum unde vi*).

Bij dien strijd der meeningen sluit ik mij noch bij WINDSCHEID noch bij ULPIANUS geheel aan, omdat de waarheid mij in het midden schijnt te liggen (3). Aan WINDSCHEID geef ik gaarne toe, dat eene absolute uitsluiting van eigen richting, de handhaving van subjectieve rechten te zeer bemoeilijkt, aan ULPIANUS, dat de absolute toelating van eigen richting de

mässig handelt" d. w. z. wanneer zijn daad indruischt tegen eenig recht („*rechtliches Interesse*" = „*Recht*" zie aldaar p. 3 z. 22, 24) der tegenpartij. Want ware zulks juist, dan zoude daarmede eenvoudig ontkend zijn, dat eigen richting een voldoende grondslag is voor onze actie. Nog minder richt men uit, door als vereischte te stellen, dat eenig „belang" door de daad gekrenkt zij, want iedereen heeft er „belang" bij, dat men geen eigen richting tegen hem plege. De regel, *point d'intérêt, point d'action*, kan alleen als verlegenheidsexceptie dienst doen.

(1) „Tegen goederen". Het geweld behoeft dus volstrekt niet tegen den eigenaar of bezitter gericht te zijn geworden (PAUL. V. 26 § 3: *qui quem*). Vandaar het decreet van ANTONINUS PIUS (l. 5 § 1 D. 48. 6): *ut prius de vi quaeratur, quam de iure domini sive possessionis*.

(2) In het klassieke recht was tegenover den *iniustus possessor* eigen richting, mits zonder gebruik van wapenen, geoorloofd (GAI IV § 154, 155; PAUL V. 6 § 7). In het Justinianeische (en hedendaagsche) recht is tegenover den *iniustus possessor* stoornis wèl, ontzetting niet geoorloofd (§ 4a, § 6 Inst. IV. 15).

(3) De *responsa prudentium* ten onzent zijn over het algemeen door ULPIANUS geïnspireerd. Zie DIEPHUIS III (1857) p. 318 no. 767; OPZOOMER III 2de dr. p. 423⁴; HAMAKER *Rechtsg. Mag.* dl. 9 (1890) p. 367, 369. Tegenwoordig echter is prof. DIEPHUIS VI (1880) p. 565 het met beide partijen eens. Ditzelfde kan gezegd worden van het *Allg. Landr.* § 77, 78, 88. (Einleit.)

maatschappelijke orde met groote gevaren zou bedreigen. Doch daaruit vloeit voort, dat eigen richting alleen in zooverre onrechtmatig geacht kan worden, als zij werkelijk voor de maatschappelijke orde een ernstig gevaar gaat opleveren. Of dit het geval is beslist de rechter voor ieder speciaal geval met in acht neming der voorschriften, die reeds door de wet mochten zijn gegeven (1). Hij derhalve toetst iedere daad van eigen richting aan de vraag, of die zelfbeperking in acht is genomen, die met het oog op de maatschappelijke orde van den pleger der daad kon worden gevorderd. Daarbij let hij op de middelen niet alleen, waarvan de dader zich bediende, maar ook op den persoon tegen wien, en de omstandigheden, waaronder hij ze bezigde. Het maakt een groot verschil, of men den gewezen huurder, die niet heen wil gaan, de trappen af, en de deur uitsmijt, dan wel of men door het uitlichten van deuren en vensters, desnoods het wegnemen van het dak, de plaats voor hem onbewoonbaar maakt (2). En, gelijk niemand van den eigenaar verlangt, dat hij noodzakelijke werken opschorte om de tegenspraak van den eersten den besten landlooper, zoo zal niemand hem vrijspreken, indien hij de doorschietende wortels van zijns buurmans boomen heeft weggehakt, zonder in aanmerking te nemen, dat deze op niet geheel onaannemelijke gronden hem heeft trachten te beduiden, dat hij zich ten aanzien der grenslijn vergiste. Zoo is wel tegenover „een gevestigden rechtstoestand” het „eigenmachtig handelen” uitgesloten (3), maar hij, die zelf tot feitelijkheden zijn toevlucht heeft genomen, zal zich te vergeefs over eigen richting beklagen, indien de tegenpartij de zaak langs denzelfden weg weder in den ouden toestand heeft

(1) Daartoe behoort bijv. het vereischte eener sommatie in art. 714 c.

(2) Zie LÉON ad art. 1401 no. 59, 98¹⁰, DERNBURG *Pand.* I. 2^{te} aufl. § 125³. — Vgl. KERR, *the Student's Blackstone*, 10th ed. (1887) p. 257 (1V).; *Allg. Landr.* § 144, 145 (I. 7).

(3) Zie LÉON ad art. 1401 no. 10¹.

Themis. LIIste Deel, 1ste stuk [1891.]

teruggebracht (1). Dit alles derhalve zal moeten worden onderzocht, eer men in foro civili beslissen kan, of de eigen richting onrechtmatig is geweest of niet.

Maar moet dan niet althans voor het Romeinsche recht de absolute theorie van ULPIANUS worden aangenomen, en, zij het in strijd met juiste beginselen, aan het *interdictum quod vi aut clam* de meest uitgebreide toepassing worden gegeven? Wie zich hiervan thans reeds verzekerd hield, zou blijk geven, de Romeinsche juristen weinig te kennen. Hoe dikwijls worden hun meest positieve verzekeringen een eind weegs verder wederlegd door even positieve verzekeringen van het tegendeel! Hoe algemeener hun uitspraken luiden, des te grooter de kans, om bij een ander schrijver, ja bij denzelfden en in hetzelfde geschrift juist het omgekeerde te vernemen, van wat zooeven met zooveel nadruk werd verkondigd! En het *ius naturale* en de Twaalf Tafelen, zoo lezen wij (§ 41 Inst. II. 1), waarborgen den verkooper ook na de levering zijn eigendomsrecht, zoolang hij noch betaling genoten, noch krediet gegeven heeft. Een aantal plaatsen bevestigt dien regel, — een even groot getal ontzegt iedere eigendomsactie na de levering (2). Niet anders is het bij het *interdictum quod vi aut clam*. Dat interdict, zegt ULPIANUS (l. 1 § 2 D. 43. 24), houdt met het recht des daders geen rekening; doch wat beweert POMONIUS? Dat, wie eenvoudig zijn recht uitoefent, zonder dat van een ander te krenken, het interdict niet behoeft te vreezen (l. 21 D. 39. 3):

si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat si eas venas incidideris et ob id desiderit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, SI NULLA SERVITUS MIHI EO NOMINE DEBITA FUERIT, nec interdicto quod vi aut clam teneris.

Het interdict geldt dus niet tegenover den eigenaar, zoolang

(1) Exceptie „*quod non tu vi aut clam feceris*”: l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. 43. 24.

(2) Over deze antinomie heb ik uitvoerig gehandeld in de *Mnemosyne* XVIII (1890) p. 149—163.

men niet bewijst, dat door zijne daad een servituut gekrenkt is. Licht daarin niet opgesloten, dat eigen richting op zich zelf geen grond voor deze actie oplevert? In denzelfden geest beslist SEVERUS (l. 29 § 1 D. 9. 2):

per cuius domum traiectus erat aquae ductus CITRA SERVITUTEM iure suo posse eum intercidere (cf. c. 2 C. 3. 34), eene beslissing, die ULPIANUS als loyaal onderdaan in bescherming neemt. Wel is waar, is het niet geheel onmogelijk, zoowel het advies van POMPONIUS als het rescript van SEVERUS met de uitspraak van ULPIANUS: *parvi refert, utrum ius faciendi habuerit an non*, (l. 1 § 2 D. 43. 24) in overeenstemming te brengen, namelijk met behulp eener interpretatie van den term *ius faciendi*, die door STÖLZEL (p. 381, 414) uitgebroed, door WINDSCHEID (§ 4657,⁹) gretig gearripiëerd is. Volgens die interpretatie moet men onder *ius faciendi* niet maar domweg verstaan: het recht, om de gewraakte handeling te verrichten, maar: het recht, om zulks te doen ondanks een *ius prohibendi* der tegenpartij. Stel bijv., ik wil een balcon aan mijn huis bouwen, dat over mijns buurmans erf heenreikt, dan zal deze aan zijn eigendomsrecht een *ius prohibendi* tegenover die handeling ontleenen. Maar indien ik mij beroepen kan op eene *servitus protegendi*, dan vloeit daaruit voor mij een *ius faciendi* voort, dat zijn *ius prohibendi* krachteloos maakt. Welnu, wat leeren SEVERUS en POMPONIUS? Dat niemand zich over eigen richting kan beklagen, wien geen *ius prohibendi* ter zijde staat. Wat ULPIANUS? Dat tegenover een beklag wegens eigen richting, indien dit beklag gestaafd wordt door een *ius prohibendi*, des daders *ius faciendi* niet in aanmerking komt. Het verzet tegen de daad mag derhalve veronachtzaamd worden, indien het niet uitgaat van een rechthebbende, — maar rechthebbende is ten dezen ook hij, wiens *ius prohibendi*, door een *ius faciendi* des daders geneutraliseerd wordt.

Deze opvatting van het *ius prohibendi* als coëxistent met een *ius faciendi* der tegenpartij, en dus tegelijkertijd bestaande

en krachteloos (dit laatste nochtans niet ten aanzien van ons interdict), — deze opvatting tracht STÖLZEL (p. 26) ingang te verschaffen, door haar te doen voorkomen als eene specifiek Romeinsche beschouwingwijze, die ook in de procedure zich uitsprak, daar het *ius faciendi* tegenover het *ius prohibendi* door eene exceptie pleegde te worden gehandhaafd. Dit laatste wordt door hem niet alleen niet bewezen, maar het is ook zeer zeker onjuist. Wel zijn er zakelijke rechten, die door een exceptie worden gehandhaafd, en wel: het praetorische eigendom door de *exceptio rei venditae et traditae* (1); het praetorische vruchtgebruik door de *exceptio rei ususfructus nomine traditae* (l. 7 pr. D. 7. 9 cf. l. 11 § 2 D. 20. 1); de hypotheek door de *exceptio pignoratitia* (2), doch niet, omdat deze rechten als *iura faciendi* tegenover *iura prohibendi* staan, maar, omdat zonder inlassching eener *exceptio* de verweerder zich niet op het *ius honorarium*, waaraan hij zijn recht ontleent, zoude kunnen beroepen. Trouwens wat doet dit eigenlijk ter zake? Het begrip van exceptieve verdediging omvat veel meer dan de gevallen waarin de *formula* eene *exceptio* opneemt; en wie kan ontkennen, dat, waar de eischer een *ius prohibendi* heeft gesteld, daartegenover het beroep op een *ius faciendi* als exceptieve verdediging moet worden aangemerkt, onverschillig of zulks op de redactie der *formula* invloed heeft? Daarom mag HESSE (3) niet worden toegegeven, dat een afzonderlijk onderzoek van het *ius prohibendi* en van het *ius faciendi* in den zin, waarin STÖLZEL die termen neemt, tegelijkertijd onjuridisch en onpraktisch is; integendeel het is de aange ezen wijze van behandeling, wanneer met principale bestrijding van het eene exceptief beroep op het andere wordt gecumuleerd. (4) Veeleer dient erkend, dat de

(1) Zie LENEL, *das Ed. Perp.* § 276^a.

(2) Zie CUIAC. ad c. 10 C. 4. 24.

(3) *Einspruchsrecht* p. 136.

(4) Daartegen bestaat hoegenaamd geen bezwaar. Zie voor het Romeinsche recht: l. 9 D. 44. 1; c. 19 C. 4. 19; CUIAC. ad R. et c.

uitdrukking *ius faciendi* in l. 1 § 2 D. 43. 24 zeer wel de gequalificeerde beteekenis kan hebben, die STÖLZEL aanpreekt. Slechts blijft ook dan het feit bestaan, dat behalve CICERO nog vier juristen Q. MUCIUS, SERVIUS, CASSIUS en JULIANUS eenstemmig vasthouden aan het beginsel, dat iedere *controversia* de plicht oplegt, om de beslissing des rechters af te wachten (*pro Tullio* 23 § 53; l. 3 § 7, l. 4, l. 13 § 7 D. 43. 24; l. 73 § 2 D. 50. 17), zoodat met deze verlegenheids-interpretatie ten slotte toch het doel (verzoening der tegenstrijdige uitspraken) niet bereikt wordt. Zeer zeker is de stelling: alle eigen richting is een delict, praktisch onhoudbaar, en moet die formule noodzakelijk worden getemperd; meer nog: het kan aan STÖLZEL en WINDSCHEID worden toegegeven, dat ULPIANUS zelf dit gevoeld, en naar een uitvlucht gezocht heeft, die het interdict met de eischen der praktijk in overeenstemming kon brengen. Doch de transactie tusschen theorie en praktijk, die ULPIANUS gewild heeft, is elders te vinden, namelijk in l. 5 § 10 D. 39. 1:

si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio (1) erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, acquissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis (2) uti.

M. a. w. indien het recht tot de daad door den eigenaar van den grond wordt betwist, zal het werk moeten worden gestaakt; maar niet indien de handeling door den eigenaar

19 C. 4. 19; KELLER *Actionen* n. 372 (6^{te} Ausg. p. 167); voor het hedendaagsche: v. BONEVAL FAURE, *Process.* II p. 66; H. R. 10 Mei 1889 (W. no. 5715).

(1) De aard van dit rechtsmiddel komt verderop ter sprake.

(2) De vermelding van dit interdict bewijst, dat ULPIANUS (evenals in l. 8 § 5 i. f. D. 8. 5; l. 3 § 2 D. 43. 17) gedacht heeft aan eigenaars, die toevallig tevens bezitters zijn. Wil men liever met STÖLZEL (p. 427) concludeeren, dat gedacht is aan bezitters die toevallig tevens eigenaars zijn, dan komt eene andere middenmeening te voorschijn (eigen richting is geoorloofd aan, verboden tegen den bezitter), waarover aanstonds nader.

wordt ondernomen: *tunc (enim) operis novi denuntiatio erit necessaria*, d. w. z. het *interdictum quod vi aut clam* schiet hier te kort. Eigen richting is dus geoorloofd aan, verboden tegen den eigenaar. Toepassingen van dit beginsel vindt men elders bij gelegenheid van quaesties over doorschietende wortels en vooruitspringende werken. Wortels, die uit het eene erf in het andere doorschieten blijven als accessies van het erf hunner herkomst aan den eigenaar van dat erf toebehooren (1) (l. 22 pr. D. 43. 24):

si vitem meam ex fundo meo in fundum tuum deprehenderis (depresseris?) . . . radices, quae in fundo meo sint tuas fieri, quia his (vitis?) accessiones sint.

Een wingerd, die, over de grens heen ter aarde gedrukt (*depressa*), zich op den nieuwen bodem heeft voortgeplant, verandert van eigenaar, omdat zijne loten, waarvan hij niet kan worden gescheiden, hem door hunne wortels voor goed aan den nieuwen bodem vastsnoeren. Wat wordt er nu van de wortels, die hij nog in het aangrenzend erf heeft steken? Als accessie van den wingerd veranderen ook zij van eigenaar. Hetzelfde beginsel wordt boven den grond op balcon en andere vooruitspringende werken toegepast. Met terzijdestelling (2) van den regel: *superficies ius soli sequitur*, zullen zij niet beschouwd moeten worden als accessies van het erf, waarover zij heenreiken (3), maar als accessies van het huis, waarmede zij

(1) Wanneer men namelijk niet met GAIUS (§ 31 Inst. II. 1 = l. 7 § 13 D. 41. 1) aanneemt, dat de boom, waarvan de wortels doorschieten, gemeen wordt (cf. l. 19 pr. D. 10. 3; l. 83 D. 17. 2; l. 8 D. 41. 1) of met POMPONIUS (l. 6 § 2 D. 47, 7), dat de boom zelf en zijn doorschietende wortels ieder aan verschillende eigenaars toebehooren.

(2) En niet: *ten gevolge*, gelijk STÖLZEL (p. 428) wil, wien overigens de eer toekomt, dit merkwaardige geval van natrekking het eerst in een helder licht gesteld te hebben.

(3) L. 29 § 1 D. 9. 2: *protectum meum, . . . meis lignis . . .*

samenhangen (cf. l. 3 § 5, 6 D. 43. 17). Vandaar, dat in het systeem van l. 5 § 10 D. 39. 1 de eigenaar van het onderliggende perceel zijn buurman wel kan dagvaarden, om zich tot de wegruiming van het balcon te hooren veroordeelen, maar dat hij niet gerechtigd is eigen richting tegenover hem te plegen. Zoo wordt het dan ook opgevat in l. 29 § 1 D. 9. 2:

si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere; nec esse aequum damnum me pati recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei per cuius domum traiectus erat aquae ductus citra (1) servitatem, rescripsit iure suo posse eum intercidere; et merito: interest enim, quod hic in
(lees: EX) SUO PROTEXIT, ille in alieno fecit.

Schijnbaar op hetzelfde beginsel berust de uitspraak van POMPONIVS (l. 6 § 2 D. 47. 7.):

Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit (2), agere autem licebit non esse [ei] ius (sicuti tignum aut protectum) immissum habere.

Leest men echter het slot dier plaats:

si RADICIBUS VICINI arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit,

dan blijkt, dat POMPONIVS de doorschietende wortels niet beschouwt als accessie van den boom, dien zij voeden, maar als accessie van het erf, waarin zij steken, zoodat het hier niet geldt een verbod, om eigen richting tegen den eigenaar te plegen, maar juist een verbod tot den eigenaar zelf gericht.

(1) Werken *krachtens* een servituut aangelegd, behooren met ter zijdestelling van den regel, *superficies solo cedit*, aan den servituut-gerechtigde (l. 27 § 32 D. 9. 2). — Vgl. LÉON ad art. 1401 no. 81, 106, 153, waar nog veel verder wordt gegaan.

(2) Juist het omgekeerde bepaalt art. 714 e.

Noch de middenmeening, die aan ULPIANUS wordt toegedicht, noch degene, die hij werkelijk heeft verkondigd, voldoet aan de eischen van rede en billijkheid. Er is geen grond te bedenken, waarom een *ius prohibendi*, dat door een *ius faciendi* wordt geneutraliseerd, meer zou moeten worden geëerbiedigd dan een *ius prohibendi*, dat in het geheel niet bestaat; en evenmin, waarom de eigenaar in zake eigen richting een privilege zou hebben boven andere zakelijk gerechtigden. Ongetwijfeld is een middenmeening noodig, die noch alle daden van eigen richting veroordeelt, noch alle vrijlaat; maar men wachte zich wel, om door eene algemeene formule datgene te willen regelen, wat alleen het gezond inzicht des rechters voor ieder geval afzonderlijk kan uitmaken. Het *interdictum quod vi aut clam* dwingt den rechter niet, maar machtigt hem, om iedere daad van eigen richting met kracht te keer te gaan. Acht hij de daad door de omstandigheden gerechtvaardigd, niemand belet hem den eisch te ontzeggen. Meent men zulks niet overeen te kunnen brengen met de bekende beschroomdheid van den Romeinschen *iudex* (1), zoo blijft toch in elk geval de Praetor vrij, om het interdict uit te vaardigen of te weigeren. Het *arbitrium* òf van den een, òf van den ander heeft in de praktijk de ontvankelijkheid van het *interdictum quod vi aut clam* bepaald; de tegenstrijdige uitspraken, die wij tot nog toe leerden kennen, zijn daarvan het precipitaat; wonder zoude het zijn, indien hier geen tegenstrijdigheid werd aangetroffen.

Twee andere middenmeeningen verdienen alsnog de aandacht. De eerste, van HESSE (2) afkomstig, heeft niet eens de praetensie van op de bronnen te steunen. Zij is deze, dat het *interdictum quod vi aut clam* slechts dan kan, maar dan ook

(1) GAL. III § 224.

(2) *Einspruchsrecht* p. 31 vg.

moet worden toegewezen, indien hij, die zich over eigen richting beklaagt, een summier bewijs levert van het recht, dat hij zich toeschrijft. Deze meening spruit voort uit eene verwarring, die ook reeds bij STÖLZEL (p. 545) aangetroffen wordt, tusschen ons interdict en eene provisioneele vordering (1). Het verschil tusschen die twee actiën is echter van beteekenis. Wie zich over eigen richting beklaagt, verlangt herstel in den vroegeren toestand op kosten der tegenpartij tot tijd en wijle deze gerechtelijk van haar bevoegdheid hebbe doen blijken; wie een provisioneele vordering doet, verlangt onmiddellijke staking van een werk, welks onrechtmatigheid hij bereid is, in het vervolg te bewijzen. Zulk een provisioneele vordering kan niet worden toegewezen zonder een summier bewijsvoering (2); dit eischt de billijkheid tegenover hem, in wiens werkzaamheid door het vonnis moet worden ingegrepen. Bij het *interdictum quod vi aut clam* is van zoodanig ingrijpen geen sprake. Het geïncrimineerde werk staat er nu eenmaal (FACTUM EST), en de vraag, die uit te maken valt, is deze, of werkelijk eene daad van eigen richting gepleegd en, zoo ja, of die daad laakbaar is. Die vraag echter wordt niet provisioneel maar definitief beslist; en, voorzoover hier bewijs te leveren valt, moet dat bewijs volledig, niet summier zijn. Werd derhalve daartoe bewijs van het zakelijk recht des eischers gevorderd, dan zou ook dat bewijs noodwendig volledig moeten zijn.

De andere meening, door STÖLZEL (p. 424 vg.) verkondigd en met bronnenplaatsen ondersteund, is deze, dat de bezitter vrij is eigen richting te plegen, dat het interdict, tegenover

(1) De verwarring herhaalt zich natuurlijk weder bij de *operis novi nuntiatio*, of liever bij het *interdictum restitutorium*, dat daarop gebaseerd is (DERNBURG, *Pand.* I 2^{te} Aufl. § 233).

(2) STÖLZEL p. 543, 546; HESSE, *Einspruchsrecht* p. 133; BURCKHARD, *die op. nov. nuntiatio* p. 586; *Civ. Pr. Ordn.* § 815, 800. — Overigens wordt ook *periculum in mora* verlangd. Vgl. STÖLZEL p. 543, HESSE *Einspruchsrecht* p. 165, KERR, *The Student's Blackstone* 10th ed. (1887) p. 327, *Civ. Pr. Ordn.* § 800, 797.

alle anderen ontvankelijk, op het bewijs van het bezit des daders afstuit. Dit zou volgen uit l. 7 § 2 D. 43. 24:

Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis contra quam prohibitus fuerit, fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. Remissione autem facta intelligendus non erit vi [aut clam] facere, quamvis prohibeatur: LICERE ENIM DEBET AEDIFICARE EI QUI SATSDEDERIT, QUUM POSSESSOR HOC IPSO CONSTITUATUR.

Ten einde deze plaats goed te verstaan is een korte toelichting (1) van het wezen en van de rechtsgevolgen der *operis novi nuntiatio* onmisbaar. Onder *operis novi nuntiatio* is te verstaan een protest (2), dat zich door bepaalde kenmerken (3) van andere protesten onderscheidt, m. a. w. een gequalificeerd protest. Zoodanig (4) gequalificeerd protest heeft tweeërlei rechtsgevolgen, namelijk vooreerst die, welke aan alle protesten gemeen zijn, en dan die welke speciaal met de qualificatie zijn verbonden. Met andere protesten heeft het gequalificeerde dit gemeen, dat hij, die opzettelijk in strijd daarmee handelt, een daad van eigen richting pleegt, waartegen het *interdictum quod vi aut clam* wordt uitgevaardigd (l. 7 § 2 cit). De bijzondere gevolgen zijn twee in aantal. In de eerste plaats verwerft de *nuntiator*, indien ondanks zijn protest het werk is voortgezet (5), nog een tweede *interdictum restitutorium*, een dubbelganger van het *interdictum quod vi aut clam*, doch in

(1) Wat in deze toelichting betwistbaar mocht schijnen, hoop ik nader te staven in de *Mnemos. Observ. XI* sqq.

(2) *Prohibitio*: l. 7 § 2 cit.; l. 1 pr. D. 39. 1.

(3) Wij kennen er slechts één nl. de noodzakelijkheid om te protesteeren *in re praesenti* (l. 5 § 2 D. 39. 1). Deze qualificatie is echter, gelijk STÖLZEL opmerkt (p. 353 vlg.), niet afdoende. Hier is dus of een leemte in het Romeinsche recht, of in onze kennis.

(4) Gequalificeerde, doch anders gequalificeerde, protesten kent ook onze wet (art. 2016).

(5) *Sive iure factum est sive non iure* (l. 20 § 3 D. 39. 1). Dit sluit

de praktijk zelfstandig ontwikkeld. In de andere plaats wordt de *operis novi nuntiatio* steeds geacht eene erkenning van het bezit der tegenpartij in zich te sluiten (l. 1 § 6, l. 5 § 10 D. 39. 1):

operis . . . novi nuntiatione possessorem adversarium facimus (1).

Uit die erkenning vloeit het verdere gevolg voort, dat die tegenpartij aanspraak heeft op het *commodum possessoris* (l. 1 § 3 D. 43. 17) d. w. z. op de bevoegdheid, om het litigieuse recht provisioneel te blijven uitoefenen en derhalve het ondernomen werk te hervatten onder de enkele voorwaarde (2), *si satisdederit*, d. i. mits borgstellende voor de wegruiming van het *opus* indien het ten slotte toch onrechtmatig blijkt te zijn. Immers, gelijk GAIUS (IV § 87) het uitdrukt:

si . . . in rem tecum agam, satis mihi dare debes, aequum enim visum est (te) ideo quod interea tibi rem (3), *quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur cum satisfactione* (4) *cavere.*

Mitsdien koopt men voor de *satisfactio ex operis novi nuntiatione* het provisioneele (5) *ius aedificandi*; zelfs zonder dat de opheffing (*remissio*) van het protest uitdrukkelijk behoeft te worden uit-

echter het rechterlijk of praetorisch *arbitrium* even weinig als bij het *interdictum quod vi aut clam* uit. Ook hier behoeven wij niet onderstellenderwijze te spreken. Omtrent de praktijk der *operis novi nuntiatio* bezitten wij de meest uitvoerige mededeelingen; zij is niet anders dan gekristalliseerd *arbitrium*.

(1) Daarmede is niet overeen te brengen l. 15 D. 39. 1 (AFRICAN.).

(2) Volgens een constitutie van JUSTINIANUS (c. ult. C. 8. 10) is voor de geldigheid van het aanbod om borg te stellen noodig, dat drie maanden verstreken zijn sedert het indienen van den eisch tot opheffing (*remissio*).

(3) Met inbegrip der *res incorporales* (= iura): VAT. FR. § 92.

(4) *Satisfactio iudicatum solvi, pro praede litis et vindictiarum* (GAI. IV § 91) of *ex operis novi nuntiatione* (l. 5 § 17 D. 39. 1). — Dat deze dezelfde strekking heeft als de beide eerstgenoemden blijkt uit l. 21 § 2 D. 39. 1 i^a l. 6 D. 46. 7.

(5) Het *ius aedificandi* kan definitief eerst vaststaan door een rechterlijke uitspraak. Vgl. l. 8 § 4 D. 39. 1.

gesproken (1). Ook zonder zoodanig Praetorisch decreet hergeeft de borgstelling volledige vrijheid van beweging, zoolang de *nuntiator* de onrechtmatigheid der onderneming niet heeft aangevoond en de borgtocht zelve stand houdt (l. 13 § 1 D. 39. 1):

non permittitur iterum nuntiare, quamdiu stipulatio ex operis novi nuntiatione teneret.

Wie het provisioneele *ius aedificandi* verworven heeft, behoeft zich verder om geen gequalificeerd protest te bekommeren. Dus nog veel minder om een simpele betwisting (l. 7 § 2 cit.):

remissione . . . facta intelligendus non erit vi [aut clam] facere, quamvis prohibeatur. . . .

Wel zegt JULIANUS verder, dat die bevoegdheid hem als bezitter toekomt, maar uit den samenhang blijkt dat hij een bepaalde soort van bezitters op het oog heeft, namelijk bezitters, die de *satisfactio* gesteld hebben:

. . . . licere enim debet aedificare ei qui satisfecerit,

en wier bezit juist door de *operis novi nuntiatio* boven allen twijfel is verheven:

. . . . quum possessor hoc ipso (2) constituatur

Ten onrechte derhalve wil STÖLZEL uit l. 7 § 2 cit. afleiden, dat bezitters, als zoodanig, veilig zijn voor het *interdictum quod vi aut clam*. Zulks geldt alleen van hen, wier bezit door de tegenpartij erkend (of in rechte gebleken) is, en die bovendien den prijs betaald hebben, die naar klassiek recht (3) voor het *commodum possessoris* verlangd kan worden. Dit wordt ten volle bevestigd door datgene, wat wij over de simpele betwis-

(1) L. 5 § 17, l. 8 § 4, l. 20 pr., § 1, l. 21 § 1 D. 39. 1; l. 1 § 2 D. 43. 25.

(2) Letterlijk opgevat: *satisfacendo*. BURCKHARD (p. 179) heeft echter ongelijk, bij deze letterlijke opvatting te blijven staan. De *satisfactio* verschafft ons niet de *possessio*, maar het *possessoris commodum*. De *possessio* zelve hebben wij krachtens de erkenning der tegenpartij, die in de *operis novi nuntiatio* ligt opgesloten.

(3) Naar Justinianeisch (§ 2 Inst. IV. 10) en hedendaagsch recht geniet men het *commodum possessoris gratis*.

ting lezen, voor zoover deze met uitdrukkelijke (1) bezits-erkenning gepaard gaat (l. 3 § 5 D. 43. 24):

si quis paratus sit se iudicio defendere adversus eos, qui interdicendum (2) putant ne opus fiat (cum propter hoc tantum esset prohibitus quia non defendebat), an videatur desinere ni facere? Et magis est, ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus sit si quis agat; et ita Sabinus scribit

Deze plaats, die eerst verstaanbaar wordt, wanneer wij de woorden (*cum propter hoc tantum esset prohibitus, quia non defendebat*), door TRIBONIANUS met den volgenden zin, waar zij niets beteekenen, saamgesmolten, op hunne oude plaats herstellen, toont aan, dat inderdaad de bezitter een vrijbrief heeft, maar alleen dan, wanneer de tegenpartij zijn bezit erkent, en dus niets meer verlangt dan ten petitoire te procedeeren. Is hij bereid, aan dat verlangen te voldoen (*si defendere paratus est*) en stelt hij bovendien de *cautio iudicatum solvi* (3) (*si modo satis offerat*), dan geniet hij het *commodum possessoris* en kan dus voortgaan met bouwen, tot tijd en wijle de rechter definitief uitspraak heeft gedaan. Wordt daarentegen niet alleen zijn recht, maar ook zijn bezit betwist, dan zal hij een zelfstandige uitspraak over dit laatste kunnen uitlokken (4), die dezelfde gevolgen zal hebben als eene erkenning door de tegenpartij (l. 1 § 3 D. 43. 17 cf. l. 3 § 2 eod.). Laat hij dit na, en zet hij ondanks het verzet der tegenpartij het werk voort, dan pleegt hij even goed als een ander eigen richting, wier rechtmatigheid aan de vrije beoordeeling des

(1) Bij de *operis novi nuntiatio* spreekt de bezitserkenning van zelf.

(2) Ook in c. 2 C. 3. 34 en l. 5 § 10 D. 43. 24 staat *interdicere* voor particulier verbod.

(3) Geen *vadimonium*, gelijk STÖLZEL (p. 459 vlg.) en HESSE (*Einspruchsrecht* p. 17) leeren. Het *vadimonium* kan het *commodum possessoris* niet verschaffen (GAL. IV § 87, 91.)

(4) L. 3 § 2 D. 43. 17 (cf. l. 52 § 1 D. 41, 2); l. 11 D. 43. 16; l. 8 § 5 i. f. D. 8. 5.

rechters zal verblijven. Ook dan is dit waar, wanneer hij *cautio iudicatum solvi* aanbiedt. Immers om op het *commodum possessoris* aanspraak te kunnen maken, is zoodanig aanbod niet voldoende; allereerst is noodig dat het bezit door de erkenning der tegenpartij, of door een rechterlijke uitspraak vaststa.

STÖLZEL's dwaling met betrekking tot den bezitter heeft overigens een dieperen wortel, dan een verkeerd begrepen Pandectenplaats. Onafhankelijk van l. 7 § 2 cit. komt hij tot de voorstelling, dat de bezitter ter zake van eigen richting een privilege geniet; en, eenmaal van die voorstelling uitgaande, concludeert hij, dat het *interdictum quod vi aut clam*, althans voorzoover het eigen richting te keer gaat, tegen den bezitter niet kan worden ingesteld. Deze meening leidt hij niet af uit l. 7 § 2 cit.; hij vindt haar door die plaats alleen bevestigd. Ziehier zijn uitgangspunt, de algemeene stelling, waarmede hij zijn boek over de *operis novi nuntiatio* en het *interdictum quod vi aut clam* inleidt:

„Wer die thatsächliche Herrschaft über eine Sache hat, darf sich thatsächlich in dieser Herrschaft erhalten, das heisst: der Besitzer darf eigenmächtig seinen Besitz schützen.“

Verstaat men onder bezitter den *iustus possessor*, *qui nec vi nec clam nec precario ab adversario possidet*, dan kan zulks gereedelijk worden toegegeven. Leeren niet de Romeinen hetzelfde bij monde van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS (c. 1 C. 8. 4)?

recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet.

Doch sints wanneer is de *moderatio inculpatæ tutelæ* een privilege des bezitters? Ieder aangevallene heeft immers het recht van verdediging tegen iederen onrechtmatigen aanval? *Vim vi repellere licere*, Cassius scribit, *idque ius natura comparatur* (l. 1 § 27 D. 43. 16 cf. l. 3 D 1. 1; l. 4 pr., l. 45

§ 4 D. 9. 2). Wie twijfelt er aan, dat ook de bezitter zich op dien regel kan beroepen? Maar niet alleen de bezitter, een ieder, bijv. de politie, zal mogen optreden als beschermer van personen „of goed“ (1) tegen daden, aan wier rechtmatigheid door hem met grond kon getwijfeld worden (2), — en, evenals iedere daad van eigen richting, zal ten slotte ook iedere daad van verzet geoorloofd of ongeoorloofd blijken naar gelang van het oordeel des rechters, die daarbij vooral op de middelen, die gebruikt zijn, in verband met de omstandigheden, waaronder, acht zal slaan. Veel hangt hier af van het gevaar voor onherstelbaar nadeel, dat bij lijdelijk toezien was te duchten (3). Veel van den persoon, met wien men te doen had. Immers, wie neemt het den eigenaar van een boomgaard kwalijk, indien hij den jeugdigen ooftliefhebber, die zijn peren benadert, door een goed geapliceerd pak slaag respect voor zijn eigendomsrecht inboezemt (4); wie eischt niet van hem, dat hij het schot met hagel voor ouder en gevaarlijker velddieven opspaat? De hoofdvraag blijft echter deze, of, de middelen daargelaten, 't verzet op zich zelf voldoende gerechtvaardigd was. Dienaangaande zijn vaste regels eenvoudig niet te stellen. De Staatscommissie van 1852, ingesteld om rapport uit te brengen over de samenstelling en bevoegdheid der politie, huldigt een andere opvatting, maar levert zelve het beste bewijs voor de juistheid mijner conclusie. Op grond der waarneming, dat tot bescherming van onro-

(1) „Van goed“. Het is dus niet noodig, dat de aanval tegen den bezitter of eigenaar als zoodanig gericht was.

(2) Geen strengeren zin zal men derhalve aan het woord „wederrechtelijk“ in art. 41 W. v. S. mogen geven. Cf. DERNBURG *Pand.* I. 2^{te} aufl. § 125¹¹. Uit de rechtmatigheid van den aanval vloeit niet noodwendig de onrechtmatigheid van het verzet voort. Dit is ook bij art. 180 W. v. S. in het oog te houden.

(3) Geen strengeren zin derhalve zal men aan het woord „noodzakelijk“ in art. 41 W. v. S. mogen hechten.

(4) CARRARA, *Programma* 5^a Ed. (1877) II p. 62 sg.

rend goed tegen „stoornis of andere spoliatie” — als daar zijn wederrechtelijke vestiging, verzetting van grenspalen (1), afsluiting van wegen, plaatsing van hekken, wegruiming van beplantingen, graven van greppels en diergelijke, — de hulp der politie doorgaans te vergeefs werd ingeroepen, of zelfs in verschillende gemeenten naar geheel verschillende beginselen werd gehandeld, wilde zij aan de politie rechterlijke functiën zien toegekend, ten einde met kennis van zaken hem ter hulp te komen, die de onrechtmatigheid van den aanval behoorlijk had gestaafd (2). Zij vergat, dat hulpverlening in dien geest een attribuut der rechterlijke macht is, dat niet zonder groote schade aan de politie kan worden overgedragen (3), terwijl juist de *onmiddellijke* interventie, die van de politie gevorderd wordt, en ook dan gevorderd zoude worden, indien zij daarenvens rechterlijke attributen bezat, uit den aard der zaak ieder onderzoek, dat tijd vordert, uitsluit, omdat daarbij niet anders dan naar den indruk van het oogenblik gehandeld worden kan. Regels voor die onmiddellijke interventie zijn eenvoudig introuwend, en worden door de Staatscommissie ook niet aangegeven. Welnu in dezelfde positie als de politieambtenaar ziet een ieder zich geplaatst, die onvoorbereid tegenover een plotselingen aanval komt te staan, waarvan hij de rechtmatigheid slechts bij gissing kan bepalen, terwijl tot een onderzoek hem geen tijd wordt gelaten. Of zijn verzet rechtmatig was, of niet, zal binnen de perken door de wet gesteld, alleen het *arbitrium iudicis* kunnen uitmaken.

(1) Kan zulks eigenlijk wel als bezitsstoornis worden aangemerkt? Behooren niet, althans *iure constituendo*, grensteekens gebracht te worden tot de *res extra commercium* (nader: *res sanctae*); en is dus de eisch van een bepaald oogmerk in art. 333 W. v. S. wel voldoende te motiveeren?

(2) *Verslag der Staatscommissie* (1853) p. 66. Zij verlangt het bewijs dat de daad „strijdig is met rechten of aanspraken, . . . welke gedurende het laatste jaar zijn geëerbiedigd.”

(3) DE P(IN)TO W. no. 1421, 2.

Het recht van verdediging, in het algemeen erkend, wordt derhalve ook den bezitter niet betwist. Maar grenzenloos wordt de verwarring, die men sticht, indien men met STÖLZEL (1) daden van verzet met daden van eigen richting op ééne lijn plaatst (2). Eigen richting pleegt alleen hij, die eene daad volvoert, waartoe de bevoegdheid hem betwist wordt, geheel iets anders is het zich tegen eene daad op grond harer onrechtmatigheid te verzetten. Wie ondanks verze' handelt, begaat eigen richting; wie zich vruchteloos verzet, wordt het slachtoffer van eigen richting. Deze kan ten allen tijde plaats hebben, verzet alleen op het oogenblik, waarop men met eigen richting bedreigd wordt, want eene reactie, die niet *ex continenti* maar *ex intervallo* plaats grijpt, wordt aanval (3). En uit het feit, dat de bezitter zich tegen eigen richting mag verzetten, vloeit volstrekt nog niet voort, dat hij straffeloos eigen richting plegen mag (4) in dien geest moet dus ook l. 5 § 10 D. 39. 1 gelezen worden:

Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eum per Praetorem (4) vel PER MANUM (5) [id est lapilli ictum] prohibere, quam operis novi nuntiatione; ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus.

(1) P. 1—4. — In dezelfde dwaling vervalt BURCKHARD, *die op. nov. nunt.* p. 9, ten aanzien van het gequalificeerde protest.

(2) Het is natuurlijk wel geoorloofd, beide onder één hooger begrip te subsumeeren.

(3) L. 3 § 9, l. 17 D. 43. 16.

(4) Maar nog veel min volgt uit het ongeoorloofde karakter van eigen richting (gesteld dit stond vast), dat ook verzet ongeoorloofd is. Vgl. DERNBURG, *Pand.* I. 2^e Aufl. § 125; DIEPHUIS III (1857) p. 318 no. 767; *Allg. Landr.* p. 142 (I. 7).

(4) D. w. z. *per interdictum* (GAL. IV § 139, 141); 't zij *uti possidetis* 't zij *quod vi aut clam* (STÖLZEL p. 69) Op zich zelf zou men ook kunnen denken aan hulp door den Praetor, als hoofd der politie, te verleenen.

(5) D. w. z. door feitelijkheden. De woorden [id est lapilli ictum] moeten dus wel geïnterpoleerd zijn, gelijk door velen is betoogd. Vgl. over dien *ictus lapilli*: l. 1 § 6 D. 43. 24.

Themis. LIste Deel, 1ste stuk [1891.]

Het *per manum prohibere* de bevoegdheid tot feitelijk verzet tegen daden van eigen richting op zijn goed, is een onvervreemdbaar recht des eigenaars, of, gelijk STÖLZEL (p. 427) interpreteert, des bezitters, — maar daarin ligt nog volstrekt geen vrijbrief, om zelf daden van eigen richting te plegen, geen „*allgemeiner die Eigenmacht (manus) des Besitzers sanctionirender Ausspruch*“ (1). Zoo iets kan alleen hij beweren, die eigen richting en verzet, aanval en verdediging nog niet behoorlijk van elkander heeft leeren onderscheiden.

Geen argument (2) kan de bezitter ten slotte nog ontleenen aan l. 3 § 8 D. 43. 21, al wordt daar ook van bezitters van waterleidingen betoogd:

si quis rivum reficienti opus novum nuntiaverit, belle dictum est posse contemni operis novi nuntiationem: cum enim Praetor ei vim fieri vetet (3) absurdum est per operis novi nuntiationem eum impediri.

M. a. w. de bezitter eener waterleiding, die daaraan eenig werk wil verrichten, behoeft zich om geen gequalificeerd protest, dus nog veel minder om een simpele betwisting te bekommeren. Immers hem beschermt een prohibitoir interdict. Doch, welbeschouwd geldt zulks van iederen bezitter: ieder bezitter derhalve mag eigen richting plegen. Wie zoo redeneert, is de dupe van een sophisme van ULPIANUS. Niet, omdat hij door een prohibitoir interdict beschermd wordt, maar omdat hij een werk onderneemt, dat geen uitstel duldt, behoeft de bezitter eener waterleiding zich aan geen verzet te storen (l. 5 § 12, 13 D. 39. 1):

generaliter Praetor... opera exceptit, quorum mora periculum aliquod allatura est; nam in his... contemnendam putavit operis novi nuntiationem.

Onder de werken, *quorum mora periculum aliquod allatura est,*

(1) STÖLZEL p. 436.

(2) Vgl. WINDSCHEID § 465^o.

(3) *Interdictum de rivis.*

wordt onmiddellijk te voren (l. 5 § 11 cit) uitdrukkelijk het herstel van waterleidingen (*rivi*) genoemd. Zij, die daarmede bezig zijn, kunnen derhalve gerust zijn, doch niet op grond van hun bezit, maar op grond van het Edictsvoorschrift betreffende werken, die geen uitstel dulden. Ware het anders, dan zoude l. 3 § 8 cit. tot de onzinnige gevolgtrekking leiden, dat de *operis novi nuntiatio* nooit eenig gevolg kan hebben, omdat zij den bezitter niet bindt, en toch noodwendig tot den bezitter gericht wordt, (*quia operis novi nuntiatione possessorèm adversarium facimus.*

Het *interdictum quod vi aut clam* is gericht tegen daden van eigen richting, maar niet uitsluitend tegen deze (1). Daden in strijd met een recht, dat aan een ander toekomt, worden langs denzelfden weg geredresseerd, niet op grond van een wederrechtelijk gebroken verzet, maar op grond van inbreuk op een *ius in re* gemaakt. Dit volgt reeds uit de (boven) aangehaalde plaats van POMONIUS (l. 21 D 39. 3), waar ons geleerd wordt, dat het *interdictum quod vi aut clam* alleen op grond van rechtskrenking wordt uitgevaardigd. Ook al is die plaats niet overeen te brengen met de zekerheid, die wij van elders bezitten, dat het plegen van eigen richting door het *interdictum quod vi aut clam* wordt tegen gegaan; zij bewijst dan toch, dat nevens eigen richting ook rechtskrenking een grond voor het instellen dier actie zijn kan.

Onder de afzonderlijke rechten, die door ons interdict beschermd worden, neemt het eigendomsrecht de eerste plaats in:

(l. 5 § 5 D. 43. 24) *si quis dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.*

(1) Dit schijnt de meening te zijn van DERNBURG, *Pandekten I* 2^{te} Aufl. § 234.

De actie kan dus worden ingesteld op grond van inbreuk op het eigendomsrecht, al vergiste de dader zich in den persoon des eigenaars: het is voldoende, dat diens recht geschonden zij;

- (l. 7 § 4 D. 43, 24) *si incendiū arcendi causa vicini aedes intercedi, et quod vi aut clam agatur* (cf. l. 49 § 1 D. 9, 2; l. 3 § 7 D. 47, 9).

Omverhaling van tusschengelegen perceelen bij brandgevaar is geen eigen richting (1), maar schending van het eigendomsrecht uit zorg voor eigen goed (2);

- (l. 11 pr. D. 43, 24): *is qui (si quis?) in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo interdicto quod vi aut clam eum teneri.*

Ook hier is sprake van schending van het eigendomsrecht, en wel uit kwaadwilligheid, niet van eigen richting;

- (l. 11 § 3 D. 43, 24): *si quis in vineas meas venerit, et inde rīdicas abstulerit, hoc interdicto tenebitur;*
- (l. 13 § 5 D. eod.): *quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto, interdicto locus sit. Utpote hereditas iacebat; postea adit hereditatem Titius; an ei interdictum competat? Et est apud Vivianum saepissime relatam heredi competere hoc interdictum eius (nomine), quod ante aditam hereditatem factum sit; nec referre Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. Ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen si quid in eo fiat,*

(1) Gelijk DERNBURG (*Pand.* I 2^{te} Aufl. § 125¹²) schijnt aan te nemen. Elders (§ 234, 5) noemt hij het overmacht. Vgl. BERNER, *Lehrb. des deutschen Strafrechts* 13^{te} Aufl. § 84^s.

(2) Zie verder nog over de vraag, of dit motief excuseert: l. 29 § 3 D. 9, 2; l. 14 pr. D. 19, 5 en speciaal ten aanzien van bruikleeners: l. 5 § 4 D. 13, 6 (= art. 1782).

experiri possum interdicto quod vi aut clam. Accedit his quod hereditas dominae locum obtinet (cf. l. 43 D. 9. 2).

M. a. w. het eigendomsrecht kan worden geschonden in den tijd die verloopt tusschen den dood van den erfflater en de aanvaarding door den erfgenaam, en, heeft zulks plaats, zoo kan laatstgenoemde op grond dier rechtskrenking het interdict verlangen. Nog:

- (l. 15 § 1 D. 43. 24): *is cui fundum pastinandum locaveras, lapides sustulit, et in vicini proiecit praedium; ait Labeo te vi aut clam non teneri, nisi iussu tuo id factum sit;*
- (l. 16 § 1 D. 43. 24): *si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino ... competit interdictum;*
- (l. 18 pr. D. 43. 24): *si immaturam silvam caeduum ceciderit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur, si ... damno dominus adfectus est...*;
- (l. 22 pr. D. 43. 24): *si vitem meam ex fundo meo in fundum tuum deprehenderis (depresseris?) eaque in fundo tuo coaluerit, utile est interdictum quod vi aut clam;*
- (l. 9 pr. D. 4. 2): *si forte adhibita manu in meo solo [per vim] aedifices, ... interdictum quod vi aut clam locum habere;*
- (l. 13 § 2 D. 7. 1): *interdicto quod vi aut clam. ... fructuarium quoque teneri. ... certum est, sicut quemlibet alium qui in aliena re tale quid commiserit* (Vgl. l. 25 § 5 D. 19. 2, waar hetzelfde beginsel op den huurder wordt toegepast);
- (l. 27 § 14 D. 9. 2): *si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares. ... quod vi aut clam dominum posse agere;*
- (c. 8 C. 3. 34): *in pariete. ... tuo si fenestram Julianus vi aut clam fecisse convincatur, sumptibus suis opus tollere et integrum parietem restituere compellitur.*

In al deze plaatsen wordt het *interdictum quod vi aut clam*

aangewend, om tegen inbreuken op het eigendomsrecht te reageeren. Maar niet alleen de eigenaar, ook de servituutgerechtigde is bevoegd, om met dezelfde actie tegen hen op te treden, die zijn recht niet hebben weten te eerbiedigen. Dit geldt zoowel ten aanzien van het vruchtgebruik (l. 12, l. 13 pr., l. 16 § 1 D. 43. 24; l. 5 § 3—7 D. 7. 4) als van erfdienstbaarheden (l. 21 D. 39. 3). Nog meer, het geldt ook ten aanzien der aanspraken uit het burennrecht, met name die op den natuurlijke waterloop (1), en die op de *cautio damni infecti*. Wil van twee burenen de een bouwen, dan heeft de ander recht op zekerheid tegen de schade, die hem door dat bouwen eventueel kan worden berokkend; wil gene hem die zekerheid niet verschaffen en toch bouwen, dan schendt hij het burennrecht. Maar van het oogenblik, dat de *cautio* gesteld of ook maar aangeboden is, is zijne handeling rechtmatig. Daarop slaat l. 3 § 6 D. 43. 24:

si quis damni infecti paratus sit cavere, cum propter hoc tantum esset prohibitus.... consequens est dicere desimere eum vi facere.

(Wordt vervolgd).

(1) Het *interdictum quod vi aut clam* vult hier de *actio aquae pluviae arcendae* aan (l. 4 § 2, 3, l. 5, l. 13, l. 14 pr., § 3 D. 43. 24).

RECHTSGESCHIEDENIS.

Bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche financiën (1) door Mr. F. N. SICKENGA te Dordrecht.

XIII.

Na de uit den aard der zaak lange geschiedenis van den Achterstand komen we thans terug tot de voorstellen, welke met het Ontwerp op den achterstand gepaard gingen: die tot aanvulling der Middelen over 1841, '42 en '43, en tot aanvulling over 1844 en '45 (verg. *Themis*, 1890, N^o. 4 bl. 574).

Da' eerste tekort, verklaarde de Regeering, was te wijten aan een aanmerkelijke daling van de prijzen der koloniale producten sedert de daarvan gemaakte raming, en aan „een minder rendement van sommige belastingen.”

De Tweede Kamer vond in haar Verslag over 't Ontwerp weer verschil tusschen vroegere en de tegenwoordige opgaven: een gevolg, antwoordde de Regeering, van het feit, dat thans meer zekere en juiste gegevens voorhanden waren. Bovendien was de raming der Middelen vroeger te hoog. Doch de Kamer verlangde meer, verlangde een vergelijking van middelen en werkelijke, niet slechts begroote uitgaven. Men meende toch op te merken, „dat de Regeering nog altoos vasthoudt aan het beginsel, dat de Begrooting van Uitgaven als een schuld moet beschouwd worden,” als een fixum in plaats van een maximum van uitgaven, die „niet behooren te worden uitgeput, dan voor zooveel de behoefte van den dienst zulks vereischen moge.” De Minister antwoordde op die, ook bij de beraadslaging herhaalde, aanmerking: dat inderdaad over 1842

(1) Ten vervolge op de artikelen in de *Bijdragen tot de kennis van het Staats-, provinciaal- en gemeentebestuur in Nederland*.

de *geraamde*, niet de werkelijke uitgaven waren uitgetrokken, wijl die dienst nog niet had kunnen worden afgesloten. En ook over den afgesloten dienst van 1841 had dat zelfde plaats, volgens een bestaande gewoonte, die de Minister evenwel zelf wenschte opheffen. Overigens had die gewoonte geen invloed op het cijfer van het tekort, wijl het batig slot dier geraamde, boven de *werkelijke* uitgaven (over 1841 ongeveer f 170,000), volgens dezelfde gewoonte aan de *Middelen* werd toegevoegd (!).

Voorts bleven vele vragen over: b. v. (om slechts ééne onder vele te noemen) omtrent de posten, voortvloeiende uit de vereffening met België, die voor een deel ten laste van de Begrooting voor 1841 en '42, voor een deel ten laste van den achterstand van 1840 en vroeger gebracht waren, waar zij toch alle schenen thuis te behooren — waarop de Regeering antwoordde, dat inderdaad een deel dier uitgaven onder 1841/43 te huis behoorde.

Beide Ontwerpen, tot aanvulling over 1841/43 en over 1844/45, stonden, evenals meer andere, in onafscheidelijk verband met het Ontwerp eener buitengewone belasting. „De Regeering”, zoo verklaarde zij bij de Toelichting van het eerste, „vleit zich, dat uit dit oogpunt tegen de onderhavige wet geen bedenkingen zullen ontstaan.”

Zoo ook trad zij bij de Toelichting van het tweede Ontwerp in een „algemeen overzicht van de bij de Regeering bestaande beschouwingen en voornemens ten aanzien van de duurzame regeling der financiën.” Wel was de financiële toestand des lands uiterst bezwarend, doch, „wanneer de krachten, welke de natie daartoe met der daad bezit, worden te baat genomen, zal een crisis kunnen worden voorkomen, waarvan de heillooze gevolgen, door ieder gevreesd, vooral gevoeld zouden worden door hen die zich zouden willen onttrekken aan de heilige verplichtingen, welke in de eerste plaats op hen rusten.” Bezuinigingen alleen konden nimmer een „geheel herstel van het evenwicht” bewerken. „Schijnbare verlichting”, door het aangaan van nieuwe

leeningen, kon ten slotte evenmin meer in aanmerking komen. Met voldoening wilde men thans er op wijzen, dat, ondanks al de buitengewone uitgaven der laatste jaren, eerst thans een buitengewone belasting noodig bleek (?).

Een belasting voor éénmaal, over twee jaar verdeeld, op de bezittingen en gekapitaliseerde inkomsten zou (na aftrek van de tien millioen 3 percents voorschot en de kwijtschelding van nog vier millioen door Koning WILLEM FREDERIK) noodig zijn, tot een bedrag van *vijf en dertig* millioen (1), voor het geval dat een te beproeven *vrijwillige* 3 percents leening niet mocht slagen. Daarenboven zou, bij een nader in te dienen Ontwerp, een deel der Staatsschuld worden geconverteerd: een conversie, waarvan men «redelijkerwijze mag hopen, dat, zoodra door de opbrengst eener voldoende belasting en door een doelmatig gebruik daarvan, het crediet van den Staat gevestigd zal zijn, die conversie door de vrije toetreding der rentheffers zal kunnen worden tot stand gebracht, wanneer die rentheffers de overtuiging zullen hebben erlangd, dat de schatkist, tengevolge van de tegeldemaking der Belgische renten, genoegzame kracht zal bekomen hebben, om niet van hunnen wil alleen afhankelijk te zijn.» Een maatregel was het, die der schatkist, naar men hoopte, een jaarlijksche besparing zou opleveren van 2 à 2½ millioen. Tevens werd thans reeds overgelegd een Ontwerp tot gedeeltelijke aflossing van schuld aan de Nederlandsche Handelmaatschappij, waardoor voortaan de Indische baten in haar geheel aan de schatkist ten goede zouden komen, na aftrek van een «geringesom» voor rente.

Een verhooging en scherper invordering van sommige belastingen zou daarmede gepaard gaan, een voorloopige uitkeering

(1) Een becijfering dier 35 millioen werd bij het Ontwerp gevoegd, doch weder niet in de *Staatscourant* opgenomen. Wat tot opheldering in de *Staatscourant* voorkomt, is moeilijk te rijmen met andere daar voorkomende berekeningen.

uit de koloniale baten ad twee millioen (boven den kolonialen rentepost van $6\frac{1}{2}$ millioen), een toevoeging van vijf millioen uit de belasting op de bezittingen, en — het tekort over 1844 zou blijken, niet alleen gedekt, maar zelfs door een goed slot vervangen te zijn (!). Voor volgende jaren hoopte men, beter nog, een *tekort* te voorkomen; te beginnen met 1845 werd voor dat jaar een nadere raming van middelen en uitgaven voorbehouden. — In afwachting daarvan werd in een staatje van waarschijnlijke financiëele uitkomsten over 1845—1850, zoo 't schijnt mede bestemd tot staving der behoefte van 35 millioen, toch weder berekend een jaarlijksch *tekort* over die zes jaren van f 4,600,000. Dat tekort zou uit de 35 millioen, en als na die zes jaar een waarschijnlijk wederom nadeelige uitkomst verkregen werd, uit nog onbekende bronnen moeten worden gedekt. Die zeer problematieke berekeningen kunnen we hier, naar ik meen, verder met rust laten.

Het uitstel van voorziening reeds voor 1845 vond, blijkens het Voorloopig Verslag, bij enkele leden der Kamer bezwaar. Het onderzoek van geheel het financiëele plan en van de beschouwingen der Regeering bleek ook niet juist tot de zelfde uitkomsten als die der Regeering geleid te hebben. Zoo had de Regeering als haar uitkomst een goed slot van buitengewone ontvangsten en uitgaven berekend van ruim $2\frac{1}{4}$ millioen, en van dat goed slot de renten onder de baten der toekomst medegeteld. Maar zij had vergeten bij die becijfering alle noodzakelijke uitgaven in aanmerking te nemen. Om enkele voorbeelden te noemen: voor 1844 bleek geen rente uitgetrokken over het voorschot van Koning WILLEM FREDERIK, noch over het kapitaal, opgenomen voor de droogmaking der Haarlemmermeer, en geen geld voor de verplichte aflossing (tot een minimum van f 300,000) op de $3\frac{1}{2}$ percents Schuldbekentenissen Amortisatie-Syndicaat, voor een hoog noodige en sinds lang voorgenomen hermunting van oude muntspeciën, of voor een verbetering van den gebrekkigen staat onzer gevangnissen.

Wel verklaarden zich sommige leden gerustgesteld door de verklaring der Regeering, dat men toch niet alle mogelijke onzekere uitgaven in rekening behoefde te brengen, en dat er dan toch ook nog een aanzienlijke waarde aan koopprijzen van verkochte en aan verkoopbare domeinen voorhanden was, doch die verklaringen konden niet allen geruststellen en velen bleven des ondanks gevaar zien in de financiëele toekomst des vaderlands. Ook werd herinnerd, dat nog ongeveer 16 millioen domeinlosrenten in omloop waren, d. i. meer dan de geraamde waarde van koopprijzen en domeinen te zamen.

Tot niet minder verschil van gevoelen gaf aanleiding het Ontwerp tot gedeeltelijke aflossing van schuld aan de Nederlandsche Handelmaatschappij. Wederom stelde het vooruitzicht der buitengewone belasting in staat tot deze voordracht. De jaarlijksche aflossing, bij het bestaand contract aan de Handelmaatschappij toegezegd, schiep „een knellende beperking in de bijdragen uit de geldmiddelen van de overzeesche bezittingen aan de jaarlijksche middelen der begrooting” (!). Een belangrijke beperking dier jaarlijksche aflossing werd dus beoogd en thans mogelijk geacht door afdoening van een groot deel op eenmaal (een vermindering van ruim 32 tot 10 millioen) uit de opbrengst der buitengewone belasting. Wel bleek men in de Kamer algemeen gunstig gestemd voor 't Ontwerp, maar de opvatting verschilde omtrent het woord *koloniaal batig slot* (over 1842). Men scheen het hierover eens, dat slechts van koloniale ontvangsten en uitgaven *hier te lande* sprake kon zijn, maar men kwam nog eens terug op de Wet van 24 April 1836, op de daarbij bepaalde Indische schuld, waarvan men de rente nog niet zoo geheel als rente eener *koloniale* schuld in mindering van het koloniaal batig slot kon erkennen.

Toch was de uitkomst van al die gedachtenwisselingen deze, dat van de verschillende genoemde Ontwerpen althans het eerste en het derde, eenigszins gewijzigd, werden aangenomen (Wetten

6 Maart 1844, tot aanvulling der middelen over 1841, 1842 en 1843, Stbl. no. 13, en tot aflossing van schuld aan de Nederlandsche Handelmaatschappij, Stbl. no. 15), terwijl het Ontwerp tot aanvulling over 1844/45, hoofdzakelijk wegens de daarbij voorgedragen verhooging van opcenten op verschillende belastingen, verworpen werd met 29 tegen 25 stemmen. De eerstgenoemde Wet (Stbl. no. 13) wees thans tot dekking van het tekort over 1841—43, in plaats van een som van f 17,000,000, een van f 17,152,800 aan, niet uit de opbrengst der belasting op de bezittingen, maar uit „middelen welke nader bij de Wet zullen worden vastgesteld”. Toch liet zij daarnevens de bijgevoegde bepaling bestaan, die thans vrij wel haar beteekenis verloor: dat geen schatkistbiljetten meer konden worden uitgegeven, „zoodra uit de opbrengst der aan te wijzen middelen de bij deze en andere wetten daarop gedane aanwijzingen hebben kunnen worden gedekt.” Die van de zelfde dagteekening (Stbl. no. 15) hield dezelfde wijziging in ten opzichte van de aflossing der schuld aan de Handelmaatschappij tot op een bedrag van 10 millioen, waarvoor eerst nader wettelijk de middelen zouden worden aangewezen.

Een Ontwerp van 3 Juni 1844 „tot regeling van het gebruik van het koloniaal batig slot in 1843” stelde daarop voor de toewijzing van dat goed slot, ad f 3,212,405.81½, aan de Middelen tot dekking der uitgaven volgens de Staatsbegrooting over hetzelfde jaar Een Algemeene Rekening, aantoonend „de hoegrootheid der koloniale remises in goederen en in geld, en het gebruik van die remises gemaakt in het jaar 1843”, was daaraan voorafgegaan, en („behoudens nadere overweging van eenige door de Staatscommissie tot onderzoek geopperde denkbeelden”) goedgekeurd bij Koninklijk besluit van 2 Juni 1844 (*Staatscourant* no. 132), met nog een „eerste suppletoire rekening over 1842”. Een becijfering van die uitkomst werd gegeven in de Toelichting, en gaf aan als zuivere opbrengst

van verkochte koloniale producten over 1843 een cijfer van f 27,674,717.36, waartegenover stond een totaal van uitgaven ad f 24,462,311.51½, alzoo overlatend een goed slot van f 3,212,405.84½. Onder die uitgaven (gedaan of nog te doen) kwamen o. a. voor, behalve de rentepost van f 9,800,000: 2½ miljoen rente en aflossing aan de Nederlandsche Handelmaatschappij over 1842, en nog f 3,077,266.27 »restitutie aan dezelve van stortingen in de koloniale kas.» Of dat laatste oude schuld was, dan wel behoorende tot 1843, en voor welke uitgaven die voorschotten gediend hadden? Dat de rente en aflossing van schuld over 1842, in plaats van over 1843, in de Rekening over dat laatste jaar voorkwamen, was in dezen een niet juist geruststellend feit. Voorts vinden we 3½ miljoen voor uitzending van zilveren en gouden muntspeciën en f 289,999 voor stempelplaatjes, en nog f 2,693,227.82 voor uitzending van goederen. Eén post, groot f 2,110,525.49½, vereenigt diverse gespecificeerde »koloniale uitgaven», een ander wijst f 349,500 aan als »subsidie aan de West-Indische Koloniën», weer een ander f 61,089 als »subsidiën aan de Kust van Guinea», en eindelijk een derde f 80,703.93 voor een oude bekende, »Sleepdienst op de Waal.»

Bij die opbrengst van verkochte producten moeten wij weder een oogenblik stilstaan. Er bleek over 1843 verkocht, met inbegrip van een zekere partij koffie, in 1843 opgehouden, doch sedert te gelde gemaakt (1) (vergel. over 1841 de cijfers in n^o X dezer studiën, in *Bijdragen*, 'Dl. XXX, bl 76): o. a. 947,773⁷²/₁₀₀ pikol koffie, à 21¼ cent per ½ kilo, en 721,136³¹/₁₀₀ " suiker, " 29 " " " kilo.

(1) Eigenlijk nog niet te gelde gemaakt, maar aan de Nederlandsche Handelmaatschappij in rekening gebracht, tot den nominalen prijs van 20 cent: een maatregel, die noodig scheen voor de boeking. De werkelijke verkoop moest nader plaats vinden en de juiste uitkomst voor de schatkist aanwijzen.

Het grootte belang van dien koffieprijs, en het nauwe verband tusschen Indischen handel en Nederlandsche financiën, kwamen niet sterker uit dan in een rede van den Minister van Koloniën naar aanleiding van het Ontwerp tot aanvulling der Middelen over 1841/43. Dat *ophouden* eener partij koffie (waarop in de Kamer aanmerking gemaakt was) werd door den Minister verdedigd, als gewenscht om den prijs niet te drukken. En die verwachting had niet gefaald. De Minister ging na den loop der prijzen van het artikel. In 1830 was die geweest ruim 22 cent, en sedert, ook bij steeds grooter productie, voortdurend gestegen, tot op 33 cent, in 1839. Opmerkelijk, dat juist sedert dien tijd, toen de Staat van 's lands financiën meer algemeen bekend werd, ook de koffieprijzen weer gingen dalen. „De daling der koffiemarkt dagteekent van de verwerping der wet van 56 millioen, van het openbaar worden der schuld van 39 millioen aan de Nederlandsche Handelmaatschappij, van het indienen van Staat B en van de opruiming van het Amortisatie-Syndicaat. Van dien tijd af schijnt de meening zich te hebben gevestigd, dat de Regeering verplicht was om steeds *à tout prix* te moeten verkoopen. Men geloofde van lieverlede dat het nemen der maatregelen, die aan den houder van meer dan $\frac{1}{4}$ der koffieproductie van de gansche wereld zoo gemakkelijk waren, tot de onmogelijkheden behoorde.” Eerst door dat ophouden van een partij, en den gebleken ernst der Regeering om *niet à tout prix* los te laten, maar een *minimum*-prijs aan te nemen, was de markt weder gesteund, het vertrouwen hersteld. Door vreemde speculanten was toch reeds, „ten einde het Gouvernement te ontmoedigen en de prijzen te drukken, niet lang geleden in Amsterdam een hoeveelheid koffie, niet verkoocht, maar als het ware weggeworpen, met het bepaalde doel om aan de markt een lusteloos aanzien te geven!”

Het Verslag der Centrale Afdeeling over het Ontwerp merkte op, dat dit rekening hield met de „bedenkingen, die tegen een vorige soortgelijke voordracht betrekkelijk het saldo

der koloniale rekening over 1842 „geopperd waren en tot de verwerping met een groote meerderheid geleid hadden — zonder dat sedert een nieuw Ontwerp was gevolgd, dat trouwens niet meer noodig bleek. Het gold toen toch de regeling van een *vermoedelijk* batig saldo, geraamd vóór het einde des dienstjaars, en dat dan ook bij uitkomst bleek plaats te maken voor een *tekort* op den dienst. Thans daarentegen was sprake van een werkelijk gebleken batig slot, nu de opbrengst der koloniale producten bekend en de rekening der koloniale remises was vastgesteld.

Toch waren nog niet alle gemoederen gerustgesteld. Terwijl de meerderheid berustte in de verklaring van de Regeering, dat er voor 1842 geen batig slot bestond en dus ook geen gebruik daarvan te regelen viel, opperden sommigen twijfel of niet een batig slot werkelijk aanwezig geweest was, daar toch over 1842 renten van door den Staat gewaarborgde Indische schulden uit de koloniale remises betaald waren. En nog een andere vraag deed daarnevens zich voor. De bij het tegenwoordig Ontwerp gevoegde Algemeene rekening was door sommigen vergeleken met de vroeger meegedeelde raming van Koloniale Ontvangsten en Uitgaven over 1843 — en sloot niet.

De Regeering antwoordde, dat die beide ook niet konden sluiten, o. a. ook in zoover het koloniaal batig slot wordt opgemaakt (en dit verzwakt wel eenigszins den vasten grondslag waarop het heette te steunen!) „naar aanleiding van een eenigermate fictieve verdeeling van het waarschijnlijk rendement der veilingen, waarbij tot maatstaf worden genomen de stortingen van het vorige jaar, behoudens bijvoeging of aftrekking van hetgeen in dat vorige jaar, volgens denzelfden regel, te veel of te weinig in rekening was gebracht.“

Die nadere toelichting wekte, en niet zonder reden, „in zekere mate de bezorgdheid der leden,“ die dan ook op nog een nadere ministeriële toelichting te hunner geruststelling hoopten. Evenzoo verlangde men nadere inlichting thans —

iedere mededeeling wekte blijkbaar ook nieuwe vragen om nog meer licht — omtrent de zeer zware onkosten, b. v. op het artikel *Indigo*, een verschil opleverend met het bedrag volgens tarief van niet minder dan f 545,728.88. Een vrij algemeen antwoord van de Regeering daarop had de Afdeelingen niet tevreden gesteld, en deed haar bij haar vraag om meer licht volharden.

Evenzoo bleef een open vraag: op welke wijze in een begroot tekort op de Begrooting van Suriname voorzien was geworden.

Eindelijk bleef men verlangen een mededeeling telkens van de laatst afgesloten rekeningen der Koloniale administratie: niet een overlegging der Indische boekhouding, maar een beknopte opgave van werkelijke Ontvangsten en Uitgaven.

Bij de openbare beraadslaging doet dat zoeken en vragen naar meer licht nog sterker zich voor. Zoo wordt gevraagd, waartoe dit Ontwerp moet dienen, daar reeds het gebruik van het koloniaal batig slot over 1843 door de Middelenwet voor den dienst 1843 is aangewezen — tenzij dan, overeenkomstig die zelfde Middelenwet, tot wettelijke regeling, niet van het *gebruik*, maar van *het batig slot* zelf. Ook bij een lid, dat deze bezwaren niet deelt, levert toch het groote verschil tusschen de vorige en de tegenwoordige ministeriële opgaven bedenking op, en lokt de vraag uit naar nadere toelichting.

Wettelijke vaststelling van *het batig slot* wordt verlangd, ook om te voorkomen de willekeurige beschikking, buiten de wet, over koloniale baten, b. v. ten behoeve van den Stoomsleepdienst op de Waal of ook voor het Werfdepôt te Harderwijk, en de Academiën te Breda en te Delft, welke uitgaven daarmede aan de Staatsbegrooting, en aan de contrôle der Rekenkamer onttrokken worden.

Een ander lid stemt dat toe, maar ziet in het tegenwoordig Ontwerp, dat het juiste cijfer van het batig slot aanwijst,

inderdaad reeds een wettelijke vaststelling daarvan. Hij acht dat ook een gewenschte, vrijzinnige opvatting van art. 59 der Grondwet. De Staten-Generaal moeten medewerken tot het opmaken en vaststellen van het batig slot »d. i. van het bedrag van de opbrengst der overgezonden en verkochte koloniale producten, na aftrek der hier te lande daaruit gedane koloniale uitgaven.» Zij moeten nagaan of ook niet-koloniale uitgaven op de koloniale rekeningen voorkomen. Maar zij mogen niet »zich verdiepen in de zaken der Oost-Indische administratie, omdat dit beheer, ook na de Grondwetsverandering, geheel en bij uitsluiting aan den Koning is opgedragen gebleven.»

Intusschen wordt daartegen weer opgemerkt, dat zulk een half onderzoek der koloniale rekeningen een halfheid is, die de quaestie niet oplost, en niet in de bedoeling gelegen kan hebben van den grondwetgever van 1840.

De Minister van Koloniën, wien persoonlijk door allen hulde gebracht was, trad in een uitvoerige toelichting en verklaring, die mij, evenals deze gansche gedachtenwisseling, van belang genoeg schijnt om er eenigszins uitvoerig bij stil te staan. Het batig slot, waarvan hier sprake is, is nog niet zeker, doch slechts geraamd: de Minister stent dat onmiddellijk toe. Een vast onveranderlijk saldo der Indische rekening zou ook eerst jaren na afloop van het dienstjaar kunnen bepaald worden. De Minister verklaart het batig slot waarvan hier sprake is, als: »het geld of de geldswaarde, bij het einde van elk jaar aanwezig boven het, voor een goeden gang des bestuurs gevorderd, administratief kapitaal.» Evenwel was ook het bedrag van dat geld of die geldswaarde niet juist op te maken, ook wijl ze verdeeld waren over twee Hoofd-afdeelingen waarin het geldeijk beheer der koloniën gesplitst was: hier en in Indië; voor beide, vereenigd zoowel als afzonderlijk, was toch die geldswaarde op een gegeven oogenblik slechts bij raming

op te maken. Trouwens dat was blijkens het verhandelde bij de Grondwetsherziening blijkbaar ook de bedoeling geweest. En men was thans in ieder geval meer zeker, nu men te doen had met een opbrengst van werkelijk verkochte producten, na aftrek van werkelijk gedane uitgaven, dan bij het Ontwerp over 1842, dat reeds bij den aanvang des dienstjaars werd ingediend en dus betrekking had op nog te houden veilingen.

Het verschil tusschen vroegere en de tegenwoordige opgaven, dat zou aanwijzen een opoffering van de belangen van Indië aan die van het moederland — leidde tot een nadere belangwekkende opheldering door den Minister. De Raming van Koloniale Ontvangsten en Uitgaven over 1843 was in December 11. medegedeeld, en had een geringer goed slot doen verwachten dan het tegenwoordige Ontwerp, zelfs niettegenstaande de Ontvangsten volgens de tegenwoordige Rekening beneden die Raming gebleven waren. Maar de rekening van ieder jaar, die aan de regeling van het batig slot ten grondslag ligt, richt zich niet naar die Raming van Ontvangsten en Uitgaven over hetzelfde jaar, die eerst later uit Indië ontvangen wordt, doch naar de gegevens van het afgelopen jaar. Verschil tusschen die beide zal dus allicht ontstaan, maar geeft inderdaad geen bezwaar. De Gouverneur-Generaal laat, binnen het maximum dier Raming van Ontvangsten en Uitgaven, door de Factorij der Nederlandsche Handelmaatschappij in de Indische kassen storten wat noodig blijkt: „wat hij meerder of minder vraagt wordt in het volgende jaar tusschen het Departement van Koloniën en de Maatschappij verrekend.” „De Indische administratie kan derhalve geen moeilijkheden ondervinden, en hare behoeften kunnen niet aan die van het moederland opgeofferd worden door den thans gevolgden regel. Aan dat bestuur is een bepaald administratief kapitaal toegestaan. Bevindt men nu op het einde des

jaars dat kapitaal niet meer in kas, dan wordt hetzelfde langs den aangewezen weg aangevuld; die aanvulling vertoont zich op de loopende Begrooting en daar deze nu in het eerstvolgende jaar tot maatstaf dient der restitutiën aan de Maatschappij hier te lande, herstelt zich van zelf het evenwicht." Het kan inderdaad gebeuren, dat het thans vast te stellen batig slot later zal blijken het „werkelijk overschot der Indische administratie" te overtreffen, maar dat verschil komt dan van zelf weer in mindering van het volgend batig slot, door de meerdere terugbetaling aan de Nederlandsche Handelmaatschappij.

Eindelijk de eisch, dat niet alleen het *gebruik*, maar het bedrag zelf van het batig slot bij de wet worde vastgesteld: maar die eisch is in strijd met de Grondwet, die alleen dat *gebruik* noemt en ook niet een inmenging der Staten-Generaal in het „inwendig bestuur der Koloniën" wil. En daartoe behooren alle koloniale uitgaven en inkomsten, hetzij ze hier of in Indië gedaan of ontvangen worden. Trouwens het „uitsluitend opperbestuur" der koloniën, door de Grondwet aan den Koning toegekend, laat, volgens den Minister, ook blijkens de toelichting dier bepaling bij haar vaststelling en blijkens haar opvatting en toepassing sedert, geen twijfel over. En het *belang* des lands brengt zeer zeker mede een uitsluiting van de inmenging van 's Lands Vertegenwoordiging in een bestuur, dat uit den aard der zaak in één hand moet blijven en geen „mede-regeering des volks" toelaat. Alleen wordt, ook door het tegenwoordig Ontwerp, de *openbaarheid* gehuldigd, ook in koloniale zaken (?).

De Regeering heeft zich, „met opzicht tot het bestuur der koloniën, als het ware geplaatst in een glazen huis Daardoor is zij, hoezeer *wettelijk* vrij in haar handelingen, echter *zedelijk* gedwongen om na te laten, wat ongrondwettig, wat onoirbaar zou zijn, en om te doen wat de algemeene belangen eischen."

Die openbaarheid is een voordeel boven de vroegere geheim-

houding en brengt toch niet het zoo zeer noodig gezag over de koloniën in gevaar.

Eind der beraadslaging was ook hier, dat het Ontwerp met een overgrootte meerderheid (43 tegen 9 stemmen) werd aangenomen (Wet 25 Juni 1844, Stbl. no. 30) (1).

Terwijl het Ontwerp tot *conversie* der Staatsschuld uit den aard der zaak eerst na de wet op de buitengewone belasting en vrijwillige leening aan de orde kwam, komen we thans tot dezen grooten maatregel, die al de overige beheerschte, een „coup d'état” in onze financiële geschiedenis.

Het Ontwerp tot *vaststelling eener buitengewone belasting op de bezittingen en eener daarmede gepaard gaande vrijwillige leening* ging uit van de overweging: „dat het noodzakelijk is geworden om, tot dekking van de buitengewone behoeften van de schatkist, en tot regeling van 's Rijks geldmiddelen, maatregelen van voorziening te nemen.” Vroegere mededeelingen hadden, zoo luidde de Toelichting, „zoowel omtrent de hoegroothheid der bestaande behoefte als omtrent de wenschelijkheid van spoedige voorziening allen twijfel opgeheven.” Nóg eenmaal intusschen zou, „alvorens tot het heffen van zoodanige belasting over te gaan”, een laatste poging worden aangewend met een ander middel: een *vrijwillige geldleening*. „Niettegenstaande alle teleurstellingen en verliezen toch, sedert 1830 geleden, heeft een belasting op bezittingen en inkomsten, hoewel twee malen uitgeschreven, niet in toepassing behoeven te worden gebracht. Ook in de moeilijkste tijdstippen heeft men steeds steun gevonden in het vermogen der ingezetenen en in derzelver gezindheid om daarmede den Staat te hulp te komen. De voet evenwel, op welken die bijstand soms geboden is, bracht een aanmerkelijk rentebezwaar met zich. Aan dit middel kan derhalve niet meer worden gedacht.

(1) De Wet luidt tot „regeling van het koloniaal batig slot van 1843” — blijkbaar eenigszins in tegenspraak met haar bedoeling.

Maar men heeft geoordeeld, een proef te moeten nemen, of niet, ook bij het uitloven eener lage rente, de vaderlandsliefde der vermogende ingezetenen genoegzaam luide zou spreken, om nogmaals de daadzakelijke heffing der voorgenomen belasting te voorkomen, of om althans de daaraan verbonden bezwaren te matigen." De "zoo dikwijls gebleken geneigdheid der Nederlanders om het vaderland te hulp te komen zal vooral kunnen worden opgewekt door het hooge voorbeeld eener zeer aanzienlijke deelneming," van Koning WILLEM FREDERIK En "de vermogende man kan, door een gedeelte van zijn bezittingen tegen de rente van *drie*, of, zoo de belasting niet behoeft geheven te worden, van *drie een achtste* ten honderd (1), aan het Rijk te leenen, voorkomen de toepassing der belasting op *zijne* bezittingen en de openlegging die daarmede verbonden kan zijn."

Een tweeledig voordeel werd beoogd: niet alleen verkrijging der benoodigde 35 millioen (geraamde opbrengst van de belasting op de bezittingen), maar ook intrekking van andere meer rentegevende schuldbrieven. Bij de "uitzichten toch op een latere vrijwillige conversie van rijksschulden, een hogere rente dragende," scheen "bij de houders derzelve de geneigdheid te moeten worden verondersteld, om als het ware op zoodanigen maatregel te anticipeeren, en dit levert een bijkomenden grond van vertrouwen op, dat de oproeping, in het eerste gedeelte van het Ontwerp vervat, niet te vergeefs zal worden gedaan."

Als laatste redmiddel zou, bij onverhoopt niet slagen der

(1) Men zou nl. volgens het Ontwerp bij de storting voor de vrijwillige leening, nevens de receptis nog *een vierde* van het gestort bedrag in Certificaten aan Toonder ontvangen, die, ging de belasting door, als betaling voor deze zouden worden aangenomen, en ging ze niet door, tegen een koers van 16 percent zouden worden ingetrokken. *Zestien* percent over een vierde is blijkbaar 4 percent; d. i. voor $100 - 4 = 96$ percent werkelijke storting ontving men rente als over 100 percent, alzoo 3,125 percent.

vrijwillige leening, niet anders dan de buitengewone belasting overblijven. De Regeering „heeft zich den last niet ontveinsd, welke daardoor op de natie gelegd wordt; maar die heffing is in het onderstelde geval noodzakelijk, niet in het belang van deze of gene klasse van ingezetenen, maar voor het behoud van den Staat, hetwelk afhangt van de nakoming van wettig aangegane verbintenissen. Die heffing is dan noodzakelijk in het belang van allen die bezittingen, om het even welke, hebben, op welke waarde het openbaar crediet invloed heeft; en welke bezittingen zijn boven dien invloed verheven? Die heffing eindelijk is dan noodzakelijk in het belang van alle belastingschuldigen, ter bereiking van een belangrijke besparing op de Staatsuitgaven door een vrijwillige conversie, een middel dan alleen aanwendbaar, wanneer de natie vooraf getoond heeft het vermogen te hebben, om hare verbintenissen eerlijk gestand te doen. Aan dien wil twijfelt de Regeering niet.”

Evenwel zou een proeve eener Vrijwillige 3 percents leening voorafgaan. Een leening van 150 millioen zou het zijn, te storten in zeven termijnen, waarvan de laatste gesteld werd op 1 October 1845.

Terwijl voor ten minste *dertig* percent in contanten of schatkistbiljetten moest gestort worden, zou het overblijvende kunnen bestaan in schuldbrieven ten laste van het Rijk of van de Koloniën. Zoo zouden Inschrijvingen of Certificaten $2\frac{1}{2}$ percents Werkelijke Schuld worden aangenomen tot 56 (bij een toenmaligen Beurskoers van $54\frac{3}{4}$) percent, 5 percents schuld *à pari* (tegen $99\frac{3}{4}$), $4\frac{1}{2}$ percents schuldbekentenissen Amortisatie-Syndicaat *à* 96 (tegen $94\frac{1}{2}$), $3\frac{1}{2}$ percents idem *à* 82 (tegen 80), 5 percents domeinlosrenten *à pari* (tegen $99\frac{3}{4}$), 5 percents Indische losrenten eveneens *à pari* (tegen 99 percent). Een niet onbelangrijke premie werd dus aan de houders dezer schuldbrieven uitgelooft.

De opbrengst in contanten zou uitsluitend gebruikt worden tot aflossing van 5 percents Rijksschulden.

Voor *een vierde* van ieders deelneming zouden, gelijk wij reeds zagen, Certificaten worden afgegeven. Wie voor ten minste f 300,000 deelnam in de leening, zou geheel vrijblijven van de belasting en van alle formaliteiten daaraan verbonden. Zoo ook bleef in ieder geval vrijgesteld van de belasting Koning WILLEM FREDERIK, die evenwel ook geen Certificaten voor zijn deelneming van 10 millioen zou ontvangen.

Die buitengewone belasting zou, bij niet volteekening der leening, worden geheven van de bezittingen, en de gekapitaliseerde inkomsten uit andere bronnen, en van de onroerende goederen hier te lande gelegen in bezit van vreemdelingen; van die elders gelegen en in het bezit van ingezetenen zouden de gekapitaliseerde inkomsten worden aangeslagen. Ten bedrage van *anderhalf* percent zou die heffing plaats hebben, in dezelfde termijnen die voor de Vrijwillige leening waren aangegeven.

Het Ontwerp, ingediend in de zitting van 28 December 1843, werd naar aanleiding van het voorloopig onderzoek in de Afdelingen niet onbelangrijk gewijzigd. In het bijzonder om de kans van slagen van de vrijwillige leening te verhoogen, werd haar minimum van opbrengst verlaagd — van 150 tot 127 millioen, maar werden vooral ook de aanslagen in de buitengewone belasting voor meergegoeden verhoogd. In verband met die eerste wijziging werd het minimum van storting in contanten of schatkistbiljetten verhoogd van 30 tot 33 percent en werd de uitgifte van Certificaten, die voor de belasting in betaling genomen werden, verhoogd van 25 tot 30 percent van de deelneming in de leening. Zelfs zouden in de hoogere klassen (een allervreemdste onderscheiding!) die Certificaten voor 133½ percent als betaling gelden: een bepaling, die sedert werd uitgebreid ook tot de laagste klassen, welke bovendien (volgens die latere wijziging) nog met een lager percent in de belasting zouden worden aangeslagen (1). Daarentegen zouden, indien de

(1) Een *Nota* van een der Afdelingen, bij het sedert verschenen

belasting doorging, de deelnemers in de geldleening aan hun inschrijving gehouden zijn tot een bedrag van tien percent, en zich daaromtrent moeten verklaren, bij gebreke van welke verklaring zij hun volle inschrijving gestand moesten doen. Indien zij niet doorging, zouden de Certificaten tegen *negen* (sedert gewijzigd in *tien*), in plaats van tegen zestien percent worden ingetrokken. Eindelijk werd voor hen die, „niet in de gelegenheid zijnde om in de geldleening deel te nemen, echter, door vrijwillige storting van het bedrag van hun verschuldigd aandeel in de belasting, zich de voordeelen aan de deelneming in de geldleening verbonden zouden wenschen te verzekeren,” de gelegenheid geopend tot het doen van „vrijwillige bijdragen”. Voor de volteekening der 127 millioen zouden die vrijwillige bijdragen medegeteld worden voor $333\frac{1}{3}$ percent, en voor de buitengewone belasting in betaling worden aangenomen deels voor 100, deels voor $133\frac{1}{3}$ percent. In nog grooter onzekerheid dan de becijfering der 35 millioen belasting bleef blijkbaar die van het benoodigd bedrag der Vrijwillige leening gehuld. Hieromtrent werd zelfs, voor zoover ik kon nagaan, geen verklaring gevraagd of gegeven.

Het Verslag der Centrale Afdeeling, dat met de Nota van een der Afdeelingen en met het Antwoord der Regeering te gelijk in de Staatscourant verscheen (uitgebracht in de zitting van 19 Februari 1844), gaf een geschiedkundig overzicht om de juiste beteekenis van het Ontwerp in het licht te stellen. Alleen „zou men vreezen het geduld zijner medeleden noodeloos op de proef te stellen, wanneer men ten aanzien van een Ontwerp, hetwelk reeds sedert een geruimen tijd, zoowel in den boezem der Kamer als in openbare geschriften (1), en in een

Verslag der Centrale Afdeeling gevoegd, had voorgesteld een *progressieven* aanslag in de belasting.

(1) Ik herinner slechts aan de geschriften van Graaf J. VAN DEN BOSCH, Graaf J. H. VAN RECHTEREN, en vooral aan verschillende artikelen in „*De Tijdgenoot*”, en onder het groot aantal adressen van de „meest voornam en bemiddelde ingezetenen”, o. a. aan één, waarin eenige

groot aantal adressen schier van alle zijden is ontleed, getoetst en gewogen, zich niet zou willen bepalen, om in algemeene trekken het standpunt aan te wijzen, vanwaar hetzelfde behoort te worden beoordeeld en in aanmerking genomen."

Daarbij "zou het onbillijk zijn, de voordracht op zich zelve en als het ware geïsoleerd te beschouwen. Zij behoort, om met juistheid en onpartijdigheid beoordeeld te worden, in verband gebracht te worden, niet alleen met de vroegere voorstellen der Regeering en de gemanifesteerde denkwijze van de meerderheid der Staten-Generaal, maar ook met hetgeen, ten gevolge der gedeeltelijke regeling van vroegere diensten en de gegeven openingen omtrent de uitzichten voor de toekomst, aangemerkt moet worden als het geheel der werkelijke behoeften, waarin behoort te worden voorzien."

Voorzichtigheid, en het groote belang van de zaak, eischten

zeer aanzienlijken en vermogenden hun overtuiging uitspraken:

„1o. dat de Wetgevende Macht in dit Rijk de bevoegdheid niet bezit, om, ter delging van schulden, door de Regeering zonder toestemming der Vertegenwoordiging aangegaan, of ter dekking van onwettige uitgaven, aan de ingezetenen van Nederland buitengewone (wel *gewone*?) lasten op te leggen;

2o. dat diezelfde Wetgevende Macht niet gerechtigd is, tot dit of tot andere einden over het geheel of over een gedeelte der eigendommen van die ingezetenen te beschikken, en die ingezetenen tot den afstand van eenig gedeelte van hun eigendom (dus tot eenigerlei belasting?) te noodzaken;

3o. dat zoodanige afvordering van eigendom moet leiden tot ongehoorzaamheid en wat dies meer zij;

4o. dat de voorgestelde buitengewone heffing vele kapitalisten uit het land zal verdrijven, en vele eigenaren zal noodzaken om geen aangiften te doen, maar geheel lijdelijk zich te laten tauxeeren en executeeren; en

5o. dat het voor ieder welgeaard Nederlander een heilige verplichting is, als belang hebbende bij het algemeen welzijn (niet: dit offer voor het algemeen welzijn te helpen brengen, maar) zijn stem tegen zulke onheil aubringende maatregelen te verheffen."

voorts, „dat die voordracht tevens getoetst worde aan de verdere hulpmiddelen, op welke men tot verbetering van ons financiewezen het oog zou kunnen vestigen, ten einde men zich evenzeer wachte voor een onbedachtzame en voorbarige aanneming, bij het voorhanden zijn van eenig beter en meer afdoend redmiddel, als voor een roekelooze verwerping, zonder de zekerheid te hebben, dat het oogmerk op een andere en meer doelmatige wijze zal kunnen bereikt worden.”

Dat ernstig onderzoek had tot gevolg, dat „vele leden zich bepaaldelijk tegen de voordracht der Regeering verklaarden, hetzij omdat zij in beginsel tegen de voorgestelde heffing eener belasting op de bezittingen zijn, hetzij omdat zij niet kunnen goedkeuren, dat zoodanige belasting tot aflossing van schuld dienstbaar worde gemaakt, of wel uithoofde zij in de verplichting tot het affeggen van den eed een onoverkomelijk bezwaar gelegen achten. De meerderheid intusschen heeft het gevoelen geuit, dat de voordracht der Regeering, ten gevolge van de veranderingen die in het eerst ingediend Ontwerp zijn gebracht, inderdaad in vele opzichten verbeterd is. . . . Niettemin betreurde men, dat de Regeering niet meer had toegegeven aan de hoofdbedenking, die tegen het eerste Ontwerp was aangevoerd, dat de buitengewone belasting daarbij te veel op den voorgrond geplaatst was, en aan de deelneming in de vrijwillige geldleening geen genoegzame voordeelen waren verbonden.” Wel was door de gewijzigde bepalingen aan dat bezwaar tot zekere hoogte te gemoet gekomen, maar niet genoeg om te kunnen vertrouwen, dat inderdaad de leening zou slagen en dus de belasting onnoodig blijken. Zoo wenschte men, aan een (voldoende) inschrijving in de geldleening en vrijwillige bijdrage het voorrecht verbonden te zien eener geheele ontheffing van de belasting, voorts een hooger belasting der meergegoeden, toekenning van de bevoegdheid aan de inschrijvers in de leening, om, mocht de belasting toch doorgaan, de inschrijving te veranderen in

een vrijwillige bijdrage ten bedrage van 30 percent, en eindelijk (als vroeger) een herhaalde openstelling der leening, bij niet slagen der eerste proeve.

Men zal moeten erkennen, dat die ontvangst bij de Tweede Kamer betrekkelijk gunstig mocht heeten. Te meer, daar het Ontwerp vooral van de bezittenden in den lande zeer zware offers moest eischen, en het behandeld moest worden in een groote vergadering, die (ook blijkens vroeger en later ervaringen) in den regel moeilijk tot groote maatregelen en groote opofferingen in staat is. Wel leefde blijkbaar de hoop, dat evenmin als vroeger, de gedreigde en gevreesde maatregel der buitengewone belasting ook thans niet zou doorgaan, en trachtte men die hoop te versterken door te gunstiger bepalingen ten opzichte der vrijwillige leening, maar inderdaad was men toch naar het schijnt overtuigd van den ernst bij de Regeering, om, mocht het noodig zijn, ditmaal aan haar bedreiging gevolg te geven, en vereenigde men zich met die bedreiging.

Nog te hooger te schatten was die ontvangst, tegenover het ongunstig onthaal buiten de Kamer. „Algemeen toch, merkte een der leden bij de openbare beraadslaging op, werd het Ontwerp gelaakt, schier door niemand geprezen. De drukpers heeft het hevig aangevallen. De wet is als spotprent belachelijk gemaakt, en het is te betreuren, hoe uit deze voorstellingen onwillekeurig bij velen de kiem ontstaat van beschimping en verguizing van wat achtbaar in den lande is. Ingekomen verzoekschriften keuren den maatregel in de sterkste bewoordingen af.“ Vooral grondeigenaren beweerden geen verhooging van lasten te kunnen dragen, ten behoeve van één klasse van personen, de rentehoffers. De tegenstand „openbaart zich onder alle klassen der maatschappij, in woorden en gesprekken, soms op hevigen toon . . . De drukpers keurt af, en een menigte wordt medegesleept daarheen, waar zij reeds naar toe helde, die menigte wel te verstaan, die zich in beweging stelt en zich uitlaat, want de groote menigte wacht kalm den uitslag af.

Men zou inderdaad genegen zijn, voor dit alles terug te deinzen, indien niet de vaste overtuiging sprak, dat van dien zoo sterk misprezen maatregel het eenige redmiddel te wachten is"....

Wanneer dan ook eenmaal het Ontwerp tot Wet zal verheven zijn, „dan zal, wie twijfelt er aan, *onderwerping aan de wet* worden verkondigd.“ — Inderdaad waren dat woorden, waardig den moed van den staatsman, die het Ontwerp had durven indienen, en van den Vorst die hem daartoe gemachtigd had (1).

De Regeering verklaarde in haar antwoord op het Verslag, in het openen van het vooruitzicht eener, des noodige, herhaalde openstelling der leening niet te kunnen treden, daar dit de deelneming bij de eerste openstelling onvermijdelijk zou benadeelen. Bovendien zou zij zelve zoo bezwarend gemaakt moeten worden, dat ze toch vrij wel met een belasting gelijk stond. Eindelijk verklaarde zij: dat vrijstelling van de belasting, in geval eener voldoende deelneming in die leening of vrijwillige bijdrage, blijkbaar (?) ook in haar bedoeling lag. Het daarop betrekking hebbend Artikel werd daartoe verduidelijkt,

(1) Evenwel scheen de rede van den spreker — den *dertigsten* spreker vóór (den *een en vijftigsten* over) de wet, gelijk een bestrijder opmerkte, die daarmede de feitelijke beslissing (van de zeven en vijftig tegenwoordige leden der Kamer) ten gunste van het Ontwerp reeds vóór de stemming constateerde — enkelen leden ongepast en onparlementair. Een oogenblik dreigde zij zelfs de kalmte der beraadslaging te zullen storen, toen een ander lid daarin een toespeling zag, als zouden de „landprovincies“ tegenover „Holland“ den maatregel bestrijden. Het gevaar werd afgeweerd door een besluit tot verdaging der (reeds vrij langdurige) avondzitting tot den volgenden morgen.

Nog werd bezwaar geopperd door de Limburgsche afgevaardigden (doch door de Regeering weerlegd) voor de provincie Limburg, als deel van den Duitschen Bond, die niets zou hebben uit te staan met den ouden achterstand, en dus ook niet met de middelen tot dekking daarvan.

Ook de bestrijders van het Ontwerp vertrouwden intusschen na aanneming op een loiale samenwerking tot het doen slagen der Vrijwillige leening.

en zou thans aldus luiden: (Art. 49) „Wanneer de belasting-schuldige in Certificaten van de Vrijwillige leening of bijdrage betaald heeft, en die betaalde som, of de op de verzegelde quitantie gestelde klasse, niet klaarblijkelijk is beneden hetgeen hij is verschuldigd, berust de Commissie van voorloopig onderzoek in die aangifte, en is de belasting-schuldige van alle verder onderzoek nopens hetgeen hij in de belasting moet opbrengen, vrijgesteld. . . De volgende stortingen moeten geheel in Certificaten geschieden, bij gebreke waarvan het dubbel in geld verschuldigd is. In de gevallen van dit en van het vorig artikel kan geen eed gevorderd worden.”

Voorts verschoof men de termijnen van storting der leening: o. a. den eerste van 1 April tot 1 Mei 1844 en den laatste van 1 October tot 1 November 1845, en voegde nog eenige Artikelen tot slot aan het Ontwerp toe, van dezen inhoud:

„De zuivere opbrengst, zoowel der geldleening en vrijwillige bijdrage als der buitengewone belasting, kan, behoudens de bepaling van Artikel 16 (d. i. tot affossing van 5 percents Staatsschulden) niet anders worden besteed dan tot dekking van den achterstand van 1840 en vroeger, en tot aanvulling der Middelen van 1841, 1842 en 1843, mitsgaders tot dekking van hetgeen daarop bij latere wetten zal worden aangewezen.” Men ziet, een juiste bestemming voor de geheele opbrengst van belasting en leening ontbrak nog, evenals een juiste bepaling van het benoodigde.

„Van de leening en buitengewone belasting (niet van de vrijwillige bijdrage?), in deze wet bepaald, en van het gebruik der daardoor verkregen middelen, wordt een afzonderlijke verantwoording aan de Algemeene Rekenkamer gedaan en door deze met haar jaarlijksch verslag aan de Staten-Generaal medegedeeld.

Alle krachtens deze wet in te trekken of af te lossen schuld-bekentenissen worden (een blijkens ervaring niet onnoodige bepaling) maandelijks bij de Algemeene Rekenkamer overgebracht en vervolgens vernietigd.

Aan de Staten-Generaal wordt, dadelijk na den afloop der inschrijvingen voor de leening en vrijwillige bijdrage, mededeeling gedaan van den uitslag dier inschrijvingen, en vervolgens ook van hetgeen dezelve zullen opleveren, mitsgaders van de opbrengst der buitengewone belasting, indien die zal moeten worden geheven." (1)

Een snelle behandeling viel aan het Ontwerp ten deel. Terwijl Verslag en Antwoord, met gewijzigd Ontwerp, 19 Februari waren ingekomen, stelde de Voorzitter voor, de beraadslaging reeds te openen op 22, doch werd, op het daartegen geopperd bezwaar van een der leden, besloten die uit te stellen tot 23 Februari.

Die beraadslaging bracht meer en nog grooter bezwaren aan het licht dan de schriftelijke behandeling in de Afdeelingen (2).

(1) Verschillende andere kleine wijzigingen werden nog in het Ontwerp gebracht, zelfs later nog, ook gedurende de beraadslagingen. Tegen dat laatste werd in de Kamer opgekomen. Wel waren ook tot kort vóór de beraadslaging nog wijzigingen ingekomen; maar in allen geval waren die nog in de Afdeelingen behandeld geworden; op deze wijze evenwel scheen inderdaad elke geregelde gedachtenwisseling onmogelijk. Evenwel werd toch, na eenige woordenwisseling, en na de opmerking van den Minister, dat het hier slechts redactiewijzigingen van ordergeschikt belang betrof, tot de behandeling besloten.

(2) Die beraadslaging van dagen, geheel in den trant van dien tijd, schijnt ons, als haast iedere beraadslaging uit die dagen, ietwat breedsprakig, rhetorisch. Een enkel voorbeeld, uit een der vele redevoeringen:

„Ik heb de welsprekendheid en krachtige taal bewonderd, waarmede het Wetsontwerp, thans in beraadslaging, door geachte redenaars is bestreden; ik heb ook al de gronden en redenen, door hen met zoo veel ernst en zoo gemoedelijk aangevoerd, met onpartijdigheid nagegaan en overwogen

Het is mij niet gegeven (?), door sierlijke bewoordingen, door treffende beeldspraak, of door dichterlijke schilderingen anderen te overreden; maar, indien eenvoudige taal (!) en bovenal de kracht der waarheid iets vermogen, dan vleie ik mij, zal de poging mij niet geheel mislukken, om eenige verhelderende punten te brengen in het

Hier vooral deinsden sommigen terug voor den ingrijpenden maatregel, voor een „Vrijwillige leening”, die geen vrijwillige leening mocht heeten, met de haar toegevoegde bedreiging eener zóó zware belasting, die veeleer een onteigening scheen. Waarom niet eerst ook van de reeds zoo zwaar gedrukte natie een werkelijk *vrijwillige* leening gevraagd? Inderdaad wordt een *belasting* bedoeld (VAN DAM VAN ISSELT), daar toch een 3 percents leening *à pari* wel moet mislukken. Maar waartoe die zeer gevaarlijke proeve genomen? Zij zal meer kwaad stichten dan de toestand waarin men voorzien wil. Waartoe toch die heffing? Om van een tekort op de *gewone* uitgaven over 1844—50 te zwijgen, ware de achterstand van 1840 en vroeger gemakkelijk door nog tegoed zijnde ontvangsten uit den weg te ruimen, en die van 1841 tot '43 door de 15 millioen schatkistbiljetten, die immers niet behoefden ingetrokken te worden, waarna dan slechts twee millioen te dekken zou overblijven (1). Een affossing van de 22 millioen aan de

zwarte tafereel, met zooveel kunst als talent voor UEdelMogenden opgehangen.

Maar reeds meer dan genoeg tot inleiding (!). Ook mag ik de aandacht van UEdelMogenden niet langer vergen dan volstrekt noodig is. Ik zal daarom trachten alles te vermijden wat niet rechtstreeks tot het onderwerp, even rijk als gewichtig in zich zelf, behoort en uitsluitend daarbij mij bepalen . . .”

Waarschijnlijk lokte het grootsche van het onderwerp ook te grooter „welsprekendheid” uit.

(1) Nader becijferd, zou volgens een der sprekers aldus in den toestand voorzien kunnen worden:

verbeterde heffing der accijnsen, die 2 millioen 's jaars kon opleveren;
wijziging der overeenkomst met de Nederlandsche Handelmaatschappij, door vermindering der jaarlijksche affossing met 1 millioen;
tegeldemaking der Belgische inschrijving, die een voordeel belooft van 4 millioen;

eindelijk conversie van Staatsschuld, die meer dan 2 millioen rentebesparing 's jaars zou meebrengen.

Dan bleven nog wel, zoo erkende spreker, dekking noodig van den

Handelmaatschappij toch mocht al wenschelijk zijn, ze was niet noodzakelijk, en gemakkelijker te vinden uit een nieuwe leening, op minder bezwarende voorwaarden dan deze buitengewone belasting. En zelfs (merkte een ander lid op) werd ook met dezen maatregel geen volledig herstel verkregen, maar bleef nog een (op haar beurt zeer problematieke) *conversie* van Staatsschuld noodig. De gansche maatregel bleek dus onnoodig, onvoldoende, en was daarbij hatelijk, ja ondragelijk, in zijn toepassing en zijn gevolgen (1).

Eindelijk, dezelfde bedreigingen van thans hadden meer dan eens dienst gedaan, en toch leidde de verwerping van de onder die bedreiging gedane voorstellen steeds tot heilzamer gevolgen dan een aanneming had kunnen beloven. Zoo met de leening van 56 millioen, en zoo ook met het Conversie-Ontwerp van niet lang geleden. „De voorstanders van dat Ontwerp hielden ons dit spook aanhoudend voor; en waartoe heeft nu die afstemming geleid? tot het verkrijgen van oneindig meer openingen omtrent onze financiën, dan wij ooit gehad hebben; tot het opmaken van den Staat van den achterstand tot 1840 en over de drie volgende jaren; tot het afsluiten en opruimen van een aantal afzonderlijke fondsen” . . . „Mogen wij ons dan nu door schrikbeelden beangst laten maken, en medewerken tot het daarstellen van een maatregel, welke gewis een ongelijken, zwaar drukkenden last op de geheele natie zal leggen; een wet, die in mijne schatting een zoo hoogst bedenkelijke strek-

achterstand en intrekking der schatkistbiljetten, maar daarvoor ware een leening te sluiten, voor rente en aflossing waarvan men „zich nieuwe hulpmiddelen kon verschaffen”

(1) Nog een bezwaar van bijzonderen aard, tegen de heffing ten laste van liefdadigheidsgestichten, dat bij velen zwaar woog, werd zooveel mogelijk weggenomen door de Regeering, die beloofde te zullen overwegen: of, en in hoeverre aan de instellingen van liefdadigheid, waarvan de inkomsten niet voldoende zijn tot dekking van de behoeften, een tegemoetkoming kon worden gegeven.

king heeft, vermits zij voor vele jaren bestendigen moet dien stand van zaken, en dien gang der Regeering, welke ik als de oorzaak beschouw der hoogst moeielijke positie, waarin Nederland zich bevindt?» Men gevoelt al de kracht en het gewicht die er lagen in die argumenten. Inderdaad, sprak niet een Nemesis uit die herinnering aan een droevig verleden?

Tegenover de geringschatting van het gevaar van den toestand, ondanks die droevige ervaring van jaren, die niet belette dat men steeds nieuwe voorstellen deed om op denzelfden weg voort te gaan, doet het ons goed bij anderen meer ernst van beschouwing en wil tot voorziening op te merken. Sedert ongeveer een jaar (6 Maart 1843), herinnerde één lid, zijn er plannen tot regeling onzer financiën aan de orde, zonder dat nog iets is tot stand gekomen. «Alleen kunnen wij constateeren dat onze langdurige beraadslagingen slechts hebben geleid tot het successievelijk aftreden van twee Ministers van Financiën, en dat de staat der geldmiddelen, door een creatie van 9½ miljoen schatkistbiljetten, veel meer kan gezegd worden te zijn verslimmerd, dan wel verbeterd.»

Op dien grond schijnt het dan ook vóór alles noodig, dat «ieder onzer, die gelijk ik overtuigd is, dat de redding hoe eer hoe beter moet worden aangebracht en het herstel onzer financiën met ernst verlangd, zijn individueele opinie omtrent het een en ander ondergeschikt punt dezer wet moet opofferen en medewerken om de reussite daarvan te verzekeren.» Boven-dien is zonder dezen maatregel ook geen *conversie* van Staatsschuld mogelijk. En iets beters dan het voorgestelde wordt wel gewenscht, maar niet voorgedragen, omdat er trouwens niets beters schijnt voor te stellen. Een argument blijkbaar, dat niet ontzenuwd wordt door de opmerking van een der leden, dat een Kamerlid, Regeeringsvoorstellen verwerpende, zelf nog niet iets anders heeft voor te stellen, daar het indienen van wetsvoorstellen op den weg der Regeering, niet van de Kamer ligt.

De Minister van Financiën *ad interim* verdedigde ten slotte

het Ontwerp in een rede, die onbegrijpelijkerwijze niet in de *Staatscourant* te vinden is.

Het resultaat bleek, gelijk te voorzien was, een *aanneming* van het Ontwerp in de avondzitting van 29 Februari, met *twee en dertig* tegen vijf en twintig stemmen, een aanneming door de Eerste Kamer op 6 Maart en een afkondiging der Wet op denzelfden datum (Wet 6 Maart 1844, Stbl. no. 14).

Ook de tot heden aan den maatregel vijandige drukpers wekte thans op tot samenwerking, tot het doen slagen der Vrijwillige leening.

De Minister van Financiën *ad interim* werd, reeds bij Besluit van 7 Maart, ontheven van het Departement van Justitie en benoemd tot definitief Minister van Financiën.

Een *Uitnoodiging* verscheen in de *Staatscourant* van 9 Maart, tot deelneming in de geldleening en vrijwillige bijdrage. „Tot deelneming in de geldleening tegen een rente van drie ten honderd, of in vrijwillige bijdragen, zullen, bij den nood van het Vaderland, velen gedreven worden door die vaderlands-liefde, welke nog altijd een der karaktertrekken van onzen landaard uitmaakt. Allen zullen daartoe overgaan, zoo zij hun welbegrepen belang verstaan.” Een „korte uiteenzetting” van de voornaamste bepalingen der wet, door voorbeelden toegelicht, werd daartoe aan de *Uitnoodiging* toegevoegd.

De inschrijving werd opengesteld bij den Agent van den Minister van Financiën te Amsterdam, bij de Agenten der schatkist, en daar waar geen Agenten gevestigd waren bij de Ontvangers der directe belastingen, van 18 tot 26 Maart.

Intusschen bleek tot 22 Maart nog slechts te zijn ingeschreven voor f 20,479,930 in de Vrijwillige leening en voor f 272,511.22 in de vrijwillige bijdrage, en werd, onder nadere waarschuwing, de termijn van inschrijving nog verlengd van 26 tot 28 Maart. „Tot deze verlenging van den aanvankelijk bepaalden termijn heeft aanleiding gegeven de ervaring, dat bij velen nog niet genoegzaam worden ingezien de betrekkelijke

voordeelen aan de vrijwillige deelneming in Leening of Bijdrage verbonden, en voorts het vertrouwen der Regeering, dat, wanneer aan een betere overtuiging eenigszins meer tijd gegeeven wierd om zich meer algemeen te verspreiden, zij niet nalaten zal gewenschte vruchten te dragen.

Zij, die desniettegenstaande nog mochten blijven aarzelen, om den aangewezen weg in te slaan, zullen zich zelven de nadeelige en lastige gevolgen van eigen nalatigheid te wijten hebben, en alzoo niet gerechtigd zijn te klagen over een last, welken zij zich zelven berokkend zullen hebben."

Een tweede waarschuwing volgde nog Zondag 24 Maart, opgenomen in de Staatscourant van den volgenden dag: dat op 28 Maart de inschrijving *onherroepelijk* gesloten zou worden, en dat, bij een onverhoopt niet slagen der leening, de buitengewone belasting niet zou uitblijven. "Aan de Regeering was toch gebleken, dat sommigen nog in den waan verkeerden, dat er ook na den 28^{sten} Maart gelegenheid zal zijn, of verleend kunnen worden, om Certificaten te bekomen tot betaling in de buitengewone belasting, waarvan de heffing moet doorgaan, zoo de vrijwillige inschrijving niet geheel volteekend mocht worden. Ieder zij gewaarschuwd zich aan dit dwaalbegrip niet over te geven. De Regeering kan en zal na den 28^{sten} van deze maand aan niemand eenige verdere gelegenheid openstellen om deel te nemen in de Vrijwillige leening of bijdrage. Van Hare zijde is thans alles gedaan wat mogelijk was om de goede ingezetenen voor de openlegging van hunne zaken, en voor de betaling van het volle bedrag der belasting te bewaren.

Meer te doen, verbiedt Haar de Wet, welke voor Haar evenzeer verbindende is als voor de belastingschuldigen."

Commissiën van voorloopig en van eindonderzoek voor de belasting op de bezittingen werden over het geheele land aangewezen. Kleine geschenken van onbekenden "ten behoeve van het Vaderland" werden telkens in de Staatscourant ver-

meld (1), en ook de inschrijvingen in de leening namen snel toe, met dat gevolg, dat de Minister reeds op 3 April in de Staatscourant kon bekend maken: „dat de inschrijvingen in de Geldleening en Vrijwillige bijdragen (dertig gulden van deze laatste gerekend voor honderd gulden in de geldleening) 127 millioen bedragen, en dat dientengevolge de Buitengewone belasting geen voortgang heeft.” Een gezegende uitkomst alzoo, die ten slotte verkregen was door een verhooging van de koninklijke deelneming van 10 millioen, nadat de bekende inschrijvingen ruim 126 millioen bedroegen (2). In hetzelfde nummer der Staatscourant betuigt Z. M. dan ook bij Proclamatie zijn dank aan zijn volk. „Rijken en minder vermogenden hebben daarop de ruimste aanspraak, maar ook zij, en hoevelen waren er niet, die geheel onverplicht,

(1) In de Staatscourant van 9 April kwam nog een bericht voor, dat door een ingezetene van Nederlandsch-Indië, hier tijdelijk vertoevend „en niet onderworpen aan de buitengewone belasting”, aan de schatkist ten *geschenke* gegeven was een som van f 10,000.

(2) De inschrijving in de geldleening bleek te bedragen f 110,856,861, die voor de vrijwillige bijdrage f 1,843,221, de laatste vertegenwoordigende een deelneming van f 6,144,069.98, en met de eerste uitmakende een totaal van f 117,000,930.98, of met de 10 millioen van Koning WILLEM FREDERIK ruim 127 millioen.

Van die 117 millioen leverde:

Noordholland een cijfer van . . .	f 54,455,271.88
Zuidholland „ „ „ . . .	26,921,309.73
Utrecht „ „ „ . . .	6,895,524.23
Gelderland „ „ „ . . .	5,344,406.48
Friesland „ „ „ . . .	5,201,812.68
Zeeland „ „ „ . . .	4,569,279.22
Groningen „ „ „ . . .	4,069,661.90
Noordbrabant „ „ „ . . .	3,954,695.28
Overijsel „ „ „ . . .	3,201,580.52
Limburg „ „ „ . . .	1,655,289.48
Drenthe „ „ „ . . .	732,099.58

f 117,000,930.98

door de edelste gevoelens gedreven, zelfs hun spaarpenning op het altaar des Vaderlands hebben geofferd." Hetzelfde nummer hield eindelijk tevens in de verheffing van den Minister Mr. F. A. VAN HALL tot Grootkruis van den Nederlandschen Leeuw.

De koers der $2\frac{1}{2}$ percents Schuld, half Februari nog $54\frac{3}{4}$ percent, steeg allengs, o. a. 11 Maart tot $58\frac{5}{8}$, 30 Maart tot $59\frac{1}{4}$ en 2 April 1844 tot $61\frac{9}{16}$ percent.

Een en ander over de Oud-Brabantsche strafvordering.

§ 1.

Men begrijpt lichtelijk, dat er niet dan in een bijzonderen zin gesproken kan worden van een Oud-Brabantsch strafvorderingsrecht. Waar staten over hunne geheele uitgestrektheid door een en dezelfde wet beheerscht worden, welke wet niet dan door dien staat zelf kan worden opgeheven of gewijzigd, mag men spreken van het bijzonder recht van dien staat, voor zoover dat recht zich van andere rechten onderscheidt. De vroegere toestand in deze landen was echter, zooals bekend is, van een geheel anderen aard, want het was niet de algemeene landswet, die de meeste dwingende kracht bezat, doch het bijzonder recht dier tallooze grootere en kleinere rechtsgebieden, welke over het geheele land verspreid waren. Zoo was het ook in het vroegere hertogdom Brabant. Groot is het aantal der plakkatens, edicten en ordonnantien, welke voor dit land als zoodanig zijn uitgevaardigd, doch het was er verre van af dat deze een algemeen geldend recht zouden hebben geschapen; in de praktijk gold in de allereerste plaats het lokale recht, en die praktijk was in zooverre met de geldende rechtsbeginselen in overeenstemming, dat geene algemeene wetten aan de locale instellingen te kort konden doen, dan met uitdrukkelijke toestemming der onderdanen. Waar ik dus van het recht spreekt, dat in Brabant geobserveerd is geweest, zoo versta ik daaronder in de eerste plaats de plaatselijke rechtsinstellingen der in het hertogdom gelegen plaatsen, en de algemeene verordeningen slechts voor zoover deze werkelijk gelden konden, welke werking hoofdzakelijk daar te pas kwam, waar zij in nog niet geregelde rechtsmaterien voorzagen.

Doeh ook in een anderen zin is het noodig om eene duide-

lijkere bepaling te geven van wat men onder Brabantsch recht te verstaan heeft. Geen Brabantsch recht kan er zijn waar nog geen Brabant was „derhalve is er, alhoewel dat woord meer-malen gebruikt wordt ter aanduiding van het recht der streken later tot Brabant behorende, moeilijk van dat recht in eigenlijken zin te spreken voor den tijd dat het hertogdom als zoodanig bestond, eene afzonderlijke plaats innam en afzonderlijke instellingen kon bezitten. Ook die bijzondere plaatselijke rechten, waarvan ik boven sprak, hadden niet altijd bestaan, en voor hun ontstaan stonden al die streken, welke later als afzonderlijke rechtsgebieden zouden optreden, onder de heerschappij van het algemeen geldende recht, zooals het na den ondergang van het Westersch Romeinsche rijk door de veroveraars van West-Europa was ingevoerd.

Eerst sedert de dertiende eeuw, toen de vorsten en heeren aan de hun onderworpen landen bijzondere wetten gaven, kan men zeggen dat er een eigenlijk Brabantsch strafrecht ontstaan is. Het zou echter niet wenschelijk zijn om de bepalingen over het vervolgen en straffen der misdrijven, welke in dien tijd ontstonden, dadelijk op zich zelf te gaan beschouwen en bespreken. Deze instellingen toch waren niet de vrucht van theorie of willekeur, zij vormden voor 't meerendeel geen nieuw ingevoerde veranderingen, doch waren het resultaat eener langdurige ontwikkeling uit de oudste rechten (1). Het zal derhalve noodig zijn om, hoe vluchtig dan ook, even een blik te werpen op het strafvorderingsrecht, zooals het bestond in het Karolingische rijk.

Zooals bekend is bestonden er in het Frankische rijk drie verschillende gerechten (2), te weten: 1^o het koningsgericht,

(1) „Elles sont comme le dernier terme d'un long travail social” zegt POULLET. Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant, welke uitgebreide en grondige studie ik bij deze schets hoofdzakelijk tot leidraad heb genomen.

(2) Nl. algemeene; over de bijzondere rechtspleging spreek ik hier niet.

oordeelende over die strafzaken welke vroeger aan de rechtsmacht der volksvergadering onderworpen waren en over sommige bijzondere misdrijven (1), verder naar den regel „major a minore non potest judicari“ over allen die „in truste regis“ waren, 2^o het gravengericht, hetwelk in het algemeen competent was om over alle in de gouw bedrevene misdrijven te rechten, uitgenomen over die aan het koningsgericht voorbehouden waren, en 3^o het gerecht der centena met eene beperkte rechtsmacht over lichte misdrijven binnen de centena voorgevallen. Deze gerechten vormden echter geene vaste, permanente rechtscollegeën, evenmin als zij bij elke zitting uit dezelfde personen waren samengesteld; telkens wanneer het noodig was riep de president, n. l. de koning, de graaf of de centenarius, een aantal tot rechtspreken bevoegde mannen als bijzitters tot zich en hield met hen gericht. Deze bevoegde mannen waren in het koningsgericht de scabini dominici of scabini comitis palatini, n. l. de grooten des rijks en hooge kerkelijke dignitarissen, in de beide andere gerichten alle vrijen uit de gouw of centena (rachimburgii). Oorspronkelijk was elke vrije bevoegd en zelfs verplicht om als bijzitter dienst te doen, doch aangezien de graven het aantal rechtsdagen menigmaal zeer groot maakten met het doel om van de niet verschijnenden boete te kunnen eischen, zoo benoemde Karel de Groote vaste personen, met de rechtsspraak belast (scabini, schepenen) zoodat de overige vrijen niet meer verplicht waren om op elke terechtzitting te verschijnen. Bevoegd bleven zij in elk geval. (2)

Buiten de genoemde gerechten bestonden er echter in het Frankische rijk nog andere. Vooreerst was dit een gevolg der immuniteit. Deze immuniteit, krachtens welke een gebied aan

(1) Capit. Aquisgr. 802 cap. 34; 810 cap. 12; Cap. Wormac. 829 cap. 6. Cap. de Villis. cap. 57. e.a.

(2) Over de strijdvrage, of er ook reeds voor dien tijd sprake was van eene rechtsspraak door schepenen, zie men WALTZ, Deutsche Verfassungsgeschichte IV.

de rechtsspraak des konings onttrokken werd, placht dikwijls tegelijk met de uitgifte van een goed als beneficium aan den ontvanger daarvan te worden verleend. In zoodanig geval stonden de binnen dat gebied wonende personen niet meer onmiddellijk onder den koning, doch onder den bezitter der imminiteit: deze had de bevoegdheid om binnen zijn gebied rechters en bijzitters aan te stellen ten einde over alle aldaar gevestigde personen te oordeelen. Alleen werd nu en dan bij de verleenning de voorwaarde gevoegd, dat sommige zeer zware misdrijven evenals vroeger aan de rechtsspraak van het gravengericht zouden onderworpen blijven. (1)

Ten tweede bestond er eene soort rechtsmacht der grondeigenaars over de op hunnen grond wonende personen, doch deze was niet veel meer dan disciplinair, althans over de vrijen; voor misdrijven tegen het gemeene recht waren deze aan het gravengericht onderworpen. Wat echter de onvrijen aangaat, over hen was zij nagenoeg onbeperkt.

De contrôle over alle deze gerichten werd van rijkswegen uitgeoefend door de z. g. *missi dominici*, eene soort van koninklijke commissarissen, door KAREL DE GROOTE ingesteld. (2)

De kerk behield het recht om te oordeelen over door kerkelijke personen begane misdrijven (3), en verkreeg daarenboven allengskens de rechtsspraak over sommige delicten, zooals overspel, bloedschande, vadermoord, in het algemeen over alle feiten welke men als strijdig met Gods wet beschouwde (4). Ter uitoefening dezer macht ging bisschop binnen zijne diocese rond, en liet in elke plaats zeven achtenswaardige mannen onder eede verklaren welke strafbare feiten hun ter oore waren

(1) Du Bois. *Histoire du droit criminel chez les peuples modernes*. I. 348. Bij het eerste ontstaan dier instelling zijn zulke misdrijven waarschijnlijk wel ipso jure daaraan onttrokken geweest.

(2) Vgl. Capit. van 819 „de instructione missorum.”

(3) Capit. Vern. 755. cap. 18. Capit. Eccl. 789. cap. 72.

(4) Capit. Aquisgr. 813 cap. 1.

gekomen, het proces werd dan naar de regelen van het kerkelijk recht behandeld en beslist.

Wat nu de eigenlijke wijze van strafvordering betreft, zoo bestond er een zeer groot onderscheid tusschen deze en degene welke wij tegenwoordig kennen. De hoofdregel daarin luidde: waar geen klager is, is ook geen rechter, welke uit het oude Germaansche recht stammende opvatting later door teksten uit den Bijbel versterkt werd (1). Men kende alzoo noch een openbaar ministerie, noch eene vervolging van ambtswege. Het begrip, dat elk misdrijf eene aanranding tegen de geheele maatschappij in zich bevatte en als zoodanig behoorde gestraft te worden, was nog niet tot het rechtsbewustzijn des volks doorgedrongen, doch men zag in een zoodanig misdrijf alleen eene krenking van het recht des benadeelden of van zijne familie, welke krenking niemand raakte dan hem alleen, zoodat ook hij alleen daarvoor wraak nemen of eischen kon. Het strafproces van dien tijd was daarom niet wezenlijk van het burgerlijke onderscheiden; het was eene handeling, bestemd om tusschen de partijen zoen en vrede te maken, zoodat wanneer de beklagde aan het over hem uitgesproken vonnis had voldaan, de wraak des klagers daarmede vervuld was, en deze zich verder van alle vijandschap en gewelddadigheden moest onthouden. Het is dus licht te begrijpen dat de tegen de gewone misdrijven bedreigde straffen bijna altijd in geldelijke schadevergoedingen bestonden.

De klager was verplicht om het zoengeld aan te nemen en den vrede te maken; bij weigering was verbanning tegen hem bedreigd (2).

Indien iemand, die een doodslag begaan had, onbekwaam was om het gevorderde weergeld te betalen, zoo waren oor-

(1) Immers had ook Christus de overspelige vrouw ongestraft heen-gezonden toen niemand haar beschuldigde.

(2) Capit. 776 cap. 22. Capit. Aquisgr. 802. cap. 35.

spronkelijk zijne bloedverwanten verplicht hem bij te staan, doch latere edicten (Chilperici 561) deden dit van hun goedvinden afhangen (1). Een edictum Childeberti II a. 596 verbood het zelfs op zware straf. De schuldige, die aldus niet tot het voldoen der compositie in staat was, werd in de macht des klagers gesteld, die hem kon dooden of in slavernij houden..

Misdrijven, welke niet tegen de bijzondere personen, doch tegen den staat of de maatschappij bedreven werden, konden ambtshalve vervolgd worden, en leidden dan ook niet tot eene compositie, maar tot werkelijke straffen. Zoo was de doodstraf bedreigd tegen landverraad, majesteitsschennis, kerkroof e. a. Samenzwering tegen den koning werd dikwijls gestraft met het uitsteken der oogen, meened en het maken van valsche munt met het verlies der hand. Ook is er in de Capitularien meermalen sprake van een ambtshalve vervolging van straatrovers, wier onschadelijkmaking in het belang der geheele maatschappij was (2).

Wanneer de schuldige aan een strafbaar feit op heeterdaad betrapt werd, zoo mocht men hem grijpen en gebonden voor den rechter brengen (3). In andere gevallen moest hij worden gedagvaard, hetgeen geschiedde door den klager in persoon, vergezeld van drie getuigen, pares van den beklagde. Zoo deze na drie dagvaardingen over veertig nachten niet verscheen, veroordeelde men hem bij verstek en dagvaardde hem voor de vierde maal, doch nu voor het koningsgericht; verscheen hij ook dan niet en werd bewezen dat de vereischte formaliteiten behoorlijk waren vervuld, zoo werd hij bannitus,

(1) De Lex Salica beschrijft uitvoerig hoe de familie zich van haar aan een doodslag schuldigen bloedverwand kon losmaken. (Chreneeruda).

(2) Capit. 779 cap. 11. Capit. Langob. 802. cap. 13. Zie verder over de ambtshalve vervolging ZÖPFL. Deutsche Rechtsgeschichte III § 129a en WAITZ. t. a. pl. IV. 368—371.

(3) RAEPSAET. Analyse de l'origine et des progrès des droits des Belges et Gaulois. § 96. Du Boys t. a. pl. I. 202.

extra sermonem regis positus, d. i. hij werd rechtloos en vrede-loos, prijsgegeven aan de wraakneming zijner aanklagers, geplaatst buiten den kring zijner verwanten, die hem voeden noch herbergen mochten, en van zijn vermogen beroofd. Deze toestand hield op, wanneer de beklaagde zich onderwierp aan het vonnis en met zijne aanklagers den zoen had gemaakt. (1)

Indien daarentegen de gedaagde wel voor het gerecht verscheen, zoo ontspoon zich het proces in den vorm van een geregelden rechtsstrijd tusschen hem en zijn beschuldiger. Deze laatste zwoer dat zijn aanklacht waarachtig was en beproefde haar daarna te bewijzen. Gelukte dit, en bleef er door de verklaringen der getuigen of door de eigen bekentenis des beklaagden geen twijfel meer over, dan werd het vonnis dadelijk uifgesproken. Wanneer het feit echter niet duidelijk bewezen was, dan werd daarom de beklaagde nog niet onmiddellijk vrijgesproken. Er bestond immers nog altijd eene aanklacht tegen hem, de onder eede uitgebrachte beschuldiging van een onbesproken man had een zekeren blaam op hem geworpen, waarvan hij zich moest zuiveren.

De wijze waarop eene zoodanige zuivering geschieden kon was zeer verschillend. Volgens de Salische wet kon de beklaagde zich alleen rein wasschen door zich aan een Gods-ordeel te onderwerpen (*„mallare ad aeneum“*); naar eene bepaling van KAREL DEN GROOTE mocht men aan de onfeilbaarheid van zulk een ordale niet twijfelen. (2) Zijn zoon LODEWIJK verbood echter de toepassing der kruis- en koudwaterproef. (3)

Het gerechtelijk tweegevecht, dat in later tijd zulk eene groote uitbreiding zou verkrijgen, was eveneens in gebruik, om van den uitslag daarvan de uitspraak over schuld of

(1) Capit. Saxonum 797, cap. 4.

(2) Cap. Aquisgr. 809 cap. 25. „Ut omnis homo Dei iudicium credat sine ulla dubitatione”.

(3) Cap. Aquisgr. 817 cap. 27. Cap. Wormac. 829. cap. 12.

onschuld te doen afhangen, doch alleen tusschen vrijen. (1)

De Lex Ripuariorum stond den beklagde toe zich te zuiveren door met zijne eedshelpers den z. g. reinigingseed af te leggen. De Christelijke kerk werkte er zeer toe mede om deze zuivering (purgatio canonica, tegenover vulgaris) algemeen ingang te doen vinden. Het aantal eedshelpers, dat de beklagde stellen moest, hing af van verschillende omstandigheden; stonden twee personen van gelijken stand tegenover elkaar zoo was het gewone getal zes (*jurare cum sexta manu*) waren zij echter van ongelijken stand, dan klom het getal der eedshelpers naar evenredigheid van het hoogere weergeld der partij, tegen welke de eed moest worden afgelegd. Ook werd in dezen invloed uitgeoefend door de meerdere of mindere beteekenis van het ten laste gelegde feit. (2)

Deze eedshelpers zwoeren niet hetzelfde als degene, ten wiens behoeve zij verschenen waren, n.l. dat hij onschuldig zoude zijn aan het ten laste gelegde feit, zij waren geene getuigen die over het feit zelf eenige inlichtingen konden verschaffen doch zij verzekerden onder eede dat de hoofdpartij een in alle opzichten geloofwaardig man was, op wiens eed men zich ten volle kon verlaten (de credulitate, non de veritate).

§ 2.

De eeuwen sedert de ontbinding van het groote Frankische rijk tot op de opkomst der vrije gemeenten en de emancipatie der onvrije standen vormen een duisteren tijd in de geschiedenis dezer gewesten. De verbeteringen, door Karel den Groote tot stand gebracht, verdwenen al meer en meer, om plaats te maken voor de regeeringloosheid aan de eene, onderdrukking

(1) Hierover UNGER. Der gerichtliche Zweikampf. Göttingen 1847.

(2) Zoo bezwoer koningin Fredegonde de wettigheid van haar zoon Clotarius II met 303 eedshelpers. Gregor. Turon. VIII, 9.

en despotisme aan de andere zijde. Een enkel woord volge hier over wat ons voor het strafproces uit dien tijd bekend is.

De gewoonte der Frankische koningen, om aan hunne getrouwen groote uitgestrektheden gronds als beneficium te geven had zich in den loop der tijden in dezen zin gewijzigd, dat zoodanige verleeningen niet langer ten behoeve van één bepaald persoon plaats vonden, doch dat die bezittingen in het geslacht der verkrijgers erfelijk werden, zij het ook volgens de regelen van een bijzonder erfrecht. Sedert HUGO CAPET in Frankrijk en KOENRAAD DEN SALIËR in Duitschland kan men zeggen dat die erfelijkheid vaststaat. Aldus werden die beneficia tot *leenen*, en daarmede was het territorialiteitssysteem geboren.

Terwijl de macht des konings hoe langer hoe meer afnam werd die der graven, de vasallen en der eigenaren van groote villae steeds grooter want deze lieten geene gelegenheid voorbijgaan om hunne macht uit te breiden. De graaf, niet langer een door den koning naar welbehagen afzetbaar ambtenaar, slaagde er in zijn waardigheid erfelijk te maken en werd tot vorst, de villae werden tot heerlijkheden, binnen welke alle macht aan den heer toekwam (1). De toestand der gemeen-vrijen echter, voor zooverre zij niet in de eene of andere vrije stad hun toevlucht hadden gezocht, werd steeds ongunstiger, en hun getal werd altijd minder. Kortom, in den tijd waarin het leenstelsel zijne hoogste ontwikkeling erlangde kende men slechts de klasse der edelen en heeren, die gewoonlijk slechts in naam aan den eenen of anderen vorst onderdanig, bijna absoluut binnen hun gebied heerschten, en die des volks, bestaande uit onvrijen en hoorigen, tot welke trap de meeste gemeenvrijen waren nedergedaald. Deze toestand moet natuurlijkerwijs invloed uitoefenen op de rechtsbedeeling, met name op de strafprocedure.

De graaf, in plaats van in persoon het gericht te leiden, liet dit voortaan over aan eenen door hem aangestelden en

(1) Deze gang van zaken vindt men uitvoerig geschetst bij RAEPSAET t. a. pl. passim.

afzetbaren ambtenaar, den lateren ambtman, baljuw of schout. Evenmin als vroeger hadden de terechtzittingen op vaste tijden plaats, zij werden door den baljuw bepaald, welke ook de bijzitters uitkoos. In de heerlijkheden handelde de heer op dezelfde wijze, hij stelde een villicus of meier aan tot de behandeling der rechtszaken die in bevoegdheid met 's graven baljuw overeenkwam. Het voorbeeld hunner heeren volgende waren deze ambtenaren gewoonlijk ook alleen op eigen macht en voordeel bedacht, zoodat zij de hun opgedragen waardigheid niet tot het beoogde doel aanwendden, doch haar misbruikten (1) en de grootst mogelijke willekeur in plaats van recht en orde stelden. Velen waren er die de gewoonte aannamen van geheel alleen te vonnissen, anderen stoorden zich niet aan de gedane uitspraken; zij hielpen de eene partij en benadeelden de andere al naarmate dit hun het best gelegen kwam en het meeste voordeel gaf, en op die wijze verdween de rechtszekerheid. Het is dar ook niet te verwonderen dat men in dien tijd dergelijke handelingen bestempelde met den naam *formidolosa judicia* (2).

Wat daarentegen de hoogere klassen betreft, deze wilden zich dikwijls aan geene rechtspraak hoegenaamd onderwerpen. Het was de tijd der veeten en private oorlogen, de adellijke leenmannen en ridders oordeelden den krijg als hunne natuurlijke bezigheid en zochten telkens naar eene gelegenheid daartoe; waarom dus zich beklagen en hun recht langs wettelijken weg zoeken, wanneer men een beter middel tot wraakneming had? Aldus biedt Lotharingen in de 10^e en 11^e eeuw het tooneel van eene onophoudelijke reeks onderlinge, bloedige twisten; een geschil tusschen twee edelen leidde menigmaal tot jarenlangen strijd tusschen de geslachten, anderen kozen

(1) Een merkwaardig voorbeeld hiervan is te vinden bij DE KLERCK Brabantsche Yeesten, Codex Diplomaticus. I 647.

(2) Vgl. eene oorkonde van 1100 bij MIRÆUS. Op. dipl. et hist. I. 1312.

evenzeer partij, en niemand was in staat daaraan een einde te maken, want men mocht bevelen en wetten uitvaardigen, er onbrak eene macht, sterk genoeg om die te doen eerbiedigen.

Van een goed geregelde procedure was derhalve in de 10^e en 11^e eeuw geen sprake. Evenwel bleven de oude beginselen en vormen standhouden, wat te natuurlijker was, aangezien die tijden op een zeer laag intellectueel standpunt stonden, en men gemakkelijker aan de overgeleverde vormen en begrippen vast kon houden dan nieuwe en betere uitdenken. Wanneer wij later in de stedelijke keuren vele bepalingen der capitulariën over het strafproces, zij het naar de behoeften van tijd en plaats gewijzigd, terugvinden, dan mag de veronderstelling niet te stout heeten, dat die bepalingen in den daartusschen liggenden tijd hebben voortgeleefd.

Wat de bewijsmiddelen aangaat, zoo schijnt het getuigenbewijs hoe langer hoe meer naar den achtergrond te zijn gedrongen en vervangen door de Godsoordeelen. Dit is begrijpelijk wanneer men in het oog houdt dat, zooals ik reeds zeide, de geestelijke ontwikkeling in die dagen op een zeer laag peil stond, dat oorlog en veldarbeid bijna de uitsluitende bezigheden uitmaakten, en men zich dus liever niet met nadenken en overwegen bezig hield; een tastbaar feit, dat aan een geschil op eens den doorslag gaf, was veel gemakkelijker te beoordeelen, en tot dat doel waren de Godsoordeelen zeer geëigend. De lagere klassen moesten zich dus gewoonlijk aan de ordalia onderwerpen, terwijl de gerechtelijke tweekamp meer in het bijzonder voor de hooger geplaatsten diende.

De twaalfde en vooral de dertiende eeuw brachten groote veranderingen in den hierboven geschetsten staat van zaken. Reeds vroeger waren er verscheidene pogingen gedaan om eene betere ordening in te voeren en de wanorde en regeeringsloosheid te doen ophouden. Zooals ik reeds zeide was geen vorst machtig genoeg om zijn wil gebiedend aan de tallooze

vasallen en bezitters van heerlijkheden op te leggen, doch wat geene wereldlijke macht vermocht tot stand te brengen, werd met goed gevolg beproefd door de Kerk. Haar streven was gericht op een toestand waarin eeuwigdurende vrede zou heerschen en alles naar recht en orde gaan zou, doch daar dit, de denkbeelden en den toestand der toenmalige maatschappij in aanmerking genomen, eene onmogelijkheid was, verdroeg zij zich met die maatschappij en schiep den Godsvrede, de Treuga Dei.

In het jaar 1082 werden te Luik de voornaamste heeren van Neder-Lotharingen door den bisschop bijeengeroepen om maatregelen ter verbetering van den bestaanden toestand te beramen. Daar werd dan besloten dat er van Vrijdagmorgen tot Maandagmorgen, benevens op sommige kerkelijke feestdagen, een algemeene vrede zou zijn, en dat er gedurende dien tijd geene geweldplegingen zouden geduld worden. Hij die daartegen handelde, zou, als hij vrij was, van zijne goederen beroofd en verbannen worden, was hij onvrij, dan zou hem de hand worden afgehouden, terwijl beiden bovendien geëxcommuniceerd werden.

Opdat deze voorschriften niet illusoir zouden blijven, en er eene macht zou bestaan, in staat daaraan de hand te houden, werd het beroemde „Tribunal de paix” te Luik ingesteld.

De wijze van procederen voor dit hof was in hoofdzaak dezelfde als door de overgeleverden begrippen bepaald werd. De bisschop benevens eenige ridders, edelen of feudatarie zaten als rechters; zij oordeelden over alle feiten die als vis publica te beschouwen waren. Wanneer dit hof in de cathedraal van Notre Dame aux-Fonds zitting had genomen, werd aan een ieder de gelegenheid gegeven om zijne klachten in te brengen. De gedaagde moest tot zevenmaal toe gedagvaard worden voor men een verstekvonnis tegen hem kon uitspreken (1).

(1) Vgl. Le Patron de la Temporalité. (Contumes de Liège I. 279).
Themis. LIIste Deel, 1ste stuk [1891.]

Als bewijsmiddelen golden hoofdzakelijk de ordalia en de tweekamp; zoo het feit notoir was of de beklagde bekende, werd daarop recht gedaan, doch in andere gevallen kon de vrije zich met twaalf, de onvrije met zeven eedshelpers zuiveren, de laatste alleen als er geene aanwijzingen tegen hem bestonden, anders moest hij zich aan de koudwaterproef onderwerpen. Men was bevoegd om een Godsoordeel door middel van een tweegevecht te eischen, en in dat geval streden de partijen ten aanschouwe van bisschop en bijzitters op eene open plaats bij het bisschoppelijk paleis. Tusschen edelen en vrijen werd de strijd gevoerd met de blanke wapenen, anders met stokken (1).

Dit tribunaal duurde voort tot 1467, als wanneer het door KAREL den Stoute, na zijne verovering van Luik, werd afgeschaft. Het had zijne roeping vervuld; in de oude tijden eene uitnemende instelling, verloor het, toen recht en orde overal meer en meer hersteld werden, allengs zijne beteekenis, ja gaf tot twisten en oneenigheden aanleiding (2).

Doch de groote omkeer in de maatschappij had plaats doo de emancipatie der onvrijen en de opkomst der gemeenten. Reeds in de twaalfde eeuw gingen de hertogen van Brabant er toe over om op verscheidene hunner bezittingen de bewoners vrij te stellen van hoorige verplichtingen, ja hen formeel vrij te verklaren, welk voorbeeld door vele andere heeren gevolgd werd. In de 13e eeuw volgen de charters, waarin nieuwe vrijheden toegestaan werden, elkander onophoudelijk op; de Brabantsche hertogen waren in dit opzicht weldoeners voor hun land, en gaven een schitterend voorbeeld.

De steden, middelpunten van handel en nijverheid als zij geworden waren, hadden zich langzamerhand ontwikkeld tot afzonderlijke en afgesloten centra, waarbinnen orde en wet heerschten

(1) NAMÈCHE. Cours d'histoire nationale. V. 875.

(2) Uitvoeriger hierover POULLET t. a. pl. I. 75—76.

Gewoonlijk hadden zij zich van den landsheer vrij gemaakt, vele privilegiën verkregen, zij het soms in ruil voor aanzienlijke geldelijke opofferingen, en hadden hun eigen bestuur en rechtsmacht. Het was van het hoogste belang dat de burgers, welke zich menigmaal tegen gewelddadige aanvallen van buiten te verdedigen hadden, onder elkander den vrede en de rust zooveel mogelijk bewaarden, want waar binnen eene betrekkelijk kleine ruimte zoovele menschen bij elkander woonden, zou het toelaten van private veeten en wraaknemingen weldra den ondergang der gemeenschap na zich hebben gesleept. Er was dus een goed geregeld strafrecht noodig, en wel een zoodanig, dat een meer publiekrechtelijk karakter droeg dan het tot dusver het geval was geweest. Een dergelijk recht nu heeft zich werkelijk in de steden van Brabant ontwikkeld, en sinds dien tijd kan men in engeren zin spreken van Brabantsch strafrecht en Brabantsche strafprocedure.

In de eerste plaats was noodig dat men wist welke feiten als strafbaar werden beschouwd en welke straf daartegen bedreigd was; men had behoefte aan geschreven recht.

Hierin werd voorzien door de gemeentelijke keuren, door den landsheer voor de stad uitgevaardigd, doch die gewoonlijk later niet gewijzigd konden worden dan met toestemming der burgerij, vertegenwoordigd door hare schepenen. Ieder werd verondersteld de keur te kennen en moest haar onderhouden; zoo moesten de poorters van Brussel volgens art. 21 der keur van 1229 op hun vijftiende jaar den eed daartoe afleggen.

De oudst bekende keur, welke bepalingen van strafrechtelijke aard bevat, is die van Leuven van het jaar 1211 (1); daarna volgen de keuren van Incourt (1226), Diest en Brussel (1229), La Hulpe (1230), Mechelen en Vilvoorden (1300), 's Hertogenbosch (1330) en andere. (2) Eerst later breidde die

(1) DIVAEUS. *Annales Lovanienses* 7.

