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

THEMIS.

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

ONDER REDACTIE VAN

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

ACHT EN VIJFTIGSTE DEEL.

1897.

's-GRAVENHAGE,
GEBROEDERS BELINFANTE.

1897.

Gedrukt bij F. J. BELINFANTE, voorh.: A. D. SCHINKEL.

MEDEARBEIDERS.

Mr. S. J. L. van Aalten Jr., advocaat en procureur, Rotterdam.
Mr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. C. Bake, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
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, Turijn.
Mr. J. P. A. N. Caroli, advocaat, Amsterdam.
Mr. F. B. Coninck Liefsting, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
Jhr. Mr. W. Th. C. v. Doorn, advocaat, proc. en kantonr.-plaatsverv., 's-Gravenhage.
Mr. A. P. Th. Eyssell, 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. Gockinga, Lid der Arrondissements-Rechtbank, Leeuwarden.
Mr. Th. Heemskerk, advocaat en kantonrechter-plaatsvervanger, Amsterdam.
Mr. H. v. d. Hoeven, hoogleeraar, Leiden.
Mr. J. F. Houwing, hoogleeraar, Amsterdam.
Mr. Ed. Jacobson, advocaat en procureur, Rotterdam.
Mr. D. Josephus Jitta, hoogleeraar, Amsterdam.
Mr. W. J. Karsten, lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
Mr. N. K. F. Land, hoogleeraar, Groningen.
Mr. A. F. A. Leesberg, advocaat en notaris, 's-Gravenhage.
Mr. J. A. Levy, advocaat, Amsterdam.
Mr. P. A. W. Cort van der Linden, Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
Mr. J. A. Loeff, advocaat, lid der Staten van Noord-Brabant en van de 2e Kamer, der Staten-Generaal, 's-Hertogenbosch.
Mr. J. de Louter, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. J. P. Moltzer, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage.
Mr. H. J. A. Mulder, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. J. C. Naber, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. M. Oldenhuis Gratama, advocaat en procureur, Assen.
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, oud-hoogleeraar, Utrecht.
Mr. P. Polvliet, subst.-griffier bij de Arr.-Rechtbank, Rotterdam.
Mr. C. Pijnacker Hordijk, lid van de Eerste Kamer der St.-Generaal, 's-Gravenhage.
Jhr. Mr. J. K. W. Quarles van Ufford, 's-Gravenhage.
Mr. E. E. van Raalte, lid van de 2e Kamer der St.-Generaal, Rotterdam.
Mr. S. M. S. de Ranitz, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage.
Mr. J. Rombach, advocaat en procureur, Rotterdam.
Mr. F. N. Sickenga, te Dordrecht.
Mr. F. W. J. George Snijder van Wissenkerke, Raad-Adviseur aan het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
Mr. J. M. van Stipriaan Luïscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. A. J. Cohen Stuart, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
Mr. J. P. R. Tak van Poortvliet, lid van de 2e Kamer der St.-Generaal, 's Gravenhage.
Mr. F. H. J. Tavenraat, griffier der Staten van Zuid-Holland, te 's-Gravenhage.
Mr. A. Telting, adjunct-archivaris bij 's Rijks Archief, 's-Gravenhage.
Mr. W. Thorbecke, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. P. A. Tichelaar, lector aan de Rijks-Universiteit, Leiden.
Mr. M. W. F. Treub, hoogleeraar, Amsterdam.
Mr. J. D. Veegens, advocaat-procureur en lid van de 2e Kamer der Staten-Generaal te 's-Gravenhage.
Mr. P. Verloren v. Themaat, advocaat-fiscaal bij het Hoog Milit. Gerechtshof, Utrecht.
Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.
Mr. G. Wttewaal, lid van de Arr. Rechtbank, Arnhem.
Mr. C. P. Zaaijer, advocaat en procureur, Rotterdam.

INHOUD.

VARIA.

THEMIS.

LVIIIste deel. — EERSTE STUK.

De tijd, waarvoor eene vereeniging die rechtspersoonlijkheid verlangt, niet kan worden opgericht.

Indien op een examen door een onzer hoogleeraren de vraag werd gedaan, of de tijdsduur, waarvoor eene vereeniging wordt opgericht, een beletsel kan zijn voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid — tien tegen één, dat de examinandus, die eenigszins behoorlijk beslagen ten ijs komt en de voornaamste bepalingen der wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n°. 32) in het hoofd heeft, *ontkennend* antwoorden zal. Is de patient iemand, die gaarne zelf het woord voert (het *horam loquendo consumere* wordt ook wel door examinandi toegepast!), dan zal hij tevens mededeelen, dat art. 5 der wet op het recht van vereeniging en vergadering bepaalt, dat alle voor onbepaalden tijd of voor langer dan dertig jaren aangegane vereenigingen. welke als rechtspersoon willen optreden, eene erkenning door de wet behoeven, maar dat dergelijke vereenigingen, voor minder dan dertig jaren aangegaan, door den Koning kunnen worden erkend

Is de Hoogleeraar een purist, zoo zal hij misschien opmerken, dat men eene vereeniging wel *opricht,* maar niet *aangaat,* waarop dan de examinandus natuurlijk antwoorden zal, dat de wet zelve het woord *aangaan* bezigt.

Hiermede zal vermoedelijk dit gedeelte van het on-

derzoek naar de bekwaamheden van den candidaat afloopen.

Het is echter ook mogelijk, dat de Professor den examinandus eene vraag voorlegt, die dezen, als hij min of meer zenuwachtig is, geheel van zijn stuk moet brengen.

„Hoe moet het gaan, als de vereeniging wordt opgericht voor 30 jaar, niets meer en ook niets minder?"

Op die vraag kan men, met de wet in de hand niets anders antwoorden dan het volgende: Dan kan de vereeniging geene rechtspersoonlijkheid verkrijgen. De wet mag haar niet erkennen, want zij wordt niet „aangegaan" voor langer — de Kroon mag haar niet erkennen, want zij wordt niet „aangegaan" voor minder dan dertig jaar.

Is het niet wonderlijk, dat bij de behandeling der wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n°. 32) niemand, zelfs niet Mr. Jacob van Lennep, die toen lid van de Tweede Kamer was en aan de beraadslagingen deelnam, aan dat geval gedacht heeft? De Regeering had aanvankelijk voorgesteld te lezen (*Handelingen der Staten-Generaal* 1854—1855, *Bijlagen* bl. 63): Art. 5. Geene vereeniging, buiten die door de Grondwet of andere wetten ingesteld, treedt als rechtspersoon op, dan na door Ons of van Onzentwege te zijn ingesteld of erkend.

Art 6 al 1. De erkenning geschiedt door goedkeuring van de statuten of reglementen der vereeniging.

Later, bij nota van wijziging, werd voorgesteld (t. a. p. blz. 323), in art. 5 *door Ons* te veranderen in *door eene wet of door Ons* en als 2e en 3e lid aan art. 5 toe te voegen het volgende:

„Alle voor onbepaalden tijd of voor langer dan dertig jaren aangegane vereenigingen, welke als regtspersonen willen optreden, behoeven eene erkenning door de wet.

„Dergelijke vereenigingen, voor minder dan dertig jaren

aangegaan, kunnen door Ons of Onzentwege worden erkend."

Zoo sloop de fout in de wet. Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer, werd wel door den Minister *of van Onzent wege* in het eerste, en *of Onzentwege* in het derde lid van art. 5 geschrapt, maar niemand dacht er aan, dat in plaats van: *voor minder dan dertig jaren,* moest gelezen worden: *voor dertig jaren of minder.* En de fout werd niet weggenomen.

Wat ziet men thans gebeuren? Dat vereenigingen worden opgericht: voor 29 jaar, voor 29 jaar en 6 maanden, voor 29 jaar en 10 maanden, ja zelfs voor 29 jaar, 11 maanden en 29 dagen (*Ned. Staatscourant* 1895 n°. 28), maar natuurlijk nooit ofte nimmer voor 30 jaren.

De lezer zal het wel met mij eens zijn, dat die fout dient te worden weggenomen. Misschien zal dan tevens de goedkeuring bij de wet, die nimmer wordt toegepast, worden afgeschaft, in welk geval iedere termijnsbepaling kan vervallen. Maar mogelijk bestaan dàartegen gewichtige en onoverkomelijke bezwaren.

Mr. C. Bake.

's-Gravenhage 4 Nov. 1896.

Iets over de wet van 2 Juni 1875 (Staatsblad no. 95), tot regeling van het toezicht bij het oprichten van inrichtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken. (1)

(*Vervolg van deel LVII, blz.* 38).

De herziening der hierboven aangeduide wet (Hinderwet), waartoe het voornemen van de Regeering door mij vermeld werd op blz. 466-7 van dl. LVI (1895) van dit tijdschrift, is blijkens de wet van 4 Sept. 1896 (*Stbl.* n°. 152), — behoudens aanvulling van art. 2 sub IX met de vermelding van de zuivel- en cichoreifabrieken, de opneming van een artikel (23), straf bedreigende tegen schending van de geheimhouding, opgelegd in het slot van art. 19, en van een artikel (33), volgens hetwelk de

---

(1) Op dezelfde overwegingen als worden aangetroffen in arr. v. d. H. R. van 26 Nov. 1883, vermeld o. a. op blz. 480 van dl. LVI van *Themis*, berust arr. van dat rechtscollege, dd. 15 Juni 1896 (*W. v. h. R.* no. 6826).

In verband met de op blz. 27 vlg. van dl. LVII van dit tijdschrift besproken vraag, of bij plaats. verord., indien van gemeentewege een algemeen slachthuis beschikbaar is gesteld, aan slachters enz. kan worden verboden, in de gemeente elders dan in dat abattoir vee te slachten, zij vermeld, dat Mr. L. H. ROETERS VAN LENNEP op 27 Juni 1896 aan de Universiteit te Groningen de stelling verdedigde: «De Raad mag geen verbod uitvaardigen om elders dan in een abattoir het slachtersbedrijf uit te oefenen».

De in dit opstel en in de twee daaraan voorafgegane gedeelten vermelde Kon. besl^{n}., waarbij niet is aangeduid waar zij tekstueel gevonden kunnen worden, zijn opgenomen in BELINFANTE'S uitgaaf: *Raad van State*, Afd. v. d. gesch. v. bestuur.

wet kan worden aangehaald onder den titel van „Hinderwet", — beperkt gebleven tot zoodanige wijziging en aanvulling, als noodig zijn geoordeeld om te voorkomen, dat de ingevolge die wet te verleenen vergunning een beletsel oplevere voor de toepassing der wet van 20 Juli 1895 (*Stbl.* n°. 137), houdende bepalingen tot beveiliging bij het verblijven in fabrieken en werkplaatsen (Veiligheidswet), en den ambtenaar, belast met het toezicht op de inwendige veiligheid in de aan deze laatste wet onderworpen inrichtingen en plaatsen, de gelegenheid te geven om te waken voor de hem toevertrouwde belangen en in beroep te komen dáár waar, naar zijne meening, die belangen door de, door het gemeentebestuur te verleenen, vergunning zouden worden gekrenkt.

In hetgeen in mijn opstel over de Hinderwet (zie blz. 466—492 van bovenvermeld deel en blz. 1—38 van dl. LVII, 1896, van dit tijdschrift) gezegd en opgemerkt is, brengt de wet van 4 September 1896 geen verandering. Daarom meen ik zooveel mogelijk gevolg te moeten geven aan de toezegging, waarmede het tweede gedeelte van dat opstel werd besloten.

Blijkens het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs uit de Eerste Kamer der Staten-Gen. over het ontwerp der wet van 4 September 1896, werd der Regeering in overweging gegeven om, nadat zoo vele verwante onderwerpen bij afzonderlijke wetten, als daar zijn de Hinderwet, de Veiligheidswet, de Arbeidswet en de Stoomwet, zullen geregeld zijn, de regeling eener codificatie van deze onderwerpen met spoed ter hand te nemen. Alleen op die wijze, meende men, kan, wat in dezen van het hoogste belang is, worden verkregen, dat de industrieel wete, waaraan hij zich heeft te houden; dat hij een duidelijk inzicht verkrijge in de voorschriften, waarnaar hij zich heeft te richten, en dat hij niet lijde onder

de conflicten, welke de inzichten der onderscheidene met de uitvoering van de genoemde wetten belaste bestuursorganen kunnen doen ontstaan.

Het denkbeeld van codificatie in bovenbedoelden zin zou ook mij toelachen, doch ik zou de woorden „met spoed" liever gelezen willen zien „te gelegener tijd, wanneer men de werking der genoemde wetten in haar onderling verband meer van nabij heeft kunnen gadeslaan". Heeft men op het gebied der Stoomwet, waarvan de wet van 15 April 1896 (*Stbl.* n°. 69) eene gewijzigde en verbeterde éditie is, sedert 1 October 1869 eene ruime ervaring opgedaan, en heeft de practijk vele leemten en gebreken der Hinderwet van 1875 aan het licht gebracht, de Arbeidswet is, dunkt mij, nog niet lang genoeg in werking, om met vrucht eene codificatie als bij het V. V. werd gewenscht, bij de Staten-Gen. in overweging te brengen. Maar, bovendien, wil men het doel dier codificatie zooveel mogelijk bereiken en aan de gecodificeerde wetsbepalingen het uitzicht van eenige duurzaamheid geven, dan zal men m. i. de werking van de Veiligheidswet en, in verband daarmede, die van de gewijzigde en aangevulde Hinderwet ten minste eenige jaren hebben moeten leeren kennen. Al werd door een aantal leden der Eerste Kamer betreurd, dat de Regeering geene aanleiding had gevonden, om thans, door eene algemeene herziening der wet van 1875, over te gaan tot wegneming der gebreken en aanvulling der leemten, welke de practijk bij de uitvoering dier wet had doen blijken, en al heeft die ruim twintigjarige practijk in niet geringe mate stof geleverd om eene algemeene herziening van de wet vruchtdragend te doen zijn, toch geloof ik, dat de Regeering wèl gedaan heeft, zulke herziening tot lateren tijd te verschuiven, om dan tevens haar voordeel te kunnen doen met de ervaring der toepassing van de Hinderwet,

die met de wet van 4 September 1896 in verband met de Veiligheidswet in vele opzichten eene nieuwe phase intreedt.

Het eerste punt, dat ik aan het slot van het tweede gedeelte van mijn opstel mij ter bespreking voorbehield, betreft de grenzen der bevoegdheid van provinciale en gemeentebesturen tot het geven van voorschriften aangaande het oprichten en gebruiken van zekere inrichtingen.

Bepalen de artt. 141 en 142 der prov. wet, dat prov. reglementen en verordeningen geene bepalingen omtrent onderwerpen van Rijks-belang kunnen inhouden, en dat de bepalingen van zulke reglementen en verordeningen van rechtswege ophouden te gelden, zoodra omtrent het daarin geregelde onderwerp door eene wet of een alg. maatr. v. bestuur voorschriften worden gegeven, art. 150, al. 1, der gem.wet wil, dat de plaats. verordeningen, waaronder alle voorschriften en beschikkingen van den Raad en van B. en W. worden verstaan, niet treden in hetgeen van algemeen Rijks- of prov. belang is; art. 151 dezer wet zegt, dat de bepalingen van plaats. verordeningen, in wier onderwerp door eene wet, een alg. maatr. v. bestuur of eene prov. verordening wordt voorzien, van rechtswege ophouden te gelden, terwijl art. 161 's Raads bevoegdheid tot het bedreigen van straf tegen de overtreding zijner verordeningen beperkt met de woorden „voor zooveel daartegen niet bij eene wet, een alg. maatr. v. i. b. of eene prov. verordening is voorzien".

Tot de bepalingen der genoemde wetten, welke van hare invoering af tot verschil van gevoelen en onderling niet overeenstemmende rechterlijke en administratieve beslissingen aanleiding hebben gegeven, behooren de hiervoren vermelde, niet het minst die van de artt. 150 en 151 der gem.wet, zóó zelfs dat de H. R. in de

eerste jaren laatstgenoemd art. toepasselijk geacht heeft ook waar het verordeningen gold postérieur aan de wet, den alg. maatr. v. b. of de prov. verordening, die bepalingen bevat omtrent het onderwerp der plaats. verordening. Zie o. a. het arr. dd. 15 Mei 1855, besproken op blz. 27 volg. van dl. LVII van dit tijdschrift. Later heeft dat rechtscollege — zie o. m. arr. van 12 Dec. 1892 en 15 Jan. 1894, *W. v. h. R.* n°s. 6285 en 6466 — begrepen, dat art. 151 alleen geldt ten aanzien van plaats. verordeningen antérieur aan de regeling van het onderwerp door een hoogeren wetgever, en dat met betrekking tot plaats. verordeningen, postérieur aan zulke regeling, het 2e lid van art. 150, bepalende dat bij twijfel, of eene verordening treedt in hetgeen van algemeen Rijks- of prov. belang is, zij verbindt, totdat zij bij Kon. besluit geschorst of vernietigd is, den rechter verbiedt in een onderzoek hieromtrent te treden, behoudens zijne bevoegdheid om de ingeroepen bepaling eener plaats. verordening buiten toepassing te laten ingeval van strijd met de regeling van een hoogeren wetgever.

Het zou een omvangrijk boekdeel vorderen, indien ik, kon ik over de noodige gegevens beschikken, een beoordeelend volledig overzicht wilde geven van de talrijke rechterlijke en administratieve beslissingen, welke de vraag betreffen, of eene plaats. verordening treedt in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is, en of de bepalingen van zulke verordening een onderwerp regelen, waarin later door een hoogeren wetgever is voorzien; indien ik al de schrijvers en meeningsuitingen in dit en andere tijdschriften en in rechts- en administratieve weekbladen omtrent de beantwoording dier vragen trachtte op te sommen. Ik zou voor een groot gedeelte moeten herhalen wat dienaangaande gevonden wordt in het bekende werk van Mr. W. Francken N Gz. en gezegd en aan-

geteekend is in gecommenteerde uitgaven van de Gem.-wet, in het bijzonder in de door Mr. H. Vos bewerkte nieuwe uitgaaf van Mrs. D. LÉON en E. L. VAN EMDEN's Rechtspraak en admin. beslissingen betreffende genoemde wet. Mij geheel van vermelding van beslissingen en van aanhaling van schrijvers te onthouden, kwam mij nochtans niet wenschelijk voor.

In mijn werk „*De plaats. strafwetgeving en politie*" (in 1875 uitgegeven bij J. VAN BOEKHOVEN te Utrecht) stond ik eene ruime opvatting van art. 150 en van het woord „onderwerp" in art. 151 gem.wet voor (zie o. a. blz. 82, 83, het slot van aant. 243, blz. 709, 712, 713, 723). Deze opvatting vond eenige jaren later krachtige bestrijding in het academisch proefschrift van Mr. JULES PIJLS: „*Het begrip van prov. en gemeentebelang naar het Nederlandsche Staatsrecht*" (1879).

Na een overzicht te hebben gegeven (blz. 86—167) van de rechterlijke en administratieve beslissingen aangaande de quaestie, zegt Mr. PIJLS op blz. 172: „Hieruit volgt tevens, dat aanvulling door den lageren wetgever van bepalingen door den hoogeren daargesteld, zeer zeker geoorloofd is, mits de eerste niet regele *in strijd* met de voorschriften van den laatsten. Onhoudbaar toch is de fictie, dat, wanneer de algemeene wetgever een onderwerp geregeld heeft, de lagere wetgever zou zijn uitgesloten, omdat door het feit zelve der regeling dat onderwerp verklaard zou zijn van uitsluitend algemeen belang". De beschouwingen, waardoor Mr. P. tot deze conclusie geleid is, hebben, ook blijkens mijn ingezonden stuk „Artt. 150 en 161 Gem.wet" in de *Gemeentestem* n°s. 1547, 1548 en 1550, mij, evenmin als o. a. de Redactie van het *W. v. d. Burg. Admin.* (zie haar n°. 1584, waar een tegenovergesteld gevoelen van Mr. G. VAN OOSTERWIJK, uitgesproken in zijne uitgaaf van Mr. BOISSEVAIN's Gem.-

wet, verdedigd wordt), overtuigd van de juistheid, in het licht der gem.wet van 1851, van zijne opvatting. Intusschen: „Kwesties van wetsuitlegging zijn soms zóó debiel, het gebeurt zóó dikwijls dat daarbij evenveel vóór als tegen in het midden is te brengen, dat wie beslissen moet, hetzij rechter of Kroon, niet veel anders kan doen dan „den knoop doorhakken". 't Is alsof deze woorden, ontleend aan blz. 66 der dissertatie van Mr. G. G. VAN DER HOEVEN: „Beschouwingen over de uitvoering van de artt. 140 en 145 der Grondwet" (1896), geschreven werden met het oog op de verscheidenheid in de uitlegging van de artt. 150, al. 1, en 151 gem.wet. Omtrent die artt. deed de hoogleeraar Mr. J. F. BUYS zijne meening kennen in zijn werk: „*De Grondwet; Toelichting en Kritiek*", dl. II, blz. 187, 193, 227. Zijn ambtgenoot Mr. Baron DE GEER VAN JUTFAAS liet zich in den door mij aangekleefden zin uit in de *N. Bijdr. voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, dl. VI, 1880, blz. 693; Z.HGel. schreef: „Waar dus eene andere wettelijke verordening bestaat, hetzij wet of maatr. v. i. b., hetzij prov. verordening, die een onderwerp regelt, daar kan over hetzelfde onderwerp geene (plaats.) politie-verordening gemaakt worden, of, zoo zij reeds bestaat, vervalt zij geheel. Zelfs aanvulling of uitbreiding is in dit geval verboden, zoo niet uitdrukkelijk die den gemeente-wetgever is vrijgelaten".

Het zij veroorloofd deze woorden ook nu nog tot de mijne te maken met betrekking tot het onderwerp der Hinderwet. De artt. 150 en 151 gem.wet zijn tot dusver onveranderd gebleven; zin en bedoeling er van kunnen derhalve niet gekend en verklaard worden uit *latere* wetten. Deze kunnen wel afwijking van hunne toepassing medebrengen of de toepasselijkheid opheffen, maar dan moet *blijken*, dat de *wetgever* een of ander gewild heeft,

zooals hij dat deed bij de wet van 9 Juli 1855 (*Stbl.* n°. 68), welke ik, hoezeer zij meer dan 40 jaren oud en reeds vervallen is, bij voorkeur boven jongere wetten als voorbeeld noem èn om hare toelichting èn omdat zij het minst verwijderd was van het tijdstip der invoering van de gem.wet. Niet de wet zelve wijzigt zich stilzwijgend naar de behoeften of wenschelijkheid van het oogenblik; vorderen deze verandering, dan is tusschenkomst van den wetgever onmisbaar. Ik zie geen enkele reden, waarom uitzondering hierop gemaakt zou kunnen worden met betrekking tot art. 150, al. 1, en art. 151 gem.wet. Dat de Minister van Justitie Mr. MODDERMAN bij de behandeling van het ontwerp-Wetb. v. Strafrecht in de Tweede Kamer in antwoord aan den heer VENING MEINESZ verklaarde, dat de kern der vraag, welken invloed bijv. art. 427 van dit Wetboek zal hebben op de strafwetgevende bevoegdheid van andere besturen, o. a. die der gem.besturen, ligt in het woord „onderwerp"; hij voor zich vatte dit in den meest engen zin op; vandaar dat Z. Ex. wenschtte, met een beroep ook op de practijk onder den Code Pénal, uitdrukkelijk te constateeren, dat, z. i., door genoemd art. de bevoegdheid der gem.besturen alleen in zooverre wordt beperkt als hier *speciale* voorzieningen gemaakt zijn, en dat alzoo door dit art. aan de gem.besturen in het minst de bevoegdheid niet wordt ontnomen om ten aanzien van de politie op de straten en wegen nog andere voorschriften te maken. (*Hand. Staten-Gen.*, 1880—81, II, blz. 284—5). Dit antwoord, besproken in de *Gem.stem* n°. 1521, 1e hoofdartikel), bevredigde Mr. VENING MEINESZ niet en later hebben ook anderen doen blijken er niet mede te kunnen instemmen. Aangenomen evenwel, dat elke meening in tegenovergestelden zin moet afstuiten op de uitdrukkelijke verklaring niet van den wetgever, maar alleen van

den toenmaligen Minister van Justitie, dan geldt dit toch slechts voor het Wetb. v. Strafr., niet tevens voor de Hinderwet of voor de regeling van eenig ander onderwerp door een hoogeren wetgever dan gem.raad.

Bij art. 4 der Hinderwet is aan den plaatselijken wetgever eene bevoegdheid toegekend, welke hij, vanwege het bepaalde bij art. 150, al. 1, gem.wet, anders zou hebben gemist. Eerstgenoemde wet, het toezicht regelende bij het oprichten van inrichtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken, regelt dit onderwerp evenzeer in zijn geheelen omvang als dit met betrekking tot de openbare dronkenschap geschiedde bij de wet van 28 Juni 1881, *Stbl.* n°. 97 (zie hierover H. R., 24 April 1882, *W. v. h. R.* n°. 4782), en onttrekt het daardoor, immers voor zoover de wet zelve geen uitzondering toelaat, aan de provinciale en gemeentelijke wetgeving. Voor de toepasselijkheid van art. 150, al. 1, en van art. 151 gem.wet is het, om den gem.raad tot regeling bevoegd te doen zijn, m. i. niet voldoende, dat de hoogere wetgever niet voorzien hebbe in *hetzelfde feit*, maar moet *het onderwerp* in zijn geheel behooren tot, of voor een gedeelte uitdrukkelijk overgelaten zijn aan de regelende bevoegdheid van den gem.raad overeenkomstig de artt. 134 en 135 j° art. 161 gem.wet. Bij deze beschouwing plaats ik mij op het standpunt, door den H. R. o. a. bij arr. van 3 Februari 1879 (*W. v. h. R.* n°. 4344) ingenomen in eene zaak, waarin het juist over de Hinderwet liep. Art 151 gem.wet, zeide de H. R., stelt het van rechtswege vervallen der bepalingen eener plaats. verordening niet bloot afhankelijk van de regeling van *hetzelfde feit*, maar algemeen van de regeling van *hetzelfde onderwerp*, waarin door de wet is voorzien; eene quaestie die de H. R. bij arr. van 11 Februari 1862 (*W. v. h. R.* n°. 2356) in het midden wenschte te laten; wijders, dat er geen enkele

reden bestaat om aan te nemen, dat de Rijkswetgever bij de regeling van het toezicht op de in de wet van 1875 bedoelde inrichtingen niet bedacht zoude zijn geweest op gevaar, schade of hinder, welke zij voor de openbare gezondheid kunnen veroorzaken, en dat bovendien de toepasselijkheid van art. 151 gem.wet alleen wordt bepaald door de gelijkheid van het onderwerp, niet door de gelijkheid van de motieven der regeling. Met betrekking tot dit arrest schreef Mr. H. Vos in de *Bijdr. t. d. kennis van het Staats-, Prov.- en Gem.best.*, dl. XXX, blz. 126: „Intusschen, de vergelijking tusschen dit arrest en de hierboven besproken uitspraken (H. R. 11 Febr. 1862, 2 Mei en 17 Oct. 1887 en 4 Juni 1888, *W. v. h. R.* n°s. 2356, 5411, 5482, 5483 en 5566), kan bezwaarlijk opgaan. Bij de wet van 1875 toch is de bevoegdheid van den gem.raad uitdrukkelijk omschreven. Art. 4 dier wet noemt slechts twee aangelegenheden, die door den Raad in deze materie kunnen geregeld worden. De wet maakt dus zelve uitzonderingen op den regel van artt. 1 en 2. Elke gemeente-verordening die verder gaat, is derhalve *in strijd* met de wet".

Ik zal niet ontkennen, dat op vroegere en latere uitspraken van den H. R. en op uitingen van de Regeering van vroegeren en lateren datum kan worden gewezen, waarbij het verbod van art. 150, al. 1, en het voorschrift van art. 151 in den meer beperkten zin van *hetzelfde feit* opgevat zijn en tevens invloed is toegekend aan de motieven der regeling, inzonderheid ook in zaken, waarin de toepasselijkheid van eene der genoemde wetsbepalingen beweerd werd in verband met de Hinderwet. Tot rechtvaardiging hiervan is vaak een beroep gedaan op eene verklaring van den Minister Mr. Heemskerk tijdens de beraadslaging in de Tweede Kamer over het ontwerp der wet van 1875. Art. 18 van dat ontwerp luidde in

het eerste lid: „De gem.raad kan, ingeval eenige inrigting, *niet* genoemd in art. 2, blijkbaar gevaar, schade of hinder veroorzaakt of, zelfs vóór dat die opgerigt is, dreigt te veroorzaken, aan de oprigting daarvan voorwaarden verbinden of daarvoor eene plaats aanwijzen". Eene bepaling van gelijke strekking, waarin niet van gem.*raad*, maar van gem.*bestuur* werd gesproken, werd aangetroffen in vorige ontwerpen; in die van 1864—5 en 1865—6 in art. 2 al. 2; in die van 1869—70 en 1870—71 in art. 7. De Minister Mr. THORBECKE, wien bekendheid met zin en strekking van de artt. 150 en 151 gem.wet toch niet zal kunnen worden ontzegd, zeide tot toelichting van zijn voorstel: „Het is geenszins de bedoeling, dat de uitoefening van industriëele bedrijven, in den maatregel van de eerste zinsnede *niet* genoemd, bij plaats. verord. zou kunnen worden geregeld. Het artikel moest dan, in overstelling tegen art. 1, den gem.*raad* noemen en zou, *als behelzende eene afwijking van het beginsel, in art.* 150 *der gem.wet vervat, de bevoegdheid tot het maken dier verordeningen uitdrukkelijk moeten verleenen.* De bepaling strekt alleen om B. en W. handelend te laten optreden, wanneer eene inrigting, in den maatregel van het eerste lid niet genoemd, de openbare veiligheid of gezondheid bedreigt". Art. 18 van het ontwerp 1874—5 werd in denzelfden zin, doch wat uitvoeriger toegelicht en tegen bedenkingen in het V. V. van de Tweede Kamer bij de M. v. A. gehandhaafd, met eenige wijziging in de redactie. Zonder opgaaf van redenen werd het echter, hoezeer nader gewijzigd, door de Regeering teruggenomen. Naar aanleiding van eene vraag van den hr. VAN KERKWIJK deelde de Minister HEEMSKERK het volgende mede (*Bijbl. Sts.courant*, 1874—5, II, blz. 1281. 1): „De reden van intrekking (van art. 18) is deze, dat het bij nader inzien voorzigtiger is voorgekomen, dat de geheele wet zich

bepale tot de inrigtingen, bedoeld in artt. 1, 2 en 3, hoezeer de behoefte aan regeling, welke de geachte spreker (de hr. v. KERKWIJK) bedoelt, zich wel kon voordoen. Dat is niet te ontkennen. *In het ruime veld van inrigtingen, vallende buiten art.* 2., *komt het mij evenwel voorzigtiger voor, de bevoegdheid van gemeente- en andere besturen intact te laten,* ZOO ALS DIE BIJ DE BESTAANDE ORGANIEKE WETTEN GEREGELD IS, *voor de gem.besturen bepaaldelijk in artt.* 135 *en* 188 *der gem.wet.* Men zou art. 18 hebben kunnen opvatten, alsof daarin eenigszins werd tekort gedaan aan de *gewone magt* der gem.besturen, en het was hoogst moeijelijk om zelfs met gewijzigde redactie dit bezwaar te vermijden. Derhalve heb ik gemeend, het zeer zelden voorkomend geval, waarin men aan zoodanig ingrijpend artikel behoefte zou kunnen gevoelen, buiten rekening te laten. De Regeering zal in zoodanige gevallen, als er vroeger niet bekende inrigtingen voorkomen, met den meesten spoed gebruik maken van art. 3 en de tusschenkomst van den wetgever inroepen".

Het doen cursiveeren van eenige woorden zal al dadelijk het doel doen bevroeden, waarmede ik het gezegde van de Ministers THORBECKE en HEEMSKERK woordelijk vermeld. Indien ik naga dat laatstgenoemde bewindsman sprak van „bevoegdheid . . . . . *zooals die bij de bestaande organieke wetten geregeld is*" en van „*de gewone macht* der gem.-besturen", en hiermede in verband breng de aanleiding tot het gezegde en den zin, waarin gedurende zijn herhaald Ministerschap art. 150, al. 1, gem.wet opgevat en toegepast is, dan meen ik te moeten onderstellen, dat Z. Ex. de eerste zou zijn geweest die zich verzet zou hebben tegen eene uitlegging zijner woorden in dien ruimen zin, dat zij in de practijk zouden kunnen leiden tot miskenning van het beginsel van genoemde wetsbepaling. Op deze woorden beriep de Min. v. Binn. Zaken zich in 1879

in een schrijven aan den Min. v. Waterstaat c. a. (zie *Gem.stem* n°. 1509), van meening als hij was, dat ten aanzien der verhouding van plaats. verordeningen tot de wet van 1875 het beginsel moest worden aangenomen, dat met zoo vele woorden is uitgedrukt in de artt. 29 der wet van 4 Dec. 1872 (*Stbl.* n°. 137) en 11 der wet van 5 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 110). Volgens Mr. E. L. VAN EMDEN (Mr. N. CRAMER, *van Emden's Rechtspraak op de Fabriekwet*, blz. 5 *fine*) valt de juistheid dezer zienswijze zeer te betwijfelen. Art. 150 gem.wet, zegt ZEG., m. i. te recht, moet gelden, tenzij eene speciale wet, zooals in de aangehaalde wetten van 1872 en 1875 het geval is, eene afwijking van den bij art. 150 gestelden regel inhoude. Maar met zoodanige wet is niet gelijk te stellen eene verklaring van den Minister bij de behandeling eener wet, al is ook geen van de leden der Kamers daartegen opgekomen. Dit kan aan den algemeenen regel van genoemd artikel zijne kracht niet ontnemen.

Op de minist. verklaring, waarvan Mr. VAN EMDEN gewaagt, doelde ook de Staatsraad Jhr. Mr. ROCHUSSEN in de noot op blz. 32 van zijn bekend werk „Nijverheid en Overheid". Op die blz. schrijft ZHWG.: „Maar de wet zelve moet duidelijk verklaren, op welke bedrijven zij haar oogmerk richt. Is dit geschied, dan kan geen bestuur aan eenige algemeene bevoegdheid van verordening het recht ontleenen, om niet genoemde bedrijven aan het toezicht te onderwerpen, dat door de nijverheidswet is geregeld". Tast ik in de bedoeling van dit gezegde niet mis, dan komt het gevoelen van den hr. ROCHUSSEN overeen met het mijne. Ik twijfel echter, of de aangegeven zinsnede wel in allen deele juist door mij geinterpreteerd wordt, omdat ZHWG. op blz. 223—4 zegt: „Eindelijk, zelfs ten aanzien van onderwerpen, die wel met de wet van 1875 in verband staan, doch niet door haar geregeld

zijn, behoudt het gem.bestuur vrije hand. Niets belet den Raad eene verordening vast te stellen, bepalende in welke deelen der gemeente geen vee mag gestald worden, of welke hoeveelheid petroleum winkeliers en ook verbruikers in voorraad zullen mogen hebben. Verordeningen van dien aard kunnen zeker zóó zijn ingericht, dat zij bedektelijk op de wet van 1875 inbreuk maken, en zouden dan, wegens strijd met de wet, nietig verklaard moeten worden. Reeds, blz. 132, zagen wij daarover twijfel geopperd ten aanzien van het stallen van vee, en vermelden wij nog dat ook eene verordening op het in voorraad hebben van petroleum die vraag deed opwerpen. Bij breedvoerig gemotiveerde beschikking van een gem.-bestuur, dat vergunning verleende voor eene bewaarplaats van die lichtstof, werd zij opgelost. (Belinfante, XIX. 308)."

Naar de meening van Jhr. Mr. W. Th. C. van Doorn, uitgedrukt op blz. XXIV van zijn werk over de Hinderwet, blijkt uit de bovenvermelde ministerieele verklaring omtrent de reden der intrekking van art. 18 van het ontwerp dier wet duidelijk, dat de gem.besturen de bevoegdheid behouden hebben, om voor niet in deze wet genoemde inrichtingen voorschriften in het publiek belang te geven. ZHWG. voegt er bij, dat deze bevoegdheid dan ook door den H. R., op grond der geschiedenis van art. 18 van het wetsontwerp, erkend is bij arr. van 13 Dec. 1880 (*W. v. h. R.* n°. 4593). Dit arr. wordt besproken in het hoofdartikel in de *Gemeentestem* n°. 1546.

Ware te recht getreden in de vraag, of bij de toegepaste plaats. verordening, welke postérieur was aan de wet van 1875, art. 150, al. 1, gem.wet in het oog was gehouden, dan zou ook ik die vraag toestemmend hebben beantwoord, niet op den grond, aangevoerd in bovenaangehaald ministerieel schrijven van 1879, maar eeniglijk op grond, dat het oprichten en gebruiken van inrichtingen

tot het stallen van rundvee en paarden en tot het houden of mesten van varkens niet behoort tot de zaken, welke het onderwerp der wet van 1875 betreffen of waaromtrent die wet geen uitspraak heeft gedaan aangaande de onderworpenheid, al of niet, aan eene voorafgaande vergunning van het gem.bestuur. De gem.raad bewoog zich ten deze, evenals waar 't bijv. geldt de oprichting van hooibergen (zie *W. v. d. Burg. Adm.* n°. 1830. 4. 2), op geheel vrij terrein ; zijne desbetreffende regeling werd noch door art. 150, al. 1, noch door art. 151 gem.wet gewraakt. Anders zou mijn oordeel zijn, indien het bijv. gold de oprichting enz. van *inrichtingen* tot het roten en braken van hennep of vlas, of wel spinnerijen en weverijen. Het noemen van zulke inrichtingen onder die, waarvan de oprichting enz. onderworpen zou zijn aan de voorschriften der wet, werd door de Regeering voorgesteld. De Tweede Kamer echter wenschte dit niet en deed door aanneming van amendementen de vermelding van hennep- en vlasroterijen en brakerijen en van spinnerijen en weverijen uit art. 2 wegvallen. En nu wil het mij voorkomen, dat het bij plaats. verordening onderwerpen van zoodanige inrichtingen aan soortgelijk toezicht als waaraan zij onderworpen zouden zijn geweest, waren de bedoelde amendementen niet aangenomen, zou nederkomen op eene niet toelaatbare aanvulling der wet en bijgevolg zou zijn het treden in hetgeen van algemeen Rijks-belang is, ofschoon niet door den Rijks-wetgever geregeld. Eene, de wet van 1875 aldus aanvullende of uitbreidende plaats. verordening is m. i. niet bestaanbaar wegens art. 150, al. 1, gem.wet, al zijn de voorschriften dezer verordening niet identiek aan die der Hinderwet, wat zij overigens o. a. reeds dáárom niet zouden kunnen wezen, omdat zij geen beroep op de Kroon kunnen openstellen tegen beslissingen van het uitvoerend gezag.

Ik wil hiermede niet zeggen, dat voor den plaats. wetgever het terrein van regeling ingevolge artt. 134 en 135 j°. art. 161 gem.wet afgesloten is voor inrichtingen, in de Hinderwet genoemd of daarin opzettelijk niet genoemd, en dat zijne bevoegdheid ten deze beperkt is tot die, in art. 4 van laatstvermelde wet aangeduid. Het doel dezer wet is om te verhinderen of zooveel mogelijk te voorkomen gevaar, schade of hinder, welke veroorzaakt kan worden door de werking of het gebruik van zekere „inrichtingen". Al wat strekken kan om *dat* doel te bereiken, is het domein der Hinderwet en behoort tot de bemoeiing en zorg, niet van den gem.raad, maar van het bij die wet aangewezen gezag. Ik ben dan ook geenszins overtuigd van de juistheid van het gevoelen van den Minister v. Binn. Zaken, in 1878 aan Ged. Staten van Zeeland medegedeeld — zie *Gem.st.* n°. 1468, 2. 1 —, dat de gem.raad bevoegd is, in eene verordening op het brandwezen te omschrijven wat als bewaarplaats van petroleum en andere vluchtige vloeistoffen moet worden beschouwd en aan welke voorwaarden het bestaan van die bewaarplaatsen is onderworpen. De Minister gaf aan Ged. Staten niet toe, dat de verordening eene omschrijving inhield van hetgeen *de wet* onder inrichtingen verstaat. Die omschrijving had z. i. alleen op de bewaarplaatsen, in *de verordening* bedoeld, betrekking; daar zij slechts aanduidde welke hoeveelheid petroleum enz. eene bewaarplaats vormt, zou de verordening op de bewaarplaatsen met eene mindere hoeveelheid niet toepasselijk zijn. Hare algemeenheid maakte m. i. de bepaling wel degelijk onvereenigbaar met de Hinderwet. De grootere of kleinere hoeveelheid petroleum enz. kan niet beslissen, of er eene „inrichting" is in den zin dier wet. Is er eene inrichting in dien zin — wat de gem.-raad niet op eenigerlei wijze kan uitmaken — dan mist

de plaats. wetgever de bevoegdheid te bepalen aan welke voorwaarden haar bestaan onderworpen is, en om voorschriften te geven omtrent de wijze van inrichting der bewaarplaats, de maximum-hoeveelheid die er aanwezig mag zijn en hoe de petroleum enz. er geborgen moet worden. Geldt het daarentegen niet eene inrichting in den zin der wet van 1875, of treden de plaats. voorschriften niet op het gebied, dat volgens die wet aan anderen behoort, dan zijn zoowel het openbaar gezag, als zij, die eene zelfs in de wet van 1875 vallende inrichting exploiteeren of gebruiken, daarbij onderworpen niet alleen aan de voorschriften van andere wetten, maar ook aan die van wettiglijk verbindende prov., gemeentelijke en waterschapsreglementen. Eene vergunning, krachtens de Hinderwet verleend, kan die onderworpenheid niet opheffen of wijzigen. (Zie o. a. het werk van Jhr. Mr. Rochussen, blz. 223, voorl. al., en het arrest van den H. R. van 19 Maart 1888, v. d. Honert, Gem. Zak., XXXVII, blz. 173, waarbij verworpen is de voorziening in cassatie tegen eene veroordeeling wegens overtreding van een bij plaats. verord. krachtens art. 135 gem.wet gedaan verbod, om binnen zekeren afstand van openbare wegen of voetpaden verzamelingen van mest of ander vuil te hebben of te maken). Gesteld dat iemand een door wind gedreven graanmolen wil doen werken en dat hij hiervoor vergunning verkregen heeft ingevolge de wet van 1875, maar dat eene plaats. verordening in het belang der veiligheid van het verkeer op openbare wegen een algemeen verbod bevat om zulke molens binnen zekeren afstand van die wegen te stichten of te hebben, dan overtreedt dat verbod evenmin art. 150, al. 1, als het getroffen wordt door art. 151. De molenaar zal, wil hij zich tegen straf vrijwaren en de toepassing van art. 180 gem.wet verhoeden, het verbod, zoolang het rechtsgeldig

bestaat, moeten eerbiedigen, al zou het in werking brengen van den molen daardoor worden verhinderd ondanks de verkregen vergunning, verleend door een gezag dat niet bevoegd is aan het verbod verbindende kracht te ontnemen; wat de Kroon betreft, behoudens toepassing van art. 153 gem.wet, zoo en voor zoover hiertoe aanleiding gevonden wordt. Met juistheid m. i. werd in de M. v. T., behoorende bij het wetsontwerp 1869—70, door den Minister Mr. Fock gezegd: „Door het verleenen der vergunning tot oprigting eener fabriek, volgens de nu behandelde wet, wordt alleen uitgemaakt, dat, met het oog op het gevaar, de schade of den hinder voor de naburige perceelen of bewoners, geen beletsel tegen de oprigting bestaat. Maar de concessionaris zal van de verkregen vergunning geen gebruik mogen maken, wanneer daartegen uit andere wetten, prov. of gemeente-verordeningen of waterschapskeuren eenig beletsel voortspruit". In denzelfden zin luidt eene beschikking van den Min. v. Waterstaat, H. en N. van 1879, vermeld in het prov. verslag van Noordholland over dat jaar, § 3 blz. 28, en besproken in de *Gem.stem* n°s. 1516 en 1517. De meening intusschen, dat de zuiverheid van den waterboezem in een polder zou behooren tot *andere* dan de door de wet van 1875 beschermde belangen, wordt door de Redactie in laatstgenoemd n°. m. i. te recht niet onderschreven. Bij K. B. van 20 Sept. 1893, n°. 37 (*Gem.stem* n°. 2222), is wijders verstaan, dat op voorschriften krachtens plaats. verordening door een gem.bestuur gegeven, door de Kroon bij de ingevolge de Hinderwet te nemen beslissing niet behoeft te worden gelet, omdat de zorg voor het doen naleven van plaats. verordeningen, tegen welker overtreding straf is bedreigd, behoort tot de gemeentepolitie, waaraan door de Kon. goedkeuring, bij art. 26 dier wet bedoeld, nimmer iets kan worden toegevoegd, noch op eenigerlei wijze

worden te kort gedaan. — Over dergelijke quaestie handelt het hoofdartikel in n°. 2395 van het *W. v. d. B. A.*, naar aanleiding van het K. B. van 4 Mei 1894, n°. 20 (*Eod.* n°. 2389). Zie ook het hoofdartikel in n°. 1983 van dat blad, in verband met eene mededeeling van den Min. v. Binn. Zaken van 1877, *t. a. p.* n°. 1464. Volgens die mededeeling — door Mr. ARNTZENIUS instemmend besproken in de *Bijdragen*, dl. XXII, blz. 220 volg. — is een *algemeen* verbod aan alle fabrikanten om afval of schadelijke stoffen te loozen in de vaarten, in eene prov. verord. opgenomen, in strijd met de wet van 2 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 95). Het bederf van water is in art. 11 dier wet begrepen. (2) Er zouden dus telkens bij het toestaan van de oprichting eener fabriek, die onder de bepalingen van voormelde wet valt, maatregelen kunnen worden voorgeschreven tegen waterbederf, in verband met de locale omstandigheden. De bepaling — voegde de Minister er bij — is evenwel zeer nuttig voor zoodanige fabrieken, die geen vergunning behoeven, hetzij omdat ze in bedoelde wet niet zijn genoemd, of reeds opgericht zijn zonder vergunning, in een tijd toen deze volgens de destijds bestaande bepalingen niet werd vereischt. Het ware z. i., ter opheffing van het bezwaar, voldoende, bij het verbod om „afval van fabrieken in de vaarten te werpen en schadelijke stoffen daarop te loozen", te voegen: „onverminderd de toepassing der wet van 2 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 95) bij de oprigting van inrigtingen, waarop die wet toepasselijk is". Of door eene bijvoeging in *dezen* zin het bezwaar opgeheven werd, betwijfel ik; zeer zeker maakte zij het niet gemakkelijk voor hen, die op de na-

(2) Zie hierover ook het hoofdartikel in de *Gemeentestem* n°. 2199 en de daar vermelde K. Bn., waarbij te voegen die van 10 Aug. 1876, n°. 19; 16 Dec. 1889, 22; 21 Febr. 1896, n°. 34; 14 Maart 1896, n°. 8; 4 April 1896, n°. 24.

leving van het prov. verbod, dat rechtstreeks van invloed kon wezen op de inrichting van inrichtingen, die aan de wet van 1875 onderworpen zijn, hadden toe te zien.

Tegen eene plaats. verord., o. a. bepalende dat het bewaren en zuiveren van steenolie niet mogen geschieden dan met inachtneming der voorschriften, door B. en W. te geven, had de Minister in 1877 (zie *Gem.stem* n°. 1426) geen bezwaar, voor zooveel inrichtingen betrof, opgericht vóór het K. B. van 29 April 1864 (*Stbl.* n°. 39), waarbij bewaarplaatsen van petroleum werden opgenomen onder de inrichtingen, bedoeld in art. 3 van het K. B. van 1824; hij wenschte dat de bepaling in dien zin werd aangevuld, dat daaruit bleek, dat zij alleen in den door hem aangewezen zin op de bewaarplaatsen betrekking had.

Ik geloof, dat hierbij te recht uitgegaan is van de stelling, dat, waar het inrichtingen betreft, welke zonder vergunning rechtsgeldig bestaan hadden bij de invoering der wet van 1875, al wordt *de oprichting* van soortgelijke inrichtingen vergunningsplichtig volgens die wet, de bevoegdheid van den gem.raad tot het geven van voorschriften als de bovenbedoelde niet kan worden ontkend. Zij immers liggen geheel buiten de werking der Hinderwet. Toch acht ik de vermelde bepaling onwettig, omdat de Raad het geven van voorschriften niet aan B. en W. mocht opdragen of overlaten. Het geven van die voorschriften was eene daad van wetgeving, waartoe alleen de Raad gerechtigd en het uitvoerend gezag (art. 179*a* gem.wet) niet bevoegd was, noch door den Raad bevoegd gemaakt kon worden.

Bij de beoordeeling, of en in hoever de artt. 141 prov. wet en 150, al. 1, gem.wet grenzen stellen aan de strafwetgevende bevoegdheid van Prov. Staten en van gem.raden

en van de toepasselijkheid der artt. 142 prov. wet en 151 gem.wet op bepalingen van prov. en plaats. verordeningen, is m. i. vooral het gebied „inrichtingen" in het oog te houden, waarop de toepasselijkheid van de Hinderwet zich beweegt, alsmede het doel — voorkoming van gevaar, schade of hinder — dat de wet zich voorstelt zooveel mogelijk te bereiken.

De vraag treedt dan ook op den voorgrond: wat is eene „inrichting" in den zin dezer wet?

Omtrent de beantwoording dier vraag — het tweede punt dat ik mij voorbehield nader te bespreken, doch bij de behandeling waarvan ik mij niet altoos strikt tot het verband met een der bovengenoemde artt. van de prov. en gem.wetten zal kunnen bepalen — loopen de gevoelens menigmaal zeer uiteen. Zij zou wel niet vrij van moeilijkheid, maar toch minder moeilijk zijn, indien men o. a. met Mr. J. J. Mackay, die op 5 Juli 1895 aan de Universiteit te Utrecht de stelling verdedigde: „Art. 1 der wet van 1 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 95) doelt op alles wat fabriekswezen en kleine nijverheid betreft en slaat niet op particuliere en huiselijke zaken", onvoorwaardelijk kon aannemen, dat de wet alleen handels- en industrieele inrichtingen op het oog heeft, althans de zoodanige die voor den ondernemer winst of voordeel ten doel hebben. Dit is echter het geval niet, al is bij de parlementaire behandeling van het ontwerp der wet ook van Regeeringszijde herhaaldelijk van fabrieken, van nijverheids- en industrieele ondernemingen en inrichtingen, van inrichtingen van fabriekmatigen aard, gesproken (3). Blijkbaar had men deze *hoofdzakelijk*, echter niet *uitsluitend* op het oog. Wel zeide de Minister Mr. Heems-

(3) Zie *Bijbl. t. d. Stcrt.* 1874-5, II, blz. 1212.2, 1213.2, 1214.2, 1215.1, 1224.1; I, blz. 269.2. In het K. B. van 29 April 1877, no. 15, wordt van eene industrieele inrichting gewaagd.

KERK op 4 Mei 1875 in de Tweede Kamer: „Dit wetsontwerp betreft nijverheidszaken en, zoo men het niet wil bepalen tot *fabrieken*, dan is dit omdat eene rechtskundige definitie van dat woord bijna onmogelijk is", doch eene schietinrichting bijv., in art. 2 sub XVIII genoemd, kan zeker in de meeste gevallen niet eene nijverheidsonderneming heeten of gerangschikt worden onder inrichtingen, waarmede winst of voordeel beoogd wordt. Zoo is het in den regel ook met de inrichtingen, waarvan in art. 26 sprake is. Met de Redactie van het *W. v. d. B. Adm.* (zie haar n°. 1981) geloof ik, dat het gem.bestuur van Groningen, op het voetspoor van den H. R. (arr. van 20 Dec. 1875, *W. v. h. R.* n°. 3942), een te beperkt gebied van werking aan de wet van 1875 toeschreef. De H. R., met wiens beslissing door Mr. R. T. MEES (blz. 178 j°. 180 zijner dissertatie) wordt ingestemd, overwoog nl., dat de wetgever bij die wet het toezicht heeft willen regelen bij de oprichting van inrichtingen, die uit hoofde van haar doel, haren duur en omvang, het karakter dragen eener *industrieele onderneming*, waaronder het verzamelen van eene hoeveelheid mest of het bloot hebben van eene verzameling van dergelijke stoffen, hoe gering ook, niet kan zijn bedoeld, vermits zoowel de strekking der wet als hare bewoordingen volgens het algemeen spraakgebruik en de gemaakte voorschriften tot het bekomen der vergunning daarmede niet zijn overeen te brengen. Toch meen ook ik, dat, wegens het gemis van het criterium „inrichting" in den zin der Hinderwet, de H. R. te recht aannam, dat bij het K. B. van 1824 en bij de wet van 1875 een onderwerp geregeld werd en wordt, hetwelk geheel verschilt van dat eener plaats. verord., waarbij onder bedreiging van straf verboden wordt binnen de gemeente stal- of secreetmest, asch, vuilnis, bloed en anderen afval, van welken aard

en omvang ook, te hebben; dat dit verbod blijkbaar enkel ziet op zg. hoopen of verzamelingen van afval van grooteren of kleineren omvang, welke op de plaats zelve ontstaan of dáár worden samengebracht of geworpen, en dat het kennelijk betreft het belang der openbare gezondheid in de gemeente, derhalve volgens art. 135 gem.wet behoorende tot die onderwerpen, waaromtrent het maken van verordeningen uitdrukkelijk aan den gem.raad is overgelaten.