(2) Deze keuren zijn te vinden in den *Codex Diplomaticus* achter DE KLERCK op. land. en bij VAN COETSEM. *Du droit pénal au 13e siècle dans l'ancien duché du Brabant.*

wetgeving zich op het platteland uit; om nu niet te spreken van het testament van hertog HENDRIK II, van dat van HENDRIK III en van het Charter van Cortenberg, werd het eerste voorbeeld gegeven door de heeren VAN GRIMBERGEN, welke in 1275 een Landcharter aan hunne onderdanen gaven, welk voorbeeld in 1284 door de heeren VAN GAESBEEK gevolgd werd. Eerst in het jaar 1292 vaardigde hertog JAN I zijne bekende Landkeuren uit.

Ik zeide reeds, men had behoefte aan een strafrecht dat meer publiekrechtelijk was ingericht. Hoewel er reeds hier en daar in bijzondere gevallen ambtshalve vervolging bestond (1) was het echter noodig dat deze meer algemeen werd ingevoerd. Dit geschiedde ook, en wel naar het voorbeeld der kerkelijke rechtscollegiën, welke eene zoodanige vervolging reeds kenden. Elk misdrijf, zeide de Kerk, was eene zonde en moest als zoodanig worden gestraft, doch men kon die bestraffing niet doen afhangen van den willekeur der gekrenkte personen of zij het goedgevonden om eene aanklacht in te stellen. Daarom voerde zij eene *inquisitoire* procedure in, waarbij men te werk ging «par voie d'enquête» niet langer alleen op eene formeele beschuldiging. (Vierde Concilie van Lateranen 1216). De wereldlijke gerechten namen deze wijze van handelen over, en al vindt men nergens met zoovele woorden eene ambtshalve vervolging ingevoerd, uit de keuren blijkt ten duidelijkste dat men dat recht aan den vertegenwoordiger van den landsheer toekende.

(1) Zij had altijd bestaan voor misdrijven tegen de gemeenschap. Wat private delicten aangaat, zoo kende men b.v. te Luik ambtshalve vervolging van doodslag, zoo de verslagene geene verwanten of echtgenoot te Luik had (art. 28 der Loi muée des bourgeois), alsmede eene *actio popularis* bij op heeterdaad betrapte misdrijven tegen den eigendom. (Paweilhars art. 71). Vgl. POULLET. *Essai sur l'histoire du droit pénal dans l'ancien principauté de Liège*, passim. RAIKEM. *Coutumes du pays de Liège*. Préface.

Eene tweede verandering in de strafvordering was het langzamerhand veld winnen van het geheime proces in plaats van de vroegere openlijke behandeling, ook weder eene navolging der kerkelijke praktijk. Dit kon goed werken in zooverre men het dikwijls niet waagde om een aanklacht tegen een machtige in te brengen en de getuigen aarzelden openlijk te getuigen, doch van de andere zijde werd de toestand van den beklagde daar gewoonlijk niet beter mede, zoodat de schepenen zich dan ook meermalen tegen die wijze van handelen verzet hebben. Hare groote uitbreiding kreeg de geheime procedure eerst in het costumiere tijdperk, toen zij, alhoewel onder den naam „extraordinaire procedure“ doorgaande, algemeen regel werd.

§ 3.

Welke waren nu in die tijden de colleges, met de rechtspraak belast?

In het Karolingische rijk werden, zooals boven gezegd is, de terechtzittingen bepaald door den graaf of den centenarius, wanneer zulks noodig was, gebodene dingen. Er bestonden echter nog ongebodene dingen, d. i. rechtdagen, welke op bepaalde tijden gehouden werden, en waarheen ieder zich, zonder daartoe vooraf opgeroepen te zijn, begeven moest. Deze bijeenkomsten, bekend onder den naam van *tria placita generalia* hebben in Brabant zeer langen tijd standgehouden. In den tijd der keuren en in den lateren costumieren tijd werden er op de meeste plaatsen op vaste tijden rechtdagen gehouden onder den naam gouding, jaargeding of groote waarheid, alwaar ieder op boete verplicht was te verschijnen. „Item“ zegt art. 99 van het landcharter van Grimbergen, „die ter ghemeyne waarheydt niet en compt dwelk men heet den goudaghe, ende die goet tijdts in der kercken gecondicht is, sal elck manspersoen verbueren vier stuyvers.“ Ten jare 1169 vinden wij dat te Empel door den advocatus van St. Landelinus drie

jaargedingen gehouden werden, het Privilegium Trinitatis schreef in art. 6 hetzelfde voor de stad 's Hertogenbosch voor, en de meeste costumien der Noord-Brabantsche plaatsen maken er melding van (1). Deze jaargedingen waren in later tijd een groote last vooral voor de bewoners van het platteland; vandaar dat sommige plaatsen nu en dan bij privilege van die verplichting werden vrijgesteld. Zoo werden in het privilege, in 1346 aan het dorp Rixtel verleend, de laten, welke op de goederen van het huis te Rixtel woonden, vrijgesteld van „ter gedingen ende waerheyden te comen“ (2). In 1357 verkregen de lieden van Nemelaar onder Haren van WENCESLAUS EN JOHANNA het recht, dat zij niet langer „ter eeningen en te gedingen“ behoefden te komen, zoo zij geene partij in eene of andere zaak waren. Men schijnt zich zelfs van die verplichting te hebben kunnen vrijkopen, ten minste de gemeente Geffen betaalde nog in 1665 jaarlijks aan den Heer de som van 20 gulden „wegens het jaargeding, tot ontlasting“. Toen in later tijd deze jaargedingen in eigenlijken zin verdwenen, bleven zij in Noord-Brabant bestaan in domeinzaken des hertogs, en wel tot het ontdekken van overtredingen en verkortingen ten opzichte daarvan gepleegd. In een op de bibliotheek van het Provinciaal Genootschap te 's Bosch aanwezige manuscript van Mr. SANTVOORT is eene beschrijving daarvan opgenomen: „Poincten ende articulen op welke den eed wordt afgeeycht van de persoonen, op de gemeyne waerheydt gecompareert sijnde.“ (3) In het reglement op de gemeentezaken van Hilvarenbeek van 1700 wordt aan de ingezetenen

(1) Cost. van Bergeik en Eersel art. 3; van Reusel art. 3; van Asten art. 1; van Oerle art. 3; van Geldrop art. 2; Landcaerte van Megen (1527).

(2) Manuscript in de collectie Ackersdijck op het Gemeentearchief te 's Bosch.

(3) Als bijlage opgenomen door BERESTEIJN. De jurisdictione cum civili tum criminali scabinorum Sylvaducensium. Diss. Sylv-Duc. 1845

voorgescreven om, indien zij van overtredingen van bovengenoemden aard kennis dragen, daarvan rechtzinnige verklaring te doen op de gemeene waarheid. Een plakkaat van den Raad van State van 1732, handelende over de verpachting der tienden in de Meierij van 's Bosch, beveelt in art. 14 dat de rentmeesters gemeene waarheden zouden beleggen, waarop alle ingezetenen moesten verschijnen om onder eede te verklaren dat zij niemand wisten die tegen het plakkaat gehandeld zou hebben.

Wat nu het strafproces betreft, zoo handelde men daarbij naar analogie van het bovenvermelde, men kende daarin de oogstwaarheden en de stille waarheden. Ik geloof niet dat deze instellingen, zooals ACKERSDIJK schijnt te meenen (1), als identiek met de bovengenoemde jaargedingen te beschouwen zijn. Men moet er zich niet te veel door laten leiden, dat voor beiden het woord waarheid gebezigd werd, want, zooals ik nader hoop aan te toonen, kon dit woord nog in een geheel anderen zin worden gebruikt. Zeker was het grondbegrip hetzelfde, n.l. om door middel van eene algemeene vergadering op het spoor der begane misdrijven te komen; doch wanneer men opmerkt dat het houden van oogstwaarheden eenmaal 's jaars daar bevolen werd waar ook jaargedingen bestonden, dan blijkt daaruit dat de werkring dier bijeenkomsten verschillend was.

Zulk eene oogstwaarheid diende den baljuwen en dergelijken ambtenaren om te ontdekken welke misdrijven binnen hun ressort gepleegd waren. Eene ordonnantie van PHILIPS den Goede van 1459 beveelt aan de officieren om ten minste tweemaal 's jaars op die wijze onderzoek te doen tot ontdekking van lediggangers, die op vrouwen leefden en zich met teerlingen bezighielden enz. Art. 18 der Instructie van MAXIMILIAAN en MARIA van 1478 zegt: „Item selen voors. officiers gehouden

(1) Verhandeling over de on gepaste en drukkende middelen tot het ontdekken van misdaden en overtredingen, in vroegere tijden hier te lande gebezigd, passim.

wesen ende constelijck te doene die inquisitiën ende informatiën die men gewoonelijck is alle jaer te doene ende datmen heet oistwaerheden.”

Evenzoo zijn m. i. de stille waarheden niet als eene voortzetting, doch als eene ontaarding der oude placita generalia te beschouwen. (1) Het waren geheime onderzoekingen naar gepleegde misdrijven; niet iedereen was verplicht daar te verschijnen, doch alleen bepaalde daartoe aangestelde personen (diefscepen, bedragslieden). Zij schijnen oorspronkelijk eenmaal 's jaars gehouden te zijn, en verder in bijzondere gevallen wanneer het noodig was. Dat het houden van eene stille waarheid hetzelfde zou geweest zijn als het nemen van preparatoire informatie komt mij niet zeer waarschijnlijk voor (2); een zoodanig onderzoek werd in elke strafzaak afzonderlijk, en tegen een bepaald persoon gehouden. Het nemen van dergelijke voorloopige informatie komt meermalen voor onder den naam „bezitten van de waarheid”, hetgeen misschien mede tot die meening aanleiding heeft gegeven.

De burgers zochten zich aan het houden van stille waarheden door den heer, als eene bij hen gehate wijze van onderzoek, zooveel mogelijk te onttrekken, wat hun dan ook menigmaal gelukte. Zoo werd in 1398 aan de stad Bergen-op-Zoom het privilege verleend: voert sal men over gheene poorter oft poorteresse in Berghen geen stille waerheijt noch gheene heijmelijke inquisitie doen noch nergens bezitten over onzen poorter ofte poorteresse.” (3)

In later tijd schijnen die stille waarheden in Noord-Brabant in stand gebleven te zijn o. a. bij het dijkrecht. In art. 82 van het Generaal Reglement van den polder van het Laag-

(1) Vgl. VAN DEN BERGH. Verhandeling over de oude wijze van strafvordering p. 50.

(2) Zoo ook ACKERSDIJCK t. a. pl. 18—19.

(3) Vgl. verder over dit onderwerp de belangrijke studie van WARNKÖNIG in zijne Flandrische Staats und Rechtsgeschiede. III § 40.

Hemaal wordt gezegd dat de dijkgraaf met twee heemraden eene stille waarheid zullen mogen beleggen ter ontdekking van dijkplichtige goederen.

Dit wat betreft de jaargedingen en waarheden. De gewone rechters echter waren de schepenen, doch hunne bijeenkomsten hingen niet gelijk vroeger af van het goedvinden en de willekeur des baljuws of officiers; zij hadden thans vaste rechs-dagen en vormden een gesloten college.

Dat er echter van de oude rechtsmacht der grafelijke of heerlijke ambtenaren na de instelling van vaste schepenbanken niets meer overgebleven was, zou eene al te sterke bewering zijn. Er schijnen ook na dien tijd nog wel degelijk gevallen te zijn voorgekomen, waarin de baljuw of meier *alleen* oordeelde zonder de schepenen daarin te kennen.

Weliswaar had hertog HENDRIK II in zijn testament bevolen dat voortaan al zijne onderdanen met recht en vonnis zouden gericht worden, doch in latere stukken zijn bewijspplaatsen genoeg te vinden welke aantoonen, dat er nog vele zaken zonder rechterlijk vonnis werden afgedaan. In de stedelijke keuren treft men herhaaldelijk de bepaling aan, dat de burgers niet anders dan met schepenvonnis geoordeeld zullen worden, doch er blijkt tevens, dat die bepalingen minder nieuw recht invoerden, dan reeds verkregen of door gewoonte ontstaan recht bevestigden, m. a. w. zij verzekerden het genoemde voorrecht voor alle zaken, die *reeds vroeger* ter kennisneming van schepenen gestaan hadden: „de omnibus causis quae usque haec tempora ad sententiam scabinorum stare consueverunt” zegt de Antwerpsche keur van 1291. Eene keur derzelfde stad van 1306 bepaalt dat elke poorter gevonnisd zal worden „tenware van stucken die men met den rechte pruevede dat si *te vonnisse niet en stoeden.*” Aldus spreken ook de keur van Herenthals, 1306, en die van Leuven, 1303, „en ware dat hi stecken gedaen hadde die nooit op deser dach *te vonnisse*

en hadden gestaen. In de keur van Mechelen van 1304 lezen wij: „Voert so en moghen wi JAN hertoghe noch rechte van onsen wegghen engeheerant goet nemen van forfaiten noch van anderen stucken, *met den vonnisse ochte sander vonnisse*, wi en moeten JANNE BERTHOUDT half deylen.“ De Leuvensche keur van 1307 bepaalt, dat wanneer er geschil ontstaat of eenige zaak *te vonnisse staet*“, dit eerst door de schepenen moet worden uitgemaakt.

POULLET haalt t. a. pl. I. 125 een voorbeeld aan, waarbij de stad Leuven den meier dwingen wilde om aan een beklagde een regelmatig proces aan te doen, waarop de meier antwoordde: „dat hi hem gheen aanspraeke doen en woude ende dat hi tot gheenen vonnisse staen en soude anders dan tot mijns heeren wille.“

Men kan hier m. i. niet buiten de toepassing van het argumentum a contrario; er bestonden zaken *„niet te vonnisse staende*“, zaken waarbij iemand zonder onderzoek voor en vonnis van schepenen kon worden gestraft.

Welke zaken dat nu echter waren is moeilijk na te gaan, en dat het reeds in dien tijd zelf twijfelachtig was, blijkt daaruit dat verschillende keuren de mogelijkheid voorzagen dat er dienaangaande verschil zou ontstaan, en derhalve de beslissing opdroegen aan de schepenen.

De Mechelsche keur van 1301 verklaart: „alle mesdaden selen staen te vonnisse, utgenomen ons ende onsen cnapen omme ocsuun van onsen dienste.“ Volgens POULLET waren zaken niet te vonnisse staende politieke misdrijven gericht tegen het centraal gezag. (1)

(1) Opmerking verdient ook art. 62 der Landkeuren: „Ende ware dat sake dat enige nieuwe stucken gescieden in den lande, die niet wel verclaert en mogten siin, metten pointen die hiervore sin bescreven, die sal men handelen met onsen rade ende met rade onser manne“.

Het is verder zeker, dat de rondzwerfende vagebonden en dergelijke personen zonder vonnis door den baljuw of meier gestraft konden worden, wanneer zij hetzij vrijwillig het hun ten laste gelegde hadden erkend, hetzij ten gevolge eener door schepenen bevolen pijniging,

Eene andere reden, waarom vele begane misdrijven niet aan het oordeel der schepenen onderworpen werden, was gelegen in het systeem van transactie, dat in hooge mate tusschen den delinquent en den vervolgenden ambtenaar in werking was. Dit sloot zich nauw aan bij de oud-Germaansche opvatting van de afkoopbaarheid van straf doch was slecht in overeenstemming met wat door de behoeften des tijds geëischt werd. Deze transactie of compositie had gelijke kracht als gratie of remissie; zij was, zegt DAMHOUDER „zoo krachtig en bestendig, dat den misdadiger daardoor van de misdaad volkomenlijk werd bevrijd, niet anders dan of den prince de remissie vergunt hadde.“ (1) In de taal van dien tijd noemde men die handelwijze *pointinge*.

Het was zeker een groot misbruik doch in de practijk had dat misbruik eene aanmerkelijke uitbreiding verkregen. Voor de officieren was het een groot voordeel, wanneer zij in plaats van de vervolging te doen doorgaan hooge afkoopsommen ontvingen; als dus de bedrevene feiten van niet al te gruwelijken aard waren, zoo verklaarden de ambtenaren zich gewoonlijk gaarne bereid om de vervolging te doen afkopen, ja zelfs gaven zij soms in de acte van beschuldiging zelve den beklaagde de keus tusschen een regelmatig proces en compositie. Van een en ander geeft POULLET t. a. pl. I. 129—131 curieuse voorbeelden op. Zoo had iemand een feit begaan, waartegen als straf het doen van een pelgrimstocht bedreigd was, doch „soe die meyer *anxt hadde* dat hi den wech gegaen soude hebben liet hem sijne *pointinge* maken.“ Een ander was in

(1) Practijk van crimineele zaken. Cap. 137.

een dergelijk geval van oordeel „dat onsen genede heere van Brabant metten bedevairden niet geholpen en ware, ende tgelt daervore beter genomen ware dan weggen getogen ofte Brabant daervore gelaten, liet hem sijne pointinge maken.“ Nog een ander deed den veroordeelde naar de strafplaats brengen, om zijne vrienden op het laatste oogenblik tot het betalen eener hooge som over te halen: „Goert vrienden, aensiende dat sweert bereet was, hoechden de pointinge also verre dat rede weert was.“ In later tijd werden er bepalingen tegen dergelijke practijken uitgevaardigd, waarop ik nader denk terug te komen.

Behalve de schepenbanken waren er echter nog andere colleges of personen, bevoegd om van strafzaken kennis te nemen. De geheele bijzondere rechtspraak, zooals die over militairen, over de St. Petersmannen te Leuven enz. daarlatende, wensch ik een enkel woord te zeggen over de bevoegdheid van den Raad van Brabant.

Het komt mij onnoodig voor om, na al wat dienaangaande reeds geschreven is, mij nog in een onderzoek over den oorsprong van dien Raad te verdiepen. Alleen zij hier gezegd dat ik mij geheel aansluit bij hen, die dien oorsprong zoeken in het testament van HENDRIK II, en de meening, als zoude hij zijn ontstaan te danken hebben aan het Charter van Cortenberg, voor eene dwaling houd. (1)

In de oudere tijden was het aantal misdrijven, hetwelk door den Raad berecht werd, vrij groot, wijl de schepenbanken nog niet de bevoegdheid verkregen hadden om van alle misdaden tegen het gemeene recht kennis te nemen; de zware zaken waren aan den hertog voorbehouden, die hen door zijn

(1) Zie de grondige argumentatie bij Poullet, *Mémoire sur l'ancienne constitution Brabançonne* p. 139 vgl. Lezenswaard is ook wat over dit onderwerp gezegd wordt door Zinnicq Bergmann. Het hertogdom Brabant. Voor de tweede meening vgl. o.a. Defacqs. *Ancien droit Belgique* I 26. De Jong van Beek en Donk. *Bijdrage tot de geschiedenis van den Raad en Leenhof van Brabant*.

Raad liet berechten. Naarmate echter de bevoegdheid der schepenen toenam, moest die van den Raad, wat gewone misdrijven betreft, wel dalen, en deed dat dan ook werkelijk. PHILIPS van Bourgondië trachtte daaraan een eind te maken en den Raad in zijne vroegere macht te herstellen, doch niet lang daarna, onder hertogin MARIA, keerde de oude toestand terug. De Raad nam toen kennis van deze feiten: 1^o aanslagen op den hertog, zijne familie en op den kanselier van Brabant 2^o misdaden die gequalificeerd worden als hoogverraad 3^o aanslagen op de Raden tengevolge van door hen in hunne betrekking begane handelingen.

Het huis van Oostenrijk, steeds op centralisatie bedacht, bracht hierin verandering en verleende aan den Raad de bevoegdheid om uitsluitend te oordeelen over: 1^o gekwetste majesteit, opstand en rebellie tegen den hertog en zijn ambtenaren; 2^o misdrijven tegen het gemeene recht, zooals moord, brandstichting enz., wanneer die feiten een bijzonder ernstig karakter droegen, alsmede misdaden begaan op de openbare wegen. Bovendien oordeelde hij over sommige geprivilegieerde personen, zooals de hooge edelen des lands, de ambtenaren van den Raad zelf en verschillende andere Brabantsche functionnarissen. Ten slotte kon hij vonnissen over alle misdadigers, die de procureur-generaal bij het stilzitten der competente officieren had doen grijpen.

Rotterdam.

(Wordt vervolgd.)

ALGEMEENE RECHTSGELEERDHEID.

Het Adres van den Raad van toezicht en discipline voor de Orde der Advocaten te Amsterdam aan Z. E. den Minister van Justitie door Mr. G. BROUWER Jz.; advocaat en procureur te Amsterdam.

Eenigen tijd geleden werd aan de leden van de Orde der Advocaten te Amsterdam een afdruk toegezonden van bovenstaand adres, waarin de aandacht van den Minister van Justitie wordt gevestigd op sommige gebreken, die naar het oordeel van de Orde kleven aan de regeling, welke ten onzent den rechtsbijstand beheerscht, en tevens de middelen worden aangewezen om tot wegneming dier gebreken te geraken. Zoowel om de daarin uitgedrukte wenschen als om de daarvoor aangevoerde gronden verdient dit adres de bijzondere aandacht. Dit gaf mij aanleiding om het in dit tijdschrift nader te bespreken.

Het adres dankt zijn ontstaan aan een voorstel van den Raad van toezicht en discipline, dat in de jaarlijksche algemeene vergadering van de Orde, gehouden op 14 December van het vorige jaar, in behandeling kwam. De Raad stelde toen voor dat de Orde als haar oordeel zou uitspreken:

1^o. dat aan de bestaande wettelijke vereischten voor de uitoefening der betrekking van procureurs behoort te worden toegevoegd de overlegging van het bewijs dat hij, die als procureur wenscht te worden toegelaten, geslaagd is in een examen door hem afgelegd na gedurende minstens een jaar als advocaat te zijn ingeschreven geweest bij een der rechtscollegiën in Nederland en omvattende: de toepassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de kennis van de wetgeving op de registratie en het zegel.

2^o. dat het verschil volgens de geldendè reglementen be-

staande tusschen den advocaat en den procureur in zooverre behoort te worden opgeheven, dat de jurisdictie van den Raad van Toezicht enz. zich ook uitstrekke over die handelingen, welke door leden van de Orde der Advocaten in de betrekking van procureur worden verricht.

30. dat met het beginsel van tariefmatige vaststelling van het honorarium van den advocaat behoort te worden gebroken, en, zoo daartegen overwegende bezwaren bestaan, alsdan de bij het thans geldend tarief aangenomen standaard behoort te worden verhoogd.

Over het eerste gedeelte van dit voorstel hadden vrij uitvoerige beraadslagingen plaats tusschen voor- en tegenstanders; intusschen bleek bij stemming dat verreweg de meerderheid der aanwezige leden zich wel met het voorstel kon vereenigen, zoodat het met 26 tegen 13 stemmen werd aangenomen. Het tweede en derde gedeelte lokten in 't geheel geene discussie uit; het derde werd dan ook met algemeene, het tweede met op ééne na algemeene stemmen aangenomen. Op uitnoodiging van de Orde heeft de Raad dit voorstel nu gegoten in den vorm van een adres aan den Minister van Justitie, waarbij tevens rekenschap wordt gegeven van de motieven, die de Orde tot haar oordeel hebben geleid. Om den lezer de gelegenheid te verschaffen ook daarvan kennis te nemen, zal ik het adres hier in zijn geheel laten volgen. Het luidt:

Excellentie!

De Raad van toezicht en discipline voor de Orde der Advocaten te Amsterdam werd door genoemde Orde uigenoodigd Uwe aandacht te vestigen op sommige gebreken, naar haar oordeel klevend aan de regelingen, welke thans den *rechtsbijstand* beheerschen.

Zich van deze taak kwijtend, wenscht de Raad vóór alles stil te staan bij het Koninklijk Besluit van 1 Juni 1879 (Stbl. no. 107), uitgevaardigd ten gevolge van de wet van

23 April 1879 (Stbl. n^o. 75), waarbij de dusgenaamde „enkele rechtsbijstand“ in Nederland werd ingevoerd.

De Raad wenscht thans niet te treden in een onderzoek der vraag of de enkele rechtsbijstand in de toepassing is gebleken aan de gekoesterde verwachtingen te beantwoorden, maar dezen als bestaande instelling eerbiedigende, slechts zijne stem te verheffen tegen het daaruit voortgevloeid, in evengemeld Koninklijk Besluit nedergelegd stelsel, hetwelk aan ieder die den graad van doctor in de rechten of in de rechtswetenschap heeft verworven, de vrije uitoefening van het procuraat waarborgt.

De ondervinding heeft geleerd dat het wenschelijk is met dit stelsel te breken. Hij, die den doctorsgraad in rechten of rechtswetenschap heeft erlangd, is nog volslagen vreemdeling in de rechtspraktijk en ook dan, wanneer rechtskennis allerm minst ontbreekt, ongeschikt om de belangen van rechtzoekenden in hunne procedures te behartigen. Onder het vroeger geldend systeem vond de jeugdige rechtsgeleerde in den door de wet verordenden bijstand van den procureur aanvulling van hetgeen wetenschappelijke opleiding hem niet geven kon, te weten: een persoon in den procesgang en het formeel gedeelte der procesorde doorkneet, die zich tot taak stelde den rechtsgeleerde waar deze in dat opzicht te kort schoot, den weg te wijzen of, waar deze het juiste spoor bijster was geworden, hem daarop terug te brengen.

De jong gepromoveerde, het gemis aan praktische kennis òf geringschattend òf er over heen stappend en vol ijver om van de opgedane kennis tastbare vruchten te plukken, gaat thans zonder eenige voorbereiding van de studeerkamer over tot de uitoefening van de rechtspraktijk en maakt, de rechtscollegiën zouden het met beroep op tal van voorbeelden kunnen getuigen, maar al te dikwijls zijne cliënten tot slachtoffer van hetgeen hem bij gemis van de noodige voorbereiding en voorlichting ontbreekt, — een gevolg te nadeeliger omdat het in den

regel den jongen procureur niet is gegeven hen onder zijne clienten te tellen, voor wie het verlies eener procedure een betrekkelijk onverschillige zaak is.

De Raad spreekt het oordeel uit van de Orde der Advocaten te Amsterdam en tevens zijne eigen meening, wanneer hij den wensch te kennen geeft dat het euvel, hetwelk zich onbetwistbaar na de uitvaardiging van het vroeger genoemd Koninklijk Besluit heeft geopenbaard, door wijziging er van worde weggenomen.

Het best zou dit z. i. kunnen geschieden door toepassing van het grondbeginsel, nedergelegd in de wet op de uitoefening der Geneeskunde en in de wet op het Notarisambt, dus door een blijk van praktische kennis te eischen van hen, die tot de uitoefening der betrekking van procureur wenschen te worden toegelaten en in verband daarmede praktische voorbereiding verplichtend te stellen.

Den eisch te stellen, dat men eenigen tijd zij werkzaam geweest ten kantore van een Advocaat of Procureur, schijnt verwerpelijk bij de onzekerheid of onder hen die de betrekking van Advocaat of Procureur uitoefenen, steeds personen zullen worden gevonden geneigd om aan anderen de gelegenheid te verschaffen zich in de rechtspraktijk te bekwamen. Hun de opname van stagiaires voortschrijven ware onmogelijk; hun de vrijheid te laten tot weigering, zou, tegen de bedoeling onzer Orde, aanleiding kunnen geven tot het scheppen van een niet gewild monopolie.

Het doel schijnt trouwens even goed bereikbaar door de invoering van een examen in die takken van kennis waarvan de beoefening aan de Hoogeschool door de meer theoretische richting dáár uit den aard der zaak heerschend, aan bezwaren onderhevig is, te weten: in de toepassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in de wetgeving op het zegel en de registratie. Is het voor den Procureur noodzakelijk zich met gemak in de praktische procedure te bewegen en op

de hoogte te zijn van de vormen welke niet kunnen worden verwaarloosd zonder zijnen client bloottestellen aan tegenwerpingen welke diens belangen kunnen schaden, zelfs diens rechten in gevaar brengen, ook kennis van de wetgeving op het zegel en de registratie mag geacht worden deel uit te maken van datgene wat de procureur behoort te weten om de rol, welke hem in het proces is aangewezen, naar behooren te vervullen. Eenige waarborg dat de verworven kennis op opgedane ervaring berust, zou voorts hierin gevonden kunnen worden dat tot het afleggen van het examen slechts zij toegelaten wierden, die gedurende een zekeren tijd, b.v. gedurende een jaar, als Advocaat bij een der rechtscollegiën in Nederland zijn ingeschreven geweest.

Een ander punt hetwelk na de invoering van den „enkelen rechtsbijstand“ bijna even dringend voorziening eischt, is het brengen van éénheid in het toezicht op hen, die als Advocaat en als Procureur werkzaam zijn.

Naar de bestaande reglementen wordt het toezicht op de handelingen der Advocaten uitgeoefend door de Raden van toezicht en discipline, terwijl het toezicht op de Procureurs behoort tot de bevoegdheid der Rechtscollegiën waarvóór zij fungeeren.

Die onderscheiding had een juisten grondslag vóór het reeds aangehaald Koninklijk Besluit van 1879, toen de Procureur een ambtenaar was door den Koning benoemd, terwijl het iederen Doctor in de rechten vrijstond zich als Advocaat te doen inschrijven. Het verschil in het karakter der betrekking, het verschil ook in den aard van den werkkring wettigde het onderscheid tusschen de collegiën wien het toezicht was opgedragen.

Nu de meeste Advocaten gebruik maken van de hun verleende bevoegdheid om zich tevens als Procureur te doen inschrijven en het te verwachten is dat ook na invoering van

een maatregel als hierboven werd aanbevolen, die toestand niet zal veranderen, nu behoort ook de Procureur te worden gesteld onder de jurisdictie van de Raden van toezicht.

Niet alleen omdat theoretisch aan de vroegere onderscheiding de grondslag ontvallen is, maar ook en wèl hoofdzakelijk omdat praktisch tusschen de handelingen verricht in de eene en de andere betrekking geen kenmerkend verschil meer aanwezig is.

De wet smolt de beide betrekkingen inéén. Hierdoor is het, waar misdraging plaats vindt, te nauwnood te bepalen of deze den Advocaat, dan wèl den Procureur is ten laste te leggen.

Het daaruit telkens dreigend confict behoort te worden onmogelijk gemaakt.

En geschiedt dit op de bovenaangegeven wijze, dan zal tevens een eind zijn gemaakt aan de moeielijkheid welke zich thans bijna bij elke gelegenheid openbaart, de moeielijkheid om bij het begrooten van declaratiën, — naar de geldende wetten voor den Advocaat aan de Raden van toezicht, voor den Procureur aan den Voorzitter van het Rechtscollege, waarbij de zaak is aanhangig geweest, opgedragen — de juiste grenslijn te trekken tusschen de werkzaamheden in de eene en in de andere betrekking verricht. Dan ook zal het verschil in op te leggen straf zijn uitgewischt, een verschil hetwelk thans reeds te Amsterdam er toe aanleiding gaf dat een lid der Orde in zijne betrekking als Advocaat werd geschorst en ongestoord zijne werkzaamheden als Procureur voortzette, terwijl bij eene volgende gelegenheid van de zijde van het betrokken Rechtscollege ontzetting uit de betrekking van Procureur volgde, terwijl de Raad slechts ten tweede male schorsing kon uitspreken.

Het behoeft wel niet betoogd, dat op die wijze de straf veel van haar beteekenis verliest, afgezien nog hiervan, dat in werkelijkheid in het geschetst geval geen reden aanwezig was (en in soortgelijke gevallen ook wel nimmer zal aanwezig

zijn) waarom de persoon dien de straf gold, eerst zijne werkzaamheden als Advocaat niet, die als Procureur wel kon voortzetten, en later, nadat de termijn van schorsing was voorbijgegaan, als Advocaat kon blijven fungeeren; terwijl het door hem gepleegde feit den Rechter gewichtig genoeg voorkwam om hem de uitoefening van het Procuraat voor goed te ontzeggen.

Een laatste punt, waarop de Raad ingevolge het verzoek der Orde van Advocaten, Uwe aandacht wenscht te vestigen, betreft de tariefearing van het den Advocaten verschuldigd *honorarium*.

De Orde en de Raad met haar acht het wenschelijk dat die worde opgeheven. Er is geen reden aanwezig waarom den Advocaat de vrijheid wordt ontzegd welke aan zoovele anderen die hunne kennis ter beschikking stellen van degenen die haar behoeven, wordt gelaten in de bepaling der vergoeding welke zij daarvoor verlangen. Terwijl de geneeskundige, de bouwkundige, ja ieder werkman zelf den prijs van zijnen arbeid schat en aan het publiek wordt overgelaten dien al dan niet te bewilligen, heeft de Advocaat slechts de keuze tusschen niet-arbeiden of arbeiden tegen het salaris, hetwelk hem door de wet is toegekend.

Voor de handhaving van dit exceptioneel stelsel juist ten aanzien van den Advocaat is inderdaad geen geldige reden aantevoeren. En wierd misbruik geducht, dan zouden toch èn het toezicht van den Raad èn het recht van begrooting der declaratie dezen en, als het ware in hooger beroep, den Voorzitter van het betrokken Rechtscollegie gegeven, een voldoende waarborg inhouden tegen overdreven geldelijke eischen, door den Advocaat aan zijnen client gesteld.

Maar wierd de handhaving van een tarief volstrekt noodzakelijk geacht, dan zou wijziging van den thans geldenden maatstaf naar 's Raads oordeel onvermijdelijk wezen. Die maatstaf dagteekent van het jaar 1843, of eigenlijk reeds van vroegere eeuwen en alle betoog is overbodig dat sedert dat tijd-

stip de prijzen van alles wat voor geld te erlangen is, zoodanig gestegen zijn, dat bestendiging van het destijds vastgesteld honorarium den Advocaat in den even onbillijken als nadeligen toestand plaatst van alles veel duurder te moeten betalen dan in 1843 het geval was en niettemin voor zijnen arbeid niet meer te mogen berekenen dan hem toen werd toegekend.

De Raad ondervindt dan ook bijna zoo dikwerf hem eene declaratie ter begrooting wordt aangeboden, de groote moeielijkheid om aan den eenen kant aan het Reglement van 1843 als grondslag voor zijne begrooting vast te houden, aan den anderen kant recht te doen wedervaren aan, en billijke belooning toe te kennen voor den arbeid welke hem blijkt te zijn verricht. Voor de Raden van toezicht ware het een groot voorrecht indien de afschaffing van elke tariefeering hun volkomen vrijheid zoude verschaffen in hunne schatting. Maar een dringende eisch is het dat verhooging van den thans geldenden maatstaf hen ten minste in de gelegenheid stelle de hun toekomende taak te vervullen op zoodanige wijze dat het tarief, zonder aan de billijkheid te kort te doen, den grondslag hunner begrooting kunne uitmaken.

De Raad vertrouwt dat dit schrijven bij U een gunstig onthaal zal vinden en U er toe zal leiden de wijzigingen in overweging te nemen en aan den Koning voortedragen, welke door de Orde der Advocaten te dezer stede gewenscht, door den Raad U ten zeerste aanbevolen worden. Wierd nader onderzoek door U geraden geoordeeld, dan houdt de Raad zich overtuigd dat de in dit schrijven ontwikkelde bezwaren tegen de thans geldende bepalingen, algemeene instemming zullen vinden bij hen wier werkkring hen in staat stelt tot het opdoen der ervaring welke den Raad er toe leidde met onverdeelde instemming de wenschen van de Orde, aan welker hoofd hij de eer heeft te staan, ter kennis van Uwe Excellentie te brengen en Uwen invloed interoepen tot het verkrijgen der veranderingen, welke ten deele beoogen den rechtzoekenden goede en

betrouwbare rechtskundige hulp te waarborgen, anderdeels den stand der Advocaten te ontheffen van een band, voor allen onbillijk en vernederend, bovendien slechts drukkend juist voor hen, van wie misbruik het minst is te vreezen.

*De Raad van toezicht en discipline voor de
Orde der Advocaten te Amsterdam,*

AUG. PHILIPS,

Deken.

C. A. COSMAN,

Secretaris.

Het zal den opmerkzamen lezer niet ontgaan zijn, dat de Raad bij de toelichting van de wenschen der Orde meermalen verwijst naar den toestand, zooals die was vóór het in werking treden van de wet van 23 April 1879 en het ter uitvoering daarvan uitgevaardigd Koninklijk Besluit van 1 Juni 1879. Ik acht het daarom niet ondienstig met een enkel woord die vroegere regeling in herinnering te brengen. Vóór 1 Augustus 1879, den dag van het in werking treden, kon evenals nu, ieder die den graad van doctor in de rechten of de rechtswetenschap had verworven, zich als advocaat laten inschrijven. Daarentegen werd voor de betrekking van procureur eene aanstelling door den Koning vereischt en was het getal procureurs bij de rechtscolleges beperkt. Bovendien was in den regel het beroep van advocaat onvereinigbaar met de betrekking van procureur; slechts bij uitzondering kon aan dezen worden toegestaan om gelijktijdig het beroep van advocaat uitte oefenen. Aangezien nu in alle procedures, behalve in die voor het kantongerecht en in enkele andere speciale gevallen, de bijstand van een procureur verplichtend was gesteld, had deze regeling bij de beperkte bevoegdheid van dezen om te pleiten tengevolge, dat personen, die een proces wilden beginnen, meestal genoodzaakt waren niet alleen den bijstand van een procureur interoepen maar ook dien van een advocaat.

De procureurs toch mochten alleen pleiten bij de rechtbanken en dan ook nog maar — tenzij ze gegraduateerd waren — in zaken, welke door deze colleges in het hoogste ressort werden beslist. In ieder ander geval moesten partijen, wilden zij hunne zaak bepleit hebben en verlangden zij dit niet zelf te doen, de toevlucht nemen tot een advocaat. Doch niet alleen voor het bepleiten der zaak was de hulp van dezen noodig, ook voor het ontwerpen der dingtalen was zij natuurlijk veelal onmisbaar. Hoewel dus de wet den zoogenaamden dubbelen rechtsbijstand niet absoluut verplichtend had gesteld, kwam het in de toepassing toch vrijwel daarop neer.

Meer en meer ontstond tegen deze regeling verzet; men weet aan haar — en m. i. niet ten onrechte — de groote kostbaarheid en tevens den langen duur der processen. Langzamerhand ontwikkelde zich daaruit een algemeene aandrang tot wijziging en deze werd eindelijk zoo sterk, dat hij zich ook bij de regeering deed gevoelen. Het gevolg van een en ander was de totstandkoming van de boven aangehaalde wet en de uitvaardiging van het daar eveneens reeds aangehaald Koninklijk Besluit.

Met het bestaande stelsel werd voor goed gebroken. Voortaan kon ieder, die den graad van doctor in de rechten of de rechtswetenschap bezat, zich niet alleen als advocaat maar ook als procureur laten inschrijven. De aanstelling door den Koning verviel; daarvoor trad het vereischte van den doctoralen graad in de plaats. Tevens werd aan den procureur onbeperkte bevoegdheid verleend om te pleiten voor het rechtscollege, waarbij hij was toegelaten. De belangrijkste wijziging echter was wel deze: dat in de toekomst beide betrekkingen door eene en dezelfde persoon mochten worden vervuld. En hiermede was de langdurige strijd ten voordeele van den zoogenaamden enkelen rechtsbijstand beslecht en tevens de kiem gelegd voor het ontstaan van het thans zoo veelvuldig voorkomend beroep van advocaat-procureur.

Van klachten over deze nieuwe regeling werd tot dusverre in 't openbaar weinig vernomen. Toch schijnt ook zij niet te bevredigen, althans te oordeelen naar de daartegen in bovenbedoeld adres aangevoerde grieven.

Het hoofdbezwaar is naar het gevoelen der Orde gelegen in die bepaling van het Koninklijk Besluit van 1 Juni 1879 waarbij aan ieder, die den graad van doctor in de rechten of de rechtswetenschap bezit, het recht wordt verleend om op zijn verzoek toegelaten te worden als procureur. Volgens haar heeft de ondervinding geleerd dat de doctorale graad niet voldoende waarborgen biedt, dat hij, die in 't bezit daarvan is, ook inderdaad de belangen van rechtzoekenden als procureur naar behooren kan behartigen; ja nog erger, zij heeft bewezen dat zoo iemand is volslagen vreemdeling in de rechtspraktijk en ook dan, wanneer rechtskennis allerminst ontbreekt, ongeschikt voor zijne taak, zoodat hij — de rechtscolleges zouden het met beroep op tal van voorbeelden kunnen getuigen — maar al te dikwijls zijne cliënten tot slachtoffer maakt van hetgeen hem bij gemis van de noodige voorbereiding en voorlichting ontbreekt.

Het is inderdaad een zeer donker gekleurd tafereel dat de Raad hier ophangt van den rechtsbijstand ten onzent of, laat ik liever zeggen, van dien in de hoofdstad des rijks, want de ondervinding, waarop de Raad zich beroept, zal toch wel grootendeels dáár zijn opgedaan. Menigen lezer zal het vermoedelijk moeite gekost hebben om uittemaken wat hij daarin het meest moest bewonderen: de enorme zelfkennis, die de Orde toont te bezitten, dan wel de groote zorg voor de belangen van rechtzoekenden, die in 't adres doorstraalt. Hoe die beslissing echter ook moge uitvallen, in ieder geval zal hij volgaarne erkennen dat de leden der Orde van Advocaten te Amsterdam niet schromen hunne gebreken bloot te leggen, wanneer zij meenen dat zulks kan meewerken om in een beteren toestand te geraken. Voor de jongere leden der Orde

ware het wellicht van belang geweest, indien de nieuwsbladen van het adres geene melding hadden gemaakt, want het staat te bezien of iemand, die van dit over eigen hoofd geveld vonnis kennis nam, nog den moed zal bezitten om aan die leden de behartiging zijner processueele belangen optedragen. Gelukkig valt echter in dit donker tafereel nog één lichtpunt te onderkennen; de Orde toch heeft als een goed geneesheer niet alleen den aard en den oorsprong der gebreken opgespoord, maar zij heeft ook een middel weten te vinden om ze te genezen. Daar echter de sleutel van de kast, waarin dit middel is geborgen, niet onder haar berust, zou het nog wel eens geruimen tijd kunnen duren voordat het zal kunnen worden toegediend; immers het is niet waarschijnlijk dat de betrokken minister de door de Orde gewenschte wijzigingen aan den Koning zal voordragen, alvorens naar de daarvoor aangevoerde gronden een nader onderzoek te hebben ingesteld.

Welke resultaten zoodanig nader onderzoek zal opleveren valt natuurlijk a priori moeielijk te bepalen. Niettemin is er bij mij twijfel gerezen of daardoor in alle opzichten zal worden bevestigd, hetgeen naar het oordeel van de Orde door de ervaring is bewezen. Het trof mij toch meermalen dat, indien zoo nu en dan ter rolle der rechtscolleges van begane fouten bleek, veelal dezelfde personen daarbij betrokken waren, maar bovendien dat ze meestal een gevolg waren van onnauwkeurigheid, om niet te zeggen slordigheid. Aangezien de procureur voor alles belast is met de zorg voor eene behoorlijke vervulling van vormen en formaliteiten en voor de inachtneming der voorgeschreven termijnen, is het noodzakelijk dat hij accuraat zij in al hetgeen hij verricht. Niet ieder echter die den doctoralen graad in rechten of rechtswetenschap heeft erlangd, bezit nu ook die onmisbare eigenschap. Daarbij komt dan nog dat bij velen van de jonge procureurs de noodige ambitie voor hunne betrekking ontbreekt. Het is helaas een feit dat vele jeugdige rechtsgeleerden na hunne promotie zich laten inschrijven

als advocaat en procureur, niettegenstaande zij van den aanvang af de bedoeling koesteren om die betrekking zoo spoedig mogelijk weer vaarwel te zeggen. Zij willen iets te doen hebben tot zoolang eene andere betrekking van hunne gading gevonden is en het behoeft dus niet te verwonderen, dat zij niet den noodigen lust en ijver bezitten om zich voor hunne betrekking van procureur te bekwamen. Verschafte nu nog maar de vervulling van het procuraat eene aangename bezigheid, dan zou waarschijnlijk hunne ambitie nog wel worden opgewekt, doch het tegendeel is veeleer waar, want vele van de procureurs-werkzaamheden zijn van dien aard dat zij evengoed door een klerk zouden kunnen worden verricht. Dientengevolge dooft dan ook nog het laatste vonkje van ambitie bij dusdanige personen uit.

In de meening dat het kwaad voor een deel hierin schuilt word ik versterkt door de omstandigheid dat het adres juist van de Orde der Advocaten te Amsterdam uitgaat, want op geene andere plaats worden zooveel jeugdige rechtsgeleerden gevonden, die slechts tijdelijk het procuraat uitoefenen, terwijl daarenboven nergens de gelegenheid zoo groot is om in moeilijke gevallen den raad van oudere collegas in te winnen, die — het dient ter hunner eere gezegd — altijd met de meeste bereidwilligheid dien verstrekken.

Naast de hierbedoelde categorie van jonge procureurs staat echter eene andere, die het procuraat beoefent om zich daarin vereenigd met de advocatie een bestaan te verwerven. Voor hem, die daartoe behoort, levert zeer zeker de vervulling van de voor hem nieuwe betrekking in den eersten tijd ook moeilijkheden op, doch hij komt die wel te boven, indien hij, toegerust met de kennis van de hoofdbeginselen van de burgerlijke rechtsvordering (Art. 2 § 2 K. B. 27 April 1877, Stbl. no. 87) zich daarvoor moeite en inspanning wil getroosten. De wetenschap dat een gering verzuim dikwijls schromelijke gevolgen kan hebben voor het recht van zijnen client, zal hem

aansporen om op eene nauwkeurige naleving der voorgeschreven termijnen en formaliteiten te letten. Daarvoor is trouwe raadpleging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering natuurlijk een eerste vereischte, doch ook de bestaande formulierboeken kunnen hem daarbij onschatbare diensten bewijzen, wanneer hij ze met overleg zal weten te gebruiken. En mocht hij soms op moeielijkheden stuiten, dan behoeft hij zich niet te schamen, om raad te vragen bij een ouderen collega. Wel zal hij misschien gevaar loopen den rechter in 't begin eenig meerder werk te verschaffen omdat hem nog de routine ontbreekt, doch dat bezwaar legt al zeer weinig gewicht in de schaal, omdat die routine voornamelijk bestaat in het kennen van de eigenaardige gebruiken bij een bepaald rechtscollege in zwang en het gemis van die kennis zijnen client niet tot slachtoffer zal maken.

Ik geloof dan ook dat het kwaad geenszins zoo algemeen is als de Raad het doet voorkomen en dat een nader onderzoek van wege den betrokken Minister zou leeren dat menig jong gepromoveerde heeft bewezen wel voor zijne taak berekend te zijn. Maar aangenomen dat er niets overdrevens ligt in de voorstelling, die de Raad van den toestand geeft — en voor Amsterdam dient dit wel te worden aangenomen op zijn gezag — dan zal naar mijne wijze van zien toch veel van hetgeen op rekening van den jong gepromoveerde als procureur wordt gebracht, geboekt moeten worden in zijn debet als advocaat, m. a. w. indien de jeugdige rechtsgeleerde in de door hem gevoerde procedures fouten begaat, zal dat veelal zijn in zijne hoedanigheid van advocaat. Zijne taak is veel moeilijker en zijn invloed op den meer of minder gunstigen afloop eener procedure veel grooter dan die van den procureur. Terwijl deze als volgens de wet noodzakelijk tusschenpersoon tusschen de justiciabelen en den rechter zorg moet dragen voor den behoorlijken vorm, is de advocaat aansprakelijk voor den inhoud van hetgeen aan den rechter behoort te worden voorgedragen. Daarvoor wordt

echter eene groote mate van rechtskennis vereischt en juist deze ontbreekt nog al eens bij hen, die pas de hoogeschool hebben verlaten. Ik meen dan ook meermalen te hebben opgemerkt dat het gemis daarvan oorzaak was van de begane mislagen.

Niettemin wordt de schuld op den procureur geworpen; ik acht dat alleen verklaarbaar door dat het proces ten zijnen name wordt gevoerd. Ook in het adres wordt dat gedaan en toch heeft de Raad blijkbaar wel gevoeld dat de schuld niet alleen bij den procureur maar ook wel degelijk bij den advocaat ligt. Ik leid dat in de eerste plaats af uit het beroep op den vroegeren toestand »toen de jonge advocaat in den procureur vond een in den procesgang en het formeel gedeelte der procesorde doorkneed persoon, die hem, waar hij in dat opzicht tekort schoot, den weg wees, of, waar hij het spoor bijster was geworden, daarop terugbracht.» Dit kan op niets anders slaan dan op dat gedeelte van de rechtspraktijk dat tot de taak van den advocaat behoort, want met het formeele gedeelte van de procedure had deze zich destijds niet intelaten. En dat de procureur dit kon doen behoeft ons niet te verwonderen; de vroegere procureurs toch waren over 't algemeen ook het materieele recht zeer goed meester. Ware dat anders geweest, de wetgever van 1879 zou hun zeker niet de onbepaalde bevoegdheid om te pleiten hebben verleend. Maar ook de in 't adres gemaakte opmerking aangaande de kennis van de wetgeving op het zegel en de registratie wijst er op dat de Raad zulks gevoelde. Ik zou toch de vraag willen stellen of de kennis daarvan niet veel meer noodig is voor den advocaat. Wanneer men bedenkt hoe vooral de registratie-wetgeving dikwijls aan eene goede regeling van de rechtsverhouding tusschen partijen in den weg staat en meer dan eens oorzaak is dat iemand zijn recht of in 't geheel niet of niet zooals hij dat wel zou wenschen, kan laten gelden, moet daarop wel bevestigend worden geantwoord.

Hoe dat echter ook zij, voor rechtzoekenden maakt het al zeer weinig verschil of zij het slachtoffer worden van de mislagen van den jong gepromoveerde als procureur, dan wel van zijne fouten als advocaat. Zoowel in het een als in het ander geval is het evenwel voor hen van groot belang dat het middel worde gevonden om het kwaad te keeren. Waarin dat zal moeten bestaan hangt natuurlijk grootendeels af van het oordeel, dat men zich heeft gevormd omtrent de oorzaken van het kwaad. Geen wonder dus dat, nu ik daarin met den Raad van gevoelen verschil, ook het door hem aanbevolen middel bij mij geen genade kan vinden.

Het voornemen van den Raad om den dusgenaamden enkelen rechtsbijstand als bestaande instelling te eerbiedigen, heeft mijne volle sympathie. Iedere maatregel, die ten doel heeft daartegen te reageeren, acht ik reeds bij voorbaat verderfelijk, want m. i. zijn de voordeelen, welke dit stelsel boven het vroegere heeft en bestaande in de mindere kostbaarheid en den korteren duur der procedures, niet te duur gekocht voor de mogelijkheid dat de pas beginnende procureurs door gemis aan de noodige ervaring fouten kunnen begaan; te meer niet omdat het gevaar dat daarin voor rechtzoekenden schuilt, tot meer bescheiden afmetingen ware terugtebrengen.

Volgens het adres acht de Orde van Advocaten te Amsterdam dit bereikbaar door de invoering van een examen in „die takken van kennis, waarvan de beoefening aan de Hoogeschool door de meer theoretische richting dáár uit den aard der zaak heerschend, aan bezwaren onderhevig is, te weten: in de toepassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in de wetgeving op het zegel en de registratie“, en door tot het afleggen daarvan alleen toetelaten personen die gedurende een zekeren tijd bv. een jaar als advocaat bij een der rechtscollegiën in Nederland zijn ingeschreven geweest. Nog daargelaten, dat het aantal examens daardoor alweer met een zou worden vermeerderd, schijnt mij het middel gevaarlijk en tevens niet afdoende.

Gevaarlijk, omdat het in de praktijk zou kunnen leiden tot reactie tegen het bestaande stelsel, en niet afdoende, omdat het kwaad daardoor slechts voor een klein deel zou worden verholpen. Een noodwendig gevolg van dezen maatregel toch zal zijn dat het examen wordt afgenomen door eene commissie bestaande uit leden der rechterlijke macht en praktiseerende procureurs, en dan is, dunkt mij, het gevaar groot dat van den examinandus zal geeischt worden niet alleen kennis van de toepassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in zijn geheelen omvang en dus ook van datgene wat hem misschien nooit doch in ieder geval slechts hoogst zelden zal te pas komen, maar ook van de eigenaardige gebruiken — de zoogenaamde loopjes — bij bepaalde colleges heerschende. Op die wijze kan het niet uitblijven of de voorbereiding voor het examen zal veel studie en veel tijd vorderen, waarvan op zijn beurt weer 't gevolg zal zijn, dat bij de onzekerheid, die toch altijd blijft bestaan of men daarvan ook werkelijk later de vruchten zal plukken, slechts enkelen zich aan het procuraat zullen gaan wijden en daaronder in de eerste plaats natuurlijk zij, die door familiebetrekkingen en eene gunstige gelegenheid hebben om zich daarin te bekwamen en eene groote kans op eene goede praktijk.

Ongemerkt, hoewel niet bedoeld, en feitelijk, hoewel niet in de wet belichaamd, zou dan de vroegere regeling zijn herboren.

Doch toegegeven dat dit gevolg te voorkomen en mijne vrees overdreven zij, het middel zal toch geen doel treffen omdat het kwaad alleen wordt bestreden in zooverre het bij den jong gepromoveerde als procureur schuilt. Neemt men echter met mij aan, gelijk ik trachtte te betoogen, dat de grootste schuld ligt bij den jong gepromoveerde als advocaat, dan kan men met dat resultaat natuurlijk geen vrede hebben. Ik geloof dan ook dat een andere weg zal moeten worden ingeslagen, wil men met grond op verbetering kunnen hopen.

Tot den huidigen dag werd de Hoogeschool nog altijd beschouwd als en was zij maar al te zeer de plaats, waar de wetenschappen worden beoefend om der wille van de wetenschap zelve. Ook uit het adres blijkt dat de Raad dit denkbeeld nog aanhangt, immers de meer theoretische richting dáár heerschende wordt daarin voorgesteld als in den aard der zaak te liggen. Dat de toestand feitelijk zoo is geef ik volmondig toe, maar dat hij niet zoo moest zijn staat bij mij evenzeer vast. Ik beken gulweg niet te begrijpen hoe men zal kunnen verdedigen dat, terwijl verreweg de meesten onder de bezoekers onzer Hoogescholen dáár zich komen en ook moeten voorbereiden voor het beroep dat zij zich als levensdoel hebben gekozen, bij het academisch onderwijs nauwelijks rekening wordt gehouden met de eischen, die dat beroep hun zal stellen. Doch om mij tot het behandelde onderwerp te bepalen, waarom wordt van de studenten in de rechtsgeleerdheid, waaruit de leden der rechterlijke macht en de advocaten en procureurs zullen moeten worden gerecruteerd, wel geëischt kennis van de encyclopaedie der rechtswetenschap en van de grondbeginselen der staathuishoudkunde, welke hun betrekkelijk weinig in de uitoefening van hun beroep zal te pas komen, niet echter de kennis van de wetgeving op het zegel en de registratie, die voor hen van 't grootste belang is om de hun wachtende taak naar behooren te kunnen vervullen? Waarom de toekomstige leden der rechterlijke macht en de advocaten en procureurs slechts ten halve geleerd, wat zij later ten volle zullen moeten weten, m. a. w. waarom de kennis van de Nederlandsche burgerlijke rechtsvordering en strafvordering beperkt tot de hoofdbeginselen? Waarom de wetenschap zoo angstvallig van elke aanraking met het praktische leven onthouden, zoodat de gelegenheid om de opgedane kennis ook praktisch te leeren toepassen ten eenemale ontbreekt? Ik acht dat alles slechts verklaarbaar op grond van historische traditiën, waarmede het echter tijd is voor goed te breken. De wetenschap dient voeling te houden met het leven. Wil men

zich in ons land de weelde van vier Hoogescholen blijven veroorloven, dan kan ik daarin desnoods berusten, mits drie daarvan althans zoodanig worden ingericht dat zij de gelegenheid bieden om die theoretische en praktische kennis op te doen welke onmisbaar is voor die beroepen en betrekkingen, waarvoor eene academische opleiding vereischt wordt; de overblijvende zal dan de verzamelplaats kunnen worden van hen, die de wetenschappen om der wille van de wetenschap zelve wenschen te beoefenen. Op die wijze zal tevens eens voor al de mogelijkheid zijn uitgesloten dat b. v. sommige gedeelten van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel, waarvan de kennis èn voor de leden der rechterlijke macht èn voor advocaten en procureurs een dringend vereischte mag worden genoemd, tal van jaren buiten behandeling blijven.

Alhoewel ik overtuigd ben, dat het geneesmiddel voor de bestaande gebreken in die richting moet worden gezocht, zou ik niet durven beweren dat daarmede het ideaal eener goede regeling van den rechtsbijstand ten onzent zal zijn bereikt. De waarborg dat de jong gepromoveerde nu ook die innerlijke eigenschappen, welke voor eene behoorlijke uitoefening van de advocatie en het procuraat noodig zijn, bezit, blijft ontbreken, doch de kans daarop is grooter geworden. Voor 't overige zal aan de justiciabelen moeten worden overgelaten om te beslissen wien zij de behartiging hunner processueele belangen het best meenen te kunnen toevertrouwen. Evenals men aan een zieke de vrijheid laat om een geneesheer te kiezen, ofschoon niet ieder, die het radicaal van arts bezit, voor zijne taak in alle opzichten berekend is, zoo zal men ook den rechtzoekende de keuze moeten laten van een advocaat en procureur. Door invoering van het door mij aanbevolen stelsel zal de wetgever gedaan hebben wat in billijkheid van hem kan worden gevorderd.

En hiermede stap ik af van het in de eerste plaats in het adres behandelde punt, om nog met een enkel woord het

tweede en derde te behandelen. Ik kan mij volkomen vereenigen met het verlangen van de Orde dat er éénheid worde gebracht in het toezicht op hen, die als advocaat en procureur werkzaam zijn, vooral ook in verband met de moeielijkheid die zich thans telkens voordoet bij het begrooten van declaratiën. Na de invoering der wet van 23 April '79 en het Koninklijk Besluit van 1 Juni van datzelfde jaar is het procuraat als afzonderlijk beroep een anachronisme. Eene consequente toepassing van het beginsel, dat aan beide ten grondslag ligt, had hare afschaffing moeten meebrengen, met toekenning aan den advocaat van de thans nog uitsluitend aan den procureur toegekende bevoegdheden. Daarmede ware dan tevens aan den wensch der Orde tegemoet gekomen.

Ook de afschaffing der tariefearing van het honorarium der advocaten acht ik met de Orde gewenscht; ik zou echter dit ook willen uitstrekken tot het tarief voor de procureurs. De gronden, die voor de afschaffing in 't adres worden aangevoerd, schijnen mij afdoende. Na lezing daarvan zal men moeite hebben zich voor te stellen, dat nog iemand voor de handhaving daarvan in de bres zou willen springen. Dit had m. i. de Orde dan ook moeten weerhouden om subsidiair op verhooging aan te dringen.

En hiermede is de taak, die ik mij gesteld had, ten einde. Mochten mijne beschouwingen er toe kunnen meewerken om de aandacht der wetgevende macht op de in 't adres behandelde punten te vestigen, dan acht ik mij ruimschoots voor mijne moeite beloond.

Amsterdam, 16 October 1890.

BOEKBEOORDEELINGEN.

*Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch
Burgerlijk Recht*, door Mr. C. ASSER met
medewerking van Mr. PH. W. VAN HEUSDE.
*Eerste deel, tweede druk; 1889. Tweede deel,
bewerkt door Mr. C. ASSER, 1890.*

Niettegenstaande ik mij tot verschillende personen om inlichting dienaangaande gewend heb, heb ik van niemand kunnen te weten komen, waarom over dit werk, dat toch bekend genoeg is, en waarvan de uitgave reeds in 1886 begonnen werd, tot heden in dit tijdschrift gezwegen is. Al wat ik daaromtrent zeggen kan, is, dat het niet te wijten is aan de tegenwoordige redactie, die zich gehaast heeft, het zeker onwillekeurig gepleegd verzuim te herstellen. En evenmin is daarvoor aansprakelijk de schrijver dezer regelen, die reeds bij de verschijning der eerste aflevering haar in de Gids (1886, dl. IV blz. 148) besproken heeft.

Thans door de redactie der Themis uitgenoodigd om de beide tot op heden verschenen deelen aan te kondigen, voldoe ik daaraan gaarne. Toeh ontveins ik mij de eigenaardige moeilijkheden, verbonden aan het bespreken van een werk als het onderhavige, niet. Leidt men eene monografie bij den lezer in, dan pleegt men eerstelijk het stelsel des schrijvers te ontwikkelen, en daarna op te geven, in hoeverre men door zijne argumentatie overtuigd is, of wel bij vroegere meeningen meent te moeten volharden. Maar daarvan kan hier, èn om den aard van het werk, dat meer het mededeelen van algemeen aangenomen resultaten dan het voordragen van nieuwe opvattingen beoogt, èn om den omvang der beide deelen, die het geheele personen- en zakenrecht behandelen, geene sprake zijn.

Daar komt bij, dat in den regel, als men eenig boekwerk aankondigt, men zich op het standpunt kan stellen, alsof men

den lezer iets nieuws mededeelt, en daardoor eene zelfstandige kennisneming af- of aanraadt. Maar ook dit komt niet te pas, waar het een boek geldt, welks eerste deel reeds binnen weinig jaren een tweeden druk mocht beleven. In de kringen, waarvoor het werk bestemd is, is het dus reeds zoo goed bekend als mijne aanbeveling het zou kunnen maken, en is deze ook daarom overbodig, omdat het publiek ze niet heeft afgewacht alvorens zich het boek aan te schaffen.

Onder deze omstandigheden meen ik best te doen met, in aansluiting aan hetgeen ik in de Gids schreef, den algemeenen indruk weer te geven, dien de methode der schrijvers, waarover thans beter dan toen te oordeelen valt, op mij blijft maken. Ik wensch daartoe de laatste aflevering kortelijk te doorloopen, om de aandacht te vestigen op wat tot toelichting dier methode strekken kan, en daarbij enkele punten ter sprake te brengen, die ik bij het doorlezen voor mij zelven aantekende.

Gelijk reeds uit den titel blijkt, maken de schrijvers er geene aanspraak op, hun werk naast de groote standaardwerken van DIEPHUIS en OPZOOMER eene plaats te zien innemen: veeleer behoort het tot de categorie der leerboeken van DE PINTO en VAN HALL; ja, waar deze laatste slechts een deel van het Eerste Boek geeft, zou men hen als vervolgers van hetgeen hij begon, kunnen aanmerken. Het is eene *handleiding* bij de beoefening van het recht, dus vooral bestemd tot leidraad voor studenten, en zoekt hen op de hoogte te brengen van ons geldend burgerlijk recht door in de eerste plaats in korte stellingen de definities en voornaamste rechtsregels weer te geven, die dan verder met het oog op doctrine en jurisprudentie worden ontwikkeld en toegelicht.

In beide onderdeelen, die men als tekst en bijgevoegde verklaring zou kunnen onderscheiden, schijnen mij de schrijvers even gelukkig te slagen. De regels zijn kort en duidelijk gesteld, als om van buiten geleerd te worden; de uitwerking geeft genoeg om de zaak op te helderen, en niet zooveel, dat

de lezer gevaar loopt er door in verwarring te worden gebracht.

Bepaaldelijk in het polemiseeren zijn de schrijvers zeer sober. Wel besparen zij niet altijd den wetgever of den rechter een woord van kritiek, maar dit blijft eene uitzondering; op den voorgrond treedt telkens de ontwikkeling van de bedoeling des wetgevers, en de mededeeling der resultaten, waartoe eene ruim vijftigjarige toepassing der wet geleid heeft.

Van daar, dat ik de lezing van zulke werken als het thans besprokene niet alleen voor studenten onmisbaar, maar voor alle juristen aanbevelenswaardig acht.

Kritiek is uitstekend als middel om tot verbetering van onjuiste of verouderde voorschriften te komen; maar, als men zich te veel daarmede bezig houdt, vergeet men zoo licht, dat die verbetering zelve zich nog wel wat zal laten wachten, en, als zij komt, zeker den een evenzeer mishagen zal als zij door den ander zal worden toegejuicht. Inmiddels is onze taak het bestaande recht zoo goed mogelijk toe te passen, en dit kan het best bevorderd worden, als men zich onbevangen afvraagt, niet, wat naar de bijzondere meening van dezen of genen billijk of rechtmatig wezen zou, maar wat de wetgever heeft gewild. Leveren zijne woorden aanvankelijk zwarigheden op, dan is het beter moeite te doen om ons te verplaatsen in de voorstellingen en opvattingen, die bij onze oude juristen golden, en allicht eene oplossing zullen geven, dan terstond gereed te staan om den staf te breken over hetgeen ons minder duidelijk voorkomt.

Te veel kritiek doet zoo spoedig schade aan den eerbied jegens den wetgever, en belemmert aldus datgene, waar het ons toch in de eerste plaats om te doen moet zijn: eene goede rechtspraak. Men behoeft dan ook slechts zelf een tijdlang bezig geweest te zijn aan het ontwerpen eener nieuwe wet, of zelfs maar het jongste product op dit gebied, het Deutsche ontwerp, onder den invloed van eenen geleerde als WINDSCHEID tot stand gekomen, ter hand te nemen om zacht te leeren

oordeelen over de zoogenaamde tekortkomingen onzer wetgevers. Vooral de Fransche wet, met hare korte en heldere voorschriften, die tot in al hunne resultaten mogen worden toegepast, begint men dan met bewondering aan te zien: maar ook datgene, wat onze eigen wetgever er aan toegevoegd heeft, blijkt dan van dien aard te zijn, dat het de vergelijking met het werk van anderen meestal gerust doorstaan kan.

Na deze uitweiding keer ik terug tot het boek der heeren ASSER en VAN HEUSDE, en wel bepaaldelijk tot het slot van het tweede deel, aan de rechten van hypotheek en retentie gewijd.

In plaats van de zes afdeelingen, waarin onze wetgever het *hypotheekrecht* afgedeeld heeft, stelt de Schrijver (daar blijkens den titel de heer ASSER het tweede deel alleen bewerkt heeft, kan ik verder het enkelvoud gebruiken) er twaalf: 1. aard en omvang van het recht, 2. voorwerpen van hypotheekrecht, 3. wie hypotheek kunnen geven, 4. voor welke verbintenissen hypotheek kan worden verleend, 5. vorm der hypotheekstelling, 6. inhoud der akte, 7. inschrijving, 8. werking van het hypotheekrecht, 9. invloed van faillissement of staat van kennelijk onvermogen op het recht van hypotheek, 10. te niet gaan van hypotheeken, 11. doorhaling der inschrijvingen, 12. openbaarheid der registers, verplichtingen en verantwoordelijkheid der hypotheekbewaarders.

In de *eerste* afdeeling trof mij het historisch betoog, dat pand en hypotheek aanvankelijk niet tegenover elkander stonden als verband op roerend en onroerend goed, maar als verband met en zonder bezitoverdracht; alleen doordien het verpanden van roerende zaken met behoud van haar bezit langzamerhand evenzeer in onbruik geraakte als het verpanden van onroerende zaken met overdracht daarvan, hebben zich de voorstellingen gevormd, die thans hieromtrent heerschende zijn. Voorts wordt herinnerd, hoe onder het Romeinsche recht, waar hypotheeken voor derden onbekend konden blijven, misbruiken mogelijk

waren, die alleen door strafbepalingen schenen voorkomen te kunnen worden, en zelfs een eigen delict, het stellionaat, d. i. het als vrij aanbieden van met hypotheek bezwaarde goederen, in het leven hebben geroepen. Daar tegenover staat het Duitsche stelsel, dat niet van strafbepalingen maar van openbaarheid heil verwacht, en in zooverre ook door onzen wetgever gehuldigd wordt. Wat mij aangaat, de juistheid der voorstelling beamend zou ik er de vraag aan willen verbinden, of bijzondere voorschriften omtrent dat stellionaat, dat in art. 711 W. v. B. R. gedefinieerd en op verschillende plaatsen in onze wetgeving genoemd wordt, thans nog wel eenige reden van bestaan hebben.

De definitie, door den schrijver van het hypotheekrecht gegeven, wijkt eenigszins af van die, welke in art. 1208 B. W. voorkomt, maar sluit zich aan bij die, welke hij van het pandrecht aangenomen had. Dit laatste is volgens hem „een zakelijk recht op eens anders — daartoe uitdrukkelijk door inbezitstelling verbonden — roerende zaak, strekkende om daarop de voldoening eener verbintenis bij voorrang te kunnen verhalen.” De omschrijving van hypotheek is gelijklopend, behoudens dat de zaak wordt aangeduid als „eens anders bepaalde — daartoe uitdrukkelijk verbonden — onroerende zaak.” Door deze wijze van behandeling komt de verhouding tusschen pand en hypotheek duidelijk uit. Alleen zou men kunnen vragen, waarom het woord „bepaald” wel hier, niet bij pand is opgenomen; eene zaak is uit haren aard bepaald, en, voor zoo ver dit aan twijfel onderhevig geacht kan worden, zou de tegenstelling kunnen leiden tot de opvatting, alsof de eisch van specialiteit bij pand niet gelden zou.

Vergelijkt men de aangehaalde definitie met die onzer wet, dan is zij in zoover vollediger, dat uitdrukkelijk gezegd wordt, dat de zaak moet zijn „eens anders zaak.” De mogelijkheid van hypotheeken, die voorloopig op eigen goed gevestigd worden, om later in omloop te worden gebracht, gelijk in Frankrijk onder

de heerschappij van het decreet van 9 Messidor an III gedurende enkele jaren bestaan heeft, en in Pruisen sedert de wet van 5 Mei 1872 nog bestaat, is daarmede voor ons recht principieel uitgesloten.

In de *tweede* afdeeling viel mijne aandacht op de stelling, dat, indien een met hypotheek bezwaard vruchtgebruik door vermenging of afstand te niet gaat, deze hypotheek daardoor niet zou vervallen. Al moge zij ontleend zijn aan *DIERHUIS*, komt het mij voor, dat de daarvoor aangevoerde redenen meer in *jure constituendo* dan in *jure constituto* gegrond zijn. Immers hoe zal men, zonder eene nadere regeling in de wet, een vruchtgebruik executeeren, dat de eigenaar zelf gefingeerd zou moeten worden op zijn eigen goed uit te oefenen?

In de *vierde* afdeeling meen ik te mogen wijzen op de behandeling der zoogenaamde crediet-hypotheek. Dat men bij voorbaat eene hypotheek verleenen kan ten behoeve van verbintenissen, die eerst later zullen ontstaan, werd reeds in het Romeinsche recht aangenomen, en wordt ook thans niet betwijfeld. Maar eene andere vraag is, of zulk eene hypotheek rang heeft van den dag harer inschrijving, dan wel het accessoir karakter van het hier bedoelde recht medebrengh, dat zij eerst geldt van het oogenblik, dat eene werkelijke schuld bestaat. Natuurlijk bedoelen partijen het eerste, en ook de jurisprudentie heeft zich in dien geest gevestigd. Maar twijfelachtig is de zaak zeker, en, mogen wij tusschen de regels van den heer *ASSER* lezen, dan schijnt de tegenovergestelde leer, wat het *jus constitutum* aangaat, hem juister toe. Een en ander is genoeg om geheel over te nemen zijne conclusie, waar hij de behoefte uitspreekt eener wettelijke voorziening, en met aanhaling van art. 14 van het Ontwerp 1870 herinnert, hoe gemakkelijk het punt te regelen zou zijn.

In de *zesde* afdeeling zag ik met ingenomenheid, hoe de gelegenheid, dat art. 1219 B. W. eene opgave van het goed naar de kadastrale indeeling eischt, wordt aangegrepen om,

met verwijzing naar een opstel van den heer J. BOER Hz. in den *Economist* 1881, de geschiedenis en de tegenwoordige inrichting van ons kadaster nader uiteen te zetten. Wel hebben de kadastrale plans uit zich zelf geene bewijskracht ten civiele, maar toch komt het dikwijls voor, dat zij als bewijsstukken in rechte worden gebezigd; doordien partijen bij het verrichten van handelingen ten aanzien van onroerende goederen die plans en afmetingen tot grondslag daarvan hebben doen strekken. Wenschelijk is het dus, dat de jurist, zich onthoudende van de dwaling, waarin de leek vaak vervalt, van aan het kadaster te groote waarde toe te kennen, van zijne zijde niet vervalle in de even groote fout om daaraan alle beteekenis in rechte te ontzeggen. De mededeeling van onzen schrijver is genoeg om hem voor dit gevaar te vrijwaren, en deelt omtrent deze belangrijke instelling althans zooveel mede als elk jurist behoort te weten.

Terecht wordt daarbij opgemerkt, dat, wilde men aan het kadaster eene absolute bewijskracht ten aanzien der grenzen verzekeren, eene ingrijpende verandering van wetgeving noodig zou zijn; vermoedelijk zou eene nieuwe meting, uitgaande van onwrikbaar vaste punten, moeten geschieden met medewerking van alle tegenwoordige eigenaren en rechthebbenden. Daar die op talloze moeilijkheden afstuiten zou, is het resultaat, dat men wel zal doen zich vooreerst te vergenoegen met het vele goede, dat de regeling ten onzent in ieder geval oplevert.

In dezelfde afdeeling wijs ik op de behandeling der vraag, of de noodzakelijkheid om den schuldeischer a priori in de akte te noemen vereenigbaar is met den somtijds voorkomenden vorm van obligatieleeningen, waarbij aan de houders van schuldbrieven aan toonder recht van hypotheek wordt toegekend. De heer ASSER herinnert, dat de praktijk zich redt door het aanwijzen van trustees, die zoowel bij het verlijden der hypotheekakte als bij het uitoefenen der daaruit voortvloeiende rechten als vertegenwoordigers der obligatiehouders

optreden; maar voegt daaraan terecht toe, dat ook ten deze eene stellige wetsbepaling gewenscht mag heeten, waardoor de geldigheid van zoodanige inschrijving werd erkend, en tevens regelen gesteld omtrent de verdere bevoegdheid dier vertegenwoordigers, en hunne vervanging bij overlijden of ontslag. Het Ontwerp 1870 gaf hier iets, maar niet genoeg.

Van een ander middel om hypothecaire rechten gemakkelijker te doen overdragen dan thans mogelijk is, t. w. het toelaten eener hypotheek aan order, zwijgt onze Schrijver. In Frankrijk bestond zij reeds vóór de revolutie, en is zij niettegenstaande het stilzwijgen van den Code Napoleon in gebruik gebleven; in 1850 heeft men getracht haar door eene wijziging van art. 2126 C. N. te regelen, maar het daartoe strekkend ontwerp is nooit tot wet verheven. In eenige Duitsche landen heeft men de in het nieuwe Ontwerp behouden hypotheekbrieven, extracten uit het grondboek, die gemakkelijk verhandelbaar zijn, en den houder het recht geven om, mits hij de rechtmatigheid der overdracht bewijze, de rechten van hypotheekhouder uit te oefenen. Ten onzent is voor zoover ik weet de wenschelijkheid dezer instelling nog niet uitgesproken; toch zou zij ook hier aan eene bestaande behoefte kunnen voldoen. Niet alleen dat de nieuwe verkrijger op die wijze zonder veel kosten en moeite in de plaats van zijn voorganger treedt, maar hij verkrijgt (en dit is de hoofdzaak) een zelfstandig recht, onafhankelijk van de verweringen, die de schuldenaar aan zijne bijzondere rechtsbetrekking tot dien voorganger ontleenen kon. Eene dergelijke instelling, bij onze beide nabuurvolken bekend, had, dunkt mij, althans eene korte vermelding verdiend.

In de *zevende* afdeeling wordt de inschrijving opgevat als middel om aan den eisch van publiciteit uitvoering te geven; en worden de beide daaromtrent bekende stelsels, het positieve en negatieve, zoowel historisch als wat hunne toepassing aangaat, ontwikkeld. Vermeld mag daarbij worden, dat ook de

nieuwste regeling, die in enkele landen buiten Europa ingevoerd is, maar ook hier de aandacht begint te trekken, het z. g. Torrens-stelsel, niet vergeten is. Met verwijzing naar het onlangs uitgegeven geschrift van den reeds genoemden heer BOER, wordt daarvan eene uiteenzetting gegeven, die tot de slotsom voert, dat het, van de beide andere stelsels vele elementen overgenomen hebbende, de voordeelen van beide oplevert, met vermijding zooveel mogelijk van de daaraan verbonden nadeelen.

Natuurlijk is het hier de plaats niet om in eene nadere ontwikkeling van dit belangrijke onderwerp te treden; maar tegenover de aanbeveling des schrijvers zou ik willen vragen, of eene invoering ten onzent niet dadelijk zou afstuiten op dezelfde zwarigheid, die hij zelf tegen het positieve stelsel aanvoert; t. w. de gebrekkige inrichting van ons kadaster. Eene andere moeilijkheid zou ik voorloopig zien in de mogelijkheid, dat de afgegeven eigendomsbewijzen gestolen worden of op andere wijze in het ongerechtvaardigd bezit van derden geraken. Het gemak van verhandelbaarheid in gewone gevallen wordt hier opgewogen door het groote gevaar, dat of de ware eigenaar loopt, of de derde, die te goeder trouw de bewijzen overneemt. Wil men daartegen geen waarborgen geven, die het stelsel zouden doen overgaan in het zoogenaamde positieve, dan dunkt mij, dat er na de overname al spoedig weer een aantal brochures te verwachten zou zijn over „het gevaar, om in Nederland geld op hypotheek te schieten.“

In de *achtste* afdeeling wijs ik er eerst op, dat eene algemeene verplichting aangenomen wordt van den eigenaar om tegen elke waardevermindering te waken, die aan zijne schuld of onachtzaamheid geweten zou kunnen worden. Dat die verplichting niet alleen voor den derden eigenaar bestaat (art. 1251 B. W.), wordt afgeleid uit art. 1307; terwijl er verder op gewezen wordt, dat het den schuldeischer echter weinig zou baten, indien hem eene persoonlijke vordering tegen den schuldenaar werd toegekend. Dit erkennend meen ik toch te mogen opmerken,

dat men den schuldeischer zou kunnen helpen door hem een recht van toezicht op de handelingen des schuldenaars, zooals in de §§ 1072 vgg. D. O. geregeld is, toe te kennen.

In dezelfde afdeeling wordt behandeld het beding van onherroepelijke volmacht tot verkoopen; en wordt duidelijk ontwikkeld, hoe zich dit historisch ontwikkeld heeft. Volkomen terecht wordt nadruk gelegd op het misverstand, waartoe de niet begrepen uitdrukking „procuratio in rem suam” aanleiding kan geven, en inderdaad bij menigeen gegeven heeft. En geheel deel ik het resultaat, waartoe schrijver komt, dat het beding zoo standvastig in elke akte van eerste hypotheek voorkomt, dat de wet zonder eenig bezwaar evenals bij pand den schuldeischer van rechtswege de bevoegdheid tot eigenmachtigen verkoop zou kunnen toekennen.

Tot hetzelfde resultaat komt de schrijver ten aanzien van het beding, dat de eerste hypothecaire schuldeischer maken kan, om bij willige verkooping de zuivering uit te sluiten. Bedenkt men, dat de bevoegdheid, aan den eigenaar gelaten, om zijne zaak op een wellicht zeer ongeschikt oogenblik te verkoopen, de belangen des crediteurs ernstig benadeelen kan, en de tegenwoordige regeling niet veel meer is dan eene transactie tusschen die bevoegdheid en het daartegenover staand absoluut verbod, dan schijnt er alle reden om verder te gaan dan de wetgever van 1838 deed. Nu het beding regel is geworden, en het publiek dus van de aangenomen transactie niet gediend blijkt te zijn, is er voldoende aanleiding om bij inderdaad willige verkooping, d. z. die, welke door den eigenaar zelven geschieden, geene purge toe te laten.

Een laatste beding, waarop ik hier de aandacht vestig, is dat, waarbij den schuldeischer, in geval van brandschade aan het bezwaarde perceel overkomen, een recht wordt toegekend op de assurantie-penningen. Terecht wijst de schrijver er op, hoe vele gevallen overblijven, waarin de artt. 297 en 298 W. v. K. alle toepassing missen; het ontwerp 1870 had in

sommige leemten daaromtrent voorzien door aan het hierbedoelde beding reële werking toe te kennen. Wellicht ware daarbij de vermelding niet misplaatst geweest, dat èn het reeds vermelde Fransche ontwerp van 1850 èn het tegenwoordige Duitsche Ontwerp verder gaan, en den crediteur een directe aanspraak op de assurantiepenningen geven. Toch zullen er altijd bezwaren overblijven, en zal de schuldeischer het verstandigst handelen met op eigen naam zijn eigen belang te verzekeren.

Terwijl ik hiermede afscheid kan nemen van het hypotheekrecht (men zal begrijpen, dat de paragrafen, waarin enkel het thans geldend recht weergegeven wordt, ofschoon verreweg de meeste plaats innemende, mij tot geene bijzondere opmerkingen leiden) wensch ik ten slotte nog te wijzen op het laatste, in de door mij besproken aflevering voorkomende hoofdstuk; gewijd aan het recht van terughouding (*retentie*).

Na wederom de geschiedenis van het instituut behandeld en er op gewezen te hebben, dat het in strijd is met onze wet daaraan eenig recht van executie en voorrang te verbinden, geeft schrijver zijne definitie. Zij luidt, dat het hierbedoelde recht is de bevoegdheid, door de wet in bepaalde gevallen aan iemand toegekend, om eens anders zaak, die hij onder zich heeft, en die hij verplicht is af te geven of te ontruimen, zoolang onder zich te houden totdat voldaan is aan eene hem toekomende (doorgaans tot die zaak betrekkelijke) vordering.

Naar aanleiding van deze omschrijving, welke hij verdedigt tegen enkele bij andere schrijvers voorkomende ruimere opvattingen, ontwikkeld hij de navolgende stellingen:

1. het recht wordt *door de wet in bepaalde gevallen* toegekend; de gevallen zelve, eene vrij bonte verzameling vormende, worden, voor zoover ik heb kunnen nagaan, volledig opgegeven.
2. om het recht uit te oefenen moet men de daartoe betrekkelijke zaak *onder zich hebben*; eene vordering om weder in het feitelijk bezit der ontvreemde of verloren zaak te geraken, zooals de pandhouder heeft, wordt den retentor nergens toegekend.

3. de eenige werking van het recht is daarin gelegen, dat men de zaak *onder zich mag houden*, zoolang de tegenvordering van den retentor bestaat; het is dus veel beperkter dan pandrecht.

4. het recht duurt totdat de vordering *geheel is voldaan*; het is dus ondeelbaar.

De Schrijver eindigt met op het streven in verschillende wetgevingen te wijzen om, inzonderheid in zaken van koop-handel, het retentierecht belangrijk uit te breiden, door aan kooplieden over en weder wegens handelsschulden recht van terughouding toe te kennen op alle goederen, die zij ter zake van koophandel van hunnen schuldenaar onder zich hebben, en daaraan de bevoegdheid tot verkoop en een voorrecht op de opbrengst te verbinden. In Duitschland en Zwitserland heeft men dien weg ingeslagen en ook ten onzent zijn in die richting stemmen opgegaan, waarbij de Juristen-vereeniging zich aangesloten heeft. Juist acht ik echter Schrijvers opmerking, dat zoodanig gewijzigd recht nauwelijks meer retentierecht kan worden genoemd, en veeleer eene soort van wettelijk pandrecht zou worden.

Op de verdere ontwikkeling dezer stellingen meen ik vooral de aandacht te mogen vestigen, omdat zij mij voorkomt bijzonder geschikt te zijn om de methode van het geheele werk te leeren kennen. In geene wetgeving, ook de onze niet, is, gelijk de Schrijver herinnert, het onderwerp als leerstuk behandeld en ontwikkeld. Toch heeft hij begrepen, dat zijne voorstelling der zakelijke rechten niet volledig was, indien ook niet daaraan eene, zij het bescheiden, plaats werd ingeruimd. Uit de onderling vrij afwijkende bepalingen der wet, en de betrekkelijk weinige dissertaties en tijdschrift-artikelen, die de literatuur van het onderwerp vormen, heeft hij getracht al hetgeen hieromtrent ten onzent rechtens is, in een wetenschappelijk stelsel samen te vatten. Geen beter voorbeeld kon men wenschen van de methode der Schrijvers, die zich niet bepalen tot eene verklaring der wetboeken, maar hun werk

zooveel mogelijk maken tot eene volledige handleiding bij de beoefening van het geheele in ons land geldende burgerlijke recht.

Onwillekeurig ben ik, de methode van het werk besprekend ten aanzien der schrijvers weer het meervoud gaan gebruiken ik hoop en vertrouw dan ook, dat bij volgende afleveringen mijn vriend VAN HEUSDE zijne medewerking weder inderdaad verleenē zal. Die afleveringen blijf ik met belangstelling tegemoet zien, niet het minst wanneer de schrijvers tot het obligatie-recht genaderd zullen zijn. De moeilijkheden bij dit onderwerp zullen niet gering zijn; meer dan andere deelen heeft het zich in de laatste jaren mogen verheugen in beoefening en kritiek, niet altijd van opbouwenden aard. Moge het hun gegeven worden, die bezwaren te overwinnen, en den arbeid, waarin, zij nu reeds verder gevorderd zijn dan vele hunner voorgangers, tot een goed einde te brengen.

P. R. FEITH.

*Bepalingen uit Nederlandsche wetboeken en algemeene
maatregelen van bestuur betrekkelijk de Gemeente-admini-
stratie bijeenverzameld door W. BOOMSMA.*

Blijkens den titel en de inleiding van bovenstaand werkje is de strekking daarvan te geven eene verzameling van bepalingen, welke toepassing en uitvoering de medewerking van den Burgemeester of van de gemeentebesturen vordert, voor zoover deze nog niet in eene afzonderlijke uitgave zijn bijeengebracht. Het was zeer zeker een loffelijk doel, dat de Schrijver zich voor oogen stelde; ieder oogenblik toch komen de gemeentebesturen in aanraking met voorschriften uit wetten en Koninklijke besluiten, die zij òf in de afzonderlijke Staatsbladen òf in lijvige verzamelingen daarvan hebben op te zoeken. Hun die taak te verlichten was blijkbaar des Schrijvers bedoeling. Ik meen echter te mogen betwijfelen, of de uitgave, die onder bovenstaanden titel het licht heeft gezien, wel geheel aan dat doel beantwoordt. Het is mij nl. in de eerste plaats niet duidelijk in hoeverre bv. de artt. 140—173 B. W. en eveneens de bepalingen uit dat wetboek betreffende voogdij, curatele, handlichting en vermoedelijk overlijden eenig verband houden met de gemeente-administratie; toch zijn al deze wetsartikelen en nog vele andere opgenomen in het door den S. gegeven uittreksel van het B. W. Het uittreksel uit het Wetboek van Strafrecht is uit zijnen aard zeer uitgebreid; het aandeel toch dat de gemeente neemt in de handhaving der strafwet, verplichtte ongetwijfeld den S. om nagenoeg het geheele wetboek in zijne uitgave op te nemen. Het komt mij echter voor, dat in deze materie een ieder verstandiger doet het wetboek zelf, dat toch ook niet te lijvig is, ter hand te nemen, dan zich op een uittreksel te vertrouwen, dat op vrij willekeurige wijze sommige bepalingen daaruit weglaat.

Immers wat kan den S. bewogen hebben om in zijne uitgave wèl op te nemen de artt. 121 en 122, betreffende het uiteenjagen van eene vergadering der Staten-Generaal, de artt. 217 en 219, handelende over de valsheid in rijkszegels en rijksmerken, en niet bv. het bekende art. 427, de klip waarop zoovele gemeenteraden bij het vaststellen hunner verordeningen verzeilen? Ook mis ik hier o. a. het in 1887 aan art. 71 toegevoegde n^o. 3, regelende de verjaring van overtredingen van den B. S., hetwelk toch m. i. in deze uitgave thuis behoort.

Veel oordeelkundiger is het uittreksel gekozen uit het Wetb. van Strafvordering; bepalingen echter als van art 289 (schending van den eerbied aan de openbare macht) en artt. 386—390 (gevangenneming door het politiek gezag) hadden daarin niet mogen ontbreken. Daarentegen zouden, naar mijne meening voorschriften als van artt. 394 volg. Wetb. van Kooph., betreffende het huren van scheepsofficieren enz., in een werkje ten dienste der gemeente-administratie gevoegelijk kunnen worden gemist.

Om ten slotte een enkel woord te zeggen over het zest al opgenomen Koninklijke besluiten, hiermede heeft m. i. de S. beter zijn doel bereikt. Met uitzondering van het eerste, dat van 5 Jan. 1884, regelende de vergoeding voor reis- en verblijfkosten ter zake van dienstverrichtingen in 's *Rijks* belang, raken de opgenomen besluiten inderdaad alle de gemeente-administratie; en daar het meerendeel nog niet in afzonderlijken vorm is uitgegeven, was het eene goede gedachte van den S. in deze leemte te voorzien. Jammer echter is het, dat de latere aanvullingen dier algemeene maatregelen (zooals bv. die van art. 13 van het Kon. besl. betreffende de leenen en studiebeurzen) in afzonderlijke supplementen daaraan zijn toegevoegd, in plaats van in eens den text te geven, zooals deze thans luidt, en dat de bepalingen betreffende de banken van leening niet op algeheele volledigheid kunnen bogen, daar

de besluiten van 24 Mei 1828 en 15 Jan. 1829 daarbij niet zijn opgenomen.

Daar aan het werkje een handig formaat en een duidelijke, goed gecorrigeerde text gegeven zijn, is het des te meer te betreuren dat de S. uit den rijken voorraad zijne onderwerpen zoodanig heeft gekozen, dat het boekje, naar ik vrees, in de praktijk van weinig nut zal zijn.

Mr. N. CRAMER.

Das Recht im Irrenwesen, von EDUARD AUGUST
SCHROEDER; Zürich und Leipzig, 1890.

Nadat de Fransche wet betreffende het staatstoezicht op krankzinnigen van 1838 zich in eene dertigjarige waardeering had mogen verheugen, begonnen zich in de laatste jaren vóór 1870 stemmen te verheffen, die luide verkondigden dat de persoonlijke vrijheid door die wet niet voldoende beschermd, aan de geneeskundigen eene ongehoorde macht toegekend werd. Allengs verhieven die stemmen zich luider; het wantrouwen — eenmaal opgewekt — uitte zich in krassere bewoordingen; niet alleen roerde de dagbladpers de groote trom, maar ook mannen van de wetenschap kwamen met hervormingsplannen voor den dag, welke aan de vermeende misbruiken een einde zouden maken. Van deze laatste pogingen is die van GAMBETTA en MAGNIN ongetwijfeld de merkwaardigste; in 1870 dienden zij een wetsontwerp in, dat met forsche hand de bestaande orde van zaken omverwierp en de beslissing der vraag, of iemand in een krankzinnigengesticht zal geplaatst worden, aan eene Jury van twaalf personen opdroeg.

Het is dit — nimmer tot wet verheven — ontwerp hetwelk den Heer SCHROEDER de aanleiding tot, het uitgangspunt van zijne studie is geweest. Deze studie is met veel talent geschreven; de auteur heeft frissche en oorspronkelijke denkbeelden en weet die doorgaans in helderen, duidelijken en boeienden vorm uit te drukken, zoodat het werk zich aange-naam laat lezen. Te betreuren is het evenwel, dat zijn betoog-trant zich kenmerkt door zekere hartstochtelijkheid en declamatie, zekere zucht naar theatraal effect, door gemis van de in een wetenschappelijk werk zoo vereischte objectiviteit, — eigenschappen die ook de Memorie van Toelichting der Heeren GAMBETTA en MAGNIN ontsierden. — Wij zullen nu trachten

den gedachtengang van het werk in het kort zoo juist mogelijk weër te geven, daarbij vóór oogen houdende het in de Voorrede door den schrijver zoo terecht aan den lezer gerichte verzoek om niet enkele zinsneden uit haar verband te rukken, maar steeds het geheel in onderling verband en samenhang te beschouwen.

Er zijn vele maatschappelijke instellingen, die — hoewel uit een goed en gezond beginsel ontsproten — thans algemeen worden afgekeurd, omdat de misbruiken, oorspronkelijk in geringe mate aan die instellingen verbonden, in den loop der tijden reusachtige afmetingen hebben aangenomen. Met de inquisitie, de heksenprocessen, het gildewezen, de veem- en lynchgerechten is het aldus gegaan; het hedendaagsche krankzinnigenwezen vertoont denzelfden karaktertrek. De misbruiken, voorkomende bij de verschillende genoemde instellingen, vertoonen zich *hier* allen te zamen. Bijna overal is de regeling van dit onderwerp hoogst onvolkomen; zij rust op grondslagen die op geen ander gedeelte van het rechtsgebied te vinden zijn, en werpt beginselen omver die overal elders voor heilig worden gehouden (1).

Na eene zeer korte uiteenzetting (2) van de voornaamste wetgevingen (waarbij die van Duitschland de slechtste, die van Frankrijk de beste wordt gerekend) komt de schrijver tot de beantwoording der vraag, welke de oorzaken dier onvolkomenheid zijn. De voornaamste oorzaak ligt in den te grooten invloed aan de geneeskundigen toegekend. De geneeskundige wetenschap is tegenwoordig oppermachtig; hare dienaren hebben over de leeken dezelfde macht als de priesters in vorige eeuwen; zij hult zich in een waas van geheimzinnigheid, stelt zich op een veel te hoog standpunt en vergeet te bedenken, dat hare taak slechts in genezing bestaat. De arts wordt in de tegenwoordige krankzinnigenwetgeving tot *rechter* verheven; ziehier de groote

(1) Bladz. 3—7.

(2) Bladz. 12—15.

fout! Deze fout is des te bedenkelijker, omdat niet alleen oppervlakkigheid, gemakzucht en ijdelheid bij de onderzoekingen der geneeskundigen vaak een grooten rol spelen, maar ook de „esprit de corps” onder hen zoo groot is, dat de één nimmer zal erkennen dat de ander in zijn oordeel gedwaald heeft. En diezelfde geneeskundigen, door de wet zoo hoog verheven, kunnen zich zoo weinig boven de heerschende meeningen en de vooroordeelen verheffen, dat — waar het openbaar gerucht iemand als krankzinnig heeft gebrandmerkt — zij zich daarbij nederleggen en geen twijfel aan de juistheid van deze uitspraak koesteren (1).

De schrijver gaat zich nu op geneeskundig (psychiatrisch) gebied bewegen en betoogt, dat de meeste verschijnselen, door de artsen als kenteekenen van krankzinnigheid aangemerkt, alle waarde en beteekenis als zoodanig missen. Wij zullen hem op deze omzwervingen niet volgen; evenmin daàr waar hij te velde trekt tegen de verwarring der begrippen „krankzinnigheid” en „hersenziekte” en als zijne meening te kennen geeft, dat velen — hoewel lijdende aan eene acute ziekte der hersenen — toch van het standpunt van het recht niet als krankzinnig kunnen en mogen worden beschouwd (2).

Belangrijker voor ons is het volgende gedeelte, waarin meer in het bijzonder de bezwaren tegen de hedendaagsche wetgevingen worden uiteengezet. (3) In de eerste plaats wordt de persoonlijke vrijheid te laag geschat, daar zij wordt opgeofferd aan de genezing. De persoonlijke vrijheid is het hoogste goed des menschen, nog kostbaarder dan de gezondheid; daarom mag zij slechts dan worden beperkt, als de krankzinnige zich aan een vergrijp tegen de openbare orde schuldig maakt. In de tweede plaats is de wijze van plaatsing des krankzinnigen

(1) Bladz. 16—25.

(2) Bladz. 25—36.

(3) Bladz. 36—79.

in een gesticht ten hoogste afkeurenswaardig, omdat aan dergelijk geding hetzelfde ontbreekt als aan de middeleeuwsche veemgerichten: het recht van verdediging des beklagden, en de openbaarheid. Eindelijk — wat wel het toppunt van onrecht mag genoemd worden, zóó dat de willekeur hier ongestrafter heerscht dan op eenig ander gedeelte van het rechtsgebied — de wetgever geeft aan hem, die ten onrechte in een gesticht werd geplaatst, geen middel om zijne bezwaren en klachten te uiten en aan het publiek het ware licht over zijn toestand te doen opgaan. De „onschuldige veroordeelde“ aarzelt zijne bezwaren kenbaar te maken uit vrees om opnieuw in een gesticht te worden geplaatst, uit vrees voor de ruchtbaarheid die de zaak zal krijgen; hij heeft de ellendige wijze van procederen reeds bij ondervinding leeren kennen en weet dat de arts, die hem *toen* krankzinnig verklaarde, nooit zijn ongelijk zal erkennen, en dat diens collega's — om de eer van den stand op te houden — òf zijn oordeel zullen onderschrijven òf zullen zeggen dat thans niet meer de vroegere toestand is te constateeren. En zóó kon 't gebeuren dat hoewel de krankzinnigenwetgeving eene menigte offers heeft geëischt, nimmer één daarvan in eere is hersteld. (1)

Op nog twee merkwaardige hoofdstukken willen wij de aandacht vestigen; op dat over de „benadeeling der gezondheid“ en dat over den zelfmoord. In het eerste wordt de gemoeds-

(1) De bezwaren tegen de *behandeling* der krankzinnigen in de gestichten zijn hoofdzakelijk: de dwangbuizen en cellen, en de geheele afzondering van de buitenwereld. Met veel van hetgeen hieromtrent gezegd wordt zouden wij ons — natuurlijk van ons leekenstandpunt — gaarne vereenigen. Eveneens met schrijver's opmerkingen over het wenschelijke van het verrichten van landbouw- en tuinbouwwerkzaamheden, en het nut van veelvuldige bezoeken der gestichten door gemengde commissies. Eene groote onbillijkheid vindt schr. gelegen in de omstandigheid, dat slechts aan den *vermogenden* krankzinnige een curator wordt toegevoegd, zoodat den *onvermogenden* nu ook niemand ter zijde staat, die voortdurend toezicht op zijne persoon houdt.

toestand van hem, die niet krankzinnig in een gesticht geplaatst werd, beschreven, de opwinding en angst, die zich van hem blijft meester maken zelfs nadat hij ontslagen is, en die hem ten slotte in den geestelijken afgrond slingert. In het tweede komt de schrijver tot de slotsom, dat ontelbare slachtoffers der hedendaagsche regeling tot zelfmoord gekomen zijn, dat ontelbare menschen, die — hoewel gezond — in een gesticht geplaatst werden, er de voorkeur aan gegeven hebben een einde aan hun bestaan te maken, boven het voortleven onder den vloek van eene hun ten onrechte toegeschreven krankzinnigheid. (1)

Dat het eindoordeel des schrijvers allermint gunstig is, zal na het voorafgaandē wel niemand verwonderen. Nogmaals wordt er op gewezen, hoe door de bestaande regeling het rechtsgevoel gekrenkt wordt, en besloten met de uitspraak: „Im Irrenrechte bleibt noch alles zu thun.“

Het strekt den schrijver voorzeker tot lof, dat hij zich met deze afbrekende critiek niet heeft tevreden gesteld, maar door zelf een wetsontwerp aan de hand te doen getoond heeft ook in opbouwenden geest te willen werkzaam zijn. Deze Codex, door eene uitvoerige toelichting voorafgegaan, behelst 83 artikelen. (2) Hem in hoofdzaak mededeelen zullen wij niet; slechts dat gedeelte willen wij in het kort weêrgeven, dat over de plaatsing in een gesticht handelt en dat de meest eigenaardige uiting is van den hiervóór meêgedeelten gedachtengang van den schrijver.

Slechts hij mag krankzinnig verklaard worden, die voor de maatschappij of hare leden gevaarlijk is (of kan worden), hetzij doordat hij het besef van goed en kwaad, van recht en onrecht verloren heeft, hetzij door geheele en voortdurende ontoerekeningsvatbaarheid, hetzij door vervolgingswaan of ongegronde

(1) Bladz. 79—86.

(2) Bladz. 97—132; 135—152.

wraakzucht. Deze verklaring geschiedt door een bijzonder Gerechthof. Het initiatief wordt genomen door het Openbaar Ministerie op aanvraag van een privaat persoon, de politie of een krankzinnigenarts. Eerst heeft het verhoor van den verzoeker en getuigen plaats. Daarna verschijnt de verdachte zelf vóór het Hof, vergezeld van een rechtsgeleerde en een door hem gekozen arts; ook een door het Hof opgeroepen dokter woont dit onderzoek bij. In tegenwoordigheid van den verdachte worden de getuigen nogmaals gehoord; op iedere bewering hunnerzijds mag door hem en zijn rechtsgeleerden raadsman geantwoord worden. Vordert het Openbaar Ministerie dat de lijder in voorloopige bewaring worde genomen, dan gebeurt dit slechts als de beide geneeskundigen van de wenschelijkheid daarvan overtuigd zijn; is dit niet het geval, dan wordt eene nieuwe bijeenkomst gehouden, waarbij *nog* twee artsen tegenwoordig zijn, en in welke het éénstemmig oordeel van drie hunner wordt vereischt. Eindelijk heeft eene openbare zitting plaats, waarin op gelijke wijze als in een strafgeding de zaak wordt behandeld. Het Hof bestaat uit vier leden. Het „schuldig“ of „niet schuldig“ wordt uitgesproken door eene Jury. Deze bestaat uit 36 leden, van welke het Openbaar Ministerie en de verdachte een gelijk aantal mogen wraken, totdat er 12 leden overblijven. Slechts indien van die twaalf minstens *negen* het „schuldig“ uitspreken, kan het Hof den persoon krankzinnig verklaren.

Het mag een opmerkelijk verschijnsel genoemd worden, dat — terwijl het onderwerp der krankzinnigenwetgeving weinig boeiends schijnt te bevatten en de gemoederen vrij koud laat — er één punt is nl. het vraagstuk der plaatsing in een gesticht dat in alle landen de harten heeft warm gemaakt en tot hartstochtelijken, ja! fellen strijd heeft aanleiding gegeven. Om van Frankrijk en Engeland, waar heel wat pennen over dit onderwerp zijn in beweging gebracht, te zwijgen, wijzen wij voor ons land op het geschrift van Dr. DONKERSLOOT „de

krankzinnige tegenover de wet en de maatschappij», waarin met kracht te velde getrokken wordt tegen de door onze wetten (van 1841 en 1884) vereischte rechterlijke machtiging. Wij hadden reeds vroeger gelegenheid op het overdrevene dier bezwaren te wijzen (1) en als onze meening uit te spreken, dat als een heilzaam toezicht en vooral om hare negatieve werking (het tegenhouden van pogingen tot opsluiting van niet-krankzinnigen) de rechterlijke machtiging als vereischte moet behouden blijven. Intusschen erkennen wij gaarne, dat, zoo wij genoodzaak waren te kiezen, wij nog liever met het stelsel van den betreurden Nederlandschen psychiatricus dan met de theorieën van den Heer Schroeder zouden medegaan. Diens hartstochtelijke beschouwingen (2) over het gilde der geneeskundigen lezende komen wij tot de slotsom òf dat daarin schromelijke overdrijving schuilt òf dat de toestand daar ginds zoo bekrompen, middeleeuwsch en verdorven is, dat een «arm Oostenrijk!» ons over de lippen zou moeten komen. Naar onze meening is de krankzinnige in ieder geval een *zieke* en moet dus aan de geneeskundigen — onder bekrachtiging van de rechterlijke macht — de beslissende stem gegeven worden. En nu moge de schrijver uitvoerig betoogen, dat «krankzinnigheid»

(1) In „het Staatstoezicht op de krankzinnigen” (proefschrift, 1888).

(2) Slechts enkele staaltjes. Op blz. 20 heet het „Aber auch im allgemeinen spielt das Interesse des ärztlichen Standes eine grosse Rolle auf dem Gebiete des Irrenwesens. Je mehr es Geistesranke gibt desto mehr Irrenärzte kann es geben.” Wordt een gezond mensch in een gesticht geplaatst en vertoonen zich dan bij hem geene aan de wetenschap reeds bekende teekenen van krankzinnigheid, dan „wird nun nach neuen Symptomen gesucht, der arme Pseudopatient bewacht, untersucht und in fortwährender Aufregung erhalten weil der Arzt gar nicht an die Möglichkeit denkt einen Gesunden vor sich zu haben (blz. 21). Eindelijk (blz. 22): „Ist einmal irgendwo das Gerücht verbreitet, das jemand irrsinnig sei oder war, so glaubt dies der Arzt ebenso wie andere, er kann sich von dem Einflusse klatschhafter Gerüchte ebensowenig befreien wie sonst jemand: er unterliegt dem Vorurteil der Zeit und des Ortes wie jeder andere.”

niet identisch is aan „hersenziekte“, dit bewijst slechts dat de krankzinnigenarts niet alleen op den lichamelijken, stoffelijken toestand van den patiënt moet acht geven, maar ook op het onstoffelijk gebied van het geestes- en zieleven zich moet thuis gevoelen, in de geheimen *daarvan* moet weten door te dringen. Nooit kan daaruit volgen, dat de arts zijn gezag in deze zou moeten nederleggen om voor het groote publiek plaats te maken. De stelregel, dat in zaken van krankzinnigheid het publiek de beste rechter is en dat men slechts gezond verstand en een goed waarnemingsvermogen behoeft te hebben om over het bestaan eener zielsziekte te kunnen oordeelen, is hoogst bedenkelijk en gevaarlijk. De wetenschap der zielkunde is eene schoone maar moeilijke wetenschap; zij heeft met enkele harer zusters dit gemeen, dat de leek, de oningewijde — aangetrokken door haar populair karakter — zich gaarne tot haren priester opwerpt. Aan dat leekenoordeel valt natuurlijk weinig waarde te hechten. Waarde bezit — hier gelijk elders — slechts de meening der deskundigen; en, bedrieg ik mij niet ten zeerste, dan heeft het onzer Nederlandsche maatschappij nooit berouwd, dat zij aan die meening haar groot gewicht heeft toegekend, en niet getracht heeft de artsen te verdringen van het hooge standpunt, dat zij ook op psychiatrisch gebied terecht innemen.

Het met overtuiging verdedigde systeem, waarin de krankzinnige niet als zieke beschouwd wordt, voert de schrijver geheel logisch door; hij stelt de vermeende zielenlijders gelijk met aangeklaagden en wil de plaatsing in een gesticht doen voorafgaan door een uitvoerig strafgeding. Gebrek aan consequentie mag men hem voorzeker niet verwijten. Toch past ons andermaal de vraag, of de oplossing, door hem aan het zeer moeilijke vraagstuk gegeven, den toets eener grondige critiek kan doorstaan. Wij kunnen de bedenking niet weerhouden, dat deze procedure — met haren omhaal van getuigenverhooren en debatten, eindigende in eene openbare terechtzitting — wordt veroordeeld en uit het oogpunt van het belang des lijders, dat eene

spoedige opneming in het gesticht vordert, en uit dat van het kieschheidsgevoel der bloedverwanten, die terecht zullen opzien tegen de behandeling der zaak in tegenwoordigheid van een nieuwsgierig en schandalenminnend publiek, en dus — ten nadeele van den lijder — met de plaatsing allicht langer dan wenschelijk zullen dralen; ten slotte dat zij geene betere waarborgen aanbiedt tegen het opnemen van niet-krankzinnigen (want daarom is het ten slotte te doen) dan b.v. het in onze wet van 1884 aangenomen stelsel. (1) Onzes inziens moeten die waarborgen vooral gezocht worden in de vereischten, gesteld aan de geneeskundige verklaring. De zeer uitvoerige en langs den weg van een voortdurend ontwikkelingsproces tot belangrijke hoogte gebrachte wetgeving van Engeland geeft ons daarvan het voorbeeld. En wat Frankrijk betreft, het is opmerkelijk dat daar, waar de instelling der Jury zoo welig tiert, het door GAMBETTA en MAGNIN ingediend wetsontwerp — in hoofdzaak geheel overeenstemmende met het door SCHROEDER ontwikkelde systeem — bijna overal tegenstand heeft ontmoet. Voor de beoordeeling van het al of niet bestaan eener zielsziekte werd de zoo populaire instelling geheel ongeschikt geoordeeld; en omtrent het bedoelde ontwerp werd in een van wege de Commission de Médecine Légale uitgebracht rapport afkeurend gezegd: «Elle considère l'aliéné comme accusé d'un crime, la perte de la raison. Elle nous reporte à un siècle en arrière» (2).

Ten slotte nog een woord over de definitie van «krankzinnigheid», door den schrijver gegeven. Wij erkennen, dat aan het aanwijzen van eene juiste en scherpe grens groote moeilijkheden zijn verbonden, zóó dat onze wetgever van 1884 zich — in tegenstelling van zijn voorganger — daaraan niet gewaagd heeft en de zaak geheel aan de wetenschap heeft overgelaten.

(1) In verband met de zware straf, door artikel 228 Swb. bedreigd tegen den geneeskundige, die opzettelijk eene valsche verklaring afgeeft.

(2) Annales d'hygiène publique, 1870.

Ook de genoemde definitie komt ons verwerpelijk voor, omdat zij als criterium aanneemt de gevaarlijkheid (of mogelijkheid daartoe) des lijdens voor de maatschappij of hare leden. Nimmer kan dus een niet-gevaarlijke tegen zijn wil in een gesticht geplaatst worden. Maar dan zal ook dikwijls den ongelukkigen lijdens de weg der genezing worden afgesneden. Men zegge nu niet, dat die genezing even goed *thuis* kan geschieden en dat de familieleden liever door liefdevolle verzorging het lijden van hun krankzinnigen bloedverwant moeten trachten te verzachten dan hem tegen zijn wil in een gesticht plaatsen. Immers het behoeft geen betoog, dat èn het verblijf in een gesticht, waar alles op de behandeling van zielenlijders is ingericht, voordeelen aanbiedt, die zelfs eene zorgzame huiselijke verpleging zal moeten derven, èn zich tal van omstandigheden kunnen voordoen, waardoor die huiselijke verpleging wordt verwaarloosd en — zonder tot bepaalde misbruiken aanleiding te geven — machtig veel te wenschen overlaat. De krankzinnige zelf is — dikwijls althans — de minst geschikte persoon om te beslissen, waar hij het best verpleegd zal worden. Daarom moeten zijne betrekkingen de bevoegdheid hebben hem daar te brengen, waar naar *hemme* meening de verpleging de beste zal zijn. Niet om redenen, ontleend aan de openbare orde of het belang der maatschappij, maar in het belang van den lijder zelven moet de wet hun die bevoegdheid toekennen.

S. J. M. v. GEUNS.

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

Dr. C. P. BURGER JR. *De beperkte aansprakelijkheid van den schuldenaar in het hedendaagsche en in het oude zee-recht. Leiden 1889.*

De schrijver van dit werk, aan de Leidse Hooge School verdedigd ter verkrijging van het doctoraat in de rechtswetenschap, was reeds vroeger tot Doctor in de klassieke letteren bevorderd. De breede opvatting van het onderwerp der juridische dissertatie, het grondig historisch onderzoek, de merkwaardige beschouwingen, ook van taalkundigen aard, waartoe de „Rhodische wet“ den schrijver aanleiding geeft, — al deze eigenaardige verdiensten van het door ons aangekondigde werk heeft men voorzeker te danken aan de veelzijdige ontwikkeling van den schrijver, jurist-philoloog.

Intusschen, ook afgescheiden van deze bijzondere verdiensten en alleen als rechtsgeleerde studie beschouwd, is dit proefschrift merkwaardig.

Men pleegt te zeggen dat zij die het onderwerp hunner dissertatie aan het *handelsrecht* ontleenen, reeds daardoor blijk geven dat zij de studie ernstig opvatten en niet slechts schrijven om aan de bepaling der wet te voldoen. Is de opmerking juist, — wat ik niet wil beoordeelen, — dan geldt zij zeker in dubbele mate voor de onderwerpen, aan het zeerecht ontleend, omdat dit ongetwijfeld het moeielijkste gedeelte van het handelsrecht is.

De schrijver dezer dissertatie heeft echter niet alleen door de keuze van het onderwerp zijn moed bewezen, maar tevens door de wijze van behandeling getoond volkomen berekend te zijn voor de niet gemakkelijke taak door hem aanvaard.

Al dadelijk verdient de verdeling der stof de aandacht. *Eerst* de uiteenzetting van het positieve Nederlandsche zeerecht van onzen tijd. *Daarna* de geschiedkundige ontwikkeling in de oudheid en in de middeleeuwen. Ten slotte, in Hoofdstuk IV, de kritiek en de aanwijzing van des schrijvers standpunt, de ontwikkeling zijner eigen theorie.

Bij dergelijke onderwerpen is het meestal wenschelijk te beginnen met een volledige uiteenzetting van het *bestaande*. Alleen waar die is voorafgegaan, kan de historische behandeling en de filosofische beschouwing met vrucht geschieden.

De uiteenzetting van het hedendaagsche Nederlandsche recht (waarbij de beperkte aansprakelijkheid achtereenvolgens in verband wordt beschouwd met de bodemerij, het loon der schepelingen, het abandon, de vordering wegens schade aan de lading, de aanvaring, de op schepen bevoorrechte schulden en de verbintenissen die ten laste der goederen komen), verdient allen lof. Met groote nauwkeurigheid, volledigheid en scherpzinnigheid worden die verschillende onderwerpen door den schrijver behandeld. De schrijver geeft ook voortdurend blijk van zijne zucht om zelfstandig te oordeelen en niet aan den leiband van andere auteurs te loopen. Misschien gaat hij hierbij wel eens wat te ver. Zoo keurt hij het af dat ik in mijn *Handelsrecht* de bodemerij in dezelfde afdeeling heb behandeld als de verzekering en niet in die van „de scheepvaart en het vervoer te lande.” Wel geeft de Heer BURGER toe dat, zoo als ik het uitdrukte, „de bodemerijgever zich min of meer op het standpunt van den zee-assurateur plaatst” daar hij ook de gevaren eener zeereis voor zijne rekening neemt, maar hij toont aan dat er toch in andere opzichten groot verschil tusschen beide contracten bestaat. Wie zal het ontkennen? Ik zeker niet.

Over het algemeen geeft de Heer BURGER bij de toelichting der positieve rechtsbepalingen blijk van helder oordeel: zijne conclusiën komen mij meestal juist voor. Om echter te bewijzen dat ik alles nauwkeurig gelezen heb, wil ik enkele punten aanstippen, waarentrent ik mij met des schrijvers gevoelen niet kan vereenigen.

Bl. 31—32 vinden wij de leer verkondigd dat volgens art. 345, 2de lid, Wetb. van Kooph., de schipper niet slechts tegenover den rechthebbende op de goederen, maar ook tegenover de *reederij* voor schade aan de lading aansprakelijk is, zoo hij niet op eene der drie in het artikel genoemde wijzen

zijne *onschuld* aantoont. Bewijs van ontrouw of schuld zou dus ook van de zijde der reederij niet noodig zijn. Tot dit besluit komt de schrijver door de volgende redeneering. De belanghebbende bij de lading kan de *actio recepti* niet slechts tegen den *schipper*, maar, krachtens Art. 321, 1ste lid W. v. K. ook tegen de *reederij* instellen. Is dit laatste geschied en de reederij veroordeeld de schade te vergoeden, zonder dat ontrouw of schuld van den schipper bewezen is, dan valt, zoo schrijft de Heer BURGER, deze schade „onder de bepaling „van art. 345a; de reeder heeft daarvoor verhaal tegen den „schipper.“ Volkomen juist, maar dit verhaal, dat, zooals de schr. zelf opmerkt, wordt beheerscht door Art. 345a, kan alleen worden uitgeoefend voor zoover de reeder bewijst dat de schade door schuld of ontrouw van den schipper veroorzaakt is. De gevolgen van het *receptum* werken slechts tusschen den schipper of reeder en den rechthebbende op de door den schipper overgenomen lading. Misschien heeft de schrijver deze onderscheiding niet uit het oog verloren, maar het tegendeel zou kunnen worden afgeleid uit de door hem gebezigde uitdrukkingen (bl. 31): „Alleen wanneer hij eene der drie genoemde oorzaken kan bewijzen, wordt hij van schadevergoeding „ontheven; kan hij dit niet, dan is hij *aansprakelijk*. Tegenover „wien is nu de schipper tot vergoeding gehouden? In de eerste „plaats natuurlijk tegenover dengene die de uitlevering der „goederen van hem kan vorderen.“ Maar ook tegenover den reeder „want ook hij kan (krachtens art. 321) door de daad of het verzuim van den schipper schade lijden.“ De verschillende rechtsverhouding is hier niet scherp genoeg geformuleerd.

Afzonderlijk behandelt de Heer BURGER de wetsbepalingen waarin de actie op grond van *bewezen ontrouw of schuld* van den schipper (of het scheepsvolk) geregeld wordt. (Art. 349, 452a, 707 Wetb. van Kooph.) De Schr. betoogt dat deze bepalingen met elkander in volkomen overeenstemming, maar met den regel van Art. 321 in strijd zijn.

Tk kan dit niet toegeven. De drie genoemde artikelen verklaren schip en vracht voor de daarin genoemde actiën verbonden, maar zij sluiten geenszins de bij art. 321 vastgestelde persoonlijke aansprakelijkheid des reeders uit. Trouwens, ware dat anders, dan zou de zonderlinge autinomie ontstaan dat bij de actie *ex recepto* (art. 345, 2de lid) — waar dus schuld of ontrouw *niet bewezen* behoeft te zijn — degene die schade heeft geleden, een *beter recht* heeft dan bij de op bewezen schuld of ontrouw steunende actie (art. 349 enz.), daar toch in het eerste geval, krachtens art. 313, 10° W. v. K. mede het *schip* bij voorrang verbonden is. Aan deze inconsequentie heeft m. i. de wetgever zich niet schuldig gemaakt. Art. 349 kan, naar mij voorkomt, geheel gemist worden, en behoorde zelfs te vervallen, daar het vrij zonderling is, hetgeen ook zonder bewijs van schuld of ontrouw geldt, nog eens uitdrukkelijk te bepalen voor het geval dat eene dezer schade-oorzaken bewezen is. Art. 313, 10° W. v. K., dat thans de bepalingen van art. 345, 2° en van art. 349 afzonderlijk opneemt, zou dan ook anders kunnen luiden en eenvoudig kunnen gewagen van de vordering van rechthebbenden op de lading wegens geleden schade of verlies. De beteekenis van art. 707 W. v. K. is hoofdzakelijk, aan de daar omschreven schade het karakter van *bijzondere avarij* toe te kennen. In plaats van de enuntiatieve opsomming had de wetgever kunnen volstaan met de woorden: „schade aan de koopmanschappen overkomen door alle ongevallen uit opzet of achteloosheid van den schipper” enz. of nog beter: „schade aan de koopmanschappen, waarvoor de schipper verantwoordelijk is,” want de schade, die onder het bereik van art. 345, 2de lid W. v. K. valt, is ook bijzondere avarij. *Bewijs van schipper's schuld* is daartoe niet noodig.

Het avarij-grosse-recht geeft den schr. aanleiding tot het behandelen der vraag, of de inlander die schade door werping uit nood geleden heeft, alleen den schipper tot vergoeding kan

aanspreken, terwijl deze dan het bedrag in avarij-grosse kan omslaan — of wel die inlader rechtstreeks de andere inladers tot betaling der door elk verschuldigde bijdrage kan aanspreken. De Heer BURGER beantwoordt de vraag in eerstbedoelden zin en oordeelt dat de rechtstreeksche actie tot omslag slechts bij uitzondering door de wet wordt toegekend (namelijk wanneer de schipper daarmede in gebreke blijft en voorts in het geval van art. 733 W. v. K.)

De Heer TICHELAAAR (Rechtsgeleerd Magazijn, Dl. IV bl. 279) bestrijdt deze meening en acht des Schr. leer, dat ten gevolge van werping uit nood tegen den schipper een actie kan worden ingesteld *bepaald onjuist*, omdat deze zich op *overmacht* zou kunnen beroepen. De vergissing is hier, intusschen, aan de zijde van den Heer TICHELAAAR. De werping, toch, van goederen tot behoud van schip en lading, al heeft zij uit nood plaats, kan nimmer als een geval van *overmacht* worden aangemerkt: ware zij dit, dan zou van geene avarij-grosse sprake kunnen zijn. Avarij-grosse onderstelt steeds schade *opzettelijk* veroorzaakt (of wel gemaakte kosten). Terecht meent dan ook de Heer BURGER dat de eigenaar van het geworpen goed den schipper kan aanspreken en dat in den regel deze alleen tot den omslag gerechtigd is. Hiermede strookt de Amsterdamsche jurisprudentie (Magazijn van Handelsrecht, Dl. XIV, bl. 157 vgg.; zelfs waar, krachtens Art. 733 W. v. K., de inlader gerechtigd is zelf het uit werping ontstaan verlies bij wege van avarij-gros te doen omslaan, neemt de Amsterdamsche Rechtbank de ontvankelijkheid der actie tegen den *schipper* aan).

Ook hier is, naar de Schr. meent, de reeder niet verder persoonlijk verbonden, dan tot op de waarde van schip en vracht, zonder dat tot beperking dier aansprakelijkheid eene acte van afstand vereischt wordt. Voor deze meening wordt geen andere bewijsgrond aangevoerd dan de redactie van Art. 698, 3e lid W. v. K. De Schr. maakt zich hier echter aan verwarring schuldig. De uitdrukking, *„komt ten laste van het*

„schip of van het goed afzonderlijk, hetwelk de schade geleden „of de onkosten veroorzaakt heeft” heeft alleen betrekking op de *bijzondere* avarij, waarbij van geen verhaal op anderen sprake is, zoodat uit de woorden „komt ten laste van” niets kan worden afgeleid tot staving van des Schr. leer, dat de avarij-grosse-vordering alleen als een op de *zaken* drukkende last zou moeten worden aangemerkt.

Het beroep op de artikelen 734—739 W. v. K. bewijst evenmin de juistheid der stelling dat in het algemeen des reeders aansprakelijkheid voor avarij-grosse ook *zonder abandon* tot de waarde van het schip beperkt zou zijn.

Ook na lezing en herlezing van dit proefschrift vind ik geene vrijheid het bestaan van dergelijke beperkte aansprakelijkheid in ons zeerecht aan te nemen. Bij herhaling beroept de Schr. zich op de uitdrukkingen der wet, waarbij het *schip* wordt aansprakelijk gesteld, b.v. Art. 541 W. v. K., volgens welke bepaling het „driftig geworden *schip*” tot schadevergoeding gehouden is. Dus niet de reeder of de schipper, zoo redeneert de Schr., maar het *schip* alleen is aansprakelijk. Er bestaat m. i. geene aanleiding om uit deze bij aanvaringen gebruikelijke uitdrukking, eene juridische gevolgtrekking af te leiden.

De Artikelen 321, 322, 335 en 336 W. v. K. regelen des reeders aansprakelijkheid voor de handelingen en verbintenissen van schipper en boekhouder en voor eigen handelingen. Zij bepalen in welke gevallen, door welke middelen en onder welke voorwaarden die aansprakelijkheid ophoudt. Uitdrukkelijke derogatie aan die bepalingen zou noodig zijn om eene andere wijze van beperking dier aansprakelijkheid aan te nemen.

Met bijzondere belangstelling heb ik gelezen wat de Heer BURGER over Art. 318 W. v. K. schrijft (bl. 64—65). Bij het arrest van den Hoogen Raad in zake het stoomschip *Willem de Zwijger*, (van 24 December 1875, Weekbl. v. h. Recht n^o 3939) is het Artikel verklaard als een uitvloeisel van het beginsel der scheiding van de *fortune terrestre* en de

fortune maritime des reeders. In overeenstemming met het door mij in die zaak uitgebracht advies, dat tot het voeren van dat belangrijke proces in drie instantiën heeft aanleiding gegeven, nam ons hoogste rechtscollegie aan, dat *alle* scheepsschulden (ook de niet in Art. 313 en Art. 315 bepaald genoemde) op het schip bevoorrecht zijn. Met deze opvatting vereenigt zich onze Schr., die daarin terecht steun zoekt voor zijn stelsel van beperkte aansprakelijkheid. Intusschen is de bepaling van Art. 318 in menig opzicht gebrekkig: de Heer BURGER wijst daarop en nog meer in bijzonderheden wordt het wetsvoorschrift behandeld en aan eene grondige kritiek onderworpen in het uitmuntend akademisch proefschrift van Mr. B. SIMONS, Aanteekening op Art. 318 Wetb. van Kooph. Amsterdam 1880.

Het is zeker, dat het beginsel dat, volgens deze interpretatie, aan Art. 318 ten grondslag ligt, volkomen strookt met de door onzen Schr. in algemeenen zin verdedigde stelling. Het is ook niet onmogelijk dat, bij eene herziening van ons zeerecht, de beperkte aansprakelijkheid zal worden aangenomen, als regel, onafhankelijk van het abandon. Op dit standpunt, echter, heeft zich de wetgever van 1838 niet geplaatst.

De oorzaak nagaande waardoor zich de zelfstandigheid van het scheepsvermogen door alle eeuwen heen in de praktijk heeft gehandhaafd (met groote volledigheid wordt, na het Nederlandsche zeerecht, dat der oudheid en der Middeleeuwen in verband met des Schr. onderwerp uiteengezet), komt de Schr., na bestrijding van andere theoriën, tot de slotsom dat die oorzaak gelegen is in de van oudsher aangenomen *personificatie* van het schip.

Als bewijzen voor deze *verpersoonlijking* beroept de Schr. zich op de oude sagen, die het schip als een bezielde wezen voorstellen, — op het gebruik om de schepen met een vrouwen-naam te noemen, — op de omstandigheid dat het woord *ship* in het Engelsch een der weinige is die een geslacht

hebben (en wel het vrouwelijke) terwijl de boekhouder *ship's husband* heet, — op de beeldspraak van onze wet, die in Art. 541 zegt dat „het schip tot vergoeding gehouden is” — op eene uitdrukking in mijn *Handelsrecht* (bl. 199) waar ik spreek van „de *schuld* van een der schepen” en eindelijk op een vonnis der Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 21 Augustus 1857 (bevestigd door het Hof te Brussel), waarbij, in een aanvaringszaak, beslist is „que le bateau Télégraphe est en *faute* et partant responsable” etc.

Het zou niet veel moeite kosten den Schr. op dezen weg te hulp te komen door nog op andere soortgelijke uitdrukkingen in wetten, vonnissen enz. te wijzen. Ik zoude b. v. kunnen noemen het opschrift van eene der afdeelingen van het Plakaat van PHILIPS II, van 1563 „Van schepen die *malcanderen* beschadigen,” en vele soortgelijke uitdrukkingen meer.

Het komt mij intusschen voor dat de Heer BURGER de beteekenis dier spreekwijzen overschat, wanneer hij daarop zijn rechtstelsel bouwt. Zij, die de beperkte aansprakelijkheid van den scheepseigenaar hebben verklaard door te wijzen op de afscheiding van land- en zeevermogen, steunende op het beginsel dat de reeder door de zee niet meer moet kunnen verliezen dan hij aan de zee heeft toevertrouwd — zij hebben inderdaad hetzelfde betoogd als de Heer BURGER, want de beschouwing van het schip als een zelfstandig vermogenbestanddeel, dat, met uitsluiting van des eigenaars andere goederen, voor de scheepsschulden aansprakelijk is, kan in juridischen zin met een *personificatie* van het schip worden gelijkgesteld.

Wat echter van des schr. *conclusie* zijn moge, al heeft die wellicht eenigszins het karakter van eene woordspeling, — dit vermindert geenszins de waarde van het werk, waarin een rechtsinstituut dat zeker tot de grondslagen van het zeerecht van vroeger en later tijd behoort, op zoo uitnemende wijze is toegelicht.

T. M. C. ASSER.

*De Rijksopvoedingsgestichten in Nederland. Academisch
proefschrift door J. SIMON VAN DER A.A. Amsterdam
1890, door Mr. H. ZILLESEN.*

Het mag een verblijdend, schoon niet onverwacht, verschijnsel genoemd worden, dat met de invoering van ons nationaal wetboek van strafrecht een tijdperk van groote opgewektheid tot studie van het strafrecht is ingetreden. Het was wel te voorzien, nu het afgetreden pad van den Code Pénal en zijne commentaren, kon verlaten worden, dat velen zich zouden aangetrokken gevoelen om het ruime veld, dat voor beoefenaars van de strafrechtswetenschap werd opengelegd, te betreden; maar toch is deze verwachting nog door de werkelijkheid overtroffen.

Te verwonderen valt het niet, dat die meerdere belangstelling zich ook openbaart in de academische proefschriften, welke in de laatste jaren het licht hebben gezien. Zij leveren het niet geringe voordeel op boven andere proefschriften, dat bij hen uit den aard der zaak zelfstandig onderzoek op den voorgrond treedt.

Als een goed voorbeeld van zoodanig onderzoek mag de dissertatie gelden, waarvan de titel hierboven is aangegeven. Zij behandelt een onderwerp, dat zoowel wegens zijne belangrijkheid als wegens zijne aantrekkelijkheid meer aandacht verdient dan in het algemeen het geval schijnt te zijn. Daarbij komt, dat de schrijver blijkbaar met ingenomenheid zijne taak heeft opgevat en er zich op heeft toegelegd om belangstelling op te wekken voor de opvoedingsgestichten. Daarom worde hier ter plaatse een woord aan den inhoud van het geschrift gewijd.

In zijne inleiding wijst de schrijver er op, dat het verschijnsel van het toenemen der criminaliteit, dat zich in alle landen openbaart, krachtig heeft bijgedragen tot het ontstaan van de

nieuwe richting in de strafrechtswetenschap, welke, met eene ruimere opvatting van hare taak, o. a. onderzoek naar de oorzaken van de misdaad, verbeterde aanwending der bestaande en toepassing van nieuwe middelen, ook preventieve, ter bestrijding wenscht en een krachtig orgaan vindt in de «Union internationale de droit pénal.» Studie van den misdadiger, van zijn verleden, zijne omgeving, zijn karakter treden bij deze richting op den voorgrond. Bij de volwassen misdadigers zal die studie dikwijls groote bezwaren opleveren welke niet in die mate bestaan bij de jeugdige misdadigers, wier karakter nog minder is gevormd en wier omgeving en omgang gemakkelijker kan worden nagegaan. «En juist bij hen,» gaat de schrijver voort, «is ernstige studie, die leidt tot zuivere beoordeeling, dubbel noodig; immers hier bestaan nog de beste kansen op goede resultaten van eene oordeelkundige behandeling, op verbetering, en deze resultaten zelve zijn van bijzonder gewicht, omdat zonder deze de zeer belangrijke categorie van jeugdige overtreders van de strafwet een even of bijna even groot contingent volwassen misdadigers zal opleveren. Twee ernstige gronden dus voor den staat om zich het lot dier jeugdige overtreders in het bijzonder aan te trekken, hunne behandeling met buitengewone zorg te regelen om vooral tijdig en juist op te treden. De zorg voor de jeugdige delinquenten, een preventieve maatregel tegen de stijging der criminaliteit, zal leiden tot repressie van de criminaliteit zelve.» Daar bij de jeugdige misdadigers zich met zeldzame uitzondering als factor van de misdaad voordoet eene verwaarloosde of slechte opvoeding, zijn zuiver preventieve maatregelen noodig, welke de gebreken der opvoeding verhelpen; de repressie kan de werking van dien factor tijdelijk opheffen, maar komt te laat en is of ten deele of geheel werkeloos en daarmee nutteloos.

Tot de preventieve maatregelen tegen jeugdige personen hier te lande en hunne toepassing bepaalt zich het onderzoek van den schrijver; tot de behandeling en den toestand van de jeugdige, niet strafbare delinquenten voor het geval zij niet terstond aan

hunne omgeving worden teruggegeven maar ter verbetering ge-sequestreerd. Eene eigenaardigheid van deze sequestratie in ons land, in tegenstelling met wat in de meeste andere landen geschiedt, is, dat zij plaats vindt in *Rijksopvoedingsgestichten*. Andere rijken bezitten geene of weinige staatsgestichten, maar uitsluitend of hoofdzakelijk particuliere instellingen.

Alvorens ons te leiden in de gestichten zelve geeft schrijver in het eerste hoofdstuk met den titel: „De plaatsing in de *Rijksopvoedingsgestichten*” een overzicht over de wetsbepalingen en hare geschiedenis, welke op de materie betrekking hebben. Het tweede hoofdstuk behandelt het verblijf in de gestichten, het derde het ontslag, terwijl het vierde tot opschrift draagt: „Kritische beschouwingen.”

Na een kort historisch overzicht over de opneming in onze strafwetgeving van het beginsel van staatszorg voor de opvoeding van misdadige kinderen, waaruit wij zien o. a. dat er reeds op het einde der zestiende eeuw stedelijke ordonnantiën waren, welke bepaalden, dat jeugdige dieven, bedelaars en straatloopers geplaatst zouden worden in afzonderlijke afdelingen van werkhuizen, in rasp- en spinhuizen, om door het leeren van een ambacht en door godsdienstige opvoeding verbeterd te worden, behandelt het eerste hoofdstuk de wording van artt. 38 en 39 van het Strafwetboek en eene vergelijking dezer artikelen met art. 66 van den Code Penal en met §§ 55 en 56 van het Strafwetboek voor het Deutsche Rijk. Daarop volgt in de derde paragraaf eene verklaring van de artt. 38 en 39, in de vierde de beschrijving van den procesvorm voor de plaatsing in een *Rijksopvoedingsgesticht* en in de vijfde die van de toepassing der genoemde artikelen in de praktijk.

In laatstgenoemde paragraaf wijst schrijver op de verschillende omstandigheden, welke van invloed zijn op de toepassing van de bepalingen van de artt. 38 en 39 S. W. Om dit te kunnen doen heeft hij inlichtingen ingewonnen bij de parketten der rechtbanken, waaruit hem gebleken is, dat als regel het

Openbaar Ministerie, ruim gebruik makende van het in ons strafrecht gehuldigd oppertuniteitsbeginsel, groote soberheid in acht neemt in het vervolgen van jeugdige delinquenten en zeer zelden optreedt tegen hen, die den kinderlijken leeftijd van tien jaren nog niet hebben bereikt. Plaatselijke omstandigheden, in verband met den aard van het misdrijf, maken somtijds uitzondering noodzakelijk, zooals bij smokkelarij en strooperij, om te verhinderen, dat de kinderen door de ouders straffeloos als werktuigen worden gebruikt. Vrij algemeen komt het kind, dat voor de eerste maal een strafbaar feit van niet ernstig karakter heeft begaan, met eene krachtige vermaning van den Officier van Justitie vrij.

Voorts valt als regel te constateeren, dat de Officier, vóór hij tot vervolging overgaat, een onderzoek instelt naar het begripsvermogen van het kind in het algemeen en in verband met het gepleegde feit in het bijzonder. Dit geschiedt natuurlijk ter voorkoming van eene noodlooze vervolging, welke zoude leiden tot ontslag van rechtsvervolging zonder last tot opzending. De uitslag van dit onderzoek beheerscht echter geenszins het optreden van het Openbaar Ministerie in het algemeen, noch ook zijn requisitoir, omdat het zoogenaamd „oordeel des onderscheids“ bijna algemeen als een te onduidelijk begrip beschouwd wordt om veel gewicht in den schaal te leggen; er wordt dan ook niet alleen vervolgd waar dit oordeel schijnt te ontbreken, en ook al zoude de officier geene opzending verlangen, maar ook wordt opzending naar een Rijksopvoedingsgesticht gevraagd, waar het aanwezig schijnt te zijn, indien nl. het strafbaar feit eenigszins belangrijk is en de toestand en de aard van de omgeving, de slechte of verwaarloosde opvoeding het wenschelijk maken, dat het kind uit die omgeving verwijderd en ter opleiding van staatswege gesequestreerd worde. Ik stel mij voor, dat de laatste overweging wel algemeen den doorslag tot vervolging zal geven.

Naarmate het gevoelen van het parket over den invloed der

toepassing van de vrijheidstraf op den jeugdigen delinquent zal ook het requisitoir zijn. Een parket, dat tegen opsluiting van kinderen is in de cel, zal tegen delinquenten tussehen veertien en zestienjarigen leeftijd geen gevangenisstraf van meer dan drie maanden eischen maar eene kortere of hechtenis, of opzending naar een Rijksopvoedingsgesticht; een ander, gemeenschappelijke opsluiting met volwassenen voor het kind gevaarlijk achtend zal tot gevangenisstraf van meer dan drie maanden en tot opzending geneigd zijn, terwijl er zijn, welke geen vruchten verwachtend van het verblijf in de opvoedingsgestichten, niet spoedig tot opzending zullen requireeren.

Overwegingen van gelijken aard als bij het parket bestaan bij het vervolgen, zullen ook bij de rechtbanken gelden bij het nemen harer beslissing. Intusschen is er nog eene omstandigheid, welke van grooten invloed is op de toepassing van de artt. 38 en 39, namelijk het bestaande gebrek aan plaatsruimte in de gestichten. Dit moet een zeer betreuenswaardig feit genoemd worden. Immers, al moge men verschillend denken over het nut van de opvoedingsgestichten, zij zijn thans in het stelsel der wet opgenomen. Dat stelsel moet behoorlijk worden doorgevoerd, opdat niet eene gebrekkige doorvoering eene richtige toepassing der strafwet verhindere, gelijk thans in vele gevallen geschieden moet.

Met het tweede hoofdstuk leidt de schrijver ons in de gestichten zelve. Wij kunnen aan hem een goeden gids hebben, want de voorstelling, die de schrijver geeft, berust deels op mondelinge en schriftelijke mededeelingen hem door de colleges van regenten en de secretarissen van die colleges en door de directeuren en directrice der gestichten verstrekt, deels op eigen aanschouwing.

Aan de beschrijving van de gestichten en hunne inrichting gaat een overzicht vooraf van hunne wording en ontwikkeling. Het was eerst in 1854, dat door de wet van 28 Juni (Staatsblad n^o 97) tot verhooging van het IV de hoofdstuk der begrooting van 1853

voor de jeugdige delinquenten, bedoeld bij art. 66 van den Code Pénal, een afzonderlijk verblijf werd in het leven geroepen. Bij die wet werd namelijk een nieuw artikel in de begrooting gebracht, waarvan de aanhef luidde: „Oprigting van een afzonderlijk huis van verbetering en opvoedingsgesticht te Alkmaar, voor de jeugdige misdadigers, die volgens artikel 66 van het Wetboek van Strafrecht zijn vrijgesproken, doch ten gevolge van regterlijk vonnis gedurende een bepaalden tijd in een verbeterhuis moeten worden bewaard en opgevoed.” Eene som van f 14000 werd daarbij uitgetrokken om de noodige werken te doen verrichten aan het oude huis van arrest, dat gedeeltelijk voor de opnemng der opvoedelingen werd bestemd.

Tot vóór dien tijd was de toestand der jeugdige delinquenten erbarmelijk, daar zij met de veroordeelden geheel gelijkgesteld werden en, althans tot 1833, in dezelfde gevangenissen werden gebracht, waar volwassenen hunne straf ondergingen. Men behoeft zich niet af te vragen wat er op die wijze van verbetering te recht kwam. Vooral op herhaald aandringen van het Genootschap tot zedelijke verbetering der gevangenen op verandering van den onhoudbaren toestand, kwam in 1833 eenige verbetering tot stand door een Koninklijk Besluit van 15 Maart n^o 108, dat een gedeelte van de gevangenis te Rotterdam tot afzonderlijke gevangenis voor jeugdige misdadigers aanwees. Intusschen werden niet allen, die tot deze categorie behoorden, te Rotterdam geplaatst, daar ter vermindering van langdurige en kostbare transporten werden opgenomen uit het zuidelijk gedeelte der provincie slechts zij, wier straftijd drie maanden en daarboven moest duren en uit de andere provinciën alleen zij, wier straftijd minstens zes maanden beliep, terwijl te Amsterdam in het huis van arrest en justitie een twintigtal van het mannelijk geslacht mochten verblijven. In 1836, Kon. besl. van 17 Jan. n^o 88, werden ook laatstgenoemden naar Rotterdam verplaatst en werd een gedeelte van het huis van arrest te Amsterdam voor vrouwelijke jeugdige misdadigers

bestemd. De voorwaarden omtrent den duur van straftijd bij de plaatsing in acht te nemen bleven echter bestaan, zoodat nu de ongehoorde toestand geschapen was, dat zij, die voor korter tijd dan drie of zes maanden werden opgesloten, met volwassenen in aanraking kwamen en zij, die voor ten minste drie of zes maanden straf hadden te ondergaan, in de afzonderlijke gevangenissen hunnen straftijd hadden door te brengen. Voor de ter verbetering gedefineerden werd niet in het bijzonder gezorgd, maar werden zij gerekend te behooren tot de categorie der jeugdige veroordeelden. De aanwijzing van het gesticht te Alkmaar, die aan het gemeenschappelijk verblijf in gevangenissen van ter verbetering opgeslotenen met jeugdige veroordeelden een einde maakte, was dus eene groote verbetering. In 1858 werd Montfoort bestemd voor vrouwelijke jeugdige veroordeelden en voor die ter verbetering gedefineerden, terwijl bij Kon. besluit van 20 Aug. 1866. „De Kruisberg”, eene vroegere buitenplaats in de gemeente Ambt-Doetinchem, bestemd werd tot strafgevangenis, met opheffing van die te Rotterdam, voor jeugdige mannelijke veroordeelden.

Nu eene behoorlijke toepassing van art. 66 verzekerd was, nam ook het aantal van de te Alkmaar geplaatsten voordurend toe, zoodat dit van 84 in 1858 geklommen was tot 202 in 1877 en in 1878 de Kruisberg tevens moest aangewezen worden tot opneming van hen, die geen plaats vonden in Alkmaar. Men verviel dus weder in een vroeger euvel van bijeenbrenging in één gesticht, zij het dan ook met afscheiding, van opvoedelingen met veroordeelden.

Ook in dezen opzichte riep de invoering van het nieuwe strafwetboek een beteren toestand in het leven. De wet voorgeschreven door art. 22 S. W., van 3 Jan. 1884 Staatsbl. n^o 3, bepaalde zich niet tot aanwijzing der gestichten waar hetzij gevangenisstraf, hetzij hechtenis wordt ondergaan, maar ook tot die van aanverwante gestichten, daar, gelijk het in de considerans luidt, „het bovendien noodig is ook omtrent

eenige andere aanverwante gestichten eenige algemeene regelen te stellen." In de wet werd het beginsel gevestigd van scheiding der gestichten in zoodanige, waar personen straf ondergaan en waar zij tot verbetering geplaatst zijn.

Na eene uiteenzetting van de wetten en hare geschiedenis en van de besluiten, welke de materie beheerschen, gaat de schrijver over tot eene nadere beschrijving van de gestichten. Wij zullen hem bij zijn bezoek aan de inrichtingen waarbij achtereenvolgens behandeld wordt: de gebouwen, het personeel en het beheer; de indeeling en verpleging der opvoedelingen; de wijzen der dagverdeeling, ambachts-, school- en godsdienst-onderwijs, oefening en uitspanning, verbetering, straffen en belooningen, bezoeken en brieven, niet stap voor stap volgen; maar het dient gezegd te worden, dat hij den gunstigen indruk, dien hij van de gestichten en hun beheer en inrichting ontvangen heeft, op zijne lezers weet over te brengen. Die indruk legt schrijver neer in de stelling, dat de zorg in de Rijks-opvoedingsgestichten voor de verpleegden gedragen, voldoet aan alle, onder de tegenwoordige wettelijke regeling en inrichting in redelijkheid te stellen eischen.

Tegen een ongunstig gevoelen omtrent het gesticht te Alkmaar in eene openbare vergadering te Amsterdam in Mei 1889 geuit, een gevoelen gegrond op feiten den spreker door den directeur der inrichting medegedeeld, merkt schrijver m. i. volkomen te recht op, dat het ontdekken van feiten en het noodig zijn van maatregelen niet tegen het gesticht bewijzen, maar wel, indien die feiten niet ontdekt werden, of het hoofd der inrichting ze niet durfde mede te deelen. Een groote factor tot het tegengaan van onzedelijkheid is gelegen in het afzonderen der slaapsteden, waarin door het stelsel van alcoves voorzien wordt; in Alkmaar zijn de slaapzalen van 182, op "De Kruisberg" van 241 alcoves voorzien, ofschoon in de laatstgenoemde inrichting met het oog op de grootte der eet- en werkzalen plaatsing van

meer dan 200 jongens nauwelijks gewenscht is. Het valt daarom zeer te betreuren, dat genoemde gestichten geen voldoende ruimte aanbieden voor allen, die er geplaatst worden; op 1 Juli 1889 waren in Alkmaar niet minder dan 190 op „de Kruisberg” 199 verpleegden aanwezig.

De behuizing voor meisjes, het oude kasteel te Montfoort, maakt minder gunstigen indruk, wat niet te verwonderen is, omdat eenige oude gebouwen met geringe kosten in orde zijn gebracht, en ruimte is gemaakt door in de zalen van het kasteel ter halver hoogte een vloer te maken, ten gevolge waarvan de op deze wijze verkregen vertrekken laag van verdieping zijn.

Vervolgens mist men op de slaapzalen de alcoves, terwijl het schoollokaal tevens dienst moet doen als eetzaal. Eindelijk moet het verblijf van de veroordeelde meisjes, al bedraagt haar aantal slechts tien tegenover ruim tachtig verpleegden en al zijn zij behoorlijk gescheiden, binnen de omwalling van het verblijf der verpleegden, afgekeurd worden.

Gelukkig dat het toezicht en leiding daar evenmin te wenschen overlaat als in de gestichten voor jongens.

Aan de wijze van het ontslag en den toestand van den ontslagene op dat oogenblik en aan eene beschouwing omtrent de resultaten van het verblijf is het derde hoofdstuk gewijd. Volgens de huishoudelijke reglementen der Rijksopvoedingsgestichten moet de directeur of directrice zooveel mogelijk trachten met het volgend lot der ontslagen verpleegden bekend te blijven en te dien einde bij het bestuur der laatste bekende woonplaats telkens de noodige inlichtingen inwinnen. Jaarlijks wordt aan den Minister van Justitie de uitslag van dit onderzoek, dat steeds over een tijdvak van vijf jaren loopt, medegedeeld. Zeer veel zorg heeft schrijver aangewend om uit deze verslagen, hem verwillend verstrekt, eenige staten op te maken, ten einde een overzicht te geven van de voorloopige uitkomsten van het verblijf in de Rijksopvoedingsge-

stichten met het oog op gedrag en positie der ontslagen verpleegden in de maatschappij. Daaruit blijkt, dat, wat het gedrag betreft van de jongens, omtrent wie inlichtingen aanwezig zijn, goede resultaten verkregen zijn voor niet minder dan vier vijfde gedeelten, in de tijdvakken 1883—1887 en 1884—1888, zoowel te Alkmaar als te Doetinchem, voor de meisjes bedraagt dat twee derde gedeelten. Schrijver wijst er terecht op, dat aan de cijfers niet te groote waarde gehecht mag worden, wegens het verschil in opvatting, dat bij hunne groepeerings van invloed is, en zij niet mogen dienen om tot meer of mindere voortreffelijkheid van het eene gesticht boven het andere te concludeeren, maar dat zij dan toch aanduiden, dat een zeker aantal kinderen — en wel een groot aantal — met vrucht is ontrukkt aan hunne verderfelijke omgeving, waarin zij tot misdadigers moesten opgroeien, en als nuttige burgers aan de maatschappij zijn teruggegeven.

Onder den titel „Kritische beschouwingen“ geeft schrijver in het vierde hoofdstuk zijne opmerkingen omtrent de voorwaarden en de wijze der opzending naar een gesticht, over het verblijf en over het ontslag. In deze beschouwingen zet schrijver zijne meening uiteen omtrent de staatszorg ten onzent voor de jeugd, die tengevolge van verwaarloozing tot misdrijf vervalt of dreigt te vervallen. Volgens hem laat zij te wenschen over. De staat toch houdt zich vooreerst, gelijk schrijver in eene stelling uitdrukt, uitsluitend bezig met hen, die een strafbaar feit begaan, past verder òf minder juiste maatregelen toe òf bindt zijn optreden aan te strenge voorwaarden, en beperkt den duur en den omvang zijner bemoeiingen binnen te enge grenzen. Uit den aanhef der stelling schijnt te mogen worden opgemaakt, dat schrijver, ofschoon hij dit niet in zijne dissertatie zegt, de staatszorg zoude wenschen uit te strekken tot de verwaarloosde jeugd.

De grens der relatieve ontoerekeningsvatbaarheid acht hij te laag genomen en zoude hij die twee jaren hooger gesteld wenschen te zien.

Wijders zoude hij het ontbreken van het „oordeel des ondersheids“ als voorwaarde waarvan de wet de straffeloosheid en mogelijkheid van opzending doet afhangen, wenschen te zien vervallen; in de praktijk brengt het verschil van opvatting omtrent de beteekenis van „oordeel des ondersheids“ ongelijkheid in de berechting der feiten te weeg. Wenschelijk komt het hem voor den kring der strafbare feiten, welke tot opzending leiden kunnen, wijder te trekken. Vooral, en daarmee zullen allen het wel eens zijn, moet echter den rechter vrijheid gelaten worden om met straf ook opzending naar een gesticht te gelasten. Door de straf toch, welken indruk zij ook tijdelijk op het kind maakt, wordt de hoofdoorzaak, de slechte opvoeding, niet opgeheven, zoodat het spoedig als recidivist verschijnt. Bij misdrijven zooals bedelarij, strooperij, smokkelarij, waartoe de kinderen door de ouders worden aangezet, ligt de recidive voor de hand. In die gevallen wordt door de ouders gaarne aangetoond, dat oordeel des ondersheids bestaat, daar zij belang hebben bij de straf, die slechts kort duurt en hun eerder hun werktuig of medeplichtige terug doet geven dan opzending. Ook met het denkbeeld door schrijver ontwikkeld, om op den duur der plaatsing aan de administratie van het gesticht meer invloed toe te kennen, kan ik mij zeer goed vereenigen. Immers de rechter moet op meestal onvoldoende gegevens eene bepaling van duur van het verblijf geven, welke niet dan speculatief kan zijn. Hierin zoude kunnen voorzien worden, indien de rechter den duur van het verblijf steeds op het maximum bepaalde, terwijl het College van Regenten, na ingewonnen advies van het hoofd van het gesticht, vervroegd ontslag zoude kunnen aanvragen. Onbetwistbaar is het, dat eerst wanneer het kind eenigen tijd in het gesticht heeft doorgebracht, omtrent zijn karakter en den invloed van de opvoeding iets met zekerheid valt te zeggen.

Schrijver zoude ook verhooging wenschen van de grens voor den duur der plaatsing. Ook hiervoor valt veel te zeggen, want bij het verlaten van het gesticht op achttienjarigen leeftijd

komt de jongeling weder onder dezelfde ouderlijke macht, waaraan de rechter het vroeger noodig vond hem te onttrekken. In eene aanzienlijke vermeerdering van de bevolking der gestichten, welke van die uitbreiding der grens het gevolg zoude zijn, zoude kunnen voorzien worden door een voorwaardelijk ontslag. Volkomen kan ik mij vereenigen met wat de schrijver aanvoert voor dien maatregel, die op zich zelf reeds aanbeveling verdient en ook reeds thans toegepast, heilzaam zoude werken. De toepassing zal hare moeielijkheden medebrengen, maar schrijver deelt mede dat in Polen dat stelsel bestaat en zeer goede resultaten heeft opgeleverd.

Wat de plaatselijke gesteldheid betreft komen de gebouwen te Alkmaar en te Doetinchem schrijver in het algemeen voldoende voor, ofschoon de kleinere werkplaatsen op „de Kruisberg” geen vrije ruimte genoeg laten voor het aantal beoefenaars der daar onderwezen ambachten. De meeste lokalen te Montfoort echter schijnen niet aan de gewone eischen der hygiëne te voldoen en zijn bekrompen en laag van verdieping.

Omtrent hetgeen verder wordt opgemerkt, wil ik er alleen op wijzen, dat voor het onderwijs in de ambachten betere aansluiting gewenscht zij van Alkmaar met Doetinchem. De jongens worden eerst geplaatst te Alkmaar en, na het bereiken van den veertienjarigen leeftijd, naar „de Kruisberg” overgeplaatst. In Alkmaar verkrijgen alle verpleegden voor zoover zij den vereischten leeftijd hebben, onderwijs in kleermaken, schoenmaken, timmeren en meubelmaken, maar op de Kruisberg is slechts gelegenheid voor een zestigtal om in die vakken onderricht te ontvangen. Of het wenschelijker zij de vakken, die te Alkmaar onderwezen worden, te vermeerderen, of meer lokalen te maken in Doetinchem, wil ik in het midden laten, maar in alle gevallen zullen grootere uitgaven moeten gedaan worden, en dit is juist iets, waartoe de Regeering ten behoeve der gestichten niet gaarne overgaat.

Die zuinigheid zal, voorziet schrijver, zeer ten nadeele

komen van Montfoort, waar de afscheiding der veroordeelde meisjes naar het afzonderlijk gebouw (Wet van 6 Mei 1889 Stbl. no. 51) eene verdubbeling van dienst zal vorderen van het personeel, dat, reeds niet talrijk, slechts met ééne bewaakster zal worden vermeerderd en zal de voor de opvoedingen beschikbare tijd van dat personeel zeer verminderen. Bovendien blijft niettegenstaande de afscheiding het groote nadeel bestaan, dat tusschen opvoedingen en veroordeelden, omdat zij op één terrein gevestigd zijn, geen onderscheid zal worden gemaakt, wanneer zij in de maatschappij zijn teruggekeerd. Veel beter ware het de veroordeelde meisjes, welke slechts een vijftal bedragen, natuurlijk zijn dat zij, die niet geschikt zijn tot het ondergaan van celstraf, over te brengen in een gebouwte bij eene bestaande gevangenis voor vrouwen.

Bij zijne opmerkingen omtrent het ontslag uit de gestichten wijst schrijver op het groote gewicht van het tijdstip, waarop dat ontslag moet plaats hebben. Voor jongens moet dat niet in den winter geschieden, daar er dan de minste kans bestaat om werk te krijgen, en voor meisjes in begin Mei of November, wanneer zij de meeste gelegenheid hebben als dienstboden geplaatst te worden. Met juistheid en klem wordt op den moeilijken toestand gewezen, waarin de opvoeding, door het regelmatige en rustige gestichtsleven ontwend aan de hem nieuw geworden, woelige maatschappij, verkeert na verlating van het gesticht en tot de conclusie gekomen, dat de Staat de opvoedingen bij hun ontslag ook materieel steune en hen behulpzaam zij bij het vinden van eene passende dienst of betrekking, ook door hunne opneming in den militairen stand gemakkelijk te maken en niet te bemoeilijken, gelijk wel schijnt te geschieden, maar bovenal hen moet beschermen tegen nadeelige invloeden van hunne vroegere omgeving. Dit laatste voorwaar eene taak, die gemakkelijker op het papier is te brengen dan uit te voeren, en waartegen nog wel eenige bezwaren zijn in te brengen.

Wanneer ik nu zelf na de lezing van de dissertatie tot eene con-

clusie kom dan is zij in de eerste plaats deze, dat de Staat ten opzichte der opvoedingsgestichten te groote zuinigheid betracht en diensgevolge de goede uitvoering der strafwet verhindert. De bestaande gestichten bieden geen ruimte genoeg aan voor de jeugdige delinquenten, zoodat het zeer dikwijls voorkomt, dat het Openbaar Ministerie, wanneer hij den jeugdigen misdoener niet kan laten loopen, straf moet requireeren, waar hij het kind aan zijne omgeving zoude wenschen te onttrekken en het ter verbetering opzenden. Ja het gaat zoover, dat zelfs een bevel tot plaatsing wegens gebrek aan plaatsruimte onuitgevoerd moest blijven. (Paleis van Justitie 31 Jan. 1890 no 9). Dergelijke toestand mag niet voorkomen. De oprichting van een nieuw gesticht is dunkt mij noodzakelijk. Uitbreiding der bestaande gestichten toch is niet wenschelijk, daar plaatsing van een groot aantal van opvoedelingen bij elkaar aan een oplettend toezicht, dat zoo hoogst noodzakelijk is, en aan het leeren kennen van de karakters der opvoedelingen in den weg staat. Tegen de vermeerdering van uitgaven weegt toch ongetwijfeld het belang voor de maatschappij op, dat vele kinderen bruikbare leden voor haar zullen worden, die nu met zekerheid tot misdadigers opgroeien. Deze moeten toch later op kosten van den Staat worden ondergebracht, zoo dat de vermeerdering der uitgaven in werkelijkheid zoude zijn eene verplaatsing van cijfers.

In de tweede plaats kan ik, wat de conclusie aangaat omtrent het proefschrift, zeggen, dat het met zorg is bewerkt en schrijver zich veel moeite heeft gegeven een volledig beeld te geven van de Rijksopvoedingsgestichten, hunne inrichting en hunne werking in ruimen zin. Jammer is het, dat de schrijver niet een paar woorden gewijd heeft aan hetgeen verriicht wordt, (wij denken hierbij aan *Nederlandsch Mettray*), van particuliere zijde, al moge het in vergelijking met hetgeen in andere landen gedaan wordt, niet veel zijn, te meer, omdat hij in eene zijner stellingen die zorg acht als zeer veel te wenschen over te laten.

Eene graphische voorstelling van het aantal der beklaagden
Themis. LIIste Deel, 1ste stuk [1891.]

en de grootte der bevolking over het tijdperk van 1859—1889 door den schrijver samengesteld, is als bijlage opgenomen benevens een aantal statistische tabellen, eveneens door hem uit de Gerechtelijke statistiek opgemaakt, van de jeugdige, beklaagden, den aard der gepleegden misdrijven, het aantal veroordeelden van af de invoering van het nieuwe strafwetboek tot aan 1889.

Uit de toelichting van eenige cijfers door den samensteller gegeven blijkt, dat ook op dit gebied de cijfers der Gerechtelijke Statistiek weinig betrouwbaar zij en dat er veel toe noodig zal zijn om het door prof. VAN DER HOEVEN in het Tijdschrift voor Strafrecht reeds zoo geschokt vertrouwen in de Gerechtelijke Statistiek te herstellen.

In zijne inleiding zegt de schrijver, dat litteratuur, ook zelfs beschrijvende, omtrent het onderwerp ten onzent totaal ontbreekt en zeker grootendeels oorzaak is van de uit onbekendheid ontstane, onjuiste denkbeelden omtrent onze opvoedingsgestichten, waardoor dezen de steun en belangstelling wordt onthouden, die zij ten volle verdienen, niet alleen om het doel, dat zij beoogen, hetwelk naar zijn inzien zonder belangstelling en steun van de buitenwereld niet blijvend te verwezenlijken is, maar ook om het vele, dat zij, dank zij de groote toewijding der betrokken personen, in de gegeven moeilijke omstandigheden weten uit te werken.

Ik geloof, dat de schrijver er in geslaagd is door zijn geschrift die belangstelling op te wekken; ongetwijfeld heeft hij bijgedragen om onjuiste denkbeelden omtrent de gestichten uit den weg te ruimen. Den wensch kan ik dan ook niet nalaten hier uit te spreken, dat de schrijver op den door hem ingeslagen weg moge voortgaan en zijne aandacht blijven wijden aan het onderwerp in zijne dissertatie behandeld. Zoo kan hij ons eens mededeelen wat voor jeugdige delinquenten in het buitenland geschiedt en in hoeverre dat afwijkt van hetgeen ten onzent wordt gedaan; eene zeer belangrijke zaak in zijne dissertatie

aangeroerd maar niet behandeld. Zoo kan hij ons nader vermelden, welke de uitslag is geweest van de hem beloofde inlichtingen omtrent het in Polen bestaand voorwaardelijk ontslag uit de opvoedingsgestichten. Door zich met de materie te blijven bezighouden, zal hij de belangstelling, die hij door zijne dissertatie heeft weten op te wekken, levendig houden en er toe bijdragen, dat noodzakelijk gebleken en gewenschte verbeteringen tot stand komen.

Intusschen zij een ieder, wien de toestand en de verbetering onzer jeugdige delinquenten ter harte gaan, de lezing van dit werkje aanbevelen.

Z.

V A R I A .

De Medico-Legal Society te New-York, zich niet vergenoegend met nu en dan een Internationaal Congres te houden, o. a. in Juni 1889 toen het bijgewoond werd door vier Nederlandse geneeskundigen (ruim één pCt. der aanwezigen), welk Congres voor 1892 op nieuw op de agenda is geplaatst, en met voorts elke maand bijeen te komen, geeft ook een tijdschrift uit, 4 maal per jaar verschijnend, Broadway n^o 57, New-York bij CLARK BELL à 3 dollars per jaar en onder den naam van *Medico-Legal Journal*. Behalve een 24 of 27 vel druks levert iedere aflevering ook eenige portretten van geneeskundigen of rechtsgeleerden die zich op 't gebied der medicina forensis deden kennen.

Behalve Verslagen van wat op het Internationaal Congres en de maandelijksche bijeenkomsten verhandeld werd en opgaven omtrent nieuwe wetten en rechterlijke uitspraken, ook omtrent de wijze van ter dood brengen, waartoe thans in New-York de electriciteit is gekozen, is er een groot aantal beschouwingen, vooral betreffende het constateeren en het behandelen van krankzinnigheid bij beklagden. Misschien nog het meest zullen toch de aandacht trekken bl. 356—362 in n^o 3 van Vol. VII, Dec. 1889, gewijd aan het na den dood in 't lichaam opnemen van strychnine en andere vergiften, door Dr. G. B. MILLER te Philadelphia en prof. H. A. MORT te New-York. Ook daarin schijnt nog een ernstige moeilijkheid te liggen voor wie eene vergiftiging wil bewijzen en niet een na den dood verrichte inspuiting van een of ander vergif, met bedoeling van balsemen of van iets anders. Althans, bl. 345—356 van hetzelfde n^o van Dec. 1889, geeft ook Dr. V. C. VAUGHAN nog een uitvoerig overzicht, uit medisch oogpunt, van een geding, waarbij in Michigan zekere MILARD werd vrijgesproken van op zijn vrouw gepleegde vergiftiging door strychnine. De beklagde zeide, dat de strychnine in het lijk was ingespoten bij wijze van balsem.

Moge al de dankbaarheid voor de zeldzaamheid ten onzent van vervolgingen in rechten wegens vergiftiging nog wel andere redenen hebben — zulke feiten zullen die dankbaarheid zeker niet doen verminderen. Maar in 't algemeen blijft de medicina forensis steeds de aandacht waard ook van wie de hoogeschool niet verliet zonder gunstig getuigschrift haar betreffende. Dat zij eerst kort geleden een leerstoel verwierf aan de Harvard University, Massachussets, zal misschien verwondering wekken, maar het is ook alweer iets dat uit het *Med. Leg. Journal*, nl. n^o 4 Vol. VII, Maart 1890, te leeren valt. De lezer van het tijdschrift zal er dien lof in 't algemeen wel niet aan ontzeggen!

Het *Zeitschrift f. d. Ges. Handelsrecht*, Stuttgart bij FERD. ENKE, bereikte in 1890, onder redactie der hoogleeraren L. GOLDSCHMIDT (Berlijn) en P. LABAND (Straatsburg) en der magistraten H. KEIJSZNER (Berlijn) en FR. v. HAHN en E. SACHS (Leipzig), zijn 37sten jaargang, die in twee deelen, ieder 2 Hefte bevattend, het licht zag.

In de 368 en 243 bladzijden bevatten beide deelen ieder vier verhandelingen over interessante onderwerpen van handelsrecht, voorts een mededeeling van wetgeving (Rechtsquellen), een van rechterlijke uitspraken en een van literatuur, voornamelijk uit boekbeoordeelingen bestaande, maar in het eerste deel, in blz. 297—368, daarbij voegend een „Literatuur-overzicht“ van de hand van prof. SCHULZ, te Leipzig, bibliothekaris bij het Rijksgerechtshof aldaar, de titels en de namen van schrijvers en uitgevers vermeldende van wat er zoo ongeveer op 't gebied van handelsrecht het licht zag in de jaren 1888 en 1889, zoo in Europa (behalve in Rusland) als in de Vereen. Staten, zonder in beoordeeling te treden.

Daar van dit Literatuuroverzicht van prof. SCHULZ de lijst, die in 14 naar de onderwerpen geclassificeerde alphabetische categorien

verdeeld is en geen artikelen in tijdschriften uitsluit, voor Nederland moeilijk volledig kan worden genoemd, schijnt toezending van een exemplaar of overdruk aan den uitgever ENKE gewenscht ook voor wie eene bekendmaking, al is het nog niet juist eene recensie, in Duitschland verlangt

Tot de bespreking van Rechtsquellen, die behalve Duitschland ook Engeland, Frankrijk, Hongarije, België, Italië en Nederland betreft, leverde Prof. MOLENGRAAFF, te Utrecht, bl. 190—194, het Nederlandsch deel. Inhoudsopgave, vaak letterlijke aanhaling vindt men in die Rechtsquellen, zooals het *Zeitschrift* ze mededeelt. MITTHERMAIER, te Heidelberg, behandelde Engeland, Frankrijk, België en Italië.

Zoo ergens in rechten, dan is op 't gebied van 't handelsrecht kennismeming van wat in den vreemde verschijnt vaak nuttig en noodig. Het niet al te moeilijk te doen zijn, daartoe strekt zonder twijfel het *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*. Moge het meer en meer ook in Nederland de aandacht trekken, die het zoozeer verdient!

Van het reeds in *Themis* 1890, 2e, bl. 304—306 besproken 37e deel van het te Stuttgart bij FERD. ENKE verschenen *Zeitsch. f. d. Ges. Handelsrecht* kwamen in 't vorig najaar Heft 3 en 4 uit, evenals Heft 1 en 2 in één boekdeel, ditmaal het brengend tot bl. 612, met nog een bijgevoegd Inhaltsübersicht met Romeinsche bladzijcijfers, dat voor het geheele jaar 1890 nog weer, bl. 599 e. v., aanvulling vindt in een alphabetisch register van behandelde zaken en een naar land en volk gerangschikt register van behandelde wetsbepalingen. Het tekstueel opgeven der „Rechtsbronnen“ is daarom niet vergeten, al komen ze slechts voor bl. 486—519. Zij gelden ditmaal de Deutsche Bankwet (dividend en reservefonds), de Effectenbeurs te Berlijn, den handel in spiritus.

Aan de „Rechtspraak“ zijn gewijd bl. 520—556, die van

115 in Duitschland uitgesproken vonnissen de beslissing en het toegepast wetsartikel vermelden. De jongste literatuur geeft van bl. 557—598, ditmaal tot 14, in Heft 1 en 2 tot 15 recensies stof. Ook nu weer leverde Nederland geen deel dier stof op. Toch is ze niet uitsluitend Duitsch. Deelde prof. HORAZ KRASNAPOLSKI te Praag in zijn bespreking van het recht van verzet der schuldeischers naast het Oostenrijksche ook het Duitsche recht mede, gaf prof. RAYMOND SALELLES te Dijon een „Essai d'une théorie générale de l'obligation „d'après le projet de code civil allemand“ uit, het „Traité de „droit commercial“ van LYON-CAEN en L. RENAULT is wel een Fransch werk, al wordt het Duitsche recht niet vergeten. Zoo ook MAILLAND DE MARAFY „Grand Dictionnaire Internat. „de la Propr. industrielle au point de vue du nom commercial, „des marques de fabriques et de commerce et de la concurrence „déloyale.“ Eindelijk verschaffen de Skandinaviërs ook stof tot twee recensies, nl. L. M. B. AUBERT, *Den norske Obligationsrets specielle Del*, 1 Heft 8 en de *Tidsskrift for Retsvidenskab*, Christiania (Stangske Stiftelse), Kopenhagen, Stockholm, 1889, 3^e og 4^e Hefte.

Bl. 269—485 bevatten de eigen verhandelingen, ook nu weer vier. Het eerst en tot bl. 437, Dr. H. HECKER, te Munchen, de Rechtsnatuur van den Premieopleg (reserve) bij de Levensverzekering.

L. ELSTER, *die Lebensversicherung in Deutschland*, Halle 1880, ziet, zonder evenwel veel geestverwanten te vinden, in die reserve een depôt, dat, behoudens nadere bepalingen van 't contract, den verzekerde toekomt, die om wat reden ook, aan de verzekeringsovereenkomst een eind maakt. Dat heeft Dr. HECKER in de eerste plaats willen bestrijden. Natuurlijk klimt de risico voor den verzekenaar met den ouderdom van den verzekerde. Maar niet daarom heeft men den inleg zoo vaak voor één individu per jaar op 't zelfde bedrag gehouden. Dat was om 't gemak voor wie deelnam. De geheele ingelegde som

wordt trouwens eigendom van den verzekeraar, natuurlijk behoudens diens verplichtingen. Men kan ook een inleg in eens bedingen tegen een uitkeering bij overlijden of na zekeren leeftijd.

Wel geven de meeste verzekeraars volgens hun contractsbepalingen een deel der door hen genoten premiën terug, als de verzekerde uitreedt zonder dat de verzekeraar aan de overeenkomst behoeft te voldoen, maar dat is zuiver conventioneel zoolang de wet in Duitschland de contracten ten dezen geheel niet vermeldt, feitelijk dus volgens Schr. de vrijheid laat, die ons art. 305 K. met zooveel woorden uitspreekt! Het teruggegeven percentage is dan ook zeer verschillend!

De opgelegde premies dienen om de gezamenlijke verplichtingen van den verzekeraar te dekken. Geen fonds bestaat met recht van medebestuur. Dat blijkt ook nog uit de belofte van sommige verzekeraars om casu quo tegen verpanding der polis geld voor te schieten.

De *Doppelnatur*, die in elke levensverzekering ten deele, nevens de verplichtingen, van dood of lang leven des verzekerden afhankelijk, ook een depôt ziet wegens het recht om bij opzegging der verzekering iets terug te krijgen, ligt dan ook volgens Schr. stellig niet in 't bestaande Deutsche recht. Hoe het in jure constituendo zijn moet, laat hij in 't midden.

Had Schr. mede aangewezen of de jurisprudentie zich meer dan bij 't Nederlandsche art. 305 in Duitschland heeft doen gevoelen, het ware duidelijker of dat jus constituendum in Duitschland veel gewicht heeft. Door veel schrijvers besproken is de zaak intusschen stellig wel. — Bl. 438—455, van de hand van Dr. JULIUS OFNER, te Weenen, dragen den titel *„Zur Lehre vom Kostgeschäft“* en geven een niet onaardig overzicht van een Deutsche en Oostenrijksche manier van speculeeren. Het is geen eigenlijke verpanding, maar wie geld schiet en effecten in handen krijgt, moet, als men hem zijn vordering aflöst, weer zijnerzijds met evenveel gelijksoortige effecten gereed staan

en wel *onmiddellijk* die geven, zooals het Oostenrijksch Burgerlijk Wetboek § 469 en 1369 en het ontworpen Burgerlijk Wetboek voor Duitschland ook bepalen voor gewone verpanding, waar het teruggave van het verpande voorwerp zelf geldt. Het heeft dus, behoudens wellicht op 't punt van zekerheid voor den geldopnemer, het voordeel, de kapitalen meer los te laten in hun werking, dan bij de eigenlijke verpanding gebeurt. Al is rijzing van de door den geldschieder ontvangen effecten een gevaarlijke kans voor speculatie zijnerzijds, hij *kan* in den tusschentijd tusschen ontvangst en afgifte weer in iets anders zijn geld met een voordeel hebben laten rouleeren, grooter dan die rijzing. De rente, die van 't in *Kostgeschäft* uitgeleende gelden wordt bedongen, heet ter Beurze *kostgeld*, voor zoover zij hooger komt dan de renten der gedeponeerde effecten. Volgens Schr. moest zij ten volle *kostgeld* heeten, zijnde de bij de operatie bedongen rente.

Het aanhangige Deutsche ontwerp—Burgerlijk Wetboek gaf F. W. SCHLOSNER te Hamburg ditmaal aanleiding om, bl. 456—468, § 659 eens te vergelijken met het Deutsche Wetb. v. Kooph., artt. 174 en 208, welke dadelijk in 1864 door Bremen en Oldenburg *ook* ten civiele zijn ingevoerd, nl. op alle vereenigingen om voordeel te behalen (Gewerbsgesellschaften). Dat vloeit wel eens met het commercieele zamen, bv. bouw van huizen met levering van materialen.

Ook om andere redenen heeft het volgens Schr. zeer goed gewerkt. Publiciteit, voorrecht der crediteurs boven den stillen vennoot, schijnen hem wenschelijk toe. Treurig acht hij het bv., bl. 465, dat volgens het Reichsgericht (*Zie Reichsanz.* 1888 bl. 300 en *Jur. Wochenschr.* 1888 bl. 239) een hypotheek, verleend door een vennootschap van twee architecten onder de in 't Handelsregister te Karlsruhe ingeschreven firma niet geldig was, op grond dat de vennootschap geen handel dreef.

De novelle van 1870 bracht in het Wetboek v. Koophandel eene verbetering door alle vennootschappen *op aandeele*n (naam-

loos of commanditair) gelijk te stellen, handeldrijvend of niet. Maar voor andere vennootschappen of vereenigingen zou Schr. ook gelijkstelling wenschen, meer dan de ontworpen § 659 die geeft.

Deelden wij ditmaal van den inhoud der oorspronkelijke betoogen uit het *Zeitschr. f. d. Ges. Handelsrecht* wat meer mede dan in *Themis* 1890 n^o 2, moge het niemand van lezing weerhouden! Ook uit Nederlandsch oogpunt is het wenschelijk, van zulke literatuur op de hoogte te blijven!

Het boekje van Mr. H. ZILLESSEN over het *Welboek van Strafvordering* is weer na 6 deelen, die in *Themis* 1888 blz. 122 en 1889 blz. 282 besproken zijn, twee deelen grooter geworden in 1889 en in 1890, tot blz. 488 en art. 241. Het karakter blijft weder: slechts weinig eigen opinies, maar veel meedeeling van uitspraak der rechterlijke macht of der schrijvers. Al meer en meer komen er langs dien weg interessante opgaven, want uit den aard der zaak geeft ieder jaar allicht eenige nieuwe punten. Moge Schr. zijn werk op dien voet blijven voltooien! Dat wenscht zeker ieder hem toe, die er kennis van bleef nemen. Het laat zich aanzien, dat die voltooiing nog zoo dadelijk niet zijn zal. Misschien geven dan nieuwe arresten van den H. Raad Schrijver aanleiding om ook nog eens op de vroeger door hem behandelde wetsartikelen even terug te komen. Dat kan ten slotte de bruikbaarheid nog doen winnen!

In de *Nederlandsche Staatscourant* van Zaterdag 10 Januari 1891 (no. 8) kwam het volgende bericht voor: »Door Mevrouw de weduwe Professor Mr. W. M. D'ABLAING, geboren I. H. MEIJERAAN, thans echtgenoot van Mr. I. H. BIJDENDIJK te Leiden is aan de Universiteits-bibliotheek aldaar in bruikleen afgestaan eene verzameling handschriften uit de nalatenschap

van wijlen haren echtgenoot, in leven hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden. Voor dezen afstand is de dank der Regeering betuigd.»

Reeds in het verslag van de lotgevallen der Leidsche Universiteit over het afgelopen jaar, uitgebracht op 16 Sept. 1890 bij het overdragen der waardigheid van Rector-Magnificus, had de hoogleeraar Dr. A. P. N. FRANCHIMONT melding gemaakt van dit merkwaardig geschenk gedaan onder voorbehoud, dat de eenige zoon des overledenen bij zijne meerderjarig wording te beslissen zal hebben of het op de Bibliotheek zal blijven.

De verzameling bestaat uit eigenhandige copieën en excerpten van vele codices van buitenlandsche juridische commentatoren en glossatoren en 44 oude juridische codices; eene verzameling voor hen, die zich met de geschiedenis der beoefening van het Romeinsche recht in de middeleeuwen bezighouden, van zeer veel belang.

De redactie werd van bevriende zijde in de gelegenheid gesteld inzage te nemen van de voorloopig opgemaakte lijst der werken. Zij meent den lezers van het tijdschrift, vooral hun, die den toestand van het Romeinsch recht in de middeleeuwen tot een onderwerp van hunne studie gemaakt hebben, genoeg te doen met die lijst hier te laten volgen. Er zij echter in herinnering gebracht, dat de opgave slechts eene voorloopige is en de codices daarin nog niet naar alle regelen der wetenschap gerangschikt zijn, wat een zeer tijdroovende arbeid zal zijn. Zij is nog slechts eene inventaris samengesteld ter wille van het contract, omtrent het bruikleen gesloten. Daarom is er in die lijst bij elk handschrift eene beschrijving van den band gegeven en den naam der vorige eigenaars, welke hier achterwege kunnen blijven.

1.

IUSTINIANUS, DIGESTORUM lib. XXIV, tit. III, 1—XXXVIII fin.
Perkament, 14e eeuw, roode voorletters. f^o.

Met zeer vele gelijktijdige en latere glossen, waarvan de oudste geteekend zijn: *R.* — Achter het XXVIe boek zijn 2 bladen perk. reeds outtijds ingevoegd, waarop eene andere hand nog eens heeft geschreven b. XXVII, tit. I, 1 tot tit. I, 15, § 14. Op het volgende blad schreef de eerste hand het vervolg hiervan tot § 17 vóór het begin van het XXVIIe boek.

Voorafgaan 8 bladen perk. in 3 kol., van eene andere doch gelijktijdige hand, bevattende fragmenten van eenen anonymen commentaar op eenige titels der Digesten, bv. I, XIV, I, v, II, xv, XIII, IV, VII, V, I—III, enz.

2.

[IACOBUS DE RAVANIS], *Lectura super Digesto Veteri*, lib. I—XXII. Perk., 14e eeuw, 276 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters. gr. fº.

3.

- a) *CONSILIUM in causa Bononiensium.*
 b) IO BASSIANUS, *Glossa in Institutiones.*
 c) IO DE MONTE PESSULANO, *Summa extraordinaria in Digesta et in tres libros Codicis.*
 Perk., 14e eeuw, 53 bl. in 2 kol. met roode voorletters. fº.

4.

LAURUS DE PALAZZOLIS, *Repetitio super tit. de actionibus* (Inst. IV, 6). — *Repetitio super c. CUM QUIS de cent. excommun.* (V, 11) in VIº.
 Papier, van twee verschillende handen, 15e eeuw, 164 bl. kl. 4º.

5.

BARTOLUS, *Lectura trium librorum Codicis.*
 Pap., einde der 15e eeuw, 65 bl. in 2 kol.; de voorletters niet ingevuld. gr. fº.

6.

LANFRANCUS DE ORIANO, *Lectura super titulis diversis Codicis.*
 Pap., begin der 16e eeuw; 98 bl. fº.

7.

BALDUS DE UBALDIS DE PERUSIO, Super usibus Feudorum en
Super pace Constantiae.

Pap., einde der 15e of begin 16e eeuw, 142 bl. in 2 kol.
met gekleurde voorletters. gr. f^o.

8.

ANGELUS DE UBALDIS DE PERUSIO, Super Authentico. Het slot
ontbreekt. Met een fragment van Angelus de Perusio, Repe-
titio super Tractatu Inventarii.

Pap., 15e eeuw, 91 bl. in 2 kol. gr. f^o.

9.

COMMENTARIJ in DECRETUM pars 2a de causis XIII—XXIV.
Fragment van een grooter handschrift.

Pap., 15e eeuw, 268 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters. f^o.

10.

a) LAURENTIUS ULDERICUS clericus Neapolitanus, Decreti bre-
viarium, Liber aureus decretorum cum glossa abbreviatus.

b) DE CONSECRATIONE DISTINCTIONES, WILHELMI apparatus.

c) TRACTATUS canonice parrochialis.

d) CIRCA MATERIAM REEMPTIONUM, INIURIARUM, TESTAMENTA-
RIAM cet.

Pap., 15e eeuw, 456 bl. in 2 kol. met roode voorletters. f^o.

11.

a) CASUS DECRETALIJM GREGORII IX. gedateerd 1476.

b) DE NOMINIBUS MAGISTRATUUM ROMANORUM.

c) COMMENTARIJ ANONYMI in tractatum de generatione embryonis
cet. cet. Nicolao Erfordia clericico dicatum.

d) INDICES ABBREVIATURARUM titulorum Decretalium Sexti et
Clementinarum.

e) INDICES ABBREVIATURARUM in iure Romano. (gedateerd 1455).

Pap., 15e eeuw, 318 bl. in 2 kol. met roode voorletters. f^o.

12.

DECRETALIJM COMPILATIO QUARTA, met (op de randen) het appa-
ratus van JOHANNES TEUTONICUS.

Perk., 14e eeuw, 38 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters. fo.

13.

DOMINICUS DE SANCTO GEMINIANO, Commentarii in sextum
Decretalium librum II. duo.

Pap., 15e eeuw (geschreven blijkens subscriptie: an^o 1447 per
manum magistri Io. GUILLOTI in iure canonico baccalaureo
DOL(A)E), 323 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters. gr. fo.

14.

CLEMENTINAE met (op de randen) het apparatus van JOHANNES
ANDREAE.

Perk., 14e eeuw, 72 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters
gr. fo.

15.

JOHANNES ANDREAE, Apparatus ad Clementinas. Het slot ont-
breekt.

Perk., 14e eeuw, 98 bl. in 2 kol. kl. fo.

16.

a) JACOBUS DE ZOCCHIS, Glossae singulares Clementinarum.

b) " , Tractatus de differentiis casuum fori
contentiosi et conscientiae.

c) JACOBUS DE ZOCCHIS [?], Tractatus de pactis, enz.

d) ANTONIUS DE BUTRIO, Super toto 4^o Decretalium.

e) " , Repetitio super titulo de causa poss.
et propr.

f) ANTONIUS DE ROSELLIS, (Ant. de Butrio?), Repetitio c. VESTRA
de coh. cler. et mul.

g) ANTONIUS DE ROSELLIS, Tractatus de societate.

h) " , De ieiuniis. Blijkens onderschrift
door Anthon. Roselli de Rosellis de Aretio in 't jaar 1410
vervaardigd en ter correctie gezonden aan zijn' vader
„Johannes de Rosellis de Aretio doctor in Orbe famosis-
simus.“

Pap., van twee verschillende handen, 15e eeuw, 256 bl. fo.

17.

JOHANNIS XXII, CLEMENTIS V, BONIFACII VIII Extravagan-
tium collectio.

Pap., 15e eeuw (1472), 225 bl. kl. 8°.

18.

ADAM, Summula RAYMUNDI, cum commentario.

Pap., 15e eeuw (1468), 267 bl. kl. 4°.

19.

BURCHARD VAN STRAATSBURG, Summa Casuum, ll. IV.

Perk., 14e eeuw, 172 bl. met roode voorletters. 8°.

20.

BARTHOLOMEUS DE S. CONCORDIO, Summa casuum conscientiae.

Pap., 15e eeuw (1430), 191 bl. in 2 kol. met roode voor-
letters. f°.

21.

CHRISTOPHORUS DE FABIANIS, Liber de Confessione. Met register.

Afwisselend pap. en perk., 15e eeuw, 153 bl. in 2 kol. met
roode voorletters. f°.

22.

BERTHOLD („pruder perchtold“), alfabetisch geordend uittreksel
in de Duitsche taal uit de Latijnsche Summa Confessorum
van JOHANNES VAN FREIBURG.

Pap., 15e eeuw, 207 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters. fo.

23.

[THOMAS DE COBHAM], Summa de poenitentia, gewoonlijk toe-
geschreven aan PAUS INNOCENTIUS IV.

Pap., 15e eeuw, 164 bl. met roode voorletters. kl. 4°.

24.

a) WILHELMUS HOLBORG, Decisiones ROTAE ROMANAE, voort-
gezet tot Mei 1381.

b) DE IUDICIIS.

c) GLOSSARIUM iuridicum.

d) Regulae cancellariae MARTINI V Papae.

e) Index Reservationum, Constitutionum, Regularum EUGENII

IV Papae, cum bulla eiusdem 2 Id. Mai. 1431.

Pap. (bl. 1. en 12 perk.), vier verschillende handen, 15e eeuw,
318 bl. f^o.

25.

HUGUCCIO, Liber Derivationum, met zeer uitvoerig register.
Pap., 15e eeuw (1422), 332 bl. in 2 kol. met gekleurde
voorletters. f^o.

26.

a) GEORGIUS NATA, De Testamentis. Geschreven (volgens de
subscriptie) door „Johannes de la Ecclesia minimus inter
Ticinencis gymnasii legum professores.” — Gedateerd: 1472.

b) PETRUS DE ANCHARANO, Repetitiones:

α) c. *Si pater* de testam. gedateerd: Bononiae 7 Mart. 1397.

β) „ *Religiosus*.

c) ANTONIUS GRASSUS, De Ordine Iudiciario, opgedragen aan
Johannes Vicecom. Aartsbisschop van Milaan. Geschreven
(volgens opschrift) in 't jaar 1472 door „Johannes de la
Ecclesia Novariensis.”

Pap., van één hand der 15e eeuw (1472), 92 bl. in 2 kol.
met roode voorletters. gr. f^o.

27.

ANGELUS DE WALDIS DE PERUSIO, Consiliorum quorundam
repertorium.

Pap., 15e eeuw, 168 bl. tekst en 11 bl. register. Met roode
voorletters. f^o. Fragment van een grooter handschrift, oudtijds
genummerd bl. 153—336.

28.

XXV TRACTATUS ET REPETITIONES IURIS. — Hierin tractatus
enz. van Felinus Sandeus, Martinus Laudensis, Lanfrancus
de Oriano, Johannes Andreae, Baldus de Ubaldis, Mattheus
de Matthesilanis, Bartolus de Saxoferrato, Jacobus de Zocchis,
Ambrosius de Vignate, Petrus de Ubaldis, Franciscus de
Zabarellis, Petrus de Ancharano en zeven van onbekende

auteurs, nl. Tractatus de modo procedendi contra apostatas, de restitutione male ablatorum, de diversis contractibus usurarum, de decimis, ad quae munera vel collectas teneantur ecclesiae, Versus super causis et quaestionibus decreti, Repetitio super Decr. Greg. L. III, T. II (de cohabitatione cler. et mul.) c. VII.

Pap., 15e eeuw (1476), 104 bl. met roode voorletters. f^o.

29.

- a) VOCABULARIUS IURIS UTRIUSQUE. Blijkens onderschrift geschreven in 't jaar 1467 te Pavia door Olliverius de Bleysich uit Luik.
 - b) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Tractatus de insigniis et armis.
 - c) QUAESTIO disputata per doctores PERUSIENSES.
 - d) BALDUS DE UBALDIS, Quaestio.
 - e) JOHANNES DE ANANIA, Tractatus de anno iubilei.
 - f) BONAGUIDA DE ARETIO, Libellus de dispensationibus et privilegiis.
 - g) HENRICUS DE PIRO, De confirmatione ordinis Carthusiensis.
 - h) PROCESSUS diaboli contra genus humanum. In 1467 geschreven door Bartholomeus de Iuuenibus uit Meissen.
- Pap., drie verschillende handen, 15e eeuw (1467) 163 bl. in 2 kol. met roode voorletters. f^o.

30.

VOCABULARIUS IURIS. Beg.: *Abstinendum est a deliciis.*

Perk., 15e eeuw, 299 bl. met gekleurde voorletters. kl. 4^o.

31.

FORMULARIUM MAGNUM formularum omnium processuum et instrumentorum ex quibusdam formis electis. — Het begin (bl. 1-16) en bl. 33-48 ontbreken.

Perk., 15e eeuw, thans 145 bl. met gekleurde voorletters. f^o.

32.

CIRCA INICIUM PROCESSUM IUDICIAR., LIBER 4^{us} DECRETALIU
cum sua rubrica, CIRCA ARTEM NOTARIATUS, cet. cet.

Pap., 15e eeuw. 123 bl. kl. 4^o.

ALEXANDER DE NEVO, Consilia contra Iudaeos foenerantes. Geschreven (blijkens subscripties) door zijn leerling Johannes Rudolphi de Richerhoff, in de jaren 1469—1470. — Aan het slot een consilium: „An christianis liceat ad sarracenos et barbaros nauigare et mercantias transferre” met het onderschrift: ALEXANDER DE YMOLA.

Pap., 15e eeuw (1469—1470), 20 bl. fo.

a) REPETITIO capituli de multa, de praebendis et dignitatibus. an. 1476.

b) SENECAE [MARTINI Dumiensis episcopi] de forma ac honestate vitae (de IV virtutibus cardinalibus) libellus = Seneca phil. ed. Haase, t. III, p. 469—475. De voorrede ontbreekt. Aan 't slot gedateerd: 1482.

Pap., 15e eeuw, 22 bl. 8o.

EXCOMMUNICATIONES reseruatae Sedi Apostolicae tam a iure quam per processum siue per extrauagantes.

Perk., 15e eeuw, 48 bl. met roode voorletters. kl. 8o.

a) ANONYMI commentarius de variis iuris canonici praeceptis et excerpta theologica, c. I de incarnatione, cet.

b) ANONYMI summa de casibus versifice. — primo de collectis, cet. Perk., 13e eeuw, 187 bl. met gekleurde voorletters. kl. 8o.

a) BERTOLOMEUS BURGEII de la vale de POMARIO, Tractatus de Eucharistia.

Perk., 15e eeuw (1404), 26 bl. in 2 kol. met gekleurde voorletters en de randen van bl. 1 versierd. 8o.

b) ANTONIUS DE GRANDI, Breve opusculum in scriptis redactum. Pap., laatst der 15e eeuw, 16 bl. 8.

- a) RICHARDUS DE S. VICTORE, De potestate ligandi atque solvendi, Liber super psalmum: *„Affer te Domino fili“*, De verbis Ysaye: *„In die illa nutriet homo vaccam“*, De sacrificio David, De statu interioris hominis post lapsum, De multiplici pane sacrificii legalis, De exterminatione mali et promotione boni, Tractatus super: *„Misit Herodes rex manus.“*
- b) THOMAS DE AQUINO, De Dei cognitione cet., De divinis moribus.
- c) TRACTATULUS devotus de reformatione virium animae.
- d) FORMULA novitiorum.
- Pap., 15e eeuw, 184 bl. met roode voorletters. 8o.

- a) S. JOHANNES CHRYSOSTOMUS, Libri sermonum tres. Het slot ontbreekt.
- b) S. PETRUS DAMIANUS, Epistola contra praelatos qui a subditis commissa scelera impunita transire permittunt; De virtute patientiae; cet.
- c) S. HIERONYMUS, Ep. de patientia in adversis habenda.
- d) S. BERNARDUS, Parabolae.
- e) S. JULIANUS, Prenostica futuri saeculi.
- f) S. AUGUSTINUS, De igne purgatorio.
- Pap., van twee verschillende handen, 15e eeuw (het 2e ged. door *„Henricus Mellen alias Moyses Stralen, an. 1462“*), 201 bl. met roode voorletters. 8o.

- a) DEFENSOR monachus Locociagensis [Pseudo-BEDA], Scintillarum liber.
- b) MELLITUS, De legenda s. Johannis Evangelistae.
- c) SERMONES quidam pro defunctis, de regratiatione, pro sponsis.
- d) SPECIES superbiae.
- Op het eerste blad eene miniatuur (eenigszins beschadigd); daar-

onder de letters: P—A. Perk., 15e eeuw (1440), 97 bl. met gekleurde voorletters. kl. 8o.

41.

BAIERISCHES LANDRECHT (iura municipalia) van LUDWICH IV. van het jaar 1346. Duitsch.

Perk., beg. 16e eeuw, 88 bl. met roode voorletters. kl. fo.

42.

Verzameling van 130 origineele Latijnsche NOTARLËELE OOR-
KONDEN UIT VICENZA, uit de jaren 1436 tot 1445, benevens
2 uit 't jaar 1452 (no 74 en 86) en 1 uit 1470 (no 46).
Perk., 15e eeuw, aaneengeplakt tot een groot folio-deel in
lossen perk. omslag. Vooraan gemerkt: LIB. N. 4.

43.

FORMULIER van libellen ende conclusien sulx als men die ge-
woonlick is doende in Judicio bij monde ofte in geschrifte
nae style s Hoffs van Hollant.

Pap., begin der 17e eeuw, 75 bl. fo.

44.

WILH. en SIB. STUFTEN, Eenige eigenh. aanteekeningen uit
hun leven. Latijn, begin der 17e eeuw. 6 bl. 8o.

In de rede, waarvan hierboven is gewag gemaakt, werd ook herdacht het „vorstelijk geschenk van hoog wetenschappelijke waarde“ door den Hoogleeraar DRUKKER geschonken, bestaande uit 30 folianten, 25 kwartijnen en boeken in kleiner formaat, kostbare en zeldzame werken van middeleeuwsche en latere juristen over het Romeinsche recht, gedeeltelijk incunabelen, sommigen prachtig gedrukt en gebonden, waaromtrent Dr. DU RIEU reeds een en ander van meldde in no. 26 van de Ned. Spectator van 1890. De redactie hoopt in staat te zijn in het volgend nummer eene opgave ook van deze werken aan zijne lezers te verschaffen.

THEMIS,

LIIste Deel. — Tweede stuk.

STELLIG RECHT (NEDERLANDSCH).

STAATSRECHT. — *Overzicht van Rechterlijke Beslissingen betreffende Publiek Recht in Nederland*, door Mr. H. Vos.

IX.

Zij, die in het arrest van den Hoogen Raad van 20 Juni 1890 (1) een blijden terugkeer van een vroegere dwaling hebben begroet (2), mogen zich verheugen. De Hooge Raad blijft op den goeden weg. Reeds in het *arrest van 5 December 1890* (W. v. h. R. n^o 5969) volgde een tweede beslissing, waarbij de H. R. zich ter verdediging zijner competentie in publiekrechtelijke geschillen alleen op art. 2 R. O. beriep.

Ééne opmerking echter vergunne mij toch de geëerde Redactie van het *Weekblad van het Recht* naar aanleiding van hare in n^o 5942 opgenomen beschouwing. Het belang der zaak is zeker een verontschuldiging voor dit leveren van een repliek, waartoe ik overigens bij hare welwillende beoordeeling mijner overzichten geen roeping en geen vrijheid zou vinden.

Zij heeft — het zij met alle bescheidenheid opgemerkt — de quaestie op een geheel ander terrein overgebracht dan waarop ik haar besproken heb.

Niet over de interpretatie van art. 153 der Grondwet of van art. 2 R. O. heb ik gesproken, maar alleen de aandacht er op gevestigd, dat de Hooge Raad een andere basis voor zijne competentie in publiekrechtelijke geschillen aanneemt dan vroeger.

(1) Zie *Themis* dl. 51 pag. 510.

(2) Zie W. v. h. R. n^o 5942.

Deze verandering in een ruim veertigjarige practijk scheen mij belangrijk genoeg om geconstateerd te worden. Meer dan dat heb ik niet willen doen, al begrijp ik dan ook niet waarom art. 165 der Grondwet van 1815 wel „tot toelichting“ van art. 2 R. O. zou mogen dienen, gelijk het W. v. h. R. op een andere plaats (1) zegt, en niet de artikelen 148^a en 153 van 1848 en 1887, die niets anders zijn dan *datzelfde* art. 165 dat daarbij onveranderd (2) gehandhaafd is, niet in een *nieuwe* maar in *dezelfde* overigens gewijzigde Grondwet. Eerst *wanneer* vaststond dat art. 165 (nu 153) der Grondwet alleen privaatrechtelijke geschillen omvat, zou art. 2 R. O. voor den rechter belang kunnen hebben omdat het hem vrijheid gaf door een meer onbepaalde redactie ook publiekrechtelijke geschillen zich aan te trekken. In dat geval zou de met geestdrift begroete ontdekking van Mr. HAZELHOFF (3) dat alleen art. 2 R. O. den rechter aangaat, waarde bezitten. Maar nu het Grondwetsartikel niet alleen even onbepaald is als art. 2 R. O., maar zelfs het tweede niet meer dan een *copie* van het eerste is, en daaruit moet worden „toegelicht“, waarom mag nu de rechter wèl art. 2 R. O. en niet daarnaast tevens het artikel der Grondwet inroepen, die nog altijd is de Grondwet van 1815, al dragen dan ook sommige wijzigingen daarin tot dagteekening de jaren 1840, 1848 en 1887?

Het was er dan ook verre van af dat ik een verandering in de zienswijze van den H. R. *ten gevolge* van de Grondwetsherziening van 1887 mogelijk achtte. Maar gelijk de H. R. vroeger niet altijd even constant in zijn ruime uitlegging van het Grondwetsartikel geweest is, zoo zou ook thans een beperkte uitlegging van het artikel, geheel afgescheiden van de Grondwetsherziening wel is waar, maar dan toch nà die Grondwetsherziening en nà de verklaringen van den Min. v. Justitie in

(1) No 5763.

(2) Wat veranderd is in 1848 en 1887 is slechts redactieverandering.

(3) Mr. K. HAZELHOFF „Over de Competentie der Justitie, enz.“ (1889).

1887, mogelijk en de aandacht waardig geweest zijn met het oog op art. 154 der Grondwet. Dat de H. R. „beslissingen neemt en geen adviezen geeft” doet hiertoe niet af. De moreele invloed van een bestendiging der ruime interpretatie van art. 153 zou op den wetgever van art. 154 niet hebben kunnen uitblijven.

In de plaats daarvan nu ziet men plotseling den H. R. het Grondwetsartikel, voor den eersten keer en na 1887, los laten en art. 2 R. O. alleen inroepen. Dit wilde ik doen uitkomen, en meer niet (1).

En nu zegge het W. v. h. R. niet, gelijk het zegt: „moge de H. R. vroeger . . . zich *ook wel eens* beroepen hebben op art. 165 der Grondwet” en „mocht hij vroeger *wel eens* anders hebben geoordeeld” dan thans. . . . Want — de geachte Redactie vergeve mij de vraag — heeft zij hierbij niet een weinig gespeculeerd op de zwakheid van het menschelijk geheugen? Ik althans ken geen arrest van den Hoogen Raad, waarin hij *niet* het artikel der Grondwet heeft aangehaald zoo dikwijls hij zijn competentie in publiekrechtelijke geschillen aannam of ontkende. Een hieronder (2) vermelde reeks van arresten —

(1) Thans doet ook Mr. OPPENHEIM hetzelfde in het *Rechtsgel. Magazijn* dl. X pag. 131.

(3) H. R. arr.	7	Maart	1851	(W. v. h. R. n ^o	1209).
„ „ „	10	Dec.	1852	(„ „	1392).
„ „ „	13	April	1855	(„ „	1692).
„ „ „	18	Dec.	1857	(„ „	1917).
„ „ „	22	Maart	1861	(„ „	2259).
„ „ „	29	Dec.	1865	(„ „	2757).
„ „ „	24	April	1868	(„ „	3004).
„ „ „	31	Aug.	1869	(„ „	3140).
„ „ „	20	Jan.	1873	(„ „	3566).
„ „ „	4	Juli	1875	(„ „	3863).
„ „ „	16	Maart	1877	(„ „	4096).
„ „ „	5	Nov.	1883	(„ „	4969).
„ „ „	5	Dec.	1884	(„ „	5189).

slechts een toevallige greep in de massa — bewijst althans zóóveel dat het „wel eens“ *cum grano salis* is op te vatten.

Dit enkele zij genoeg als eene nadere verklaring van mijn vorig overzicht, waartoe mij de beschouwing van het *Weekblad van het Recht* aanleiding gaf.

Één afwijking van een gewoonte wordt in den regel door andere gevolgd, Zoo bemerk ik ook hier dat het mij moeite kost, eenmaal repliceerende, op dien weg niet voort te gaan. Een oogenblik moge mij daartoe dan nog gegund zijn.

Het arr. H. R. 28 Februari 1890 (W. v. h. R. n^o 5846), toewijzende eene vordering uit art. 1840 B. W. aan eene gemeente tegen den gesubstitueerde van haren ontvanger (1), gaf mij de woorden in de pen, dat daarbij op de zonderlingste wijze publiek- en privaatrecht dooreengemengd wordt. Ook het *Weekblad van het Recht* (n^o 5942) kan dit arrest niet goedkeuren. Anders echter het *Weekblad voor de Burgerlijke Administratie* dat in zijn n^o 2166 naar aanleiding van die woorden het volgende schrijft.

„Het is mogelijk, en wij willen wel aannemen, dat het „publiekrechtelijk karakter van het ambt van gemeente-ontvanger „het inderdaad moeilijk maakte, hier art. 1840 van het Burg. „Wetboek ook voor de door hem gedane opdrachten als geschreven te beschouwen. Maar ondanks alle Duitsche geleerdheid, „die ook wij hoogschatten, vinden wij het toch niet ongewenscht, „dat ieder het zijne krijgt, en kunnen wij 's Hoogen Raads „arrest daarom niet zoo van harte betreuren als de schrijver „van het overzicht.“

Ziedaar een oordeel, dat ik mij — ik kan de opmerking niet achterhouden — van de Redactie van een der eerste en verdienstelijkste organen voor de kennis van ons publiek recht niet voorstellen kan. Zij acht art. 1840 B. W. voor publiekrechtelijke verhoudingen niet geschreven, maar vindt het toch goed het

(1) Zie *Themis*, deel 51 pag. 523 v.

daarop toe te passen, omdat het zoo gewenscht is dat ieder het zijne krijgt. . . . ondanks alle Duitsche geleerdheid, die, wel is waar, ook zij hoogschat.

Zoolang een philanthropische methode van wetsinterpretatie nog niet algemeen is aangenomen, dwingt, dunkt mij, in deze door de Redactie van het *Weekblad voor de Burgerlijke Administratie* gemaakte opmerking meer haar goed hart dan haar wetenschappelijke opvatting van het publiek recht bewondering af. Het „suum cuique” is m. i. het ongelukkigste motto dat zich de beoefenaar van het publieke recht kiezen kan.

Heeft zich dus de Redactie van het *Weekblad voor de Burgerlijke Administratie* door hare menschlievendheid m. i. parten laten spelen, de plaatsvervangende *Kantonrechter van Amsterdam* in het 4e kanton heeft, meen ik, zich laten verleiden door de lust om stellingen, door hem in een *Bouwkundig Weekblad* (*) verdedigd en daar op hare plaats, bij de eerste de beste gelegenheid in een vonnis, waar hij geen bouwkundige belangen had te behartigen maar recht te spreken, toe te passen. Wat heeft men anders te denken van zijn vonnis van 31 Juli 1890 (W. v. h. R. n^o 5911)?

Het gold art. 295 der Algemeene Politie-verordening van Amsterdam, waarbij het bouwen of herstellen van perceelen gebonden wordt aan eene vergunning van Burg. en Weth. — een artikel trouwens, waarvan de toepassing reeds eerder tot geschillen voor den rechter had aanleiding gegeven. De Kantonrechter achtte dat artikel onwettig en ontsloeg dus den overtreder er van van alle rechtsvervolging.

Men heeft in het vonnis vooral twee geheel verschillende gronden voor de onwettigheid van het artikel te zoeken:

1^o wordt op die wijze de macht, in art. 134 en 135 Gem. Wet aan den gemeenteraad gegeven, overgedragen op Burg. en

(*) Zie het weekblad van dien naam 2 Nov. 1889.

Weth., omdat volgens deze artikelen de gemeenteraad zelf moet bepalen wat de zorg voor de openbare orde, veiligheid en gezondheid eischt, en aan Burg. en Weth. alleen de uitvoering dier bepalingen toekomt. In het artikel der bouwverordening daarentegen worden Burg. en Weth. zelf belast met de vraag, wanneer die omstandigheden van openbare orde enz. het geven van vergunning tot bouwen noodzakelijk maken, en worden zij dus bevoegd eene vergunning naar eigen goedvinden te weigeren, ook dan wanneer de voorgenomen bouw in geen opzicht met de overige bepalingen der verordening strijdt. Aldus kunnen zij de verordening aanvullen, — in plaats van uitvoeren.

2º wordt hierdoor gehandeld in strijd met art. 625 B. W. Wel laat dit artikel toe »dat de eigenaar door de gemeenteverordeningen in zijn genot en gebruik mag worden beperkt, maar niet dat die verordeningen het meeste normale gebruik, dat de eigenaar van zijn eigendom maken kan, geheel afhankelijk mogen stellen van het goedvinden van Burg. en Weth.»

Het komt mij voor dat noch de eene noch de andere grond verdedigbaar is. Het vonnis is — ook voor zooveel daarin verder voorkomt — één doorlopende reeks van *utiliteits*-overwegingen, die wèl de wenschelijkheid maar niet de wettigheid der verordening raken, waarmee de Kantonrechter zich niet heeft in te laten en die hij dus m. i. vruchteloos en op zeer zwakke gronden onder strijd met artikelen der wet tracht te brengen. Want dat de Kantonrechter zich moeite heeft gegeven om strijd met de wet te vinden, blijkt, dunkt mij, duidelijk uit het slot van het vonnis, waar gezegd wordt »dat »de Fabriekswet en de wet op de Kerkgenootschappen vergunning eischen voor de gebouwen en inrichtingen die zij »met name noemen zoodat voor al wat daar niet onder valt, »eene vergunning noodig is.»

Behoeft de onjuistheid dezer redeneering nog nader betoogd

te worden? Dat de wetgever van 1875 en 1853, ten behoeve van de daarbedoelde belangen, het bouwen beperkt, is toch geen bewijs dat hij het bouwen overal elders en voor alle andere gevallen heeft willen vrijlaten? Waarom noemt de Kantonrechter niet nog maar een paar wetten er bij? Is de verordening ook niet in strijd met de begrafeniswet, en de wet op het bouwen in de nabijheid van vestingen, — beide wetten die evenzeer het recht van den eigenaar om te bouwen beperken?

Maar wat de gronden zelf betreft.

De eerste grond steunt op een stellige miskenning van het begrip *uitvoeren*. De H. R. heeft dezelfde opvatting gehuldigd als de Kantonrechter, bij arr. van 28 Nov. 1887 (W. v. h. R. n^o 5512) (1) en ook aangenomen dat hier geen sprake meer is van uitvoering maar van wetgeving, gedelegeerd door den raad op Burg en Weth.

De *Gem. stem* heeft in n^o 1904 deze jurisprudentie krachtig verdedigd. Maar als uitvoeren iets meer is dan het in praktijk brengen van tot in de kleinste details gedicteerde voorschriften, dan kan ik niet inzien waarom in het hier besproken geval niet van uitvoering maar van gedelegeerde wetgeving sprake zou zijn. Wetgeving is het stellen van den regel — uitvoering is het toepassen van dien regel op elk concreet geval.

Wanneer dus Burg. en Weth. hier de vergunning weigeren of toestaan, dan stellen zij geen algemeenen regel, maar dan passen zij den door den gemeenteraad gestelden algemeenen regel: bouwen zonder vergunning is verboden, eenvoudig toe. Die handeling bezit dus alle qualiteiten van uitvoering, mist alle van wetgeving.

Dat daardoor Burg. en Weth. teveel macht krijgen, raakt dat den rechter, of is dat utiliteit, die tot de *wettigheid* der verordening niets afdoet?

(1) In gelijken geest arr. H. R. 5 Mrt. 1883 (W. v. h. R. n^o 4893) en 17 Mrt. 1890 (W. v. h. R. n^o 5854).

Aan deze verwarring tusschen doelmatigheid en wettigheid maakt m. i. zich het vonnis op in het ooglopende wijze schuldig, evenals de Gemeentestem in haar aangehaald n^o 1904.

De *tweede* grond lijdt aan hetzelfde euvel, omdat daarbij de Kantonrechter treedt in de vraag *hoever* de Gemeenteraad gaan kan in de beperking van het eigendomsgebruik. 's Kantonsrechtters grief is hier dat die beperking zelfs het „meest normale“ gebruik opheft, dat de eigendom naar art. 625 B. W. geeft.

Hoever de gemeenteraad gaan wil, dat heeft de gemeenteraad zelf te beoordeelen naar de behoefte, die hij met zijn verordening beoogt te bevredigen. Art. 625 B. W. kan nooit een beperking inhouden voor het publiek gezag, optredende in het algemeen belang tegenover den individueelen eigendom, omdat de macht tot dit laatste het openbaar gezag uit het publieke recht toekomt en in het publieke recht hare begrenzing vindt. Art. 625 B. W. *constateert* slechts een *feit*, dat *jure publico* vaststaat, als het wijst op de beperkingen door het openbaar gezag den eigendom opgelegd, en had zelfs beter gedaan met die overtollige verwijzing naar iets dat buiten zijn kader valt weg te laten; maar omtrent den omvang van die beperkingen kan het artikel geen norma zijn. Zoo goed als die beperkingen wettig zouden zijn geweest *ex jure publico* (voor gemeenteverordeningen uit art. 135 Gem. Wet) ook al had art. 625 B. W. er van gezwegen, zoo goed kan zelfs het publiek gezag den eigendom niet alleen beperken, maar ook opheffen als hem dat in het algemeen belang noodig schijnt. Dat dit geen ont-eigening is behoeft hier niet nader betoogd te worden (1).

(1) In strijd hiermee is het arr. H. R. 20 Mei 1889 (W. v. h. R. n^o 5720) en het reeds in *Themis* deel 51 pag. 522, noot (2) door mij vermelde vonnis der rechtb. Assen 2 Juni 1890 (W. v. h. R. n^o 5919).

Men zie verder de uitstekende redevoeringen van Mr. OPPENHEIM en Mr. LEVY op de Juristenvergadering van 1887 (Handelingen II pag. 219 v., en 223 v.).

Dat hierbij nu het publiek gezag te ver kan gaan, wie zal het ontkennen en niet tevens betreuren, zoo goed als de Kantonrechter van Amsterdam?

Maar het middel daartegen is niet de rechtspraak des rechters, maar het cassatierecht der Koningin op grond van art. 153 der Gem. Wet *wegens strijd met het algemeen belang*.

Zoo heeft dan ook de Regeering in dit opzicht vrij constant dergelijke vèrgaande beperkingen van den eigendom in plaatselijke verordeningen vernietigd. Men zie o. a. het K. B. 31 Maart 1862 (Stbl. n^o 35), K. B. 23 Nov. 1863 (Stbl. n^o 132), K. B. 2 Sept. 1870 (Stbl. n^o 158) en tal van missiven van den Minister v. Binnenl. Zaken en decisiën van Gedep. Staten.

Maar ook hierbij wordt meestal gesproken van strijd met de wet, in plaats van, zooals behoort, strijd met het algemeen belang.

Geschiedt de vernietiging op grond van het laatste, dan kan men zich daarover verheugen, en tegelijkertijd de beslissing van den Kantonrechter van Amsterdam volkomen onjuist noemen.

Leiden, Maart 1891.

STAATSRECHT. — *Parlementair of Beperkt-Monarchaal stelsel in Nederland?* door MR. P. C. KLAASESZ JZN., *Advocaat en Procureur te Leeuwarden.*

II.

„Hetgeen bij ons doorgaans gefaald had, dat was niet zoozeer de regel als de uitvoering; zoo was het ook met de Grondwet van 1815 gegaan; de praktijk was steeds verre ten achteren gebleven;“ (1). De praktijk van Willem I was het vooral, die de herzieningen van 1840 en 1848 noodig maakte. Men moest door een beter kiesrecht, door aanmerkelijke uitbreiding van de vereischte medewerking der Staten-Generaal, door ministerieele verantwoordelijkheid in te voeren en tal van andere verbeteringen voor het vervolg de heerschende *praktijk* der beperkte monarchie onmogelijk en het overwicht der ver-tegenwoordiging onbetwistbaar maken.

In menig opzicht werd aangevuld, wat aan eene volledige toepassing der parlementaire beginselen, nu beter begrepen, ontbrak (2).

(1) THORBECKE, Parl. Redev. 1849—1850, Voorrede pag. VI.

(2) Deze aanvulling had plaats door de grondwetsherziening; maar niet door haar alleen; ook doordat zich uit eene juiste praktijk der grondwet tal van regelen ontwikkelden, die als conventioneel staatsrecht onze constitutie voltooiden. Want het begrip constitutie is uitgebreider dan grondwet.

Mr. VAN BEMMELN zegt van het hier bedoeld ongeschreven staatsrecht, dat het zich in strijd met de letter en de geschiedenis onzer grondwet heeft ontwikkeld; en leest in mijne opmerking in tegenovergestelden zin (dissertatie pag. 79) ten onrechte de bedoeling, dat dit ongeschreven staatsrecht „inderdaad niet ongeschreven is, maar in de grondwet zelve en haren historischen zin is te vinden“. (Mr. VAN BEMMELN t. a. p. pag. 190).

Neen, het is m. i. niet in strijd met ons geschreven staatsrecht, maar evenmin daarin te vinden; het is veelmeer de consequentie er

Wat betreft deze belangrijke herziening meen ik hier te kunnen volstaan met een kort onderzoek van de beschouwing van Mr. v. B. over het recht van ontbinding en over de ministerieele verantwoordelijkheid, om daarna nog een enkel woord te wijden aan het „tertium datum.”

„De *ontbinding* heeft een verschillend aanzien naarmate men haar al of niet door een democratischen bril beziet”. (1)

Waar is, dat in het algemeen tal van grondwettige instellingen eene andere beteekenis hebben al naarmate men in onze grondwet het monarchaal- of het parlementair-constitutioneel stelsel meent te zien en niet te verwonderen is het, dat de bril door mr. v. B. gebruikt aan het recht tot ontbinding een monarchalen tint geeft.

Het komt mij evenwel voor, dat de Schrijver dwaalt, waar hij meent dat het ontbindingsrecht in het algemeen en redelijkerwijs voor tweederlei voorstelling vatbaar is en in het bijzonder bij ons anders dan in democratischen zin moet worden begrepen. De voorstelling toch (2), dat, nu de Koning voor vele zeer gewichtige functien zijner regeering de toestemming der Staten-Generaal noodig heeft en door den tegenstaand van deze in zijn streven verlamd wordt, hij een ontbinding mag gebruiken als middel om een volgzamer parlement te verkrijgen; en dat

van. Men heeft dunkt mij hier te denken aan hetgeen DICEY (The law of the Constitution, 3de uitgave, pag. 22 en v.) „conventions” noemt, welke met het geschreven en ongeschreven recht te zamen de constitutie vormen en van het eigenlijke recht vooral daarin verschillen, dat de overtreder niet voor den rechter wordt gebracht. Deze „conventions, understandings, habits or practices” dienen vooral om te regelen „the conduct of the several members of the sovereign power” en overtreffen menige wet in belangrijkheid en kracht. Bij eene beoordeeling van onze constitutie moet derhalve, naar mijn bescheiden meening, met deze uit de practijk geboren „conventions” wel degelijk rekening worden gehouden.

(1) Mr. VAN BEMMELEN t. a. p. pag. 204.

(2) Mr. v. B. t. a. p. pag. 203 en 204.

hij, als het mislukt, geenszins van slechter conditie is geworden, ook niet moraliter, omdat het ontbonden parlement hem reeds in zijn streven had geparalyseerd — deze voorstelling schijnt mij onhoudbaar. Zij is onhoudbaar in het algemeen, omdat, indien bij een verschil van meening tusschen den monarch en het parlement geen van beide partijen wil toegeven, er toch eene beslissing moet vallen; het gaat niet aan dan te zeggen: „nu de vereischte overeenstemming niet te verkrijgen is zullen wij maar berusten in den daardoor teweeggebrachten stilstand in het bestuur en de zaak op den ouden voet voortzetten.” Indien de nieuwe volksvertegenwoordiging, sterk door de verkiezing na de ontbinding, zich door de regeering gedwarsboond zag, zou zij ten slotte door aan deze, voor haar weinig vertrouwbare, regeering de noodige geldmiddelen te onthouden, haar overwicht weten te doen gelden. Daar het Staatsbestuur niet kan stilstaan, moet het òf in de eene òf in de andere richting worden geleid.

Ook prof. Buys (die voorzeker geen democratischen bril draagt), overeenstemming tusschen Koning en Staten-Generaal noodzakelijk achtend (1), ziet in ontbinding het grondwettig aangewezen middel om daartoe te geraken. Levert derhalve de verkiezing na ontbinding, een aan het ministerie vijandig gezind parlement, is er maar geen parlement te krijgen, dat met het ministerie overeenstemt, dan *moet* de Koning wel een ministerie in het leven roepen dat overeenstemt met het parlement. De Koning moet derhalve, ter wille van de vereischte overeenstemming, met zijn ministerie het hoofd buigen voor het parlement, dat bij de verkiezing na ontbinding is gekozen, nu de grondwet het recht van ontbinding als het laatste middel om een conflict op te lossen heeft gecreëerd.

(1) Prof. Buys, Grondwet dl. 1 pag. 301: „Waar de samenwerking ontbreekt blijft het wetgevende gezag rusten. Maar dat gezag kan niet duurzaam rusten en het middel tot samenwerking moet dus gevonden worden.”

De Koning zou geenszins van slechter conditie zijn geworden, ook niet moraliter! Mij dunkt, dat aan het prestige van eene regeering (want de Koning moet van wege de onschendbaarheid buiten het spel blijven) een onherstelbare slag wordt toegebracht, indien de meerderheid der geregeerden, ter wille van wie toch de regeering wordt geleid, haar beleid op wettige wijze afkeurt. *Buiten* den wil des volks regeeren moge nog bestaanbaar zijn in onzen tijd, *tegen* dien wil zal op den duur bezwaarlijk gaan.

Bovendien komt het mij vreemd voor, dat men wèl waarde hecht aan eene beslissing van de kiezers gevraagd, indien die in overeenstemming is met den wensch van de regeering en er zich niet om meent te moeten bekommeren, wanneer zij met dien wensch strijdig is.

DE BOSCH KEMPER is ook van meening dat: „waar eenmaal een ontbinding heeft plaats gehad, de Koning den geest der nieuwe vertegenwoordiging, opregt en edelmoedig (m. i. niet meer dan plicht) behoort te volgen“, want „De ware Staatskunde bij vrije volken is, dat de regeering wijkt voor de *wettige* volksstem“, (1).

(1) DE BOSCH KEMPER: Staatsregt, pag. 304; HEEMSKERK: „Praktijk onzer Grondwet“ op art. 70 en OLIVIER: „Van de Staten-Generaal“ pag. 129 en v. beschouwen het ontbindingsrecht eveneens als eene huldiging van het democratisch beginsel, terwijl prof. BUYS, Grondwet deel 1 pag. 304, het een gevaarlijk recht noemt, dat „dikwijls toegepast er *feitelijk* toe moet leiden om in strijd met de hoofdbeginselen van ons staatsrecht, *de hoogste macht bij het kiezersvolk over te brengen*.“ „Feitelijk“ — zonder dat daarom volgens den Hoogleraar (t. a. p. pag. 303) in onze Grondwet het beginsel der Volkssouvereiniteit is opgenomen; „Dacht zij zich de ontbinding als het beroep van twee strijdenden op eene hoogere macht, dan zoude zij aan de beslissing van die hoogere macht ook rechtskracht hebben moeten toekennen.“ Hier is, als ik goed zie, de juridische methode aan het woord, die, terwijl niet kan worden ontkend, dat de kiezers de beslissende hoogere macht zijn, doordat zij afgevaardigden kunnen kiezen die over het geschilpunt met hen gelijk denken, toch nog eene uitdrukkelijke bepaling in de Grondwet noodig acht, die rechtskracht verleent aan de

THORBECKE keurt in 1841 (1) het recht van ontbinding af, want: „Het is niet te verbloemen: het beroep op de kiezers geschiedt onder voorwaarde, dat de kroon aan de nieuw gekozenen Vertegenwoordiging gehoorzame. Onder den naam van mede te regeren oefenen de afgevaardigden de opperregering” enz. en dit was juist na een ontbinding in de oogen van den grooten Staatsman zoo bedenkelijk (1841), omdat dan het beleid komt bij de kiezers; „Het (beroep op de kiezers) onderstelt, dat het om de meening der kiezers is te doen.” Dit keurt hij (in 1841) af; want „wat zal een goeden kiezer . . . bij de keuze leiden? Niet wat de man, dien hij in 't oog heeft, over deze of gene punten denkt; hetgeen men ook, met name in gewone tijden, zonder innig onderzoek van den persoon doorgaans niet kan weten. De vraag zal zijn, of hem het karakter en de bekwaamheid onderscheiden, tot waarneming niet eener bepaalde, maar der Landszaak in 't algemeen gevorderd.” Als hoofd van de negenmannen heeft hij twee jaren later de instelling van het recht tot ontbinding mee voorgesteld. Was hij toen van eene geheel andere meening geworden ten opzichte van het karakter van het ontbindingsrecht; zag hij toen daarin niet meer een huldiging van het democratisch beginsel?

Dit laat zich volstrekt niet afleiden uit het doen van het voorstel zelf. Hoevele andere motieven kunnen hem daartoe hebben geleid? Zoo acht ik het volstrekt niet onwaarschijnlijk, dat THORBECKE reeds in 1844 heeft ingezien, dat ook goede kiezers zich niet alleen door karakter en bekwaamheid der te kiezen personen bij hunne keuze moeten laten leiden, maar uit de mannen, die deze schoone eigenschappen in ruime mate bezitten, de voorkeur schenken aan hen, met wier denkbeelden zij in

beslissing dier hoogere macht. Dat de grondwettige bepaling bedoelde machtsuitoefening der kiezers noodzakelijk medebrengt is m. i. geheel voldoende.

(1) THORBECKE: Aanteekening dl. 1 pag. 273 en v.

het algemeen overeenstemmen (1). En hiermede zou voor hem een belangrijk bezwaar tegen de ontbinding vervallen zijn.

Het kan ook niet worden opgemaakt uit de redevoeringen door THORBECKE over het voorstel der negenmannen gehouden.

Maar wel uit de Mem. v. Toel. of uit de Beantw.? En kan men uit de houding der andere voorstellers en voorstanders van dit plan tot herziening affeiden, dat het recht tot ontbinding toen in beperkt-monarchalen zin werd opgevat? Het komt mij anders voor. In de eerste plaats zij opgemerkt, dat de hervormingsgezinden, die eene krachtige beperking der koninklijke macht voorstonden en in diezelfde mate uitbreiding van de macht van het Parlement wenschten, allen streden voor het recht tot ontbinding; terwijl juist zij die zoo bevreesd waren, dat den Koning te veel macht werd ontnomen op deze zoogenaamde machtsvergrooting des Konings niet gesteld waren. Dit blijkt duidelijk uit de debatten. Het is waarschijnlijk, dat de negenmannen hun voorstel hebben willen aanprijzen door op het voordeel, voor de kroon daaruit voortvloeiende, het meeste licht te laten vallen (2), terwijl de toenmalige meerderheid met het democratisch karakter van de aangeboden nieuwigheid voor oogen, daarvan niet wilde weten (3).

In de tweede plaats blijkt uit de Memorie van Toelichting en uit de Beantwoording (4), dat men den Koning het recht tot ontbinding heeft willen geven om te onderzoeken of „de tegenstand, dien de voorstellen of maatregelen der Kroon aldaar (in de tweede kamer) ontmoeten, een blijvende *nationale* tegen-

(1) Het Verslag der Staatscommissie van 17 Maart 1848 spreekt tenminste van het uitdrukken van „eene politieke meening” door de kiezers.

(2) Handelingen van 1845, o.a. pag. 259 Rede van SCHOONEVELDT en pag. 461 Rede van LUSAC.

(3) Handelingen van 1845, o.a. pag. 371 Rede van HOOFD en pag. 647 Rede van den Minister van Justitie.

(4) Handelingen van 1845 pag. 68, 169, 185 en 186.

stand zij"; m. a. w. terwijl zonder recht tot ontbinding de Koning afhankelijk is van *"het thans zittend personeel der Kamer"*, ook wanneer de kiezers daarmede niet eenstemmig zijn, zal hij met het recht tot ontbinding niet voor een *"anti-nationaal"* parlement behoeven te wijken. Maar, — het wordt meer dan eens te kennen gegeven, — de kroon behoort van dit recht gebruik te maken *"wanneer zij gelooft, dat de meerderheid door eenzijdige, buiten de Kamer niet gedeelde inzichten wordt beheerscht."*

Ligt hierin nu niet ten duidelijkste de erkenning van het democratisch karakter van het ontbindingsrecht? (1)

Wat in 1845 mislukte ging in 1848 door. Het is verwonderlijk hoe weinig bij die herziening over het recht tot ontbinding is geschreven en gesproken en hoe groot op dit punt de eenstemmigheid was (2). Waaraan het moet worden toegeschreven, dat de talrijke tegenstanders van 1844 deze instelling in 1848 niet wenschten te bestrijden, laat zich slechts gissen. Verandering in de opvatting er van is echter niet aan te wijzen. Het Verslag der Commissie van 17 Maart zegt, dat (3): *"Ontbindbaarheid wordt gevorderd tot beslissing van een strijd tusschen het Gouvernement en ééne of beide Kamers der Staten-Generaal, een strijd van dien aard, dat òf het Gouvernement òf de vertegenwoordiging behoort te wijken"*.

Het ministerie moet wijken of de vertegenwoordiging; d. w. z. zij zijn (door hun oneenigheid) naast elkander onbestaanbaar geworden; het ministerie moet aftreden of de vertegenwoordiging worden ontbonden. Geschiedt dit laatste, dan is met de ontbinding de vertegenwoordiging nog slechts in letterlijken

(1) Hoe Mr. van BEMMELN (t. a. p. pag. 203 noot 1) kan zeggen, dat de ontbinding der Tweede Kamer in deze Mem. van Toel. werd aanbevolen, als tot steun der „Kroon" strekkende, is mij niet duidelijk.

(2) Zie het Verslag der Commissie van Rapporteurs in de Tweede Kamer, Handelingen van 1848 pag. 97.

(3) Handelingen van 1848 pag. 210.

zin geweken; de verkiezing na de ontbinding brengt eerst eene beslissing; keert dezelfde vertegenwoordiging terug, dan hebben de kiezers uitgemaakt, dat niet de vertegenwoordiging diegene was van de twee, welke moest wijken; dan moet de regeering heengaan. Zoo ongeveer is m.i. de beteekenis van de woorden van het Verslag.

De regeering heeft de toelichting der Staatscommissie letterlijk overgenomen (1) zonder er iets bij te voegen.

Verder is bij de herziening van 1848 niets voorgevallen, waaruit zou kunnen blijken, welke meening toen over het karakter van het ontbindingsrecht heerschte. Alleen heeft in de zitting der dubbele Tweede Kamer de Minister van Justitie nogmaals (2) in het licht gesteld, dat de invoering van dit recht aan den Koning de gelegenheid zou geven om, in geval de regeering meent, dat de tegenstand van de Staten-Generaal geen steun vindt bij de kiezers, van deze eene nieuwe vertegenwoordiging te vragen: „nu zal er eene nieuwe vertegenwoordiging gevraagd kunnen worden; men zal dan de natie inlichten omtrent de redenen, waarom de Koning zijn voorstel deed, en die redenen bij de nieuwe vertegenwoordiging nader kunnen aandringen” (3). Wel wordt er niet bijgevoegd dat, zoo de natie ondanks de inlichtingen omtrent 's Konings voorstel een gelijkgezinde vertegenwoordiging verkiest, die op hare beurt doof blijft voor den „naderen aandrang” der regeering, deze toch het veld moet ruimen; echter ligt in de geheele veronderstelling opgesloten, dat, terwijl de Koning *zonder* ontbinding dadelijk moet bukken voor een ongunstige beslissing van het parlement, hij dit *met* ontbindingsrecht eerst behoeft te doen, wanneer deze beslissing door de kiezers is bevestigd en nog de kans heeft, dat deze hem gelijk geven.

(1) Handelingen van 1848 pag. 330.

(2) Evenals dit geschied is in de Memorie van Toelichting op het voorstel der Negenmannen.

(3) Handelingen van 1848 deel 3 pag. 300.

Themis. LIIste Deel, 2de stuk [1891.]

En hierin ziet de minister „eene groote uitbreiding van de magt des monarchs“. Mij komt het voor, dat de macht der kiezers daardoor veel meer wint dan die des Konings. Het ontbindingsrecht heeft twee kanten — het maakt de regeering minder afhankelijk van het „thans zittend personeel der Kamer“; verhoogt evenwel hare afhankelijkheid van de nieuwe vertegenwoordiging. Met ministerieele verantwoordelijkheid in politieken zin, zoowel in 1844 als in 1848 in de voorstellen tot herziening opgenomen, kan het ontbindingsrecht inderdaad worden verdedigd als tot steun der Kroon strekkende; daardoor wordt echter in het minst geen afbreuk gedaan aan het democratisch karakter daarvan. De ontbinding is een middel om te bewerken, dat het ministerie overeenstemt met de meerderheid der kiezers, en alleen deze overeenstemming zal op den duur aan de kroon den hechtsten steun verleen. Zonder verantwoordelijke Ministers, die wijken zoodra het ontbonden, hun vijandig gezind parlement door een dergelijk wordt opgevolgd, zal de ontbinding voor de kroon hoogst gevaarlijk zijn; en het mogelijk maken, dat de stem des volks *wettig* zich doet hooren, niet tegen het Ministerie, maar tegen den Koning.

Het ontbindingsrecht heeft alleen in democratischen geest opgevat gezonden zin — de geschiedenis van ons artikel bevestigt, dat het bij ons die beteekenis heeft -- de opneming dezer instelling in 1848 is derhalve naar mijn inzicht een bewijs te meer voor de meening, dat de geest onzer grondwet democratisch en de parlementair-constitutioneële monarchie, ook volgens het geschreven recht, onze regeeringsvorm is.

Niet minder dan de aanneming van het ontbindingsrecht, heeft de regeling der *ministerieele verantwoordelijkheid* in politieken zin, in 1848 er toe medegewerkt de parlementaire monarchie in ons land te bevestigen.

Het spijt mij ook op dit punt met Mr. VAN BEMMELN van meening te verschillen. De oorzaak van dit verschil is dezelfde als bij de ontbinding. Bij ontbinding erkende Mr. VAN BEMMELN

het recht der kiezers om te oordeelen en te veroordeelen, niet de verplichting der regeering zich daaraan te onderwerpen; bij de ministerieele verantwoordelijkheid mag volgens den Schrijver het parlement de Ministers beoordeelen en veroordeelen; deze behoeven zich daaraan niet te storen (1).

Voor de beteekenis eener instelling of van iets anders, wat het ook zij, is niets meer beslissend dan de gevolgen. Maar juist ten opzichte van de gevolgen, die de ministerieele verantwoordelijkheid volgens onze grondwet behoort te hebben, kan ik met Mr. VAN BEMMELEN niet medegaan. Nu ik voor de stelling, dat in 1848 de, jure scripto reeds bestaande, parlementaire monarchie nader werd bevestigd, steun zoek in het feit, dat toen de ministerieele verantwoordelijkheid werd ingevoerd, gaat het niet aan voor de beteekenis dier instelling juist uit de parlementaire regeeringsvorm een argument te putten. Anders zou ik beginnen met te zeggen, dat, nu ik, meen te hebben aangetoond, dat de grondwetten van 1814 en 1815 reeds in hoofdzaak dezen regeeringsvorm behelsden en het in confesso is, dat de grondwetgevers van '48 over het algemeen met een parlementairen geest bezield waren, de toen aangenomen ministerieele verantwoordelijkheid ook in dien geest moet worden opgevat.

Afgezien hiervan pleit het zeer in mijn voordeel, wat ook Mr. v. BEMMELEN heeft opgemerkt, dat bij de herziening in

(1) Mr. v. B. t. a. p. pag. 205: „Hierom was het te doen, dat men onder het publiek en in het parlement de Ministers zou mogen beoordeelen en veroordeelen” enz. „Er is geen schijn of schaduw te vinden van eene algemeene opvatting: dat de ministers, door eene ongunstige parlementaire kritiek of bepaalde afkeuring getroffen zijnde, hun ontslag zouden moeten nemen, en dat de Koning hen op den wenk der parlementaire meerderheid zou moeten ontslaan en hen (of liever een kabinets-formeerder) slechts volgens dien wenk zou mogen benoemen. Zóóver durfde men in 1848 nog niet gaan op den door de gevallen orleanistische monarchie gebaanden weg, zóóver ging de politieke gedachtenloop toen nog niet.”

1848 althans het streven bestond het parlementair stelsel in te voeren en vooral ook, dat bij name op ministerieele verantwoordelijkheid werd aangedrongen als „eene der hoofdvoorwaarden van het constitutionele regerings-stelsel“; „niet langer mag, naar het algemeen gevoelen, in onze Grondwet de uitdrukking van eene der hoofdvoorwaarden van het constitutionele regeringsstelsel ontbreken: de Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk“, zegt het algemeen Verslag der afdelingen in de Tweede Kamer van 16 Maart (1). En dit verslag heeft zonder twijfel met het „constitutionele regeringsstelsel“ niet de beperkte monarchie bedoeld. Niemand zal de ministerieele verantwoordelijkheid in politieken zin eene hoofdvoorwaarde noemen van de beperkte monarchie.

Eene andere vraag is of de grondwetgevers van '48, de ministerieele verantwoordelijkheid als eene hoofdvoorwaarde van het parlementair stelsel willende invoeren, hebben begrepen, wat die instelling in dit stelsel wil zeggen, welke gevolgen in dit stelsel daaraan verbonden zijn. Eene andere vraag ook, of de woorden der grondwet die beteekenis toelaten.

Op de eerste vraag een afdoend antwoord te geven en te motiveeren is moeielijk. Mr. VAN BEMMELEN zegt: „Zóóver durfde men in 1848 nog niet gaan“; zóóver ging de politieke gedachtenloop toen nog niet. „Begrijp ik deze beide uitdrukkingen goed, dan is de eerste met de tweede niet te rijmen. Zoover niet te durven gaan als volgens den Schrijver het parlementair stelsel meebrengt, sluit onvermijdelijk in zich, dat de gedachtenloop wèl zoover ging; dat men juist door het inzicht in die vèrgaande strekking daarvoor terugdeinsde.

Is dit waar, dan had men, de gewone beteekenis der ministerieele verantwoordelijkheid in Engeland, het voorbeeld, begrijpende, deze moeten uitsluiten; te kennen moeten geven, dat men wèl ministerieele verantwoordelijkheid wenschte, maar de

(1) Handelingen van 1848 deel 1 pag. 97.

voornaamste gevolgen die daaruit voortvloeien niet; dan had men datgene moeten verhinderen bovendien, wat aan de nieuwe instelling „klem” geeft. En wat heeft men gedaan? Men heeft juist die klem versterkt; de algemeene strekking van de herziening in 1848 is, de macht der volksvertegenwoordiging tegenover die der regeering te vergrooten; „zij heeft het gebied der verpligte parlementaire toestemming en de bevoegdheid van het parlement uitgebreid, dus de monarchie meer beperkt dan zij reeds beperkt was” enz (1). Het parlement kreeg in veel grootere mate de macht, om „Ministers door eene ongunstige parlementaire kritiek of bepaalde afkeuring getroffen” tot heengaan te dwingen en daardoor tevens te bewerken, dat personen tot de regeering worden geroepen, die door hunne eensgezindheid met de volksvertegenwoordiging daarvoor het meest geschikt zijn.

Het laat zich moeilijk denken, dat de grondwetgevers van 1848, zonder den grooten invloed van de toepassing der ministerieele verantwoordelijkheid te beseffen, die instelling hebben overgenomen. Van THORBECKE kan dit tenminste niet gezegd worden. Hij heeft in 1841 niet gewild, dat „de vertegenwoordiging op de keus van het personeel der Ministers invloed heeft, en dezen het begunstigde werktuig worden harer meerderheid” (2) terwijl hij terzelfder plaatse erkent, dat dit in Engeland en Frankrijk gewoonte is; hij was dus van de *gewone* werking der ministerieele verantwoordelijkheid zich wèl bewust.

Ook wordt in het Voorloopig Verslag over het voorstel der Negenmannen (3) beweerd, dat de ministerieele verantwoordelijkheid „zich oplost in vertrouwen of in afkeuring, *in afstemmen of aannemen* van de ministerieele voordragten” en vreest o. a. de heer Snouck Hurgronje (4) daarvan vernietiging van 's Konings

(1) MR. VAN BEMMELN t. a. p. pag. 206.

(2) THORBECKE. Aanteekening deel 1 pag. 202.

(3) Handelingen van 1845 pag. 121.

(4) Handelingen van 1845 pag. 526.

macht; ook wordt, wat meer zegt en waarop ik reeds gewezen heb, in het verslag van de Commissie van Rapporteurs in de Tweede Kamer, van 16 Maart '48 (1) gesproken van de ministerieele verantwoordelijkheid als naar het *algemeen* gevoelen, een hoofdvoorwaarde van het constitutioneel stelsel; terwijl mede uit de bijvoeging, dat door de woorden „de ministers zijn verantwoordelijk” een eigenlijk gezegd ministerie wordt gewaarborgd, blijkt, dat met dit stelsel het Engelsche bedoeld werd.

Wanneer Mr. VAN BEMMELLEN dus zegt, dat van eene algemeene opvatting der hier besproken instelling in parlementairen zin in '48 geen schijn of schaduw te vinden is, moet dit op zijn zachtst genomen overdreven genoemd worden.

Maar aangenomen dat van eene algemeene opvatting in genoemden zin niet duidelijk bleek, volgt daaruit dat de bedoelde opvatting niet, eene andere wèl heeft bestaan? Welke andere dan? M. i. valt daaruit niets af te leiden. Dat men over de werking der nieuwe instelling weinig heeft gesproken, laat zich gemakkelijk verklaren. Men heeft die werking niet vooruit willen bepalen omdat zij, „voor eene regeling bij de wet minder vatbaar schijnt” (2). Zoo zegt ook THORBECKE (3): „Van deze uitwerkselen der ministerieële verantwoording spreekt de Grondwet niet. Zij zijn aan de instelling en hare betrekking tot den Koning en de Wetgevende Magt van zelfs verbonden. Zij behoeven ook geene bijzondere regeling door de wet.” Men heeft door de woorden „de Ministers zijn verantwoordelijk” deze instelling van Engeland overgenomen als een parlementair constitutioneële en het verder aan de praktijk willen overlaten de Engelsche conventie op dit punt hier te vestigen. Dat die conventie in hoofdtrekken hier te lande ontstond, is geen toeval, niet het resultaat ook alleen van feitelijke machtsverhoudingen; het is de grondwet zelf, die het heeft bewerkt, door aan de volks-

(1) Handelingen van 1848 deel 1 pag. 97.

(2) Handelingen van 1848 deel 1 pag. 97.

(3) THORBECKE, Aanteekening deel 1 pag. 203.

vertegenwoordiging op onbetwistbare wijze het overwicht in 's lands bestuur te verzekeren. Om dit aan te nemen behoeft m. i. van eene algemeene opvatting niet nader te blijken.

Onderscheiden schrijvers zijn van oordeel, dat men in 1848 door het nieuwe artikel 53 wel ministerieele verantwoordelijkheid in politieken zin heeft ingevoerd, maar deze voor de ministers slechts de verplichting medebrenge te antwoorden en zich te verantwoorden en voor het publiek en de Kamers het recht hunne handelingen vrij te beoordeelen en te veroordeelen. Behalve Mr. VAN BEMMELN schijnen o. a. prof. BUYS (1), mr. J. HEEMSKERK AZ. (2) en mr. A. J. DUYMAER VAN TWIST (3) de meening toegedaan, dat de ministerieele verantwoordelijkheid in Engelschen zin onvereinigbaar is met de Koninklijke macht zooals die door onze grondwet is geregeld; in het bijzonder met 's Konings recht om naar welgevallen de Ministers te beoemen en te ontslaan.

Volgens mr. HEEMSKERK laat het zich niet onder wettelijke voorschriften brengen, in hoeverre de Koning bij het ontslag en de keuze zijner Ministers moet letten op de wenschen der meerderheid in de Kamers of van een groot deel des volks. »De Grondwet moet daaromtrent niets bevatten; het karakter der monarchie zou verloren gaan, zoodra een andere invloed dan die des Konings op die benoemingen erkend wierd. De Staten-Generaal mogen daarover ook geen votum uitbrengen.»

De klemtoon moet, naar het mij voorkomt, in verband met de onvatbaarheid dezer zaak voor wettelijke regeling, vallen op »erkend wierd.» Een andere invloed op het ontslag en de keuze der Ministers moet niet met zooveel woorden in de grondwet staan. Dit zou het karakter der monarchie doen verloren gaan. Echter is daarmede nog niet gezegd, dat de Staten-Generaal een zoodanigen invloed niet mogen uitoefenen; immers laat

(1) Grondwet deel 1 pag. 192, 356 en 362.

(2) Praktijk onzer Grondwet op art. 73 al. 1.

(3) Bijdragen deel XV pag. 266 en v.

de Schrijver onmiddelijk volgen: „Feitelijk zal niettemin de invloed der Staten-Generaal op het ontslaan en benoemen der Ministers altijd zeer groot blijven“; en al moge die invloed dikwijls ten dienste staan aan „blinde partijfchap, vooroordeel of bekrompene jalouzy“, de Staten-Generaal hebben nu eenmaal de macht daartoe en „deze toestanden en de gevaren, die zij na zich slepen, zijn somtijds onafscheidelijk van den constitutionelen regeeringsvorm“. Bovendien haalt Mr. HEEMSKERK een gedeelte aan van eene „beroemde“ redevoering van THIERS (1866), wiens voorstelling der zaak hij over het algemeen juist noemt: „et si, à la suite de cette discussion une improbation, quelque légère qu'elle soit, se manifeste, les représentants de la couronne se retirent devant cette désapprobation“ etc. Alleen zoude dit *niet altijd* moeten plaats hebben. Het gewicht der zaken en de stroom der volksmeening kunnen van dien aard zijn, dat het Ministerie niet behoeft heen te gaan.

Indien ik Mr. HEEMSKERK's gevoelen in korte woorden aldus mag weergeven: de grondwet moet niet uitdrukkelijk den invloed der Staten-Generaal op de benoeming en het ontslag der Ministers regelen; feitelijk vloeit deze invloed toch uit de grondwettige macht der Staten-Generaal voort; de Ministers moeten heengaan, zoo dikwijls hunne houding door het Parlement wordt afgekeurd, tenzij het zaken van ondergeschikt belang geldt of er grond voor bestaat, bij de kiezers eene andere meening te vermoeden en hen door middel van ontbinding te raadplegen — indien dit Mr. HEEMSKERK's bedoeling is, ga ik gaarne met dezen bekwamen kenner van ons staatsrecht mede.

Dat de Staten-Generaal over dit onderwerp geen votum mogen uitbrengen — dat het erkennen van dezen parlementairen invloed, ook indien deze zich onder wettelijke voorschriften liet brengen, het karakter der monarchie zou doen verloren gaan, laat ik, als onvereinigbaar met het overige, voor rekening van den Schrijver.

Ofschoon het bovenstaande Mr. HEEMSKERK alzo meer als

voorstander dan als tegenstander doet kennen van de meening, dat de Koning bij het benoemen en ontslaan van Ministers zich naar de parlementaire meerderheid heeft te voegen, geeft zijne beschouwing over de woorden „naar welgevallen” in art. 77 al. I der grondwet eenen anderen indruk. Zij betreffen, zegt hij, „al de handelingen des Konings, in deze alinea opgenoemd”; en even later leest men: „De uitdrukking zelve: „naar welgevallen” (Fr. text: à volonté) beteekent zeer zeker, dat alleen de Koning over deze onderwerpen beslist, zonder het goedvinden der Staten-Generaal te behoeven. Zonder grondwetschennis (art. 73 in verband met art. 121) kunnen dus de Kamers der Staten-Generaal geen votum van afkeuring geven omtrent het oprigten van een nieuw departement of het afschaffen daarvan”. (Dus ook niet, naar mijn bescheiden meening, omtrent het benoemen en ontslaan van Ministers, dat door den Schrijver immers daarmede gelijk gesteld wordt!)

Mr. VAN BEMMELEN leest in de woorden „naar goedvinden” in art. 35 der grondwet van 1814 (1), dat de Souvereine Vorst de Ministers „ten allen tijde zonder motiven zou kunnen ontslaan, zoo ze niet naar *zijne* inzigten handelden”. In 1815 bleef dit zooals het was. En in 1848 is „aan de Staten-Generaal geene bevoegdheid ten aanzien van benoeming en ontslag der Ministers toegekend”. Daarbij sluit aan, wat de Schrijver later zegt (2), dat: „die grondwet nog niets meer heeft ingevoerd dan ééne, den monarch ongemoeid latende, vrije parlementaire censuur der aan alle regeeringsdaden deelnemende Ministers”.

Ook Mr. DUYMAER VAN TWIST neemt het welgevallen des Konings in zake benoeming en ontslag der Ministers in bescherming. Men moet het niet vergeten, „dat de Koning zijne Ministers benoemt en ontslaat *naar welgevallen*; en dat de

(1) Mr. VAN BEMMELEN t. a. p. pag. 192 noot 1.

(2) Pag. 206.

Koning van die magt gebruik kan maken tegenover een Minister, die willekeurig zijne medewerking weigert» (1). (Dan zeker ook tegenover eenen Minister, wiens weigering op deugdelijke gronden steunt).

»Het oordeel van een der beide Kamers, dat de verantwoording van den Minister onvoldoende was, kan den Minister aanleiding geven om aan den Koning zijn ontslag te vragen kan in één woord aanleiding geven tot vele en gewichtige politieke gevolgen; maar dat oordeel verbindt tot niets van dan alles» (2).

Toch hecht deze Schrijver groote waarde aan de ministerieele verantwoordelijkheid. »Zoo kan vrije discussie en vrije kritiek over regeeringsdaden die in het publiek belang zoo noodzakelijk is, plaats hebben» enz. (3); en art. 53 (1848) heeft tengevolge »dat de blaam of afkeuring die omtrent regeeringsdaden wordt uitgesproken, met de gevolgen daarvan de Ministers alléén kan treffen» (4). De heerlijke gevolgen der instelling komen volgens den Schrijver hier op neer, dat de Staten-Generaal over de regeeringsdaden een vrij oordeel kunnen vellen, zonder dat de vastheid van den troon er in het minst door wordt verzwakt.

Tegenover enkele der bovenstaande meeningen, heb ik het zeldzame voorrecht, eenen zoo gewenschten bondgenoot als professor Buys in het veld te kunnen brengen. Het is in het bijzonder tegenover de opvatting der woorden »naar welgevallen».

De Grondwet van 1815 heeft den Koning tegenover zijne Ministers geen ander en grooter recht willen toekennen, dan tegenover sommige andere dienaren van de Kroon (5), zoo meent de Hoogleraar. Maar, terwijl in het algemeen ambtenaren in dienst blijven zoolang hun gedrag goed is, heeft de grondwet-

(1) Mr. DUYMAER VAN TWIST t. a. p. pag. 271 en 272.

(2) Pag. 276.

(3) Pag. 268.

(4) Pag. 269.

(5) Grondwet deel 1 pag. 354.

gever ten opzichte van Ministers en leden van den Raad van State die gewoonte willen uitsluiten, omdat hun ontslag om allerlei politieke overwegingen, die met hun objectieve verdiensten niet te maken hebben, wenschelijk kan zijn. Om dit in het licht te stellen, diende de bepaling; niet om te kennen te geven, dat de Koning bij het geven van ontslag (1) kan handelen naar willekeur (2), slechts passende in het ook in 1814 reeds verlaten stelsel der absolute monarchie. De Koning handelt in dit onderwerp „naar goedvinden“, mits in de beteekening van, zooals hij vindt dat voor het staatsbelang goed is. Hij is hierin vrij, zooals hij vrij is in elke zijner regeeringsdaden, niet meer en niet minder, en hier als elders gebonden aan de medewerking van eenen verantwoordelijken Minister. Moge deze al door zijn aftreden aan elke kritiek ontsnappen, het daarmede ten nauwste samenhangende optreden der nieuwe Ministers kan dat zeker niet.

De tweede door mij gestelde vraag was, of het streven der grondwetgevers van 1848, om de ministerieele verantwoordelijkheid in te voeren zooals die in het parlementair stelsel wordt opgevat, door middel van de, met dat doel in de grondwet opgenomen, bepalingen het gewenschte gevolg heeft gehad. Tegen een bevestigend antwoord wordt aangevoerd, zooals nu is uiteengezet, dat de ministerieele verantwoordelijkheid, aldus begrepen, in strijd is primo: met 's Konings welgevallen bij benoeming en ontslag van Ministers op grond van art. 77 al. 1; secundo: met de koninklijke macht in het algemeen, zooals die door onze grondwet is geregeld.

Het eerste bezwaar is naar mijn bescheiden meening als vervallen te beschouwen, na lezing van hetgeen professor Buys

(1) Grondwet deel 1 pag. 354 en 355. Bij het geven van ontslag; niet bij benoeming. De woorden „naar welgevallen“ slaan, zooals prof. Buys overtuigend betoogt, alleen op ontslag.

(2) Vergelijk Mr. D. J. MOM VISCH „Parlementaire Regeering“ pag. 36 en 37.

daarover gezegd heeft. In art. 77 al. 1 wordt eenvoudig aan den Koning de benoeming en het ontslag der Ministers opgedragen, zonder dat de woorden „naar welgevallen“ aan zijne macht te dien opzichte een bijzonder karakter geven.

Het tweede bezwaar evenwel wordt ook door prof. Buys gedeeld; hij acht het, na hetgeen hij over het voorgaande punt gezegd heeft, noodig te verzekeren, dat dit niet kan strekken „om het groote beginsel te verzwakken, dat de Koning in de keuze zijner Ministers vrij moet zijn.“ (1)

Het valt mij moeilijk om aan dit bezwaar veel te hechten. Het is, dunkt mij, de eenvoudigste zaak ter wereld dat een latere bepaling, zooals die van art. 53 (1848), afbreuk doet aan hetgeen te voren bestond. Nu met dit artikel in 1848 de genoemde beperking van 's Konings macht bedoeld is en de gebezigde woorden in het parlementair stelsel die beteekenis hebben, kan ik niet inzien dat vroeger bestaande, zij het ook gehandhaafde bepalingen verhinderen, aan het nieuwe artikel werkelijk die beteekenis te hechten (aangenomen dat zij inderdaad daarmee niet overeenstemmen). En hetzelfde geldt m. i. van het groote beginsel van 's Konings vrijheid, waarvan de Hoogleeraar spreekt. Niets belet den grondwetgever door een niet minder groot beginsel, zooals de ministerieele verantwoordelijkheid aan die vrijheid, zoo zij al bestond, een einde te maken.

Hiermede is, naar mijn bescheiden meening, ook het tweede bezwaar vervallen en is er niets dat aan een bevestigend antwoord op de laatste vraag in den weg staat.

Na het bovenstaande kan derhalve naar het mij voorkomt worden aangenomen: dat in 1848 het streven heeft bestaan de ministerieele verantwoordelijkheid in parlementairen zin in te voeren — dat velen toen begrepen hebben wat dat wilde zeggen, en niets blijkt van een poging om de gewone werking daarvan te voorkomen — dat de woorden door den grondwet-

(1) Grondwet deel 1 pag. 356.

gever gebruikt om die instelling te vestigen in bedoelden zin, daarvoor voldoende zijn en geen andere grondwettige bepalingen het verhinderen.

Het zij mij vergund ten slotte nog in het licht te stellen, welke resultaten men verkrijgt in het tegenovergestelde geval.

Wat wordt er dan van de zoo vurig gewenschte ministerieele verantwoordelijkheid? Vrije parlementaire censuur, zegt men; het vrije oordeel der Kamers over de regeeringshandelingen was vroeger belemmerd, doordat die handelingen direct en alleen uitgingen van den Koning. Nu echter de Minister zelfstandig *mede* handelt, ontstaat daardoor de gelegenheid, deze handelingen te kritiseeren zonder den Koning te treffen, wiens onschendbaarheid, nu uitdrukkelijk uitgesproken, ook beter kan worden gehandhaafd.

Men moet toestemmen dat vrije kritiek in het openbaar veel beteekent. Maar werden regeeringsdaden vóór 1848, of laat ik liever zeggen vóór 1840, niet vrij beoordeeld in het parlement, niet tamelijk scherp somtijds gekritiseerd? Om over alles een vrij debat te verzekeren in de Staten-Generaal, kon men het met de onvervolgbaarheid der vertegenwoordigers voor hunne adviezen en het recht van interpellatie (1) reeds ver brengen. Hiervoor alleen was dunkt mij niet al die strijd noodig, over de ministerieele verantwoordelijkheid gevoerd. Bovendien zal toch, indien de Koning de Ministers naar eigen inzichten benoemt en ontslaat het debat nog niet vrij zijn. Immers zal dan niet alleen het oordeel over dat benoemen en ontslaan den Koning zelf treffen, maar dikwijls ook dat over andere regeeringsdaden.

Men weet dat niet de Minister, maar de Koning de intellectueele dader is, wanneer Z. M., om zijn wil door te zetten

(1) Zooals Mr. DUYMAER VAN TWIST (t. a. p. pag. 273) terecht opmerkt, ligt hierin reeds de verplichting van den Minister om te antwoorden en zich te verantwoorden.

een ministerie zoekt en zeker ook vindt, dat met zijne gunst enz. beloond, voor de Koninklijke plannen de verantwoordelijkheid durft te aanvaarden.

In het algemeen zal dan ieder verschil van inzicht tusschen volksvertegenwoordiging en regeering tevens verraden een dergelijk verschil tusschen de met de natie eensgezinde Kamers en de Kroon. En waar blijft dan de fictie (1) der koninklijke onschendbaarheid? De parlementaire kritiek kan derhalve op die wijze niet vrij zijn en ook dit gevolg der ministerieele verantwoordelijkheid gaat dan grootendeels verloren. De belangrijke instelling blijft nagenoeg zonder gevolg en daardoor zonder beteekenis.

Wel spreken prof. BUYS en mr. DUYMAER VAN TWIST van gevolgen die voor rekening van den verantwoordelijken Minister komen, politieke gevolgen van vertrouwen of wantrouwen. In hoeverre evenwel het vertrouwen of het wantrouwen jegens een Minister het gevolg is van art. 53 (1848), is mij duister. Zelfs al waren de Ministers onschendbaar verklaard, zou men hen vertrouwen of wantrouwen.

(1) Van de onschendbaarheid des Konings sprekende zegt Mr. P. F. HUBRECHT (Bijdragen deel 2, pag. 339 en v.): „Hij wordt gefingeerd persoonlijk aan de regeeringsdaad geen aandeel te hebben.” Dit moet volgens dien Schrijver dienen om er voor te zorgen, dat het oordeel over regeeringsdaden, indien dit afkeurend mocht wezen, het Hoofd van den Staat niet treffe, zoodat deze mocht worden geschokt of te gronde gaan.

Het doel is uitstekend. Maar hoe zal men dit treffen verhinderen, hoe de fictie in stand houden, indien de Koning klaarblijkelijk zijnen wil doet gelden in strijd met de volksvertegenwoordiging, zij het dan ook dat een verantwoordelijk minister inderdaad of in schijn medehandelt? Vooral is deze opmerking van kracht tegenover het „naar welgevallen” benoemen en ontslaan van Ministers. Dan is toepasselijk wat Mr. MOM VISCH (t. a. p. pag. 18) van den „pseudo-monarchalen regeeringsvorm” (beperkte monarchie) zegt: „de vorst zelf handelende optredende, wordt tot een partijhoofd vernederd”, zoodat hij: „dikwijls met zijne slechts in schijn verantwoordelijke Ministers staat of valt”.

Maar al werd volkomen vrijheid van debat, vrije censuur enz. verkregen, wat geeft dit beoordeelen en veroordeelen, wat geven moties en eerbiedige adressen aan den Koning, wanneer de regeering er zich niet om bekommert, anders dan ontevredenheid? Juist dan wanneer de verantwoordelijkheid het meest noodig is, blijft zij zonder gevolg. Binnen de grenzen der wet kan de Minister, die niet bang is voor redevoeringen enz., doen en laten wat hij wil.

Dit kan men in 1848 niet hebben gewild. De conclusie is m.i. dan ook niet gewaagd, dat het in overeenstemming is met onze grondwet, dat zich uit de daarin opgenomen ministerieele verantwoordelijkheid eene conventie heeft gevormd, welke onder anderen voorschrijft, dat de Ministers hun ontslag behooren te nemen, zoodra zij den steun van de meerderheid der volksvertegenwoordiging hebben verloren of een niet onbelangrijk voorstel van hen is verworpen; terwijl bij de vervulling der ledige zetels, de gezindheid der zelfde meerderheid over de richting en in sommige gevallen zelfs over de keuze der personen moet beslissen.

De invoering van de ministerieele verantwoordelijkheid in politieken zin in '48 heeft er alzoo krachtig toe medegewerkt, het parlementair stelsel in Nederland te bevestigen en te voltooien; en hiermede acht ik het doel van mijn betoog over deze instelling bereikt.

Maar niet alleen door invoering van het recht van ontbinding en ministerieele verantwoordelijkheid werd in 1848 de macht van het parlement versterkt; daartoe werkte mede het recht van amendement aan de Tweede Kamer, het recht van interpellatie aan de beide Kamers verleend; de nieuwe regeling van het kiesrecht, waardoor de Tweede Kamer in veel nauwer verband werd gebracht met het volk, gaf haar meer prestige; het terrein, waarop zich de regeering zonder medewerking der Staten-Generaal vrij kon bewegen, werd veel enger begrensd, doordat omtrent tal van onderwerpen regeling bij de wet werd voor-

geschreven; in één woord de herziening van '48 heeft de macht van den Koning zóódanig beperkt, die der volksvertegenwoordiging zóódanig uitgebreid, dat laatstgenoemde worden *moest*, wat zij onder de grondwet van 1815 worden *kon*, de machtigste der staatsorganen. Indien het parlementair stelsel vóór 1848 niet reeds bestaan had, zou het door deze herziening zijn ingevoerd.

Gelukkig werden de mannen, die de grondwetsherziening hadden tot stand gebracht, tevens geroepen de nieuwe beginselen nader voor de practijk geschikt te maken en het bestuur des lands daarnaar in te richten. Mr. VAN BEMMELEN (1) spreekt van een ongeschreven staatsrecht, dat uit de practijk in strijd met de grondwet zich ontwikkeld, maar onder «den overmagtigen invloed der tijdsbegrippen eene *regtmatische* heerschappij verworven heeft». Ofschoon deze Schrijver m.i. zeer terecht de door prof. Buys hierover verkondigde meening bestrijdt, als zoude men slechts met een «feitelijk politiek overwigt des parlaments» te doen hebben (2), stel ik mij de zaak toch weer eenigzins anders voor dan hij. Dit zoogenaamd ongeschreven staatsrecht is m.i. tot stand gekomen onder den overmagtigen invloed van *dezelfde* tijdsbegrippen, als waarvan de herziening der grondwet het gevolg was; immers waren in nagenoeg denzelfden tijd *dezelfde* personen van beide de bewerkers, zonder dat onmiddelijk na de herziening van een groote omkeering in de denkbeelden iets bekend is; en is alzoo naar mijne opvatting, hetgeen ook uit het bovenstaande duidelijk blijkt, het «ongeschreven staatsrecht» het noodzakelijk resultaat van de bij de herziening aangenomen nieuwe grondwettige bepalingen en daarmede volstrekt niet in strijd. De in '48 in de grondwet omschreven machtsverhouding moest, dunkt mij, tot een samenstel van conventies leiden, zooals dat zich werkelijk in de practijk heeft ontwikkeld.

(1) Mr. v. B. t. a. p. pag. 212.

(2) Mr. v. B. t. a. p. pag. 197.

Bovendien meen ik, in navolging van DICEY (1), deze conventies niet met gewone rechtsregelen gelijk te moeten stellen, „rules, not laws“, maar er toch op te moeten wijzen, dat niemand ze kan overtreden zonder ten slotte met de wet en de rechterlijke macht in botsing te komen; en daarin schuilt haar kracht.

In plaats dus van een practijk die, afgezien van het geschreven recht, zich *langzamerhand* onder den invloed van de begrippen van den tijd boven de grondwet heeft verheven, hebben wij m.i. vóór ons, een samenstel van regelen, die uit de grondwettige voorschriften moesten ontstaan en daarvan ten deele de volmaking, ten deele de verdere uitwerking zijn.

De grondwetsherziening van 1887 heeft voorzeker in dezen toestand geen verandering gebracht. Een poging om een ander stelsel ongemerkt binnen te smokkelen mislukte (2). Het nieuw artikel 56 heeft de besturende macht des Konings nog meer dan vroeger aan banden gelegd; het nieuwe kiesrecht-artikel 80 maakt het mogelijk de volksmeening nog meer invloed te geven op de samenstelling van de Tweede Kamer; indien er al van verandering door deze herziening sprake kan zijn, is het eene versterking van het democratisch karakter der grondwet.

Resumeerende kom ik tot dit besluit, dat in onze oude grondwetten niet het stelsel der beperkte monarchie is gehuldigd, maar met het oog op de omstandigheid, dat Engeland het voorbeeld geweest is en van het daar bestaand constitutioneel stelsel niet is afgeweken, en op de overwegende macht van de Staten-Generaal vooral op finantieel gebied, aan het parlementair stelsel moet worden gedacht; dat wel is waar de praktijk tot 1848 anders is geweest, maar de herziening, in dat jaar tot stand gekomen, geheel de strekking had het parlementair stelsel, zoowel in de grondwet als in de praktijk, onbe-

(1) Dicey, *The Law of the Constitution* 2de uitgave. Vergelijk mijne dissertatie pag. 91 en v. waarin de meening van dezen Schrijver over de conventies wordt uiteengezet.

(2) Zie dissertatie pag. 61 noot 1.

Themis. LIste Deel, 2de stuk. [1891.]

twistbaar te maken en dit ook inderdaad heeft gedaan; dat de toen aangenomen bepalingen op de practijk van dien invloed waren en ook moesten zijn, dat een conventioneel ongeschreven staatsrecht ontstond, dat met den geest en de letter van het *jus scriptum* in overeenstemming, het parlementair stelsel ook in de werkelijkheid heeft doen overgaan en dat ten slotte onder handhaving van dit laatste door de herziening van 1887 dit stelsel veel eer is bevestigd dan verzwakt.

III.

Velen die in den laatsten tijd het parlementair stelsel met kracht hebben verdedigd, ondanks de gebreken die de practijk daarvan aan het licht heeft gebracht, hebben hunne tegenstanders tot zwijgen trachten te brengen, onder anderen door de vraag: weet gij iets beters? Dat de beperkte monarchie, volgens mr. VAN BEMMELEN de door onze grondwet gehuldigde Staatsvorm, iets beters is, wil menig een niet gaarne beweren; en al houdt zich prof. BUYS alsof ons Staatsrecht van een ander stelsel niets wil weten, zelfs mr. VAN BEMMELEN erkent, dat in de practijk het parlementair stelsel, ofschoon „usurpatorisch en grondwetschendend“, toch „onder den overmagtigen invloed der tijdsbegrippen, een *regtmatische* heerschappij verworven heeft“ (1); volgens hem is terugkeer tot het monarchaal stelsel der grondwet niet te verwachten en niet wenschelijk; wat de Schrijver hiervan zegt, is, dunkt mij, tamelijk afdoende (2). Kan

(1) Mr. v. BEMMELEN t. a. p. pag. 213.

(2) Zelfs de antiliberaale partijen, aan de regeering gekomen door de zuivere toepassing der parlementaire beginselen, werken aan de practijk daarvan mede, zonder naar het herstel van het persoonlijk bestuur des Konings te streven. Het Duitsche stelsel zoude dan ook alleen door corruptie, in zijne „Parlementaire Regeering“ door Mr. MOM VISCH zoo uitnemend geschetst, zich den onmisbaren steun van de meerderheid in de volksvertegenwoordiging kunnen verzekeren; indien dit al mogelijk ware.

men dus met het monarchale als tegenhanger niet best voor den dag komen, zoo is de bestrijder van het parlementair stelsel wel genoodzaakt een „tertium“ uit te vinden.

Dit nu heeft mr. VAN BEMMELEN in zijn dikwijls vermeld belangrijk opstel gedaan.

Gedaan? Of slechts getracht? Of heeft deze geleerde Schrijver in zijn phantastisch „schema“, eenvoudig met eenige wijzigingen in den vorm, die, voor zooverre ik daarover kan oordeelen, geen verbetering aanbrengen, het hoofdbeginsel van den parlementairen regeeringsvorm behouden?

Het laatste komt mij aannemelijk voor. Dat de Schrijver, overtuigd als hij is dat aan terugkeer tot het beperkt-monarchaal stelsel niet te denken valt, ook het hoofdbeginsel van den parlementairen regeeringsvorm zou willen laten vallen, is reeds a priori moeilijk te gelooven. Zou hij de natie niet langer zelf willen laten beslissen over de richting, waarin het bestuur des lands moet worden geleid? Wie moet die beslissing dan hebben? Zou hij na de absolute en de beperkte monarchie ter zijde te hebben gesteld, op prof. OPPENHELM's vraag (1): „Welke Staatsorde bleef over, dan de, op het burgerschap der leden van den Staat opgetrokkene, de volksmacht?“ durven en met recht kunnen zeggen: „mijn tertium?“ en daarmee willen tegen spreken de bewering van laatstgenoemden Schrijver, dat men wat Staatsvormen betreft, slechts heeft te kiezen tusschen *volksregeering* bij vertegenwoordiging (hetzij constitutioneele monarchie of republiek) en regeering door den wil van *één individu* met eenig alliage van volksvertegenwoordiging?

Ook het schema, dat mr. VAN BEMMELEN ontworpen heeft ten bewijze van de mogelijkheid van een derden Staatsvorm, geeft mij recht te beweren, dat de Schrijver den parlementairen regeeringsvorm in hoofdzaak wenscht te behouden. Het hoofdbeginsel van dit stelsel toch, door mr. MOM VISCH (2): „regeeren

(1) De Volksregeering in het constitutioneel stelsel, pag. 14.

(2) Parlementaire Regeering, pag. 15.

in de richting die door de meerderheid der volksvertegenwoordiging wordt aangewezen" genoemd, vindt men, ofschoon eenigzins vermomd, in het „schema" terug; waarvan de ontwerper zelf getuigt (1): „In voormelde politieke organisatie is het *magtigste element* het federatief opgebouwde parlement" enz. En ofschoon een driemaal herhaald zuiveringsproces het den volkswil hoogst moeilijk maakt zich door middel van de verkiezingen behoorlijk te uiten, kan toch dit „federatief opgebouwde parlement", als het ware het achterkleinkind der kiezers, het product van hun keuze en dus volksvertegenwoordiging worden genoemd.

Maar mr. MOM VISCH spreekt van de *meerderheid* van de volksvertegenwoordiging en bedoelt daarmee een partij, die de talrijkste is; geen meerderheid die voor ieder nieuw vraagstuk verandert, maar in casu eene vereeniging van parlamentsleden die „im Grossen und Ganzen" eenstemmig zijn. Dit nu wil mr. VAN BEMMELEN tot elken prijs vermijden. Geen partijregering; daarvoor „stelle men dit geheel ander beginsel in de plaats: dat men op het gebied, niet der wetenschap of der meeningen, maar in het regts- en staatsleven naar tolerantie en transactie moet streven, dat partijstrijd en partijregering een kwaad is, dat tot de regering bij voorkeur geroepen zijn, niet partijmannen, maar independenten, niet de „partijmagtigste" maar de buiten en boven de partijen staande onzijdigste mannen" (2).

„Daarvoor stelle men in de plaats", is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Hoe moet men dit aanleggen? Wij hebben hier m.i. te doen, niet met een beginsel dat men kan goed- of afkeuren en steunen of bestrijden, maar — om mij ook eens op psychologisch gebied te wagen — met een zeer begrijpelijke, en m.i. gelukkige, menselijke karaktertrek; de kiezer, die zijn taak ernstig opvat en goed begrijpt, zal bij het uitoefenen van

(1) Mr. v. BEMMELEN t. a. p. pag. 226.

(2) Mr. v. BEMMELEN t. a. p. pag. 219.

zijn kiesrecht (not a right, but a trust) zooveel mogelijk er naar streven, den Staat zóó te doen besturen als *naar zijne meening* voor het algemeen belang het meest bevorderlijk is.

Naar zijne eigene meening — hij zal dus de benoeming tot parlamentslid trachten te verkrijgen van personen, die, behalve de vereischte eigenschappen van eerlijkheid en bekwaamheid, eene opvatting van het staatsbestuur bezitten met de zijne overeenkomende. Maar hij kiest niet alleen. Alleen kan hij niets. Vereeniging met gelijkgezinden ter bereiking der gewenschte benoeming is noodzakelijk en ziedaar reeds eene partij! En de partij onder de kiezers formeert een partij in het parlement. En de partij in het parlement moge min of meer verschillende elementen in zich bevatten, de leden streven toch allen naar eene regeering in dezelfde richting; met hetzelfde hoofddoel voor oogen moeten zij, om iets uit te werken, alweer zich vereenigen en over menig ondergeschikt punt van verschil heenstappen. Heeft de partij de meerderheid in het parlement, dan zal zij haar macht gebruiken, evenals de kiezer deed, om *naar eigen inzicht* 's lands belang te bevorderen. Handelde zij nu en dan ter wille van de minderheid, zooals *deze* meende dat goed was, (zooals de beroemde (?) 17 conciliante heeren in 1889 met de onderwijswet gedaan hebben ter wille van de meerderheid), in strijd dus met hare eigene opvatting, zij zou niet alleen deze hare eigene daden moeten afkeuren als schadelijk voor het algemeen belang, waarvoor zij moeten opkomen, maar tevens een einde maken aan de onmisbare eenheid van gedachte in het Staatsbestuur. Zij zou handelen als de gade van den „in vindingen rijken Odysseus“, die des nachts het werk van den dag ongedaan maakte.

Partijregeering is derhalve, naar mijn bescheiden meening, als ware het een natuurverschijnsel, het noodzakelijk gevolg van den menschelijken karaktertrek, om naar eigen inzicht te willen handelen, en daar dit ter bereiking van het doel onvermijdelijk is, zich te vereenigen met gelijkgezinden.

Vindt het „schema“ toepassing, met zijne getrapte verkiezingen, met zijne gemeenteraden en provinciale Staten die tevens kiescolleges zijn, met zijne officieele voorlichters der kiezers, die voordrachten opmaken en officieele voorlichters van het parlement en de vijf hooge regeeringscolleges - - de nationale wil zal, hoe ook belemmerd door deze kunstmatige hindernissen, toch zich doen gelden en zich niet laten verduisteren of verwarren door „een zeer gecompliceerde en artificieele“ regeling van het kiesrecht. Maar is dit het geval, dan zullen ook de partijen zich handhaven, zoowel in het parlement als onder de kiezers.

Mij dunkt, het vermijden van partijregeering is niet alleen niet wenschelijk, maar zelfs onmogelijk en „de buiten en boven de partijen staande onzijdigste mannen“ behoeven zich voorloopig niet te vleien met de hoop, dat zij voor de begeerlijke baantjes van staatsraad of parlamentslid qua talis de aangewezen personen zijn.

Moet daarom alle transactie en tolerantie onbereikbaar worden geacht? De ondervinding bewijst het tegendeel. De omstandigheid, dat eene belangrijke minderheid zeer sterk zich tegen de inzichten der meerderheid verzet, *kan* het wenschelijke somtijds schadelijk, gevaarlijk maken. Strijd is, op zich zelf beschouwd, inderdaad een kwaad. Het daarmede te behalen voordel moet dit kwaad overtreffen; anders is toegeven plicht.

Wordt de meerderheid dikwijls tot toegefelijkheid gestemd door de overweging, dat eene weinig verdraagzame houding gevaarlijke oppositie zal verwekken, eene Eerste Kamer en de moreele invloed van den Koning kunnen veel doen om het onderdrukken der minderheid te voorkomen.

In het schema van Mr. VAN BEMMELLEN wordt, naar mijn bescheiden meening, het hoofdbeginsel van den parlementairen regeeringsvorm gehandhaafd en partijregeering volstrekt niet vermeden, terwijl, voor zooverre tolerantie en transactie al noodig mochten zijn, het parlementair stelsel daarvoor genoeg

gelegenheid geeft. De besproken schets verschaft derhalve geen nieuw stelsel, geen tertium en de belangrijkste verandering, die daarmede beoogd wordt, zal niet worden verkregen. Ware dit wèl het geval, de verandering zou waarschijnlijk geen verbetering zijn. Dit geldt van het afschaffen van partijregeering; dit geldt n. i. ook van menig ander punt van het „schema.” De getrapte verkiezingen zijn door de ervaring reeds lang veroordeeld. De gemeenteraden en provinciale staten tot kiescolleges te maken, zal bewerken, dat bij de verkiezingen voor die lichamen weinig op hunne overige functien wordt acht geslagen. Ook hiervan zullen de voorstanders wel tot het verleden behooren. Met eigen oogen zien, zelf handelen beveelt de ontwerper terecht aan. Toch zullen, meen ik, zijne commissien van voordracht bij de verkiezingen en van deskundigen in het parlement het opvolgen van dien raad helpen vrijdelen. De legislatieve commissie zal wetsontwerpen voordragen, het parlement na de noodige onderhandelingen daarop ja of neen zeggen, dus beslissen. Maar is hiervan niet het gevolg, dat het parlement alleen te beslissen heeft of een voorgedragen ontwerp wet zal worden, terwijl genoemde commissie het in haar macht heeft het bestaande te handhaven, het niet bestaande achterwege te laten?

En dan die transigeerende onzijdigste mannen! M. i. wekken mannen uit één stuk, die weten wat zij willen en met het noodige beleid en zonder onverdraagzaamheid recht op hun doel afgaan, meer vertrouwen. „Een politiek van schipperen is een politiek die kant noch wal raakt” moet eens in de Tweede Kamer gezegd zijn. In allen gevalle verwacht ik van eerlijke partijmannen eene regeering met meer prestige en werkkracht, dan van menschen, welke zich ten doel stellen „elk wat wils” te geven.

Maar het „schema” aan een verder onderzoek te onderwerpen ligt buiten mijn plan. Ook is het noodig voor eene dergelijke beoordeeling daarvan, dat men het in zijne verbeelding in

werking brengt en dan de practische resultaten er van naspoort; in werking brengt in eene maatschappij als de onze, onder menschen, die onze gebreken hebben.

Hiermede vooral dient rekening te worden gehouden. Immers is een stelsel onbruikbaar, waarvan de goede toepassing aan de burgers te hooge eischen stelt van politieke zedelijkheid of bekwaamheid.

En aldus eenige zekerheid te verkrijgen over de werking van een, zóó van het bestaande afwijkende, inrichting van menig bestuurscollege, komt mij hoogst moeielijk voor.

Terugkeer tot de beperkte monarchie was niet denkbaar.

Is invoering van Mr. VAN BEMMELEN's plan dit wel? Ik geloof het niet.

Op de vraag «weet gij iets beters dan den parlementair-constitutioneelen regeeringsvorm» (volgens het geschreven en ongeschreven Staatsrecht hier te lande bestaande) moet daarom ontkennend worden geantwoord.

Leeuwarden, 1 November 1890.

STRAFRECHT EN STRAFVORDERING.

DE RECHTEN DES VERDACHTEN. — Door Mr. J. M.
VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur,
te 's-Gravenhage.

De rechtvaardigheid eischt niet alleen, dat geen onschuldige worde gestraft, maar ook, dat geen onschuldige door de toepassing der strafwet worde benadeeld. Daarom moet men den verdachte niet alleen een recht van verdediging geven, maar ook verschillende andere rechten, waardoor hij zich bij eene verkeerde toepassing der strafwet van schade kan vrijwaren. Het behoeft geen betoog, dat het thans in Nederland geldende wetboek van strafvordering die rechten niet geeft, terwijl de wijzigingswet onzer strafvordering slechts eenige schijnrechten geeft. Dit behoeft geen betoog in een wetboek, dat nog de overblijfselen van het inquisitoire strafproces bevat, waarin de verdachte voorwerp is van het onderzoek. Wel is de pijnbank afgeschaft, wel zijn alle lichamelijke folteringingen om den verdachte tot bekentenis te brengen verdwenen en wel zijn de wreede godsoordeelen om de schuld des verdachten op belachelijke wijze te onderzoeken niet meer in de praktijk, maar het beginsel om de waarheid te zoeken in den verdachte, in plaats van buiten hem om, is gebleven ten koste van zijn vermogen, zijne vrijheid, zijnen naam en zijn geluk. Slechts het lichaam des verdachten wordt gespaard. Aan de gelegenheid om zijne onschuld te bewijzen wordt slechts weinig gedacht. Hij is volkomen rechteloos gebleven.

Het eerste recht des verdachten is het recht op zijne persoonlijke vrijheid gedurende het vooronderzoek. Sinds langen tijd wordt dit recht in de groote landen erkend; Nederland, dat zijne grootheid in rechtvaardigheid moest zoeken, miskent het nog altijd. Wel is op dit gebied bij de wijziging in 1886

eene verbetering gekomen, wel kan de strafrechter in elken stand van het geding de invrijheidstelling bevelen, maar een recht op vrijheid des verdachten is daarmede in de verste verte niet erkend. Dit recht is daar erkend, waar de vrijlating onder borgtocht wordt geregeld. Deze toch zal de preventieve hechtenis meestal onnoodig maken.

De eenige beweegreden, waarom men den verdachte zijne vrijheid mag ontnemen, is gelegen in het gevaar, dat hij zich door ontvluchting aan het ondergaan der straf zal onttrekken. Dit gevaar is even goed te voorkomen door den verdachte het grootste deel van zijn vermogen tijdelijk te ontnemen. Niemand toch kan vluchten zonder geld en de kleine vlucht, die men zonder geld kan nemen, kan door eene goede politie en goede voorwaarden voor de vrijlating onder borgtocht voorkomen en door het stelsel van Bertillon, de drukpers, de telegraphie, de spoorwegen en de uitleveringstractaten ongedaan gemaakt worden. De vrijlating onder borgtocht heeft dus de voordeelen der preventieve hechtenis.

Maar zij mist daarvan de nadeelen. Het verblijf in een huis van bewaring moge voor sommigen iets aantrekkelijks hebben, voor de meeste verdachten is het verschrikkelijk. Eene kamer zonder eenige versiering of gemak, zonder eenig uitzicht en met de stilte des grafs, waar men, zooals het bij ernstige misdrijven gaat, alleen is zonder bezigheid, waar men onbekend is met het lot dergenen, die men hulpbehoevend en onverzorgd achterliet, waar men zijne verdediging niet behoorlijk kan samenstellen en waar men is overgelaten aan de onzekerheid en aan de macht zijns tegenstanders, is voor den misschien onschuldigen verdachte eene ware marteling.

Nu zegge men niet, dat de preventieve hechtenis ook voor andere doeleinden gebruikt wordt, zij dient niet daarvoor. Het is eenzijdig om haar zoogenaamd in het belang van het bewijs der schuld, maar ten koste van het bewijs der onschuld te gebruiken. De verdachte is niet in den dienst van het parket,

zijne vrijheid moet tot aan zijne eindveroordeeling aan het openbaar ministerie heilig zijn. Ook is het misbruik van het huis van bewaring om dit voor gevaarlijke personen te gebruiken; deze toch behooren hetzij in een krankzinnigengesticht, hetzij in een politiebureau tehuis en kunnen overigens onder het toezicht der politie staan. Wie niet veroordeeld is, mag, ook al is hij gevaarlijk, niet gestraft worden en de preventieve hechtenis is feitelijk eene straf. Er zou evenveel reden zijn om niet verdachte gevaarlijke personen in een huis van bewaring te zetten en waar zou het heen, indien men alle gevaarlijke en gevaarlijk schijnende personen opsloot? De vermoedelijk schuldige mag niet als een schuldige behandeld worden.

Ook zegge men niet, dat de vrijlating onder borgtocht niet voor allen openstaat. Gesteld, dat het zoo ware, dan zou er toch geen reden zijn om allen te laten verdrinken, waar men slechts eenigen redden kan. Maar het is zoo niet. Den onvermogene kan men zonder borgtocht in vrijheid laten, want men behoeft hem, die niet vluchten kan, het middel tot ontvluchten niet te ontnemen. Den minvermogene kan men tegen eenen geringen borgtocht vrijlaten, want men bereikt dan hetzelfde doel.

Voor al zegge men niet, dat de onvermogenen de vrijlating onder borgtocht niet wenschen. Het huis van bewaring is geen kosthuis en geen logement. Voor de behoeftigen moet de Staat andere huizen openstellen, waar hun, die het meest noodige niet kunnen verkrijgen, dit gegeven wordt, ook wanneer men hen niet van misdrijf verdenkt. Anders prikkelt men ook tot misdrijf.

Zeer zeker zal men eene zeer goede politie noodig hebben, maar de kosten voor die verbetering wegen wel op tegen de kosten, die men thans aan de huizen van bewaring besteedt.

Ook zal de vrijlating onder borgtocht goed geregeld moeten zijn. Men zal moeten bepalen, dat bij ontvluchting de borgtocht verbeurd is. Men zal moeten bepalen, dat de verdachte

in eene bepaald aangewezen plaats voortdurend zal moeten verblijf houden. Men zal vooraf zijn volledig signalement moeten nemen. Maar het is toch beter, dat de verdachte aan het onderhoud der zijnen en aan zijne verdediging werkt, dan dat hij op Staatskosten een gevangenisleven leidt.

Waar de preventieve hechtenis noodig is, daar moet zij beperkt zijn tot wat haar naam aanduidt. Zij mag geen straf-middel zijn in de hand van het openbaar ministerie. Zij mag niet gebruikt worden tot het afdwingen eener, misschien geheel of ten deele onjuiste bekentenis. Zij mag niet afgesloten zijn van bezoekers, die men onder toezicht ontvangen kan. Zij moet uitzicht geven op straat en gelegenheid tot beweging. Zij moet samengaan met arbeid of studie en moet de verdediging mogelijk maken. Zij moet niets doen, dan het ontvluchten onmogelijk maken. Zelfs de schuldige behoeft niet meer dan gestraft te worden.

Men moet dus aan de huizen van bewaring alle karakter van strafgevangenis ontnemen en dus als zoodanig geene oude gevangenissen gebruiken. Men zal in elk arrondissement met een zeer klein huis van bewaring kunnen volstaan. Men zal die huizen niet als de strafgevangenissen buiten de stad mogen zetten, want men moet het den verdedigers niet moeielijk maken er heen te gaan. Het is goed, dat men de verdachten afzonderlijk zet, maar men moet ze desverkiezende overdag onder toezicht doen samenzijn. De preventieve hechtenis mag nooit langer dan een half jaar duren; in den laatsten tijd is in die richting eene verbetering merkbaar.

In een beschaafd land moet de vrijlating onder borgtocht regel zijn en de preventieve hechtenis beperkt tot voorkoming van ontvluchting. In dien geest moet het wetboek van strafvordering geschreven zijn, wil het van een altruistisch standpunt beschouwd goed zijn. De strafwet toch is niet in het belang der maatschappij alleen, maar ook zooveel mogelijk in het belang des verdachten. Men mag dus den niet veroor-

deelde niet straffen, vooral niet omdat hij onschuldig kan zijn. Er is derhalve geen bezwaar om den schuldigen verdachte te doen genieten van de voordeelen voor den onschuldigen verdachte bestemd.