Eene soortgelijke zaak maakte het onderwerp uit van het arr. v. d. H. R. van 11 Oct. 1886 (*W. v. h. R.* n°. 5349). Het gold toen de bepaling eener plaats. verord., verbiedende het verzamelen en bewaren van vuilnis of drekstoffen, hetzij in zg. mest- of drekbakken in of aan de openbare straat gelegen, hetzij op eigen erf, hetzij in stallen, schuren of andere plaatsen, die niet vooraf door de gemeentepolitie daartoe geschikt zijn gekeurd. De H. R. oordeelde, dat de toepasselijkheid van art. 2, VII, j°. art. 22*a* der wet van 1875 niet, althans niet uitsluitend afhankelijk is van den korteren of langeren duur der inrichtingen, bestemd tot bewaring en verwerking o. m. van mest en meststoffen, maar daarvan, of deze inrichtingen door haar doel en omvang het karakter dragen eener handels- of nijverheidsonderneming (4). Ook bij arr. van 19 Maart 1888, hiervoren reeds vermeld, overwoog de H. R. dat de wet van 1875 betrekking heeft op inrichtingen die door haar doel en omvang het karakter dragen eener handels- of nijverheidsonderneming. Of de H. R. bij deze arresten en bij dat van 20 Dec. 1875 de bedoeling heeft gehad, omtrent het gebied van werking der Hinderwet eene principieele be-

(4) Deze beslissingen, beide plaats. verord^{n}. betreffende, die antérieur waren aan de wet van 1875, worden besproken in het reeds vermelde nr. 1981 van het *W. v. d. B. A.* Zie ook n°. 2401 van dat blad.

slissing te nemen, door welke inrichtingen van anderen aard worden uitgesloten, zou ik niet als vaststaande durven aannemen.

De Min. v. Binn. Zaken was daarentegen in 1874 met Ged. Staten van Z.-Holland van meening (zie *Gem.stem* n°. 1250), dat in eene plaats. verord. niet tehuis behoort een verbod om, zonder schriftelijke toestemming van B. en W., binnen de kom der gemeente of langs de openbare wegen of wateren mest- of vuilnishoopen, putten of bakken te hebben of aan te leggen. De gem.-wetgever werd, met het oog op art. 3 K. B. van 1824, onbevoegd geacht de oprichting van vuilnishoopen enz. in het algemeen te verbieden, daar de beslissing over deze zaken, elk afzonderlijk, behoort aan het college van B. en W., behoudens beroep op de Kroon. Ook in 1877 — zie *Gem.stem* n°. 1426. 2. 1 — oordeelde de Minister, zich vereenigende met het gevoelen van Ged. Staten van Zeeland, dat de bepaling in eene plaats. verord., van de voorwaarden waaronder mestvaalten mogen worden opgericht, in strijd is met de wet van 1875, die zoodanige bepaling aan B. en W. en niet aan den Raad opdraagt. — Eene plaats.verord. legde den eigenaren van slachterijen de verplichting op om voor eene behoorlijke uitloozing van water te zorgen in een bij de verordening voorgeschreven vorm. Ged. Staten van bovengenoemde provincie achtten in 1884 den Raad niet bevoegd, in het algemeen voorschriften te geven omtrent de uitloozing van slachterijen, omdat die inrichtingen zijn opgenomen in de wet van 1875 en ook werden genoemd in het K. B. van 1824. Was het noodig, dienaangaande nadere voorschriften te geven, dan kon dit geschieden door B. en W. volgens art. 17, c. q. j°. art. 29 der wet van 1875. Alleen omtrent die slachterijen, welke mochten zijn opgericht vóór het K. B. van 1824, zou de Raad bevoegd

kunnen geoordeeld worden te verordenen. De Min. v. Binn. Zak. vereenigde zich met deze beschouwing (Zie *W. v. d. B. A.* n°. 1911).

Komt die ook mij juist voor, de in 1874 en 1877 gemaakte, hierboven vermelde opmerkingen schijnen mij slechts gegrond, voor zoover de plaats verord^n^. geacht konden worden ook te gelden voor inrichtingen van den hierbij bedoelden aard, voor de oprichting waarvan ingevolge Rijksverordening voorafgaande toestemming van het plaats.bestuur noodig was. Met betrekking tot gewone hoopen, putten of bakken, waarheen de bewoner van een gebouw dagelijks het huis- of stalvuilnis, mest en dergelijke doet vervoeren, is de gem.raad m. i. volkomen bevoegd, alle zoodanige voorschriften te geven, als hij in het belang der openbare gezondheid in de gemeente noodig oordeelt. Zijne macht is te dien aanzien alleen beperkt waar het inrichtingen geldt, welke onder de toepassing van de Hinderwet vallen of door den wetgever opzettelijk in die wet niet zijn genoemd. Doet de vraag, of dit een of ander het geval is, zich voor — wat geenszins ondenkbaar is, omdat bijv. van eene verzamelplaats van meststoffen enz. een ruimer gebruik kan worden gemaakt dan tot berging van zulke stoffen in den door mij bedoelden zin —, dan geven artt. 21 en 22*a* der wet de middelen aan de hand om haar tot oplossing te brengen. Laatstgenoemde wetsbepaling biedt daartoe de gelegenheid, al is art. 21, al. 1, niet toegepast. Op deze wijze kan dan tevens worden uitgemaakt, of in het gegeven geval de wet van 1875, dan wel de plaats.verordening toepasselijk is. Het verkrijgen van eene beslissing hieromtrent levert thans te minder bezwaar op, omdat de zaak in eersten aanleg tot de kennisneming van den kantonrechter behoort, hetzij de strafactie ingesteld wordt naar aanleiding der wet van

1875, hetzij dit geschiedt in verband met eene provinciale of plaatselijke verordening.

Te oordeelen naar het K. B. van 22 Dec. 1874, n°. 24 (*W. v. d. B. A.* n°. 1365), valt een gewone mestvaalt niet in de termen der Hinderwet, maar wèl als het geldt eene bergplaats van vuilnis en faecale stoffen, eene mestverzameling of mestbereiding op uitgebreide schaal, alwaar de afval eener fabriek (*in casu* eene stoomjutespinnerij) en de faecale stoffen van een 300-tal fabriekarbeiders zullen worden verzameld. Ik zou wel willen vragen — eene vraag, die ook voor andere inrichtingen, bijv. slachterijen, gewettigd schijnt — of dan niet ook vergunning noodig is voor verzamelplaatsen van afval, faecaliën, paardenmest enz., daar waar zulke verzamelplaats opgericht is of wordt ten dienste van militaire kazernes, van zieken- en kloosterinrichtingen, van kostscholen, van gevangenissen en dergelijke, of van militaire paardenstallen? Is het aantal der daarbij betrokken personen enz. beslissend, of er al dan niet vergunning noodig is? Of beslist de wijze waarop de stoffen verzameld en b.v. voor landbouwgebruik dienstbaar gemaakt en daardoor later handelsartikelen kunnen worden? Ik zou, het handelsbelang als criterium er buiten latende, in laatstbedoelden zin antwoorden.

Ofschoon ik ongaarne strafvervolging ingesteld zie waar zij vermeden kan worden, vind ik het jammer, dat in zake de Hinderwet niet een ruimer gebruik is en wordt gemaakt van dit middel, zij het, zooals onlangs ten aanzien eener bepaling van de Arbeidswet geschiedde (arr. H. R., 29 Juni 1896, *W. v. h. R.* n°. 6842), in het belang der wet, ten einde omtrent quaestiën, welke de practijk van eerstgenoemde wet doet rijzen, in hoogste ressort eene principieele beslissing uit te lokken daar, waar eene administratieve beslissing in hoogste ressort

niet verkregen kan worden. Ik weet wel dat evenmin eene beslissing van den H. R. als eene van de Kroon, steeds in eene bepaalde zaak genomen, regelgevende kracht heeft voor andere gevallen, doch, hoezeer afwijking van vroegere beslissingen wel eens voorkomt, in den regel wordt eene principieele beslissing van het hoogste rechtscollege of van de Kroon de *norma agendi* voor den lageren rechter en voor de administratieve autoriteiten, met de uitvoering der wet belast. Eenheid in de toepassing eener wet in het geheele Rijk verhoogt den eerbied voor de wet en het gezag van hare uitvoerders. Het is er verre van af, dat de toepassing der Hinderwet zich door eenheid kenmerkt. Bakkerijen bijv. — waarmede zeker bedoeld zijn brood- en koekbakkerijen — behooren blijkens art. 2 IX — inderdaad eene vreemde plaats naast de andere aldaar genoemde inrichtingen; zie *Gem.stem* n°. 1263 — tot de inrichtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken en mogen niet zonder vergunning van het gem.bestuur worden opgericht. Wat is nu eene bakkerij in den zin der wet? Is dit elke *ad hoc* in het leven geroepen inrichting, waarin een of meermalen per week brood, koek en dergelijke gebakken wordt, ook al is het brood enz. alleen bestemd voor den gebruiker der inrichting, voor zijne huisgenooten en de te zijnent spijzende, soms talrijke dienst- en werkboden? Of is de inrichting alleen dan aan vergunning onderworpen, wanneer zij dient tot het bakken van brood enz., hetzij voor anderen tegen vergoeding, hetzij om in den handel te worden gesleten? Ik aarzel niet, de eerste vraag ontkennend te beantwoorden, in overeenstemming met het gevoelen van Mr. R. T. Mees (zie blz. 173—4 en 177 zijner dissertatie), van de Prov. admin. Vereeniging in Gelderland (zie *W. v. d. B. A.* n°. 1432), van de Redactie

van de *Gem.stem* (zie hare n°s. 1284, 2040 en 2108) en van die van het *W. v. d. B. A.*, welke, na zich in n°. 1477 in denzelfden zin te hebben verklaard, in haar n°. 1812 tot grond van haar ontkennend advies aanvoerde: „Terwijl het K. B. van 1824 van *bakovens* gewaagde, spreekt de wet van 1875 alleen van *bakkerijen*, waaronder, naar ons voorkomt, de bakovens voor eigen gebruik niet begrepen kunnen worden, te minder, daar zij geen ernstigen hinder of gevaar voor het publiek kunnen doen ontstaan". Anders wordt er over gedacht door Ged. Staten van Limburg, blijkens hun verslag over 1882, waar men o. a. leest: „Bakkerijen of bakovens, al dienen ze slechts voor eigen gebruik, blijven toch inrichtingen, waarvoor art. 1 j^o^. art. 2 IX der fabriekswet vergunning van het gem.bestuur eischt. De wet maakt voor geene andere inrichtingen uitzondering dan voor die opgenoemd sub *a* en *b* van art. 2".

Ik zou de juistheid van eene tegenovergestelde opvatting niet betwijfelen, ware het niet, dat het K. B. van 8 Sept. 1894, n°. 36, wel eenigen steun aan de zienswijze van Ged. Staten van Limburg gaf. Dat besluit, besproken in *W. v. d. B. A.* n°. 2401, handhaafde de aan Paters Capucijnen te Helmond verleende vergunning tot het op hun kloosterterrein oprichten van eene bakkerij en bierbrouwerij, niet om brood te bakken en bier te brouwen voor anderen of voor verkoop, maar voor verbruik door de bewoners van het klooster. Opmerkelijk is het, dat vermeld K. B. aan de gestelde voorwaarden er eene toevoegde, volgens welke de bakkerij en bierbrouwerij alleen zullen worden gebruikt ter voorziening in de eigen behoeften van de verkrijgers der vergunning; alsof wie het brood eet en het bier drinkt, invloed kan hebben op de beantwoording der vraag, of de *inrichtingen* gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken. Misschien is de

bedoelde voorwaarde aan de vergunning verbonden met het oog op het betrekkelijk beperkt aantal consumenten en, in verband hiermede, om ook een beperkt gebruik der inrichtingen te verzekeren, ten einde langs dien weg de vrees voor gevaar, schade of hinder tot een minimum te reduceeren.

Is het aantal consumenten van invloed op de beslissing der quaestie, of vergunning noodig is, dan zal de huisvader, die eene groote familie en daarnevens een talrijk te zijnent spijzend dienstpersoneel heeft, vergunning behoeven om zelf het noodige brood en bier te bakken en te brouwen, terwijl hij die eene kleine familie en geen of een weinig talrijk dienstpersoneel heeft, geen vergunning daartoe noodig heeft. Deze onderscheiding vindt intusschen m. i. geen steun in de wet. De inrichting, waar brood gebakken of bier gebrouwen wordt voor eigen consumtie, is eene „bakkerij" of eene „brouwerij", eene inrichting in den zin der Hinderwet, of zij is dit niet. En als eene tezamen wonende, als 't ware een gezin vormende, min of meer talrijke vereeniging van personen vergunning noodig heeft om in inrichtingen *ad hoc* enkel voor eigen consumtie brood te bakken of bier te brouwen, dan ligt m. i. daarin in beginsel opgesloten, dat het geen verschil maakt, of eene inrichting opgericht is ten behoeve van eigen gebruik of nut, dan wel met een ander doel, en dan zie ik ook geen grond om van vergunning ontheven te beschouwen den huisvader, die uitsluitend ter voorziening in de behoeften van zijn gezin en dienstpersoneel, talrijk of min talrijk, dergelijke inrichtingen heeft, als men te Helmond wenschte op te richten. Hoe men de inrichting noeme, bakkerij of bakoven, is *dan*, dunkt mij, weinig ter zake afdoende, want de vergunning zal toch wel wegens den oven, of wellicht beter gezegd, wegens de gebruikt wordende brandstof, tot vereischte gesteld zijn.

De besproken K. B^{n}. van 22 Dec. 1874, n°. 24, en 8 Sept. 1894, n°. 36, maken m. i. de oplossing op administratief gebied van quaestiën, ook met het oog op die der strafwetgevende bevoegdheid van gem.raden, niet gemakkelijker. Als regel aan te nemen, dat voor inrichtingen, in het leven geroepen alleen voor eigen gebruik en gerief of voor eigen genoegen — men denke hier aan eene schietinrichting — geen vergunning noodig is en daaromtrent alzoo regelen kunnen gesteld worden bij prov. of plaats. verordening, gaat niet aan; in zoover acht ik de in 1876 — zie *Gem.stem* n°. 1277. 2. 1 — door den gem.raad van Groningen genomen beslissing juist; de grens echter tusschen het vereischt zijn en het niet vereischt zijn van vergunning volgens de wet van 1875 is moeilijk te trekken; de vraag zal menigmaal haar antwoord moeten vinden in de omstandigheden, en in de appreciatie hiervan is eenheid tusschen den strafrechter en het administratief gezag geenszins verzekerd. Als hij die in zijn tuin een gebouwtje sticht, waarin hij brood bakt — een zg. bakoven —, zijn graan maalt of bier brouwt, een en ander voor eigen verbruik, vergunningsplichtig is, dan zal hij dit, meen ik, toch niet wezen, wanneer dat bakken, malen of brouwen geschiedt in kleinere toestellen, welke in zijne woning worden aangetroffen. Maar juist al die verscheidenheid in toestanden maakt de beantwoording moeilijk van de vraag, of de plaats. wetgever zich van regeling heeft te onthouden. Het zou te ver gaan, vergunning volgens de Hinderwet te vorderen, wanneer een verver of schilder in een gedeelte van zijn huis de noodige verf gereed maakt en daar ook kleinigheden verft (zie *Gem.stem* n°. 2045. 3. 3), of in zijne gewone werkplaats naar gelang van de behoefte de voor uitoefening van zijn bedrijf noodige, misschien betrekkelijk geringe hoeveelheid verf

of vernis kookt; wanneer een borstelmaker voor de uitoefening van zijn vak eene geringe hoeveelheid pek op een haard of kachel smelt (zie cfm. *Gem.stem* n°. 2062); wanneer iemand voor dagelijksch verbruik zekere hoeveelheid petroleum in zijne woning of op zijn erf bergt, (zie cfm. het slot van het 2de hoofdartikel in *Gem.stem* n°. 1351), of zelfs wanneer een winkelier in zijn winkel of in eene andere localiteit van zijn huis c. a. een paar vaten petroleum tot détailverkoop aanwezig heeft. Zegt men, dat er dan niet is eene „inrichting" in den zin der Hinderwet — het tegendeel waarvan door de Redactie van de *Gem.stem* meermalen is beweerd met betrekking tot winkels, doch waarop zij later (zie o. a. n°. 1588) is teruggekomen — dan erkent men tevens de bevoegdheid van den gem.raad om krachtens art. 135 j°. art. 161 gem.wet voorschriften te geven in het belang der plaats. veiligheid, gezondheid, enz.; eene bevoegdheid, die hij, behoudens het bepaalde bij art. 4, m. i. mist, zoodra de wet van 1875 toepasselijk is. Dat bestemming tot eigen gebruik of gerief op zich zelf niet beslissend is, blijke uit een voorbeeld. Gesteld, iemand kan tegen zeer billijken prijs petroleum koopen, mits hij bijv. tien vaten van die stof tegelijk neme. Deze hoeveelheid zal wel de oprichting, op de eene of andere wijze, noodig maken van eene „inrichting tot bewaring van petroleum", wanneer die stof er gedurende eenigen tijd bewaard moet blijven, dat zeker het geval is zoo zij alleen bestemd is tot eigen verbruik. Deze laatste omstandigheid doet evenwel de bewaarplaats niet vallen buiten de toepassing der wet van 1875. Die wet zal, naar het oordeel der Redactie van de *Gem.stem* — zie haar nrs. 1381. 4. 2, 1793. 4. 1 en 2212. 3. 2 — toepasselijk zijn zelfs wanneer de petroleum opgeslagen wordt in de open lucht. „De wet — zegt zij in eerstgenoemd n°. — heeft wel

meer bepaald gedacht aan gebouwen of lokalen, maar dit neemt niet weg, dat een erf, waarop petroleum wordt opgeslagen en bewaard, toch ook is eene „inrichting tot bewaring van petroleum". Het kan de bedoeling der wet niet zijn geweest, de bewaring in de open lucht van petroleum, buskruit, nitro-glycerine, dynamiet enz. (zie art. 2 sub II) geheel vrij te laten." Zij was in n°. 1817.4.1. van meening, dat wanneer op een open particulier terrein iets geschiedt waarvoor de wet van 1875 vergunning eischt, deze vergunning evenzeer noodig is als in geval het in een gebouw *ad hoc* plaats heeft. De opgeslagen petroleum, in het gestelde voorbeeld bedoeld — niet de inrichting, waarin de stof geborgen wordt — zal voor omliggende perceelen en voor buren niet minder gevaar, schade of hinder kunnen teweegbrengen als zij tot eigen verbruik bestemd is, dan wanneer er eene handels- of andere bestemming aan gegeven wordt (5).

Uit een en ander blijkt hoe moeilijk het ten deze voor den prov. of plaats. wetgever kan wezen de klip te vermijden, welke resp. art. 141 prov.wet en art. 150, al. 1, gem.wet op zijne vaart in den weg stellen. Geeft hij voorschriften, die het gebied der wet van 1875 kunnen betreden, dan handelt hij voorzichtig, in zijne verordening een voorbehoud op te nemen voor het mogelijke geval dat die wet toepasselijk is of door eenig bevoegd gezag toepasselijk geoordeeld wordt. Ik wijs hierop geenszins uit ingenomenheid met dergelijke reserves (6),

---

(5) Zie omtrent den invloed van de hier besproken bestemming van inrichtingen, op de toepasselijkheid der Rijksvoorschriften, een opstel van Mr. B. in *Bijdr. Staatsbestuur*, dl. XX, o. a. blz. 307, en, wegens het verband van de Hinderwet met het K. B. van 1824, het arr. v. d. H. R. van 24 Juni 1845 (*W. v. h. R.* no. 665) en het schrijven van den Min. v. Binn. Zak. van 1 Oct. 1854, no. 3, 2e afd. (SCHREUDER, *Plaats. strafwetg. en pol.*, aant. 503).

(6) Zie ook: «De plaats. strafwetgeving en politie», blz. 37 en 758—60.

maar als een redmiddel in het openbaar belang. In den regel moet m. i. er naar worden gestreefd, dat door een ieder in eene verordening duidelijk en klaar gelezen kunne worden wat verboden of geboden wordt, doch ook van Prov. Staten en gem.raden mag het onmogelijke niet worden gevorderd. Zoo ergens, zal men hier van den nood eene deugd moeten maken.

De Rechtbank te Haarlem nam bij vonnis van 10 April 1879 (*W. v. h. R.* n°. 4422) in eene zaak, waarin het gold het in gebruik nemen van een afgesloten erf tot het bewaren van petroleum door een handelaar in die stof, aan, dat hij die vaten petroleum op zijn erf heeft nedergelegd of doen nederleggen, om ze daar voor eenigen tijd te doen verblijven en die zóó doende eene bewaarplaats of inrichting tot bewaring van petroleum in het aanzijn heeft geroepen, deze in den zin der wet heeft *opgericht*. Waar de wet van 1875 spreekt van oprichten van eene inrichting, moet, volgens genoemd rechtscollege, het woord „oprichten" niet worden opgevat in den meer beperkten zin van opbouwen of in elkaar zetten, maar in den meer algemeenen zin van tot stand brengen of in aanzijn roepen. De slotwoorden van art. 5 der wet zouden, wel is waar, aanleiding kunnen geven tot de vraag, of niet de wetgever uitsluitend het oog heeft gehad op gebouwen of op in gebouwen gevestigde inrichtingen, doch, naar de meening van de Rechtbank, blijkt het tegendeel duidelijk uit de in art. 2 sub I*a* vermelde uitzondering van locomotieven, stoomkranen, enz. en uit de sub XVII genoemde scheepstimmerwerven; de slotwoorden van art. 5 wettigen h. i. derhalve alleen de gevolgtrekking, dat de wetgever in de eerste plaats aan gebouwen heeft gedacht, geenszins dat hij deze uitsluitend zou hebben op het oog gehad.

Over de vraag, wat eene „inrichting" is in den zin

der Hinderwet, geeft de geschiedenis der wording van die wet weinig licht. Maar juist hierom kan het weinige dat zij oplevert, aan de oplossing van vragen dienstbaar zijn. Kort na de invoering der wet deed de Redactie van de *Gem.stem* — zie n°. 1363.4.2 — reeds opmerken, dat bij de behandeling van het ontwerp der wet geen licht is verspreid over de beteekenis van de woorden „inrichting bestemd tot bewaring", op meer dan ééne plaats in art. 2 voorkomende. Met het oog op het doel, waarmede de wet in het leven is geroepen, meende zij onder die woorden te moeten begrijpen *elk* gebouw of gedeelte van een gebouw, bestemd bv. tot bewaring van afval, asch, vuilnis, enz.

De Minister Mr. Fock schreef in zijn antwoord op het V. V. betreffende het wetsontwerp 1869—70, dat onder „fabriek" naar zijn oordeel niet wel eene inrichting kan worden verstaan waar (doorgaans?) slechts één persoon werkzaam is, en dat in den zin van dit ontwerp onder „bewaarplaatsen" ook te verstaan zijn schepen, die niet tot vervoer, maar tot uitoefening van eenig bedrijf of tot bewaring van brandbare stoffen worden gebezigd. Wat dit laatste betreft, wordt een tegenovergesteld gevoelen geuit door de Redactie van de *Gem.stem* in haar n°. 1383. Naar haar oordeel kan eene in eene gracht liggende schuit, waarin vaten petroleum worden bewaard, niet geacht worden te zijn eene „inrichting" tot bewaring van die stof, waarop de wet van 1875 van toepassing is, omdat deze wet, o. a. blijkens de artt. 5 en 10, alleen doelt op inrichtingen, gevestigd in gebouwen of lokalen. In denzelfden zin luidt een vonnis der Rechtbank te 's-Gravenhage van 4 April 1878 (*Rechtsg. Bijblad*, 1878, afd. C, blz. 63). Daarentegen was de Redactie van de *Gem.stem* in n°. 2250.3.1 van gevoelen, dat voor het in de vaart brengen van eene boot, bestemd tot vervoer

van passagiers en goederen, vergunning ingevolge art. 2 I der Hinderwet noodig is, wanneer die boot door een petroleum-motor bewogen wordt, vermits daarbij gassen van hooge spanning gebezigd worden en de uitzondering sub *a* van dat n°. hier niet van toepassing is. Evengenoemde Rechtbank nam bij vonnis van 10 Juli 1896 (*W. v. h. R.* n°. 6849) aan, dat vaartuigen door een petroleum-motor bewogen, geen stoomvaartuigen zijn, doch vallen onder het bij K. B. van 18 Mei 1892 (*Stbl* n°. 102) vastgesteld reglement.

De Minister Mr. Heemskerk antwoordde op eene vraag (*Bijbl.* 1874/5, II, blz. 1230.2), dat, daar een stoomschip elk oogenblik van plaats kan veranderen, het niet raadzaam schijnt een plaatselijk onderzoek in te stellen, *hetgeen alleen bij vast goed te pas komt.* Ook Mr. Mees is, blijkens blz. 180 van zijn acad. proefschrift, van meening, dat onder „inrichtingen" slechts onroerende goederen worden bedoeld.

Ik geef gereedelijk toe, dat de wet van 1875 er niet op ingericht is, om aan hare voorschriften onderworpen te doen zijn het gebruik van vaartuigen en dergelijke voorwerpen, liggende in openbare vaarwaters en stedelijke grachten, tot inrichtingen van bovenbedoelden aard, doch als er slechts dan eene „inrichting" is in den zin dier wet, wanneer er een gebouw of lokaal is, dan zal dit criterium m. i. evenzeer ontbreken bij opslag en bewaring van petroleum enz. in de open lucht. Deze quaestiën behooren, dunkt mij, tot de velen, die aandacht verdienen bij herziening van de Hinderwet.

Bij de beraadslaging in de Tweede Kamer zeide de Minister Mr. Heemskerk (blz. 1228.1) voorts, dat op een handweeftoestel of een spinnewiel, dat enkele dames, die in dat opzicht nog ouderwetsch zijn, gebruiken, de voorgestelde wetsbepalingen natuurlijk niet van toepassing

zijn; dit toch zijn evenmin spinnerijen of weverijen, als één boek eene boekerij is; wijders, dat indien het roten van vlas of hennep langs de slooten begrepen ware onder het K. B. van 1824, daaromtrent geen plaats. verordening zou mogen gemaakt worden wegens art. 150 gem.wet; z. i. was dat besluit hierop niet toepasselijk. Met hennep- en vlasroterijen en brakerijen waren in het ontwerp dan ook bedoeld inrichtingen van meer of minder omvang, *maar altijd van fabriekmatigen aard,* niet de uitoefening van het bedrijf van vlasboer.

Zal er sprake kunnen zijn van het zonder de vereischte vergunning in werking houden van eene aan vergunning onderworpen inrichting, dan moet het, naar de meening van de Rechtbank te Groningen (vonnis van 2 Dec. 1875, *W. v. h. R.* n°. 4029), vaststaan, dat men *op onderscheidene tijdstippen* verboden zelfstandigheden in die inrichting heeft voorhanden gehad, en is er geen strafbaar feit te last gelegd, wanneer de dagvaarding slechts vermeldt, dat op één gegeven dag zulke zelfstandigheden in een pakhuis aanwezig zijn bevonden. Zij besliste later, toen dezelfde zaak na ontslag van rechtsvervolging, opnieuw bij haar was aangebracht (vonnis van 24 Febr. 1876, *W. v. h. R.* n°. 4047), dat het in een pakhuis tijdelijk voorhanden hebben van eenige balen met vodden en kleine hoeveelheden vodden en lompen op onderscheidene tijdstippen niet geacht kan worden daar te stellen het hebben van eene inrichting, bestemd tot bewaring en verwerking van afval, zoo niet blijkt dat zij in het pakhuis opgeslagen bleven en niet onmiddellijk na weging weer verzonden en er derhalve bewaard werden.

Volgens een vonnis van genoemde Rechtbank dd. 14 Juni 1877 (*W. v. h. R.* n°. 4174) kan dan ook eerst dàn gedacht worden aan eene „inrichting" tot het bewaren

en drogen van huiden en vellen, wanneer blijkt van een continueel, althans meer dan eenmaal voorhanden hebben van vermelde artikelen, of wanneer uit de inrichting van de localiteit of andere omstandigheden de bestemming tot bewaarplaats en drogerij van huiden enz. voortvloeit.

Diezelfde Rechtbank besliste bij vonnis van 27 Febr. 1878 (*W. v. h. R.* n°. 4239), dat de vraag, of eenige inrichting van dien omvang is, dat zij als eene bij de wet verbodene moet worden aangemerkt, niet alleen afhangt van de omstandigheid, of zij eene groote of kleine ruimte inneemt — vermits voor de uitoefening van het eene bedrijf eene groote en voor die van een ander slechts eene kleine ruimte noodig is — maar vooral dáárvan, of zij van dien aard is, dat zij gevaar, schade of hinder kan veroorzaken, en dat eene inrichting tot het bewaren van huiden volgens den geest der wet niet dàn alleen als eene verbodene moet worden aangemerkt, als daarin voortdurend huiden bewaard worden, maar evenzeer als zij bestemd is tot het bewaren van huiden en deze daarin bij tijden worden opgenomen en bewaard, om kort daarna wederom te worden weggevoerd en later door nieuw aangevoerde te worden vervangen.

Zij oordeelde bij vonnis van 12 Dec. 1878 (*W. v. h. R.* n°. 4358), dat voor de toepassing der wet van 1875, blijkens o. a. de artt. 1, 2, 4, 5 en 13, gevorderd wordt, dat er opgericht of gehouden zij eene „inrichting", iets van blijvenden aard (7), bestemd tot uitoefening van eenig bedrijf of eenigen tak van nijverheid, en dat aan dit criterium niet voldoet het op drie, door geruime tusschenpoozen gescheiden tijdstippen door een handelaar in petroleum op zijn erf, deel uitmakende van de aan-

(7) Vgl. H. R. 11 Oct. 1866, *W. v. h. R.* no. 5349, hiervoren vermeld op blz. 38.

hoorigheid van zijn woonhuis, voorhanden hebben telkens van een viertal vaten (p. m. 680 liter) van die stof.

Ook de Redactie van het *W. v. d. B. A.* was in haar n°. 1448 van meening, dat de in de Hinderwet bedoelde inrichtingen een blijvend karakter moeten hebben. „Heeft" — zeide zij — „het schieten naar den vogel plaats zonder dat daarvoor eene inrichting is gemaakt, eene bepaalde schietbaan of blijvende gelegenheid, maar geschiedt dit, bij wijze van spel, in den tuin, dan is daarop de wet van 1875 niet toepasselijk".

Daarentegen oordeelde de Kantonrechter te Steenwijk (vonnis van 7 Mei 1885, *Pal. v. Just.* n°. 94) ook tijdelijken opslag van lompen en beenderen zonder vergunning van B. en W. verboden; z. i. onderscheidt de wet niet tusschen doorloopende en tijdelijke bergplaatsen.

Eene vruchtbare bron van quaestiën zijn inzonderheid de n°s. II en IV van art. 2 der wet, vooral voor zooveel zij gewagen van inrichtingen tot bewaring van buskruit, petroleum, enz. Voor zoover zij eenig beginsel, bij de uitlegging der wet in acht te nemen, raken, komt het mij niet nutteloos voor, dienaangaande een en ander mede te deelen.

Kort na de invoering der wet van 1875 behandelde de Redactie van de *Gem.stem* in haar n°. 1263 (De taal onzer wetten) de vraag, of door art. 151 gem.wet getroffen werd eene bepaling der Amsterdamsche Alg. pol. verord., volgens welke het niet geoorloofd was zonder vergunning van B. en W. buskruit, schietkatoen of vuurwerk tot verkoop in winkels voorhanden te hebben of ergens uit te stallen of rond te venten. Wat het voorhanden hebben en uitstallen van die stoffen betreft, beantwoordde zij de vraag toestemmend; zij was van oordeel, dat de wet hetzelfde *onderwerp* regelt als de plaats,

verord., en dat mitsdien de vergunning om in een winkel Bengaalsch vuur — volgens B. en W. een onderdeel van vuurwerk — voorhanden te hebben of uit te stallen, niet meer kon worden verleend uit kracht van eene ex art. 151 gem.wet vervallen bepaling der gemeente-verordening, maar gegeven moet worden met inachtneming van de speciale voorschriften, zooals die bij artt. 5 vlg. der wet van 1875 zijn vastgesteld.

Tegen deze ruime opvatting dier wet kwam Mr. J. J. T. te R. in verzet in n°. 1265, op grond o. a. dat het hier geen „inrichting" geldt in den zin der wet; men behoeft slechts aan te nemen, dat de verordening een *ander* onderwerp regelt dan de wet, welke z. i. niet het geheele gebied van wat gevaar, schade of hinder kan veroorzaken, aan de plaats. wetgeving onttrokken heeft, maar alleen de oprichting van „inrichtingen", waarvan het een of ander het gevolg zou kunnen zijn; het woord „inrichting" was, meende hij, op te vatten in den zin van établissement, fabriek, magazijn, niet in dien van „construction". De Redactie antwoordde t. a. p., dat het hier niet de vraag is, of het aanwezig zijn van een *ander* onderwerp is *aan te nemen;* „het moet bewezen zijn" — zeide zij — „dat hier een ander onderwerp bedoeld is, en dit is voor ons nog zoo duidelijk niet. Mr. T. gaat van de onderstelling uit, dat de wet alleen toepasselijk is op het oprichten van *inrichtingen tot bewaring;* wij hebben die beperking noch in de woorden van, noch in de discussiën over de wet kunnen vinden en *ubi lex non distinguit, nec nobis est distinguendum.* De wet spreekt van *inrichtingen;* deze zijn zeker hetgeen de Franschen noemen *établissements*, en LITTRÉ, in zijne bekende Dictionnaire de la langue française, omschrijft dit woord in n°. 5 als volgt: „ce qui sert essentiellement á l'exercice d'une profession, d'un métier. L'atelier d'un

menuisier est son établissement". Een winkel is dus ook een établissement, eene inrichting, want dáár oefent men zijn beroep uit; een winkel is ook eene *bewaarplaats*, en het zou voor den wetgever moeielijk zijn geweest te bepalen, tot hoever het begrip van *winkeldebiet* reikt en waar de inrichting begint eene groote bewaarplaats te zijn.

In n°. 1351 (2e hoofdartikel) kwam de Redactie van de *Gem.stem* op de quaestie terug met betrekking tot petroleumberging, ten aanzien waarvan zij in haar n°. 1316.3.3, waar het gold het tusschen andere koopwaar in een kruidenierswinkel voorhanden hebben van eenige vaten petroleum, met verwijzing naar n°. 1265 (zie ook n°. 1253.4.1) schreef, dat met het oog op de *bedoeling* der wet, die gevaar enz. wilde voorkomen, h. i. geen onderscheiding te pas komt en alzoo „elke bewaarplaats van petroleum, ook al worden in hetzelfde lokaal nog andere goederen geborgen, in de termen der wet van 1875 valt. Juist de tegenwoordigheid van andere goederen en het daartusschen verspreid liggen van vaten petroleum verhoogen het gevaar niet weinig". In eerstgenoemd n°. 1351 bleef de Redactie aan het door haar ingenomen standpunt getrouw en wees er op, dat de wet van 1875 verandering in den toestand had gebracht, doordien het K. B. van 29 April 1864 (*Stbl.* n°. 39) de toepasselijkheid van art. 150, al. 1, gem.wet had voorkomen door opneming in de considerans van de woorden „behoudens de bepalingen, door plaats.besturen omtrent de bewaring van petroleum gemaakt of te maken (8).

Intusschen heeft de Redactie van de *Gem.stem.*, na ook nog in n°. 1401 op eene vraag te hebben geant-

---

(8) Zie omtrent dit voorbehoud eene ministerieele mededeeling van 1874, vermeld in *W. v. d. B. A.* no. 1393 en in *Gem.stem* no. 1252.

woord, dat een winkelier, die buskruit ten verkoop in zijn winkel voorradig wenscht te mogen hebben, het bij art. 5 der wet van 1875 bedoeld verzoek aan het gem. bestuur moet doen, later — zie haar reeds vermeld n°. 1588 en o. m. de n°s. 1935, 1986, 2152, 2334 — de bevoegdheid van den plaats. wetgever in ruimeren en mits de woorden „inrichting" en „bewaarplaats" in de Hinderwet in engeren zin opgevat, zóó dat de winkel, waarin een handelaar in petroleum enz. eenigen voorraad van deze stoffen voorhanden heeft, geacht wordt niet onder die wet te vallen, aangezien deze spreekt van „inrichtingen" bestemd tot bewaring van petroleum enz. en daarmede bedoelt localiteiten of terreinen, die bepaaldelijk daartoe zijn ingericht of bestemd. Of men — voegt zij in n°. 2334 te recht er bij — al dan niet met zoodanige inrichting te doen heeft, zal de rechter in elk bijzonder geval te beslissen hebben.

Al moge er voor het aanvankelijk gevoelen van de Redactie van de *Gem.stem.* te zeggen vallen, toch meen ook ik, dat in den regel het doorgaans voorhanden zijn van eenigen voorraad buskruit, vuurwerk, petroleum enz. in een winkel met bestemming tot détailverkoop, dien winkel niet maakt tot eene inrichting of bewaarplaats in den zin der Hinderwet. Omtrent de wijze van bewaring enz. van een en ander mogen derhalve m. i. voorschriften worden gegeven bij plaats. verordening; wat buskruit en andere licht ontvlambare of ontplofbare stoffen aangaat, voor zoover de wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 81) en de daaruit voortgevloeide alg. maatr^n^. v. best. zich daartegen niet verzetten.

Tot eene andere, met de aanvankelijke meening der Redactie van de *Gem.stem.* meer overeenstemmende opvatting leidt evenwel het K. B. van 6 Sept. 1894, n°. 40, vermeld in het hoofdartikel in *W. v. d. B. A.* n°. 2401.

Volgens dat besluit, genomen nadat de belanghebbende, koopman in verfwaren, in appèl had ontkend, dat het hier eene „inrichting" in den zin der Hinderwet zou betreffen, kan noch de omstandigheid, dat eene bewaarplaats van vluchtige producten (art. 2 IV) is ingericht voor den verkoop van die producten in het klein, noch ook de omstandigheid, dat in deze inrichting slechts eene geringe hoeveelheid vluchtige producten wordt bewaard, de inrichting aan de toepassing der wet van 1875 en aan hare voorschriften omtrent het aanvragen van de vereischte vergunning onttrekken. Het is intusschen mogelijk, dat men deze beslissing niet moet beschouwen als eene principieele, waardoor alle winkels, waar vluchtige producten in min of meer groote hoeveelheid tot verkoop voorhanden zijn, geacht moeten worden te vallen in de toepassing der Hinderwet, maar dat hier de inrichting der plaats, waar de producten bewaard werden, zoodanig was, dat die plaats, hoezeer tevens bestemd tot détailverkoop, aangemerkt moest worden als eene „inrichting, bestemd tot bewaring van vluchtige producten" in den zin van art. 2 IV.

Met betrekking o. a. tot den verkoop en den opslag van buskruit en andere licht ontvlambare of ontplofbare stoffen is door den plaats. wetgever, ook in verband met art. 150, al. 1, gem.wet, rekening te houden met de hierboven reeds genoemde wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 81), welke geene verandering brengt in de Hinderwet, alsmede met de alg. maatr^{n}. v. b., krachtens art. 1 der wet van 1884 uitgevaardigd. Deze laatste wet en het daaruit voortgevloeid K. B. van 15 Oct. 1885 (*Stbl.* n°. 187, gewijzigd bij K. B. van 10 Oct. 1894, *Stbl.* n°. 162) worden, mede in bedoeld verband, besproken in *W. v. d. B. A.* n°. 2067 en in de *Gem.stem* n°s. 1784 en 1810 (1e hoofdartikel). Daarop betrekkelijke vragen werden

door de Redactie van laatstgenoemd blad beantwoord in n°s. 1868, 1990, 2186 en 2198. Ik bepaal mij tot verwijzing naar een en ander. Door dienaangaande in bijzonderheden te treden, zou aan dit opstel eene al te groote uitgebreidheid worden gegeven. De vraag, of en in hoever er is eene „inrichting" bestemd tot bewaring van buskruit en andere ontplofbare stoffen, of eene bewaarplaats van vuurwerk, en alzoo, of voor de oprichting vergunning vereischt werd of wordt, kan in de wet van 1884 en de daaruit voortgevloeide K. B^n^. geene oplossing vinden. Vandaar dat ook nu nog twijfel kan rijzen omtrent de bevoegdheid van den gem.raad met het oog op art. 150, al. 1, gem.wet, in verband met de Hinderwet.

De Minister van Waterstaat, H. en N.. oordeelde bij schrijven van 28 Jan. 1878, n°. 34 (*Gem.stem* n°. 1429), in overeenstemming met het gevoelen van den Min. v. Binn. Zaken, de wet van 1875 niet toepasselijk op de winkels, waar buskruit enz. verkocht werd, bedoeld in de artt. 22 en 23 van de destijds in het grootste gedeelte des Rijks (9) geldende wet van 26 Jan. 1815 (*Stbl.* n°. 7).

Aandacht ten deze verdient m. i. nog het K. B. van 23 Juli 1890, n°. 35 (*W. v. d. B. A.* n°. 2160). Daarbij is beslist, dat het K. B. van 1824 (*Stbl.* n°. 19) niet gegolden heeft voor de bergplaatsen van buskruit, waarop de wet van 1815 toepasselijk was, zoodat men tijdens de invoering der Hinderwet in zijn recht was, wanneer men, als winkelier tevens buskruit verkoopende, zonder vooraf verkregen vergunning eene bewaarplaats van buskruit in zijn huis had, mits deze, wat betreft hare inrichting en de hoeveelheid buskruit welke zij bevatte, aan de bestaande voorschriften voldeed. Voor de *voortzetting*

---

(9) Zie Plaats. strafwetg. en politie, blz. 135—136, 262—263, 985—989.

eener aldus vóór de wet van 1875 wettig bestaande inrichting is, naar het K. B. van 1890, geene vergunning vereischt; ten aanzien van zulke inrichting is art. 1 dier wet niet toepasselijk; de winkelier is derhalve bevoegd, mits alle daaromtrent bestaande wettelijke voorschriften nalevende, niet alleen met den verkoop, maar ook met de bewaring van buskruit en vuurwerk, zooals dit een en ander bij de invoering der Hinderwet in zijn huis plaats had, aldaar voort te gaan, zonder hiertoe vergunning te hebben verkregen.

Aan verscheidenheid in stof tot onderzoek, of laatstgenoemde wet toepasselijk is, ontbreekt het, blijkens het voorafgaande, inderdaad niet. Zoo rees meermalen ook de vraag, wat in den zin dier wet eene slachterij (art. 2 X) is. Jhr. Mr. Rochussen (blz. 40) beschouwt eene inrichting tot bereiding en levering van versch vleesch als eene slachterij en derhalve vergunningsplichtig. Niet aldus Mr. Mees (blz. 177). Deze zegt: „Onder slagerij of slachterij wordt verstaan de plaats, waar men het vee slacht, onverschillig of daar tevens het vleesch van het geslachte vee al dan niet verkocht wordt. Daaronder valt dus niet een bloote vleeschwinkel (arr. H. R. 27 Sept. 1853; v. Doorn, Fabriekwet, blz. 38; *W. v. h. R.* n°. 1575). Penserij daarentegen is de plaats, waar het afval van het slachtvee wordt verzameld en verkocht (H. R. 26 Jan. 1869, *W. v. h. R.* n°. 3089)". Laatstvermelde uitlegging van het woord „slachterij" vindt bevestiging in het K. B. van 14 Nov. 1894, n°. 27, waarbij is aangenomen, dat krachtens de wet van 1875 voor eene vleeschhouwerij — d. i. eene inrichting waar de *geslachte* dieren in grootere of kleinere stukken worden gehouwen — geene vergunning vereischt wordt, evenmin als voor eene stalling van vee. Deze beschouwing komt mij juist voor. Eene definitie van het woord „slachten" wordt

aangetroffen in de arrn. v. d. H. R. van 22 Mei en 25 Juni 1888 (*W. v. h. R.* nos. 5563 en 5596).

In art. 2 der Hinderwet komen sub I—VII en sub X de woorden „met name" en sub III—V, VII en XIII de woorden „waaronder begrepen zijn" voor.

Omtrent de beteekenis dezer uitdrukkingen zeide de Minister Mr. Heemskerk in de Tweede Kamer (*Bijbl.* blz. 1230.1): „De beteekenis van „met name" is deze: die woorden moeten strekken *tot leiddraad* van den rechter bij de toepassing van dit artikel. De algemeene omschrijving en de bijzondere opnoeming van eenige zaken zijn daar: wanneer nu eene *gelijksoortige* zaak zich onder een anderen naam voordoet, dan zal de rechter de bepaling moeten toepassen, ofschoon die naam hier niet voorkomt. De woorden „met name" dienen dus alleen tot verduidelijking van de algemeene bepaling. Bijv. wanneer iemand heeft opgericht een atelier tot het voortbrengen van *bevroren vloeistof*; de rechter zal dan zeggen, dat deze is een andere benaming van *ijs* en dus valt onder no. I. De redactie laat die uitlegging toe en gebiedt haar zelfs; men kan haar niet anders verstaan.

„Daaronder begrepen" beteekent dat de met name genoemde inrichtingen anders niet zouden geacht worden te behooren onder de generieke benaming, maar door den wetgever niettemin worden aangewezen als daartoe te behooren. Ook hiervan een voorbeeld. Men zou kunnen beweren, dat de ongezuiverde petroleum niet behoort onder de fabriekmatige producten, genoemd in no. V (IV der wet). Echter zijn bergplaatsen van ongezuiverde petroleum althans even gevaarlijk als die voor gezuiverde, zoodat het voorzichtig is te bepalen, dat onder no. V begrepen zijn *magazijnen van petroleum*. Hetzelfde geldt de *luciferfabrieken*. Sommige fabrikanten beweren en annonceren op de doosjes, dat zij lucifers maken zonder

phosphorus. Daar dit nu a priori onmogelijk uit te maken is, is het voorzichtig de lucifersfabrieken *in globo* te bevatten onder de inrichtingen tot het vervaardigen van phosphorus. Daardoor worden alle mogelijke chicanes afgesneden, en daarom staat er „daaronder begrepen".

Vat ik de verklaring van de woorden „met name" goed op, dan zou men die woorden kunnen vervangen door „zooals" of „bij voorbeeld", zonder aan de bedoeling te kort te doen. Ik meen, dat het artikel in duidelijkheid zou hebben gewonnen, indien eene der laatstgenoemde uitdrukkingen ware gebezigd. „Met name" (= namelijk; nommément) komt mij voor, eer eene bepaalde aanwijzing te zijn, dan de beteekenis van „bij voorbeeld" en mitsdien die van leiddraad te hebben.

Jhr. Mr. Rochussen zegt, blz. 40: „Reeds de verdeeling der bedrijven in groepen duidt aan, dat overal eene énunciatieve opnoeming bedoeld is, en dat tot iedere groep behoort al wat naar het wezen, al is het ook niet door den gebruikelijken naam, daaronder valt. Op den gebruikelijken naam komt het in ieder geval aan, en het behoeft geen betoog, dat een bedrijf zich aan de toepassing der wet niet kan onttrekken, door zich te verbergen achter een aangenomen, aan den rijken schat der taal ontleenden naam. Eene inrichting tot bereiding en levering van versch vleesch is eene slachterij, en derhalve vergunningsplichtig."

De Redactie van de *Gem.stem* – zie o. a. hare n°s. 1407, 1482, 1588 — oordeelde, met Mr. Oppenheim (blz. 40) evenzeer, dat het niets ter zake afdoet, dat inrichtingen niet bepaaldelijk in art. 2 der wet genoemd zijn, te minder omdat de daarin meermalen voorkomende uitdrukking „met name" blijkens het verhandelde in de Staten-Gen. geene exclusieve beteekenis heeft. Daarentegen gaf zij later eene limitatieve beteekenis aan die uitdruk-

king; vandaar in n°. 2107 een ontkennend antwoord op de vraag, of eene koffiebranderij onder de bepalingen der wet van 1875 valt. Art. 2, n°. V, in den aanhef sprekende van inrichtingen bestemd tot droge distillatie van plantaardige zelfstandigheden, zou — schrijft zij — ongetwijfeld ook de koffiebranderijen omvatten, indien niet door de bijvoeging van de in het art. „met name" genoemde inrichtingen de toepasselijkheid dier bepaling tot de daarin uitdrukkelijk vermelde inrichtingen was beperkt. Op grond toch van de interpretatie, door den Minister bij de behandeling der wet van de uitdrukking „met name" gegeven, gelooven wij met Jhr. Mr. v. Doorn (blz. 29—31), dat die woorden verbieden, andere dan de uitdrukkelijk genoemde inrichtingen onder het aangehaald n°. te brengen. De koffiebranderijen nu worden niet met name in art. 2 V genoemd en vallen ook niet onder eenige andere bepaling der wet". Op denzelfden grond oordeelde zij in de n°s. 2220, 2267, 2317, niet vergunningsplichtig ex art. 2 VI eene met de hand gedreven boterfabriek, waarin de ondernemer melk, zoowel van eigen als van ander vee, verwerkt.

Dat de H. R. reeds eene beslissing omtrent de beteekenis der woorden „met name" heeft genomen, of dat dienaangaande eene beslissing van de Kroon bestaat, is mij niet gebleken.

Wel deed de H. R. uitspraak (arr. v. 26 Oct. 1891, *W. v. h. R.* n°. 6100) ten aanzien van de beteekenis van het woord „en", waar dit in art. 2 der Hinderwet aangetroffen wordt sub IV (zie ook sub II en VII). In het feitelijke stond vast, dat in des beklaagden bewaarplaats petroleum noch verkregen, noch bewerkt, doch alleen bewaard werd zonder vergunning. De req. van cassatie beweerde, dat geen strafbaar feit was gepleegd door dit bewaren alleen. De H. R. verwierp het middel, op de

overweging, dat, gelijk op goede gronden, aan de geschiedenis der wet ontleend, in het (bij vonnis der Rechtb. te Breda v. 23 Sept. 1891) bevestigde vonnis (v. den Kant.rechter te Tilburg van 5 Febr. 1891) wordt aangetoond, het woordje „en" tusschen de woorden „verwerking" en „bewaring" disjunctief is gebezigd en alzoo de bewaarplaatsen, waarin petroleum noch vervaardigd, noch verwerkt wordt, onderworpen zijn aan de bepalingen der wet; eene uitspraak die nader wordt aangedrongen door de (door den H. R. volkomen beaamde) overweging: „dat als men het woordje „en" een conjectief karakter verleent, men moet aannemen, dat alleen *die* inrichtingen in art. 2 IV bedoeld worden, waar petroleum *en* verkregen (hetgeen in ons land niet of zeer zelden geschiedt) *en* verwerkt *en* bewaard wordt, ten gevolge waarvan die waar petroleum verwerkt, d. i. gezuiverd, vermengd of wat ook, wordt, buiten het bereik der wet liggen, zelfs indien het tevens bewaarplaatsen, maar niet tevens plaatsen zijn waar petroleum verkregen, d. i. gefabriceerd wordt, hetgeen de gansche bepaling in de wet nutteloos zou maken".

In de *Gem.stem* n°. 1263 (hoofdart.) werd reeds voorspeld, dat hieromtrent verschil van gevoelen zou ontstaan. In den zin van den H. R. luidt een advies in de *Rechtsg. Adviezen* X. 13. Ook Jhr. Mr. v. Doorn (blz. 36*e*; 37*m*) en de Redactie van het *W. v. d. B. A.* (n°. 1981) zijn van het gevoelen van den H. R. Anders werd er over gedacht door de Rechtbank te Groningen (vonnis v. 31 Oct. 1883, *Rechtsgel. Bijblad*, 1884, C, blz. 88), die bij vonnis v. 2 Dec. 1875 (*W. v. h. R.* n°. 4029) de quaestie in het midden liet, alsmede door Ged. Staten v. Groningen, blijkens hun verslag over 1885. Vermelde Rechtbank deed intusschen (vonnis v. 14 Dec. 1893, *Gem.stem* n°. 2246), evenals Kant.recht. te Groningen

(vonnis v. 30 Oct. 1893, *Pal. v. Just.*, 1894, n°. 18), uitspraak in overeenstemming met de beslissing van den H. R.