In deze afdeeling schijnt het eerste artikel aldus te moeten luiden: „De verdachte heeft het recht om tegen het stellen van eenen borgtocht in vrijheid te blijven. Het bedrag van den borgtocht wordt door den rechter in evenredigheid aan zijn vermogen en aan zijne behoeften bepaald. De vrijgelatene onder borgtocht staat onder het toezicht der politie, die vooraf zijn volledig signalement neemt, in eene door den rechter aangewezen plaats. Het verlaten dier plaats wordt als ontvluchting beschouwd. Bij ontvluchting vervalt de borgtocht, die anders aan den verdachte wordt teruggegeven, aan den Staat. De achterhaalde ontvluchte en de verdachte, die, hoewel hij dit kan, den borgtocht niet stelt, worden gedurende het vooronderzoek en ten hoogste gedurende zes maanden geplaatst in een huis van bewaring. Die huizen zijn zoo ingericht, dat zij de ontvluchting beletten, maar overigens niets nadeeligs of onaangenaams voor den verdachte opleveren en zijne verdediging mogelijk maken „

Het tweede recht des verdachten schijnt te zijn het recht op schadevergoeding. De behoefte aan dit recht springt het duidelijkste in het oog, wanneer men onschuldig veroordeeld is. Maar ook degene die onschuldig in een huis van bewaring heeft gezeten, heeft recht op schadevergoeding en hetzelfde geldt bij dengene wiens vermogen door huiszoeking of in beslag-neming beschadigd is. Denk u slechts in, dat gij onschuldig van een misdrijf wordt verdacht en dat men uwe goederen beschadigt en u eerst in een huis van bewaring en daarna in eene strafgevangenis plaatst! Zeker men moet zich veel laten welgevallen in het algemeen belang, maar men behoeft toch niet te lijden onder de vergissingen van anderen. En waar nu zulk eene vergissing steeds met onherstelbaar leed in naam en

geluk gepaard gaat, moet daar niet het materieele nadeel worden hersteld? Wanneer men zijne betrekking door die vergissing verloren heeft en moeite heeft eene nieuwe betrekking te vinden; wanneer men tijdelijk voor zich en de zijnen geen geld heeft kunnen verdienen en winsten heeft gederfd; moet dan niet die schade bij het blijken der vergissing worden hersteld? Is het niet voldoende, dat men tijdelijk heeft geleden onder eene rechterlijke dwaling of onder eene vergissing van het parket en dat men voortdurend moreel daaronder lijdt, en moet men nog materieel daarvoor blijven boeten? Mag men door onschuldig verdacht te worden verarmen? Of moet de schade worden hersteld door den Staat, wiens orgaan zich vergiste? In zulk een geval is het billijker, dat de maatschappij in wier belang gehandeld werd, de schade lijdt, dan hij, omtrent wien men zich vergiste. Het gaat niet aan den zoodanige met een „ik heb mij vergist“ te laten gaan. Is de man vrijgesproken en zat hij niet preventief, terwijl ook zijne goederen onaangeroerd bleven, welnu de vrijspraak is voldoende, maar zijn de vrijheid en het vermogen of een van beide aangerand, terwijl de verdachte blijkt geheel onschuldig te zijn, dan is het aan hem, die de vergissing beging, om die weer goed te maken. Bij de ontneming der vrijheid moet men tot eene willekeurige schadevergoeding zijne toevlucht nemen. Het schijnt billijk om te bepalen, dat men voor elken dag, dien men onschuldig in een huis van bewaring heeft doorgebracht, vijf gulden en voor elken dag, dien men onschuldig in eene strafgevangenis heeft doorgebracht, tien gulden ontvangt. Wie zoude gaarne voor dien prijs van een misdrijf worden verdacht? De hoogte der som, zal, vooral wanneer men het Openbaar Ministerie voor een deel daarin doet bijdragen, het begaan van strafrechtelijke dwalingen verminderen. Wij bedoelen niet het geval, dat iemand ontslagen is van rechtsvervolging, maar het geval, waarin blijkt, dat hij de ten laste gelegde daad of het ten laste gelegde verzuim niet heeft begaan.

Het is een groot argument tegen de doodstraf, dat zij onherstelbaar is, en nu wij voortdurend lezen, dat in het buitenland de onschuld van ter dood veroordeelden aan het licht komt, vermeedert de waarde van dit argument. Maar zal men nu de straffen, die wèl herstelbaar zijn, slechts doen ophouden? Is het doen ophouden eener straf het herstellen eener straf? En indien men eene straf niet geheel kan herstellen, zal men haar dan ook niet zooveel mogelijk herstellen? Wie de rechtvaardigheid wil, kan dat niet willen. Hetzelfde wat voor de schade door veroordeeling geldt, geldt voor de schade door het onderzoek naar de schuld en door het mogelijk maken der straf.

Voor hem, die het belang van anderen beoogt en bedenkt, hoe moeielijk het is voor menschen, die gezeten hebben, ook al zijn zij onschuldig gebleken, weder eene betrekking te verkrijgen, voor hem staat het vast, dat schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden en aan onschuldig benadeelden of gedetineerden tot de eerste plichten van den Staat behoort. Maar voor hem, die, en op dit standpunt staat ons wetboek van strafvordering, meent, dat de straf slechts dient om de maatschappij te beveiligen en men niet heeft te letten op het belang des verdachten, ook al ruïneert men hem buiten zijne schuld, voor hem is de schadevergoeding eene dwaasheid.

Het tweede artikel in deze afdeeling zal dus moeten luiden: „De verdachte heeft recht op vergoeding der schade in zijn vermogen door de toepassing der strafwet geleden, wanneer blijkt, dat hij de ten laste gelegde daad of het ten laste gelegde verzuim niet heeft begaan. Die schadevergoeding bedraagt voor elken dag in een huis van bewaring doorgebracht vijf gulden en voor elken dag in eene strafgevangenis doorgebracht tien gulden.»

Als derde recht des verdachten schijnt te moeten gelden: het recht van geheimhouding van het vooronderzoek. Daardoor toch worden hem, in eene zaak, die niet tot eene terechtzitting komt, de moreele nadeelen der verdenking, onverdiend, wanneer

hij onschuldig is, althans in sommige gevallen bespaard. De openbaarheid der terechtzittingen is een te groot voordeel om die prijs te geven, maar in de instructie of bij het vooronderzoek is het voldoende wanneer voor de verdediging gezorgd wordt. Immers vóór de terechtzitting is het om de samenstelling van het bewijs te doen, op de terechtzitting is het om de uiteenzetting van het bewijs te doen. De controle van het publiek is goed, waar de bewijzen geleverd worden, maar is onnoodig, waar bewijzen worden samengesteld, die misschien onvoldoende blijken. Verdween de contróle van het publiek op de terechtzitting, de deur zou openstaan voor het nalaten van eene menigte formaliteiten in het belang van maatschappij en verdachte voorgeschreven of voor te schrijven. Maar, moet het openbaar ministerie gecontroleerd worden, waar het den verdachte tracht te doen veroordeelen, het behoeft geene controle, waar het de bewijzen verzamelt. Noodeloos weet het publiek, dat iemand, die niet terecht heeft gestaan, verdacht is geweest. Die wetenschap is nadeelig voor den verdachte, want het oordeel van het publiek is onbarmhartig en het oordeelt bijna eveneens over veroordeelden als over verdachten, vooral wanneer zij in preventieve hechtenis geweest zijn. Nadeelig is die geheimhouding voor den verdachte niet, wanneer de bekentenis als bewijsmiddel vervalt en de verdediger toegang tot de instructiekamer heeft. Uitvoerbaar is die geheimhouding, wanneer men hem, die haar overtreedt, verplicht tot schadevergoeding jegens den verdachte. Men houdt zodoende in het oog, dat de openbaarheid in strafzaken niet bestaat ten gerieve van het nieuwsgierige publiek, maar ten bate van den aangeklaagde.

Het derde artikel in deze afdeling schijnt dus als volgt te moeten luiden: „De verdachte heeft recht, dat het vooronderzoek geheim blijve. Hij die deze geheimhouding overtreedt, is, indien geene terechtstelling volgt, jegens den verdachte tot eene schadevergoeding verplicht van *f* 100.”

Het vierde recht der verdachten is het recht om partij te

zijn bij het vooronderzoek. Is de instructie geheim, zij is dat niet voor hem. Bij het onderzoek te zijnen huize heeft de verdachte het recht om tegenwoordig te zijn. Het papieronderzoek mag zelfs niet geschieden, dan door zijne tusschenkomst. In beslag nemen mag men bij hem niets, tenzij tegen overgaaf van quitantie. Zaken, die op zijne verdediging betrekking hebben, mag men in het geheel niet in beslag nemen. Van elke beschadiging bij het huisonderzoek mag hij eene door getuigen geteekende verklaring doen opmaken.

Evenzeer moet de instructiekamer voor hem open staan en mag hij tegenwoordig zijn bij elke plaatsopneming.

Men mag hem niet ondervragen over het misdrijf, want men moet de waarheid niet in hem zoeken, maar buiten hem om. Men mag hem ook niet door proefnemingen tot bekentenis brengen. Men mag hem volstrekt niet aan onaangename confrontaties blootstellen of hem brengen op de plaats des misdrijfs of in tegenwoordigheid van het lijk des verslagenen. Men moet open kaart met hem spelen en hem op loyale wijze behandelen. Men mag het zenuwgestel van eenen misschien onschuldige geenen knak voor zijn geheele leven geven. Men mag hem ook geene valstrikken spannen.

Bij het zoeken naar de waarheid vergete men nooit, dat de waarheid niet het hoogste doel van ons streven is, maar de rechtvaardigheid. Men mag de waarheid niet zoeken ten koste der rechtvaardigheid. Men mag de waarheid niet te weten komen door verraad en niet door de papieren, de woning en de gezondheid van medemenschen noodeloos te beschadigen. Men moet bij het vooronderzoek wel in het geheim werken, maar het vooronderzoek moet het licht kunnen zien. Vandaar de controle des verdachten en zijn recht om zonder ondervraagd te worden bij het vooronderzoek tegenwoordig te zijn. Ook in het vooronderzoek moet naast het belang der maatschappij het belang des verdachten staan.

Het vierde artikel in deze afdeeling wordt dus „De ver-
Themis. LIIste Deel, 2de stuk [1891.] 19

dachte is partij in het vooronderzoek. Zijne woning mag niet buiten zijne tegenwoordigheid betreden en zijne papieren niet zonder zijne vooraf gevraagde tusschenkomst onderzocht worden. Hij mag bij het vooronderzoek tegenwoordig zijn zonder over het misdrijf ondervraagd te worden. Geen onderzoek naar de waarheid mag te zijnen koste plaats hebben. Van alle aangerichte schade mag hij eene getuigenverklaring doen opmaken. Zaken, die niet op zijne verdediging betrekking hebben, mogen tegen quitantie in beslag genomen worden. Een vooronderzoek in strijd met deze bepalingen is nietig."

Het vijfde recht des verdachten is het recht van verdediging. Dit recht openbaart zich allereerst hierin, dat men den verdachte geheel vrij laat om, terwijl de Officier van Justitie zijnen aanval voorbereidt, zijne verdediging samen te stellen. Men mag hem ook op geenerlei wijze verhinderen daarover met eenen raadsman te spreken. Het is toch al lastig genoeg voor iemand, die zijnen kost moet verdienen, nog aan zijne verdediging te werken, dat men hem waarlijk daarin niet behoeft te bemoeielijken. Dat doet men, wanneer men zijne brieven opent, zijne telegrammen niet doet bezorgen, zijne papieren in beslag neemt, de sporen van het misdrijf uitwischet of hem het betreden van bepaalde plaatsen ontzegt.

Vervolgens openbaart zich dit recht daarin, dat men hem eene volledige dagvaarding overhandigt, die men hem, wanneer hij niet lezen kan, voorleest. Het is niet voldoende, dat men de plaats en den tijd van het misdrijf in de dagvaarding noemt, men moet daarin ook het ten laste gelegde feit opnemen. Men mag er geen ander feit bijvoegen; dit zou aan de duidelijkheid te kort doen; men kan op de terechtzitting voegen, in de dagvaarding niet. De dagvaarding zal ook moeten behelzen de qualificatie van het feit en het nummer van het toe te passen artikel van het strafwetboek. De dagvaarding volstaat niet met de verwijzing naar de vermelding van het feit op eene andere plaats. Zij zal duidelijk, zonder zinstorende taalfouten,

geschreven moeten zijn. Het afschrift zal voor origineel gelden. Zij moet aan den gedaagde in persoon beteekend worden.

Zij moet den naam van den gedaagde bevatten en plaats en tijd, waar en wanneer hij verschijnen moet. Zij bevat de mededeeling, dat de gedaagde zijne getuigen, deskundigen, getuigschriften en bewijsstukken kan medebrengen en dat hij ter griffie inzage van de processtukken kan nemen. Zij gaat vergezeld van den voornaamsten inhoud der getuigenverklaringen à charge met hunne namen, beroepen en woonplaatsen.

Vooral de vermelding van het feit moet nauwkeurig en volledig zijn.

Men zal den gedaagde in de dagvaarding van niets afstand laten doen. Men moet voortaan van de rechten des verdachten geene schijnrechten meer maken.

Voegt men bij dit alles nog den datum, waarop het exploit en den deurwaarder door wien het exploit gedaan wordt, dan heeft men aan de dagvaardingen der personen, wier vrijheid op het spel staat, niet minder zorg besteed, dan aan de dagvaardingen der personen, wier vermogen op het spel staat. Dan weet de aangeklaagde waarop hij zich te verdedigen heeft. Dan kan hij zich verdedigen.

Overeenkomstig het medegedeelde dient de dagvaarding te zijn ingericht, maar men moet aan die bepalingen de straf van nietigheid verbinden. Niet om het aan den aanklager lastig, maar om de verdediging mogelijk te maken.

Het recht van verdediging openbaart zich ten derde in het recht van verzet gedurende veertien dagen tegen de dagvaarding. Ook hier is het beter om repressief, dan om preventief op te treden. Men moet de rechtbank niet in het vooronderzoek betrekken, wanneer de verdachte dit niet wenscht; want het vooronderzoek, ook al geschiedt dit ten deele ten overstaan van den rechter van instructie, is het werk van den Officier van Justitie. En meestal zal de tusschenkomst der rechtbank niet noodig zijn. Maar wenscht de verdachte het, dan moet

hem de mogelijkheid geschonken worden om eene openbare terechtstelling, die toch tot eene vrijspraak, tot een ontslag van rechtsvervolging, tot eene niet-ontvankelijkheid of tot eene onbevoegdverklaring leidt, te voorkomen. De rechtbank beslist dan in raadkamer over het voortbestaan der dagvaarding. Aan het doen van verzet moeten geene vormen worden vastgeknoopt, dan dat het geschiedt bij geschrifte. Men moet den verdachte toestaan om zijn verzet in raadkamer mondeling toe te lichten of te doen toelichten. Zoodoende houdt men het vooronderzoek niet op en voorkomt men noodelooze terechtstellingen. Beroep op de raadkamer van het gerechtshof zou te veel geeischt zijn. Wel kan geeischt worden, dat de verzetbevoegdheid in haar geheel in de dagvaarding duidelijk kenbaar wordt gemaakt.

Het recht van verdediging openbaart zich ten slotte in het bewijzen der onschuld op de openbare zitting der rechtbank. Men moet den aangeklaagde niet alleen het recht om te spreken geven, maar ook het recht om getuigen te doen hooren en stukken te produceeren. Men moet hem ook de verdediging niet moeielijk maken door hem ruw toe te spreken, als ware hij schuldig, of door het publiek te zijnen koste aan het lachen te brengen, als ware zijn belang bijzaak. Men moet hem beleefd behandelen, hem eene behoorlijke zitplaats geven, van waar hij alles goed zien en hooren kan, en hem eene tafel geven, waarop hij aantekeningen kan maken en zijne geschriften en bewijsstukken neder kan leggen. In geen geval komt hij geboeid voor de rechtbank. Men moet naar zijne beweringen luisteren, op zijne bewijsvoeringen letten en hem op de zitting behandelen als eenen onschuldige. Dan alleen kan de waarheid aan het licht komen.

Dit behoeft niet te leiden tot misbruik. Gaat de verdachte tot beleedigingen over, dan kan men hem, na hem gewaarshuwd te hebben, het woord ontnemen.

De behandeling moet gaan in de Nederlandsche taal, zoodat, wanneer de verdachte of een getuige vreemdeling is, zijne

woorden worden vertolkt en men hem niet in zijne taal toespreekt. Tot tolk moet niet de eerste de beste genomen worden, maar iemand, die het vertolken gewoon is. Heeft de verdachte een spraak-, gehoor- of gezichtsgebrek, dan geve men hem een deskundig tusschenpersoon. In dit opzicht is ons wetboek van strafvordering billijk.

De verdediging moet stenographisch worden opgeschreven. De aangeklaagde is de zwakste en de meest belanghebbende partij, zoodat hij dit voordeel wel mag hebben.

Zijne getuigen moeten evengoed als de getuigen à charge worden aangehoord. Zij mogen door den dienstdoenden deurwaarder niet onbeleefd worden behandeld en omtrent hunne waarheidsliefde mag geen vooroordeel bestaan.

Tijdens de verdediging moet eene volkomene stilte in de gerechtszaal heerschen.

Het publiek mag niet interrompeeren en niet ter zijde van den aangeklaagde zitten, als ware het in een kijkspelletje, maar mag ook niet te ver van den aangeklaagde verwijderd zijn, zoodat het de verdediging kan hooren. Voor de pers moeten behoorlijke en nog naderbij zijnde zitplaatsen bestaan. Want de publiciteit is eene groote controle voor het recht van verdediging.

Dit recht bestaat in hoofdzaak in het voorbrengen van en het beschikken over het bewijsmateriaal der onschuld. Wat de verdediger daaromtrent in hooger beroep mag doen, mag de verdachte in eersten aanleg doen. Het brengt mede, dat de aangeklaagde wordt vrijgesproken, wanneer zijne onschuld bewezen is en niet wordt veroordeeld wanneer zijne schuld niet bewezen is. In het laatste geval wordt hij ontslagen van rechtsvervolging. Van veroordeeling in de kosten kan nooit sprake zijn; deze moet de Staat betalen, omdat gehandeld wordt in het belang der maatschappij. Bij veroordeeling heeft de verdachte recht op hooger beroep gedurende veertien dagen en op in kennisstelling van die gelegenheid. Het veroordeelend

vonnis moet behoorlijk omkleed zijn met de ware redenen, die tot de veroordeeling hebben geleid en de ware redenen opgeven, waarom de verdediging niet tot vrijspraak heeft geleid.

De vragen blijven nu slechts: wanneer is de onschuld bewezen en wanneer is de schuld niet bewezen? Op de laatste vraag is het eerste antwoord: wanneer de rechtbank niet eenparig van de schuld overtuigd is. Eene veroordeeling bij meerderheid van stemmen is onrecht; de terechtstelling is geene loterij. De oude regel blijft gelden: in dubio pro reo en er is dubium, wanneer een der drie rechters meent niet te mogen veroordeelen. Vervolgens moet er voldoende bewijs zijn om te veroordeelen en is de schuld niet bewezen, ook al zijn de rechters nog zoozeer van de schuld overtuigd, wanneer uit het waargenomene niet noodzakelijk volgt, dat de verdachte het misdrijf heeft gepleegd. Slechts dan is de schuld bewezen, wanneer, zonder dat dit door tegenbewijs is ontzenuwd, twee volkomen geloofwaardige getuigen, onder eede mondeling in het openbaar verklaren, dat de verdachte schuldig aan het misdrijf is, en wanneer die verklaringen overeenstemmen met alles wat omtrent dat misdrijf is medegedeeld door beëdigde deskundigen en gebleken uit voorgelezen geschriften, uit medegedeelde teekeningen, uit overgelegde zaken, waaraan sporen van het misdrijf zijn, en uit plaatsopnemingen. Het is immers niet te doen, om iemand hoe dan ook veroordeeld te krijgen, maar om niemand dan den schuldige te doen veroordeelen.

De onschuld is bewezen wanneer twee getuigen onder eede verklaren, dat de verdachte onschuldig is of dat het misdrijf niet door hem kan zijn gepleegd. Het is verkeerd om te eischen, dat de getuigen de zaak hebben waargenomen. Men zou dan slechts zelden kunnen veroordeelen of vrijspreken. Het is voldoende, dat de schuld of de onschuld logisch uit hunne verklaringen volgt.

Elke getuigenverklaring à charge vervalt door eene tegensprekende getuigenverklaring à décharge. De tegengesproken ge-

tuigen à charge, mogen nimmer in een geding wegens meened tegen den tegensprekenden getuige à décharge worden gebruikt.

Voor de rechtbank moeten de Officier van Justitie en de verdachte gelijk staan. Wanneer men bedenkt, dat de verdachte onschuldig kan zijn, dan is dit billijk.

Het recht van verdediging zal in den geest van het medegedeelde in een of meer artikelen kunnen geformuleerd en ook door de straf van nietigheid gewaarborgd moeten worden.

Het is een heilig recht in eenen beschaafden Staat, dat evenwel door ons wetboek grootendeels is herleid tot een recht om te spreken.

Het zesde recht des verdachten is het recht van wraking. Het is reeds gezegd, dat het niet te doen is om het bewijs der tegenpartij tegen te werken. Maar op dien regel moet eene uitzondering toegelaten worden. Het moet namelijk ongeoorloofd zijn om met onrechtvaardige middelen de overwinning te behalen en hoe hoog de Nederlandsche Officier van Justitie ook staat, zijn werkring leidt tot eenzijdigheid en overdrijving, evenzeer als de Verdediger aan dit gevaar bloot staat. Daarom moet men van elke zijde der tegenpartij de onrechtvaardige wapenen uit de handen kunnen slaan, zonder overigens elkanders bewijsvoering ook slechts eenigszins te benadeelen.

Ons wetboek noemt eenige gevallen van wraking van rechters op; wel een bewijs, dat ons wetboek uit den voortijd is. Waar redenen van wraking bestaan, daar zal de Nederlandsche rechter zich zelven wel verschoonen. Van die zijde dreigt geen gevaar. Maar de voor de rechters genoemde redenen van wraking had men voor de getuigen moeten opgeven. Het is niet voldoende om te zeggen, dat de rechter, bijzonder acht zal geven op de beweegredenen, welke de getuigen kunnen hebben gehad om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen; op de levenswijze, de zeden en den stand der getuigen; en, in het algemeen, of alles wat op derzelver meerdere of mindere geloofwaardigheid invloed zoude kunnen hebben. Men moet onzede-

lijke, verdachte en ongeloofwaardige getuigen kunnen weren.

De verdachte moet allen kunnen wraken, die geene ware getuigenis kunnen of willen geven. Tot de eersten behooren zij, die niet lezen of schrijven kunnen; menschen, die zoo laag ontwikkeld zijn, mogen geenen invloed hebben op de veroordeeling van eenen verdachte. Tot de laatsten behooren zij, die in gevangenis verblijf houden, en zij, die zelve van een misdrijf worden verdacht. Er is geen reden om hun het leed der wraking aan te doen, die hun misdrijf hebben geboet, maar er is alle reden om het treurige schouwspel te voorkomen van den getuige in het gevangenispak en van verdachten, die elkander verraden. Ook is het hoogst gevaarlijk om den persoon, op wien het misdrijf is gepleegd, als getuige te doen optreden; zijne boosheid toch kan hem zijnen eed doen vergeten. Evenzeer is het gevaarlijk eenen getuige te hebben, die den verdachte vijandig is. Deze onvoorwaardelijk van de getuigenbanken uit te sluiten is onnoodig, maar, wanneer men den verdachte het recht van wraking geeft, dan kan de rechtbank in elk geval beslissen over de toelating. Onontwikkelde personen en personen, die belang hebben bij de veroordeeling des verdachten, zal de rechtbank zeker evenmin toelaten als kinderen en krankzinnigen.

Het zesde recht des verdachten worde als volgt geformuleerd:
 »De verdachte heeft het recht om, met opgave der redenen, getuigen te wraken. Die redenen zijn:

- 1^o jeugdige leeftijd;
- 2^o krankzinnigheid;
- 3^o geringe verstandelijke ontwikkeling;
- 4^o onzedelijk gedrag;
- 5^o verblijf in eene strafgevangenis;
- 6^o verdenking wegens misdrijf;
- 7^o vijandschap tegen den verdachte.

De verdachte heeft het recht de reden der wraking toe te lichten en te bewijzen. De rechtbank hoort den gewraakten

getuige, doch laat hem slechts dan zijne verklaring met eede bevestigen, wanneer de opgegeven reden van wraking blijkt niet te bestaan."

Het zevende recht des verdachten is het recht van appèl. Dit recht bestaat niet slechts in het aantekenen van appèl. Het is niet voldoende, dat de verdachte voor den Hove verschijnt en daar al of niet zijne verdediging voordraagt; het is ook niet voldoende, dat in appèl een extract uit het dossier wordt voorgelezen en de stukken van eersten aanleg in raadkamer worden onderzocht; het is noodzakelijk, dat de zaak in werkelijkheid geheel wordt onderzocht, m. a. w. dat ook de getuigen en deskundigen à charge door het Hof worden gehoord en dat de bewijslevering der schuld voor het Hof wordt afgewikkeld. Het recht van appèl is niet alleen het recht om zich in hooger beroep te verdedigen, maar ook het recht om van rechtsvervolging ontslagen te worden, wanneer het bewijs der schuld niet voor de oogen van het Hof en van het publiek geleverd wordt. Het recht van appèl komt toe aan dengene, die veroordeeld is en aan dengene die ontslagen is van rechtsvervolging. Ook voor den laatsten is het van belang eene vrijspraak te verkrijgen.

Het appèl van ons wetboek van strafvordering is de parodie van een appèl. Wanneer de verdachte geene verdediging voert, wordt er soms niets gedaan, dan de niets beteekenende voorlezing van een rapport en de eenvoudige vraag van bevestiging van het vonnis a quo. Wanneer de verdediging er wel wordt gevoerd, dan wordt die dikwijls door geenen aanval voorafgegaan. Dat is geen hooger beroep, dat is geen strijd tusschen twee partijen in het openbaar

Zeker, het proces-verbaal der terechtzitting kan zijn nut hebben voor zoover de bij de rechtbank geleverde bewijzen niet meer te leveren zijn, maar het opnieuw hooren der getuigen kan nog meer nut hebben, want hunne verklaringen kunnen onjuist weergegeven of onjuist afgelegd zijn.

Het recht van appèl dient in dien geest geregeld te worden, dat de zaak van den appellant in het openbaar, met gebruikmaking van het onderzoek in eersten aanleg, geheel opnieuw wordt onderzocht.

Het achtste recht des verdachten is het recht van cassatie. De regeling daarvan laat voor den verdachte weinig te wenschen over, wanneer slechts al de gevallen opgenoemd worden, wanneer het recht te pas komt en wanneer hij het laatste woord en absolute vrijheid van spreken heeft. Het recht om zelf zijne verdediging te voeren zal in cassatie weinig baten, maar mag den verdachte niet worden ontzegd zoolang men hem bij onvermogen geen verdediger geeft.

Het recht van cassatie mag niet samengaan met het verwijzen der zaak naar een ander gerechtshof. Op die wijze kan eene zaak eindeloos duren en er is geene reden waarom men bij vernietiging van het arrest niet zelf beslissen zou. De weinige daardoor veroorzaakte moeite weegt wel op tegen het belang, dat de maatschappij en de verdachte hebben bij eene spoedige afdoening. Voor zoover de beslissing bij vernietiging van het arrest niet volledig kan zijn, dient de verdachte er van te profiteeren.

Eene cassatie met verwijzing leidt in strafzaken meestal tot niets dan tot vermeerdering der gerechtskosten en verzwaren van de taak der getuigen en des verdachten. De wet op de rechterlijke organisatie wil dan ook in den regel eene principale uitspraak hebben. Er moet zekerheid zijn, dat wanneer iemand in de strafgevangenis gebracht wordt, hij alle gelegenheid gehad heeft om het bewijs der schuld te ontzenuwen of zijne onschuld te bewijzen. Doch de verdachte moet tevens de zekerheid hebben, dat aan het pijnlijke onderzoek naar zijne schuld niet langer tijd wordt besteed dan noodig is. Heeft de verdachte in appèl recht op een openbaar en volkomen onderzoek, in cassatie heeft hij recht op eene definitieve beslissing. Eerst dan is de straffcassatie (wat zij moet zijn, wil zij nut opleveren) eene derde instantie.

Het negende recht des verdachten is het recht op gratie door eene jury. Dit is zijn laatste en hoogste recht zolang hij niet is gestraft, de laatste en grootste waarborg tegen de bestraffing eens onschuldigen. Het recht van gratie bestaat dan ook overal in naam.

Het recht van gratie is geen recht voor hem, die haar geeft, maar voor hem, die haar ontvangt. Het is geene gunst, maar een recht. Het is de overwinning der rechtvaardigheid op den letter der wet.

Het recht van gratie moet bestaan waar het onderscheid erkend wordt tusschen de slechte daad en den slechten mensch en waar de onvolmaaktheid erkend wordt van den besten strafwetgever. Elk misdrijf kan zich in zoo velerlei vormen voordoen, dat zelfs een minimum straf nog te veel kan zijn of dat het geen misdrijf meer is.

Wat dunkt u van de moeder, die haar kindje steelt? Zij begaat volgens de Nederlandsche strafwet een misdrijf; volgens het Nederlandsche volk ook? Het kan eene brave vrouw en eene brave moeder zijn, die buiten haar weten en schuld door hare onkunde bij verstek gescheiden is en daarin door misleiding heeft berust. Nu de rechter haar haar kindje niet teruggeeft, steelt zij het. In eersten aanleg en in appèl krijgt zij veertien dagen straf. Zou zij geen recht op gratie hebben? En zoo zijn er duizenden gevallen denkbaar.

Straft den slechten mensch, waar hij een misdrijf begaat; straft den egoïst, die zijn egoïsme botviert; maar straft geene zieken, geene onvermogenen, geene ongelukkigen, geene goede menschen, ook al zijn zij strafbaar naar de wet. Tref den sterken, maar den zwakken niet. Laat de straf geen regeermiddel, maar een rechtsmiddel zijn. Wendt alle moeite tot het opsporen van misdrijven aan, dringt door in de diepste schuilhoeken der misdaad, ontmaskert de huichelaars, maar straft het bloote feit niet; maakt het u niet gemakkelijk door hem te straffen, die, hoewel wellicht een edel mensch, uit drift of

uit armoede misdeed. Straft slechts hen, die het door hen gepleegde misdrijf hadden kunnen nalaten.

Wanneer men dat nu niet doet, wanneer de strafrechter den misdadiger straft, die, zonder aan de wet te denken, onschuldig is, dan moet de gratie gegeven worden.

Die gratie moet gegeven worden door gezworenen uit het volk, door menschen, die, ontwikkeld genoeg om de zaak te begrijpen, na hunne rehtvaardigheid bezworen te hebben, recht spreken buiten de wet om.

Men vreeze de jury niet, want zij kan goed samengesteld worden en haar werkring kan beperkt worden. Mocht zij iemand ten onrechte van straf ontheffen, het is beter eenen te weinig, dan te veel gestraft.

De verdachte moet het recht hebben om zijn verzoek tot gratie te doen toelichten door eenen verdediger. Hier is de schoonste werkring der Advocaten. In landen, waar de Jury bestaat, komt de Balie tot haar recht. Daar kan zij in strafzaken hare welsprekendheid ontwikkelen, hare menschlievendheid toonen en werken met succes. Daar kan zij de sympathie van het publiek doen medespreken en den letter der wet doen buigen voor de rehtvaardigheid. Daar kan zij de stem der menschelijkheid, die zij hier slechts kan gebruiken ten bate eener zachte straf, aanwenden tot ontheffing van straf. Daar wordt geleerd, dat de rehtvaardigheid een grooter sieraad voor den rechtsgeleerde is, dan de rechtswetenschap.

Waar recht op gratie bestaat, daar moet de zekerheid bestaan, dat de gratie gegeven wordt; daar moet geen ambtenaar, geen rechter, geen officier van justitie beslissen, daar moet het ontwikkelde volk beslissen. De om welke reden dan ook onschuldige verdachte moet zekerheid hebben, dat op den weg naar de strafgevangenis, welken hij aflegt, alle werkelijk onschuldigen ontsnappen. Den rechter kan men het gratierecht niet geven; hij is te veel gebonden aan de wet. Men moet het aan leeken geven door deskundigen voorgelicht.

De jury moet samengesteld zijn uit twaalf leden, waarvan een den post van voorzitter bekleedt. Zij worden gekozen uit het dubbele getal, waarvan de procureur-generaal en de verdediger elk een zestal wraken kunnen. Dit vier-en-twintigtal wordt telkens bij loting gekozen uit eene lijst van juryleden, samen te stellen uit de lijsten der gemeenten. Op die laatste lijsten komen alle personen voor, die door het gemeentebestuur daartoe geschikt geacht worden, en mag niemand voorkomen, die eene veroordeeling te zijnen laste heeft.

De twaalf gezworenen vergaderen in het openbaar en raadplegen in het geheim in volkomen afzondering. Hunne vergadering wordt geleid door den voorzitter van het gerechtshof, die over de zaak geoordeeld heeft. De beslissing geschiedt hoofdelijk en met luider stemme. Zij worden vooraf door den voorzitter van het gerechtshof beëdigd. Die eed luidt, „dat zij naar hun geweten uitspraak zullen doen en met nauwgezetheid en onpartijdigheid zullen onderzoeken met terzijdestelling van alle eigenbelang.“

De jury is bevoegd tot niets anders dan tot al of niet ont-heffing van de straf. Hare leden stemmen met voor en tegen. Zij beslissen bij meerderheid van stemmen; bij staking van stemmen beslist de door hen gekozen voorzitter.

Het groote voordeel van deze wijze van gratie geven, is, dat het verzoek tot gratie mondeling wordt toegelicht. De gratie, bij uitnemendheid geschikt om bepleit te worden, wordt bij de jury bepleit.

Daarbij komt het voordeel, dat de jury verplicht is krachtens haren eed om de gratie te geven, wanneer het geval voor gratie daar is. Op het nakomen dier verplichting oefent het publiek eene groote contrôle uit.

Zoo is er een recht van gratie en dat moet er zijn. De verdachte moet het middel hebben om te zorgen, dat hij de verdiende gratie ontvangt. Hij moet daartoe invloed kunnen nitoe-fenen en zeker zijn, dat de gratiegever vatbaar voor dien invloed is.

Vermoedelijk zal het gevolg van dezen maatregel zijn, dat met de toeneming van den eerbied voor onze strafrechtspleging de overbevolking in de strafgevangenissen vermindert. Het gevaar, dat thans in hooge mate bestaat, om onschuldig veroordeeld te worden, zal verdwijnen evenals de gevangenen, wier eenig misdrijf hunne ziekte of hunne armoede was. De man, die steelt uit honger of om zijne broodelooze kinderen te helpen, zal gratie krijgen. De man, die iemand in geprovoceerde razernij doodde, zal gratie krijgen. En wanneer men alleen maar degenen, die uit armoede stalen, uit de gevangenissen neemt, dan neemt men de helft der bevolking weg. Dan zal niemand onschuldig in de gevangenis zuchten. Dan zal vooral de groote schande voorkomen zijn, dat de maatschappij, die den zwakke laat ondergaan in den strijd om het bestaan, niet helpt, wanneer hij werkeloos, niet voedt, wanneer hij broedeloos is, geen onderkomen geeft, wanneer hij dakloos is, niet beschermt, zelfs wanneer zijne straf is uitgeboet, hem, dien zij door haar hulpverzuim provoceerde tot misdrijf, straft.

Van een egoïstisch standpunt zou de jury eene ramp voor Nederland zijn; men zou al degenen, die stelen om in de gevangenis te komen, kost en inwoning of werk moeten geven: men zou gedwongen worden tot helpen. Maar men zou rechtvaardig zijn.

Nu zegge men niet, dat Nederland geene elementen voor eene jury heeft; het aantal onbeschaafden in ons land moge groot zijn, er zijn toch ook vele beschaafde Nederlanders.

Men straffe den rijken man, die op de eene of andere manier steelt; men straffe den gezonden man, die koelbloedig mishandelt of beleedigt; men straffe den egoïst, die niet hielp, waar hij helpen kon; dit zal veel moeite kosten, maar zeer veel nut doen. Maar men late de goede en de ongelukkige menschen vrij, ook waar zij de strafwet overtreden. Men vergete niet, dat de strafwet, evenals elke wet, is of moet zijn de codificatie der rechtvaardigheid en dat, waar men tot toepassing dier rechtvaardigheid met haar uiterste dwangmiddel,

de straf, verschillende misdrijven schept, men daardoor altijd evenzeer slechte handelingen straffeloos laat als goede handelingen met staf bedreigt. Men vergete nooit, dat de straf niet is in het belang van den Staat, maar in het belang van de maatschappij, waartoe de verdachte behoort. Men bedenke steeds, dat boven het rechtsgoed, dat de straf moet beschermen, staat de geheele maatschappij voor wie die instelling geschapen is. Wanneer men bij het straffen het belang der geheele maatschappij in het oog houdt en het eigen belang ter zijde stelt; dan zal men gratie geven aan hen, die de strafwet overtraden, maar in het belang handelden dier maatschappij of althans niet daar tegen handelden.

De maatschappij moge bedreigd worden door eenen enkele, dien de jury ten onrechte vrijsprak, zij wordt nog veel meer bedreigd door eene eenzijdige strafrechtspraak, eene strafrechtspraak, die onschuldigen bedreigt. Men kan thans met den verdachte achtereenvolgens de trappen van alle rechtscollegien beklimmen en, al zijn het de beste rechters der wereld, die daar zitten, ons treurig wetboek van strafvordering is oorzaak, dat uw client, al is hij onschuldig, niet vrij komt; hier wordt zijne zaak niet onderzocht, daar niet beslist, ginds noch onderzocht noch beslist. Dit moet veranderen.

Het laatste artikel van deze afdeeling moet dus luiden als volgt: „De verdachte, die in hoogste instantie veroordeeld is, heeft recht op gratie door gezworenen, wanneer hij niets misdadigs heeft begaan.

De jury bestaat uit twaalf leden, te kiezen uit vier-en-twintig leden, waarvan elke partij in het strafgeding er zes wraken mag. Die vier-en-twintig leden worden voor drie maanden bij loting genomen uit eene lijst van gezworenen, samengesteld uit de opgaven der in het gebied van het gerechtshof gelegen gemeenten. Onder die opgaven komen niet voor de namen van veroordeelde personen en evenmin van personen, welke het gemeentebestuur voor jurylid ongeschikt acht.

De jury vergadert wekelijks in de zaal van het gerechtshof onder leiding van den voorzitter van het gerechtshof, na door dezen vooraf beëdigd te zijn, in het openbaar.

De eed luidt »dat zij naar hun geweten uitspraak zullen doen en met nauwgezetheid en onpartijdigheid zullen onderzoeken met terzijdestelling van alle eigenbelang.»

De verdediger wordt na de beëdiging toegelaten om de gratie te bepleiten, waarop de procureur-generaal mag antwoorden, doch de verdediger mag hierop weder het woord voeren. Met goedvinden der jury kunnen beide partijen nog eens het woord voeren.

De stukken van het geding zijn ter beschikking der jury, aan wie de partijen ook andere overtuigingsstukken mogen overleggen.

Terstond na de pleidooien beraadslaagt de jury in eene geslotene en bewaakte kamer, waarin niemand anders toegelaten wordt.

De jury beslist bij meerderheid van stemmen, terwijl de door haar gekozen voorzitter bij staking beslist. Zij stemmen hoofdelijk, opstaande, met luider stemme, voor of tegen, in het openbaar. Daarna deelt haar voorzitter den uitslag mede. Bij die uitspraak worden de overwegingen waarop de gratie steunt, medegedeeld.»

Het tiende recht des verdachten is het recht op revisie en het elfde recht des verdachten is het recht op rehabilitatie. Het eerste komt hem toe, wanneer hij ten onrechte niet is ontslagen van rechtsvervolging; het laatste wanneer hij ten onrechte niet is vrijgesproken. Beide rechten komen te pas, wanneer de verdachte zijne straf ondergaat. Zij worden uitgeoefend bij een eenvoudig verzoekschrift aan de raadkamer van den Hoogen Raad. Gedurende het onderzoek gaat de straf door en bij afwijzing telt die straf niet mede. Bij toewijzing wordt in het openbaar uitgesproken, dat de verdachte ten onrechte veroordeeld of onschuldig veroordeeld is. De requesten tot revisie of tot rehabilitatie kunnen in het openbaar door

een Advocaat worden toegelicht. Aan den gerehabiliteerde wordt kosteloos een afschrift der rehabilitatie verstrekt. Beide rechten kunnen ook door de nagelaten betrekkingen van overledene verdachten worden uitgeoefend.

De rechten des verdachten zijn hiermede afgehandeld. Mogen zij weldra komen in een nieuw wetboek van strafvordering! Dan zal men zonder gevaar onschuldig verdacht van misdrijf worden.

Doch deze wensch kan een ijdele wensch zijn, want zoovele eischen der rechtvaardigheid, als eene goede politiewet en eene administratieve rechtspraak, blijven ontbreken, hoewel ieder deskundige ze wensch. De eenige hoop blijft, dat een rechtvaardig minister van Justitie het land dezen belangeloozen dienst bewijst en de commissie tot herziening van het wetboek van strafvordering instelt. Dan zal er kans bestaan, dat een wetboek van strafvordering wordt ingevoerd, hetwelk gelijken tred houdt met ons humane wetboek van strafrecht, hetwelk rekening houdt met de rechten van wellicht onschuldige verdachten en hetwelk Nederland tot eer en andere landen tot voorbeeld strekt.

ALGEMEENE RECHTSGELEERDHEID.

DE WISSELVORDERING IN DE FAILLISEMENTEN DER WISSEL-
DEBITEUREN. — *Rechten van den houder en van betaald
hebbende endossanten bij faillissement van het wissel-
personeel.* E. W. INSINGER, *acad. proefschr. Amsterdam,
December 1888.*

Om den wissel en de verbintenissen, die er uit voortspruiten, te leeren kennen, dient men te weten, in welke behoefte hij voorzag. Niet zoozeer eene studie der rechtsbronnen, als wel der geschiedenis van het handelsverkeer, van zijne ontwikkeling, zijne behoeften en zijne usantien moet ons behulpzaam zijn bij het beantwoorden der vraag: aan welke eischen moest de wissel voldoen, wilde hij, gelijk hij gedaan heeft, in den beginne meer als ruil-, later meer als credietmiddel, den handel ten dienste zijn?

Op grond van geschiedkundige nasporingen wordt aangenomen, dat de geboorte van den wissel plaats vond in den bloeitijd van den Lombardijnschen handel. De handelsrelatiën van de Noord-Italiaansehe republieken hadden zich zeer uitgebreid; eenerzijds werden inkoop en in de Levant gedaan, anderzijds vonden verkoopen plaats naar Frankrijk, Holland, Engeland en Noord-Duitschland, waar ook allengs agenturen werden gevestigd. Met de uitbreiding der relatiën kwam er ook meer verscheidenheid in de transactiën. Het crediet begon daarbij een rol te spelen en tusschen kooplieden op verren afstand van elkander gevestigd, begon het gebruik te worden betaling in gereede penningen te vervangen door eene aantekening in de boeken, eenerzijds in het debet, anderzijds in het credit. Het sprak van zelf, dat voor die transactiën veel goed vertrouwen werd vereischt, vooral in die dagen, toen niet alleen de rechtszekerheid te wenschen

overliet, maar er ook zooveel verschil bestond tusschen hetgeen hier en hetgeen elders rechtens was. Een koopman, die over zijn credit bij een buitenlandschen handelsvriend wilde beschikken en een ander wenschte aan te wijzen om het beoogde bedrag in ontvangst te nemen, had dan ook voor die eenvoudige operatie vrij wat moeilijkheden te overwinnen. Iemand met een volmacht te zenden was kostbaar, maar buitendien: zoude de volmacht opgemaakt in den vorm door de wet van zijn land voorgeschreven wel in het vreemde land als deugdelijk worden erkend? Welke formaliteiten werden daar vereischt? Hoe was de identiteit des persoons te bewijzen? Kortom, tal van moeilijkheden deden zich voor, die deels het gevolg waren der nog gebrekkige communicatiemiddelen, deels aan de rechtsonzekerheid, waarin de internationale handel verkeerde, moesten worden geweten. Men had behoefte aan een vorm, waarin zekere rechtshandelingen konden worden gegoten, en die zoo algemeen was bekend en als bindend erkend, dat ieder kon weten, welke verbintenissen waren aangegaan door hem, die zich in dien vorm had verbonden. En niet alleen de aard en de omvang der uit dien vorm voortvloeiende verbintenis moesten onveranderlijk vaststaan, ook de verbintenis zelve moest geheel onafhankelijk zijn van de oorzaak, die tot het aangaan er van had geleid. Eindelijk moest hij, die de rechtmatige houder was van het in den vastgestelden vorm geconcipieerde geschrift, tevens worden aangemerkt als de eenige rechthebbende om de nakoming der verbintenis uit dat geschrift kenbaar, te vorderen. Welnu in die behoefte voorzag de wissel.

Men heeft de wisselverbintenis dikwijls met de *litterarum obligatio* der Romeinen vergeleken en niet ten onrechte. Ook daarbij gold het den wensch om eene verbintenis te doen sluiten in zoodanigen vorm, dat wel niet in verschillende landen dan toch op verschillende tijden de verbintenis onherroepelijk vaststond. Hij, die eene gewone overeenkomst had gesloten, doch de daaruit voor hem voortvloeiende verbintenis *per scripta solem-*

nia had erkend, kon zich na eenigen tijd niet meer beroepen op de exceptien, die hadden kunnen worden opgeworpen tegen de oorspronkelijke overeenkomst. Zoo kan ook hij, die eene wisselverbintenis heeft aangegaan, niet meer de overeenkomst in het geding brengen, die hem tot het aangaan dier verbintenis heeft geleid. De behoeften van het handelsverkeer in de dertiende en veertiende eeuw deden aan den wissel den eisch stellen, dat hij verbintenissen schiep uit geschrifte, verbintenissen, die alleen uit het geschrift werden gekend en door het geschrift werden bewezen, maar ook, dat de houder van den wissel, waar hij zich ook in de geheele handelswereld vertoonde, onmiddellijk werd erkend als degeen, ten wiens voordeele de verbintenissen waren aangegaan. Aan die eischen voldeed de wissel en de handel heeft er een ruim gebruik van gemaakt.

Waarschijnlijk is het, dat de wissel in den beginne slechts heeft gestrekt om een persoon aan te wijzen, aan wien eene geldsom kon worden betaald, doch tevens, dat al spoedig de wenschelijkheid bleek om aan den aldus aangewezen persoon het recht te verleenen zich voor de inontvangstname van het geld van de tusshenkomst eens derden te bedienen. Ter voorziening in die behoefte werd de clause „of order“ achter den naam van den nemer gevoegd en ontstond het gebruik om door middel van het endossement telkens een ander als houder van den wissel aan te wijzen.

Bleek de wissel op die wijze den handel van groot nut te zijn, alda werden hem andere eischen gesteld. Niet alleen als middel tot incasseering, ook als betaalmiddel kon hij worden aangewend. Daarvoor was het echter noodig, dat hij, die hem in betaling aannam, ook de zekerheid erlangde, dat hij zoude worden schadeloos gesteld, wanneer op den vervalddag de betaling achterwege bleef. Vandaar de verplichting den trekker opgelegd om den houder regres te verleenen wegens de schade uit de nonbetaling ontstaan. Eene tweede zekerheid werd verkregen in de door den betrokkene op den wissel gestelde verklaring,

dat hij betalen zal. Vandaar de verplichting van den acceptant om den wissel op den vervaldag te voldoen, eene verplichting, waaruit bij niet-nakoming reeds volgens algemeene rechtsbeginselen de gehoudenheid voortvloeide om buitendien de schade te vergoeden. Eindelijk (1) werd eene derde zekerheid verkregen doordien de houder, die zijn rechten uit den wissel aan een ander wilde overdoen, hetzij door den wissel te verkoopen, in betaling te geven of anderszins, zich op zijne beurt aansprakelijk stelde voor de schade, die een toekomstige houder door nonbetaling mocht lijden. Vandaar de verbintenis der endossanten.

Men lette wel, het is niet de acceptant, die den trekker betaling belooft, het is niet de trekker, die zich verbindt den nemer schadeloos te stellen en het zijn niet de endossanten, die zich tegenover hunne geëndosseerden verbinden, maar zij allen verbinden zich eenzijdig. Slechts één persoon, voorloopig nog onbekend, doch die later te voorschijn treedt, kan de nakoming dier verbintenissen eischen; het is de houder: hij dus, die de drager is der wisselvordering, hij, die alleen het bewijs van dat recht kan produceeren, hij, die ook alleen bij machte is den wissel te vernietigen en daardoor de verbintenissen van acceptant, trekker en endossanten op te heffen.

Bij de behandeling van ons onderwerp komt het voornamelijk op twee punten aan.

1^o. Zijn de verbintenissen van alle wisseldebiteuren aan elkander gelijk? Zoo niet, in hoever wijken zij van elkander af?

2^o. Is alleen de houder als wisselcrediteur te beschouwen of kunnen ook niet-houders van den wissel daaraan rechten ontleenen?

Wat het eerste punt betreft merk ik op, dat de verbintenis van den acceptant eene andere is dan die van trekker en endossanten. De acceptant neemt aan op den vervaldag te betalen.

(1) De verbintenis van den avalgever kan hier buiten beschouwing blijven.

Dat doen noch de trekker, noch de endossanten; zij verbinden zich slechts tot schadevergoeding, wanneer de wissel niet wordt betaald. Wel is dit *in effectu* hetzelfde, omdat de acceptant reeds bovendien civielrechtelijk gehouden is tot vergoeding der schade door het niet-nakomen zijner verplichting veroorzaakt, dit neemt echter het verschil niet weg ten opzichte van het voorwerp der verbintenis bestaande. Bestaat er verschil ten opzichte van het voorwerp, zijn de acceptant en de overige wisseldebiteuren niet gehouden tot dezelfde zaak, dan volgt daaruit, dat zij ook niet hoofdelijk verbonden kunnen zijn. De verbintenissen van den acceptant staat dan ook alleen. Hij heeft zich tot betaling verbonden, de anderen niet. Wel echter zijn de verbintenissen van trekker en endossanten hoofdelijk. Zij allen zijn tot schadeloosstelling verplicht. Naar mijn inzien wordt dan ook door de Staatscommissie voor de herziening van het handelsrecht in het ontwerp op het handelspapier (art 15) ten onrechte voorgesteld om alle wisselschuldenaren hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk te stellen. Praktisch moge dit geen bezwaar opleveren, theoretisch is het onjuist. De Commissie noemt de hoofdelijkheid van alle wisselverbintenissen een hoofdbeginsel van wisselrecht ook op den acceptant toepasselijk, hetgeen ik meen te mogen betwisten. Waar het wisselrecht afwijkt van het gemeene recht, moet dit steunen op eene behoefte van het verkeer; daarvan blijkt echter niet. Maar ook in de soort dezer verbintenissen bestaat er verschil. De verbintenis van den acceptant is eene onvoorwaardelijke. Zij is van den beginne af eene zekere. Daarentegen is zij eene verbintenis onder tijdsbepaling. Vóór den vervaldag kan hare nakoming niet worden gevorderd. Trekker en endossanten gaan daarentegen eene verbintenis onder voorwaarde aan en wel onder eene opschortende voorwaarde. Hunne verbintenis is eene onzekere; zij hangt af van de vervulling dezer voorwaarde, dat de wissel onbetaald blijve. Wordt de wissel betaald en dus de voorwaarde niet vervuld, dan gaat de rechtsband verloren, die trekker en endossanten zich hadden

aangelegd, maar waaruit eene eigenlijke verbintenis niet was voortgesproten.

Een ander verschil in de verbintenissen van acceptant, trekker en endossanten ligt in het aantal der personen, die zich als wisselcrediteur tegenover hen kunnen doen gelden. Wel zullen zij altijd slechts tegenover één crediteur staan, nl. alleen tegenover den houder, zooals ik later zal trachten nog nader aan te toonen, dit neemt niet weg, dat de acceptant zal kunnen worden aangesproken door hem, die ter eere heeft betaald, door den trekker en door alle endossanten, de trekker slechts door den betaler ter eere en de endossanten, de eerste endossant slechts door den betaler ter eere en de volgende endossanten, enz. Het gevolg is dan ook, dat de houder wel een of meer der endossanten kan aanspreken tot vergoeding, doch dat ten slotte de acceptant zal moeten betalen; zoo zal de trekker, wanneer de acceptant, zoo zal de nemer, wanneer acceptant en trekker, zoo zullen de endossanten in hunne volgorde, wanneer hunne voorgangers onvermogen zijn, de schade moeten dragen. De Staatscommissie (1) noemt den acceptant den hoofdschuldenaar des wissels. Dat is ten opzichte van den acceptant eene minder juiste benaming, daar hij, gelijk wij zagen, alleen staat tegenover den houder, die betaling eischt. Wel kan de qualificatie hoofdschuldenaar dienst doen om de onderlinge rechtsverhouding aan te duiden, waarin de trekker van een ongeaccepteerden wissel tot de andere wisselschuldenaren staat. Deze onderlinge rechtsverhouding is voor ons onderwerp van groot belang.

Het tweede punt betref de vraag, of de houder de eenige wisselschuldeischer is, of dat ook anderen rechten aan den wissel kunnen ontleenen.

Reeds uit hetgeen ik opmerkte omtrent het doel, dat men met den wissel trachtte te bereiken en ook bereikt heeft, blijkt

(1) Zie de aantekening op art. 69 van het ontwerp.

dat alleen den houder een recht uit den wissel kon worden toegekend. Er is echter meer. Zooals bekend, werd, nadat de wisseltransactien een grooten rol in het handelsverkeer waren gaan spelen, eene wettelijke regeling dier transactien ter hand genomen. Even bekend is het, dat de Fransche wetgever, te zeer in de contractleer verdiept, een goed begrip van den wissel niet is kunnen machtig worden en de verbintenis uit den wissel meermalen heeft verward met die uit het *pactum de cambiando* (1) dus met de verbintenis, die het scheppen of overdragen van een wissel tot voorwerp had. Daarentegen hebben de Duitschers zich de theorie van het wisselrecht wel eigen gemaakt. De *Deutsche Wechselordnung*, zooals die in 1849 het eerst in Pruisen is ingevoerd, is daarmede geheel in overeenstemming. Latere wetten in andere landen tot stand gekomen sluiten zich bij die regeling in hoofdzaak aan. Van veel belang ook zijn de besluiten door de Vereeniging voor hervorming en codificatie van het internationale recht genomen (2) naar aanleiding der voorstellen haar gedaan door eene door haar benoemde commissie, waarvan zeer bekwame rechtsgeleerden uit schier alle beschaafde landen deel uitmaakten. Deze besluiten, 27 in getal en bekend onder den naam „Bremer Regelen“, worden terecht voor de theorie

(1) Veelal wordt tegenover het *pactum de cambiando* het *pactum cambii* gesteld, en door het eerste het contract betreffende de levering van den wissel, door het tweede het eigenlijke wisselcontract aangeduid. Zoo zegt de Staatscommissie in de inleiding tot hare memorie van toelichting: „Evenals in de beide wetten (de Duitsche en Scandivische) wordt in dit ontwerp alleen de wisselverbintenis zelve (het „pactum cambii“) geregeld; de overeenkomsten ter zake der wissel„trekking aangegaan (het *pactum de cambiando*) worden aan de algemeene beginselen van het burgerlijk recht overgelaten.“ Mij schijnt die tegenstelling minder juist, omdat juist het eigenaardige van de wisselverbintenis hierin is gelegen, dat zij voortspruit uit eene rechtshandeling, het teekenen van den wissel, en niet uit een *pactum*. Een *pactum cambii*, een wisselcontract bestaat er niet.

(2) Zie hierover: Beiträge zur Lehre vom einheitlichen Wechselrecht von Dr. GEORG COHN. Heidelberg 1880.

van het wisselrecht van het uiterste gewicht geacht, omdat zij moesten dienen tot grondslag voor een wisselrecht, dat geheel in overeenstemming was met de behoeften van het internationale verkeer. N^o IX dier stellingen zegt: *Der Wechsel ist durch Blanco-Indossement negociabel* en wordt verdedigd met een beroep op de eischen van het verkeer. De eigenaar van een van blanco-endossement voorzienen wissel moet in de gelegenheid zijn dien wissel verder in circulatie te brengen zonder genoodzaakt te zijn hem zelf te teekenen en dus een obligo aan te gaan. Hieruit volgt tevens, dat het endossement geen vereischte is voor de levering van den wissel. De overgifte van hand tot hand is voldoende. Het endossement op naam dient slechts om den nieuwen houder te legitimeeren, doch heeft ten gevolge, dat de endossant wisselrechtelijk verbonden wordt tot eventueele schadevergoeding. Het blanco-endossement heeft ditzelfde gevolg. De overgifte echter van den wissel, hetzij met endossement op naam, hetzij met blanco-endossement, hetzij zonder endossement, stelt de levering van den wissel daar. Men kan dus eigenaar van den wissel zijn zonder dien van een endossant te hebben verkregen en hij, die hem aldus ontving, mits zich desgevorderd legitimeerende, kan uit den wissel ageeren zoowel tegen den acceptant tot betaling als tegen trekker en endossanten tot vergoeding. Het bezit van den wissel geeft het volle recht. Volgt daaruit niet tevens, dat geen recht uit den wissel kan worden beweerd door hem, die den wissel niet bezit?

Als eene aanwijzing voor de juistheid der stelling, dat alleen de houder rechten uit den wissel kan doen gelden, meen ik nog te mogen wijzen op de woorden op iederen wissel voorkomende *„gelieve te betalen tegen dezen wissel.“* De wissel voldoet aan zijne bestemming toch zeker wel in de eerste plaats, wanneer hij geregeld affloopt, d. w. z. betaald wordt. Welnu, betaling kan niet gevorderd worden dan tegen overgifte van den wissel (1); het recht van vorderen tegen den acceptant,

(1) Art. 59. Ontwerp der Staatscommissie.

en de bevoegdheid, om den wissel ter betaling aan te bieden aan den betrokkene, die niet heeft geaccepteerd, komen dus uitsluitend aan den houder. Kan het feit der nonbetaling dan eene zoodanige verandering brengen in dien rechtstoestand, dat ook door niet-houders een recht van vorderen wordt verkregen?

Ten opzichte van den houder, die regres uitoeft, wordt in § 48 der Allg. Deuts. Wechselordnung bepaald, dat hij verplicht is tot uitlevering „des quittirten Wechsels“, en art. 68 van het ontwerp der Staatscommissie houdt in, dat hij, die regresplichtig is, niet behoeft „te betalen dan tegen overgifte van den geprotesteerden wissel met het protest en een „bewijs van kwijting.“ (1) Ons Wetboek van Koophandel schrijft dit niet voor ten opzichte van hem, die langs den gewonen weg regres neemt, doch bepaalt wel in art. 192, dat de retourrekening betreffende een herwissel, vergezeld moet gaan van den geprotesteerden wisselbrief. Hieruit blijkt, dat ook het nemen van regres alleen mogelijk is voor den houder.

Een laatste bewijs voor de stelling, dat alleen de houder van den wissel daaraan rechten kan ontleenen, leid ik af uit de gevolgen, die de betaling ter eere heeft. Hij die eenen wisselbrief ter eere van een ander betaalt, treedt door die betaling zelve in de regten van den houder, (art. 171. W. v. K.) (2).

(1) Het voorschrift door de Staatscommissie aanbevolen verdient de voorkeur boven dat der Duitsche wet, omdat het niet aangaat de overlegging te vorderen van een gekwiteerden wissel, die wegens nonbetaling is geprotesteerd. De kwijting kan dan ook alleen de verleende schadevergoeding betreffen.

(2) Dat onze wetgever in navolging van den Franschen hier eene subrogatie uit kracht der wet doet plaats vinden is met het oog op de contractleer licht verklaarbaar. Dat ditzelfde echter ook door den Deutschen Wetgever en door de Staatscommissie wordt gedaan is minder begrijpelijk. De Allgem. Deuts. Wechsel-ordnung zegt in § 63: „Er tritt durch die Ehrenzahlung in die Rechten des Inhabers“ en de Staatscommissie in art. 83: „Hij treedt *van rechtswege* in de rechten

Tegenover de wisselschuldenaren treedt dus iemand op, die tot dusver geheel buiten het wisselverband stond, alleen omdat hij is geworden houder van den wissel. Dat hij het recht heeft om uitlevering van den wissel te vorderen en dus houder te worden, wordt dan ook uitdrukkelijk voorgeschreven èn in § 63. D. A. W. O. èn in art. 83 van het Ontwerp.

Het vorenstaande resumeerende zien wij, dat de wissel, om in de behoeften van het handelsverkeer te voorzien, niet alleen behoorde te zijn eene formeele akte, die dus eene verbintenis bevat geheel afhankelijk van den vorm, maar ook de drager van de rechten, die hij verleende. Wij zagen uit de theorie in de Bremer Regelen neergelegd, dat om die rechten over te dragen de enkele overgifte van den wissel voldoende is, terwijl de Allg. Deuts. Wechselordnung en het ontwerp der Staatscommissie op het handelspapier beiden in overeenstemming met de wisselverbintenis, zooals die uit het handelsgebruik wordt gekend,

des houders." Neen, hij treedt niet in de rechten des houders, nog veel minder doet hij dit van rechtswege; hij wordt houder en heeft als houder een zelfstandig recht.

Waarschijnlijk heeft men overwogen, dat de houder van een wissel alle endossanten kan aanspreken, terwijl de betaler ter eere slechts zijn recht kan doen gelden tegenover hem ten wiens eere hij heeft betaald en diens voormannen, zoodat hij minder rechten dan de houder, doch dezelfde rechten heeft als degeen, voor wien hij betaald heeft. Nu herinnerde men zich, dat eene subrogatie hetzelfde gevolg had en concludeerde men tot eene indeplaatsstelling. Men vergat echter, dat het hier eene rechtshandeling gold van zuiver wisselrechtelijken aard en dat die betaling ter eere juist strekte om de endossanten, die volgen op hem ter wiens eere werd betaald, te bevrijden en hun tevens voor de uitoefening van regresrecht den pas af te snijden. Het is dus ter voorziening in eene behoefte van het verkeer, dat het wisselrecht dit gevolg der betaling ter eere erkent. Hij, die ter eere betaalt, ontleent zijn recht alleen aan het bezit des wissels, maar de omvang van dat recht wordt ten zijnen opzichte zoodanig beperkt, dat de bereiking van het door de betaling ter eere beoogde doel er door wordt verzekerd.

bepalen, dat alleen de houder betaling kan vorderen en dan nog slechts tegen overgifte des wissels; verder, dat hij die regres geeft de uitlevering van den wissel kan vorderen ten einde op zijne beurt als houder regres te kunnen nemen; eindelijk, dat een geheel buiten het wisselverband staand persoon door ter eere te betalen in het bezit des wissels geraakt en met dat bezit ook rechten uit den wissel verwerft.

Uit dit alles blijkt het zeer nauwe verband, dat er tusschen het bezit van den wissel en de wisselvordering bestaat. Dat verband is zoo nauw, dat bezit en recht onafscheidbaar zijn. Nu is het, wel is waar, niet mogelijk aan te toonen, dat de wetgever het uitoefenen van rechten door den niet-houder buitensluit, maar wel, dat dit in strijd zoude zijn met den aard van den wissel. Buitendien, geen enkele wetsbepaling duidt op de toekenning eener wisselactie aan hem, die geen houder van den wissel is.

Mag men nu als bewezen aannemen:

1^o dat de verbintenissen der verschillende wisseldebiteuren niet gelijk zijn, dat er niet alleen onderscheid bestaat tusschen de verbintenis van den acceptant en die van trekker en endossanten, maar dat er ook verschil bestaat in de rechtsverhouding waarin acceptant, trekker, nemer en volgende endossanten onderling tot elkander staan,

2^o dat alleen den houder van een wissel eene wisselactie toekomt, dan kunnen die stellingen ons van veel nut zijn bij de behandeling der vraag, welke de rechten zijn van den houder en welke die der *en monnaie de faillite* betaald hebbende endossanten bij faillissement van het wisselpersoneel.

Een antwoord op die vraag geeft ons het aan het hoofd dezes vermelde, zeer verdienstelijke proefschrift van den Heer E. W. INSINGER. Verdienstelijk om verschillende redenen: de gelukkige keuze van het onderwerp, dat voor den handel zoo

gewichtig, tevens van actueel belang moet worden geacht, nu eene Staatscommissie de herziening van ons handelsrecht heeft voorbereid: de uitstekende wijze van behandeling van dit lastige vraagstuk, dat zoowel de grondbeginselen van het wissel- als die van het faillietenrecht raakt. Verdienstelijk ook, omdat het ten volle beantwoordt aan dien voor iedere dissertatie te stellen eisch, dat zij eene ruime aanwijzing bevat der rechtsbronnen, litteratuur en jurisprudentie ten dienste van hen, die zich met hetzelfde onderwerp hebben bezig te houden. Eindelijk, omdat het getuigt van nauwgezette studie en groote belangstelling.

Levert de toepassing der beginselen, die het faillietenrecht beheerschen, dikwijls moeilijkheden op voor den jurist, het zal hem toch niet lastig vallen zich met die beginselen vertrouwd te maken. Anders is het met de theorie van het wisselrecht. Om haar goed te begrijpen is er nog iets anders noodig dan wetskennis en belesenheid. Om te weten, wat een wissel is, waartoe hij dient, hoe er gebruik van wordt gemaakt, wat ten zijnen opzichte zooal niet recht is, dan toch recht behoort te zijn, is het noodig, dat men er zelf dagelijks mee omgaat. Menig overigens bekwaam jurist is ten grave gedaald, voor wien de wissel tot zijn dood toe een raadsel is gebleven. Vandaar dan ook de strijd sinds onheuglijke tijden door de juristen gevoerd over den wissel en de er uit voortvloeiende rechten en verplichtingen, van daar de vele wetsbepalingen met elkander in strijd, van daar ook de soms zonderlinge vonnissen, waardoor de jurisprudentie van het wisselrecht zich onderscheidt. Wie den wissel wel kent is de handelaar; hij weet boven alles, dat de wissel zelf eene koopwaar is, het voorwerp van tal zijner transactien; hij weet, wat hij doet, wanneer hij als trekker, endossant of acceptant zijne handteekening plaatst; hij weet ook, dat als hij een wissel in zijne portefeuille wegsluit, hij en hij alleen de eigenaar is. Zeer vreemd zoude het hem in de ooren klinken, wanneer men hem mededeelde, dat ook

anderen rechten zouden willen pretendeeren uit dien in zijn bezit zijnden wissel. Welk eene dwaasheid! Gelijk het koren in zijn pakhuis is ook de wissel in zijne portefeuille zijn uitsluitend eigendom. Maar, gelijk vele juristen de kennis van den wissel missen, ontbreekt aan vele kooplieden de kennis van het recht, en zouden hun de handen verkeerd staan, moesten zij het wisselrecht construeeren. Rechtskennis en handelskennis, beide worden hier vereischt. Is het dan te verwonderen, dat hij die den doctorstitel nog moet verwerven en dus met het handelsverkeer nog weinig had te doen, zich moeilijk van het handelsinstrument, wissel genaamd, een juist begrip heeft kunnen vormen? Mijne gewichtigste bedenking tegen het proefschrift is dan ook, dat de Heer Insinger meermalen blijkt geeft nog niet heel vast te zijn in de leer van het wisselrecht, een gevolg zijner onbekendheid met het handelsgebruik, dus met de hoofdbron van dit recht. Wel wordt er door hem op gewezen, dat er scherp behoort te worden onderscheiden tusschen de verbintenis, die uit het contract gesproten tot levering van den wissel noopt, en de verbintenis, die uit den wissel zelf voortvloeit, maar toch blijkt het telkens, dat de schrijver zijne gedachten niet weet vrij te maken van het netwerk, waarin eene ijverige studie der contractleer ze heeft verstrikt. Niets gevaarlijker is er voor hem, die het wisselrecht wil kennen, dan dat hij zich om opheldering tot de overeenkomsten wendt. De Heer Insinger spreekt er van, dat trekker en endossanten *beloven*, dat de wissel zal worden betaald; elders zegt hij: zij allen *waarborgen* den houder, of: zij *verbinden* zich direkt aan den houder. De onderlinge verhouding tusschen trekker en endossanten besprekende, wordt verklaard: Hetzelfde vindt plaats bij faillissement van den hoofdschuldenaar en den *borg*. Van de endossanten van een geaccepteerden wissel wordt gezegd, dat zij van den acceptant de *belofte* hadden, dat hij betaald zoude worden. Al deze uitdrukkingen en vergelijkingen helpen ons van de wijs. Alle wisselverbintenissen zijn eenzijdig. Het

zijn *litterarum obligationes*. De acceptant is gehouden tot betaling, de trekker en de endossanten zijn gehouden tot schadevergoeding bij wanbetaling, *quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore*. En niet alleen *non praesente*, maar zelfs *insciēte creditore*. In dat opzicht is het recht, dat de wisselverbintenis beheerscht, nog strenger dan waarschijnlijk het recht was, waartoe de *litterarum obligatio* behoorde. Niet alleen toch behoeft de nemer niet tegenwoordig te zijn bij het trekken van den wissel aan zijne order, of de geëndosseerde niet bij het endosseeren ten zijnen name, noch ook de trekker en de endossanten bij het accepteeren, zij allen kunnen geheel onkundig zijn van het verrichten dezer rechtshandelingen. Zonder voorafgaande correspondentie worden herhaaldelijk wissels door den trekker of de endossanten als remise aan hunne correspondenten gezonden, terwijl het meermalen voorkomt, dat trekker en endossanten geheel onkundig blijven van het feit, dat de betrokkene den wissel heeft geaccepteerd. Toch wordt door hem, die den wissel als remise ontvangt, een recht op regres bij wanbetaling verkregen, toch worden trekker en endossanten gebaat door de eenzijdige verbintenis van den acceptant. Waarom? Wel, omdat het zoo geschiedt, omdat de handel het zoo wil. Daarom is het recht. En nu mogen er rechtsgeleerden zijn, die bedenkelijk het hoofd schudden en verklaren, dat zij geen weg weten met zoo'n wissel, zoo'n ding, dat, als ware het een persoon, verbintenissen aanvaardt en rechten schenkt, toch kunnen zij de oogen niet sluiten voor hetgeen volgens de zich in het handelsgebruik openbarende overtuiging recht is, en zullen zij, zijn zij wetgevers, dat recht door de wet moeten bekrachtigen. Althans, wanneer, gelijk hier het geval is, dit door den handel met betrekking tot den wissel geëischte recht tegenover anderen geen onrecht oplevert.

De rechten van den houder van een van nonbetaling geprotesteerden wisselbrief, bij faillissement van het wisselpersoneel,

worden door den Heer INSINGER behandeld in het eerste Hoofdstuk zijner dissertatie en komt hij tot de conclusie, dat de houder wel het recht heeft voor het volle bedrag zijner vordering op te komen in alle boedels zijner gefailleerde wisseldebiteuren, doch dat telkens, wanneer hij uit een of meer dier boedels eene uitdeeling heeft ontvangen, zijne vordering in de andere boedels met het bedrag dier uitdeeling zal moeten worden verminderd. Stel: de wissel bedraagt f 1000; gefailleerd zijn trekker, nemer en 2^e endossant; de boedel van den trekker komt het eerst tot liquidatie, daarna die van den nemer, het laatst die van den 2^{en} endossant; de uitkeering uit den boedel van den trekker bedraagt 10 pCt., uit dien van den nemer 50 pCt. en uit dien van den 2ⁿ endossant 20 pCt.

De houder ontvangt dan bij den trekker 10 pCt. van f 1000 = f 100, bij den nemer 50 pCt. van f 900 = f 450, bij den 2^{en} endossant 20 pCt. van f 450 = f 90 = te zamen f 100 + f 450 + f 90 = f 640.

Vindt de liquidatie der boedels in eene andere volgorde plaats, b. v. komt de boedel van den nemer het eerst tot verdeling, daarna die van den 2^{en} endossant en het laatst die van den trekker, dan heeft dit geen invloed op het gezamenlijk bedrag door den houder te ontvangen. *In casu* is dit bedrag altijd f 640.

De schrijver verdedigt deze methode van handelen zoowel *iure constituto*, als *iure constituendo*.

Wat het *iure constitutum* betreft komt mij de oplossing juist voor. Art. 198 W. v. K. komt dan tot zijn recht, terwijl ook art. 878 W. v. K. tegen deze opvatting geenszins strijdt. Daarbij erken ik gaarne, dat de argumenten door den Heer INSINGER aan de geschiedenis van art. 198 ontleend veel gewicht in de schaal leggen, terwijl eindelijk zijne bestrijding der leer door de Heeren Mr. KIST en Mr. DE PINTO verkondigd en waarnaar het den houder zoude moeten worden toegestaan nog over het volle bedrag zijner vordering uitkeeringen

te ontvangen, nadat hem uit de vroegere boedels reeds eene gedeeltelijke betaling was geworden, wel geschikt is ons voor zijne meening te winnen.

De lege ferenda kan ik mij er niet mede vereenigen, al kan ik mij dan ook evenmin aansluiten bij de Staatscommissie, die in haar ontwerp eener wet op het faillissement voorstelt de kwestie in tegenovergestelden zin te regelen.

Art 136 van dat ontwerp luidt:

„De schuldeischer, die houder is van eene hoofdelijke verbintenis tusschen den gefailleerde en andere insgelijks gefailleerde mede-schuldenaren kan in elk hunner boedels opkomen voor, en betaling ontvangen over, het geheele bedrag, hem ten tijde der eerste failliet-verklaring nog verschuldigd, totdat zijne vordering ten volle zal zijn gekweten.

„De boedels hebben onderling geen verhaal op elkander voor hetgeen een hunner meer betaald heeft dan zijn aandeel, tenzij in het geheel meer dan honderd procent beschikbaar is, in welk geval die meerdere procenten naar de onderlinge rechtsverhouding verdeeld worden.” (1)

(1) Nadat dit opstel was geschreven, werd het ontwerp van wet op het faillissement en de surséance van betaling ingediend. Het bevat eenige afwijkingen van het ontwerp der Staatscommissie. Ook art. 136 is gewijzigd en luidt:

„Indien van hoofdelijke schuldenaren twee of meer in staat van faillissement verkeerden, kan de schuldeischer in ieder faillissement opkomen voor en betaling ontvangen over het geheele bedrag, hem ten tijde der faillietverklaring nog verschuldigd, totdat zijne vordering ten volle zal zijn gekweten.

„De hoofdelijke schuldenaar, die op den faillieten boedel recht van verhaal heeft, kan uit dien hoofde, voorzoverre de schuldeischer zelf kan opkomen, alleen voorwaardelijk worden toegelaten, zoolang de schuldeischer zelf niet opkomt.

„Indien in het geheel meer dan honderd procent beschikbaar mocht zijn, worden die meerdere procenten naar de onderlinge rechtsverhouding verdeeld.”

Van het ontwerp der Staatscommissie wijkt het door de regeering voorgestelde artikel in tweeërlei opzicht af.

De Heer INSINGER heeft tegen dit artikel twee bezwaren. Het eene weegt ook bij mij. Het is, wat hij noemt »de volstrekte ontkenning van den juridischen aard der hoofdelijkheid.» Het andere echter drukt mij niet. Het is daarin gelegen, dat de commissie alle hoofdelijke schuldeischers over denzelfden kam scheert en niet aan den houder van een wissel een beter recht geeft dan aan den houder eener andere hoofdelijke verbintenis. Wel acht hij dit een privilege, maar het schijnt hem in het belang van het handelsverkeer gewenscht.

Dat den houder eener hoofdelijke verbintenis wordt toegestaan nog uitdeeling te ontvangen over het geheele bedrag hem ten tijde der eerste faillietverklaring verschuldigd, nadat hem reeds uit een of meer boedels uitkeeringen zijn geworden,

De Staatscommissie wilde den houder eener hoofdelijke verbintenis in alle boedels toelaten voor het geheele bedrag hem ten tijde der eerste faillietverklaring nog verschuldigd, terwijl de regeering hem in elken boedel slechts wenscht toetelaten voor het bedrag, hem nog verschuldigd op het tijdstip, waarop ten opzichte van *dien* boedel de faillietverklaring plaats vond.

Ofschoon dit eene kleine verbetering moet worden geacht, zal het van weinig invloed zijn op de liquidatie der boedels bij faillissement van het wisselpersoneel. De faillietverklaring van de wisseldebiteuren vindt gewoonlijk gelijktijdig plaats. Niet licht althans zal het voorkomen, dat de crediteur reeds eene uitdeeling heeft ontvangen uit den faillieten boedel van een der wisseldebiteuren, voordat de faillietverklaring der anderen plaats vindt.

De tweede wijziging betreft het recht van verhaal, dat, behalve in geval er meer dan 100 pCt. beschikbaar is, door de Staatscommissie aan den hoofdelijken debiteur geheel wordt onthouden, doch hem door de Regeering wordt toegedacht, voorzover de crediteur niet zelf opkomt. Deze aanvulling van art. 136 moet met het oog op het in art. 135 omtrent den borg bepaalde eene goede correctie worden genoemd, doch ook van haar geldt, dat zij bij faillissement van het wisselpersoneel praktisch weinig zal beteekenen. Hoogst zelden toch zal het voorkomen, dat de houder van een wegens nonbetaling geprotesteerden wisselbrief het zal verzuimen zich te laten verifiëren in een der boedels zijner gefailleerde wisseldebiteuren.

strijdt met het beginsel, dat door het faillissement geen wijziging wordt gebracht in de rechten der crediteuren. Immers buiten faillissement gaat de vordering van den houder eener hoofdelijke verbintenis door gedeeltelijke betaling ook gedeeltelijk te niet, terwijl hier die vordering in het faillissement niettegenstaande gedeeltelijke voldoening in haar geheel zoude blijven. Het faillissement der schuldenaren zoude dus ten gevolge hebben, dat het vorderingsrecht van den schuldeischer werd uitgebreid. De Staatscommissie erkent echter zelf, dat haar stelsel streng juridisch niet boven alle bedenking is, doch wijst zij er op, dat zoowel de praktijk als de meeste nieuwere wetgevingen de vraag in den door haar aangegeven zin hebben beantwoord. Nu moge dit waar zijn, toch mag zulks, dunkt mij, geen reden zijn om ze te volgen op een pad, dat zoo sterk afwijkt van de beginselen van het recht en van de eischen der billijkheid.

Omtrent het andere bezwaar zegt (1) de schrijver van het proefschrift:

„Mocht de handel eene bevoorrechtiging eischen voor den houder der wisselbrieven, die als geld circuleeren, om hem nog meerdere zekerheid te verschaffen, dat hij bij faillissement van het wisselpersoneel zoo weinig mogelijk verlies lijde, eene dergelijke, voor het wisselrecht speciale bevoorrechtiging zoude ik wel toegekend willen zien, omdat het crediet der wissels er bepaald bij zoude winnen. Men schrappe dan art. 136a, en neme in het ontwerp van wet op het Handelpapier een bepaling op, die verklaart, dat de houder van een geprotesteerden wisselbrief een bevoorrecht schuldeischer is, en dat dit voorrecht zich daarin openbaart, dat hij van iederen wissel-debiteur uitdeeling over het nominale bedrag zijner vordering kan ontvangen, niettegenstaande hij reeds eenige uitdeeling genoten heeft.”

Mij komt het voor, dat dit privilege niet behoort te worden verleend. De handel moge het eischen, noodig heeft hij het niet. Zeker, het wisselcrediet zoude er door worden uitgebreid, doch

(1) Pag. 41.

tevens de circulatie van minder solide handelspapier. De koopman heeft crediet noodig, doch het handelsbelang eischt, dat het slechts worde verleend aan hem, die het verdient. Het voorrecht den houder van een onbetaald gebleven wissel gegeven om in alle boedels zijner gefailleerde debiteuren uitkeeringen over het volle bedrag der wisselsom te ontvangen, zoude er toe meewerken meer wissels in circulatie te brengen; doch tevens den koopman er toe brengen zich met minder solide handteekeningen tevreden te stellen. Voor het wisselverkeer zoude dus de meerdere zekerheid in het wettelijk privilege gelegen te niet worden gedaan door de mindere kieskeurigheid van den discountant, terwijl de soliditeit van den handel in het algemeen er onder zoude lijden.

Is het ook wel waar, dat de handel het eischt, of hebben wij hier enkel te doen met de wenschen van hen, die speciaal in wisseloperaties hun bestaan vinden? Men bedenke, dat naast het wisselcrediet het gewone handelscrediet staat en dat ook op de rechten der crediteuren-niet-handelaren behoort te worden gelet. Straks wees ik er op, dat hetgeen binnen een zekeren kring, *in casu* den handelskring, als recht wordt erkend ook door den wetgever als recht behoort te worden vastgesteld, mits zoodanig recht niet voor anderen een onrecht zoude opleveren. Aangenomen nu met den schrijver, dat de handel het eischt, het zoude toch in de wet niet mogen worden opgenomen, omdat dit recht aan den wisselcrediteur gegeven een onrecht zoude zijn voor de andere crediteuren. Neen, het bezwaar, dat tegen elke bevoorrechting bestaat, doet zich ook hier gevoelen, terwijl de grond, waarop een privilege moet steunen, en die in het algemeen belang is gelegen, hier ontbreekt.

Behalve het reeds aangevoerde heb ik nog een bezwaar tegen het stelsel door den schrijver aanbevolen, n.l. dit, dat daarbij volstrekt geen rekening wordt gehouden met de onderlinge rechtsverhouding, waarin de failliete boedels ten opzichte eener

hoofdelijke vordering staan, althans, wanneer zich niet het geval voordoet, dat in de gezamenlijke boedels meer dan honderd percent beschikbaar is tot voldoening der vordering.

Wat de hoofdelijke verbintenissen in het algemeen aangaat, (ten opzichte van wisselverbintenissen zagen wij, dat de schrijver dezelfde regeling wenscht als door de Staatscommissie wordt voorgesteld) wil ik wijzen op het zich hier te lande veelvuldig voordoend geval, dat bij verhuringen, aannemingen etc. de borgen zich tot hoofdelijke mede-schuldenaren stellen teneinde het registratierecht wegens borgstelling verschuldigd te ontgaan. Is het nu goed met die onderlinge rechtsverhouding volstrekt geen rekening te houden en het maar van het toeval te laten afhangen, welke boedel het eerst zal liquideeren en dus met 100 percent der vordering zal worden belast? Of zoude het beter zijn ook te letten op de rechten van de crediteuren der verkapte borgen en te bepalen, dat de hoofdelijke vordering in hunne boedels slechts zal worden toegelaten voor hetgeen na uitkeering uit den boedel van den huurder of aannemer nog *pro resto* verschuldigd is?

Dit punt *in extenso* te behandelen ligt buiten mijn bestek. Theoretisch schijnt het mij echter vast te staan dat op de onderlinge rechtsverhouding der hoofdelijke debiteuren even goed bij faillissement als daarbuiten behoort te worden gelet.

Wat de wisseldebiteuren aangaat, daarover nog een enkel woord. Wij zagen reeds, dat hunne verbintenissen niet gelijk zijn. Die van den acceptant is geen hoofdelijke verbintenis; hij staat alleen; hij was de eenige, die zich tot betaling verbond. In zijn faillissement zal dus de houder, die nog in het geheel geen betaling ontving, steeds voor 100 pCt. moeten worden toegelaten. Maar ook de verbintenissen van trekker en endosantanten zijn niet aan elkander gelijk. Ze zijn hoofdelijk, ze betreffen dezelfde zaak, nl. schadeloosstelling van den houder bij nonbetaling van den wissel; ook het bedrag dier schadeloosstelling is op het oogenblik, dat zij gezamenlijk door den

houder worden aangesproken, bij allen gelijk, maar hunne onderlinge verhouding is niet dezelfde. De trekker betalende kan niet beweren voor of mede voor de endossanten te hebben betaald, evenmin de nemer voor de opvolgende endossanten enz. Omgekeerd kan de endossant wel regresrecht uitoefenen op den trekker en vorige endossanten. De onderlinge verhouding tuschen trekker en endossanten is dus deze, dat de trekker degeen is, dien de zaak alleen aangaat. Bij gebreke van betaling door den trekker is het de nemer, daarna zijn het de endossanten in hunne volgorde, die alhoewel van den houder de hoofdelijke debiteuren, tegenover hunne medeschuldenaren de eenige schuldenaren zijn. Het is dus de verhouding, waarop art. 1331 B. W. het oog heeft, en het beginsel in dat artikel neergelegd wordt dan ook gevolgd, zoodra twee of meer der wisseldebiteuren buiten faillissement tot schadevergoeding worden aangesproken. Verkeeren nu eenige der wisseldebiteuren in staat van faillissement, dan zal theoretisch althans dat beginsel ook tot zijn recht moeten komen en de onderlinge rechtsverhouding, waarin de gefailleerde wisseldebiteuren tot elkander staan, niet uit het oog verloren mogen worden. Dat praktisch daartegen geen bezwaren bestaan hoop ik straks te kunnen aantonen.

In het tweede hoofdstuk zijner dissertatie behandelt de Heer INSINGER de rechten der betaald hebbende endossanten ingeval van faillissement van het wisselpersoneel. Onder „betaald” is daarbij te verstaan, *„betaald en monnaie de faillite”*. Het resultaat zijner beschouwingen is, dat ofschoon het regresrecht der gefailleerde endossanten theoretisch vaststaat, het in de praktijk onmogelijk kan worden toegepast.

Wat de theorie betreft stelt hij de vraag: wat is het endossement? en gaat hij de antwoorden na door de meest bekende schrijvers daarop gegeven. De een noemt het eene cessie, de ander een borgtocht, een derde houdt het voor eene delegatie, een vierde voor eene schuldvernieuwing, een vijfde en zesde

weer voor iets anders. Met geen van allen kan hij zich vereenigen. Eindelijk komt hij bij THÖL. Deze zegt: *„Das Endossement einer Tratte ist eine neue Tratte“* en daarbij legt hij zich neer. Immers THÖL toont het duidelijk aan, het doel, de vorm en de werking zijn bij het trekken en bij het endosseeren van een wissel gelijk. Mijns inziens is dit niet het geval. Wat het doel aangaat niet, omdat de trekker het enkele doel kan hebben zich het accept van den betrokkene te bezorgen: hij trekt dan aan eigen order, om den geaccepteerden wissel desverkiezende tot den vervalldag onder zich te houden. Dat doel kan de endossant nooit hebben. Wat den vorm aangaat niet, omdat een blanco endossement toch wel allerminst op een wissel gelijk. Buitendien een wissel kan wel, een endossement niet aan eigen order worden gesteld. Eindelijk wat de werking aangaat niet, omdat bij een ongeaccepteerden wegens wanbetaling geprotesteerden wissel de endossant kan worden bevrijd, doordien een vorige endossant rembours verleent, en dit bij den trekker niet kan plaats vinden. Gaat de gelijkstelling tusschen wisseltrekking en endossement dus niet op, wat is het endossement dan wel? Werd mij die vraag voorgelegd, ik zoude geneigd zijn te antwoorden: Het endossement is . . . een endossement; d. w. z., eene rechtshandeling, die door den houder van een wissel wordt verricht en waarvan de gevolgen uitsluitend door het wisselrecht worden geregeld. Het endossement heeft tot doel den nieuwen verkrijger van den wissel te legitimeeren als rechtmatigen houder, tot gevolg de verplichting van den endossant tot schadevergoeding bij nonbetaling. Bij een blanco endossement wordt de nieuwe verkrijger wel niet persoonlijk gelegitimeerd, doch er blijkt toch uit, dat de endossant zich van het bezit heeft ontdaan zonder een bepaald persoon als nieuwen verkrijger aan te wijzen. De opvolgende houder wordt dus als het ware gelegitimeerd als de houder van een wissel met blanco-endossement. Wenscht een endossant wel het doel te bereiken, doch het wisselrechtelijk gevolg te ontgaan, dan kan

hij dit doen door bij zijn endossement eene clause te voegen, waardoor hij zich van zijne verplichting tot schadevergoeding ontslaat. Het onderscheid tusschen wisseltrekking en endossement is wel voornamelijk hierin gelegen, dat de trekker den wissel schept, de endossant echter de houder is van een reeds bestaanden wissel.

Uit deze gelijkstelling van de verbintenissen van trekker en endossanten, volgt nu volgens den schrijver, dat zij allen zich aan den houder verbinden, dat hem bij den betrokkene betaling zal geschieden. Wij zien het, de contractleer wordt ter hulp geroepen om de verbintenis der wisseldebiteuren te verklaren. Eene betalingsbelofte wordt op die wijze aan trekker en endossanten in den mond gelegd, terwijl zij niets gedaan hebben dan den wissel te teekenen, en zich dus wisselrechtelijk aansprakelijk hebben gesteld voor het geval de wissel onbetaald mocht blijven. Behalve deze uit de betalingsbelofte voortspruitende verbintenis, gaan nu volgens den Heer INSINGER trekker en endossanten nog eene tweede verbintenis aan, nl. deze, dat zij den houder zullen schadeloos stellen, voor zoover deze een vorigen houder heeft betaald. Uitdrukkelijk wenscht hij er op te wijzen, dat hier niet een, maar twee verbintenissen zijn, een tot betalen en een tot verleenen van regres. Aangezien echter de eerste verbintenis, als eene zuiver contractuele, onmogelijk kan zijn aangegaan, blijft slechts de laatste over.

Is eenmaal het bestaan van twee afzonderlijke verbintenissen geconstateerd, dan is de conclusie gemakkelijk te trekken. Zijn twee wisseldebiteuren gefailleerd, dan zal de houder van beiden betaling kunnen eischen, maar bovendien, stel de gefailleerden zijn trekker en nemer, dan zal de nemer, die den houder gedeeltelijk heeft voldaan, die gedeeltelijke betaling van den trekker kunnen terugvorderen.

Opgemerkt dient hier te worden, dat de Heer INSINGER streng onderscheidt tusschen den houder van den wissel op

den vervaldag en hem, die tengevolge van verleend regres weer houder is geworden. Alleen de eerste heeft de betalingsbelofte ontvangen, slechts tot regres oefenen is de laatste bevoegd. In den gedachtengang van den schrijver is dit niet inconsequent, maar het is geheel in strijd met de theorie van het wisselrecht die, gelijk ik hierboven heb trachten aan te toonen, slechts aan den feitelijken bezitter van het geschrift rechten wil zien toegekend. Maar de schrijver moet ook in moeilijkheid komen, als hij zich het geval denkt, dat de houder op den vervaldag door zijn endossant geheel is voldaan. Dan is de verbintenis uit de betalingsbelofte voortgesproten te niet gegaan, en blijft den betaald hebbenden endossant slecht één actie, die tot regres, over. In het faillissement van den trekker zal dan wel de betaald hebbende endossant kunnen opkomen, doch niet de gefailleerde nemer voor hetgeen hij als schadevergoeding heeft betaald.

Om nog duidelijker aan te toonen, dat het twee verschillende verbintenissen zijn, waarvan de houder de nakoming kan vorderen, wijst de schrijver er op, dat het object van alle verbintenissen, die de trekker aanging tegenover den nemer en de endossanten, hoewel gelijksoortig toch niet hetzelfde is. „Voor „elk der gerechtigden is het verschillend, daar de schade van „den eersten endossant grooter is dan die des tweeden, „derden enz.” (1) Het spreekt echter van zelf, dat waar slechts eene verbintenis, nl. die tot schadevergoeding aan den houder, kan worden erkend, er niet tegelijkertijd meerdere crediteuren kunnen zijn, doch slechts één, de houder. Wel kan het schadebedrag grooter of kleiner zijn, naarmate deze of gene endossant zich als houder tegenover den trekker doet gelden, maar daaruit kan niet het bestaan van meerdere verbintenissen worden afgeleid. Daarvoor zou moeten worden aangetoond, dat de houder, al naarmate hij betaling of schadevergoeding van

(1) Pag. 53.

den trekker vroeg, een ander bedrag zoude kunnen vorderen. Dat nu zoude zelfs in het systeem van den schrijver niet het geval zijn.

Overgaande tot het behandelen der quaestie naar ons recht stelt de schrijver de vraag of in ons Wetboek van Koophandel het regresrecht der rembours gegeven hebbende endossanten wordt erkend, en meent hij een bevestigend antwoord te kunnen affeiden uit de artikelen 106 i. f. 193*b* en 199. W. v. K. Ook naar mijn inzien erkent onze wet dit regresrecht, doch ik zoude daarvoor in de eerste plaats mij beroepen op de artikelen 146 en 186 W. v. K. In deze artikelen wordt het *ipsis verbis* erkend, terwijl het, ik geef het den schrijver gaarne toe, in de door hem aangehaalde artikelen slechts *implicite* geschiedt.

Het verschil, dat de schrijver maakt tusschen den houder op den vervalldag en den houder, die door het verleenen van regres in het bezit van den wissel is geraakt, treedt ook hier weer voor den dag. Onder den „houder” in de artt. 146 en 186 genoemd, verstaat hij den houder op den vervalldag, terwijl, naar mijn inzien, in de artt. 146 en 186 iedere houder wordt bedoeld. Waarom deze beperkte beteekenis aan het woord „houder” moet worden toegekend blijkt niet duidelijk. Alleen schijnt de schrijver het eens te zijn met Mr. HOLTIUS, die verklaart, dat de gerembourseerd hebbende endossant geen houder is en dat men slechts houder kan worden ten gevolge van endossement, zoolang de wissel niet vervallen is (art. 133 W. v. K.) en na dien tijd tengevolge eener afzonderlijke acte van cessie (art. 139 W. v. K.). Mij dunkt, deze artikelen bewijzen niet veel. Art. 133 behandelt de eigendomsoverdracht voor den vervalldag, waarmede wij hier niet te maken hebben, en art. 139 ziet op het geval, dat de wissel reeds vervallen, doch nog niet ter betaling is aangeboden. Ook dat geval ligt buiten de kwestie. In het ontwerp der Staatscommissie wordt gezegd „een endossement na den vervalldag

op den wissel geplaatst, heeft geen wisselrechtelijk gevolg" (art. 37). Dat is ook de bedoeling van art. 139 W. v. K. De endossant na den vervaldag kan onmogelijk aansprakelijk worden gesteld voor de nonbetaling op den vervaldag.

Eene vrij zonderlinge bestrijding valt Mr. KISR ten deel. Deze beroept zich op art. 186. W. v. K. en zegt, dat men houder moet zijn van den wisselbrief om de regresactie te kunnen instellen. De schrijver noemt dit onjuist. "Ware toch", zegt hij "de betaald hebbende endossant houder, en zoude "hij art. 186. K. op zichzelf kunnen toepassen, dan zoude "hij ook regresrecht kunnen uitoefenen jegens *al* de endossanten, "die *na hem* op den wissel voorkomen, en dat dit niet zoo "is, staat algemeen wisselrechtelijk vast." In art. 186 staat echter juist het tegendeel te lezen. Het zegt: wanneer de houder den trekker aanspreekt, zijn alle endossanten bevrijd en spreekt hij een der endossanten aan, dan zijn de latere endossanten bevrijd. In art. 70 van het Ontwerp op het faillissement komt het nog duidelijker uit. De endossant, die vergoeding gegeven heeft, is volgens dat artikel bevoegd zijn naam en de namen van hen, die op hem volgen, door te halen. Dat is geheel overeenkomstig den aard der wisselverbintenis, die eene verbintenis uit geschrifte is. Wordt de handteekening vernietigd, dan vervalt tevens de verbintenis. Doch al waren er ten dien opzichte geen wettelijke voorschriften, de endossant, die tengevolge van remboursement houder geworden is, zoude nooit met vrucht tegen een lateren endossant kunnen ageeren, omdat deze zoude antwoorden: uwe actie treft geen doel, want gaf ik u vergoeding, dan werd ik houder en zoude dus onmiddelijk u weer om regres kunnen vragen.

Andere argumenten voert de Heer INSINGER niet aan. Uit de vele moeiten, die hij zich echter getroost om uit onze wet het regresrecht der betaald hebbende endossanten op te sporen, meen ik een argument te mogen putten voor de stelling, dat wel degelijk onder het woord "houder" ook de endossant, die

ten volle rembours heeft gegeven, mag worden verstaan. Het gaat toch niet aan te onderstellen, dat de wetgever dit hoogst belangrijke recht slechts sporadisch en implicite zoude hebben opgenomen. Onze wet moge veel te wenschen overlaten, zoo slecht is zij nog niet. Alle moeilijkheid verdwijnt dan ook, in geval aan het woord „houder“ de ruimere beteekenis wordt toegekend. Neen, houder van den wissel is ieder, die hem bezit, dus de trekker van een geaccepteerden, doch nog niet in circulatie gebrachten wissel, de geëndosseerden, degeen, die een in blanco geëndosseerden wissel niet van den endossant heeft gekregen, de betaler ter eere, maar ook hij, die het geschrift door het geven van rembours heeft verworven. Zij allen zijn het, omdat het handelsgebruik het zoo wil, terwijl de bestaande wettelijke voorschriften er zich niet tegen verzetten.

Volgen wij den schrijver in zijn betoog. Als bewezen neemt hij nu aan: 1^o dat trekker en endossanten twee afzonderlijke verbintenissen aangaan, een tot betaling van den wissel aan den houder op den vervalddag en een tot schadevergoeding wegens nonbetaling, 2^o dat onze wet het regresrecht der endossanten, die rembours hebben gegeven, erkent. Uit deze stellingen trekt hij nu de conclusie, dat in het faillissement van den trekker tegelijkertijd kunnen worden geverifieerd en de vordering van den houder op den vervalddag, die nakoming der betalingsbelofte vraagt, en de vordering van den eveneens gefailleerden endossant, die regres neemt wegens hetgeen hij den houder zal hebben te voldoen. Wij herinneren ons, dat de schrijver de volgorde, waarin de liquidatie der boedels plaats vindt, laat beslissen over de vraag, in welken boedel de vorderingen der wisseldebiteuren voor 100 pCt. moeten worden toegelaten.

Nemen wij nu een zeer eenvoudig geval.

A, de trekker, is gefailleerd en keert 10 pCt. uit. B de nemer, insgelijks gefailleerd, keert 50 pCt. uit. H is de houder van den wissel groot f 1000.

Is nu de volgorde der liquidatien A. B. dan

ontvangt H. bij A. 10 pCt. van f 1000	=	f 100
" " " B. 50 " " -	900	= - 450
	te zamen	<u>f 550</u>

B neemt regres op A en

ontvangt 10 pCt. over f 450	=	f 45
-----------------------------	---	------

Is de volgorde echter B. A. dan

ontvangt H. bij B. 50 pCt. van f 1000	=	f 500
" " " A. 10 " " -	500	= f 50
	te zamen	<u>f 550</u>

B. neemt regres op A. en

ontvangt 10 pCt. over f 500	=	f 50
-----------------------------	---	------

In het eerste geval

betaalt A. f 100 + f 45	=	- 145
" B. - 450 - - 45	=	- 405

In het tweede geval

betaalt A. f 50 + f 50	=	- 100
" B. - 500 - - 50	=	- 450

Bij de toepassing der theorie van den schrijver stuiten wij nu op een bezwaar, dat meer dan iets anders de onjuistheid dier theorie aantoon. Terwijl toch de wisselschuld slechts f 1000 groot is, compareert zij onder de passiva van den trekker voor f 1450, ingeval de liquidatie van dien boedel het eerst plaats vindt. Hoe dit immer te verdedigen zoude zijn, is mij een raadsel. Hoe? was de nemer niet gefailleerd, had hij regres verleend, en had hij zich bij den trekker om vergoeding aangemeld, de vordering zoude slechts f 1000 hebben bedragen. Nu de nemer echter faillert, wat toch zeker niet de schuld is van den trekker, wordt diens boedel voor f 1450 om vergoeding aangesproken! Op welken grond kan het steunen, dat de overige crediteuren van den trekker hunne rechten op die wijze zouden zien verkort?

Uit ons voorbeeld blijkt verder, dat hetgeen ik heb opge-

merkt ten opzichte van de rechten des houders, ook van toepassing is op de rechten des gefailleerden nemers. Ook die rechten worden afhankelijk gesteld van de volgorde, waarin de liquidatie der boedels plaats vindt. Is die volgorde A. B. dan betaalt de nemer f 405, is zij daarentegen B. A. dan betaalt hij f 450. In plaats van de onderlinge rechtsverhouding der wisseldebiteuren te laten beslissen, in welken boedel de houder voor het volle bedrag kan opkomen, zal het van het toeval of van de activiteit van den curator afhangen, hoeveel elke boedel zal hebben uittekeeren. Ja, de minst actieve curator zal de belangen der crediteuren het best behartigen!

De Heer INSINGER bepaalt zich niet tot het hier gekozen voorbeeld, waar slechts 2 wisseldebiteuren in staat van faillissement verkeerden, doch laat ons ook zien, hoe het regresrecht der betaald hebbende endossanten zoude werken, in geval behalve trekker en nemer ook nog de tweede endossant gefailleerd is. De zaak wordt dan heel wat ingewikkelder, en niet minder dan zes verschillende resultaten worden verkregen, doordien ook zesmaal de volgorde der liquidaties kan worden gewijzigd. Ten slotte komt hij tot de conclusie, dat alhoewel theoretisch de gefailleerde endossanten een regresrecht hebben op de boedels van hen, op wie zij zich buiten faillissement ook zouden kunnen verhalen, praktisch de uitoefening van dat recht onmogelijk blijkt, omdat b. v. in het door ons gekozen geval de liquidatie van den boedel van den trekker zoude moeten wachten op de liquidatie van den boedel des nemers, teneinde te kunnen weten voor hoeveel door laatstgenoemden boedel regres kan worden uitgeoefend. Bij meerdere faillissementen wordt deze moeilijkheid nog grooter, en zegt hij «allen wachten op elkander, doch de «crediteuren ontvangen hun geld niet.» Daarom acht de schrijver de regeling door de Staatscommissie in het ontwerp van wet op het faillissement voorgesteld zeer te billijken, hoewel naar zijn inzien daaruit dan ook eene verkorting der rechten van de crediteuren voortvloeit.

Ofschoon dit nu niet duidelijk wordt gezegd, schijnt de Heer INSINGER zoowel *jure constituendo* als *jure constituto* het regresrecht der gefailleerde endossanten te willen verwaarloozen. In het door mij verdedigde stelsel komt alleen den feitelijken houder van den wissel een regresrecht toe, zoodat zoowel volgens het geldende recht, als *de lege ferenda* van een regresrecht der slechts *en monnaie de faillite* vergoeding verleend hebbende endossanten geen sprake kan zijn. Alleen den houder, hetzij hij dan is houder op den vervaldag, hetzij betaler ter eere, hetzij endossant, die zelf volledig regres heeft verleend, komt de wisselactie toe. Hij kan van den acceptant betaling van den wissel vorderen, hij kan ook van trekker en endossant de vergoeding vragen, waartoe zij zich hoofdelijk hebben verbonden.

Wordt hij door den acceptant bevredigd, d. w. z. ontvangt hij van hem het bedrag van den wissel met de kosten en de interessen, dan spreekt het van zelf, dat zijn actie tegen den trekker en de endossanten geen doel meer kan treffen, immers de schade is hem vergoed. Bij een ongeaccepteerden wissel heeft de houder alleen de actie tegen den trekker en de endossanten. Ook hier geldt, dat betaling door den trekker het vorderingsrecht tegen de endossanten doet ophouden. Bij gedeeltelijke betaling door den acceptant of door den trekker gaat het vorderingsrecht van den houder tegen trekker en endossanten of tegen de endossanten alleen ook gedeeltelijk te niet. Wordt echter door den trekker of een der endossanten gedeeltelijk de schade uit de nonbetaling voortgesproten den houder vergoed, dan wordt daardoor geenszins het recht van den houder om het volle bedrag van den acceptant te vorderen, verminderd. De verbintenis van den acceptant strekt tot betaling, niet tot schadevergoeding. Betaalt nu de acceptant het volle bedrag, of althans meer dan hetgeen den houder na gedeeltelijke vergoeding der schade door den trekker of een der endossanten nog toekwam, dan blijkt het, dat deze

laatste te ruim schadevergoeding heeft betaald, en zal hij het te veel betaalde van den houder kunnen terug vorderen. Bij een ongeaccepteerden wissel vindt dit natuurlijk niet plaats. Daar hebben alle wisseldebiteuren zich tot hetzelfde nl. tot schadevergoeding verbonden. Hetgeen de een betaalt strekt in mindering van hetgeen van de anderen kan worden gevorderd. Dat de houder ten slotte meer dan honderd percent zijner vordering erlangt, kan zich hier niet voordoen, zoodat eene repartitie van het surplus overbodig wordt.

Ben ik er in geslaagd aan te toonen, waarom de regeling, door de Staatscommissie voorgesteld en waarbij de Heer INSINGER zich, voor zooveel het wisselrecht betreft, aansluit, mij niet bevredigt, dan zij het mij thans veroorloofd met de meeste bescheidenheid eene andere regeling in overweging te geven, die, naar het mij voorkomt, geheel in overeenstemming is met de theorie van het wisselrecht, niet afwijkt van de leer, dat het faillissement zoo weinig mogelijk verandering moet brengen in de rechten en verplichtingen van partijen, niet strijdt tegen de algemeene rechtsbeginselen en praktisch geen bezwaren oplevert.

Om haar in overeenstemming te doen zijn met de theorie van het wisselrecht behoort alleen de houder (bezitter) van den wisselbrief daaraan rechten te kunnen ontleenen en kan aan de gefailleerde endossanten, die gedeeltelijk regres hebben verleend en dus geen houders zijn geworden, geen wisselactie worden toegekend.

Toepassing der leer, dat door het faillissement geen wijziging mag worden gebracht in de rechten en verplichtingen van partijen, wordt verkregen door ook in het faillissement de wisselschuld door gedeeltelijke betaling gedeeltelijk te laten te niet gaan. Dat buiten faillissement gedeeltelijke betaling de wisselschuld ook gedeeltelijk vernietigt is uitdrukkelijk bepaald in art. 168. W. v. K., doch blijkt ook uit het in art.

169 W. v. K., § 39. der Allg. Deuts. Wechelsordnung en art. 59 van het Ontwerp opgenomen voorschrift, dat van de gedeeltelijke betaling op den wisselbrief zelf moet worden melding gemaakt. Dat volgens onze wet die gedeeltelijke vernietiging ook in het faillissement plaats vindt blijkt uit art. 198 W. v. K., vooral wanneer men het in verband brengt met art. 131 van het ontwerp Wetboek van Koophandel van 1822. Daarin wordt toch bepaald, dat de houder van een wisselbrief in de boedels van alle wisseldebiteuren kan opkomen voor het volle bedrag der vergoeding door ieder van hen onderscheidenlijk en voor het geheel verschuldigd, „des echter dat, wanneer hij uit een „boedel eenige uitdeeling ontvangen heeft, *die op den wisselbrief nis afgeschreven*, de uitdeeling in den anderen berekend „wordt, voor hetgeen hem na aftrek van het genotene nog „ontbreekt.”

Waarom dit artikel, dat correspondeert met het tegenwoordige artikel 198, gewijzigd is blijkt niet, doch had men meer dan eene redactieverandering bedoeld, de reden zoude waarschijnlijk niet onvermeld zijn gebleven. In al deze hier genoemde wettelijke voorschriften teekent zich echter zeer duidelijk het karakter der wisselverbintenis als verbintenis uit geschrifte. De gedeeltelijke betaling moet op den wissel worden aangeteekend, opdat daardoor het geschrift zelf, als het ware, gedeeltelijk worde vernietigd.

Zal de regeling niet strijden tegen de algemeene rechtsbeginselen, dan behoort zij geen privilege te scheppen, rekening te houden met de onderlinge rechtsverhouding, waarin de gefailleerde debiteuren tot elkander staan, en het wezen der hoofdelijkheid niet te miskennen. In het faillissement van den acceptant zal zij den houder moeten toelaten met zijne volle vordering, doch hem in de boedels der andere debiteuren slechts erkennen voor hetgeen hij telkens nog *pro resto* te vorderen heeft. De hoofdelijkheid der verbintenissen van trekker en endossanten komt tot haar recht, zonder dat een privilege wordt verleend, doch onder erkenning der onderlinge rechts-

verhouding, wanneer wordt bepaald, dat de houder in den boedel van den trekker wordt toegelaten voor het volle bedrag zijner vordering onder aftrek van hetgeen hij van den acceptant heeft ontvangen, in den boedel van den nemer voor hetgeen hem nog toekomt na de uitdeelingen uit de boedels van acceptant en trekker, in den boedel van den tweeden endossant voor hetgeen hij dan nog te vorderen heeft en zoo vervolgens.

Een voorbeeld moge duidelijk maken, dat door zoodanige regeling de algemeene rechtsbeginselen volstrekt niet worden gekrenkt. Wij gaan daarbij uit van de onderstelling, dat de rechten van den houder en der endossanten niet door het wisselrecht doch door het burgerlijk recht worden beheerscht. De verbintenis van den acceptant, die eene afzonderlijke is, blijft natuurlijk buiten beschouwing. Stel: de boedel van den trekker deelt 10 pCt., die van den nemer 50 pCt., die van den tweeden endossant 20 pCt. uit. De wisselvordering bedraagt *f* 1000. De debiteuren zijn nu geen wisseldebiteuren, maar gewone hoofdelijke schuldenaren, wier onderlinge rechtsverhouding deze is, dat de zaak, het voorwerp der verbintenis, den trekker aangaat, bijaldien deze niet of slechts gedeeltelijk kan betalen, den nemer, en zoo ook deze geheel of gedeeltelijk in de nakoming zijner verplichtingen te kort schiet, den tweeden endossant. De onderlinge rechtsverhouding brengt ook nog mede, dat trekker en nemer hoofdelijk verbonden zijn jegens den tweeden endossant voor hetgeen deze bij wijze van verhaal heeft te vorderen.

De houder laat zich het eerst gelden in den boedel van den tweeden endossant, waar hij 20 pCt. van *f* 1000 = *f* 200 ontvangt; daarna gewordt hem bij den nemer 50 pCt. van *f* 800 = *f* 400; eindelijk bij den trekker 10 pCt. van *f* 400 = *f* 40. Hij ontvangt dus *f* 200 + *f* 400 + *f* 40 = *f* 640. De tweede endossant neemt nu verhaal op zijne hoofdelijke debiteuren, den trekker en den nemer. Eerst

komt hij bij den nemer met zijne vordering groot f 200. Hij ontvangt 50 pCt. of f 100. Voor de hem nu nog blijvende schade groot f 100. wendt hij zich tot den trekker, die hem 10 pCt. uitkeert of f 10. De tweede endossant betaalde dus f 200, ontving terug f 100 + f 10 = f 110 en lijdt derhalve eene schade van f 90.

De nemer heeft aan den houder f 400 en wegens regres aan den tweeden endossant f 100, dus te zamen f 500 betaald. Hij neemt verhaal op den trekker, die hem f 50 vergoedt. Hij komt dus f 500 — f 50 = f 450 te kort.

De trekker betaalde aan den houder f 40, aan den tweeden endossant f 10, aan den nemer f 50, dus te zamen f 100.

De uitkomst zoude dus zijn, dat de houder f 640 ontving, waarvan de trekker f 100, de nemer f 450 en de tweede endossant f 90 betaalde. Hoe zal nu de uitkomst zijn, wanneer bij ontkenning van het regresrecht der slechts gedeeltelijk betaald hebbende endossanten, alleen de houder volgens wisselrecht in de verschillende boedels wordt toegelaten, doch hem tevens met inachtneming der onderlinge rechtsverhouding wordt voorgeschreven zich eerst in den boedel des trekkers, daarna in dien des nemers, het laatst in dien des tweeden endossanten te doen gelden? Hij ontvangt dan bij den trekker 10 pCt. van

f 1000	f 100
bij den nemer 50 pCt. van f 900	" 450
bij den tweeden endossant 20 pCt. van f 450	" 90

Het resultaat blijft dus hetzelfde, zoowel voor den houder, als voor de crediteuren der verschillende boedels; maar het blijft ook hetzelfde, wanneer men den houder der civielrechtelijke vordering bij zijne debiteuren in eene andere volgorde voldoening laat vragen. B. v. hij komt het eerst bij den nemer, uit wiens boedel hij 50 pCt. van f 1000 = f 500 ontvangt, daarna bij den trekker, die hem 10 pCt. van f 500 = f 50 uitkeert, eindelijk bij den tweeden endossant, die hem 20 pCt. van f 450 = f 90 betaalt. Nu zal de nemer verhaal nemen

op den trekker, van wien hij 10 pCt. van $f\ 500 = f\ 50$ ontvangt. Doch wil de tweede endossant verhaal nemen op zijne hoofdelijke debiteuren, den nemer en den trekker, dan zal de nemer hem antwoorden: U kan ik in mijn boedel niet toelaten, de houder was reeds bij mij met zijne volle vordering, dezelfde zaak kan niet tweemaal ten mijnen laste worden gebracht, voor u is er dus bij mij geen plaats, maar ook de trekker zal hem afwijzen met het bescheid, dat de houder voor $f\ 500$, de nemer ook voor $f\ 500$ als crediteuren werden erkend, zoodat de geheele vordering reeds ten zijnen laste werd gebracht. Ook dan wordt dus aan den houder betaald:

$$\begin{array}{r}
 \text{door den trekker } f\ 50 + f\ 50 = f\ 100 \\
 \text{'' '' nemer '' } 500 - \text{'' } 50 = \text{'' } 450 \\
 \text{'' '' 2den endossant '' } 90 \\
 \text{te zamen . . . } f\ 640
 \end{array}$$

Eindelijk moet de regeling nog practisch uitvoerbaar zijn. Hier doet zich de moeilijkheid voor, dat men onzeker is of in het faillissement van den nemer, zoowel bij de verificatie, als bij de behandeling van het accoord en bij de liquidatie, het wel bekend zal zijn, hoeveel de houder uit den boedel des trekkers ontvangt, eene onzekerheid, die zich ook voordoet bij de liquidatie van den boedel der endossanten opzichtsens de uitkeeringen uit de boedels van den trekker en de vorige endossanten. Mij schijnt echter die moeilijkheid gemakkelijk te overwinnen. Art. 133.(1) van het Ontwerp der Staatscommissie op het faillissement zegt, dat vorderingen, waarvan de waarde onzeker is, moeten worden geverifieerd voor hunne geschatte waarde. Welnu de vordering van den houder in de faillissementen van den trekker en der endossanten is eene vordering, waarvan de waarde onzeker is, en dus kan bij de verificatie dit middel ook op haar worden toegepast.

Naar mijne meening zoude het dus aanbeveling verdienen

(1) Geheel gelijkloidend overgenomen in het Regeeringsontwerp.

bij de herziening der wettelijke bepalingen op het faillissement voor te schrijven, dat bij de erkenning van den houder eener hoofdelijke verbintenis in de boedels der gefailleerde medeschuldenaren, de onderlinge rechtsverhouding moet worden in acht genomen, waarin die boedels staan. Ten opzichte van den houder van een wisselbrief kan dan worden bepaald, dat bij faillissement van meerdere wisseldebiteuren, de vordering van den houder in het faillissement van den acceptant wordt erkend voor het geheel, in dat van den trekker voor hetgeen hij nog te vorderen heeft na de uitdeeling uit den boedel des acceptants en in de faillissementen der endossanten met inachtneming hunner volgorde, voor hetgeen hem nog telkens na eene ontvangen uitkeering toekomt.

De Heer *INSINGER* zegt in zijne inleiding, dat het doel zijner dissertatie is: op te wekken tot eene vernieuwde overweging van het door hem behandelde onderwerp. Welnu, dit opstel moge hem ten bewijze strekken, dat bij mij althans zijn arbeid doel heeft getroffen!

Groningen, December 1890.

Mr. R. *FERRH*.

Het ontstaan der formeele verbintenissen.

A., die eene schuld heeft aan B., geeft aan deze eene, door hem geteekende promesse aan toonder, betaalbaar over drie maanden. B. geeft het papier in betaling aan C, die het na den vervaldag A. ter voldoening aanbiedt.

Reeds sedert eeuwen bedienen de kooplieden zich van dergelijk toonderpapier en reeds een driehonderdtal jaren zijn de rechtsgeleerden bezig om uit te vorschen, wat die lieden, uit een juridisch oogpunt bezien, eigenlijk verrichten, en nog bestaat er verschil van gevoelen over den aard hunner daden. Toch zijn hier geene godsdienstige of wijsgeerige begrippen in het spel, noch ingewikkelde maatschappelijke verschijnselen te verklaren. Men zoude ook het toonderpapier eene rechtsgeleerde *puzzle* kunnen noemen.

Nu ik mijne krachten aan het vraagstuk beproef, ben ik ten volle overtuigd een gevaarlijk werk te beginnen.

De moed zoude mij wellicht ontbreken, indien ik niet steunde op een der eerste rechtsgeleerden onzer eeuw en mannen als Mr. KIST, Mr. LEVY en Mr. LAND niet trapsgewijze het punt naderden, waar naar mijne meening de oplossing te vinden is.

Voor toonderpapier geeft Mr. KIST deze definitie: „papier, „eene verbintenis inhoudende aan hem, die het papier aan „den schuldenaar zal vertoonen.“ (1)

Papier, betaalbaar door een derde, zoude dus buiten het begrip vallen. Onder meer zoude men kunnen vragen of toonderpapier niet eerder eene belofte, dan eene verbintenis inhoudt.

(1) Beginselen van Handelsrecht. Deel II, bl. 351.

De meeste schrijvers onthouden zich van het geven eener definitie en sommen hoogstens eenige schrifturen op, die toonderpapier zouden zijn.

Zoo noemt Mr. LEVY (2): Staatsfondsen, toonderpromessen, lombardbriefjes, weldadigheidsloten, postzegels, spijs-, bad- en turfkaartjes, spoor- en toegangsbiljetten. In het praeadvies van Mr. FEITH (3) worden genoemd: bank- en muntbiljetten, spoorwegkaartjes, schouwburgbriefjes, fondsen aan toonder, soepkaartjes. Ja zelfs schrijft hij: „Wanneer ik op eene publieke „plaats mijn jas of parapluie afgeef, krijg ik niets dan een „briefje met een enkel nummer er op; en dit briefje is even „goed een toonderpapier, dat mij moet legitimeeren om mijn „eigendom terug te krijgen, als het meest kostbare stuk, „waarin deze of gene regeering op plechtige wijze erkent eene „som geld ter leen te hebben ontvangen.” (4)

Op afdoende wijze stelde Mr. HINGST op de Juristen-vergadering (5) in het licht, dat hier een herkenning teeken voor een toonderpapier werd aangezien.

Ook is het zeker niet boven elken twijfel verheven of bijvoorbeeld muntbiljetten, postzegels, lombardbriefjes toonderpapieren zijn. Vreemd klinkt de bewering van Mr. LEVY: „ik geloof dat een jurist geen oogenblik aarzelen zal in zijne „uitspraak, wat papier aan toonder is.” (6) Te vreemder, omdat hij zelf in afwijking van het algemeen gevoelen biljetten van de Nederlandsche Bank niet voor toonderpapier, doch voor papierengeld houdt. (7)

In navolging van Mr. HINGST zal ik hier uitsluitend spreken over schrifturen, waarbij de onderteekenaar *jure privato* zich

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereeniging 1878. Deel I, bl. 88.

(3) T. a. p., bl. 153 en 161.

(4) T. a. p., bl. 177.

(5) T. a. p., Deel II, bl. 129.

(6) T. a. p., Deel II, bl. 125.

(7) T. a. p., Deel I, bl. 46 en 124.

verbindt aan toonder een object te geven. Wat binnen dezen kring valt is ongetwijfeld toonderpapier. Een onderzoek naar de juiste grenzen, hoe belangrijk ook zoowel uit een wetenschappelijk als uit een praktisch oogpunt, acht ik voor mijn onderwerp onnoodig. Wellicht behandel ik later het toonderpapier in zijn geheelen omvang in eene monographie.

Het gebruik van toonderpapier is een maatschappelijk verschijnsel. Het dankt zijne geboorte voorwaar niet aan de rechtswetenschap of aan den wetgever, doch uitsluitend aan de eischen van het verkeer. Men kreeg behoefte aan waarden, die gemakkelijker nog dan goud of zilver van hand tot hand gingen. De schriftelijke betalingsbelofte aan toonder, geteekend door een betrouwbaar (credietwaardig) persoon, voldeed op uitstekende wijze aan die behoefte.

Omdat ieder betaling konde eischen, had het papier voor ieder waarde.

Een uitdrukkelijk vereischte was dat men het toonde. Daarbij moest men om betaling te verkrijgen het overgeven, ten einde den onderteekenaar niet de kans te laten loopen, meer dan eenmaal te moeten betalen.

Omdat de uitgever beloofd had den toonder te betalen, was hij verplicht ook hem te voldoen, die het papier middelijk of onmiddelijk door diefstal of op iedere andere oneerlijke wijze had verkregen van den wettigen houder.

Ten opzichte van den middelijken verkrijger spreekt het van zelf. Ware het anders, het papier zoude geene waarde voor het verkeer bezitten. De houder toch kan niet weten op welke wijze zijne voorgangers het bezit verkregen hebben. Om welke reden de revindicatie slechts in beperkte mate werd gegeven.

Ik meende ook, dat thans algemeen aan den uitgever de bevoegdheid werd ontzegd om den toonder tegen te werpen, dat deze zelf het papier op oneerlijke wijze had verkregen, doch bespeurde dezer dagen, dat Dr. OTTO GIERKE, de vinnige bestrijder van het Duitsche ontwerp voor een Burgerlijk Wet-

boek, er nog anders over denkt. (8) Evenwel, als de oneerlijke houder geen bevoegdheid had om betaling te eischen, hoe zoude men dan aan zijn opvolger in het bezit dat kunnen toekennen? Dr. GIERKE staat trouwens de sedert lang verworpen theorie voor, dat niet de toonder maar de *eigenaar* van het papier het vorderingsrecht bezit.

Ofschoon thans genoegzaam algemeen wordt aangenomen, dat de onderteekenaar den toonder, niet tevens nemer, zelfs niet mag tegenwerpen, dat het papier aan hem, onderteekenaar, werd ontstolen (9), zal ik om mogelijke bedenkingen af te snijden van de onderstelling uitgaan, dat het papier op regelmatige wijze in omloop kwam.

De rechtswetenschap diende deze nieuwelings eene plaats in het rechtsgebouw aan te wijzen. Mr. FERTH zegt er in zijn benijdenswaardigen stijl het volgende van: „Uitgaande van de »stelling, dat men hier te doen had met een nieuw rechts »instituut, dat slechts in het juiste licht behoefde gesteld te »worden, om in het kader der bekende rechtsbeginselen te »passen, voelde bijna iedere jurist van eenigen naam zich »verplicht, zijne krachten te beproeven aan eene nieuwe »poging van juridische constructie. Met meesterlijke scherp- »zinnigheid wist hij de leemten van vroegere stelsels aan te »wijzen, om dan eene nieuwe voorstelling te geven, die alleen »dit gebrek had, dat zij bestemd was om op geheel gelijke »wijze door een opvolgenden geleerde bij die zijner voorgangers »te worden bijgezet. (10)

Het werk van KUNTZE (11) maakte aan dezen Sisyphusarbeid vrijwel een einde. „Na de verschijning van zijn boek

(8) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gezetzbuchs und das Deutsche Recht 1889, bl. 232.

(9) Een man als Mr. J. HEEMSKERK AZN. dacht er nog anders over. (Handelingen 1878, Deel II, bl. 92.) Natuurlijk ook Dr. GIERKE.

(10) T. a. p., Deel I, bl. 157.

(11) Die Lehre von den Inhaberpapieren.

„in 1857 schijnt de strijd, die vroeger op zoo grootsche schaal „gevoerd werd, tot rust gekomen, en mag men bijna op dit „vroeger bij uitstek onzekere gebied van een *communis opinio* „*doctorum* gewagen.“ (12)

KUNTZE zoekt de kracht van het papier niet in eene overeenkomst, maar in de eenzijdige betalingsbelofte. Hoe algemeen dit thans wordt aangenomen blijkt uit de volgende aanhaling: „Die Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie die recht- „ligen Verpflichtung des Austellers zu der in den Schuldver- „schreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft „des in der Urkunde erklärter einseitiger Verpflichtungswillens „des Ausstellers findet, hat in den Doctrin wie in den Praxis „der Gerichte stetig fortschreitende Anerkennung gefunden.“ (13)

De theorie van KUNTZE, ontdaan van de gezwollen en schoolsche inkleeding, werd door Mr. KIST in zijn bekend werk met groote helderheid uiteengezet.

Het heerschende stelsel komt op het volgende neer. Tusschen den uitgever en elk der opvolgende houders bestaat eene formeele verbintenis. Dat wil zeggen de woorden van het geschrift zijn de eenige *lex obligationis*. Ieder onderzoek naar eene causa of eene exceptie, buiten het papier gelegen, wordt onherroepelijk afgesneden. (14)

Zoo kan den houder nimmer iets tegengeworpen worden, waar hij geen kennis van draagt.

Dit formeele karakter dragen niet alleen de verbintenissen

(12) Mr. FEITH, t. a. p., Deel I, bl. 178.

(13) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Deel II, bl. 695. Ook Mr. FEITH erkent onvoorwaardelijk de kracht der betalings belofte, ofschoon hij aan eene zoogenaamde overeenkomst tusschen onderteekenaar en nemer blijft vasthouden. (t. a. p. Deel I bl. 173.)

(14) Mr. KIST weigert zelfs aan den uitgever iedere exceptie, buiten het papier gelegen, tegen den eersten nemer van formeel papier. Handelsrecht Deel II, bl. 25.

uit toonderpapier, maar ook die uit wissels, orderbriefjes en cognossementen.

Bij den overgang van het toonderpapier ontstaat er door novatie een nieuwe verbintenis. Hiertoe heeft de ondertekenaar door zijne belofte om aan toonder te betalen en elke houder door zulk papier te nemen stilzwijgend de onmisbare toestemming gegeven.

Tegen deze novatie is Mr. LEVY met kracht opgekomen. »De novatie alzoo gaat niet slechts buiten den schuldenaar »om, maar tevens buiten den schuldeischer. Ieder, die toont, »ook na diefstal of verlies, toont, is krachtens novatie schuld- »eischer. Den regel: *nemo invitatus delegari potest*, baart ons »geen zorg meer. En op den koop toe, zijn wij een anderen »regel rijker geworden. Te weten, dat men zijns ondanks eene »inschuld *overdragen* kan. Alzoo, wie des avonds in alle ge- »rustheid zich te slapen legt en bestolen wordt, heeft den »volgenden morgen, behalve die aangename ontdekking, nog »de verrassing eene rechtshandeling zich geotrojeerd te zien.» (15)

Het gevoelen der tegenpartij wordt hier eenigszins scheef weergegeven. Volgens Mr. KIST zoude de houder, niet bij het verlies, doch bij het verkrijgen van het bezit zijne toestemming tot de novatie geven bij overgang van het bezit in andere handen. (16)

Echter ook in mijne oogen heeft deze novatietheorie iets gekunstelds en geforceeds. KUNTZE redeneert aldus: er bestaat eene verbintenis en de vordering gaat van den een over op den ander; dat kan slechts geschieden of door cessie, of door novatie; aan cessie is niet te denken, dus moet er novatie plaats hebben. (17) Zoo komt men er toe den houder op het oogenblik der bezitverkrigging de stilzwijgende toestemming toe te dichten,

(15) T. a. p., Deel I, bl. 52.

(16) Zie vooral het opstel in *Themis* 1878, bl. 242.

(17) T. a. p., bl. 295.

dat zijne rechten eventueel op den dief overgaan. Welke verkrijger van toonderpapier denkt aan zoo iets!

Moeten wij dan met Mr. LEVY eene verbintenis zonder schuldeischer aannemen? (18) Van alle zijden werd hem toegeroepen, dat iedere verbintenis zoowel een schuldeischer als een schuldenaar onderstelt. Zelfs de scherpzinnigheid en welsprekendheid van dien schrijver en redenaar schoten te kort om dezen fundamenteelen rechtsregel omver te werpen.

Toch was Mr. LEVY op den goeden weg, slechts bleef hij door alleen den schuldeischer over boord te werpen halverwege staan. Naar mijne meening is de oplossing der *puzzle* reeds voor jaren door IHERING geheel in het voorbijgaan — in een noot nog wel — gegeven. Door de aanbieding van het papier ter betaling ontstaat eerst de verbintenis. (19)

Alvorens dit denkbeeld nader uit te werken wensch ik een in mijn oog onoverkomelijk bezwaar aan te voeren tegen alle stelsels, waarbij het bestaan eener formeele verbintenis wordt aangenomen, voor dat het papier ter betaling aangeboden zij.

De voorstanders zijn genoodzaakt om eene vereeniging van het papier en de verbintenis of de vordering aan te nemen. Mr. KRIST drukt het aldus uit: „Het papier moet beschouwd worden als het „regt te geven, als drager des regts.“ (20) Men moet daartoe komen,

(18) T. a. p., Deel I, bl. 54. Voor zoover ik heb kunnen nagaan is deze opvatting nieuw. In het geschrift van Dr. SIEGEL, (*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigem Recht*) waaraan Mr. LEVY het een en ander ontleende, komt zij niet voor. Het „Rechtssubject in abstracto“ van JOLLY nadert haar het dichtst.

(19) *Jahrbücher für die Dogmatik* Deel I, bl. 49, noot 20; ook te vinden bij KUNTZE bl. 168.

(20) *Handelsrecht* Deel II, bl. 186. De aangehaalde woorden slaan op den wissel, doch voor het toonderpapier wordt de zelfde gedachte geuit (bl. 361).

Om het verwijt te ontgaan, misbruik te maken van den gezwollen en gekunstelden stijl van KUNTZE haal ik in den tekst de woorden aan van zijn soberen Nederlandschen vertolker. Toch wensch ik den lezer de mystieke opvatting van KUNTZE niet geheel te onthouden.

omdat steeds de houder van het papier tevens schuldeischer is

Het papier is stoffelijk en de verbintenis of de vordering ideëel. Hoe kan er nu eene vereeniging bestaan van eene zaak uit het rijk der stof met eene zaak uit het rijk der gedachte?

De vereeniging kan alleen door eene fictie aangenomen worden; dat wil zeggen, door iets als bestaande aan te nemen, wat in werkelijkheid niet bestaat. Doch al nemen praetor en wetgever om praktische doeleinden tot fictiën hun toevlucht, maatschappelijke verschijnselen worden er evenmin als natuurverschijnselen wetenschappelijk door verklaard.

Laat ons thans het beweerde huwelijk tusschen geest en stof in zijne gevolgen nagaan.

De dief steelt het papier en daarmede ook de vordering. Wel wat vreemd, doch een noodzakelijk gevolg der fictie.

Hier is de gelegenheid om het verschil tusschen de door mij gewraakte vereeniging en een recht op eene zaak in het licht te stellen. Een dief steelt het pand, maar niet het pandrecht. Bij het toonderpapier echter zoude iedere houder zoolang hij houdt, schuldeischer zijn.

Wat geschiedt er met de verbintenis als het papier verloren wordt? Liggt de vordering dan ook op den weg of in de geest? De consequentie zoude het eischen, doch dan ware er eene verbintenis zonder schuldeischer. Fluks wordt dus de echt ontbonden: de vordering blijft bij den laatsten houder. (21) Vindt een derde het papier, de vereeniging komt weder tot stand en de voorgaande houder raakt nu op geheimzinnige wijze ook zijne vordering kwijt

Hoe, als het papier te niet gaat; door verbranding bijvoorbeeld?

„Die Obligation ist dem Papiere einverleibt; d. h. organisch eingebunden, eingefügt. Diese civilistisch-organische Einfügung lässt sich „nicht weiter demonstriren, d. h. nicht auf ein noch ursprünglicheres „Moment zurückführen; sie ist eine primitive Thatsache, ein organisches „Grundphänomen, und ein solches ist nicht der logistischen Reflexion, „sondern nur der civilistischen Intuition zugänglich“. (t. a. p. bl. 278.)

(21) KUNTZE bl. 307. KIST Handelsrecht, Deel II, bl. 374.

Mr. FEITH blijft consequent en neemt aan, dat de verbintenis dan vernietigd is. (22) Het object der verbintenis, de beloofde geldsom of zaak, heeft van den brand niets te lijden. Als nu toch de verbintenis vernietigd is, moet men aannemen dat *zij* met het papier verbrandde Eene geheel nieuwe wijze van te niet gaan der verbintenissen!

Dit is KUNTZE, Mr. KIST en Mr. LEVY weder te kras. „Het papier is niet de hoofdzaak, maar alleen werktuig. De verbintenis is de hoofdzaak; deze werkt door het papier. De vernietiging van het werktuig kan de vernietiging der hoofdzaak niet ten gevolge hebben.“ (23)

Zij geven aan den laatsten houder eene actie, doch komen zoo in botsing met het formeele karakter der verbintenis. De woorden van het geschrift zijn de eenige wet de verbintenis. De onderteekenaar beloofde te betalen aan toonder. Hij moet iederen toonder betalen, doch heeft geene verplichting op zich genomen tegenover iemand, die niet toont. (24)

Natuurlijk kunnen de strenge gevolgen der theorie door den wetgever verzacht worden. In de talrijke regelingen van het toonderpapier wordt de houder, die op de eene of andere wijze het bezit tegen zijn wil verloren heeft, te hulp gekomen; waar echter zoo als in ons land eene regeling ontbreekt, is de aard van het papier de eenige richtsnoer. (25)

Het zij mij nu vergund de gedachte van IHERING nader uit te werken.

(22) T. a. p., Deel I, bl. 197.

(23) Handelsrecht Deel II, bl. 380.

(24) Neyens Mr. FEITH, oordeelt ook Mr. LAND aldus. (Beginselen van het Nederlandsche wisselrecht bl. 286.) De commissie voor het Duitsche ontwerp erkent dat het middel, door de wetgevingen in dergelijke gevallen aan den laatsten houder gegeven, niet volgt uit het wezen van het toonderpapier. (Motive Deel II bl. 705.)

(25) Bij arrest van het Hof van Noord-Holland van 9 Decemher 1858 (W. 2088) werd de eisch tot uitbetaling van den prijs, gevallen op een verloren loterijbriefje, afgewezen.

De eerste nemer verkrijgt niets dan een papier, waarop eene betalingsbelofte aan toonder vermeld staat. Alleen dit papier wordt overgegeven, ontvreemd, verloren. Eerst bij de aanbieding ter betaling ontstaat er eene verbintenis en wel tusschen den ondertekenaar en den toonder.

Deze is formeel, doch draagt voor den eersten nemer een ander karakter, dan voor andere houders. Ten opzichte van hen gelden uitsluitend de gebezigde woorden, met uitsluiting van iedere causa en iedere exeptie, buiten het papier gelegen. Tegen den eersten nemer daarentegen mag de exeptio doli aangevoerd worden. (26)

Volgt nu de betaling dan is de zaak uit. Als waren er geen kwade betalers in de wereld, blijven de schrijvers hier staan. Toch schijnt het mij belangrijk toe de gevolgen na te gaan der non-betaling.

De ondertekenaar behoorde op het oogenblik der aanbieding betaald te hebben. Hij blijft verplicht te betalen en is daarenboven door het niet nakomen zijner verplichting in mora.

De verbintenis strekt tot betaling van het in het papier vermelde object aan dien *individueelen* toonder tegen overgave van het papier. Zij heeft niet den bewegelijken en geheimzinnigen aard der zoogenaamde toonderverbintenissen; wenscht de niet betaalde toonder de vordering aan een ander over te dragen, dan moet hij de gewone regelen voor de cessie of de novatie opvolgen.

Ook is de band tusschen de verbintenis en het papier geheel anders. Als het papier uit het bezit van den toonder geraakt, blijft hij schuldeischer, doch kan aan den eisch om bij de betaling het over te geven niet voldoen. Of hij niettemin betaling mag vragen, hangt van de wijze af, waarop hij het bezit van het papier verloor.

(26) Zie KUNTZE bl. 559. — Mr. MOLTZER. Handelingen Juristenvereniging 1889, Deel I, bl. 194. — Mr. NABER t. a. p. 1889, Deel II, bl. 63. — Mr. M. SMIT. De zoogenaamde stilzwijgende wilsverklaringen bl. 112, noot.

Als het te niet ging, staat het hem vrij betaling te vragen, omdat de overgifte van het papier uitsluitend gevorderd wordt om den ondertekenaar niet bloot te stellen aan het gevaar om meer dan eens te moeten betalen (27).

Ook elk verlies van het bezit buiten schuld van den toonder ontslaat hem van de verplichting tot overgifte. De reden is gelegen in de mora van den schuldenaar. Tengevolge van zijn verzuim mag de schuldeischer niet buiten diens schuld van slechtere conditie worden. Als de schuldenaar zodoende tweemaal moet betalen, heeft hij het zich zelve te wijten.

Deze voorstelling dien ik thans op mijne beurt te verdedigen. In de eerste plaats tegen Mr. KIST. „De houder van het papier, „waarbij iemand aan toonder betaling beloofd heeft, is, volgens „IHERING, geen schuldeischer, maar heeft alleen het regt om „schuldeischer te worden, door de vertooning van het papier. „Dat regt om schuldeischer te worden onderstelt eene verbintenis. Indien toch de houder het regt heeft om in zeker „geval schuldeischer te worden, dan moet de ander in dit geval „verbonden zijn om schuldenaar te worden.“ (28)

De tegenwerping eerst beziende van de zijde van den ondertekenaar, merk ik op, dat men de groote waarschijnlijkheid om schuldenaar te worden niet moet verwarren met schuldenaar zijn. Als een boer zijn tienjarigen zoon, die niet kan mennen, met een lastig paard uitstuurt om in allerijl langs een druk bereden en smallen weg den dokter te halen, zal er hoogst waarschijnlijk eene aanrijding plaats hebben, en de boer dus uit onrechtmatige daad verbonden worden. Toch ontstaat de verbintenis eerst bij de aanrijding en niet bij de uitzending.

(27) Men beschuldige mij niet van inconsequentie, als ik bij het te niet gaan van het papier voor de vertooning den laatsten houder geen actie toeken. De eenige eisch voor het tot stand komen der verbintenis: de vertooning, heeft dan niet en thans wel plaats gehad.

(28) Handelsrecht, Deel II, bl. 358.

Zoo bestaat er bij de uitgifte van toonder-papier slechts de groote waarschijnlijkheid, dat de uitgever verbonden zal worden. Als het papier te niet gaat voor de vertooning, heeft er nimmer eene verbintenis bestaan.

Het is waar, Mr. KIST acht den onderteekenaar gebonden ook al wordt het papier vernietigd, doch ik heb boven getracht aan te toonen, dat hij daardoor ontrouw wordt aan het formeele karakter der verbintenis.

Als wij de zaak van de zijde van den houder bezien, heeft men eene dergelijke opmerking van den geleerden schrijver niet te duchten. Ook volgens hem heeft de houder niet de zekerheid de betaling te kunnen vorderen.

Between the cup and the lip
There is many a slip.

Teder oogenblik kan hij door diefstal of verlies buiten de mogelijkheid geraken om te toonen. De houder heeft geen „regt om schuldeischer“ te worden; hij bezit slechts de *macht* om, als hij het papier zorgvuldig bewaart en hem geen ramp treft, eene verbintenis in het leven te roepen.

Reeds eeuwen voor dat men de vraag „wil of vertrouwen?“ stelde, heeft men aan de eenzijdige toonder-belofte de meest onvoorwaardelijke kracht toegekend. Niet, omdat er beloofd, wel, omdat er een toonder-belofte geschreven was. Uit het opgewekte rechtmatige vertrouwen ontleent de toonder de bevoegdheid om eene verbintenis te sluiten.

Een zeer karakteristiek bezwaar oppert KUNTZE. Deze schrijver van een dik werk vol schoolsche geleerdheid kon zich niet voorstellen dat papieren in den handel groote waarde zouden bezitten, terwijl er nog geene verbintenissen bestonden (29).

De toonder-belofte geeft het papier waarde, zoowel voor den handel als voor de rechtswetenschap.

Nog voert KUNTZE een zuiver Duitsch argument tegen

(29) T. a. p., bl. 251.

Themis. LIste Deel, 2de stuk. [1891.]

IHERING aan. Gewoonlijk beloven de Duitschers aan den „Inhaber“. Hieruit durft nu de zelfde schrijver, die op het titelblad onze verbintenissen „*obligations au porteur*“ noemt, het gevolg te trekken, dat er niet aan den toonder, doch aan den houder beloofd wordt.

De Duitschers beloven natuurlijk aan den houder, als hij toont; dus aan den toonder.

Ik zoude van dit onwaardige woordenspel geene melding gemaakt hebben, als het mij niet de gelegenheid schonk om er op te wijzen, dat de onderteekenaar juist *niet* aan den houder beloofde. Daarom acht ik het zoo bevreemdend, dat men niet veel vroeger op de gedachte is gekomen om uitsluitend de rechtsband te zoeken tusschen den onderteekenaar en den toonder.

Bevond Mr. LEVY zich op den goeden weg, Mr. LAND bereikte den eindpaal bijna. Volgens hem bestaat er voor de aanbidding geen crediteur en geen *voldragen* verbintenis. De uitgever is niet verbonden maar gebonden (30). Toch keurt hij het in IHERING af, dat deze het oogenblik der vertooning voorop stelt. „Men moet zoowel de verbintenis des debiteurs als „het recht des crediteurs nagaan, beiden evenzeer verklaren.“ (31)

Verbintenissen groeien niet. Wat Mr. LAND aanziet voor gebondenheid door eene wordende verbintenis, is de groote waarschijnlijkheid om verbonden te worden.

Het is een onafwijsbare eisch van het verkeer, dat de mogelijkheid besta om door hypotheek en borgstelling den schuldeischer uit toonderpapieren te dekken. Ware zakelijke en persoonlijke zekerheid niet te rijmen met het systeem van IHERING, dan zoude daaruit volgen, dat het rechts-instituut niet juist door hem werd verklaard.

Kan een hypotheek gegeven worden, alvorens er eene ver-

(30) T. a. p., bl. XXXIV. Zie ook bl. XXVIII, XXXIII en 276.

(31) T. a. p., bl. XXI in de noot.

bintenis besta? Ongetwijfeld, ja. Zelfs onder onze tegenwoordige wetgeving wordt er niet meer getwijfeld aan de geldigheid der crediet-hypotheeken. De toonder-belofte kan thans niet door hypotheek gesteund worden, omdat de artt. 1231 en 1235 B. W. de vermelding van den naam des schuldeischers vorderen.

Niettegenstaande de gebrekkige redactie van art. 1858 B. W. neemt de jurisprudentie aan, dat men zich borg kan stellen voor nog niet bestaande verbintenissen (32). Doorgaans zullen dergelijke borgstellingen voorwaardelijke verbintenissen zijn. Men stelt zich borg voor A voor het geval deze iets aan B mocht schuldig worden. Die zich borg stelt voor de nakoming eener toonder-belofte *verbindt* zich echter evenmin als de onder-teekenaar. Ook voor hem bestaat er slechts eene groote waarschijnlijkheid, dat hij verbonden zal worden.

De nauwe verwantschap van alle formeele geschriften wordt algemeen aangenomen. KUNTZE deed in den grond niet veel anders, dan de theorie van Liebe omtrent den wissel op het toonderpapier toe te passen. Ik heb beproefd den weg in omgekeerde richting af te leggen.