Het is niets nieuws, dat eerst na veeljarige werking eener wetsbepaling de jurisprudentie den zin vaststelt, waarin zij moet worden toegepast. Vooral waar 't geldt een onderwerp van wetgeving, hetgeen zoo diep in vele maatschappelijke betrekkingen ingrijpt als het tegenwoordige (Mr. Heemskerk, Tweede Kamer, *Bijbl.*, 1874—5, II, blz. 1212.2), is dit niet vrij van bezwaar. Een aantal inrichtingen is er misschien, welke vóór het arrest van den H. R. van 1891 geacht werden, zonder vergunning een wettig bestaan te hebben, terwijl zij na deze uitspraak gerangschikt moeten worden onder de inrichtingen, die bloot staan aan de toepassing van art. 21 der Hinderwet, onverminderd de strafbaarheid van het hoofd der onderneming ingevolge art. 22*a*. Zoo bijv. de Bedum'sche gemeentelijke mestverzamelingen, waarover het hoofdartikel in *W. v. d. B. A.* n°. 1981 handelt.

Bij eene volgende gelegenheid hoop ik nog over eenige ruimte in dit tijdschrift te mogen beschikken ter bespreking van de andere punten, bedoeld aan het slot van blz. 38 van dl. LVII.

L. F. G. P. Schreuder.

's-Gravenhage, September 1896.

Eene Rechtbank ter voorkoming van processen.

Ruim twintig jaren geleden, den 1sten Juli 1876, begon de Vereeniging voor den effectenhandel, gevestigd te Amsterdam, haar loopbaan.

Volgens art. 1 der statuten heeft zij ten doel de bevordering der belangen van den effectenhandel. Zij streeft er naar krachtens art. 18 „onder anderen door het inrich-„ten van een lokaal tot het drijven van handel tusschen „de Leden der Vereeniging;

„het vaststellen van bepalingen voor den effecten-„handel tusschen de Leden der Vereeniging;

„het uitgeven van eene Prijscourant van Effecten;

„het invoeren van een eenvoudige en snelle wijze „van beslissing van geschillen tusschen de Leden der „Vereeniging;

„het optreden voor de rechten en belangen van de „houders van fondsen."

In de beslissing der geschillen stelde ik belang. Het gelukte mij door tusschenkomst van een Lid en door welwillendheid van het Bestuur eene volledige verzameling der verslagen, waarin de belangrijkste uitspraken opgenomen worden, te bekomen.

De kennismaking stelde mij aanvankelijk te leur. Had ik gehoopt beslissingen te vinden, belangrijk voor de leer der toonderpapieren, ik las schier alleen uitspraken, gegrond op het Reglement voor den Effectenhandel, uitsluitend voor de Leden bindend. Evenwel gaandeweg kwam ik tot de overtuiging toch kennis te nemen van een merkwaardig juridisch verschijnsel: namelijk van een uitstekend werkende instelling om processen te voorkomen.

Het was dadelijk de toeleg der Vereeniging om den geheelen Amsterdamschen effectenhandel tot zich te trekken. Reeds bij circulaire van 6 Maart 1877 (1) werd aan de leden voorgehouden, dat zij zich behoorden te onthouden van het doen van beurs-affaires met niet-leden. Dit boycotten heeft aanleiding gegeven tot een bekend proces. De Heer H. V., Commissionnair in effecten en lid der Vereeniging, vroeg op de Beurs te koop 10 certificaten van Shares in de Buffalo Pittsbury and Western Railway Company tegen 38%, in beurstaal zeggende: „Buffalo's 38 mij tien." Hierop zeide de Heer H., ook commissionnair doch geen lid, die met eenige vakgenooten bij hem stond: „je hebt ze" maar de Heer H. V. antwoordde: „die neem ik van u niet aan". Nadat deze geweigerd had de certificaten te accepteeren, werd hij of eigenlijk zijne firma gedagvaard voor de Amsterdamsche Rechtbank. Ter verdediging voerde hij aan, dat er geene overeenkomst was gesloten, omdat hij met den Heer H, als zijnde geen lid der Vereeniging, nimmer zaken had willen doen. De Rechtbank stelde den Heer H. V. in het ongelijk en het vonnis werd door het Hof bevestigd. (2)

---

(1) 2de Verslag bl. 13.

(2) Vonnis van 18 October 1883 W. 5005. Arrest van 17 October 1884. W. 5158.

Vooral het vonnis viel in den smaak. Door Mr. DRUCKER werd er een bewijs in gezien, dat de regel van art. 1378 B. W: »Indien de bewoor-«dingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uit-«legging niet afwijken», door de praktijk ook wordt toegepast bij het totstandkomen der overeenkomsten. (*Rechtsgeleerd Magazijn* Deel III bl. 253. Mr. MOLTZER, die den wil «buiten de deur» zet, haalt het vonnis aan ter bevestiging van zijne stelling: «Niet wat gewild, maar wat rechtens «door hem gedaan, geschreven of gesproken werd, bepaalt op stuk van «zaken iemand rechtsverhouding tot zijn medemensch». *Hand. Jur. Ver.* 1889 Deel 1 bl. 133 Vlg.

Over het offeren van den wil aan de wilsverklaring kan ik in de gewijsden niets vinden. Integendeel: de Rechtbank neemt aan, «dat de

Volgens getuigenis van Mr. M. H. 's JACOB waren kort na de oprichting de handelaren, die zich aansloten, aanmerkelijk talrijker dan de opposanten (1). Het verschil

---

toestemming of wil om zich te verbinden aanwezig is»; dat er koop en verkoop bestond toen «de overeenstemmende wil des eischers met den «ged. ten aanzien van zaak en prijs verkregen was». Het Hof oordeelt «dat bij een aanbod een iedereen of aan het publiek, 't zij door uitstal-«ling van waren, door circulaires, door openbare aankondiging of anders-«zins, het twijfelachtig is of bij den aanbieder de wil bestaat, om zich «jegens een bepaald individu te verbinden, dan wel slechts eene overeen-«komst voor te bereiden, maar dit redelijker wijs niet kan worden betwij-«feld, wanneer de vraag gericht wordt tot bepaalde personen, meer of «minder in getal, en zonder eenig voorbehoud of reserve" Een beroep op «beurs-usantie deed noch de Rechtbank noch het Hof. Wellicht waren deze colleges, geheel anders dan de Heeren DRUCKER en MOLTZER, daartoe te veel vervuld met wil en wilsovereenstemming. Als ware aangetoond, dat een beurs-handelaar niet in het algemeen te koop vraagt, als zich iemand in de nabijheid bevindt, met wien hij geen zaken wil doen, en zoo hij wel in het algemeen vraagt, zich gebonden rekent aan ieder, die wil verkoopen, zoude ik mij wellicht bij de uitspraken kunnen neerleggen, indien althans de mededeeling van Mr. MOLTZER, onwaar mocht zijn: «dat er bij de gedaagde firma eene bepaalde, *aan den eischer zeer wel* «*bekende ongezindheid* bestond om met laatstgenoemde zaken te doen.»

Bij het zwijgen over gewoonte had m. i. zoowel volgens de theorie der wilsovereenstemming als der wilsverklaring de beslissing anders moeten luiden.

Bij een koop van effecten, die eerst over eenige dagen geleverd worden en waarbij de verplichting tot vrijwaring van groot gewicht kan zijn, is de persoon van den verkooper geene onbeteekenende bizonderheid. Uit art. 1494 B. W. mag allerminst afgeleid worden, dat eene overeenkomst is tot stand gekomen, als A zijn wil heeft te kennen gegeven om 10 Buffalo's tegen 38 % te koopen en B om te verkoopen. (zie OPZOOMER Deel VIII bl. 11; DIEPHUIS Deel XI bl. 57). Uit het antwoord van den Heer H. V.: «die neem ik van u niet aan», blijkt m. i. duidelijk, dat hij nimmer zaken met den Heer H. wilde doen, al had het een oogenblik den schijn.

Let men uitsluitend op hetgeen «gedaan, geschreven of gesproken wordt», dan schijnt het mij hoogst willekeurig toe om van drie samenhangende gezegden één af te snijden. Neemt men bovendien nog aan, dat de ongezindheid van den gedaagde om met hem te handelen aan den eischer bekend was, dan wordt ook de goede trouw «buiten de deur» gezet en vervalt men in het dorste formalisme.

1) Beurscontracten van den Amsterdamschen effectenhandel. W. 4108. Onjuist is de mededeeling, dat de Vereeniging den 1sten Maart 1877 in werking trad. Wel werd op dien datum het Reglement voor den effectenhandel ingevoerd.

moet zeer aanmerkelijk geweest zijn, want het Bestuur durfde reeds in 1879 in een request aan den Amsterdamschen Gemeenteraad schrijven: „Immers het is onbetwist-„baar, dat de Vereeniging voor den Effectenhandel is *de* „effectenhandel: deze vindt in haar zijne uitdrukking; „allen, die zich op het terrein van den handel in publieke „fondsen, wissels en geld bewegen, zijn, op hoogst zeld-„zame uitzonderingen na, hare leden" (1) Volgens vertrouwbare inlichtingen zijn thans deze uitzonderingen verdwenen, of althans tot onwaarneembare afmetingen geslonken.

Het komt ook mij voor, dat de Vereeniging om te slagen in hare veelzijdige taak den geheelen effectenhandel tot zich moest trekken. Zij is geworden een ouderwetsch gilde, in nieuwerwetsche kleedij gestoken. Blijkbaar was Mr. 's Jacob te zwaartillend toen hij haar wel eenigen levensduur toezegde, '„zij het dan ook niet tot den bedongen eindtermijn, ult. December 1905, die wel wat lang is."

Zooals wij reeds zagen, behoorde tot de middelen, waarmede de belangen van den effectenhandel zouden bevorderd worden, het invoeren van een eenvoudige en snelle wijze van beslissing van de geschillen tusschen de Leden.

Art. 21 der Statuten luidt:

„Eene Commissie uit het Bestuur beslist geschillen „tusschen de Leden betreffende hun bedrijf, welke par-„tijen gezamenlijk of individueel aan haar oordeel „onderwerpen.

„Het punt in geschil wordt schriftelijk aan haar op-„gegeven.

„Zij stelt partijen in de gelegenheid, daarop te worden

---

(1) 4de Verslag bl. 53.

„gehoord. Zij bepaalt daartoe dag, uur en plaats en „geeft daarvan aan partijen kennis.

„Indien de opgave van het punt in geschil niet door „partijen gezamenlijk is gedaan, wordt zij te gelijk met „die kennisgeving door de Commissie aan de wederpartij „medegedeeld.

„Naar gelang van omstandigheden kan de Commissie „ten allen tijde eene uitvoeriger instructie der zaak „verlangen.

„De Commissie geeft hare beslissing in den vorm van „een brief, dien zij aan de gezamenlijke partijen richt „en aan elk van haar aangeteekend per post toezendt.

„De beslissing der Commissie behelst haar gemotiveerd „gevoelen over het punt in geschil. Partijen worden ge„acht zich daarmede te hebben vereenigd, en de beslis„sing geld als overeenkomst tusschen hen omtrent het „punt in geschil, indien niet uiterlijk binnen veertien „dagen na de toezending op de wijze, hiervoren omschre„ven, eene van haar bij deurwaarders exploit het tegen„deel verklaard en eene som van *f* 100 in de kas der „Vereeniging gestort heeft. Indien de zaak voor den „gewonen rechter (of voor arbiters) is of wordt gebracht, „en de partij, die de bovengenoemde som heeft gestort „bij einduitspraak in het gelijk wordt gesteld, ontvangt „zij de gestorte som terug.

„Voor partijen, die aan de Commissie de rechtsmacht „van arbiters wenschen op te dragen, wordt de gelegenheid daartoe geopend, en worden formulieren van com„promis met eene eenvoudige procesorde verkrijgbaar „gesteld.

„Zaken, die bij de Commissie aanhangig zijn op het „tijdstip, dat een der partijen haar lidmaatschap verliest „of daarin geschorst wordt, worden behandeld op de „wijze, bij dit artikel bepaald."

De geschillen zouden talrijker en neteliger zijn, als de Vereeniging niet een Reglement voor den effectenhandel, bindend voor de leden, had vastgesteld. Over het ontwerpen van dit Reglement zeide het Bestuur in het 1ste Verslag (bl. 9): „Bij de vervulling van die taak, „trouwens niet gemakkelijk, moest gelet worden zoowel „op bestaande regelen en usantiën als op de eischen „van den nieuwen tijd. Met veel dat oud of verouderd „was moest gebroken, het goede van vroeger moest ge„handhaafd en, waar het noodig bleek, met de veran„derde begrippen in overeenstemming gebracht, boven„dien moest veel, wat tot dusverre ontbroken had, ingevoerd „worden". Hoe uitnemend men slaagde, blijkt uit het onveranderd blijven, een paar onbeteekenende wijzigingen daargelaten, van dit uitgebreid Reglement, zestig artikelen behelzende, gedurende bijna twintig jaren.

De geschillen werden dadelijk in twee afdeelingen gesplitst. Ontkenning van leverbaarheid van stukken op grond van materieele beschadiging, bijvoordeeld door vuur of vocht, kon beoordeeld worden door bloote bezichtiging. Eene sub-commissie belastte zich daarom met de taak om stukken te keuren.

Het aantal gekeurde stukken bedroeg:

264	in	1876.
389	„	1877.
633	„	1878.
725	„	1879.
577	„	1880.
271	„	1881.
202	„	1882.
175	„	1883.
153	„	1884.
254	„	1885.
200	„	1886.

91	in	1887.
80	„	1888.
109	„	1889.
70	„	1890.
76	„	1891.
52	„	1892.
27	„	1893.
33	„	1894.
34	„	1895.
4415	in	19½ jaar.

Aanvankelijk was de toeneming verontrustend. In 1880 nam men twee maatregelen ter vermindering. Vooreerst werd besloten „eenige algemeene regelen aan te „wijzen, wier toepassing in vele gevallen het onnoodig „zal maken fondsen ter keuring aan te bieden." En dan werd het keurloon van *f* 0.25 gebracht op *f* 1. (1) Dit hielp uitstekend. Het aantal der gekeurde stukken bedroeg het jaar voor deze maatregelen 725 en het jaar er na 271. De daling bleef sterk aanhouden, hoewel niet regelmatig.

Van verzet tegen de beslissingen der keuringscommissie vindt men in de Verslagen geen spoor. Partijen schijnen steeds te hebben berust.

Omtrent de overige geschillen is geene volledige en vertrouwbare statistiek op te maken. De mededeelingen, hoe systematisch de verslagen overigens ingedeeld zijn, missen *esprit de suite*. Nu eens wordt het getal der *aangebrachte*, dan eens der *behandelde* zaken genoemd. Meestal vindt men het aantal der mondeling en schriftelijk *afgedane* zaken; soms wel, soms niet gesplitst. Ook wel wordt alleen mededeeling gedaan van de schriftelijke

(1) 5de Verslag bl. 14.

beslissingen, Ja, in drie Verslagen wordt eene opgave over afgedane zaken zelfs geheel gemist.

Onvolledigheid verkiezende boven onnauwkeurigheid, zal ik mij beperken tot de mededeeling van het aantal der mondeling en schriftelijke afgedane zaken, in de Verslagen voorkomende.

12	in	1876
26	„	1877.
33	„	1878.
28	„	1879.
13	„	1880.
12	„	1881.
4	„	1882.
8	„	1884
19	„	1891.
11	„	1892.
11	„	1893.
14	„	1894.
195	„	11½ jaar.

De behoefte of de neiging om zaken aan te brengen schijnt weer te stijgen, want in 1895 werden er 32 aanhangig gemaakt, die 13 *schriftelijke* beslissingen uitlokten.

Slechts vier keer heeft de verliezende partij gebruik gemaakt van haar recht om niet te berusten in de uitspraak. In twee van die vier gevallen werd de zaak voor het uitbrengen eener dagvaarding geschikt en de gestorte som van *f* 100 teruggegeven. Één keer schikten partijen nog na dagvaarding. Slechts eens deed de Amsterdamsche Rechtbank uitspraak en nog wel geheel in overeenstemming met de beslissing der Commissie.

De oprichters der Vereeniging zullen wel verwacht hebben, dat de Commissie een aantal processen zoude

voorkomen, doch zulk een schitterenden uitslag voorzagen zij zeker niet.

Laat ons nu deze rechtspraak toetsen aan de drie eischen: goed, snel en goedkoop.

Wordt bij het keuren van stukken een loon geeischt van *f* 1, de overige beslissingen geschieden kosteloos. Van zegel- en registratierechten is geen sprake. De hulp van praktizijns zal wel hoogst zelden ingeroepen worden. Goedkooper recht zal alzoo bezwaarlijk te verkrijgen zijn.

Met de snelheid was het evenzoo gesteld. Behoudens schaarsche uitzonderingen werd uitspraak gedaan binnen eenige weken na het ontstaan van het geschil en onderwierp zich de verliezende partij.

De deugdelijkheid van de rechtspraak wordt minder gemakkelijk met objectieve gronden bewezen.

Ik acht haar zeer goed, en zoude gaarne onder de afgedrukte beslissingen mijne handteekening zetten, ééne slechts uitgezonderd (1).

De rechtspraak moet onder de leden der Vereeniging

---

(1) De bedoelde beslissing is van 10 Februari 1881 (6de Verslag bl. 48) B. had aan A geleverd aandeelen der Maxwell Land Grant Company, die volgens de heeren ZIEGELAAR en VAN DEN BERGH, agenten dier Maatschappij te Amsterdam, aan den heer SHERWIN van wege haar waren ter hand gesteld om te bewaren, doch op een of andere ongeoorloofde wijze in den handel waren gekomen. A eischte andere stukken, doch werd afgewezen met de volgende overweging «dat de vraag, of stukken, welke in onder«pand zijn gedeponeerd, met regt of zonder regt zijn te gelde gemaakt, «den derden houder niet aangaat."

Vooreerst maak ik de opmerking, dat volgens de Heeren ZIEGELAAR en VAN DEN BERGH de stukken *onder verband* en niet zooals de Commissie zegt, *in onderpand* waren gedeponeerd.

Vervolgens komt mij de stelling door hare algemeenheid onjuist voor. Al moge een gedeelte der Nederlandsche en Duitsche rechtsgeleerden haar beamen, de Amerikaansche rechter, bij wien A ten slotte moest aankloppen, zeker niet.

Men houde in het oog, dat de Commissie slechts had te beoordeelen, of de stukken ten aanzien van het genot gelijk stonden met andere stukken van dezelfde soort.

hoog zijn aangeschreven. Slechts vier keer verzet in twintig jaren is, ook al verliest men de boete van *f* 100 voor de zich verzettende en tevens verliezende partij niet uit het oog, anders niet te verklaren.

Hoevele processen zijn er voorkomen door de keuring van die duizende stukken en de uitspraak in die honderde geschillen? Deze vraag is zelfs niet bij benadering te beantwoorden. Natuurlijk zoude een groot aantal personen die thans de beslissing der Commissie inriepen, zich niet aan een proces gewaagd hebben. Vast staat het echter, dat aan de Amsterdamsche effectenhandelaren veel geld en aan de Amsterdamsche Rechtbank veel werk werd gespaard.

Zonder vrees voor geld en tijdverlies een geschil dadelijk voor den rechter te kunnen brengen is bevredigend voor het rechtsgevoel.

Eene beslissing van vakgenooten heeft licht kans in den smaak te vallen.

Gelukkig echter voor praktizijns en magistraten zijn aan het navolgen van het Amsterdamsche voorbeeld bezwaren verbonden. Dit ondervond de Rotterdamsche Kamer van arbitrage, opgericht in 1878. Het eerste artikel der Statuten luidde: „Er wordt te Rotterdam op„gericht een *Kamer van arbitrage over handelsgeschillen* „met het doel die geschillen door uitspraak van scheids„lieden als goede mannen volgens billijkheid in het hoogste ressort te termineeren". (1) Abraham de Pinto bestreed deze poging in een dier gezonde en luimige artikelen, waarvan hij het geheim bezat (2). Later vinden wij nog een paar berichten over de verkiezing der arbiters door de Rotterdamsche Kamer van Koophandel, doch daarna houden de mededeelingen

(1) W 42 14.
(2) W. 42 16.

op. Om inlichtingen gevraagd, schreef mij een Rotterdamsche rechtsgeleerde, dat de onderneming direct mislukte, omdat bij een geschil met een der oprichters deze weigerde de zaak voor de Kamer te brengen. Een passend einde van de klucht!

Deze Kamer en de Commissie voor de geschillen hadden weinig meer dan het gronddenkbeeld met elkander gemeen.

De Kamer stond op zichzelve. De Commissie is het orgaan eener Vereeniging, die den geheelen effectenhandel tot zich getrokken heeft. De Leden verbinden zich om hunne geschillen voor haar te brengen.

Welverre dat al de handelsgeschillen aan hare kennisneming onderworpen zouden zijn, bepaalt zij zich tot het beperkte gebied van den effectenhandel. Niet alleen is de omvang veel kleiner, maar de geschillen zijn ook veel eenvoudiger. De feiten zijn niet ingewikkeld en staan schier altijd vast.

Vervolgens hebben de Leden door het Reglement op den effectenhandel zichzelve eene wet gegeven, die de taak der Commissie veel gemakkelijker maakt.

Te Rotterdam was de bedoeling om de billijkheid over het geschreven recht te doen zegevieren, de Commissie, ofschoon als „goede mannen" uitspraak doende, heeft zich zorgvuldig onthouden van de „*aequitas cerebrina*".

Navolging op een beperkt handelsgebied moge niet ondoenlijk zijn, men zij er voorzichtig mede.

Nu kan men een paar nurksche vragen doen. Als een Lid eens het geschil niet voor de Commissie, doch voor den gewonen rechter brengt, heeft dan de gedaagde eene exceptie uit art. 21 der Statuten? Kan datzelfde artikel een Lid tegengeworpen worden, welke na het ontvangen der schriftelijke beslissing niets van zich laat hooren binnen veertien dagen, maar later de tegenpartij

voor den rechter daagt? Hebben wij te doen met eene wettige overeenkomst of met eene drieste poging om aan de wetten, die op de publieke orde betrekking hebben, hare kracht te ontnemen?

Hoe de antwoorden ook mogen luiden, (1) veel practisch belang bezitten zij niet. Opzettelijke overtreding van art. 21 zoude door de Vereeniging gestraft worden met vervallenverklaring van het lidmaatschap, wat gelijk staat met ontneming der broodwinning. Geen lid zal het wagen.

Arnhem, 3 December 1896.

G WTTEWAALL.

---

(1) De Rechtbank te Groningen oordeelde, dat partijen mogen bepalen om de geschillen, ontstaande uit een huurovereenkomst, door een Notaris te doen beslissen. 10 November 1884 W. 5173.

De Hooge Raad maakte uit dat de uitsluiting van appel niet in strijd is met de openbare orde. 12 November 1896 W. 6885.

Hetzelfde college besliste, dat eene overeenkomst den Rechter niet bevoegd konde maken. 23 Juni 1893. W. 6365.

Realisatie van met hypotheken bezwaard onroerend goed in een faillissement.

(*Faillissementswet*).

Mr. K. W. Brevet, advocaat en procureur te Middelburg.

Betreffende dit onderwerp wensch ik speciaal deze vraag te behandelen: of de realisatie van met hypotheken bezwaard onroerend goed, tot een faillieten boedel behoorende, kan plaats hebben onder zulke gegevens, dat de kans op hooge opbrengst aanwezig is?

Het is in het belang van den verkooper, dat het onroerend goed bij realisatie tegen zoo hoog mogelijken prijs verkocht wordt; die kans nu zal grooter zijn, naarmate er meerderen als koopers kunnen optreden. Om te kunnen koopen moet men òf geld òf crediet hebben. Wie geen geld heeft maar op crediet wil koopen, zal dat crediet het gemakkelijkst verkrijgen tegen het geven van waarborg.

Wil nu de verkooper zijne kans op hooge opbrengst het sterkst maken, dan moet hij zorgen, dat hij het te verkoopen goed vrij en onbelast den kooper kan leveren, want alleen dàn biedt hij aan den kooper de gelegenheid om zich het crediet, dat hij noodig heeft om te kunnen koopen, op het goed zelf te verschaffen.

Hoe gaat het in de praktijk?

Een stuk onroerend goed wordt te koop geboden. Wie kooplustig is, maar niet bij machte de geheele waarde

uit eigen middelen te betalen, (en wanneer alleen zij konden koopen, die daartoe zelf de middelen bezaten, zou het er voor een verkooper dikwijls weinig gunstig uitzien) zoekt een geldschieter voor het geval hij kooper wordt, en biedt als waarborg een hypotheek op het te koopen onroerend goed.

Verscheidenen worden zoodoende in staat gesteld te koopen; de concurrentie onder de koopkrachtigen wordt grooter; dit komt der opbrengst ten goede.

De verkooper zal dus de meeste kans op een hooge opbrengst hebben, als hij het goed vrij kan leveren; daartoe moet het onbelast zijn.

Geheel anders is het, waneeer het goed met hypotheken bezwaard is. Het goed gaat dan over met de daarop drukkende hypotheken. Wel kan de kooper in de meeste gevallen door eene gerechtelijke rangschikking de zuivering van de hypotheken boven den koopprijs provoceeren, maar het vooruitzicht, hiertoe te moeten overgaan, schrikt velen af en terecht, want ook dán kunnen allerlei hypotheken het gekochte blijven drukken (zie artt. 1257 en 1259 B. W. (1), en al kan het goed geheel ontlast

---

(1) Art. 1257 B. W. Bij de rangschikking zal de doorhaling worden bevolen van de inschrijvingen, die niet batig zijn gerangschikt . . . .

Ten opzichte van inschulden, welker geheel bedrag batig is gerangschikt, zullen de inschrijvingen gehandhaafd blijven, en de kooper tot dezelfde verplichtingen zijn verbonden, en dezelfde tijdsbepalingen en uitstellen genieten als de oorspronkelijke schuldenaar.

Art. 1259 B. W. Inschrijvingen op goederen van voogden, curators en mans, ten behoeve van minderjarigen, onder curateele gestelden, of getrouwde vrouwen, en, in het algemeen alle inschrijvingen voor schulden, voortspruitende uit verbindtenissen, die voorwaardelijk zijn, of welker hoegrootheid onbepaald is, blijven, in zoo verre zij voor het geheel of voor een gedeelde, batig zijn gerangschikt, tot op het tijdstip waarop, na het vervallen der voogdij of der curateele, de ontbinding des huwelijks of de uitkomst van de voorwaardelijke of onbepaalde verbindtenis, zal blijken of, en tot welk beloop de hypothecaire schuldeischers op de kooppenningen gerechtigd zijn.

worden, hoeveel tijd kan daarmede niet verloopen. (men denke aan verzet tegen de rangschikking). (1)

Moet dus het goed met hypotheek bezwaard geleverd worden, dan zullen èn de gefortuneerden afgeschrikt worden te koopen, èn de minder gefortuneerden zullen moeilijker een geldschieter vinden; twee omstandigheden die concurrentie en koopprijs drukken.

Wie vrij is in zijn handelen en onroerend goed met hypotheek belast moet verkoopen, zal dan ook meestal trachten eene regeling te treffen, die met inachtneming der belangen van de hypothecaire crediteuren zooveel mogelijk den toestand van verkoop van onbelast goed nabij komt.

De verkooper verzekert zich bij voorbaat van de toestemming der hypothecaire crediteuren in de royeering van hunne hypotheken, ook al zullen die hypotheken niet geheel uit de koopsom kunnen betaald worden.

Vooral bij hoog belast goed hebben debiteur en crediteuren, beiden, belang bij die toestemming bij voorbaat.

De koopers weten nu, dat zij, om het goed gezuiverd te krijgen, geen gerechtelijke rangschikking behoeven te openen; zij weten, dat zoo het goed al niet vrij

---

(1) DIEPHUIS, Systeem, Deel 7, bl. 510. De zuivering waarvan hier sprake is, is een middel waardoor het bezwaarde goed, na verkocht te zijn, ontlast kan worden van de daarop gevestigde hypotheken, voor zoover het bedrag der schulden, waarvoor deze zijn verleend, dat van den koopprijs te boven gaat.

Zij komt niet te pas, wanneer de koopprijs voldoende is om daaruit de schulden af te betalen, waarvoor hypotheek gegeven is; het geld kan pan tot die afbetaling gebezigd worden.

Mr. DIEPHUIS verwijst naar het ontwerp van 1824, waar in art. 41 (ons art. 1253) uitdrukkelijk gezegd was, dat de hypotheken teniet gaan. 3°. «door zuivering, welke alleen kan plaats hebben, ingeval het bezwaarde goed voor een lageren prijs vervreemd is, dan de hypothecaire inschrijvingen beloopen».

De weglating dier bijvoeging doet niet af bij de bepaling van art. 1254a, merkt Mr. DIEPHUIS op.

geleverd wordt, zij toch onmiddellijk na de levering het goed kunnen ontlasten. Die zekerheid vermeerdert de concurrentie, verbetert de kans op eene hooge opbrengst; en tevens zal men de hooge kosten eener gerechtelijke rangschikking (die anders als eerst bevoorrechte schuld uit de koopsom zouden gekweten worden) vermijden. (1)

Zoowel door het een als door het ander vermeerdert het bedrag, dat ter beschikking zal komen van de hypothecaire crediteuren.

De hypothecaire crediteuren die bij voorbaat in de royeering hunner hypotheken willen toestemmen, stellen daartoe aan den met den verkoop belasten notaris eene machtiging ter hand tot het bij authentieke akte namens hen verleenen van volmacht tot doorhaling hunner hypothecaire inschrijving. Zij doen dat in het vertrouwen, dat de notaris die volmacht niet zal afgeven, voordat hij de koopsom in handen heeft.

De kooper ontvangt dan bij de betaling van de koopsom zijn eigendomstitel en de volmachten tot royeering van hypotheken en kan bij de inschrijving van zijn titel de hypotheken doen doorhalen, de crediteuren ontvangen geheele of gedeeltelijke voldoening hunner vordering.

Deze wijze van handelen is echter slechts mogelijk waar alle partijen vrij zijn te handelen, zooals zij willen.

Die vrijheid van handelen bestaat niet als de debiteur, de eigenaar van het onroerend goed, in staat van faillissement is verklaard. De verkooper van het onroerend goed is dan gebonden door de bepalingen der faillissementswet.

---

(1) Art. 557 *W. v. B. R.* Ingeval er geen tegenspraak gedaan wordt, zal de rechter-commissaris de rangregeling sluiten en de kosten vereffenen, welke als bevoorrecht zullen worden gebracht.

Werkt nu die wet eene gunstige realisatie der onroerende, met hypotheek bezwaarde goederen, in de hand? maakt zij mogelijk die goederen te gelde te maken onder voorwaarden, die de meeste kans opleveren een goeden prijs te bedingen? m. a. w. stelt zij den verkooper in staat om het goed vrij te kunnen aanbieden of wel geeft ze den koopers de zekerheid, dat zij onmiddellijk na de verkrijging van het goed de hypotheken kunnen doen royeeren.

De faillissementswet doet noch het een, noch het ander Eene gunstige realisatie van met hypotheken bezwaard onroerend goed bevordert zij niet.

Wat is het faillissement? Een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen van den schuldenaar ten behoeve van zijne schuldeischers.

Het doel der faillissements-procedure is: de rechten der schuldeischers te leeren kennen en vast te stellen, de goederen te realiseeren, en uit de geldelijke opbrengst der goederen de schuldeischers te voldoen.

De schuldeischers, wier aanspraak door hypotheek gewaarborgd is, (en slechts met dezen heb ik bij de behandeling van dit onderwerp te maken) hebben eene vordering tot voldoening eener verbintenis uit den boedel.

De geldelijke waarde van die vorderingen op het oogenblik van den aanvang van het faillissement moet worden vastgesteld; daarnaar worden hunne aanspraken geregeld.

Kan aan eene vordering geen geldelijke waarde worden toegekend, zoo zal zij op geen erkenning in het faillissement aanspraak kunnen maken; de crediteur zal niet kunnen deelen in de geldelijke opbrengst der failliete massa.

De artt. 128—133 Faill.wet zijn de toepassing van dit beginsel (1).

Wij zagen dat het faillissement de realisatie van den boedel vordert. Nu ligt de veronderstelling voor de hand, dat in een faillieten boedel de schulden de baten overtreffen. Debiteur en crediteuren hebben derhalve het grootste belang bij realisatie tegen den hoogsten prijs.

In de meeste faillissementen zal het onroerend goed wel zoo hoog mogelijk, gewoonlijk zelfs te hoog belast zijn; uit de bron voor het crediet zal wel zooveel mogelijk geput zijn; meerdere hypotheken zullen in den regel het goed bezwaren.

Onder welke omstandigheden moet nu dat met hypotheken belast onroerend goed in het faillissement worden te gelde gemaakt?

De artt. 57—59, 130, 131, 174—188 Faill.wet beheerschen die vraag. De rechten van verkooper, kooper en crediteuren, allen belanghebbenden bij de verkooping en de opbrengst, moeten m. i. *uitsluitend* getoetst worden aan de bepalingen der faillissementswet.

Onder de heerschappij van het 3e boek W. v. K. deed zich de vraag voor: of een kooper van een door den eersten hypothecairen schuldeischer verkocht onroerend goed, den failliet in eigendom toebehoord hebbende, het recht had, ingevolge art. 1254 B. W. en volg. een gerechtelijke rangschikking te vorderen?

---

(1) De wet op het Faillissement en de Surséance van betaling, door Mr. J. D. VEEGENS (Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK 1896, bl. 126, ad art. 128).

«Strekking der artikelen 128—131: aan de regelen in deze artikelen gesteld, ligt het beginsel ten grondslag, dat de schuldeischers in het faillissement concurreeren voor het bedrag, dat zij ten tijde der faillietverklaring te vorderen hebben. De dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten.»

In verschillenden zin werd deze vraag door de rechterlijke macht beantwoord (1).

De Faill.wet geeft m. i. hun, die de vraag *ontkennend* beantwoordden, nog meer steun dan reeds het 3e boek W. v. K. gaf; maar als de argumenten, die destijds aangevoerd werden tot verdediging der tegenovergestelde meening, deugdelijk waren, dan zouden diezelfde argumenten ook nu wellicht den kooper dat recht kunnen doen toekennen.

Die argumenten vinden wij in de conclusie van den Advocaat-Generaal bij het Hof te Amsterdam, de geciteerde beschikking voorafgaande, een conclusie waarmede het Hof zich geheel vereenigde.

Welke argumenten steunen nu die conclusie?

De Advocaat-Generaal argumenteert aldus: art. 858 W. v. K. geeft den 1en hypothecairen crediteur de bevoegdheid zijn rechten uit te oefenen alsof er geen faillissement had plaats gehad; art. 859 W. v. K. schrijft voor, welke verplichtingen die crediteur na den verkoop heeftte vervullen; art. 862W.v. K. heeft kennelijk alleen op het oog erkende schuldeischers, die bij de verificatie hunner schuldvorderingen opgave hebben gedaan van hypotheek, en van hunne rechten geen gebruik hebben gemaakt, daar de artt. 858 juncto 859 W. v. K. toepasselijk zijn op hen, die van hunne rechten wel gebruik

---

(1) Ontkennend. Rb. Assen 22 Nov. 1858, W. 2021. Evenwel slechts voor het geval het faillissement hangende is en de hypothecaire inschrijvingen ingevolge art. 870 W. v. K. doorgehaald worden.

Idem Rb. Amsterdam blijkens in tegenovergestelden zin gegeven beschikking van 't Hof te Amsterdam van 18 Sept. 1891, hierna te citeeren.

Bevestigend. Hof Amsterdam beschikking 18 Sept. 1891, W. 6107.

Implicite Rb. en Hof te 's-Gravenhage, vonnis 27 Juni 1884, arrest 29 Juni 1885, W. 5296, door rechtskracht toe te kennen aan eene gerechtelijke rangregeling door den kooper uitgelokt.

hebben gemaakt; reeds daarom is art. 862 W. v. K. op het punt in kwestie niet van toepassing.

„Bovendien (1) wordt in dat artikel niet gesproken van „den kooper van het bezwaarde door den 1en hypothe- „cairen schuldeischer verkocht goed, en die kooper kan „voorzeker niet een schuldeischer van den boedel ge- „noemd worden. Ook art. 869 W. v. K. spreekt niet „van den kooper; derhalve zijn de bepalingen voor de „rangschikking in failliete boedels niet toepasselijk op „den kooper van het bezwaarde den failliet in eigendom „toebehoorend hebbend en door diens 1en hypothecairen „crediteur verkocht goed, die gebruik wil maken van „het recht hem toegekend bij art. 1254 B. W."

Begrijp ik die redeneering goed dan gaat zij uit van de volgende stellingen: de kooper van met hypotheek bezwaard onroerend goed heeft in art. 1254 B. W. het recht gekregen zuivering te vragen.

Dat recht is hem in het W. v. K. niet ontzegd.

De 1e hypothecaire crediteur, die verkocht heeft, heeft met de rangschikking in art. 862 W. v. K. omschreven, niets te maken; de kooper van het verkochte ook niet; die rangschikking kan dus op het den kooper in art. 1254 B. W. toegekend recht geen inbreuk maken.

Met allen eerbied voor het gevoelen van den Advocaat-Generaal bij het Hof en van het rechterlijk college, dat zich met die meening vereenigde, komt het mij voor, dat die beslissing niet juist is.

Zagen de Adv.-Generaal en het Hof niet over het hoofd, dat het verkochte goed tot eene failliete massa behoorde? dat bij de verdeeling van de opbrengst van dat goed meerderen dan slechts de kooper en verkooper belang hebben, belangen die het 3e boek W. v. K. regelde?

---

(1) Ik citeer uit de conclusie van den advocaat-generaal, *W.* 6107.

Hadden zij naar aanleiding hiervan niet moeten overwegen of de wetsbepalingen van het 3e boek W. v. K. in haar geheel de rangschikking *buiten het faillissement* al dan niet uitsluiten? Hadden zij dat gedaan, hunne beslissing ware wellicht eene andere geweest. Mijne gronden voor die meening zijn:

Art. 1254 B. W. geeft den kooper de bevoegdheid te vorderen, dat het gekochte perceel ontlast wordt van alle hypothecaire lasten, die den koopprijs te boven gaan. Die zuivering wordt verkregen door een gerechtelijke rangschikking.

De rechter beveelt dan de doorhaling der niet batig gerangschikte hypotheken, terwijl de batig gerangschikte uit den koopprijs zullen worden betaald. (1)

Nu zal m. i. eene gerechtelijke rangschikking slechts daar kunnen worden geopend, waar het doel dier processueele handeling, zuivering, ontlasting van het gekochte van de hypothecaire inschrijvingen kan worden bereikt.

De volgende voorwaarden moeten daartoe vervuld worden:

1°. moet de beslissing van den Rechter-Commissaris, die de rangschikking vaststelt, definitieve formeele waarheid bevatten: de kooper, overeenkomstig die rangschikking handelende, moet veilig handelen.

2°. Moet de kooper de batig gerangschikte hypotheken *kunnen* aflossen; dit eischt: beschikking over den koopprijs; een beschikking die de kooper van het hypothecair verbonden goed in het faillissement mist.

Art. 859 juncto 855 W. v. K. beveelt den verkooper aan den curator de opbrengst te verantwoorden met *uitkeering* van hetgeen die opbrengst het hem verschul-

---

(1) Zie bl. 66 en 67 noot.

digde met intressen en kosten te boven gaat (1).

De *curator moet* dus de kooppenningen *in handen krijgen*, de kooper kan die derhalve *niet onder zich houden*, en daarna de batig gerangschikte hypotheken aflossen.

Ook de eerste eisch: dat de gerechtelijke rangschikking, door den kooper uitgelokt, definitieve formeele waarheid vaststelt, wordt niet vervuld; hypotheken door den Rechter-Commissaris *buiten het faillissement* batig gerangschikt, hebben daarom nog geen aanspraak uit de koopsom te worden voldaan en niet batig gerangschikte kunnen nog recht doen gelden op de koopsom boven batig gerangschikte.

De kooper, die overeenkomstig die rangschikking buiten het faillissement, de batig gerangschikte hypotheken voldeed, gesteld hij had de beschikking over den koopprijs, zou niet gedekt zijn.

Waar de beslissing van den Rechter-Commissaris, waar datgene, wat de rangschikking buiten het faillissement zou inhouden, slechts *schijn* geen *waarheid* zou zijn, kan de wet die beslissing, die rangschikking, niet gewild hebben. Dat die rangschikking slechts schijn geen waarheid kon zijn blijkt uit het volgende:

Stel dat de hypothecaire crediteur verkocht. Art. 859 W. v. K. juncto 855 W. v. K. schreef hem nu voor te zorgen, dat de kooper de koopsom in *zijne* handen

(1) Art. 859 W. v. K. De hypothecaire schuldeischer (die verkocht heeft (art. 858 W. v. K.)) is na den verkoop van het verbonden perceel, tot dezelfde verplichtingen gehouden als bij het eerste lid van art. 855 ten aanzien van den pandhouder of beleener is vermeld.

Art. 855 W. v. K. De pandhouder of beleener die van zijn rechten heeft gebruik gemaakt is verplicht de opbrengst van het vooorwerp aan de curators te verantwoorden met uitkeering van hetgeen die opbrengst het verschuldigde, met de interessen en kosten, te boven gaat.

stelde, (immers hij moest de koopsom aan den crediteur verantwoorden).

Nu lokte de kooper eene rangschikking buiten het faillissement uit. Wat was dan het gevolg?

De batig gerangschikte hypotheken kon hij niet aflossen, noch kon hij ingevolge art. 1257—1259 B. W. kooppenningen onder zich houden, immers *hij* moest de koopsom aan den verkooper ter hand stellen, deze haar weer aan den curator.

Maar hoe zou de inhoud van de rangschikking buiten het faillissement zijn? Zou zij niet noodwendig een andere uitkomst moeten opleveren dan de rangschikking die in het faillissement werd opgemaakt? Zou de eerste niet bezwaard worden met de kosten op de gerechtelijke rangschikking gevallen? Als eerst bevoorrechte schuld werden deze kosten toch in de rangschikking uitgetrokken (art. 557 W. v. B. R.); maar waar is het middel om aan die beslissing van den rechter-commissaris uitvoering te geven?

Met die kosten zou de rechter-commissaris in het faillissement bij zijne rangschikking niets te maken hebben.

Deze houdt rekening met de faillissementskosten, die geheël of gedeeltelijk de opbrengst van het hypothecair verbonden goed kunnen drukken, een lastpost, die de rangschikking in art. 1254 B. W. weer niet bezwaart.

De voor aflossing der hypotheken beschikbare massa zou dus in beide gevallen verschillen en derhalve ook de uitkomst.

Ernstiger zou het verschil worden, wanneer een hypothecair crediteur, in het faillissement opgekomen, bij de gerechtelijke rangschikking buiten het faillissement zijn recht niet deed gelden.

De jurisprudentie levert een voorbeeld van dit geval.

(Zie *W.* 5296 Rb. en Hof 's-Gravenhage, reeds door mij geciteerd).

Een eerste hypothecaire crediteur verkocht onroerend goed tot eene faillieten boedel behoorende.

Het goed bracht meer op dan zijne vordering bedroeg; de kooper deed eene gerechtelijke rangschikking openen.

De tweede hypothecaris, die wel in het faillissement zijne vordering had doen verifieeren, leverde bij de gerechtelijke rangschikking buiten het faillissement zijne bescheiden niet in.

De rechter-commissaris kon dus op zijn recht geen acht slaan en beval de doorhaling van die hypothecaire inschrijving.

Stel nu dat op dat goed een derde en een vierde hypotheek rustte (of dit het geval was is mij niet bekend).

De rangschikking buiten het faillissement door den kooper geopend, zou dan tot uitkomst gehad hebben: doorhaling der tweede hypotheek als niet batig gerangschikt en geheele of gedeeltelijke batige rangschikking van de derde en vierde hypotheek; de rangschikking in het faillissement zou de tweede hypotheek batig gerangschikt hebben, de derde en vierde niet batig.

Die laatste rangschikking alleen zou richtsnoer zijn voor den curator in het faillissement; als houder der kooppenningen zou hij dus aan die rangschikking gevolg kunnen en moeten geven, maar de rangschikking buiten het faillissement zou dan blijken eene doode letter te zijn.

Door den kooper dus het recht toe te kennen ingevolge art. 1254 B. W. de zuivering te vorderen, geeft men hem het recht een rechterlijke beslissing uit te lokken, waaraan hij geen gevolg kan geven, want hij mist de beschikking over de koopsom; maar buiten-

dien, en dit is mijn hoofdbezwaar, men lokt over de vraag der rangschikking twee rechterlijke beslissingen uit die bijna altijd van elkander zullen verschillen en waarvan maar ééne gevolg kan hebben; en dat *kan* de wetgever niet gewild hebben.

Mr. B. J. POLENAAR heeft in 1891 in het *Alg. Handelsblad* een zevental brieven geschreven over het ontwerp van wet op het Faillissement en de Surséance van betaling (1).

In zijn zesden brief over verkoop van verhypothekeerde goederen meen ik steun te vinden voor de opvatting: dat de royeering der hypothecaire inschrijvingen op goederen in een faillieten boedel uitsluitend beheerscht wordt door de bepalingen van het W. v. K.

Mr. POLENAAR vraagt daar, waarom in het ontwerp der faillissementswet niet is opgenomen eenig voorschrift omtrent de wijze, hoe bij insolventie van den eigenaar, wanneer hetzij door den eersten hypotheekhouder, hetzij door den curator, vaste goederen worden verkocht, deze ten behoeve van den verkrijger van de daarop lastende inschrijvingen worden bevrijd.

En dan vervolgt Mr. POLENAAR: „Het zou voor juris„ten niet noodig en voor leeken te vermoeiend zijn, „indien ik hier het bewijs wilde voeren, dat de voor„schriften omtrent rangregeling na executie (gerechtelijken „verkoop) of na verkoop krachtens onherroepelijke vol„macht door den eersten hypotheekhouder, buiten „faillissement door de wet voor de zuivering van „bestaande inschrijvingen gegeven in het faillissement „*niet* kunnen worden toegepast.

„De niet-deskundige lezer, die het geduld heeft gehad

---

(1) Deze brieven zijn verzameld in het werk Ontwerp van Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, uitgave Gebr. BELINFANTE, 1891.

„mij te volgen, zal op vertrouwen moeten aannemen, „dat volgens de bestaande wetgeving *geene in het faillisse-„ment niet batig gerangschikte hypothecaire inschrijvingen* „zouden *kunnen worden geroyeerd,* indien het W. v. K. „niet in art. 870 bepaalde *dat na het sluiten der algeheele „rangschikking de rechtbank de doorhaling gelast van „inschrijvingen op de verkochte goederen.*"

Het systeem der nieuwe faillissementswet nu moet meer nog dan het W. v K. er toe leiden om den kooper van met hypotheken belast goed het recht tot zuivering volgens art. 1254 en volg. B. W. te ontzeggen.

Behalve de reeds aangevoerde bezwaren verzet zich het systeem der royeering, in de faillissementswet gehuldigd, tegen de toekenning van dat recht.

Het faillissement is een beslag; het heeft ten doel de omzetting van de goederen van den boedel in geld.

Wie aanspraak op uitkeering wil doen gelden moet zijn vordering tot eene geldsom herleiden; onbepaalde en voorwaardelijke vorderingen moeten worden gewaardeerd; als maatstaf hiervoor geldt de waarde bij den aanvang van het faillissement.

Gevolg hiervan is, dat de goederen eenmaal gerealiseerd, niet meer aansprakelijk kunnen blijven voor de schulden van den gefailleerde; immers die schulden worden uit de opbrengst van de goederen zoover mogelijk voldaan.

Hun recht op het goed putten zij uit.

De consequentie van dit stelsel zien wij in het systeem in de faillissementswet ten opzichte der hypothecaire inschrijvingen gehuldigd.

Alle hypothecaire vorderingen moeten bij de verificatie op eene bepaalde geldswaarde worden geschat.

Wanneer de rechtsband, tot waarborg waarvan de

hypotheek gesteld is, bij den aanvang van het faillissement nog geen aanspraak geeft op eene geldelijke uitkeering, kan de crediteur zijn recht op de hypotheek niet langer doen gelden.

Alle hypothecaire inschrijvingen worden bij afloop van het faillissement geroyeerd krachtens bevel van den rechter-commissaris in het faillissement.

In die regeling zien wij een belangrijk verschil tusschen de Faill.wet en het W. v. K. Art. 870 W. v. K. kende ook het bevel tot doorhaling der hypotheken, maar slechts der niet batig gerangschikte, terwijl de voorwaardelijke hypotheken, in art. 1259 B. W. omschreven, nog geruimen tijd op het goed konden gevestigd blijven (1).

Art. 188 Faill.wet (2) schrijft de doorhaling van alle hypotheken voor. Bij de behandeling dier wet zijn de voogdij en crediet-hypotheek, de hypotheken der ambtenaren tot zekerheid van een richtig beheer, alle voorwaardelijke hypotheken bedoeld in art. 1259 B. W., de aandacht van den wetgever niet ontgaan.

Het stelsel van den Minister, dat wij duidelijk leeren kennen uit de woorden door Mr. VLIELANDER HEIN in de 1e Kamer der Staten-Generaal gesproken en uit het antwoord van den Minister SMIDT (3) vond wel bestrijding maar bleef desniettegenstaande in de wet gehandhaafd.

---

(1) Zie Mr. J. G. KIST. Beginselen van Handelsrecht, Deel VI. bl. 192 uitgave 1877.

(2) Art. 188 1e lid Faillissementswet. De rechtercommissaris beveelt de doorhaling der hypothecaire inschrijvingen, waarmede een tot den boedel behoorend onroerend goed is bezwaard, zoodra de uitdeelingslijst, waarbij de opbrengst van het goed tot verdeeling is gekomen, verbindend is geworden.

(3) Zie ontwerp eener wet op het Faillissement en de Surceance van betaling. Gebr. BELINFANTE, Deel IV bl. 115. Vergadering 1e Kamer 27 Sept. 1893.

Mr. VLIELANDER HEIN zeide: „Een woord over art. 57 „en wel om hetgeen daarbij tegen eene stelling der „Regeering is opgemerkt, voorzoover ik deel had aan „die opmerking, terug te nemen" (1).

„De vraag was, of bij faillissement, hypotheken, door „voogden, curators en rekenplichtige ambtenaren gesteld, „al dan niet kunnen worden geroyeerd, indien blijkt dat „bij den aanvang van het faillisement door hen niets „verschuldigd is."

„Ik meen, dat uit het gemeene recht de juistheid der „stelling van de Regeering volgt. Immers de hypotheken „in kwestie zijn van nature analoog aan de crediet- „hypotheek. Men moet dus vragen: *hoeveel is de hypothe- „caire debiteur schuldig op het oogenblik dat het faillissement „intreedt?*

„*Voor dit bedrag heeft die hypothecaire crediteur een op „het verbonden goed verkregen en bij privilegie verhaalbaar „recht.*"

De Minister antwoordde: (2) „de regeling van hypo- „theken, van curators en rekenplichtige ambtenaren is „een lastig geval geweest . . . .

„De oplossing in dit ontwerp is mij ten slotte nog „voorgekomen de meest juiste en eigenlijk de eenig „mogelijke te zijn, en het verheugt mij zeer dat een jurist als de heer VLIELANDER HEIN zich daarbij ook kan neer- „leggen.

„Bij eene regeling van het faillissement moeten nood- „zakelijk in het algemeen belang zulke bepalingen „gemaakt worden, dat op billijke wijze een einde komt „aan tegenwoordig gegronde klachten betreffende de

---

(1) Deel IV, bl. 18 l. c.

De Commissie van Rapporteurs uit de 1e Kamer, waartoe ook Mr. Vl. H. behoort, had bezwaar gemaakt tegen het stelsel van den Minister.

(2) Deel IV, bl. 122, l. c.

„vereffening van failliete boedels. Eene snelle vereffening „moet worden bevorderd. Hoe te handelen met goed „waarop eene voogdijhypotheek kleeft? Het verkoopen? „Maar niemand zou een bod doen als het goed bezwaard „bleef met een last, die eerst later ontstaan kan en waar-„van de omvang onzeker is, het goed ware eenvoudig „onverkoopbaar.

„Nu is het, gelijk de geachte afgevaardigde uit Zuid-„Holland ook herinnerde, een vaste regel: *alle schulden „worden bij faillissement beschouwd gelijk zij waren op het „oogenblik van den aanvang van het faillissement.* Voor dat „oogenblik moet worden gevraagd of er toen schulden „waren, tengevolge waarvan de hypotheek kan worden „aangetast. Is zoodanige schuld aanwezig dan kan zij „worden verhaald op het goed, *zoo niet, dan is er alle „grond om te zeggen dat een hypotheek, die bij den aanvang „van het faillissement niet tot waarborg strekt van eene „bestaande schuld, moet worden geroyeerd.*

„Dit is de gedachte die ten grondslag ligt aan de voor-„gestelde regeling waarmee de geachte afgevaardigde uit „Zuid-Holland zich ook heeft vereenigd" (1).

Blijven voorwaardelijke hypotheken, inschrijvingen op goederen van voogden en curators of hypotheken, welker hoegrootheid onbepaald is, volgens art. 1259 B. W. gehandhaafd, onder de faillissementswet worden alle hypotheken op tot den faillieten boedel behoorend onroerend goed geroyeerd.

Is het nu aan te nemen, dat de wetgever afgezien van

---

(1) Zie nog over het stelsel der voogdijhypotheek, Deel II, bl. 76, aangehaald ontwerp. Opmerking der Commissie van Voorbereiding uit de 2e Kamer en antwoord van den Minister.

de reeds door mij aangetoonde bezwaren tegen twee rangschikkingen, eene buiten het faillissement en eene in het faillissement, onder de heerschappij van het 3e Boek W. v. K., bezwaren die ook onder de nieuwe Faillissementswet zijn blijven bestaan, onder die wet twee rangschikkingen, de hypothecaire inschrijvingen op onroerend goed in een faillissement betreffende, toelaat nu die rangschikkingeu van een geheel verschillend standpunt uitgaan, op een geheel verschillend stelsel gebaseerd zijn? Immers neen.

Ik meen dus te kunnen concludeeren, dat de royeering van hypotheken op tot een faillieten boedel behoorend onroerend goed, uitsluitend door de faillissementswet beheerscht wordt. —

Ik stelde voorop, dat de bepalingen der Faillissementswet niet voldoen aan den eisch, dat zij de voorwaarden vervullen, noodig om bij realisatie van met hypotheken bezwaard goed, tot den faillieten boedel behoorende, den hoogsten prijs te kunnen bedingen.

Het nieuwe *beginsel* der wet, dat alle hypotheken geroyeerd worden, juich ik zeer toe. Ieder kooper heeft nu de zekerheid, dat het gekochte bevrijd zal worden; maar mij bevredigt niet de regeling van het *tijdstip, waarop* die royeering kan verkregen worden.

Wij zagen reeds: voorwaarde voor het verkrijgen van een hooge opbrengst is, dat het te koop gebodene vrij geleverd wordt, of althans de kooper in de gelegenheid wordt gesteld het gekochte dadelijk bij de verkrijging te ontlasten. Het verkeer vordert dit, en dat de Regeering niet blind was voor de eischen van het verkeer en eene goede vereffening wilde in de hand werken, blijkt uit het argument, waarmee zij de regeling der voorwaardelijke hypotheken verdedigde nl. dat de eischen der boedelredding die regeling vorderden, (1).

(1) Deel II. bl. 76 l. c.

Doch in hoeverre zijn nu de eischen van het verkeer bij de uitwerking van het beginsel in de wet bevredigd?

Wanneer onroerend goed, met hypotheek bezwaard aan een faillieten boedel toebehoorend, verkocht wordt, onverschillig of de verkooper is de 1e hypothecaire crediteur of de curator, zal de kooper niet kunnen *vorderen*, dat hem het gekochte *vrij* van hypotheken geleverd wordt. Hij zal de koopsom moeten betalen en zal het goed belast *krijgen*.

De verkooper kan hem niet toestaan den koopprijs te betalen *nadat* de rechter-commissaris de royeering zal bevolen hebben.

De hypothecaire crediteur-verkooper kan dat niet, omdat hij ingevolge art. 59 Faill. Wet (1) verplicht is de koopsom na aftrek van het hem toekomende aan den curator uit te keeren, en de curator-verkooper kan al evenmin aan den kooper die bevoegdheid verleenen, omdat eerst betaald moet zijn, eerst werkelijke ontvangsten aanwezig moeten zijn, alvorens eene uitdeelingslijst wordt opgemaakt (art. 179 Fal.wet). (2).

(De curator trouwens zou ook zelf de ricico dragen, indien hij eene uitdeelingslijst opmaakte over nog niet ontvangen baten).

De kooper, bekend met de wet, weet dus, dat hij tegen betaling een onroerend goed verkrijgt met hypotheek bezwaard, een goed, dat wel van de daarop drukkende

---

(1) art. 59 1e lid Faill.wet: De hypothekaire schuldeischer, die van zijne rechten gebruik heeft gemaakt, is verplicht de opbrengst van het verbonden goed aan den curator te verantwoorden, met uitkeering van hetgeen de opbrengst het verschuldigde met de interesten en kosten te boven gaat.

(2) art 179. Faill.wet Zoo dikwijls er naar het oordeel van den rechter-commissaris, voldoende gereede penningen aanwezig zijn, beveelt deze eene uitdeeling aan de geverifieerde schuldeischers.

hypotheken bevrijd zal worden, maar waarbij het tijdstip der bevrijding geheel onzeker is.

Wie zal als kooper willen optreden, wie de volle waarde betalen? wie zal gemakkelijk een geldschieter vinden, als hij dezen geen anderen waarborg kan aanbieden dan een hypotheek op het te koop gebodene *na* een ontlasting, waarvan het tijdstip zoo onzeker is?

Onder hoe ongunstige voorwaarden moet dus dat onroerend goed te koop worden geboden! Niet alleen zal de verkooper geen *hoogen* prijs kunnen verwachten, maar zeer waarschijnlijk zal het goed moeten verkocht worden *onder* de waarde.

Het tijdstip der bevrijding, schreef ik, is geheel onzeker.

Een blik op de artt· 179 tot 188 Faill. Wet levere van die stelling het bewijs.

Wanneer de koopprijs door den kooper betaald is, zal in het gunstigste geval de rechter-commissaris onmiddelijk daarna eene uitdeeling aan de geverifieerde schuldeischers bevelen; art. 179 (*zekerheid* dat dit gebeuren zal, heeft evenwel de kooper *niet*).

Na het bevel moet dan de curator eene uitdeelingslijst opmaken; de rechter-commissaris moet deze goedkeuren, art. 180; de lijst moet 10 dagen ter griffie der rechtbank liggen, art. 183. Ieder schuldeischer kan nu tegen die lijst in verzet komen, art. 184. Alweer een bron van onzekerheid voor den kooper.

In het gunstigste geval kan dus de royeering 14 dagen na de betaling bevolen worden, maar *nooit* heeft de kooper *zekerheid* van het tijdstip, waarop dat bevel zal of kan gegeven worden.

Nu zal het gunstigste geval zich zeker niet dikwijls voordoen.

Evenals onder de werking van het 3e boek W. v. K. de eerste hypothecaris gewoonlijk gebruik maakte van zijn

recht het onroerend goed zelf te verkoopen, zal de praktijk onder de faillissementswet wel de zelfde blijven. Art. 57 der Faill.Wet geeft den 1en hypothecaris die bevoegdheid, deze kan onmiddelijk tot den verkoop overgaan. Hoe eer hij dat doet, hoe onzekerder het tijdstip der royeering zal zijn; immers tusschen dien verkoop en de royeering kan de geheele faillissements-procedure, de verificatie-vergadering met verzet, het accoord met verzet, de uitdeelingslijst met verzet, inliggen.

Voordat toch de insolventie is ingetreden, zal immers de rechter-commissaris geen bevel tot uitdeeling kunnen uitvaardigen, maar ook dan zal hij dat bevel nog niet altijd kunnen geven, ook dan zal hij dikwijls moeten wachten tot de andere bestanddeelen van den boedel gerealiseerd zijn. Hoe dikwijls toch komt het voor, dat, zoo al de eerste hypotheek geheel uit de koopsom kan gekweten worden, er niet een dan uiterst gering bedrag overblijft, en waar geen voldoende gereede penningen aanwezig zijn (art. 179) daar zal wel geen afzonderlijke uitdeeling daarvan bevolen worden.

Het belang der faillissements-crediteuren wordt dus slecht behartigd, wanneer de 1e hypothecaris spoedig gebruik maakt van zijn recht, want wie kan dan berekenen, wanneer de royeering der hypothecaire inschrijvingen zal kunnen plaats hebben?

Hoe langer de 1e hypothecaris nu wacht met de uitoefening van zijn recht, hoe meer dat nadeel getemperd wordt, maar dan doet zich een ander nadeel op: hoe langer hij wacht, hoe grooter zijne vordering door bijkomende interessen wordt, hoe minder dus de overige faillissements-crediteuren zullen ontvangen.

Zooals de regeling dus thans is, nu het tijdstip der royeering zoo onzeker is, moeten verhypothekeerde goederen in het faillissement verkocht worden onder omstan-

digheden, die weinig kans opleveren voor realisatie tegen hoogen prijs. De faillissementswet bracht in de bevrijding van het onroerend goed van de daarop drukkende hypotheken verbetering, maar nu zij het tijdstip waarop de royeering zal kunnen plaats hebben, afhankelijk maakte van het al of niet plaats grijpen van onzekere gebeurtenissen, is die verbetering niet voldoende.

Zou mijn wensch zoo moeilijk te bevredigen zijn? zou het niet mogelijk geweest zijn den rechter-commissaris bevoegd te maken het bevel tot royeering van alle hypotheken te geven, zoodra de curator hem het bewijs had gegeven, dat de kooper aan zijne verplichting tot betaling van den koopprijs had voldaan, dat de 1e hypothecaire crediteur-verkooper art. 59 had nageleefd?

Zou die bepaling het systeem der wet hebben aangetast?

M. i. zou zij juist daarmede in overeenstemming zijn.

De geldelijke opbrengst der goederen treedt immers in de plaats van het onroerend goed. Slechts die hypotheken, die een rechtsband waarborgen krachtens welken men bij den aanvang van het faillissement eene bepaalde of te waardeeren geldsom kan vorderen, vinden erkenning. Zij worden voldaan uit de opbrengst van het goed overeenkomstig hun recht bij den aanvang van het faillissement.

De toestand van het onroerend goed na zijne realisatie kan geen invloed meer uitoefenen op de rechten der hypothecaire crediteuren.

De band, die de vordering en het onroerend goed verbond, is door de realisatie, door de betaling van den koopprijs aan den curator, feitelijk opgelost in een band tusschen de vordering en den koopprijs.

De losmaking van dien band uit zich in rechten in het royement. Waarom die uiting, dat zichtbaar bewijs van de oplossing van het hypothecair verband tusschen de

schulden en het onroerend goed, dan niet zoo na mogelijk gesteld bij het tijdstip der feitelijke oplossing, het tijdstip waarop de crediteuren alle belang bij het onroerend goed verloren, het tijdstip van de betaling van den koopprijs door den kooper?

De wet zou dan eene regeling getroffen hebben waarbij de realisatie van hypothecair verbonden onroerend goed tot een faillieten boedel behoorende, zou plaats hebben onder omstandigheden zoo nabij mogelijk aan die van realisatie van onbelast goed, een regeling die de voorwaarden vervulde noodig voor de kans op hooge opbrengst, voor realisatie niet beneden de waarde — eene regeling die, naar ik hoop te hebben aangetoond, niemands belang zou schaden, integendeel aller belang zou bevorderen.

Middelburg, Augustus 1896.

Papieronderzoek en Uitleveringsplicht.

Een antwoord aan Mr. D. Simons. (1)

De heer Simons denkt nog steeds met genoegen aan de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging van 1888, waarin hij met talent en succes den „uitleveringsplicht" verdedigde, en betreurt het daarom dubbel, dat de Minister van Justitie dien uitleveringsplicht niet heeft opgenomen in het thans bij de Tweede Kamer aanhangig wetsontwerp tot aanvulling en wijziging van eenige artikelen van het Wetboek van Strafvordering. Volgens den heer Simons is dit eene principieele fout in het ontwerp, waarin hij overigens „veel goeds" vindt, eene fout waaruit andere minder juiste bepalingen met noodzakelijkheid voortvloeien. De heer Simons stelt zelfs in naam der Juristen-Vereeniging hooger beroep in van den Minister bij de volksvertegenwoordiging, en hoopt dat deze het door de Vereeniging in 1888 uitgebracht votum in zijn eer zal herstellen.

Inderdaad is de Nederlandsche Juristen-Vereeniging eene zeer goede instelling, en wordt in hare gezellige bijeenkomsten het nuttige met het aangename vereenigd. In den regel neemt de Minister van Justitie aan het laatste gedeelte van hare werkzaamheden, het diner, deel, en de door den heer Simons gemaakte veronder-

---

(1) Zie *Themis*, 1896, blz. 380 vv.

stelling, dat de Minister niet onbekend zal geweest zijn met hetgeen omtrent het papieronderzoek in strafzaken in de Juristen-Vereeniging is behandeld, is dan ook misschien niet al te gewaagd. Maar dan ligt toch ook het vermoeden voor de hand, dat de Minister in de fraaie en met zorg bewerkte praeadviezen van de heeren Patijn en Simons, en in de debatten van de vergadering wel veel belangrijks vond, maar dat niet alles hem geschikt voorkwam om in een wetsontwerp, dat aan de behoeften van de practijk moet beantwoorden, over te nemen. En vreemd zou dit niet zijn, daar er onder de sprekers van den dag zelfs waren, die in de praeadviezen en in de gevoerde discussiën nog zoo weinig licht vonden, dat zij tot het besluit kwamen: non liquet, het is ons nog niet helder, wij weten het nog niet; — terwijl aan het slot der vergadering wel gestemd werd over de vraagpunten, die algemeene pia vota inhielden, doch op voorstel van den voorzitter die, welke practische punten betroffen, buiten stemming werden gelaten.

Deze laatste punten waren — het is misschien niet overbodig ze den heer Simons nog eens te herinneren:

„Vraagpunt 5. Bestaat er voldoende grond om het papieronderzoek te beperken tot bepaalde categoriën, en wel tot papieren:

a. afkomstig van —

b. gericht aan —

c. toebehoorende aan verdachten of beklaagden?

„7. Is, behoudens nader te stellen uitzonderingen, als regel aan te nemen, dat geen papieronderzoek zal geschieden dan:

a. ingeval van ernstige misdrijven?

b. door den Rechter-Commissaris?

d. met aanduiding van den aard der papieren?

e. op grond van stellige bij het bevel uitgedrukte ver-

moedens, dat zoodanige papieren ter plaatse der zoeking aanwezig zijn?

„8. Behoort de bevoegdheid tot zoodanig onderzoek zonder voorafgaand bevel der Rechtbank ook te worden verleend:

I. in werkelijke gevallen van ontdekking op heeterdaad:

a. aan den Rechter-Commissaris?

b. aan den Officier van Justitie?

c. aan de hulp-officieren?

II. buiten zoodanige gevallen in dringende en spoedeischende gevallen aan den Rechter-Commissaris?

„9. Zoo ja: behoort deze bevoegdheid niet te worden beperkt:

a. tot misdrijven bij de wet aan te duiden?

b. tot uitoefening binnen een bepaalden korten termijn?

„10. Bestaat er voldoende grond om dwangzoeking naar papieren aan papieronderzoek onderworpen te verbieden, als ze zich bevinden:

a. in het algemeen in het bezit van derden?

b. meer bijzonder: in de private woningen van derden?"

Heel practisch was dus het resultaat der vergadering van de Juristen-Vereeniging niet.

En wat is dan nu de uitleveringsplicht, die den heer Simons zoo ter harte gaat?

Gelukkig zijn wij sedert 1888 althans zoover gevorderd, dat wij die uitheemsche plant niet meer, zooals de heer Simons nog bijna steeds deed, met een uitheemsch woord, „Editionspflicht", behoeven te noemen, maar dat wij er een Nederlandsch woord voor hebben.

Het is waar, ook in ons recht is de uitleveringsplicht niet geheel onbekend. In art. 276 vv. van het Wetboek van Strafvordering wordt aan alle openbare en bijzondere bewaarders van stukken, welke beweerd worden

valsch of vervalscht te zijn, de verplichting opgelegd, op straffe van daartoe bij lijfsdwang genoodzaakt te worden, die op een bevelschrift van het gerechtshof of van de arrondissements-rechtbank ter griffie in bewaring te geven. En hetzelfde geldt ten aanzien van stukken die ter vergelijking kunnen dienen.

Doch de tot dusver bij ons onbekende uitleveringsplicht in ruimen zin is de bij de wet aan een ieder opgelegde verplichting om op rechterlijk bevel stukken van overtuiging of die tot ontdekking der waarheid kunnen dienen, welke zich in zijn bezit of bewaring bevinden, ter griffie van de rechtbank over te brengen. En ten einde het gebod niet ijdel blijve, zal, volgens het voorstel van den heer Simons, tot nakoming door lijfsdwang kunnen gedwongen worden, zal de strafbepaling van art. 193 van het Wetboek van Strafrecht moeten worden aangevuld, en misschien ook wel het veelomvattend art. 184 van dat wetboek toepasselijk kunnen geacht worden.

Rèeds meer dan dertig jaren geleden werd in het in vele opzichten voortreffelijk ontwerp van een Wetboek van Strafvordering van 1863 eene regeling in bijzonderheden van dien uitleveringsplicht voorgesteld.

Het is, nu de heer Simons ook thans weder invoering van den uitleveringsplicht aanbeveelt, van belang de bepalingen van dat ontwerp onder de oogen te zien.

Zij luiden:

„Titel IV. Derde Afdeeling.

Van middelen tot verkrijging van stukken van overtuiging.

„Art. 31. Indien voorwerpen, die als stukken van overtuiging of tot ontdekking der waarheid kunnen dienen, zich in het bezit of bewaring bevinden van anderen dan den verdachte, kan de regter-commissaris bevelen, dat de bezitter of bewaarder die, binnen een bij het

bevel te bepalen termijn, ter griffie van de regtbank overbrengt.

Het bevel wordt aan den bezitter of bewaarder beteekend.

De kosten tot overbrenging worden onder de geregtskosten begrepen.

„Art. 32. Het bevel, in het voorgaand artikel vermeld, wordt niet gegeven ten aanzien van brieven, boeken of andere papieren, tenzij van de(n) verdachte afkomstig, aan hem gerigt of hem toebehoorende.

Zij, die uit hoofde van hunnen stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding zijn verpligt, kunnen zich bovendien verschoonen van de overbrenging van geschriften bij het slot van het voorgaand lid bedoeld, wanneer het onderzoek dier geschriften tot openbaarmaking zou leiden van datgene, tot geheimhouding waarvan zij verpligt zijn. Zij geven daarvan den regter-commissaris schriftelijk kennis.

De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing. wanneer het geschrift het voorwerp van het misdrijf uitmaakt, of gediend heeft tot het plegen van het misdrijf, [noch ook wanneer het geschrift slechts strekken moet tot vergelijking] (1).

„Art. 33. Indien de overbrenging binnen den bij het bevel bepaalden termijn zonder geldige redenen wordt geweigerd of verzuimd, geeft de regter-commissaris daarvan kennis aan den officier van justitie.

De regtbank in raadkamer vergaderd kan, nadat de bezitter of bewaarder door den officier, bij exploit van eenen deurwaarder of dienaar der openbare magt, opgeroepen, en, is hij verschenen, gehoord is, de inbeslagne-

---

(1) Deze laatste woorden zijn in de ontwerpen van 1864/5 en volgende jaren weggelaten.

ming van het voorwerp, waarvan de overbrenging was bevolen, door middel van huiszoeking gelasten.

„Art. 34. Van de overbrenging wordt aan den griffier een bewijs afgegeven" enz.

Dus, in naam der vrijheid wordt bij die bepalingen aan ieder Nederlander, behalve aan hen die verdacht worden van eenig misdrijf, de verplichting opgelegd om alle voorwerpen, die, naar het oordeel van een rechter-commissaris, „als stukken van overtuiging of tot ontdekking der waarheid kunnen dienen" aan de justitie in bewaring te geven. Tot dusver moest de justitie zoeken en vinden wat zij noodig had. Maar nu behoeft een rechter-commissaris, die niet best kan opschieten met het bewijs in de eene of andere zaak die hij onder handen heeft, slechts te bedenken dat deze of gene wel een stuk onder zich zal hebben, dat, „tot ontdekking der waarheid zal kunnen leiden", of fluks doet hij dien persoon een bevel beteekenen, waarbij hij verplicht wordt dat stuk uit te leveren, op straffe van, zooals de heer Simons wil, daartoe bij lijfsdwang te worden gedwongen. Bij den getuigenisplicht, die — men denke aan de Zierikzeesche zaak — toch al last genoeg kan veroorzaken, worden de burgers dan ook nog bezwaard met den uitleveringsplicht. Gevoelt de heer Simons niet, dat dit een nieuw, scherp en gevaarlijk wapen is, dat der justitie in handen gegeven wordt, waarvan in tijden van politieke beroeringen, bij groote politieke processen, waaraan wij thans in ons kalm Nederland ontwend zijn, maar die in onze geschiedenis toch wel zijn voorgekomen, door de machthebbende partij schromelijk misbruik zal kunnen gemaakt worden? Want wel wordt in art. 32 van het ontwerp de uitleveringsplicht ten aanzien van „brieven, boeken of andere papieren" beperkt tot die „van den verdachte

afkomstig, aan hem gericht of hem toebehoorende", doch daar vallen toch onder allerlei correspondenties van of met den verdachte, en alle brieven en andere stukken hem toebehoorende, terwijl door de slotbepaling van het artikel alle geschriften, die het voorwerp van het misdrijf uitmaken of gediend hebben tot het plegen van het misdrijf, weder aan de bepalingen van dit artikel onttrokken, m. a. w. onder den uitleveringsplicht in ruimen zin teruggebracht worden. Dus ook ten aanzien van brieven, boeken en andere papieren een uitleveringsplicht van zeer ruime strekking, waaronder veel kan gebracht en waarmede veel kan gedaan worden, en waarvan niet te voorzien is welk gebruik er van zal kunnen worden gemaakt.

Doch dalen wij van de hoogte der politieke processen af tot de gewone misdrijven, waarvoor de uitleveringsplicht zou worden ingevoerd, ten einde de huiszoeking zooveel mogelijk onnoodig te maken. Hoe zal hij dan in de practijk werken?

Stel: een ijverig rechercheur van politie heeft grond een boek- en papierhandelaar te verdenken van handel in onzedelijke geschriften en afbeeldingen — welk misdrijf, in de laatste jaren te Amsterdam herhaaldelijk is voorgekomen, en waarop, dank zij tijdig gedane huiszoekingen, onderscheidene vervolgingen en veroordeelingen zijn gevolgd. Doch de verdachte bemerkt dat hij in den kijker loopt, en brengt zijn voorraad in gesloten pakketten bij zijn buurman en vriend in veiligheid, met verzoek die voor hem te bewaren en aan niemand dan hemzelven terug te geven (1). Ook dit wordt door den rechercheur verno-

(1) Die vriend is dus «een andere dan de verdachte», hij is «derde». — De opmerking van den heer SIMONS op blz. 363 van zijn praeadvies (Hand. Ned. Jur. Vereeniging, 1888, I,), dat het ontwerp van 1861 ook den beklaagde (verdachte) aan den plicht tot uitlevering onderwerpt, is niet juist.

men. De rechercheur deelt de in het geheim ingewonnen informatiën mede aan den commissaris van politie. Deze zendt de stukken aan den officier van justitie, die ze in handen stelt van den rechter-commissaris. De rechter-commissaris schrijft een deftig bevel aan den buurman van den verdachte om „binnen een bij het bevel te bepalen termijn" — beleefdheidshalve niet te kort — minstens toch van 24 uren — de man moet toch den tijd hebben om alles bijeen te zoeken, in te pakken en ter griffie, die ook slechts zes uren van den dag open is, over te brengen, — welnu om binnen 24 uren ter griffie van de rechtbank over te brengen: wat . . . .? Hier zit de rechter-commissaris al vast. Hij vermoedt wel dat de buurman onzedelijke boekjes en plaatjes in huis heeft, maar hij weet niet wat. Hij kent misschien wel het genre, kent misschien wel eenige titels, maar hij weet niet of de verdachte die in voorraad had. Waarschijnlijk had deze ook wel andere. De rechter-commissaris behelpt zich dan maar met de woorden der wet. en gelast in zijn bevel uitlevering van „voor de eerbaarheid aanstootelijke afbeeldingen of vliegende blaadjes", en doet dit bevel door een deurwaarder of dienaar van de openbare macht aan den buurman van den verdachte „beteekenen". Deze ontvangt den dienaar der gerechtigheid hoogst beleefd, leest met belangstelling het bevel, toont zich zeer verbaasd, en verzekert den beambte dat men zeker den verkeerde voor heeft, dat hij een eerzaam burger is, die zich met dergelijke dingen niet inlaat. De man begrijpt nu echter heel goed wat hij in huis heeft gekregen, en hij waarschuwt ten spoedigste zijn vriend, die zich haast de pakketten terug te nemen en goed verzegeld per eerste gelegenheid aan een zijner familieleden of handelsvrienden buiten de stad te verzenden, als hij ze niet wil verbranden.

Intusschen brengt de beambte, die de beteekening heeft gedaan, het bevel, voorzien van een behoorlijk relaas van beteekening, aan den rechter-commissaris terug. Deze wacht den gestelden termijn, dus minstens den volgenden dag, af. Op de griffie wordt natuurlijk niets bezorgd. De rechter-commissaris deelt den uitslag van zijne bemoeiingen mede aan den officier van justitie. De officier schrijft nu een requisitoir aan „de rechtbank in raadkamer vergaderd", waarbij hij een bevel tot huiszoeking vraagt, waarvoor de rechtbank moet samengeroepen worden en bijeenkomen. Met een en ander verloopen weer allicht een of twee dagen. Intusschen heeft de officier den vriend-buurman „bij exploit van eenen deurwaarder of dienaar der openbare macht" doen „oproepen" om door de rechtbank in raadkamer „gehoord" te worden. De man verschijnt niet, of als hij komt, vertelt hij aan de rechtbank naar waarheid, dat hij niets verdachts in zijn huis heeft, en dat hij de pakketten die hij had aan zijn buurman heeft teruggegeven. De rechtbank beveelt nu ten spoedigste eene huiszoeking bij den verdachte en zijn vriend, — ten aanzien van welken laatste de rechtbank weder in de moeielijkheid verkeert om, volgens art. 41 van het ontwerp van 1863, de geschriften te noemen. De rechter-commissaris en de officier haasten zich de huiszoeking te doen en — vinden natuurlijk niets.

Dit is nu de uitleveringsplicht, zooals hij in de practijk in tallooze gevallen zal werken, waarvan de niet-opneming door den heer Simons als eene principieele fout in het wetsontwerp van den tegenwoordigen Minister van Justitie wordt beschouwd! Een zoo ondeugdelijk middel, zoo ingrijpend, en tevens zoo onzeker, waarbij uitzonderingen op uitzonderingen worden gestapeld, met zoo omslachtige en tijdroovende formaliteiten, en met in de

meeste gevallen geen ander resultaat voor de justitie dan onmacht en spot!

Geen wonder dan ook, dat in hetzelfde ontwerp van 1863, naast zulk een ondoelmatigen maatregel, in de artt. 39 vv. de bevoegdheid tot huiszoeking — behoudens eenige beperkingen ten aanzien van papieronderzoek — in de ruimste mate en in alle gevallen wordt toegekend, met deze ten aanzien van „anderen dan den verdachte" karakteristieke, maar zeker niet veel beteekenende beperking:

„Huiszoeking bij anderen dan den verdachte geschiedt slechts bij gegronde vrees, dat de aanwending van het middel bij art. 31 omschreven (het bevel tot uitlevering), het onderzoek zou verijdelen of belemmeren!"

Een verstandig officier van justitie zou wel in den regel het zekere voor het onzekere nemen, en aan rechter-commissaris of rechtbank huiszoeking vragen, in plaats van door een uitleveringsbevel de gelegenheid aan te bieden om het gezochte onvindbaar te maken!

Ook in de Strafprozeszordnung van het Duitsche Rijk van 1877 is de verplichting tot uitlevering opgenomen, doch zeer weinig geregeld, alleen verbonden met lijfsdwang tot zes maanden, en daarnaast, en, naar verkiezing, gelijktijdig, zeer ruime bevoegdheid tot huiszoeking en inbeslagneming (1).

In andere buitenlandsche wetgevingen vindt men van uitleveringsplicht nagenoeg geen spoor.

Nu wil wel de heer Simons in zijn praeadvies aan de Juristen-Vereeniging den uitleveringsplicht eenigszins anders regelen dan in het ontwerp van 1863, en in de Duitsche wet, die hem ook hier niet erg bevalt, — ook ver-

(1) Veel gewicht schijnt men in Duitschland aan dien uitleveringsplicht niet te hechten. Althans v. HOLTZENDORFF wijdt er in zijn Handbuch des deutschen Strafprozeszrechts, I, blz. 315 v., nauwelijks eene halve bladzijde aan.

scherpen door lijfsdwang gedurende hoogstens eene maand, waarvan men zich weder door een eed zal kunnen bevrijden, en strafbepaling.

Maar ook volgens zijne voorstellen komt de zaak toch hierop neêr, dat de justitie bij iemand komt en tot hem zegt: „vriend, ik houd het er voor dat gij een valschen wissel, een valsch bankbiljet, of een brief die voor de justitie van groot belang is, onder u hebt. Ik verzoek u dat stuk ter griffie van de rechtbank over te brengen. Maar ik geef u allen tijd u daarop eens te bedenken, er met uwe vrouw, met uwe familie en vrienden, of ook met een rechtgeleerden raadsman over te spreken, of gij er ook zelf kwaad mede kunt, of iemand, die u lief is, in moeielijkheden zoudt brengen.

„Ik geef u tevens alle gelegenheid om het stuk te verscheuren, te verbranden of te verzenden. Doe maar wat u het beste voorkomt. Als de bedenktijd om is, en gij het stuk niet op de griffie brengt, waarvan ik de mogelijkheid veronderstel, zal ik u voor de rechtbank roepen, waarbij gij u door een rechtsgeleerden raadsman kunt laten bijstaan. Ik zal u misschien laten gijzelen, maar niet langer dan eene maand. Gij moet weten of gij dat er voor over hebt. Maar in ieder geval kunt gij van die gijzeling vrijkomen als gij zweert dat gij het stuk niet hebt. En gij kunt dien eed gerust doen, als gij maar zorgt dat het stuk verdwenen is. Ik zal misschien ook nog eens in uw huis naar het stuk komen zoeken, maar gij weet nu wat ik zoek, en zult dus wel uwe maatregelen nemen".

Hoe komt het dan toch dat de heer Simons, die in zijn praeadvies eenige schoone regelen wijdde aan de verhouding tusschen de vrijheid van het individu en het belang der rechtspleging, die daarin schreef: „Zonder

individueele vrijheid, maar ook zonder rechtszekerheid, is geen staat, geen maatschappij bestaanbaar," (1) hoe komt het dan toch, dat de heer Simons een zoo warm voorstander is van zulk een uitleveringsplicht?

Eigenlijk is het praeadvies van den heer Simons en ook zijn betoog in *Themis* eene oratio pro domo, een pleidooi in eigen zaak.

De heer Simons is een bekwaam advocaat, die terecht den stand, waartoe hij met eere behoort, hoog houdt.

En de heer Simons, die aan de rechterlijke macht vreesachtigheid verwijt, is zelf bang dat op zekeren dag de rechter-commissaris en de officier van justitie in zijn kantoor zullen komen binnenvallen en daar zijne brieven en papieren zullen doorsnuffelen, en misschien wel in beslagnemen, hetgeen zeker niet aangenaam en niet wenschelijk zou zijn. En nu strekt zijn betoog, zoo niet in hoofdzaak, toch in zeer voorname plaats, om van het kantoor van den advocaat eene vrijplaats te maken, een heiligdom, waarvan de drempel nimmer door de justitie zal mogen worden overschreden, waarvoor deze eerbiedig moet blijven staan, en waarvoor zij alleen aan den tempelwachter een uitleveringsbevel zal mogen afgeven, dat de priester dan wel genadig zal willen in ontvangst nemen.

Maar behooren zulke oud-testamentische „vrijplaatsen" — het woord is van den heer Simons — in onzen tijd te huis?

De heer Simons wil ook den notaris in het voorrecht van den advocaat doen deelen, en ook de heilige pers.

Maar zijn er geen anderen, aan wie geheime zaken en stukken worden toevertrouwd, ten aanzien waarvan de bewaring en eerbiediging van het geheim een niet minder groot maatschappelijk belang is dan van de gedachtenwisseling van den advocaat en zijn cliënt?

(1) blz. 358.

In de eerste plaats de procureur, die toch bijna op de zelfde lijn staat als de advocaat, en dikwijls in het bezit is van dezelfde stukken en geheimen.

En verder tal van ambtenaren, ministers, rechterlijke ambtenaren, officieren van leger en vloot, ambtenaren van de belastingen, en zoovele anderen, aan wie geheime stukken, instructies, rapporten, inlichtingen, kaarten, plans, enz. enz. worden toevertrouwd; — eindelijk, last not least, geneesheeren en geestelijken, de vertrouwde raadslieden van velen.

Zullen de bureaux, kantoren, parketten, kabinetten, of hoe zij heeten mogen, van die allen bij de wet tot vrijplaatsen moeten verklaard worden, waar de justitie nimmer en onder geenerlei omstandigheden, ook niet waar het geldt ernstige misdrijven, zal mogen binnenkomen, doch waarvoor zij met een uitleveringsbevel in de hand zal moeten blijven staan?

Zou dit zijn in overeenstemming met het groot maatschappelijk belang, de rechtszekerheid? — En waarom moet de justitie dan alleen buiten blijven staan voor het kantoor van iederen advocaat en van iederen notaris en voor het redactie-bureau van iedere courant, terwijl de huiselijke en andere geheimen van particulieren, wanneer de rechtbank het beveelt, aan de snuffelende hand en het onderzoekend oog van den rechter-commissaris en van den officier van justitie worden overgegeven?

Waarom? — Heeft de rechterlijke macht in Nederland dan gedurende de bijna zestig jaren, die het tegenwoordig wetboek van strafvordering in werking is, zoozeer misbruik gemaakt van de haar bij dat wetboek toegekende vrij ruime en weinig geregelde bevoegdheid tot huiszoeking en papieronderzoek, dat nadere regeling van die bevoegdheid, en bepaald invoering van den uitleveringsplicht, noodig is? Immers neen.

Huiszoeking op bevel der rechtbank is een betrekkelijk zeldzame maatregel, en papieronderzoek nog veel zeldzamer.

Van een rechterlijk bevel tot papieronderzoek bij een advocaat is gedurende al die jaren *één* geval bekend, en aan dat bevel is geen uitvoering gegeven, daar de advocaat, op de uitnoodiging van den rechter-commissaris, vrijwillig het verlangde stuk afgaf. — Juist datgene wat nu bij het aanhangig wetsontwerp voor alle huiszoekingen wordt voorgesteld.

Van een gevraagd, doch geweigerd, bevel tot papieronderzoek in een redactie-bureau van een dagblad vermeldt de heer Simons mede *één* geval.

Een merkwaardig voorbeeld hoe de misschien te vurige ijver van een officier van justitie in toom werd gehouden door het bezadigd oordeel van den onpartijdigen rechter!

Maar zouden de advocaat met zijne drukke practijk en de redacteur van de Nieuwe Rotterdamsche Courant er beter aan toe geweest zijn, wanneer hun een uitleveringsbevel beteekend ware, en, bij niet-voldoening daaraan, de advocaat uit zijn kantoor en de redacteur uit zijn bureau gehaald en voor eene maand in de gijzeling gezet waren?

De heer Simons vergist zich dan ook wanneer hij mocht meenen, dat wegens dergelijke gevallen en belangen bij het tegenwoordig wetsontwerp wijziging en aanvulling van het wetboek van strafvordering is voorgesteld.

Voor de justitie bestond daaraan geene behoefte; zij kan het met de thans geldende bepalingen omtrent huiszoeking en papieronderzoek, waarmede zij zoo lang heeft gewerkt, nog wel doen. En van misbruik van die bepalingen was niet gebleken.

Maar de aanleiding en reden van dit wetsontwerp was de reeds lang gevoelde behoefte aan de bij art. 159 der

grondwet gevorderde wet tot regeling van de gevallen, waarin op het brievengeheim mag worden inbreuk gemaakt. Dit wordt in de memorie van toelichting van het ontwerp uitdrukkelijk gezegd.

En van deze gelegenheid is gebruik gemaakt tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent huiszoeking en papieronderzoek, wijziging en aanvulling, die eerder is beperking dan uitbreiding van die bevoegdheid, en die, zooals van den tegenwoordigen Minister van Justitie ook niet mag verwacht worden, zeker niet is in anti-vrijzinnigen geest, al wordt daarbij niet op alle wenschen van den heer Simons ingegaan.

Want, bij enkele min of meer juiste opmerkingen, wenscht de heer Simons ook nog, dat de huiszoeking bij anderen dan den verdachte zich, wat brieven, boeken of andere papieren betreft, alleen zal uitstrekken tot die, welke de rechtbank bij het verleenen van het verlof aanwijst. Dit zou eene even onpractische en onmogelijke bepaling zijn als de uitleveringsplicht. Uit het boven gegeven voorbeeld van de onzedelijke geschriften blijkt reeds dat de justitie, de rechter-commissaris niet, en de officier niet, die toch het bevel tot papieronderzoek van de rechtbank moet vragen, en veelmin de rechtbank, dikwijls weten wie verdachte en wie derde is, en wat men moet zoeken en zal vinden, en dat het veelal niet mogelijk is dit vooraf te zeggen en te specificeeren.

De bekende zaak van de valsche bankbiljetten te Amsterdam zal den heer Simons ook nog wel heugen. Hoe had de rechtbank daarin vooraf kunnen onderscheiden tusschen verdachten en derden, en ten aanzien van deze laatsten bepaald aanwijzen welke papieren — bankbiljetten en andere — de rechter-commissaris mocht zoeken, vinden en in beslagnemen?

De heer Simons maakt ook nog eene opmerking omtrent de aanhouding van brieven ten postkantore. Hij meent dat de omschrijving van de aan die aanhouding onderworpen brieven en berichten „aan den verdachte gericht, of blijkbaar door, of van zijnentwege verzonden, of van hem afkomstig" te ruim is, daar het hoofd van het postkantoor van buiten niet aan den brief zal kunnen zien of hij door of wege den verdachte verzonden of van hem afkomstig is.

Maar, in de eerste plaats, heeft deze bepaling niet alleen betrekking op gesloten brieven, maar ook op briefkaarten en andere ongesloten stukken, voorts op gedrukte stukken, en op „aan de telegrafie of dergelijke inrichting toevertrouwde berichten"; ten andere, wordt ook bij gesloten aangeteekende brieven en postpakketten de afzender bekend; ten derde, weet vooral op een klein kantoor, waar dikwijls alles door ééne hand gaat, het hoofd van het kantoor, door het schrift en de bestemming van het adres, door den persoon dien hij den brief ziet bezorgen, en allerlei andere omstandigheden, dikwijls meer dan men vermoedt, van wie de brieven afkomstig zijn, zoo dat hij, ook zonder „behulp van de X-stralen," de bedoelde brieven enz. zal kunnen aanhouden, en, — voor zoover hij het niet weet, behoeft hij het natuurlijk niet te doen.

De verdere opmerkingen van den heer Simons schijnen onbesproken te kunnen blijven. Het voorloopig verslag van de Tweede Kamer is reeds uitgekomen, en de rapporteurs zullen ook wel van zijn opstel kennis genomen hebben.

In het voorloopig verslag wordt geen woord gezegd over het voorgestelde art. 111 *a*, luidende:

„Geene huiszoeking geschiedt dan nadat degene, bij wien zij zal plaats hebben, indien hij aanwezig is, of anders een aanwezig huisgenoot, door den regter-commis-

saris, op vertoon van het door de regtbank verleende verlof, waar dit vereischt wordt, is gehoord en vruchteloos aangemaand om het gezochte vrijwillig af te geven. Van een en ander wordt in het procesverbaal melding gemaakt".

Bij de Tweede Kamer schijnt dus tegen die bepaling, die door den heer Simons onvoldoende wordt geacht, geen bezwaar gerezen te zijn.

Inderdaad schijnt door dit voorschrift, waardoor het veelal van ieder, bij wien de huiszoeking zou plaats hebben, zal afhangen dit „steeds odieus en vexatoir middel", zooals de memorie van toelichting het uitdrukt, te voorkomen, en door andere bepalingen van het ontwerp, aan vele bezwaren en bedenkingen tegen huiszoeking en papieronderzoek te worden te gemoet gekomen.

Beter dan door invoering van den uitleveringsplicht, waarvoor, welk ook het lot zal zijn van het wetsontwerp, én in het belang der individueele vrijheid én in dat der rechtszekerheid, de wijsheid van de volksvertegenwoordiging Nederland moge bewaren.

Mr. S. M. S. de Ranitz.

's-Gravenhage, December 1896.

De Stichtingen en de Fiscus.

Naar aanleiding der Jurisprudentie,

DOOR

Mr. P. POLVLIET,

Substituut-Griffier te Rotterdam.

De vraag of er jure nostro recht van successie en overgang verschuldigd is van de gelden en goederen die door den schepper eener stichting tot fonds van die stichting worden bestemd, was in den laatsten tijd weder herhaaldelijk aan de orde. Ook door de Arresten van den Hoogen Raad van 12 Juni 1896 (*W.* n°. 6823) en 20 November 1896 (*W.* n°. 6889) is daaromtrent naar mijne bescheiden meening het laatste woord niet gesproken.

Zij wordt geheel beheerscht door deze andere vraag: Wat behoort tot het wezen eener stichting, hoe ontstaat eene stichting als rechtspersoon? Daar de wet dienaangaande geen licht ontsteekt, bood zich, zooals wél bekend is, hier een aanlokkelijk strijdperk voor de wetenschap aan, die in een zeer uitgebreide literatuur tal van definities van stichtingen baarde, meest alle het lot deelende dat geen ander dan de auteur er volkomen vrede mee had. En waar ook de rechterlijke macht, zoo dikwijls zij geroepen werd in deze haar oordeel uit te spreken, dat in telkens wisselenden zin heeft gedaan, zou 't mij alleszins begrijpelijk en gerechtvaardigd schijnen als de fiscus, die elders — waar 't gold uitkeeringen aan erf-

genamen tengevolge van een contract van levensverzeking door den erflater gesloten — zijn onmacht erkend heeft, in dit geval geen kamp gaf. (1)

Dat de wet — zij moge dan eene opzettelijke regeling van deze materie missen — blijkens verschillende bepalingen, stichtingen, door den enkelen wil van een persoon tot stand gekomen, als rechtspersonen erkent, wordt tegenwoordig vrij algemeen aangenomen.

Maar verder gaat de eenstemmigheid niet, want de grootste verscheidenheid van meening bestaat er over de vraag *wat* dan eigenlijk als het subject der rechten en verplichtingen eener stichting is te beschouwen: haar vermogen, haar doel, haar bestuur, een zelfstandig geworden deel van den wil des stichters, of wat dan ook, terwijl het bestaan van een subject ook wel geheel ontkend wordt.

Voor de quaestie die ons bezighoudt is natuurlijk van beslissenden invloed de plaats die het vermogen der stichting te haren opzichte inneemt. Niet dat 't hierop aankomt of het vermogen de drager van de rechtspersoonlijkheid der stichting is, eene meening wier onhoudbaarheid m. i. vooral blijkt wanneer men zich voorstelt dat aan eene met goederen toegeruste stichting opnieuw een gift wordt gedaan, in welk geval het laatste kapitaal zou toebehooren aan het oorspronkelijke. Maar omdat de vraag of er van het stichtingsvermogen recht van successie of overgang betaald moet worden hiervan afhangt, of eene stichting denkbaar is, afgescheiden van het haar toegedachte vermogen, hetwelk dus door de stichting wordt verkregen, of wel met en door de bestemming van dat vermogen tot een zeker doel ontstaat.

---

(1) Dat het praktische belang ook hier groot kan zijn bewijzen de bovengenoemde arresten, loopende over eene som resp. van f 46036.80 en f 73990.03.

Immers alleen in het eerste geval kan er sprake zijn van toepasselijkheid der Wet van 13 Mei 1859, *St.* n°. 36, zooals deze bij latere wetten is gewijzigd, en wel 't zij van art. 1, 't zij van art. 59 dier wet, naar gelang de stichter zijn wil heeft te kennen gegeven bij testament of bij akte onder de levenden, daargelaten de overige hinderpalen waarop men in het laatste geval zou kunnen stuiten. (1)

Gaan wij thans eerst na wat de rechtspraak te dien aanzien leert. Vijf procedures moeten wij daarbij, zoo beknopt als ons doel toelaat, in herinnering brengen.

I. Het vermaarde proces in zake de Heutz-stichting.

Weliswaar gold 't hier niet de fiskale quaestie, maar de al of niet geldigheid van een testament, waarin tot erfgenaam benoemd werd de stichting, die bij datzelfde testament in het leven werd geroepen. In drie instanties werd die geldigheid uitgesproken, en beslist dat art. 946 B.W., bepalende dat men om uit krachte van een uitersten wil iets te kunnen genieten op het oogenblik van den dood des erflaters moet bestaan, daartegen geen beletsel oplevert.

De quaestieuse woorden van het testament luidden:

„Na aftrek van de hiervoren vermelde legaten — — — „stel ik tot mijn eenige en algemeene erfgename aan „de weldadige stichting, die ik ten behoeve der gebrekkige armen in de gemeente Venlo door deze mijne beschikking in het leven roep."

---

(1) Art. 1, aanheft, luidt: Er wordt, onder den naam van regt van successie, eene belasting geheven van de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt uit den boedel van een ingezeten des Rijks door zijn overlijden.

Art. 59, 1e lid: Alle schenkingen onder de levenden aan zedelijke lichamen of instellingen van de doode hand, daaronder begrepen stichtingen bij het leven tot het doen van kerkelijke diensten of het verrichten van kerkelijke plegtigheden, worden beschouwd alsof het geschonkene, krachtens uitersten wil, bij legaat verkregen ware.

In het Arrest van den Hoogen Raad van 30 Juni 1882 (*W.* n°. 4800) lezen wij deze voor ons belangrijke overwegingen:

„*O.* dat ook de bij het 4°. middel gevoerde be-
„wering, volgens welke in geen geval de bij testament
„ingestelde stichting, bij datzelfde testament als erf-
„genaam zoude kunnen worden bevoordeeld, is
„onaannemelijk en door het Hof op juiste gronden
„is verworpen;
„dat toch deze bewering geen voldoenden steun
„vindt in het 1°. lid van art. 946 B.W. en in strijd
„is met de bedoeling van het 2° lid van dat ar-
„tikel — — —" — gelijk dan nader wordt uiteengezet.

II. Het proces betreffende het Sint Elisabeth's Gasthuis.

De Heer VAN BASTEN BATENBURG te Arnhem had bij notarieele akte verklaard: dat hij met een gebouw en erf gelegen aan den Utrechtschen Straatweg aldaar, dat van zijnentwege was ingericht tot gesticht ter verpleging van zieken, in het leven riep eene stichting onder den naam van „Sint Elisabeth's Gasthuis", ten behoeve van welke strekking het voorschreven onroerend goed door hem werd aangewend te dien effecte dat het aan de gezegde stichting in eigendom zou toebehooren.

Het Bestuur der Registratie eischte de rechten krachtens art. 59 der Successiewet verschuldigd, bewerende dat hier had plaats gehad eene schenking aan eene instelling van de doode hand. Volgens het Bestuur was dus hier bij dezelfde akte, 1°. eene stichting opgericht, 2°. aan die stichting het gebouw met erf geschonken.

De Rechtbank te Arnhem, conform de conclusie van den Officier Mr. DE RANITZ, ontzegde den eisch bij vonnis van 18 Juni 1885 (*W.* n°. 5213), van oordeel dat „degene
„die bij zijn leven een gedeelte van zijn vermogen af-

„zondert tot een blijvend en geoorloofd doel in dier voege „als hier is geschied, maakt geen schenking onder de „levenden aan eene instelling van de doode hand, maar „roept zoodanige instelling in het leven, en dat wel eene „stichting, waarbij aanwijzing van vermogen zoozeer „behoort tot het wezen der instelling, dat deze zonder „dat is ondenkbaar."

In overeenstemming met de conclusie van den Adv. Gen. Mr. Polis verwierp de Hooge raad bij Arrest van 18 Juni 1886 (*W.* n°. 5311) het cassatieberoep:

„*O.* dat de Rechtbank derhalve de handeling, die „volgens hare feitelijke beslissing in eenen adem „is geschied, rechtskundig als een onsplitsbaar geheel „heeft aangemerkt en daarin tevens een onmisbaar „vereischte heeft gezien om de stichting als rechts-„persoon in het leven te doen treden, welk stelsel de „bestaanbaarheid van schenking reeds op grond van „art. 1716 B.W. uitsluit;

„*O.* dat al ware deze beschouwing ook onjuist, „het bestreden vonnis uit dien hoofde niet zou „kunnen worden vernietigd, omdat uit geen der „bij het middel aangehaalde wetsbepalingen volgt „dat de hiervoren bedoelde handeling zich juridiek „zou moeten splitsen in het scheppen van den rechts-„persoon, als vatbaar om vermogen te verwerven, „en het aan dien persoon toekennen van het toe-„gedacht vermogen — —."

Nadat de Hooge raad aldus heeft overwogen dat er volgens de feitelijke beslissing naar het burgerlijk recht geen sprake van schenking kan zijn, beslist hij verder dat de belastingwet daarin geen verandering brengt, want dat „schenkingen" in art. 59 geen andere beteekenis heeft dan in het B.W., d. w. z. die van overeenkomst, zoodat ook daar alleen sprake kan zijn van schenkingen

aan bestaande instellingen, terwijl alleen eene bepaalde soort van stichtingen bij het leven, nl. die tot het doen van kerkelijke diensten of het verrichten van kerkelijke plechtigheden, met schenkingen worden gelijkgesteld. (Vergelijk: SPRENGER VAN EYK, de Wetgeving op het recht van successie, pag. 486. (1))

III. Het proces over de VERBEEK-stichting.

De Rechtbank te Breda had te oordeelen over de volgende testamentaire bepaling: „Na aftrek van voor-„schreven beschikkingen en legaten — stel en benoem „ik tot mijne eenige en algemeene erfgename de weldadige „stichting, die ik door deze mijne beschikking tegelijk en „op hetzelfde oogenblik in het leven roep — —." (2)

De executeurs-testamentair stelden een eisch tot terugbetaling in van het onder protest betaalde successierecht. Bij vonnis van 28 Maart 1893 (W. nº. 6455) veroordeelde de Rechtbank te Breda het Bestuur tot die teruggave. Na overwogen te hebben dat de bovenaangehaalde woorden van den erflater, behalve aan de instelling eener stichting, ook aan eene gewone erfstelling kunnen doen denken, vervolgt de Rechtbank:

O. dat mocht er aan een tweeledige rechtshan-„deling van den erflater te denken zijn, dan moet „worden nagegaan of de erflater bij het testament „eene stichting heeft gecreëerd en deze tegelijkertijd „bij datzelfde testament als erfgename kon insti-„tueeren;

„dat toch krachtens art. 946 B.W. uit een testament „alleen dan kan worden genoten als men op het

(1) De omstandigheid dat in ons recht voor schenking aanneming door een begiftigde vereischt is, kan echter in de theoretische zijde der zaak geen verandering brengen.

(2) Men merke op dat deze beschikking bijna woordelijk gelijkluidend is met die van den Heer HEUTZ.

„oogenblik van den dood des erflaters bestaat, terwijl „de stichting eerst op dat oogenblik in het leven „trad; dat — zoo men de stichting als erfgenaame „beschouwt — daarvan het gevolg zoude zijn, dat „zij, al ware het slechts een ondeelbaar oogenblik, „zonder goederen zou hebben bestaan en dat dit „ondenkbaar is; dat toch een essentieel vereischte „voor het bestaan — althans voor de totstandkoming „eener stichting is: de afzondering van eenig ver- „mogen; dat nu wel dit vermogen, die goederen „alleen, niet de stichting, den rechtspersoon, vormen, „daar goederen object van eigendom, niet subject van „eigendom knnnen zijn, doch die goederen met de „bestemming, die er door den stichter aan gegeven „wordt, door den wil van den stichter, hetzij bij „diens leven, hetzij eerst na zijnen dood, tot eene „stichting, alzoo tot een rechtspersoon gecrëeerd „worden, dat de bestemming dus is de ziel, de goe- „deren het lichaam van de stichting en derhalve „beide noodwendig bij elkander behooren om te zamen „de stichting uit te maken." Enz.