Alle geschriften, waaruit formeele verbintenissen ontstaan, zijn in het wezen der zaak toonderpapieren. Het konde niet anders. Zoodra men in het belang van het verkeer eene verbintenis losmaakt van iedere causa en iedere exceptie, buiten het papier gelegen, wordt het papier het eenige, waar alles op aankomt. Om zich als schuldeischer te legitimeeren behoeft men het slechts te vertoonen, maar die vertooning moet dan ook geschieden.

Anders dan bij zuiver toonderpapier wordt echter niet iedere toonder van een wissel, orderbiljet of cognossement schuldeischer.

Bij den wissel bijvoorbeeld moet de toonder aan den acceptant bewijzen, dat hij de wettige houder van den wissel is. Spreekt

(32) LEON op art. 1858, B.-W. no. 5.

hij den trekker aan, dan moet hij bovendien bewijzen, dat de betrokkene niet betaald heeft.

Dat ieder formeel geschrift in het wezen der zaak een papier aan toonder is, blijkt zonneklaar uit het feit, dat door een blanco-endossement de wissel ten opzichte van den acceptant, het orderbiljet ten opzichte van den onderteekenaar en het cognossement ten opzichte van den schipper een zuiver toonderpapier wordt.

Mijne conclusie ligt thans voor de hand: *Iedere formeele verbintenis ontstaat eerst bij de aanbieding van het papier ter betaling.*

Arnhem, 16 Februari 1891.

G. WITTEWAALL.

BESCHOUWINGEN OMTRENT HET ONTWERP TOT
HERZIENING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK.

ZEVENDE TITEL. — *Van de wettelijke gemeenschap
van goederen.*

Art. 161.

Bij de behandeling van dit artikel, doet de Commissie eene ernstige poging, om een einde te maken aan de ontelbare moeielijkheden, bezwaren en verschillende inzichten, die nu de bepaling van art. 236 B. W. oplevert, ten aanzien der gemeenschap van goederen in 2^{de} en verder huwelijk, indien er kinderen uit vroeger huwelijk of huwelijken aanwezig zijn

En te recht, nooit toch is over één artikel zoo veel strijd gevoerd en verschil van meening geweest als over dat ongelukkig en onverstaanbaar artikel 236 B. W. luidende:

„Bij tweede of verder huwelijk kan echter, indien er kinderen of afkomelingen uit het vroeger huwelijk aanwezig zijn, aan den nieuwen echtgenoot, door de vermenging van goederen en schulden bij eenige gemeenschap, geen meerder voordeel opkomen, dan ten beloope van het minste gedeelte hetwelk een dier kinderen, of bij vooroverlijden deszelfs afkomelingen, bij plaatsvervulling, genieten, en zonder dat dit voordeel immer het een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot mag te boven gaan.

„De voorkinderen of derzelver afkomelingen hebben, ten tijde van het openvallen der nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, eene rechtsvordering tot inkorting of vermindering; en hetgeen het geoorloofd gedeelte te boven gaat, valt ten voordeele van die nalatenschap.”

En dan zegt nog ten overvloede art. 240 B. W. „Ook in het geval waarin kinderen zijn uit een vroeger huwelijk, worden winst en verlies gelijkelijk tusschen de echtgenooten

„verdeeld, tenzij de gemeenschap daarvan bij huwelijksche
„voorwaarden zij uitgesloten of gewijzigd“.

En Art. 949 B. W. voegt hier nog bij 't volgende: „De
„man of de vrouw, die kinderen uit een vroeger bed hebbende,
„een tweede of volgend huwelijk aangaat, zal bij uitersten wil
„aan zijn lateren echtgenoot niet meer mogen geven dan het
„minste gedeelte hetwelk één der wettige kinderen geniet, en
„zonder dat, in eenig geval, de beschikking het vierde deel
„van zijne goederen mag te boven gaan.“

Reeds bij de Romeinen, *die echter tusschen gehuwden geene
gemeenschap van goederen kenden*, was het verboden, dat aan
een nieuwen echtgenoot uit de goederen van den hertrouwd
echtgenoot meer mocht opkomen als het bedrag, hetwelk 't
minst begunstigd voorkind van den boedel van den hertrouwd
echtgenoot trok.

Want zegt de Lex Hae Edictali. Codex. Liber V. Tit. IX 6.

„Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si, ex
„priori matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda
„vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit,
„non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento, vel sine
„scriptura, seu codicillis, hereditatisve jure, sive legati vel
„fideicommissi titulo plus derelinquere, nec dotis aut ante
„nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione
„conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quae,
„etsi constante matrimonio civili jure interdictae sint, morte
„tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio
„vel filiae, si unus vel una exstiterit. Quodsi plures liberi
„fuerint, singulis aequas partes habentibus, minime plus, quam
„ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum
„novereamve transferri. Sin vero non aequis portionibus ad
„eosdem liberos memoratae transierunt facultates, tunc quoque
„non liceat plus eorum novercae vel vitrico testamento relin-
„quere vel donare seu dotis vel ante nuptias donationis titulo
„conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima

„voluntate derelicta vel data fuerit aut donata, ita tamen, ut
 „quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo
 „modo minuatur, nisi ex-his causis, quae de inofficioso excludunt
 „querelas.“

Toen men nu deze wet in ons huwelijksrecht wilde invlechten, waar gemeenschap van goederen op den voorgrond staat, verwarde men het eene met het andere, geraakte de kluts kwijt, en uit dat vreemsoortig brouwsel verrees het art. 236 B. W. dat, men moge er van zeggen wat men wil, eenvoudig, zooals 't daar ligt, niet te verstaan, veel minder uit te voeren is.

Diephuis, Opzoomer, Vernede, Kist en tutti quanti, zij allen verschillen in opvatting en hebben m. i. allen gelijk in hunne verschillende interpretatien van dit berucht artikel.

En dan men leze de vonnissen en arresten van onze verschillende Rechtbanken, Hoven en van den Hoogen Raad.

Zelfs met den draad van Ariadne gewapend is het niet mogelijk uit dezen dolhof te geraken.

Men oordeele.

De schenkingen, erfstellingen en legaten vallen in de tweede gemeenschap zegt de Arr. Rechtbank van Zwolle W. 5430. Neen, zegt de Kantonrechter van het kanton Zwolle, zij vallen er buiten en moeten bij de aanbrenst berekend worden. W. 5430 en 5434.

Bij de berekening van een kwart of een kindsgedeelte van den boedel, moet men het oog gevestigd houden op den boedel zooals die was bij het overlijden van eene der echtgenooten. R. Amsterdam 24 Maart 1875. N. B. B. 1875. A. p. 114. Zoo ook R. Zwolle. 12 Jan. 1887. W. 5130.

Neen, zegt de Hooge Raad, hier wil boedel zeggen, den stand van zaken, zooals die was bij 't begin van 't huwelijk. — H. R. 10 Juni 1864. (v. d. H., *Z. en R.* V. p. 179)

Men kan het tijdstip, waarop een kind gezegd kan worden te genieten van hetgeen de hertrouwde echtgenoot nalaat, pas

stellen op dien tijd, waarop die hertrouwe echtgenoot sterft. R. Amst. 24 Maart 1875. — N. R. B. 1875. A. p. 114.

Dat is niet noodig, zegt de Hooge Raad, want als de gemeenschap ontbonden wordt door den dood van den nieuwen echtgenoot, dan kan men dadelijk berekenen, hoeveel of 't beschikbaar gedeelte is van den boedel (niet nalatenschap) van den hertrouwen echtgenoot. Arr. 23 Maart 1849. (v. d. H. B. R. X. p. 338). — Zoo ook bij VOORDUYN. I. p. 415 en 416.

De helft van de winst of de helft van het verlies moet eerst van den aangebrachten boedel bij of afgetrokken worden, om te kunnen beoordeelen of er bevoorrechtiging heeft plaats gehad. — R. Amst. 24 Maart 1875. N. R. B. 1875. A. p. 114.

Neen zegt Rechtbank Leeuwarden 27 Aug. 1884. W. 5132 — dat gaat niet aan — eerst de berekening van den zuiveren aanbreng, daarna wordt dan berekend het te genieten kindsgedeelte of hoogstens een kwart en daarna verdeling van winst of verlies ieder voor de helft.

En zoo gaat het voort, heen en weer, en allen hebben gelijk, omdat ik herhaal het, er doodeenvoudig niet uit te komen is.

Meest steunende op Arresten van den Hoogen Raad, heeft zich echter eene jurisprudentie gevormd en in de practijk worden nu de Art. 236 en 241 gewoonlijk toegepast als volgt:

Voor alles, men zij er op bedacht, dat de voorschriften van art. 236 dan pas werken, als door vermenging van goederen en schulden bij tweede of verder huwelijk voor den nieuwen echtgenoot voordeel opkomt.

Als dus de nieuwe echtgenoot meer of evenveel als de hertrouwe echtgenoot met kinderen in gemeenschap brengt, dan blijft art. 236 buiten toepassing. Dan alleen dus treedt het in werking als de nieuwe echtgenoot minder ter gemeenschap inbrengt als de hertrouwende met kinderen.

Hertrouwen er twee echtgenooten, die beide kinderen uit vorig huwelijk hebben dan natuurlijk blijft art. 236 alleen

buiten toepassing, als zij beiden evenveel aanbrachten, daar in 't andere geval, hoe de verhouding van hun fortuin ook moge zijn, de eene of de andere steeds voordeel door vermenging zoude genieten.

Als nu art. 236 in werking treedt, dan behoort, om groote moeielijkheden te vermijden, onwrikbaar vast te staan, wat door beide echtgenooten in de gemeenschap is aangebracht, hetgeen door eene nauwkeurige boedelbeschrijving, met taxatie van onroerende goederen, te verkrijgen is.

Al wat nu staande het huwelijk de echtgenooten voor zich zelven verkrijgen, 't zij door schenking, making of testamentaire beschikking, wordt gerekend te behooren tot hun aanbreng daar dit alles volgens art. 213 B. W. niet onder winst is te begrijpen.

De winst of het verlies, gedurende het huwelijk gemaakt of geleden, wordt steeds onder de echtgenooten, ongeacht hetgeen zij aanbrachten, gelijkelijk voor de helft verdeeld.

Sterft nu de hertrouwde echtgenoot het eerst, dan bekomt de nieuwe echtgenoot.

I. Zijn of haar inbreng, 't zij in natura nog aanwezig of niet.

II. Een kindsgedeelte van hetgeen de hertrouwde echtgenoot ten huwelijk aanbracht 't zij 't nog aanwezig is of niet, te berekenen naar het aantal (*wettige* H. R. 24 Juni 1881. v. d. H. B. R. 46 p. 480) kinderen, dat bij dien dood uit vorig huwelijk aanwezig is, maar dat gedeelte, dat de nieuwe echtgenoot van den *boedel* van den hertrouwden echtgenoot bekomt, (en hier is *boedel* van art. 236 B. W. synoniem aan *goederen* van 949 B. W. H. R. laatst aangehaald Arrest) mag nooit of nimmer het één vierde van den boedel of aanbreng van den hertrouwden echtgenoot overtreffen;

III. De winst of het verlies gedurende het huwelijk gemaakt of geleden, wordt gelijkelijk voor de helft aan den nieuwen echtgenoot en voor de wederhelft aan 't kind of der kinderen van den hertrouwden toebedeeld of in rekening gebracht.

Sterft de nieuwe echtgenoot het eerst, dan bedraagt zijne of hare nalatenschap:

I. Zijn of haar inbreng, 't zij in natura nog aanwezig of niet.

II. Een kindsgedeelte of hoogstens één vierde van hetgeen de wettige voorkinderen van den hertrouwden echtgenoot zouden genieten van zijn aanbreng ten 2de huwelijk, in de veronderstelling, dat de hertrouwde echtgenoot gelijktijdig met den nieuwen echtgenoot gestorven ware en dat dan nog de geheele inbreng aanwezig was.

III. De helft van de winst of de helft van 't verlies gedurende het huwelijk gemaakt of geleden zooals hiervoor onder No. IV reeds is voorzeggd.

De waarde van het ten 2de huwelijk aangebrachte en nog in natura aanwezig zijnde, wordt berekend volgens de waarde dier goederen op 't tijdstip der ontbinding van 't huwelijk. Zijn ze staande 't huwelijk te gelde gemaakt, dan treden die ontvangen gelden of de daarvoor terugverkregene goederen, er voor in de plaats. Zie R. Amst. 24 Maart 1875. N. R. B. A. p. 114. — R. Rotterdam 21 Febr. 1881. W. 4621.— en Rechtbank 's Hage 23 Dec. 1881. W 4750.

Verder al zijn nu ook alle de voorkinderen van den hertrouwden echtgenoot, gedurende het 2de huwelijk gestorven zonder afkomelingen, dan toch kan de nieuwe echtgenoot nooit meer bekomen als één vierde van den aanbreng van den hertrouwde.

Bij schenking of testament (1715 en 949 B. W.) mag men ook niet meer als hiervoor is gemeld aan den nieuwen echtgenoot schenken of vermaken, zoo zelfs, dat de hertrouwde echtgenoot, indien hij aan zijne voorkinderen alleen de legitieme wil laten, hij aan ieder ander 't beschikbaar gedeelte kan vermaken, maar niet aan de nieuwe echtgenoot. (1)

(1) Ten gunste van den overblijvende echtgenoot is het te wenschen, dat ook hier te lande, evenals nu reeds in Frankrijk, art. 879

Men zal mij nu toch gereedelijk willen toegeven, dat een heel sterk vergrootglas noodig is, om dit alles uit de art. 236 en 240 te kunnen halen.

In een woord, de artikelen zijn en blijven bronnen van immer opborrelende quaestien.

En wat nu stelt de Commissie voor om aan dezen onhoudbaren toestand een einde te maken?

Zij stelt voor om bij tweede of verder huwelijk, de bij eerste huwelijk van rechtswege bestaande gemeenschap uit te sluiten.

In tweede of verder huwelijk trouwt dan, als er geene huwelijksche voorwaarden gemaakt zijn, ieder op zijn eigen goed, en het belang der voorkinderen is bij deze regeling voldoende gewaarborgd door art. 1715 B. W. waarbij schenkingen tusschen echtgenooten, staande huwelijk verboden worden en door art. 949 B. W. waarbij aan de hertrouwende verboden wordt om bij uiterste wil meer aan den nieuwen echtgenoot te geven dan 't minste gedeelte, dat een der wettige voorkinderen geniet en zonder dat in eenig geval, de beschikking het vierde deel zijner goederen mag te boven gaan.

Willen nu de hertrouwende echtgenoot met voorkinderen en nieuwe echtgenoot of wel de beide hertrouwenden, 't zij er eene of beide voorkinderen hebben, eene andere regeling, het staat hun volkomen vrij bij huwelijksche voorwaarden zoodanige regeling omtrent het goederenrecht van beiden te maken, zooals zij zullen verkiezen.

Willen zij beperkte of algemeene gemeenschap, ook dat staat hen vrij bij huwelijksche voorwaarden te bedingen.

Willen zij nog, behalve in beperkte of algeheele gemeenschap daarenboven nog in gemeenschap van winst huwen, 't staat hun vrij, mits dit *witdrukkelijk* bedingende, zoo ook om

B. W. veranderd worde, daar deze nu eerst bij versterf erven kan, als er geene wettige en natuurlijke bloedverwanten van den vooroverleden echtgenoot in den twaalfden graad overblijven.

alleen in gemeenschap van winst en verlies te huwen. — Bij ieder beding van gemeenschap van winst en verlies; wordt en winst en verlies, steeds tusschen de echtgenoot voor de helft verdeeld.

Sterft nu de hertrouwde echtgenoot het eerst, terwijl van hem zijne voorkinderen zonder nakomelingschap zijn gestorven, dan worden de huwelijksche voorwaarden uitgevoerd even als ware er geen 2de of verder huwelijk. Zijn er echter bij 't overlijden van den hertrouwden echtgenoot, nog voorkinderen uit vorige echt in leven, dan mag het voordeel aan den nieuwen echtgenoot bij huwelijkschen voorwaarden bedongen, nooit meer bedragen, als 't minste gedeelte, dat eene der voorkinderen geniet en zonder dat dit voordeel *ooit* het één vierde van de nagelatene goederen van den hertrouwden echtgenoot mag bedragen.

Ik aarzel niet, van mijne volkomen instemming met 't door de Commissie aangenomen stelsel te betuigen.

Het eeuwenoude stelsel van de Lex Hac Edictali is aangehouden en nu niet verward met de in latere tijden in zwang gekomen algemeene gemeenschap van goederen.

Men behoeft nu niet meer te ontwarren of de nieuwe echtgenoot bij eenige gemeenschap al dan niet voordeel geniet.

Beide echtgenooten hebben dit punt, willens en wetens bij de te maken huwelijksche voorwaarden, vastgesteld.

En de meest andere bezwaren, die nu de art. 236 en 240 B.-W. dagelijksch nog baren, zijn met deze nieuwe regeling opgeheven.

Maar de huwelijksche voorwaarden moeten nu ook duidelijk aantoonen wat de beide echtgenooten aanbrenge, hieruit moet de vaste maatstaf kunnen worden gevonden om te kunnen berekenen hoeveel voordeel aan den nieuwen echtgenoot mag opkomen, berekend naar de getaxeerde waarde der goederen bij de huwelijksche voorwaarden te vermelden.

Alleen wil ik nog in overweging geven om, als er bij huwelijksche voorwaarden algemeene gemeenschap is bedongen

om daaronder ook winst en verlies te begrijpen, zoodat de nieuwe echtgenoot nooit meer kan krijgen dan 't minste kindsgedeelte of hoogstens een kwart van 't zuiver saldo van de nalatenschap van den hertrouwen echtgenoot. (1)

De berekening van winst en verlies brengt meest altijd moeilijkheden en twistappels ter tafel.

Voorts moet duidelijk worden verordend, dat als *éénmaal* 't minste kindsgedeelte of hoogstens één kwart door den nieuwen echtgenoot bij huwelijksche voorwaarden aan den nieuwen echtgenoot is verzekerd, niets meer bij testament of schenking staande huwelijk mag vermaakt of geschonken worden.

Ik kan alleen niet medegaan met de Commissie, daar waar ze in art. 213 ontwerp aan den hertrouwen echtgenoot of aan diens voorkinderen, bij echtscheiding de bevoegdheid geeft, om *jaren en jaren* na de afrekening het te veel genotene van den nieuwen echtgenoot terug te vorderen.

Ik zoude dan maar veronderstellen dat de hertrouwe echtgenoot gestorven ware en in die veronderstelling alles regelen zooals voorzegd is.

En verders hoe men 't regele of niet, geen wet ter wereld is in staat om aan de kinderen het goed hunner ouders te waarborgen, als zij door slecht gedrag of ongeluk hun goed verspillen of verliezen, maar de wet heeft alleen te waken, dat in normale omstandigheden, datgene, 't geen kinderen van hunnen vader en moeder met recht mogen verhoppen te erven, niet door 2de of verdere huwelijken of stiefmoederlijke practijken voor hen verloren ga.

(1) Want stel het geval, dat A met 7 kinderen hertrouwt en *f* 10.000 aanbrengt, terwijl de nieuwe echtgenoot niets aanbrengt. Na dit huwelijk wordt er met de zaak *f* 100.000 verdiend en één kind geboren. Bij doode nu van A krijgt de 2de echtgenoot $\frac{1}{8}$ van de 10.000 en de helft van de *f* 100.000 Het kind uit 2de huwelijk wordt dus veel rijker als de 7 uit 1ste huwelijk. Ik vind dit niet billijk.

Art. 162.

Dit artikel zegt, dat de gemeenschap, wat hare baten betreft, omvat *alle* de goederen der echtgenooten en wat hare lasten aangaat, alle hunne schulden, ook die vóór 't huwelijk gemaakt. Ware het niet beter te lezen, dat de gemeenschap wat hare baten betreft, alle de goederen der echtgenooten en wat hare lasten aangaat alle de schulden der echtgenooten omvat, vóór of na 't huwelijk verkregen of gemaakt. Want volgens de Redactie van de Commissie zoude de twijfel kunnen ontstaan, of nu goederen vóór 't huwelijk verkregen, wel in de gemeenschap vallen.

Deze quaestie werd reeds onder het vigeerend wetboek gesteld en in bevestigenden zin beantwoord door de Regtbank van 's Bosch 11 Nov. 1887, W. 5590 en door den Hoogen Raad 28 Junij 1889, W. 5736.

Onder het vigeerend recht zijn nog de volgende quaestien gerezen: Behoort, heeft men gevraagd, de, krachtens fideicommiss, voor een der echtgenooten bestaande verwachting eener erfenis, al of niet tot de baten der huwelijksgemeenschap? Neen, zegt de Hooge Raad 10 Maart 1882, v. v. H. B. R. 47. 241. Want zoolang een ander eigenaar is van het in de erfstelling begrepen goed dan de verwachter, heeft de over de hand geroepen eigenaar geen rechten op dat goed, daar zijne rechten pas beginnen op het tijdstip dat het genot van den bewaarder ophoudt.

Ik kan dit, *salva referentia*, niet toegeven. Het is waar, men heeft tot op het tijdstip, dat 't genot van den bezwaarden ophoudt, geene volledige rechten van beschikking of eigendom over die te verwachten goederen, maar men heeft toch eenige rechten, bijvoorbeeld, men heeft de bevoegdheid, om zijne rechten op die goederen, dat is zijne verwachting op die goederen aan een ander af te staan of te verkoopen, want art. 1370, 2^{de} lid B. W. verbiedt wel, dat men afstand doe van eene

erfenis, die nog niet is opengevallen, of dat men over zoodanig eene nalatenschap eenig beding aanga, maar verbiedt geenzins, dat ik mijn recht als verwachter, ontstaan uit eene opengevallen nalatenschap, aan eene andere verkoope of overdoe, met cessie van alle daaruit latere te ontstane rechten. Zoo ook R. Utrecht 1890. W. 5834.

Als dus dat verwachtingsrecht eene in geld waardeerbare waarde heeft, moet het ook in de gemeenschap vallen, evenals zoo vele andere in geld waardeerbare rechten.

Ook de volgende vraag deed zich voor.

Behooren de gelden, die eene weduwe trekt uit eene levensverzekering, door haar man op zijn lijf, ten hare voordeele gesloten tijdens de gemeenschap en waarvan eveneens de premien uit de gemeenschap betaald zijn, aan de gemeenschap of aan de weduwe persoonlijk geheel alleen?

Die gelden behooren aan de weduwe alleen, zegt de Hooge Raad 29 Juni 1888 W. 5588., daar zij daartoe alleen gerechtigd was krachtens haar eigen recht uit de overeenkomst, door haren man ten hare behoefte gesloten en ook omdat de uitkeering en de betaalde premien niet als schenkingen te beschouwen zijn door den man aan zijne vrouw gedaan.

Salva reverentia, kan ik ook met deze uitspraak niet instemmen. De man toch sloot tijdens de gemeenschap eene voorwaardelijke verbintenis, dat de levensverzekeringmaatschappij aan zijne vrouw zoude uitkeeren *f* 15000, indien hij eerder kwam te sterven.

Dit dus is eene voorwaardelijke verbindtenis en daar nu bij vervulling der voorwaarde, de overeenkomst achteruitwerkt tot op den tijd, dat de overeenkomst geboren is, en dat tijdstip gedurende de huwelijksgemeenschap is vallende, daardoor behoort de uitkeering m. i. ook aan de huwelijksgemeenschap.

Stel, dat bij het zinken van de Lutine, eene in gemeenschap gehuwde man deel genomen had, met 't geld der gemeenschap, in het Syndicaat, om de Spaansche matten uit dat schip te

lichten, met bepaling, dat de na zijnen dood op te delven schatten alleen aan zijne vrouw zouden toebehooren. Dat gaat niet aan, zal men zeggen, maar het eerste geval evenmin en mij komt 't voor, dat eene dergelijke verzekeringsovereenkomst nietig is, als strijdende tegen de wet. De Hooge Raad zegt dan ook, dat de vraag of het contract met de levensverzekeringmaatschappij gesloten, al of niet eene wettige overeenkomst is, geen punt van overweging mocht uitmaken, omdat men van deze beslissing van het Hof niet in cassatie was gekomen.

De uitspraak van den Hoogen Raad is dus over 't hoofdpunt moeten heenglijden.

Ten slotte evenals bij de vorige casus, eene levensverzekering op eigen lijf gesloten, ten voordeele van een derde, kan na de sluiting aan een ander gecedeerd worden, b. v. tot zekerheid eener schuldafflossing. Dit toch is zeer zeker in 't voordeel der gemeenschap, het is dus een waarde, die er noodzakelijk moet invallen.

En ook dit alles geeft aanleiding tot bedrog, want hoe noemt men de houding van een man, die voorziende, dat zijn debet zijn credit zal gaan overtreffen, op zoodanige wijze voor zijne vrouw zorgt, die dan later een onbezorgd leven kan leiden, terwijl zijne crediteur de ratten in de geldkist vinden.

Ik vermeen ook, dat de commissie aan mijne zijde staat, daar in art. 217 en volgende onder winst der gemeenschap wordt gebracht alles, waarvan de oorzaak gedurende de gemeenschap is geboren en nominatim wordt genoemd, hetgeen krachtens levensverzekering tijdens de gemeenschap gesloten, na de ontbinding daarvan invorderbaar wordt.

Art. 165—166.

Wel vereenigen kan ik mij met het stelsel der Commissie, om ook de gemeenschap voor ontbonden te houden, als eene der echtgenooten door eene rechtelijke uitspraak, vermoedelijk

overleden wordt verklaard en dit niet meer als tot dusverre aan de keuze van de overblijvende echtgenoot overlaat.

Dat er bij ontbinding der gemeenschap, indien er minderjarige kinderen overblijven, eene inventaris moet gemaakt worden, keur ik goed. Wordt dit verzuimd, de gemeenschap loopt door ten voordeele der minderjarigen, doch nimmer ten hunne nadeele, terwijl nog daarenboven vader of moeder, die dit verzuimen, het vruchtgebruik der goederen verliezen, die aan hunne minderjarige kinderen toebehooren — dit alles is nu verordend in art. 182 en 370 B W.

De Commissie wil het doen voortduren der gemeenschap, bij verzuim van inventaris maken, opheffen en vermeent, dat door 't verlies van 't vruchtgebruik en door de mogelijke ontzetting uit de voorgedijde tijdige opmaking van den inventaris voldoende verzekerd is. Ik geloof 't niet. Meestal toch wordt 't doodeenvoudig vergeten en daarom is 't hard, dat de wet er zulke zware gevolgen aan vastknoopt.

Maar wat belet om b. v. te bepalen dat geene memorie van successie zal mogen worden ingeleverd, geene scheiding van goederen of van tafel of bed ter griffie mag worden ingeschreven dan bij behoorlijke overlegging der hier verlangde boedelbeschrijving. In de meeste gevallen was zij dan toch aanwezig en werden de menschen bij verzuim er aan herinnerd.

Art. 169.

Dat hier uitdrukkelijk vermeld wordt, dat de erfgenamen van den man, even als hij 't zelf was, voor de geheele schuld der gemeenschap aansprakelijk blijven, heeft zijn ontstaan te danken aan den twijfel, die over dit punt heerscht en wel omdat in art. 185 B. W. handelende over de aansprakelijkheid der erven van de vrouw, *voor de helft* dier schuld werd gesproken.

Zoo besliste de Amst. Rechtbank 24 Febr. 1875, N. R. B. 1876, A. 70, dat de erven van den man voor het geheel, de Rechtbank te Almelo daarentegen op 18 Maart 1885,

W. 5517, dat zij maar voor de helft der schulden van de gemeenschap aansprakelijk waren.

SCHEIDING VAN GOEDEREN.

Art. 171.

Dat de erfgenamen van de vrouw, den door haar ingestelden eisch tot scheiding van goederen kunnen doorzetten keur ik af. Deze actie, die altijd voor den man uiteraard hatelijk is, moet niet door zijne kinderen of anderen kunnen doorgezet worden.

Bij den dood van de vrouw, volgt scheiding van zelf en voor verduistering kán zoowel door de vrouw, bij 't instellen der actie, als door de erfgenamen, bij haren dood, gezorgd worden.

Art. 173.

Het vigeerend art. 241 B. W. zegt, dat de vrouw dan alleen scheiding der gemeenschaps goederen kan vragen, als de man, door kennelijk wangedrag, de goederen der gemeenschap verspilt en het huisgezin aan ondergang blootstelt en bij Arrest des H. R. 31 Maart 1854, v. d. H. B. R. 18, 278 is beslist dat de vrouw dit alleen om de opgenoemde redenen kan vragen, als zij in algeheele gemeenschap van goederen is gehuwd.

Daar nu de Commissie in art. 173 ook alleen spreekt van algeheele gemeenschap en in de art. 142, 143 en 144 over het ophouden van het beheer van den man over de eigen goederen der vrouw, die buiten algeheele gemeenschap gehuwd is, zoo is niet voorzien in 't geval dat de vrouw zonder iets aan te brengen, in gemeenschap van winst en verlies met den man trouwt en ontbinding kan ook in dit geval door schandelijk wangedrag zeer wenschelijk zijn.

Maar de Commissie stelt nu voor het vereischte, dat de man, door kennelijk wangedrag, de goederen der gemeenschap verspilt en het huisgezin aan ondergang bloot stelt, in de

plaats, dat de man door wangedrag, verspilling of slecht beheer de goederen der gemeenschap in gevaar brengt.

Dit gaat veel te ver. Wat de een goed beheer noemt, noemt de ander slecht; iedere gulden, die de man onnoodig uitgeeft, verspilt men eigenlijk en de vrouw kan voor wangedrag iets aanzien, dat naar 't oordeel van de meeste menschen als zeer geoorloofd mag gelden. Het is waar, de rechter is daar om die redenen te wikken en te wegen, maar door het zoo lichtvaardig kunnen instellen der actie tot scheiding is reeds de meestijds ondempbare klove tussehen man en vrouw gegraven terwijl nog daarenboven scheiding van goederen de gewone voorboden zijn van scheiding van tafel en bed of wat nog erger is van echtscheiding.

Neen, alleen dan, wanneer de man door kennelijk wangedrag, de goederen der gemeenschap verspilt en 't huisgezin aan ondergang blootstelt, b. v. als hij zwaar dobbelt of doorgaande buitengewone verteringen maakt enz. enz., dan is voor de vrouw de tijd daar, om handelend op te treden en zodoende voor zich zelf en hare kinderen te waken. Dan zal later de man, tot inkeer of armoede gekomen, haar dankbaar zijn, dat zij nog ten minste de helft van 't huwelijksgoed heeft gered.

Art. 173.

Het ontwerp stelt voor, om de art. 804—806, Wetb. v. Burg. Rechtsv. te doen vervallen, waarbij bepaald wordt, dat de vrouw de actie tot scheiding van goederen, niet in mag stellen zonder vergunning van den President der Arrondissements Rechtbank, die eerst nog, alvorens het verzoek toe te staan, eene verzoening zal trachten te bewerken.

De Commissie zag gaarne deze formaliteiten verdwijnen, omdat daardoor aan den man tijd en gelegenheid wordt gegeven, om hetgeen nog over is te verduisteren, te misbruiken te verpanden of te bezwaren. Maar aan dit zeer gegrond bezwaar kan men te gemoet komen, door te bepalen, dat bij 't indienen

van 't verzoek, de president aan de vrouw vergunning kan verleenen, desnoods op de minuut en voor de registratie, om door verzegeling als andersints voor de bewaring van den boedel te zorgen. Deze vergunning zoude ook op 't hypotheek-kantoor kunnen ingeschreven worden.

Daar zodoende voormeld bezwaar van den Commissie is opgeheven, blijft er veel voor, dat de President nog eerst eens beproeve, of er buiten rechten nog geene gunstige wending aan de zaak kan gegeven worden, daar soms door opruiming van een misverstand of andersints, de zoo zeer gewenschte eendracht tusschen de echtgenooten bewaard kan blijven.

Art. 174.

Dat de eisch tot scheiding van goederen publiek wordt gemaakt, is natuurlijk noodzakelijk, ook het nederleggen op de griffie van een afschrift der dagvaarding is zeer aan te bevelen maar men moet vrij blijven in de keuze van een courant, om de redenen reeds vermeld bij de behandeling van art. 93.

Art. 176.

Bij mijne opvatting, dat voor scheiding van goederen, kennelijk wangedrag moet aanwezig zijn, zal 't niet moeielijk vallen, om dit door getuigen of andersints te bewijzen.

De enkele bekentenis van den man of 'tfeit, dat hij de vordering niet tegenspreekt, mag dus niet alleen tot toewijzing van den eisch leiden.

Dit strijdt tegen de algemeene regelen omtrent 't leveren van bewijs en tegen de openbare orde.

Het opent wagenwijd de deuren voor conniventie tusschen man en vrouw, om zodoende zonder bestaande wettige redenen scheiding van goederen te bekomen, welke hen om de eene of andere reden wenschelijk voorkomt.

Stel, de man gaat eene onderneming op touw zetten, waarmede veel te verdienen, maar ook alles verloren kan worden.

Art. 179.

Daar nadat de Commissie haar werk had volbracht, bij wet van 21 Dec. 1886 (230) de procesregelen bij verstek te volgen, veranderd zijn, zoo zullen ze ook hier moeten gevolgd worden en dan vervalt van zelf de bepaling, dat art. 88 B. R. hier niet van toepassing is, als zijnde genoemd art. bij die wet ingetrokken.

Art. 180.

Art. 244 B. W. zegt en de Commissie neemt dat over, dat 't vonnis, waarbij scheiding van goederen wordt uitgesproken, terugwerkende kracht heeft tot op den dag der dagvaarding, maar de Commissie zondert hiervan uit, daden van beheer na dien tijd, door den man verricht of overeenkomsten met derden ter goeder trouw aangegaan.

Ik vrees, dat door die uitzonderingen 't geheele recht der vrouw illusoir kan worden gemaakt, want een handig man heeft het dan nog in de hand om door eene laatste zet haar heel wat nadeel te berokkenen vooral daar 't zoo moeielijk is om kwade trouw te bewijzen.

Art. 181.

Ik keur het af, dat de afkondigingen ter woonplaatse van den man, daar, waar zulks te doen gebruikelijk is, door de Commissie onnoodig worden geacht. Daar en vooral in kleinere plaatsen vindt men lezers. In de gerechtszalen kan men het gerust achterwege laten, de wachthebbende rijksveldwacht, maréchaussée of de habitués bij strafzittingen lezen daar die annonces om den tijd te dooden.

Art. 183.

Het recht dat hier aan de schuldeischers wordt gegeven om, indien zij niet in het geding der scheiding en deeling zijn tusschen beide gekomen, in verzet te komen tegen de

uitspraak, indien de eisch ingesteld is ter opzettelijke verkorting hunner rechten en zulks uiterlijk binnen een jaar *na* de inschrijving ter Griffie, is waarlijk geen privilegie, daar in art. 376 R. V. aan derden de bevoegdheid wordt gegeven in 't algemeen om wegens eenvoudige benadeeling, gedurende de gewone verjaringstermijn, zich tegen een vonnis te verzetten. Het geheele artikel kan dus gerust bijgezet worden.

Art. 185.

Ik zoude gaarne zien, dat de scheiding van goederen wederom konde worden opgeheven, zooals nu in het Vig. Wetboek is bepaald. Men moet alles aanwenden, om de goede verstandhouding tusschen echtgenooten te bevorderen en zoo mogelijk te herstellen en vooral dit laatste zal dikwerf door een herstel der gemeenschap verkregen worden.

Ik kan dus niet met de commissie medegaan, om de eenmaal plaats gehad hebbende scheiding onherroepelijk te maken. De art. 252 en 253 B. W. moeten dus behouden blijven. Daar ik ook aan de vrouw zoo vele rechten niet toeken als de commissie, zoo kunnen m. i. de art. 249 en 250 ook niet geheel vervallen.

DERDE AFDEELING.

Van afstand van de Gemeenschap.

Art. 186.

Hoewel de Commissie aan de gehuwde vrouw, veel meer rechten toekent, als 't vigeerend B. W., zoo heeft zij gemeend ook deze bevoegdheid aan de vrouw te moeten laten.

En te recht, zelfs heb ik het altijd hard gevonden, dat eene vrouw, in algeheele gemeenschap van goederen gehuwd zijnde, en na doode van haren man, van de gemeenschap afstand doende, omdat zij helaas bemerkt, dat er meer schuld dan goed is, niets uit de gemeenschap tot zich mag nemen dan haar lijfgoed.

De rechter zoude op haar verzoek, naar omstandigheden moeten kunnen toestaan, dat aan de vrouw eene kleine lijftocht werde toegestaan, hare goederen zijn toch meestal door de schuld van den man weggeraakt en van hetgeen er nog over is, komt haar m. i. iets toe, zonder daardoor de schuldeischers der gemeenschap te miskennen. Bij boedelafstand kan de man zich nog soms wel lijftocht verschaffen, zie art. 709, R. V.

De verdere veranderingen en bijvoeging van de Commissie in de art. 187 en 190 zijn evenvele verbeteringen.

ACHTSTE TITEL.

Van Huwelijksvoorwaarden.

Het spreekt van zelf, dat de rechten, die ik aan den man wil zien toegekend in tegenstelling met de Commissie, ook volgens mijne opvatting, niet door huwelijksche voorwaarden mogen worden ingetrokken of verkort.

Art. 194.

Het art. bevat eene groote verbetering. Volgens 't Vig. art. 206, B. W. moet de minderjarige, bij 't maken der huwelijksvoorwaarden, den bijstand hebben gehad van degenen, wier toestemming tot het aangaan van het huwelijk noodzakelijk was. Gelijk wij reeds vroeger zagen, geeft dit aanleiding tot onoverkomelijke moeilijkheden.

Nu is volgens art. 34 en 35 Ontwerp alleen de medewerking noodig van hem, die 't ouderlijk gezag uitoefent of van den voogd of toeziende voogd.

Art. 210, 204.

Door de Commissie is in deze artikelen veel duidelijker en ook stelselmatiger dan in het Vig. Burg. Wetb. de quaestie behandelt hoe of, bij uitsluiting van gemeenschap van goederen, de eigendom van man en vrouw, op aangebrachte of staande huwelijk verkregen goederen moet blijken.

Bezwaar heb ik echter tegen hetgeen in art. 202 Ontwerp te lezen staat, dat bij het aangaan des huwelijks, de roerende goederen aan ieder toekomende, *uitdrukkelijk* moet worden opgegeven.

Ware het niet beter te bepalen dat (na taxatie des noods) bij notarieele acte moet blijken van de waarde der roerende goederen (except op naam staande inschulden, effecten, aandeelen en schepen) dan heeft men bij het einde der beperkte gemeenschap die som maar weder uit den boedel te nemen en alle quaestien vervallen of voor de opbrengst van dat of dat stuk roerend goed soms wederom iets anders gekocht is geworden.

Bij een eenigszins groot landbouwbedrijf met vee, bouwgereedschappen, oogst enz. is dit eenvoudig niet na te gaan. Evenzoo met winkel en fabrieksgoederen. En ook in rechten is reeds uitgemaakt dat in plaats van specifieke opgave, zooals R. TIEL vorderde 20 Febr. 1885 W. 5210, ook voldoende is de bepaling in waarde der roerende goederen. H. R. 15 Juni 1886 W. 5306.

Bij de herziening van 't Wetb. van koophandel mag dan ook art. 880 W. v. K. wel in dezen geest gewijzigd worden.

Art. 208.

Als men ter griffie niet kan vinden de roerende goederen of volgens mijne meening de waarde, dier voor het huwelijk aangebrachte roerende goederen, dan hebben de schuldeischers bitter weinig aan die inschrijving en ik ken geen reden waarom hier die geheimzinnigheid moet heerschen, juist daar waar het te doen is om derden in te lichten.

Breda, 16 Aug. 1890.

JAC. W. VAN DEN BIESEN.

DE LIJDELIJKHEID DES RECHTERS.

De lijdelijkheid van den rechter was lang een zaak buiten quaestie, een beginsel van procesrecht, welks deugdelijkheid niet werd in twijfel getrokken. Wel werd het gebrekkige in menig opzicht van ons procesrecht erkend, maar het beginsel van 's rechters lijdelijkheid werd daarbij niet rechtstreeks, niet uitdrukkelijk bestreden. „Het voeren van een rechtsgeding“, aldus prof. v. B. FAURE in zijn *Procesrecht*, deel I, ed. 1871, blz. 71, het „hoofdbeginsel“ van de lijdelijkheid des rechters omschrijvende: „is, èn wat den aanleg „èn wat de verdere het vonnis voorbereidende handelingen „betreft, afhankelijk van de partijen. De rechter treedt daarbij „niet ambtshalve op.“

Waar het echter de toepassing van dat beginsel gold, is men daaraan noch in de wet, noch vooral bij de pogingen tot hervorming van ons procesrecht steeds getrouw gebleven. Zoo leest men reeds in de memorie van toelichting van het in 1865 onder toezicht van Mr. A. A. DE PINTO uitgegeven ontwerp-Olivier voor de 3 eerste boeken van een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering, ter plaatse waar, helder en overtuigend, het belang wordt aangetoond van de mondelinge voordracht en de aan den rechter te geven bevoegdheid om naar aanleiding daarvan tot de advocaten vragen te richten (bl. 124): „Men kan alle goede beginselen overdrijven en door „die overdrijving verkeerd toepassen. Het is waar de regter „mag zich nimmer tusschen de eene partij en de andere stellen, „al ware het om den zwakke tegen den sterke, den onkundige „tegen den kundige te helpen. Het terrein van den strijd moet „door partijen worden afgebakend, zij zijn meester over de „wapenen, die zij willen gebruiken, over de regtsmiddelen van „eisch en verwering; maar op dat door partijen gekozen strijd-

„perk moet, ja mag geen beslissing van den regter worden gevraagd vóórdat hem alle wegen zijn opengesteld om het vermoeden, „dat zijne uitspraak de ware is, tot waarheid te maken.“

In de vergaderingen der Nederlandsche Juristenvereëning zijn herhaaldelijk onderwerpen, met het beginsel der lijdelijkheid in verband staande, behandeld.

In 1878: het *verhoor op vraagpunten*, naar aanleiding waarvan Mr. MOM VISCH in zijn praeadvies, tot verdediging van een door den rechter ambtshalve te bevelen verhoor van partijen, zich uitliet in den geest van het zooveen medegedeeld citaat. „Geen rechterlijke voogdij over de procesvoerende partijen, maar ook geen doctrinaire en het doel der rechtspleging miskennende „overdrijving van een op zich zelf juist beginsel. De rechter „moet daarom, als hij het ter zijner voorlichting noodig acht, „evenzeer een persoonlijke verschijning van partijen, als een „getuigenverhoor of expertise kunnen bevelen“ (Hand., I, blz. 348). Mr. PINNER, daarentegen, verzette zich tegen zoodanig ambtshalve bevolen verhoor, waardoor een schrede zou worden gedaan in de richting der, door hem bestreden, *vrije bewijstheorie* en inbreuk gemaakt op de *Verhandlungsmaxime*, volgens hem „het plechtanker van een goede burgerlijke rechtspleging“ (Hand. I, bl. 374, 384; II, bl. 30). Prof. GOUDSMIT verklaarde ronduit: „Sommigen willen alleen de zoogenaamde *Verhandlungsmaxime*; ook in dit opzicht ben ik van eene andere „meëning; men behoeft den rechter zoodanige passive rol niet „voor te schrijven als in ons tegenwoordig recht geschiedt, „maar veeleer een grooteren invloed toe te kennen op de gansche „leiding van het proces“ (Hand., II, bl. 45) En het vraagpunt: „Moet in elk geval de rechter de bevoegdheid hebben ambtshalve partijen voor zich te doen verschijnen, ten einde over „en weder te worden gehoord?“ werd ten slotte met groote meerderheid *bevestigend* beantwoord.

In 1879: de *vrije bewijstheorie*, welk onderwerp voortvloeide uit het ten vorigen jare behandelde en reeds toen telkens ter

sprake was gekomen. De stelling, die toen door Mr. PINNER verdedigd was, dat in burgerlijke zaken het niet om de materiele waarheid te doen is, en de overtuiging des rechters geen invloed op zijn beslissing mag uitoefenen, vond in 1879 geen aanhangers meer, en de vraag, of een herziening onzer bewijsleer wenschelijk was „in dien zin, dat in het algemeen „meerdere vrijheid worde gegeven in de keus der door de wet „erkende bewijsmiddelen, en in 's rechters waardeering van elk „dier middelen?“ werd eenstemmig *bevestigend* beantwoord.

In 1881 eindelijk werden behandeld: de wijzigingen, in de procesorde te brengen, tot bevordering eener spoedige afdoening der processen en het tegengaan van opzettelijke belemmering en vertraging. Daarbij kwam natuurlijk ook ter sprake de vraag, in hoever een meer actief optreden van den rechter daartoe zou kunnen dienen, en het eerste vraagpunt, waaromtrent aan het slot van het debat de vergadering haar gevoelen had uit te spreken, luidde: „moet het beginsel van eigen leiding der gedingen door partijen behouden blijven?“ Die vraag stelde, volgens de toelichting van den voorzitter, de keus tusschen de beginselen van de Fransche en onze rechtsvordering eenerzijds, en die der Duitsche procesorde anderzijds. Zij werd, zonder hoofdelijke stemming, *bevestigend* beantwoord.

Terwijl dus, ten aanzien van de werkzaamheid des rechters, betreffende het onderzoek van de feiten der zaak, de Juristenvereniging zich in hare vorige vergaderingen voor eene uitbreiding zijner bevoegdheid verklaard had, sprak zij zich in tegengestelden zin uit, waar het gold 's rechters invloed op den loop zelf van het proces. Toch waren er stemmen van niet geringe beteekenis opgegaan voor eene uitbreiding zijner bevoegdheid ook in die richting: men leze de redevoeringen van Mrs. LEVY, VAN GEUNS en DRUCKER (Hand., II, bl. 14, 62, 70, 74), ook het prae-advies van Mr. v. GEUNS (Hand., I, bl. 272).

Tien jaren later stelt thans het Bestuur der Juristenver-

eeniging de principieele vraag in haar vollen omvang aan de orde: „In hoever behoort de proces-voering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen?“

De voortreffelijkheid van het beginsel der lijdelijkheid is geene uitgemaakte zaak meer. Ook prof. FAURE, die zich in 1871 in het 1ste deel van zijn Procesrecht bij de beoordeeling van het beginsel (bl. 72) nog slechts aldus uitliet: „wellicht „is aan den rechter te weinig macht gegeven, zoo wat het „toezicht op den loop van het proces aangaat, als wat het „onderzoek betreft van hetgeen hem werd voorgedragen“ komt in 1887 in het 3de deel van hetzelfde werk (blz. 172) met kracht op tegen „die overdreven lijdelijkheid“, waartoe onze wet den rechter „doemt“, en „die hare toepassing nog vermeerdert.“

De macht des rechters in het burgerlijk geding betreft :

- a de *punten*, waarover hij te beslissen heeft,
- b. het *onderzoek van de feiten* der zaak,
- c de *regeling van den loop van het proces*.

DE MACHT DES RECHTERS MET BETREKKING TOT DE
punten, waarover HIJ TE BESLISSEN HEEFT.

Eerst eene ingestelde vordering maakt den rechter tot oordeelen bevoegd. De beschikking over burgerlijke rechten moge in sommige gevallen beperkt zijn, zoodat men niet vrij is daarvan afstand te doen (zie bijv. artt. 187, 195, 1112 B.W.) nimmer kan die beperking ten gevolge hebben, dat een rechterlijke beslissing zou mogen gegeven worden, waar geene erkenning van een recht gevorderd is. Dit zou gelijk staan met een voogdij van den rechter over de belanghebbenden, die noodzakelijk tot ongelijkheid en begunstiging zou leiden en bovendien haar doel niet bereiken zou, omdat toch de belanghebbenden, hetzij zij alleen voor zich zelf of ook voor anderen, wier belangen hun toevertrouwd waren, te zorgen hadden, ten slotte zelf zouden moeten beslissen, met het oog op hun belang of hun

verantwoordelijkheid, of zij van de hun toegekende rechten ook gebruik zouden maken.

Het onderwerp van 's rechters beslissing wordt dus in de eerste plaats bepaald door den inhoud der vordering. De inhoud der vordering is echter niet alleen: *wat* gevorderd wordt, maar ook: de feiten en rechtsverhoudingen, op grond waarvan gevorderd wordt. Het eerste staat met de laatsten in onafscheidelijk verband en wordt eerst daardoor behoorlijk omschreven. Aan den eischer moet het dus staan, de feiten en de rechtsverhoudingen aan te voeren, waarop hij zijn petitum grouden wil.

Of nu zekere feiten en rechtsverhoudingen zeker petitum wettigen, wordt in het algemeen door den rechtsregel, en voor een bepaalde ingestelde vordering door den rechter ambtshalve met toepassing van den rechtsregel beslist. De rechtsregel bestaat onafhankelijk van de belanghebbenden, hij is er opdat daaruit in een bepaald geval het recht der personen zou kunnen worden afgeleid, de rechter kent hem zonder dat hij door de partijen wordt aangegeven, hem vinden en toepassen is juist wat van den rechter verlangd wordt: recht doen in een bepaald geval.

Dit is zoo hetzij degeen, tegen wien een vordering is ingesteld, verschijnt of niet, en, verschenen zijnde, zich verdedigt of niet. Gemis van tegenspraak kan ten gevolge hebben dat de beweerde feiten en rechtsverhoudingen zonder bewijs als bestaande worden aangenomen: dat middelen van verweer, die de gedaagde zou kunnen tegenwerpen, als verjaring, zijne onbekwaamheid om te handelen enz., buiten beschouwing blijven, maar nimmer: dat de rechter hem zou moeten veroordeelen tot iets, dat wel tegen hem gevorderd is, maar waartoe zijn verplichting niet volgt uit het als bestaande aannemen der feiten en rechtsverhoudingen, door den eischer gesteld. De gedaagde heeft dus uit den aard der zaak boven den eischer *dit* voor, dat naar aanleiding der tegen hem ingestelde

vordering eene uitspraak te zijnen voordeele gegeven kan worden, ofschoon hij die niet heeft gevorderd (1).

Overigens geldt van het verweer wat van de vordering gezegd is. De gedaagde moet weten of hij de door den eischer gestelde feiten en rechtsverhoudingen al dan niet zal erkennen, of hij, tot afwering van den eisch, zich zijnerzijds op feiten of rechtsverhoudingen beroepen zal, en of hij tot dat einde gebruik zal maken van middelen van bevrijding of verkrijging (als verjaring, nietigheid, compensatie), die *het burgerlijk recht tot zijn beschikking* stelt.

De partijen moeten dus bevoegd zijn, de feiten van het geding (feiten in ruimen zin genomen en dus de rechtsverhoudingen: het gesloten zijn eener overeenkomst, eigendom, bezit enz., daaronder begrepen) vast te stellen. Die bevoegdheid mag echter niet zoover gaan dat het van den wil der partij zou afhangen hare verklaring omtrent de feiten, als deze dat naar haar inhoud niet is, tot een onsplitsbaar geheel te maken. De *onsplitsbare bekentenis* mag niet een willekeurig van een voorwaarde afhankelijk gemaakte erkenning, mag geen *rechtsmiddel* zijn, als hoedanig zij in de praktijk wel wordt opgevat (2). De erkenning is voorzeker eene vrije handeling, die den eischer of naar omstandigheden den gedaagde ontslaat van den bewijslast, die anders op hem zou rusten, maar zij is toch tevens de verklaring omtrent beweerde feiten en rechtsverhoudingen, gegeven door hem, tegen wien zij worden aangevoerd en wiens belang dus hunne ontkenning zou vorderen, als niet zijn waar-

(1) *Anders* oordeelde met betrekking tot eene niet tegengesproken *exceptie* (van nietigheid van dagvaarding) de Rechtbank te Amsterdam op 26 Aug. 1890 (P. v. J. 1891 no 6): „O. dat, waar het indienen „eener akte vereischt wordt, een mondelinge tegenspraak niet voldoet „aan de voorschriften der wet, en bij gebreke van schriftelijk ant- „woord de exceptieve conclusie, *als niet behoortlijk tegengesproken, moet „worden toegewezen.*”

(2) Mr. N. K. F. LAND in Jur. Spect., II, bl. 181; LEON-ASSER, 2e suppl., op art. 1961 B. W., aantt. 60 en 61.

heidsliefde hem tot erkenning drong. De erkenning is een *beschikking*, maar zij is tevens een *getuigenis tegen zich zelf*. Die laatste beteekenis behoudt, bijv., de verklaring van den gedaagde, dat een tegen hem beweerde koop gesloten is, ook al voegt hij daaraan toe dat hij (overeenkomstig de hier gewraakte opvatting der onsplitsbare bekentenis) dit slechts erkent onder voorwaarde dat nu ook vaststa dat de prijs door hem betaald is. Immers het gaat niet aan, te zeggen „ik erken dat ik gekocht heb, ik kan dit niet ontkennen, want het is waar, maar als nu *de tegenpartij* niet harerzijds erkent dat ik den prijs betaald heb, dan ontken ik dat ik gekocht heb.” Wat men niet ontkennen kan, mag men niet *slechts voorwaardelijk* erkennen; wat men voorwaardelijk erkennen mag, kan men ontkennen. Voor de verdediging is er daarom ook aan de bestaanbaarheid eener voorwaardelijke erkenning geen behoefte.

Het kan zijn dat het onderzoek omtrent de vordering zelve wordt afgesneden door de beslissing, dat het den eischer niet vrij stond 's rechters uitspraak daarover in te roepen, hetzij om de wijze, waarop hij de vordering aanhangig maakte, of om den rechter, waarvoor hij haar bracht, of om haar inhoud, of om welke reden ook. Die beslissing kan rusten op gronden van onderscheiden aard, als: nietigheid der dagvaarding, onbevoegdheid des rechters, het reeds aanhangig zijn van dezelfde of eene verwante vordering, een gewijsde of een dading, waardoor het aanhangig gemaakt geschil reeds beslist of beëindigd is, onbekwaamheid der partijen om in rechte te verschijnen (een getrouwde vrouw zonder bijstand of machtiging, een minderjarige, een gefailleerde voor een vordering den boedel betreffende, een vreemdeling zoolang hij als eischer optredende, geen zekerheid gesteld heeft), gemis der qualiteit, die de eischer zich of den gedaagde toeschrijft, het verkeeren van den gedaagde als erfgenaam in termen van beraad.

In hoever moet de rechter verplicht zijn deze gronden van afwijzing der vordering *ambtshalve* toe te passen?

De nietigheid van dagvaarding is, als betreffende de vraag of de gedaagde op wettige wijze *in rechte geroepen* is, van bijzonderen aard. Verschijnt de gedaagde niet, dan moet de rechter haar ambtshalve uitspreken, omdat de gedaagde, die niet op wettige wijze is opgeroepen, geen nadeel van zijn niet verschijnen mag ondervinden. Verschijnt hij wel, dan heeft de, zij het dan onwettige, oproeping haar effect gehad, en is dus het hoofdbezwaar vervallen. Is dan niet reeds daardoor de nietigheid gedekt, dan staat het althans aan den gedaagde zich daarop te beroepen, als hij oordeelt daarbij belang te hebben.

Bij de overige der bedoelde gronden is het in de eerste plaats de vraag, of zij al dan niet bestaan alleen in het belang van den gedaagde. Het eerste is het geval bij de betrekkelijke onbevoegdheid, bij de te vragen verwijzing wegens verknoctheid of *litis pendentie*, bij de exceptie van beraad, van gewijsde zaak, van dading.

Zoo neen, als bij onbekwaamheid om in rechte te verschijnen (met uitzondering van die van den vreemdeling als eischer alvorens zekerheid te hebben gesteld, die alleen in het belang van den gedaagde bestaat), bij gemis van qualiteit, volstrekte onbevoegdheid des rechters, waarbij de openbare orde of belangen van derden betrokken zijn, daar moet de rechter verplicht zijn den eischer ook ambtshalve terug te wijzen (3). Behalve wanneer voor het oordeel over de aanwezigheid van den grond een nader feitelijk onderzoek noodig is. Zulk een onderzoek, toch, waar het door de tegenspraak van den gedaagde niet geprovoceerd is, zou in de meeste gevallen de beslissing van het geschil

(3) Aldns met betrekking tot de appellabiliteit van een vonnis: Hof 's Gravenhage 17 Nov. 1890, W. 5960: „O. dat het Hof de „niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep moet uitspreken, niet-„tegenstaande de geïnt. de exceptie niet heeft voorgesteld, daar de „beslissing omtrent de al- of niet-appellabiliteit van vonnissen is van „publieke orde en dus niet door de houding van partijen aan het „oordeel des rechters kan worden onttrokken.”

noodeloos ophouden, omdat kan worden aangenomen dat in de gevallen, waarin een nader feitelijk onderzoek de aanwezigheid van den grond van afwijzing zou aantonen en bijv. de onbekwaamheid om in rechte te verschijnen, of het onbewezene der beweerde qualiteit aan het licht zou doen komen, de gedaagde zich daarop in den regel wel beroepen zal.

Tot de taak des rechters behoort het ook, te beslissen te wiens laste de kosten moeten komen, die uit het proces zelf voortvloeien. De gegevens voor die beslissing put de rechter uit het proces alleen, de vordering tot verwijzing der in het ongelijk gestelde partij in de kosten ligt reeds opgesloten in de hoofdvordering en in het verweer daartegen. Eene uitdrukkelijke vordering betreffende de proceskosten is dus een nuttelooze formaliteit, waarvan het nalaten den rechter niet moet ontslaan van de verplichting om over de kosten uitspraak te doen.

Behoudens het gezegde omtrent de evengemelde gronden van terugwijzing des eischers en de proceskosten, worde dus de macht des rechters ten opzichte van het *onderwerp der beslissing* bepaald: door hetgeen *door partijen omtrent de feiten en rechtsverhoudingen wordt voorgedragen*, en door hetgeen *gevorderd wordt door den eischer en, voor zoover het een zelfstandig verweermiddel uitmaakt, door den gedaagde*.

DE MACHT DES RECHTERS MET BETREKKING TOT HET
onderzoek van de feiten DER ZAAK.

De prealabele vraag is hier deze: moet ook in het burgerlijk recht de waarheid, d. i. dus de werkelijke waarheid, gezocht en het resultaat van dat onderzoek aan 's rechters beslissing ten grondslag gelegd worden? Het antwoord daarop is: *ongetwijfeld*. Tegenover de werkelijke waarheid staat eene z.g. *formeele* waarheid, een *wettelijke* waarheid, waarbij de *wet* niet alleen de rechten en verplichtingen der partijen op grond der feiten regelt, maar *de feiten zelf vaststelt*. Die wettelijke waarheid moet in vele gevallen van de werkelijke afwijken. Maar het

recht in een bepaald geval is de toepassing van de wet op de feiten van dat geval. En als nu de wet zelve den rechter verbiedt om naar die feiten onderzoek te doen en ze aan te nemen zóó als zij zullen blijken zich te hebben voorgedaan, dan staat de wet aan hare eigen toepassing in den weg en heft zij hare eigen werking op.

Is het juist dat het voor de beslissing op de werkelijke waarheid ten opzichte der feiten aankomt, dan moet ook de rechter, wiens werk het is de beslissing te geven, in zijn onderzoek naar de feiten niet gebonden zijn aan de door partijen voorgestelde bewijsmiddelen *Ambtshalve* moet hij niet alleen een getuigenverhoor, een onderzoek van deskundigen, een plaatsopneming, eene openlegging van koopmansboeken kunnen bevelen, maar evenzeer: een *verhoor* van deskundigen, een gerechtelijke bezichtiging eener *roerende* zaak in geschil, hetzij na overbrenging, of ter plaatse, waar zij zich bevindt, een verhoor van de *partijen* zelf; en onder deze laatsten moeten dan ook zij begrepen worden, die niet persoonlijk in het geding optreden, maar over wier rechten of verplichtingen het geding gevoerd wordt, als bij het optreden van den man voor of mede voor zijn vrouw, bij vennootschap enz. „Geen middel, „dat nuttig of noodig kan zijn om de waarheid te zoeken en „te vinden, mag den regter worden onthouden“ (4). Alleen mag het hem niet geoorloofd zijn zijne uitspraak te gronden op wat hem *buiten het geding* om bekend mocht zijn, waardoor zoowel zijne onpartijdigheid als de volledigheid van het onderzoek gevaar zou loopen (5).

DE MACHT DES RECHTERS MET BETREKKING TOT DE
regeling van den loop van het proces.

Eene goede regeling van den loop der procedure moet met

(4) Mr. A. DE PINTO, Handl. tot het W. v. B. Rv., 2e ged., Inleiding.

(5) Zie mijn praeadvies over de vrije bewijsleer in Hand. der Jur. Ver. 1879, I, bl. 80, bl. 91 vlgg.

de noodige waarborgen voor onpartijdigheid en voor volledigheid van het onderzoek vereenigen: den meest mogelijken *spoed* en *eenvoud*. Spoed, omdat het doel der rechtspraak is, rechtszekerheid te verschaffen. De personen moeten weten welke hunne rechten zijn, om zich daarnaar te kunnen gedragen; zij moeten gewaarborgd zijn tegen krenking hunner rechten door anderen. Het proces is het noodzakelijk kwaad om te komen tot de rechterlijke beslissing, die aan de onzekerheid en krenking een einde maken zal. De tijd, die daaraan meer besteed moet worden dan werkelijk noodig is om tot een beslissing te geraken, is verloren tijd, en kan zelfs ten gevolge hebben dat het geheele doel niet bereikt wordt. Eenvoud: omdat omslag tijd en geld kost. En wat de procedure duur maakt, *sluit* eenvoudig in vele gevallen en voor velen den weg tot verwezenlijking van het recht.

Aan spoed en eenvoud in de procedure is lijdelijkheid des rechters allermint bevorderlijk. Als hij, die het vonnis te wijzen heeft, alle recht van initiatief mist, niets ambtshalve mag doen, geen beschikking, die de zaak nader tot de eindbeslissing brengt, mag nemen dan op de voordracht van partijen, dan kan het niet anders of het proces zal niet zelden in een staat van rust verkeeren, en de middelen, die partijen moeten aanwenden om de zaak telkens een stap nader tot de eindbeslissing te brengen, zullen het procedeeën omslachtig en kostbaar maken.

De „gewone behandeling” volgens ons wetboek van rechtsvordering, waarbij partijen buiten den rechter om de termijnen regelen en de conclusies wisselen, en slechts bij een ontstaan geschil zijn tusschenkomst inroepen, is feitelijk voor den eersten aanleg in onbruik geraakt. Daarvoor is als algemeen gebruikelijk in de plaats getreden de summiere behandeling, die zeer eenvoudig schijnt en dikwijls ook *zijn kan*. De geheele behandeling heeft plaats ter terechtzitting, de rechter regelt de termijnen, slechts 2 conclusiën: van weerszijde ééne, pleidooi terstond

daarna of op een naderen dag, getuigenverhoor op dezelfde wijze als bij de zaken, die voor den kantonrechter behandeld worden, uitspraak dus hetzij onmiddellijk na het afleggen der getuigenissen en na verhoor der partijen, of op eene volgende terstond door den rechter te bepalen zitting.

Hoe komt het dat van dien eenvoud in werkelijkheid zoo weinig wordt waargenomen? Vooreerst door de schorsende werking der afzonderlijk voorgestelde exceptiën en andere incidenteele vorderingen; dan doordien na afloop van bewijs-incidenten de zaak rust totdat zij na beteekening van het procesverbaal weer ter rolle wordt gebracht; eindelijk door de wijze, waarop de wet wordt toegepast. Feitelijk worden de termijnen door de praktizijns van partijen overeengekomen; herhaalde uitstellen zijn daardoor gebruikelijk geworden, zelfs waar bij verschil's rechters beslissing wordt gevraagd; het aantal conclusiën is onbeperkt, en als eindelijk het schriftelijk debat geëindigd is, wordt een pleitdag met een tusschenruimte van weken, soms maanden, bepaald; het getuigenverhoor wordt veelal, evenals bij de „gewone behandeling“, voor een rechter-commissaris gehouden en schorst, zelfs als het ter terechtzitting plaats heeft, evenals de andere bewijs-incidenten, den loop van het proces totdat het door de meest gereede partij wordt hervat, en dat alles niet alleen voor de hoofdzaak, maar ook voor iedere incidenteele vordering.

Deze drie oorzaken van vertraging van den loop van het proces laten zich samenvatten in deze ééne: dat de regeling der procedure te veel is overgelaten aan de partijen zelf, te groote lijdelijkheid dus van den rechter, hetzij dan als een uitvloeisel van de wet, of van de praktijk.

Men zegge niet: waartoe de tusschenkomst des rechters als partijen het met elkander eens zijn om langzaam te procedeeren? Het langzaam procedeeren is gewoonte geworden, zóó zelfs dat de rechter, ook als partijen verschillen, een eind met die gewoonte medegaat. Ook staat het eene proces aan den gang

van het andere in den weg. De *partijen*, nu, letten slechts op hare eigen belangen, de *rechter*, die van den aanvang af op den gang der] voor hem aangebrachte processen invloed uitoefent, houdt rekening met de belangen der rechtzoekenden in het algemeen.

Uit het feit, dat de summiere behandeling de gewone geworden is, blijkt het streven naar een eenvoudige procedure onder het voortdurend toezicht van den rechter, maar de summiere behandeling is niet geschikt voor eene procedure met schriftelijke conclusiën, ze is al te eenvoudig; het gevolg is, dat de gebreken en gewoonten der gewone behandeling zich aan haar hebben medegedeeld, terwijl haar bovendien het groote nadeel eigen is van de tijdroovende rolzittingen, waarop een aantal zaken de revue passeeren, in welke niets gedaan wordt, of niets, waarvoor een verschijning ter rolle noodig was.

De formeele leiding van het proces moet zijn bij den rechter, daarbij gebonden door de bepalingen der wet.

Ik zal thans trachten de hoofdlijnen aan te geven voor een procesorde, aan dat beginsel beantwoordende.

Reeds van den aanvang af moet de rechter bekend zijn met den inhoud der vordering. Een schriftuur, den eisch behelzende, worde dus een bepaalden tijd vóór den dienenden dag ter griffie der rechtbank nedergelegd. Afschrift dier schriftuur worde der tegenpartij beteekend met dagvaarding.

Partijen moeten niet verplicht worden ter rolle te verschijnen dan wanneer dit voor de behandeling der zaak werkelijk noodzakelijk is. Toch moet van den aanvang af de gestadige voortgang van het proces verzekerd zijn.

Daartoe zou ik wenschen dat er werden voorgeschreven tweeërlei zittingen, nl. voor het *aanbrengen* der zaken en voor de *mondelinge behandeling*.

Verschijnt de gedaagde niet, schoon behoorlijk tegeu een zitting voor het aanbrengen van zaken opgeroepen, dan wordt

terstond verstek verleend en de vordering, zoo zij niet onrechtmatig of ongegrond is, toegewezen.

Verschijnt de gedaagde wel, en wenscht hij tegenspraak te doen, dan moet in de eerste plaats de wijze van behandeling worden bepaald. Niet voor alle zaken is een procedure met schriftelijke conclusiën noodig, en evenmin voor alle eene enkel mondelinge behandeling voldoende. De rechter moet dus bevoegd zijn om op verzoek van *den gedaagde* te bepalen dat de zaak, zonder voorafgaande schrifturen, terstond mondeling zal worden behandeld, en wijst dan daartoe eene der eerstvolgende zittingen aan, voor de mondelinge behandeling van zaken bestemd. Het spreekt van zelf dat ook op zoo'n pleitzitting meer zaken na elkander moeten kunnen worden behandeld, zoodat de rechter bij de dagbepaling met den aard der zaken en den tijd, waarschijnlijk voor hare behandeling vereischt, rekening houden moet.

In den regel zal echter de gedaagde wel prijs stellen op de gelegenheid om tegenover den schriftelijken eisch ook zijn verdediging schriftelijk te voeren. In dat geval hoort de rechter partijen over den dag voor de mondelinge behandeling, die hij bepaalt in verband met den tijd, die voor het schriftelijk debat moet worden toegestaan. Voor dit laatste is te rekenen op een schriftuur van antwoord, een van repliek en een van dupliek. In vele gevallen toch is na het antwoord, ten gevolge van daarbij gedane exceptive verdediging of reconventioneele vordering, een repliek noodzakelijk om de punten van verschil te bepalen, terwijl daarna aan den gedaagde nog de gelegenheid tot het laatste woord, tot dupliek, moet openstaan. Voor het wisselen dier schrifturen worden door den rechter tevens de termijnen bepaald, en wel zóó dat de termijn voor dupliek bijv. veertien dagen vóór den pleitdag verstrijkt. Den tijd, dien de gedaagde den termijn voor het antwoord overschrijdt, verliest hij voor de dupliek, een schriftuur van antwoord, minder dan veertien dagen vóór den pleitdag aan den eischer medegedeeld, blijft buiten het geding; hetzelfde geldt van

de repliek, met dien verstande, dat bij overschrijding door den gedaagde de eis cher zijn termijn behoudt, al valt die ook binnen de veertien dagen; en hetzelfde geldt weer voor de dupliek. Het wisselen der schrifturen geschiedt door beteekening of tegen reçu; een bepaalden tijd vóór den dag der mondelinge behandeling worden zij ter griffie nedergelegd. Op dien dag kunnen partijen hare beweringen toelichten, kan ook de rechter opheldering vragen omtrent de bedoeling der gebezigde rechtsmiddelen, omtrent de feiten der zaak, of kan eenvoudig de dag der uitspraak worden bepaald. Is het aan eene der partijen bij het schriftelijk debat noodig gebleken bewijs door getuigen te leveren, dan moet zij de gelegenheid hebben op dienzelfden dag der mondelinge behandeling hare getuigen te doen hooren. Zij zal dan bij request een bevel tot oproeping der getuigen hebben gevraagd, opdat dezen verplicht zouden zijn te verschijnen. Zij zal hunne namen een bepaalden tijd te voren aan de wederpartij hebben beteekend, en wordt op den dag der mondelinge behandeling na verhoor der wederpartij al of niet tot het doen hooren der getuigen toegelaten. De wederpartij moet hare getuigen tot tegenbewijs eveneens tegen dien dag *kunnen* doen oproepen.

Ten opzichte der verdediging gelde als regel, dat de gedaagde al zijne middelen, zoo exceptive als op de hoofdzaak, tegelijk moet aanvoeren. Eene uitzondering worde slechts toegelaten voor die excepties, waarmee de gedaagde *ontkent zijne verplichting* om zich op de vordering zelve te verdedigen (zie boven blz. 340) (6). Tevens worde het *afzonderlijk* voorstellen dier excepties, van onbevoegdheid, nietigheid van dagvaarding enz., bij de wet gebonden aan een zekeren termijn na den dag der dagvaarding.

(6) Niet dus voor die dilatoire excepties, die tegen de vordering zelve gericht zijn, als: dat de schuld nog niet is opeischbaar. Er is geen reden, waarom deze excepties afzonderlijk zouden mogen of moeten worden voorgedragen.

Het afzonderlijk voordragen van zoodanige excepties zou dan in hoofdzaak op dezelfde wijze moeten geschieden als het aanhangig maken van het geding zelf. De schriftuur, die haar behelst, wordt ter griffie nedergelegd en aan de wederpartij beteekend of tegen reçu in afschrift aan haar medegedeeld. De beteekening of mededeeling dier schriftuur brengt van rechtswege mede: oproeping tegen de eerstvolgende zitting voor het aanbrenge van zaken. Op dien dag wordt bepaald op welke pleitzitting de exceptie zal worden behandeld; daarbij behoeft slechts op één schriftuur, die van eischer's antwoord, te worden gerekend; een schriftuur van antwoord, minder dan bijv. acht dagen vóór den pleitdag medegedeeld, blijft buiten het geding.

Van het oogenblik, dat de exceptie is voorgedragen, zijn de voor de hoofdzaak bepaalde termijnen geschorst, en de reeds gedane bepaling van den dag voor de mondelinge behandeling der hoofdzaak verliest haar kracht. Wordt de exceptie afgewezen, dan hernemen die termijnen hun loop zoodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, en de rechter bepaalt terstond na het uitspreken van het vonnis op de exceptie den nieuwen pleitdag voor de hoofdzaak, met inachtneming van den termijn van appèl van bedoeld vonnis, die van den dag der uitspraak zou moeten loopen.

Het laten voorbijgaan van den termijn, voor het afzonderlijk voorstellen der exceptie gegeven, behoeft den gedaagde alleen het recht tot het *afzonderlijk* voorstellen, niet het recht op de exceptie te doen verliezen, die hij nu alleen tegelijk met het antwoord op de hoofdzaak zal kunnen voordragen.

De procedure voor de andere incidenteele vorderingen kan op dezelfde wijze als die voor de afzonderlijk voorgedragen excepties geregeld zijn. Een termijn voor het aanhangig maken komt daarbij echter alleen te pas voor het verzoek om een derde in vrijwaring te mogen roepen. Een schorsende werking op de hoofdzaak mag alleen aan eenige met name genoemde incidenteele vorderingen worden toegekend, als: het verzoek

om een derde in vrijwaring te roepen, het verzoek van een derde tot interventie, nl. bij tegenspraak daarvan door de oorspronkelijke partijen of eene harer, de vordering tot schorsing van het geding wegens verandering van staat of andere oorzaken. Bij het toestaan van het verzoek tot *oproeping in vrijwaring* wordt tevens de dag bepaald, tegen welken de waarborg zal worden opgeroepen en waarop tevens de oorspronkelijke zaak dienen zal; op dien dag worden de termijnen voor de schrifturen en de pleitdag, voor hoofdzaak en vrijwaring beiden, geregeld. Wordt het verzoek afgewezen, dan wordt gehandeld als bij afwijzing eener afzonderlijk voorgestelde exceptie.

Wordt een verzoek tot *tusschenkomst* niet betwist, dan kan de reeds vastgestelde pleitdag voor alle partijen behouden blijven. Wordt het verzoek na tegenspraak toegestaan, dan wordt tevens de nieuwe pleitdag bepaald. Wordt het afgewezen, dan wordt gehandeld als bij afwijzing eener afzonderlijk voorgestelde exceptie.

De *schorsing van het geding* wegens een daartoe leidende oorzaak moet gevorderd kunnen worden zoowel door de belanghebbenden aan de zijde van de partij, bij welke de oorzaak bestaat, als door de tegenpartij. Wordt zij, al dan niet na betwisting, uitgesproken, dan duurt de schorsing totdat het geding op de vordering van eene der oorspronkelijke partijen, of die haar vertegenwoordigen, hervat is verklaard en die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Terstond na die hervatverklaring wordt, met inachtneming van den termijn van appèl, de nieuwe dag voor de mondelinge behandeling der hoofdzaak bepaald.

De incidenten van bewijslevering: voor zoover deze voor den rechter of voor een rechter-commissaris geschiedt, bepaalt de rechter of rechter-commissaris aan het eind er van den dag voor de verdere mondelinge behandeling, rekenende op den tijd, die naar omstandigheden voor het indienen van nadere schrifturen noodig kan zijn. Is een onderzoek door deskundigen bevolen of de bewijsopneming aan een anderen rechter opgedragen, dan moeten reeds bij het vonnis, waarbij het onderzoek

bevolen of de rechter gecommiteerd werd, bepaald zijn de termijn voor het nederleggen van het bericht of de toezending van het proces-verbaal der bewijslevering, en de dag voor het voortzetten der zaak. Op dien dag wordt dan naar den eisch der zaak of de dag der uitspraak of die der nadere mondelinge behandeling bepaald.

Ten slotte merk ik nog op 1^o: Dat bij een regeling der procedure als hier wordt voorgesteld een belangrijke uitbreiding aan de alleenrechtspraak zou kunnen worden gegeven. Op de zitting, waar de zaak wordt aangebracht, zou niet alleen de pleitdag bepaald, maar ook het lid der rechtbank benoemd kunnen worden, belast met de verdere behandeling en de beslissing der zaak.

2^o. Dat, wanneer de verschijningen ter terechtzitting tot het strikt noodige worden beperkt, en de *formeele* leiding van het proces bij den rechter is, aan eene afschaffing der *verplichte* vertegenwoordiging van partijen kan worden gedacht.

1891

*Eenige opmerkingen over de regeling der Administratieve
Rechtspraak.*

Convivis non coquis.

Aan de door de Juristen-vereeniging opgegeven vraag over de grondslagen, waarop de regeling der administratieve rechtspraak berusten moet, hebben wij twee belangrijke adviezen te danken, van de hand van Mr. S. VAN HOUTEN en van prof. J. T. BUIJS, die hoe verschillend ook onderling, het eere-salunt van *Themis*, een waardeerende en opbouwende kritiek, ten volle verdienen. Het opstel van den heer VAN HOUTEN is kort, blijkbaar niet zonder haast gesteld onder de dagelijkse werkzaamheden van het politieke leven, die intusschen den aangeboren trek tot het beschouwende niet vermogen uit te dooven; het veel meer uitgewerkte advies van prof. BUIJS ademt de kalmte en het overleg van de studeerkamer, die echter allerminst gesloten blijft voor de ervaringen en de eischen der praktijk. De heer VAN HOUTEN put voor zijne denkbeelden en inzichten bewijs en bekrachtiging uit hetgeen hij, als afgevaardigde, heeft gezegd en gehoord, de heer BUIJS behoeft voor zijn opstel slechts te putten uit den rijken voorraad, dien hij zelf jaren lang tot de vaderlandsche literatuur over het onderwerp heeft bijgedragen. Mr. VAN HOUTEN laat met détails zich volstrekt niet in, en schrapt het formeele gedeelte van het onderwerp geheel en al van zijn agenda; prof. BUIJS levert de grondtrekken voor een behoorlijk debat niet alleen, maar bijna te gelijk voor een wetsontwerp, en hoewel ook hij aan het materiele deel zijn voornaamste zorg wijdt, geeft hij ook voor het procesrecht belangrijke wenken. In de beantwoording der belangrijke vraag, aan welken rechter de beslissing in administratieve gedingen moet worden opgedragen, verschillen,

gelijk vermoed kan worden, de referenten van elkander, toch stemmen zij overeen in het uitgangspunt en den grondslag voor die rechtspraak.

Indien de beide adviezen goed worden bestudeerd, — wat boven allen twijfel geacht wordt, — belooft het debat belangwekkend en vruchtdragend te zijn.

Daarom is het onze taak niet, — het ware waarlijk aanmatigend, — nog meer licht te verspreiden of een leiddraad te ontwikkelen. Neen. Wij wenschen slechts de aandacht te vestigen op enkele punten vanwaar de hoofdwegen uitgaan, die tot het einddoel moeten leiden, en bij die vermelding een meening te uiten over de meerdere of mindere veiligheid en korthed van den aangewezen weg.

„Het onderwerp der vraag” zegt Mr. v. H. „behoort tot die, waarbij een beroep op de collectieve wijsheid der belangstellenden noodzakelijk is”; en prof. Buijs verklaart, dat hij onmogelijk alles heeft kunnen neerschrijven wat hij in het praeadvies zoo gaarne had gebracht. Daarin ligge tevens de verontschuldiging zoo van 't geen wij durven aanmerken als van 't geen wij over 't hoofd zien.

Beide praeadviseurs zijn eenstemmig in lof voor de grondwettige regeling, die den toekomstigen wetgever de handen vrijlaat in alles behalve *dit* alleen, dat de beslissing van administratieve rechtsgeschillen aan een rechtsprekend college moet worden opgedragen: het facultatieve, dat het woordje *kan* in a. 154 Grwt. te kennen geeft, gaat niet zóover, dat zoodanige opdracht mag achterwege blijven, het laat alleen de keuze van den rechter geheel vrij. Trouwens de geschiedenis van 't geen er vóór en tijdens de grondwetsherziening over ons onderwerp geschreven, gesproken en geredetwist werd, laat die opvatting te goeder trouw niet betwijfelen.

Wat bedoelt nu dit art. 154 met *twistgedingen*? Beide referenten vatten de uitdrukking op als *rechtsgeschillen*. En waarlijk reeds de analogie met het onmiddellijk voorafgaande

artikel, dat de minimum-competentie van den burgerlijken rechter bepaalt, is hier beslissend. Slechts voor geschillen, die hun grond vinden in een beweerd *recht* van den eischer, vordert a. 154 Grwt. de opdracht der beslissing aan een rechtsprekend college. Maar na deze overeenstemming in het hoofdbeginsel gaan de wegen der twee adviseurs uiteen.

Staan wij nu voorloopig stil bij de redeneeringen en gevolgtrekkingen van den heer van Houten. Omdat de *administrat. rechtspraak* niets anders bevat dan de beslissing van twistgedingen over eenig eenerzijdsch beweerd, anderzijds betwist *recht*, bij hetwelk een administratief of politiek recht aan een van beide zijden de grond van het van den rechter gevorderde uitmaakt . . . behoort de *gewone* rechter als de uit den aard der zaak competente autoriteit aangemerkt te worden. In deze woorden ligt het besluit en — de bewijsvoering van den heer v. H. De aard der zaak! Ja, natuurlijk een geschil over een recht verlangt de beslissing van een rechter. Daarvoor vraagt niemand een bewijs, eenvoudig, omdat hij die een rechtsgechil uitmaakt reeds daardoor rebus ipsis et factis als rechter optreedt. Maar, dat nu daarvoor alleen de *gewone*, d. i. de burgerlijke rechter de eenig mogelijke is, dat heeft de heer v. H. zelfs niet getracht te bewijzen. Wel zegt hij, dat die opdracht slechts een nadere regeling is „van de competentie die hij reeds bezit en in den loop der tijden aan zich getrokken heeft.” Doch wien werpt deze phrase zand genoeg in de oogen, om niet verder te durven gaan? Uit art. 153 Grwt. volgt toch volstrekt niets anders dan dit, dat alle administratieve geschillen waarbij iemands eigendomsrecht betrokken is, voor den gewonen rechter behooren, wiens verplichte bevoegdheid voor het overige tot de burgerlijke rechten beperkt wordt. Zoo de gewone rechter in den loop der tijden meer aan zich getrokken heeft, de heer v. H. weet uitstekend, zoo goed als ieder, waaraan dit is toe te schrijven. Hij weet, dat de text der Grwt. 1815 (1840) en het daarop gegronde a. 2 R. O. hiervoor de gelegenheid open

lieten, die gebruikt werd vooral om het gemis eener administratieve rechtspraak. Hij weet, dat in '48 het grondwetsartikel gewijzigd werd, om de competentie van de burgerlijken rechter meer te preciseeren, en hij had moeten bedenken, dat naar zijn opvatting het bij de jongste herziening geschapen art. 154, geïnterpreteerd zooals hij het aanvankelijk te recht doet, eenvoudig onzin wordt! Art. 154 spreekt van twistgedingen d. i. rechtsgeschillen, die niet behooren tot die vermeld in a. 153 en laat den wetgever vrij die op te dragen òf aan den gewonen rechter òf aan een administratief rechterlijk college. Eigenlijk zijn er geen rechtsgeschillen, of zij behooren op grond van v. H.'s „aard der zaak“ reeds tot de twistgedingen van a. 153; het ware meer dan ongerijmd, voor te schrijven, dat die twistgedingen, wier recht van zelfstandig bestaan eigenlijk niet toegegeven kon worden, ook mogen worden opgedragen aan een anderen rechter dan degeen voor wien zij van zelf behooren te komen. „De den wetgever gelaten kens“ betuigt hij zelf „betrift alleen de berechting, hetzij door den gewonen rechter, hetzij door een speciaal college.“ Maar hoe is deze keus denkbaar; wanneer wij redeneeren als de heer v. H.? Integendeel. Door dat a. 154 uitdrukkelijk gewaagt van twistgedingen, niet behorende tot die vermeld in a. 152, heeft de thans geldende Grondwet expressis verbis gebroken met de interpretatie en de praktijk die van 1815 af, door middel ook van artt. 2 R. O. en bij het gemis eener administratieve rechtspraak, zich heeft weten op te werken en te handhaven.

Het betoog, wij herhalen het, dat geleverd had moeten en wellicht geleverd kon worden, dat bij de keuze de aandacht alleen op den gewonen rechter mag vallen. dat ontbreekt ten eenenmale. Wil Mr. v. H. hiervoor stemmen winnen, dan zal hij, bij het mondeling debat, zijn aanhangers moeten te hulp roepen en zijn tegenstanders nog moeten overtuigen.

Want waarlijk, in zijn verdere uiteenzetting heeft hij veel toegevoegd, dat eer tegen dan voor zijn keuze zal innemen.

De beslissing in alle geschillen, die niet tot de eigenlijke twistgedingen of rechtsgeschillen behooren, sluit hij zorgvuldig buiten de rechtspraak van den gewonen rechter, en laat haar geheel en al over aan de vrije beslissing der administratie door alle die instantiën heen, die de wet of de algemeene bestuurmaatregel daarvoor goed vindt aan te wijzen. Zulk een beslissing betitelt hij met den ietwat gewaagden naam van pseudo-rechtspraak, waartoe alle bezwaren gerekend worden, die gericht zijn tegen hetgeen de Administratie *ex bono et aequo* mag regelen en besluiten. Doch het criterium om dit vrije terrein der Administratie te verkennen, wordt niet opgegeven. Maar daaronder vallen nu b. v. alle kwesties over aanslagen in directe (rijks-, provinciale en plaatselijke) belastingen; alle vragen over het toestaan of weigeren van vergunningen tot het oprichten van inrichtingen en dergelijke meer (1). Hier zal dus de Administratie vrij blijven beslissen, vrijer des noods nog dan tegenwoordig het geval is. „Het lager Staatsorgaan handelt voor den Staat en bindt den Staat slechts in de veronderstelling dat de handeling van dit lager orgaan in overeenstemming is met den wil van het hoogst orgaan ...” Maar dan zie ik niet in waarom dit hoogste orgaan zich nog bekommeren moet om adviezen van een College, dat zelf niet als een verantwoordelijk lid in den keten der actieve administratie

(1) Mr. v. H. onttrekt het oordeel over Vergunningen ook dáarom aan de eigenlijke rechtspraak, omdat zij als *leges privatae* te beschouwen zijn. Op den klank af schijnt hij de Concessies voor Wegen, Kanalen, Spoorbanen, Telegraaflijnen en dergelijke, waarbij aan een particulier vergund wordt wat anders des Staats is, te verwarren met de toestemmingen om fabrieken op te richten, bergplaatsen aan te leggen, op eigen terrein te bouwen, ja waarom niet om sterken drank in het klein te verkoopen. Maar bij deze laatste geeft of onthoudt de Staat zijne toestemming met het oog op de wederzijdsche belangen van den verzoeker en van het publiek. Deze laatste vallen gewis niet onder 't geen in Engeland *private bills* heeten; en in de Fransche administratie onderscheidt men *Concession* en *Autorisation*.

een schakel vormt? Dan begrijp ik niet, waarom voor de beslissingen in die zoogenaamde pseudo-rechtspraak, in het vervolg, wanneer eenmaal de wensch van Mr. v. H. in een wet belichaamd ware, de Regeering zooveel omslag zou moeten maken voor 't geval zij het advies van den R. v. St. of van één zijner afd. ter zijde stelt. Dan *moet* — nu zeg ik ook: uit den aard der zaak — het advies van den verantwoordelijken minister voldoende zijn!

Een ander gevolg van den heer v. H.'s zienswijze is, dat de rechterlijke, de eigenlijk rechterlijke, beslissing in admin. twistgedingen eerst kan ingeroepen worden, wanneer de administratieve instructieloop zijn eindpunt heeft bereikt. Als voorbeeld geeft hij zelf de kwestie der inlijving van een milicien, die reden tot vrijstelling meent te hebben. „Eerst als de Koning — definitief heeft beslist, wat de Staat moet eischen begint de mogelijkheid eener administratieve *rechtspraak.*”

Men mag hier betreuren, dat Mr. v. H. om het formeele gedeelte van het vraagstuk zich niet heeft bekommerd. Anders zou hij begrepen hebben, dat door zulk een inrichting een omslag en een tijdverlies veroorzaakt wordt, die de administratie belemmert en den rechtzoekenden burger afmat. En nu moge hij in een vrij gezochte vergelijking, het zóo voorstellen, alsof de hoogere administratieve autoriteiten, niet anders als de Commissarissen eener naaml. vennootschap, de vraag onderzoeken, of het raadzaam voor den Staat is, tegen den protesteerenden milicien te procedeeren, waarom mag dan die milicien niet terstond het rechtsgeding aanvangen? Of behoeft ook hij dit verlof?... Wij laten nu nog onaangeroerd deze beschouwing, of het voor het prestige van het hoogste gezag in den Staat heilzaam is, dat de rechtspraak in naam des Konings uitgeoefend, regelmatig en bij voorkeur de door den Koning genomen administratieve beslissingen zal moeten beoordeelen; of nu de admin. rechtspraak ook nog instantiën zal

hebben en dus ook in eersten aanleg aan de arrond.-rechtb. zal komen, of wel de H.-R. in eerste en hoogste ressort uitspraak zal doen; daarvan vernemen wij niets. Dat de eerstbedoelde inrichting, om het onderzoek naar feiten en plaatselijke omstandigheden, verkieslijk is, zal men allicht toegeven; maar dat zij met de eindpunten-leer verbonden tijdroovend en omslachtig werkt, evenzeer. Met de regeling van dit feitelijk onderzoek, als onderdeel der bewijsvoering, wil het bij den praeadviseur niet recht vloten. Daar het immers bij deze eindpunten-theorie als voor de hand ligt, dat de rechter alleen den wettelijken grond van het geschil zal hebben te onderzoeken, dus als cassatierechter optreedt, en de praeadviseur, die ook met de civiele rechtspraktijk bekend is, de *détours* van het cassatie-proces kennende de klippen vreest, waarop alsdan een billijke beslissing kan afstuiten, deinst hij terug — niet voor de consequentie zijner eigene leer, maar voor een verder onderzoek." Hier nadert men echter het gelukkig pro hoc et nunc uitgesloten gebied der procedure."

Aldus kan men in een debatingclub maar niet in een debat, dat praktische resultaten beoogt, zich eraf maken.

Zoo heeft dan Mr. v H. veel stof bijeengebracht om van de opdracht der adm. rechtspr. aan den gewonen rechter, die wellicht vele voorstanders telt en wie het aan bekwame verdedigers niet ontbreekt, af te schrikken; niets bijeengebracht om — ik zeg niet eens het noodzakelijke doch alleen maar — het nuttige, het verkieselijke, er van te bewijzen.

Ja, toch één voorbeeld om als argument dienst te doen, in het voorbijgaan: het bekende precedent, dat het oordeel van Gedeput. Staten over het zich onttrekken aan de personeel- of de patentbelasting verschillen kan van dat van den Strafrechter. Daarom moet dit oordeel onverdeeld voor denzelfden rechter komen, en daar alleen de gewone rechter straf mag opleggen, zal dus hij alleen ook de rechter over het belasting-geschil moeten zijn. Maar waarom ontbreekt hier het denk-

beeld van een praedjudicieel geschil, naar analogie van art. 6 Wetb. v. Strafv.?

Het bovenstaande zij genoeg over het praeadvies van Mr. VAN HOUTEN, dat zeker uitmunt door beknoptheid, om één hoofdgedachte zich concentreert, minder betoogt dan stelt, maar blijkbaar niet zoozeer zich voorstelt het debat te entameeren, als wel het opstellen van paaltjes en het trekken van richtsnoeren, om het terrein der gedachtenwisseling af te bakenen.

Stappen wij dus nu over naar het praeadvies van prof. BUIJS. Evenals zijn mede-adviseur ziet hij in art. 154 Grwt. een voorschrift, dat tot het scheppen eener administratieve rechtspraak dwingt; evenals deze wil hij, dat deze rechtspraak de zelfstandigheid der uitvoerende macht eerbiedige; maar hij wenscht de rechtspraak aan een specialen, administratieven rechter te zien opgedragen; en die meening verdedigt hij met een uitvoerig betoog, waaruit wij hier eenige deelen bijzonder meenen te moeten aanhalen. Eerstens dan om de zoo noodige verdeling van arbeid: „de admin. rechtspraak zal alleen dan zoo deugdelijk mogelijk zijn, wanneer zij berust bij mannen, die innig met onze administratie vertrouwd, van haar recht het hoofdonderwerp hunner studiën hebben gemaakt.” Ten tweede de aard van het recht, waarop de geschillen gegrond zijn, „de omstandigheid dat het hierbij te doen is om toepassing van het recht van den Staat. Immers de lijdelijke houding, welke de gewone rechter pleegt aan te nemen bij de behandeling van een Civiel geschil; de gewoonte om eenvoudig uitspraak te doen over de vraag, zooals partijen hem die voorleggen, zonder er zich om te bekommeren of deze vraag goed gesteld werd, past niet bij de beslissing over het recht van den Staat, omdat deze geen schade kan lijden door gebrekkige voorstelling van de feiten.... Aan den rechter kan alzoo in het belang van een deugdelijke administratieve rechtspraak de bevoegdheid niet worden betwist om zich ook buiten

de klagenden om, de inlichtingen te verschaffen, die hij tot bepaling van zijn oordeel over het recht van den Staat mocht noodig hebben, en van daar de behoefte aan een andere wijze van onzerzoek dan bij het Civel proces gevolgd wordt." Ten derde, de behoefte aan een eenvoudiger en minder kostbare procesorde. Voegt men nu hierbij, dat de sinds langen tijd hier te lande bestaande wijze van behandeling der administratieve geschillen aan de Gedeputeerde Staten en meer bijzonder aan de bekende afdeling voor geschillen van den Raad van State een voortreffelijke voorbereiding heeft geschonken om eenmaal de wezenlijke administratieve rechtspraak in handen te nemen, dan bestaat er alle grond, om hierin niet radicaal te werk te gaan, uit te roeien de kiemen en rijstjes die reeds voorspoedig zijn opgeschoten, in den omgegooiden akker te gaan zaaien en planten, als 't ware op goed geluk af; ja met het risico voor oogen, dat wij, als in Italië, na weinige jaren het alsdan gegroeide, als onkruid, weer zullen moeten gaan uitwieden.

Om alle deze redenen, zij mogen dan meer op utiliteitsgronden dan op principes berusten, verdient het instellen eener rechtspraak, bepaald met administratieve geschillen belast, de voorkeur. Het is waar, dat door de instelling eener bijzondere administratieve rechtspraak een grenslijn moet worden getrokken tusschen de bevoegdheid van den nieuw geschapen rechter en den gewonen burgerlijken rechter; dit bezwaar wordt door den heer BUIJS noch over het hoofd gezien noch te licht geacht, maar tevens worden pogingen aangewend, om het te overkomen. Wij laten nu eens in het midden de juistheid zijner bewering, dat ook zij die de administratieve rechtspraak den gewone rechter willen opdragen, haar wel altijd aan een afzonderlijke Kamer van het rechtscollege zullen toebedeelen, en daardoor evenzeer de kwestie van bevoegdheid in het leven roepen. Wij beoordeelen deze stelling niet, vooreerst omdat althans de heer VAN HOUTEN

daarover zich niet heeft uitgelaten, en ten andere omdat het kwestieus kan zijn, of de behandeling bij de eene of de andere Kamer van een in 't algemeen bevoegd verklaard rechtscollege inderdaad eenigen invloed kan uitoefenen op de rechtsgeldigheid van het gevoerde geding of van de gevallen uitspraak. Liever verwijzen wij naar 't geen prof. BUIJS alzoo voorstelt ter voorkoming van mogelijke conflicten tusschen den administratieven en den burgerlijken rechter. Vooreerst dan, door voor de regeling der bevoegdheid van den administratieven rechter te kiezen, wat de Duitschers het *Enumerationsprincip* noemen; vervolgens door het opnemen van een voorschrift in a. 2 R. O., volgens hetwelk de burgerlijke rechter ook van die publiekrechtelijke geschillen mag kennisnemen, die de wet niet uitdrukkelijk hem ontzegt; ten derde door een zoodanige regeling van de toch altijd onvermijdelijke conflicten, waardoor met zoo weinig omslag en tijdverlies als maar mogelijk is, een juiste beslissing hierin worde verkregen. De praeadviseur wil namelijk uit kracht onzer, door de R. O. voorgeschreven en vast ingewortelde gewoonte, aan het hoogste rechtscollege in iederen tak van rechtspraak de beslissing over eigen bevoegdheid overlaten; en voor het geval de beide colleges zich in een zelfde geding of gelijkelijk bevoegd of gelijkelijk onbevoegd verklaren, de eindbeslissing aan een gemengd college, onder voorzitterschap van den Minister van Justitie overlaten.

Er is in al deze denkbeelden en voorstellen veel gelegen, dat ons in de praktijk althans nieuw en daarom vreemd moet voorkomen. Daar intusschen de eigenlijke administratieve rechtspraak reeds op zich zelve bij ons iets nieuws is, moet men voor de nieuwe instellingen ook niet a priori terugdeinzen, te minder daar zij zich deels laten aanknoopen aan 't geen hier reeds bestaat, deels op voorbeelden kunnen beroepen die andere staten sinds korter of langer tijd verschaffen. Ons komt het bovendien voor, dat door de opdracht der administratieve rechtspraak aan den civielen rechter minstens evenveel nieuwig-

heden zouden worden te voorschijn geroepen, zonder dat daardoor de berechting der administratieve twistgedingen zoo deugdelijk zou zijn gewaarborgd, als krachtens de voorstellen van prof. Bujs het geval kan zijn. Qui veut la fin veut les moyens. Bij de opdracht nu aan den gewonen rechter gaat men er toe over (zou ik haast zeggen) zoowel den aard van de civiele rechtspraak als die der administratieve aan te tasten en in gevaar te brengen, bij de opdracht aan een speciaal rechtscollege, bepaaldelijk aan Gedeputeerde Staten (1) en aan de geschillenafdeeling van den Raad van State werkt men met bekende gegevens, en zal men er toe geraken, het onbekende langs den veiligsten weg te vinden. Ook hierbij worde niet uit het oog verloren, dat het raadzaam is, geen sprongen te maken, maar geleidelijk voort te gaan; de colleges, die reeds thans, en zoovele jaren, de administratieve geschillen behandeld hebbeft, die rechtvaardige en op de wet steunende beslissingen najagen, behoeven slechts de formeele zelfstandigheid en onafhankelijkheid te verwerven, om aan den nieuwen toestand te zijn aangepast.

Dat de leden van *die* afd. van den Raad van State die alsdan in het hoogste ressort vonnist, *ad vitam* moeten worden aangesteld, is wellicht inconsequent; maar de Grondwet *is* reeds over dit bezwaar heengestapt. Daar voorts het ontslag vragen van, veel meer het ontslag geven aan Staatsraden om politieke redenen of bij het wisselen der ministeries bij ons (sinds '61 zeker) tot de hoogste onwaarschijnlijkheden behoort, zoo zou 't eenige praktische gevolg van de opdracht der rechtspraak aan de afdeeling van art. 13 der Wet op de R. v. S. dit zijn, dat bij de aanstelling van haar leden minder naar politieke richting dan naar kunde en rechtschapenheid werd uitgezien. Dat hierdoor het karakter van de Raad van State gedenatureerd zou worden, zal wel niemand beweren.

(1) Of liever commissies van 3 leden uit ieder college.

Dat prof. Buurs aan bestaande toestanden zijn plannen vastknoopt, blijkt ook uit hetgeen hij ten aanzien van art. 2 R. O. voorstelt. Natuurlijk wil hij het in overeenstemming zien gebracht met a. 153 Grwt. Maar overigens schaart hij zich niet aan de zijde van hen, die à outrance den civielen rechter van alle bemoeiingen met geschillen, die uit het publiekrecht oprijzen, willen zien uitgesloten. Reeds zagen wij dit in de supplementaire bevoegdheid, die hij aan dit art. 2 R. O. voorstelt toe te voegen; maar wij merken dit ook in iets anders nog. Uit de opsomming, uitwerking en toelichting der *Enumeration*, die hij als een schets voor een toekomstige regeling levert, blijkt duidelijk, dat hij de bevoegdheid van den burgerlijken rechter om over „Eigendom en daaruit voorspruitende rechten“ te beslissen onbepaald aanneemt, en daarin de tot dusver vrij algemeen gehuldigde practijk bekrachtigt. Zeer te recht, durven wij beweren. Dat de Grondwetgever van 1815 of zelfs die van '48 een absolute afscheiding tusschen publiekrecht en privaatrecht bij de rechtspraak heeft willen maken, laat zich volstrekt niet bewijzen. Dezelfde Thorbecke, die in zijn Aanteekening deze stelling uitspreekt, heeft later bij de door hem voorgestelde organieke wetten en bij de handhaving er van, alle moeite moeten aanwenden, om die afscheiding algemeen te doen erkennen en begrijpen. Wat de Grondwet van meet af wèl beoogde, was zeker, op het voetspoor van de vaderlandsche en van de vreemde antecedenten, die hier gegolden hadden, de bevoegdheid der rechterlijke macht van die der uitvoerende te onderscheiden en der rechterlijke macht haar legitieme portie te verzekeren. In de toekenning der verplichte bevoegdheid wilde zij bepaald deze staatsmacht krachtiger beschermen tegen usurpatie van de zijde der Uitvoerende dan omgekeerd. Daar nu zelfs, volgens de traditioneele Fransche opvatting, de bescherming van het Eigendomsrecht onbegrensd aan de hoede van den rechter was opgedragen, en men, blijkens hetgeen in de Staatscommissie van '15 verhandeld werd, niet daarachter

wilde teruggaan, zoo is het boven allen twijfel, dat ook hier iedere betwisting van of inbreuk op den Eigendom uitsluitend en alleen aan de beoordeeling der civiele rechtsmacht was en bleef opgedragen. (1) Ten aanzien van schuldvorderingen heeft de redactiewijziging van '48 beslist: zij behooren obligaata alleen dan tot den burgerlijken rechter, voor zooverre zij uit het burgerlijk recht voortspuiten. Dus ook die tot schadevergoeding wegens een onrechtmatige daad, door een ambtenaar van het openbaar gezag ons aangedaan? De strijd is bekend. Naar de opvatting van Prof. BUIJS, zooals die uit het praeadvies valt op te maken, heeft men te onderscheiden. Zoo dikwijls bijzondere personen of corporatiën schade lijden, omdat door een handeling van de uitvoerende macht het hun toegekende recht geschonden werd, moeten zij een rechter kunnen vinden. „Het geschil, naar aanleiding van zulk eene klacht opgezet, betreft de uitoefening van het regeeringsrecht en behoort alzoo bij den rechter, die van publiekrechtelijke geschillen kennis neemt.” Deze redeneering slaat b.v. op een actie ten gevolge van onrechtmatige inlijving bij de Nat. Mil., op grond van onwettige sluiting eener inrichting die onder de wet van '75 valt, wegens het willekeurig betreden eener woning door een ambtenaar ter uitvoering eener wet, verordening, enz.; die hier niet te pas kwam. enz. enz.

(1) „Plusieurs membres” — zegt RAEPSAET — „rappellent les abus „qui existaient sous le régime français à défaut d'un juste ligne de „compétence entre l'administratif et le judiciaire.” — PROUDHON zegt in zijn „Traité du Dom. public (I, 461) — „La règle générale est „que toutes les questions de propriété foncière doivent être renvoyées „par devant les tribunaux civils.” (I, 104): „C'est aux tribunaux „civils qu'il appartient de statuer sur toutes les questions de pro- „priété foncière quelle que soit la qualité des parties entre lesquelles le „litige soit élevé.” En hoewel nu P.'s werk eerst van 1838 dagteekent, citeert hij tot steun zijner uitspraak wetten van 1807, 1810 en 1813, wetten die dus ook hier, toen wij tot Frankrijk behoorden, gegolden hebben. Ook onze wet van 16 Junni 1816 S. n^o 27 interpreteert de Grondwet in dezelfde richting,

Waar alzoo de beslissing in het geding geheel en uitsluitend beheerscht wordt door de vraag, in hoever de ambtenaar van het uitvoerend gezag te recht is opgetreden, daar vermag ook uitsluitend de rechter, die voor publiekrechtelijke geschillen bevoegd is, ervan kennis nemen. Bijna geregeld plegen onze civielrechterlijke colleges, reeds vroeger en thans, dergelijke geschillen niet binnen den kring hunner bevoegdheid te trekken. Anders is het — daarmede laat intusschen de referent zich ditmaal niet in — wanneer de actie gegrond is op een onrechtmatige, schade berokkenend, doen of nalaten, waarbij beoordeeling van het regeeringsrecht, van de bevoegdheid der Uitvoerende Macht geheel is buitengesloten, b. v. tegen een ambtenaar die geheel en al buiten zijn amtskring getreden is, geheel bezijden de wet, in strijd met zijne instructiën of tegen de voorschriften zijner superieuren gehandeld heeft; tegen den staat, de prov. of de gemeente, voorzoover zij als vermogenssubjecten, als privaatrechtelijke moreele corporatiën, met de rechten de belangen van particulieren in aanraking waren enz. Uit niets blijkt, dat de heer Buys hierover anders zou denken.

Bij den heer v. H. vinden wij uitdrukkelijk deze uitspraak: „Ook waar het vorderingen geldt tot bekoming van schadevergoeding is het niet wel in te zien, waarom een burger tegen eene administratieve autoriteit, die buiten den kring harer bevoegdheid hem schade heeft toegebracht, rechteloos zou moeten zijn.“

Kunnen wij alzoo bij de grenslijn, door den tweeden praeadviseur tusschen de door hem voorgestelde administratieve rechtspraak en die van den gewonen rechter getrokken, ons geheel neerleggen, ernstig bezwaar opperen wij tegen de grenslijn die hij voor de administratieve rechtspraak aan de andere zijde trekt. Dat deze lijn dáar gelegen is, waar de vrijheid en de zelfstandigheid der Administratie aanvangt, is onbetwist; anders bezat de administratie hoegenaamd geen gezag meer. Het is echter

de vraag, waar dit gebied aanvangt? Zoolang geen Wet — voor het prov. en het plaatsel. uitvoer gezag, geen verordening — eenige grens of bepaling inhoudt, is de administratie natuurlijk geheel vrij, en alleen de politieke verantwoording verschuldigd, die de Vertegenwoordiging mag vragen. Tegen het door Prof. BUIJS gegeven voorbeeld van ongemotiveerd ontslag aan afzetbare staatsambtenaren gegeven zal wel niemand opkomen.

Waar nu echter de Wet — spreken wij kortheidshalve alleen van het algemeene, het centrale Staatsgezag — de administratie wèl voorschriften geeft, maar die niet bepaalt afbakt, de opvatting en de toepassing er van aan het uitvoerend gezag toevertrouwend, daar zou een onjuiste opvatting en toepassing volgens prof. BUIJS — 't is meermalen door hem verkondigd — niet onder rechterlijke contrôle vallen: het geschil over de doelmatigheid van de besluiten der Administratie valt niet onder het begrip van een administratief rechtsgeding; die zich er door benadeeld acht moet wel de gelegenheid hebben, tot bij de hoogste autoriteit toe zijn bezwaren in te dienen, maar mist, moet blijven missen, de bevoegdheid om de beslissing van den onafhankelijken administratieven rechter in te roepen. Wij hebben hier, ook volgens prof. BUIJS, juist met datgene althans met een deel van datgene te doen wat zijn mede-adviseur pseudo-rechtspraak noemt. De voorstelling van den heer BUIJS is intusschen minder abrupt en minder apodictisch; zij laat beoordeeling toe. Nemen wij tot toelichting het steeds voor de hand liggend, ook door prof. BUIJS gebruikte voorbeeld, ontleend aan de Wet tot regeling van het toezicht bij het oprichten van inrichtingen enz. „Wanneer de Administratie” — zoo betoogt hij — „na onderzoek de aanvraag om vergunning tot oprichting eener fabriek, omdat zij zulk een fabriek op de aangewezen plaats schadelijk acht voor de gezondheid of omdat zij daarvan voor de huizen in den omtrek „hinder van ernstigen aard” te gemoet ziet, afwijst dan moet de administratieve rechter niet bevoegd zijn deze uitspraak

te vernietigen op grond dat naar zijn inzien de inrichting niet schadelijk is voor de gezondheid of geen hinder van ernstigen aard voor de naburige perceelen kan opleveren. Immers door dergelijke verklaring af te leggen zou hij geen recht spreken, maar eenvoudig de plaats gaan innemen van de administratie en doen wat de wetgever aan haar, maar niet aan hem, heeft opgedragen. Evenmin als de burgerlijke rechter bevoegd is voorgedij uit te oefenen over het private leven van bijzondere personen, evenmin komt aan den administratieven rechter zulk een voorgedij toe over het vrije leven der administratie." Gaat dit betoog inderdaad op? Heeft werkelijk de wet aan de administratie hier een vrije beslissing opgedragen? Hebben wij hier alleen met een vraag van doelmatigheid te doen?

Art. 11 (Wet van 2 Juni '75 Stbl. N^o. 95) noemt de redenen, de uitsluitend bestaanbare redenen, voor weigering op: er moet om te mogen weigeren, vrees bestaan voor gevaar, schade of hinder; bestaat die niet, dan mag niet geweigerd worden, bestaat die wèl, — dit verlieze men niet uit het oog — dan moet geweigerd worden. Dit laatste blijkt o. a. duidelijk uit de mogelijkheid eener voorwaardelijke vergunning, "indien hierdoor aan het bezwaar... kan worden tegemoet gekomen," en ook hieruit, dat volgens de geldende wet niet alleen de aanvrager tegen de weigering, maar ook de belanghebbende buur tegen de verleende vergunning bij den Koning, zooals het thans heet, in beroep mag komen. De vrees, waarmede de weigering staat of valt, is dus niet een subjectieve vrees der administratie, die hier meer, daar minder bekommerd, nu eens zwaartillend dan weer luchthartig zou kunnen zijn, maar een vrees, zooals die bij een *homme raisonnable*, die volkomen op de hoogte der omstandigheden is en de gevolgen van te scheppen toestanden onbevangen wil en kan overzien, mag voorkomen. Waarom moet beide partijen de mogelijkheid zijn afgesneden, de vraag of de administratie aldus objectief gehandeld heeft, aan een onpartijdigen rechter

over te laten? De wet heeft de belangen zoowel van den industrieel als van de bureu willen verzekeren en beschermen, zij wil dat de eerste in zijn rechtmatig streven naar voordeel evenmin worde gedwarsboomd als de ander in het even rechtmatig genot van zijn gezondheid, veiligheid en het rustig gebruik zijner woning. Evenzoo moet men redeneeren ten aanzien van de vergunning of weigering tot het oprichten van kerkgebouwen binnen 200 M. van andere reeds bestaande; over de afkeuring van een schoollocaal als schadelijk voor de gezondheid of als onvoldoende voor het aantal kinderen. In al deze en dergelijke gevallen is aan de handelingen der Administratie een richtsnoer gegeven bij de wet en of hij dit goed en juist, naar de bedoeling der wet heeft aangewend, valt onder het begrip eener onbevangen rechterlijke beoordeeling. De Administratie moest niet maar doelmatig maar ook en vooral rechtvaardig, naar het voorschrift, den geest en de bedoeling der wet beslissen. Mag bij verschil van meening, de zaak als behoorlijk afgedaan beschouwd worden vóór dat een onpartijdige rechter beslist hebbe, een rechter bij wien niet de minste geneigdheid kan vermoed worden, om het besluit der administratie om welke bijkomende omstandigheden ook, te willen handhaven of tegenwerken? Zonder de mogelijkheid eener dergelijke beslissing zijn de belangen nu eenmaal niet afdoende beschermd. De administratieve rechter neemt bij dergelijke beslissing even weinig de plaats der Administratie zelve in, als de burgerlijke rechter de plaats inneemt van den contractant over wien hij oordeelt, of hij datgene volvoerd heeft wat „naar den aard der overeenkomsten door de billijkheid, het gebruik of de wet, wordt gevorderd.” (B. W. a. 1375). Ligt in de uitspraak van dezen de verklaring, dat de debiteur zelf ook zoo had moeten beslissen; iets dergelijks geldt voor die van genen ook voor de Administratie! Aan dergelijke voogdij van den rechter zullen wel niemands daden onttrokken zijn, zoodra het mogelijk wordt, dat door deze daden de door de wet

beschermden belangen van anderen kunnen worden getroffen; en dat is hierbij toch wel ter dege het geval. Dat nu de rechter niet bij machte zou zijn, zoodanige kwesties te beslissen of geen geopend oog zou hebben voor de belangen die hierbij betrokken zijn, dat mogen — wellicht niet geheel ten onrechte — volhouden, zij die met Mr. S. VAN HOUTEN de admin. rechtspraak uit den aard der zaak onder de bevoegdheid van den gewonen rechter brengen, maar kan allerminst beweerd worden door Prof. BUIJS, die toch juist daarom een speciaal college over admin. rechtspraak verlangt, juist daarom die rechtspraak aan Gedeput. Staten en aan een afd. van den Raad van State wil zien opgedragen, omdat zij dan berusten zal bij mannen, die innig met onze administratie vertrouwd, van haar recht het hoofdonderwerp hunner studie hebben gemaakt; bij een rechter, die de bevoegdheid bezit ook buiten de klagenden om, zich de noodige inlichtingen te verschaffen. Geen gevaar dus voor het uitvinden van subtiliteiten of het inwerken van motieven, die het geval miskennen, waarin de Administratie had behooren te handelen. Voorts zal de eenvoudige en vrije manier van procederen, bij de admin. rechtspraak in te voeren, den rechter onbekrompen gelegenheid tot het inwinnen en constateeren van alle feitelijke gegevens die hij mocht behoeven, ongetwijfeld in ruime mate verschaffen.

Nemen wij nu overal, waar de wet de taak der Administratie heeft aangewezen en de drijfveeren van haar handelingen heeft voorgeteekend (zij 't ook met niet zoo krap aangegeven beweging als bv. bij de drank-vergunningen) de mogelijkheid van het inroepen der administratieve rechtspraak aan, dan snijden wij ook tevens de mogelijkheid af, dat tegen zulk een actie de exceptie van onbevoegdheid worde opgeworpen, dat de klager naar huis gezonden worde met de vertroosting dat hij niet een klacht bij den rechter maar een bezwaar had moeten indienen — of indien de termijn althans nog loopt, nog kan indienen — bij de hoogste admin. autoriteit. En daar nu prof.

BUIJS toch ook in het door ons hier behandelde geval, bij de behandeling van het bezwaar door den Koning, het advies van den Raad van Staten of één zijner afdeeling allermint zou willen missen, vragen wij, bestaat er dan, ook van een louter formeel standpunt beschouwd, een deugdelijke grond voor de door hem gewilde onderscheiding?

Dat de door ons ingenomen positie er toe moet voeren, „den rechter ook (te) laten oordeelen over geschillen daaruit ontstaande, dat Gedeput. Staten hun goedkeuringen weigeren aan besluiten van gemeentebesturen, betreffende verkoop van eigendommen of het aangaan van geldleeningen“, is dáarom niet te verwachten omdat a. 194 Gem.-wet hier der beslissing van Ged. St. volstrekt geen grondslag of richtsnoer aangeeft; hier zouden voor een rechter geen motieven te beoordeelen of aan te geven zijn.

Inderdaad beaamt prof. BUIJS onze zienswijze, wanneer hij met betrekking tot een eventueel in te voeren wet, strekkende om Gemeente- en Waterschappen tot afstand van grond ten behoeve van publieke werken te kunnen nopen, aldus zich uitlaat: „Natuurlijk, dat wanneer de wet vaste regelen stelt, waaraan hooger bestuur bij zijn nadere beslissing zal gebonden zijn, geschillen over de vraag of die vaste, wettelijke regelen al dan niet in acht genomen zijn, later door den rechter zullen moeten worden uitgemaakt: maar gebeurt dit niet en oordeelen Gedeput. Staten dus geheel vrij over de vraag — dan zie ik niet, hoe men den admin. rechter zal laten oordeelen.“ Drukt nu de praeadviseur op de *vaste regelen*, dan wijzen wij hem terug naar het *geheel vrij* zijn.

Nu zegt de heer BUIJS wel, dat wij de Regeering nooit ertoe zullen krijgen een deugdelijk admin. rechtspraak in te voeren, wanneer men het vrije gebied der administratie aan die rechtspraak wil onderwerpen. Dit eens toegegeven, dan beweren wij toch enkel, dat in de gegeven voorbeelden de Admin. niet vrij gelaten was. Wil men intusschen den *Rechtstaat*, men

blijve niet halverwege staan; de tegenstand zal wel overwonnen worden.

Zulk een algeheele (altijd slechts formeel algeheele) vrijheid wordt terecht voor de Regering geëischt, waar het geldt de vernietiging van besluiten der prov. en der gem. besturen op grond van strijd met het algemeen belang. Zoo de hooge Regeering — gelijk men voormaals zich deftig uitdrukte — niet langer vrij mocht oordeelen over hetgeen het algemeen belang vordert of verbiedt; is haar stelling geheel ondermijnd. Rekenschap is zij daarover alleen der Vertegenwoordiging schuldig; en mocht het blijken dat een of andere aangelegenheid van algemeen belang niet langer veilig was in de handen der Regeering dan kan die Vertegenwoordiging hiervoor wettelijke regeling uitlokken. Eerst als prov. of plaatsel. besluiten op grond van strijd met de wet vernietigd zullen worden, komt de rechterlijke beslissing te pas, die het betrokken besluit aan de wet vermag te toetsen, of juister gezegd, die het geschil tusschen de Regeering, die het bestaan van zulk een tegenstrijdigheid beweert en het bestuur, dat haar ontkent, op grond der wet heeft uit te maken. Hoe een dergelijk geschil aanhangig kan gemaakt worden, wordt nu door den praeadviseur op eenvoudige wijze geschetst. Dat de 2e al. van a. 145 Grwt. zoodanige rechterlijke tusschenkomst ten aanzien van plaatselijke verordeningen en reglementen bepaald uitsluit, wordt even volmondig toegegeven als betreurd.

Hoe belangwekkend ook, de beschrijving van het administratieve proces, kan ons hier niet bezig houden. Met een enkel woord slechts er op gewezen, dat nu ook de uitvoerbaarheid van de vonnissen van den administratieven rechter verzekerd moet zijn. Die uitvoerbaarheid komt neer op „een gebod aan de Uitvoerende macht, om de uitspraak na te leven“; waarbij dan natuurlijk ten aanzien van prov. en gemeentelijke ambtenaren of colleges respectievelijk a. 129 Pr. W. en a. 127 Gem. W. hun diensten hebben te presteeren. Maar dan

is het mij niet recht begrijpelijk, waarom de praeadviseur, die sub IV zijner *Enumeration* alle belastinggeschillen aan de admin. rechtspraak onderwerpt, elders gewaagt van een „voor den civielen rechter in te stellen terugvordering van hetgeen in den vorm van belasting onverschuldigd aan den fiscus betaald mocht zijn.“ De admin. rechter zal, bij zijn uitspraak in het geschil over den aanslag of bij zijn vonnis over het verzet tegen het dwangbevel, bij een voor den particulier gunstige beslissing, tegelijkertijd zoo noodig den fiscus de teruggave opleggen; de strekking van het geding is immers niet anders, het is geheel en al op het terughouden of het terugontvangen van geld gericht; het *petitum* is immers juist de terughouding eener gevorderde of het terugontvangen eener bereids betaalde geldsom, voor welke vordering of betaling eenerzijds beweerde maar anderzijds betwiste belastingenschuld de grond was. Waar het den eisch betreft om een vergoeding van schade, door een onrechtmatige daad van de administratie geleden, zal de wet moeten onderscheiden. Voor de gevallen, waarin een wet eventueel Staat, Prov. of Gem. de verplichting tot vergoeding zal opleggen -- en dit is bij ons nog een geheel nieuw veld, dat op den duur niet braak mag liggen, — zal het vonnis van den admin. rechter alsdan tegelijk met zijn beslissing, (b. v. over dienstplicht, wegen, onderhoud van werken, fabrieken (1)), zoo dikwijls gronden daartoe aanwezig zijn, het betrokken gezag de betaling van een zekere som kunnen voorschrijven; waar het blijkt, dat de individuele ambtenaar in strijd met zijn bevoegdheid, instructie of orders heeft gehandeld, spraken wij ons reeds hierboven voor de onbegrensde bevoegdheid van den burgerlijken rechter uit. De heer v. H. over de ten uitvoerlegging der vonnissen van den gewonen rechter in admin. gedingen sprekende, klaagt er wel over, „dat bij alle rechterlijke bevelen om iets te *doen* de letterlijke uit-

(1) Voorbeelden ontleend aan de optelling van den heer B. zelveu.

voering nimmer verzekerd is." Mij dunkt dat nergens minder dan in de aangelegenheid die hier te regelen is die moeilijkheid te duchten valt. Dat de weerstand van eenig openbaar bestuur tegen het vonnis van den admin. rechter zóover zou worden uitgestrekt, dat een gerechtelijke tenuitvoerlegging op de goederen van Staat, Prov., Gem. of Waterschap noodig zou worden, is wel minstens even ondenkbaar als van die zelfde zijde zulk een uiterste hardnekkigheid tegen het vonnis van den burgerlijken rechter. Dezelfde rechter, die uitmaakt, dat het bestuur den ingezetene ten onrechte heeft genoopt tot het geven, doen of nalaten, zal wel het meest bevoegd zijn, de hiervoor eventueel bij de wet mogelijk gemaakte vergoeding toe te kennen: tot de schatting van den staat van schade, zoo deze noodig is, is toch *per se* niet uitsluitend de burgerlijke rechter bevoegd. Waarom derhalve den belanghebbenden het uitzicht op twee processen geopend, als één volstaan kan? Voegt men die zaken bijeen dan kan de geheele regeling eenvoudiger zijn. Het wellicht onvermijdelijke, thans zeker niet te veranderen, voorbeeld der zoogenaamde Onteigeningsprocessen werkt waarlijk niet aanmoedigend.

Doch het is meer dan tijd, deze opmerkingen te eindigen. Al hebben wij uit beide praeadviezen al het belangrijke en merkwaardige nog niet aangewezen veel min besproken, ons bestek gedooft breeder uitvoerigheid niet. Het krap toegemeten tijdsverloop tusschen het verschijnen van de praeadviezen en de voorbereiding van dit Themis-nummer heeft de quantiteit onzer opmerkingen — haast, vreezen wij, ook haar qualiteit — afbreuk moeten doen. Doch ook al ware ruimer tijd toegemeten, zou het bijna onkiesch worden, nog verder op het debat vooruit te loopen.

Ook het debat zelve zal, bij den rijkdom der stoffe, een rijkdom, die niettegenstaande de bescheiden zelfbeperking der beide praeadviseurs, bij de behandeling onophoudelijk voor den dag komt, over alle hoofdpunten gewis zich niet kunnen

uitstrekken. In de korte spanne van één der juristendagen kan zulk een uitgestrekt terrein als dat der administratieve rechtspraak niet in alle richtingen worden doorkruist. Het is te bezien of het goed geformuleerde zestal vragen, door prof. *Buis*, in de inleiding tot zijn besprekingen, vooropgesteld. onbesnoeid door het bestuur der Vereeniging zal worden overgenomen, althans of over al die vragen een stemming kan worden uitgelokt. Hiermee wenschen wij allermint ons in te laten. Hoe dit echter worde aangenomen, welke beperking het debat zich ook stelle, welke besluiten ook worden genomen of ter zijde gesteld, de bespreking van de vraag, die de Juristen-Vereeniging dit jaar aan de orde heeft gesteld zal ook voor den toekomstigen wetgever (die blijkbaar ons nog niet op de hielen zit) van groot nut en belang zijn.

Amsterdam, 15 Mei 1891.

L. DE HARTOG.

ACADEMISCHE LITERATUUR.

D. J. WOLFSON. *Eenige beschouwingen over de verjaring in het Strafrecht.* 's Gravenhage 1890.

Een der verdiensten van ons nationaal Strafwetboek is, dat het enkele capita van materieel strafrecht, die vroeger onder het formeele strafrecht werden behandeld, aan zich heeft getrokken.

Daartoe behooren ook de bepalingen die de verjaring betreffen, voorkomende in art. 70—73, 76—77 van ons Strafwetboek.

Op gelijke wijze wordt het verjaringsrecht behandeld in de andere Strafwetgevingen van den laatsten tijd o. a. in het Deutsche Strafwetboek art. 66—72 en het Italiaansche van 1888 art. 87—94. De vraag, of de bepalingen die de verjaring betreffen tot het materieele dan wel tot het formeele strafrecht behooren behoeft m. i. nauwlijks ernstige overweging. De reden, waarom het verjaringsrecht langen tijd werd opgenomen onder het formeele recht, moet deels aan toeval worden toegeschreven, deels daaraan, dat men minder nauwlettend achtgaf op het onderscheid tusschen formeel en materieel strafrecht.

Ook de uiterlijke schijn heeft hier een rol gespeeld, gelijk blijken kan uit de omstandigheid, dat in het Belgische Strafwetboek van 1867 alleen de verjaring van de straf en niet die van de strafactie werd behandeld.

Voorts mag het geweten worden aan den cirkelgang der natuur, dat bij de herziening van ons wetboek van Strafvordering in 1886 de verjaring nog een povere verschijning doet tot leering van de ambtenaren van het O. M., welke men eerder zou verwachten in eene Ministerieele circulaire dan in de wet.

Aan de vraag, of verjaring valt onder materieel of onder formeel recht, wijdt de heer WOLFSON het 2^e gedeelte van

het 1^o Hst. van zijn proefschrift (Hst. I § 2, bl. 48—64). Op niet onverdienstelijke wijze wordt aldaar vooral aan de hand van Dr. VON RISCHE (*Gerichtssaal* 1884 bl. 241—293) ontwikkeld, hoe in Duitschland nog vele schrijvers den klemtoon leggen op het processueele karakter der verjaring. S. zelf sluit zich aan bij de meening van VON RISCHE dat de verjaring een gemengd karakter heeft (bl. 50), maar stempelt ten slotte (bl. 64) de verjaring tot een volgens zijn wezen materieelrechtelijk instituut. Dit punt nu daargelaten stelt Mr. WOLFSON in zijn academisch Proefschrift (door hem minder fraai ook wel „werkje” en „boekje” genoemd) een onderzoek in naar den grond der verjaring (bl. 9—47) en geeft in het 2^o Hst. een commentaar op de artikelen van ons Strafwetboek, die de verjaring regelen (bl. 65—116).

Gaarne erkennen wij, dat dit Proefschrift eene loffelijke vermelding verdient; de S. geeft blijk de auteurs over verjaring met ijver te hebben geraadpleegd; maar wij zijn van oordeel, dat het moeielijk een plaats kan innemen in de rei der uitnemende academische proefschriften, die in de laatste jaren het licht zagen.

Het hoofdmoment, de kracht van het geschrift is gelegen in het onderzoek naar den grond der verjaring; al het overige is lof of bijwerk, dat tot illustratie of vulling dient.

Aanvankelijk lag het in de bedoeling van S. te onderzoeken, of het goed en billijk is dat de verjaring als rechtsinstelling bestaat (Inl. bl. 8). Hij leefde toen nog in den zoeten waan, dat de grond der verjaring gelegen was *in de werking des tijds*.

Maar gaandeweg is S. het onderwerp zijner eerste liefde ontrouw geworden. Vandaar eene zekere matheid en gejaagdheid, die hier en daar tot slordigheid dreigt over te slaan. Telkens (bl. 22, 26, 33, 34, 47) wijst hij er op dat hij van overtuiging is veranderd. „Wanneer” (roept hij op, bl. 35 in wanhoop uit) „niet het overgroote gedeelte van dit werkje was „samengesteld in de aanvankelijke overtuiging dat de straf-

„rechtelijke verjaring rechtvaardig en billijk was, zou de „schrijver *bij deze instelling* misschien niet zoolang hebben stil „gestaan.“

S. bepaalt zich bij eene „aanwijzing der gronden, die men „voor de strafrechtelijke verjaring heeft aangenomen“ (bl. 47), maar blijft in gebreke aan te toonen, waarom het niet goed en billijk is, dat de verjaring als rechtsinstelling bestaat. Wel zegt hij, dat die instelling hem verwerpelijk voorkwam (bl. 47); dat het een misgreep van den wetgever is geweest, de verjaring in het strafrecht te erkennen (bl. 34) maar het is „den vroegeren aanhanger“ van de theorie van ABEGG en BERNER niet gelukt om het bewijs te leveren voor zijn 9^e stelling luidende „Verjaring heeft in het strafrecht geen afdoende „reden van bestaan.“

Of kan men als zoodanig aanmerken S's kritiek over de door hem successievelijk besprokene theoriën? Voor een oogenblik aangenomen, dat hij met juistheid het onvoldoende dier theoriën heeft aangetoond, volgt dan daaruit, dat er geen grond voor de verjaring bestaat?

Daar waar S. een ondergeschikt punt der verjaring, namelijk de stuiting, behandelt (bl. 95) durft hij hoewel de stuiting in beginsel verwerpende, zich er niet onvoorwaardelijk tegen verklaren, „omdat zij het gezag der voornaamste wetgevingen „voor zich heeft, hetgeen hem doet vermoeden, dat er over- „wegingen van praktischen aard bestaan, die tot hare aanne- „ming en handhaving deden besluiten.“

Een even bescheiden toon slaat S. aan waar hij (bl. 72) zegt dat het „zeker voor hem die nog op den drempel van het „gebouw der rechtswetenschap staat, een dwaasheid zou zijn, „om zonder groote bekendheid met de werking van het straf- „recht in de praktijk der maatschappij, aanmerkingen te maken „over het te lang of te kort van een verjaringstermijn.“

Maar wat dan te denken van S's uitspraak over den misgreep van den wetgever, die de verjaring in het strafrecht erkende?

S. zelf acht het vrij zeker, dat reeds de Grieken de verjaring der strafactie hebben gekend (bl. 36). Ook de Romeinen kenden die en in de 17e, 18e en 19e eeuw wordt de strafrechterlijke verjaring met enkele beperkingen in Frankrijk, Duitschland, België en Nederland genoegzaam algemeen erkend, terwijl nagenoeg alle schrijvers van naam als MITTERMAIER, BERNER, BINDING, ABEGG, PULVERMACHER, H. MELJER, HEINZE, SCHWARZE, HOLZENDORFF, VON RISCH, TISSOT, BIJON DE VILLERET, COUSTURIER, VAN HOOREBEEKE de verjaring aannemen, al loopen zij uiteen met betrekking tot hunne verklaring van den grond der verjaring.

Zal men daartegenover aan den S. op zijn woord, geloof schenken? Vreemd is het, dat hij, na de verjaring de deur te hebben uitgezet, haar door een achterdeur weer toegang wil verleenen. „Het zou (zegt hij) misschien wel overweging verdienen, een tijdsverloop in de wet te bepalen, waarna het openbaar Ministerie tot geen vervolging of executie meer mocht overgaan dan na voorafgevraagde en bekomen toestemming van den rechter (bl. 47 en 72).

Wij betwijfelen zeer, of het wenschelijk zoude zijn de verantwoordelijkheid van den rechter nog te verzwaren door hem de beslissing op te dragen over gevallen van amnestie en gratie. Een en ander ligt ten eenenmale buiten zijn sfeer.

Toen S. nog in de overtuiging leefde, dat er een aannemelijke grond bestond voor de strafrechterlijke verjaring, was het natuurlijk dat hij een onderzoek instelde naar het *doel* en den *grond* van het opleggen der straf. Het resultaat van dat onderzoek, dat verband houden moest met de strafrechterlijke verjaring, vindt men in de Inleiding en in den aanvang van S's betoog. Daarbij verwacht S. het *opleggen van de straf* met de *straf* zelve en maakt hij geen onderscheid tusschen *grond* en *doel*; hij bestrijdt de theorie van BERNER, maar toont die niet te hebben begrepen. BERNER toch zoekt den grond van de *straf* in het rechtvaardigheidsbegrip (die innere Gerechtigheid)

en het doel van het *opleggen der straf* in de handhaving der rechtsorde.

S. daarentegen acht de *grond der straf* gelegen in haar *doel*: de handhaving der rechtsorde, welke hij dan nader omschrijft als: de bevestiging der maatschappij tegen individuen die voor haar gevaarlijk bleken te zijn, eene omschrijving die hare bedenkelijke zijde heeft.

S. gaat vervolgens over tot de bespreking van de voornaamste theoriën omtrent den grond der verjaring.

Als zoodanig noemt hij in de 1e plaats de leer dat de schuldige door angst en gewetenswroeging reeds genoeg heeft geleden en deze dus na verloop van tijd als surrogaat van de straf kunnen worden beschouwd. S., toen nog geen apostata, is terecht van oordeel, dat angst en gewetenswroeging zeker niet als de eenige grond der verjaring dienst kon doen.

Een meer afdoende grond met betrekking tot de verjaring der strafactie is gelegen in de omstandigheid, dat na een zeker tijdsverloop het bewijs geacht moet worden niet meer volledig te kunnen worden geleverd. Deze grond, aangedrongen door VAN HOOREBEEKE, MITTERMAIER en BINDING, wordt ten onrechte door S. verworpen; het geval (meent hij) zou zich kunnen voordoen, dat zelfs na een zeer lang tijdsverloop het overtuigend bewijs van een zwaar misdrijf b. v. van eene vergiftiging zou kunnen worden geleverd.

Toegegeven, maar tegenover die mogelijkheid staat de zekerheid, dat in de meeste gevallen de zaak niet meer in het juiste daglicht kan treden, dat de getuigen zich de toedracht niet meer met voldoende juistheid herinneren, of wel, dat getuigen, die b. v. konden verklaren, dat de beklagde gehandeld had tot wettige zelfverdediging, niet meer in leven zijn.

S. vergeet, dat BINDING niet beweert dat na verloop van den verjaringstermijn in geen enkel geval afdoend bewijs zou kunnen worden geleverd, maar dat het na dien tijd *er voor*

moet worden gehouden, dat de toedracht der zaak niet meer tot voldoende klaarheid kan worden gebracht.

Nog zwakker is S's bestrijding van MITTERMAIER (bl. 14). Hij acht het gevaar voor den beklagde, die door het lange tijdsverloop buiten staat is de bewijzen voor zijn onschuld te leveren gering omdat . . . „ook het bewijs door het openbaar Ministerie te leveren aan hetzelfde gevaar blootstaat!“

Een derde grond is de mogelijke verbetering van den beklagde.

S. verwerpt ook deze leer, al weder omdat er zich ook gevallen kunnen voordoen, dat na den verjaringstermijn geen verbetering is ingetreden. Hij eischt (bl. 16) „een vaste regel voor alle gevallen.“

Vervolgens staat S. stil bij de leer der steeds *verflauwende herinnering* aan het misdrijf, bij die van PULVERMACHER, die van TISSOT en bij de leer van ORTOLAN, die allen met de leer der verflauwende herinnering in nauw verband staan. Al deze theoriën acht hij onhoudbaar.

Ten slotte gaat S. eenigzins uitvoeriger de theorie na, die den grond der verjaring zoekt in de *werking des tijds*, omdat die hem aanvankelijk de ware toescheen. Maar nadere overweging heeft S. er toegebracht, dat het willen opsporen van den grond der verjaring gelijk staat met „het zoeken naar de quadratuur van den cirkel“ Volgens hem geeft geen enkele der lang verkondigde theoriën „de vaste strenge basis aan, noodig om den Gordiaanschen knoop door te hakken“ (bl. 29). In de theorie van ABEGG en BERNER betreffende de werking des tijds ziet hij niets anders dan een *petitio principii*. Men vraagt naar den grond der verjaring. Men vindt die in: „het verloop des tijds, die door zijne werking de toestanden doet veranderen.“ Maar op de vraag, „waarom heeft de tijd die uitwerking“, is het antwoord in den grond der zaak niet anders dan: „omdat de tijd verlopen is“ (bl. 33). Wij vermoeden, dat den S. bij het neerschrijven zijner bestrijding menigmaal de woorden van GÖTHE

„Grau Freund! ist jede Theorie,
Doch grün des Lebens Baum“.

zullen voor den geest hebben gezweefd.

Vooreerst merken wij op, dat al die theoriën geen eigenlijke dogma's of systemen zijn, die men of in hun geheel aannemen of verwerpen moet.

In de tweede plaats verdient het opmerking dat de laatstgemelde theorie over de werking des tijds eigenlijk al de overige theoriën insluit. Ten dien aanzien zijn toepasselijk de woorden:

„Mit Worten lässt sich trefflich streiten
Mit Worten ein System bereiten.“

Alles komt dus ten slotte daarop neder, dat de verjaring in het strafrecht haar verklaring vindt in de werking des tijds. Die werking zal bij verschillende individuen verschillend zijn, evenals de werking des tijds zich met betrekking tot de eene zaak krachtiger zal vertoonen dan bij de andere.

De werking des tijds laat zich eenvoudig niet ontkennen, en waar S. er tegen opkomt, lost die strijd zich op in de meer of minder krachtige uiting van die werking. Hij acht het niet onmogelijk, dat de tijd werkelijk een vernietigende werking op de noodzakelijkheid der beveiliging van de maatschappij uitoefent, maar acht dit niet altijd en overal zeker (bl. 34). Hij wil voor alle gevallen zeker gaan

Die eisch is een onredelijke „Nemo omnes casus praevidere potest.“

Hoe is de S. gekomen tot de afdwaling, door hem geformuleerd in zijn 9^e stelling: „Verjaring heeft in het Strafrecht „geen afdoende reden van bestaan“? Het kan m. i. niet moeilijk vallen een psychologische verklaring daarvoor te vinden.

Aan den invloed van het R. R. en voorts aan den accusatorischen vorm van het inquisitoir proces is het te wijten, dat men vooral in het formeele strafrecht er op uit is geweest de regelen en beginselen van het burgerlijk recht toepasselijk te maken. Die fout heeft reeds tot menige scheeve voorstelling

aanleiding gegeven. Wij zagen er een voorbeeld van in S.'s beoordeeling van MITTERMAIER.

Evenzoo ook hier. „Reeds dadelijk“ (zegt S. bl. 27) „kwam „het mij voor, dat er overeenkomst bestond tusschen de strafrechterlijke verjaring en den civielrechterlijken bezitstoestand.“

Wel heeft S. de onhoudbaarheid dier overeenstemming gevoeld en komt hij zelfs tot de uitspraak: „eene vergelijking „der verjaring in het strafrecht met het bezit kan echter „hier niets bewijzen“, maar dat de strafrechterlijke en burgerlijke verjaring niets anders dan den naam gemeen hebben en geen gelijksoortige grootheden zijn, die men met elkander kan vergelijken, is aan zijn aandacht ontsnapt.

De fout waarin S. is vervallen, is een gevolg daarvan, dat hij bij den aanvang zijner beschouwingen geen onderzoek heeft ingesteld naar het *begrip* der strafrechterlijke verjaring.

S. noemt die verjaring een rechtsinstelling. Maar valt hier wel aan een eigenlijke rechtsinstelling te denken.

Dat de burgerlijke verjaring, als het middel om iets te verkrijgen of van eene verbindtenis bevrijd te worden, eene rechtsinstelling is, is duidelijk. Ten „aanzien“ van de strafrechterlijke verjaring valt dit te betwijfelen. De wet zegt: „het recht tot strafvordering vervalt door verjaring.“ Maar is daarom de verjaring een rechtsinstelling? De wet zegt ook: „het recht van strafvervolging vervalt door den dood van den verdachte.“ En toch zal het niet licht bij iemand opkomen, om den dood van den verdachte een rechtsinstelling te noemen. In het opschrift van den VIII Titel van het S. W. komt zelfs het woord *verjaring* niet voor.

Alleen zou men een beroep kunnen doen op het opschrift boven het ongelukkige artikel 419 Wetboek van Strafvordering, dat zijn bestaan te danken heeft aan de toepassing van den zoo vaak misbruikten regel „*Superflua non nocent.*“ Dat men de strafrechterlijke verjaring ten onrechte eene rechtsinstelling noemt, volgt ook daaruit, dat men zonder veel moeite het

woord „verjaring“ uit ons strafwetboek zou kunnen laten wegval-
len, zonder den inhoud en de beteekenis der wet te veranderen.

S. noemt niet alleen de strafrechterlijke verjaring eene rechts-
instelling, maar beschouwt ook die verjaring als „een recht“
toekomende aan de „gemeenschap.“

„De Strafrechter (schrijft hij bl. 66) heeft een onderzoek in
„te stellen naar en een beslissing te geven over rechten, die
„niet toebehooren aan hen, die voor hem verschijnen, maar
„aan een ander: aan de gemeenschap.“

Is dit niet eene volkomene miskennis van het verjarings-
begrip? M. i. kwam S. tot die onjuiste voorstelling ook nu
weer, doordien hij, gelijk velen vóór hem, zijn steunpunt
zoekt in de vergelijking met het burgerlijk recht. Was de
strafrechtelijke verjaring een *recht*, evenals de verjaring in het
burgerlijk recht, dan zou zij toch nooit een recht zijn, dat
toekwam aan „de gemeenschap“ maar het zou een recht zijn
van den beklaagde.

Wij zien evenwel in de strafrechtelijke verjaring niets anders
dan eene beperking van het recht van strafvervolging en van
het recht tot het uitvoeren der straf. Aan de gestelde macht
wordt dat recht verleend, maar niet „in infinitum.“ De wet wijst
de grens aan, die verschilt naar gelang van omstandigheden.

De wijze waarop die grens moet worden aangewezen, kan
worden ontwikkeld in het leerstuk der strafrechtelijke verjaring,
die slechts in ruimeren zin een rechtsinstelling kan worden
genoemd, maar nooit als een positief op zich zelf staand recht
mag worden beschouwd.

En wanneer nu die verjaring geen *recht* is, dan kan men
met de vraag: „wat is de grond der verjaring?“ niet bedoelen
een onderzoek naar den *rechtsgrond*. De vraag wordt dus: wat
heeft den wetgever er toe geleid, om het recht van straf-
vordering en uitvoering der straf te beperken?

Wij hebben dus hier alleen te doen met een grond van
wenschelijkheid, een utiliteitsgrond.

Tot het bestaan nu van die wenschelijkheid is het niet noodig, zooals S. schijnt te willen, dat voor alle strafzaken zonder onderscheid, de noodzakelijkheid van het erkennen der strafrechtelijke verjaring vaststaat; voldoende is het, dat dit ten aanzien van de meesten moet worden aangenomen.

Op niet onverdienstelijke wijze bespreekt S. in het tweede gedeelte van zijn proefschrift achtereenvolgens de artikels van ons strafwetboek, die de verjaring regelen. Zijn betoog zou er o. i. bij gewonnen hebben, zoo hij zich had bepaald tot tekstkritiek, althans zoo hij van de geschiedenis van de behandeling der wet een meer sober gebruik had gemaakt.