Bij Arrest van 2 Februari 1894 (*W.* n°. 6462) werd ook het tegen dit vonnis ingestelde cassatieberoep ongegrond geoordeeld, in overeenstemming met de conclusie van den Proc. Gen. Polis. Vooreerst overwoog de Hooge Raad dat de uitlegging van de bewoordingen van het testament toekomt aan den rechter die over de feiten te oordeelen heeft, zoodat 't hier vaststond dat de stichting niet was ingesteld als erfgenaam van de goederen maar met die goederen was opgericht, hetgeen niet in strijd was met de artt. 921 en 922 B·W., vermits uit laatstgenoemd artikel volgt „dat in een testament kunnen „worden opgenomen alle niet met de openbare orde „of goede zeden strijdende bepalingen, bestemd om na

„doode des testateurs te werken en rakende privaat-
„rechtelijke belangen, waarover hij de vrije beschikking
„heeft."

Het 2° middel van cassatie, daarop gegrond dat de Rechtbank zou hebben beslist, dat eene stichting niet bij uitersten wil kan worden in het leven geroepen en tegelijkertijd als erfgename ingesteld, kwam niet in onderzoek daar het afstuitte op de feitelijke beslissing van de Rechtbank dat de bedoelde beschikking eene onsplitsbare rechtshandeling uitmaakte.

IV. Het proces naar aanleiding van de stichtingen van den heer SCHELTUS te Amersfoort.

Deze had bij testament o. a. bepaald:

Ten vierde. *a.* Bepaal ik dat uit mijne nalatenschap wordt afgezonderd eene kapitale som van *f* 175,000, welke som door mij wordt bestemd tot stichting van een Gereformeerd Burgerweeshuis te Amersfoort enz., aan welke stichting ik mitsdien verklaar de voormelde som te legateeren.

b. legateer ik nog aan bedoeld te stichten Gereformeerd Burger Weeshuis mijne onroerende goederen gelegen enz.;

Ten tweede. *a.* Bepaal ik dat nog uit mijne nalatenschap worde afgezonderd eene kapitale som van *f* 100.000, welke som door mij wordt bestemd tot stichting van een Tehuis voor dames uit den deftigen stand te Amersfoort, en aan welke stichting ik mitsdien verklaar de voormelde som van *f* 100.000 te legateeren enz.;

b. legateer ik nog aan bedoeld te stichten Tehuis voor dames het heerenhuis met tuin staande enz.

Ook hier werd door den executeur-testamentair het successierecht onder protest betaald en vervolgens terug gevorderd.

Op het voetspoor van den eischer, die — evenwel niet uitsluitend — zich erop had beroepen dat de stichtingen

reeds op den dag van het maken van het testament waren ontstaan en de goederen hadden gekregen, al waren zij ook pas bij het overlijden in het genot daarvan getreden (!), achtte de Rechtbank te Utrecht bij vonnis van 25 September 1895 (W. n°. 6717) de beslissing van het geschil uitsluitend afhankelijk van de vraag of de bewuste gelden en goederen tot op het oogenblik van het overlijden van den erflater deel hadden uitgemaakt van zijn boedel en daaruit door diens overlijden waren verkregen. En die vraag bevestigend beantwoordende ontzegde zij den eisch.

Bij Arrest van den Hoogen Raad van 12 Juni 1896 (W. n°. 6823) werd dit vonnis vernietigd, op grond dat de Rechtbank de woorden „geërfd of verkregen" in art. 1 der Successiewet verkeerd had toegepast:

„O. toch, dat, ook blijkens de geschiedenis van die „wetsbepaling, onder de woorden „geërfd of ver„kregen" moet worden verstaan het als erfgenaam „of legataris verkrijgen, en dat volgens art. 946 B. W., „om, zooals in deze het geval zou zijn, uit kracht „van eenen uitersten wil iets te kunnen genieten, „het bestaan op het oogenblik van den dood des „erflaters vereischt wordt;

„O. dat dit laatste niet kan gezegd worden het geval „te zijn met stichtingen, welke op het oogenblik van „het overlijden van den erflater ontstaan tengevolge „van de afzondering bij diens uiterste wilsbeschikking „van een gedeelte van zijn vermogen met de daaraan „door hem gegeven bestemming";

V. En eindelijk de procedure betreffende de stichting van den heer Looxma Ypey, in wiens testament de volgende beschikking voorkwam:

„Ik maak en stel in bij dezen tot aandenken aan „mijne moeder vrouwe B. Looxma, weduwe Dr. N. Ypey, „eene stichting ten behoeve van behoeftigen uit de dorpen

„Rijperkerk, Tietjerk en Hardegarijp, aan welke stichting „ik den naam geef van „Stichting op Toutenburg", en „welks zetel ik vestig te Rijperkerk. Tot kapitaalfonds „of rentegevend eigendom van deze stichting stel en lega- „teer ik mijne onroerende goederen . . ." enz.

Op den eisch der erfgenamen tot teruggave van de betaalde successierechten, gaf de Rechtdank te Leeuwarden kort na het Utrechtsche vonnis eene beslissing in denzelfden geest, maar waarin het geschilpunt wél zoo juist was gesteld. In haar vonnis van 24 October 1895 (1) lezen wij:

„*O.* dat alzoo te beslissen valt de vraag of de „erflater, de stichting oprichtende bij zijn door den „dood bekrachtigden uitersten wil en daarbij als „vermogen voor de stichting bestemmende eenige „bepaalde goederen en waarden, eenvoudig deze heeft „afgezonderd om als stichting te werken, dan wel ze „heeft vermaakt aan die stichting;

„*O.* dat hij die een stichting instelt een onzicht- „baar zelfstandig rechtssubject schept, d. w. z. den „rechtspersoon der instelling, die niet in eenig „lichamelijk goed bestaat, de instelling zelve;

O. dat om dien rechtspersoon te doen werken „noodig is de aanwijzing van goederen alsmede van „doel en van organen;

„*O.* dat de aangewezen goederen dan het object „van de rechten der instelling worden, gelijk de „rechtspersoon, de instelling zelve, het subject van „alle rechten wordt, als hoedanig die bezittingen „immers niet kunnen worden beschouwd, dewijl zij „dan eigenaressen van zichzelf zouden zijn en het

(1) Dit vonnis is niet opgenomen in het *Weekblad*. Het komt, met dat van de Rechtbank te Utrecht, gevolgd door eene aanteekening van de redactie, voor in het *Paleis van Justitie*, 1895 no. 99.

„niet denkbaar is dat iets tegelijk als subject en als „object in rechte kan bestaan;

„*O.* dat hieruit volgt dat de erflater, die een „rechtsgeldige stichting wil oprichten, een rechts-„subject, een rechtspersoon, moet scheppen, om hier-„aan het voor de stichting bestemde vermogen te „vermaken, waartegen de bepaling van art. 946 1e „lid B. W. geen bezwaar oplevert, omdat dit artikel „niet vordert dat men besta vóór, maar alleen dat „men besta op het oogenblik van den dood des „erflaters, en de stichting in het leven treedt op „hetzelfde oogenblik waarop de dood den uitersten „wil onherroepelijk maakt en bevestigt en bijgevolg „onmiddellijk met den dood bestaat;

„*O.* dat met deze beschouwing geheel in overeen-„stemming zijn de beschikkingen door den erfla-„ter genomen — — —" enz.

Bij Arrest van 20 November 1896 (*W.* n°. 6889) werd ook dit vonnis door den Hoogen Raad vernietigd:

„*O.* dat deze onderscheiding tusschen het scheppen „van een rechtspersoon en het aanwijzen van goe-„deren om dien rechtspersoon te doen werken, niet „is aannemelijk, daar alleen door eene wilsverklaring „geen rechtspersoon — zelfs geen onzichtbaar wezen „— in het leven wordt geroepen, doch de oprichting „van eene stichting bij eene uiterste wilsbeschikking „slechts kan geschieden door de aanwijzing van „zekere goederen voor eene bepaalde bestemming;

„*O.* dat dusdanige stichting dan ook niet bestaat „op het oogenblik van den dood des erflaters, doch „op het oogenblik dat diens uiterste wilsbeschikking „door den dood bekrachtigd wordt, ontstaat, zoodat „bij die uiterste wilsbeschikking aan die stichting „niet wordt vermaakt datgene dat tot haar wezen

„behoort en waarmede zij in het leven treedt".

Zoowel het vonnis van de Rechtbank te Breda als de vonnissen van de Rechtbanken te Utrecht en Leeuwarden zijn gewezen in strijd met de resp. conclusiën van het O. M.

Uit bovenstaand overzicht blijkt hoe verschillend de onderscheidene rechterlijke colleges ten onzent zich het ontstaan der stichting denken, en waarin het verschil gelegen is.

Dat niemand eene stichting in het leven zal roepen zonder bij de akte tevens een kapitaal aan te wijzen, waarmee zij het voorgenomen doel zal kunnen bereiken, spreekt vanzelf; dat dan ook om de stichting te doen werken de aanwijzing van goederen noodig is wordt algemeen erkend. Maar betwist is of reeds vóór die dotatie de stichting eene stichting is, zij 't dan ook eene die tot werkeloosheid gedoemd is, of wel het fonds eene bestaans-voorwaarde van de stichting uitmaakt, zoodat, ook in theorie, eene stichting zonder vermogen niet denkbaar is. Vooral de vonnissen van Breda en Leeuwarden, die beide het geval dat de stichting bij testament is opgericht 't meest principieel behandelen, staan lijnrecht tegenover elkaar. Meent het eerstgenoemde dat het scheppen eener stichting bestaat in eene enkele rechtshandeling, het bestemmen van goederen tot een bepaald doel, het laatstgenoemde leert dat men om eene stichting op te richten, eerst een rechtssubject moet scheppen, om daaraan het vermogen te vermaken (schenken).

En hetzelfde meeningsverschil treffen wij aan in de literatuur, hoewel de eerstgenoemde opvatting veel talrijker aanhangers telt, 't zij deze kortweg zeggen dat de stichting een vermogen *is*, zooals Mr. van Lanschot (Proefschrift, Leiden, 1856, en Praeadvies Jur. Vereeni-

ging 1873), Mr. FEITH (Praeadvies id.), Mr. VAN DEN BIESEN (*Themis* 1878), WATTEL (De wettelijke stelling van goederen door denzelfden rechtsband verbonden) enz., 't zij althans in het vermogen de noodzakelijke grondslag, het „substraat", der stichting wordt gezien, zooals door OPZOOMER (Dl. IX, pag. 173), van BONEVAL FAURE (Dl. I p. 55), SPRENGER VAN EIJK (*Recht en Wet*, 1870,) DE SITTER (*Rgl. Magazijn*, 1887) enz. enz. (1)

Houden de genoemde schrijvers zich dus aan de universitas rerum in tegenstelling met de universitas personarum, daartegenover staan zij die de stichting zonder vermogen juridiek bestaanbaar achten, met name DIEPHUIS (Dl. I p. 414), LAND (*Themis* 1888 en B. W. I, p. 531), en, in hunne dissertaties, Mr. VAN TRICHT (Leiden 1884) en Mr. BESIER (Utrecht 1891). Vooral Prof. LAND is een krachtig voorstander van deze meening, en betoogt dat de rechtspersoonlijkheid der stichting, hare bevoegdheid om vermogen te hebben, toch zal moeten voorafgaan aan het verkrijgen van dat vermogen. En bovendien — vraagt hij — wat beduidt feitelijk die noodzakelijk geachte aanwijzing van middelen, wanneer alle waarborg ontbreekt dat ze ook voldoende zijn ter bereiking van het doel?

In Duitschland, waar eene opzettelijke regeling der stichtingen in het tot dusver geldende burgerlijk recht evenzeer ontbrak als bij ons, wordt bijna algemeen door de wetenschap als voorwaarde voor het ontstaan eener stichting een zelfstandig vermogen geëischt, de stichting

---

(1) Praktisch werd deze leer toegepast door het Kon. Besluit van 22 October 1891 no. 32 (Raad van State 1891, pag. 1266), waarbij eene aanvrage door het bestuur eener instelling om de rijksbijdrage, krachtens art. 54*bis* der Wet op het lager onderwijs, werd afgewezen op grond dat zij niet had bewezen eene stichting en dus rechtspersoon te zijn, „dat immers »tot het wezen eener stichting . . . in de eerste plaats behoort een tot «een bepaald doel afgezonderd vermogen".

beschouwd als de personificatie van een vermogen of wel gezegd op een „Vermögenssubstrat" te berusten. (1).

Ook het Reichsgericht vordert „Ausscheidung des für die Stiftung bestimmten Vermögens". Doch men zij voorzichtig met hieruit gevolgtrekkingen te maken ten opzichte van onze strijdvraag, zooals blijkt uit de navolgende rechtszaak, welke tevens bewijst dat ook de Duitsche jurisprudentie niet eenstemmig is. (2).

Iemand had bij notarieele akte kort vóór zijn faillissement met een groot deel van zijn vermogen eene stichting opgericht. De curator in het faillissement stelde tegen het bestuur der stichting een eisch in tot teruggave aan den boedel van al hetgeen de stichting daaruit genoten had, én wegens opzettelijke benadeeling der crediteuren (actio Pauliana), én omdat de bij schenkingen boven zeker bedrag gevorderde formaliteiten waren nagelaten. 't Gold dus o. a. de vraag of de oprichting eener stichting bij akte o. d. levenden eene schenking is.

In eerste instantie werd die vraag bevestigend beantwoord, in tweeden aanleg ontkennend, o. a. op denzelfden grond als bij ons: „da ein solches die Existenz eines „Subjectes, welchem geschenkt werden soll, voraussetze, „die Entstehung der Person der Stiftung aber der Aus„sonderung des Vermögens nicht vorhergehe, letztere „vielmehr eine Vorbedingung der ersteren bilde."

Het Reichsgericht herstelde echter weer het eerste vonnis en zag in hetgeen had plaats gehad wel degelijk eene schenking. De stichting bevond zich op het oogenblik dat de stichter zijn wil te kennen gaf weliswaar nog slechts in den toestand van een „nasciturus":

---

(1) Zie Prof. SCHLOSZMANN in Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik, 1889, pag. 13 vv., en de daar aangehaalde schrijvers.

(2) Entscheidungen Reichsgericht, Dl. V. pag. 138 vv.

„Dessen zukünftige Existenz wurde aber vorausgesetzt „und mit dem Eintritte dieser Existenz fehlte es auch „nicht an einem Rechtssubjecte, welches die ihm zugedachte Vermögenszuwendung acceptieren sollte und thatsächlich „acceptiert hat, wobei es unerheblich ist ob man sich „diese Acceptation als mit der rechtlichen Entstehung „der Stiftung zeitlich zusammenfallend oder als ihr „nachfolgend denkt".

Na vervolgens eenige schrijvers te hebben vermeld, zooals GERBER en PUCHTA in zijn „Vorlesungen", die ook in het oprichten eener stichting bij akte o. d. l. eene soort schenking zien, beantwoordt het opperste gerechtshof de tegenwerping dat er geen persoon zou bestaan om de schenking aan te nemen, hiermee, dat de eenzijdige wilsverklaring van den stichter om een vermogen tot zeker doel te bestemmen, vooral waar geen sanctie van hoogerhand geëischt wordt, van nul en geener waarde is, zoolang de stichting geen orgaan heeft om de vervulling dier verbintenis te eischen. Maar in het aanvaarden van het bestuur der stichting ligt dan ook de aanneming opgesloten ten behoeve van de stichting van het haar toegedachte kapitaal. En daarmee „wird die Stiftung perfect und die Ausscheidung des Vermö„gens vollzogen".

Die vereischte „Ausscheidung" verschijnt dus in een ander licht dan men verwachten zou, daar het Reichsgericht de stichting voltooid acht zoodra een bestuur in staat is de beloften van den stichter tot werkelijkheid te maken, en voor de stichting de „schenking" te aanvaarden. (1)

---

(1) Zoo achten ook VAN TRICHT (pag. 23) en BESIER (pag. 68) de stichting, als een willend wezen, voltooid bij het optreden van een bestuur. Anders DIEPHUIS (I pag. 414) en LAND (I pag. 532).

In de toelichting tot het met 1°. Januari 1900 in werking tredende Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk, waarin ook de stichtingen een regeling hebben gevonden, wordt de stichting genoemd „ein durch die Verfügung des Stiftenden einem gewissen Zweck gewidmetes und zu diesem Behufe selbständig gestelltes Vermögen". (1)

Maar eigenaardig is de opvatting van het Ontwerp, dat door de rechtshandeling eens stichters gelijktijdig de stichting als rechtspersoon ontstaat en een recht van deze jegens den stichter op het toegezegde vermogen, zoodat aanvankelijk de aanspraak op dat vermogen als het fonds van de stichting wordt beschouwd: Das Stiftungsvermögen besteht demnach zunächst in dem Anspruch auf die Uebertragung. (2) Die verplichting om de goederen aan de stichting over te dragen — en ik leg den nadruk op dat woord „overdragen" — wordt dan ook in § 71 van het Wetboek, waar 't geldt stichtingen bij akte o. d. l. opgericht, uitdrukkelijk aan den stichter opgelegd.

En ten aanzien van de bij testament geschapen stichtingen lezen wij in de toelichting op § 59 van het Ontwerp (§ 72 van de Wet): „Die Streitfrage ob die Errichtung einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen Stiftung auch dadurch erfolgen könne dasz ein Erblasser den auf die Errichtung der Stiftung gerichteten Willen im Wege der Einsetzung der letzteren zum Erben oder unter Zuwendung eines Vermächtnisses an dieselbe erkläre, wird durch die gegenwärtige Vorschrift — in bejahendem Sinne entschieden." Uitdrukkelijk wordt dus hier het oprichten eener stichting bij testa-

---

(1) Mot. Entw. I pag. 79.
(2) Mot. I pag. 120. Zie ook pag. 119.

ment aangemerkt als het instellen der stichting tot erfgenaam of legataris. En als om de ook ten onzent geopperde bedenking weg te nemen of de stichting wel op het oogenblik van den dood des erflaters kan gezegd worden te bestaan, bepaalt § 72 der wet: Wird die Genehmigung (nl. van den Bondsstaat) ertheilt, so gilt die Stiftung in Ansehung des Anfalls als schon vor dem Erbfall entstanden. Met het oog op een en ander zou er m. i. aan de verplichting tot het betalen van successierecht in Duitschland niet kunnen worden getwijfeld.

Keeren wij na deze uitweiding, waaruit althans blijkt dat de zaak niet zoo uitgemaakt is als sommige voorstanders van het „vermogenssubstraat" schijnen te meenen, tot onze rechtspraak terug.

Wie straks het geduld gehad heeft de lange rij van vonnissen te doorworstelen, zal hebben opgemerkt dat het stilzwijgen der wet voor den rechter, sinds kort ook voor den cassatierechter, geen bezwaar oplevert om het geboorteproces van de stichting te doorgronden. Steeds wordt vooropgesteld wat eene stichting is en hoe dezelve ontstaat, en vervolgens aan die eenmaal vastgestelde voorwaarden de vraag getoetst welke rechtshandeling of handelingen de stichter *derhalve* verricht heeft.

Natuurlijk dat de conclusie varieert met het uitgangspunt. En geen wonder ook dat dit uitgangspunt ongeargumenteerd de plaats van de ontbrekende wetsdefinitie moet innemen. Als bijv. art. 100 van de wet o. h. hooger onderwijs het recht toekent om bij testament eene bijzondere school van hooger onderwijs te stichten, maakt het artikel niet uit of men daartoe ééne rechtshandeling heeft te verrichten dan wel twee.

En zoo is dan de oplossing van het probleem op deze wijze niets dan een geloofs-quaestie: De een kan zich

geen stichting denken zonder vermogen, de ander wel. Dat men met zulk een belijdenis elkaar niet overtuigt spreekt vanzelf, en het heerschende verschil is daarmee wellicht verklaard.

Maar is de gevolgde methode de juiste? Is het de taak van den rechter om een doctrinair begrip te fingeeren en voorop te stellen, en de feitelijke gegevens als in een keurslijf daarin te wringen? Zou het niet juister zijn de feiten als uitganspunt te nemen, zich af te vragen wat de stichter, blijkens den inhoud der stichtingsakte, gewild heeft, en daarnaar te besluiten welke rechtshandeling of handelingen *derhalve* hebben plaats gehad? Beslissend is dan de wilsuiting van den stichter. Mocht deze in zijn bewoordingen niet duidelijk zijn geweest, 't is natuurlijk de taak van den rechter ze te verklaren. Maar nooit zal men ze dan behoeven te verwringen om ze in overeenstemming te brengen met hetgeen men a priori de eenig mogelijke ontstaanswijze acht van de stichting. Niet dat de stichter altijd bewust zal geweest zijn van de gevolgen zijner woorden, maar als regel behoort de bevoegdelijk en in den vereischten vorm uitgedrukte wil geëerbiedigd te worden. Beter dat hiervan de rechtsgevolgen eener handeling afhangen dan van de toevallige niet op de wet gegronde overtuiging van den rechter in wiens gebied de stichter woont.

In elk geval, de wet wijst thans den weg niet aan waarlangs nieuwe stichtingen moeten worden opgericht. De eenige vraag is dus maar, of hetgeen de stichter als zijn wil verklaard heeft juridiek bestaanbaar is. En waarom zou zoodanige instelling niet langs tweeërlei weg kunnen totstandkomen?

„Aber wenn man sich" — aldus Prof. SCHLOSZMANN naar aanleiding van het door de duitsche doctrine ge-

eischte „Vermögenssubstrat" — „wie die herrschende Lehre darauf verlegt, die Voraussetzungen der Entstehung der Stiftung a priori zu construiren, so hat auch eine andere „„Construction"" genau so viel Berechtigung wie jene, nämlich die, dasz der Stifter zuerst durch seine Willenserklärung (allein, oder in Verbindung mit der Staatsgenehmigung, wo diese gefordert wird) die juristische Person erzeugt, und dieser dann die zur Erreichung des Stiftungsmäszigen Zweckes erforderlichen Vermögenswerthe überträgt oder verspricht. Denn die Forderung sich an Stelle eines Nichts eine Person zu fingiren, muthet dem Verstande nicht mehr zu, als die, dasz er sich einen Komplex von Vermögensstücken als Person vorstelle." (1)

En daarmee kan ik mij geheel vereenigen. Waar trouwens de beide opvattingen eminente juristen onder hare aanhangers tellen, schijnt twijfel aan de juridieke bestaanbaarheid van een van beide haast onmogelijk. Toch is niet alleen die twijfel maar zelfs de ontkenning onlangs uitgesproken door den Hoogen Raad, en wel aangaande de rechtsfiguur die een 14 tal jaren geleden door dit college volmaakt wettig werd geoordeeld.

De Hooge Raad heeft zich in 1896 op een nieuw standpunt gesteld. Ook op een beter? Met alle bescheidenheid moet ik het ontkennen. Tot dusver was geen principieele beslissing door hem in deze quaestie gegeven, en ik geloof, met het oog op het karakter van den cassatierechter, terecht. Zooals men boven zal hebben opgemerkt, maakte de Hooge Raad in 1882 niet uit dat men, eene stichting bij testament oprichtende, die stichting tot erfgenaam instelt, maar besliste hij, dat het beklaagde arrest

---

(1) T. a. p. pag. 17.

de quaestieuse beschikking aldus opvattende daardoor geen enkele wetsbepaling had geschonden.

En omgekeerd werd door de Arresten van 1886 en 1894 evenmin als 's Raads oordeel uitgesproken dat het oprichten eener stichting bestaat in het bestemmen van een kapitaal tot zeker doel, maar niets meer, dan dat de vonnissen van Arnhem en Breda, door die opvatting te huldigen, met geen enkel stellig wetsvoorschrift in strijd waren gekomen.

't Schijnt niet overbodig zulks te herinneren, waar — zonderling genoeg — de genoemde arresten in tal van verhandelingen en verzamelwerken verkeerd zijn begrepen of geciteerd. (1) Toch is het zoo duidelijk in de conclusies van den advocaat-(procureur)-generaal Polis, voorafgaande aan de arresten van 1886 en 1894, en geheel in den geest van deze, uitgedrukt, dat de beslissingen van den eersten rechter, ook voorzoover ze op juridieken grond berustten, moesten worden geëerbiedigd, want dat, zoolang de wet geen stelselmatige regeling van de stichting als rechtspersoon, van hare oprichting en ontstaan, behelst, er ook geen artikel in de wet te vinden is, waarmede diens opvatting daarvan in strijd kan zijn. Dat dus, 't zij de feitelijke rechter heeft beslist dat de stichter ééne rechtshandeling heeft willen verrichten, 't zij hij heeft uitgemaakt dat aan eene tweeledige handeling valt te denken, in beide gevallen die beslissing voor den Hoogen Raad is onaantastbaar. (2)

---

(1) Met verwondering lees ik ook in de conclusies voorafgaande aan de Arresten van 12 Juni en 20 November jl. eene betuiging van instemming met «de bestaande jurisprudentie van den H. R.», die dan zou gelegen zijn in de Arresten van '86, '94 en . . . . '82!

(2) Men zie ook zijne conclusie vóór het Arrest van 4 Mei 1893 (*W.* no. 6343), i. z. de Snouck van Loosen-stichting. Hier gold 't de vraag of de erfgenamen verplicht waren hun erfdeel uit te keeren aan een van de erflaatster ervenden verwachters, de op te richten stichting, of wel

Toch is het hoogste rechtscollege nu laatstelijk tot twee malen toe van deze gedragslijn afgeweken. Al was het vonnis der Rechtbank te Utrecht i. z. de SCHELTUS-stichting ook m. i. verre van onberispelijk, toch had het cassatiemiddel niet kunnen slagen wanneer de H. R. getrouw ware gebleven aan zijn vroeger stelsel. Dat in art. 1 van de Successiewet onder „geërfd of verkregen" moet worden verstaan het als erfgenaam of legataris verkrijgen, en dat men om uit krachte van een uiterten wil te kunnen genieten op het oogenblik van den dood des erflaters moet bestaan, dat schijnt mij ook door de Rechtbank niet uit het oog te zijn verloren, integendeel door haar dictum implicite te zijn aangenomen. En waar nu de Rechtbank beslist heeft dat de stichtingen van den heer SCHELTUS zijn getreden in den eigendom en het bezit der gelden en goederen, kon de H. R. m. i. die beslissing, men noeme haar feitelijk of juridiek, niet tenietdoen door de voor den cassatierechter dubbel stoute overweging, dat „stichtingen ontstaan tengevolge van de afzondering van een gedeelte van het vermogen met de daaraan gegeven bestemming". Want wat doet de H. R. daar anders dan treden op het gebied van den feitelijken rechter en van den wetgever tevens? En hoe is deze beslissing te rijmen met de tot dusver, toch niet uit louter bescheidenheid, betrachte onthouding; te rijmen ook met het Arrest van 1882, waarbij de Raad zelfs uitdrukkelijk gelijktijdige stichting en erfstelling mogelijk verklaarde? (1)

---

met de door hen verkregen nalatenschap eene stichting moesten creëeren, welke vraag, met het oog op de woorden der test. beschikking, in laatstgemelden zin werd beantwoord.

(1) In elk geval had er m. i. onderscheid gemaakt moeten worden tusschen de goederen, waarmee de stichtingen van den heer S. dan zouden zijn in het leven geroepen en die welke hij daarna nog aan beide stichtingen vermaakt, in de hierboven meegedeelde beschikkingen bedoeld sub *b*, en was voor de laatste ongetwijfeld successierecht verschuldigd.

En dezelfde vragen rijzen naar aanleiding van het Arrest van 20 November jl. Dit onderscheidt zich door de stelling dat „alleen door eene wilsverklaring geen rechtspersoon in het leven wordt geroepen". Gebezigd als tegenstelling met hetgeen daarop volgt, nl. dat de oprichting van eene stichting slechts kan geschieden door de aanwijzing van zekere goederen voor een bepaalde bestemming, schijnt ze mij zeker onjuist. Wordt dan op de laatstgenoemde wijze geen rechtspersoon geschapen door den enkelen wil? Neemt men niet aan dat eene algemeene stilzwijgende erkenning van de wet aan de door 's menschen wil in het leven geroepen stichtingen rechtsbevoegdheid verleent, dan moet men ook in elk geval staatstusschenkomst eischen, onverschillig hoe men zich het ontstaan der stichting denke. Dat is de meening o. a. van OPZOOMER, die, zelf de stichting beschouwende als eene afzondering van vermogen, verklaart dat de eigenaar, krachtens het privaatrecht, over zijn vermogen, geheel of ten deele, wél heeft het recht van derelictie en dat van overdracht aan een ander rechtssubject, maar niet dat om het tot een zelfstandig rechtssubject te maken, en daarom staatssanctie wil. (1) Al schijnt minder juist door OPZOOMER te worden

(1) Dit worde wel in 't oog gehouden door de voorstanders van het «vermogenssubstraat», die meenen zich op OPZOOMER te kunnen beroepen. OPZOOMER zou de tegenwoordige leer van den H. R. evenzeer verwerpen. Het is de bekende noot in Dl. IX pag. 173. OPZOOMER verwijst naar een opstel van ROTH in de Jahrb. für Dogmatik, n. F. I pag. 205 vv.

Men leze hetgeen daartegen in dezelfde Jahrbücher, IV, pag. 139 vv wordt aangevoerd door DEMELIUS, o. a. dat, evengoed als bij vennoot schappen de overeenstemmende wil van meer personen een vermogen samenbrengt dat een afzonderlijk bestaan erlangt, hier de eenzijdige wil dat gevolg kan tot stand brengen. De eenzijdige stichtingshandeling is volgens D. eene eigen, «causa dominii transferendi» en «obligandi». Wel kan men om praktische redenen staatssanctie willen, maar naar den aard der handeling is geen lex specialis noodig om der stichting rechtspersoonlijkheid te verleenen.

aangenomen dat het vermogen zelf rechtssubject wordt, dat men gelijktijdig met de bestemming van het vermogen tot het beoogde doel een nieuw rechtssubject in het leven roept is niet te ontkennen. Of heeft de H. R., die blijkbaar wel 's menschen bevoegdheid erkent om zonder staatshulp stichtingen te crëeeren, alleen bedoeld dat zulks enkel kan geschieden door gelijktijdige bestemming van een vermogen, hoe gering dan ook, dan is dat een bloote overtuiging buiten de wet, die geen cassatie billijkt.

Ik meen dus dat: 1°. de feitelijke rechter, uitgaande van den inhoud der stichtingsakte, zoonoodig verklaard volgens de regelen van het Burgerlijk Wetboek, in elk speciaal geval moet beslissen of de stichter eene afzondering van vermogen bij ééne onsplitsbare rechtshandeling heeft beoogd, of wel eene institutie van de bevorens in het leven geroepen stichting; en dat: 2°. aan die uitlegging de cassatierechter gebonden is, welke opvatting ook zijne sympathie moge wegdragen — gelijk de H. R. 't ook tot vóór kort begrepen heeft.

Gaat men den, hiervóór opzettelijk neergeschreven, tekst der verschillende stichtingsoorkonden na, dan zal 't blijken weliswaar dat de conclusie langs dezen weg bijna overal gelijkluidend zou geweest zijn. Maar dat is meer toeval. Want de rechtsbeschouwingen in de onderscheidene vonnissen wettigen het vermoeden dat de resp. dicta geen verandering zouden ondergaan hebben, al waren de beschikkingen van den stichter anders geredigeerd geweest. Ten bewijze strekke het Bredasche vonnis, dat, nog wel uitgaande van de overweging dat de woorden der testamentaire bepaling het geschilpunt beheerschen, vrijheid vindt aan die m. i. vrij duidelijke woorden eene verklaring te geven waaraan het beoogde resultaat blijk-

baar niet vreemd is. (1) Ongetwijfeld kan de uitlegging der stichtings-akte, gelijk van elke akte, bezwaarlijk zijn, maar had de rechter zich eenmaal losgemaakt van de hier gewraakte aprioristische rechtsbeschouwing dan zou het gevaar voor eene gezochte interpretatie ongetwijfeld vervallen. En zoo welkom als het beroep op de woorden waarin de heer YPEY zijn beschikking gesteld heeft, in het vonnis van de Rechtbank te Leeuwarden, mij zou geweest zijn als uitgangspunt van het betoog, zoo misplaatst acht ik het thans waar het als proef op de som moet dienen. Want hoe kan ooit de ontleding van een rechtsbegrip steun vinden in de woorden door een argeloozen erflater gebezigd?

Ten slotte zij een kort woord gewijd aan de vraag of door de op het oogenblik aanhangige of ontworpen wetgeving eene oplossing in den eenen of anderen zin gebracht wordt.

In de eerste plaats komt hier in aanmerking het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek van de Staatscommissie van 1880, waarvan, zooals bekend is, de 21e Titel gewijd is aan de stichtingen. De zoolang gewenschte wettelijke regeling zou dus met dezen Titel verkregen zijn. Of dan echter afdoende zou zijn uitgemaakt dat eene stichting ondenkbaar is zonder vermogen, zooals Mr. DE SITTER en Prof LAND (2) — de laatste tot zijn spijt — schijnen aan te nemen, blijf ik betwijfelen. (3)

---

(1) Dit vonnis is uit dien hoofde aan kritiek onderworpen door den heer WATTEL in 't Weekblad v. N. e. R. no. 1302. Ook de heer W. gaat uit van het beginsel dat de tekst der beschikking beslissend is. Maar daar 't voor hem tevens vaststaat dat eene stichting slechts kan ontstaan door afzondering van kapitaal, bevatte het testament van den heer VERBEEK volgens hem noch stichting noch erfstelling, maar niets dan een zinledige verklaring.

(2) Resp. in Rgl. Magazijn 1887 en *Themis* 1888.

(3) Dit is ook de meening van Mr. BESIER, pag. 117.

Zeker, de bedoeling van de ontwerpers is niet twijfelachtig. In de Memorie van Toelichting worden stichtingen omschreven als „goederen tot een blijvend nuttig doel bestemd, waaraan ten einde die bestemming te bereiken een eigen zelfstandig bestaan, onafhankelijk van eenigen eigenaar, verleend werd," en wordt elders verklaard, dat eene stichting „ondenkbaar is zonder een kapitaal bestemd om tot bereiking van het aangewezen doel gebruikt te worden". Maar de artikelen van het Ontwerp, waarin eene eigenlijke definitie gemist wordt, luiden lang niet zoo beslist:

Art. 556. Stichtingen treden als rechtspersonen op, wanneer zij zijn tot stand gekomen, of bij openbaren uitersten wil, of bij notarieele akte onder de levenden, en zij als zoodanig zijn erkend door het openbaar gezag.

Art. 557. Die erkenning wordt op de statuten verleend bij Koninklijk besluit.

Art. 558. De statuten moeten bevatten:

1°. duidelijke en nauwkeurige omschrijving van het doel;

2°. opgaaf van den naam;

3°. aanwijzing van eene gemeente des Rijks, waar de zetel zal zijn;

4°. aanwijzing van de goederen en fondsen.

Vooreerst schijnt dus onderscheid gemaakt te worden tusschen het totstand komen eener stichting en haar optreden als rechtspersoon, en is pas voor het laatste de koninklijke erkenning noodig op de statuten, welke in de 4°. en laatste plaats de aanwijzing van kapitaal moeten bevatten. Maar bovendien kan die verplichte aanwijzing van goederen, evenals het preventieve toezicht in het algemeen, als een zeer wijze maatregel van staatszorg aangemerkt worden, ter verzekering van de levens-

vatbaarheid der stichting en in het belang van hen die met haar in betrekking zullen komen, zonder dat daardoor iets wordt beslist omtrent de bestaansvoorwaarden eener stichting. Had bovendien — 't is reeds meer opgemerkt — het beginsel „geen stichting zonder vermogen", consequent toegepast, niet noodzakelijk moeten leiden tot het vervallen der stichting, zoodra haar vermogen is teniet gegaan, in stede van de bevoegdheid tot opheffing, die art. 571 van het Ontwerp in dat geval verleent?

Daarom, naast dit Ontwerp, en aangenomen al dat het in een niet al te ver verwijderde toekomst in het Staatsblad mag verschijnen, komt mij eene opzettelijke regeling der fiskale quaestie geenszins overbodig voor. Deze nu wordt aangeboden in het „Ontwerp van wet tot nadere regeling van het recht van successie en van overgang bij overlijden" enz., ingediend bij Koninklijke Boodschap van 23 Augustus 1895, nader gewijzigd ingediend, tegelijk met de Memorie van Antwoord, op 5 November 1896. (1) De op de stichting betrekking hebbende bepalingen zijn in hoofdzaak ongewijzigd gebleven.

Zij luiden in het jongste Ontwerp:

> Art. 12. De goederen, door den overledene bij uitersten wil bestemd tot vermogen van eene door hem bij uitersten wil in het leven geroepen stichting, worden beschouwd door de stichting bij erfenis of legaat uit den boedel te zijn verkregen.
>
> Art. 13. De goederen, door iemand op andere wijze dan bij uitersten wil bestemd om daarmede eene stichting in het leven te roepen, worden voor de toepassing van artikel 59 der wet van den 13den Mei 1859 (*Stbl.* n°. 36), zooals dat is gewijzigd bij de wet van den 28sten Mei 1869 (*Stbl.* n°. 95), beschouwd

(1) Resp. Bijl. 2e Kamer 1894—95, no. 215 en 1896—97, no. 15.

als door de stichting te zijn verkregen bij schenking onder de levenden, met dien verstande, dat hij, die de stichting in het leven roept, binnen zes maanden na de dagteekening der akte, waarbij hij dit doet, aangifte moet doen ten kantore, waar zijne woonplaats te dien tijde gevestigd was, of, zoo hij geen ingezeten van het Rijk was, ten kantore in welks kring de onroerende zaken gelegen of gevestigd zijn.

Hij is voor de rechten en boeten aansprakelijk.

Art 14. Het eerste lid van artikel 59 der wet van den 13den Mei 1859 (*Stbl.* nº 36) wordt gelezen als volgt: „Alle schenkingen onder de levenden, daaronder begrepen afstand tegen verpligting tot het doen verrigten van kerkelijke diensten of plegtigheden, aan zedelijke ligchamen of instellingen van de doode hand, worden beschouwd alsof het geschonkene krachtens uitersten wil bij legaat verkregen ware".

Ziedaar eene regeling, die zeker beantwoordt aan de bedoeling, uitgedrukt in de Mem. van Toelichting: Voor den vervolge allen twijfel af te snijden.

De vraag of de hier voorgestelde belasting op zichzelve wenschelijk is blijve hier in het midden. Zij telt even hartstochtelijke voor- als tegenstanders.

Blijkens het Voorloopig Verslag, geteekend 4 Februari 1896, (1) achtten sommige leden het „niet wenschelijk stichtingen, die het algemeen nut beoogen, zoo zwaar te treffen en vonden om die reden alleen reeds het wetsontwerp onaannemelijk". Wat daarvan ook zij, 't komt mij voor dat er niets valt af te dingen op de juistheid van deze opmerking in de Mem. van Toelichting: dat er geen reden bestaat om wél te laten betalen als de

(1) Bijl. 2e Kamer 1895—96, no. 35.

stichting eerst is in het leven geroepen en daarna een legaat of gift krijgt en niet te laten betalen als de stichting eerst in het leven treedt door de afzondering van het vermogen.

Maar al komt de wijziging der Successiewet op dit punt tot stand dan is wel de knoop doorgehakt, maar principieel uitgemaakt is de zaak natuurlijk niet. De fiscus beschouwe dan de stichting als erfgenaam of begiftigde, zij is 't daarom niet. In anderen vorm kan zich de vraag naar het ontstaan en wezen eener stichting blijven voordoen. Men denke aan het Heutz-proces, de vraag of men bij hetzelfde testament eene stichting kan oprichten en tot erfgenaam benoemen. Al zal de Hooge Raad dat thans wellicht geen vraag meer achten, m. i. blijft — en ik zou meenen zelfs na invoering van het Ontwerp van 1886 — deze constructie hetzelfde recht van bestaan behouden als de andere, die zich op het oogenblik in de uitsluitende gunst van den Raad mag verheugen.

De Procureurswet, de lex Hartogh en de toekomst der Balie.

Naar aanleiding van Mr. v. BONEVAL FAURE's uitgaaf der door hem den 16n, 17n en 18n Januari 1896 in de Eerste Kamer uitgesproken adviezen.

Een jaartje nadat de „Procureurswet" en de daarmede zamenhangende herziening van het tuchtreglement voor de balie [wet 23 april 1879 *Sb.* 75 en K. B. 1 Juni 1879 *Sb.* 107] in werking waren getreden, plaatste dit tijdschrift een artikel van mijne hand over de gevolgen van deze hervorming.

Onder niet malsche maar, geloof ik nog altijd, geregtvaardigde kritiek over de wijs, waarop die hervorming was aangedrongen, deed ik het zwijgen tot de *aanbevelenswaardigheid* van het doel, waarop men aanstuurde: het concentreren van den regtsbijstand ten civiele bij éénen advokaat-procureur. Daarentegen voerde ik het betoog dat men de proceskosten niet noemenswaardig zou verminderen, maar den druk slechts tusschen winner en verliezer *verdeelen*, zelfs indien de regterlijke magt de gewoonte aannam om het ten laste des verliezers komende bedrag *laag* te stellen. Het bijbetalen van wat in betamelijkheid den praktizijn des winners toekomt te willen keeren door tarieven en tuchtmiddelen, zou (betoogde ik verder) een onbegonnen werk zijn: dit zou slechts tot demoralisatie van de praktijk kunnen leiden, en het logisch gevolg van de Procureurswet behoorde te zijn *afschaffing* van den financieelen dwang.

Vrij duidelijk heb ik toen dus uitgesproken dat ik het nieuwe stelsel niet bewonderde; dat mijne verwachting van zijne werking niet optimistisch was; dat eindelijk de gedachte aan dwangmaatregelen dat pessimisme bij mij versterkte in plaats van verligtte. Niet gering alzoo was voor mij, na nog zes jaren onder de Procureurswet gepraktiseerd te hebben en de volgende tien hare werking te hebben gadegeslagen van den regterstoel, de verlokking om bij of na de totstandkoming der lex HARTOGH eens te vertellen, hoe ik over de toen behandelde onderwerpen ben gaan denken. Toch zou ik om meer dan eene reden zijn blijven zwijgen, indien niet een man van even groote humaniteit als gezag onbewimpeld zijne meening zelfs over de meest kiesche onderdeelen daarvan had blootgelegd. De oud-hoogleeraar VAN BONEVAL FAURE, in de eerste Kamer woordvoerder der tegenstanders van het wetsvoorstel HARTOGH, heeft onlangs zijne Adviezen daartegen uitgegeven onder toevoeging van hoogstbelangrijke aanteekeningen: o. a. over de werking der Procureurs-wet en den toestand der balie. Dat hij bij zijne beschouwingen over de hervorming van 1879 hare werking alles behalve gunstig beoordeelt heeft te meer beteekenis, omdat hij blijkens een stukje van 1879 („De dubbele regtsbijstand in België": N. Bijdr. 500—518) daaromtrent van gunstige verwachtingen was vervuld. Van nog meer gewigt acht ik hetgeen hij over den tegenwoordigen toestand der balie zegt, en dat ik meen aldus te kunnen resumeren. De toestand moet, althans te Amsterdam, meer en meer te wenschen overlaten: want als een roode draad loopt door het ontwerp Hartogh het streven om het gebruik van regtsmiddelen te belemmeren *wegens het misbruik*, hetwelk volgens den voorsteller daarvan wordt gemaakt, zulks blijkens hetgeen hij bepaaldelijk in zijne eigen omgeving verklaart

te hebben waargenomen. Is dit zoo, ook elders dan te Amsterdam, en blijkt de balie niet bij magte om aan deze verschijnselen van verval perk te stellen door gebruik van het haar nog altijd gelaten voorregt, om ten aanzien der uitoefening van haar beroep zichzelve te beregten, dan blijkt de advokatie niet meer te wezen het bij uitnemendheid *nobile* officium, welks traditiën als zoodanig door een eigen disciplinegerigt levendig worden gehouden. Dan is zij, naar hetgeen getuigen uit haar eigen midden aan het licht brengen, van een vrij en edel beroep geworden een beroep *als elk ander*, eene zaak ook al van negotie, une source de fortune comme le commerce et le labourage naar een woord van MONTESQUIEU; het recht van eigen jurisdictie, dat dan feitelijke vrijheid laat om het beroep uitoefenen zelfs op onedele wijze, is van dat oogenblik zonder reden van bestaan. Het moet dan, als ongemotiveerd voorregt, den advokaten worden ontnomen, en tevens hun ontnomen de bevoegdheid om zonder regeringsaanstelling zich te vestigen als procureurs: op deze in vertrouwen op de advokaten gemaakte wijziging zal men, in het belang der justitiabelen, dienen terug te komen en het procuraat weder te beperken tot een klein aantal vertrouwbare mannen.

Voor ieder, die het regt van zakelijke kritiek ook in de teerste onderwerpen van algemeen belang erkent, lijdt het geen twijfel dat dit woord van eenen man, in en buiten de wetenschappelijke wereld zóó hoog staande als Mr. FAURE, is ingegeven niet (zooals hij p. 77 ten overvloede getuigt) door de zucht om de balie te krenken, maar door de overtuiging dat bij de gevolgtrekkingen, die hij uit de geschiedenis der lex HARTOGH meent te moeten afleiden, groote belangen op het spel staan, ten aanzien van welke de regering, *voor zoover* zij iets vermag, niet lijdelijk mag blijven. Deze woorden tot

de mijne makend, stel ik allen schroom ter zijde om mijne beschouwingen van 1880 eveneens zonder terughouding voorttezetten. Ik doe dat, behalve om het algemeen belang bij de zaak, omdat ik maar gedeeltelijk het met onzen „Sénateur" eens ben. Niet dat ik, om dadelijk althans eenigzins dit laatste te omschrijven, zou kunnen tegenspreken dat de geschiedenis der lex HARTOGH reden geeft om aan te nemen dat, stellig te Amsterdam en alligt ook elders, de toestand der balie zich wijzigt in minder gunstigen zin; evenmin dat de Procureurswet (1) hier kwaad heeft gesticht. Door *doen* en *niet* doen heeft de wetswijziging SMIDT voor mij nog grooter zondenregister dan voor Mr. FAURE. Met dit punt wil ik mijn betoog beginnen: van zelf komen dan de punten aan de orde, op welke ik van den spreker verschil.

Over de waarde van het doel der Procureurswet kan men van oordeel verschillen, over dat *doel zelf* niet: zij heeft den regtsbijstand door twee personen willen afschaffen, zonder aan het beginsel der *verpligte vertegenwoordiging* voor de regterlijke collegiën te raken. Dat doel heeft zij trachten te verwezenlijken door (in groote trekken, en afgezien van overgangsbepalingen, als b.v. het toelaten van de bestaande niet-gegradueerde procureurs tot het pleiten) tot de vertegenwoordiging bevoegd te verklaren niet meer enkelen, met eene ambtelijke aanstelling bekleed door het staatsgezag, maar allen die zich bij de regterlijke magt van hunne woonplaats zouden legitimeren als in het bezit van de promotiebul, en dan eenen toelatingseed zouden afleggen. Al heeft de wet niet verboden dat men zich zou vestigen als advokaat of als procureur *alleen*, zij heeft toch haar doel door de

(1) Eene aanduiding, waaronder ik in dit stuk kortheidshalve de wet en het uit haar voortgevloeide besluit samenvat.

vereeniging van het procuraat met de advokatie nagestreefd.

Is met het uitgaan op voormeld doel het geven van een blijk van *vertrouwen* (zooals Mr. FAURE het voorstelt) aan de advokaten gepaard gegaan? Ofschoon niet waarschijnlijk, zou dit gepaard gaan bestaanbaar zijn geweest, hadde niet de wetgever van 1879 alles gedaan om deze humane uitlegging van zijne daad onmogelijk te maken. Ik meen in 1880 afdoende te hebben aangetoond dat de wording der wet het grootst mogelijk *wantrouwen* tegen advokaten en procureurs — allen „regtsbedienden" volgens wijlen Mr. OLDENHUIS GRATAMA — bij hare auteuren aan den dag heeft gebragt. Men hield de balie en état de suspicion *illégitime*.

Gaan wij verder. De beoogde vereeniging van de beide takken der „legal profession" is door de Procureurswet tot stand gekomen; maar wat haar auteuren *niet* hebben gedaan, is zich van de *gevolgen* dier vereeniging behoorlijk rekenschap te geven en de daardoor geboden maatregelen te nemen. Op zijn doel om den enkelvoudigen (1) regtsbijstand te verwezenlijken

---

(1) Met *enkelvoudigen* bedoel ik natuurlijk den door éénen persoon verschaften regtsbijstand. Want ik zie om die eenheid van persoon niet voorbij dat, overeenkomstig de in 1876 aan art. 406 Rv. gegeven lezing, *alleen in cassatie* de vertegenwoordiging van en de woordvoering voor litiganten ook *wettelijk* tot eenheid zijn gebragt. Doch al heeft de Procureurswet, met behulp van het tot personae quot qualitates, de onderscheiding tusschen procureurs en advokaat overigens in stand gehouden, is daarom de legale onderscheiding feitelijk voor eersten aanleg en appel geworden een vorm haast zonder inhoud? Zoo wilden, blijkens het V.V. over het voorstel HARTOGH, een aantal Kamerleden het doen voorkomen: de wettelijke opruiming zou, om zoo te zeggen, het werk zijn van niet veel meer dan afschaffing der afzonderlijke beëediging en tarifering. Dat de zaak (die in cassatie heel anders staat) minder eenvoudig is, werd echter reeds toen, met beroep op het in 1877 daarover voorgevallene, door den voorsteller in het licht gesteld en leverde hem eenen m. i. steekhoudenden grond om, ofschoon »velen het betreurden," de afschaffing van den legaal dubbelen regtsbijstand te laten *buiten* zijn voorstel van wetsherziening. (Men zie de verzameling BELINFANTE I, p. 31, 187 seq.). Wanneer men de zaak behandelt

en *per fas et nefas* de proceskosten te verminderen heeft de wetgever zich toen blind gestaard. Ten opzigte van het toen nagejaagde doel volsta ik met verwijzing naar mijn vorig opstel: bij de daardoor veroorzaakte *blindheid* dient thans te worden stilgestaan.

Voor de hand lag dat de Procureurswet het dengenen, die toen pas beginnende praktizijns waren of later zouden besluiten den weg der regtspraktijk op te gaan, vrijwel onmogelijk moest maken zich te vestigen als advokaat, *zonder* tevens te worden procureur. Dat dit moest uitloopen op vernietiging van den *wezenlijken* advokatenstand en dat deze vernietiging een feit van maatschappelijke beteekenis zou blijken te zijn, ziedaar hetgeen de wetgever van 1879 niet heeft bedacht of waaraan hij geene waarde gehecht.

Dat was een wetgeven *de coeur léger*. Kon men één oogenblik betwijfelen dat alleen advokaten, die bij de tot standkoming der wet reeds eene *goed gevestigde* praktijk hadden, naar mijne toenmalige uitdrukking het procureursjuk *niet* op hunne schouders zouden behoeven te laden? Wier er toen nog niet *muurvast* in zat, mogt niet wagen dat het publiek, vreezend *twee* praktizijns te zullen moeten betalen, zich van hem afwendde; of wel de zoodanige verdiende aan de advokatie alléén nog te weinig, om vrijwillig de belooning voor het zuivere procureurswerk af te staan aan eenen medewerker. Voor dengeen,

---

met den ernst, dien zij verdient, dan zal men, geloof ik, tot de overtuiging komen, dat alleen degeen, die afschaffing van de *verpligte* vertegenwoordiging aandurft, of die den staat ontslagen acht van *toezigt* op de vertegenwoordigers, welker ministerie hij aan de regtzoekenden oplegt, zich veroorloven kan om te zeggen: wanneer dezelfde *persoon* optreedt, welk onderscheid maakt het of die handelt ter *vertegenwoordiging* van eenen justitiabele, dan wel alleen het woord voor hem doet? De volgende bladzijden kunnen bijdragen tot het inzigt, dat hier meer dan een vorm in het spel is; ik zie tevens in dat het denkbeeld tot verbetering der toestanden, dat ik opper, onuitvoerlijk wordt, wanneer de »vele treurenden" hun zin krijgen.

die sedert trad in de praktijk, hadden (en hebben het steeds) die redenen dubbele klem. Advokaten *niet* procureurs zijn dus sedert niet ingeschreven (1); de vertegenwoordigers van dat soort zijn in de verloopen zestien jaren gestorven, in ruste gegaan of in anderen werkkring getreden; de enkele nog overgeblevenen zullen spoedig gelden als merkwaardige fossielen uit de praktijk der voorwereld. Maar advokaten-procureurs, die staan en behooren te staan onder de regterlijke tucht, vormen de wezenlijke orde van advokaten niet meer, omdat uit zijnen aard het advokaats-beroep even stellig een *vrij* als een *nobel* officium moet zijn. Op dit laatste kom ik straks terug: eerst moet ik mijne uitspraak regtvaardigen dat bij het procureurschap, zooals thans georganiseerd, de regterlijke tucht *behoort* en de huidige uitoefening der discipline nagaan.

De eisch van *regterlijke* discipline *thans* volgt m. i. uit de verpligte vertegenwoordiging bij de collegien. Zoolang de staat den burger slechts *door tusschenkomst van eenen procureur* (2) veroorlooft zijn regt te zoeken, is staatszorg, dat die vertegenwoordigers het *noodzakelijk* vertrouwen der burgerij verdienen, een onafwijsbare pligt. Die pligt werd vóór 1879 vervuld door het verleenen van eenen dubbelen waarborg: de staatsaanstelling in beperkten ge-

(1) Dat onlangs een lid der balie met aanzienlijke praktijk in zijne geboortestad, toen hij zich met het oog op eenen anderen werkkring elders ging vestigen, dat hier een Indische specialiteit in zijne nieuwe woonplaats zich alleen als advokaat hebben laten beëedigen, vormt eene op bijzondere omstandigheden berustende uitzondering die niet meetelt. Of zal iemand willen bewijzen, dat de Haagsche advokaten alleen voor den H. R. verkiezen te praktiseeren, uit het feit dat indertijd mijn leermeester LIPMAN zich alleen voor cassatie-praktijk beschikbaar stelde, toen hij uit Amsterdam kwam wonen in den Haag?

(2) Het *bepleiten* zijner zaak kan hij ja zelf doen; doch aan het pleiten [gesteld een regtzoekende is daartoe bekwaam] komt men eerst toe, als de zaak opgezet en volledig geinstrueerd is. In zoover is de burger zelfs voor de uitoefening van *dit* regt afhankelijk van het procuraat.

tale en het disciplinair toezigt van den regter. Den eersten waarborg heeft men afgeschaft zonder zich ernstig bezig te houden met de vraag, of men dit jegens de burgerij kon verantwoorden; en met nog grootere zorgeloosheid heeft men *feitelijk* ook den tweeden te niet gedaan, door ten aanzien van *dezelfde* personen *twee* disciplinaire jurisdictiën te laten voortbestaan. Zoowel in de eene als in de andere qualiteit is de advokaat-procureur bevoegd om te pleiten ten crimineele en ten civiele, schrifturen en brieven te schrijven, adviezen te geven. De soort, welke de tuchtroede noodig heeft, antwoordt den regter, die haar wegens „verzuimen, misslagen of inbreuken", in eenige van die werkzaamheden begaan, wil „beteugelen" krachtens art. 28 Regl.: „dat deed ik als *advo-*„*kaat* en alleen aan den Tuchtraad der Orde ben ik „daarvoor, ingevolge art. 11, verantwoording schuldig." Of is de deugniet, zooals meestal, slim en brutaal tegelijk, dan laat hij zich voor zijne kwade praktijken „tuchtigen" door den regter desnoods door ontzetting uit het procuraat (1), en blijft leukweg gevestigd als advokaat, door omkeering van de evenmelde exceptie gedekt voor iedere poging van den Raad der Orde, om hem voor het gebeurde aan het lijf te komen. Dat met eenige voorzigtigheid en behendigheid het lang kan duren, eer die Raad hem onschadelijk maken kan, weten magistratuur en balie beide — weet ook ik en van nabij, als voormalig lid van den Raad. Alleen voor zonden bij het eigenlijke *postuleren*, het voor den regter en bij de griffie verschijnen als procureur, stukken als zoodanig teekenen en dergelijke, heeft de regter stelligen vat op hem: maar hoe zelden is het bij *die* handelingen, dat de vuile praktijken bedreven worden? De ontzetting, die hem deze

(1) B. v. ingeval van een beloopen desave volgens art. 271 lid 2 Regtsv.

bemoeiingen onmogelijk maakt, deert hem dan ook weinig. Te minder, indien hij iemand vindt van gelijk gehalte, die de ontzetting tot nog toe ontliep, met wien hij zich over de vertegenwoordiging zijner lieve cliënten bij den regter verstaat. Nu bij de grootere balien die vertegenwoordiging proprio Marte door 50, 100 of 150 personen wordt uitgeoefend, is zijne kans daarop grooter, dan toen te Amsterdam twaalf en hier vijf procureurs krachtens aanstelling praktiseerden: a fortiori indien (waarover aanstonds) achteruitgang in het zedelijk gehalte der balie na de Procureurswet is waar te nemen. Dan kan het lang duren eer zoodanig heerschap beland is bij het begin van het einde, zooals ik dat voor meer dan eene kwart eeuw heb bijgewoond: dat alle procureurs aan denzulke hun ministerie weigerden en de client aan den president toevoeging moest gaan vragen van eenen hunner, die dan ook zijne handen wiesch van het vuile proces, door de stukken niet anders te teekenen dan *pro stylo*. (1) Alzoo: de dubbele disciplinaire regtsmagt over *dezelfde* personen, in hoofdzaak *hetzelfde* verrigtende, welke de Procureurswet heeft bestendigd, moet leiden tot verlamming van die regtsmagt: dat lag in de logica van zulk een dualisme, maar de wetgever heeft er zich niet over bekommerd, en feitelijk *is* het aldus uitgekomen. Immers heeft in 1890 de Raad van toezigt te Amsterdam in een adres de aandacht van den Minister van justitie gevestigd op daar voorgekomen gevallen dat de geschorste advokaat voortpraktiseerde als procureur, en in den Haag heeft Lafontaines fabel van de vleermuis met haar „je „suis oiseau, voyez mes ailes; je suis souris, vivent les rats" hare gelijksoortige illustratie gevonden.

---

(1) Lang duurde het zelfs toen, maar eindelijk gelukte het toch aan de balie zich te ontslaan van dat sieraad; enkele jaren later pleegde Z.W.E.Gestr. zelfmoord in de preventieve hechtenis.

En nu de gevolgtrekkingen, afteleiden uit de lex HARTOGH. Geen valsche schijn dat in den oud-advokaat, geroepen op den hoogsten regterstoel, la morgue du magistrat de plaats vervult van het vroegere hart voor de balie, mag mij de bekentenis doen terughouden dat ik geen kans zie de geschiedenis van dat wetsvoorstel anders te construeeren dan Mr. FAURE gedaan heeft. Als daarbij eene nieuwe regeling gemaakt is omtrent de mededeeling van stukken, omtrent de voorloopige tenuitvoerlegging van vonnissen, omtrent het appel van incidenteele uitspraken, omtrent het verhoor op vraagpunten — als bij het nieuwe art. 141 Rv. zelfs het paardenmiddel is voorgeschreven dat (op éene uitzondering na) de gedaagde al zijne verweermiddelen tegelijk moet voordragen, op straf van verval der niet voorgedragen exceptien en van het regt om ten principale te antwoorden zoo hij bij zijn antwoord alleen heeft geexcipieerd — dan is dit op voorstel van een lid der balie zelve, dat vele jaren in de praktijk heeft doorgebragt, geschied omdat naar des voorstellers waarneming van de bevoegdheid om anders te procederen *misbruik* werd gemaakt. Misbruik niet bij uitzondering, door een enkel persoon die daarom eene soort van boycot onder bijna alle confrères had te dragen, maar misbruik van zekeren omvang door een niet onaanzienlijk deel der praktizijns: want voor een *sporadisch* verschijnsel van dien aard stelt een man als HARTOGH, onder steun van eenen PIJNAPPEL (1), zóó radicale veranderingen niet voor. Misbruik niet alleen te Amsterdam, maar ook elders: want de voorsteller verklaart uit alle deelen van het land adviezen te hebben gevraagd; ook is hij de persoon niet om eene voor het gansche land geldende voorziening te verlangen, ingeval hij meent dat

(1) Als jarenlang deken der Amst. orde bovendien meer van nabij dan wie ook met de toestanden vertrouwd.

het te keeren euvel alleen in zijne woonplaats tiert. Tiert het op alle plaatsen, waar eene balie van eenige beteekenis is gevestigd? en is in elk geval Amsterdam niet de plaats waar het onkruid den weligsten wasdom heeft? Dit laatste is niet onwaarschijnlijk, omdat daar allerlei den wasdom het meest begunstigt. De gemeente van bijna een half millioen inwoners, stad van eenen aanzienlijken handel, middelpunt van het Nederlandsche kapitaal, zetelplaaats van belangrijke nijverheids-ondernemingen, is uitterraard het veld van de grootste regtspraktijk; tevens brengt de aangestipte toestand mede dat nergens de personen met weinig scrupules, de insoliede handelaars en industrieelen, de financieele tripoteurs met meer gevolg en minder opvallendheid streken kunnen uithalen. Eveneens zij, die in de regtspraktijk eer naar het *hoeveel* dan naar het *hoe* verdienen vragen, hetzij omdat hun geweten rekbaar is, hetzij omdat de strijd om het bestaan hen dringt tot minder kieskeurigheid dan zijzelf wel zouden wenschen (1). Bij dit laatste schijnt in aanmerking te mogen komen de duurte van het eenigzins voegzaam leven te Amsterdam en het bestaan, juist in de stad die ruim een tiende van Nederlands bevolking bevat, van de gelegenheid tot studeren; menigeen komt dus daar de toch reeds talrijke balie vermeerderen, wiens ouders *eventjes* de kosten eener langere voorbereiding tot maatschappelijke zelfstandigheid hebben kunnen dragen, maar

(1) M. i. dreigt het voorschrift, om alle weren *te zamen* in te brengen, dien strijd zelfs te verscherpen. Want het zich rekenschap geven van *elk* exceptief of principaal verdedigingsmiddel op het inzien alléén — en tevens dadelijk — van eene dagvaarding eischt een zóó geoefend oog, dat verweerders, die hun belang inzien, wel iedereen van de jongere advokaten zullen voorbijgaan. Dit klemt te meer, omdat voor slimmerts in de praktijk dit voorschrift eene premie op loosheid is: op het inkleeden van de dagvaarding zóó, dat alles overeenkomstig art. 5 no. 3 Rv. er in zit, maar de nieuweling het opstel niet in al zijne fijnheden doorziet.

die aanstonds *per fas et nefas* den strijd om het bestaan in de dure hoofdstad voeren moet. Reeds daarom heeft het mij niet al te zeer verwonderd dat in de laatste jaren juist te Amsterdam jongeren, zelfs al stonden zij er niet voor de keus van hongerlijden of meêdoen, de balie verlieten omdat zij zich stootten aan de aldaar veldwinnende manier van praktiseren, en dat ze mij als reden opgaven: „aan de moreel hoog staande kantoren is voor mij geene plaats, en op mijzelven kom ik binnen redelijken tijd niet vooruit, zonder meê te knoeijen"; minstens driemaal in de laatste jaren gebeurde dat. En waarlijk niet alleen uit Amsterdam kwamen tot mij, omdat ik uitteraard nog wel eenige voeling met de balie heb, soortgelijke klagten, die staven dat, naar de uitdrukking van Mr. Faure, (of diens zegsman: p. 82) de advokatie op den weg is om een beroep te worden gelijk ieder ander. Wat dit beduidt laat zich het best voelbaar maken aan een paar staaltjes, het een meer van vorm het ander van diepere maatschappelijke beteekenis, uit hetgeen mij, als tegenwoordig niet zeldzaam in de praktijk, van hier en daar ter ooren kwam. Wanneer een advokaat niet alleen streeft naar persoonlijke bekendheid in allerlei kring, maar onder die bekenden zich ook gaat *recommanderen* voor de praktijk — doet hij dan niet ongeveer als de handelaar in dit of dat, die reist en doet reizen op de klandisie? Wanneer de om een advies verzochte advokaat den client aan de praat buiten het onderwerp van zijn bezoek brengt, en dan, vernemend dat de belending van 's mans huis wel aanleiding zou geven tot de eene of andere burenactie, hem *beleest* dat hij zich dit niet langer late aanleunen, maar sommere om den toestand binnen de perken van het eigendoms-, servituuts- en burenregt terug te brengen — wat doet hij anders dan de commissionair in effecten, die bij gelegenheid van 't verzilveren

van eenige coupons zijnen bezoeker opwekt om „iets aan de beurs te proberen"? Doch van ouden datum was het juist de eer der balie, de praktijk *niet* uit te oefenen gelijk elk ander beroep. Het praktiseren in den aangeduiden trant werd verboden geacht door ongeschreven wetten, welker overtreding op de minachting van bijna alle confrères en, als het te zeer in de kijkers liep, op eene verschijning voor den Tuchtraad te staan kwam. Dat *ongeschreven* wetboek is de adelbrief van het jureconsultorum officium; het vormt den dam tegen oneervolle praktijk; alleen zijne voortdurende geldigheid ontneemt aan de eigen regtsmagt der balie het karakter van bevoorregting in strijd met 's lands instellingen. En nu mogen zéér velen, gewis ook te Amsterdam, die overgeleverde wet in eere houden, en moge uit menige plaats mij getuigd zijn dat men daar nog geen of weinig last heeft van haar verval: ik acht het desniettemin niet ligtvaardig de overtuiging uit te spreken, dat een langzaam verval dier goede traditie na 1879 bestaat en dat deze kwijning zou worden bevestigd uit de meeste plaatsen, waar de balie eenigzins talrijk is, indien een eerbiedwaardige schroom de sommiteiten dier balie niet weerhield om, door het erkennen van pijnlijke toestanden, het prestige van hun eigen stand te verzwakken.

Voor dezen onbevredigenden toestand zal ik gewis niet alleen de Procureurswet aansprakelijk stellen: zoo even doelde ik zelf op andere werkingen in die rigting. Doch reeds de opheffing van het afzonderlijk procuraat moest krachtig in die rigting werken: immers de mogelijkheid van kwade praktijken is veel grooter, wanneer men geen compère daarbij noodig heeft, dan toen de medewerking van een tweeden persoon (daarbij gebreideld door staatstoezigt en eene voor intrekking vatbare aanstelling) er onmisbaar voor was. En tegelijk dat de Procureurswet de deur zooveel verder openzette voor knoeipraktijk, ver-

lamde zij het toezigt; op het oogenblik, waarop eene krachtige dicipline *meer dan ooit* noodig was, ontnam zij den daarmeê belasten de magt om haar te handhaven! (1) Heeft men zich dan te verwonderen dat die toenemende gemakkelijkheid om de advokatie uit te oefenen „gelijk ieder ander beroep", met terzijdestelling van de aloude traditie, steeds meerderen verleid heeft tot hare terzijdestelling, tot eene praktijk waarbij de nobiliteit van het officium achterstaat bij de productiviteit? Is het wonder dat, naarmate het aantal derzulken toeneemt, al dadelijk bij henzelven de innerlijke onbevredigdheid met zulk praktiseren verzwakt, en tevens de aanstoot er van naar buiten? dat ook het publiek gaandeweg zich minder geneert om tot dezulken te gaan en om in het algemeen van leden der balie eene soort bijstand te verlangen, vroeger alleen te bekomen bij enkelen, wier patrocinie alleen werd ingeroepen door den client die niet veel gaf om het oordeel over zijnen persoon en over zijne zaak? En naarmate langzamerhand de naleving van het ongeschreven wetboek aan het vervallen geraakt, wordt tegen gaan van dat verval bezwaarlijker: eene handhaving der tucht, als voor zestien jaren doenlijk was geweest, door wie ook, schijnt mij thans boven de magt van hen die het vurigst zouden verlangen dat flinkweg te doen. Evenmin als examinatoren, al willen zij nog zoo gaarne het peil van onderzoek hoog houden, dit op den duur

---

(1) Aan het slot van Mr. FAURE'S straks aangehaald opstel kan men vinden dat, eer de Belgische regering haar verworpen wetsontwerp indiende, zij te Genève berigt omtrent de werking der afschaffing van het procuraat had gevraagd, en dat het antwoord der kantonnale regering wel een lofzang op ce progrès démocratique was geweest, *doch onder de bijvoeging*, dat tot de gunstige uitkomst noodig was, behalve een esprit de solidarité d'honneur bij de balie, «un véritable Conseil de l'ordre, *suffi-*«*samment armé* pour prévenir et réprimer au besoin les abus qui pour-«raient se produire.» Voor ons wetgevend beleid van 1879 sapienti sat.

kunnen doen, wanneer het aantal examinandi van minder gehalte steeds toeneemt, evenmin kunnen tuchtmeesters regels, welker inachtneming de balie van olim als hare eer beschouwde, doen eerbiedigen, wanneer een voortdurend grooter aantal leden zich emancipeert van de aloude naleving. Quid leges sine moribus is altijd waar: dubbel echter ten aanzien van de magt eener ongeschreven wet.

Zoo heeft de Procureurswet groote schuld aan de *interne* ondermijning der balie.

Daarmede gaat gepaard dat die wet aan haar *uiterlijk* bestaan, als *Orde van advokaten*, de reden en regtvaardiging is komen ontnemen.

Ten eerste omdat het bestaan *als zoodanig*, naar buiten tredend door een bestuur met eigen regtsmagt, reden en regtvaardiging alleen vindt in de voortdurende geldigheid en handhaving van het ongeschreven stel regels der eervolle praktijk; van het oogenblik dat deze in verval geraken, en ook door middel van tuchtdwang niet meer gehandhaafd worden of te handhaven zijn, wordt de „Orde" een vorm zonder inhoud en de eigen regtsmagt een ongewettigd privilegie. „Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage" geldt ook hier. Ten tweede: waar blijft die reden en regtvaardiging, als de werking der Procureurswet het bestaan eener balie van *wezenlijke* advokaten onmogelijk maakt? Van het oogenblik waarop men mij moet toegeven, dat de wet Smidt dengeen, die tot de praktijk komt, feitelijk noodzaakt om ook *procureur* te worden, laat zich niet meer betwisten, dat zij aan de advokaten slechts den overgeleverden naam heeft gelaten, maar hen, al krijgen zij geene aanstelling van de regering, in waarheid tot Rechtsanwälte naar Duitschen trant heeft gemaakt. En ziehier het op blz. 139 toegezegde bewijs voor die uitspraak. Moet toegestemd worden dat de verpligte vertegenwoordiging den Staat tot waken naar vermogen voor

de betrouwbaarheid der vertegenwoordigers verpligt, dat eene keuze tusschen de nu elkander verlammende organen van die zorg onvermijdelijk is geworden, dat reeds a priori hier regtstreeksche staatszorg geboden schijnt en dat hier de keus te eer op den regter moest vallen, omdat de toestand der balie den waarborg voor tucht door haar eigen organen vermindert, dan is aan het stellen der balie onder de discipline des regters geen ontkomen meer. Maar dan evenmin aan de grief tegen de wet, dat zij de *wezenlijke* balie heeft vermoord. Want uit haren aard is de advokatie een *vrij* beroep, waarvan de uitoefening niet ondergeschikt kan worden gemaakt aan de discipline van welk orgaan ook der staatsmagt. De regter moge nog zoo onafhankelijk zijn van de regering en hij moge nog zoo weinig geneigd zijn om misbruik te maken van zijne bevoegdheid, het neemt niet weg dat in zijnen persoon de Staat de *gansche* beroepsoefening van den advokaat stelt onder eene contrôle, die reikt tot *ontzetting*: nog wel wegens „misslagen, verzuimen en inbreuken", waarvan de elementen als beroepsmisdrijf *nergens* zijn omschreven. Zulk eene magt komt den Nederlandschen staat over *geen enkel* ander beroep toe, en onder die onbegrensde magt zullen de mannen gesteld wezen, die envers et contre tous moeten wezen de dragers van het vrije woord, de chevaliers sans peur van hoog of laag dat verdediging behoeft! Passend bij den vertegenwoordigings*dwang* zij een zoover reikend toezigt op den *vertegenwoordiger*, ten zeerste *in strijd* met zijne roeping is dat bij den advokaat.

Wat volgt uit dat alles?

Voor mij, dat de procureurswet eene grootendeels *onherstelbaare* schade heeft aangerigt.

De *wezenlijke* balie heeft zij ten doode gedoemd, door

de afzonderlijke uitoefening der advokatie feitelijk onmogelijk te maken.

De traditien van het *nobile* officium heeft zij, bijna onherstelbaar vrees ik, ondermijnd.

De *regterlijke* tucht als éénig toezicht op de mannen der praktijk heeft zij onvermijdelijk doen worden.

De *Orde* van advokaten heeft zij gemaakt tot illustratie van den beroemden versregel „denn eben, wo Begriffe „fehlen, da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein".

Voor zoover mijne uitspraak, dat zij bijna *onherstelbaar* al dit kwaad brouwde, nog niet door het vorenstaande gestaafd is, hoop ik het aantetoonen bij de bespreking van de remedie, die Mr. Faure mogelijk schijnt te achten: terugkomen op den maatregel van 1879. M. i. is dat even onmogelijk als ondoeltreffend.

Eene van hare doeleinden, zoo niet hare hoofdbedoeling, heeft de Procureurswet ontegenzeggelijk bereikt: zij heeft de proceskosten ten laste der verliezende partij aanzienlijk verminderd. Al heeft zij, gelijk ik in 1880 oordeelde en blijf oordeelen, de proceskosten *in het algemeen* niet zoo belangrijk doen dalen, maar veeleer den druk daarvan voor een deel op den winner overgebracht, hetzij regtstreeks hetzij door de magistratuur te dwingen tot onredelijke detaxatie van des succumbents aandeel, is het desniettemin een feit, dat de vrees om een proces te verliezen véél minder dan vroeger wordt verzwaard door de vrees om *hooge* praktizijns-rekeningen over een of meer instantien verschuldigd te worden. Zelfs al leefden we niet in eenen tijd van „bescherming der economisch zwakken", acht ik in menig tiental jaren onbereikbaar, dat men dit resultaat zou willen prijsgeven, en zulks nog wel door herstel van den over twee personen verdeelden regtsbijstand. Want door het overleg tusschen

de beide praktizijns, hetwelk dan onmisbaar is, bevat dit stelsel een element van *noodzakelijken* en dus belooning eischenden arbeid *meer*. Zorgvuldig sedert 1880 de teekenen des tijds gadeslaande, heb ik niets anders kunnen waarnemen dan dat men zich veel liever de feitelijke verdeeling der proceskosten getroost, dan zich schikken zou naar herstel van het voorschrift (slot van 21 Rv. *oud*), dat voor de hoven en den hoogen raad het bepleiten der zaak aan eenen (afzonderlijken) advokaat *moet* worden opgedragen. Eer verdwijnt, na den afzonderlijken advokaat, m i. zelfs de heele verpligte vertegenwoordiging uit de wet, dan dat het daartoe bezigen van een klein aantal aangestelde procureurs weder wordt voorgeschreven. De regel dat repristinatie, gelijk de theologen den arbeid aan herstel van voorbijgegane toestanden gaarne noemen, een arbeid is zonder uitzigt, geldt ook hier.

Behalve onmogelijk, noemde ik het *ondoeltreffend*, op den maatregel van 1879 te willen terugkomen. Want eveneens ontbreekt m. i. alle uitzigt, dat door herstel van het procuraat op den ouden voet de advokatie zou worden teruggebragt in de banen, die zij bezig schijnt te verlaten. Hoe stelt Mr. Faure zich dergelijke werking voor? Ik meen, naar hetgeen ik blz. 81 bij hem lees, in diervoege dat die afzonderlijke procureurs dan weder aan de advokaten de traditie van het *nobile* officium zouden kunnen voorhouden. Doch waren vóor 1879 niet de advokaten zelf, maar de procureurs — waren, in plaats van de leden der vrije balie, de van staatswege aangestelde *officiers ministériels* de bewaarders van het ongeschreven wetboek der Orde? Een voor die Orde weinig vleiende (natuurlijk niet *aldus* bedoelde) premis, welke mij in Faure's gedachtengang onvermijdelijk voorkomt: maar tevens *beslist* onjuist. Al weet ik misschien beter dan iemand anders, dat ook bij de oude procureurs dat wet-

boek bekend en in eere was, omdat mijn grootvader en vader mij praktikaal daarin hebben opgevoed, toch is het in de eerste plaats de adat der *Orde van Advokaten*, door *hare* praktijk en *hare* tucht gehandhaafd, geweest. Vervolgens: van waar dan dat nieuwe stel afzonderlijke procureurs, wier gezag de eervolle traditie zal doen herleven, gerecruteerd? Niet kersversch van de Akademie, waar noch de praktijk noch de traditie geleerd kan worden. Niet uit de oudgedienden, die haar bleven eeren: want die willen eene goede positie (zonder welke zij al lang een heenkomen hadden gezocht) als advokaat *en* procureur niet verruilen voor het procuraat alleen. Dus uit de jongeren die, voor zoover de klagt over hunne tijdgenooten hen niet treft, over tijdgenooten geen overwigt hebben, toereikend voor het beoogde censorschap. En wat nog meer zegt: hoeveel zou het moreel gezag van eenige zelfs ideale procureurs vermogen op spoorbijstere advokaten? Natuurlijk niets ten aanzien van de werkzaamheden *buiten* proces, waarin geen procureur noodig is. Op het gebied der processen misschien een enkele maal *iets*, om eene onordentelijke actie of eene vuile tegenspraak tegen eene ordentelijke te voorkomen; doch men heeft maar de verdediging der lex Hartogh te raadplegen, om te ontwaren dat, tot keering van hetgeen de voorsteller heeft willen tegengaan in de instructie van het proces, de afzonderlijke procureur héél weinig vermag. En ten aanzien van al hetgeen ligt buiten den inhoud der dingtalen mist deze uitteraard *allen* invloed op het doen of laten van zijnen advokaat. Stel (want sprekender dan elk betoog is hier een greep uit de tegenwoordige klagten) die advokaat heeft de tegenpartij, achter haren raadsman om, belezen tot eene schikking. Wat zal de procureur doen tegen deze overtreding, van ouds en met volle regt aangemerkt

als *hoogst* onfatsoenlijk, *zelfs* al vermoedde de overtreder dat de tegenpartij ten kwade werd geraden: eensdeels omdat deze handelwijs de deur openzet voor vergaauwing der wederpartij, anderdeels omdat geen advokaat het regt heeft zich te dringen tusschen eene wederpartij en haren gekozen raadsman, ook al ware de keus verkeerd. Zal de procureur als een boetprediker den breker der traditie de wet en zijne zonde „voorhouden"? Op zijn mooist krijgt hij dan ten antwoord, dat de goede bedoeling die overtreding haast uitwischt; waarschijnlijk echter, om het verval van den regel (en daardoor welligt te goeder trouw), dat de advokaat haar niet kent en dus niet erkent; misschien zelfs dat de procureur zich bemoeit met hetgeen hem niet aangaat — en daar staat hij! Al wilde hij bij wijze van protest zich onttrekken aan de zaak, wat baat het? Ondoeltreffend is dan het voorstel Faure, zelfs al ware het niet onuitvoerlijk. Door wetten en regeringsdaden, die den bodem daarvan onderwoelen, kan men gewoonteregt — en wat is de traditie van het *nobile* officium anders? — wel ten val brengen: doch langs denzelfden weg laat de afstervende gewoonte zich niet ad nutum herstellen; misschien nooit, althans niet dan na heel wat jaren, is de bodem, dien men bedierf, weder in staat tot voortbrenging van datgeen, hetwelk door onttrekking van het daartoe noodige den wasdom niet meer vinden kon.

En nu de conclusie van dit alles.

Die gaande trekken houd ik tot uitgangspunt, dat eene (voor mij ook niet begeerlijke) verandering in de *verpligte* vertegenwoordiging van partijen voor den collegialen regter stellig niet in uitzigt is.

Terugkomen op de Procureurswet in den zin, dat de *Staat* weder procureurs in *beperkten* getale tot de vertegenwoordiging der regtzoekenden roepe, acht ik ondoenlijk. Die vertegenwoordiging zal wel moeten blijven wat

de Procureurswet van haar gemaakt heeft; het regt van ieder, die aan de daarvoor gestelde of te stellen eischen van bekwaamheid voldoet. Het vereischte van toelating tot procureur door den regter komt in dat stelsel vrijwel nader op den wettelijken eisch aan den medicus, die wil gaan praktiseren, dat hij het bewijs zijner bevoegdheid onderwerpe aan Staatscontrôle (visum van den geneeskundigen inspecteur): want den beroepseed, dien de aanstaande praktizijn in handen van den regter aflegt, heeft de arts al bij zijn staatsexamen gedaan. Men heeft de organisatie, waarin bestonden *advokaten*, vereenigd in eene *Orde* met eigen regtsmagt, onder een door deze gekozen bestuur, metterdaad vervangen door het stelsel van Rechtsanwälte, half op zijn Duitsch, en moet zich thans de noodzakelijke schaduwzijde daarvan getroosten.

Wat men kan en zoo spoedig mogelijk moet opheffen, zijn de *niet* noodzakelijke gebreken van dat stelsel: de verlammende tweeslachtigheid van het toezigt en (waarover beneden) de dwaasheden van het tarief. Dat, met onttrekking daarvan aan Tuchtraden, dit toezigt geheel wordt gelegd in handen van den *regter*, strookt met den feitelijken en juridieken toestand, geschapen aan het personeel der regtspraktijk.

Een stage dan? In zijn adres van 1890 (W. 5920) verklaarde de Amsterdamsche Tuchtraad, zoekend naar middelen om de gevolgen der onervarenheid van den pas gepromoveerde in de praktische procesvoering af te wenden, daarin geen heil te zien. Ik evenmin, deels op andere gronden. Gelijk men notariaats-scholen heeft zien ontstaan, zou waarschijnlijk — bij het overgroot aantal van praktijk zoekenden zelfs in kleinere plaatsen, en bijna stellig in de groote middelpunten van verkeer — zich spoedig voordoen, dat onder de praktizijns met volle bevoegdheid zich directeurs van stage-cursussen vestigden.

Of aan het kantoor van zulk eenen „stagiaires-kweeker" veel of weinig aan zaken omging, welk onderscheid regtens zou dat kunnen maken voor de toelating van dengeen, die den voorgeschreven tijd aan het kantoor van den ouderen confrère verbonden was geweest? Zelfs zou ik vreezen dat het voorschrijven van een stage, nevens en door het doen ontstaan van dit nieuwe beroep, den noodlottigen invloed der Procureurswet zou kunnen versterken. Want als een nieuw middel om geld te verdienen zou dat beroep juist voor de minder goede elementen der balie aanlokkelijk kunnen worden, en omgekeerd zou de stage-school van zulk eenen directeur de minder goede elementen der jongste balie tot zich kunnen trekken. Te eer, omdat alligt zóódanig centrum tot gelegenheid wierd om het (boven besproken) bezwaar te ontgaan, van na de promotie nog geld te kosten in plaats van te verdienen. Leerzaam is hier de ervaring bij het notariaat, over welks verval óók klagten worden vernomen. Wie in de geschiedenis daarvan geen vreemdeling is, weet kantoren te noemen, waar klerken en candidaten werden [of worden] gedresseerd tot speurhonden op praktijk en een tantième kregen van hetgeen zij aanbragten; waar men op de qualiteit noch van het speurend personeel noch van het opgedreven wild kieskeurig was; waar de opbrengst van het tantième van dien aard was, dat een candidaat zich troosten kon over de kans bij dergelijke herkomst, om lang op eene aanstelling te wachten. *Geen* remedie, indien al niet een remedie tot verergering, lijkt mij het stage.

Het Amsterdamsche adres stelt een examen voor „in „de toepassing van het Wetboek van B. Rvord. en in „de wetgeving op het zegel en de registratie". Een soort van procureurs-examen dus, maar aftenemen aan *allen* die de praktijk willen uitoefenen. Dit laatste acht ik, met

adressanten, onvermijdelijk om aan het voorstel kans van slagen te verschaffen, tegen de grief dat het anders tot herstel van den tusschen twee personen verdeelden regtsbijstand (zij het berustend niet op ambtelijke aanstelling, maar op voldoening aan eenen standaard van geschiktheid) wil voeren. Bij nadere overweging week ook mijn aanvankelijke twijfel, of eene eenigzins bevredigende organisatie van zulk eene toetsing voor de praktijk mogelijk zou zijn. Maar uitteraard kan door de invoering niet veel verkregen worden: niets meer dan uitsluiting der geheel onbedrevenen van het experimenteren op den regtzoekende. Tegen den ontadelenden invloed (men vergeve mij het woord) der Procureurswet op de balie vermag de maatregel niets hoegenaamd.

Indien men daarentegen, onder den indruk van al het sedert 1879 aangerigte kwaad, wil trachten eene werkelijke *Balie* terug te bekomen, dan is dat m. i. maar te beproeven langs éénen weg. Ik spreek van *beproeven*, omdat ik mij aan het woord *slagen* niet waag, nadat de Procureurswet het zoo bezwaarlijk te herstellen *gewoonte*, regt van het nobile officium heeft ondermijnd. Dan voere men het door den Amsterdamschen Tuchtraad aanbevolen examen in, *beperkt tot hen die de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van partijen verlangen* en stelle de aldus tot het procuraat gequalificeerden onder de *uitsluitende* discipline van den regter; men behoude eenen bestuursraad voor hen, die willen praktiseren *zonder* dat regt, en stelle dezulken — alleen, doch óók geheel: misschien echter met aan hen verleend beroep op een regtscollegie — onder de disciplinaire regtsmagt van dien Raad. Tevens breke men met eene andere halfheid van de Procureurswet. Die wet was er op aangelegd om (zooals ik in 1880 ontvouwd heb) werk, dat verrigt *moest* worden, niet te doen betalen door de verliezende partij, ofschoon

deze naar de letter ook der gewijzigde artt. 56 en 57 Rvord. moet worden veroordeeld in *alle* noodzakelijke kosten; tevens wilde men de regterlijke magt dringen (en daarin is men vrij wel geslaagd) naar evenredig *lage* taxatie van die kosten. Dat *kon* slechts nederkomen en *is* dan ook nedergekomen op betaling van eene bijdeclaratie wegens het anders niet gehonoreerde werk door den triumphant, voor wien als client dat werk verrigt was. (1). Met andere woorden leven we feitelijk, maar *half en scheef*, weder onder het in 1838 verlaten stelsel van verdeeling der proceskosten tusschen winner en verliezer. Dat stelsel, Fransch van oorsprong, worde officieel en *in de zuiverheid van het model* hersteld: de verliezer betale slechts de kosten van *vertegenwoordiging* des eischers, omdat van strikt wettelijk oogpunt alleen *die* kosten noodzakelijk zijn. Alreeds dadelijk vallen dan de kosten der pleidooi met hare voorbereiding terug op den winner. Daar de gepromoveerde, desnoods nog geëxamineerde, maar zonder getalsbeperking toegelaten vertegenwoordiger is en blijven zal een *jurist* — terwijl in Frankrijk de door aankoop en staatsaanstelling aan zijn office ministériel gekomen avoué dat in den regel niet is — zal een verder onderscheiden van door hem verleenden *regts-* en *vorm*bijstand voor de betaling (2)

(1) Zelfs de Rekenkamer (die alleen bij regtskundige gegrondheid, niet op overwegingen van billijkheid eene vordering mag verevenen) laat dergelijke declaratie toe.

(2) Eene onderscheiding, in de geldende tarieven nog (quasi) in stand gehouden, door de bepaling dat voor een advies als advokaat *f* 1.80, doch voor *hetzelfde* advies door *denzelfde* persoon gegeven als procureur maar *f* 1 gerekend mag worden. Alsof hem de raad gevraagd werd met het oog op de eene of de andere qualificatie en niet alleen uithoofde van zijne regtskennis! Toch gebeurt in de praktijk, dat op het oogenblik van betalen de client, aan wien *f* 1.89 gevraagd wordt, ten antwoord geeft dat hij aanspraak maakt op het procureurstarief. Die onzin behoort in *elk* geval te verdwijnen: naar mijn aanstonds te motiveren oordeel door den radicalen maatregel der afschaffing van de gansche tarifering.

ondoenlijk zijn, tenzij naast den vertegenwoordiger optreedt een advokaat, wiens honorarium natuurlijk *altoos* ten laste komt van zijn eigen client. Dit economisch bezwaar voor regtzoekenden maakt waarschijnlijk, dat onder hen, die hun toekomst in de praktijk zoeken, de aandrang grooter zal zijn naar het advokaat-procureurschap dan naar de advokatie, ook al is deze vrij van het praktische examen. Desniettemin is mogelijk dat zich langzamerhand weêr een echte *balie* vormt: o. a. uit hen die geen lust hebben in nogmaals examen doen, in vormwerk, in het houden van een kantoor met klerken voor schrijfwerk en boodschappen aan de griffie of het registratiekantoor, en die materieel onafhankelijk genoeg zijn om de betere kans op verdiensten achter te stellen bij hun neigingen. Door associatie met iemand, die den weg van het procuraat verkiest, kan het economisch bezwaar voor jongeren om zich tot de advokatie te bepalen, óók verminderd worden. Of ziet men niet reeds thans meermalen jongere praktizijns van *gelijke* bevoegdheid geassocieerd? waarom zou de associatie niet tot grondslag kunnen hebben het pleiten en verder werk der vrije balie door den niet geëxamineerde en het bezorgen van het vertegenwoordigers-werk door den ander? Op dezelfde wijs zou een aanvankelijk advokaat-procureur, die flink in de praktijk is gekomen, zich later als het ware kunnen dedoubleren door bij zich te nemen eenen jongeren procureur, zelf over te gaan tot het advokaten-beroep en van het gezamenlijk kantoor alleen het werk van dàt beroep aan zich te houden: aldus, ten loon voor de inspanning van de aanvangsjaren, zich in de tweede helft van zijn leven bepalende tot het aangenaamste gedeelte der praktijk. Herstelde zich op die wijs eene wezenlijke *balie*, al is het in minder grooten getale, dan zou dit m. i. heugelijk verschijnsel ook wel kunnen leiden tot wederopleving

der traditie van het *nobile* officium; de mindere getalsterkte zou alligt aan die wederopleving ten goede komen; de kleinere kring, vooral indien hij uit voormeld dedoublement aanwies, zou misschien worden tot eene praktikale aristocratie door vrije teeltkeus; en naarmate dit gezond aristocratische karakter van *primi* inter pares zich sterker teekende, zou omgekeerd het streven binnen dien kring toenemen om zoo aristocratisch mogelijk in de praktijk te zijn: d. w. z. om in de aanneming van clienten en de wijs van waarneming hunner belangen steeds méér kieskeurig te wezen. De terugwerking dier wederopleving van ongeschreven wetten op het procuraat zou niet uitblijven, en zoodoende hadde men de beroepsoefening *niet* als elk ander beroep op nieuw in bloei.

Zijn dit nu idealistische beschouwingen, onvatbaar voor verwezenlijking? Ik heb zelf vooropgesteld, dat ik niet van slagen durfde spreken, alleen van beproeven; maar zonder de wijsheid voor mij alleen in pacht te willen nemen waag ik mij wel aan de uitspraak, dat pogingen in andere rigting weinig kans van slagen beloven.

In elk geval heeft mijne poging, welke bejegening en gevolg zij overigens hebbe, eene kans en aanbeveling hierin, dat zij niets van het tegenwoordig bestaande afbreekt; ja opbouwt, door met haar kleine wijziging van het geschreven regt te legaliseren wat feitelijk al geschiedt.

Het werk van 1879 wordt in mijn voorstel niet ongedaan gemaakt; het procuraat blijft onbeperkt openstaan, de regtsbijstand niet over twee personen verdeeld; de bepaling van het te verhalen kostencijfer in het vonnis zelf blijft onaangetast. Alleen zal, indien voor den client de vertegenwoordiger optreedt ook als pleiter, hij dat doen niet krachtens inschrijving als advokaat, maar krachtens de hem *als vertegenwoordiger* verleende

bevoegdheid om de dingtalen nog mondeling toe te lichten; dientengevolge zullen de kosten van die toelichting niet gedragen worden door de verliezende tegenpartij, omdat ook zonder pleidooi, hetzij van eenen pleitenden procureur, (1) hetzij van eenen advokaat neven den vertegenwoordiger, het proces vatbaar bleef voor uitwijzing. In *dien* vorm zal de client medebetalen aan de proceskosten, gelijk hij dat in den regel — ten gevolge van het laag bedrag, waarop de regter gewoonlijk het te *verhalen* kostencijfer bepaalt — nu reeds doet, zonder dat daarover het algemeene geklaag van vóór 1843 wordt vernomen.

Een laatste hoofdpunt eischt bespreking: de speciale wetsbemoeiing met en de eigenaardige regtsbescherming van de financieele verhouding tusschen praktizijn en cleint. Met nog veel meer klem, omdat m. i. de ondervinding der verloopen zestien jaar dien eisch krachtig steunt, herhaal ik mijnen eisch van 1880 dat die *geheel* verdwijne: zoowel de tarifering als de taxatie en executoirverklaring. Uit het vorenstaande volgt, dat de tariefdwang geene beteekenis heeft als waarborg van nobiliteit der praktijk. Zelf reikte de wetgever in 1879 aan dien dwang een diploma van onzinnigheid uit, door den tariefpost voor pleidooyen te doen vervallen; eilieve is het minder ongerijmd, den arbeid besteed aan het stellen of lezen van eenen brief of aan eene comparitie wettelijk te taxeren? Den schijn van mindere ongerijmdheid (2) der

(1) Onder dezen naam zou, in mijn stelsel, wettelijk de tot pleiten bereide procureur, die dan niet meer *advokaat* en procureur kan heeten zich vestigen en van den bloot *vertegenwoordiger* zich onderscheiden kunnen.

(2) Maar niet van de bespottelijkste haarkloverijen. Men zie de jongste staaltjes daarvan, ontleend aan het laatste verslag der Rekenkamer, in W. 6889. De regeering vond dan ook geen termen om op dien weg te volgen — d. w. z. stilzwijgend verklaarde zij het tarief antediluviaansch.

tarifeering van vormwerk ging voor de procureurstarieven verloren, sinds de man van den regtskundigen inhoud der stukken, de advokaat, in den procureur is opgegaan en *dezelfde* persoon, dus in *onafscheidelijk* verband, vorm en inhoud bezorgt. Hoe onzinnig het geweest is om, als ware hier scheiding bestaanbaar, *twee* tarieven voor het werk van den éénen Rechtsanwalt in stand te houden en bij het kostenpunt zich aan te stellen als zou, na de Procureurswet, uitoefening van het procuraat alléén gebruiklijk blijven, is aanstonds daghelder gebleken bij het onderwerpen van declaratien aan taxatie. Wat heeft de ééne declarant verrigt als *advokaat*, wat als *procureur*? Van die vraag hangt nu (gelijk het Amsterdamsche adres onder de aandacht van Justitie bragt) af *wie* zekeren post moet taxeren, conseil of regter? op *hoeveel* de taxerende magt die moet stellen? en, hetgeen nog het onzinnigst van alles is, of de post (b. v. voor een conclusie) aanleiding geeft tot taxatie in *gedeelten*: item zooveel van wege het conseil voor den regtskundigen arbeid, en item zooveel van wege den regter voor het brengen in den tot concluderen voorgeschreven vorm? De interne ongerijmdheid van het tariferingsbegrip bestond al bij de invoering onzer wetboeken; wie ooit bij v. d. HONERT de geschiedenis der tarieven van 1843 heeft nageslagen, weet hoe men toen reeds met dat pogen om het onmogelijke te doen heeft getobd; in 1879 heeft men, wel verre van haar op te lossen, daarbovenop eene tweede onzinnigheid gestapeld door, uitgaande op *opruiming* van den tweehoofdigen regtsbijstand, de alléén dàn in praktijk te brengen tweeledige tarifering *in stand* te houden. In elk opzigt eischt het nieuwe stelsel de volkomen afschaffing van dien zamengestelden, ongerijmden en aan afgebroken toestanden ontleenden rommel: in de regtspraktijk niet minder dan overal elders beheersche het gemeene

regt de financieele verhouding tusschen praktizijn en client.

Stak in dien rommel *iets* bruikbaars, dan zou ten minste de regter, ten laste der verliezende partij taxerend, aan de *tarieven* dat taxaat, althans eenige leiding voor zijne taxatie ontleenen. Heden durf ik, na zelf eenige jaren meê te hebben getaxeerd, hardop vragen : vooreerst of eenig regter mij voorbeelden kan noemen van taxatie tot stand gekomen door het fabriceren en bijeentellen van *tariefposten*, in plaats van door te beantwoorden de vraag, welk *totaalcijfer* naar den aard en inhoud van de procedure betamelijk te achten was? Anderzijds, of de balie betwist dat, wanneer een praktizijn ontevreden was over de taxatie, zijne vaak niet ongemotiveerde ontstemming haren grond had in niet (of verkeerd) toepassen van de *tarieven*, dan wel in zijne onvoldaanheid *en bloc* met het taxaat? Zoo neen, 't bewijst opnieuw den onzin dat tusschen praktizijn en client het gemeene regt niet, gelijk overal elders, de financieele verhouding mag beheerschen. Dat die ongerijmde uitzondering tevens hoogst *aanstootelijk* is voor de praktijk, betoogde ik in mijn vorig opstel en verwijs dienaangaande dus daarheen.

Met de bijzondere *regeling* der financieele verhouding van de partijen verdwijne de bijzondere *regtsmagt*, om tusschen haar over het verschuldigde uitspraak te doen. Indien na de organisatie of liever desorganisatie der balie, welke de Procureurswet heeft te weeg gebragt, het disciplinair *judicium parium* zijne reden van bestaan heeft verloren, dan zal de financieele regtsmagt der pares, zich uitend in de taxatie van het (bloot) als *advokaat* verdiend honorarium, wel nog meer uit den tijd zijn. Doch dit slechts volledigheidshalve. Immers mijne uitspraak heeft in hoofdzaak de bijzondere bevoegdheden van den *regter*

ingevolge art. 33 en volgende Tarief, bij art. 52 ook voor de procureursdeclaratien toepasselijk verklaard, op het oog. Meent men dat zulk eene begrooting en executoir-verklaring [door den voorzitter of diens gedelegeerde, met regt van beroep op het collegie in den vorm van herziening of verzet: art. 37*b* en 40] is voorgeschreven om de balie in hare *kieschheid van gevoelens* te ontzien? Dan moet ik verklaren dat de waarde van deze meening mij ontgaat. Want is het aanvragen van een *executorie* tegen den client voor eerlijk verdiend geld niet onkiesch, welke onkieschheid steekt er dan in, om hetzelfde te doen in het volle daglicht van den gewonen regtsgang, dien ieder gaat om vonnis te verkrijgen voor hetgeen hem toekomt? Een raar soort van scrupule, hetwelk zou moeten weêrhouden van het laatste, doch niet in de*n* weg zou staan aan het andere! zou die subtiliteit eenen anderen naam verdienen dan aanstellerij? (1) En nog meer aanstellerij is het, van *buiten* de balie — van den kant der openbare meening of het openbaar gezag — het „ontzien van hare kieschheid" interoepen als motief, om haar te onttrekken aan het gemeene regt. Ware het zoo *gemeend*, ik zou de woorden herinneren van den staatsman THONISSEN, die, in Juni 1879 voor de belgische Kamer een duplicaat onzer Procureurswet verdedigend,

---

(1) Dit komt nog meer uit als we terugdenken aan de opvatting der Franschen, dat de belooning van den advokaat niet is eene verschuldigde *betaling*, maar een uit kiesche dankbaarheid aangeboden en uit waardeering van die kieschheid aangenomen *honorarium*. Naar hetgeen ik van de praktijk bij hen meen te weten, aanstellerij en fictie. Maar den advokaat alle *regtsmiddel* ontzeggend, omdat zijn honorarium in beginsel, hoogrootheid en oogenblik van praestatie *geheel* is overgelate*n* aan het betamelijkheidsgevoel van den client, zijn zij althans consequent in hunne aanstellerij. Onze wetgever heeft (m. i. teregt) die fictie op zij gezet, zelfs op het platte af, daar hij de belooning van den advokaat een *salaris* noemt. Te laten *dagvaarden* voor salaris zou dien wetgever te «kiesch» zijn?

begon met te zeggen dat gewis hij, zelf lid der balie (gelijk ik oud-lid), boven de verdenking van krenkende bedoelingen stond en vervolgens waarschuwde: een advokaat is geen halfgod, die zich degradeert door ten aanzien van eerlijk verdiend geld te doen wat ieder gewoon sterveling doet: respectons le barreau, mais n'en faisons pas un fétiche". (1) Maar zoo is het *niet* gemeend, en wel verre van aan verafgoding van de balie te lijden, leed de wetgever aan *wantrouwen* jegens haar. Blijkens art. 35 tweede lid heeft hij de presidiale begrooting met haren nasleep niet ingesteld ten einde den praktizijn kiesch, zeker en vlug te helpen aan hetgeen hem toekomt, maar bovenal om te zorgen dat zijne declaratie „de palen eener billijke gematigdheid niet overschrijdt". Dáárom is die declaratie onderworpen verklaard aan de subjectieve opvatting der voorzitters omtrent „billijke gematigdheid", en is dezen over alle salarisposten discretionnaire regtsmagt à huis clos — tot wijziging, schrapping of vermindering — opgedragen. Met beroep wel is waar van hunne beslissing op hun collegie? jawel, maar dat deed dan de wetgever toch ook met een genoegelijk besef, dat een president er al héél onbehouwen op moet hebben ingehakt, eer zijne eigen collega's hem zulk een désaven tegenover de balie opleggen. Zonder noodzaak of regt is nu al meer dan vijftig jaren de balie in hare verhouding tot de clienten gesteld onder eene exceptioneele regtsmagt, die ten aanzien der betrekking b.v. van den geneesheer tot zijne patienten nog nooit oirbaar of door de noodzakelijkheid voorgeschreven is geoordeeld.

Of vereischt, ook financieel, die betrekking iets minder kieschheid en humaniteit? is, indien men het speciaal

(1) Zie Mr. FAURE in de Jaarboeken t. a. p.

regtsmiddel beschouwt als teedere zorg voor den regthebbende op honorair, eenige aanspraak beter geregtvaardigd dan die van den arts? Toch bestaat *voor* zoowel als *tegen* den arts geene andere bescherming dan die van het gemeene regt, en zoo weinig verlangt de patient of de arts verandering, dat geschillen ter zake van geneeskundigen bijstand bijna nooit voor den regter komen. Als nu de ervaring in een beroep, hetwelk ten aanzien van dat punt geheel gelijk staat met de advokatie, dagelijks de onnoodigheid van eenig jus singulare bewijst, dan is de gevolgtrekking geregtvaardigd dat hetzelfde geldt voor de regtspraktijk. Vooral nu sinds de Procureurswet deze, evenals de medische, in vollen omvang openstaat voor elk, die in het bezit der wettelijk gevorderde bewijzen van bekwaamheid is. Sinds het monopolie tot vertegenwoordiging niet meer bestaat, heeft ook ten aanzien van het procuraat de financieele voogdij elken schijn van grond verloren. Want tegen den verpligten vertegenwoordiger blijft het (1) disciplinair toezigt het publiek tegen misbruiken beschermen, ook waar het in *financieel* opzigt over kwade praktijken (b. v. met het vorderen of besteden van een voorschot) mogt hebben te klagen.

Ongerijmd, aanstootelijk, onnoodig: die drieledige grief bragt ik al voor zestien jaren tegen den tariefdwang en de daaraan gekoppelde regtsmagt in. Met beroep op een sprekend voorbeeld van jongen datum voeg ik aan de motieven van mijn requistioir toe: zelfs *schadelijk*. Men oordeele!