S. komt er tegen op, dat de vervolging wegens drukpersdelicten aan een termijn van een jaar is gebonden, en dat de verjaringstermijn voor mondelinge opruiing tot een strafbaar feit aan een veel langeren termijn is gebonden.

„Waarom (vraagt hij) zou de werking van een drukpersdelict van korteren duur zijn, dan die van een ander?“

Het antwoord op die vraag is gemakkelijk te geven.

Bij het vervolgen van een drukpersdelict is behalve den dader, zoo deze onbekend is, ook de uitgever of de drukker aansprakelijk. Wanneer dus eene vervolging noodzakelijk is, dan kan die bijna altijd onverwijd worden ingesteld. Eene vervolging ter zake van een dagbladartikel of wel een boek, dat jaren geleden het licht zag zou een bij uitnemendheid hatelijk karakter dragen en der rechtszekerheid ten hoogste schaden.

Aan de bepaling van art. 71 Sw., dat de termijn aanvangt op den dag na dien, waarop het feit is gepleegd, geeft S. eene uitlegging, die niet boven bedenking is.

Volgens hem (bl. 82) zou men bij doodslag de dag van het feit moeten stellen op dien, waarop het overlijden plaats greep en niet op dien waarop b.v. de dolksteek is gegeven of de pistool is afgeschoten. Wij gelooven ten onrechte. Het feit is gepleegd, al is het nog onzeker of de dood er al dan niet het

gevolg van zal zijn. Op ons recht zal ook toepasselijk zijn, hetgeen in het Duitsche Strafwb. in art. 67 l.l. wordt gezegd: „Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die „Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt „des eingetretenen Erfolges.“

Dat klemt te meer omdat in afwijking van den regel, in art. 71 sub 2^o. uitdrukkelijk bepaald is, dat in de gevallen van art. 278, 279 en 282 de termijn van verjaring der strafactie begint met den dag na dien der bevrijding of van den dood van hem tegen wien onmiddellijk het misdrijf is gepleegd.

Met betrekking tot de stuiting der verjaring was de S. aanvankelijk (bl. 22) van meening, dat de stuiting aanbeveling verdiende. Later (bl. 95) is hij tot een tegenovergestelde meening overgegaan en acht hij stuiting in beginsel verwerpelijk. Bij die laatste opvatting, die ook door BINDING wordt gedeeld, kan ik mij gereedelijk aansluiten. Stuiting toch is met het begrip van de strafrechtelijke verjaring in strijd.

Waarom zal iedere daad van vervolging, mits den vervolgte bekend of beteekend, de verjaring stuiten? Is het om recht te laten wedervaren aan de gestelde macht, die de daad van vervolging pleegde, of is het omdat de vervolgte bekend is gemaakt met het voornemen om hem te vervolgen. Noch het een, noch het ander. De grond der stuiting is voor zoover wij kunnen nagaan nergens anders ingelegen dan in de zucht tot navolging van het burgerlijk recht. Daar echter bestaat voor de stuiting een zeer gezonde reden. Wanneer iemand gedurende een lang tijdsverloop zich niet om zijn recht heeft bekommerd, dan mag men van de onderstelling uitgaan, dat hij geen prijs stelt op zijn recht. Niets van dien aard valt waar te nemen bij de verjaring in het strafrecht. Of de justitie getoond heeft de vervolging van een feit wenschelijk te achten, mag geen invloed oefenen op de absolute wenschelijkheid der vervolging zelve. Is eenmaal de vervolging aangevangen, dan spreekt het van zelf dat deze mag worden voortgezet, al verviel

inmiddels de termijn der verjaring, maar dit is geheel iets anders dan stuiting. In plaats van: „het recht tot strafvordering vervalt” zou men moeten stellen „het recht om eene strafvervolging in te stellen vervalt”. Daarmede ware ook de schorsing van art. 73 overbodig. Is er eenmaal een strafgeding aanhangig, dan blijft dat aanhangig, al is het voor een bepaalden of onbepaalden tijd geschorst.

Waarom wordt voor de verjaring van de straf een langeren termijn bepaald, dan voor de verjaring der strafactie?

S. verspreidt over die vraag geen voldoende licht. Op bl. 46 schijnt hij van oordeel, dat er voor dat onderscheid geen voldoende grond bestaat, omdat zoowel de vervolging als de straf een uitvloeisel is van het gepleegde delict, op bl. 114 daarentegen acht hij het recht tot uitvoering der straf een sterker recht dan het vervolgingsrecht „omdat het een krachtiger „grondslag heeft, namelijk een vonnis uitgesproken na een volledig en nauwkeurig onderzoek”.

Wij zien echter in dien grond niet veel meer dan een schijngrond. Is iemand, die een misdrijf heeft begaan, dan minder sehuldig vóór dan na het uitspreken van het vonnis?

Grond waarom men den termijn voor de verjaring der strafactie korter stelt dan dien voor de straf bestaat er eigenlijk niet, te meer niet, wanneer men de verjaring van de straf niet berekent van af het tijdstip, dat het feit wordt gepleegd, maar van af den dag, waarop het vonnis kan worden tenuitvoergelegd.

Wanneer men echter aanneemt dat de strafrechterlijke verjaring rust op de wenschelijkheid, dat na een zeker tijdsverloop de „vindicta publica” een einde neemt, dan zou het zeker overweging verdienen om zooveel mogelijk voor de verjaring van de strafactie en voor die van de straf eenzelfde termijn aan te nemen.

De vraag in hoeverre de verjaring van de straf in hare werking verschilt van die der strafactie liet S. onbesproken.

Trouwens ons strafwetboek roert die vraag niet aan. Elders vindt men evenwel uitdrukkelijk bepaald, dat de ontzetting van het recht om ambten te bekleeden, of bepaalde beroepen uit te oefenen enz. niet vervalt door de verjaring van de straf.

Mr. E. BERGSMĀ.

VARIA.

IN MEMORIAM.

Op nieuw is hier weder het verlies van een der medewerkers van *Themis* te bespreken! Deed Mr. C. M. J. WILLEUMIER zich ook als advocaat en mede als hoogleeraar aan het Amsterdamsch Athenaeum (tot 1877) kennen — begon hij meer naam te maken door zijn brochure *„het Telegraafrecht“* (een in 1867 bij J. H. SCHELTEMA te Amsterdam verschenen antwoord op een prijsvraag) waarvoor hem bij 't lot (in 1865) tegen Mr. C. ASSER de medaille ontging — verscheen mede in 1867 zijn academisch proefschrift over *„eigen gebrek van schepen in verband tot de Zeeverzekering“* — ook door latere geschriften handhaafde hij zijn roem als jurist. Dat zullen de lezers van *Themis* wel meermalen hebben opgemerkt. Was Mr. WILLEUMIER reeds eenigen tijd door ziekte aangetast, kon men zijn leven niet lang noemen — dat het in menig opzicht veel vrucht droeg voor wetenschap en tijdgenoot, is een ruimschoots verdiende lof.

Hieronder volgt thans de in het vorig nummer beloofde opgave der juridische werken, die deel uitmaakten van de bibliotheek van wijlen Prof. D'ABLAING en door Prof. DRUCKER aan de Leidsche bibliotheek zijn geschonken. Het zijn bijna alle werken uit het laatst van de vijftiende en uit de zestiende eeuw.

ALBERICUS DE ROSATE, De verborum rerumque significatione que ad utriusq. iuris cognitionem pert. Bononia, Henricus de Colonia. 1481. fol

- ALVAROTIS (JAC. DE), Liber feudorum. Papiæ, And. de Boscho. 1498. fol.
- ANDREAE (JOH), Processus judiciarius et juris defēsorium, una cum procuratorum manuali. Norimbergæ 1512. 40.
- ARETINO (ANG.), Super quatuor libris Institutionum. Lugduni 1536. 40.
- BALDUS DE PERUSIO et LANFRANCUS DE ORIANO, Practica judiciaria. Lugduni 1515. 80.
- BARTHOLINIS (BALD. DE), De dotibus et dotatis mulieribus. Venetiis, Paganini de Paganinis. 1496. fol.
- BARTOLI (JOH. BAPT.), De arbitris. Lugduni 1512. 80.
- BAYFIUS (LAZ.), Annotationes in legem II de captivis et postliminio reversis, in quibus tractatur De re navali, per authorem recognitæ. Eiusdem Annotationes in tractatum De auro et argento legato, quibus Vestimentorum et Vasculorum genera explicantur Item Ant. Thylessii De coloribus libellus, à coloribus Vestium non alienus. Basiliæ 1541. C. fig. 40.
- BOATERIUS (PET. DE), Commentaria seu expositio in summam notariæ Domini Rolandini. Mediolani 1501. fol.
- BONACURSO (UB. DE), Praeludia et exceptiones. Lugduni 1533. 80.
- BRANT (SEB.), Titulorum omnium juris tam civilis, quam canonici expositiones. His accessit Modus studendi in utroque jure, per Joa. BAPT. CACCIALUPUM. Lugduni 1567. 80.
- BRUNO (HENR.), alias DE PIRO s. PYRO DE COLONIA, Tractatus super institutiones. S. l. e. a. [Colonia c. 1478] fol.
Vide Hain, Repert. N^o. 4041.
- BUDÆUS (GUL.), De asse et partibus eius ll. V. Paris, 1514. fol.
- BUDÆUS (GUL.), Annotationes in XXIV Pandectarum libros. [Paris.] Aed. Ascens per J. Badium 1514. fol.
- CALDERINUS (JOH.), Repertorium juris. S. l. (Basiliæ, M. Wensler) 1474. 2 vol. fol.
- CALDERINUS (JOA.), ac GASPARIS eius filii necnon Domin. de Sancto Geminiano Consilia. S. l. e. a. (c. 1500). fol.

- CASTRO (PAULUS DE). — PAULI CASTRENSIS in Secundam Digesti Veterem Partem Commentaria. Cum multis tum Franc. Curtii tum etiam aliorum quorundam praest. virorum Adnotationibus illustrata. Venetiis 1594. fol.
- CASTRO (PAULUS DE). — PAULI CASTRENSIS in Primam Codicis partem Commentaria: cum multis tum D. Franc. C. Curtii, tum etiam aliorum quorundam praest. virorum Adnotationibus illustrata cet. Venetiis 1568. fol.
- CASTRO (PAULUS DE). — PAULI CASTRENSIS in Secundum Infortiati partem Commentaria: cum multis tum D. Franc. Curtii, tum etiam aliorum quorundam praest. virorum Adnotationibus illustrata cet. Venetiis 1568. fol.
- CASTRO (PAULUS DE). — PAULI CASTRENSIS Avenionicae Praelectiones: In titulos quamplures primae partis ff Veteris, necnon secundae Digesti Novi, sanè per quàm utiles & necessariae cet Venetiis 1568. fol.
- CORONEL (ANTH.), Quaestiones Logicae secundum viam Realium et Nominalium una cum textus explanatione. Parisiis 1509. fol.
- CORONEL (ANTH.), Rosarium, in qua de prepositione multa notanda, de materiis prepositionum cet. Paris. O. Senant s. a. (c. 1510). 2 tom. 1 vol. fol.
- CYNUS DE PISTORIO, Super Digesto veteri. Lugduni 1527. 4^o
- DECIUS (PH.), De regulis juris. Lugduni 1530. 8^o.
- FERRARIIS (JOH. DE). — Practica singularis ac perutilis conspici domini Joh. de Ferrariis.... una cum additionibus domini Francisci de Curti noviter correctae et emendatae. Lugduni 1515. 4^o.
- GOEDEN (HENN.), Judiciarii ordinis processus. Item Domini Odofredi Summa de Libellis formandis. Coloniae Agripp. 1552. 8^o.
- HOMODEIS (SIGN. DE), Consilia, quaestiones et allegationes. Impressa Mediolani per Magistrum Uldericum scinzenzeler A^o 1497. fol.
- IMOLA (A. TART. DE). Consilia seu responsa Cum annotationibus
Themis. LIste Deel, 2de stuk. [1891.]

- et scholiis. Francofoerti ad Moenum 1610. 7 tom. 2 vol. fol.
- IMOLA (JOA. DE), In primam Digesti novi partem, egregia commentaria. Cum Adnotationibus et Indice noviter additis, nunc primum in lucem prodita. Bononiae 1580. 2 tom. 1 vol. fol.
- IMOLA (JOA. DE), Consilia aurea. Venetiis 1502. fol.
- LAGUS (CONR.), Methodica juris utriusque traditio. Cum scholiis J. Globeri. Lugduni 1566. 8^o.
- LANFRANCUS DE ORIANO, Aurea practica. Lugduni 1539. 8^o.
- LAPIS (JOH. DE), Tractatu allegationum. Nunc demum cum accessione impressus. Lugduni 1537. 8^o.
- LORIOTUS (PETR.), Commentaria at Tit. Si certum petatur ff. Lipsiae 1552. fol.
- LORITUS (HEN.), Liber de asse, et partibus eius. Basileae 1550. fol.
- MARSILIUS (HIPPOCRAT. DE), Singularia nova et vetera, cum interlinearibus adnotationibus. S. l. [Lugduni] 1542. 4^o.
- MAYNE (JAS. DE), In secundā digesti veteris partem egregia commentaria cum multis additionibus et postillis, que in alia impressione minime reperiuntur locis suis oportune insertis. Venetiis 1501. fol.
- MAYNE (JAS. DE), In primam [et secundam] Infortiati partem commentaria. Summa diligentia, & fide emendata, & suo candori restituta. Quibus, praeter solitas insignium Doctorum praesertim purpurati adnotationes. Acc. Bellacombae, Panciroli, Trotti, Masueri et al. Additamenta cet. Augustae Taurinorum 1592. 2 tom. 1 vol. fol.
- MAYNO (JAS. DE), De actionibus Instit. cum eiusdem additionibus cet. Lugduni 1526. 8^o.
- MILIS (NIC. DE), Repertorium, que aptiori vocabulo singularia appellari fas est. Lugduni 1510. 4^o.
- MODUS legendi abbreviaturas in jure tam civili quam pontificio occurrentes. Parisiis 1562. 8^o.
- MONALDUS, Summa perutilis in utroque iure. Lugduni P. Bale et s. a. (1516). 8^o.

- MONTE HAUDUNO (G. DE), Apparatus excellentissimus super Institutiones Clementis Papae. Parisiis 1517. 8o.
- MUXELLO (DYN. DE), Tractatus de regulis juris. Cum additionibus Nic. Boery. S. l. e. a. (Lugduni c. 1510). 4o.
- PETRUCCIUS DE SENIS (FRED.) Consilia et quaestiones. Venetiis, And. de Toresanis de Asula, 1498. fol.
- PORCUS (JOH. CHR.), Lectura super 1o, 2o et 3o Institutionum. Cum addition. Jasonis de Mayno. Lugduni 1533. 8o.
- PRATO VETERI (ANT. DE), Repertorium aureum in toto iuris scripti opere coadiuuantibus Bartolo necnon in tutelis Nicolao de Neapoli cet. S. l. e. a. (c. 1495). fol.
- RAYMUNDUS (RAPH. DE) et RAPH. FULGOSI DE PLACENTIA, Consilia. Brixia, Jacobus Britannicus 1490. fol.
- RIPA (JOA. FRANC. à) PAPIENSIS, Commentaria ad ius civile. Additis in hac postrema editione, quae in praecedentibus desiderabantur... Additionibus insuper analyticis Bern. Trotti. Augustae Taurinorum 1674. fol.
- RIPA (JOA. FRANC. à) PAPIENSIS, Commentaria ad ius canonicum. Item tractatus de Peste, & Responsa... Additionibus insuper analyticis Bern. Trotti cet. Augustae Taurinorum 1674. fol.
- SALICETO (BARTH. DE), Lectura super toto Codice Venetiis, J. Herbort de Siligenstat 1483. fol.
- SCHENCK (FRID.), Progymnasmata fori, seu de iis qui in iudicio versantur, & de actis Civilium Iudiciorum libri II. Item, Viridarium conclusionum Iuridicarum. Colonia 1552. 8o.
- SINGULARIA LUDOV. ROMANI, FRANCISCI DI CREMA, GUILLELMI DE LUDO materias quotidie in iudiciis versantes continentia. Parisiis 1510. 4o.
- SOCINUS (BARTH.), Commentaria in Codicem. Rec. V. Gode-ninus. Cum Repertorio. Lugduni 1546. 2 tom. 1 vol. fol.
- SUMMA magistrutià (*sic*) al. Pisanella vulgariter appell. Nürnbergae A. Koberger 1478. fol.
- TARTAGNI (ALEX.) IMOLENSIS, In I en II Digesti Veteris

Partem Commentaria. Summo studio & labore, nec non antiquorum Codicum ope ab innumeris propè mendis expurgata. Cum Adnotationibus Fr. Curtii, Bern. Landriani, Fr. à Doctoribus et Al. Access. huic omnium postremae impressioni Legislatorum nomina cuiq; legi apposita: Et Alexandri Vita per Nic. Aut. Grauatium edita. Venetiis 1570. 2 tom. 1 vol. fol.

TRACTATUS varii iuris videlic. Modus legendi abbreviaturas in utroq. iure sive processus iuris cet. Argentorati 1494. 4^o.

UBALDIS (PET. DE), Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis. Coloniae Agrippae. 1586. 8^o.

De Redactie ontving het Reglement en Programma van het Internationaal Landbouw-Congres, dat dit jaar te 's Gravenhage zal gehouden worden van 7 tot 12 September. Het Congres is een vervolg van dat te Parijs in 1889. Onder de zeven afdelingen, waarin de aan de orde gestelde onderwerpen behandeld worden, is er eene — de tweede — gewijd aan de Credietinstellingen ten platte lande, waar de volgende punten ter sprake zullen gebracht worden: *a.* Landbouw-crediet, *b.* wettelijke regeling der landbouw-coöperatieve vereenigingen, *c.* de arbeids- en sociale vraagstukken en armverzorging ten platte lande.

De vijfde afdeeling voor landhuishoudkunde zal de volgende punten behandelen: *a.* verhouding tusschen grondeigenaar en pachter, verschillende pachtcontracten; *b.* goedkoop *c.* vervoer van landbouwproducten, vee en meststoffen en internationale vervoertarieven, *c.* landnationaliseering.

De zesde afdeeling „wetgeving“ bevat het volgende: *a.* maatregelen tegen besmettelijke veeziekten, *b.* bescherming van nuttige vogels; vernietiging van schadelijke dieren en schimmelplanten, internationale wettelijke maatregelen tot bereiking van dit doel. *c.* veldarbeid van kinderen, *d.* hypotheekstelsel en eigendomsoverdracht zonder buitensporige kosten. Er zijn dus

verscheidene onderwerpen aan de orde gesteld, die voor juristen veel aantrekkelijks opleveren en het is te hopen, dat onze rechtsgeleerden in grooten getale zullen opkomen om tegenover de verwacht wordende buitenlanders de eer van ons land op te houden. De contributie bedraagt tien gulden; voor toetreding tot het lidmaatschap heeft men zich te wenden tot het bureau van het Congres, Koningskade 10 te 's Gravenhage.

NEDERLANDSCHE JURISTEN-VEREENIGING,

te houden te *Leiden* 3 en 4 Juli 1891

ORDE VAN WERKZAAMHEDEN

Vrijdag 3 Juli.

Beraadslaging over het onderwerp: *In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen?*

Stemming over de navolgende

vraagpunten:

- I. Zal de rechter, wanneer de zaak in staat van wijzen is, geroepen zijn om partijen ter terechtzitting opmerkzaam te maken op hetgeen naar zijn oordeel aan de door haar voorgedragen feiten en middelen ontbreekt, met dat gevolg dat zij aangewezen gebreken mogen herstellen?
 - II. Of moet hem althans de bevoegdheid worden toegekend om ambtshalve
 - a. meer toe te wijzen, mits het kan gelden als accessoir van den gedanen eisch, dan is gevorderd?
 - b. rechtsmiddelen van verwering aan te vullen, die, ofschoon niet uitdrukkelijk voorgebracht, uit de voorgedragen feiten of beweringen voortvloeien?
- bij ontkennende beantwoording van I en II:*

- III.** Moet, onder handhaving van het tegenwoordig stelsel, den rechter niettemin de bevoegdheid worden verleend om aan partijen en hare woordvoerders opheldering te vragen omtrent den inhoud harer schriftelijke of mondelinge voordrachten, en om bij zijne uitspraak van de verkregen inlichtingen gebruik te maken?

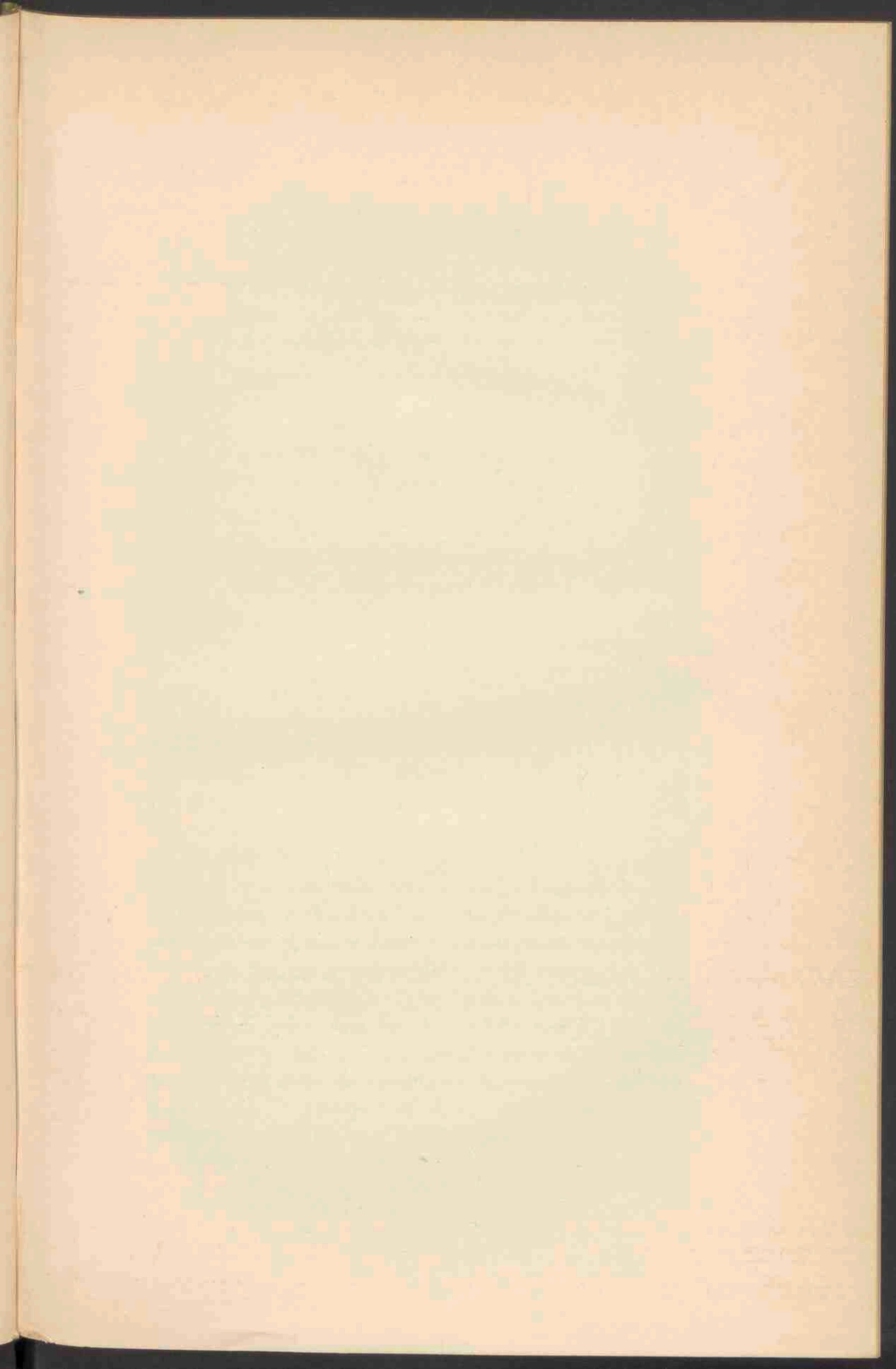
Zaterdag 4 Juli.

Beraadslaging over het onderwerp: *Op welke grondslagen moet de regeling der administratieve rechtspraak berusten?*

Stemming over de navolgende

vraagpunten:

- I.** Is wettelijke regeling der administratieve rechtspraak in Nederland dringend noodzakelijk?
- II.** Moet de administratieve rechtspraak worden opgedragen:
- a.* aan den gewonen rechter?
- b.* of aan andere colleges, daartoe bij de wet aan te wijzen?
- In het sub II, *b* vermelde geval:
- III.** *a.* hebben die colleges alleen kennis te nemen van geschillen, bij de wet met name aan te wijzen?
- b.* of moet, ter bepaling hunner bevoegdheid, de wet een algemeen regel stellen?
- IV.** Moet de kennisneming van geschillen die niet behooren tot de bevoegdheid der administratieve colleges, van rechtswege toegekend worden aan den gewonen rechter?
- V.** *a.* Is de instelling van een Hof van conflicten wenschelijk?
- b.* of is het beter aan den gewonen rechter en de administratieve colleges zelven de beslissing in het hoogste ressort over hunne bevoegdheid over te laten.
-



THE
LIFE OF
SAMUEL JOHNSON
BY
JAMES BOSWELL
IN TWO VOLUMES
THE SECOND VOLUME
LONDON
PRINTED BY A. MILLAR, IN THE STRAND
1791

THEMIS,

LIJste Deel. — Derde stuk.



STELLIG RECHT (NEDERLANDSCH).

STAATSRECHT. — *Artikel 56 der Grondwet in verband met de
Wet van 28 Februari 1891 (Stbl. no. 69),
door Mr. S. J. M. VAN GEUNS.*

Toen het wetsontwerp tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken op 7 October 1890 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in openbare behandeling kwam, had het reeds eene omvangrijke en belangrijke wordings-geschiedenis achter zich. Het oorspronkelijk ontwerp, ruim twee jaren te voren ingediend, was bijna niet meer te herkennen; en terecht werd er bij het debat algemeen op de vele gedaanteverwisselingen gewezen, die het in de smeltkroes der schriftelijke behandeling had ondergaan.

Voorzeker is de verkering van dit feit voor een deel te zoeken in het lastige, eenigszins netelige onderwerp, dat het hier betref. In de eerste plaats toch betrad de wetgever het zoo nationale terrein van den Waterstaat, hetwelk tot nu toe zoo moeilijk te ontginnen bleek te zijn geweest, dat de reeds in 1848 door de Grondwet voorgeschreven algemeene wet nog steeds tot de vrome wenschen behoort. Maar bovenal gold het hier de eerste toepassing van een vroeger wel door velen erkend, maar thans in onze jongste Grondwet uitdrukkelijk gehuldigd beginsel van Staatsrecht. Gedachtig aan den grooten strijd, en onder de schrijvers en vóór den Hoogen Raad gevoerd over de vraag naar de grenzen en de voorwaarden van 's Konings bevoegdheid om Maatregelen van Inwendig Bestuur uit te vaardigen, had onze hoogste staats-

wet in 1887 door artikel 56 eene bijdrage tot oplossing van dit vraagstuk geleverd (1). Welnu! te verwonderen is het niet, dat bij de eerste toepassing van het nieuwe gebod verschillend geoordeeld werd over de juiste beteekenis daarvan, en hier en daar een nagalm werd gehoord van de uitvoerige en — ondanks niet te miskennen verwardheid — hoogst belangrijke discussies, destijds in de Volksvertegenwoordiging over art. 56 gevoerd.

Het wetsontwerp, den 11 September 1888 aan de Tweede Kamer aangeboden, was van hoogst eenvoudigen aard. Artikel 1 luidde: „Door ons worden bij algemeenen maatregel van bestuur vastgesteld door straffen te handhaven bepalingen ter bescherming van 's Rijks waterstaatswerken, alsmede ter verzekering van het veilig en doelmatig gebruik dier werken“; art. 2 hield de strafbepaling in. Toen nu uit het Voorloopig Verslag bleek, dat deze den Koning toegekende bevoegdheid, als veel te algemeen en door vele leden zelfs in strijd met artikel 56 Gw. geoordeeld, ernstigen tegenstand ontmoette, diende de Regeering in Mei 1889 een gewijzigd ontwerp in. In de Toelichting daarvan betoogde zij, dat het niet de bedoeling van art. 56 kan geweest zijn dat de gebods- en verbodsbepalingen zelve in de wet worden opgenomen (eene bewering, moeilijk voor tegenspraak vatbaar); maar dat voldoende aan het grondwettige voorschrift voldaan wordt indien verschillende *categorieën* van bepalingen in de wet worden genoemd en voor elke dezer in het bijzonder de straf wordt gesteld. Als voorbeeld van eene dergelijke verdeling in categorieën kon de Regeering zich beroepen op artikel 27 der Spoorweg-

(1) Art. 56 luidt: „Door den Koning worden algemeene maatregelen van bestuur vastgesteld.

Bepalingen, door straffen te handhaven, worden in die maatregelen niet gemaakt, dan krachtens de wet.

De wet regelt de op te leggen straffen.”

wet van 9 April 1875, van welke verdeeling de thans voorgestelde zich overigens in zooverre onderscheidde, dat zij uitsluitend naar de *objecten*, die te zamen de waterstaatswerken vormen, geschiedde (1). — Naast deze uitbreiding onderging het oorspronkelijke ontwerp nog eene andere belangrijke. Gedachtig aan het bestaande verschil van meening omtrent 's Konings bevoegdheid tot het maken van bepalingen van politiedwang, gaf de Regeering vier voorschriften, teneinde voor onze materie die bevoegdheid boven allen twijfel te verheffen; voorschriften handelende over 1o. de bevoegdheid der ambtenaren om het in strijd met de Algemeene Maatregelen bestaande te doen wegnemen (analoog aan art. 180 der Gemeentewet); 2o. het schutten van het vee; 3o. de verantwoordelijkheid van den schipper voor alle schade, door zijne schuld of die der opvarenden toegebracht; 4o. de bevoegdheid der ambtenaren tot het zich begeven aan boord van vlotten en vaartuigen. Van deze vier voorschriften hebben drie den vuurproef van de verdere behandeling van het wetsontwerp doorstaan. Aan het tweede mocht dit niet gelukken. Aanleiding hiertoe gaf voornamelijk de overweging, dat — door het onderwerp in eene rijkswet te regelen — verwarring zou worden gebracht in de thans bestaande regeling van provincialen- en gemeente-wetgever.

Uit deze zeer korte en onvolledige geschiedkundige herinnering mag voorzeker de volgende slotsom getrokken worden. Te ontkennen valt het niet, dat door de belangrijke uitbreiding, die het wetsontwerp in zijn tweede stadium heeft ondergaan, zijn oorspronkelijk karakter, nl. van uitsluitend zijn aanzijn aan art. 56 Gw. te danken te hebben, wel eenigszins is schuil gegaan. Bij de Openbare Beraadslagingen in de Tweede Kamer bleek dan ook tusschen de verschillende sprekers

(1) Bijlagen van de Handelingen der Staten-Generaal, 1888—1889, 30. 3, bladz. 5 en 6.

verschil van meening over den aard van het ontwerp te bestaan. Terwijl de heer VAN DELDEN het hoofdkarakter zocht in de „organiseering van een beginsel der Grondwet, nêergelegd in de artikelen 188 en 189” en dus in het ontwerp zag een stuk van de algemeene waterstaatswet, eene partieele regeling van 's Konings oppertoezicht, deden zoowel de Heeren SMIDT en ROËLL als de Minister van Waterstaat, de heer HAVELAAR, uitkomen dat het hier betreft eene regeling, welke uitsluitend aan art. 56 Gw. haar ontstaan verschuldigd is. Wij gelooven, dat deze laatste meening de juiste is, maar tevens dat het aanbeveling verdiend had om — in navolging van het eerste en het tweede ontwerp — dit karakter duidelijk in den considerans der wet uit te drukken (1). Alle reden tot twijfel ware dan opgeheven.

Beschouwen wij nu de wet in verband met het Grondwetsartikel, dan doen zich twee vragen voor, wier korte bespreking het doel van dit opstel is. In de eerste plaats, of eene meer algemeene delegatie aan het Uitvoerend Gezag — zooals die in het eerste ontwerp werd gegeven — met het artikel in strijd is; in de tweede plaats, welke de beteekenis is der laatste alinea „de wet regelt de op te leggen straffen.”

I. Bij de Beraadslagingen (over art. 56) in de Tweede Kamer werd herhaaldelijk aan de Regeering de vraag gedaan, of de

(1) De considerans van het tweede ontwerp luidde: „dat er behoefte bestaat aan eene wet krachtens welke door ons in de vast te stellen algemeene maatregelen van bestuur kunnen worden opgenomen door straffen te handhaven bepalingen ter bescherming . . . enz. . . , en dat die straffen behooren te worden geregeld bij de wet.” Thans spreekt de cons. alleen van de noodzakelijkheid om „wettelijke bepalingen vast te stellen ter bescherming . . . enz. . . .” Vergelijk de opmerking van Mr. SMIDT in de Tweede Kamer (Handelingen 1890—1891, II bladz. 55) en het Voorloopig Verslag der Eerste Kamer (I, bladz. 39), waar sommige leden meenden, „dat de considerans weinig in overeenstemming was met het stelsel der wet en eerder op eene andere wijze van wetgeving dan op die bij delegatie scheen aangelegd.”

door haar voorgestelde — thans geldende — redactie eene of meer *algemeene*, dan wel *bijzondere* wetten vorderde. Het antwoord door den Minister HEEMSKERK daarop gegeven, bestond in het stellen der wedervraag: „Maakt de Grondwet onderscheid tusschen algemeene en speciale wetten?"; als zijne meening sprak hij uit, dat het wenschelijk is den wetgever geheel vrij te laten, zoowel wat betreft de door straffen te handhaven bepalingen (alinea 2) als de straffen zelve (alinea 3) (1). Het was de Heer VAN DER KAAIJ, die ten opzichte van dit laatste den wetgever uitdrukkelijk wilde beperken, eene algemeene wet als die van 1818 in het vervolg wilde onmogelijk maken, en zijn daartoe strekkend amendement met groote volharding en talent verdedigde. Te betreuren is het voorzeker, dat dit amendement de goedkeuring der Vergadering niet mocht verwerven. Ten opzichte van de vraag, of eene algemeene wet betreffende de straffen voortaan geoorloofd is; beslist de Grondwet thans niets (2).

(1) Ten opzichte van al. 2 zei hij „Behalve ten aanzien van de wetboeken vindt men in de Grondwet geene aanwijzing of er eene algemeene of bijzondere wet moet zijn. Is het ook niet veel beter den wetgever vrij te laten om algemeene regelen te stellen, en toch — als het noodig is — bij speciale wet bijzondere bepalingen te maken?" Voor het stellen van straffen (al. 3) geldt hetzelfde. „Het kan bij de algemeene, maar ook bij bijzondere wet geschieden. Men kan oordeelen, dat de straffen — bij algemeene wet gesteld — te streng of niet streng genoeg zijn, en dan maakt men eene bijzondere wet om dit in zekere gevallen te veranderen" (ARTZENIUS V, blad. 641). In de beoordeeling van het proefschrift van Mr. A. J. STOOP „Artikel 56 der Grondwet" (Themis, 1890, blad. 135) schreef de heer HEEMSKERK in gelijken geest: „of die omschrijving of aanwijzing (door den wetgever) meer of minder in bijzonderheden moet treden, beslist het artikel der Grondwet niet en kan het redelijkerwijze niet beslissen."

(2) Professor Buijs („De Grondwet", III, blad. 92) is van oordeel, dat door de derde alinea van art. 56 „het middel wordt aan de hand gedaan, zoodanig niet om de wet van 1818 te handhaven dan toch om haar te vervangen door eene andere van even verre strekking, in zoverre zij in het algemeen bepalen kan welke straffen zullen gelden bij over-

Evenmin ten opzichte van de vraag naar de meer of min algemeene *machtiging* door den wetgever (alinea 2), een punt dat — behalve door den Heer VAN BAAR (1), en den Minister HEEMSKERK — niet afzonderlijk besproken werd. Ook hieromtrent laat de Grondwet den wetgever geheel vrij, en zullen slechts redenen van doelmatigheid den doorslag geven. De meening, in het Voorloopig Verslag over ons Waterstaatswetje geuit, dat eene algemeene machtiging ongrondwettig is, zou ik dan ook allerminst willen huldigen. Tot staving van deze meening beroept men zich (2) op hetgeen door den Minister HEEMSKERK in de zitting der Tweede Kamer van 9 Maart 1887 gezegd werd: „Eene wet, zooals in 1818 gemaakt is, zal met dit gewijzigd grondwetsartikel niet meer kunnen gemaakt worden.” Dit argument komt mij voor bij uitstek zwak te zijn. Geheel dezelfde als vóór 1887 is de toestand reeds daarom niet meer, omdat wij thans het *tweede* lid van artikel 56 hebben. De tusschenkomst des wetgevers, niet alleen om de straffen te

trekking van algemeene maatregelen, onverschillig welke”. Zie nog het opstel van Professor VAN HAMEL (in het Tijdschrift voor Strafrecht, IV) „Iets over de strafwetgevende macht des Konings”, bladz. 276. Mr. A. J. STOOP (in zijn aangehaald proefschrift, bladz. 39 vlg.) betoogt, dat — ook al was het amendement-VAN DER KAAJ aangenomen — toch de mogelijkheid eener *algemeene* delegatie niet zou zijn afgesneden, omdat men dan volgens alinea 2 eene algemeene wet had kunnen maken en *daarin* de straffen aangeven. Zeer zeker zou zoo iets in strijd zijn met de bedoeling en van den voorsteller van het amendement en van de Staatscommissie, aan wie de heer VAN DER KAAJ zijn voorstel ontleend had.

(1) „Is het de bedoeling dat voor zulke *strafbepalingen speciale wetten noodig zijn dan wel eene algemeene wet kan worden uitgevaardigd*, of waarbij althans de straffen zullen omschreven worden... zooals dat vroeger geregeld werd bij de wet van 1818?” (ARNTZENIUS V, bladz. 626). Het door ons gecursiveerde heeft de tweede alinea van art. 56 op het oog.

(2) Bijlagen van de Handelingen der Staten-Generaal, 1888—1889, 30. 4, bladz. 3.

regelen maar ook om de bepalingen — door straf te handhaven — vast te stellen, wordt thans uitdrukkelijk vereischt. Alleen dit verschil met den vroegeren toestand werd door den Minister in de aangehaalde woorden bedoeld, getuige zijn terstond daarop volgend gezegde: „Die wet (van 1818) liet aan de Maatregelen van Bestuur geheel over de verbodsbepalingen te maken.” Omtrent het vraagstuk van den omvang der door den wetgever te verleenen machtiging liet de Minister zich niet uit. Dit punt besprak hij elders; in welken geest, zagen wij reeds.

II. Dat de Koning niet bevoegd was zelf, binnen de door de wet van 1818 gestelde grenzen, straf te bedreigen tegen overtreding zijner Maatregelen van Inwendig Bestuur, had de Hooge Raad meermalen uitgemaakt, o. a. bij arrest van 2 Maart 1852 en bij dat van 10 Juli 1861. Bij het eerste (1) gold het de toepassing van het K. B. van 17 Januari 1819 (Stbl. no. 6) op de verveningen; ons hoogste rechtscollege besliste, dat „ingevolge art. 1 der Wet van 6 Maart 1818 de overtredingen der bepalingen, vastgesteld bij reglementen van inwendig bestuur van den Staat, op welke geene straffen bij de wet zijn vastgesteld, zullen worden gestraft met de bij dat artikel aangewezen straffen; dat derhalve op de overtreding van art. 1 van meergenoemd K. B. zijn toepasselijk, niet de daarbij genoemde boete, maar de bij art. 1 dier wet aangewezen straffen”. Bij het tweede arrest (2) kwam de H. R. ten aanzien van het K. B. van 24 November 1829 (Stbl. no. 73) op den dienst der openbare middelen van vervoer tot dezelfde slotsom, overwegende dat art. 5 van dat Besluit, eigene strafbedreiging inhoudende, niet in aanmerking kon komen.

Aan deze twee arresten herinnerde de Regeering in hare Memorie van Antwoord op het naar aanleiding van het *tweede* ontwerp der waterstaatswet uitgebrachte Voorloopig Verslag.

(1) W. v. h. R. no. 1393.

(2) W. v. h. R. no. 2297.

In dat Verslag was nl. het denkbeeld aan de hand gedaan om den Koning de bevoegdheid te verleenen om naar mate van den ernstigeren of lichtereren aard van elke overtreding een hooger of lager strafmaximum te stellen (1). Eenige leden achtten echter eene dergelijke regeling niet in overeenstemming met de Grondwet; en de Regeering in hare Memorie van Antwoord hoewel erkennende «dat twijfel omtrent de bedoeling van den Grondwetgever alleszins mogelijk blijft en de geschiedenis van de vaststelling van art. 56 ook voor eene andere opvatting ruimte laat», verklaarde hetzelfde gevoelen te zijn toegedaan (2).

Toen nu bij de Beraadslagingen in de Tweede Kamer op 8 October 1890 de Commissie van Rapporteurs den in het Voorloopig Verslag geuiten wensch in een amendement had belichaamd, werd van beide zijden de strijd met kracht en overtuiging gevoerd (3). De Heeren SMIDT en TH. HEEMSKERK bepleitten de grondwettigheid, de Minister van Justitie, Jhr. RUYSS VAN BEERENBROEK, de ongrondwettigheid van het voorgestelde. Drie argumenten voerde de Minister voor zijne meening aan. In de eerste plaats zag hij een bezwaar in de *woorden* van het derde lid van art. 56 Gw., dat spreekt van: «de wet regelt de *op te leggen* straffen» en dus schijnt te willen, dat de door den rechter uit te spreken straf rechtstreeks aan de wet zelve zij ontleend. In de tweede plaats werd een argument geput uit het feit, dat — bij de Beraadslagingen over art. 56 — het amendement van den heer VAN DER KAAJ om te lezen «de grenzen van de te bepalen straffen worden bij de wet gesteld» is verworpen. Immers uit die verwerping bleek, dat het in dat amendement nêergelegde stelsel — vol-

(1) Bijlagen van de Handelingen der Staten-Generaal, 1889. 1890, 12. 1, bladz. 1.

(2) 12. 2, bladz. 5.

(3) Handelingen der Staten-Generaal, 1890—1891, II, bladz. 81—87.

gens hetwelk de wet het maximum der straf zou aangeven en den Koning speelruimte zou laten om bij de strafbedreiging tegen Zijne Besluiten daarbeneden te blijven — door de Tweede Kamer niet werd aanvaard. Ten slotte wees de Minister op het antwoord door de Regeering naar aanleiding van het Voorloopig Verslag over art. 56 aan de Eerste Kamer gegeven: „De Regeering is geneigd aan te nemen, dat deze alinea (de derde) niet toelaat het bepalen van de straf aan den Koning over te laten.” (1)

De meening, door den Minister voorgestaan, is ook die van de Hoogleraren BUIJS en VAN HAMEL (2). Zij wordt dus gesteund door het gezag van uitstekende autoriteiten. Eene uiteenzetting mijnerzijds — aan de hand der heeren SMIDT en TH. HEEMSKERK — van de bezwaren daartegen worde dus voorafgegaan door de verzekering, dat het volgende niet meer dan eene zeer bescheiden proeve van Grondwetsuitlegging beoogt te zijn.

Beginnen wij met het laatste argument, ontleend aan de verklaring des Ministers aan de Eerste Kamer. Zeer zeker brengt eene gezonde wetsuitlegging mede — en ook voor

(1) Het amendement van de Commissie van Rapporteurs werd met 56 tegen 24 stemmen aangenomen.

(2) Prof. Buijs (de Grondwet, III, bladz. 93): „De verklaring van de Regeering aan de Eerste Kamer, dat naar haar inzien het derde lid van dit artikel niet gedooft, dat de bepaling van de hoegrootheid der straf voor elke bijzondere overtreding aan den Koning worde overgelaten, komt mij voor juist te zijn, te meer omdat de woorden van de Staatscommissie, dat namelijk de wet de *grenzen* van de straf vaststelt, niet zijn overgenomen.” Breedvoerig wordt de quaestie besproken door Prof. VAN HAMEL in diens reeds aangehaald opstel in het Tijdschrift voor Strafrecht; hij acht het stelsel van delegatie aan den Koning wèl te rijmen met algemeene beginselen van constitutioneel Staatsrecht, maar niet geoorloofd naar onze Grondwet. Zie nog zijne „Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht” I, bladz. 99.

de wet der wetten zal dit gelden — om, indien de *woorden* tot tweëerlei opvatting grond geven, den wil des *wetgevers* op te sporen. Daartoe kunnen verklaringen des Ministers van veel belang zijn, niet omdat aan de meening van hem — met het onderwerp der beraadslaging meer vertrouwd — eene bijzondere waarde moet gehecht worden, maar omdat men uit die gezegden iets van den gedachtengang kan leeren kennen, in welken de takken der Volksvertegenwoordiging zich met het door hem voorgestelde hebben vereenigd (1). Daarom zal dan ook eene dergelijke uiting, in de *Tweede Kamer* der Staten-Generaal gedaan — waar de wetsbepalingen meer dan in de zusterkamer bewerkt worden, eene staande de vergadering opgekomen gedachte zich terstond in een amendement kan belichamen — van meer beteekenis zijn. De vraag, waar het dus vóór alles op aankomt, is deze: Is er ook in de *Tweede Kamer* door den Minister eene verklaring afgelegd, waaruit men kan opmaken, in welken gedachtengang de leden de door hem voorgestelde redactie hebben aangenomen. Het antwoord is bevestigend. Immers in de zitting van 9 Maart 1887 zei de Minister HEEMSKERK tot toelichting van de door de Regeering voorgestelde *nieuwe* redactie van art. 56: „Dan volgt een

(1) Naar aanleiding van de beschouwingen van Prof. KOHLER, die de *wet* geheel van den *wetgever* losrukt, zegt Mr. P. VAN BEMMELEN (Rechtsgelerde opstellen I, bladz. 25). „Sedert vele jaren meen ik steeds daarop gewezen te hebben, dat vele uitingen der wetsorganen niets zijn dan reflexiën over de wet, en waarbij de wetgever even vreemd tegen de wet overstond als de wetstoepasser.” Toch acht hij die uitingen van gewicht voor de uitlegging niet alleen omdat men daardoor kan te weten komen, wat de wetgever eigenlijk bedoeld heeft te zeggen, maar ook „om het licht, dat zij kunnen werpen op den gedachtenkring, waarin men zich bewoog, de onderwerpen en gevallen die men voor oogen had; de denkbeelden waardoor men beheerscht werd.” Hoewel ten opzichte van de uitlegging van het *burgerlijk recht* geschreven, geven m. i. ook voor grondwetsinterpretatie deze woorden de juiste richting aan.

nieuwe alinea „De wet regelt de op te leggen straffen“; de wet kan dan het maximum der straffen regelen alsmede de soort van straffen, of wel — desnoodig oordeelende — de straffen zelve bepalen” (1). Aan deze verklaring moet m. i. groote waarde worden toegekend. Zeer beslist en uitdrukkelijk gegeven, is zij uiting van den gedachtengang des stellers der nieuwe redactie op het oogenblik dat hij deze aan de Tweede Kamer voordroeg, en moet zij gerekend worden — waar in die Kamer geene opheldering gevraagd, geene bedenking gemaakt werd — ook *hare* meening weêr te geven. Eene tegenovergestelde verklaring, door den Minister later -- al is dit ook aan den anderen tak der Volksvertegenwoordiging — gegeven, is allerminst bij machte de beteekenis daarvan weg te nemen (2). Dat latere schriftelijke antwoord — zeer voorzichtig

(1) Prof. VAN HAMEL (t. a. p. bladz. 287) wijst er op, dat door den Minister in zijne laatste rede vóór de stemming over het artikel werd gezegd: „Het stellen van straffen kan bij de algemeene maar ook bij de bijzondere wet geschieden” en hij dus hier weder het *andere* stelsel huldigde. Wij gelooven, dat door deze uitlating de beslistheid der *eerste* verklaring geenszins wordt verzwakt. Immers het gold hier alleen de vraag: eene algemeene wet als die van 1818 of niet? Bij de beantwoording daarvan kan de Minister korthedshalve het geval dat de wet zelve de straffen stelt — als tot nu toe meest voorgekomen en daarom voor de hand liggende — hebben aangenomen, zonder dat hij daarom het andere stelsel ongelooft rekende.

(2) Het zal den lezer na het hierboven gezegde duidelijk zijn, dat wij aan verklaringen, door een Minister *buiten* de Volksvertegenwoordiging gedaan, hoegenaamd geene waarde voor de uitlegging der wet toekennen. Volledigheidshalve dus — en niet om als wapen in den aanhangigen strijd te dienen — deelen wij mede, dat de ontwerper van artikel 56 Gw. bij de beoordeeling van Mr. Stoor's proefschrift in *Themis* aan het standpunt, door hem in de Tweede Kamer ingenomen, is getrouw gebleven. Immers wij lezen daar (t. a. p. blz. 133): „Intusschen merkt de S. met juistheid op, dat de derde alinea van art. 56 even zoowel toelaat, dat de wetgever alleen de soort en het maximum der straffen bepale met overlating aan den Koning om bij algemeenen maatregel van bestuur zoo noodig beneden dat maximum te blijven, als dat de wetgever de straffe zelve bepale”.

gesteld („de Regeering *is geneigd* aan te nemen,”) — kan daarom geene vingerwijzing zijn naar hetgeen de Grondwetgever in deze heeft bedoeld (1).

Het tweede argument. In het amendement, door den Heer VAN DER KAAJ voorgesteld, werd gesproken van de *grenzen*, die de wet aan de te bepalen straffen stelt. Kan nu uit de verwerping daarvan eenige gevolgtrekking ten opzichte van de quaestie, die ons thans bezighoudt, worden afgeleid? M. i. zeer stellig niet. Daartoe zou moeten vaststaan, dat onder de motieven — die tot deze verwerping geleid hebben — ook één was ontleend aan de te groote macht hier aan het Uitvoerend Gezag toegekend. Niet alleen blijkt echter van dit motief tot verwerping niets, maar door niemand is over deze bijzonderheid van het amendement een woord gerept. Het feit is van des te meer beteekenis, omdat over de wijziging zelve uitvoerige discussies zijn gevoerd (2). De punten in deze gedachtenwisseling — tusschen den voorsteller van het amendement, den Minister HEEMSKERK en de Heeren VAN BAAR, LOHMAN, KIST, DE RANTZ en VAN DER BIESEN — besproken, betroffen drieërlei: de verandering van „strafbepaling” in „bepaling door straf te handhaven” (welke verandering door de Regeering in hare gewijzigde redactie werd overgenomen); het opnemen van den *politiedwang* in het artikel; en de vraag

Mr. Th. HEEMSKERK herinnerde hieraan bij de behandeling van onze quaestie in de Tweede Kamer; Handelingen, bladz. 82.

(1) Vergelijk de m. i. zeer juiste beschouwing van Mr. SMIDT, Handelingen bladz. 85.

(2) Professor VAN HAMEL (t. a. p. bladz. 285) schrijft: „Nu is over de betrekkelijke waarde dezer twee redacties veel gesproken, over de vraag die ons bezighoudt niets. Maar nu komen tevens, voor wie zich zelve die vraag wel stelt, in het gesprokene uitlatingen voor, waaruit omtrent hetgeen de sprekers op dit punt dachten, nu eens deze conclusie zou moeten worden getrokken, dan eene andere.” Voor het opsporen van de redenen, waarom de redactie der Regeering de zege behaalde, hebben deze uitlatingen natuurlijk geene waarde.

of voortaan eene algemeene wet, zooals die van 1818, dan wel bijzondere wetten, straffen stellende, zouden worden vereischt. Voor zoover uit de Beraadslagingen blijkt, waren het louter overwegingen, aan *deze* punten ontleend, die bij de beoordeeling van het amendement hebben gegolden en van de verwerping — nadat op voorstel van den Heer DE RANITZ de zoo gevreesde politiedwang er uit gelicht was — oorzaak waren. Voor *ons* vraagstuk was die verwerping van geene beteekenis. Ten opzichte *daarvan* was noch door den voorsteller noch door de andere sprekers een verschilpunt tusschen het amendement en het Regeeringsvoorstel gezien (1).

(1) In de schriftelijke toelichting van zijn amendement de verschilpunten met de Regeeringsredactie aangevende, roerde de heer VAN DER KAAJ *onze* quaestie niet aan (ARNTZENIUS V, bladz. 622). In eene zijner redevoeringen gaf hij uitdrukkelijk te kennen in dit opzicht geen onderscheid tusschen beide redacties te zien, waar hij nl. zeide (bladz. 636): „Binnen die grenzen (door de wet gesteld) nu zal de Koning deze straffen en dezen politiedwang naar eigen oordeel kunnen vaststellen. — Het Koninklijk gezag zal zich dus zelf vrijer kunnen bewegen dan volgens het tegenwoordige stelsel; want *in dit opzicht wijkt evenzeer de Regeeringsvoordracht als mijn amendement van het tegenwoordige stelsel af* (wij cursiveeren). Het zal nu niet meer zijn, zoo in het ruwe weg: overtreding der bepalingen van den algemeenen maatregel van bestuur wordt gestraft bv. met, maar in den algemeenen maatregel van bestuur zelve zal eene behoorlijke, eene passende straf gesteld kunnen worden naar gelang van het gewicht der zaak”. Prof. VAN HAMEL, herinnerende aan de elders in de discussie door den heer VAN DER KAAJ gemaakte opmerking: „Is het niet veel beter om op den weg, dien wij in de laatste jaren gevolgd hebben te blijven en in die speciale wetten bepaalde straffen te stellen”, is van oordeel, dat de spreker zich hier in een anderen gedachtenkring bewoog, m. a. w. het denkbeeld van de delegatie buitensloot. Men bedenke echter, dat de spreker hier enkel de vraag naar het al of niet wenschelijke van eene algemeene wet als die van 1818 besprak en dus den weg der laatste jaren alleen ten opzichte van de specialiseering wilde volgen. *Onze* quaestie liet hij daarbij — waarschijnlijk om aan de duidelijkheid van zijn betoog geen afbreuk te doen — buiten rekening.

En nu het belangrijkste, het taalkundige argument. Men legt daarbij den nadruk op de *op te leggen* straffen; deze worden, volgens het derde lid van art. 56, door *de wet geregeld*, en dus — daar het *opleggen* de taak des rechters is — behoort de wet zelve den rechter diens taak af te bakenen. Eene bescheiden bedenking tegen de juistheid dezer redeneering zij geoorloofd. Dat het opleggen van straf slechts door den rechter kan geschieden, moet aanstonds toegegeven; maar de vraag is nu verder: wat bedoeldt de Grondwet met het *regelen* van de straf door den wetgever? Drukt dit woord eene zoo rechtstreeksche verhouding tusschen wetgever en rechter uit, dat de eerste zelf het maximum der straf aan den tweeden moet voorschrijven, en dit voorschrijven niet aan den Koning mag overlaten? Twijfel is voorzeker verklaarbaar. In de geschiedenis der jongste Grondwetsherziening zelve is een argument te vinden voor de stelling, dat met het woord „regelen” de meer rechtstreeksche verhouding wordt bedoeld, die ik zooeven aangaf. Bij de vaststelling van het eerste artikel van het Hoofdstuk over den Waterstaat gaf de Regeering de voorkeur aan de zinsnede „de wet geeft regels omtrent het waterstaatsbestuur” boven het door de Staatscommissie voorgestelde „de wet regelt” om te doen uitkomen, dat het hier slechts gold het trekken van hoofdlijnen, en niet het maken van eene alles omvattende ordening.

Toch geloof ik dat aan dat argument niet te groote waarde moet worden gehecht (1) en dat, waar de uitdrukking „de wet geeft regels omtrent de op te leggen straffen” eene nadere vaststelling door den Koning wèl zou veroorloven, het gewaagd is te besluiten, dat de thans aangenomen redactie die *niet* zou toestaan. Bedrieg ik mij niet, dan wijst het woord „regelen” op een schikken, een ordenen, een aangeven van de algemeene

(1) Professor Buys (de Grondwet, III, bladz. 366) noemt de wijziging van zeer ondergeschikt belang.

richting, en zou de Grondwetgever, had hij willen te kennen geven wat de tegenpartij in het woord leest, eene sterkere uitdrukking — wêergevende het denkbeeld van bepaald voorschrijven, afbakenen, geene keuze overlaten — hebben gebezigd. Tot verduidelijking herinner ik aan de opmerking van Professor DE VRIES, naar aanleiding van de uitdrukking „strafbedreigen” in het oorspronkelijke ontwerp van het strafwetboek gebezigd (1). De Hoogleeraar wilde het „bedreigen” door „stellen” zien vervangen, om het vaste, onvermijdelijke der straf uit te drukken; de wetgever zou dus de straf *stellen*; aan den rechter dan de taak om voor elk concreet geval haar te *bepalen* (2). „De wet stelt de op te leggen straffen” zou dus hebben aangegeven, dat tusschen wetgever en rechter geene andere macht zich mag plaatsnemen; „de wet regelt de op te leggen straffen” laat meer speelruimte en geeft den wetgever de keuze om òt zelf de straffen te stellen, òf den Koning over te laten dit — binnen de door hem getrokken grenzen — te doen.

Ten slotte mag de vraag gesteld worden, of de ratio legis, de gedachte die aan artikel 56 ten grondslag ligt, zich tegen de door ons gehuldigde opvatting verzet. Waaraan heeft de nieuwe bepaling haar ontstaan te danken? Aan de behoefte om den ouden en geduchten strijd over de grenzen van het zoogenaamde „pouvoir reglementaire” voor goed te beslissen. Zooals de Staatscommissie in haar Rapport schreef, was het er om te doen om duidelijk te bepalen, dat de Koning niet zonder machtiging van den wetgever verandering kan brengen in den rechtstoestand van bijzondere personen. Met deze hoofd-

(1) SMIDT, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, I, bladz. 200 en 201.

(2) Mr. SMIDT (Handelingen, bladz. 87) bezigde het woord „bepalen” niet in den zin van „opleggen” der straf, zooals Prof. DE VRIES, maar in dezelfde beteekenis waarin deze het „stellen” gebruikte. Eveneens het Voorloopig Verslag der Eerste Kamer; Handelingen, I, bladz. 40.

gedachte vereenigde de Regeering zich volkomen; zij is het die ook het tegenwoordige artikel beheerscht. De wetgever houde de teugels in handen. Maar wordt nu dit grondbeginsel prijsgegeven, als men dien wetgever het *maximum* laat aangeven, beneden hetwelk de Koning — te rade gaande met het bijzondere karakter der verschillende door hem vastgestelde bepalingen — de straffen stelt? Ik geloof zeer stellig van neen. Ook *dan* blijft de macht des Konings volkomen ondergeschikt aan die des wetgevers (1). Het gevaar, dat de Uitvoerende Macht haar natuurlijk terrein zal verlaten en willekeurige de vrijheid der burgers aanranden, wordt ook *dan* geheel vermeden. Door die Macht zòò sterk te breidelen als onze tegenpartij wil doen, wordt allerminst de noodzakelijke gevolgtrekking aanvaard van het systeem, dat bij het totstandkomen van art. 56 heeft gegolden.

Wij erkennen voorzeker, dat de oplossing der vraag eene moeilijke blijft. Voor ons is intusschen dit argument der tegenpartij het krachtigst, dat — waar het betreft de invoering van een *nieuw* stelsel — een meer uitdrukkelijk voorschrift dan dat van art. 56 ware noodig geweest (2). En toch, wegen wij

(1) Prof. VAN HAMEL (t. a. p., bladz. 281) schrijft „De daad van wetgeving, die er in gelegen is om een gebods- of verbodsvoorschrift vast te stellen is toch zeker oneindig gewichtiger dan die om eenvoudig de consequentie van die daad te trekken, het vaststellen van eene strafbepaling binnen enge door de wet getrokken grenzen. Het gevaar ware denkbaar, dat binnen die grenzen de Koning eene verkeerde keuze deed, de zwaarste strafbepaling kiezende voor lichte overtredingen, de lichtste voor zwaardere. Maar daarbij gelden toch ook alle gewone waarborgen, die tegen misbruiken der koninklijke macht gegeven zijn. Bovendien zou practisch alleen gevaar bestaan voor eene te lichte, nooit voor eene te zware strafbedreiging.”

(2) „Voor een nieuw systeem mag duidelijke taal worden gevorderd” zegt Prof. VAN HAMEL (bladz. 288), die er ook nog op wijst (bladz. 275) dat bij het maken der Invoeringswet van 1886 den wetgever het oude stelsel (de straffen uitsluitend in de wet) voor oogen stond.

Men bedenke echter, dat een der belangrijkste gronden van de oude

de verschillende argumenten tegen elkander, dan schijnen ons die, welke tot het aannemen van het amendement der Commissie van Rapporteurs geleid hebben, het zwaarste te zijn. Is het daarin belichaamde stelsel met de algemeene beginselen van ons constitutioneel staatsrecht te rijmen, en laten geest en letter van art. 56 Gw. het toe, terwijl de wordingsgeschiedenis van het artikel niet zich daartegen verzet, — dan gelooven wij, dat het naar onze hoogste staatswet geoorloofd is en dat het — vrij van de aangewreven smet van ongrondwettigheid — zijn intrede in onze wetgeving gedaan heeft.

11 Mei 1891.

jurisprudentie van den Hoogen Raad nl. de considerans der wet van 6 Maart 1818 en de woorden van artikel 1 — zich rechtstreeks wendende tot de Rechtbanken en dus elke tusschenkomst van den Koning uitsluitende — bij het vervallen der wet ook zal ophouden te bestaan. Het is opmerkelijk, dat reeds bij het tot stand komen der wet van 1818 in eene der Afdeelingen der Tweede Kamer het denkbeeld werd voorgestaan om den Koning zelven de straf te laten vaststellen. Mr. J. H. J. QUARLES VAN UFFORD, „Algemeene maatregelen van inwendig bestuur”, 1881, bladz. 105.

Verslag over den toestand der provincie Utrecht in 1889.
Uitgebracht door Gedeputeerde Staten in de zomer-vergadering der Provinciale Staten van Utrecht van 1890.
Utrecht. P. W. VAN DE WEIJER, 1890.

Reeds geruimen tijd geleden ontving ik van de Redactie van Themis dit verslag, om het met een enkel woord aan te kondigen. Ingericht naar het model, door den Minister van Binnenlandsche Zaken vastgesteld en sedert twaalf jaren gevolgd, handelt het in de eerste plaats over het *Personeel van het Provinciaal Bestuur*. Hier vindt men het gevoelen van de meerderheid en van de minderheid der Staten over de door de Regeering ontworpen nieuwe tabel voor de verkiezing van leden der Provinciale Staten. Zooals men zich herinneren zal, kon de meerderheid zich wel met het Regeeringsvoorstel vereenigen. Dat dit voorstel niet bij de Staten-Generaal is ingediend, is aan de min gunstige ontvangst, welke het in andere provinciën genoten heeft, te wijten.

Het college van Gedeputeerde Staten heeft in zooverre verandering ondergaan, als Jhr. Mr. W. H. DE BEAUFORT er uitgetreden is en Mr. B. J. L. BARON DE GEER VAN JUTPHAAS er in is opgenomen.

Het tweede hoofdstuk handelt over de Staten als kiescollege; het derde over de huishouding der Provincie en is gesplitst in vier paragrafen, aan de *Provinciale Verordeningen*, de *Provinciale Werken*, de *Archieven* en de *Provinciale Financiën* gewijd. Het toezicht op de Gemeentebesturen wordt in het vierde hoofdstuk behandeld. Dit bevat o. a. eene tabel, aanwijzende de jaarwedden van de Burgemeesters, de Wethouders, de Secretarissen en de Ontvangers in de verschillende gemeenten der Provincie Utrecht. Daaruit zien wij, dat van de Burgemeesters die van Utrecht de hoogste jaarwedde (f5000)

geniet, terwijl die van Maarn en van Tienhoven zich met f 150 moeten tevreden stellen; voorts dat een Utrechtsch wethouder f 2000 krijgt, maar dat wie het wethouderschap te Achttienhoven, te Breukelen St. Pieters, te Haarzuilens, te Hoenkoop, te Kockengen, te Laagnieuwkoop, te Loenersloot, te Maarn, te Nichtevecht, te Odijk, te Oudenrijn, te Polsbroek, te Ruwiel, te Soest, te Tienhoven, te Tull en 't Waal, te Vreeland, te Westbroek, te Willeskop, te Zegveld of te Zuylen bekleedt voor de zorgen die hij aan de belangen zijner gemeente wijdt met slechts f 10 beloond wordt. Eindelijk dat de jaarwedden der Secretarissen afwisselen tusschen f 100 en f 4200, en die der Ontvangers tusschen f 75 en f 3300.

In de paragraaf, die over de gemeentebegrootingen handelt, treffen wij het Koninklijk besluit van 25 Juni 1889 no. 25 aan, waarbij met handhaving van het besluit van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 28 December 1888 no. 38, betreffende de begroting van de gemeente Wilnis, het door den Raad dier gemeente daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard werd. De Raad van Wilnis had namelijk geweigerd, op de gemeentebegroting voor 1889 de jaarwedde te brengen van twee onderwijzereesen, die door den Commissaris des Konings waren aangesteld, nadat de gemeenteraad weigerachtig was gebleven daartoe over te gaan.

Het vijfde hoofdstuk betreft het *toezicht op den Waterstaat*. In § 2, handelende over de Reglementen vindt men een „Alphabetische(n) Staat, aanwijzende de sedert 1850 tot en met 1889 door de Provinciale Staten van Utrecht vastgestelde en nog van kracht zijnde Reglementen voor de Hoogheemraadschappen, waterschappen, enz.“, die ook de wijzigingen, welke de Reglementen ondergaan hebben, opgeeft.

Het zesde hoofdstuk eindelijk, getiteld „Uitvoering van verschillende wetten en algemeene maatregelen van inwendig bestuur“ — is gewijd aan het Onderwijs, de Medische Politie,

de Kerken, de Nijverheid, de Jacht en Visscherij, geeft een opgave van Makingen en Schenkingen, en handelt verder over het Armwezen, de Strandvonderij, Militie en Schutterij, de Rijksbelastingen en de Drankwet. In de voorlaatste paragraaf vindt men eene beslissing van Gedeputeerde Staten vermeld, waarbij eene reclame in zake personeele belasting wegens den aanslag eener *bonne* in den vijfden grondslag dier belasting werd afgewezen op grond, „dat onder Gouvernantes niet zijn te betrekken bonnes, van welke nationaliteit die ook wezen mogen, omdat zij zijn jufvrouwen, wier te verrigten werkzaamheden bij nog jeugdige kinderen niet behooren tot den werkring eener gouvernante, alleen met de opvoeding en het onderwijs van kinderen belast; — werkzaamheden, die deze bonnes doen gelijk stellen met kindermeiden en derhalve niet vrij zijn van belasting.” Inderdaad kon men bezwaarlijk onderstellen, dat de Nederlandsche wetgever een voordeel zou hebben willen toekennen aan ouders, die hunne jonge kinderen aan de hoede van vreemdelingen toevertrouwen.

In de laatste paragraaf wordt melding gemaakt van eene vrijstelling van het verbod vervat in art. 3 no. 9 der drankwet, door een koopman en slijter in sterken drank te Renen gevraagd, die door den Gemeenteraad tot Wethouder en Ambtenaar van den Burgerlijken Stand benoemd was. Gedep. Staten achtten voor de waardigheid van het wethoudersambt in eene gemeente als Renen het reeds op zich zelf min wenschelijk, dat iemand, aan wien die betrekking wordt opgedragen, tevens drankverkooper is in het klein, en namen bij hunne beschikking ook in aanmerking, dat iedere wethouder *casu quo* geroepen is tot medewerking bij beslissingen over de toepassing van bepalingen der drankwet.

Bij het verslag zijn een tiental *statistieke Bijlagen* gevoegd. Zij betreffen *de bevolking, de verkiezingen, de financiën, het onderwijs, het armwezen, het geneeskundig staarstoezicht, Militie en schutterij, Waterstaat en wegen, Landbouw en Veeartsenij-*

kundig Staatstoezicht, Nijverheid, Handel en Scheepvaart. Bij het doorbladeren dier bijlagen merkte ik op, dat de bevolking der provincie Utrecht gedurende het jaar 1889 met 3612 zielen is vermeerderd. Voorts trof het mij, dat bij de verkiezingen voor de gemeenteraden de belangstelling in sommige gemeenten niet bijster groot geweest is: in de Bildt bleven 111 van de 156, in Ruwiel 47 van de 56 kiezers thuis! Indien men tot uitbreiding van het kiesrecht overgaat, zou de oprichting eener vereeniging tot wering van kiesverzuim misschien overweging verdienen, tenzij men het beter mocht achten met den schoolplicht ook den kiesplicht in te voeren! Verder trok het mijne aandacht, dat er te Amersfoort een seminarium der oud-bisschoppelijke cleresie bestaat, dat vier studenten en drie leeraren (in de godgeleerdheid, de bijbelkunde en de wijsbegeerte) telt. Eene zoo gunstige verhouding tusschen het aantal leerlingen en dat der onderwijzers vindt men zelfs aan onze Rijksuniversiteiten niet; al meenen sommigen, dat men dien idealen toestand te gemoet gaat. Voor wie er belang instelt, worde hier nog aangestipt, dat gedurende het studiejaar 1888—1889 in het geheel 528 studenten aan de Utrechtsche Universiteit werden ingeschreven, waarvan ruim de helft in de geneeskunde; en dat het gymnasium te Utrecht onder zijne 144 leerlingen 3 meisjes telde.

Eindelijk trok eene klacht over den toestand der ambachtsnijverheid te Utrecht mijne aandacht: „De toestand van de ambachtsnijverheid, vooral wat de bouwvakken betreft, is weinig bevredigend te noemen. Het aantal werkbazen-aannemers groeit steeds aan, en ook daardoor de reeds tot een uiterste grens gedreven concurrentie, die aan eene degelijke en soliede behandeling van zaken meer en meer in den weg treedt.»

Indien het mij ten slotte geoorloofd is, een paar aanmerkingen op den vorm van het verslag te maken, dan zoude ik vooreerst willen vragen, of de inhoudsopgave, die zich thans tusschen het verslag zelf en de bijlagen verschuilt niet gemakkelijker zoude zijn op te slaan, indien zij, met het

alphabetisch register, dat haar vergezelt, voor of achter het geheele werk ware geplaatst; voorts of eene doorgaande pagineering der bijlagen met vermelding der bladzijden in de lijst dier bijlagen geene aanbeveling verdient; en eindelijk of men aan het Provinciaal Gouvernement te Utrecht er niet eens over zou gaan denken, de verouderde spelling van SIEGENBEEK door de zoogenaamde nieuwe spelling — die intusschen reeds 25 jaar oud is — te vervangen.

MR. C. BAKE.

STRAFRECHT. — *Eenige opmerkingen over noodweer* [art. 41, 1^{ste} alinea *Wetboek van Strafrecht*], door mr. F. J. G. VAN TRICHT, *Griffier bij het Kantongerecht te Groenlo*.

De wijze, waarop onze Strafwetgever in art. 41 W. v. Sr het begrip „noodweer” omschreven heeft, wettigt de vraag of dr. FRANZ VON LISZT terecht verklaart: „die Notwehrhandlung „ist zu allen Zeiten und bei allen Völkern, wenn auch in verschiedenen Umfange, als eine nicht nur strafbare, sondern „als eine nicht rechtswidrige Rechtsguterverletzung anerkannt „worden.” (1) (2)

De vraag: of in het systeem van ons strafrecht de noodweer als een den aangevallene toekomend recht verschijnt dan wel als eene straffeloosheid verzekerende omstandigheid wordt aangemerkt, schijnt toch door de woorden van het genoemd artikel wel in laatstgemelden zin beslist te worden. In tegenstelling met den Code Pénal (3), die bij den „werkelijken nooddwang” uitdrukkelijk elk begrip van misdrijf of wanbedrijf uitsloot, vangt artikel 41 W. v. Sr. met de zinsnede „niet strafbaar is hij” enz. aan en bepaalt dus volgens de letter der wet: dat de uit noodweer gepleegde handeling geenszins als de uitoefening van een recht beschouwd wordt; duidelijk als het is dat zoo een wetgever het noodig keurt uitsluiting van straf te verzekeren, hij moeielijk aan eene dergelijke rechtsuitoefening heeft kunnen denken. Eene conclusie, welke in de memorie

(1) Das Reichsstrafrecht p. 88.

(2) Lees trouwens in tegenovergestelden zin Zöpfl. Archiv. des Criminalrechts N. F. 1843, p. 42 en v.

(3) Reeds de Code Pénal van 25 Sept. 1791 bepaalde in art. 6: „L'homicide est commis légitimement lorsqu'il est indispensablement „commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi- „même et d'autrui”.

van toelichting de bevestiging harer juistheid vindt. De regeering licht daar den III^{den} Titel van ons strafwetboek toch aldus toe: „Geene strafrechtelijke verantwoordelijkheid zonder „toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en *geene zoodanige toerekenbaarheid* waar hetzij de vrijheid van handelen, „de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen „toestand verkeert dat hij het ongeoorloofde zijner handelingen „niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen“, om dan verder uitdrukkelijk te bepalen: dat die toerekenbaarheid onder meer kan ontbreken wegens van buiten aangebrachte oorzaken, onder welke rubriek de noodweer dan gebracht wordt. Het behoeft geen betoog dat waar de straffeloosheid van den uit noodweer handelende uitsluitend op zijne *ontoerekenbaarheid* gegrond wordt, elke gedachte aan de uitoefening van een recht verre moet blijven. Meende men anders, men zou in den staat van ontoerekenbaarheid eene bron van rechten moeten zien en de daden, welke de wetgever in niet vrijen wil gepleegd acht, als de vrije uitoefening van een recht moeten beschouwen.

MR. ALBERDA VAN EKENSTEIN (1), die van de bovenomschreven overeenstemming tusschen wet en memorie geene melding maakt, grondt een afwijkend gevoelen op eene vraag door den Minister der commissie van rapporteurs gesteld.

Het gold hier eene kritiek van de oorspronkelijke redactie van artikel 41 W. v. Sr., die volgens de genoemde commissie zou toestaan dat iemand straffeloos den dief van zijn horloge zou kunnen doodschieten, waarop de Minister met de vraag antwoordde „of dan de wet mag eischen dat het recht voor „het onrecht wijke“ (2). Blijkbaar werd hier het woord recht in den algemeenen zin van rechtsorde gebruikt en stelde de Minister derhalve de vraag: of deze dan zonder eenige tegenweer

(1) Zie aan 't slot zijner dissertatie „Huisvredebreuk“.

(2) Verslag der comm. van rapp. Off. uitgave III.

door het onrecht zou mogen worden verbroken, daarmede onbeslist latende of deze de rechtsorde schragende tegenweer niet nit eene van nature onrechtmatige — zij het dan ook door eene bepaling der wet straffelooze — handeling zou kunnen bestaan. Doch wat hiervan ook zij, het gaat natuurlijk niet aan op het gezag van deze ééne uitdrukking des Ministers eene theorie te bouwen, welke èn met de woorden èn met den in de memorie uitgedrukten geest der wet in klaarblijkelijken strijd is. Dat onze wetgever met de thans gevolgde redactie het wetenschappelijk begrip der noodweer niet miskend heeft, zou ik niet durven betwijfelen, en het mag dan ook verwondering baren dat het thans gehuldigde stelsel in de memorie van toelichting met geen enkel woord eene nadere uiteenzetting of verdediging vindt, nu zoovele wetgevingen en schrijvers — zij het dan ook niet op eenstemmige gronden — in de uit noodweer gepleegde handelingen de uitoefening van een den aangevallene toekomend recht zien.

De meening: „dat, waar de openbare macht niet in staat is ons te beschermen het menschelijk gevoel van zelf eene wettige zelfverdediging als heilig recht moet aannemen“ schijnt mij eene even slechte bron voor dit recht, toe als het argument: dat reeds CICERO van eene dergelijke nata lex sprak (1).

Het menschelijk gevoel toch is meer geneigd zijne uitingen door het ondervonden leed of nadeel dan wel door zuivere rechtsbegrippen te doen beheerschen en komt zoo dikwijls tot wraaktheoriën, die het meer kalme verstand als onrecht zal verwerpen.

De rechtsgrond der noodweer schijnt dan ook gevonden te moeten worden in de eigenaardige rechten en verplichtingen, welke de Staat te vervullen heeft en de verschillende meeningen, die aangaande de Staatmacht bestaan, oefenen dan ook van

(1) Zie aldus Mr. P. RINK, over noodweer, dissert. 1874, pag. 3 en 4.

zelf bij het opsporen dier bron invloed uit. Geloof men: (1) dat de Staat verplicht is de bijzondere rechten der burgers tegen aanranding te beschermen en hij in het algemeen dien plicht niet kan nakomen, tenzij hij een recht der burgers om zelf het onrecht af te weren *erkent*, zoodat zijne tussekomsst en hulp slechts dient om de ontbrekende kracht aan te vullen, dan is daarmede van zelf den grond der noodweer aangegeven. Is men (2) echter van meening: dat de Staat verplicht is voor de veiligheid zijner leden te waken en, zoo hij daarin te kort schiet, de aangevallene *in zijn natuurlijk recht terugtreedt* om in de plaats van den Staat zijn eigen recht te beschermen, zoo zal de motiveering der noodweer weêr eene andere moeten zijn (3). Volgens mijne bescheidene meening stelt men in deze theoriën de bescherming der rechten van de bijzondere personen te veel op den voorgrond en komt hierdoor tot een systeem, dat niet genoeg rekening houdt met de vraag: waarom de misdadiger door den Staat gestraft wordt, zoodat het ruime beginsel van ons art. 41 W.v.Sr., hetwelk de bevoegdheid tot verweering niet uitsluitend tot den aangevallene beperkt, er niet door verklaard wordt. De Staat straft toch niet daar aan een recht der bijzondere personen nadeel is toe-

(1) Zie bv. Dr. H. HÄLSCHNER, das gemeine deutsche Strafrecht, p. 475 en v. SCHÜTZE, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 108. MEYER, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 247.

(2) Zie bv. E. S. TICHELAAER, aantekeningen op art. 328 en 329 Code Pénal, en den daar aangehaalden schrijver DE MOLINARI; zie verder FEUERBACH § 36, GROLMAN § 24 en de bij HÄLSCHNER opgegeven schrijvers.

(3) De meening door Dr. FR. O. VON SCHWARZE (Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich p. 211) uitgesproken „Es „ist in der Notwehr das Angegriffene Recht, welches sich gegen das „Angreifende Unrecht erhalten will“ wijst m. i. op geene rechtsbron voor de noodweer. De geciteerde omschrijving verklaart wel waarom men zich tegen den aanvaller verweert, doch rechtvaardigt met deze verklaring eene dergelijke handeling nog niet.

gebracht, doch omdat door de aantasting van dat recht de rechtsorde gestoord is (1); het middel waardoor die stoornis plaats vindt moge nu al gelegen zijn in de aanranding van een den aangevallene toekomend recht, de Strafwet kan daarom niet gezegd worden uitsluitend ten doel te hebben die bijzondere rechten te beschermen. Deze onderscheiding verliest men nu m. i. uit het oog. De Staat, die de verstoring der rechtsorde zooveel mogelijk tracht te voorkomen, zoekt dit doel èn door het uitoefenen eener preventieve politiezorg èn door het uitvaardigen van strafbepalingen te bereiken; heeft de stoornis echter plaats gehad zoo treedt hij repressief met de toepassing dier laatstgenoemde bepalingen op, teneinde — voor zooverre dit kan — den invloed dier stoornis eenigszins te verminderen en eene herhaling voor het vervolg te voorkomen. In de overtuiging echter dat door deze middelen het kwaad niet altijd voldoende zal kunnen worden tegengegaan, draagt de Staat, afgescheiden van zijne eigen bevoegdheid, aan de private personen de macht op hem in zijne taak te steunen, hetzij door de oogenblikkelijk aan te vangen stoornis te voorkomen hetzij door de gevolgen der reeds aangevangene zooveel mogelijk te beperken. Zooals ik reeds opmerkte, vindt deze opvatting hare verdediging in het bij onze wet, en trouwens vrij wel *algemeen*, gehuldigd stelsel om noodweer niet alleen bij aanranding van eigen doch ook bij die van eens anders lijf, eerbaarheid of goed toe te laten. Plaatst men zich op het standpunt der aangehaalde Schrijvers, zoo zal er voor deze uitbreiding geen redelijke grond aanwezig zijn. Immers, het verzuim van den Staat de bijzondere rechten van een persoon te beschermen maakt dan wel voor *dien rechthebbende* een persoonlijke grond

(1) Verg. VON LISZT t. a. p. pag. 88 „die Rechtsordnung hat von jeher — in entwickelteren Rechten durch Ausdrückliche Anordnung — die von dem Einzelnen ausgehende Abwehr des unmittelbar „drohenden Unrechtes in der Gestalt der Notwehr sanktionirt“.

voor eigen-richting uit, doch wettigt geenszins eene verwering voor den derde, wiens rechten niet in gevaar gebracht zijn. Bij de handhaving der rechtsorde daarentegen heeft zoowel de derde belang als degene door aantasting van wiens rechten die stoornis plaats vindt. Waar onze strafwetgever — zooals wij hierboven zagen — de *straffeloosheid* van den in noodweer handelende op de *ontoerekenbaarheid* van dien persoon grondt en diens *wil voor onvrij* verklaart, daar is het in zijn systeem natuurlijk onlogisch ook de noodzakelijke verdediging van eens anders rechtsgoed niet strafbaar te verklaren. Moge er al grond bestaan om de ontoerekenbaarheid wegens van buiten aan-gebrachte oorzaken dan aan te nemen, wanneer eene aanranding tegen het eigen rechtsgoed gericht is, deze fictie gaat zeker allerminst op, wanneer men zonder noodzaak met *vrijen wil* de verdediging van de belangen eens derden op zich neemt.

Had onze wetgever, overeenkomstig het gevoelen der commissie van rapporteurs (1), de voorgestelde redactie van art. 41 W. v. Sr. vervangen door de bepaling „dat niemand strafbaar „is wegens een feit, waartoe hij door noodweer gedrongen is“, zoo zouden deze algemeene bewoordingen vrijheid gegeven hebben de hierboven ontvouwde leer in al zijne consequentiën toe te passen. Zooals de redactie nu echter luidt worden voor het begrip „noodweer“ allerlei vereischten gesteld, van wier al of niet nakoming het straffellooze of strafbare der handeling afhangt. Het is dus van belang den inhoud dier voorwaarden te kennen.

Het genoemde art. 41 W. v. Sr. verzekert in het algemeen straffeloosheid wegens het onder de daar genoemde omstandigheden gepleegde *feit*. De bepaling van den Code pénal, welke alleen van „homicide, blessures et coups“ sprak, is hierdoor zoo algemeen mogelijk uitgebreid, daar thans dit feit evenzeer in

(1) Ontwerp Strafrecht III p. 54.

eene overtreding bestaan kan. De kantonrechter te Waalwijk ontsloeg dan ook dd. 17 Nov. '87 een persoon van alle rechtsvervolging, die na het bij politiereglement vastgestelde uur in een herberg bleef zitten om zich op die wijze tegen eene mishandeling, waarmede hij bedreigd werd, te vrijwaren. (1) De redactie geeft tevens vrijheid ook die feiten er onder te begrijpen, welke in een „niet doen“ bestaan. Daar echter blijkens de bewoordingen van ons artikel datgene, waartegen men zich verweren mag, steeds eene *aanranding*, dat is derhalve een handelend optreden, moet uitmaken, zoo zal de aangevallene wel gerechtigd zijn om door een delictum omissionis een delictum commissionis tegen te gaan, doch daarentegen nimmer de bij artikel 41 W. v. Sr. bedoelde verdediging tegen een strafbaar niet-doen mogen voeren. (2) Onze wet spreekt zoo algemeen mogelijk van het begaan van een feit en stelt dus niet als vereischte: dat de door eene noodzakelijke verdediging geboden daad in eene handeling *tegen den aanvaller* bestaat. Hoezeer derhalve het begrip verwering wel bijna altijd zal mede brengen dat men den aanval in den persoon of het goed van den aanvaller afweert, zoo is dus de mogelijkheid niet uitgesloten dat de aangevallene tegen den eigendom van een derde een feit pleegt, waardoor hij den aanval tracht af te slaan. (3) Eene omstandigheid, die zich bv. voor kan doen, wanneer de aangevallene verplicht is de afsluiting eener woning van dien derde te verbreken, teneinde hierdoor eene schuilplaats tegen de vervolging te vinden. Daar de aard van het „begane feit“ niet nader in onze wet aan vereischten gebonden wordt, is er in jure constituto geene plaats meer voor de onderscheiding tusschen eigenlijke en oneigenlijke noodweer, welke sommigen (4) aannemen. Eene onderscheiding,

(1) Tijdschrift voor Strafrecht III. Jurisprudentie ad art. 41 W. v. Sr.

(2) Vergel. Dr. HUGO HÄLSCHNER t. a. p. p. 485, noot 1.

(3) Vergl. Dr. F. O. VON SCHWARZE t. a. p. p. 213.

(4) O. a. LUDEN, Handbuch des Strafrechts I, p. 29.

die naarmate de feiten een zuiver aanvallend of afwerend karakter hebben, deze tot de eerste of tweede rubriek brengt.

Het oorspronkelijk ontwerp van ons strafwetboek verklaarde dat feit niet strafbaar, hetwelk noodzakelijk was ter verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed, enz. De commissie van rapporteurs was terecht van meening dat deze redactie te verre ging, doch geloofde ten onrechte dat die te verre strekking aan de bijvoeging der woorden „of goed” te wijten was. Zij helderde hare meening door een voorbeeld op en verklaarde: dat nu voortaan degene onstrafbaar zal zijn, die den dief van zijn horloge of wandelstok, dien hij niet anders kan verdedigen, neerschiet. Het werd hierdoor duidelijk: dat zij ten onrechte de waarde van het te verdedigen goed op de bevoegdheid tot die verdediging zelve invloed wilde doen uitoefenen en voorbij zag: dat hare kritiek niet de geïncrimineerde woorden raakte doch de redactie wraakte, welke het woord noodzakelijk alleen aan „verdediging” en niet tevens aan het woord „feit” verbond. De Minister antwoordde dan ook: dat hem uit het mondeling overleg gebleken was dat de vroegere redactie tot een misverstand aanleiding gegeven had en voldeed daarop aan de wenschen der genoemde commissie, niet door het begrip „goed” nader te omschrijven doch door aan het woord „feit” de uitdrukking „geboden” te verbinden. Deze verandering, welke in de wet behouden bleef, huldigt een stelsel, dat zoowel de noodzakelijkheid der verdediging zelve eischt als gebiedt dat het tot die noodzakelijke verdediging gepleegde feit evenzeer noodzakelijk is.

De vraag: of een feit al dan niet door eene noodzakelijke verdediging geboden is, zal wel doorgaans eene quaestio facti zijn, die de rechter in elk bijzonder geval zal dienen te beslissen. Hij zal daarbij echter gebonden zijn aan de algemeene rechtsbeginselen, die dit onderwerp beheerschen. De waarde van het te beschermen goed zal dan ook bij de beoordeeling

dezer kwestie niet van invloed mogen zijn (1). In jure constituendo volgt dit uit de overweging: dat de verdediging uit noodweer niet tot bescherming van den bijzonderen eigendom dient, doch tegen de verstoring der rechtsorde gericht is en nu wel de omstandigheden, waaronder de aanranding plaats vindt, doch nimmer de waarde van het toevallig aangetaste goed van invloed is bij de bepaling van de hoegroothed dier stoornis. Ten opzichte van het jus constitutum vindt deze meening steun in de redactie van ons art. 41 W. v. Sr., waarin de wetgever het woord goed zoo algemeen mogelijk zonder eene nadere omschrijving gebruikt. Waar die wetgever dus ten opzichte van het geringste goed de mogelijkheid eener noodzakelijke verdediging veronderstelt, daar zullen de omstandigheden dikwijls kunnen maken: dat het eenige door die verdediging geboden feit een doodslag zal moeten zijn.

Het komt mij dan ook salva reverentia voor dat de Rechtbank te Alkmaar bij haar vonnis dd. 12 Maart 1889 deze waarheid miskende, toen zij o. a. overwoog: „dat niet uit het oog mag verloren worden, dat de aanranding was van een zeer weinig beteekenenden aard, daar zij strekte om eene in den morgen geleden schade vergoed te krijgen en daar het feit volgens de verklaringen van de twee bovenvermelde getuigen gepleegd werd op klaarlichten dag, ten aanschouwe van verscheidene personen en ten opzichte van goed dat slechts geringe waarde had” (2).

De rechter zal bij de beoordeeling van het uit noodweer gepleegde feit de noodzakelijkheid daarvan natuurlijk van een objectief standpunt moeten beoordeelen en daarbij niet gebonden zijn aan de subjectieve opvattingen van gevaar of noodzaak, welke de aangevallene mocht voorstaan. Hij zal zich echter uit

(1) Vergel. HÄLSCHNER t. a. p., pag. 482. VON SCHWARZE pag. 212. OPPENHOFF ad § 53 D. S. W. Mr. RINK pag. 30 en de daar aangehaalde schrijvers. Mr. TICHELAAAR pag. 18.

(2) W. No. 5698.

den aard der zaak in de omstandigheden van dien aangevallene moeten verplaatsen en derhalve den indruk moeten overwegen, welke eene bepaalde aanranding in bepaalde omstandigheden op een redelijk ontwikkeld mensch kan maken. Zoowel de aard der aangewende middelen van aanranding en verdediging zullen dus moeten gewogen worden als rekening gehouden met den aard der aanvallende en verwerende personen. Een mes, dat in de handen van een krachtig ontwikkeld aanvaller het doodschieten kan wettigen, zal doorgaans eene dergelijke verdediging niet rechtvaardigen, wanneer een blinde of lamme daarmede zijn aanval zoekt te ondersteunen. Zoo zullen evenzeer de omstandigheden, waaronder de aanranding plaats had, moeten nagegaan worden. Eene nachtelijke aanranding, of die welke op eene eenzame plaats geschiedt, zal toch van zelf bij een redelijk mensch terecht het gevaar grooter doen schijnen dan wanneer die omstandigheden ontbreken.

In het meer aangehaald vonnis der Alkmaarsche rechtbank wordt dan ook overwogen: „dat het feit gepleegd werd *op klaarlichte dag* en ten aanschouwe van verscheidene personen.” De tegenweer, welke de aangevallene of derde aanwendt, behoeft in geen enkel opzicht geevenredigd te zijn aan den aanval zelf (1). Ten onrechte wordt dan ook m. i. in het hierboven aangehaalde vonnis de noodzakelijkheid van het ter afwering gepleegde feit met de overweging bestreden: „dat de aanranding was van zeer weinig beteekenenden aard, daar zij strekte om geleden schade vergoed te krijgen.” Het karakter der aanranding wordt hier verward met de strekking daarvan, terwijl daartusschen natuurlijk niet altijd eene verhouding behoeft te bestaan. Gelijk somtijds de meest geweldadige aanrandingen met

(1) Zie in tegengestelden zin CHAUVEAU en HÉLIE, die indirect weêr de aard van het aan te wenden middel door de waarde van het bedreigde goed willen aanwijzen, en de daartegen gevoerde kritiek van Mr. RINK t. a. p. pag. 177; zie evenzeer deze meening bestreden door Mr. TICHELAAR t. a. p., pag. 59 en v.

een onbeduidend doel ondernomen worden, kunnen de nietigste redenen tot de zwaarste aanvallen aanleiding geven.

Blijkt later dat het door den aangevallene of derde gepleegde feit niet door eene noodzakelijke verdediging geboden was, zoo zal die handeling niet op de gunstige bepaling van art. 41 W. v. Sr. aanspraak kunnen maken, doch als een strafbaar feit berecht worden; iets dat evenzeer geldt, wanneer het bij de tweede alinea toegestane excès van noodweer (1) overschreden wordt. In beide gevallen kan er van noodweer geen sprake zijn en de oorspronkelijken aanvaller zal dan voor zijne handelingen tegen den eerst aangevallene de exceptie van dat art. 41 kunnen invoeren. Verkeerde degene, die de aanranding afweerde, in dwaling over het al of niet geboden zijn van zijne verdediging, dan zal hij zich evenmin op noodweer kunnen beroepen; valt het door hem gepleegde feit dan echter onder eene strafbepaling, waarin opzet als vereischte gesteld wordt, zoo zal hij natuurlijk — zij het dan ook op een anderen grond — toch niet strafbaar zijn.

De verdediging, welke ons strafwetboek eischt, moet zelve ook noodzakelijk zijn. Is alzoo de aanranding op eene andere wijze te voorkomen, of is zij van dien aard dat eene verdediging geheel onnoodig schijnt, zoo is eene verwerping uitgesloten. Heeft de aangevallene derhalve *de zekerheid* dat hij langs civielrechtelijken weg zijn goed zal terugkrijgen, dan kan volgens het systeem onzer wet de verdediging niet gezegd worden *noodzakelijk* te zijn voor de bescherming van dit rechts-object. Met SANDER (2) te beweren: dat hierin eene bevoordeeling van den rijke boven den arme gelegen is, komt mij

(1) In een requisitoir van den Officier van Justitie te Almelo werd m.i. terecht opgemerkt dat het bij art. 41, tweede alinea, W. v. Sr. bedoelde geval oneigenlijk noodweer genoemd wordt. (zie opgave jurisprudentie ad art. 41 Sr., Tijdschrift voor Strafrecht Deel IV, afl. 5 en 6.)

(2) Beiträge zur Lehre von der Nothwehr. Archiv des Criminalrechts N. F. 1841. p. 104.

Themis, LIIste Deel, 3de stuk [1891].

onjuist voor. Het *beginsel* waarvan de wetgever toch uitgaat is voor beide personen hetzelfde, al zijn *de gevolgen* door daaraan vreemde oorzaken ook verschillende. Hierbij komt dan nog: dat de aangevallene door de enkele wetenschap dat de aanvaller tot teruggave in staat is niet verplicht wordt zich van verdediging te onthouden, wanneer hij bovendien niet het bewijs kan leveren dat die aanvaller werkelijk de dader is. Maar er is tegen *het beginsel* zelf onzer wet veel aan te merken.

Met onze meening aangaande den rechtsgrond der noodweer voor oogen is toch de vraag gewettigd: of — al is het aangerande goed langs een anderen weg terug te bekomen — de rechtsorde door het enkele feit dier aantasting niet in hevige mate kan gestoord worden en of het derhalve niet in het belang dier rechtsorde zou kunnen genoemd worden, wanneer ook dan de in zijn goed aangevallene het recht had om door zijne verwerping te beproeven of aan die stoornis niet oogenblikkelijk een einde te maken was? Tot eene geheele andere waardeering zal men echter moeten komen van die middelen, waardoor de aanranding kan worden *voorkomen*. Hierbij eene uitzondering te maken voor het geval dat de aangevallene zich door de vlucht zal kunnen redden, komt mij ongegrond voor en schijnt mij toe op eene onjuiste appreciatie (1) van dit redmiddel te berusten. Zij, die beweren dat de vlucht een schijn van lafhartigheid op zich laadt en eene vlek op de eer van den vluchteling werpt, vergeten dat de mogelijkheid al dan niet lichamelijken moed te uiten doorgaans meer van de lichaamskrachten dan wel van het eergevoel afhankelijk is en zien bovendien voorbij dat er trouwens geen sprake van noodzakelijkheid kan zijn om tegenover een misdadiger die beweerde eer te handhaven; duidelijk als het is, dat die eer beter gediend

(1) Zie o. a. Dr. F. O. VON SCHWARZE t. a. p., pag. 214. Dr. H. HÄLSCHNER t. a. p., p. 478. Mr. TICHELAAAR t. a. p., p. 15.

wordt door de vrees onnoodig bloed te vergieten (1) dan door het noodeloos trotseeren (2) van gewetenlooze aanranders. Mr. RINK doet het antwoord op de vraag: of men verplicht is te vluchten, geheel ten onrechte van de omstandigheid afhangen of die vlucht mogelijk is, niet slechts met behoud van die rechten, welke door den aanvaller bedreigd worden, maar van *alle onze rechten*. Immers, hij die vlucht doet dit om eene *aanranding* van zijn *bedreigd goed* bv. te voorkomen.

Gaat door de vlucht nu een ander zijner rechtsgoederen (3) verloren, zoo is dit verlies *een gevolg van die vlucht*, hoezeer de dreigende aanranding daartoe de verwijderde aanleiding moge uitmaken. Kende men nu in een dergelijk geval den bedreigde het recht toe om een anders strafbaar feit te plegen, dat niet noodzakelijk was om de aanranding af te weren maar indirect moest dienen de gevolgen van eene vlucht te voorkomen, zoo zou men feitelijk het recht van noodweer tot die gevallen uitbreiden, waarin het toch steeds noodzakelijk element, DE AANRANDING VAN HET NIET ANDERS TE BESCHERMEN GOED, zou ontbreken.

Waar Dr. F. O. VON SCHWARZE (4) evenzeer bij eene bestaande mogelijkheid tot vluchten de noodweer niet uitgesloten acht, gaat deze nog veel verder „Selbst,“ zegt hij, „wenn „der Angegriffene wusste, dasz ein solcher Angriff zu befürchten „sei (z. b. passiren eines verrufenen Weges) kann der Angreifer „sich darüber nicht beschweren, dasz sein Angriff mit Verletzung „seiner Person zurück gewiesen wird.“ Volgens mijne bescheidene meening heerscht er bij dit gesteld geval eene verwarring van denkbeelden.

(1) Zie het woord van SCIPION BEXON, aangehaald bij Mr. RINK, p. 65.

(2) t. a. p. pag. 66.

(3) Mr. RINK stelt het geval dat de aangevallene door de vlucht bv. eene vergadering niet zal kunnen bijwonen, p. 64.

(4) t. a. p. pag. 214.

Hij toch, die den in slechten reuk staanden weg moet bewandelen, overpeinst dan alleen de mogelijkheid van het gevaar, dat hem zal kunnen wachten; het gevaar zelf echter bestaat nog niet en van de verplichting al dan niet te vluchten kan derhalve nog geen sprake zijn.

In tegenstelling met de Duitsche strafwet die de door noodweer te beschermen objecten niet opsomt, doch in de Motive *„Leib, Leben, Ehre oder Vermögensgegenstände“* noemt, bepaalt onze wetgever met zoovele woorden dat eene dergelijke verdediging slechts tot verwering van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed mag strekken. De memorie van toelichting (1) werpt over deze begrippen geen ander licht, dan dat zij de onnoodige verklaring aflegt: dat onze wet door melding te maken van *„goed“* bepalingen als van art. 322 en 329 C. P. doet vervallen. Eene opmerking, die de eenige schamele toelichting zou zijn over eene redactie, welke tot zoovele strijdvrage aanleiding moet geven, indien niet de commissie van rapporteurs door hare hierboven reeds medegedeelde bezwaren tegen het woord *„goed“* den Minister aanleiding had gegeven dienaangaande nader zijne gedachten te uiten. *„Vermogensrechten“*, zoo lezen wij, *„uit het artikel te bannen vindt de Minister onvoldoende om de gevreesde te ruime opvatting uit te sluiten (2)“*. Het blijkt dus dat de Minister het woord *„goed“* synoniem acht met het begrip vermogensrechten; eene meening, die noch door de commissie van rapporteurs weersproken noch verder bij de beraadslagingen ter sprake gebracht, het karakter van eene officieele interpretatie verkrijgt en dan ook over sommige vragen veel licht kan verspreiden. Reeds dadelijk toch doet zij zien dat men met de uitdrukking *„goed“* niet het begrip *„rechtsgoed“* heeft willen uitdrukken, hetgeen eene veel ruimere strekking heeft, daar

(1) p. 155.

(2) t. a. p. verslag der comm. v. rapporteurs.

hieronder elk door het recht beschermd belang (1), derhalve ook het lijf en de eerbaarheid, kan gebracht worden. Eene beperking, die het noodzakelijk maakte deze twee laatstgenoemde objecten afzonderlijk te noemen. Wat onder eene aanranding tegen ons lijf te verstaan is, wijst zich van zelf aan; elke aanslag welke tegen ons lichamenlijk wezen gericht is valt daaronder (2). Eene handeling, waardoor ons leven bedreigd wordt, is derhalve van zelf eene aanranding tegen ons lijf te noemen en de in de Motive van het Duitsche Strafwetboek aangenomen onderscheiding tusschen „Leib und Leben“ schijnt dan ook ongemotiveerd. De vraag doet zich echter voor of ook eene aanranding van onze vrijheid hieronder mag gebracht worden. Het komt mij voor dat men met VON SCHWARZE (3) die vraag niet in toestemmenden zin mag beantwoorden. Vindt onze vrijheidsbelemmering haar grond in de aantasting van ons lijf, zoo is zij het gevolg van eene handeling waartegen de noodweer zelfstandig is toegelaten; de aanranding kan dan in eigenlijken zin niet gezegd worden een aanslag op onze vrijheid te zijn, hoezeer het verlies dier vrijheid een gevolg der gepleegde handeling uitmaakt. Wordt echter de vrijheidsberooving zonder eenige feitelijkheden bewerkstelligd, zoo geeft de beperkte uitdrukking der wet geene vrijheid noodweer toe te staan. Had onze wetgever dit gewild, hij zou het woord *persoon* gekozen hebben, hetgeen alle voorwaarden uitdrukt welke dit begrip vereischt; nu hij van dien persoon alleen het

(1) Mr. F. E. VON LISZT: Das Deutsche Reichsstrafrecht, pag. 90.

(2) Het komt mij derhalve onjuist voor met Mr. ALBARDA VAN EKENSTEIN te beweren dat de huisvredebreuk een aanranding van ons erf uitmaakt. Zeker kan zij dit karakter dragen, wanneer het delict door feitelijkheden gepleegd wordt, niet altijd echter zullen deze omstandigheden zich behoeven voor te doen. Zie dan ook de meeste Duitsche schrijvers in anderen zin; vergel. bv. VAN SCHWARZE t. a. p. p. 213.

(3) t. a. p. 212.

lijf en de eerbaarheid noemt, zou men het wezen van den mensch uitsluitend in die begrippen moeten zoeken en onjuist aannemen dat elke tegen hem gerichte aanslag noodzakelijk de in onze wet genoemde objecten moet aantasten, om tot de gewraakte meening te komen (1).

De Duitsche strafwetgever, die — blijkens de memorie van toelichting — de eer door noodweer wil beschermd zien, gaat daarmede veel verder dan onze wet, die slechts van eerbaarheid spreekt en daarmede een denkbeeld aangeeft dat een onderdeel van het eerstbedoeld begrip uitmaakt. Of het juist geweest is aldus te beperken, blijft eene open kwestie en maakt eene vraag uit wier oplossing verschillend zal zijn, naarmate men de eer al dan niet voor eene verdediging vatbaar acht. De opmerking dat beledigingen met woorden onze eer nooit kunnen krenken, daar deze evenmin iets tot onze werkelijke eer afdoen als de lof der menschen (2), zal ik niet breedvoerig weerleggen, daar het duidelijk is dat hier weêr eene verwarring van begrippen heerscht. Of eene belediging al dan niet in moreelen zin kan gezegd worden onze eer te krenken, kan weinig bewijzen bij de beschouwing dezer vraag in strafrechterlijken zin, nu de strafwet algemeen de belediging wel strafbaar stelt en zeer terecht aldus bepaalt, daar afgescheiden van de moreele zijde van dit vraagstuk in elk geval de belediging eene verstoring der rechtsorde uitmaakt.

De vraag, die hier maatgevend wordt, is dan ook eene geheel andere. Het is toch twijfelachtig: of de belediging b. v. niet volbracht is met het uitspreken der beledigende woorden en of dus de aanranding niet heeft opgehouden op hetzelfde

(1) Voor zooverre men derhalve mocht aannemen dat huisvredebreuk tegen de vrijheid gericht is, bestaat hiertegen in jure constituto niet een recht van noodweer.

(2) Zie Mr. RINK t. a. p. pag. 32 en den van zijn gevoelen aangehaalden schrijver GREGORY.

oogenblik dat zij een aanvang neemt (1). M. i. is dit eene zuivere quaestio facti en zullen ook hier de omstandigheden op deze vraag een antwoord moeten geven. Niet altijd toch zal eene belediging met woorden uit eene enkele uitdrukking bestaan, maar evenzeer eene serie van scheldwoorden kunnen uitmaken en aldus een voortgezet delict vormen.

In dit geval nu is het misdrijf niet op hetzelfde oogenblik volbracht als het aangevangen is en niets zal dan den aangevallene verhinderen tegen de nog steeds voortdurende aanranding eene handeling uit noodweer te plegen. Dat hiervan — zooals VON SCHWARZE zegt (2) — dan alleen sprake kan zijn wanneer de mondelinge belediging door feitelijkheden af te weren is, meen ik — zonder opgave van gronden voor deze meening — te mogen betwijfelen; waarom eene mondelinge verdediging daarvan uitgesloten wordt, schijnt niet wel te verdedigen. De meening toch, dat indien eene aanranding onzer eer niet door feitelijkheden plaats heeft geen noodweer is toegestaan (3) omdat schadeloosstelling dan steeds langs een anderen weg kan plaats hebben, is eene zuivere petitio principii. Het zal geheel van de omstandigheden afhangen of dit zoo zijn zal. Intusschen wordt hiermede de kwestie op een ander terrein overgebracht, daar dit gevoelen wel invloed zal uitoefenen bij de beoordeeling der vraag of het uit noodweer gepleegde feit *geboden* was tot noodzakelijke verdediging doch in het hier behandelde niets beslist. Hoe dit alles ook zij, onze wet staat duidelijk geene verdediging der eer uit noodweer toe en bij arrest van den 4den November '89 (4) besliste de H. R. dan ook, „dat evenmin „opgaat des requirants beroep op art. 41 Sv., omdat waar het „Hof alleen heeft aangenomen dat de req. tot het schrijven „van het geincrimineerd artikel door eene personeele insinuatie

(1) LUDEN, Abhandl. II p. 485; Handboek I p. 199.

(2) t. a. p. 212.

(3) Zie Mr. TICHELAAK p. 62 en de daar aangehaalde schrijvers.

(4) W. 5797.

„was vervoerd, er geen sprake van kan zijn dat het door hem „gepleegde feit geboden was door de noodzakelijke verdediging „van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed, tegen „oogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding.“ Onze wetgever, eene dergelijke verdediging tot bescherming der eerbaarheid erkennende, wijst daarmede op die gevallen, waarin die eerbaarheid kan aangerand worden zonder feitelijkheden. Hebben deze laatste toch plaats zoo is de aanslag — als tegen het lijf gericht — reeds op dien grond afweerbaar.

Zooals ik op de hierboven aangevoerde gronden betoogde, moet het woord „goed“ in art. 41 W. v. Sv. in den zin van vermogensrechten opgevat worden. Tegen eene aanranding van politieke rechten kan derhalve geene verdediging uit noodweer aangewend worden. In jure constituendo met dr. FRANZ VON LISZT (1) te beweren „Auch zum Schutze politischer „Rechtsgüter ist Notwehr zulässig“ komt zeker allerminst onnoodig voor, waar men de zoo dikwijls bij stembussen gevolgde praktijken in aanmerking neemt. Artikel 125 van ons strafwetboek maakt toch de strafbepaling tegen de vrije uitoefening van het kiesrecht in het algemeen van gepleegd geweld of bedreiging met geweld afhankelijk, zonder aangaande den aard van dit geweld iets te omschrijven, zoodat ook met het oog op Art. 81 W. v. Sr. eene aanranding van het lijf des kiezers geene voorwaarde is voor het daarin omschreven misdrijf.

Daar noodweer een strafrechterlijk begrip is kan van dit recht uit den aard der zaak alleen sprake zijn bij die onderwerpen, welke tot het gebied van het strafrecht behooren; met Berner te spreken (2) van een „Revolutionsrecht“, dat het volk in sommige gevallen als een recht van noodweer tegen den bestaanden staatkundigen toestand van een land toekomt, schijnt

(1) t. a. p. pag. 90.

(2) Zie Mr. RINK t. a. p. pag. 17.

mij dan ook geheel onjuist toe (1), evenals het mij voorkomt dat de door Mr. RINK in herinnering gebrachte omstandigheid: dat Willem I zich in 1568 tegen Alva op „rechtvaardige noodweer“ beriep, op een toestand wijst welke alleen met noodweer den naam gemeen heeft.

Het woord „goed“ slaat natuurlijk zoowel op roerende als onroerende goederen terug. Zij (2), die de noodweer bij de laatste rubriek van zaken uitgesloten achten, zoeken deze beperking te verdedigen door op te merken dat bij roerende goederen bezit als volkomen titel geldt, terwijl de eigendom der onroerende zaken steeds op eene andere wijze kan bewezen worden, zoodat eene volledige schadeloosstelling langs anderen weg mogelijk wordt. Bij deze redeneering gaat men van de onjuiste stelling uit: dat die schadeloosstelling steeds zal te verkrijgen zijn en bedenkt men niet dat dit geheel afhangt van de voorwaarde dat de aandrander tot vergoeding in staat is en evenzeer afhankelijk is van de omstandigheid: of de in zijn eigendom aangerande het bewijs kan leveren dat de in rechten aangesproken persoon werkelijk de dader is. Bij zijn arrest van 11 October 1890 (3) overwoog het hof te Leeuwarden: „dat de beklaagde, toen het hem bij zijne komst op het land kenbaar werd, dat dit voor zijn „bedrijf onmisbaar gewas (hooi) onvermijdelijk binnen zeer korten „tijd geheel door overstroming verloren zoude gaan, indien de op „het naastgelegen erf [in strijd met de wet] opgeworpen vloedijk „niet onverwijld, althans ten deele, werd opgeruimd moet worden „geacht toen hij daartoe overging, een feit te hebben begaan, „geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen goed

(1) De uitoefening van dit zoogenaamd recht van noodweer wordt dan ook in elk strafwetboek als een delictum sui generis strafbaar gesteld.

Zie bij ons IIde boek, Titel I.

(2) BÖHMER, meditat ad CCC Art. 140 § 3. Fichte, Grundlage des Naturrechts, II, p. 82,

(3) Paleis van Justitie, 1890 No. 83.

„tegen oogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding“. Het gold hier de verdediging van het hooi, doch dezelfde ratio zou natuurlijk gegolden hebben, wanneer van te veld staande vruchten, onroerende goederen, sprake was geweest.

Daar het woord goed synoniem is met vermogensrechten vallen verder zoowel lichamelijke als onlichamelijke zaken onder dit begrip. Alle zakelijke rechten mogen derhalve tegen aanrandingen verweerd worden. De bezitter heeft dus dit recht even goed als de eigenaar en — in overeenstemming met het systeem van ons burgerlijk recht — zal de bezitter dan ook zelfs tegenover den eigenaar die verdediging kunnen voeren. Niet omdat ik met dr VON SCHWARZE (1) geloof: „der gewaltthätige Angriff gegen den Inhaber enthält bereits einen Angriff auf die Person;“ waar het corpus van het bezitrecht toch bestaat in de *mogelijkheid* lichamelijke heerschappij uit te oefenen, kan die mogelijkheid worden belemmerd of weggenomen zonder dat daarom nog eene aanranding van den persoon noodig is. Eene waarheid, welke artikel 618 B. W. uitdrukkelijk erkent. Het bezit zal, wil men het op de wijze bij art. 41 Sr. aangegeven kunnen verdedigen, derhalve een zakelijk recht moeten zijn. De omstandigheid of het ter goeder of kwader trouw bezeten wordt zal derhalve geen verschil uitmaken, nu ons B. W. het wezen van dit recht niet van die goede trouw afhankelijk stelt. De *naturalis possessio* echter zal er hierdoor buitenvallen.

De vraag of huisvredebruik als eene aanranding van „goed“ te beschouwen is, meen ik — in tegenstelling met anderen — ontkennend te moeten beantwoorden. Zeer zeker kan de wijze, waarop dit misdrijf gepleegd wordt, eene aanranding van ons lijf of goed uitmaken en dan als zoodanig eene verdediging uit noodweer wettigen. Op zich zelf echter ligt in het wederrechtelijk binnendringen of het wederrechtelijk vertoeven in eene woning niet per se een aanval op onze vermogensrechten

(1) t. a. p. pag. 213.

opgesloten. Een beschonkene toch b. v., die zonder daartoe gerechtigd te zijn in een woonvertrek komt en, in stede van op de vordering van den bewoner zich aanstonds te verwijderen, aldaar rustig op een stoel gaat zitten, kan niet gezegd worden een der vermogensrechten aan te randen. Dit schijnt mij toe de grond te zijn voor eene ontkenkende beantwoording dezer vraag en niet de overweging: „daz in diesem Verweile nicht ein „Angriff auf unser Besitzrecht liegt (1)“. Een bewoner van een huis zal toch dikwijls geen aanspraak op dit recht kunnen maken, maar als huurder slechts een feitelijk bezit hebben.

De aanranding waartegen noodweer is toegestaan moet volgens onze wet eene oogenblikkelijke zijn; dit wil zeggen: zij moet onmiddelijk te verwachten of reeds aangevangen wezen (2). De aangevallene behoeft dus met zijne verdediging niet te wachten tot de aanrander handelend optreedt, doch is gerechtigd om, zoo de aanval op het eerstvolgend oogenblik zeker zal plaats vinden, reeds tot die verwering over te gaan. Het zal dus moeten vaststaan: dat die aanranding niet eerst in de toekomst doch reeds dadelijk onvermijdelijk zal volgen; in hoeverre eene bedreiging met aanranding in den door mij bedoelden zin kan gezegd worden een oogenblikkelijke aanval te zijn zal dus van de omstandigheden afhangen en door den rechter in elk bijzonder geval dienen te worden overwogen. In het meer aangehaald vonnis van het kantongerecht te Waalwijk werd die voorwaarde aangenomen bij het geval dat iemand, met mishandeling bedreigd, buiten de herberg waarin hij zich bevond door eenige personen werd opgewacht. De rechtbank te 's Bosh nam echter bij haar vonnis d.d. 2 Dec. 1886 (3) aan: dat al had de beklagde den verslagene tegen een derde hooren zeggen „daar is de boterkop (scheldnaam van

(1) Dr. F. O. VAN SCHWARZE t. a. p., p. 213 en v.

(2) VAN LISZT t. a. p., pag. 89. HÄLSCHNER pag. 477.

(3) W. 5362.

„den beklaagde), daar zal de boterkop sterven en al was de „beklaagde, uit vrees voor mishandeling op de vlucht gegaan, „daarop door den verslagene achtervolgd, hem dit geenszins „het recht gaf dien achtervolger aan te vallen. „

Is de aanranding reeds volbracht zoo is de noodweer uitgesloten; men moet hierbij echter wel tusschen het volbrengen van het delict en de aanranding zelve onderscheiden, welke begrippen niet altijd samenvallen. Het strafbaar feit kan toch reeds voleindigd zijn, terwijl de dader door op nieuw een aanval te plegen zijne aanranding voortzet; evenzeer kan de diefstal in den juridischen zin van het woord gezegd worden door de wegneming van het voorwerp met een bepaald oogmerk volbracht te zijn, terwijl toch de aanranding van den eigendom voortduurt zoolang de dader dit voorwerp nog niet in zijn rustig bezit heeft weten te brengen, doch tot dit doel er mede vlucht (1). De aanranding, welke door een handelend optreden in 't leven kan geroepen zijn, kan door een niet handelen voortgezet worden, hetgeen zich b. v. voor kan doen bij eene wederrechtelijke opsluiting, in welk geval de aanranding voortduurt zoolang het lokaal niet door den aanrander geopend is (2).

De aanranding waartegen men zich aldus verdedigen mag zal verder eene wederrechtelijke moeten zijn. Zooals Mr ROESSINGH (3) terecht opmerkte, ligt in het woord „aanranding“ het wederrechterlijk karakter van zelf opgesloten en zou deze bijvoeging dan ook eigenlijk gemist kunnen worden.

Hoezeer dan ook onnoodig zijn de grenzen van dit begrip echter door de bovengenoemde uitdrukking duidelijk aangegeven. Elke handeling, die in de voor ons geldend recht bestaande

(1) HÄLSCHNER t. a. p., p. 479.

VON SCHWARZE t. a. p., pag. 212. „eine noch nicht vollendete Beschädigung.

(2) VON SCHWARZE t. a. p.

(3) Tijdschrift van strafrecht 1891 afl. 3 en 4, in opstel „Wederrechtelijk“.

rechtsbronnen geboden of toegestaan wordt, moet door den daarmede bejegende geduld worden. Hiermede is van zelf be- toogd: dat tegen noodweer geene noodweer is toegelaten, daar de handeling in noodweer gepleegd eene daad betreft, welke in het wetboek van strafrecht toegestaan wordt. Op het al of niet wederrechtelijke van den aanval, niet op den persoon van den aanvaller komt het dus aan; of die persoon al dan niet een ambtenaar is kan natuurlijk niets ter zake doen. Bij de waardeering dier handelingen de ambtelijke kwaliteit van den dader van invloed te doen zijn, wijst op een systeem dat meer eene rechtsverkrachting dan wel het recht tot grondslag heeft. Indien het gezag der ambtenaren werkelijk van dergelijke door utiliteitsargumenten verdedigde voorrechten afhankelijk is, dan ziet het er met dit gezag treurig uit. Onze jurisprudentie onder den Code pénal, welke — in navolging van de Fransche — eerst feitelijk de almacht der ambtenaren verzekerde, werd dan op het laatst ook eene zeer wankelende, totdat de H. R. bij zijn arrest van 14 Nov. 1843 het juiste beginsel zoo helder en scherp formuleerde. En zoo ook onder de tegenwoordige beoefenaars van het strafrecht nog schrijvers (1) gevonden worden, die het wederrechtelijke van de handeling van de toerekeningsvatbaarheid van den dader willen doen afhangen, zoo is dit m. i. toe te schrijven aan een weinig scherpe onderscheiding. De doorgaans gestelde voorbeelden: dat een ambtenaar door zijne instructie kan gedwongen zijn eene bepaalde handeling te plegen en dat hij die krankzinnig is toch moeielijk kan gezegd worden onrecht te plegen, geven dan ook trouwens blijk van die verwarring van denkbeelden. Eene handeling kan wegens gemis aan opzet of schuld niet strafbaar zijn, dus geen delict uitmaken, doch daaruit volgt allermint dat die daad niet eene wederrechtelijke kan zijn. De onderscheiding, welke de Duitsche

(1) Zie b. v. dr. F. O. VON SCHWARZE t. a. p., p. 211.

„Die Rechtswidrigkeit des Angriffs setzt als Angreifer einen zurechnungsfähigen Menschen voraus.

schrijvers tusschen subjective en objektive Rechtswidrigkeit maken, (1) wordt hier niet in 't oog gehouden.

Gesteld voor een oogenblik : dat het tot de plichten van een ambtenaar behoort met blinde gehoorzaamheid de bevelen zijner meerderen op te volgen — hetgeen zelfs ten opzichte van de Deutsche ambtenaren, die anders met de discipline niet plegen te schertsen, ontkend wordt (2) — zoo zal eene handeling door dezen overeenkomstig een dergelijk bevel verricht niet strafbaar zijn, doch zeer goed eene wederrechtelijke daad kunnen uitmaken. Meende men anders, men zou het al of niet wederrechtelijke der handeling niet meer aan de wet maar aan het gegeven bevel van den ambtenaar toetsen en feitelijk aan diens bevelen eene rechtschepende kracht toekennen. Aldus zou een door een ambtelijk bevel gedekte moord niet meer eene wederrechtelijke handeling kunnen genoemd worden en niet anders zou het bij den krankzinnige zijn. Het is duidelijk dat degene wiens wil onvrij is niet toerekenbaar kan geacht worden voor een in dien staat gepleegden diefstal, doch te beweren dat de handeling zelve niet tegen het recht zal indruischen zou bespottelijk zijn. Et leges non fingunt absurda.

Is de handeling op zich zelve rechtmatig, doch wordt zij niet volgens de bij de wet voorgeschreven vormen ten uitvoer gebracht of worden zekere toegekende bevoegdheden overschreden, zoo zal de noodweer daartegen overstaan van af het oogenblik, dat die handeling door deze niet gerechtvaardigde uitbreiding onrechtmatig wordt. Dwaling van den ambtenaar die het feit pleegde zal niets ter zake kunnen doen, de bewezen dwaling moge straffeloosheid kunnen ver-

(1) Vergel. von LISZT p. 89, „denn dieser Angriff kann zwar kein „deliktischer wohl aber ein nicht berechtigter [Objektive Rechts- „widrigkeit] sein“.

(2) von LISZT. t. a. p., pag. 85 „Da blinder Gehorsam gegenüber Befehlen des Vorgesetzten, von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen abgesehen, in der Amtspflicht nicht begründet ist.

zekeren, de daad zal er niet rechtmatig door worden. Evenzeer zal degene, die in dwaling verkeerde aangaande het wederrechtelijke van de tegen hem gerichte aanranding, zich niet op noodweer kunnen beroepen, al zal het gemis aan opzet zijne handeling op een anderen grond straffeloos maken.

Het woord „aanranding” schijnt mij toe weinig verklaring te behoeven.

De grammaticale beteekenis dezer uitdrukking veronderstelt een handelend optreden en sluit dus die feiten uit, welke in een niet-doen bestaan; zij bepaalt verder het eigenaardig karakter van dit optreden, daar — zooals reeds gezegd is — de wederrechtelijke aard van het te plegen feit er van zelf door wordt aangenomen. Met onze meening voor oogen: dat het begrip der wederrechtelijkheid in een objectieven zin moet worden opgevat, heeft men vrijheid elk aanvallend optreden daaronder te brengen en kan men het wezen der aanranding niet tot de handelingen van menschen beperken; eene restrictie, waartoe de tegenstanders der hierboven ontvouwde leer m. i. wel noodzakelijk moeten komen (2). Ook een dier zal derhalve gezegd kunnen worden ons lijf of goed met eene aanranding te bedreigen en de rechtbank te Groningen ontsloeg dan ook bij een zeer recent vonnis m. i. terecht een beklaagde van rechtsvervolging, die om een jachthond, zijns vaders eigendom, te kunnen verdedigen genoodzaakt was een dat dier aanvallenden trekhoud met een mes deerlijk te mishandelen (3).

Ten slotte nog een enkel woord over de vraag: wie in foro poenali te bewijzen zal hebben dat zich het geval van noodweer heeft voorgedaan. VON SCHWARZE (4) merkt naar aanleiding daarvan op: „die Behauptung, dasz Nothwehr vorhanden

(1) T. a. p. pag. 215.

(2) Zie dan ook de op pag. 487 geciteerde meening van VON SCHWARZE.

(3) W no 6054.

(4) t. a. p., pag. 214.

„gewesen, ist nicht eine Exception im Sinne des Civilprocesses ;
„die Beweisfrage wird aus den Umständen des Falls zu beant-
„worten sein.“ Intusschen antwoordde de minister op eene des-
betreffende vraag der commissie van rapporteurs: „dat art. 41
„W. v. Sr. over een fait justificatif handelt“ en besliste het
hof te Amsterdam den 23n Jan. '89 (1) „dat noodweer is een
„fait justificatif en hij, die zich daarop beroept het bestaan
„daarvan moet bewijzen, althans aannemelijk maken“. Eene
meening, die bij het arrest van den H. R. dd. 29 April 1889 (2)
werd bevestigd.

(1) W. 5710.

(2) v. D. HONERT Rechtspraak 1889, p. 479.

BURGERLIJK RECHT. *Heeft het beding in de koopacte «dat de verkooper de verkochte roerende goederen in «bruikleen behoudt» ten gevolge dat de eigendom der verkochte roerende goederen op den kooper overgaat?* Ontkennend beantwoord door Mr. N. F. VAN NOOTEN.

Bij arrest van 9 November 1888 (1) besliste de Hooge Raad dat de verkooper eener zaak, die ten gevolge van een beding opgenomen in de tusschen hem en den verkooper gesloten koopovereenkomst, de verkochte zaak tot nadere opzeggung in bruikleen behoudt, geacht moet worden dadelijk na het sluiten der overeenkomst voor den kooper te hebben aangevangen te bezitten.

Behoudens allen eerbied voor de uitspraak van het hoogste rechterlijk College, meen ik de bij gemeld arrest aangenomen rechtsleer aan gewichtige bedenkingen onderhevig te moeten achten en de aan het hoofd dezes gestelde vraag in ontkennenden zin te moeten beantwoorden. De beslissing, afgeleid uit de woorden van het laatste lid van art. 596 B. W. stuit af op die van het eerste lid van hetzelfde artikel, luidende: «Men kan «het bezit eener zaak verkrijgen, of door zich zelven, door een «of ander, die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten.»

Men verkrijgt het bezit eener zaak door zich zelven d. i., door zijn eigen daad, door die van de zaak rechtstreeks onder zijne macht te brengen, of *door een ander* die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten, d. i., door een rechtsvertegenwoordiger.

Dit gevoelen wordt voorgestaan door Mr. OPZOOMER: «Ons «artikel», zegt hij, «moet niet op zich zelf, maar in verband «met art. 594 worden opgevat, en de wetgever kon het daarom

(1) W. v. h. R. no. 5637; v. D. HONERT, B. R. dl. LIV, bl. 310. *Themis*, LIIste Deel, 3de stuk [1891].

„aan de wetenschap overlaten te bepalen welke dientengevolge „tusschen den vertegenwoordiger en hem die het bezit zal verkrijgen, de betrekking wezen moet.“ (1)

Art. 612 B. W. strijdt niet tegen deze wetsverklaring: „huurders, pachters en anderen die houders eener zaak voor „een ander zijn, kunnen geen rechtsvordering tot handhaving „in het bezit aanvangen.“ De reden is dat zij nimmer de zaak onder hunne macht hebben gebracht met oogmerk om die voor zich te behouden; maar zij bezitten ook niet namens een ander, niet *namens hem*, die bezitter is van een onroerend goed, van een zakelijk recht of van eene algemeenheid van roerende zaken; zij zijn geen rechtsvertegenwoordigers en hebben niet als zoodanig het bezit der zaak verkregen; hun houden is eene *nuda detentio*. Evenmin kan hij die roerend goed in bruikleen verkregen heeft, geacht worden de rechtsvertegenwoordiger te zijn van hem, die de zaak in bruikleen gegeven heeft; de uitleener toch blijft eigenaar van de geleende zaak, en bezit die dus door den bruikleener, die de bloote houder er van is. Vgl. art. 1777 en 1778 B. W.

Het Gerechtshof te Leeuwarden nam dit onderscheid met juistheid in acht door te beslissen: „dat de eigendom van „eene verkochte zaak „niet van den verkooper op den kooper „overgaat vóór dat de laatste feitelijk of symbolisch in het „bezit van het verkochte is gesteld“ en dat hier waar geene feitelijke levering heeft plaats gehad, „de eigendom niet op den appellant is overgegaan.“

Om de zaak met wettelijk gevolg in bruikleen te kunnen geven moest de uitleener eerst eigenaar zijn geworden van de in bruikleen gegeven zaak; de eigendom van de roerende zaak ging niet over door de bloote overeenkomst van koop en verkoop.

De Hooge Raad oordeelt terecht dat deze beslissing niet is eene feitelijke, maar laat volgen: „O, dat echter die beslissing

(*) Het Burg. Wetb. verklaard 2de herz. druk. IIIde D. bl. 183.

„is onjuist, omdat daarbij in strijd met art. 596 B. W. wordt
 „aangenomen, dat het stellen van het gekochte in de macht
 „en het bezit van den koper door middel van een ander, die
 „in naam des koopers bezit zonder dat er overgave van hand
 „tot hand heeft plaats gehad, zooals in deze is geschied, niet
 „voldoende is tot eigendomsoverdracht, daar juist uit het in
 „art. 596 opgenomen beginsel volgt dat bezit ook wordt ver-
 „kregen door een ander die in onzen naam aanvangt te bezitten,
 „zoodat de verkoper in deze die tengevolge van de tusschen
 „hem en den eischer gesloten overeenkomst, de verkochte
 „goederen, tot nadere opzegging in bruikleen behield, dadelijk
 „na de sluiting dier overeenkomst voor den koper heeft aange-
 „vangen te bezitten.“

Overeenkomstig het gevoelen van den Proc. Gen., die het onjuist achtte: „dat het Hof feitelijk niet aanwezig acht wat voor het *constitutum possessorium* vereischt wordt en het *constitutum possessorium* als levering onbestaanbaar heeft geoordeeld en daarop alleen de aangevallen uitspraak berustte, door die uitspraak de wet geschonden achtte,“ heeft de Hooge Raad hetzelfde gevoelen aangenomen.

De beslissing komt mij onjuist voor, omdat een regel geschreven voor verkrijging van bezit, toegepast wordt op verkrijging van eigendom; om met wettelijk gevolg de zaken in bruikleen te kunnen geven, moest de uitleener eigenaar zijn van de in bruikleen gegeven zaken.

Hoe eigendom van roerend goed verkregen wordt is niet twijfelachtig; de eigendom er van kan alleen verkregen worden op een der wijzen bij art. 639 B. W. vermeld; in het gegeven geval kon dit alleen plaats hebben door levering; maar levering van roerende zaken, onlichamelijke uitgezonderd, geschiedt door de enkele overgave, welke door den eigenaar, of in zijnen naam is verricht, of door de sleutels van het gebouw, waarin zich de zaken bevinden over te geven, art. 667 1e lid B. W. De roerende zaak om met goed gevolg geleverd te kunnen

worden moet gesteld worden *in de macht* van hem die haar verkrijgt; dit is geenszins het geval, wanneer de verkooper de zaak in bruikleen behoudt; de koper kan de zaak *niet* onder zijne *macht* krijgen dan door eene rechtsvordering tot levering tegen den verkooper in te stellen. De levering heeft dus niet plaats gehad; wel gewaagt de Proc. Gen. Mr. POLIS van een *constitutum possessorium*, hetwelk de rechtshandeling van partijen uitmaakte; maar het bewijs dat het *constitutum possessorium* in het Nederlandsch Recht is overgegaan bleef achterwege.

De Romeinsche rechtsgeleerden, de zuiverheid wier rechtsbegrippen wij in onzen tijd zien in twijfel trekken, kenden geen *constitutum possessorium*; het is een woordvorming van lateren tijd. VON SAVIGNY (1) zegt: „Das Wort kommt bey den Römern nicht vor, wohl aber die Sache, und selbst wenn sie nicht besonders im Römischen Recht genannt wäre, würde sie um nichts weniger gewisz seijn.“

De geleerde schrijver wist echter slechts weinige plaatsen in het Romeinsche Recht op te delven om zijn gevoelen te staven. De eerste is L. 18 pr. *de poss.*: „Quod meo nomine possideo, „possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam „*possessionis*, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est, possidere et alieno nomine „*possidere*. Nam possidet, cuius nomine possidetur. Procurator „*alienae possessioni praestat ministerium*.“ Uit de twee laatste zinsneden blijkt duidelijk dat onder het bezit door CELSUS bedoeld, was te verstaan het bezit in naam van een ander, door een vertegenwoordiger. Wat de Romeinsche juristen noodig oordeelden voor de verkrijging van bezit blijkt uit hetgeen CELSUS in dezelfde *Lex* § 2 laat volgen: „Si venditorem, „*quod emerim*, deponere in mea domo iusserim, possidere me „*certum est*, quamquam id nemo dum attigerit, aut si vicinum „*mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat*,

(1) Das Recht des Besitzes 6ste Aufl. Giessen, 1837 blz. 369 volg.

„vacuamque se possessionem tradere dicat; non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.“

De tweede plaats waarop VON SAVIGNY zich beroept (1) is L. 48 *de acq. poss.*: „Praedia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit; si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est; per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.“ Ook deze plaats bewijst niets voor het bestaan van een *constitutum possessorium*. De eigenaar van den slaaf verkreeg den eigendom van den grond die aan den slaaf gegeven was, zooals schriftelijk door den gever was verklaard, *nadat de slaaf den grond betreden had*. Zooals VON SAVIGNY zelf opmerkt een *constitutum possessorium* is niet te veronderstellen; behalve het geschrift des gevers werd eene *missio in possessionem* vereischt.

Voorts vermeldt VON SAVIGNY (2) een geval ontleend aan L. 77 *de rei vind.*: „Quaedam mulier fundum (ita) non marito donavit per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit, posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset, quae res sufficebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.“ Wat blijkbaar den doorslag geeft aan de deugdelijkheid der eigendoms-overdracht was hetgeen ULPIANUS er bijvoegt: „Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset, cum epistola emitteretur, quae res sufficebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.“ Hier had dus eene werkelijke *traditio* plaats gehad aan den begiftigde, die zich op het hem geschonken land bevonden had, toen het geschrift werd afgegeven, waarbij het hem geschonken was. Hier was dus geen zoogenaamd *constitutum possessorium*; maar veeleer eene bevestiging van den regel van de L. 20 *Cod. de Pactis*:

(1) A. W. bl. 372.

(2) A. W. bl. 373.

„Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“

Daarenboven wordt door VON SAVIGNY (1) melding gemaakt van de L. 28 en L. 35 § 5 *Cod. de donat.* Eerstgemelde wet luidt: *„Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, (vel vendendo,) usumfructum eius retinuerit: etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio: sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.“*

In het geval bij dit en bij het in art. 35 § 5 vervatte wettelijk voorschrift voorzien, wordt alleen gehandeld van het voorbehouden vruchtgebruik van een gegeven of van een verkochte zaak; *niet* van eene, welke de gever of de verkooper *in bruikleen* behoudt. Daarenboven, men verlieze niet uit het oog dat gemelde voorschriften van HONORIUS en THEODOSIUS en van JULIANUS dagteekenen, het eerste van het jaar 417, het laatste van het jaar 530; het klassieke Romeinsche Recht bevatte dergelijke afwijkingen van de *traditio*, of van het begrip van *traditio* niet.

Al mocht het latere Romeinsche Recht een in het vervolg van tijd zoogenaamd *constitutum possessorium* gekend hebben, het blijkt niet dat dergelijke van het zuiver begrip van *traditio* afwijkende voorschriften in het Nederlandsche Recht zijn overgegaan.

Ware dit het geval, de wetgever zou tusschenbeide moeten komen, en voorschriften wijzigen, die aanleiding kunnen geven tot bedriegelijke verkorting van rechten van anderen, welke vaak hoogst moeilijk met goed gevolg kan bestreden worden.

Utrecht, Januari 1891.

(1) A. W. bl. 373.

ROMEINSCH RECHT.

Het winderdictum quod vi aut clam door Mr. J. C. NABER,
Hoogleeraar te Utrecht (Vervolg *Themis* 1891, p. 102).

Een recht kan natuurlijk alleen geschonden worden door dengene, die gehouden is, dat recht te eerbiedigen; derhalve een vorderingsrecht alleen door den mede-contractant; een aanspraak uit het burennrecht alleen door den buur; een zakelijk recht daarentegen door een iegelijk. Maar zulks belet niet, dat ten aanzien van bepaalde actiën de kring der zakelijke rechten kan worden uitgebreid of ook wel ingekrompen; dat dus ten aanzien dier actiën als zakelijk gerechtigd worden aangemerkt personen, die overigens slechts als rechthebbenden tegenover een bepaald persoon of wellicht in 't geheel niet als rechthebbenden beschouwd worden, — of wel omgekeerd een zakelijk recht aan hen ontzegd wordt, die in alle andere opzichten ontwijfelbaar als zakelijk gerechtigd gelden. Een voorbeeld van het eerste levert de *hereditatis petitio*, — een voorbeeld van het tweede de *operis novi nuntiatio*.

De *hereditatis petitio*, wier wezen al zeer ongelukkig wordt weergegeven door de letterlijke vertaling — „rechtsvordering tot verkrijging (lees: afgifte) der erfenis” — welke onze wet ons bij wijze van definitie in de handen wil stoppen (1), is eene universeele actie of, wil men, een actiënbundel, samengesteld uit al de verschillende actiën, die de erfgenaam *iure hereditario* tegen den *pro herede* of *pro possessore* houder (2) zou kunnen instellen (3) met uitzondering diergene, die afzonderlijk

(1) Den blik van prof. ORZOOMER (IV p. 157) is zulks niet ontgaan.

(2) L. 9 D. 5. 3 etc.

(3) Duidelijker kan het niet gezegd worden dan in I. 20 § 4 D.

moeten worden aangebracht (1). Zij is dus in waarheid „gemengd” en wel in meer dan éénen zin, want zij bestaat niet alleen uit *actiones in rem* nevens *actiones in personam* (2), maar ook uit *actiones bonae fidei* nevens *actiones stricti iuris* (3), uit *actiones legitimae* nevens *actiones honorariae* (4), niet minder dan uit *actiones reipersecutoriae* nevens *actiones poenales* (5). Maar ieder ingrediënt is eene actie op zich zelf, en alleen als zoodanig in de *hereditatis petitio* inbegrepen (l. 19 pr. D. 5. 3):

rei pignori datae specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit.

M. a. w. de erfgenaam van een hypotheekhouder of van een *possessor usucapiens* kan de verpande of bezeten zaak op-eischen met de *hereditatis petitio*, omdat hij, gold het hier geene *actio hereditaria*, eene *petitio specialis* zoude hebben. Maar evenals de verschillende *actiones* bij hare opneming in de *hereditatis petitio* in velerlei opzichten getransformeerd worden, — de *actio stricti iuris* wordt *bonae fidei* (6); de *actio quae infitiatione duplatur* ontdoet zich van dat *incrementum* (7); de *rei vindicatio* wordt aan bijzondere regels onderworpen (8); — zoo worden ook bij dezelfde gelegenheid geheele *actiones* binnengesmokkeld, waarvan het niet-bestaan aan geen den minsten

5. 3: *omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire*, of in l. 7 § 5 D. 44. 2: *cum hereditatem peto... actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.*

(1) Zie l. 19 § 3 D. 5. 3.

(2) Zie l. 13 § 15 D. 5. 3.

(3) Vandaar de beslissing in c. 12 § 3 C. 3. 31 (het aggregaat is *bonae fidei*).

(4) Zie l. 19 pr. D. 5. 3.

(5) Zie l. 14 D. 5. 3.

(6) Dit volgt, dunkt mij, uit c. 12 § 3 C. 3. 31.

(7) L. 20 § 4 D. 5. 3.

(8) 20 § 6, l. 40 pr. D. 5. 3; l. 27 § 3 D. 6. 1. — Vgl. DERNBURG *Pand.* I 2^{te} Aufl. § 227⁴.

twijfel onderhevig is. Wie heeft er ooit van gehoord, dat houders eener zaak als zoodanig eene zakelijke actie hadden? Zelfs den bezitter — met uitzondering van den *possessor usucapiens* — wordt zoodanige actie alleen tegen de tweede hand verleend (1). Maar onder de ingrediënten der *hereditatis petitio* doet plotseling de zakelijke actie van den houder (2) hare intrede (l. 19 pr. D. 5. 3):

licet earum (rerum) nomine quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Is bij de *hereditatis petitio* de kring der zakelijk gerechtigden uitgebreid, bij de *operis novi nuntiatio* heeft het omgekeerde plaats. Het misbruik waartoe de daaruit ontstaande actie maar al te licht kon aanleiding geven, indien namelijk ieder, voor het uitwendige naar behooren ingericht, protest als volwaardig werd beschouwd, en dus iedere handeling des bezitters vermocht te stremmen, heeft in de praktijk aanleiding gegeven tot een aantal arbitraire restrictiën van het *ius prohibendi*, dat uit den aard der zaak in ieder zakelijk recht ligt opgesloten. Immers *ius prohibendi* is niets anders dan de bevoegdheid om handelingen tegen te gaan, die inbreuk maken op het *ius in re*. Met name geldt dit van het vruchtgebruik en van den *iter* (3). Toch wordt, wat de *operis novi nuntiatio* betreft, bij vruchtgebruik en *via* zoodanig recht eenvoudig genegeerd (4). Ten aanzien van de *operis novi nuntiatio* zijn vruchtgebruik en *via* geen zakelijke rechten (5).

Op geheel overeenkomstige wijze als ten aanzien der *here-*

(1) L. 3 § 10 D. 43. 17. — Anders in het moderne recht (art. 618).

(2) De erfgenaam erft dus eene actie, die de erflater niet had. Een fraai thema ter uitwerking voor liefhebbers der „*Begriffsjurisprudenz*”.

(3) L. 9 pr. D. 8. 5.

(4) L. 2, l. 14 D. 39. 1; l. 1 § 4. D. 43. 25. Vgl. BURCKHARD, *die op. nov. nunt.* p. 65.

(5) De „*Begriffsjurisprudenz*” gaat hier te gast. Zie als jongste proeve: SCHOTT, *das ius prohibendi* (1889) p. 3—47.

ditatis petitio wordt bij het *interdictum quod vi aut clam* de kring der zakelijk gerechtigden buiten zijn gewone grenzen uitgezet (1). In de eerste plaats komt hier de huurder in aanmerking. Ten aanzien van het *interdictum quod vi aut clam* staat hij met vruchtgebruikers en andere zakelijk gerechtigden gelijk (l. 11 § 12, l. 12 D. 43. 24; l. 27 § 14 D. 9.2):

colonus posse interdicto experiri in dubium non venit; colonus et fructuarius fructuum nomine (2) *in hoc interdictum (iudicium?) admittuntur;*
si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quodam tu inquinares, . . . quod vi aut clam . . . posse agere . . . colonus (3).

Maar niet alleen de pachter, een ieder, aan wien de eigenaar bij overeenkomst een deel zijner bevoegdheden heeft overgedragen (4), zal wegens inbreuken op diē bevoegdheid tegenover derden zich van het *interdictum quod vi aut clam* kunnen bedienen (l. 13 § 4 D. 43. 24):

apud Servium . . . relatam est, si mihi concesseris ut ex fundo tuo arbores caelam, deinde eas alius vi aut clam ceciderit, mihi hoc interdictum competere . . . quod facilius erit admittendum, si a te emi vel ex aliquo (alio quo?) contractu hoc consecutus sim, ut mihi caedere liceat.

De uitbreiding ad hoc van den kring der zakelijke rechten heeft bij de Romeinsche juristen een zeer gebrekkige formu-

(1) Dit heeft ook STÖLZEL gevoeld, toen hij schreef (p. 474): „die Prohibition verschafft dem persönlichen Rechte gleichsam einen dinglichen Charakter“.