Schadelijk is die afwijking *reeds als zoodanig*, van het oogenblik dat zij niet gemotiveerd is, omdat zij complicatien schept, en dat nog wel de uitteraard hoogst schadelijke complicatien van *regterlijke bevoegdheid*. Op-

(1) Overeenkomstig het bovenstaande verbeterd.

dragt van regtsmagt — en als zoodanig geldt naar theorie en praktijk de opdragt der taxatie aan den president en de daaruit voortvloeyende aanwijzing zijner regtbank als instantie van verzet en herziening — is *uitsluiting* van den gewonen regter, te weten dien van de woonplaats der schuldenaars. Het euvel van competentievragen, weleer tot in het oneindige mogelijk bij onze Engelsche buren en daarom tegenwoordig stelselmatig door hen beperkt, is ook bij ons bekend: de mogelijkheid daarvan is een zaligheid voor den chicaneur. En nu lette men op art. 33 Tarief. *Bij welk collegie* heeft de zaak *gediend* ingeval van arbitrale behandeling? „diende zij" b.v. bij bemoeyingen, zoo vaak in den handel voorkomende en daarin zoowel als daarbuiten [b. v. in de Billiton-concessie] van veel meer beteekenis dan de leiding van een proces, om een geschil bij schikking af te doen? in het algemeen bij allen regtsbijstand buiten de strikt contentieuse regtspraak? Doch niet alleen tot het afsnijden van deze vaak netelige vraag bepaalt zich de vereenvoudiging, wanneer ook voor declaratie-schuld competent verklaard wordt de regter, die in het algemeen op de personele regtsvordering competent is: die van het domicilie des schuldenaars. Nog onlangs bleek, welk een wespennest van vragen de lust om niet of minder te betalen thans kan doen opwerpen, bij eene procedure, die tot den Hoogen Raad is opgeklommen. (1) De clienten kwamen bij de regtbank te Roermond in verzet tegen de taxatie en executoirverklaring van den president en lieten met

(1) Zelfs toen moest, dank de veelheid van onbesliste vragen, nog worden teruggewezen! Het proces liep over de declaratie van een notaris, maar illustreert ten volle de chicaneuse werking van het speciale regt voor de balie, omdat artt. 11 seqq. Tarief voor notarissen *gelijkluidend* zijn, ook ten aanzien der »billijke gematigdheid."

Men zie 's Raads arrest van 12 Juny 1896 in *W.* 6822, en de gecasseerde uitspraak in *W.* 6750.

Limburgsche virtuositeit het niet ontbreken aan middelen van bestrijding. Kennelijk vreezend dat deze praktische cursus in het wetboek van regtsvordering hem wel eens zou kunnen te staan komen op verlies van de gelegenheid tot executie, wordt de declarant te rade om, met verlof van den voorzitter des domiciliairen regters der clienten, conservatoir beslag te leggen op aldaar aanwezig goed dier heeren. Voor dezelfde (Maastrichtsche) regtbank, gelijk de wet wil, dagvaardende tot van-waarde-verklaring, heeft de declarant allereerst te bedenken, dat, ofschoon alleen de regter te Roermond bevoegd is om zijne declaratie te beoordeelen, hij *toch* van Maastricht eene uitspraak op de schuldpligtigheid moet vragen, omdat, naar vaststaande en juiste jurisprudentie, de „waarde" (geldigheid) van eenen maatregel van verhaal afhankelijk is van het oordeel over het *vorderingsregt* hetwelk men verhalen wil; niettemin mag hij zich niet blootstellen aan toepassing van de straks herinnerde leer dat de opdragt van regtsmagt over deze bijzondere stof aan Roermond is *ontneming* van de regtsmagt, naar algemeenen regel aan Maastricht toekomende. In zijn introductief exploit vraagt hij dus aldaar slechts *voor zooveel noodig* een vonnis tot betaling, als grondslag van zijnen eisch tot van-waarde-verklaring, en concludeert op grond van litispendentie tot verwijzing der zaak naar Roermond. Wat doet, zou men zeggen, daardoor die declarant te Maastricht anders, dan se mettre en règle *quoad formam* en vragen om ten aanzien van het fond alles over te laten aan den dààrvoor aangewezen regter? Maar jawel: eerst nu raken de poppen voor goed aan het dansen. Haast niet te overzien is het heirleger van exceptien, waarmede de conclusie van den declarant wordt begroet, en ééne daarvan, waardoor de beslissing van andere overbodig wordt, gaat bij de regtbank op. Hare verwer-

ping in appel en cassatie heeft natuurlijk geen ander gevolg dan dat te Maastricht, waarheen moet worden teruggewezen, op nieuw lustig zal worden voortgeprocedeerd — over alles en nog wat, *behalve* het door de clienten, „binnen de palen eener billijke gematigdheid" verschuldigd bedrag. Want dàârover mag alleen Roermond oordeelen, en aangezien dit muurvast staat, kan de gedingvoering te Maastricht nooit eenen grond opleveren het proces te Roermond te schorsen of te stuiten. Eenvoudiger en sneller beregting: zouden die beide belangen van *iedereen*, behalve chicaneurs, niet beter gediend zijn geweest, wanneer declaratiegeschillen (desnoods met uitsluiting van het appel) waren gelaten bij denzelfden regter, die altoos tusschen schuldeischer en schuldenaar rigt? Op *dit* punt — en dat van de tarieven — behoeft het hervormen geen tijd te kosten, wijl een bloot *afschaffen* daartoe genoeg is.

En wat nu het overige betreft? ik herhaal met Mr. Faure dat daarbij werkelijk ingrijpende belangen van onze maatschappij, al zijn die niet in geldswaarde uittedrukken, betrokken zijn. Desniettemin zou mijne verwachting, dat het staatsgezag zich die zal aantrekken, niet groot genoeg zijn geweest om mij te nopen den arbeid van 1880 te vervolgen: de stroom des tijds zoekt andere banen op. Maar nu iemand als Mr. Faure tweemaal daarvoor opkwam, eerst van zijnen Kamerzetel, vervolgens door het gesproken woord schriftelijk te herhalen en allerbelangrijkst aantevullen;

nu de wet Hartogh, na het onderwerp in breeden kring aan de orde te hebben gebragt, wel in hare werking zal dienen te worden gadegeslagen en deze zaken dus aan de orde *blijven*;

nu acht ik de kans, dat men die zal verwaarloozen,

niet zóó groot meer, dat ik met dit opstel een bepaald hopeloos werk zou meenen te verrigten. Bij de beoordeeling daarvan hoop ik te mogen deelen in het voorregt der onderstelling, dat iemand handelt pour le *bon* motif.

Den Haag, November 1896.

A. P. Th. Eyssell.

Staatssouvereiniteit en Volkssouvereiniteit.

Onder den titel: de administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie heeft Mr. J. W. H. M. VAN IDSINGA een werk in twee deelen of eigenlijk twee werken geschreven, waarvan het eene de administratieve rechtspraak, het tweede de constitutioneele monarchie betreft. Het eerste deel werd in dit tijdschrift aangekondigd door Mr. H. Vos; de volgende bladzijden zijn gewijd aan het tweede deel.

Wie, vervuld van vraagstukken der praktijk, dit werk gaat lezen en bestudeeren, moet, dunkt mij, den indruk verkrijgen uit het daglicht in het kunstlicht eener stille studeerkamer gekomen te zijn. Men betreedt eene wereld van dogmatiek en logica, maar in die wereld maken de grondstellingen, waarvan men in het werkelijke leven pleegt uit te gaan, het punt van beschouwing uit. Hier wordt naar het goed recht van elke bewering gevraagd. Het kritisch element is bij den schrijver sterk ontwikkeld en in polemiek toont hij dikwijls een groot talent. Daarom is dit boek naar mijn inzien eene goede gymnastiek voor den geest. De schrijver heeft over alles en nog wat eene eigene meening, en hij is geneigd van de gangbare opinie, zoo niet in het wezen der zaak, dan toch in de wijze van voorstelling en uitdrukking te verschillen. Al verlangt men van tijd tot tijd naar de buitenlucht, hij houdt den lezer in zijne studeerkamer vast en dwingt hem zich rekenschap te

geven van de dingen, die hij wellicht zonder eigen onderzoek had geloofd, en de inconsequenties te erkennen, welke in de formuleering van zijne meeningen lagen opgesloten. Heilige huisjes bestaan er voor den heer VAN IDSINGA op het gebied van het staatsrecht niet, met uitzondering misschien van de souvereiniteit van den constitutioneelen koning, die hij van zijn kant meer stelt dan tracht te bewijzen. Mr. VAN IDSINGA heeft om zoo te zeggen alles gelezen en geeft nu, altijd met zijn kritiek, uitvoerig, maar niet altijd met volkomen objectiviteit, de meening van anderen weder. Zijn streven is niet het punt van onderzoek te beperken, maar integendeel het zoover mogelijk uit te breiden, en dan over alle deelen van het uitgestrekte gezichtsveld zijn licht te doen schijnen. Deze methode maakt het den lezer niet gemakkelijk. Het is mijns inziens zelfs een gegronde grief tegen den vorm van het werk, dat het te veel belast is met noten, waarin somtijds hoofdzaken worden behandeld, die in den tekst zelven tehuis behooren, somtijds echter ook nevenzaken ter sprake komen, die met het onderwerp slechts in een zeer verwijderd verband staan. Deze grief tegen den vorm mag echter de grondige geleerdheid en den ernst van den inhoud niet doen voorbijzien. Die inhoud is zoo rijk, dat eene langdurige en moeilijke studie noodig zou zijn om het geheele boek goed te waardeeren en te beoordeelen. Op ééne bladzijde vindt men vaak vele meeningen verdedigd, over elke waarvan een opstel ware te schrijven. Om deze redenen kan deze aankondiging aan het werk geen volle recht doen wedervaren. Ik bepaal mij tot eenige beschouwingen omtrent hetgeen m. i. eene hoofdzaak genoemd mag worden, de leer van den schrijver omtrent het wezen van den staat. Misschien zou ik mogen zeggen, dat dit onderwerp *de* hoofdzaak is, want het boek handelt niet zoozeer over

den *regeeringsvorm*, die zich op het vasteland van Europa in deze eeuw ontwikkeld heeft, dan wel over het *staatsbegrip*. De constitutioneele monarchie, zooals de schrijver die opvat, is voor hem „de ware vervulling van de staatsidée." Een groot deel van het werk is dan ook gewijd aan de vraag, wat de staat en wat het volk is; hoe de verhouding tusschen staat en volk of volksgemeenschap moet gedacht worden. De schrijver is van meening, dat alle theorieën, die hij bespreekt, den staat met de volksgemeenschap in hare corporatieve eenheid vereenzelvigd hebben. Als dus de staat eigenlijk het volk is, dan moet men zijns inziens komen tot de volkssouvereiniteit, tot de republiek als eenig juisten staatsvorm en tot het absolutisme van het algemeen belang. (1)

Ten aanzien van de volkssouvereiniteit zegt de schrijver op blz. 35: „Met souvereiniteit heeft men steeds bedoeld het hoogste wereldlijk gezag, dat men algemeen aan den Staat toekende. En juist omdat men dit deed, onderzocht men wie of wat eigenlijk de Staat was. Toen men dus tot de erkenning kwam, dat de Staat het Volk was, kon de conclusie niet uitblijven, dat dan het volk de ware souverein was". Deze vereenzelviging van staats- en volkssouvereiniteit moet een zonderlingen indruk maken bij hen, die onder de laatste uitdrukking verstaan de souvereiniteit van de burgers van den Staat, en die in de souvereiniteit der individuen het kenmerk van de leer van

---

(1) De beschouwingen van den schrijver omtrent dit laatste punt hebben, geloof ik, geene praktische conclusie. Hij komt op tegen het: «salus populi suprema lex» en deze spreuk is zeker bedenkelijk, wanneer zij beteekenen moet, dat tegenover het belang van het geheel, de belangen der enkelen niets zijn. Maar als het daarentegen waar is, dat erkenning van de rechten der individuën en handhaving van de vrijheid ook kan zijn in het staatsbelang, dan komt men met die spreuk weinig verder. Een positieve omschrijving van de taak der gemeenschap zou beter helpen, maar die geeft Mr. v. I. niet. Zie de noot op blz. 481 van het werk.

ROUSSEAU en andere schrijvers zien. Maar volgens den heer v. IDSINGA heeft reeds ROUSSEAU het volk niet beschouwd als eene veelheid van individuen, maar als eene corporatieve eenheid. Wel kwam, zegt hij, tengevolge van de aanneming van een maatschappelijk verdrag de staat op den individueelen wil te rusten, maar „men dwaalt, waar men dit verdrag met zijn individualistische strekking als den *grondslag* der hierbesproken *staatsleer* voorstelt". (1) „De ware basis der „natuurrechtelijke" staatsleer, de gedachte waarvan men *uitging* en die dus op den bodem lag van al hare beschouwingen omtrent den staat, was veeleer daarmede in strijd en niets anders dan het antieke staatsbegrip: de vereenzelviging van staat en volksgemeenschap, onverschillig hoe deze tot een bestaand en zelfstandig geheel was gevormd. ROUSSEAU bracht deze gedachte rein en onomhuld te voorschijn." (2)

Met deze meening kan ik mij niet vereenigen. Het „Contrat social" is een boek vol tegenstrijdigheden. ROUSSEAU heeft met zijn opdracht der souvereiniteit aan den algemeenen wil en zijne onderscheiding tusschen „la volonté générale" en „la volonté de tous" eenigszins in den geest van de leer der staatssouvereiniteit geredeneerd, maar toch blijft het m. i. waar, dat zijne volkssouvereiniteit is de souvereiniteit der burgers, niet die van den staat. Waar Mr. v. I. mijne dissertatie aanhaalt, moge het mij geoorloofd zijn te zeggen, dat in die dissertatie wel degelijk de aandacht is gevestigd op hetgeen ROUSSEAU in de richting van eene onderscheiding tusschen den staatswil en den wil der individuën zegt. Zoo zeide ik o. a. op blz. 181: „Wel doet men veelal als ROUSSEAU zelf, en houdt het

(1) blz. 29.
(2) blz. 31—32.

eene oog gevestigd op het objectief begrip van algemeen belang, van staatseenheid, maar het andere oog blijft toch steeds gericht op de individuën als zelfstandige eenheden, noodzakelijk beslissende over *hun* belangen in de volksvergadering of vertegenwoordiging."

Een paar citaten mogen bewijzen, dat de gedachte der staatssouvereiniteit bij ROUSSEAU geenszins „rein en onomhuld te voorschijn is gebracht". Sprekende over het maatschappelijk verdrag zegt hij: „A l'instant au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, *composé d'autant de membres, que l'assemblée a de voix*, lequel reçoit de ce même acte son moi commun, sa vie et sa volonté (noot blz. 31). Op de onderstreepte woorden, die Mr. v. I., de plaats vermeldende, niet opnam, komt het m. i. aan. De staat is een lichaam bestaande uit evenveel leden als de volksvergadering en de wil van die leden is de wil van den staat. „*Le souverain n'étant formé que des particuliers, qui le composent*, n'a, ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur." Wel zegt ROUSSEAU verder: „Il y a bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale: celui-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé et n'est qu'une somme de volontés particulières", doch hij laat dan volgen: „mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins, qui s'entredétruisent, reste pour somme des différences la volonté générale." De wetgevende macht berust in handen van de „associés, qui s'appellent en particulier citoyens comme participant à l'autorité souveraine" en vertegenwoordiging van het „volk", dat is van de burgers, is onmogelijk, omdat de wil niet kan worden vervreemd.

De praktijk der Fransche revolutie trachtte de leer der souvereiniteit van het volk, dat is van de burgers van den Staat, te verwezenlijken, en in de Duitsche

wetenschap vond het maatschappelijk verdrag verdedigers bij de school van v. ROTTECK en WELCKER. Maar daar rechtstreeksche volksregeering in staten van eenige uitgestrektheid niet mogelijk is, liet men vertegenwoordiging van de individuën in eene „volksvertegenwoordiging" toe. Later is echter in toenemende mate de richting der Duitsche wetenschap geworden om tegenover de souvereiniteit van het volk als som van individuën te stellen de souvereiniteit van het volk als georganiseerde eenheid, dat is van den staat. Zoo zeide v. SAVIGNY, dat het wezenlijke der leer van de volkssouvereiniteit daarin bestond, dat de wil der corporatie identiek wordt geacht met den wil der individueele leden of van de meerderheid. De heer v. IDSINGA acht deze stelling van SAVIGNY onjuist. „Men denke slechts aan ROUSSEAU's tegenstelling van de volonté générale en de volonté de tous." Ik meen boven aantoond te hebben, dat ROUSSEAU die tegenstelling wel opzette, maar niet doorzette. „Hij gevoelde zeer goed," zegt Mr. v. I. zelf op blz. 159, „hoe onzinnig het was de volonté générale voor te stellen als eene samenvoeging van verscheidene andere willen, maar hij miste het juiste inzicht om iets beters hiervoor in de plaats te geven. De volonté générale wilde hij bij wijze van een rekensommetje uit de verschillende tegenstrijdige willen afleiden." Zoo zegt verder HEGEL dat men van de souvereiniteit zeggen kan „dasz sie im Volke residire, wenn man überhaupt vom Ganzen spricht, ganz so wie vorhin gezeigt is, dasz dem Staate Souveränität zukomme" (v. I. blz. 97). Ook STAHL veroordeelde de leer der volkssouvereiniteit, omdat zij verkondigt „dasz die Gesammtmasse der Einzelnen, also das Volk grade ausser der Einheit seiner verfassungsmässigen Ordnung . . . souverän seyn soll." Hetzelfde kan men zeggen van de schrijvers, die de heer van IDSINGA bespreekt in een

hoofdstuk, getiteld: de organische en de persoonlijkheidstheorie van den staat. Hier vinden wij op zeer belangwekkende wijze geschetst de pogingen van nieuwere Duitsche schrijvers om het eigen wezen van den staat in het licht te stellen en de eenheid van den staat af te scheiden van de veelheid der individuën.

„De juiste gedachte van de organische theorie was" — zegt de schrijver — uitdrukking te geven aan de *zelfstandigheid* van de idée der gemeenschap". Deze theorie deed uitkomen, dat de individuën zich niet tot een Staat vereenigd *hebben*, doch van nature tot een Staat vereenigd *zijn*. Maar het woord *organisme* gaf tot allerlei onjuiste gevolgtrekkingen en vergelijkingen aanleiding en men kwam met dat woord niet zoo heel veel verder. „Volgens GIERKE", zegt mr. v. I., „is die gesammte organische Theorie in ihrem juristischen Theile nichts anders als ein grossartiger Versuch die Persönlichkeit des Staats zu erklären und zu konstruiren"; en BLUNTSCHLI acht de persoonlijkheid des staats slechts eene andere uitdrukking voor de waarheid, dat de staat een *organisme* in een *hoogeren* zin des woords is. Inderdaad hebben SCHELLING en zijne richting en later KRAUSE en zijne school de begrippen *organisme* en *persoon* nagenoeg als identiek beschouwd. HEGEL gaf in zijne welbekende definitie der Persoonlijkheid: „was seinen Grund in sich selbst hat" eene juiste omschrijving van hetgeen SCHELLING met *organisme* bedoelde, en het is niet te verwonderen, dat men aan het eerste denkbeeld meer en meer den voorrang toekende, naarmate men het veld der zuivere beschouwing verliet en de uitkomsten hiervan meer bijzonderlijk in de practijk van het staatsrecht ging toepassen." (1) Hierbij begon nu de leer der rechtspersoonlijkheid eene groote rol te spelen. BÄHR mag de vader

(1) bldz. 154.

genoemd worden van de richting, die den staat als eene corporatie beschouwt. Maar terwijl volgens BÄHR de corporatieve persoonlijkheid slechts ideëel was, kwam GIERKE de leer verdedigen, dat die persoonlijkheid eene reëele genoemd moest worden. Hoe sterk echter GIERKE de staatspersoonlijkheid op den voorgrond plaatste, hij heeft geene bevredigende oplossing gegeven van de vraag, welke plaats in den staat aan de individuen toekomt. Voor hem is, evenals voor zoo goed als alle andere moderne schrijvers, de staat het georganiseerde volk. Maar de vraag blijft altijd, wat men onder volk verstaat. Naar de meening van GIERKE en zijne volgelingen is de „Verbandsperson" niet af te scheiden van de leden die haar vormen; zij is „die reale Gesammtheit ihrer Glieder"; zij is een wezen, dat, zegt Mr. v. I., Lasson citeerende, „weder als universitas, d. h. als transscendentes (1), durchaus von den physischen Personen getrennte Person, noch als communio, d. h. als blosze Verbindung von physischen Personen zur Erreichung gemeinsamer Interessen, aufzufassen sei" (blz. 169).

Terecht zijn m. i. LABAND en LASSON tegen de leer van GIERKE opgekomen met eene scherpe accentuatie van het onderscheid tusschen eene corporatie en de individuen, die hare leden genoemd worden en tusschen den wil van den staat en de som van de willen der burgers van den staat. De staat is voor Lasson eene „neue einheitliche Person, welche ausserhalb der Einzelnen selbständig für sich existiert" Veel verschil van gevoelen bestaat over de vraag, in hoeverre de staatspersoonlijkheid gelijkgesteld moet worden met de persoonlijkheid der private rechtspersonen. Ik wensch hier op de verschillende vragen, welke zich bij de constructie van den staat als

(1) Wat dat woord hier doet, is mij niet helder.

corporatie voordoen en waaraan Mr. v. I. belangrijke en scherpzinnige beschouwingen wijdt, niet nader in te gaan, maar mij te blijven bepalen tot de quaestie, welke volgens de verdedigers der „organische en persoonlijkheidstheorie" de verhouding tusschen den staat en het volk is.

Men kan m. i. zeggen, dat de latere Duitsche staatsleeraars in het wezen der zaak, en dus afgezien van den vorm der uitdrukking allen instemmen met de door Mr. v. I. aangehaalde uitspraak van GIERKE: „Sobald man das Volk im Sinne des organischen Volksganzen nimmt, das im Staat Person wird, geht der Begriff der Volkssouveränetat in den Begriff der Staatssouveränetät über." Mr. v. I. noemt deze staatssouvereiniteit eene verkapte volkssouvereiniteit, maar naar mijne meening ziet hij weder hier voorbij, dat er een zeer groot verschil bestaat tusschen de volkssouvereiniteit, opgevat als souvereiniteit der individuen en de staatssouvereiniteit, welke het staatsgezag aan den staat zelven toekent. Al moge, zooals Mr. v. I. telkens zegt, de opvatting van een volk als „organisches Ganze, das im Staat Person wird," ook niet vreemd geweest zijn aan de oude school der volkssouvereiniteit, dit doet in elk geval ter zake niet veel af. Het komt vooral aan op de erkenning der waarheid dat de individuen niet de staat zijn, en dat zij geen recht hebben het staatsgezag voor zich te vindiceeren. Wat de nieuwere schrijvers niet ophouden telkens te verklaren, is, dat de staatswil niet is de wil der individuen. Dit is het noodzakelijk gevolg van de beschouwing van den staat als eene corporatie, als een zelfstandig wezen. Mr. v. I. acht het een klein verschil te zeggen: la souveraineté appartient à la nation (het volk) dan wel à l'Etat. „Het is volkssouvereiniteit, maar het heet staatssouvereiniteit, omdat het volk" — lees de

Staat — „zijne souvereiniteit slechts door daartoe geconstitueerde organen kan uitoefenen." Het verschil is echter zeer groot voor hen, die, wanneer zij spreken van volk en volksvertegenwoordiging, steeds denken aan de individuen en hunne vertegenwoordiging. Zoo wordt in Frankrijk veelal geloofd aan de heiligheid van het algemeen stemrecht. Men gaat dan uit van de gedachte, dat aan het volk, dat is aan de bevolking, het *recht* toekomt in staatszaken, dat is in *eigen* zaak, te beslissen.

Mr. v. I. zegt herhaaldelijk, dat het volk reeds op zichzelf eene eenheid is en men kan zeker niet ontkennen, dat in ethnographischen zin het woord „volk" eene zekere eenheid van geslachten aanduidt, maar de staat is eene *georganiseerde* eenheid, het *georganiseerde* volk, en tegenover den staat kan het niet-georganiseerde volk slechts eene veelheid zijn. Volksvertegenwoordigingen zijn lichamen, gekozen door leden van den staat, dat is door individuen en niet door het volk als corporatieve eenheid. Wanneer men erkent, dat zulk eene vertegenwoordiging is een „Organ der zur Einheit organisirten Vielheit" is er geene reden haar bij uitsluiting „den natuurlijken drager van het staatsgezag" te noemen, zooals Mr. v. I. doet op blz. 238. Ik geloof echter, dat dit eigenlijk de kern van Mr. v. I's meening is. Ook op bldz. 321 zegt hij toch dat de vereenzelviging van volk en staat steeds leiden moet „tot de democratie in den eenen of anderen vorm, d. i. tot de regeering en het bestuur eener volksvergadering". Naar mijne overtuiging komt men echter, een door een grooter of kleiner aantal staatsburgers gekozen lichaam als den eigenlijken staat aanmerkende, omdat zij door die burgers is gekozen, terug tot de voorstelling van den staat als un corps moral et collectif *composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix*, tot de heerschappij der „volontés par-

ticulières" welke ook door Mr. v. I. onjuist wordt geacht.

Daarentegen kan ik niet inzien het „curieuse" van de vergelijking van Koning en vertegenwoordiging met den Directeur en de ledenvergadering van private corporaties. Wel is eene ledenvergadering niet eene vergadering van *afgevaardigden* van de leden, maar zij is toch ook een orgaan van de corporatie en niet de corporatie zelve 1).

De volksvertegenwoordiging is een orgaan van den staat en niets belet naar mijn inzien nevens dit zelfstandige staatsorgaan andere organen te stellen, eveneens met eene zelfstandige macht bekleed. (2) Men komt langs dezen weg tot de gevolgtrekking, dat noch een Koning, noch eene Tweede of Eerste Kamer een eigen recht op staatsmacht of uitoefening van heerschappij heeft. Mr. v. I. vat de nieuwere leer tot op zekere hoogte in denzelfden zin op. „Indien men den staat als eene groote corporatie beschouwt," zegt hij op blz. 231, is het zonder twijfel mogelijk om zijne werkzaamheid evenals die van elke andere corporatie over verschillende organen te verdeelen, maar — voegt hij er bij, „wil men de eenheid der corporatie bewaren, dan is het noodzakelijk een dier organen als het overheerschende te erkennen. . . . . Schijnbaar is het mogelijk aan elk een zelfstandige positie met een zelfstandigen werkkring . . . . te verschaffen" maar in werkelijkheid zijn dan toch alle organen „afhankelijk van een andere macht die op den achtergrond verscholen staat en slechts nu en dan zelve handelend optreedt . . . . Aan deze verhouding dankt de theorie van de verdeeling der staatsmacht haar ont-

---

1) Vgl. Mr. v. I. blz. 346.

2) Men kan daarbij aan het eene orgaan een recht van contrôle geven over het andere. Daarom past de administratieve rechtspraak, dunkt mij, zeer wel in de leer der staatssouvereiniteit.

staan: in waarheid onderstelt men daarbij steeds het souvereine volk (het „volk in ruste" volgens BLUNTSCHLI) als den op den achtergrond verborgen bezitter van de alles overheerschende, ongedeelde en ondeelbare macht, die hij voor verschillende organen (hier in den zin van agenten) uitoefent. Dit is de latente gedachte van de Fransche trias politica en van de Americaansche constituties.) The American looks upon the house of Representatives, the Senate, the President each as an instrument for doing the considered will of the people)." Ik geloof, dat deze verklaring van het ontstaan der trias politica niet juist is, maar dit daargelaten, in elk geval begrijp ik niet, hoe Mr. v. I., die BLUNTSCHLI op blz. 214 bestrijdt, kan zeggen, dat de organen van den staat eigenlijk slechts de agenten van het souvereine volk in ruste kunnen zijn. Hier miskent hij wederom geheel den aard der corporatieleer, die hij in den aanvang van dit citaat juist aangaf. Naar die leer heeft men met the will of the people niet meer te maken. Waar de staatsmacht wordt uitgeoefend door organen, kan er van eene „andere" macht, die nu en dan zelve handelend optreedt, geene sprake zijn.

Moet om de eenheid der corporatie te bewaren een der organen als het overheerschende erkend worden, zooals Mr. v. I. zegt? Het is zeker, dat voor eene bevestigende beantwoording dier vraag in de Duitsche wetenschap veel steun te vinden is. Vele Duitsche schrijvers zien in den Koning het eigenlijk orgaan van den staat, maar deze stelling maakt het onmogelijk aan de volksvertegenwoordiging eene plaats aan te wijzen, die met haar beteekenis overeenkomt. Als de Koning alles is, moet de volksvertegenwoordiging niets zijn. Indien daarentegen de volksvertegenwoordiging is *het* orgaan van het volk, dan blijft er voor den Koning geene zelfstandige

staatsmacht over. Indien eindelijk èn Koning èn vertegenwoordiging zelfstandige organen zijn, dan — zegt Mr. v. I. — „neemt dezelfde school, die aan de Fransche trias politica verwijt de eenheid van het staatsgezag te miskennen, om de constitutioneele Monarchie te verklaren haar toevlucht tot het oude dualisme eener staatspersoonlijkheid met twee volkomen zelfstandige organen" (blz. 229).

Tegenover deze laatste beschouwing zou ik willen stellen, dat zoowel in de constitutioneele Monarchie als in de republiek de staatsmacht steeds in handen van verschillende zelfstandige organen berust. Men moge den Koning zoo hoog stellen als men wil, het is en blijft waar, dat hij in de constitutioneele monarchie niet kan handelen zonder medewerking zijner ministers en op wetgevend gebied onmachtig is zonder de Kamers. In de republieken komt den president een meer of minder groot gezag toe, dat in de Vereenigde Staten van Amerika zelfs veel grooter is dan dat van den Koning van Engeland. Het Engelsche Lagerhuis heeft eene zeer groote macht, maar men kan aan het Hoogerhuis toch niet het karakter van zelfstandige macht ontzeggen, en indien weigering om aan door beide Huizen goedgekeurde wetsontwerpen de Koninklijke sanctie te verleenen, in onbruik is geraakt (1), dan toch blijft op wetgevend gebied aan den Koning, buiten de Kamers, maar altijd met medewerking der Ministers, nog eene zelfstandige macht met betrekking tot het sluiten van tractaten over (2).

1) BAGEHOT zegt: «The Queen must sign her own death-warrant if the two Houses unanimously send it up to her.» Engl. const. blz. 57 en BRYCE American Commonwealth I. blz. 76 verklaart: It is now the undoubted duty of an English King to assent to every bill, passed by both houses of parliament, however strongly he may personally disapprove its provisions. Zie ook Anson Law and custom of the constit. I. blz. 9 en 254.

2) Zie BAGEHOT English constitution, introduction to the second edition blz. 38 en SHELDON AMOS Fifty years of the English constitution blz. 387.

Zoo is het ook met de rechtspraak; zij heet een Koninklijk recht, maar gaat alleen in naam van den Koning uit; in werkelijkheid berust zij bij zelfstandige organen van den Staat. Men kan deze verbrokkeling van de uitoefening van het staatsgezag nu wel wegcijferen, door de rechtspraak aan den Koning toe te kennen en de sanctie het wezen der wetgeving te noemen, maar dergelijke ficties zijn m. i. ongeoorloofd, omdat zij de werkelijkheid in het aangezicht slaan. Eene theorie moet zijn eene verklaring, niet eene ontkenning van de werkelijkheid. Overigens kan de zelfstandigheid van verschillende organen natuurlijk samengaan met een feitelijk, zedelijk overwicht van een dier organen. Het is niet te ontkennen, dat in verschillende landen de volksvertegenwoordiging een overwegenden invloed pleegt te hebben op alle deelen van het staatsbestuur, evenmin dat in andere landen, zooals in Pruisen, de Koning meer macht heeft dan uit de letter der constitutie zou zijn af te leiden.

Voor Mr. v. I. leidt het moderne staatsbegrip noodzakelijk tot de republiek in openlijken of bedekten vorm, omdat zijns inziens de volksvertegenwoordiging naar dat begrip is de natuurlijke drager van het Staatsgezag en omdat deze leer zijns inziens de zelfstandige positie miskent, welke den Koning in de constitutioneele monarchie krachtens eigen recht toekomt (1). Geen persoon, hetzij hij Koning of staatsburger zij, heeft, zou ik meenen, als de staat eene persoonlijkheid of een organisme moet genoemd worden, de bevoegdheid krachtens eigen recht het staatsgezag voor zich op te eischen. Wie daadwerkelijk over de zaken van den staat beslist, is niet eene rechts-, maar eene feitelijke vraag. En dat de

---

1) Zie blz. 213—216 en 371.

bevoegdheid van verschillende organen in eene constitutie is vastgesteld, doet niets ter zake af, want de makers der constitutie hadden evenmin het *recht* over de staatsmacht te beschikken als iemand anders. De aard der zaak heeft medegebracht, dat steeds in zekere mate het staatsgezag, waar het handelend moet optreden, in de handen van een of eenige weinige personen is gecentraliseerd; anders kon de heerschappij, zonder welke de staat ondenkbaar is, onmogelijk worden uitgeoefend. Maar steeds hebben de individuen, tegenover en op wie de heerschappij werd uitgeoefend en wier medewerking of berusting aan den anderen kant voor de mogelijkheid van die heerschappij onmisbaar is, gezocht waarborgen te verkrijgen, dat het staatsgezag zou worden gebruikt niet tot eigen voordeel van de heerschers, maar in het belang van den staat. Eene zoo ingewikkelde staatsinrichting als de constitutioneele monarchie is niet logisch, maar alleen historisch verklaarbaar.

Het voorafgaande zamenvattende, meen ik te mogen stellen, dat Mr. v. I., de volkssouvereiniteit van Rousseau te zeer als staatssouvereiniteit voorstellende, de staatssouvereiniteit der lateren ten onrechte als volkssouvereiniteit heeft opgevat. Zijn beweren dat, als de staat het (georganiseerde) volk is, de staatssouvereiniteit volkssouvereiniteit wordt, zou ik willen wijzigen in dezen zin, dat, als de staat het georganiseerde volk is, de volkssouvereiniteit staatssouvereiniteit wordt.

Nadat de schrijver de meeningen van anderen heeft besproken, komt hij een eigen staatsbegrip verdedigen. Aan zijne leer is eene zekere stoutheid niet te ontzeggen. Gelijk Alexander de Groote den Gordiaanschen knoop doorhakte, zoo onderneemt hij het den staat, gelijk die tot dusver begrepen werd, in stukken te snijden. Mr. v.

I. ziet in alle theorieën, die hij besprak, deze gemeenschappelijke fout, dat zij den staat als eene gemeenschap, dat is als „de volksgemeenschap in hare corporatieve eenheid" beschouwen. Neen, verklaart hij vrij apodictisch, „de staat *is* geen gemeenschap"; „hij is een historische machtsverschijning, doch als eene afzonderlijke ook boven de gemeenschap verheven, zedelijke macht." Waar de vestiging en handhaving van het recht steeds erkend is als een voornaam deel van de staatstaak en „waar nu beide begrippen — de Staat als de rechtschaffende macht, en de Staat als gemeenschap — m. i. onmogelijk kunnen samenvallen, neem ik de vrijheid den naam uitsluitend toe te kennen aan die macht waarin, naar aller erkentenis, het *ware wezen des Staats* te vinden is". (blz. 317). Schijnt in dit citaat de zaak nog eene quaestie van woorden, anders wordt het in het volgend betoog:

„Uitgaande van het door allen erkende feit, dat men van den souvereinen, of wil men heerschenden, staat de verwezenlijking van het Recht verwacht, ontken ik dat de macht, welke aan deze verwachting kan beantwoorden, ooit de gemeenschap of de repraesentant van haar belang is of zijn kan. Deze roeping kan alleen vervuld worden door eene zelfstandige zedelijke macht die zich boven de gemeenschap verheft, omdat bij de vorming van het Recht de gemeenschap niet meer is dan een der partijen" (blz. 321). Het bestaan eener volksgemeenschap wordt dus door Mr. v. I. niet ontkend; „deze zelfstandig tegenover de zelfstandige persoonlijkheid staande gemeenschap is", zegt hij, „geen product van menschelijk overleg of willekeur; zij is voor ieder eene noodzakelijke verbinding met anderen waaraan hij zich niet vermag te onttrekken. Om deze reden behoort zij niet als eene vereeniging maar als eene stichting te worden beschouwd en wel als eene historische stichting die niet gemaakt, maar

geworden en in zekeren zin nog steeds in wording is, met eene bestemming, waarin door niemand — tenzij door God — is voorzien, en welke, van nature even onbegrensd als die der persoonlijkheid, telkens op nieuw door de levende geslachten naar plaatselijke en tijdelijke omstandigheden moet worden erkend en bepaald." (blz. 345). Maar deze gemeenschap, die naar anderer meening de staat zelf is, wordt door den schrijver buiten den staat gesteld. Het recht is naar zijn inzien „de vorm, waarin de vervulling van de eischen der zelfstandige persoonlijkheid zich samenvoegt met de vervulling van de eischen der zelfstandige gegemeenschap; en de zedelijke macht die geroepen is om dezen vorm tegenover beide, gemeenschap en persoonlijkheid, te handhaven, is de Staat." (blz. 348). Mr. v. I. komt tot eene „nieuwe trias politica": de staat, de gemeenschap en de persoonlijkheid. Deze drie machten vinden organen in den Koning, het Lagerhuis en het Hoogerhuis. De Tweede Kamer is bij de wetgeving, zooals Mr. v I. zegt, partij: zij komt op voor de eischen der gemeenschap: de andere partij is de Eerste Kamer, die heeft te zorgen voor de eischen der zelfstandige persoonlijkheid. De Koning, die de souverein genoemd wordt, heeft nu, naar het schijnt, tegenover die beide partijen, de beslissing; hij is „de zedelijke macht", die het recht heeft te verwezenlijken. Wel zegt Mr. v. I., dat de Koning het orgaan van den Staat is *in de constitutioneele monarchie*, maar de laatste woorden kan men wel weglaten, want „de republiek beteekent de opdracht van het staatsgezag aan de gemeenschap" (bl. 382) en dat moet eene ontkenning van den staat zijn, want de staat is boven de gemeenschap verheven. Op blz. 383 noemt Mr. v. I. het dan ook „een zeer waar woord dat Horn reeds in 1664 uitsprak toen hij zeide, dat in een republiek de staat ontbrak."

Maar al is het wezen van den staat verwezenlijking van

het recht, dit neemt niet weg, dat de staat of zijn orgaan: de Koning bij de vorming en de handhaving van het recht een weinig zelfstandige rol vervult. „Uit zichzelf kan de Staat niet beoordeelen wat als recht moet worden beschouwd. Wel bezit hij het gezag dat aan den rechtsvorm de qualiteit verleent waardoor deze vorm wezenlijk recht wordt, m. a. w. als zoodanig met verbindende en verplichtende kracht geldt, maar uit zichzelf weet hij niet welke vormen hij daartoe uit de daarvoor bruikbare nemen moet, omdat de constitutieve elementen voor deze vorming buiten hem gelegen zijn" (blz. 389). Voor de handhaving van het recht heeft de Koning dus de beslissing over te laten aan de jury — orgaan der gemeenschap — en den rechter — orgaan van de zelfstandige persoonlijkheid. Voor de vorming van het recht, de wetgeving, is het parlement.

De eigenlijke wetgevende functie acht Mr. v. I. gelegen in de koninklijke goedkeuring en de Koning is, zegt hij, in het weigeren of het geven daarvan volkomen vrij. Intusschen heeft hij „geen ander richtsnoer dan zijn rechtsgevoel en al moge hij daaraan kunnen toetsen of zekere eischen en hunne vervulling in den vorm van het Recht worden gesteld, het zegt hem niets omtrent de vraag, of zekere eischen en *welke* moeten worden gesteld en *welken specialen vorm de inhoud* hunner vervulling wenschelijk of noodig maakt" (blz. 406). Maar nevens den Koning staat het Parlement „aan den eenen kant the House of Commons die de eischen der gemeenschap heeft te openbaren en te formuleeren; aan den anderen kant the House of Lords, die de eischen der persoonlijkheid heeft te beschermen en te doen erkennen. In hetgeen deze beide organen gezamenlijk en in onderlinge overeenstemming voorstellen, vindt de Koning al den waarborg, dien hij als staat behoeft, niet alleen dat wat hij tot wet zal verheffen

inderdaad recht *is* (omdat in hetgeen door onderling overleg en overeenkomst van die organen tot stand komt de constitutieve elementen van het Recht geacht mogen worden harmonisch te zijn samengevoegd), maar ook dat het als nieuw recht wordt vereischt". Ik maak uit deze woorden op, dat de staat d. i. de Koning, die ons het recht komt brengen, wel verre van vrij te zijn, zich moet nederleggen bij de door beide huizen aangenomen voorstellen.

Die huizen zijn geene staatsorganen. „Al de hier besproken organen (organen van rechtspraak en wetgeving) zijn staatsinstellingen, d. w. z. instellingen, die bestemd zijn om den staat behulpzaam te zijn in de vervulling zijner roeping en derhalve, al mogen zij ten deele uit en door de gemeenschap zijn voortgebracht, m. a. w. gemeenschapsorganen zijn, toch in de eerste plaats en onmiddellijk in dienst zijn van den Staat" (blz. 411).

De Regeering is ook wel staatsinstelling, maar geen staatsorgaan. Hare hoofdtaak ligt in bevordering van den wetgevenden arbeid. Zij is „volstrekt geen bestuurscollege" (noot blz. 410); „het strookt weinig met het selfgovernment om aan de Regeering eenig aandeel te geven in het inwendig bestuur des lands" (noot blz. 412). „Het eenige wat van zulk een bestuur aan de *Regeering* als zoodanig kan worden opgedragen en dan ook in Engeland in handen van de Regeering is gelaten, is het beleid der buitenlandsche betrekkingen en dientengevolge ook het beheer van leger en vloot. Hierbij toch treedt de volksgemeenschap niet meer zelfstandig op tegenover den bijzonderen persoon, maar zijn beide weder een" (blz. 413—4, noot).

De Regeering is alleen verantwoordelijk aan den Koning, niet aan het parlement. „Een Minister kan zonder twijfel in elk Huis, waarvan hij lid is, ter verantwoording wor-

den geroepen wegens zijn beleid als Minister, doch slechts als lid van het Huis, terwijl hij zich daarbij *juist op zijn Ministerschap* beroepen kan om zich geheel of ten deele aan die verantwoordelijkheid te onttrekken. Het is waar dat dit het Huis niet belet zich bij een of ander besluit tegen zijn beleid te verklaren, maar indien dit eenig gevolg heeft dan is het slechts om hem van elke verdere verantwoordelijkheid te ontheffen. Voorts zijn de Ministers ook rechterlijk verantwoordelijk voor het Parlement, doch dit is weder een verantwoordelijkheid voor den Koning die rechtspreekt door zijn Parlement" (noot blz. 412).

Zie hier eenige hoofdtrekken van de Constitutioneele Monarchie, zooals Mr. v. I. zich die voorstelt en zooals zij, behoudens eenige afwijkingen, naar zijne meening in Engeland bestaat of eigenlijk bestaan heeft.

Het komt mij voor, dat deze staatsleer niet op de werkelijkheid gegrond is. Het is in zekeren zin bewonderenswaardig uit eenige abstracte stellingen den staat op te bouwen en Mr. v. I. houdt zijne stellingen goed vast, maar zijn gebouw schijnt mij een luchtkasteel. Hij noemt den staat „eene zedelijke macht die het recht brengt", op grond dat eene vitale functie van den staat de verzekering van het recht is. Eene functie wordt hier tot een subject gemaakt. Het algemeen gevoelen, dat de staat de verzekering van het recht beoogt, heeft geene betrekking op het wezen van den staat, maar op het staatsdoel. Onverklaard blijft, waarom het orgaan van deze verpersoonlijkte functie zou moeten zijn de Koning. Evenzoo is „de zelfstandige persoonlijkheid" eene uitdrukking, die met de realiteit niets te maken heeft. Het is m. i. niet wel te begrijpen, wat men onder een orgaan van deze abstractie heeft te denken, en evenmin waarom dat orgaan zou zijn eene instelling als het Engelsche

Hoogerhuis. Men kan wel zeggen, als men dat meent, dat de Tweede Kamer behoort op te komen voor de eischen der gemeenschap en de Eerste voor de rechten der personen, maar dit is nog iets geheel anders dan te beweren, dat de Tweede Kamer noodwendig het éénige orgaan is der gemeenschap en dat de Eerste Kamer naar haren aard is het orgaan der zelfstandige persoonlijkheid (1). Dergelijke stellingen zijn m. i. volkomen willekeurig. Zoo zou men b.v. even goed kunnen zeggen, dat de verdediging van het land tegen buitenlandsche vijanden steeds is beschouwd als een der eerste plichten van den staat, en daarom in die verdediging het wezen van den staat kunnen leggen, van welken staat dan het hoofd van leger en vloot het orgaan zou zijn. Bovendien laat Mr. v. I. geheel onverklaard, waarom, indien de Koning het eenige orgaan van den staat is, hij niets mag doen zonder medewerking van enkel aan hem verantwoordelijke dienaren, de Ministers. De voorstelling, dat de Regeering geen bestuurscollege is, schijnt mij ook paradoxaal en de enkele inzage van eene Engelsche begrooting, waarop duizenden en duizenden ponden sterling worden uitgetrokken voor uitoefening van staatswerkzaamheid en staatstoezicht, doet m. i. voldoende zien, dat dit althans in het Engeland van onze dagen volstrekt niet zoo begrepen wordt. Evenmin is mij duidelijk, hoe naar Engelsch staatsrecht de verantwoordelijkheid der Ministers tegenover het parlement kan worden ontkend, te minder, waar de schrijver schijnt aan te nemen, dat een votum van het Lagerhuis voldoende is om het ontslag van een Minister noodzakelijk te maken en waar hij de rechterlijke verant-

---

(1) In 1872 zeide BAGEHOT: «The House of Commons still mainly represents the plutocracy, the Lords represent the aristocracy».

woording van de Ministers tegenover het Parlement met zoovele woorden erkent. Te zeggen, dat bij het beheer van leger en vloot de volksgemeenschap en de bijzondere personen één zijn, is eene samenvoeging van woorden, die voor mij althans geen verstaanbaren zin hebben. Al deze meeningen hebben, dunkt mij, de gemeenschappelijke fout, dat zij de werkelijkheid miskennen.

Daarentegen schijnt mij de leer der staatssouvereiniteit gegrond te zijn op eene beschouwing van den staat, zooals hij zich daadwerkelijk vertoont. Niet gering is de steun, die deze leer ontvangt door de in het wezen der zaak overeenstemmende meeningen van een zeer groot aantal staatsleeraars. Op zeer krasse wijze wordt die algemeene instemming verkondigd in eene bij Mr. v. I op blz. 306 aangehaalde uiting van v. Mohl, die zeide: „Dass der Staat der einheitliche Organismus des Gesammtvolkslebens sei, war klar und anerkannt, seitdem die menschlichen Beziehungen in ihrem Wesen begriffen und logisch entwickelt wurden." Ik voor mij ben door den heer v. I. niet overtuigd, dat dit inzicht voor zijne opvatting zou moeten plaats maken.

De heer van Idsinga heeft mij in dit werk voorgesteld als iemand uit de school van Professor Buijs. Hij zal uit het voorafgaande gezien hebben, dat ik, die overigens geen bezwaar heb tegen deze aanduiding, in sommige opzichten de meeningen van mijn betreurden leermeester niet deel. Maar dit daargelaten, het is zeker, dat wij beiden overeenstemmen in groote waardeering voor de persoonlijkheid van hem, wiens invloed voor zoovelen van zijne jongeren eene zeer groote beteekenis heeft gehad. Het doet mij daarom leed, dat Mr. v. I., die op blz. 122 van zijn werk over de administratieve rechtspraak zeide, dat door den hoogleeraar gebezigde „argumenten meer moeten dienen om de ware

reden schuil te houden, dan om haar te openbaren", en die gewezen werd op de insinuatie, welke hierin gelegen is, zijn ongelijk op dit punt thans bij de bespreking der tegen hem uitgeoefende kritiek niet ruiterlijk heeft erkend. De polemische geestesrichting, die den schrijver eigen is, schijnt het hem moeilijk te maken de meeningen van andersdenkenden altijd met die kalmte te overwegen, welke voor een billijke en den goeden toon bewarende kritiek noodig is. Iedereen heeft overigens zoo dikwijls ongelijk, dat het waarlijk niet zoo erg is dat, als het pas geeft, van zichzelven te erkennen.

September 1896.

A. R. Arntzenius.

Overname eener Handelszaak (Affaire). — Academisch Proefschrift van W. VAN GELDER. — Amsterdam, H. EISENDRATH. 1895.

Is een affaire, een handelszaak, rechtens gelijk te stellen met een voorwerp (chose), waarop zakelijke rechten kunnen gelden? Geeft hij, die aan een ander de handelszaak nalaat of overdoet, rechtens meer dan de goederen en schuldvorderingen, daartoe behoorende? Zijn de schulden niet meer te verhalen op den overdrager of op andere erfgenamen van wie nalaat?

Ziedaar vragen, waarop Schr. naar onze tegenwoordige wetgeving tracht te antwoorden, met aanhaling van eenige weinige daarover alsnog verschenen Nederlandsche literatuur, vooral Mr. A. P. TH. EYSSELL, *Themis* 1887, bl. 1, en het proefschrift van Mr. K. W. H. v. LIDTH DE JEUDE, de *Zaak* (affaire) *rechtskundig beschouwd*, Utrecht 1888.

Schr. beperkt zich tot het geval, dat de affaire van een alleen handeldrijvenden koopman door iemand wordt overgenomen, die op denzelfden voet de zaak voortzet. De in art. 30 K. eenigszins, in het Duitsche Handelswetboek vrij uitvoerig behandelde kwesties van overgang van individu op vennootschap, of omgekeerd, of van wijziging in de vennootschap, laat hij ter zijde, (Inleiding bl. 4), zich met drie, tot bl. 101 komende Hoofdstukken vergenoegend. Het eerste (bl. 7—31) is aan het *Object* der Overeenkomst gewijd. Het tweede (bl. 32—56) aan haar *Rechtskarakter*. Het derde (bl. 57—101) aan haar *Rechtsgevolgen*.

In dat Hoofdstuk I tracht Schr. zooveel mogelijk aan te toonen, dat de zaak een zelfstandige eenheid vormt

Toch erkent hij (bl. 13) dat, zoolang zij niet wordt overgedragen, dit ten onzent niet naar buiten werkt. Op de bestanddeelen der zaak evenzeer als op de andere vermogensdeelen des koopmans zijn zijn schulden, zij mogen handelsschulden of particuliere schulden zijn, zonder onderscheid verhaalbaar. Nergens ook geeft onze wet eenigen schuldeischer een voorrecht op het handelsvermogen, al hebben wij ook voorrechten genoeg op den boedel in 't algemeen en op de speciale goederen. Zoo is dan ook de „zaak" geen vereeniging, geen fonds of zedelijk lichaam, geen rechtssubject, maar volgens Schr. toch een rechtsobject, een *zaak*, zooals art. 555 B. W. bedoelt (bl. 18).

Mij komt het voor dat in art. 555 de beteekenis van het woord *zaak* geheel anders is. Niet = *affaire*, maar = *chose*.

Men kan goederen of schuldvorderingen overdragen, men kan niet overdragen wat geen voorwerp van eigendom kan zijn. Men kan wel bedingen maken omtrent allerlei handelingen, als verlating van 't lokaal, niet meer voeren der firma of hare overdracht, omtrent loslating van beklanting, omtrent deze of gene publicatie, omtrent ophouden met eenig bedrijf; men kan zulke bedingen publiceeren; men kan bij niet-naleving betalingen belooven. Maar al die bedingen zamen of afzonderlijk maken nog niet de overname eener handelszaak tot een eigenlijke levering eener zaak, tot een eigendomsovergang in den zin onzer wet.

Aan het overgaan eener firma van een persoon op een ander heeft onze wet niet speciaal gedacht, altans niet (zooals het Duitsche Handelswetboek art. 23 e. a.) het speciaal vermeld. In dat artikel 23 wordt verboden, de firma op zichzelve te vervreemden, als men de zaak blijft voortzetten. Ten onzent wilde (zie bl. 30) de Staatscommissie, bij Kon. Besluit van 22 Nov. 1879 ingesteld,

in art. 2 van haar ontwerp zulk een vervreemding wèl toelaten. Zonder uitdrukkelijk verbod staat zij m. i. vrij, al is ook de wet niet zoo geheel duidelijk met het eigenlijk aan een firma buiten het geval van vennootschap verbonden recht.

Hoofdstuk II, bl. 32—56, heet „het Rechtskarakter der Overeenkomst" en bespreekt ons positief recht. Wie de *zaak*, de *affaire*, (zie Schr. zelf bl. 35) overdraagt doet zulks met het onroerend goed, waarin het bedrijf wordt uitgeoefend, de goederen in voorraad, de firma, het handelsmerk, het enseigne, de materialen en ook de vorderingen en schulden, behoudens bizondere bepaling van het contract.

Hierin kan ik wel met Schr. medegaan, behalve in zoover, dat hij m. i. had moeten opmerken, dat de schulden in den regel ook nog ten laste van den oorspronkelijken debiteur blijven en de vorderingen, zoo ze niet endossabel zijn, ook een speciale overdracht noodig hebben volgens art. 1449, 3e B. W. om rechtens over te gaan op wie de zaak overneemt.