(2) Vgl. echter l. 16 § 1 D. 43. 24.

(3) De jurist, die deze plaats nêerschreef wilde den huurder door een *tacitum mandatum* helpen (blijkens den eisch dat hij de *cautio ratam rem haberi* zou stellen). Van dat kunstmiddeltje is meer gebruik gemaakt. Zie l. 1 § 20 D. 39. 1; c. 1 C. 8. 5.

(4) Men denke aan „het recht van turfgraven“, dat aan wijlen prof. GRATAMA, *Opmerk. en Meded.* XVII (1867) p. 5—22 zijne bekende schitterende verhandeling in de pen gaf, waaraan ik voor dit deel van mijn opstel veel verschuldigd ben.

leering ontvangen: zij kennen namelijk het interdict aan hen toe, *quorum interest* (1). Ware dit juist, dan zou wel allereerst de koper van een onroerend goed zich van het *interdictum quod vi aut clam* kunnen bedienen, waar derden zich aan transgressiën op dat goed schuldig maken, want wie heeft meer belang dan hij, voor wiens rekening alle nadeelen komen, die aan het verkochte goed worden toegebracht? En toch is het zeker, dat de koper de bescherming door het interdict niet kan genieten, voordat de verkoper hem de *possessio* of ten minste de *detentio* heeft overgedragen (l. 11 § 12 D. 43. 24):

antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere.

Niet als koper, d. w. z. als belanghebbende, maar krachtens de bevoegdheid, hem door den eigenaar overgedragen (een zakelijk recht ad hoc) kan hij de transgressies van derden weren (l. 11 § 3 D. 43. 24):

admittimus interdictum emptorem habere si modo est in possessione.

Vandaar dan ook, dat een recht, waarvan het zakelijk karakter overigens betwist is, zeer wel ten aanzien van ons interdict een onbetwist zakelijk karakter hebben kan. Of mede-eigenaars zich tegenover elkander op hun zakelijk recht kunnen beroepen, staat niet vast (2), behalve waar sprake is van ons interdict (l. 13 § 3 D. 43. 24):

si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest.

(1) l. 11 § 10, 14, l. 16 pr. D. 43. 24; l. 4 § 4 D. 18. 2. — Het is eene groote font van vele beoefenaars van het Romeinsche recht, dat zij zulke verlegenheidsdefinitieën serieus plegen op te nemen. Zoo in dit geval: STÖLZEL p. 380, HESSE, *Einspruchsrecht* p. 24; WINDSCHEID § 465¹¹; DERNBURG *Pand.* I 2^{te} Aufl. § 234⁴.

(2) Zie eenerzijds: l. 11 D. 8. 5; andererzijds: l. 26 D. 8. 2 (cf. l. 27 § 1 D. 8. 2; l. 28 D. 10. 3; l. 3 § 1, 2 D. 39. 1).

Een zakelijk recht ad hoc heeft ook de bezitter blijkens de uitspraak van PAULUS (l. 16 pr. D. 43. 24):

competit hoc interdictum ETIAM his, qui non possident, si modo eorum interest.

Doch men wachte zich in dezen voor een beroep op l. 11 § 9—13 D. 43. 24, omdat daar voortdurend sprake is van personen, aan wie de eigenaar bepaalde bevoegdheden heeft overgedragen, waarnevens bezit niet relevant is (l. 13 § 4 D. 43. 24). Even weinig bewijskracht heeft l. 6 § 1 D. 8 5:

si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam quum nihil sit innovatum ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam, idem et (id est?) si lapilli iactu (1) impediērit. Sed [et] si patiente eo aedificavero ego possessor ero effectus.

Dat hier niet gedacht kan worden aan bezit in den gewonen zin des woords, nl. aan een zoodanig bezit, dat het bestaan van een recht doet vermoeden (2), volgt uit de steeds te praesumeeren vrijheid van den eigendom, die niet minder tegen eene beweerde *servitus altius non tollendi* (c. 9 C. 2. 34), dan bijv. tegenover eene beweerde *servitus aquae ducendae* (c. 10 C. 3. 34) kan worden ingeroepen (3). Bezitter in dien zin, d.w.z. vrijgesteld van bewijs, is altijd de eigenaar van het onroerende goed, om 't even of hij al dan niet gebouwd heeft. *Possessor*, in den zin van l. 6 § 1 D. 8. 5, kan dus, gelijk *Windscheid* (§ 163⁴) leert, niet anders zijn, dan: degene, met wiens sustenu de feitelijke toestand klopt, en die derhalve tegen eigen richting wordt beschermd, voor zoover hij niet door stilzwijgen (*patientia*) zijn recht op beklag verbeurd heeft.

(1) Vgl. l. 1 § 6 D. 43. 24.

(2) § 4 Inst. IV. 15.

(3) Ten aanzien der *servitus aquae* levert echter annaalbezit eene contra-praesumptie op (*interdictum de aqua* cf. LENEL, *das Ed. Perp.* § 251).

Er zijn meer voorbeelden van rechten, die alleen door interdicten beschermd worden. Zoo o.a. het quasi eigendom der Goden aan *loca sacra*, dat gehandhaafd wordt door het *interdictum quod in loco sacro factum est* (l. 2 § 1, 2 D. 43 1; l. 1 § 19 D. 43. 8), dat daarom gezegd wordt, *veluti proprietatis causam contine(re)*. Op overeenkomstige wijze handhaafften zijn *ius sepulchri*, d. w. z. zijn quasi-eigendom aan een begraafplaats, n.l. of door een bijzonder interdict *quod in loco religioso factum est* (l. 2 § 2 D. 43. 1) of wel door het onze (l. 11. § 2 D. 43. 24):

si quis de monumento statuam sustulerit, an ei ad quem ius sepulchri pertineret, agere permittitur? et placet et in his interdicto locum esse (cf. l. 15 § 2, l. 22 § 4 eod., l. 2 D. 47. 12).

Dat het hier een zakelijk recht ad hoc geldt, blijkt uit de omstandigheid, dat hij, wien het *ius sepulchri* toekomt, overigens noch eigendomsrecht, noch eigendomsactie heet te hebben (l. 13 § 5 D. 43. 24; c. 4 pr. C. 3. 44). Op dezelfde wijze beschermt het *interdictum quod vi aut clam* den quasi-eigendom van staat of gemeente aan *res publicae sive universitatis* (1). Toch kan ook aan deze zedelijke lichamen geen eigenlijk recht op die *res extra commercium* worden toegeschreven (2). Evenmin kan men bij wijze van *ius in re aliena* het recht hebben, om op een openbaar plein zijn standbeeld te hebben staan; maar dit bezwaar weegt niet bij ons interdict (l. 11 § 1 D. 43. 24):

exstat Cassii sententia eum cuius statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli.

Op ieder punt derhalve wordt bij de toepassing van het

(1) Immers de dader heeft eene exceptie noodig, indien hij met vergunning van de wettige vertegenwoordigers dier zedelijke lichamen gehandeld had (l. 3 § 4 D. 43. 24 cf. l. 5 § 4 eod.)

(2) GAT. II § 11 = l. 1 pr. D. 1. 8 (Vgl. echter WINDSCH. § 146¹⁶).

interdictum quod vi aut clam de enge kring doorbroken, die anders de zakelijke rechten insluit en hun aantal beperkt. De rechter beschouwt hier iedere bevoegdheid als zakelijk, die hem voorkomt bescherming tegen een ieder te verdienen.

Even goed als de vraag, welke rechten tegen een ieder beschermd moeten worden, zoo is ook deze vraag, welke daden als rechtskrenking moeten worden aangemerkt, een vraag van vrije rechterlijke appreciatie. Deze stelling klinkt alleen daarom paradoxaal, omdat de beoefenaars van het privaatrecht, behoudens gunstige uitzonderingen, zoozeer gewoon zijn zich op formules blind te turen. 't Bewijs trouwens der vermeende paradox is gemakkelijk genoeg te leveren. Dat niemand gehouden is eens anders gootwater op te nemen, zal geen Nederlandsch jurist betwisten, omdat het toevallig door onzen wetgever (art. 700) is uitgesproken: (1) maar hoe staat het met schoorsteenrook, steensplinters (2), vocht (3), geluidgolven, dampen? Wordt mijn eigendomsrecht geschonden, ja dan neen, door mijn buurman, den fabrikant, steenhouwer, mistbaas, menageriehouder, chemicus, die door de immissie van 't een of 't ander mijn erf onbewoonbaar maakt, of althans de bewoonbaarheid vermindert? (4) Hoe te oordeelen over hen, die open konijnenwaranden aanleggen, wier bewoners zich van daaruit over aangrenzende landerijen verspreiden? Schenden zij het eigendomsrecht hunner bureu? Schenden zij het niet? (5) Is het geoorloofd een ander licht,

(1) Cf. l. 22 § 4 D. 43. 24; KERR, *The Student's Blackstone* 10th Ed. (1887) p. 324.

(2) Cf. l. 8 § 5 D. 8. 5.

(3) Cf. l. 19 pr. D. 8. 2; l. 17 § 2 D. 8. 5, benevens art. 703.

(4) Cf. KERR p. 325.

(5) POTHIER (6d. Bugnet) I p. 201 = *Introd. au tit. VII de la Cout. d'Orl.*

water, wind, uitzicht te benemen, of hem zijn ondergrond te onttrekken? (1) Overhangende (dus a fortiori vooruitspringende) werken over eens anders grond te hebben is volgens art. 702 (vgl. art. 695) een schending van het eigendomsrecht; hetzelfde geldt van doorschietende wortels en overhangende takken volgens art. 714 (2). Hoe staat het nu met telephoondraden, met tunnels (3)? Dat ik strafbaar ben, wanneer ik mijn weg over eens anders grond neem, ondanks een verbod dat ik kende of kennen moest, zegt het Wetboek van Strafrecht art. 461; maar is, op zich zelf beschouwd en zonder voorafgaand verbod, het betreden van eens anders grond (4), het vervoer van mist over zijn erf (5) een schending van zijn eigendomsrecht? Ziedaar vragen, die men nimmer oplost, indien men het appreciatie-vermogen des rechters niet te hulp roept (6). En, wat diensvolgens van het eigendomsrecht geldt, kan met evenveel gemak van ieder ander recht worden aangetoond.

Behalve daden van eigen richting en daden, waardoor rechten worden gekrenkt, is er een derde reeks van werken, welke het *interdictum quod vi aut clam* te voorschijn roepen, namelijk werken, die door het bevoegd gezag verboden zijn, of omgekeerd door de overheid met overschrijding harer bevoegdheid

(1) Cf. l. 9, l. 15 D. 8. 2; l. 24 § 12, l. 26 D. 39. 2; l. 1 § 12 D. 39. 3; c. 14 § 1 C. 3. 34; KERR p. 325.

(2) Cf. l. 21 § 2 D. 43. 24; l. 29 § 1 D. 9. 2; l. 17 pr. D. 8. 5; l. 2. D. 43. 17; l. 6 § 2 D. 47. 7; c. 1 C. 8. 1.

(3) DRUCKER, *Begrip en dogma* (1889) p. 17.

(4) Cf. § 12, 14 Inst. II. 1; l. 3 § 1, l. 5 § 3 D. 41. 1; l. 13 7 D. 47. 10; l. 16 D. 8. 3; KERR p. 322 vg.

(5) Cf. l. 22 § 3 D. 43. 24.

(6) De regel: *point d'intérêt point d'action* kan ook hier alleen als verlegenheidsexceptie dienst doen, want op zich zelf heeft iedereen belang bij de handhaving van zijn recht.

worden ondernomen (1). Tot de van overheidswege verboden *opera* behooren.

1o. Alle werken van onbevoegden (2) *in sacro religiosoque*, omdat de Praetor daartegen een prohibitoir interdict uitvaardigt (3). Deze werken sluiten overigens reeds rechtskrenking in;

2o. Alle werken *in publico*, waarbij een particulier schade lijdt, omdat de Praetor daartegen een prohibitoir interdict uitvaardigt (4);

3o. Alle werken *in flumine publico ripave eius*, waardoor de scheepvaart belemmerd of de stroomrichting gewijzigd wordt, om dezelfde reden (5);

4o. Alle *opera in via publica itinereve publico*, waardoor het verkeer belemmerd wordt, ook om dezelfde reden (6);

5o. Alle handelingen in strijd met de bouwverordeningen (7).

Tegen al deze handelingen kan men door het *interdictum quod vi aut clam* reageeren, blijkens l. 20 § 5 D. 43. 24:

sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

Dat hier alleen van bedoeld interdict en niet van vier verschillende 't zij restitutoire, 't zij prohibitoire interdicten sprake is, volgt uit de overweging dat er geen afzonderlijk restituitoir

(1) Dit blijkt uit de omstandigheid, dat de dader door eene exceptie beschermd wordt, waar hij een geldig excuus had (l. 7 § 4 D. 43. 24). — Vgl. l. 29 § 7 D. 9. 2; l. 13 D. 8. 6

(2) Cf. l. 1 § 3 D. 43. 6; l. 15 § 2 D. 43. 24 (*in sepulchro alieno*).

(3) Zie LENEL, *das Ed. Perp.* § 235; l. 1 § 1, 17 D. 39. 1; l. 1 pr. D. 43. 6.

(4) Zie LENEL § 237; l. 2 pr. D. 43. 8. Bij *opera in publico quae publico usui obstant* spreekt de onrechtmatigheid van zelf (cf. l. 2 § 17 D. 43. 8.)

(5) Zie LENEL § 241, 242.

(6) Zie LENEL § 237.

(7) L. 1 § 17 D. 39. 1, wier nitlegging echter bewist is. Zie eenerzijds STÖLZEL p. 136 vgg., anderzijds BURCKHARD, *die op. nov. nunt.* p. 122—124. Beide schrijvers verliezen uit het oog, dat in plaats van *publico* gelezen moet worden *flumine publico*.

interdict bestaat ten aanzien van *opera in publico* (l. 7 D. 43. 8 cf. l. 2 § 17 eod.) en geen prohibitoir ten aanzien van *opera in privato* (1).

Voor *opera in publico* geldt overigens schijnbaar eene uitzondering (2); geoorloofd zijn die werken, welke tot stand zijn gekomen krachtens speciale vergunning van het daartoe bevoegd gezag. Zoodanige vergunning pleegt echter niet anders verleend te worden dan onder het voorbehoud *ut sine iniuria cuiusquam fiat* (l. 2 § 10, § 16 D. 43. 8); zij legt dus wel den Staat, maar geenszins particulieren het zwijgen op (3). Deze kunnen des ondanks op grond van schade door het *interdictum quod vi aut clam* restitutie verkrijgen, voor zoover het geïncrimineerde werk geen gebouw is. Want ten aanzien van *aedificia in publico* geldt de bijzondere regel (l. 7, l. 2 § 17 D. 43. 8):

qui nullo prohibente in loco publico AEDIFICAVERAT cogendus non est demolire (4);

doch, waar van andere werken sprake blijkt te zijn, is het *interdictum quod vi aut clam* ontvankelijk (l. 7 § 8 D. 43. 24):

si fossam feceris in silva publica et bos meus in eam inciderit, agere possum hoc interdicto;

(l. 17 § 2 D. 8. 5): *secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat consulebatur (consulebat?) quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset per interdictum* (5) *cogi posse.*

(1) Met uitzondering althans der werken *in ripa fluminis*. — De toepasselijkheid van het *interdictum quod vi aut clam* op werken *in religioso* blijkt trouwens rechtstreeks uit l. 11 § 2 D. 43. 24; l. 15 § 2, l. 22 § 4 eod.; l. 2 D. 47. 12; de toepasselijkheid op werken *in publico* uit l. 7 § 8 D. 43. 24 cf. l. 17 § 2 D. 8. 5, zoodat alleen ten aanzien van werken *in sacro* twijfel zou overblijven.

(2) L. 2 pr. D. 43. 8.

(3) Vgl. Léon ad art. 1401 no 56.

(4) De beperking geldt niet, indien het publiek belang gekrenkt wordt (l. 2 § 17 D. 43. 8).

(5) Bij gebreke van een afzonderlijk restitutoir interdict voor *Themis*, LIIste Deel, 3de stuk [1891].

Ten aanzien der zee en harer stranden bestaan geen bijzondere voorschriften. Werken, daar verricht, vallen dus nooit onder het *interdictum quod vi aut clam*. Naar analogie echter van *opera in publico*, waarbij particulieren schade lijden, rekent POMONIUS ook hier, indien zulks het geval is, interventie den Praetor tot plicht, waarbij echter voor het ontbrekende interdict de *manus militaris* subintreert (l. 50 D. 41. 1):

manu (1) *prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat* (cf. l. 1 § 18 D. 39. 1; l. 2 § 8, l. 3 § 1, l. 4 D. 43. 8).

Resumeerende komen wij tot deze conclusie:

Het *interdictum quod vi aut clam* wordt uitgevaardigd tegen *opera in solo*, die hun ontstaan danken:

- 1o. aan daden van eigen richting,
- 2o. aan daden, waardoor rechten zijn geschonden, welke de dader behoorde te eerbiedigen;
- 3o. aan daden, waardoor, hetzij voorschriften van het bevoegd gezag zijn geschonden, hetzij dat gezag zelf zijne bevoegdheid is te buiten gegaan.

Nog algemeener: aan daden, die een ongeoorloofd karakter dragen.

De laatste formuleering vinden wij in l. 1 § 1 D. 39. 1:

h(oc) interdict(o) restituetur, si quid ILLICITE factum est.

Ongeoorloofd is dan, wat de rechter (met inachtneming van bepaalde wetsvoorschriften) ongeoorloofd acht. Dit standpunt is geheel modern; en hij, die zóó spreekt, rukt de scheidsmuur weg, die anders bestaan zou tusschen het *interdictum quod*

opera in publico (l. 2 § 17 D. 43. 8) kan hier alleen het *interdictum quod vi aut clam* bedoeld zijn.

(1) Zulk een *manu prohibere* wordt wellicht ook bedoeld in l. 8 D. 1. 8; zie echter: LENEL, *das Ed. Perp.* p. 366.

vi aut clam en de actie van art. 1401, op *opera in solo* toegepast. Althans, indien men toegeeft, dat het begrip „onrechtmatig” al datgene omvat, wat de rechter als zoodanig aanmerkt(1). Doet men zulks, dan is het niet twijfelachtig, dat het *interdictum quod vi aut clam* nog steeds bij ons voortleeft, (2) nog steeds reageert tegen daden van eigen richting, voor zoover de rechter haar niet billijkt (3), tegen daden waardoor rechten worden gekrenkt (4), tegen daden, die door de overheid bij wet of verordening speciaal verboden zijn (5), ten slotte tegen daden der overheid zelve, waartoe zij niet bevoegd was (6). Dan zal men aan moeten nemen, dat ook thans de kring der zakelijke rechten ten aanzien dezer actie onbeperkt is en er dus geen het minste bezwaar bestaat, om haar behalve den eigenaar ook den bezitter (7), ja zelfs den blooten houder toe te wijzen, onverschillig of hij zijne bevoegdheid aan den eigenaar ontleent of niet (8). Dan zal men alleen in zooverre iets nieuws kunnen constateeren, als onze actie niet meer beperkt is tot die gronden, welke de Romeinsche juristen noemen, maar daarnevens nieuwe grondslagen voor haar toewijsbaarheid — met name belemmering van het verkeer te land en te water (9),

(1) Zie ten betooge dier stelling MOLENGRAAFF, *Rechtsg. Mag.* dl. 6 (1887) p. 373 vlg.

(2) De hedendaagsche toepasselijkheid van het interdict is, gelijk men weet, bij onze oostelijke naburen zeer betwist. Zie: HESSE, *Einspruchsrecht* p. III; WINDSCHEID § 465¹⁸.

(3) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 10¹, 17, 59, 76, 78, 79, 81, 98¹⁰; SMIDT *Gesch. v. h. Wetb. v. Strafr.* II p. 539; KERR, *the Student's Blackstone*, 10th ed. (1887) p. 257 (IV).

(4) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 10, 10², etc.

(5) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 1, 4, etc.

(6) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 58, 81, 98, 98¹⁰. Vgl. n^o 20, 21, 40, 111 (ontzegging van den eisch op grond, dat de machtsoefening gewettigd was).

(7) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 170.

(8) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 102, 109, 112, 114¹, 153. — De wet zelf vooronderstelt zulks in art. 1592. Vgl. *Allg. Landr.* § 141 (I. 7)

(9) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 16, 87, 95, 106; KERR *the Student's*

en onvoorzichtigheid of nalatigheid, waardoor een ander schade lijdt (1), — door den rechter deels kunnen, deels moeten worden aangenomen.

Dat het interdict van den begin af aan tegen alle *opera illicite facta* gericht is geweest, zal wel niemand onzer waarschijnlijk achten. Trouwens de omschrijving zelf van hetgene gewraakt wordt, als *vi aut clam factum*, past alleen op datgene, wat in den vorm wederrechtelijk is: het handelen op eigen gezag, zonder voorkennis des rechters (2); zij past niet op daden, wier wederrechtelijk karakter, onafhankelijk van de wijze van optreden des daders vaststaat (3). Daar waar eene daad onder alle omstandigheden onrechtmatig is, behoeft men zich om haren vorm niet te bekommeren; heeft men dus aangetoond, dat de tegenpartij eene daad heeft verricht, waardoor een wettig verkregen recht des eischers werd gekrenkt, dan is het verder onverschillig of zulks *vi aut clam*, of hoe dan ook, geschied zij (4). Wel wordt dit nu en dan door

Blackstone 10th Ed. (1887) p. 257 (IV), 326. — Deze daden vallen bij ons niet, gelijk bij de Romeinen, onder een algemeene wettelijke verbodsclausule.

(1) Indien men namelijk art. 1402 als eene uitlegging van art. 1401, en niet als een zelfstandig voorschrift opvat, wat praktisch geen verschil maakt. Onvoorzichtigheid is naar Romeinsch recht wel grondslag voor de *actio legis Aquiliae*, maar niet voor het *interdictum quod vi aut clam*. Het tegendeel wordt niet bewezen door l. 15 § 11 D. 43. 24, waar *culpa* blijkens den samenhang de beteekenis van *damnum* heeft, en ten onrechte door Stölzel (p. 387) in letterlijken zin wordt opgevat.

(2) „*Formelles Unrecht.*”

(3) „*Materielles Unrecht.*” — Formeel en materieel onrecht kunnen trouwens zeer wel gepaard gaan (§ 1 Inst. IV. 2).

(4) L. 9 pr. D. 4. 2; l. 21 D. 39. 3; l. 7 § 4, 8, l. 11 pr., § 2, 3, l. 13 pr., § 3, l. 15 § 1, 2, l. 18 pr., l. 22 pr., § 4 D. 43. 24; l. 13 § 2 D. 7. 1; l. 27 § 14 D. 9. 2; l. 5 § 3 - l. 7 D. 7. 4; l. 17 § 2 D. 8. 5.

de Romeinsche juristen uit het oog verloren (1); doch zulks bewijst alleen, dat hun niet altijd het verschil tusschen de onderscheiden soort van feiten, waarop het interdict toepassing vond, helder voor den geest heeft gestaan. Maar het wederlegt de stelling van HESSE (2) niet, dat namelijk het interdict, oorspronkelijk alleen tegen daden van eigen richting uitgevaardigd, later eveneens dienst heeft moeten doen tegen alle daden, die, onafhankelijk van haren vorm, reeds door haar inhoud onrechtmatig zijn (3).

Thans dient onderzocht, welke eigenschappen de onrechtmatige daden, die den grondslag uitmaken van het interdict (of van de actie van art. 1401), bezitten moeten, zal de dader daarvoor ter verantwoording kunnen worden geroepen.

In de eerste plaats is altijd een subjectief element (4) bij den dader noodig (5); wellicht wordt daarnevens een materieel gevolg verlangd. Het subjectieve element is bij de Romeinen altijd opzet (6). Men pleegt geen eigen richting onbewust, maar alleen dan, indien men weet of weten moet (7), dat het

(1) l. 5 § 5, l. 11 § 1, l. 13 § 4, 5, l. 16 § 1 D. 43. 24; l. 43 D. 9. 2; l. 5 § 10 D. 39. 1 (*perseverat*, cf. l. 1 § 6 D. 43. 24); c. 8 C. 3. 34.

(2) *Einspruchsrecht* p. 2, 3.

(3) Jammer, dat HESSE zelf in zijn verder betoog dit juiste standpunt weder glippen laat en dan eens (*Einspruchsrecht* p. 9) z66 redeneert, als ware het interdict uitsluitend tegen „materieel”, dan weder (*ibid.* p. 31) als ware het uitsluitend tegen „formeel” onrecht gericht.

(4) Onze wet noemt dit „schuld”; de Romeinen spreken van *iniuria* waar het noodig is *dolus* en *culpa* onder één hoed te brengen (GAL. III § 211).

(5) Daarin juist ligt het onderscheid tusschen de „handelingen” en de „daden” onzer wet, gelijk door mij betoogd werd in het *Rechtsg. Mag.* dl. 8 (1889) p. 573⁴.

(6) L. 11 § 6 D. 43. 24 cf. l. 13 § 2 eod.

(7) Onverschoonbare onkunde staat met wetenschap gelijk.

recht tot de daad door de tegenpartij betwist wordt (1). Het zelfde geldt van de krenking van eens anders recht. Alleen dan kan men geacht worden zich daaraan schuldig te maken, wanneer men met het bestaan van dat recht bekend was, zij het al, dat men zich in den persoon van den rechthebbende vergiste (2), of in 't geheel niet wist aan wien dat recht toekwam (3). Naar ons recht is nevens opzet de nalatigheid of onvoorzichtigheid des daders een voldoende subjectief element der daad, waardoor een ander schade is berokkend (art. 1402). Een materieel gevolg is naar Romeensch recht geen noodzakelijk vereischte. Eigen richting en rechtskrenking blijven onrechtmatig, ook dan wanneer daardoor geen schade is geleden. Dit leert TREBATIUS (l. 22 § 3 D. 43. 24).

Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, QUAMQUAM NIHIL DAMNI FECERIS MIHI tamen teneri te quod vi aut clam.

Ten onrechte beweert STÖLZEL (p. 385), dat deze vrijzinnige opvatting aan LABEO aanstoot gaf; diens tegenspraak betreft een ander punt. Wel zien wij bij andere juristen de afwezigheid van schade als verlegenheidsargument dienst doen, om klaarlijk ongegronde aanspraken met fatsoen af te wijzen (4):

(l. 18 D. 43. 24) *si immaturam silvam caeduum ceciderit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caeduum NEQUE DAMNO DOMINUS AFFECTUS EST, nihil praestabit.*

(l. 7 § 6, 7 D. 43. 24) *si quis acervum stercoris circa agrum pinguem disiecerit cum eo quod vi aut clam factum est agi potest; et hoc verum est, QUIA SOLO VITIUM ADHIBITUM*

(1) L. 3 § 7, 8, l. 4, l. 20 § 3, l. 21 § 1 D. 43. 24; l. 73 § 2 D. 50. 17 cf. l. 43 D. 9. 2.

(2) L. 5 § 5 D. 43. 24.

(3) L. 13 § 5 D. 43. 24 cf. l. 43 D. 9. 2.

(4) Geheel op dezelfde wijze als bij het interdict *ne quid in loco sacro fiat* (l. 1 § 2 D. 43. 6).

STF. *Plane si quid agri colendi causa factum sit, interdictum quod vi aut clam locum non habet, si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis [vi vel clam] fecerit.*

(l. 16 § 1 D. 43. 24) *si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino dumtaxat competit interdictum. Sed si amoenitas quaedam ex huiusmodi arboribus praestetur, POTEST DICI ET FRUCTUARIUM INTERDICTUM (1) propter voluptatem et gestationem et esse huic interdicto locum.*

Desniettemin is het standpunt van TREBATIUS zóó juist, dat men zelfs onder eene wet als de onze, die bij ongeluk (maar met volkomen duidelijkheid) het materieel gevolg als vereischte der onrechtmatigheid bij alle daden zonder onderscheid gesteld heeft, zich in de noodzakelijkheid ziet en argumenten weet te vinden, om het als algemeene voorwaarde voor de toewijzing der actie van art. 1401 te écarteeren (2).

Onder bijzondere omstandigheden kan natuurlijk het materieel gevolg noodzakelijk element zijn der onrechtmatige daad. Zoo bij ons, wanneer den dader niets meer dan nalatigheid of onvoorzichtigheid verweten wordt (art. 1402). Zoo te Rome, waar het gold een *opus in publico*, omdat de Praetor uitdruk-

(1) D. w. z. *fructuarium damnum pati*. — Geen betrekking op deze vraag hebben de overige plaatsen waar aan bepaalde personen (l. 11 § 1, 12, l. 13 § 3, 4 D. 43. 24) het interdict wordt toegekend, *quia interest ips(orum)*, omdat die uitdrukking daar alleen dienen moet ter verklaring hoe personen, overigens van een zakelijk recht verstoken, toch zich over handelingen van derden kunnen beklagen. „Belang” beteekent in dien samenhang niets anders dan: zakelijk recht ad hoc, en heeft met het vereischte van toegebrachte schade niets te maken.

(2) Zie LIÉON ad art. 1401 n^o 99, 107, 109¹, maar ook n^o 16, 101, 103, 105, 113 — Hier kan men dus prof. HAMAKER (*Het recht en de maatschappij* (1888) p. 103) nazeggen: „de wetgever heeft den rechter den weg tot het recht willen afsnijden, maar het is hem niet gelukt.” Vgl. KERR *the Student's Blackstone* 10th ed. (1887) p. 322 vg.

kelijk in zijn edict de onrechtmatigheid van het materieel gevolg afhankelijk stelt (l. 2 pr. D. 43. 8). Men vergete echter niet, dat ook daar, waar het vereischte van toegebrachte schade onmisbaar is, het begrip van schade ruim moet worden opgevat (l. 2 § 11, 12 D. 43. 8):

damnum autem pati videtur, qui commodum amittit...
 QUALEQUALE SIT. *Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit (fit?) deterior vel angustior, interdicto opus (locus?) est.*
 (Cf. l. 25 D. 39. 2).

Rechters, die het begrip van schade in exclusieven zin als onmiddellijk en geldelijk nadeel opvatten, maken zich, gelijk onlangs door mijn hooggeschatten ambtgenoot DRUCKER (1) op even grondige als boeiende wijze werd aangetoond, aan weinig minder dan een déni de justice schuldig.

Een nadere toelichting vereischt het subjectief element bij daden van eigen richting.

Het moet den dader bekend zijn geweest, dat zijn bevoegdheid betwist werd. Hoe hij zulks wist, is onverschillig. Het ligt slechts voor de hand, dat die kennis hem gewordt door een protest (*prohibitio*) der tegenpartij. Men zoude zich derhalve zeer vergissen, indien men in dat doen van verzet, een voorwaarde zag van het recht van beklag (2), een plicht door den eischer te vervullen op straffe van verbeurte van het interdict; integendeel de *prohibitio* wordt slechts vereischt, voor zoover zonder haar de speciale *dolus* zou ontbreken, m. a. w. in zoverre alleen door haar de dader kennis kon verkrijgen van den waren aard zijner handeling. Het bewijs hiervan is gemakkelijk te leveren (3). Ware de *prohibitio* een positief ver-

(1) *Rechtsg. Mag.* dl. 8 (1889) p. 369 vlg.

(2) Tenzij dan bij *aedificia in publico* (l. 2 § 17, l. 7 D. 43. 8).

(3) Indien men ten minste mag abstraheeren van l. 12 D. 33 2.

eischte voor het *interdictum quod vi aut clam*, gelijk het gequalificeerde protest (*operis novi nuntiatio*) voor het daaruit voortvloeiende *interdictum restitutorium*, dan zou de eischer zich op wettige verhindering kunnen beroepen, en voor zoodanig geval de *prohibitio* niet verlangd worden (1), — doch het tegendeel geschiedt: men vraagt niet, of de eischer verhinderd was, maar alleen of het achterwege blijven van het protest den dader toegerekend kan worden, ja dan neen. In het laatste geval (2) loopt hij vrij, omdat de speciale *dolus* niet wordt aangetroffen (l. 1 § 10, 11, l. 2 D. 43. 24):

si quis tamen imbecillitate impeditu(s) vel etiam ne offenderet vel te, vel eum qui te magni faciebat, ideo non venerit ad prohibendum, non videbitur adversarius vi fecisse, et ita labeo scribit. Idem ait, et si te volentem ad prohibendum venire deterruerit aliquis, armis forte (3), sine ullo dolo malo meo ac propter hoc non veneris, non videri me vim (vi?) fecisse, ne in aliena potestate (sit) condicionem meam NIHIL DELINQUENTIS deteriore facere.

Op dezelfde overweging berust het, dat de *prohibitio* door iedereen (4) voor een ander kan geschieden (5):

nec quem moveat, quod per liberam personam actio adquiri non solet; nam prohibitio haec (quod) demonstrat te vi facere, quid mirum? quum et si clam tu me feceris, habeam actionem. Ergo FACTO magis TUO DELINQUENTIS, quam alieno adquiritur mihi actio (6).

(1) L. 5 § 7 D. 39. 1.

(2) Zie voorbeelden van het andere in l. 1 § 8, l. 5 § 1, l. 18 § 1, l. 20 pr. D. 43. 24.

(3) Zeker wel een wettige verhindering!

(4) Bij het gequalificeerde protest gelden de gewone regelen voor processueele vertegenwoordiging: l. 1 § 3, l. 5 § 1, 18, 20, l. 7 § 1, l. 13 pr. D. 39. 1. Degene, die *alieno nomine* de *operis novi nuntiatio* uitbrengt, verwerft derhalve het *interdictum restitutorium* voor zich zelf (l. 7 pr. D. 39. 1 vgl. l. 1 § 20 eod.).

(5) Vat. Fr. § 334; l. 72 D. 3. 3; l. 17 D. 39. 1; l. 3 pr., l. 17 D. 43. 24.

(6) L. 3 pr. D. 43. 24.

Is de *prohibitio* in het geheel geen door het recht verlangde handeling, maar alleen noodig voorzoverre, het *factum* der tegenpartij zonder haar niet een *factum delinquentis* zoude zijn, dan is het duidelijk, dat zij nog veel minder aan bepaalde vormen kan zijn gebonden. Ieder protest staat derhalve gelijk, onverschillig of het zich uit in tegenspraak of in tegenstand (l. 20 § 1 D. 43. 24):

prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia,

(l. 1 § 6, 7 D. 43. 24) *sed et si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Peditius et Pomponius scribunt eoque iure utimur. Sed etsi contra testationem denuntiationemque fecerit, idem esse Cascellius et Trebatius putant* (1).

Men kan derhalve het woord *prohibitio* even goed door verzet als door verbod vertalen, begrippen waartusschen ook overigens niet scherp wordt onderscheiden (2), even weinig als bij ons tusschen „vragen” en „vorderen” (3). Het is dus al zeer willekeurig, waaneer HESSE (4) beweert, dat *prohibitio* eigenlijk verbod beteekent, en dat, al wat daaraan verder wordt toegevoegd, zooals de *iactus lapilli*, eigenlijk symbolische handelingen zijn, die voor ons modernen geen beteekenis meer hebben. Het werpen van een steentje is niets anders dan het feitelijk verzet in zijn goedaardigsten vorm, de tegenstand tot

(1) Dit laatste erkennen ook JULIANUS (l. 7 § 2 D. 43. 24) en ULPIANUS (l. 5 § 7 eod.)

(2) *Prohibere* is synoniem eenerzijds met *vim facere* = *non sinere* (l. 3 § 1 D. 43. 24; l. 11 D. 43. 16), anderzijds met *interdicere* (l. 3 § 5, l. 5 § 10 D. 43. 24; c. 2 C. 3. 34; § 1 Inst. IV. 15), en in de derde plaats met *denuntiare* (§ 1 Inst. IV. 15), dus met *verzet*, *verbod*, en *protest*.

(3) Artt. 116, 175, 176, 180, 182 K. — Met beiden is „bevel” weder synoniem (art. 1274).

(4) *Einspruchsrecht* p. 13—16.

een minimum gereduceerd. Dat een exploit, zooals men bij VAN DEN HONERT (1) er een aantreft, meer in onze zeden ligt, zal niemand betwisten (2); het heeft bovendien dit voordeel, dat het de verjaring stuit, wat een feitelijk verzet niet doet (art. 2016). Maar ook een exploit maakt de actie van art. 1401 alleen daarom ontvankelijk, omdat hij, die er zich niet om bekommert, eigen richting pleegt, niet omdat eene noodige formaliteit vervuld is.

Het zou overigens weinig ter zake doen, of „verzet“ dan wel „verbod“ juister vertaling van *prohibitio* ware, indien niet HESSE (3) uit zijn vertaling een tweede veel gewichtiger consequentie had getrokken, n.l. deze, dat in het moderne recht het *interdictum quod vi aut clam* vervallen is. Ware dit juist, dan zou het moderne recht geen enkel algemeen rechtsmiddel tegen eigen richting bezitten. Het is dus wel van nut, zijn argumentatie aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Die argumentatie komt hierop neder. Heden ten dage, zoo zegt HESSE heeft de eene burger van den ander noch gebod, noch verbod af te wachten; bij ons gebiedt alleen de overheid; derhalve heeft de *prohibitio* geen juridische beteekenis; als verbod, gedaan door een particulier, kan zij gerust ter zijde worden gesteld. Derhalve is van een *vi factum* nooit sprake meer, en bijgevolg ook niet van een *clam factum*. Want wie kan zich beklagen, dat achter zijn rug om is geschied, wat hij, tegenwoordig zijnde, toch niet met eenig gevolg had kunnen verbieden? Gelukkig is een blik op art. 1274 genoeg om de onjuistheid van HESSE's uitgangspunt te leeren. Sommaties van den eenen burger aan den anderen komen ook nu nog dagelijks voor (4).

(1) *Formulierboek* (1881) n^o 2.

(2) Zie echter GROENEWEGEN, *de LL. abrog.* ad l. 5 § 10 D. 39. 1.

(3) *Einspruchsrecht* p. 88—91.

(4) Sterker nog, de burger heeft meer dan eens het recht, om den ambtenaar te bevelen: art. 1268 (hypotheekbewaarders); art. 10 Regl. IV (deurwaarders).

Gelukkig, zeide ik, want het surrogaat, dat HESSE ons voor het *interdictum quod vi aut clam* in de hand wil stoppen, is werkelijk wel wat heel pover uitgevallen. Hij verwijst ons namelijk naar de gelegenheid om een provisioneelen eisch te doen, tot het doen staken van het ondernomen werk. Het is echter vrij duidelijk, dat wij daaraan een slechten ruil doen. Die provisioneele eisch toch verschaft ons noch restitutie van datgene, wat tot op de toewijzing mocht zijn tot stand gekomen, noch vergoeding voor de reeds geleden schade; wordt bovendien niet toegewezen zonder een summier bewijs van ons recht of van ons bezit (1), en alleen onder voorbehoud van een later te leveren volledig bewijs (2), — terwijl het *interdictum quod vi aut clam* restitutie en schadevergoeding zonder zoodanig summier bewijs en zonder voorbehoud verschaft.

Gelijk bij den aanvang reeds gezegd werd, eene daad kan het karakter van eigen richting dragen, ook zonder voorafgaand protest, want de vraag is alleen: bestond de speciale *dolus*? Dan alleen is de *prohibitio* onmisbaar, wanneer vooraf geen *controversia* bestond, of wel, wanneer de dader tijdig en behoorlijk (3) had kennis gegeven van zijn voornemen, om ondanks het geschil de hand aan 't werk te slaan. Immers in het eerste geval kan slechts het protest zelf een geschil in het leven roepen (4) (en zonder geschil is eigen richting ondenkbaar); in het tweede geval mag de dader het stilzitten der tegenpartij als berusting aanmerken en kan hij zich beroepen op den regel, die ook bij andere onrechtmatige daden wordt gehuldigd, dat namelijk vrijwillige (5) berusting, even goed als uitdruk-

(1) Zie boven (p. 89²).

(2) Art. 292 Rv; cf. *Civ. Proz. Ordn* § 815, 806.

(3) L. 5 pr. — § 4, l. 11 § 11 D. 43. 24.

(4) Doch daarmee is dan ook al, wat noodig is, geschied. Eens gedaan blijft het protest werken, totdat het wordt ingetrokken. (l. 1 § 9, l. 3 § 1—3, l. 20 § 2 D. 43. 24).

(5) Cf. l. 9 pr D. 4. 2.

kelijke toestemming (1) het recht op beklag (2) verbeuren doet.

Uit de onrechtmatige daad ontstaan rechten voor hem „jegens wien die daad gepleegd is” (3), d. w. z. indien men zich over eigen richting beklaagt, voor hem, met wien de dader in geschil lag; indien rechtskrenking wordt verweten, voor hem, wiens recht gekrenkt is (4); indien naar het materieele gevolg gevraagd wordt, voor hem, die de schade heeft geleden; indien het publiek recht op het spel staat (5) voor iederen burger (6), of in elk geval voor de overheid (7). Die rechten zijn twee in aantal. In de eerste plaats verwerft de gekrenkte het recht, om de zaken weder in den ouden toestand terug te brengen, m. a. w. het werk, dat door de onrechtmatige daad verzezen is, weg te ruimen. Dit recht is, volgens de terminologie van prof. FAURE (8), „absoluut”; m. a. w. het werkt tegenover iedereen, en wordt dan ook (bij gebrek eener bijzondere *formula*) met het *interdictum quod vi aut clam* tegenover iedereen gehandhaafd, die, in het bezit van den grond, waar het werk verricht is, de uitoefening dier bevoegdheid niet wil

(1) L. 1 § 9, l. 3 § 2—4, l. 20 § 2 D. 43. 24.

(2) Met het recht van beklag over de daad vervalt echter niet het recht zelf, waartegen die daad eventueel indruischt (c. 2 C. 3. 34). — Vgl. BURCKHARD, *die op. nov. nunt.* p. 163—167.

(3) Zie LÉON ad art. 1401 no 113. Vgl. l. 1 § 19 D. 39. 1 (*is ad quem res pertinet*).

(4) Niet: voor hem, wiens recht men meende te krenken (l. 5 § 5, l. 11 § 6 D. 43. 24 cf. l. 43 D. 9. 2).

(5) Men denke aan: overtreding der bouwverordeningen, verkeersbelemmeringen, en *opera in publico quae publico usui obstant*.

(6) Vgl. l. 3 § 4—l. 5 pr., § 9, l. 8 § 3 D. 39. 1; l. 7 § 14 D. 2. 14; l. 2 § 34 D. 43. 8; l. 1 § 9 D. 43. 13. De uitsluiting van *viae urbanae* (l. 2 § 24 D. 43. 8) is ongemotiveerd. — Zie voor het hedendaagsche recht: Gemw. art. 143 c; WINDSCH. § 326^a; KERR *The Student's Blackstone* 10th ed. (1887) p. 257 (IV), 326.

(7) L. 2 § 17 D. 43. 8; Gemw. art. 180. Vgl. LÉON ad art. 1401 no 146.

(8) *Procesrecht* I 2^e dr. p. 208.

dulden (1). Dat die bevoegdheid niet alleen in het Romeinsche, maar ook in het hedendaagsche recht geldt, wordt erkend (2); het verzet daartegen is derhalve eene rechtskrenking, waartegen de actie van art. 1401 met succes moet kunnen worden ingesteld, omdat iedere bewuste rechtskrenking per se een onrechtmatige daad is (3).

In de tweede plaats (4) verwerft de benadeelde partij eene delictsactie (5) tegenover hem, die de onrechtmatige daad gepleegd heeft, een „relatief” recht derhalve, dat eveneens door het *interdictum quod vi aut clam* beschermd wordt. Het object dier actie is echter niet eene *poena*, maar restitutie, evenals bij het *interdictum unde vi*, dat, hoewel eveneens op een delict gebaseerd (6), toch ook op restitutie uitloopt. Onder restitutie is te verstaan herstel in den toestand, waarin de eischer zou verkeeren, indien de onrechtmatigheid achterwege ware gebleven (l. 15 § 7 D. 43. 24):

officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum (dicendum?) est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus neque vi neque clam factum esset.

Die restitutie ontleedt zich van zelve in de volgende elementen:

(1) L. 3 § 2 D. 4. 7; l. 7 pr., § 11, l. 11 § 6, l. 14, l. 16 § 2 D. 43. 24. Vgl. l. 22 D. 39. 1; l. 4 § 2, l. 5, l. 12 D. 39. 3 benevens STÖLZEL p. 217, 219 (toepasselijkheid bij *operis novi nuntiatio*).

(2) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 17; SMIDT *Gesch. v. h. Wetb. v. Strafr.* II p. 539; KERR *The Student's Blackstone* 10th ed. (1887) p. 257 (IV).

(3) Ook dan blijft dit waar, indien men aanneemt (vgl. LÉON ad art. 1401 n^o 2, 3, 92, 98^{is}, 119, 164, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 179), dat de actie van art. 1401 is uitgesloten, waar de wet reeds eene andere actie verleent, want zulks is hier het geval niet.

(4) Naar Engelsch recht heeft de benadeelde partij slechts de keus tusschen de actie tot schadevergoeding en het recht van wegruiming (KERR p. 327). Dit is niet uitermate billijk.

(5) De verweerder heet „delinquent” (l. 2, l. 3 pr. D. 43. 24), en de grond zijner verbintenis „opzet” (l. 11 § 6 D. 43. 24).

(6) L. 1 § 14, 15 D. 43. 16. — Van beide interdicten geldt dus de karakteristiek, die HESSE (*Einspruchsrecht* p. 6) van het onze geeft: zij zijn delictsactiën ten aanzien van hun grondslag, vermogensactiën ten aanzien van hun object.

1^o Wegruiming van het werk, of vergoeding der op de wegruiming gevallen kosten (1);

2^o Vergoeding der schade, ten gevolge van het werk door den eischer vóór de *litis contestatio* (2) geleden (3); vergoeding van vruchten, die ten gevolge van het werk niet getrokken zijn (4);

3^o Herstel in het volle genot van rechten, die door de daad gekrenkt (5), en vernieuwing der rechten, die ten gevolge van het werk, (6) 't zij onmiddellijk (7), 't zij in verband met de verjaring (8) verloren zijn.

Dat ook naar hedendaagsch recht de eischer dit alles kan vorderen, wordt niet door alle rechters in Nederland erkend (9). Daarachter schuilt waarschijnlijk de vrees, om aan de letter van art. 1401, die enkel recht op schadevergoeding geeft, te kort te doen. Toevallig echter is in dezen de meer vrijzinnige opvatting tevens wettischer dan de andere, blijkens art. 624, waar de wetgever zelf verklaart, dat eene „gewone” rechtsvordering behalve schadevergoeding ook nog feitelijk herstel (10) omvat.

(1) L. 7 § 1, l. 11 § 4, l. 16 § 2 D. 43. 24; l. 4 § 2, l. 13 D. 39. 3; c. 5 C. 3. 34 cf. l. 21 pr. D. 43. 24.

(2) Indien *damnum futurum* (l. 14 § 2, l. 11 § 3, l. 6 § 6 D. 39. 3) de beteekenis heeft van *damnum quod post litem contestatam datum sit*, kan *damnum praeteritum* wel niets anders beteekenen dan *damnum quod ante litem contestatam datum sit*. Bij ons accresceert de schade ook na de *litis contestatio*, (arg. art. 348 2^o Rv.), en valt dus de beperking in den text weg.

(3) L. 13 § 2 D. 7. 1; l. 4 § 2, l. 13, l. 14 § 3 D. 39. 3; l. 11 § 4 D. 43. 24.

(4) L. 38 § 11 D. 22. 1.

(5) L. 15 § 8 D. 43. 24 cf. l. 2 § 2 D. 41. 3.

(6) L. 15 § 8 D. 43. 24; l. 21 § 3 eod.; l. 5 § 3 — l. 7 D. 7. 4.

(7) L. 5. § 3 D. 7. 4 cf. l. 20 § 2 D. 8. 2; l. 9 pr. D. 8. 5.

(8) L. 7 D. 7. 4.

(9) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 163^a, maar ook n^o 99, 107, 153, 154, 156, 162. — Het merkwaardigst in zijn soort is wel het arrest sub n^o 146. Vgl. *Allg. Landr.* § 79, 80 (I. 6), § 146 (I. 7).

(10) Dat art. 624 speciaal van „teruggave” spreekt, hangt samen met den aard van het delict, waarover dat artikel handelt.

Nu kan echter in den samenhang van dat artikel met „gewone” rechtsvordering nooit iets anders dan de actie van art. 1401 (toegepast op gewelddadige ontzetting) bedoeld zijn. Immers art. 624 bevat geheel nieuw recht (evenals art. 618), en laat dus geen andere dan eene systematische verklaring toe (1). Erkent men zulks, en tevens, dat „gewone” rechtsvordering, in art. 624, noodwendig staat tegenover „possessoire” rechtsvordering, dan moet die „gewone” rechtsvordering wel met de actie van art. 1401 identiek zijn; als zijnde deze de eenige, die nevens de possessoire actie den bezitter nog te stade zou kunnen komen (2). Daarmede is dan ook, naar het mij voorkomt, de juistheid der vrijzinnige opvatting voldingend bewezen.

Indien de restitutie in den voorschreven omvang achterwege blijft, moet het belang des eischers worden begroot, d. w. z. niet de door hem geleden schade, maar zijn belang bij de restitutie zelve (l. 15 § 7 D. 43. 24):

hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest (3)

hoc opus factum (4) *esse.*

Op tweeërlei wijze kan dat belang worden begroot, nl. òf door rechterlijk *arbitrium* òf door een taxatoiren eed. Het eerste, in geval de verweerder te goeder trouw in de onmogelijkheid verkeert, om overeenkomstig zijne verplichting te restitueeren; het tweede, indien hij òf wederspanning is, òf zich zelf opzettelijk in de onmogelijkheid gesteld heeft, om te gehoorzamen aan de uitspraak des rechters, waarbij restitutie bevolen wordt (l. 15 § 9, 10 D. 43. 24):

(1) Zie OPZOOMER III (2^{de} dr.) p. 152^a. — De verwijzing naar POTHIER bij prof. FAURE (*Histor. toelicht. v. h. Ned. Bezitr.* p. 89) kan geen andere bedoeling hebben, dan ons te doen zien dat art. 624 niet aan POTHIER of aan het Rom. recht ontleend is.

(2) Aan eene petitoire actie valt van zelf bij den bezitter in het systeem onzer wet (art. 617 B. W.; art. 130—132 Rv.) niet te denken.

(3) Doch hoe is zulks te begrooten bij acties, *quae ad publicam utilitatem pertinent*? Vgl. toch l. 2 § 44 D. 43. 8.

(4) D. w. z. *factum neque restitutum.*

quod interfuit aut per iusiurandum quod in litem actor iuraverit; aut si iurare (lees: restituere) non possit (1), iudicis officio aestimandum est. Eum autem, qui dolo malo fecerit, quominus possit restituere, perinde habendum, ac si posset.

Het tweede element der restitutie, de geleden schade (*culpa*) wordt altijd door den rechter getaxeerd (l. 15 § 11 D. 43. 24):

culpam (2) quoque in hoc interdicto venire, erit probandum, quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.

Bij ons is de taxatoire eed in den regel uitgesloten door art. 1979. Indien de rechter zelf kan taxeeren, dan is hij daartoe ook gehouden, behoudens zijn recht, om van den eischer de noodige gegevens te verlangen (art. 612 Rv.). Te dien aanzien is de jurisprudentie eenstemmig (3). Doch twijfel heerscht over de vraag, of wederspanningheid kan worden gebroken, m. a. w. of de rechter bij weigering om te restitueeren van den kant eens verweerders, die niet in de onmogelijkheid daartoe verkeert, directen dwang kan uitoefenen, dan wel zich bij de weigering moet nederleggen en dus taxeeren (4). Ten aanzien van het klassieke Romeinsche recht, is de bevoegdheid des rechters inderdaad aan twijfel onderhevig (5); naar het Justinianeïsche recht is hij tot directen dwang niet alleen bevoegd, maar ook verplicht, krachtens het algemeene voorschrift van l. 68 D. 6. 1, dat niet alleen op teruggaaf van goederen

(1) Scil. *reus*. Vgl. l. 15 D. 43. 16.

(2) *Culpa*, in den zin van *damnum*, wordt minder vreemd, wanneer men bedenkt, dat ook *iniuria* in die beteekenis voorkomt (l. 5 § 1 D. 9. 2). Zie overigens l. 8 D. 9. 2 (*culpa reus = damni reus*) en l. 45 § 4 eod. (*culpam dare = damnum dare*, indien men [damni] voor een glossema mag houden).

(3) LÉON ad art. 1401 n^o 149, 152, 153, 155, 159, 163.

(4) Zie LÉON ad art. 1401 n^o 153, 163¹, 163², 163³.

(5) Alles hangt hier af van de vraag, of l. 68 D. 6. 1 geïnterpoleerd is of niet. — Vgl. ook l. 21. § 4 D. 39. 1 en daarbij BURCKHARD, *die op. nov. nunt.* p. 237; LENEL, *das Ed. Perp.* § 291.

Themis, LIste Deel, 3de stuk [1891.]

van toepassing is, maar speciaal ook op het wegruimen van onrechtmatige werken, gelijk bewezen wordt door den slotzin eener Novelle, die in 1838 het eerst door HEIMBACH is uitgegeven (1). Dat het Justinianeïsche beginsel ook nog heden ten dage geldt, wordt, dunkt mij, reeds door art. 1276 (en 1277) voldoende bewezen.

Het feit, dat het *interdictum quod vi aut clam* in zijn tweede toepassing als delictsactie moet worden aangemerkt, heeft voor het Romeinsche recht twee belangrijke gevolgen (2). In de eerste plaats, — indien de delinquent een slaaf is, — dat de *dominus*, indien hij den slaaf niet uitlevert, zelf veroordeeld wordt (l. 40 § 4 D. 5. 3; l. 7 § 1, l. 14 D. 43. 24 cf. l. 11 § 6 eod.); en in de tweede plaats, — indien de delinquent een vrij man is, — dat zij bij zijn dood in eene actie uit baattrekking (3) overgaat (4) (l. 15 § 3 D. 43. 24). Deze twee bijzonderheden stellen het buiten twijfel, dat wij hier inderdaad met een delictsactie te maken hebben. Dit neemt niet weg, dat DERNBURG (5) overdrijft, waar hij beweert, dat inzicht in die eigenschap de sleutel is voor de verklaring van ons interdict. Dit is daarom te veel gezegd, omdat wel de grond der actie een delict, doch haar object geen *poena* is. Bovendien wordt juist ten aanzien van een paar belangrijke vragen het gewone delictenrecht voor deze actie buiten werking gesteld; en leidt derhalve de qualificatie op een dwaalspoor. Het is namelijk een algemeene regel bij delicten, dat men nooit aansprakelijk is voor eens anders

(1) In de Teubner-editie van ZACHARIAE n^o 142.

(2) Vgl. SCHLOSSMANN, *Vertrag* (1876) § 5.

(3) Zoo noemt DE GROOT, wat bij OPZOOMER (V p. 195¹) „bevoordeeling” en bij mijn hooggeschatten leermeester MOLTZER (*Handel. Jur.-vereen.* 1889 I p. 166¹) „onredelijke verrijking” heet.

(4) Naar Nederlandsch recht zal men aan den dood des delinquenten geenerlei invloed op de actie van art. 1401 mogen toekennen, *indien* de wetgever bij het nêerschrijven van art. 1415 eenig besef had van hetgeen hij deed. Vgl. *Allg. Landr.* § 28 (I. 6); WINDSCH. § 359¹².

(5) *Pand.* I 2^e Aufl. § 234³.

dolus of *culpa*, tenzij op grond van een speciaal voorschrift (1). In het algemeen is men derhalve aansprakelijk slechts voor die daden, die men heeft verricht of doen verrichten (2). Dit geldt in principe ook bij ons interdict (l. 5 § 14 D. 43. 24):

hoc iure utimur, ut sive ego fecissem, sive fieri iussi, interdicto quod vi aut clam tenear.

Daarbij maakt het voor den lastgever geen verschil (3) of hij een opdracht (*mandatum*) verstrekt heeft aan zijn gelijke, of een bevel (*iussus*) voor zijn ondergeschikte heeft uitgevaardigd. Doch het maakt wel verschil voor den lasthebber (4). Een slaaf, of een werkmans is voor het verrichten der hun opgelegde taak niet persoonlijk verantwoordelijk, wèl daarentegen de *mandataris* en de pachter (5) van wie meerdere zelfstandigheid kan verlangd worden, wegens het volvoeren hunner opdracht (l. 13 § 6, 7 D. 43. 24):

si colonus meus opus fecerit, si quidem me volente vel ratum habente, PERINDE EST ATQUE SI PROCURATOR MEUS FECISSET, in quo placet, sive ex voluntate mea fecerit, teneri me, sive ratum habuero (6) quod procurator fecit. Julianus ait: si colonus arborem, de qua controversia erat, succiderat vel quid aliud opus fecerit, si quidem iussu domini id factum sit AMBO TENEBUNTUR (7).

(1) Zie bijv. § 1, § 3 Inst. IV. 5 en bij ons art. 1403.

(2) L. 1 § 12, 13, 14, 15, l. 3 § 10 D. 43. 16; l. 152 § 1, 2 D. 50. 17 leeren zulks ten aanzien van het *interdictum unde vi* (vgl. art. 619).

(3) Zie: l. 6 D. 43. 24.

(4) Zie: l. 15 § 2 D. 43. 24.

(5) Hoewel deze overigens „bevelen”, geen „opdrachten” heet te ontvangen.

(6) *Rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari* (l. 1 § 14 D. 43. 16 cf. l. 3 § 10 eod.)

(7) Eveneens l. 5 D. 39. 3. Zie ook l. 6 D. 43. 24, waar PAULUS uitgaat van de stelling dat de lastgever en zijn *mandataris* beiden verantwoordelijk zijn, en ten slotte ook des lastgevers lastgever bij de zaak betreft, met terzijde stelling van den regel, dat mandaat

Dat daarentegen een slaaf niet persoonlijk aansprakelijk is voor de hem opgelegde taak, hoewel overigens de persoonlijke aansprakelijkheid van slaven aan geen twijfel onderhevig is (1), blijkt uit l. 11 § 7 D. 43. 24:

an ignoscitur servo qui obtemperaverit? . . . nam ad quaedam QUAE NON HABENT ATROCITATEM FACINORIS vel sceleris ignoscitur servis, si . . . dominis . . . obtemperaverint (2), quod et in hoc casu admittendum est (3).

Dezelfde kracht als het bevel van den meester aan zijn slaaf heeft het bevel van den heer aan zijn gehuurden knecht. Alleen op dien grond is iedere actie (dus ook de *actio novalis*) uitgesloten tegenover hem, wiens slaaf bij een ander in dienst is getreden (4). Indien het bevel van heer tot knecht niet excuseerde, zou de slaaf, door te gehoorzamen, een delict plegen op grond waarvan zijn eigenaar zou kunnen worden aangesproken (5).

Tot hier aan toe is alles met algemeene beginselen in overeenstemming, zij het ook dat wij de laatstvermelde werking van het gebod van heer tot knecht bij andere delictsacties niet besproken vinden. Wij vinden dan toch ook niet het tegendeel. Maar een zeer belangrijke afwijking van de regels, die de

niet vatbaar is voor overdracht (l. 4 § 5 D. 49. 1: *constat procuratorem alium procuratorem facere non posse.*)

(1) L. 14 D. 44. 7 (*servi ea delictis . . . obligantur.*)

(2) Vgl. l. 2 § 1 D. 9. 4; l. 157 pr. D. 50. 17. — De slaaf is eenvoudig een werktuig in de hand zijns meesters. Op die overweging berust ook l. 21 § 1 D. 43. 24.

(3) Daarmede wordt de slotconclusie der onmiddellijk voorafgaande § teruggenomen.

(4) L. 5 § 11 D. 43. 24 (*. . . si tuum servum mercenarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine ob id non tecum sed mecum, agendum erit hoc interdicto.*)

(5) Geheel overeenkomstig met het bevel van heer tot knecht is het bevel van een hooger geplaatst ambtenaar aan zijn ondergeschikten. Ook dit excuseert binnen zekere grenzen; zie ten aanzien van beiderlei dienstbetrekking LÉON ad art. 1401 n. 128, 130, 143, 145 (vgl. art. 43 W. v. S.).

verantwoordelijkheid beheerschen, is hierin gelegen, dat men ten aanzien van het *interdictum quod vi aut clam* (zonder dat van eenig speciaal voorschrift sprake is) aansprakelijk wordt gesteld voor de handelingen van hen, over wie men te bevelen had, ook dan wanneer men geenerlei bevel heeft gegeven, mits zij in hun karakter van dienaar (*domini nomine*) hebben gehandeld (1). En een tweede nog veel belangrijker afwijking is deze, dat men aansprakelijk gesteld wordt voor bevelen, die in onzen naam zijn gegeven door erkende vertegenwoordigers, die alsdan van alle verantwoordelijkheid verschoond blijven. Tot die erkende vertegenwoordigers worden gerekend (behalve de mandataris): de *procurator absentis*, de *tutor*, de *duumvir municipii*. (l. 5 § 12 D. 43. 24):

quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed (cum eo) cuius nomine iusserit, haec actio est. Nam si PROCURATOR (2), TUTOR, CURATOR, DUUMVIR MUNICIPII, quod eius nomine ageret, cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo qui ita iusserit. et si TIBI MANDAVERO, ut opus fieri iuberet, et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio.

Dat aan eene dergelijke verschuiving van verantwoordelijkheid behoefte kan bestaan, kan moeielijk betwist worden, wanneer men nagaat, hoe krachtig zij zich heden ten dage, spijt alle beroep op wet en logica tot zelfs bij ons hoogste rechtscollege doet gelden, met name ten aanzien der bestuurders van zedelijke lichamen, waaronder in de allereerste plaats onze *municipia*

(1) L. 5 § 8 D. 43. 24: „*quod tu (fecisti) AUT TUORUM QUIS aut iussu tuo.*” Zie ook l. 5 § 11 eod. — Bij ons huldigt men hetzelfde beginsel. Zie, ten aanzien der persoonlijke dienstbetrekking, LÉON ad art. 1401 n^o 127, ad art. 1403 n^o 27, en ten aanzien der ambtelijke: LÉON ad art. 1401 n^o 116, 124, 127, 135.

(2) Dat hier geen mandataris bedoeld wordt, blijkt uit de tegenstelling aan het slot: *si tibi mandavero* (Vgl. CICERO *Topic.* 10 § 42). De *procurator absentis* is de persoon, die met of zonder mandaat het beheer voert voor een afwezige.

figureeren. Het is aardig om te zien, hoe onze rechters in al datgene, *quod non habet atrocitatem facinoris vel sceleris* (1), die bestuurders dekken met het schild van hun *arbitrium*, doch tevens den pas vrijlaten, om het onschuldige zedelijke (2) lichaam voor de onrechtmatige daad van zijn bestuurders aan te tasten (3). Men moet dan ook inderdaad erkennen, dat die bestuurders wel op eenige indulgentie aanspraak hebben, en dat het voor het voor de betrokken zedelijke lichamen een veel grooter gevaar zoude opleveren, indien, afgeschrikt door strenge toepassing der artt. 1401 en 1402, de aangewezen mannen der publieke zaak den rug gingen toekeeren, en hun plaats gingen inruimen voor minder betrouwbare dienaren. Maar het is de vraag, of ten aanzien der andere genoemde vertegenwoordigers even geldige argumenten zijn bij te brengen. Het meest laat zich nog zeggen voor den *procurator absentis*,

*quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi . . .
rem suam amittant* (4).

Het minste voor den *tutor* en den *curator*, die eene gedwongen taak vervullen. Dit is dan ook door CASSIUS gevoeld, en ULPIANUS zonder die meening aanstonds te omhelzen, acht het toch de moeite waard, den weg te wijzen, om den pupil of curandus buiten schot te houden. Ontzeg, zoo luidt zijn raad, het interdict tegen hem en geef daarentegen eene *utilis actio* tegen den voogd of curator!

(1) Zie LÉON ad art. 1403 n° 29 (vgl. n° 32).

(2) Een zedelijk lichaam is door zijn natuur zoo onschuldig als een zuigeling. Het heeft zelfs nog minder hersens. Zie: l. 15 § 1 D. 4. 3 (*quid enim municipes dolo facere possunt?*).

(3) Zie LÉON ad art. 1401 n° 115, 116¹, (daden van het bestuur zijn daden van het zedelijk lichaam); n° 124, (het zedelijk lichaam is aansprakelijk voor de daden zijner bestuurders); n° 116, 127, 135 (het zedelijk lichaam is aansprakelijk voor de daden der aan zijne bestuurders ondergeschikte ambtenaren); n° 120, 145¹ (bestuurders niet aansprakelijk). Zie echter ook n° 123, 129, 136, 144, 145 en ad art. 1403 n° 9.

(4) L. 1 D. 3. 5.

(l. 11 § 6 D. 43. 24): *si tutoris iussu aut curatoris factum sit quum (1) placeat, quod Cassius probat ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri, eveniet ut in ipsum tutorem aut utilis actio competat aut etiam utile interdictum.*

Een derde belangrijke afwijking doet zich voor bij de behandeling van het in gemeenschap gepleegde delict. In den regel zijn de Romeinen bij zoodanig feit zelfs met hoofdelijkheid niet tevreden; zij stellen namelijk als beginsel: *tot iniuriae sunt quot et personae iniuriam facientium* (2) en geven tegenover ieder een zelfstandige actie. Gevolg is: dat de praestatie van den een den ander niet bevrijdt (3). Doch, wat betreft ons interdict (4), oordeelen zij zachter en nemen met solidariteit genoeg (l. 15 § 2 D. 43. 24):

si communi consilio plurium (opus) factum sit, licere vel cum uno (scil. in solidum) vel cum singulis (scil. pro partibus) experiri: opus enim quod a pluribus pro indiviso (5) factum est, singulos in solidum obligare.

Si tamen proprio quis (quisque?) eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum scilicet in solidum: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo (nec) perceptio ab altero (6).

Met solidariteit zullen ook wij genoeg moeten nemen, wanneer de actie van art. 1401 wordt ingesteld. Doch geeft

(1) D. w. z. *quatenus*.

(2) L. 34 D. 47. 10.

(3) Zie, ten aanzien der *actio furti*: l. 1 § 19 D. 47. 4; ten aanzien der *actio legis Aquiliae*: l. 11 § 2 D. 9. 2; ten aanzien der *actio iniuriarum*: l. 34 D. 47. 10.

(4) Evenzoo ten aanzien van de *actio quod metus causa*: l. 14 § 15 D. 4. 2, de *actio de dolo malo*: l. 17 pr. D. 4. 3.

(5) D. w. z. gemeenschappelijk. Heeft geen gemeen overleg plaats gehad, dan zijn er evenveel delicten als daders, gelijk het tweede gedeelte van het fragment leert.

(6) Vgl. BEKKER, *Aktionen* I (1871) p. 178.

men ons zelfs dit niet, dan doet men ons te kort. Hij, die zich over eene onrechtmatige daad beklagt, moet wel het opzet of minstens de onvoorzichtigheid (nalatigheid) der tegenpartij aantoonen; maar het doet niets ter zake, of zij alleen dan wel met anderen schuldig, daderes of medeplichtige was, en welk aandeel zij aan het gemeenschappelijk delict had (1). Of eischt niet de billijkheid, dat hij, die door een onrechtmatige daad gekreukt of benadeeld is, zoo spoedig en zoo volledig mogelijk satisfactie geniete? Welnu, noch het eene, noch het andere geschiedt, indien de verbintenis uit die daad tusschen al de delinquenten naar evenredige deelen wordt gesplitst; dan immers komen voor zijne rekening en het tijdelijks verlies en het risico der insolventie. Daartegen baat geen beroep op art. 1318; want het zal toch wel hetzelfde zijn, of de hoofdelijkheid uit de letter of uit den geest van art. 1401 kan worden afgeleid. Men kan het dus slechts prijzen, indien men onze, op dit punt schaarsche, jurisprudentie zich in de richting van eene erkenning der hoofdelijkheid ziet voortbewegen (2), al voegt zich daarbij van zelf de wensch, dat zij in het vervolg de toepassing van het juiste beginsel niet langer door volkomen ongemotiveerde restrictiën (3) verduistere.

Utrecht, 27 September 1890.

J. C. NABER.

(1) Anders moet men oordeelen, indien het blijkt, dat zij slechts aan een gedeelte der daad medeschuldig is (cf. l. 11 § 2 D. 9. 2).

(2) Zie LÉON ad art. 1407 n^o. 2, maar ook ad art. 1401 n^o 118. Vlg. *Allg. Landr.* § 29—31 (I. 6).

(3) De verbintenis moet ondeelbaar zijn; de daad moet „in turba” hebben plaats gehad. Waarom?

Confessio in jure en *Confessio in judicio* door Mr. P. A.
TICHELBAAR te Hilversum.

VON SAVIGNY behandelt in het zevende deel van zijn System des heutigen römischen Rechts twee instellingen van het Romeinsche recht, die hij aanduidt als „Surrogate des Urtheils“ n. l. de gerechtelijke bekentenis en den beslissenden eed. Hij noemt deze aldus, omdat zij in de plaaats kunnen treden van een vonnis, dit onnoodig kunnen maken.

De resultaten, waartoe hij en ook latere schrijvers over het Romeinsche proces omtrent deze en verwante instellingen zijn geraakt, zijn echter zeer onbepaald en onzeker, zoodat KARLOWA, zeker een bevoegd beoordeelaar vooral wat de historische behandeling betreft, in 1872 over de bekentenis nog moest schrijven, dat hare geschiedenis in het Romeinsche recht volstrekt niet duidelijk was (1). Een der beste kenners van het Romeinsche proces heeft getracht hierin tot meer zekerheid te geraken en in twee uitvoerige monographiën 't resultaat van zijn onderzoek neergelegd. Ik bedoel DEMELIUS in zijn: *die Confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung* 1880 en zijn: *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse, Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage* 1887. Wij vinden hier de bekentenis en den eed in de drie vormen van het Romeinsche proces behandeld en wel in hun geheelen omvang, voor zooverre zij van belang zijn voor de rechten van partijen. Zijn resultaten onderscheiden zich gunstig van die van vroegere schrijvers, daar zij een duidelijk beeld geven van de functie dezer instellingen in het proces, ook al kan men zich in de bijzonderheden niet steeds met zijne opvatting vereenigen. De fout van vroegere

(1) Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen bl. 154 n. 4.

schrijvers is vooral hierin te zoeken, dat zij uitspraken der bronnen over den eenen procesvorm ook toepasten op den anderen, dat zij aan uitspraken der juristen over een bijzonder geval eene algemeene beteekenis gaven. Een voorbeeld hiervan levert ons b. v. VOIGT, die uit l. 3 *de confessis* 42.2 de stelling put, dat op de *confessio in jure* nog steeds eene veroordeeling moest volgen (1). Wij lezen daar n. l.:

confessum certum se debere legatum omnimodo dammandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si jam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur.

Nu is dit eene uitspraak van JULIANUS, medegedeeld door PAULUS, die dus alleen op het formulierproces betrekking heeft; maar daarenboven heeft JULIANUS hier op het oog de *actio confessoria*, die plaats vindt bij een damnatielegaat, welks bestaan niet ontkend wordt; hier moest natuurlijk eene veroordeeling volgen, maar dit leert ons niets omtrent de kracht der *confessio* in andere gevallen.

Wel mag men, wat van den eenen procesvorm gezegd wordt toepassen op den anderen, wanneer n. l. blijkt, dat men te doen heeft met eene uitspraak, die uit den aard van het rechts-instituut volgt of wanneer duidelijk blijkt, dat wat van een lateren procesvorm geldt, een overblijfsel is van den vroegeren; dit laatste kan zich gemakkelijk voordoen, daar bij verandering van procedure men er niet steeds op bedacht is en de Romeinen er zeker niet op verdacht waren, deze terstond in al hare consequenties op te vatten. Men zal hierbij echter steeds bewijs van een dezer omstandigheden moeten leveren. Ook dat men uitspraken der juristen over een bijzonder geval als algemeen geldend gaat opvatten, moge voor het Justinianëische recht dikwijls weinig bezwaar hebben, voor den tijd dier juristen is dit ongeoorloofd. Daar de resultaten, waartoe DEMELIUS is geraakt, dikwijls verrassend zijn, meende ik, ofschoon zij reeds aan velen

(1) Jus naturale etc. III bl. 710.

bekend zullen zijn, toch nog op voldoende belangstelling te mogen rekenen om hunne eenigszins uitvoerige mededeeling en bespreking te rechtvaardigen. De volgende bladzijden bevatten deze resultaten voor zooverre de bekentenis betreft. DEMELIUS' *Confessio* werd besproken door KRÜGER in de Kritische Vierteljahresschrift f. Ges. und Rechtsw. 1880 bl. 414 vlg. (1). Bestreden werd zij op menig punt door SCHULZE: Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung 1883, vooral I bl. 455 vlg. DEMELIUS verdedigde zijn standpunt hiertegen weer in GRUNHÜT'S Zeitschrift f. d. Privat- und öff. R. d. Gegenwart XI bl. 728 vlg.

Gaan wij, voordat wij DEMELIUS volgen, na, op welk standpunt zich de wetenschap ten opzichte van de bekentenis in het Romeinsche recht bevond. Wij kunnen dit gevoegelijk doen door te zien, tot welke resultaten VON SAVIGNY en VON BETHMANN-HOLLWEG hieromtrent waren geraakt. Hunne resultaten weken van elkaar eenigszins af, maar werden overigens vrij algemeen als de juiste beschouwd. VON SAVIGNY drukt het hoofdbeginsel der *confessio in jure* aldus uit:

„Wenn ein Beklagter vor dem Prätor die Behauptung des Klägers vollständig einräumt, so soll dieses Zugeständniss einer Verurtheilung gleich gelten.“ (2) Anders met de *confessio in judicio*; deze had wel invloed op de uitspraak, maar hare werking was niet door formeele regelen gebonden. Met het vervallen van den *ordo judiciorum* verdwijnt echter dit verschil (3) en heeft ook de bekentenis voor den magistraat, die de functies van praetor en judex vervult, formeele kracht en niet alleen de volledige bekentenis, maar die van enkele feiten evenzeer (4). Wij vinden dit in de bronnen aldus uitgedrukt:

(1) Korte mededeelingen er uit vindt men in het acad. pr. van Mr. D'HANGEST d'YVOY: Iets over den aard der gerechtelijke bekentenis U. 1882 bl. 11—23.

(2) System VII bl. 7.

(3) bl. 7 n. 1.

(4) bl. 41 vlg.

confessus pro judicato est II. 1, 3, 6 § 2 h. t.; l. 56 *de re jud.* 42. 1; c. un. h. t. 7. 59; c. 4 *de rep. vel abst. her.* 6. 31; op de bekentenis volgt dus evenzeer als op het vonnis terstond executie. Die regel gold echter alleen voor vorderingen van eene bepaalde som gelds c. 4 c., l. 6 pr. h. t.; in 't oude proces toch moest de veroordeeling in geld bestaan en alleen daarvoor was executie mogelijk. Voor andere gevallen gold l. 6 § 1 h. t.: *urgeri debet ut certum confiteatur*; gelukte dit niet, dan volgde een gewoon proces met *litis contestatio* en vonnis; in dit proces was echter de *judex* streng gebonden aan de plaats gehad hebbende bekentenis, hij had niets te onderzoeken l. 56 c. *post confessionem in jure factam nihil quaeritur*; hij moest alleen de vordering in eene bepaalde geldsom omzetten; *non rei judicandae sed aestimandae datur* II. 25 § 2, 26 *ad leg. Aq.* 9. 2; l. 40 § 1 *de pactis* 2. 14; dit was dan eene *actio confessoria*, waarvan v. S. deze *formula* aangeeft: *Quod N.N. in jure confessus est, fundum Cornelianum A^o. A^o. se dare oportere, quanti is fundus est, eum condemna.* (1) De betalingstermijn voor den *confessus* van eene bepaalde geldsom was dezelfde als voor den *judicatus* l. 6 § 6 h. t.; l. 31 *de R. J.*; l. 21 *de jud.* 5 1; P. S. v. 5 a § 2. Uit deze werking der *confessio* blijkt dus, dat voor haar de regel gold: *confessio pro veritate accipitur*; zij is „Fiction der Wahrheit“, „formelle Wahrheit.“

De historische ontwikkeling stelt v. S. zich aldus voor (2): de regel van de *lex XII tab.*: *aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunt* (GELLIUS *N. A.* XX 10), legde den grond tot de gelijkstelling van vonnis en bekentenis; hij zag op de bekentenis van eene bepaalde geldschuld, het voornameste geval. De praetor breidde dit uit tot de vier gevallen, waar de regel gold: *lis infitiando crescit in duplum*; voor de

(1) bl. 10.

(2) bl. 12 vlg.

actio iudicati, de *actio depensi* en het legaat van geld was dit niets nieuws, daar dit geldschulden waren, maar voor het legaat van andere zaken en voor de *actio ex lege Aquilia* was het werkelijk eene uitbreiding. Voor andere gevallen ontbraken bepalingen en had dus de *confessio in iure* alleen in zooverre beteekenis, als de rechter er bij zijn vonnis op zou letten. Eerst eene *oratio divi Marci* bepaalde, dat bij alle vorderingen de *confessio in iure* dezelfde kracht zou hebben als een vonnis, hetgeen men moet beperken tot die vorderingen, waarover partijen de vrije beschikking hadden c. 24, 39 *de lib causa* 7.16. Na de invoering van het libelproces had iedere *confessio* de kracht van de vroegere *confessio in iure*, was echter geen surrogaat meer, maar alleen basis voor een vonnis; de rechter was er aan gebonden. In 't formulierproces had de behandelde bekentenis steeds betrekking op de geheele rechtsverhouding, niet op enkele daadzaken; alleen bij de *actio ex lege Aquilia* was dit anders; daar liep ze over de subjectieve aansprakelijkheid l. 23 § 11 *ad leg. Aq.*, dus over eene feitelijke omstandigheid; hierop werd eene *actio confessoria* gebaseerd, eene actie, wier naam ook alleen hier voorkwam, maar die op elke *confessio in iure* kon volgen.

Wat de herroepelijkheid betreft, neemt v. S. aan, dat, daar de bekentenis niet alleen bewijsmiddel, maar ook bindende rechtshandeling is, eene handeling van den praetor, eene *restitutio in integrum* noodig was om deze hare kracht te ontnemen(1). Deze *restitutio* werd verleend in geval van dwaling n. l. *error in facto* l. 2 h. t.; 't mocht geene *lata culpa* zijn l. 11 § 11 *de interr.* 11.1. Dit vloeit voort uit de overweging, dat beide om verschillende redenen kunnen plaats vinden, niet alleen om de waarheid te getuigen, maar evenzeer b. v. om eene schenking te doen; daarom was enkel bewijs van de onjuisheid van het erkende niet voldoende, maar moest ook bewijs geleverd worden, dat men in dwaling had

(1) bl. 20 vlg.

verkeerd. Voor den praetor kon men echter zijne verklaring terugnemen zonder eenig bewijs; eerst *de litis contestatio* maakte ze onherroepelijk, l. § 11 en 12 *de interr.*, l. 26 § 5 *de nov. act.* 9. 4.

Volstrekt onherroepelijk, ook in geval van dwaling, was echter de bekentenis in de gevallen der *actio iudicati* enz., daar zij hier alleen diende tot dading, ten einde de straf van de *condemnatio in duplum* te ontgaan. Van belang was dit alleen voor de *actio ex lege Aquilia* en 't legaat van andere zaken dan geld, daar de andere gevallen voor den praetor geheel afliepen. Alleen bewijs, dat het feit in 't geheel niet had plaats gehad kon bij 't *damnum* de bekentenis krachteloos maken en evenzoo bij 't legaat l. 3 h. t.

VON BETHMANN—HOLLWEG behandelt de bekentenis in: der Civilprozess des gemeinen Rechts I bl. 116 vlg., II bl. 539 vlg., III bl. 254 vlg.

Ook hij verstaat onder bekentenis, dat de verweerder „Alles einräumt, was zur Begründung der Klage behauptet wird“. Hierdoor wordt in het algemeen onderzoek en beslissing overbodig; men dient alleen den eischer door het toestaan van executie zijn recht te verschaffen. Dit is het *confessus pro iudicato habetur*; hij is niet *iudicatus*, maar in sommige opzichten staat hij met hem gelijk n. l. hij moet voldoen, zonder dat echter de strijd over het betwist recht voor goed is uitgesloten, zooals bij een vonnis.

In het legisactieproces was de bekentenis een deel der legisactie, bij zakelijke vorderingen misschien door *addictio* van den praetor bevestigd GAIUS I. II § 24. Daarop volgde executie; waar geene geldschuld bestond eerst een *arbitrium liti aestimandae*.

In het formulierproces is de bekentenis eene vormlooze verklaring voor den praetor, die herroepelijk blijft, totdat ze is gevolgd door *litis contestatio* en opname in de *formula* of door executie. Het eerste had plaats bij de *actio ex lege Aquilia* en het *damnatielegaat* van eene *res certa*; hier werd de be-

kentenis de grond voor eene *actio confessoria*; bij de andere gevallen, *ubi lis infitiando etc.*, waar geen *judicium* tot vaststelling eener geldsom noodig was, kon men tot de executie de bekentenis nog herroepen en het *judicium in duplum* aanvaarden. Evenzoo stond het bij alle andere vorderingen vrij met herroeping der bekentenis de actie nog op te nemen en eerst, wanneer dit niet gedaan werd noch voldaan, volgde executie. Het voornaamste bewijs hiervan ligt volgens v. B.-H. in c. XXI v. 7 der *lex Rubria*, waar hij het *aut se sponsione judicioque utri(ve) oportebit non defendit* niet als een bijzonder geval beschouwt, maar laat slaan op den *confessus*, van wien in v. 6 sprake is en waaruit dan dus blijkt, dat deze zich nog altijd tot het *judicium* kan aanmelden. Eene *oratio Divi Marci* heeft dit veranderd; de regel *confessus pro judicato habetur* werd algemeen en heeft nu deze beteekenis, dat bij geldschulden de bekentenis terstond onherroepelijk is en tot executie leidt; in andere gevallen wordt, wanneer de schuldenaar zelf niet wil *certum confiteri*, de bekentenis in eene *formula* opgenomen, die den rechter met de waardeering belast en daardoor onherroepelijk. Bovendien had door de invoering der executie met *pignoris capio* de praetor het in zijne macht door deze terstond toe te laten elke bekentenis dadelijk onherroepelijk te maken. Wegens dwaling was op algemeene gronden nog *restitutio* mogelijk.

Bij erkenning van enkele daadzaken was alles aan 't oordeel van den rechter overgelaten.

Voor 't Justinianëische recht neemt v. B.-H. aan, dat door volledige bekentenis de *litis contestatio* werd uitgesloten; dit blijkt reeds daaruit, dat de plaatsen over de bijzondere kracht der bekentenis in de Pandekten zijn opgenomen; bij eene bepaalde geldsom of andere bepaalde zaak volgde dan terstond executie, in andere gevallen eerst nog een geding tot vaststelling eener bepaalde som.

Over de bekentenis van enkele daadzaken uit zich v. B.-H. niet en men zal dus moeten aannemen, dat hij hiervoor

geene afwijking van het formulierproces in 't libelproces ziet.

Wij kunnen nu tot DEMELIUS' verhandeling overgaan, maar vooraf zij er nog op gewezen, in hoeverre de behandeling van de bekentenis in het Romeinsche recht ook voor het hedendaagsche recht van belang is. DEMELIUS zelf begint zijn boek met te wijzen op een verschil tusschen de bepalingen over de bekentenis in de Deutsche Civilprozessordnung en het toenmalige Oostenrijksche ontwerp.

De eerste handelt in §§ 261—263 over het „gerichtliche Geständniss“ en verstaat daaronder elke erkenning van feiten omverschillig of zij alle of een deel der beweerde feiten omvat. Daarnaast spreekt zij in § 278 over het „gerichtliche Anerkenntniss“ als geheele of gedeeltelijke erkenning van de gedane vordering; is deze aanwezig, dan moet de rechter op de vordering van den eischer terstond veroordeelen. Wat het Geständniss betreft, bepaalt § 261, dat de erkende daadzaken geen bewijs behoeven en § 263, dat de herroeping alleen kracht heeft, wanneer hij, die bekend heeft, bewijst, dat, hetgeen hij bekend heeft, onwaar is en zijne bekentenis een gevolg was van dwaling. Deze laatste bepaling nu keurt DEMELIUS zeer af en hij geeft verre de voorkeur aan § 294 van het Oostenrijksche ontwerp, volgens welke de rechter te beoordeelen heeft in hoeverre eene plaats gehad hebbende bekentenis krachteloos wordt gemaakt door eene latere herroeping.

De afkeuring van DEMELIUS berust op zijne meening, dat de bekentenis door een der partijen gedaan, niet bevat eene bindende verklaring tegenover de tegenpartij, waarbij zij deze uitdrukkelijk ontslaat van het bewijs dier feiten; was zij dit dan zou zij na aanneming door de tegenpartij onherroepelijk moeten zijn; evenals andere wilsverklaringen zou zij alleen herroepen mogen worden om redenen, die de vrijheid der wilsuiting hadden verhinderd (1). Zij is volgens hem alleen eene

(1) Bl. 8 en passim.

verklaring aan den rechter tot beperking van de feiten, waarover zijn onderzoek moet loopen; krachtens zijne lijdelijkheid is hij verplicht aan deze verklaring gevolg te geven, hij moet voor zijne uitspraak deze feiten als bewezen beschouwen; wordt echter de bekentenis herroepen, dan worden die feiten weer binnen den kring van zijn onderzoek gebracht; welke beteekenis hij dan aan de plaats gehad hebbende bekentenis wil hechten, moet aan zijn oordeel worden overgelaten. Dat men door eene verklaring tegenover den rechter zich verbindt, is natuurlijk niet aantenemen; als de wet deze gebondenheid aannam, zou dit op gronden van doelmatigheid moeten berusten. Men zou toch kunnen beweren, dat wanneer herroeping der bekentenis steeds mogelijk is, de loop van het proces zeer vertraagd kan worden, terwijl bovendien de taak van den rechter om tot eene beslissing omtrent de zaak te komen zeer verzwaaard wordt. Wat dit laatste betreft, men mag het toch zeker niet als de taak van den wetgever beschouwen den rechter dit gemakkelijk te maken ten koste van de waarheid en dus van de rechten der partijen; ook de herroepen bekentenis houdt voor hem hare beteekenis n. l. als bewijsmiddel. Wat de vertraging van het proces betreft, ook dit bewaart weegt natuurlijk niet op tegen het voordeel, dat in vele gevallen de juiste toedracht, waarvan partijen de beslissing afhankelijk wenschen te stellen, beter aan het licht komt, terwijl bovendien in de betaling der veroorzaakte meerdere proceskosten eene straf kan liggen voor hem, die hierin lichtvaardig heeft gehandeld. Ook in den procesvorm kan eene reden liggen, dat de bekeutenis onherroepelijk moet zijn n. l. wanneer het proces bestaat uit verschillende geheel afgesloten deelen; dan kan ook in eene volgende phase zoo maar niet ongedaan worden gemaakt, wat in eene vorige is gebeurd.

Tegenover DEMELIUS staan zij die in de bekentenis eene jegens de tegenpartij afgelegde bindende wilsverklaring zien met de bovengenoemde gevolgen.

Voor ons recht is de sedes materie hiervoor art. 1963 B. W.,
Themis, LIIste Deel, 3de stuk [1891.]

overgenomen uit art. 1356 C. C. Dit is het eenige artikel, dat ons eene aanwijzing geeft omtrent de opvatting van de bekentenis door onzen wetgever. En dit artikel nu is alleen bestaanbaar met de opvatting, dat de bekentenis bindt tegenover de tegenpartij. Mr. DIEPHUIS, die dit bestrijdt, komt toch tot de redeneering: „het bewijsmiddel, dat de tegenpartij in haar heeft verkregen, kan deze niet meer worden ontnomen.” (1) Wel zegt hij terstond daarop, dat de bekentenis geene bron eener verbintenis is, maar enkel bewijsmiddel; ik vraag dan echter: waaraan ontleent de tegenpartij dan dat recht? Had de wetgever de bekentenis als bewijsmiddel beschouwd of als beperking van den rechter, dan zou hare herroeping steeds moeten vrijstaan, wel niet met het effect, dat Mr. DIEPHUIS wil, dat zij als niet afgelegd werd beschouwd, maar met de kracht, die de rechter aan eene herroepen bekentenis meent te moeten toekennen. Mr. DIEPHUIS ziet eene volkomen harmonie tusschen onze wetsbepalingen en den waren aard der bekentenis n. l. als bewijsmiddel. Hij neemt daarom ook aan, dat bewijs van de onwaarheid van het bekende volgens onze wet steeds geoorloofd is. Dat zal m. i. alleen dan geoorloofd zijn, wanneer men het met goede regelen van wetsinterpretatie bestaanbaar acht, dat waar de wetenschappelijke opvatting van den wetgever omtrent eene rechtsinstelling uit een enkele toepassing blijkt, men deze opvatting niet in andere consequenties toepast, wanneer men haar onjuist acht. M. i. kan dit zeer geoorloofd zijn. Voor de buitengerechtelijke bekentenis beschouwt Mr. DIEPHUIS het dan ook als een gevolg van haar karakter als bewijsmiddel, dat aan hare herroeping de rechter de kracht kan toekennen, die hij wenschelijk acht; dit is hier volgens hem anders dan bij de gerechtelijke, omdat de rechter ook in de waardeering der bekentenis zelf vrij is. Toch zou men ook hier even goed kunnen zeggen: dat bewijsmiddel mag

(1) N. B. R. III bl. 115,

aan de tegenpartij niet worden ontnomen en de rechter mag op de herroeping niet letten. De aard van bewijsmiddel eischt voor beide mogelijkheid van herroeping en evenzoo, wanneer men de gerechtelijke bekentenis beschouwt als eene beperking voor den rechter van de feiten, aan zijn onderzoek onderworpen. Mr. OPZOOMER ziet ook in art. 1963 geen bezwaar tegen het karakter der bekentenis als bewijsmiddel, zonder echter de eigenlijke bezwaren te wederleggen (1). Mr. D'YVOY beschouwt de genoemde beperking van den rechter als de opvatting van onzen wetgever, maar geheel alleen op gronden, ontleend aan het karakter, dat volgens hem aan de bekentenis toekomt. Hij erkent, dat art. 1963 voor de opvatting der bindende wilsbepaling pleit (2); maar dit is het eenige artikel, dat ons eenige aanwijzing omtrent de meening van den wetgever geeft. Als eenig argument tegen Mr. OPZOOMER, dat de bekentenis geen bewijsmiddel is volgens onze wet wijst hij er op, dat bewijs van de onwaarheid van het bekende geen kracht heeft (3). Wij zagen, dat onze wet hierover zwijgt en dit eene open vraag is; in elk geval zou dit ook tegen zijne opvatting pleiten. Als eenig argument, dat zij ook volgens haar aard geen bewijsmiddel is, wijst hij er op, dat ze onherroepelijk moet zijn (4). Integendeel, de bekentenis moet herroepelijk zijn; dit eischt niet alleen de opvatting als bewijsmiddel, maar ook die als beperking van den rechter.

VON SAVIGNY zegt aan het slot van zijne beschouwingen: *„Ich nehme an, dass die meisten und wichtigsten Aussprüche des römischen Rechts in dieser Lehre gar nicht als positive Vorschriften, sondern vielmehr als die natürliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts anzusehen sind, allerdings mit einigen, nicht erheblichen rein positiven Beimischungen, die für uns*

(1) B. W. III bl.

(2) diss. bl. 30.

(3) bl. 69.

(4) bl. 57.

nicht mehr anwendbar sind" (1). Is men het hierin met hem eens, dan ligt het voor de hand, dat het ook voor onze opvatting van de bekentenis van belang is te weten, hoe de Romeinen haar hebben beschouwd. Met onze bekentenis komt overeen de Romeinsche *confessio in judicio*; de Duitse *Anerkennniss*, die ons recht niet kent (2), is wat haar inhoud betreft, de Romeinsche *confessio in jure*. De eerste nu had in alle drie vormen van het Romeinsche proces plaats in een gedeelte van het proces, dat op zich zelf één geheel vormde, gelijk nu met ons geheele proces het geval is; uit den vorm van 't proces kunnen dus geen verschilpunten voortspruiten, terwijl redenen van doelmatigheid bij de Romeinen wel even zwaar zullen gewogen hebben, als zij bij ons behooren te doen. Op het karakter dier bekentenis komt het dus aan; alleen hierop kan de behandeling door de Romeinen gebazeerd zijn en hunne opvatting hieromtrent leeren wij dus uit deze kennen. Hiertoe is het echter noodzakelijk elke *confessio*, ook die *in jure*, ook die op *interrogatio in jure* na te gaan en dit doet DEMELIUS achtereenvolgens in de drie vormen van het Romeinsche proces.

KARLOWA drukt het karakter van het legislatieproces aldus uit: „wer *lege agit*, verlangt nicht, dass die Obrigkeit ihm ein Rechtsverfolgungsmittel gewähre, er verfolgt vielmehr das ihm angeblich zustehende Recht unmittelbar auf Grund der Lex, welche dasselbe sanctionirt" (3). Wanneer DEMELIUS het aanduidt als „legale Rechtsdurchsetzung“, dan drukt hij hiermede wel hetzelfde uit. De eischer handhaaft langs wettelijken weg maar feitelijk zijn recht; een rechtsstrijd ontstaat eerst, wanneer de tegenpartij zich daartegen verzet; *legisactio* en rechtsstrijd zijn dus volstrekt niet identiek. Een bewijs hiervoor ligt

(1) bl. 40.

(2) Al zouden de algemeene bewoordingen van art. 1962 B.-W. deze toelaten, uit art. 59 B. R. blijkt, dat geene erkenning van recht gevolg kan hebben zonder erkenning der daadzaken.

(3) Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen bl. 2.

in die legisacties, bij welke aan eene eenzijdige handeling reeds die naam gegeven werd, zooals de *pignoris capio*, de *operis novi nuntiatio* (1), de *actio damni infecti*. Dit is in strijd met de meening van VON JHERING, volgens welke zoowel de *manus injectio* als de *pignoris capio* eerst *legisactiones* werden, wanneer een *manum depellere* plaats vond of een verzet tegen de pandneming, dus wanneer er een rechtsstrijd ontstond (2). Nu heeft DEMELIUS zeker de woorden van GAJUS voor zich, waar deze in I. IV § 11 den naam *legisactio* verklaart; eveneens waar deze voor de *pignoris capio* op de *certa verba* wijst § 29, terwijl onder de door hem genoemde argumenten voor een andere meening niet de afwezigheid van rechtsstrijd voorkomt. Is de meening van VON JHERING de juiste, dan hebben zoowel GAJUS als zijne tijdgenooten hierin gedwaald.

Een argument voor zijne meening, dat reeds de handhaving van het recht door den eventueelen eischer *legis actio* werd genoemd, ziet DEMELIUS nog in GAJUS II § 24, waar aan de *in jure cessio* die naam wordt gegeven. Wij kunnen hier bijvoegen *Vat. Fr.* § 49. Hiertegen verzet zich echter KRÜGER, die er op wijst, dat het volstrekt niet vaststaat, dat de *in jure cessio* steeds *legis actio* is genoemd en of dit niet eerst tijdens 't formulierproces is geschied, terwijl vóór dien tijd niettegenstaande de overeenkomst in vorm met het proces de *in jure cessio* eene zelfstandige rechtsinstelling was, die evenzeer van het proces verschilde als tegenwoordig rechtshandelingen, die onder rechterlijke medewerking plaats vinden (3). Hij wijst er op, hoe de *in jure cessio* voor een zeer beperkten kring van rechtshandelingen werd gebruikt, terwijl wanneer ze als toe-

(1) Dat deze ook reeds in het legisactieproces voorkwam wordt verdedigd door KARLOWA bl. 105 vlg. die deze formule vermoedt: *ne quid operis fiat invito me, in hunc locum nuntio*.

(2) Geist enz. I bl. 152 vlg., met wien SOHM: Institutionen bl. 141, 142 volkomen instemt; anders KARLOWA bl. 150 vlg., 201 vlg.

(3) Viertelj. schr. bl. 415.

passing der *confessio*, dus als proces had gegolden, ze zeker ook op nauw verwante handelingen als *adoptio*, *emancipatio* zou zijn toegepast. Om deze bestrijding te waardeeren moeten wij nagaan, hoe DEMELIUS zelf de *in jure cessio* beschouwt (1). Hij is het n.l. niet eens met VON JHERING, die haar als een schijnproces opvat (2). Uit den aard der schijnhandelingen, zooals VON JHERING dien aanneemt, volgt dan, dat de *in jure cessio* in vorm geheel en al met het proces moest overeenkomen; niet de minste afwijking was geoorloofd. „Zunächst verstand es sich wohl von selbst, dass das Geschäft sich nicht als Scheingeschäft bezeichnen durfte“, zegt hij (3). Dat die schijnhandeling andere gevolgen had dan de wezenlijke handeling mocht niet blijken uit den vorm, alleen uit eene bijzondere afspraak. Wat die gevolgen betreft, deze konden nooit andere zijn, dan van de wezenlijke handeling, wel minder, niet meer (4). Nu wijst DEMELIUS er op, hoe de *in jure cessio* meer kracht had dan een proces kon hebben; een proces werkt alleen tusschen partijen, de *in jure cessio* moet ook tegenover derden werken. Hij ziet er daarom evenals KRÜGER noch schijnproces noch werkelijk proces in; men koos den vorm van 't proces, omdat men gebruik wilde maken van de handelingen, die plaats vonden bij de bekentenis n.l. het *apprehendere* en het *cedere*, aan welke men echter eene andere beteekenis gaf, dan zij in het proces hadden. Beteekenden zij daar niets anders dan het feitelijk handhaven van zijn recht en het zich niet daartegen verzetten door de tegenpartij, hier kregen zij de beteekenis van rechts-overdracht, uitdrukkelijk blijkende uit den verklaarden wil der partijen, dien de praetor door eene *addictio* sanctioneerde. Ook uit den vorm bleek deze wil hetzij dan uit het niet bezigen der *festuca* of uit het bezigen eener kortere formule GAIUS II

(1) bl. 98 vlg.

(2) Geist II 2 § 46.

(3) bl. 530.

(4) III § 58.

34, IV 16. Het waren twee geheel zelfstandige handelingen, die den wil van partijen moesten verwezenlijken, zoodat zij ieder op zich zelf gevolg hadden, de eene gevolg kon hebben ook al had de andere dit niet. Vandaar dat de *in jure cessio* dikwijls voor den cedent een recht deed verloren gaan zonder dat de ander dit verkreeg (1); ook dit zou bij eene *confessio* niet kunnen, daar deze toch in de eerste plaats gericht is op de erkenning van het recht, resp. het verkrijgen. Eene geheel andere meening wordt verdedigd door SCHULZE (2). Volgens hem is de *in jure cessio* meer dan schijnproces, het is een werkelijk proces. De mogelijkheid tot contravindicatie bestaat, het zou dus een volkomen proces kunnen worden, daarom is 't geen schijnproces; de motieven toch, die partijen bewegen, ontnemen er het karakter van werkelijk proces niet aan. Ook de werking der *in j. e.* was geene andere dan van de *confessio*, daar deze laatste evenzeer het recht van den *confessus* op den eischer deed overgaan, terwijl bij de *in j. e.* ook de cessionaris niet meer recht verkreeg dan de cedent had. In vorm en werking hebben we hier dus een werkelijk proces. Dit is het nu echter volgens SCHULZE alleen zoolang het legisactieproces bestond; tijdens het formulierproces is het een overblijfsel van het oude proces, waar de *confessio* eene werking had, die ze in 't formulierproces niet kon hebben. Deze opvatting nu kan m. i. niet de juiste zijn. Was de *in j. e.* niets anders geweest dan een gewoon proces, dat door *confessio* in zijn loop gestuit werd, dan zou het onverklaarbaar zijn, dat, toen het legisactieproces

(1) Zoo volgens ULP. Fr. XI § 7, wanneer een *tutor cessitius* zijne voogdij weer cedeert aan een derde; volgens eod. I § 18, wanneer de medeigenaar van een slaaf door *manumissio vindicta* zijn recht prijsgeeft; volgens eod. XIX 15 gaan bij *in jure cessio* eener erfenis de schuldvorderingen te niet en komen ze dus niet aan den cessionaris. Ook de strijd tusschen POMPONIUS en GAJUS over de *in j. e.* van het vruchtgebruik door den vruchtgebruiker laat zich aldus verklaren, l. 66 de jure dot. 23, 3; GAJUS II 30.

(2) hl. 459 vlg.

verdween, het voor deze functie bleef bestaan; dit laat zich alleen verklaren door het feit, dat dit *in j. c.* reeds lang vóór dien tijd geheel iets anders was dan een proces. PAULUS brengt in *Vat. Fr.* § 50 de *in j. c.* tot de *lex XII tab.* terug; nu zou men hier aan de interpretatie der 12 taf. kunnen denken, maar dan is de uitdrukking zeer vreemd; hoogstwaarschijnlijk toch denkt PAULUS aan eene uitdrukkelijke erkenning der *mancipatio* en *in jure cessio* als wijzen van rechtsoverdracht. Dat de *confessio* in het legisactieproces de kracht van rechtsoverdracht had, blijft SCHULZE ook in gebreke te bewijzen; was dit het geval geweest dan zou men daaraan een titel van eigendom ook tegenover derden hebben ontleend; wij zouden haar dan als wijze van eigendomsverkrijging vermeld vinden, tenzij men haar met de *in j. c.* geheel kon identificeeren; dit laatste mag men niet doen om de bovengenoemde reden.

Dat de *in jure cessio* nu naar 't model van het proces is gevormd, toonen ons plaats en vorm der handeling; dat die vorm echter, ten minste in later tijd, zeer gewijzigd werd, blijkt uit GAJUS II 24; dat de *in j. c.* in effect ook zeer verschilde van de *confessio* meen ik ook als vaststaande te kunnen aannemen; dat echter de klassieke juristen en het recht de herinnering aan den oorsprong bewaarden blijkt behalve uit den naam *legisactio*, uit het op één lijn stellen van *in j. c.* en *adjudicatio* in *Vat. Fr.* § 49 en vooral hieruit, dat zij, die in een eigendomsproces niet konden optreden ook door *in j. c.* niet konden verkrijgen GAJUS II 96, *Vat. Fr.* § 51. Of in den tijd van het legisactieproces deze handeling nu ook *legis actio* werd genoemd en of zij dus een argument levert voor DEMELIUS' opvatting van de *legis actio* valt moeilijk te beslissen.

Verwant met die opvatting is ook het resultaat van SCHULZE (1). Hij zegt: »die *legis actio* is *nicht Klage*, sondern in ihrer ursprünglichen Form lediglich *Vollstreckung* des durch die *lex*

[1] (1) bl. 454.

nicht nur geschaffenen, sondern zugleich auch ausser Zweifel gestellten concreten Rechtes durch den Berechtigten selbst." Dit geldt echter alleen voor de *manus injectio* en de *pignoris capio*, volgens SCHULZE de oudste legisacties, met welke men zonder vonnis zijn recht kon handhaven. Toen bij deze den geëxecuteerde 't recht werd gegeven zich tegen de executie te verzetten ontwikkelde zich de *legis actio sacramento* en hier was het *lege agere* niet het handhaven van een recht, maar het uitspreken van een vonnis door den eischer zelf, dat door een vonnis van den verweerden kon worden gevolgd, terwijl dan de rechter moest uitmaken, wiens oordeel het juiste was *cujus sacramentum justum esset* (1).

Volgens DEMELIUS zal, wanneer de „legale Rechtsdurchsetzung" op verzet stuit, de magistraat schorsen en partijen den weg aanwijzen om tot beslissing van hun geschil te komen, terwijl na die beslissing de handhaving voor den magistraat wordt voortgezet. Dit verschil van opvatting tusschen SCHULZE en DEMELIUS heeft ook andere verschilpunten ten gevolge, maar beide opvattingen verklaren evenzeer, dat elke legisactie moet zijn gesteld *in jus* en niet *in factum* en dat de *causa*

(1) Het doel van SCHULZE's werk, waarvan tot nu toe slechts één deel verscheen, is te wijzen op den invloed, dien de bron van privaatrecht heeft op den vorm van 't proces en de beteekenis der verschillende deelen. Zoo is volgens hem tijdens 't formulierproces de praetor de eenige rechtsbron en is de formule tegelijkertijd rechtsregel en voorwaardelijk vonnis; uit dat karakter der formule als vonnis verklaart hij de noveerende kracht der *litis contestatio*. Dit past hij ook toe op 't legisactieproces; ook daar eene *litis contestatio* met dat gevolg, omdat er door beide partijen een vonnis in de zaak is geveld. Hij verklaart dit aldus bl. 453: „die altrömische lex strotzt derart von rechtszeugender Kraft, das dieselbe nicht nur Rechtsnorm und concretes Recht schafft, sondern das letztere zugleich auch ausser Zweifel stellt." Geen rechter is daartoe noodig. „Die lex selbst ist zugleich der Richter." Hoe dit laatste nu mogelijk is, is mij niet duidelijk. Ook DEMELIUS is tot het begrip daarvan niet doorgedrongen GRÜNHUT's Zsch. bl. 742 vlg.

niet in de legisactie behoeft voor te komen, twee omstandigheden, die bij de opvatting als *eisch* en *verwering* onverklaard blijven (1).

Stuit nu de rechtsuitoefening niet op tegenstand, dan bestaat er volgens DEMELIUS *confessio in jure*, dit is dus de verklaring van de tegenpartij, dat ze 't niet tot een rechtsstrijd wil laten komen, welke wil ook kan blijken uit het eenvoudig nalaten van tegenspraak. Hierdoor krijgt de eischer recht op executie en dat is *confessus pro judicato est*; 't verschil met een vonnis is echter, dat de rechtsvraag niet beslist is en 't recht dus niet tusschen partijen voor goed vaststaat.

DEMELIUS gaat dan de *confessio in jure* bij de verschillende legisacties na. Bij de *l. a. per judicis arbitrive postulationem* had volgens hem voor den praetor geene formeele bewering van een bepaald recht plaats; dit gebeurde eerst voor den judex en hier kon dan alleen eene *confessio in judicio* voorkomen (2).

De *l. a. per manus injectionem* beschouwt hij met SCHULZE tegen KARLOWA (3) als de oorspronkelijke directe executie van verbintenissen zonder proces; van *confessio* kon hier geen sprake zijn; eerst toen het *manum sibi depellere* toegestaan werd, kon

(1) Ook KARLOWA komt consequent tot dit resultaat bl. 111 en 115. Ook de *manus injectio* was *in jus* gesteld, *ob eam rem* wijst op de wettelijke verplichting GAJUS IV 21. SCHULZE bl. 49 2 neemt aan, dat *in jure* wel reeds over de *causa* werd gesproken; zoo ook waarschijnlijk KARLOWA bl. 111 n. 3; in de *l. a. per man. inj.* kwam ze zelfs in de formule voor GAJUS IV 24 en 25.

(2) KARLOWA § 5 beschouwt deze legisactie als een uitvloeisel van de *jurisdictio* van den magistraat; de zaken, die deze vroeger krachtens die *jurisdictio* aan een judex of arbiter opdroeg, werden later door de wet onder deze legisactie gebracht; voor *judicia stricti juris* werd een judex gegeven, voor andere een arbiter; hij meent nu, dat bij de eerste eene *stipulatio* en *restipulatio* voor den praetor plaats vond. Is dit juist, dan werd hier de eisch waarschijnlijk ook streng geformuleerd en was dan ook eene *confessio in jure* mogelijk; deze had zeker ook de gewone gevolgen.

(3) bl. 150 vlg.

men in het nalaten hiervan eene *confessio* zien met andere werking echter dan directe executie.

Naast deze legisactie kwam nu die *per sacramentum*; ook hier had plaats handhaving van recht onder toezicht van den magistraat, maar nu had de tegenpartij het recht zich te verdedigen. Met instemming haalt DEMELIUS de meening van HUSCHKE (1) aan, dat bij de *actio in personam* de eischer den verweerder aangreep voor den praetor. Was het recht tot tegenspraak te niet gegaan, dan ontstond weer het recht op *manus injectio*, dus zoowel door *confessio* als door *judicatum*. Dit bewijzen de bekende woorden der twaalf tafelen: *aeris confessis rebusque jure iudicatis XXX dies justi sunt. Post deinde manus injectio esto.* De *confessio*, hier bedoeld, gaat op eene bepaalde geldsom, van 't *judicatum* blijkt dat niet. Toch moet dat ook bedoeld zijn; de genoemde dertig dagen toch beginnen terstond te loopen; executie kon alleen plaats vinden van eene bepaalde geldsom, maar dan moest deze ook aanwezig zijn vóór 't begin dier dertig dagen d. i. bij 't *judicatum*; men kan zich bij die woorden, zooals GELLIUS ze mededeelt, moeilijk een *arbitrium liti aestimandae* denken tusschen 't *judicatum* en 't begin dier 30 dagen. Uit GELLIUS XX 142 vlg. blijkt ook, dat hij aan eene geldsom denkt; de 30 dagen werden gegeven *conquirendae pecuniae causa*. KARLOWA (2) nu wil de bovengenoemde woorden aldus lezen: *aeris confessi reisque aere iudicatis etc.* en denkt dus ook alleen aan eene veroordeeling in geld. Maar hij trekt daaruit de gevolgtrekking, dat ook alleen bij eene geldschuld bekentenis en veroordeeling gelijk stonden. Door de woorden der wet wordt dit zeker alleen bewezen, maar is er nu reden om voor andere gevallen iets anders aantenemen? Met DEMELIUS meen ik van niet. Wat zou er dan op de bekentenis moeten volgen? KARLOWA beantwoordt die vraag niet; men kan toch niet aan-

(1) bl. 432.

(2) bl. 154.

nemen, dat er nu eene *provocatio sacramenti* volgde *quando negas* etc. Op de *confessio* volgde evengoed als op de *sententia judicis* een *arbitrium liti aestimandae*, dan de *triginta justi dies*, ten slotte *manus injectio*. Voor de *l. a. per conductionem* neemt DEMELIUS hetzelfde aan.

Bij de *actio in rem* heeft de feitelijke rechtshandhaving plaats door het aangrijpen der zaak; alleen daardoor wordt de noodzakelijkheid verklaard van de aanwezigheid der zaak *in jure*.

Zooals BECHMANN (1) in het *manum conserere* ziet «die thatsachliche Bewährung eines vorhandenen Rechts» ziet DEMELIUS er in 't initiatief tot de executie van zijn recht; wordt daartegenover geene contravindicatie gesteld, dan wordt de executie voltooid door een *ducere vel ferre rem*. De woorden: *hunc ego hominem* enz. zijn dus niet het instellen van een eisch, maar 't feitelijk handhaven van een recht; vandaar dat ze ook in de formule der *mancipatio* voorkwamen (2) Van weerskanten heeft die handhaving plaats en door de woorden *jus feci* verzekert ieder, dat hij volgens het recht heeft gehandeld. Niet zooals men vroeger hij GAJUS las: *jus peregi*; dat zou moeten betekenen: ik heb mijn recht gehandhaafd, en dan zou de vraag kunnen rijzen, als van geen van beide kanten eigendom bewezen werd, wat dan? *Jus feci* echter kan de verweerder gerust zeggen, ook al kan hij zijn eigendom niet bewijzen; hij handelt volgens 't recht door zich als bezitter te handhaven en van zijn aanvaller bewijs van een beter recht te eischen. Daarom kon ook evengoed de bloote houder zich partij stellen; hij kon echter van 't proces afkomen door den bezitter meetebrengen en dezen de contravindicatie te laten doen.

Wat nu de *confessio* betreft, deze kan niet plaats vinden

(1) Kauf I bl 71.

(2) BECHMANN ziet in de woorden de verplichting tot vrijwaring; SCHULZE bl. 464 ziet deze daarentegen in de woorden: *isque mihi emptus esto* etc. De overeenkomst met de *inj. c.* pleit zeer voor SCHULZE, daar hier geene verplichting tot vrijwaring bestond,

voordat de eischer met de *legisactio* is begonnen; eerst, wanneer gelegenheid is gegeven tot tegenspraak, kan er sprake zijn van het recht hierop.

Wat er in de vormlooze verhandeling vóór de legisactie door den verweerden was gezegd, kon hem niet belemmeren in zijn recht om zich tegen 't *lege agere* van den eischer te verzetten.

Tegen deze redeneering verzet zich KLÜGER en men zal dezen moeten toegeven, dat het best mogelijk is, dat de Romeinen ook deze vormlooze toestemming reeds *confessio* genoemd hebben zoodat hierop ook de gewone regel toepasselijk was. Wel pleit het formeele karakter van het proces voor DEMELIUS' meening maar het zou toch niet vreemd zijn, dat wanneer terstond erkenenis van het recht van den eischer plaats vond, de praetor toestond de zaak meetenemen of bij eene geldschuld *manus injectio* toe te passen.

De aangevangen executie kon alleen geschorst worden door de tegenovergestelde handeling; tegen *manum injicere manum depellere*, tegen *agere negare*, tegen *vindicare contravindicare*. Zoo volgde zeker de vraag van den praetor, door GAJUS II 24 vermeld, *an contravindicet* steeds, wanneer niet terstond werd geantwoord. Alleen door *contravindicatio* of *negatio* in den behoorlijken vorm kon de executie geschorst worden, in alle andere gevallen ging ze door. (1) De gevolgen der *in jure confessio* moesten dus hierop volgen, het was *in jure confessio*; dit blijkt ook uit GAJUS' woorden I 134: *et illo contra non vindicante* en II 24: *quo negante aut tacente*. De *confessio* is dus niet, zooals VON BETHMANN-HOLLWEG zegt, (2) eene formeele verklaring, waaraan het zwijgen gelijk wordt gesteld, dit zwijgen zelf is ook reeds *confessio*. GAJUS' woorden gelden

(1) Eenigszins vreemd kan het schijnen, dat men dan toch nog 30 dagen met de executio moest wachten; ieder debiteur kon zich zoodoende gemakkelijk een uitstel van betaling verschaffen. Dat de Romeinen dit echter zeer billijk vonden, blijkt uit l. 21 *de jud* 5. 1.

(2) bl. 116.

alleen voor de *actio in rem*; geldt hetzelfde ook voor de *actio in personam*? Met KARLOWA (1) beantwoordt DEMELIUS deze vraag toestemmend tegenover HUSCHKE, die meent, dat daar eene passieve houding den voortgang van het proces niet stuitte. (2) Zekerheid is hierin moeilijk te verkrijgen; wel neemt HUSCHKE, zooals wij zagen, bij de persoonlijke actie een aangrijpen van den debiteur aan en zou men dan zeggen, dat, wanneer deze dat niet afweert, de executie kan worden voortgezet, maar dit kan immers toch niet, er moet nog 30 dagen gewacht worden. Daarenboven vinden wij bij VALERIUS PROBUS de literae singulares: *Q. N. A. N. N. (quando neque ais neque negas)*; HUSCHKE wil die aanvullen met de direct voorafgaande *T. S. P. (te sacramento provoco)* en al is de juistheid dezer aanvulling nu niet boven allen twiifel verheven, toch blijkt uit die woorden, dat er bij passieve houding van den debiteur nog iets volgde. DEMELIUS beroept zich nog op de *lex Rubria* c. XXI, volgens welke de *confessus* en de *non respondens* gelijk behandeld worden; dit mag men dus ook voor het direct voorafgaande legisactieproces verwachten. Wat hieruit echter tegen DEMELIUS pleit is, dat onder het *confitere* het *respondere* niet begrepen was, al gaf dan ook de vorm van 't formulierproces meer aanleiding tussehen beide te onderscheiden. Ook pleit tegen DEMELIUS het woord *confiteri* zelf, dat oorspronkelijk wees op eene positieve handeling. (3) Hij wijst er echter op, dat wanneer deze een vereischte was geweest, men er zeker ook eene bepaalde formule voor zou hebben gehad.

In twee opzichten nu stond volgens de gewone meening de *confessio* aan 't *judicatum* gelijk nl. in de mogelijkheid van executie en in het voor goed vaststaan van de behandelde

(1) bl 112.

(2) *Multa* bl. 435.

(3) De oudste plaats, die GEORGES: *Lat.-D. Handw.* b. aanhaalt, is van CICERO: *tacendo loqui, non infitiando confiteri videbantur*, welke plaats nog weinig bewijst.

rechtsverhouding tusschen partijen. 't Eerste nu volgt uit den aard der zaak, hoe men de legisactie ook opvatte. Wat 't tweede betreft, beschouwt men de legisactie als eisch, verzoek om vonnis en 't antwoord als verklaring omtrent de feitelijke gegrondheid van den eisch, dan kan men aannemen, dat bekentenis evengoed als vonnis het recht buiten twijfel stelt. Ziet men echter er met DEMELIUS alleen eene feitelijke handhaving van recht in en in 't antwoord alleen een verzet ten einde een rechtsstrijd te beginnen, dan brengt het uitblijven dier afwering niet eene erkenning van het recht mee; om verschillende redenen kan men van dat verzet afzien bv. omdat men op 't oogenblik geen kans ziet tegenbewijs te leveren of eene sacramentssom te storten.

De executie gaat door, maar dat het recht nu voor goed vaststaat volgt noch uit de bekende bronnen noch uit den aard der zaak. Bij den regel *confessus pro judicato est*, blijft het toch steeds de vraag: in hoeverre? De *in jure cessio* kan, zooals we vroeger zagen, hiervoor geen bewijs verschaffen. De actie gaat te niet door de *litis contestatio*; GAJUS IV 108 wordt hiertegen aangevoerd, maar 't is juist de vraag, wat *agere* daar beteekent; 't waarschijnlijkst is, dat dit ziet op de geheele behandeling voor den praetor; maar dan kan ook het terugkomen op het recht na de *confessio* niet verhinderd worden door den regel: *ne bis de eadem re sit actio*. Ook de rechtszekerheid kan die kracht der bekentenis niet eischen noch de overweging, dat wat bekend is, waarschijnlijk ook waar is; er zou daarenboven bij *confessio* niet hetzelfde vaststaan als bij *judicatum*, daar uit de eerste niet blijkt uit welken grond men iets schuldig is bij persoonlijke acties. De *addictio* door den praetor kan die formeele waarheid ook niet veroorzaken, daar deze alleen een verlot bevat de zaak onder zijne bescherming mee te nemen. KRÜGER vereenigt zich volkomen met deze beschouwingen. SCHULZE is het er echter in geen deele mede eens (1).

(1) bl. 477 vlg.

Hij meent, dat aldus het einddoel van alle rechtspraak, de definitieve vaststelling van het recht, niet bereikt wordt; de eischer mocht niet door bekentenis van den verweerder dat recht op vaststelling verliezen. Bestaat dat recht op vaststelling echter in 't Romeinsche recht? DEMELIUS ontkent dit. Verder zegt SCHULZE, dat er aan de zaak nooit een einde zou komen; de *confessus* zou bij executie *manum a se depellere, confiteri* etc. Dit is natuurlijk niet de bedoeling van DEMELIUS; de executie loopt op dezelfde wijze af, als bij den *judicatus*; maar daarna kan hij, die voldaan heeft, door 't instellen eener nieuwe actie de zaak weer voor den rechter brengen. SCHULZE moet met zijne opvatting van de legisactie als partijvonnis aannemen, dat zoodra de eischer het *ajo mihi* etc. heeft gezegd ook als er niets meer volgt, het recht vaststaat; in 't formulierproces, waar dit *non defendere* zou zijn, staat 't tegenovergestelde vast. Dat bij de *confessio de causa obligandi* niet bleek, betwist SCHULZE ook en dit m. i. terecht; deze toch bleek, ten minste kon blijken uit hetgeen aan de legisactie voorafging.

(Wordt vervolgd.)

Is door Keizer NERVA de Jodenbelasting opgeheven?
door Mr. S. SUTRO te Utrecht.

SUETONIUS zegt in het leven van DOMITIANUS c. 12: „praeter ceteros Judaicus fiscus acerbissime actus est; ad quem deferebantur qui *vel* ut professi Iudaicam viverent vitam *vel* dissimulata origine imposita genti tributa non perpendissent.”

XIPHILINUS in VESPASIANO gewaagt van dit tributum ἀπὲς ἐκείνου διδραχμῶν ἐτάχθη τοῖς τὰ πάτρια ἀντῶν ἔτη περιτέλλουσι τῷ καπιτωλίῳ Διὶ καὶ ἔτος ἀποφέρειν. (1)

Er bestaat een gedenkpenning, die ons op de eene kant toont het beeld van NERVA met het omschrift Imp. Nerva Caes. Aug. P. M. Tr. P. Con III P.P., op de andere een palmboom (het beeld van Judaea) tusschen S. C. en het omschrift Fisci Judaici calumnia sublata, (2) bevat.

(1) „Toen (na de verstering van Jerusalem) bepaalde hij, dat zij, die hunne voorvaderlijke gebruiken willen behouden, een didrachme jaarlijks aan Jupiter Capitolinus zullen betalen.”

APPIANUS in *Syriacis* spreekt van φόρον τῶν σωμάτων. Dat JUVENALIS Satyr. 3. 14 Heic, ubi nocturnae Numa constituebat amicae Nunc sacrificantis nemus et delubra locantur Judaeis, quorum cophinus foenumque supellex, Omnis enim populo mercedem pendere iussa est Arbor et eiectis mendicat silva Camoenis, eene belasting der Joden — die door CLAUDIUS uit Rome verdreven waren — te kennen geeft is niet waarschijnlijk, hij spreekt van merces, huurpenningen. Het is waar, de *delubra*, tempels kunnen, als res sacrae, niet verhuurd worden, en daarom was niet aan pensio te denken, toch daaruit volgt nog niet dat hier merces beteekent tributum of vectigal, want de boomen en de ruimte onder deze waren verhuurd.

(2) Spanhemius de usu numismatum p. 326 herinnert: communem illam cum Dactulis nempe s. vulgaribus palmulis signant vulgo nummum Vespasiani ac Titi cum *Judaeae captae* epigraphe, maar op deze Palmam cernis Jndaeae symbolum, et quidem ferentem fructus,

Wat beteekenen deze woorden?

Bij BARONIUS lezen wij: *sustulit* et Nerva Imperator gravissima illa tributa quibus Iudaicus populus sub Diocletiano pressus erat, met beroep op dezen gedenkpenning. (1)

Hetzelfde gevoelen vinden wij bij H. GROTIUS in de aantekeningen op Matthaeus XVII: 24 „neque dubium, quin de didrachma hoc Vespasiano agat Martialis VII], 55 cum τὴν τῶν Ἰουδαίων περιτομὴν obscoenius eloquens, damnatam ait tributo. Et haec est, ni fallor *calumnia fisci Judaici sublata* postea ut nummi veteres testantur, nullum enim aliud onus impositum peculiariter τοῖς Ἰουδαίξουσι legimus (2).

Het gevoelen, dat de belasting bestaan is gebleven, heeft meer voorstanders, men zou het de communis opinio kunnen noemen.

MARQUARDUS FREHER zegt (3); Nerva vexationem calumniosam sustulit, et ne liceret amplius Majestatis aut Judaismi deferre quemquam edicto praecepit, Dione auctore. Niet geheel hetzelfde zegt SAMUEL PETIT, die meent de calumnia sublata was te verstaan van hetgeen Dio Cassius de Nerva scribit: neque contemptionis Deorum, neque Judaici ritus crimine, aliquos in posterum accusari concessit. (4)

BASNAGE (5) zegt eerst: Nerva déchargea les Juifs des Impôts cum magnitudine tum figura ab aliis diversos, het is alsof hij meende, dat de teekenaar te kennen geven wil, dat Iudaea eene betere toekomst te wachten had.

(1) Annalium ad A. Ch. 98 n. 12, aangehaald in PETRI ZORNI historia fisci Judaici c. 6 Altona et Flensburg 1734, herdrukt in Thesaurus rerum sacrarum auctore BLASIO UGOLINO T. 26. Venetiis 1763.

(2) Aangehaald in hetzelfde werk t. a. p.

(3) De numismate census. t. a. p. οὐτ' ἀσβελαρ οὐτ' Ἰουδαικοῦ βιοῦ zal eene vervolging in het vervolg kunnen plaats hebben, zegt Dio Cassius. In ἀσβελα ziet Freher een crimen majestatis, in zoover die heidenen, die het Christendom omhelsden, ook de Godheid des Hoogzalligen keizers, tot welke Diocletianus zich reeds telde, ontkenen. Suet. c. 13

(4) Variarum lectionum c. 18, mede aangehaald bij Zorn t. a. p.

(5) Histoire des Juifs livre VI ch. 8 § 4 (p. 1097) Rotterdam 1707.

dont Domitien les avait accablez, met beroep op onzen gedenkpenning, maar laat er op volgen, dat (daar die belasting ten tijde van Origenes, volgens diens getuigenis nog bestond) deze slechts te kennen geeft qu'on abolit la calomnie, c'est-à-dire, qu'on cessa de condamner les Juifs à des grosses amendes sous de faux prétextes comme on avait fait sous Domitien. (1)

ZORNIUS is het met de schrijvers eens, die het voortbestaan der belasting aannemen, wegens de plaats bij Origenes, en een gezegde van Tertullianus — en beroept zich verder op Sextus Aurelius Victor *viste* (Nerva) *quidquid antea poenae nomine tributis accesserat, indulsit* „dus was de Jodenbelasting niet opgeheven, alleen het bedreigde duplum of quadruplum bij vertraging, zal niet meer verschuldigd zijn” toch kan die verzachting andere, niet opgehevene belastingen betreffen, b.v. die der *vicesima hereditatum* (van welke PLINIUS Panegy. c. 37 spreekt) wanneer de woorden geene algemeene betekenis hebben.

JOST (2) neemt het gevoelen van ZORN aan, GRÄTZ (3) zegt: „die Judensteuer wurde *wenn nicht ganz aufgehoben*, doch nur mit Milde und Nachsicht eingezogen.”

M. i. is die belasting door NERVA opgeheven, want wat zal het beteekenen dat denuntiatiën wegens de ontduiking dier belasting niet meer worden aangenomen, zooals GRÄZ meent (evenzoo MARQUARD FREHER) — en zoo de belasting voor de eerlijke lieden blijft voortbestaan. Dit heet den keizer NERVA *calumniari*; waarschijnlijk vond hij de *Fisci judaici calumnia* in diens bestaan, waarom zullen Joden en Christenen eene

(1) De *lex Remmia* bepaalde dat op het voorhoofd van een *calumniator* een *K* ingebrand werd; verder werd de *calumnia* gekeerd door het *S. Turpillianum*, *calumniae iudicium* en het *contrarium iudicium* *Gaini* 4.178, dat NERVA iets tegen de *calumniatores* bepaald heeft, blijkt niet.

(2) *Geschichte der Israëlitzen* II Anhang 80.

(3) *Geschichte der Juden* 4 S. 136.

belasting betalen omdat zij eenen onzichtbaren God aanbidden? Maar aangenomen dat slechts de vervolging is opgeheven tegen hen, die ut professi (inprofessi) zonder schroom iudaicam vitam viverent alsof zij zich gemeld hadden en tegen hen die hunne afkomst verzaakten, dan is toch het gevolg dat die belasting vervallen moest; de kinderen der professi deden waarschijnlijk de aangifte niet, daar het verzuim niet strafbaar was, dewijl wegens Ἰουδαϊκῶν βιωῶ geene vervolging werd toegelaten en zij van den omslag die met iedere belasting verbonden is, bevrijd bleven.

Het voortbestaan (of de wederinvoering?) dezer belasting zal uit twee plaatsen van TERTULLIANUS blijken.

In Apologeticum c. 18, f. spreekt hij van de Septuaginta «ita in Graecum stylum exaperto monumenta reliquit (Ptolemaeus Philadelphus). Hodie apud Serapeum Ptolemaei bibliothecae cum ipsis hebraicis literis exhibentur. Sed et Judaei palam lecticant, *vectigalis libertas vulgo aditur sabbatis omnibus*.

VITRINCA (2) meent, *vectigalis libertas* geeft te kennen, dat de vergunning, de heilige schriften in het openbaar te mogen voorlezen, ten tijde van TERTULLIANUS pecunia redemptam fuisse, zoodat *vectigalis libertas* beteekent de door het vectigal verkregene libertas.

OELSNER (2) teekent op die woorden aan: bene possumus dicere libertatem *vectigalis*, h. e. libertatem *vectigali redemptam* *adire*, pro libertate *vectigalis* uti.

De woorden *vectigalis libertas* kunnen echter ook eene andere beteekenis hebben, t. w. van een vrij vectigal wordt iederen sabbath *gebruik* gemaakt (of *bijgevoegd* volgens de bij OELSNER aangehaalde lezing *additur*). TERTULLIANUS wijst ons den weg: Apologeticum c. 39: modicum unusquisque stipem menstrua

(1) De Synagoge vetere p. 956, 970.

(2) In zijne uitgave van het Apologeticum Halae Saxon. 1839 p. 105.

die, vel cum velit, et si modo possit, apponit, nam nemo compellitur, sed sponte confert, dit geld wordt niet verbrast, sed egenis alendis humanisque etc. besteed.

Nu wordt nog in de Synagoge, bij de voorlezing uit den Pentateuch, door den bij deze geroepene, eene som of sommetje geofferd, voor die weldadige doeleinden. De zorg voor het begraven bij de Joden blijkt vooral uit het boek Tobias

Bij de begrafeniscollegiën der tenuiores was het vergund eens in de maand te vergaderen en stipem menstruum conferre l. 1 D. de collegiis 47.22, maar hier stond de vectigalis libertas iederen sabbath vrij, want, daar *palam lectitant*, was er geene vrees voor een collegium illicitum. TERTULIANUS, die *τοὺς Πρωκτων νόμους ἠκριβωκὸς ἀνήρ*, gelijk Euseb. hist. eccl. II. 2 hem noemt, kende zeker het S. Ct. hetgeen in l. 1 D. de collegiis bedoeld en bij deze in MOMMSEN'S editie en bij BRUNS, fontes Iuris Romani antiqui afgedrukt is.

In c. 13 de fuga in persecutione, zegt TERTULLIAN. nescio dolendum an erubescendum sit cum in matricibus beneficiariorum et curiosorum inter tabernarios, et lanios, et fures balnearum et aleones et lenones, *Christiani quoque vectigales continentur*. Hier bevatten de Christiani niet de Judaei, gelijk in Suetonius, onder Judaei ook de Christiani begrepen waren, dus kan men uit deze woorden geen bewijs halen, voor het nog bestaan dezer belasting.

De plaats van ORIGENES in den brief aan Africanus de Susanna c. 14 is m. i. niet zoo afdoende als gewoonlijk wordt aangenomen.

AFRICANUS vindt het ongeloofelijk dat bij de Joden in de babylonische ballingschap een doodvonnis kon gewezen worden. Origenes (in 226) ziet hierin geen bezwaar, daar het niet ongewoon is, dat bij de onderwerping van groote natiën, de overwinnaar den gevangenen toestaat, hunne eigene regten en geregten te houden. „Voorzeker nu, daar de Romeinen heerschen, en de Joden hun de didrachme betalen, heeft hun

Ethnarch zooveel magt over deze, als de keizer heeft toegestaan, zoodat hij niets verschilt van hem die over deze natie heerscht; wij weten het daar wij het bevonden hebben. Er wordt ook geregt gehouden in het geheim (*λεληθότως*) volgens de wet er worden ook sommigen tot den dood veroordeeld, ten deze niet met alle vrijheid, toch ook niet buiten weten van den procurator. Dit hebben wij, daar wij lang in het land van deze natie geleefd hebben, geleerd en als waar vernomen."

De woorden zijn mijns inziens zeer duister. De Ethnarch (of Patriarch) heeft over zijne onderhoorigen zooveel magt als de keizer hem heeft toegekend, zoodat hij met hunnen koning gelijk staat, waarom zullen dan de geregten in het geheim, en zoo zij halszaken betreffen, niet met alle vrijheid en slechts met oogluiking van den procurator, gehouden worden? zoo geven ook de woorden *καὶ τοῦτο ἐν τῇ χώρᾳ τοῦ ἔθνους πολὺν διατρέψαντες χρόνον μεμαδῆκαμεν καὶ πεπληροφορημέθα* even na dat hij gezegd heeft *ἴσμεν οἱ πεπειραμένοι* twijfel te kennen en doen denken aan ein Märchen aus alten Zeiten, das kommt mir nicht aus dem Sinn.

Hierbij komt, dat volgens het thalmud-tractaat Aboda Sarah folio 8, het Sanhedrin reeds veertig jaren voor de verwoesting van Jeruzalem geene halszaken meer beregt heeft, en stellig geene executiën meer plaats hadden; (hiermede komt overeen het gezegde der Joden *ἡμῶν οὐκ ἔξεστιν ἀποκτεῖναι οὐδένα*. Joh. 18:31). Dus is het berigt van ORIGENES meer dan twijfelachtig. (1)

Men beroept zich tegen het berigt in den Thalmud op de teregtstelling van Stephanus.

(1) Zelf BASNAGE livre III. ch. II § 14) voegt hierbij „cependant il écrivait à un de ses amis, que cette nation avait perdu le droit de condamner les adultères et les meurtriers et de les punir comme la loi l'ordonnait. *Origene s'est donc trompé* lorsqu'il a donné cette autorité au Patriarche. JOST Gesch. der Israeliten II bl. 81 Anhang: Aus Josephus Antiquit. XX. 6 ist deutlich zu ersehen dass ihre Sanhedrin von ihrer Gerichtsbarkeit keinen Gebrauch machten (in het aange-

Hugo Grotius de J. B. et P. c. 20 § 9 zegt de lapidatio Stephani was een *iudicium zeli*. — In Act. 7 : 58 is geene regterlijke uitspraak vermeld, na het getuigenverhoor vraagt de Hoogepriester aan Stephanus, wat hij er tegen heeft in te brengen, en na diens redevoering wordt hij weggesleept en gelynchd. Anders SALOMON DEYLINGH (1) *„nec dubitaverim ego, solemnem Synedrii formulam ac sententiam damnatoriam contra Stephanum latam et pronuntiatam fuisse etsi Lucas eam non memoravit.”*

H. EWALD (2) gaat veel verder: „Aber während seine Richter nun schon auffahren und vor Schrecken kaum was zu thun sei wissen, steigert sich bei ihm die Begeisterung aufs höchste . . . Da erst sprangen seine Richter wie rasend auf ihn als einen offenen Gotteslästerer und *verurtheilen ihn* sofort zur Steinigung.“

In de noot lezen wij: Wie ruhig und gesetzlich es dabei zugging, deutet die Erzählung A. Gesch. 7. 58 hinreichend an (n.b. tot Stephanos gesproken had.)

Waarom zal het Synedrium de zaak behandelen, wanneer geene uitvoering der sententie zal plaats hebben? op de veroordeeling volgde stilzwijgend eene interdictie, de veroordeelde wordt als een melaatsche door ieder regtgeloovige gemijd; dit bragt Uriel da Costa tot zelfmoord.

Zoo zal ten tijde van Origenes de vrijspraak eene rehabili-

haald hoofdstuk van Josephus komen te Jeruzalem moorden genoeg voor, en het blijkt niet dat de moordenaars vervolgd werden). In Aboda Sarah wordt als rede opgegeven: dewijl het getal moordenaars zeer had toegenomen, vond het Sanhedrin het ondoenlijk hen teregt te stellen, daarom verhuisde hetzelve naar elders, met beroep op Deuteron. 17 : 10, „en gij zult handelen volgens het woord hetgeen zij u zeggen zullen uit dien plaats dien God kiezen zal”, om zich te vrijwaren van hunne pligtverzaking.

(1) *Observatio de Judaeorum jure gladii* § 9 in *Thesaurus Antiquitatum sacrarum* door den Cardinaal Blasius Ugolinus Deel 26 p. 1188.

(2) *Geschiedte des Volkes Israel* VI S. 213.

tatie, de veroordeeling eene doodverklaring bewerkt hebben.

Wij mogen aannemen dat Origenes van τὸ δίδραχμον sprekende juist niet het a Tito imperatum (gelijk Zorn. t. a. p. nota 8 wil) bedoelde, maar het woord staat hier voor belasting in het algemeen: de Romeinen heerschen, de Joden betalen hun de belasting — zijn dus geen volk meer — en hebben niet te min hunne *eigene* jurisdictie — dit is de hoofdstrekking van zijne teregtwijzing aan AFRICANUS. (1)

(1) MOMMSEN Röm. Geschichte V. 548 geeft die plaats van Origenes terug „Wie viel vermag auch jetzt, wo die Römer herrschen und die Juden ihnen den Zins (τὸ δίδραχμα) zahlen der Volksvorsteher... en noemt den Zins waarschijnlijk in de beteekenis van al die belastingen die zij als onderdanen van het romeinsche rijk betalen moesten.

RECHTSGESCHIEDENIS.

Een en ander over de Oud-Brabantsche Strafvordering
door Mr. W. BEZEMER.

(Zie *Themis* 1891 p. 157.)

§ 4.

Er bestond voor de verschillende schepenbanken geene algemeen geldende wijze van strafvordering; de beginselen waarop zij steunde waren wel overal dezelfde, doch in bijzonderheden verschillend. Ik wensch dus slechts een algemeen overzicht te geven van de wijze, waarop onder de heerschappij der keuren, de strafzaken werden behandeld.

Nog altijd kon, gelijk vroeger de regel was, de zaak aangebracht worden door de formeele beschuldiging van een bijzonder persoon, welke dan het proces geheel alleen voor zich zelve voerde. Hij zelf riep zijn tegenstander voor het gerecht en trachtte het feit te bewijzen, beide partijen stonden tegenover elkander met gelijke wapenen, en wanneer de behandeling der zaak ver genoeg gevorderd was, kwam de officier in het geding en nam zijne crimineele conclusie. Om den toestand tusschen de partijen zoo gelijk mogelijk te maken moest de aanklager zich oudtijds zelf in de gevangenis begeven, en was, in geval hij het bewijs van het ten laste gelegde feit niet leverde, onderworpen aan de poena talionis. Later werd die in eene geldboete veranderd.

De klager kon, als partij, zelf geen getuige zijn, doch aan zijne verklaring werd eene bijzondere kracht toegekend.

Zoo hij geen bewijs had moest hij den eed affeggen, (art. 30 der keur van Brussel 1229) en in dat geval bestond er tegen den beklaagde eene verdenking, waarvan hij zich moest zuiveren. Hij kon dit volgens de aangehaalde keur doen, wanneer hij binnen drie dagen met vier eedhulpers den eed

aflegde. De landkeuren bevatten eene andere bepaling hieromtrent; volgens deze moest de eed gezworen worden met twee »wittigen lieden die wel zijn te geloovene«, en als de beklaagde een vreemdeling was, moest hij twee eeden zweren dat hij geen eedshelpers had kunnen vinden, en een derden, dat hij aan het feit onschuldig was. Volgens art. 10 van het Privilegium Trinitatis konden de burgers van 's Bosch zich zuiveren door *alleen* den eed af te leggen, als er geen bewijs tegen hen was. Iets dergelijks bestond ook te Luik, doch alleen voor edelen, die zich van elke aanklacht konden zuiveren door hunne onschuld alleen te bezweren (*loi d'escondit*), welk voorrecht echter in 1315 op herhaalden aandrang werd afgeschaft.

Van ordalia zijn in de keuren geen sporen meer te vinden wel van den gerechtelijken tweekamp, doch deze was alleen voor het platteland toegelaten gebleven. De stedelijke keuren verbieden gewoonlijk het tweegevecht. Keur van Diest 1229: »Nullus oppidanus de Diest pro quocunque forefacto potest provocari ad duellum.« Dergelijke bepalingen zijn te vinden in de keuren van Leuven (1306) Leeuwen (1307), 's Hertogenbosch (Priv. Trin. art. 19) en andere. Eene ordonnantie van 1355 verbood op doodstraf iemand tot een tweekamp te eischen buiten het territoir gebied van Brabant (1).

De tweekamp verdween geheel en al onder het Bourgondische huis, toen de studie van het Romeinsche recht veld ging winnen, het strafproces geheel andere vormen ging aannemen en de private aanklacht nagenoeg verdween, en nadat eindelijk het gebruik der pijnbank overal in zwang was gekomen, kon het oude bewijs- en zuiverings-middel zich niet langer handhaven.

In plaats van zich op te werpen tot formeele partij en aldus

(1) Te vinden in den Luyster van Brabant p. 131. Over dit onderwerp kan men met vrucht raadplegen VAN ALKEMADE, Het kamprecht onder de graven, en voor de zuidelijke gewesten BOTTELGIER Summe ruyrael.

het proces tegen den beklagde te voeren, kon men zijne klacht aanbrengen doch verder de vervolging aan de bevoegde ambtenaren overlaten, welke daartoe ex officio verplicht waren geworden. (1). Eene zoodanige „denuntiatio” waartoe de dienaars van den gerechte verplicht waren, kon door een ieder worden gedaan, en wel aan den schout, meier of amman, of aan dengenen die hem verving.

Men moest daarbij zooveel mogelijk alle bijzonderheden opgeven en getuigen opnoemen. Wie de aanklacht ontving moest er op letten welk een persoon de aanbrenger was en alle omstandigheden nauwkeurig overwegen „ten eijnde dat hij niemand vergeefze inventen of kosten aandoe (2).”

Eene derde wijze waarop de strafactie kon ontstaan was door middel van exceptie, wanneer n.l. in den loop eener procedure een beklagde zijn tegenpartij of de getuigen van misdrijf beschuldigde tot zijne eigene ontlasting. De uitwerking daarvan was schorsing, en een nieuw proces moest over het ten laste gelegde feit begonnen worden.

Eindelijk kon eene strafprocedure ingesteld worden zonder aanklacht of denuntiatio hoegenaamd, in geval van „crime notoir,” als er een algemeen gerucht liep, versterkt door zware vermoedens. Ook kende men hierbij eenige praesumptiones juris, welke recht tot vervolging gaven, b.v. wanneer iemand niet te goeder naam staande huisde met eene gehuwde vrouw, werd het overspel gepraesumeerd.

Wanneer er nu, 't zij op aangifte, 't zij om eenige andere reden, grond scheen te bestaan om eene strafvervolging in te stellen, zoo begon men met voorloopige informatiën te nemen.

(1) CHRISTINAËUS IV dec. 194 § 8. „Denuntiatio ab accusatione plurimum distat, quia accusator se illius quam accusat adversus adversarium constituit, nec a lite desistit donec sententia feratur, denuntiator autem praeterquam quod nocentem defert seu indicat, nihil agit.”

(2) DAMHOUDER, cap. 6.

Volgens de keuren moesten hierbij zekere vormen in acht genomen worden. Het houden van eene zoodanige informatie heette „de waerheyd besitten“ hetgeen dan geschiedde door den schout of meier met twee schepenen. Belangrijk zijn de bepalingen hierover vervat in de Bruselsche keur van 1292, art. 41—46: „Daer men die waerheit doen sal van cleinen stucken ogte van groten, die moet men ghebiden tsondags in de kerke. ende die sal die heere doen doen naden maendag te sijne staden (1) ende daerover selen sitten twee scepene.“ Men had daarbij de bevoegdheid om de personen te onderzoeken, of zij ook verbodene wapens bij zich droegen; iemand die zich daartegen verzette of de vlucht nam, werd vermoed schuldig te zijn. Het is ook waarschijnlijk, dat men, althans bij lieden van mindere klassen, vrijelijk huiszoeking mocht doen, ten minste treft men in later tijd talrijke bepalingen aan om dit te keer te gaan. (Art. 36 der Blijde Inkomste van Maria).

Was de informatie afgeloopen en was het resultaat van dien aard dat er aanwijzingen tegen een bepaald persoon verkregen waren, zoo wendde de officier zich tot de schepenen om van hen te verkrijgen 't zij een verlot om den verdachte gevangen te nemen, 't zij om een dagvaarding ter persoonlijke verschijning tegen hem uit te brengen.

Wat de gevangenneming betreft, zoo was het eene algemeene regel dat elk, die op heeterdaad betrapt werd, gegrepen kon worden; er was dan geen decreet van apprehensie noodig, want het feit was notoir en eene informatie in eigenlijken zin was overbodig. De keur van La Hulpe van 1230 veroorlooft de aanhouding ook bij vermoeden dat iemand brand zou willen stichten:

„Si quis cum olla, in qua est ignis, ad domum alicuius

(1) Aldus de tekst in den Codex Diplomaticus achter WILLEMS Chronyck van Jan van Heelu, pag. 545. De uitgave van VAN COETSEM heeft *scade*.

accesserit, *et aliquis illum capiat*, debet sex vicinos advocare in auxilium suum, ut factum illud agnoscat, auxilioque eorum malefactorem ad propriam domum deducet, et ignem et lucem donec dies illuscenscat iis conferet, et tunc illum ad iudicium tradet. Id ipsum fiet de manifesto incendiario.”

Buiten het geval van heeterdaad kon de gevangenneming alleen geschieden door schout of meier met zijne dienaren, en dan nog lang niet in alle gevallen (1).

Volgens art. 108 der blijde inkomste van Maria van Bourgondië kon geen ter goeder naam en faam staand Brabander gearresteerd worden, zonder dat er vooraf volledige informatie genomen was. Naar luid der Leuvensche keur van 1327 moest de officier door het gerecht tot de arrestatie gemachtigd zijn, welke bepaling men later in bijna alle costumen terugvindt. Ten tweede konden burgers, beklaagd van feiten, waartegen alleen boete bedreigd was, altijd hunne invrijheidstelling eischen, wanneer zij aantoonen genoegzaam gegoed te zijn om aan eene eventueele veroordeeling te kunnen voldoen, of wel twee borgtochten stelden voor hun verschijning en voor de voldoening der boete. (Keur van Mechelen 1301, van Genappe 1303, Herenthals 1303, Antwerpen 1306). De borgen verplichtten zich om den aangeklaagde voor het gerecht te doen verschijnen, onder verbeurte van zekere som geld, door schepenen vast te stellen. Dit voorrecht werd door de reglementen van Wenceslaus en Johanna van 1383 en 1385 tot de bewoners van het platteland uitgebreid (2).

(1) Een voorbeeld van persoonlijke arrestatie door den meier bij Poullet I. 199: „Die meyer van Loeven liep uit, doen sag hij GOIRDE metten bloten messe lopen ter kerke waert... die meyer liep hem na en crechene ende vinchene op die trappen.”

(2) Plakkaten van Brabant I b 2, tit 3, cap 2. Te Luik bestond de eigenaardige bepaling, dat een doodslager niet gearresteerd kon worden zoolang het slachtoffer nog leefde. Vonnis van 1360, aangehaald bij Poullet Droit pénal de Liège. 172

In het algemeen was de officier verplicht om de bezwaren die hij tegen den gevangene had, binnen drie dagen voor schepenen in te brengen (Keur van Brussel 1229 art 29, confirmatie van 1338). Dezelfde beschikking leest men in de aangehaalde reglementen.

In geval van onrechtmatige gevangenneming was degeen, die haar ten uitvoer had gelegd, aan den verongelijkten vergoeding schuldig; hij stelde er zich aan bloot zijne betrekking te verliezen of werd althans geschorst zoolang hij den gevangene niet in vrijheid had gesteld en hem eene schadevergoeding uitgekeerd had. („ende gheene vonnisse en wise noch en segghe tot dien tijd dat hi die porter telivereert si ende die cost si vergoude altemale“).

Zoo de beklagde niet gevangengenomen of onder de bovengenoemde voorwaarden niet weêr op vrije voeten was gesteld, zoo werd hij gedagvaard om in persoon voor zijne rechters te verschijnen. Deze dagvaarding werd gedaan aan zijn persoon of zijne woonplaats; bij gebreke daarvan geschiedde het, ter puye, bij allen geboden, bij trompetslaginge of anderzins (1). Volgens de oude keuren moesten bij zwaardere misdrijven twee of meer schepenen bij het uitbrengen der dagvaardiging tegenwoordig zijn (Keur van Incourt van 1226 art. 6, keur van La Hulpe, Privil. Trinit. art. 4).

De gewone termijn waarop gedagvaard werd was die van vijftien nachten; indien de gedaagde dan niet verscheen moest hij ten tweede en daarna ten derden male op gelijken termijn opgeroepen worden. Kwam hij dan nog niet, dan moest hem volgens de keur van La Hulpe door zeven schepenen voor de laatste maal een termijn van drie dagen worden aangezegd, den dag daarop wachtten de schepenen „usque ad stellas lucentes“ en den 5en dag tot den middag. Na al deze termijnen „velut exlex judicabitur. Te Incourt werd na de eerste drie dagvaar-

(1) DAMHOUDER cap. 13.

dingen nog een vierde, eveneens op 15 nachten, uitgebracht, waarna de schepenen den gedaagde in zijne eigene woning met opene deuren en vensters moesten afwachten. Te Diest werd de gedaagde na de derde dagvaarding nog driemaal opgeroepen, voor de eerste maal na 7 dagen, dan na 3, en eindelijk na 24 uren; ook werd hij in die gevallen met boeten bedreigd. De Landkeuren (art. 42 en 45) bevelen eveneens drie oproepingen, na elke werd de niet verschijnende beboet en na de derde voor schuldig gehouden.

De gedaagde werd nadat al de termijnen verstreken en formaliteiten vervuld waren, bij verstek veroordeeld, doch in zware zaken werd tegen hem niet de tegen het feit bedreigde dood- of lijfstraf uitgesproken, doch hij werd, naar het voorschrift der aangehaalde keuren, buiten de wet gesteld of verbannen.

De niet verschenen gedaagde, die zich later persoonlijk wilde komen verdedigen, kon een vrijgeleide vragen om tegen gevangenneming gevrijwaard te zijn. Dezulke werden dikwijls door de officieren verleend; een reglement van Maximiliaan a^o 1477 gaf algemeene regels te dien opzichte.

Het verstekvonnis was geen definitief vonnis over de zaak zelf, want de aldus veroordeelde behield altijd de bevoegdheid om voor het gerecht te komen en zijne zaak opnieuw te laten onderzoeken. Wanneer hij dit deed binnen het jaar na het vonnis, dan werden zijne verbeurdverklaarde goederen hem teruggegeven, doch na dien tijd niet meer.

Een gedagvaarde beklaagde had wat wij tegenwoordig zouden noemen recht van anticipatie, hij kon verlangen op een korteren termijn te worden terechtgesteld. (Keur van Diest: *„si breviorum diem acceperit.”*)

Over de bewijsmiddelen sprak ik reeds bij de behandeling der accusatoire procedure, zoodat ik in dit opzicht kort kan zijn.

De bekentenis van den beklaagde, wannneer deze vrijwillig en niet onder den eenen of anderen dwang was afgelegd, leverde

tegen hem volledig bewijs op, en de rechter had niet anders te doen dan te veroordeelen (1).

Wat het getuigenbewijs, thans in tegenstelling met vroeger het hoofdbewijs aangaat, hiervoor waren verschillende regelen voorgeschreven. Een enkele getuige, al was het ook de keizer of de paus zooals men zeide, was nooit voldoende om beklagdes schuld te bewijzen; opdat een feit door getuigenverklaring vast zoude staan, waren er altijd twee noodig. Landkeuren art. 54: „van hen tweekonochte meer, dat es vol bedrach.“ Men sloeg veel acht op de personen en de hoedanigheden der getuigen. Onbevoegd om getuigenis af te leggen waren in 't algemeen ad- en descendenten des beklagden, personen die eerloos verklaard waren, kinderen beneden de 15 jaren en onwettige kinderen. Volgens sommige keuren kon een vreemdeling geen getuigenis affleggen tegen een burger. (Priv. Trinit. art. 21).

DAMHOUDER vermeldt in cap. 50 eene geheele reeks van personen, onbekwaam om te getuigen, doch dit was na den tijd der keuren. Zoo b. v. vijanden, n. l. doodvijanden van den beschuldigde en diegenen met wie zulke vijanden intiemen omgang hadden; zelfs na de verzoening bleef de reden van uitsluiting bestaan. Verder alle huisgenooten, dienstboden en bijzondere vrienden des beklagden; advocaten en procureurs in de zaak werkzaam, zij die wegens misdaad veroordeeld waren, arme en behoeftige personen „als dewelke so geloofwaardig niet gehouden worden als de rijke,“ geexcommuniceerden en kettters, reguliere geestelijken (in geval men op geene andere wijze tot de waarheid kon komen waren deze niet uitgezonderd). allen die een slecht leven leidden en, en zooals boven reeds gezegd is, de aanklager. DAMHOUDER spreekt er met groote afkeuring over dat sommige officieren zich aan dit laatste verbod

(1) DAMHOUDER cap. 34 en 39. Hier is echter alleen sprake van de gerechtelijke bekentenis; voor de buitengerechtelijke bestonden bijzondere regelen. Vgl. EVERARDUS cons. 72 § 5.

niet stoorden, en, tegen alle recht en billijkheid in, verklikkers en aanbrengrers tegen de beklagden gebruikten „om te bequamer haar blaauwe sakken te mogen vervullen met het geld van eenige goede lnyden door deselve op eenige wijze een geldboete af te persen, waarna sij in 't gemeen zeer vieriglijk snakken.“

De getuigen moesten den eed doen van de waarheid te zullen zeggen (zweren ten heiligen), en daarna hunne verklaring openlijk in tegenwoordigheid van den beklagde afleggen. Volgens de Mechelsche keur van 1316 mocht de officier alleen tegenwoordig zijn bij het afleggen van den eed, doch niet bij de depositiën (1). In later tijd werd het geheim verhoor der getuigen regel, waarover nader.

Volgens art. 4 der keur van Incourt behoeften de burgers, zoo zij als getuigen optraden, geen nieuwen eed te zweren, doch zij werden verhoord op den eed door hen afgelegd bij hunne intrede in het poorterschap

Ten slotte wijs ik nog op de praesumptiones juris in het strafgeding. Art. 15 der keur van 1229 zeide, dat wanneer in eene woning een moord wás gepleegd, de eigenaar van het huis werd verondersteld daaraan schuldig te zijn, totdat hij den waren schuldige aanwees; wie in het bezit van valsche munt werd bevonden werd gehouden die te hebben vervaardigd, en zoo iemand een ander in tegenwoordigheid van schepenen met brandstichting bedreigde en er brak werkelijk brand uit, dan was die persoon in het oog der wet de schuldige.

Het gebruik der pijnbank, in later tijd zoo algemeen bij de strafprocedures, wordt in de keuren niet vermeld. Inderdaad is zij nooit door eenige wettelijke bepaling uitdrukkelijk ingevoerd geworden, doch naar het voorbeeld van Frankrijk

(1) „Item nullus justitiarius debet interesse testium depositionibus, nisi ad hoc tantum quod faciat et videat eos jurare de veritate dicenda.“

werd zij in de gerechtelijke praktijk meer en meer gebezigd, vooral sedert het begin der 15e eeuw en de regeering der Bourgondische hertogen. Hare toepassing was dan ook geheel eene zaak van practijk, algemeene regelen daarvoor bestonden niet, en eerst de Crimineele Ordonnantie van 1570 sanctioneerde het tot dusver bestaan hebbende gebruik. De blijde inkomsten vergenoegden er zich mede om eenige regelen tegen misbruik te geven, hierop neerkomende, dat te goeder naam en faam staande lieden niet gepijnigd zouden kunnen worden dan uit kracht van een schepenvonnis, uitgebracht na zorgvuldig onderzoek.

Zooals reeds meermalen is gezegd moest een aangeklaagde, tegen wien geene getuigen optraden, zich zuiveren door den onschuldseed af te leggen. Volgens de blijde inkomsten bestond er nog een andere wijze van zuivering: „Item dat men niemant bedragen en sal noch bedraghen moghen dat hem onstade doen soude moghen van quetsure noch van dootslaghe, *indien hij hem der waerheyt getroosten* derre ende tot zijnder onschuld comen wille, totter tijdt toe dat hij verwonnen sy“ (1). In zulk geval lokte iemand dus zelf een onderzoek nit en riep iedereen op die hem beschuldigen wilde. Hij was verplicht zich gedurende dien tijd in hechtenis te begeven; wie voorloopig gevangen zat kon van dit middel geen gebruik maken. Wanneer het onderzoek ten gunste van hem uitliep, waarbij hij bewijzen voor zijne onschuld moest bijbrengen, zoo werd hij voor onschuldig verklaard en behoefde geen verderen eed te zweren. Dit noemde men „de wettelijke zuivering“ tegenover de „gemeene zuivering.“

Tot slot van deze § zij hier nog een enkel woord gezegd

(1) Bl. Ink. van Wenceslaus en Johanna art. 21.; Philips I art. 26; Karel de Stoute art. 23; Philips de Schoone art. 24; Karel V en Philips II art. 27.

over de verdediging. Naar het recht der keuren was deze geheel vrij en moest elke beklaagde zooveel mogelijk gelegenheid daartoe hebben. Eene veroordeeling waarbij men dien regel verwaarloosd had was nietig (Keur van La Hulpe: „Quaelibet curia in qua quis se non potest excusare nec jure convictus fuerit nulla est“). Volgens den gewonen regel had men drie dagen tijd om zijn verdediging voor te bereiden. Elk beklaagde had het recht zich eenen verdediger te kiezen; naar de keur van Diest mocht hij zelfs een der schepenen daartoe nemen, dewelke dan echter zonder toestemming zijner ambtgenooten niet mede over de zaak oordeelen mocht. Ook kon hij een der bij het gerecht beëdigde en toegelatene taalmannen of voor sprekers uitkiezen, die hem dan werd toegevoegd. In lateren tijd, toen de vorm der procedure geheel veranderd was, leed de vrijheid der verdediging zeer daaronder.

§ 5.

De hierboven geschetste wijze van strafvordering, waarvan ik trouwens niet meer dan de algemeene beginselen heb trachten uiteen te zetten, golden in Brabant van het opkomen der gemeenten tot het tijdperk der heerschappij van het costumiere recht. Daarom wil ik thans overgaan tot eene korte behandeling der strafprocedure volgens de costumen en ordonnantiën sinds de 16e eeuw.

Van groot belang is hierbij vooreerst de onderscheiding tusschen de z. g. ordinaire en extraordinaire procedure. De eerste was niet anders dan het oude accusatoire proces, alleen met dit verschil, dat de private aanklagers hoe langer hoe meer verdwenen en vervangen werden door de ambtshalve vervolgende publieke aanklagers. De uiterlijke vorm was echter dezelfde gebleven zooals zij in de vorige § geschetst is. De beklaagde was daarbij geen voorwerp *waarop* een onderzoek

werd ingesteld, doch een persoon *waartegen* men procedeerde; beide partijen bestreden elkander met gelijke wapenen, die strijd werd openlijk en mondeling gevoerd, en het hoofdoel van den aanklager was bewijzen te verkrijgen buiten de bekentenis van den beklagde.

Doch, zooals ik reeds zeide, de procedure «par voie d'inquisition» had groote vorderingen gemaakt, en werd onder de costumen bijna altijd gevolgd. De toestand van den beklagde was daarin geheel anders. Er had een onderzoek, geen strijd plaats; buiten den beklagde om en in het geheim zocht men indicieën en vermoedens tegen hem te verkrijgen, en wanneer men hiermede ver genoeg gevorderd was, kwam het er maar alleen op aan om eene bekentenis aan den beklagde te ontlokken. Het is dus begrijpelijk dat er bijna geen extraordinaire procedure gevoerd kon worden zonder toepassing der pijnbank. Houdt men nu daarbij in het oog, dat volgens de algemeen heerschende begrippen geen doodvonnis kon worden uitgesproken tegen hem, die het niet erkende verdiend te hebben, m. a. w. die zijne misdaad niet bekend had, dan kan het ons niet verwonderen, dat bij de behandeling van capitale misdrijven de pijnbank gewoonlijk eene hoofdrol speelde.

Alvorens nu het proces volgens de costumen nader in oogen schouw te nemen, komt het mij wenschelijk voor met een enkel woord melding te maken van de Ordonnantie op de crimineele procedure van Philips II van 1570.

Daar er geene algemeene verordeningen voor den stijl van procederen bestonden, was die stijl bij de onderscheidene colleges zeer verschillend, en berustte hoofdzakelijk op traditie. Het is niet onwaarschijnlijk dat, volgens de meening van Poullet t. a. pl. II. 165, de schepenen als tijdelijk zitting hebbende, zelden goed tehuis geraakten in «les arcanes du style local», en dat zij zich gewoonlijk door de ondergeschikte beambten moesten laten voorlichten; daarenboven waren de officieren dikwijls alles behalve eerlijke en onpartijdige per-

sonen (1), de handel in dat ambt was tot eene schandelijke hoogte geklommen. Men begrijpt wat er onder zulke omstandigheden van het recht moest worden.

Het was daarom een alleszins toe te juichen denkbeeld van den hertog van Alva om daarin verbetering te brengen door middel eener algemeen geldende verordening. Na langdurige onderzoekingen werd er op 9 Juli 1570 eene algemeene „Ordonnance sur le style de procedure“ uitgevaardigd, welke een wezenlijk wetboek van strafvordering vormde en welke bedoeling was, dat men zich voortaan alleen naar haar richten zoude.

Volgens die ordonnantie moesten alle strafprocessen op extraordinaire wijze behandeld worden, de ordinaire methode was alleen toegelaten in geval de zaak van bijzonder veel gewicht, of zeer moeilijk en duister was. (art. 32) (2).

Intusschen werd hier eene groote verbetering in het extraordinaire proces gebracht: de ordonnantie beval dat het hoofddoel zoude zijn om bewijzen *van buiten* tegen den beklagde te verkrijgen, zoodat niet langer alle nadruk gelegd werd op de eigen bekentenis en het gebruik der pijnbank daardoor natuurlijk verminderd werd. Van den anderen kant werd het ordinaire proces in zooverre gewijzigd, dat dit niet langer als vroeger geheel mondeling werd gevoerd; een zoodanig proces zou voortaan geheel als civiel d. i. bij geschrifte, worden behandeld.

De beginselen in de Ordonnantie neergelegd, waren er inderdaad op berekend en waren ook in staat om verbeteringen in de strafprocedure te brengen. Dit wordt dan ook door nagenoeg

(1) ANSELMO. Codex Belgicus. s. v. officieren, zegt dat Karel V genoodzaakt was te verbieden om erkende dronkaards als officier aan te stellen.

(2) Men houde in het oog dat hier altijd van zwaardere misdrijven sprake is; feiten waartegen slechts eene kleine geldboete bedreigd was, werden altijd als civiele zaken behandeld.

alle schrijvers daarover toegegeven (1). Het practisch resultaat echter heeft niet aan de verwachtingen beantwoord.

Na de publicatie verhief zich bijna overal een groot verzet tegen de toepassing, voornamelijk, volgens DE GROOT *«solo auctoris odio»*, terwijl eene tweede reden lag in de vasthoudendheid, welke elke stad voor haar costumier recht aan den dag legde, en in den algemeenen tegenzin tegen het plotseling invoeren van nieuwigheden. De hertog van Alva was dus genoodzaakt zich met de provinciën te verstaan, doch met zeer weinig gevolg, terwijl het einde was dat bij art. 5 der Pacificatie van Gent de ordonnantie geheel buiten werking gesteld werd totdat daarin nader zou worden voorzien.

Het is altijd eene groote strijdvraag geweest of het daarna voor goed met de bedoelde ordonnantie gedaan was. Bij art. 2 van het Eeuwig Edict van 1577 werden de bepalingen der Pacificatie bekrachtigd, zoodat ook die afschaffing verder beschouwd moest worden als uitgegaan van den soeverein zelf. De quaestie is nu of de Staten alleen bedoeld hadden die bepalingen af te schaffen, welke over de vervolging der ketters handelden, dan wel de ordonnanties in haar geheel (2).

Hoe dit zij, in de practijk is de toestand zeer verschillend geweest. Zeker zijn vele artikelen werkelijk gevolgd geworden tenminste de Raad van Brabant pastte ze gewoonlijk toe, terwijl de lagere colleges hierin ook geheel naar hun goëddunken han-

(1) Zie echter de ongunstige beoordeeling van BRITZ, *Code de l'ancien droit Belgique*. I 390. Eene zeer verkeerde bepaling was ongetwijfeld die, krachtens welke de aangeklaagden op hunne ondervraging *ouder eede* moesten antwoorden.

(2) Van de eerste meening zijn o. a. CHRISTINAËUS *Ad. leg. Mechl.* V. 10. DE GHEWÏET *Institutions du droit Belgique*. WIJNANTS *De publicis judiciis*; LOOVENS *Practyeke enz. van procederen in den Rade van Brabant* II, 402. Van de tweede ZYPÆUS *Not. Jur. Belg. de modo proced.* § 10. ANSELMO *Comm. ad. ed. perp.* art. 46 en *Tribon. Belg.* X § 1. Het belangrijkste werk over de Ordonnantie is dat van VOORDA, *Leiden* 1792.

delden. Zij namen hen dan echter over als costume, niet als wet. Het doel dus, hetwelk de vervaardigers zich hadden voorgesteld, n. l. om eenvormigheid in de strafrechtspleging te brengen, was geheel mislukt.

Thans de strafprocedure der costumen.

Het behandelen der zaken op de wat men noemde extraordinaire wijze was vrij algemeen in gebruik gekomen, zij het ook onder verschillende vormen. Alzoo werd bijna overal, gelijk ook bij den Raad van Brabant, geprocedeerd met gesloten deuren. *«Les proces criminels seront instructs le plus secrètement que pourra»* zegt chap. 27 art. 25 van den stijl van procedeeeren te Namen van 1620. In Brussel had de beklaagde volgens art. 11 der costumen van 1570 het recht om vóór de litiscontestatie zijne verwijzing naar de vierschaar, de openlijke terechtzitting, te vragen, terwijl dit in art. 57 der costumen van 1606 aan het goeddunken des rechters werd overgelaten, doch het scheen zelden te geschieden.

In sommige plaatsen was echter de openbare behandeling het recht van den vierschaar, in zwang gebleven, zooals te Antwerpen, Cost. tit. XV, Herenthals XIV, 4, Lier art. 53, Santhoven art. 35, Deurne VI art. 18—20, Thienen III, 8.

Ondanks eene zoodanige openbare behandeling was de invloed van het extraordinaire proces niet te miskennen. Overal was het voornaamste doel eene bekentenis van den aangeklaagde te verkrijgen, waarmede natuurlijk het gebruik der pijnbank hand aan hand ging.

Het beleggen der vierschaar doet zeer sterk denken aan het oude spannen der bank bij de Germanen. Om het recht van Antwerpen als voorbeeld te nemen, geschiedde het aldus. Elken Vrijdag werd onder trompetgeschal bekend gemaakt dat er zitting zou worden gehouden en een ieder werd uitgenoodigd daarbij tegenwoordig te zijn. Alsdan begaven zich schout, burgemeester en schepenen naar de plaats ter terechtzitting. De schout stond op en vroeg den burgemeester *«oft den dagh*

soo verre geghaen es dat hij vierschare bannen mach?" Daarop vroeg de burgemeester aan een der dienaren „oft den horn om gheweest is?" en na bevestigend antwoord sprak hij, „dat den dach so verre geghaen is, dat hij vierschaere bannen mach om eenen ieghelijken recht doen, soo naerder hoogher vierscharen recht behoort.”

Een der tegenwoordig zijnde advocaten moest nu de zitting openen. hetwelk hij deed door te zeggen „dat hij de vierschaere bandt van wegghen ons genedigen Heere des Hertoghs van Brabant, om eenen iegelijcken recht ende justitie t' administreren diet versoecken sal, naer der hoogher vierschaeren recht, verbiedende dat niemant en spreke dan bij oorlove ende met rechte, ende oft hij anders dede, dat die sal worden gecalen-giert.” Vervolgens kon ieder recht vragen: „die recht van doen heeft, dat hij spreke.”

Het eerst werden de zaken behandeld van hen, die zich in preventieve hechtenis bevonden. De schout wees met zijne roede den gevangene aan, zeggende: „Ick verthoone mij teghens dezen enape,” waarop de verdediger antwoordde: „Heer Schouteth, hij houdt hem voor verthoont.” Dan zeide de schout: „Ick segghe hem op ende aen dat” enz. volgde de acte van beschuldiging. Zoo het feit niet bewezen was, nam de schout aan het einde zijner rede conclusie, dat de beklaagde tot de pijnbank zou worden verwezen. Deze had gewoonlijk drie dagen tijd om daarop te antwoorden, terwijl hem het recht om een advocaat te nemen onbeperkt was toegestaan. Zoo hij er geen kon krijgen placht men hem er een toe te voegen. (Cost. van 1608, VII, 4 art. 18).

Na het antwoord werden de partijen „ten thoon” verwezen; de getuigen legden den eed voor de vierschaar af en werden daarna afzonderlijk door twee schepenen-commissarissen gehoord. De getuigenissen werden daarna in de vierschaar openlijk voorgelezen en de partijen konden daarvan afschrift krijgen

Wanneer er termen waren om de pijnbank toe te passen,

zoo moest hierover beslist worden eerst door den gemeenen breeden Raad der stad, daarna door de schepenen in de vierschaar, althans wanneer het een poorter betrof; voor vreemdelingen was een eenvoudig verlot voldoende, en er behoefde dan geen plechtig onderzoek en beraadslaging plaats te hebben.

Ten slotte trokken schepenen zich terug in eene kamer *«aende vierscaren staende»* om het eindvonnis op te maken, hetwelk dan in het openbaar werd uitgesproken.

De hierboven geschetste mondelinge en openlijke procedure was echter niets dan eene gunstige uitzondering; bij de meeste schepenbanken was de geheele behandeling geheim. De algemeene regelen volgens welke eene strafprocedure gewoonlijk verliep, waren ongeveer de volgende.

Zoodra de schout er op eene of andere wijze kennis van had gekregen dat er een misdrijf begaan was, dan moest hij *«hem eerst privatelijk doen informeren over het delict, tsij door zijne dienaren van justitie ofte bij examinatie van personen 1).* Zulk een onderzoek was algemeen, en mocht niet bepaaldelijk tegen te goeder naam en faam staande personen worden gevoerd, wanneer hunne schuld niet reeds waarschijnlijk was gemaakt of zij formeel waren aangeklaagd (2). De aangifte kon door een ieder geschieden, doch het vervolgen door de aanklagers zelf, *per accusationem*, kwam bijna niet meer voor (3); wanneer zij tegen den beschuldigde optraden geschiedde dat als gevoegde of civiele partij.

Bleven de daders geheel onbekend, dan placht men op sommige plaatsen hen benevens de medeplichtigen op te roepen

(1) LOOVENS II, 417.

(2) Costumen van Bergen op Zoom V, 8.

(3) ZYPAEUS, Not. Jur. Belg., p. 108 § 8. *„Apud nos ante pauca saecula accusatio adhuc frequentabatur, sed eius rei usus hodie desiit.”* WIJNANTS de publ. jud. I § 3. *„Desiit apud nos in usu esse publica accusatio, solis namque officariis id munus delegatum est.”*

om zich te komen rechtvaardigen, waarvoor hun dan vrijgeleide werd toegestaan; gewoonlijk beloofde men zelfs straffeloosheid aan hem, die zijne medeplichtigen zou komen aangeven. Verscheen er niemand na de derde proclamatie, zoo werden de schuldigen verbannen. (Cost. van Antw. in antiq. IV, 43, impr. XIII, 20). Dezelfde costumen in antiq. IV, 44 bedreigden hem, die van eene misdaad kennis droeg of de daders geherbergd had en hen niet aangaf, met voor den dader gehouden en als zoodanig gestraat te worden,

Zoo iemand wegens eenig feit in kwaad gerucht stond, kon hij zich daarvan zuiveren; deze wettelijke zuivering was echter eenigzins anders dan die, welke hierboven beschreven is. In de Antwerpsche costumen van 1548, tit. I art. 5 was bepaald, dat zoo iemand op drie achtereenvolgende Vrijdagen openlijk een ieder kon doen oproepen om hem van het misdrijf in quaestie te beschuldigen, waarna hij zich naar de vierschaal begaf; indien er dan niemand verscheen werd hij zonder meer voor onschuldig gehouden (1). De andere vroegere wijzen van zuivering waren allengs in onbruik geraakt (2).

Had de officier nu genoegzame indiciën gekregen om tegen een bepaald persoon te kunnen ageeren, dan ging men over tot de eigenlijke preparatoire informatie, welke gedaan moest worden door twee schepenen. Hierbij werden getuigen gehoord, hunne verklaringen in schrift gebracht en door hen onderteekend. Was het noodig dat er eene huiszoeking gedaan werd, zoo kon dat slechts na zulk een informatie en op genoegzame gronden geschieden (3).

(1) Van deze zuivering zegt WIJNANTS t. a. pl. XXI § 4. „Vidi aliquando sed et hoc raro, intentari eam; dico raro, quia regulariter unicuique sufficit non inquitari a publicis actoribus.”

(2) ZYPÆUS t. a. pl. p. 121 § 1. „Raro hodie purgationis, praesertim in tribunalibus saecularibus, usus. Purgationes vero aliae, vulgares et canonicae, damnatae sunt et ab usu desertae.”

(3) Art. 10 der 2e additie tot de Blijde Inkomste van Karel V.

De costumen der meeste plaatsen vorderden daarenboven de toestemming en tegenwoordigheid van schepenen (1), behalve bij huiszoekingen in herbergen en dergelijke plaatsen.

Na afloop der informatie maande de officier, evenals vroeger, tot provisie van justitie, d. i. tot gevangenneming of daagsel personeel, hij vroeg dus wat men tegenwoordig rechtsingang zoude noemen.

De regelen over de preventive hechtenis hadden in den loop der tijden slechts weinig verandering ondergaan. Buiten het geval van heeterdaad kon iemand alleen na de gemelde voorloopige informatie en op bevel van schepenen gearresteerd worden (2) en nog maar alleen bij zwaardere misdrijven. Als de officier tot uitvoering van het bevel in het huis van den beklagde moest binnendringen, had hij op de meeste plaatsen daarvoor nog een bijzonder verlof noodig (3), in de hoofdsteden moesten daarbij zelfs twee schepenen tegenwoordig zijn.

De op heeterdaad betrapte schuldige werd gewoonlijk binnen 24 uren of hoogstens binnen 3 dagen na zijne arrestatie ondervraagd (4). Dit geschiedde met gesloten deuren, zelfs daar, waar het recht der vierschaar nog bestond.

De voorloopige informatie en de verhooren gingen buiten den beklagde om, volgens het karakter van het extraordinair proces. Wel beval art. 10 van het Eeuwig Edict van 1611 „publicatie van enquesten naer de dispositie van ghemeyne rechten,“ doch in de aanteekening van ANSELMO daarop lezen wij: „Ex interpretatione vero 28 Novembris 1611 non habet

(1) Cost. v. Antw. 1548 I, 53; impr. XIII, 7—8. Gheel XX, 53, Bergen op Zoom V, 7, Leuven I, 24.

(2) Cost. v. Leuven I, 22, Diest XIV, 3, Brussel Ord. proc. 144, Antwerpen XIII, 6, Overijssche I, Looz vonnis 27 Nov. 1527. Namen. 83.

(3) 's Bosch I, 22, Mechelen I, 31. Antwerpen XIII, 7. Leuven I, 24. Brussel Ord. pr. 63. Herenthals 20. Bergen op Zoom V, 6.

(4) „Corts naerdien hij gevangen is“ zeggen de Cost. v. Antw. 1608 VII, 4, 2.

hie articulus locum in criminalibus, ubi informationes et probationes secretae fuerint, sed in iis *usus inveteratus* est observandus" (1). Alleen kreeg de beklaagde eene lijst met de namen der getuigen (2).

Zoodra de schepenen recht hadden gedaan op de maning van den officier, d. i. gevangenneming of dagvaarding hadden bevolen en deze beslissing ten uitvoer was gebracht, werd de aldus voor het gerecht gebrachte beklaagde wederom met gesloten deuren, pede ligato, ondervraagd zonder dat hij zich bij dat verhoor van de hulp van een verdediger bedienen mocht (3). Dit verhoor geschiedde voor den officier en twee schepenen commissarissen; volgens art. 145 der ordonnantie op de procedure te Brussel werd het in zaken van weinig aanbelang door den amman alleen gehouden in het bijzijn van den griffier.

Volgens de meeste costumen had de officier daarna drie dagen tijd om zijne conclusien te nemen; verzuimde hij dit dan moest de gevangen beklaagde op vrije voeten worden gesteld en had 24 uur vrijgeleide.

Zoo er termen waren voor een getuigenverhoor, dan geschiedde dit gemeenlijk in 't geheim. De Raad van Brabant volgde in dat opzicht de ordonnantie van 1570. „Dan alhoewel de verhooringe der getuigen voor desen wel placht te geschieden *viva voce* in presentie van den geapprehendeerde volgens de

(1) MATTHEUS de Criminibus, de inquis. § 12. *Ipsa informatio res non editur ac per consequens supervacua moribus nostris quaestio est utrum nuntiationum, utrum testium nomina res edenda sint; neque causa ulla reo est exigendi hanc editionem, cum nihil fere sit quod testibus opponi possit quominus in hac inquisitione summaria audiantur.*

(2) Volgens WIJNANTS t. a. pl. II § 3.

(3) ZYPAEUS t. a. pl. 108 § 3. *Accusatis jure advocati dantur, sed mores patrocinia non admittunt nisi reus ante ore suo respondeat.* MATTHEUS t. a. pl. § 15. „Cur advocatus reo negatur antequam respondens? Quoniam advocati jus suggerunt, reus autem non de jure sed de facto interrogatur, quod exponere etiam imperitissimus quisque sine avvocato potest.

practijcke der vierschare, soo en wordt hetzelfde hedendaegs niet meer geplogē sedert de voorz. Ordonnantie Crimineel, tenwaere misschien ter vierschare van Antwerpen" (1). Dit laatste is in zooverre waar dat, zooals boven gebleken is, de verhooren openlijk werden voorgelezen, doch het afleggen der verklaringen had met gesloten deuren plaats. Eene zoodanige voorlezing was echter uitzondering. Gewoonlijk kreeg de beklagde alleen de namen der getuigen; te Brussel bovendien de artikelen waarop zij gehoord waren. (art. 153—154 der ordonn. op de procedure) Te Thienen bestond oudtijds ook een openbaar verhoor "behalven dat binnen korten jaren herwaerts is geobserveert gheweest dat den thoon is secreet geweest." (Cost. III art. 8). In gelijken geest spreekt de Landcaerte van Ravenstein (1522) art. 32, waarin gezegd wordt dat getuigen "van nu voortaan" in 't geheim zullen worden gehoord, "item mits dat gheuseert is die condē openbaerlijcken te doen tuyghen."

Te Deurne kreeg de beschuldigde afschrift der depositiën als de schepenen daarin toestemden (I, 25) te Kiel werden de verklaringen voorgelezen, doch geene copie uitgereikt (I, 12) Eindelijk te Lier werd het procesverbaal van het verhoor aan beklagdes procureur medegedeeld, doch onder voorwaarde dat hij aan zijn client de namen der getuigen niet mocht noemen.

De beklagde kon getuigen à decharge laten hooren en mocht dat gedurende den geheelen loop van het proces doen, zoolang er geen definitief vonnis was uitgesproken. Te Herenthals werden zelfs, als de beklagde dat verlangde, zijne getuigen het eerste gehoord. (XIX art. 4). De overige bewijsmiddelen waren de notorieteit van het feit, aanwijzingen en bekentenis.

Eene bekentenis werd gewoonlijk door de pijnbank ontlokt.

De toepassing der tortuur was niet aan vaste regelen gebonden, zoodat men in elke bank daarvoor bijzondere gewoonten had. Alleen was algemeen aangenomen dat geen burger gepijnigd

(1) LOOVENS. II, 426.

kon worden zonder toestemming van den magistraat, ja zelfs moest in sommige steden een burger plechtiglijk ontpoorterd worden. Verder moesten twee schepenen tegenwoordig zijn om den duur en den graad der pijniging te bepalen.

Eene op de pijnbank afgelegde bekentenis moest later vrijwillig voor schepenen worden herhaald (1); werd zij dan ingetrokken zoo kon eene nieuwe pijniging bevolen worden.

De beklagde die op de pijnbank geene bekentenis aflegde had zich daardoor van de tegen hem bestaande aanwijzingen gezuiverd. Hij was daardoor echter nog niet dadelijk vrij, maar werd gewoonlijk nog eenigen tijd gevangen gehouden om te zien of er geene nieuwe aanwijzingen bekend zouden worden.

Na de toepassing der pijnbank was het proces gewoonlijk afgeloopen; wanneer noch de officier, noch de beklagde nieuwe bewijzen aanvoerden, gingen schepenen over tot de beraadslaging over het vonnis, hetwelk in het publiek werd uitgesproken.

Wat de verdediging aangaat, voor den Raad van Brabant mocht een beklagde zich door een advocaat laten bijstaan als de rechters daarin toestemden. Evenzoo was het te Brussel, alwaar men, ingeval de beklagde geen advocaat kon krijgen, daarvoor den jongsten aanwees. (Ord. op de proced. art. 222), Te Santhoven moest volgens art. 39 de schout den gevangene op zijn verzoek van een procureur voorzien. In de meeste plaatsen schijnt men het recht om een advocaat te nemen onbepaald te hebben erkend, ja zelfs werd hier en daar een advocaat ambtshalve toegevoegd. (Cost. van Bergen-op-Zoom V, 12, Gheel XX, 6 Lier, 56, Virginal 59). Te Thienen was bepaald dat de burgemeester der stad zich naast den advo-

(5) Dit was alleen het geval niet te Thienen, III, 5. Te Antwerpen (Cost. van 1548 I: 14) werd eene uitzondering gemaakt voor ketterij, majesteitschennis en het crimen nefandum.

caat des beklagden zou nederzetten om dezen met zijn raad bij te staan (I, 15).

De Bossche costumen laten zich over dit onderwerp niet uit, doch schijnt ook daar bovengenoemde praktijk gebruikelijk te zijn geweest: in de Advysen van VLOOTS I Fol 9 leest men een geval, dat de Berlicumsche schepenen inlichtingen vroegen aangaande een taxatie van gerechtskosten, in het antwoord waarop voorkwam: „alsoe men binnen dese stad vele exempelen heeft, dat den salaris van de advokaten en procureurs der arme gevangenen bij de heeren van de magistraat daartoe gesteld van stadswege zijn betaalt, soo verdunckt dat de heeren schepenen van Berlicum haar ook in dezen daarnaar hebben te reguleren.“

Het stelsel van compositie, hetwelk oudtijds zulke groote afmetingen had aangenomen, werd later meermalen bestreden en tot op zekere hoogte met goed gevolg. Een edict van 1527 verbood in art. 44 alle compositie over capitale misdrijven. De Criminele Ordonnantie van 1570 schafte haar in art. 13 geheel af, doch deze bepaling werd evenmin als de Ordonnantie zelve gerespecteerd. In het eeuwig edict van 1611 art. 44 liet men dus die strenge bepaling varen en verbood compositie bij die misdrijven, waartegen de dood, lijfstraffen of levenslange verbanning bedreigd was.

De Landcaerte van Ravestein bevat in art. 14 als een bijzonder voorschrift dat er geene compositie voortaan geoorloofd zoude zijn „sonder daerof ofte over te roepen onsen rentmeester ende oock de weth van dien pleck ende vierschaere waeronder de breuken gevallen zijn.“

Rotterdam.

ALGEMEENE RECHTSGELEERDHEID.

Het ontwerp-wet op het faillissement en de surseance van betaling.

Met zeer veel ingenomenheid is het uitstekend werk der Staatscommissie ontvangen; en inderdaad mag het aangemerkt worden als een belangrijke bijdrage van wetgevend talent. Ik wensch mij te scharen aan de zijde van hen, die bij de behandeling niet den loftrumpet willen blazen over al de verbeteringen die het ontwerp aangeeft; dit is even nutteloos als overbodig. Evenmin wensch ik verschillende artikelen die wellicht eenigzins anders konden geregeld zijn, te bespreken, behoudens eenige enkele uitzonderingen. Mijn doel is hoofdzakelijk na te gaan welke plaats aan crediteuren en gefailleerde is aangewezen, op welke wijze hunne rechten en verplichtingen zijn geregeld, en of die regeling juist is, of zij is in overeenstemming met de behoeften van onzen tijd. En dan aarzel ik niet, niettegenstaande de erkenning van het vele goede, als mijn overtuiging uit te spreken, dat het Ontwerp ten aanzien hiervan geen rekening houdt met de praktijk, en, waar het bestaande grieven wil wegnemen, dikwijls onbillijk is. Het ontwerp is geschreven, alsof alle faillissementen belangrijke boedels betreffen, alsof elk gefailleerde een misdadiger is die opzettelijk zijn crediteuren benadeelt; en alsof alle schuldeischers altijd onschuldige slachtoffers zijn, die tegen hunne debiteuren beschermd moeten worden op een exceptievolle wijze.

In een vergadering van de vereeniging „de Jonge Balie „ alhier is onlangs het ontwerp besproken, en had ik het genoegen de behandeling in te leiden. Bij die gelegenheid bleek dat door velen de meening gedeeld wordt, hierboven door mij

geuit. Voornamelijk betreft dit bezwaar de Commissie uit de schuldeischers, die volgens het ontwerp adviseerend naast den curator optreedt, en het accoord. Het eerste een nieuwe, tot dusverre bij ons onbekende factor bij het beheer van den boedel, terwijl de bepalingen omtrent het accoord verscherpt zijn.

Een belangrijke plaats wordt aan de commissie toegekend. Zij dient om aan de schuldeischers meer invloed op den gang van zaken te geven; deze alleen beslissen of een zoodanige commissie noodig is, terwijl de Rechter-commissaris verplicht is hen hieromtrent te raadplegen op de eerste verificatie-vergadering (art. 75). Die commissie heeft toegang tot alles wat op den boedel betrekking heeft; de curator moet haar alle verlangde inlichtingen verschaffen (art. 76), zij kan het ontslag van den curator vragen (art. 73); zij kan zich verzetten tegen voorgenomen handelingen van den curator (art. 69) en voor bijna alle handelingen die de curator wil of moet verrichten, moet hij het advies der commissie vragen (art. 78) en deze kan, wanneer de curator dit advies niet wenscht te volgen, de beslissing van den Rechter-commissaris inroepen (art. 79). Bovendien kan de Rechtbank bij het vonnis van faillietverklaring volgens art 13 al. 2, reeds een voorloopige Commissie benoemen.

Aangenomen nu de wenschelijkheid eener zoodanige commissie, schijnt mij art. 13 al. 2, overbodig, en art. 75 practisch onjuist. Ook reeds onder onze tegenwoordige wetgeving heeft de Rechtbank, evenals in het Ontwerp, de bevoegdheid meer dan één curator te benoemen; en wanneer de belangrijkheid of aard van den boedel daartoe aanleiding geeft, wordt naast den rechtsgeleerden curator een deskundige aangesteld, waardoor een waarborg wordt verkregen dat de praktische belangen behoorlijk zullen behartigd worden; de voorloopige commissie, die feitelijk minder bevoegdheid heeft dan deze curator is dus overbodig.

In de tweede plaats komt het mij voor dat niet de credi-

teuren moeten beslissen of een definitieve commissie benoemd moet worden. Meestal toch ziet men dat in het begin van een faillissement, de crediteuren het heftigste tegen den gefailleerde optreden, en wel juist vooral bij z. g. kleine faillissementen. Het regent bedreigingen met plaintes, de curator wordt telkens overstroomd met mededeelingen van verkeerde handelingen die door den gefailleerde zouden gepleegd zijn, maar langzamerhand bedaart de storm en dikwijls is later de heftigste crediteur, de eerste die voor het accoord stemt. In dergelijke gevallen zal op de eerste vergadering zeker een meerderheid te vinden zijn die een commissie wenscht, en zal later blijken dat zij onnoodig is; zij bestaat intusschen en zij zal moeten werken ofschoon zij dan belemmerend zal zijn, en een snelle afwikkeling zal tegenhouden. Wil men dus in beginsel de commissie behouden, dan behoort na raadpleging der crediteuren en na advies van den curator, de Rechter-commissaris te beslissen. De kans vermindert dan dat die commissie zal bestaan juist in die faillissementen waarin het ontwerp haar niet wil.

Dit bezwaar treft evenzeer het beginsel. Een nieuwe instelling als deze mag geen aanleiding geven tot misbruiken; zij kan alleen dan verdedigd worden, indien het gemeenschappelijk belang der gezamentlijke crediteuren daartoe aanleiding geeft. En nu is daartegen inderdaad een groot bezwaar dat niemand minder geschikt is om dat gemeenschappelijk belang te beoordeelen, daar juist de crediteuren; elk van hen zal wellicht, indien dit mogelijk is, voor zijn eigen belangen en rechten waken, die van zijn mede-crediteuren laten hem koud.

Trouwens, de verdedigers van deze instelling zijn met hunne verdediging niet gelukkig. Het ontwerp zegt (zie M. v. T. ad art. 74) dat de commissie dient om den crediteuren „ten allen tijde den noodigen invloed op den gang van zaken te verzekeren“, doch zegt niet of liever toont niet aan dat de aangevozen werkkring hiertoe kan leiden, en stelt een vertegen-

woordiging daar van dikwerf zoo uiteenlopende personen en belangen, dat het inderdaad raadselachtig moet zijn hoe de commissie in het gemeenschappelijk belang werkzaam kan zijn.

Het bezwaar door de Amsterdamsche Kamer van Koophandel tegen deze instelling aangevoerd, dat aan het lidmaatschap der commissie geen honorarium wordt verbonden, weegt m. i. niet zwaar, en heeft ook weinig instemming ontmoet. En niettemin kan ook hier de praktijk spreken; in een faillissement, waarin ik curator was, en waar verschil bestond over een bedrag aan den boedel verschuldigd wegens een aangenomen bouw van een huis, stelden zich op verzoek van mij en een paar crediteuren, drie der voornaamste crediteuren beschikbaar om deze aangelegenheid te samen te onderzoeken. Toen twee van hen later bemerkten dat zij daarvoor geen betaling zouden ontvangen, bekoelde hun ijver en eindigden zij met tegen het accoord te stemmen.

Dat groote handelsmannen bereid gevonden zullen worden een dergelijke betrekking om niet waar te nemen, is zeer aannemelijk, maar de noodzakelijkheid daartoe zal zelden voorkomen.

Erger maakt het Mr. POLENAAR, in zijn kort geleden verschenen beschouwingen; op pag. 14 zegt deze o. a.: „Bij een verlies van — om geen al te hoog cijfer als voorbeeld te nemen — zeg f 8000 is het, dunkt mij, lokking genoeg, om in aller belang werkzaam te zijn, wanneer men de hoop heeft *„daardoor* (1) b. v. 10 pCt. meer te redden.“ Zou dit inderdaad het gevolg zijn van het werken der commissie, wie zou dan nog haar bestrijden? Dit resultaat kan alleen verkregen worden wanneer er iemand te vinden is die voor een zeker deel van den boedel een hooger prijs wil betalen, dan de taxatie bedraagt; welnu ook zonder het bestaan eener commissie zal de curator, en ook thans, tot een zoodanige transactie besluiten,

(1) Ik cursiveer.

mits de gelegenheid zich voordoe; edoch dit gebeurt niet. Menig crediteur spreekt wel van „schandelijk lage taxatie“, men beweert wel dat „de boel“ veel meer waard is, men zegt zelfs later, als het te laat is, wel eens dat men meer had willen geven, maar het blijft bij woorden.

En ingeval van insolventie, zal in den regel de gewone openbare verkoop van den boedel wel regel blijven, met het gewone resultaat van ongeveer met de taxatie gelijkstaande opbrengst. En dit is natuurlijk, waar in een groot deel der faillissementen de inboedel bestaat uit een zekeren voorraad incourant goed, niet frisch meer, en wellicht dikwerf aan den niet zeer zaakkundigen winkelier of winkelierster opgedrongen door een reiziger die, het strekt hem tot eer, gaarne voor zijn patroon werkt, maar om de gevolgen niet denkt. De tegenwoordigheid der (voorloopige) commissie, bij de inventarisatie (art. 94) zal het gevolg hebben dat de taxatie opgedreven wordt, en niemand zal voor dien prijs de goederen willen overnemen, zoodat per saldo de gefailleerde de dupe wordt.

De curator, die, volgens art. 77, wanneer hij met de commissie vergadert Voorzitter en Secretaris zal zijn, moet gelijk ik boven aanstipte, in bijna alle denkbare gevallen het advies der commissie inwinnen, zelfs omtrent het voeren van processen; stel b. v. dat de curator een actio Pauliana wil instellen, of een andere procedure waarin gewichtige juridische vragen een hoofdrol spelen, wat baat dan een advies van personen die uit den aard der zaak niet deskundig zijn? En alsof die inderdaad belemmerende bepaling nog niet voldoende ware, moet de curator volgens art. 76 der commissie alle verlangde inlichtingen verschaffen, en heeft deze ten allen tijde toegang tot de boeken en bescheiden op het faillissement betrekking hebbende. Een curator staat dan bloot aan zooveel en zoo lastige inmenging, dat zijn taak inderdaad moeilijk wordt, en de belangen van alle crediteuren zullen er niet door gebaat worden.

Bij elk verschil van gevoelen de beslissing van den Rechter-commissaris in te roepen kost tijd en geld.

Beschouw den curator als een onpartijdig persoon, die verplicht is te zorgen dat de crediteuren zoo weinig mogelijk schade lijden, (er die plicht zal elk curator gevoelen), die beter dan eenig crediteur in staat is voor elks belangen te waken, die onder toezicht van den Rechter-commissaris werkt, en die, ook al zou de wetgever daaromtrent geheel zwijgen, toch voortdurend onder contrôle van alle schuldeischers staat, en de commissie is overbodig. Bij belangrijke boedels waar „fabrieken, plantages, schepen, belangrijke hoeveelheden „koopmansgoederen, of aanzienlijke bedragen aan handelsartikelen van weelde, zooals antiquiteiten, gouden en zilveren „werken, diamanten enz. enz. voorhanden zijn „ (1) zal de wijze van liquidatie van veel invloed kunnen zijn op het provenu. Waarom echter hierbij het advies der commissie van zoo groot nut zijn zal, zooals Mr. POLENAAR beweert, is niet duidelijk.

Ik zou ook daarvoor liever onpartijdige deskundigen kiezen, en ook hierbij kan weer een practisch voorbeeld dienst doen. In het faillissement van een commissionair in diamanten werd mij door drie verschillende crediteuren een onderhandsch bod gedaan voor een partij ruwe diamanten. De aangeboden prijzen liepen van f 800 tot f 1250; in publieke veiling bracht de partij ruim f 1600 op. Stel nu dat die drie crediteuren leden van de commissie waren geweest! Hoeveel nut hadden zij dan niet kunnen stichten!

Mr. POLENAAR noemt verder als reden van bestaan der commissie, dat de leden daarvan uit eigen oogen kunnen zien hoe het verlies ontstaan is en tot de kleinst mogelijke afmeting kan worden teruggebracht. Beide deze werkzaamheden behooren allereerst bij den curator; de crediteuren kunnen dikwerf zelve daaromtrent het noodige licht verschaffen. De oorzaken zijn in

(1) Mr. POLENAAR in zijn aangehaald geschrift, pag. 15.

den regel tegenspoed in zaken, verkwisting of wel 't ongemotiveerd verleenen van te groot crediet door diezelfde schuldeischers.

Dat de instelling tegemoet komt aan den wensch des handels, om meer invloed aan de schuldeischers toe te kennen, zooals de Rotterdamsche K. v. K. zegt, is mogelijk, al wordt de behoefte daaraan, blijkens de meening harer Amsterdamsche zuster, niet zoo algemeen gevoeld, en die wensch zelve niet voldoende gemotiveerd.

Het ontwerp geeft der commissie een vrij uitgebreide bevoegdheid en maakt den curator tot haar dienaar, maar elke waarborg ontbreekt dat die groote invloed op den gang van zaken ten voordeele der crediteuren zal strekken. Daardoor wordt de instelling veroordeeld; zij belemmert en zal eerder tot onbillijkheid en langeren duur van een faillissement aanleiding geven.

Een absoluut afkeurend oordeel wordt over de commissie uitgesproken ook door Mr. BOHL in zijn bekende vertaling van het Italiaansche Wetboek van Koophandel (1) » *Le système italien qui ne nomme qu'un seul syndic, favorise puisamment l'unité de l'administration... etc. Il est regrettable qu'on ait pour ainsi dire compromis ces avantages par la mesure d'origine allemande, qui établit une délégation des créanciers. Son intervention continue, loin d'être utile au syndic, entravera plutôt ses opérations.* Hierbij dient opgemerkt dat in het Ital. W. v. K. de commissie verplichtend is voor elk faillissement; het ontwerp gaat gelukkig zoover niet.

HET ACCOORD.

De aanneming van een accord wordt in het ontwerp minder gemakkelijk gemaakt dan thans het geval is, en terecht

(1) pag. 459,

Intusschen komt het mij voor dat enkele bepalingen wijziging behoeven.

In de eerste plaats het voorschrift van art. 153, 3^o dat de homologatie *moet* geweigerd worden, indien het accoord door begunstiging van een of meer der schuldeischers is tot stand gekomen. Deze bepaling sluit zich aan aan art. 345 W. v. Str., dat het sluipaccoord strafbaar stelt; beide voorschriften zijn m. i. verkeerd, omdat zij te absoluut zijn. Het is onjuist he z. g. sluipaccoord per se als onzedelijk te brandmerken, en ook hier heeft het ontwerp geen rekening gehouden met de praktijk.

De overweging dat hij, die ten gevolge van een sluipaccoord meer ontvangt dan zijn mede schuldeischers, dit meerdere *niet uit den boedel* ontvangt en derhalve eigenlijk niemand benadeeld wordt, schijnt ten onrechte weinig gewicht in den schaal te leggen. Men zoekt de argumenten dieper, en spreekt van "geschonden rechten" "vervalsching van de meerderheid" (Ontw. M. v. T. pag. 140).

Nu gaat het natuurlijk niet aan een overeenkomst door de strafwet veroordeeld als een speciaal zedelijke overeenkomst aan te merken, maar men heeft, ik zeide het reeds, hier geen rekening gehouden met de praktijk. Inderdaad kan een sluipaccoord in het belang van alle crediteuren zijn; de voorbeelden daarvan zijn talrijk. Stel b. v. het niet zelden voorkomende geval dat in kleine faillissementen een der crediteuren alleen meer dan een derde van het passief vertegenwoordigt; alle overige crediteuren zijn vóór het accoord. Waar is dan het onzedelijke te vinden als die eene crediteur door eenige meerdere voordeelen bewogen wordt vóór het accoord te stemmen? Een faillissement met zeven crediteuren, waarin ik curator was, gaf een passief aan van f790.—; één der crediteuren had f703.50 te vorderen, onder welk bedrag proceskosten begrepen waren. Was het nu tegen het belang der overige, alle voor het accoord stemmende crediteuren dat dien éénen voor zijn medewerking de toezegging werd gedaan dat die proceskosten ten volle

zouden worden voldaan? Immers neen! In dergelijke gevallen kan geen sprake zijn van « vervalsching der meerderheid ». En dergelijke voorbeelden, zoo talrijk in de praktijk, zijn tevens een bewijs dat onjuist is de bewering in de M. v. T. uitgesproken, als zouden het steeds de kleine pretenties zijn die met meer voldaan worden dan de grooteren. In het in den aanvang door mij genoemde faillissement waar de twee grootste crediteuren zich tegen het accoord verklaarden, zou, indien alle overigen vóór stemden het accoord aangenomen zijn; inderdaad waren alle overigen bereid dit te doen, doch werd één van hen later door die twee groote crediteuren overgehaald tegen te stemmen, terwijl zij dezen ten volle betaalden. Het gevolg was een insolventie die 40 pCt. opleverde, terwijl bij accoord veel meer betaald zou zijn. Hier dus een sluipaccoord ten nadeele van den gefailleerde en van alle overige crediteuren ten behoeve, niet van het belang der beide anderen, maar alleen van een soort wraakoefening. Inderdaad een schoone zedelijke handeling waartegen geen redres bestaan kan. Had omgekeerd de gefailleerde dien eenen crediteur, die slechts f 22 te vorderen had, volledige betaling toegezegd om zijn stem te verwerven, dan zou èn volgens de strafwet èn volgens het ontwerp de homologatie moeten geweigerd zijn en de misdadigers gestraft, en evenzeer wanneer die twee groote crediteuren door meerdere voordeelen tot vóórstemmen bewogen waren.

De wetgever wake in alle gestrengheid tegen bedrog, maar straffe niet onnoodig; die straf is te minder noodig omdat niet altijd de gefailleerde de schuld is van zijn minder solvabelen toestand, maar dikwerf, ik zeide het reeds, de crediteuren zelven daartoe hebben medegewerkt. Daarenboven is het onjuist dat de stem voor of tegen het accoord voor elk crediteur afzonderlijk wordt bepaald door het gemeenschappelijk belang; alleen en uitsluitend meerdere of mindere genegenheid ten aanzien van den gefailleerde is ten deze beslissend. Een drogreden is het te beweren dat door de omgekochte stem, ook

anderen, die niet beoordeeld worden, bewogen worden vóór het accoord te stemmen. Het is toch hoogst zeldzaam dat een crediteur zijn eigen belang door een der anderen laat bepalen; en bovendien, ook in dergelijk geval behoeft zoodanig sluipaccoord niet per se veroordeeld te worden.

De wetgever late daarom den Rechter de meest mogelijke vrijheid; de homologatie kan ambtshalve en ook op andere gronden dan in art. 153 O. genoemd geweigerd worden. Welnu men late het gebiedend voorschrift van art. 153, 3^o ten aanzien der sluipaccorden vervallen, en de Rechtbank zal dan de homologatie weigeren indien haar werkelijk blijkt van gepleegd bedrog, van werkelijke beoordeeling van één ten nadeele van anderen. Een wijziging van art. 145 W. v. Str. zou dan noodzakelijk zijn; de bepaalde straf zou alleen toegepast moeten worden, wanneer op grond van het sluipaccoord de homologatie geweigerd wordt. Hieraan is dan tevens het voordeel verbonden, dat niemand zijn scherpzinnigheid behoeft te bezigen om de strenge bepalingen te ontduiken.

De *paritas creditorum* moet niet te streng worden volgehouden; dit kan onbillijk zijn, en die *paritas* bestaat dikwijls inderdaad niet, wanneer men hieronder verstaan wil gelijkheid van belangen of rechten. Hij die jaren lang goederen verkoopt aan iemand die ten slotte faillieert en alleen voor een enkele leverantie schade lijdt, is minder te beklagen dan hij, wien dit reeds bij zijn eerste transactie met den gefailleerde treft. De eerste verliest weinig of niets tengevolge van de vroeger gemaakte winsten, terwijl het verschijnsel niet zeldzaam is, dat ten aanzien van minder solvabele afnemers, de koopprijs hooger wordt gesteld, en die verhooging als voorwaarde wordt gesteld voor een zeker crediet dat wellicht elders niet te bekomen is. Hij die reeds dadelijk „er in loopt“ lijdt meer schade, heeft meer belangen; hem te beoordeelen, hem meerdere procenten uit te keeren, is niet absoluut onzedelijk te noemen.

Al deze overwegingen moeten m. i. bij een nieuwe wetge-

ving, waarin rekening gehouden moet worden met de behoefte van het verkeer, en de ervaring van de practijk, gewicht in den schaal leggen.

Een belangrijke verbetering geeft art. 140, volgens hetwelk de curator schriftelijk advies moet uitbrengen over het aangeboden accoord. Thans toch is de curator in dit opzicht geheel lijdelijk, en heeft hij niets te doen dan later te verklaren dat de gelden voor het accoord benoodigd, in zijn handen zijn gestort. Hij kan echter de aanneming niet verhinderen. Zelfs heb ik een accoord van 40 pCt. zien aannemen en homologeeren ofschoon toen nog geen mogelijkheid bestond te voorzien hoe groot het actief zou worden. Dit actief moest voortkomen uit den verkoop van een huis, en bracht veel meer op dan de 40 pCt.; niemand verzette zich echter en de gefailleerde hield een saldo voor zich over.

Minder juist komt mij voor art. 147; „latere veranderingen in het getal der schuldeischers of in het bedrag der schuld-
 „vorderingen hebben geen invloed op de geldigheid van de
 „aanneming of verwerping van het accoord.“ Volgens de M. v. T. is dit „een bepaling aan het Ital. IIwb. ontleend
 „waarvan de billijkheid geen betoog behoeft. Het tegendeel zou
 „elk accoord op losse schroeven stellen en de grootste onze-
 „kerheid in het leven roepen.“ Het is mij niet mogen gelukken de billijkheid in dit art. te vinden; ik zie er slechts in een knoop doorhakken op de meest onbillijke wijze. Een aantal personen kunnen meestemmen, terwijl later kan blijken dat zij daartoe niet 't recht hadden, en dus ten onrechte hebben invloed geoeffend op den uitslag der stemming. Dit is te meer af te keuren nu de Rechter-Commissaris zelfs betwiste vorderingen voorwaardelijk kan toelaten. Niet onbekend is het geval van den crediteur die zich in het faillissement van den borg laat verifiëren, terwijl daarna, doch voor de stemming over het accoord, de hoofdebiteur betaalt. De vordering

is geheel te niet gegaan, en desniettenstaande is er geen mogelijkheid de eenmaal geverifieerde vordering buiten effect te stellen. Hij stemt mede, stemt voor het accoord, en *door dien stem* wordt het accoord aangenomen. Onder onze tegenwoordige wetgeving zou wellicht met goed gevolg verzet tegen homologatie kunnen plaats hebben; het ontwerp beslist echter dit punt zoo kort en krachtig dat daarvan geen sprake meer kan zijn.

Ons W. v. K. huldigt een beter stelsel, door niet te laten stemmen over een accoord, eer vaststaat wie mee mag stemmen. Dat de afwikkeling van een faillissement daardoor zeer lang kan worden vertraagd is niet aan te bevelen; hierin kan echter worden voorzien door een speciale, korte wijze van procederen voor reenvooi-processen voor te schrijven, en ook op bestrijding van vorderingen door crediteuren toepasselijk te verklaren wat in art. 126 al. 2 voor betwisting door den gefailleerde is bepaald, nl. dat voor de betwisting gronden moeten worden aangevoerd. Wanneer dan daarenboven de beëdiging van vorderingen wordt behouden voor twijfelachtige gevallen, dan is art. 147 overbodig en heeft men de zekerheid, dat de stemming zoo zuiver mogelijk is. In het stelsel van het ontwerp dat slechts één verificatie-vergadering kent (behoudens de bijzondere gevallen) en verificatie toelaat van alle ingediende vorderingen die niet betwist worden, ook al zijn de crediteuren ter vergadering niet tegenwoordig, past art. 147 niet.

Of den gefailleerde al dan niet de bevoegdheid moet gegeven worden een tweede accoord aan te bieden kan verschillend beantwoord worden. De motieven voor de ontkennende beantwoording in art. 158 komen mij niet afdoende voor. Tegen het gevaar dat de gefailleerde het daardoor in zijn macht zou hebben de liquidatie eindeloos te rekken, kan gewaakt worden door die bevoegdheid slechts eenmaal, en wel op zeer korten termijn toe te staan. Evenmin is het altijd juist dat de gefailleerde de voorwaarden van het accoord tijdens de raadpleging

kan verbeteren; in den regel wordt er niet geraadpleegd maar slechts gestemd, terwijl meestal een derde de gelden voor het accoord verschaft, en derhalve alleen deze en niet de gefailleerde meer kan aanbieden. Evenmin is juist de argumentatie van het ontwerp (pag. 142) "het accoord dient om de schuldeischers gelegenheid te geven over de vraag wat zij verkiezen "minnelijke liquidatie of gerechtelijke. Die beslissing kan "slechts eens vallen." De vraag is niet: minnelijke of gerechtelijke, maar hoofdzakelijk komt het aan op de voorwaarden voor de minnelijke liquidatie. Over die eventueel gewijzigde voorwaarden nu, is een tweede beslissing zeer wel mogelijk.

Daarentegen is het zeer juist om, bij wijze van straf, geen gelegenheid te geven voor de aanbieding van een accoord, na heropening van het faillissement (art. 167 vlg.).

DE CURATOR.

In hoofdzaak blijft de curator in denzelfden toestand als thans, behoudens de voor hem dikwijls lastige inmenging van de vroeger besproken commissie uit de schuldeischers. Het ontwerp wijkt in hoofdzaak van het W. v. K. af, door als regel een rechtsgeleerde als curator te eischen, en niet meer aan crediteuren den (nooit toegepasten) voorkeur te geven. De kist met de verschillend werkende sloten behoeft hij niet meer te zoeken, zijn werk blijft overigens, uit den aard der zaak, ongeveer hetzelfde.

Volgens art. 80 al. 2, is de curator verplicht de vergaderingen van schuldeischers bij te wonen; ook thans zal het wel uitzondering blijven dat de curator niet verschijnt, al is het voorschrift van art. 818 W. v. K. niet zoo gebiedend. Een kleine bijvoeging ware hier echter wenschelijk; nl. de bepaling dat bij verhindering de curator zich kan laten vertegenwoordigen. Het is toch bij een onzer rechtbanken voor-

gekomen dat de curator ongesteld was, niet kon verschijnen en een zijner ambtgenooten had opgedragen op de tweede verificatie voor hem op te treden. De Rechter-commissaris, van oordeel dat een plaatsvervangend curator bij de wet niet bekend is, en te dien aanzien alleen persoonlijke dienstplicht kent, weigerde den ramplaçant te erkennen, en stelde de vergadering voor onbepaalden tijd uit. Omtrent dit punt bestaat dus in elk geval verschil van gevoelen, en is een voorziening derhalve noodig.

Omtrent de benoeming tot curator laat het ontwerp de meest mogelijke vrijheid aan de rechterlijke colleges. Bekend is het dat thans te dien aanzien verschillende stelsels gehuldigd worden. Sommige Rechtbanken benoemen, om eenigzins te voldoen aan art. 787, 2^o W. v. K., tot curator den procureur die het verzoek indient, waardoor het wel eens gebeurd is dat een debiteur niet failliet verklaard kon worden, omdat geen der practizijns, met het oog op het zeer kleine actief, lust gevoelde de betrekking van curator in dat faillissement op zich te nemen. Weer andere Rechtbanken doen juist het omgekeerde en benoemen nooit den aanvrager. Soms wordt acht geslagen op een aanbeveling van den aanvrager (wanneer daartoe gronden bestaan), soms ook weer is de aanbeveling het beste middel om den aanbevolene niet te doen benoemen. Gewezen Rechters van instructie geven dikwijls den voorkeur aan de waarnemende Griffiers die met hen gewerkt hebben; anderen gaan dezulken juist voorbij. Er zijn Rechtbanken waar de benoemingen geheel willekeurig geschieden, zoodat men soms eenige jaren geheel van zoodanige commissies verschoond blijft, en dan weer als 't ware overstelpt wordt, en de verdeling zeer ongelijk geschiedt, terwijl eindelijk andere Rechtbanken den rooster volgen, en elk op zijn beurt tot curator wordt benoemd. Met eerbiediging van elk dezer opvattingen, die elk voor zich natuurlijk een goeden grond hebben, komt mij het laatste het meest billijke voor, te meer nu tengevolge van het geldende Wet-

boek van Strafvordering en de toepassing der bepalingen omtrent kosteloze verdediging, de onera aan het beroep verbonden over het algemeen vrij gelijk verdeeld worden. Bij belangrijke faillissementen kan naast hem die aan de beurt is, indien dit toevallig een jongere, minder ervaren lid van de balie is, een tweede curator benoemd worden.

Art. 2.

Art. 2 van het Ontwerp bepaalt o. a. dat, behalve de Rechtbank van de woonplaats van den debiteur, bevoegd is ook die waar het kantoor of ingeval van meer dan een kantoor, het hoofdkantoor, gehouden wordt, Indien tengevolge daarvan tegelijk de faillietverklaring door twee Rechtbanken wordt uitgesproken, dan wordt alleen gevolg gegeven aan die, uitgesproken door de Rechtbank van het kantoor (hoofdkantoor).

Dit artikel geeft een uitbreiding van het geldend recht, maar heeft m. i. vele gebreken; en juist de bepaling welke Rechtbanken in elk geval bevoegd zijn, is van het hoogste gewicht.

Er ontbreken bepalingen omtrent vennootschappen onder een firma; evenzeer omtrent de gevallen waarin verschillende kantoren bestaan, waarvan alle als „hoofdkantoor“ kunnen gelden. Er wordt wel gezegd dat aan het eene faillissement gevolg wordt gegeven, maar op welke wijze het andere buiten effect geraakt, op welke wijze dit geconstateerd wordt, wat de gevolgen er van zijn, — over dit alles geen woord.

Nu is er voor de uitbreiding door art. 2 gegeven veel te zeggen, vooral waar zoovelen hunne zaken drijven op een andere plaats dan waar zij wonen. De wensch, zoo dikwijls geuit, dat faillietverklaring mogelijk moest wezen op elke plaats waar de debiteur goederen heeft, wordt hier voor een goed deel

vervuld, maar de regeling is wel wat gebrekkig. »Mogelijke »conflicten worden voorkomen door de bepaling van het derde »lid krachtens hetwelk bij gelijktijdige faillietverklaring... het »vonnis van eerstbedoelde Rechtbank (i. e. van de woonplaats) »als niet gewezen wordt beschouwd» (M. v. T. pag. 51) maar juist dat »als niet gewezen beschouwd» geeft tot tal van moeilijkheden aanleiding.

Mr. POLENAAR geeft als redmiddel aan de hand dat bij meer dan een faillietverklaring de Hooge Raad zal beslissen welk vonnis van kracht blijft, terwijl intusschen de benoemde curators elk tot handelen bevoegd zullen blijven, natuurlijk zooveel mogelijk in gemeen overleg. (1) Die oplossing, zij moge wat omslachtig zijn, komt mij goed gekozen voor; alleen ware het beter niet te spreken van een voorkeur voor het vonnis der plaats waar kantoor of hoofdkantoor wordt gehouden; de H. R. moet ten dien aanzien vrij wezen. Trouwens die voorkeur ook in het Ontwerp aan kantoren gegeven is niet gerechtvaardigd; dat ter plaatse waar het kantoor gehouden wordt de meeste of grootste crediteuren wonen is gewoonlijk niet het geval. Er zou wellicht meer te zeggen zijn voor een voorkeur aan de woonplaats des gefailleerden, omdat dan beter toezicht kan uitgeoefend worden.

Ten aanzien van een vennootschap onder een firma dienen bevoegd verklaard te worden de Rechtbanken der woonplaatsen van elk der vennoten en van de kantoren, terwijl bij meer dan een faillietverklaring op denzelfden dag de H. R. zou moeten beslissen.

Het spreekt van zelf dat zoolang de H. R. geen beslissing heeft genomen, de curators niets meer zullen mogen verrichten dan strikt noodig is, en dat geen verificatie-vergaderingen kunnen plaats hebben. Wordt na de aanwijzing door den H. R. de curator van het buiten effect gestelde faillissement niet

(1) Zie Mr. POLENAAR pag. 43.

bevestigd, dan behooren hem natuurlijk de gemaakte kosten terugbetaald te worden. De schuldeischer die het buiten effect gesteld faillissement heeft uitgelokt, zal voor zijne kosten geverifieerd moeten worden.

Ter voorkoming van chicanes en excepties komt mij voor dat de bevoegdheid tot faillietverklaring zoo ruim mogelijk moet wezen, zonder uitsluiting en zonder voorkeur; hij die een faillissement verzoekt ter plaatse waar de debiteur woont, heeft een grond om die Rechtbank te kiezen, en mag niet afgewezen worden alleen omdat een andere Rechtbank (van kantoren) evenzeer bevoegd is. Een behoorlijke regeling ingeval van twee faillietverklaringen sluite daarbij aan.

Over de vraag welk faillissement van kracht moet blijven als twee of meer niet op denzelfden dag, maar twee dagen na elkander worden uitgesproken, kan m. i. geen twijfel bestaan. Het eerste moet dan blijven bestaan. Dit is zoo duidelijk dat de wet het niet behoeft te zeggen, en mag het verwondering wekken dat Mr. POLENAAR hiervan een vraag maakt, en die vraag ongelukkig oplost door van „op denzelfden dag” te maken „gelijktijdig”. (1)

Na het voorafgaande wensch ik te besluiten met de volgende amendementen:

Art. 2.

1^o. *Al.* 2. Indien hij een beroep of bedrijf uitoefent, is de Arrondissements Rechtbank binnen welker gebied hij kantoor houdt, mede bevoegd. Bij het bestaan van meer dan één kantoor zijn de Rechtbanken van elk dier kantoren gelijk bevoegd.

Al. 3. vervalt, en achter al. 2 een nieuwe.

2^o. *Al.* 3. Ten aanzien van een vennootschap onder een firma zijn bevoegd de Rechtbanken binnen welker gebied

(1) pag. 43, art. 12.

elk der beheerende vennoten woont en die binnen welker gebied een kantoor der vennootschap gevestigd is.

3°. Na art. 12 een nieuw artikel: (hierbij volg ik in hoofdzaak het denkbeeld van Mr. POLENAAR), ter vervanging van art. 2, al. 3 ontw.

Indien het faillissement van denzelfden schuldenaar op denzelfden dag door verschillende rechtscolleges is uitgesproken zal de afwikkeling van het faillissement worden gestaakt totdat de Hoogen Raad zal hebben beslist aan welk faillissement gevolg zal worden gegeven. De benoemde curators zullen voor de bewaring der baten van den boedel zorg dragen en alleen zoodanige handelingen mogen verrichten, zooveel mogelijk in onderling overleg, die in het belang van den boedel geen uitstel kunnen lijden.

Elk der curatoren is verplicht na kennisneming van het bestaan van meer dan één faillissement, binnen drie dagen nadat geen voorziening meer tegen de faillietverklaring kan geschieden, bij request de beslissing van den Hoogen Raad te vragen. De ten deze nalatige curator zal zijn bediening verliezen, ook al wordt het faillissement, waarin hij benoemd was, gehandhaafd.

De Hooge Raad beslist, na het O. M. gehoord te hebben met den meesten spoed. Van die beslissing wordt onmiddelijk door den Griffier bij den Hoogen Raad mededeeling gedaan aan de Griffiers der betrokken Rechtbanken en aan de benoemde curators.

De aangewezen Rechtbank beslist binnen drie dagen na bekomen kennisgeving, of ook de in het buiten effect gestelde faillissement benoemde curator zijn betrekking zal behouden, en benoemt tevens, in het geval van al. 3 een anderen curator.

De kosten door den niet bevestigden curator gemaakt, worden hem na aflegging van rekening en verantwoording door den curator te goed gedaan.

Art. 13.

40. *Al. 2* Vervalt;
50. Achter al. 1 een nieuwe al. 2, luidende:
 De curators worden bij voorkeur gekozen uit de advocaten en procureurs bij de verschillende rechterlijke colleges ingeschreven. De benoeming zal geschieden naar de volgorde waarin de ingeschrevenen op het tableau voorkomen.
60. In art. 14 vervallen de woorden:
*„alsmede van naam beroep en woonplaats of kantoor van
 „ieder lid der commissie uit de schuldeischers zoo er een
 „benoemd is. „*
 en achter *„curators „* te plaatsen het woord *„en „*.
70. In art. 16 in plaats van de woorden:
„de commissie uit de schuldeischers: zoo die er is „ te lezen: *„den curator „*.
80. In art. 69 vervallen de woorden *„de commissie uit hun midden benoemd „*: evenzoo in art. 73, en in art. 72 de woorden *„of de niet in achtneming van de bepalingen vervat in de artikelen 78 en 79. „*
90. Vervallen de artikelen 74—79.
100. Vervallen de woorden betrekking hebbende op de commissie uit de schuldeischers in de artt. 84, 94, 98, 104, 139, 140, 141, 167 en 175.
110. Art. 98 te lezen als volgt:
 De curator is bevoegd, onder goedkeuring van den Rechter-Commissaris, het bedrijf van den gefailleerde voort te zetten.
120. Art. 119: aan het slot van al. 1 toe te voegen: *„De
 „curator of elk der schuldeischers is bevoegd de beëediging
 „eener vordering te vragen.
 en tusschen al. 2 en 3 een nieuwe alinea te voegen:
 „Betwisting waarvoor geen gronden worden opgegeven
 „of welke niet de geheele vordering omvat en toch niet
 „uitdrukkelijk aanwijst welk deel wordt betwist, wordt
 „niet als betwisting aangemerkt. „*

en als gevolg hiervan :

In art. 126: voor de 2de alinea te lezen :

„Het derde lid van art. 119 is ook hier toepasselijk.“

13°. Na art. 122 een nieuw artikel, luidende:

„Het geding wordt gevoerd op de wijze en met in-
 „aachtneming van de termijnen en formaliteiten bij art. 137
 „van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorge-
 „schreven. Een bloote ontkenenis van het vorderings-
 „recht, door dengene die betwist, zonder opgave van
 „gronden, wordt niet als betwisting aangemerkt, De
 „Rechtbank zal in dit geval onmiddellijk den eisch toe-
 „wijzen: hooger beroep of cassatie is alsdan niet ontvankelijk.

„De verweerder kan niet inroepen de bepaling van
 „art. 152 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

„Wanneer een der partijen gebruik wil maken van de
 „art. 237 vlg. van het Wetboek van Burgerlijke rechts-
 „vordering, zal het verzoek daartoe gedaan worden bij
 „gewone conclusie zonder dat een verzoekschrift of be-
 „teekening vereischt wordt.“

„Indien partijen of een van haar mondelinge toelichting
 „wenschen, wordt daartoe onmiddellijk na het wisselen der
 „conclusies gelegenheid gegeven.“

14°. Art. 141 aldus te lezen :

„De raadpleging en beslissing worden tot een volgende
 „door den Rechter-commissaris te bepalen vergadering
 „uitgesteld :

1°. Indien het ontwerp van aceoord niet tijdig ter
 „griffie is neergelegd.

2°, „indien omtrent de toelating van een of meer
 „schuldvorderingen, of een beweerden voorrang, een ge-
 „geschil aanhangig is.

15°, Art. 147 vervalt.

16°. In art. 153, 3° vervallen de woorden :

„door begunstiging van een of meer schuldeischers“

17°. Art. 158 aldus te lezen :

„Na verwerping of weigering van de homologatie van
 „het accoord kan de gefailleerde een tweede accoord aan-
 „bieden (behalve in het geval van art. 153, 3°) mits
 „hij daartoe het verlangen binnen vijf dagen daarna aan
 „den curator mededeelt. Uiterlijk tien dagen daarna wordt
 „een vergadering gehouden, waarin over dit accoord be-
 „slust wordt, tot welke vergadering de schuldeischers
 „door den curator worden opgeroepen bij brieven vermel-
 „dende den inhoud van het accoord. Wordt ook dit ac-
 „coord verworpen of de homologatie geweigerd, dan kan
 „geen nieuw accoord meer worden aangeboden.

Indien deze amendementen genade konden vinden bij onze wetgevende macht, zou het door het ontwerp in hoofdzaak beoogde doel reeds bereikt zijn, nl. behoorlijke behartiging van de belangen van alle belanghebbenden. Ook zonder commissie uit de schuldeischers, en zonder de al te gestrenge bepalingen ten aanzien van den gefailleerde, zal de wijze waarop het ontwerp de behandeling van het faillissement voorstelt, zeker leiden tot een beteren toestand dan thans. Dit doel wordt niet bereikt door bemoeijking van den curator en den gefailleerde, maar in de eerste plaats door meerdere rechtszekerheid te verschaffen en een snelle afwikkeling van een faillissement mogelijk te maken. Vooral ten aanzien van het eerste is het ontwerp uitmuntend geslaagd.

Ten opzichte van de surséance van betaling wensch ik geen opmerkingen te maken; wat daarin te verbeteren is, heeft het ontwerp op uitstekende wijze gedaan. Deze zoo zelden voorkomende instelling, waarvan velen het nut betwisten, bestaat eigenlijk alleen ten dienste van grootere industriele zaken, voor welke een onmiddellijk faillissement een ramp zou kunnen wezen.

De instelling zelve zal daarom wel steeds weinig toepassing vinden; ik heb dan ook uitsluitend het faillissement besproken als van het meest practische belang. Mochten bij een, naar ik hoop, spoedige behandeling van het ontwerp door de wetgevende macht, mijne bedenkingen geheel of ten deele gedeeld worden, dan zal het mij een voldoening zijn eenigermate te hebben medegewerkt tot een behoorlijke regeling van een zoo belangrijk onderwerp.

Mr. LOD. S. BOAS.

Amsterdam Mei 1891.

V A R I A.

*Congrès international d'agriculture à la Haye en 1891.
Section V^e Economie Rurale. a. Les Rapports entre
le propriétaire et l'exploitant du sol. Contrat de bail
à ferme et de métayage. Rapporteur: J. Baron d'AULNIS
DE BOUROUILL, docteur en droit et professeur d'éco-
nomie politique à l'Université d'Utrecht.*

Dans les pays d'ancienne civilisation, notamment dans l'Europe occidentale, l'agriculteur, s'il veut faire face à la concurrence des nouveaux pays, doit s'émanciper de la simple routine. Il est obligé d'appliquer à la terre le capital et le travail dans une mesure inconnue autrefois. Voilà son seul moyen d'augmenter les produits et d'en améliorer la qualité. La grande variété des produits, l'achat des semences des machines, et des engrais, tout cela exige en lui des connaissances approfondies. Pour qu'il vende avec succès ses produits sur des marchés prochains ou éloignés, il faut qu'il s'entende au commerce. Ses risques, il est vrai, sont en quelque sorte diminués. Ceux des épizooties et des inondations, grâce au progrès de l'hygiène et de l'art des ingénieurs, ne le menacent plus autant qu'autrefois. On peut même dire que les oscillations des prix sont devenues moindres. Mais les intempéries sont restées. Les risques de la production se sont accrus à cause des plus grandes exigences quant à la qualité. L'application de capitaux comporte la chance de les perdre; elle ne porte des fruits que quand elle se fait avec prudence avec l'appui d'un travail assidu et d'une surveillance scrupuleuse.

Jusqu'à quel point le contrat de Fermage („bail à ferme", art. 1711 du Code Civil français) favorise-t-il l'agriculture

intensive? Le propriétaire partage-t-il équitablement les risques du fermier?

Je vais traiter ces deux questions.

§ 1. *Le bail à ferme et la culture intensive.*

Le fermage est, au point de vue économique, une association entre le propriétaire et l'exploitant. Le premier possède la terre avec tout ce qui y est attaché à perpétuelle demeure; le second possède le capital d'exploitation et le travail. En général cette combinaison est heureuse. Elle compense cet inconvénient que bien souvent le propriétaire ne possède ni l'occasion, ni l'envie ni les connaissances nécessaires pour exploiter lui-même; tandis que de l'autre côté l'agriculteur peut vouer plus exclusivement et en plus large mesure son capital à l'exploitation du sol. Cependant ce contrat paraît avoir un revers important. La terre est un agent de production d'une nature très-complicée. Les qualités naturelles et indestructibles y jouent un moindre rôle, que beaucoup de personnes ne le croient. Le sol peut être détérioré, épuisé; les constructions peuvent être négligées; les mauvaises herbes peuvent prendre le dessus. Vers la fin de son bail le fermier n'a aucun intérêt à l'amélioration de l'héritage, bien plutôt intérêt à une grande production momentanée, fût-ce au dépens de la force productrice. Il n'est pas certain que son bail sera prolongé; pourquoi dépensera-t-il son capital et son travail au profit de son successeur?

La question, comment il faut remédier à ce défaut, a soulevé mainte discussion et a attiré les soins des législateurs. En 1875 l'Angleterre s'est donné une loi „pour amender la législation relative aux locations agricoles”. („*The agricultural holdings act (England) 1875*”), modifiée dans quelques parties essentielles par une loi du même nom du 25 Août 1883. Au Congrès

international d'agriculture, tenu à Paris du 4 au 11 Juillet 1889, cette question a soulevé un grand débat. Les sociétés agricoles de la France se sont prononcées à diverses occasions sur ce sujet, sans se mettre d'accord toutefois. Il y a eu des propositions de loi à la Chambre des Députés française. Mais jusqu'à ce moment l'Europe continentale n'a pu prendre des mesures, qui sur ce point protègent suffisamment les intérêts de la production.

A une séance de la Société hollandaise de Statistique (tenue à Rotterdam en 1889) on a nié qu'il y a ici une lacune dans la loi civile: le fermier sortant, qui a amélioré l'héritage rural, doit être considéré, a-t-on dit, comme gérant des affaires d'autrui, et comme tel il a droit à l'indemnité, selon art. 1375 du Code civil français (correspondant à art. 1393 du Code Civil hollandais): «Le maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.» La jurisprudence cependant ne partage pas cette opinion. Et pour cause. Le fermier n'a pas volonté de gérer les affaires d'autrui (*animus aliena negotia gerendi*); c'est sa propre affaire, qu'il soigne. Si à la fin du bail le sol se trouve en meilleure condition qu'au commencement, ce bénéfice du propriétaire n'a pas été le but du fermier mais il est la conséquence involontaire de son travail, le corollaire incidentel de la gestion pour lui-même. Pour établir l'obligation du propriétaire à payer l'indemnité, on ne peut même invoquer le principe que, en cas contraire, il serait enrichi *sans cause*. La célèbre règle, qu'on trouve dans le droit romain (Dig. Lib. I, tit, 17, § 206: «Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiolem») n'est pas admise dans nos lois comme fondement général des actions. Du reste cette règle est très vague; par

le mot *injuria* elle évite de donner une solution véritable, car il s'agit précisément de savoir si le propriétaire s'enrichit au dépens du *droit* du fermier.

Le défaut économique du contrat de fermage existe donc réellement. Vers la fin de chaque bail il y a des intérêts opposés d'abord au détriment du propriétaire, ensuite au détriment de la production. Ce manque d'harmonie se montre surtout là où, sous la pression de la concurrence, les prix de location se sont élevés à l'extrême. L'exploitant temporaire y prend facilement recours à l'éreintement du sol; en tous cas il s'abstient de l'améliorer.

Il y beaucoup de stipulations, par lesquelles le propriétaire peut venir à la rencontre de cet inconvénient. Il peut rendre la durée du bail (1) plus longue; il peut convenir sur la prolongation plus longtemps avant l'expiration du bail courant (2); il peut défendre par contrat les cultures épuisantes dans les dernières années; il peut s'efforcer à rendre le contrôle sur l'observance des stipulations plus efficace; il peut en venir plus généralement à des locations sous main et quitter autant que possible la pratique des locations publiques, parce que cette pratique fait rechercher plutôt de hauts prix que de bons

[1] Dans les Pays-Bas les baux à ferme des terres sans habitation („los land") se font souvent d'année à année; ceux des autres terres se font pour des temps très différents, variant pour la plupart entre 3 et 7 ans selon les différents modes de culture. Les baux d'une durée plus longue sont relativement assez exceptionnels; la province de Zélande paraît être la seule où les baux de 7, de 14 ou de 21 années sont de coutume. On trouve des données plus précises dans le Rapport de la Commission d'enquête agricole (Tome IV, p. 24 e 35) publié à la Haye, 1880.

En Angleterre et en Ecosse les baux durent souvent 19 années.

(2) Dans l'île d'Over Flakkée (Pays Bas) l'usage est de convenir sur la prolongation trois années avant la fin du bail courant. (M. C. J. H. van den Broek, *Vragen des Tijds*, Nov. 1889).

agriculteurs; il peut même favoriser l'idée de faire évaluer par expertise le prix à payer(1); mais tous ces expédients, de quelque importance qu'ils soient dans la pratique, doivent être confiés au jugement libre des parties. A cet égard le législateur, qui voudrait containdre les parties par des règles fixes et immuables, causerait bien vite de grands torts parce que la variété infinie des localités et des intérêts personnels n'admet pas une règle générale obligatoire. Une restriction du droit du propriétaire amènerait une dépréciation de la propriété elle-même, surtout de la petite propriété. Elle ferait hésiter davantage les capitalistes d'appliquer leurs capitaux à leurs terres, entraverait ainsi la culture intensive au lieu de favoriser la production. Ce que le législateur peut faire c'est d'enlever tout obstacle contre les améliorations de la part des fermiers, en veillant à ce que celui qui les effectue en tire lui-même le profit.

Ce principe est de toute justice. Seulement il est d'une application difficile. La loi anglaise de 1883 en offre la preuve.

Cependant avant d'analyser la loi anglaise, je mentionne encore une stipulation ingénieuse, imaginée par un agriculteur anglais, Lord Kames, dont voici le mécanisme(2): Le preneur qui, à l'expiration du bail, désire le renouveler, avertit le propriétaire, en lui offrant pour le nouveau bail une augmentation de tant pour cent sur l'ancien prix, et le contrat primitif a fixé le minimum de cette augmentation. Supposons par exemple qu'elle soit de 100 francs. Si le bailleur accepte

(1) En Frise on a recommandé vivement de faire fixer les loyers par des experts. Il n'y a cependant que très peu de propriétaires qui ont suivi ce conseil.

(2) Je fais la description de la clause de Lord Kames, comme je l'ai trouvée dans la Note sur les Baux à Ferme, que M. Albert Cazeneuve a présentée au Congrès agricole de Lille en 1886.

la proposition le bail est renouvelé et le fermage annuel nouveau est de 100 francs plus élevé que l'ancien. Si, au contraire, le bailleur trouve insuffisante l'offre qui lui est faite et ne peut arriver à s'entendre avec le fermier sur le quantum de l'augmentation, le bail n'est pas renouvelé, et à titre de dédommagement, la propriétaire doit payer au fermier sortant une somme égale à dix fois le montant de l'augmentation annuelle offerte par l'occupant, soit, dans l'exemple précédemment choisi, 1000 francs

Cette combinaison ne résout pas toutes les difficultés. Elle traite principalement des conditions d'un nouveau bail; les améliorations réalisées durant le bail en cours n'y gagnent une indemnité que par accident. Le propriétaire peut avoir des motifs sérieux pour ne pas prolonger le bail sans trouver insuffisante l'augmentation, que le fermier lui offre. Ce fermier peut être un paresseux, un négligent, adonné aux boissons alcooliques, qui s'achemine vers l'insolvabilité. Dans tous ces cas il n'y a pas de raison valable pour que le propriétaire paie au fermier un capital à cause de non-renouvellement de bail. L'offre du fermier d'augmenter le prix peut être une simple spéculation de sa part, sans être fondé sur quelque amélioration réalisée.

L'exemple de cette combinaison prouve de nouveau que les contrats libres ne protègent pas aisément l'intérêt du fermier à faire des améliorations. En Angleterre c'est le législateur qui a pris en main cet intérêt.

§ 2. *Analyse et critique de la loi anglaise.*

Il ne paraît pas juste d'imposer au propriétaire l'obligation de payer au fermier à la fin du bail une plus-value, qu'il n'a jamais désirée, qui peut-être même lui a été imposée. Les Romains disaient *nemini beneficium obtruditur*; de plus forte raison personne n'est obligé d'acheter un bénéfice. Le fermier

deviendrait créancier du propriétaire, c'est-à-dire en maint cas, de quelqu'un qui ne possède que cette terre, d'une veuve, d'un mineur, ou même d'un capitaliste, qui a engagé le reste de son capital dans d'autres affaires, desquelles il ne peut le retirer sans grave inconvénient. Dans tous ces cas la créance du fermier entraînerait l'expropriation du propriétaire. Le désir de laisser intact le droit de propriété a sans doute inspiré l'article 555 du Code Civil français (correspondant aux art. 658—660 du Code hollandais): «Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a le droit ou de les retenir, ou d'obliger le tiers à les enlever. Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est au frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. Si le propriétaire préfère conserver ces plantations, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur, que le fonds a pu recevoir. . . .» Ce même respect pour la propriété a obligé le législateur anglais à exiger pour les améliorations les plus importantes le consentement du bailleur. La loi anglaise les réunit en la liste suivante (1):

1. Construction ou agrandissement des bâtiments;
2. Formation de silos;
3. Etablissement de pâturages permanents;

(1) Voir la première liste annexée à la loi Anglaise de 1883. Au congrès international de Paris en 1889 on a voulu désigner les améliorations sus-nommées par un nom collectif: améliorations *foncières*, tandisqu'on réservait pour les autres le nom d'améliorations *culturelles* (comptes rendus, p. 325).

Nous allons nous servir de ces expressions, quoiqu'elles ne soient pas d'une parfaite exactitude.

4. D'oseraies;
5. De prairies inondées, et de travaux d'irrigation;
6. De jardins;
7. De routes et de ponts;
8. De canaux, d'étangs, de puits, de réservoirs, ou de toute autre construction destinée à employer l'eau comme force ou en nature;
9. De clôtures;
10. Plantation de houblon;
11. De verger, ou d'arbrisseaux à fruits;
12. Défrichement;
13. Changement de la nature de culture;
14. Construction de quais ou de digues contre les flots. Mais la loi anglaise n'exige pas de consentement pour les améliorations culturales, mentionnées dans les deux autres parties de la liste, savoir:
15. Le drainage. Pour ce travail le fermier doit faire une notification au landlord, et lui donner l'option d'achever le travail lui-même. L'art 4 prescrit: «Si le bailleur ne prend pas l'initiative ou s'il ne peut achever son entreprise en temps convenable, le tenancier sera libre d'exécuter le travail lui-même, et de réclamer en conséquence l'indemnité de la plus-value.»
16. Diffusion sur le sol d'os non dissous;
17. Chalement;
- 18, 19, 20 et 21. Marnage et emploi de matières analogues;
22. Emploi d'engrais artificiels ou autres, achetés;
23. Entretien sur la ferme de bétail, de moutons, de porcs et autres animaux non produits par la ferme.

Pour tous ces travaux le tenancier, entièrement libre, peut réclamer à la fin du bail une indemnité. Qu'est-ce qui a lieu si le propriétaire ne paie pas de suite? Le fermier (ou celui qui le paie et lui succède par conséquent dans son droit contre le propriétaire) obtient une inscription sur le fonds d'un capital,

portant intérêt ou annuités, fixés par jugement arbitral ou par jugement de la Cour de Comté. La conséquence du non-paiement n'est pas mentionnée dans la loi de 1883; je ne puis me figurer qu'elle soit autre que l'exécution du fonds, c'est à dire l'expropriation.

La seconde difficulté résulte de la nécessité d'évaluer les améliorations prétendues ou réelles, qui, étant incorporées dans le sol, sont invisibles et qui parfois sont d'une utilité contestable. La loi anglaise en confie l'estimation à des experts, sous réserve «que la plus-value ne comprendra pas ce qui ressort de la «fertilité naturelle du sol» (1). Inutile de dire que des questions de fait excessivement difficiles doivent se poser à des experts consciencieux. Ces experts, sont-ils exempts de préjugés? N'évaluent-ils pas trop bas les améliorations, qui se font d'après de nouvelles méthodes? La plus-value de la terre est le résultat non-seulement du travail ou du capital du tenancier, mais aussi des forces naturelles du sol; — comment distinguer ces divers éléments? Or, s'il y a une vérité incontestable, c'est que ces forces naturelles ne sont pas la propriété du fermier, mais celle du propriétaire (2).

Nous verrons tantôt que les difficultés de l'expertise, rencontrées autrefois en Prusse, n'ont pas été sans influence sur la législation prussienne d'aujourd'hui.

(1) Art. 1: „ . . . provided always that in estimating any improvement there shall not be taken into account as part of the „improvement made by the tenant what is justly due to the inherent „capabilities of the soil”.

(2) Cet argument est relevé par le duc d'Argyll: „Essay on the „commercial principles applicable to contracts for the hire of land”. Londres 1877, p. 30 en 31. Puis, il a joué un grand rôle au Parlement anglais. Le partage de la plus-value entière entre le propriétaire et le fermier sortant fut introduit dans la loi par un amendement de M. Michael Hicks-Beach, et étendu ensuite dans la Chambre des Pairs aux améliorations de toutes les trois classes. Comp. *Hansard's Parliamentary Debates*. discussions de 18 Juillet et 10 Août 1883.

La première loi anglaise, celle de 1875, avait reconnu expressément, en art. 54, la liberté des parties à faire des conventions, contraires à la loi. Aussitôt les propriétaires se mirent en garde contre les réclamations de leurs fermiers. En faisant de nouveaux contrats ils firent renoncer d'avance les fermiers à toute indemnité pour les améliorations, auxquelles les bailleurs n'auraient pas consenti. La loi suivante de 1883 a singulièrement modifié cette liberté des conventions. Elle établit (art. 55) que «tout contrat, accord, convention, par lequel le fermier renoncerait à son droit de demander une indemnité en raison d'améliorations agricoles (à l'exception d'un règlement d'indemnité amiable) sera sur ce chef nul, et de nul effet en droit et en équité.» Il reste cependant à croire que malgré cette disposition de la loi beaucoup de fermiers cherchent à obtenir le consentement du propriétaire. La loi a beau conférer des droits, elle ne peut supprimer la dépendance de fait, dans laquelle les tenanciers se trouvent. Le fermier, qui intente un procès pour ce qu'il a exécuté sans le consentement du landlord, ne trouvera pas aisément une nouvelle ferme.

La loi anglaise amène les parties à se démêler entre elles par des règlements à l'amiable: elle donne au fermier un droit très catégorique, mais l'exercice de ce droit rencontre des obstacles pratiques qui font souvent préférer une transaction (1). Cependant une telle loi peut-elle nous satisfaire? Si le fermier sortant ne cherche pas une nouvelle ferme, il n'aura aucun motif pour modérer ses réclamations. On se plaint en Angleterre des exigences des tenanciers sortants, et des hautes indemnités, accordées par les arbitres. La longueur et l'issue incertaine du procès offrent une difficulté pour chacune des deux parties: qu'on cherche à éviter ces procès est une preuve que la loi elle-même n'est pas satisfaisante. L'inscription, que le fermier

(1) Voir le rapport de M. N. G. Pierson à la séance de la Société hollandaise de Statistique (Rotterdam 1889), publié dans les „Bijdragen van het Statistisch Instituut”, no. 2, 1889, p. LXXII.

sortant obtient sur le fonds, est probablement une source de complications futures. En somme la distinction entre les améliorations foncières et culturelles apparaît en maint cas comme arbitraire.

§ 3. *Système à adopter.*

Une loi semblable à celle de l'Angleterre est-elle désirable sur le continent? Précisons les faits. Malgré la lacune apparente du contrat de fermage quant à son effet économique nous rencontrons en France, en Belgique et dans les Pays-Bas un fait surprenant. Les terres, exploitées directement par le propriétaire, ne paraissent être à la longue aucunement en meilleur état que les terres données à ferme. Invitez un connaisseur à parcourir les provinces et les champs, demandez lui de désigner les terres en fermage et celles en exploitation directe, bientôt il avouera que la différence n'est pas visible (1). C'est que les héritages ruraux, exploités par le propriétaire, malgré les soins plus actifs et continuels, ne profitent pas de l'association heureuse des capitaux de deux parties intéressées; chez le propriétaire-exploitant le capital d'exploitation fait souvent défaut. En second lieu les améliorations culturelles sont d'un effet passager et temporaire: le bénéfice s'épuise par la production plus

(1) Bulletin des séances de la Société nationale d'agriculture de France, Année 1891, no. 3, p. 193: „Pourtant nos plus riches contrées nous démontrent qu'il s'en faut de beaucoup que le fermage „soit incompatible avec la culture améliorante, puisque nulle part „ailleurs que dans ces contrées, la terre ne se couvre de récoltes plus „abondantes et ne s'exploite par des cultivateurs plus habiles”.

Dr. de Jager (*Sociaal Weekblad*, 2 Mei 1891) nie pour la Frise la possibilité de voir la différence entre les terres de fermage et de faire-valoir direct. M. C. J. H. van den Broek (*Vragen des Tijds*, Nov. 1889, p. 126) croit que faisant exception pour les cas tout à fait extraordinaires, on ne peut distinguer sur l'île d'Over Flakkée (Pays Bas) les terres de fermage et celles d'exploitation directe, même où ces divers modes d'exploitation sont continués depuis des siècles.

abondante elle-même et en outre par le cours du temps. Même ce qui paraît être le plus durable, les améliorations foncières, les constructions, les plantations, elles aussi vieillissent, s'amoin-drissent, deviennent superflues par de nouvelles méthodes ou perdent leur utilité parce qu'elles ne pourvoient plus à des exigences plus récentes. Le contrat de fermage semble donc ne pas nuire à la situation agricole, prise dans son ensemble. C'est plutôt à la production qu'il porte atteinte, quoique seulement au commencement de chaque nouveau bail, donc d'une manière passagère et intermittente.

En Angleterre, où les intérêts multiples, que nous comprenons dans l'idée de Propriété, sont souvent divisés entre plusieurs personnes ayant diverses qualités juridiques, la nécessité de pousser les fermiers à des améliorations paraît avoir été très impérieuse. Chez nous les propriétaires, étant presque toujours les intéressés exclusifs, en réalisent déjà beaucoup. Néanmoins c'est aussi chez nous que le défaut économique du contrat de fermage cause du tort à la production. Si la loi peut prévenir ce tort, en stimulant l'esprit d'entreprise du fermier même vers la fin du bail, l'intérêt général y trouvera un bénéfice.

Pour satisfaire aux besoins économiques autant qu'à la justice, il faut suivre la nature des faits. Par l'amélioration le fermier est devenu co-intéressé dans la terre d'autrui. C'est de son propre choix qu'il y a inséparablement incorporé son travail ou son capital; il ne serait donc pas juste de lui donner le droit d'exiger un capital de la bourse du propriétaire et de se soustraire ensuite aux aléas de l'exploitation. Qu'il reste associé au point de vue économique autant que son intérêt sera censé exister, c'est-à-dire autant que l'amélioration donnera un surcroît de production. Le seul moyen équitable de le faire jouir de ce surcroît sera de lui assigner temporairement une rente. Et comme le surcroît est dû en partie aux forces naturelles de la terre, cette rente ne devra être qu'un quote-part de la plus-value annuelle.

Voilà, je crois, des principes simples, qui se lient étroitement aux faits. Il devra s'agir d'une rente, à payer pour un temps défini soit par le propriétaire soit par le fermier entrant. Il faut choisir entre ces deux. Dans le Parlement Anglais, un seul député, M. Storer, paraît avoir eu l'idée de rendre le fermier entrant responsable de l'indemnité envers le fermier sortant. Mais son amendement, qui du reste était assez mal rédigé, fut retiré après une courte discussion (1). A la vérité, si l'on charge le fermier entrant de l'obligation de payer un *capital*, la combinaison rencontre des obstacles sérieux. Mais on peut le charger d'une rente pendant un temps défini à un titre analogue au fermage. C'est lui qui recueille le surcroît de production, dû au travail de son prédécesseur; donc, qu'il le paye annuellement à celui-ci.

Voyons maintenant ce système de plus près, et supposons que ce ne soit pas le propriétaire, mais le fermier entrant, qui par la loi sera chargé de la dite rente.

Quelle sera la position du rentier temporaire envers le propriétaire, envers le nouveau fermier et envers les créanciers hypothécaires?

Le fermier sortant n'aura aucun droit contre le propriétaire comme tel. Ayant droit à une rente, qui représente un quote-part du surcroît de production, il pourra seulement exiger la somme due de celui, qui lui succède dans la culture. Ici une difficulté surgit: les baux nouveaux pourront-ils se faire sans son consentement? Pour éviter des complications sérieuses, je refuserais au fermier sortant tout droit d'immixtion aux conditions du nouveau bail ou au choix du nouveau fermier: — il s'est mêlé des choses d'autrui, et l'équité exige qu'il prenne une place subalterne dans la gestion ultérieure. Il devra se contenter d'une créance annuelle envers tout nouvel exploitant, payable

(1) Comp. *Hansard's Parliamentary Debates*, le 6^{me} volume de la Session 1883, p. 1741.

à concurrence avec le propriétaire, à titre analogue à celui de fermage de manière que l'exploitant puisse se prévaloir du droit de remise dans les cas prévus par les articles 1769—1773 du Code Civil français (correspondants aux art. 1628—1631 du Code hollandais). Comme son droit sera par conséquent opposable aux tiers (1), il devra en faire inscription dans les registres publics.

Je m'imagine que dans la pratique le système fonctionnera comme suit. Supposons que le fermier sortant aura pris inscription pour une rente de 100 francs pendant cinq années. Le fermier entrant, sachant par le registre public qu'il est chargé de cette rente, donne pendant ce temps au propriétaire un prix de fermage, calculé selon la valeur annuelle de la ferme améliorée moins la rente. Par le fait qu'il succède dans la culture, il devient débiteur de son prédécesseur. Il est responsable sur tous ses biens; mais dans les cas fortuits ordinaires ou extraordinaires le créancier devra se soumettre à une remise sur la rente, ainsi que le propriétaire doit le faire selon la législation actuelle sur son prix de fermage.

Quant aux créanciers hypothécaires, il me paraît juste que le fermier sortant leur soit privilégié. Il est vrai que «l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué» (art. 2133 du code civil français, art. 1211 du code hollandais), mais il ne faut pas perdre de

(1) L'obligation entre le fermier sortant et les tiers, qui lui succèdent dans la culture, ne résulte pas d'une convention mais du fait de la succession (comparez art. 1370 Code Civil français). Une pareille cause d'obligation se trouve déjà reconnue dans art 1777 du Code Civil: „Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède „dans la culture, les logements convenables et autres facilités pour „les travaux de l'année suivante; et réciproquement le fermier entrant „doit procurer à celui qui sort, les logements convenables et autres „facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes „restant à faire.” Dans les actions, qui résultent de cet article, le propriétaire n'est pas partie.

vue, que les mêmes codes donnent au tiers-détenteur le droit de répéter des créanciers hypothécaires «ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de «l'amélioration» (art. 2175 du code français, art. 1251 du code hollandais). Aussi le fermier sortant pourra être privilégié à tout créancier, qui aura pris inscription après lui sans son consentement. L'effet de ce privilège sera que, en cas de vente par un créancier hypothécaire, le nouvel acquéreur obtiendra le fonds sans qu'il soit purgé de la rente.

Reste encore la question de l'expertise. Il va sans dire, que le juge, qui rendra le jugement, se fera éclairer par des experts. Faut-il lui imposer des règles sur la manière d'évaluer la plus-value, comme le fit la loi anglaise de 1875 (1)? La nouvelle loi de 1883 les a supprimées. Faut-il imposer des règles sur le partage de la plus-value entre le propriétaire et le fermier, comme dans la Chambre des députés français l'ont proposé le 7 Juin 1888 M. Le Souef *e. a.* ($\frac{1}{2}$ pour le propriétaire), et le 2 Avril 1889 M. Thellier ($\frac{1}{3}$ pour le propriétaire)? L'estimation de la plus-value totale restera toujours une question de fait assez difficile. Quant au temps aussi, pour lequel la rente doit être assignée, on devra choisir soit l'expertise dans chaque cas particulier soit une règle générale de la loi.

Si la loi confère au fermier sortant un droit équitable qui ne gêne pas le propriétaire, il n'y aura pas lieu à dévier du principe fondamental de notre loi civile, que les parties ont le droit de disposer de leurs intérêts privés comme bon leur semble, et que par conséquent le fermier pourra renoncer d'avance à toute indemnité.

(1) Art. 6 de la loi de 1875 considéra le bénéfice comme épuisé après l'expiration de 20 ans pour les améliorations de la première classe, de 7 ans pour celles de la seconde, et pour 3 ans pour celles de la troisième, et ordonna d'estimer le montant d'indemnité selon ces délais.

§ 4. *Droit civil prussien.*

Le droit civil prussien (allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten) contient les dispositions suivantes (Partie I, titre 21, § 280):

„Wegen Vergütung oder Zurücknahme gemachter Verbesserungen findet in der Regel eben das statt, was beim Nieszbrauche verordnet ist;“ § 281: „Doch kann der Pächter oder Miether den Verpächter oder Vermiether zur Einwilligung in zu machenden Verbesserungen in keinem Falle nöthigen . . .“; § 124: „Wegen Verbesserungen der zum Nieszbrauche eingeräumt gewesenen Sachen können der Nieszbraucher und dessen Erben nur in sofern Vergütung fordern als dieselben mit ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung des Eigenthümers gemacht worden.“ A défaut de ce consentement il n'a que le droit de reprise à la fin de la jouissance, pourvu que le fonds soit remis dans l'ancien état (§ 130 et § 131).

Ces dispositions péremptoires sont faites avec intention. Autrefois la pratique judiciaire en Prusse avait reconnu le droit du fermier sortant à une indemnité. Le jurisconsulte Suarez, qui a eu une large part dans la composition du droit civil prussien, a fait un mémoire (1), dans lequel il a énuméré les motifs qui ont fait supprimer ladite pratique: „elle contient une riche source pour des procès longs et couteux. On peut discuter bien longtemps sur la question si une amélioration prétendue en est une en réalité. L'estimation de la valeur par des experts est, comme toute autre évaluation, bien contestable. La compensation du prix dépensé, qui doit entrer en balance avec la valeur, est une nouvelle cause d'enquêtes amples et couteuses.“

(1) Voir le commentaire de Dr. C. F. Koch, *allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, Berlin 1870 Partie 1e, t. I. p. 783.

Il existe cependant une exception au principe qu'il n'y a droit à indemnité qu'en cas de consentement du propriétaire. L'usufruitier et le fermier peuvent suppléer au refus de consentement par un ordre du juge (§ 128) dans les circonstances mentionnées (Partie Ie, titre XVIII. § 238 et sqq) au sujet de *biens féodaux*, c'est à dire dans les cas, que les lois du pays ordonnent des améliorations. Ce qui est cependant à remarquer, parce qu'il s'y trouve une analogie avec le système que j'ai eu l'honneur de développer, c'est que dans ce cas le seigneur n'est obligé d'engager que les fruits de sa propriété et pour un temps défini (§ 239). Même quand le seigneur aura consenti à l'obligation, il y a présomption qu'il n'a pas engagé la substance de son droit féodal, mais seulement les fruits (§ 244).

De cette manière la loi prussienne a pris soin que le seigneur ne pût être exproprié par suite de dettes contractées pour payer des améliorations, auxquelles il n'aurait pas consenti.

§ 5. *Projets de loi en Angleterre et en Allemagne.*

Il y a eu deux propositions à la Chambre des Communes pour modifier les principes de la loi de 1883 sur les locations agricoles en Angleterre:

1^o. un projet de loi du 18 Février 1890 de M. Channing et de cinq autres membres. Il contient 20 articles et a pour but d'étendre les droits du fermier, en donnant droit à une indemnité non seulement au fermier *sortant*, mais également au fermier *restant* (*sitting tenant*) à chaque renouvellement du bail; ensuite en leur accordant cette indemnité même pour ces améliorations *foncières*, auxquelles le propriétaire n'aurait pas consenti, sauf notification préalable au propriétaire. Il veut même accorder l'indemnité là où il n'y a pas d'amélioration physique ou naturelle, mais où la culture a été meilleure que d'ordinaire (*cultivation of good husbandry in excess of the*

„standard of cultivation of good husbandry, which the tenant „was bound to maintain“). Il veut également supprimer la réserve, faite par la loi de 1883, que la partie de la plus-value, due aux qualités inhérentes du sol, doit rester au propriétaire.

2^o. Un autre projet de loi du 14 Février 1890, proposé par M. Seale Hayne et cinq autres membres, veut rendre les améliorations *foncières* indépendantes du consentement du propriétaire; il veut donner au propriétaire le droit de prévenir pendant le cours du bail par un ordre du juge tout fait, par lequel le fermier causerait dommage aux objets loués („to „restrain the tenant from doing any act which in the opinion „of the court would be injurious to the land and premises, „occupied by the tenant, or to the other land and premises „of the landlord“).

Le *Projet du Code Civil Allemand* ne contient aucune disposition sur les améliorations foncières ou culturales. Selon § 545 le fermier doit rendre l'héritage à la fin du bail dans un état de bonne culture (1). Si le fermier entrant a du payer l'inventaire, le § 544 lui donne à la fin du bail une indemnité pour l'augmentation de l'inventaire, sauf le droit du propriétaire de refuser les objets superflus ou trop chers. Le fermier recevra, selon § 547, également une indemnité pour l'augmentation des produits agricoles nécessaires à l'exploitation ultérieure (2). Le fermier, qui aura veillé aux intérêts du pro-

(1) § 545 : „... in demjenigen wirthschaftlichen Zustande... welcher „sich bei der Voraussetzung ergibt, dasz das Grundstück während „der ganzen Pachtzeit bis zur Rückgewähr nach landwirthschaftlichen „Regeln ordnungsmässig bewirtschaftet worden ist“.

(2) Le § 547 est analogue à l'art. 1778 du Code Civil français; ... „le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et les engrais de „l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance; et quand „même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir „suivant l'estimation.”

priétaire comme gérant des affaires d'autrui (*negotiorum gestor*, „Geschäftsführung ohne Auftrag“ § 532, 514, 749 et sqq. du Projet) sera indemnisé de même (§ 753). Mais pour le cas le plus important et le plus fréquent au point de vue économique la Commission de Rédaction s'exprime ainsi (1); „Le principe du projet comporte nécessairement que le fermier, qui rend le fonds dans un état amélioré, notamment avec un inventaire plus riche, n'a pas droit à une indemnité...“

§ 6. *Partage du risque. Contrat de métayage.*

Si l'on modifiait le contrat de fermage de telle sorte que le fermier eût droit aux fruits de son travail même après sa sortie; si en outre on amenait les parties à une pratique sage quant au mode d'allocation, au choix du fermier, à la périodicité des baux, au contrôle sur la culture, — le contrat ne laisserait-il plus rien à désirer?

Beaucoup de personnes affirment que le contrat de fermage, même chez les propriétaires les plus prudents, a des résultats fâcheux. Le fermier y reste grevé de tous les risques techniques et commerciaux de l'exploitation. Ces risques s'opposent, dit-on, à ce que le cultivateur s'engage pour un laps de temps assez long à payer au propriétaire un prix fixe, qui d'ordinaire est tellement élevé, qu'il n'y a pas de marge suffisante pour faire face aux déboires, que l'exploitation peut éprouver. La situation des fermiers serait d'autant plus fâcheuse que beaucoup de propriétaires ont la coutume de les faire renoncer d'avance à toute remise de prix à cause de cas fortuits ordinaires et extraordinaires (art. 1769—1772 Code Civil français; art. 1628—1632 du Code Civil hollandais). De là l'appauvrissement de la classe des fermiers. Leurs capitaux disparaissent dans

(1) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (amtliche Ausgabe) Tome II, p. 440, § 545.

une lutte désespérée contre le mouvement rétrograde des prix et dans l'âpre concurrence des jeunes laboureurs entre eux pour obtenir une ferme. Le penchant, d'ailleurs si heureux dans mainte circonstance de la vie de prendre au léger les mauvaises chances, menace incessamment le fermier de ruine, et l'agriculture de manque de capital.

C'est pourquoi on recommande le *contrat de métayage*, connu déjà chez les anciens et encore assez usité dans le Midi de la France, par lequel «le possesseur d'un héritage rural le remet pour un certain temps à un preneur, qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur» (1).

Le contrat, connu dans la province de Groningue (Pays Bas) sous le nom de «*beklemming*», est également recommandé. Le propriétaire donne son fonds en loyer fixe, perpétuel et héréditaire à un prix annuel tellement bas, que les cas de résiliation à cause de non-paiement sont excessivement rares. Le preneur («*beklemd meyer*») est censé avoir un droit direct sur le fonds; il peut céder ou louer ce droit à un autre. Le revenu du propriétaire s'augmente parfois, suivant les termes assez divers des contrats, de petits cadeaux en argent à l'occasion de mariage, de succession en ligne collatérale, etc. Son droit de propriété se fait sentir assez lourdement seulement en cas de changements matériels du fonds, par exemple la division en plusieurs exploitations ou le déblai. En ces cas son consentement est nécessaire, et souvent il le fait payer bien cher.

Pour dégrever le fermier des risques qu'il porte, la loi pourrait défendre de renoncer à la remise de prix dans les cas fortuits ordinaires et extraordinaires. La Commission d'enquête

(1) Je cite la définition, que donne art. 1 de la loi française du 18 Juillet 1889 sur le Code Rural (Titre IV). Article 2 ajoute :
 „ Les fruits et produits se partagent par moitié, s'il n'y a stipulation
 „ ou usage contraire. ”

agricole hollandaise a recommandé cette mesure (Rapport Tome IV, p. 31).

Dans toute cette matière la liberté des parties doit être respectée. Le bail à ferme est un contrat à forfait : le fermier se charge des risques et s'engage à un prix fixe. Or, pourquoi lui défendre un tel contrat ? Le commerce et l'industrie s'engagent journellement dans des contrats à forfait innombrables : l'assurance contre l'incendie, sur la vie, le prêt à intérêt, tout le crédit commercial repose sur l'idée que l'une des parties se charge des risques d'une entreprise. Pourquoi faire exception à l'égard du fermier ? La renonciation à la remise prévient les réclamations, plus ou moins fondées, mais certainement très fréquentes et désagréables. Bien fou serait le propriétaire, qui tout en étant convaincu que réellement un cas fortuit a mis le bon fermier hors d'état de payer, ferait résilier le bail et chercherait un autre exploitant. Aux contrats rigides se joint une pratique douce.

Laissant donc aux parties la liberté, dont elles jouissent sous la législation actuelle, je n'ose prédire qu'on imitera beaucoup le contrat de métayage ni celui de loyer fixe (*„beklemming“*). Le métayage ne coexiste, paraît-il, qu'avec une culture telle que le propriétaire puisse aisément surveiller si la motié des produits est réellement mise à sa disposition, et à des relations sociales simples (1). Aussi est il un obstacle

(1) M. Baudrillart, l'économiste distingué français vient de traiter la question du Métayage dans la Séance de la Société d'économie politique à Paris, du 6 Avril (Bulletin, p. 58 et sqq). Je cite le passage suivant de son discours : „la nature des récoltes dans les „parties du Midi (où le colonat partiaire existe) se prête commodement au partage. Les fruits comme ceux de l'olivier, de l'oranger, „du citronnier, de l'amandier et d'autres arbres de rapport ont notamment ce caractère. On aurait tort d'ailleurs de conclure que le „climat et les productions du Midi s'accomodent seuls à ce genre „d'exploitation. On le trouve en France sous toutes les latitudes. „Seulement il y a des contrées où il semble s'imposer plus que „dans d'autres“.

à la culture intensive, parce que le partage des fruits (revenu brut) fait hésiter chaque partie à appliquer au fonds son capital (1). Il n'existe plus dans les Pays-Bas, La commission de l'enquête agricole récente déclare (2): „La disparition du „colonat partiaire est depuis plusieurs années un fait avéré.” Le contrat à loyer fixe („beklemming”) est sans doute excellent pour les agriculteurs, pourvu que le prix de fermage soit bien bas. Voilà ce qui fait obstacle à sa popularité chez les propriétaires. En Groningue les prix de ces contrats ont été déterminés il y a très-longtemps, quelquefois il y a des siècles (3). Ils n'ont jamais été haussés malgré la dépréciation des métaux précieux et le progrès technique de l'agriculture. Inutile de dire, que les fermiers y ont trouvé leur avantage. Mais, comme leur droit peut être loué à d'autres personnes les exemples ne sont pas rares qu'ils deviennent simplement des personnes interposées entre le propriétaire et l'exploitant du sol, jouissant du bas prix fixe, qu'ils doivent au propriétaire, et laissant l'exploitation se faire par un fermier à bail périodique. L'agriculture va perdre l'avantage d'être exercée par des hommes, liés à leurs exploitations par des intérêts perpétuels.

QUESTIONNAIRE.

- I. Faut-il accorder au fermier sortant un droit d'indemnité en raison des améliorations, qu'il a réalisées?
- II. Cette indemnité doit-elle être

(1) On ne peut comparer sur les effets économiques du contrat de métayage W. Roscher, Nationalökonomik des Ackerbaues, § 60, et J. Stuart Mill, Principles of political economy, Livre II, chap. 8.

(2) Rapport, Tome IV, p. 30.

(3) Comparez la dissertation remarquable de M. de Ruiter Zylker: „Het contract van beklemming uit een staathuishoudkundig oogpunt „beschouwd”, Leide, 1861.

- a.* un capital?
ou *b.* une rente temporaire?
Si elle est une rente, doit elle être payée
a. par le propriétaire?
ou *b.* par celui qui succède au fermier sortant dans la culture, à titre analogue de bail à ferme?
- III. Doit-on faire une distinction entre les diverses améliorations, de la sorte que pour les plus importantes (savoir les améliorations foncières) le consentement du propriétaire soit nécessaire?
- IV. Faut-il partager la plus-value entre le propriétaire et le fermier? La loi devra-t-elle statuer sur ce partage par règle générale?
- V. Le fermier sortant sera t-il privilégié aux créanciers hypothécaires?
- VI. Ayant droit à une rente temporaire, le fermier sortant n'aura-t-il pas droit d'opposition contre les baux, que le propriétaire voudra faire avec les nouveaux exploitants?
- VII. Conservera-t-on à l'égard de l'indemnité le principe de la liberté des contrats?
- VIII. La loi devra-t-elle défendre au fermier de renoncer d'avance à la remise de prix en cas fortuits ordinaires et extraordinaires?
- IX. Le contrat de métayage est-il recommandable?

Ook in verband met de in dit nummer vermelde prijsvraag van het Utrechtsch Genootschap zullen de volgende beschouwingen omtrent de werking van het jurystelsel in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, overgenomen uit de North-American Review van Augustus 1891 wellicht eenige belangstelling kunnen wekken. Dit in ietwat abrupten stijl geschreven opstel luidt als volgt.

Het toeval staat op den drempel van het jury-stelsel, want de gezworenen worden aangewezen door het lot, zonder acht te slaan op hunne bekwaamheid om ingewikkelde quaesties van feitelijk aard te behandelen. Onwetendheid treedt in de voetstappen van het toeval, aangezien degene, die zich eene meening heeft gevormd omtrent zaken, die behooren tot „the topics of the day” aan wraking blootstaat.

Het stelsel haalt iemand uit zijn kantoor of winkel, zijn boerderij of molen, en brengt hem in een gerechtszaal om eene quaestie te beslissen op grond van bewijzen, geleverd in geschrifte of door getuigen. Aan zulk eene plaats niet gewend, verbaast hij zich over alles, wat om hem gebeurt. Is hij in eene stemming om te letten op en te beslissen eene quaestie, die wellicht de finantieele belangen van zijn buurman of het leven van zijn naaste betreft? Hij kan iemand zijn wiens tijd geld waard is; is het te verwachten dat zoo iemand gezette aandacht zal wijden aan de bewijsvoering, waar zijne gedachten afdwalen naar zijne zaken en hij zich ergert over zijn gevangenschap, welke voor hem groote schade kan opleveren? De meeningen der menschen hangen af van hun omgeving; zoodanig man is niet geschikt om verstandige en onpartijdige uitspraken te doen.

Sommigen zeggen, dat het algemeen welzijn moet gaan boven persoonlijk belang, en dat dus kundige lieden van zaken en juristen van beroep, die niemand zou trachten om te koopen, gezind behoorden te zijn om jurylid te wezen. Toestemmende dat dit het geval behoorde te zijn, mag men opmerken dat er verschil is tusschen hetgeen behoort te zijn en hetgeen is. Alle menschen behoorden zich goed te gedragen; dan zou er minder aanleiding zijn voor het benoemen van juries, maar zij doen het niet.

Wij beschouwen de zaak, zooals zij is en niet in het licht der verbeelding. Men geeft toe en betreurt dat de lieden, die het meest geschikt zijn om lid van eene jury te wezen, gewoon

zijn voorwendzelen tot verontschuldiging te opperen, welke de rechter voldoende pleegt te achten. Hun plaats wordt door ongeschikte lieden ingenomen. Al laat men het gevaar van omkoopning buiten rekening en al neemt men aan dat de juries worden gevormd uit personen, die niet hooger of lager staan dan de meesten, mag men verwachten dat zij rechtvaardige uitspraken zullen doen?

De aard van het stelsel zelf leidt tot een ontkenkend antwoord. Oorspronkelijk waren de processen zeer kort; één dag was misschien voldoende voor het langste, en de belangen, die op het spel stonden, waren van zeer beperkte beteekenis. Toen konden gewone menschen de zakelijke quaesties, waarop het aankwam, begrijpen en onthouden, althans totdat zij in de raadkamer waren gekomen. Tegenwoordig duren de processen maanden, zoodat, voordat zij geeindigd zijn, bijna alles wat gebeurde òf geheel vergeten is door de meerderheid van de juryleden, òf zoo verward is geworden, dat het hun onmogelijk is om de zaken te ontwarren.

Men ziet bij het onderzoek der zaak een jurylid nooit aantekening houden van hetgeen gebeurt. Hij moge niet gewoon zijn om talrijke feiten te memoriseeren, men rekent toch, dat hij in staat is gedurende weken of maanden in zijn geheugen te bewaren al wat de getuigen gezegd hebben — hetgeen eene tastbare onmogelijkheid is.

Daarenboven met de voortschrijdende beschaving komen er nieuwe en veranderde quaesties, van groote proportie, welke beslist behooren te worden niet door naar de oplossing te raden, maar door lieden, geoefend in de behandeling van belangrijke zaken en in het scheiden van hoofdzaken en bijzaken. Thans gaat het om millioenen, waar vroeger slechts quaestie was over honderden. Om al die geschillen te kunnen behandelen is meer noodig dan de opvoeding, verkregen in eene boerderij, in eene kolenmijn, een winkel of eene werkplaats. Men heeft menschen noodig die door de gewoonten van hun leven en van hun

denken het vermogen hebben verkregen beweringen te ontleden en juiste gevolgtrekkingen te maken, en die meer kunnen doen dan enkel raden. Lieden van dit slag worden niet gevonden — en men verwacht ook niet dat zij gevonden zullen worden — onder hen, die door het lot worden aangewezen.

Men onderstelt niet, dat eenig jurylid iets zal weten omtrent het geldende recht, maar toch, terwijl eene waarde van miljoenen gulden of misschien een menschenleven op het spel staat, eischt men dat hij het recht op de feiten zal toepassen en onbevoorreed als hij is, zijne lezing van de wet zal geven. Dat het lange en geleerde praeadvies van den rechter volkomen voor hem verloren moet gaan, is slechts al te duidelijk en bewijst de onzinnigheid van een stelsel, waarvan die adviezen een wezenlijk bestanddeel uitmaken.

Verwarring in recht en feiten is het gevolg. Men zou even goed twaalf menschen bij het bed van een zieke kunnen roepen, en hun kunnen opdragen om, nadat zij eene uiteenzetting der feiten uit den mond van den patient, de verpleegster en de familie, en het advies of eene lezing van den als rechter fungeerenden doctor gehoord hadden, te beslissen wat den patient scheelt, en den doctor in te lichten, die dan, evenals de rechter, de bij de uitspraak aangewezen medicijn moet toedienen.

Duizend zestien juryleden werden opgeroepen, en drie en vijftig dagen waren noodig, vóórdat een jury werd verkregen voor het proces over den moord van dr. Cronin te Chicago; het proces duurde honderd en zeven dagen, en kostte verbazend veel geld, terwijl acht lieden worden vervolgd op grond dat zij beproefd hebben die jury om te koopen.

De inwoners van New-Orleans wachtten eene maand op den affoop van het proces tegen de Mafia, en deden toen in vijftien minuten, wat de jury tengevolge van omkoopning of intimidatie niet had weten te doen.

Men kan van de stad Chicago niet vergen, dat zij haar tijd en geld bestede om een proces te voeren onder een stel-

sel, dat slechts strekt om nieuwe misdaden te doen ontstaan, waar beproefd wordt voor oude straffen op te leggen.

Men behoorde New-Orleans niet te dwingen om, tot verontwaardiging van de beschaafde wereld, misdaden met misdaden te vergelden, ten koste daarenboven van veel tijd en veel geld.

Maar verlies van tijd en geld zijn slechts bijzaken in vergelijking met de stuitendste onzinnigheid van het stelsel — den regel, welke de eenstemmigheid der juryleden vordert.

Hoe bezwaarlijk is het voor twee menschen van gelijke ontwikkeling om uit bepaalde feiten dezelfde conclusie te trekken! Hoeveel bezwaarlijker moet het zijn om twaalf personen van verschillende beroepen, gewoonten en graad van ontwikkeling samen te roepen met den eisch, dat zij zullen denken als één mensch!

Toen men begon de eenstemmigheid van twaalf menschen te vorderen, was de jury saamgesteld uit lieden, die de quaestie van nabij kenden en die enkel getuigen waren. De regel was, dat twaalf personen gevonden moest worden, die het eens waren over de zaak. Het was alleen te doen om een zeker quantum van bewijs. De moderne praktijk beperkt het aantal tot twaalf en maakt van de jury een machine. Waarom het getal twaalf? Waarom is twaalf beter dan zes? Waarom wordt eenstemmigheid gevorderd bij een jury, terwijl wij aan eene meerderheid van het wetgevend lichaam opdragen wetten vast te stellen, aan eene meerderheid van rechters in een hooggerechtshof die uit te leggen, en aan één persoon die uit te voeren? De eisch van eenstemmigheid geeft aanleiding tot vasthouden aan eigen meening, hetgeen weder leidt tot gebrek aan overeenstemming of tot een onverstandige uitspraak. Die eisch geeft aan één jurylid de macht om de uitkomsten van wekenlangen arbeid, verricht door de rechters, de praktizijns, de partijen, de gezworenen, de getuigen en door allen, die werkzaam zijn voor de bediening van het recht, waardeloos te maken. Voorts zet die eisch de deur open voor omkoopning, aangezien een van de twaalf juryleden gemakkelijker kan worden omgekocht dan een grooter aantal.

Wij gaan het feit voorbij, dat het stelsel een demoraliseerenden invloed moet hebben op de advocaten, en het gebruik van sofismen en chicanes aanmoedigt. Wij gaan ook voorbij de inconsequentie, welke gelegen is in een stelsel dat eene jury vergunt om eene uitspraak te doen en dan den rechter vergunt die uitspraak ter zijde te stellen. Maar wij vestigen de aandacht op een gevolg van het stelsel, hetwelk in onze dagen den grondslag zelf van elke regeering bedreigt. Het is de minachting, welke zekere juryleden kunnen hebben voor wetten, die in strijd zijn met hun persoonlijk belang of tegen welke zij een vooroordeel hebben. Vooral komen hier in aanmerking de wetten omtrent den sterken drank en omtrent de zondagsviering. Hoe schuldig de beklagde ook moge zijn, zelden zal een jury komen tot schuldigverklaring, en zoo schaft zij feitelijk de wet af tengevolge van het vooroordeel van misschien één persoon.

Laat diezelfde kwestie over aan den rechter, en men zal zien, dat deze de wet niet openlijk durft te vernietigen, onverschillig hoe hij over die wet moge denken. De persoonlijke verantwoordelijkheid der rechters en hun natuurlijke eerbied voor alle wetten leveren voldoende waarborg op, dat zij die behoorlijk zullen toepassen. Het zijn de minachting van sommige juryleden voor alle wetten, die hun niet bevallen, en het scherm dat het geheim der jurykamer omgeeft, welke het bestaan van dit misbruik mogelijk maken. Indien wetten onrechtvaardig zijn, zal hare strenge toepassing leiden tot afschaffing door het bevoegd gezag, maar zoolang zij bestaan, moet men niet toelaten dat de jury die een werktuig is dienende om de uitvoering te verzekeren, ze nutteloos maakt tengevolge van de plichtverzaking van een van de leden.

Waar sommige van de gebreken van het stelsel zijn aangezezen, is de vraag te verwachten, wat in de plaats daarvan behoort te komen? Het antwoord is: eene rechtbank, samengesteld uit een redelijk aantal rechters, drie of vijf, die voor

het leven hun ambt bekleeden en die niet door het volk gekozen, maar door de overheid aangesteld worden.

1^o. Er moet meer dan één rechter zijn, opdat ieder nut trekke uit van het inzicht zijner collega's en opdat elk vermoeden van begunstiging of vooroordeel worde gekeerd.

2^o. De aanstelling moet uitgaan van de overheid en de rechtbank moet niet worden samengesteld uit leden van ééne politieke partij, opdat de bediening der justitie gerake buiten de politiek en haren bedervenden invloed.

Sommigen vreezen, dat dit plan tot omkoopning aanleiding zou geven. Maar daarmee gepaard moeten gaan wetten, welke onderzoek van de handelingen van rechters, en ontzetting wegens ongeschiktheid mogelijk maken. Wanneer men de rechters goed betaalt, verwijdert men de sterkste beweegreden, welke de menschen voor omkoopning vatbaar maakt en plaatst men hen in eene positie, waarin zij meer onafhankelijk kunnen zijn van de publieke opinie.

Anderen meenen dat een collegie van rechters te zeer afgezonderd is van het dagelijksche leven om feitelijke quaesties met verstand te kunnen beslissen; zij schijnen te vergeten dat onze rechters in den regel zijn opgekomen uit de laagste rangen der maatschappij, en in persoonlijke aanraking zijn geweest met verschillende soorten van zaken. Het is niet een noodzakelijk gevolg van eene benoeming tot rechter, dat men zijn gezond verstand verliest. In plaats van minder competent te zijn dan eene steeds wisselende jury, zijn rechters geschikter om over de feiten te oordeelen, aangezien gevallen van gelijken of gelijksoortigen aard telkens voorkomen en dus langs den weg der ervaring hunne kennis vermeerdert.

Door aanneming van dit plan zal men ophouden eene premie te stellen op onwetendheid, en de hoofdzaak verkrijgen, waarop het in elk proces aankomt: men zal iedereen in staat stellen zijn recht te handhaven met de minste kosten en met den hoogsten graad van zekerheid.

C. A. THATCHER.

P R I J S V R A G E N ,

UITGESCHREVEN DOOR HET

Provinc. Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen,

1 8 9 1.

RECHTSGELEERDHEID EN STAATSWETENSCHAPPEN.

12. Het Genootschap verlangt de rechtsgeschiedenis van eene der voornaamste Noord-Nederlandsche steden.
13. Een geschiedkundig onderzoek naar den aard van het boedelhouderschap volgens het Oud-Vaderlandsche recht.
14. Een geschiedkundig onderzoek naar het Aasdoms- en Schependomsrecht in Holland en Zeeland, en, voor zooveel het daarmede verwant is, naar het erfrecht der naburige provinciën.
15. De rechtstoestand der wegen, vaarten en weteringen, ten openbaren gebruike bestemd of aangewezen, in een der provinciën van Nederland, ook geschiedkundig toegelicht.
16. De geschiedenis van het kerkelijke rechtswezen in een bepaald gedeelte van het tegenwoordig Nederland vóór de Hervorming.
17. Eene beschouwing der licht- en schaduwzijden aan de medewerking van het leekenelement — inzonderheid van de jury — aan de rechtspraak in strafzaken verbonden, en een gemotiveerd oordeel, zoowel omtrent dit punt in het algemeen, als omtrent de vraag of de invoering daarvan in ons vaderland wenschelijk is.
18. Het Genootschap verlangt eene verhandeling over het arbeidcontract (huur van diensten) en de wijze waarop het bij de wet behoort te worden geregeld onder vergelijking

van hetgeen ten opzichte van dit onderwerp in de laatste twintig jaren ook in andere landen op wetgevend gebied is verricht.

19. Het Genootschap verlangt eene verhandeling over de vereenigingen tot het monopoliseeren van bepaalde takken van bedrijf (rings, pools, trusts, Kartelle), haar ontstaan, hare werking, hare economische beteekenis, hare voor- en nadeelen, en haren invloed op den toestand der arbeidende klassen, benevens de houding door den wetgever tegenover haar aan te nemen.

De verhandelingen, bestemd om naar den uitgelooften eereprijs te dingen, moeten vóór 1 December 1892 in handen van den Secretaris des Genootschaps zijn, met uitzondering van het antwoord op vraag 1, die blijft doorloopen, en waarop dus telken jare vóór 1 December een antwoord kan worden ingezonden, en van dat op vraag 3, waarvoor de termijn van beantwoording tot 1 December 1894 openstaat.

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 *drie honderd guld.*

Alle verhandelingen, welke naar een der uitgeloofte prijzen dingen, moeten met eene andere hand geschreven zijn dan die des Schrijvers en, in plaats van met den naam van dezen, met eene spreuk zijn ondertekend, onder bijvoeging van een verzegeld 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, 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 ereprijzen 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 eigendom van het Genootschap, hetwelk ze 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.

Afgekeurde prijsverhandelingen worden niet teruggegeven, maar de schrijvers kunnen, tegen betaling der kosten, afschrift bekomen van de over hunne stukken uitgebrachte adviezen.

Ter verkrijging van verdere inlichtingen, raadplege men het eerlang verschijnend Verslag der Algemeene Vergadering van 16 Juni 1891, of wende zich tot den Secretaris voornoemd.

ADVERTENTIËN.

Bij GEBR. BELINFANTE te 's Gravenhage zijn verschenen :

<i>Almanak.</i> (Rijks- en Residentie-) voor 1892	f 4.—
<i>Boer Hz. (J.)</i> Beginselen van het Torrens-stelsel	1.50
<i>Boomsma (W.)</i> Bepalingen uit Ned. Wetb. enz. betrekkelijk de Gemeente-Administratie	1.50
<i>Citters. (Jhr. S. van)</i> Verzameling van Handels- en Scheepvaart-overeenkomsten	5.40
<i>Coninck Liefsting (Mr. F. B.)</i> Algemeene Beginselen van de Leer der Rechtsgeldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst	6.—
<i>Feltz. (Mr. G. W. van der)</i> De Wapenwet	0.50
<i>Hartman. (H. G. Jz.)</i> Bestuur en Administratie der Gemeenten, 2e druk, Afl. 1—7.	7.—
—— Staatsrecht en Staatsinrichting van Nederland, 2e druk	1.25
<i>Helm (G. L. van den)</i> De Gemeente-Administratie, 2e druk ing. f 8.25, geb	9.—
—— De Gemeentewet. Vermeerderde druk met supplement	3.10
—— Handb. Burgerl. Stand met 6 suppl.	13.50
<i>Hogendorp (Mr. D. Baron van)</i> Instructie betreffende den consulairen burgerlijken stand	6.—
<i>Hubrecht (Mr. P. F.)</i> 1e vervolg op de Wet op het Lager Onderwijs.	1.10
<i>Jonge (Jhr. Mr. W. A. C. de)</i> Administratieve Regtspraak in hoogste ressort voor het Rijk	1.25
<i>Josephus Jitta (Mr. D.)</i> La Méthode du droit international privé	6.50
<i>Leeuwen (F. H. van)</i> De Wetgeving op de vervreemding der Staats-domeinen	1.25
Léon Rechtspraak:	
Mr. N. Cramer, de Fabriekswet	1.—
Mr. E. L. van Emden, Staatsrecht 12e vervolg	4.—
Mr. I. M. Hijmans, Wetboek van Strafvordering 3e suppl.	1.—
Mr. J. A. Levy, De Grondwet	3.25
Mr. J. van Praag, Herzien Wetboek van Strafvordering.	1.50
Mr. W. van Rossum Bz., Burg. Rechtsvord., 1e suppl.	1.75
Mr. H. Vos, De Gemeentewet afl. 1—3.	2.25
<i>Levy (Mr. J. A.)</i> De Staatkundige Vereeniging	0.75
<i>Linden. (Mr. P. W. A. Cort van der)</i> De Staathuishoudkunde als sociale wetenschap. Rede	0.75
<i>Ontwerp (Regeerings)</i> faillissement en surséance van betaling	1.50
<i>Ontwerp</i> Staatscommissie herziening Wetboek Koophandel	4.60
<i>Ontwerp</i> Wetb. Strafrecht Europeanen in Ned.-Indië	1.50
<i>Paulus (Mr. J.)</i> Het consulaire recht en de consulaire werkring	3.—
<i>Polenaar. (Mr. B. J.)</i> Het Ontwerp van Wet op het faillissement behandeld	1.—
<i>Rochussen (Jhr.)</i> Observations présentées à M. Frère-Orban. Supplém à la question monétaire en Belgique en 1889	0.50
—— Mémoire sur le Bimétallisme international	2.—
<i>Schermbeek (J. C. van)</i> Synoptische Tabellen, behoorende bij het Burgerlijk Wetboek	1.—
—— Wetboek van Strafvordering, 3e druk	0.65
<i>Zillesen (Mr. H.)</i> Wetboek van Strafvordering, afl. 8	0.40