Dat de beklanting geen eigenlijk deel der zaak vormt, merkt Schr. terecht op (bl. 36); zij is afhankelijk van den vrijen wil der afnemers. Wel kan wie overdraagt zich verbinden tot onthouding of tot aanbeveling, maar geheel hetzelfde is dat niet, omdat het tegenover derden, tegenover die klanten, geen recht geeft. Dat intusschen bij niet-nakoming door wie overdraagt tegen dezen kan worden toegepast art. 1275 B. W. en, behoudens schadevergoeding aan een ander, tegenover wie overnam ook art. 1276 B. W., is m. i door Schr. bl. 40 een weinig te onbeslist aangegeven. Het geval kan zich voordoen, dat de overnemer vernietiging wil van wat tegen de overdracht in geschiedde, en dat dit de vergoeding van 1276 B. W. jegens een derde waard is. Voor die vergoeding, hetzij door hemzelven, hetzij door den overdrager, heeft de

overnemer dan te zorgen, altans zoo die derde ze vordert.

Ten deele ga ik weer met Schr. mede omtrent art. 1285 B. W. De overtreding van 't beding door ééne der partijen kan zóó zijn, dat de rechter niet de *volle* als schadevergoeding opgegeven som behoort toe te kennen, maar toch iets. Art. 1345 moet, behoudens speciaal beding, ook buiten 't geval van gedeeltelijke niet-nakoming toepasselijk zijn. Dat die artt. B. W. vertaling zijn van C. 1152 en 1231, vermeldt hij intusschen niet. Ook niet, dat de toepasselijkheid van art. 1345, die hij wenscht, met den tekst van 't B. W. zeer goed overeenkomt. Dat art. 1345, bij *verbintenissen onder straf of poenaliteit* den rechter machtigend tot wijziging der straf, indien de hoofdverbintenis voor een gedeelte is vervuld, noemt een ander geval dan het *in gebreke blijven* van art. 1285, dat op 't geval van *niets* doen ziet, van geheel „in gebreke „blijven om dezelve na te komen". De artt. staan trouwens in den Code zoowel als in 't B. W. in denzelfden Titel. Art. 1345 moest wellicht wat duidelijker zijn toepasselijk verklaard op ieder geval van gedeeltelijke vervulling, zoowel op vertraging daarin als op ophouden daarmede. Maar men kan het er wel in lezen. Schr. had die opinie altans moeten vermelden.

Bl. 45 begint de behandeling der contracten van ruiling of koop, waartoe men de overeenkomst tusschen hem die overgaf en hem die overnam vaak wel kan brengen, zoo altans wie overgaf niet meer aansprakelijk bleef, al bedong hij ook nog een deel in de winsten. Zie H. R. 23 Dec. 1881, *W.* 4725 en ook Diephuis, Ned. Burg. Recht XI bl. 188 e. v. Dat hij intusschen dat ophouden zijner aansprakelijkheid enkel kan doen gelden tegen wie van hem overnam, niet tegen wie vooraf reeds zijn schuldeischers waren, is duidelijk. Schr. spreekt het ook niet tegen, al had hij het wat beslister mogen zeggen.

Het koophandelsrecht, verbonden aan de overeenkomst tusschen hem, die de zaak overdraagt, en hem, die haar overneemt, wordt aan 't slot van Hoofdstuk II m. i. zeer goed uiteengezet. Ook zulk een overdracht behoudt het karakter van handel, al treedt wie overdroeg daarna als koopman af. Hij moest het zijn om er toe te kunnen komen.

Het grootste Hoofdstuk is III, dat tot de rechtsgevolgen der overeenkomst al dadelijk de verplichting tot levering brengt, niet enkel, zooals DIEPHUIS e. a. (zie bl. 61), van de verschillende rechten en goederen, maar ook van de geheele handelsaffaire. Met het Burgerlijk Wetboek art. 555 laat zich dat m. i. niet goed rijmen. Niet de onderneming is het voorwerp van eigendom, al brengt het contract allerlei overdrachten van goederen, vaak ook soms vorderingen of rechten met zich, en al kan ook wie de onderneming overdraagt zich daarbij tevens verbinden, er een tijd lang of wel hier of daar geen nieuwe op te zetten.

De „zaken" in art. 555 B. W. heeft een minder ruimen omvang, een meer objectieven zin; dat blijkt uit allerlei wetsartikelen. Dat, zooals Schr. bl. 67 zeer terecht opmerkt, art. 670 B. W., verwijzend naar artt. 667 en 668, (niet naar het later ingevoegde 669) voor den koophandel ruimte laat in de wijze van levering van roerende zaken en schuldvorderingen, bewijst niet, dat het tot die roerende zaken en schuldvorderingen ook brengt de affaire in 't algemeen, de onderneming en het recht haar uit te oefenen. Het blijft tusschen partijen, die contract sluiten omtrent die onderneming als zoodanig, een overeenkomst van doen en laten of betalen, zonder buiten de schuldvorderingen of de voorwerpen een koop te worden in den zin der wet (zie art. 1493 naast art. 555 B. W.)

Ook de overdracht van die schuldvorderingen tegen derden is m. i. (zie bl. 70 e. v.) wel wat te veel door Schr. onder het karakter van verkoop gebracht. Het kan aan die derden allicht vrijstaan, den kooper der affaire niet als hun crediteur te gaan beschouwen. Een meer speciale aanzegging van de overdracht is aan hen dan nog te doen.

Op bl. 76 komt Sch. weder tot de opmerking, dat de overdracht der affaire nog geen eigendom doet overgaan van de zaken, die volgens de wet levering noodig hebben. In de eerste plaats onroerende en roerende goederen, schepen, fabrieks- en handelsmerken, (zie wetten 25 Mei 1880, 22 Juli 1885 en 30 Sept. 1893). Voorts endossabele vorderingen. Vorderingen aan toonder had hij daarbij kunnen voegen. Ook deze gaan niet over zonder overgave van haar zelve, van haar papier. Zoo ook natuurlijk niet zonder publicatie der overdracht het recht op de firma, gevoerd door wie de onderneming verkocht.

Bl. 84 en v. bespreken nog nader de vorderingen op naam en de schulden der affaire. Schr. zegt m. i. wel wat al te zeer dat beteekening der overdracht aan de schuldenaren onnoodig zal zijn. Altans zoo dezen kwestie maken en tot een proces komen omtrent de betaling der vorderingen. Eenig schriftelijk bewijs voor overdracht of kwijting, hun door den oorspronkelijken crediteur te verschaffen, zal hun ook in geval van betaling buiten proces altijd goed te pas komen.

Wat nu betreft (bl. 87 e. v.) de *schulden* uit de affaire ontstaan, daarvoor wordt de kooper niet aansprakelijk jegens de crediteurs. De verkooper houdt ook, zooals hierboven, bij Hoofdstuk II, reeds gezegd is, niet op, aansprakelijk te zijn. Men kan natuurlijk speciale bedingen maken met den kooper of nieuwen vennoot, maar op zichzelve volgde de Nederlandsche wetgeving tot nog

toe de Duitsche artt. 113 en 166 Handelswetboek omtrent nieuwe vennooten niet na. Die artikelen verschaffen trouwens niet dan in een beperkten zin den overgang der aansprakelijkheid met de firma. Zij maken nl. den nieuwen vennoot in firma of in commandite mede aansprakelijk voor de schulden van hen, bij wie hij toetreedt. Hij, die de schulden aanging, wordt niet er van vrijgesteld.

Op bl. 91 zet Schr. ons recht omtrent de overdracht van schulden en schuldvorderingen m. i. zeer goed uiteen. Zoo ook op de volgende bladzijden omtrent de aan die schuldvorderingen verbonden rechten, zoo in verandering van schuldenaar wordt toegestemd. Minder kan ik mij intusschen vereenigen met wat op bl. 98 wordt gezegd, dat als de crediteur de overdracht der affaire heeft erkend, „door bv. de handelsrelatiën met den „kooper voort te zetten", hij verklaard heeft, dat hij tegen dien kooper wil gaan ageeren ook voor de vroegere schulden en dan den verkooper der affaire zou loslaten en ook de voorrechten, hypotheken en borgtochten, aan de vordering tegen dezen verbonden. Zonder bepaalde verklaring van den crediteur verliest deze m. i. de zakelijke rechten of mede-vorderingen niet, al is het ook waar, dat hij ze niet heeft kunnen doen werken tegen den kooper. Dat die kooper mede jegens hem aansprakelijk wordt door zulks aan den verkooper, den oorspronkelijken debiteur, toe te zeggen, moge volgens art. 1353 B. W. juist zijn — dat art. 1453 het recht van den crediteur ook nog handhaaft tegenover den verkooper, had Schr. duidelijker behooren te verklaren en te erkennen. Zijn bl. 100 spreekt het wel niet tegen, maar een zóó gewichtig punt had wat meer wetsaanhalingen mogen hebben.

Zoo is het ook op bl. 101. De handelszaak is niet zoo-

zeer (als de erfenis) een collectief van goederen en schuldvorderingen, dat wie die „zaak" overdraagt, niet jegens den kooper verplicht is tot vrijwaring voor bepaalde goederen en rechten, die deze, hetzij nevens die „zaak" hetzij als hare bestanddeelen, overnam. Het moge waar zijn, dat die vrijwaring in zulke overdracht van affaire zelden zal voorkomen en dat dus een artikel als 1573 B. W. (= C. 1696) hierbij wellicht minder nut zou hebben, voor Schr.'s arbeid had de zaak nog bespreking verdiend.

Zien wij intusschen met waardeering op hetgeen Sch. verstrekte, ook nog op de slotbeschouwing! Moge een wensch als te Leipzig reeds in 1880 door de Duitsche Juristenvereeniging werd uitgesproken omtrent een duidelijke verklaring, in hoever wie een handelszaak overneemt, rechten verkrijgt of toekent, nog eenmaal in Nederland aan de orde komen en dit proefschrift dan goed worden nagegaan!

December 1896. A. Heemskerk.

Executoir-Arrest op een onroerend goed, dat verkocht, maar nog niet geleverd is. — *Academisch Proefschrift* van P. C. E. VAN WIJMEN. — Amsterdam 1895.

Den 2en Juli 1895 werd deze dissertatie te Amsterdam verdedigd. De uitgever of drukker wordt niet vermeld. De 95 bl., verdeeld in eene Inleiding en III Hoofdstukken, bespreken vooral art. 505 Rv., met de wijzigingen, die art. 86 van 't ontwerp-HARTOGH daarin sedert bracht en toen wilde brengen.

Dat ontwerp leidde, zooals men weet, na Schr.'s promotie tot de wet van 7 Juli 1896, *Stbl.* no. 103. Deze kwam krachtens Kon. Besluit dd. 31 Juli 1896, *Stbl.* no. 146, met 1 Januari 1897 in werking. Het blijft van belang, na te gaan, in hoeverre die wet van 1896 wijziging bevat in het antwoord, door Schr.'s Inleiding aangekondigd op deze vraag: „Vóórdat de koopakte van een onroerend goed in de openbare registers is ingeschreven, wordt door een daartoe gerechtigde executoriaal beslag gelegd op het verkochte goed en wel overeenkomstig art. 505 Rv. met inschrijving. Kan nu de vroeger verleende titel van eigendomsoverdracht nog worden ingeschreven ten nadeele van den inbeslagnemer?"

Ziedaar de groote kwestie, zoowel bij de nieuwe faillissementswet als bij Burgerlijke Rechtsvordering of Burgerlijk Wetboek aan de orde.

Die faillissementswet, dd. 30 Sept. 1893, *Stbl.* no. 140, trad eerst in werking 1 Sept. 1896, door de wet van 20 Jan. 1896, *Stbl.* no. 9. Haar art. 5, 2e luidt: „De door

„art. 671 B. W. gevorderde overschrijving van vroeger „opgemaakte akten of de inschrijving van vroeger ver- „leende hypotheken, na den dag der overschrijving van „het pr.-verbaal van inbeslagneming, kan aan de rechten „van den inbeslagnemer geen nadeel toebrengen."

Zoo leest die wet art. 505 Rv., 5e lid. Dat art. 5, 3e daarop nog laat volgen: „Van art. 566 Rv. wordt het „laatste lid gelezen: Vroeger afgegeven pand- of ver- „bandbrieven kunnen na den dag dier overschrijving „niet meer worden ingeschreven", betreft wel is waar enkel schepen, dus geen onroerend goed, maar het toont toch, daar het blijkbaar enkel tot verduidelijking, niet tot rechtswijziging een herziening gaf van den ouden tekst van art. 556 Rv.: „Vroeger afgegeven pand- of verband- „brieven kunnen worden ingeschreven tot de overschrij- „ving van het vonnis van toewijzing in de bovenstaande „registers", *niet meer na* lezend instede van *tot*, dat de wetgevers van 1893 en 1896, den voorrang van wie het eerst werd ingeschreven in de registers duidelijk willende doen uitkomen, daarom nog niet van meening waren, dat de oude Burgerl. Rechtsvordering dien voorrang niet aangaf.

Zoo heeft de wet van 7 Juli 1896, *Stbl.* no. 103, vele wijzigingen brengend ook in Rv. II, tit. 3, ongetwijfeld door de kans op geldige inschrijving van hypotheken ten nadeele van den inbeslagnemer (art. 505 i. f.) af te snijden en ook de geldige overdracht tot diens nadeel, zoodra het pr.-verbaal van inbeslagneming is overgeschreven in de hypotheekregisters, de wet verduidelijkt, maar daarmede is nog niet aangetoond, dat wat ons Wetboek van 1838 in art. 505 laatste al. aangaf ten voordeele van vroegere hypotheken, daarom ook gold voor vroegere eigendomsvervreemdingen, die nog niet waren geregistreerd.

De strijd, daarover gevoerd, verdient steeds alle aandacht, al heeft ook de wetgever van 1896, waar hij vroegere alinea's van art. 505 Rv. ongewijzigd liet, m. i. doen blijken, dat hij tot uitvoering van zijn stelsel van zekerheid voor wie in beslag nam, geen wetswijziging omtrent de vervreemding van onroerend goed noodig achtte.

De rechtsspraak bleef altans vóór invoering der nieuwe wet met 1897 nog betwist.

Te meer, daar (zie bl. 16) de Hooge Raad bij arr. 14 Mei 1875 *W.* n°. 3853 besliste, dat bij verkoop vóór faillissement van den vervreemder daarnà de akte nog geldig kan worden ingeschreven.

Eene partij dus ziet de bemoeiing van den vervreemder met die overschrijving niet in als noodig. De op bl. 16 genoemde Staatscommissie wil die bemoeiing wèl als noodig uitspreken. Schr. schijnt dat goed te keuren, want z. i. kan men (bl. 16 i. f.) gerust aannemen, dat de kooper de akte zelfstandig kan laten inschrijven.

Mij komt het voor, dat *hierin* zoozeer niet de vraag lag; den kooper afhankelijk te maken van den verkooper, in zake den op het contract te volgen eigendomsovergang, de *levering* in den zin van art. 671 B. W. is niet noodig en heeft veel gevaarlijks. Den kooper afhankelijk te maken van zijn eigen snelheid in zake de inschrijving zijner akte in de openbare registers, vóórdat iets anders is ingeschreven, dat eventueel als de koop tot een zakelijk, door inschrijving te verkrijgen recht op onroerend goed leiden kan, ziedaar de kwestie, waarop m. i. het wetboek van ouds een goed maar sinds 1897 een duidelijker, hoewel overeenkomstig antwoord geeft. Zoodra door faillissement of inbeslagname een recht op 't goed verkregen is, moet een nieuw zakelijk recht daar niet vóór kunnen komen, al was het ook door den eige-

naar beloofd. En vóórdat de inschrijving geschied is, is het zakelijk recht nooit verkregen, nooit overgegaan, hoewel beloofd.

Hoofdstuk II behandelt mede art. 505 Rv. Dit Hoofdstuk loopt van bl. 17—71 en telt slechts twee §§, hoewel Schr. die § 2 en § 3 betitelt. Dat geve geen verwarring! Die §§ zijn gewijd aan al. 4 en 5 van art. 505, aan den stand van zaken, nadat de inschrijving van het beslag eenmaal is geschied.

Al. 4 is weer in het wetboek van 1896, *Stbl.* no. 156 duidelijk:

„Te rekenen van den dag dier overschrijving (n.l. van „de inbeslagneming), zal de partij, tegen welke het beslag „gedaan is, de in beslag genomen onroerende goederen „niet mogen vervreemden, hypothekeeren of verhuren; „overeenkomsten, in strijd met dat verbod aangegaan, „kunnen tegen den inbeslagnemer niet worden ingeroepen. „De huurcontracten vóór dien dag aangegaan, zullen van „kracht zijn, zoo zij niet zijn gemaakt om de regten van „den schuldeischer te verkorten".

Die laatste volzin is uit het oud art. 505 overgenomen; van den eersten volzin is hetgeen volgt op „verhuren" nieuw. Art. 505 had daarvoor oorspronkelijk enkel „ten „nadeele van den inbeslagnemer".

Volgens Schr. laat die oudere tekst den verkoop of de verhuring vrij, maar het recht van wie eenmaal in beslag nam bleef van kracht, zoodat hij altijd nog kon excecuteeren als hem niet zijn schuld en kosten werden uitbetaald of wel werd aangetoond, dat hem de volle waarde van het goed uit de kooppenningen of anders verschaft werd.

Het schijnt wel, dat een ruimere, een tot verbod van *allen* verkoop en *alle* verhuur voerende opvatting van het oude art. 505 hare aanhangers vond, o. a.

Mr. F. R. PENNINK, in zijn „Aanteekeningen op ver-„schillende Artikelen Burg. Rechtsvordering", maar het is moeilijk aan te nemen, dat van de artt. 686 en 687 van de oude Proc. luidend: „La partie saisie ne peut, „à compter du jour de la transcription de la saisie, „aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer". en:

„Néanmoins l'aliénation ainsi faite aura son exécution „si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur „consigne somme suffisante pour acquitter en principal, „intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers inscrits, „ainsi qu'au saisissant, et qu'il leur signifie l'acte de „consignation".

niet òf het eerste òf beide met hunne duidelijkheid zouden zijn overgenomen, zoo men niet de vrijheid voor den eigenaar gewild had, behoudens zekerheid voor wie in beslag nam.

Op bl. 32 begint een ander vraagpunt. Zij het beslag zoo krachtig als men wil tegen vervreemding der goederen, hoe is het met de verhaalbaarheid (op die gearresteerde goederen) van na het beslag door den schuldenaar aangegane verbintenissen? Schr., ten dezen oneens met Mr. EVERWIJN LANGE, proefschr. „Executoir-arrest op „inschulden", Amsterdam 1888, meent, dat diegene, wiens vordering na het beslag ontstaan, maar vóór de gerechtelijke toewijzing opeischbaar geworden is, vóór die toewijzing verzet zal kunnen doen tegen de afgifte der kooppenningen en met den arrestant zal kunnen concurreeren.

Moeilijk kan men alweer hierin samengaan met Schr., wil men niet het geheele beslag tot een wassen neus maken. Het kan eveneens voor schuldeischers van vroegeren datum hard wezen, bij den beslaglegger achter te staan, maar voor hen is evenals voor allen de weg

geopend om tot verklaring van faillissement of van kennelijk onvermogen te komen. Zóó kan een privilegie, zooals volgens Schr. de Hooge Raad, Arr. 7 Dec. 1883, confirmeerend Arr. Hof den Bosch en vonnis Maastricht, minder te recht toekende aan wie beslag legde, in overeenstemming met de wet worden tegengegaan en opgeheven. Vandaar dat de wet het niet bij den titel der privilegiën noemde en het ook enkel gevolg achtte van het beslag, geen eigenlijk voorrecht, al heeft de wet ook ten dezen m. i. gegeven wat de Hooge Raad 7 Dec. 1883 erin zag.

Faillissement of kennelijk onvermogen, ziedaar waarmede m. i. meer vorderingen tegen den eigenaar van 't goed, waarop beslag is gelegd, moeten worden geholpen, dan Schr. in dit gedeelte van zijn werk wel aangeeft. (771 K. en 889 R.) Meerdere vrijheid tot beschikking kan men ook den debiteur moeilijk toekennen, als men de wet goed leest, ook zooals zij reeds vóór 1 Jan 1897 gold.

Voor roerend goed begint Schr., bl. 43, met aanhaling van art. 457 Rv., dat bij de wet van Juli 1896 niet is gewijzigd: „De schuldeischers van dengene, wiens goe„deren zijn in beslag genomen, kunnen, uit welken hoofde „ook, zelfs niet uit hoofde van verschuldigde huur, „eenige andere oppositie doen dan tegen de afgifte der „kooppeningen".

Dat artikel, in verband met art. 2014 B. W., maakt den kooper machtig om te houden wat hij kocht en kreeg, hoewel art. 442 Rv., betreffende het aanstellen van een bewaarder door wie in beslag nam en mede ongewijzigd blijvende, het middel aangeeft om de goederen niet te doen ontgaan aan het beslag. Die bewaarder zal zich tegen iedere zoodanige afgifte hebben te verzetten, en artt. 460 en 461 Rv. waken er nog tegen, dat waar ook nog andere schuldeischers verzet tegen de afgifte hebben

gedaan, de inbeslagnemer de goederen zou kunnen doen loslaten.

Ook daarin ga ik met Schr. mede, dat de algemeene Pauliana van 1377 B. W. hier niet wordt weggenomen, maar dat de bedoelde artt. Rv. (meerder, meer zakelijk recht gevend aan schuldeischers, die zich in tijds deden gelden) daarnevens, daarvóór geldig zijn. Niet het plegen van bedrog behoeft te worden bewezen door wie zijn recht wil bewaard zien.

Zooals ik reeds hierboven aangaf, begint nu § 3, bl. 49, met een redeneering, waarin ik Schr. niet kan volgen. Ook reeds in het recht van 1838, hoewel minder duidelijk dan in het nieuwe Wetboek van R. V., mist wie vóór het beslag kooper werd, maar niet was ingeschreven, door het arrest m. i. wel degelijk zijn zakelijk recht op het goed, behoudens zijn bevoegdheid om door inschrijving van zijn koopakte en regeling met den beslaglegger nog tot dat zakelijk recht te komen, wat voor hem gewenscht kan zijn.

In hoever nu die bevoegdheid door faillissement van den verkooper den kooper ontnomen wordt, is het punt, waaromtrent bl. 50 e. v. met aanhaling van arrest H. R. 14 Mei 1875, *W.* 3853, het werk van Mr. J. C. DE MAREZ OIJENS, *Beginselen van het hedendaagsche Faillietenrecht*, bestrijdend, ontkennend spreekt. Zoo deed ook de Amst. Rechtbank 1 Oct. 1879, omtrent schepen, met zeeschepen gelijk te stellen. (*W.* 4460). Behoudens de Slotalinea van art. 505 Rv. omtrent de hypotheken, reeds vóór 't beslag verleend, blijf ik hier van 't gevoelen van Mr. OIJENS, al zijn er ook velen van andere inzichten. Eerst *door* de inschrijving gaat, zie art. 671 B. W., de eigendom over bij onroerend goed en bij schepen. Wie na zijn verkoop failliet raakt, is nog eigenaar en curatoren kunnen bewerken, dat hij dat blijve, dat een

andere verkoop dan de door hem beloofde plaats vinde, al is ook daarom wie vóor 't faillissement van hem kocht nog niet verstoken van een aandeel als schuldeischer, zoo 't blijken mocht, dat het niet overgaan van den eigendom dezen een verlies geeft, hetzij wegens betaalde koopsom, hetzij wegens hem ontgane winst, uit het verkochte te trekken boven de koopsom, van hem bedongen.

Dat eerst door de inschrijving de eigendom overgaat, wordt ook aangenomen in vonnis der Rechtbank te Amsterdam dd. 14 Nov. 1893, te vinden in het opstel van Mr. J. H. MULLER, *Themis* 1894 bl. 70 e. v., die evenals Mr. OIJENS m. i. ten onrechte door Schr. bestreden wordt, al blijft het ook waar, dat art. 503 Rv., met zijn 30 dagen, in de sinds 1897 geldende wet tot *twee dagen* verminderd, tusschen bevel van betaling en beslag altijd nog al kans opent op vervreemdingen of bezwaringen, die den inbeslagnemer niet zéér zullen behagen.

Dat nu het derde Hoofdstuk, weer Hoofdstuk II genoemd, bl. 71—95, in vier §§ nog meer speciaal den eigendomsovergang volgens in 1895 bestaand en volgens actueel recht behandelt, maakt het wel interessant, ook voor wie het niet in alles beaamt.

Zoo zou ik reeds dadelijk § 1 min juist achten.

Het voorstel der Staatscommissie om aan art. 671 B. W. als laatste alinea toe te voegen:

„Hij, die zich tot de levering verbonden heeft, kan „daartoe genoodzaakt worden bij vonnis, dat dezelfde „kracht heeft alsof hij in de overschrijving had toege„stemd".

wordt daar door Schr. onnut geacht omdat een schuldenaar nu eenmaal nooit tot *persoonlijk* handelen kan worden gedwongen en men, waar 't op zijdelingschen dwang of op schadevergoeding aankomt, het wel weet te vinden met beslag op de goederen en verkoop.

Hier is het voorstel m. i. een vereenvoudiging van belang en bovendien kent het aan een vonnis een kracht toe van de toestemming, die rechtens verschuldigd, maar allicht niet te verkrijgen was. Toch had die toestemming haar beteekenis, daar een eigenlijke revindicatie nog niet kon gebeuren vóórdat de eigendomsovergang had plaats gehad.

Bl. 87—90 geven een § 2, bestrijdend art. 35 der nieuwe Faillissementswet, dat luidt:

„Van vóór de faillietverklaring opgemaakte akten kan „de door art. 671 B. W. of 309 K. gevorderde over-„schrijving, en van bevorens verleende hypotheken, „alsmede van de akten, genoemd in art. 315 K., de „inschrijving na de faillietverklaring niet geldig meer „geschieden".

Schr. acht dit een betreurenswaard plan. Misschien zal het m. i. tot bespoediging van eenige faillissementen leiden, maar van de eenmaal hangende schulden meer doen terecht komen.

In § 3, bl. 90—93, wordt art. 5 van het met 1 Sept. 1896 tot in werking treden der Faillissementswet van 1893 geleid hebbend wetsontwerp, thans wet 20 Jan. 1896 *Stbl.* n°. 9, afgekeurd. Het zou art. 505, 5° Rv. hebben doen luiden: „Vroeger wettig verleende hypo-„theken kunnen na den dag dier overschrijving (nl. van „'t beslag), ten nadeele van den inbeslagnemer, niet „worden ingeschreven in de registers".

De wet van 20 Jan. 1896 n°. 9 brengt daarvoor *nu*: „De door art. 671 B. W. gevorderde overschrijving van „vroeger opgemaakte akten of de inschrijving van „vroeger verleende hypotheken, na den dag der over-„schrijving van het pr.-verbaal der inbeslagneming, kan „aan de rechten van den inbeslagnemer geen nadeel „toebrengen".

Dat is volgens Schr. vermoedelijk een verduidelijking, volgens anderen een verbetering in genoemd wetsartikel.

Meer ga ik met Schr. mede omtrent § 4. Men moet den gearresteerde niet beletten om, behoudens het recht van den inbeslagnemer op den koopprijs of de hypothecair beloofde som, nog eenigen verkoop of verband te vestigen. Het best kan zulks m. i. door registratie, na 't verband geschied, van kracht te doen worden enkel door opheffing van dat verband, maar dan van af haar eigen datum. Zoo ware, bij wederzijdsche goede trouw, ieder gebaat.

Daartoe zou m. i. ook strekken eene andere wijziging in het thans geldend Wetboek van B. Rechtsvordering.

Het is volkomen waar, dat het nieuwe art. 503 Rv., *twee* dagen in stede van *dertig* dagen stellend als minimum voor den tijd tusschen het bevel van betaling en het beslag, het zeer moeilijk maakt het goed aan een actieven beslagnemer te onttrekken in strijd met diens rechten. Maar waarom hem niet veel vollediger recht bezorgd? Waarom niet gezegd, dat als het bevel binnen zekeren bepaalden tijd tot een beslag leidt, dus niet tot vernieuwing wordt genoodzaakt, verbintenissen, tijdens die *twee dagen* van art. 503 aangegaan omtrent het sedert in beslag genomen goed, niet dan behoudens toestemming van wie het beslag legde of behoudens diens rechten van kracht kunnen zijn?

Moge ter volledige verzekering van rechten der crediteuren nog een nieuwe wet, ook na wat met nieuwjaar 1897 in werking getreden is, een nuttig gevolg blijken almede van Schr.'s belangrijk proefschrift!

Jan. 1897. A. Heemskerk.

VARIA.

Het jongste Nutsrapport over de Volkshuisvesting.

In 1890 verscheen het rapport van de heeren J. van Hasselt en Mr. L. Verschoor, over de arbeiderswoningen in Nederland, als gevolg van de opdracht, hun verstrekt door de Maatschappij tot nut van 't algemeen, om een onderzoek in te stellen naar hetgeen hier te lande gedaan is, tot verbetering van de huisvesting der arbeidende klasse. In dat geschrift treft men eene beschrijving aan van de geschiedenis en den werkkring der voornaamste vereenigingen, welke op dat gebied werkzaam zijn. Het behandelt de verschillende bestaande vereenigingen met hare woningen, stadsgewijze, en de inrichting en kosten van onderscheidene typen van arbeiderswoningen. Aan den tekst zijn tal van platen toegevoegd, aangevende den platten grond en de doorsnede der huizen. Een voortreffelijk boek, niet alleen voor hen, die op de hoogte willen zijn van hetgeen in Nederland in deze materie gedaan is, maar ook van practisch nut voor particulieren of vereenigingen, die in deze richting werkzaam zijn, voor wie menige behartigenswaardige opmerking te vinden is over constructie, inrichting, verhuring, in één woord over alle technische, hijgiënische en financieele bijzonderheden.

Het onderwerp was evenwel nog niet uitgeput en in 1894, besloot de Algemeene Vergadering der Maatschappij, aan het hoofdbestuur op te dragen, een geschrift te doen bewerken, over den tegenwoordigen stand van het woning-

vraagstuk en in het bijzonder, over de middelen tot verbetering der woningtoestanden.

Dit belangrijke geschrift is in het afgeloopen jaar verschenen, getiteld „het vraagstuk der volkshuisvesting" en bewerkt door de heeren Mr. H. L. Drucker, Mr. H. B. Greven en Mr. J. Kruseman. (rapporteur).

Het is verdeeld in drie hoofdstukken. Het eerste behandelt „het vraagstuk" op zichzelf; wijst de oorzaken aan, die geleid hebben tot de inrichting van de slechte, ongezonde woningen, welke men nog allerwegen aantreft; en toont de twee wegen aan, die gevolgd moeten worden, bij het verbeteren van die treurige toestanden, namelijk: 1e het aanbouwen van nieuwe woningen op vrij terrein, 2e het sloopen en herbouwen van oude huisjes.

De oorzaken, zoo lezen wij, waren bijna overal dezelfde, althans in de steden. Als men rekening houdt met het feit, dat de meeste steden oudtijds vestingen waren, wier bevolking in den loop der tijden toenam, dan behoeft men zich niet te verwonderen, dat de beschikbare grond allengs geheel werd ingenomen door woningen, waarbij natuurlijk de armen van de slechtste conditie waren, die het slachtoffer werden van het „streven der grondeigenaren, tot exploitatie hunner bouwterreinen". Zoo kwamen die gangen en stegen tot stand, waarin de arbeidersbevolking werd opgehoopt, welke gebrek heeft aan licht en lucht en thans het medelijden van alle weldenkenden opwekt. Die misdeelden door de fortuin mochten zich nog gelukkig achten, als zij eene bovenaardsche woning konden betrekken, want niet weinigen moesten zich behelpen met kelderwoningen, verblijven, allerminst geschikt voor de huisvesting van menschelijke wezens. Zoo vond de gezondheids-commissie, die in 1874 te Amsterdam rapport uitbracht aangaande de kelderwoningen, 4985 dergelijke verblijven, waarvan 60 pct.

voor onbewoonbaarverklaring in aanmerking kwamen. Eerst in 1894 werd besloten, dien maatregel toe te passen op 17 van de allerergste kelders.

In sommige nieuwere stadswijken treft men betere woningen aan, die in den lateren tijd gebouwd zijn. Maar met den bouw dier woningen houdt de ontruiming der oude krotten geen gelijken tred; want deze laatste, hoe slecht ook, zijn gewoonlijk in het midden der stad gelegen en daarom gemakkelijk voor de bewoners, die zelden te bewegen zijn om verderaf te gaan wonen. Hierbij wordt gewezen op de omstandigheid, dat de nieuwe woningen niet altijd gebouwd worden, waar zij het meest gewenscht zouden zijn, doordat de eigenaars van bouwterrein dit somtijds niet verkoopen, vóórdat de prijzen aanzienlijk gestegen en te hoog zijn voor arbeiderswoningen.

Men zou hier kunnen bijvoegen, dat veelal, in aanzienlijke wijken, de voorwaarde wordt gemaakt, dat er geen arbeiderswoningen mogen gebouwd worden. Egoïstisch in de hoogste mate, is die uitsluiting van arbeiderswoningen uit deftige buurten en verbanning daarvan naar zoogenaamde arbeiderswijken, zeer te betreuren. Ten eerste, omdat de werklieden, die in deze buurten arbeiden, ver van hun werk moeten wonen, hetgeen, bij gebrek aan goedkoope vervoermiddelen, zeer ongeriefelijk is. Ten tweede, omdat het juist goed en verheffend voor hen werkt, als zij te midden van meer beschaafde standen wonen, zij het dan ook niet aan de voornaamste straten. Daarom heeft de vereeniging tot verbetering van arbeiders-woningen te 's-Gravenhage, waarvan ik sedert twintig jaren het voorrecht heb bestuurslid te zijn, hare woningen indertijd in verschillende gedeelten der stad geplaatst.

Het tweeledige doel: bouwen van nieuwe, opkoopen en verbeteren van oude woningen, werd, reeds veertig

jaren geleden, door deze vereeniging, bij het ontwerpen van haar reglement, voor oogen gehouden. Indien men zich bepaalt tot het eerste, blijven de krotten met al hunne schadelijke gevolgen bestaan; ruimt men alleen de oude huisjes op, dan ontstaat er natuurlijk een woningnood. Intusschen zal voor iedere vereeniging het eerste gedeelte van het programma wel altijd hoofdzaak blijven, omdat het eenvoudiger en gemakkelijker te verwezenlijken is; terwijl het tweede gedeelte een ingewikkeld en finantiëel moeielijk op te lossen vraagstuk oplevert, zooals ieder weet, die zich in de praktijk daarmede heeft bezig gehouden. Maar hierover later.

Het tweede hoofdstuk handelt over de „pogingen tot verbetering, uitgaande van bijzondere personen en vereenigingen". De ondervinding heeft wel bewezen, dat de aanbouw van nieuwe arbeiderswoningen goed kan slagen en zelfs geldelijk zeer voldoende resultaten kan opleveren. Slechts enkele vereenigingen waren minder voorspoedig, maar de ongelukkige uitslag was dan te wijten „aan de inrichting en de minder goede administratie der vereeniging, alsmede aan den slechten bouw harer woningen", zooals bij de 's-Gravenhaagsche Coöperatieve Bouwvereeniging „Vooruit". Volgens S. mag men daaruit allerminst eene conclusie trekken, omtrent de levensvatbaarheid van Coöperatieve Bouwvereenigingen in het algemeen. „Ware „Vooruit" opgericht en beheerd, zooals andere in het vorige Nutsrapport vermelde Coöperatieve Bouwvereenigingen, de uitslag zoude een geheel andere zijn geweest. Juist de gemeente 's-Gravenhage levert, door een ander voorbeeld, het bewijs van deze stelling en doet zien, dat, indien de omstandigheden medewerken, eene bouwvereeniging zelfs zeer gunstige financieele uitkomsten kan opleveren".

Het tweede gedeelte dezer laatste zinsnede heeft echter geene betrekking op coöperatieve vereenigingen, want de oudste Haagsche vereeniging, wier actief het passief zoo aanzienlijk overtreft, werkt *niet* coöperatief. Deze vereeniging levert intusschen het bewijs voor een andere stelling, of liever een antwoord op de vraag, een paar bladzijden verder gesteld: „of men niet bij de stichting van zoodanige bouwvereenigingen, het benoodigde kapitaal gemakkelijker verkregen zoude hebben, indien men, zonder te streven naar ideale maatschappelijke verhoudingen, het bestuur dier vereenigingen in handen had gelaten van bekwame, ontwikkelde personen, ter zijde gestaan door bezoldigde beambten, en de woningen op gewone wijze had verhuurd. Zeker zoude in vele zulke gevallen het groote doel, de verbetering der woningtoestanden, beter en sneller zijn bereikt dan nu het geval is".

Dit is volkomen juist. Menschen, die kennis en tijd beschikbaar hebben, om zich aan dit doel te wijden en bovendien hunne relatiën hebben in de wereld, waar het onmisbare kapitaal te vinden is, zullen spoediger en beter slagen dan de werklieden zelve, die deze voorrechten niet bezitten. „De ervaring leert spoedig, dat de bewoners, al hebben zij belang bij een goed en zuinig beheer, daarom nog geenszins de noodige kennis, ijver en toewijding bezitten, om de administratie van huizen te kunnen voeren". In verband hiermede wordt zeer terecht opgemerkt: „Eigen beheer en besparing van de winst ten behoeve der bewoners zijn ten slotte niets anders dan bijzaken, welke, hoe aanlokkelijk ook, prijsgegeven moeten worden, indien daardoor de hoofdzaak gevaar loopt"! En de hoofdzaak is „dat de werkman *goed woont*".

Op deze beschouwingen zijn zeer zeker toepasselijk de woorden, voorkomende in het voorbericht: „Wat het

hoofdbestuur in dit geschrift vooral op prijs stelt, is de bij uitnemendheid practische strekking welke het heeft".

Het is nog niet lang geleden, dat er een sterke strooming was, om den werkman eigenaar te maken van zijne woning. Zij, die deze meening bestreden, hadden het hard te verantwoorden en er was eenig weêrstandsvermogen noodig, om niet voor dien aandrang te bezwijken. De stellers van het Nutsrapport willen daarvan niets weten en schrijven: „Het stelsel om den werkman eigenaar te maken van een huisje, is, behoudens in zeer enkele bijzondere gevallen, uit maatschappelijk oogpunt afkeurenswaardig". Niet alleen „belemmert men hem in zijne vrijheid van beweging en kluistert men hem vast aan een moeilijk realiseerbaar onroerend goed", dat op den duur kosten van onderhoud vordert, maar bij overlijden zal de woning, in de meeste gevallen, verkocht moeten worden en weder in handen van derden geraken, in wier bezit zij juist niet zou moeten komen. Of de eigenaar zal, om zijn inkomen te vermeerderen, commensalen in huis nemen, waardoor overbevolking in de woningen zal ontstaan, die men oorspronkelijk had willen weren. Hieraan is nog toe te voegen, dat de bewoner ook, in het gunstigste geval, gedurende lange jaren een hooge huur betalen moet, om later eigenaar te kunnen worden, waardoor hij het groote voordeel mist van eene *goedkoope* woning. (1) Collectieve eigendom wordt minder verkeerd geacht en om dit aan te toonen, staan S. geruimen tijd stil bij de Leidsche Bouwvereeniging „Eigen Haard" (bladz. 49 en volg.) Men heeft berekend

---

(1) Men zie ook het Sociaal Weekblad van 1887 No. 20 en van 1893, No. 45, 50 en 52, in verband met den achteruitgang der cité ouvrière te Mühlhausen. Voorts de brochure van Jhr. Mr. D. O. ENGELEN, «Over individueelen en gemeenschappelijken eigendom van arbeiderswoningen», 1888.

dat bij eene weekhuur van *f* 2.— en een bedrag van *f* 1425 als bouwkosten, de aflossing na dertig jaren zal zijn geschied. Die aflossing wordt bereikt, door bijschrijving eener contributie van 15 cents per week in het „aandeelboekje" en door inschrijving van het batig saldo der jaarrekening van de vereeniging op die boekjes, naar verhouding van de in dat jaar door ieder lid betaalde huurpenningen.

Erkennende dat door particulieren veel goeds is tot stand gebracht, wordt de wensch te kennen gegeven, dat op dien weg worde voortgegaan en dat daarbij vooral ook niet vergeten mogen worden de kleinere, „éénkamer woningen (liefst met uitgebouwd keukentje", waaraan, bij het stijgen der huurprijzen, behoefte bestaat".

Ik sprak reeds met een enkel woord van het andere gedeelte der taak: het opkoopen en afbreken van oude slopwoningen. S hechten daaraan groote waarde, omdat die oude woningen goed gelegen zijn en men nooit er in zal slagen, die te ontvolken, alleen door het aanbouwen van nieuwe in de buitenwijken. Het particulier initiatief heeft zich ook dit werk aangetrokken, maar nooit op groote schaal. Werd dit stelsel vroeger te Amsterdam somtijds toegepast, men heeft daarmede opgehouden, naarmate de prijzen hooger werden. Behalve den prijs der woningen, die berekend wordt naar de huur, welke de eigenaar er van trekt en behalve dien van het terrein, moet men aanzienlijke kosten besteden voor verbetering, of, in de meeste gevallen, voor geheele verbouwing. Maar aangezien de nieuwe woningen ruimer en luchtiger moeten gebouwd worden dan de oude, moet men zich met een kleiner getal tevreden stellen. Daardoor heeft men eenerzijds aanzienlijke uitgaven, anderzijds mindere huuropbrengst. Waar het rapport wijst op de Haagsche vereeniging, welke „kan blijven doorgaan

met het opkoopen en afbreken van oude krotten en het bouwen van nieuwe woningen in hunne plaats", daar moet ik doen opmerken, dat ook deze vereeniging dit slechts op kleine schaal voortzet. Kon zij vroeger de hand leggen op 86 huisjes, die, na eerst verbeterd en jaren daarna afgebroken te zijn, tot 70 moesten worden verminderd, eene operatie, waarvoor haar door de hoogere huren, eene rente van 5,76 pct. vergoed wordt, — onlangs heeft zij *f* 3500 moeten betalen voor 5 vervallen krotten, die geheel nieuw zijn opgebouwd. Om zich voor schade te vrijwaren, heeft zij de huur op *f* 2.10 's weeks moeten bepalen, terwijl vroeger *f* 1.25 betaald werd. Ofschoon de woningen dezen hoogeren huurprijs volkomen waard zijn, zijn de vorige bewoners niet teruggekeerd, daar zij tot eene klasse van huurders behoorden, die dezen prijs niet kunnen opbrengen en, laat ik er bijvoegen, die de vereeniging liever niet in nette woningen plaatst. En hierin ligt eene schaduwzijde van deze wijze van werken, dat de verdreven bewoners zich hoe langer hoe meer gaan opeenhoopen in de overblijvende krotten.

Reeds in de Economist van 1885 toonde ik aan, dat ook in Engeland de grootste bezwaren zijn bevonden in „rehousing", en het zal zeer de vraag zijn, of de wet van 1890, „on the housing of the working classes", die moeielijkheden zal kunnen overwinnen.

Mogen deze bezwaren er toe leiden, om dit deel van het werk niet verder voort te zetten en zich te bepalen tot het aanbouwen van nieuwe woningen op vrij terrein? Neen! antwoorden de stellers van het rapport. Want langs dien weg zullen de oude sloppen nooit ontruimd worden en zullen de laagste klassen, op wie eene goede woning juist een machtigen invloed zou uitoefenen, altijd in hun ellendigen toestand blijven voortleven. Welnu, waar langs natuurlijken weg geene verbetering is te

verwachten, daar aarzele men niet de eigenaars „te dwingen, hunne eigendommen tegen redelijke prijzen af te staan". Die dwang moet uitgaan van den wetgever.

De taak van de overheid en van den wetgever wordt in het derde hoofdstuk besproken.

Daar wij „het tijdperk van het doctrinarisme te boven zijn", kan men niet meer volstaan met de bewering, dat op het hier besproken gebied, uit zijnen aard, niet mag worden ingegrepen door den Staat of de Gemeente. De overheidszorg is geoorloofd, „overal, waar men erkent, dat zij practisch nut kan opleveren". (1)

Als maatregelen, die van overheidswege in aanmerking komen, worden de volgende genoemd.

Verschaffing van bouwterrein. Indien de gemeente in het bezit is van zulk terrein, mag zij dit niet in handen houden, „tot dat er een hooge prijs voor is te bedingen", maar behoort zij het, „op billijke voorwaarden", ter beschikking te stellen van vereenigingen, die arbeiderswoningen willen bouwen. Als voorbeeld wordt daarbij gewezen op de gemeente Amsterdam, die in 1875 grond en kapitaal tegen $4^1/_2$ pCt. beschikbaar stelde. Ook op andere wijze kan zij faciliteiten verleenen, bijv. door de eischen, aangaande de kosten van bestrating en rioleering, geheel of gedeeltelijk te laten vallen.

Verkeersmiddelen. Vooral te Londen, heeft de overheid zich dit punt aangetrokken en bepaald, „dat, 's morgens vóór 8 uur en 's avonds na 6 uur, werkliedentreinen

(1) Het komt mij, met alle bescheidenheid, voor, dat men geen verstokt doctrinair beheeft te zijn, om deze uitspraak wat al te kras te vinden. Liever zou ik lezen: Overal waar particuliere krachten te kort schieten, om een noodzakelijken maatregel tot stand te brengen.

zullen loopen tegen verlaagd tarief". Deze maatregel, minder wenschelijk voor den spoorweg*dienst*, schijnt daarentegen geen *financieele* bezwaren te ondervinden van de zijde der spoorwegondernemingen, noch van den kant der werklieden. In Nederland zou volstaan kunnen worden met „arbeiderstrams".

Verschaffing van kapitaal. „Het verkrijgen van kapitaal levert in vele gevallen een groote moeielijkheid op voor bouwvereenigingen", zoodat het nuttig wordt geoordeeld, als de gemeente geld ter leen verschaft, tegen matige rente, of rentegarantie voor gelden, die ten behoeve eener vereeniging worden opgenomen. De gemeente Leiden heeft in 1894 zulk eene garantie verleend, voor eene obligatieleening van *f* 100.000 tegen $3^1/_2$ pCt., onder eenige voorwaarden, waardoor zij „een recht van contrôle heeft verkregen over de vereeniging".

In België heeft men een anderen weg ingeslagen en „de kapitalen van de Rijkspostspaarbank gedeeltelijk voor den bouw van arbeiderswoningen beschikbaar gesteld". „In Duitschland worden de fondsen van de krachtens de wet van 1889 opgerichte „Versicherungsanstalten" ten deele voor dit doel aangewend". Het zou mij te ver voeren, hier in bijzonderheden te treden, weshalve ik verwijs naar bladz. 80 en volgg. van het rapport. Hierbij wordt tevens in herinnering gebracht dat, bij de beraadslagingen in onze Tweede Kamer in 1895, over het wetsontwerp tot wijziging en aanvulling der wet op de Rijkspostspaarbank, door de heeren Drucker en Kerdijk een amendement was voorgesteld, om een gedeelte der gelden te beleggen in schuldbekentenissen ten laste van vereenigingen en naamlooze vennootschappen, die zich ten doel stellen, de huisvesting der minvermogenden te verbeteren. Dit werd verworpen.

Woningpolitie. De gemeentelijke politieverordening en het sanitair toezicht op het bouwen en op het bewonen, vormen een zeer belangrijk gedeelte der overheidszorg op dit gebied. Men heeft daarmede het sanitair en het technisch toezicht op het oog, dus de zorg voor gezondheid en veiligheid, waardoor wordt gewaakt tegen het ontstaan van toestanden, waar onze voorvaderen zich niet om bekommerd hebben. Terwijl men het over het nut van dergelijke bepalingen eens is, is de vraag, of de gemeentebesturen hunne bouwverordeningen over reeds bestaande toestanden mogen uitstrekken, voor verschillende beantwoording vatbaar. S. beantwoorden haar toestemmend, met een beroep op de arresten van den Hoogen Raad van 1867 en 1880 (*W.* 2885 en 4593), mits de verordening zóó geredigeerd worde, dat er geen sprake is van terugwerkende kracht.

M. i. is het niet louter een kwestie van redactie, maar zal het Gemeentebestuur nauwgezet moeten overwegen, of de maatregelen, die men wenscht te nemen, op bestaande woningen in billijkheid zijn toe te passen. Als de Raad bijv. eene verordening maakte, waarbij verboden werd het *hebben* van hofjes of sloppen, met eene mindere breedte dan van 6 M., dan zou het wellicht met de jurisprudentie niet in strijd zijn, dit voorschrift toe te passen op bestaande sloppen, — maar onbillijk en hard zou deze toepassing zeker zijn, aangezien zij zou gelijk staan met onteigening van de helft der woningen van zulk een hofje, zonder schadeloosstelling.

Gewichtig is ook de vraag, „of de Raad bevoegd is, het bebouwen te verbieden van strooken gronds, door hem aangewezen om in de toekomst te dienen voor straten en wegen". Bij verschillende administratieve beslissingen is uitgemaakt, dat zulk een verbod „niet betreft de huishouding der Gemeente, noch het belang

der openbare orde, zedelijkheid of gezondheid, weshalve de gemeenteraad door bovengemelde beperking van het eigendomsrecht, of van de uitoefening van bedrijf, de grenzen zijner bevoegdheid heeft overschreden".

Een der onderdeelen van de woningpolitie, in den laatsten tijd vooral op den voorgrond getreden, is de *onbewoonbaarverklaring*. Aangezien hierdoor de eigendom niet wordt ontnomen, maar de uitoefening van dat recht wordt beperkt, is de wettigheid van dien maatregel bij herhaling erkend. Verscheidene gemeentebesturen hebben dit middel toegepast. Volgens het rapport gaat Groningen hierbij vooraan en verklaarde het Bestuur dezer gemeente in 1892/94, vijf-en-tachtig woningen onbewoonbaar, niettegenstaande de vele adressen van huiseigenaren. Ook te Utrecht werden in 1893/94, negentig huiseigenaren aangeschreven, verbeteringen aan hunne woningen aan te brengen, waaraan de meesten voldeden, terwijl achttien dier woningen werden onbewoonbaar verklaard.

Zonder bezwaar is ook deze maatregel niet. In de eerste plaats, komt hij niet zelden overeen met onteigening zonder schadeloosstelling, indien namelijk het perceel, tengevolge der ligging, niet afdoende verbeterd kan worden. Dit bezwaar mag echter volgens S. niet al te zwaar wegen, als de volksgezondheid op het spel staat en met name niet, waar het kelderwoningen betreft, die „niet voor huisvesting van menschen, maar voor berging van goederen" bestemd zijn.

Ik geef toe dat in de allerergste gevallen geen consideratie met de eigenaren behoeft gebezigd te worden, hoewel men hun dan nog een termijn zou kunnen stellen, om zich langzamerhand op het ontnemen hunner zoogenaamde woning voor te bereiden; maar overigens zoude ik groote gematigdheid raadzaam achten. De Gemeentebesturen zouden kunnen beginnen, die eigenaren aan te

schrijven, wier woningen verbeterd *kunnen* worden. Daarmede ware al veel gewonnen. Er zijn zoovele oude huisjes, die niet bepaald bouwvallig zijn te noemen, maar waar eenvoudig niets aan gedaan wordt, omdat alle verbeteringen geld kosten. Een voorbeeld. Ik ken twaalf woningen te 's-Gravenhage, die te zamen twee privaten bezitten; men stelle zich dit voor, in den winter en in geval van ongesteldheid, om niet te spreken van het gevaar bij eene cholera-epidemie. Eene verbetering in dat opzicht, zouden de bewoners waarschijnlijk gaarne met eene verhooging van huur van vijf of tien cents 's weeks betalen. Want het Gemeentebestuur moge de eigenaren kunnen dwingen hunne woningen te verbeteren, het zal bezwaarlijk kunnen verbieden de huur te verhoogen. Waar de omstandigheden niet toelaten, verbeteringen aan te brengen en onbewoonbaarverklaring dus feitelijk met onteigening zoude gelijk staan, daar zoude het Gemeentebestuur zich vooraf kunnen vergewissen, of een der bestaande bouwvereenigingen geneigd was, de woningen over te nemen voor een matigen prijs. Ik wees hierboven reeds op de hooge prijzen, die voor oude krotten betaald moeten worden, bij minnelijke overeenkomst. Maar als de bedreiging met onbewoonbaarverklaring de eigenaars een heilzame vrees aanjoeg, dan zouden de prijzen aanzienlijk gedrukt worden en zou de koop veel eerder tot stand komen. Te meer ware dit wenschelijk, ten einde te gemoet te komen aan het andere bezwaar tegen de onbewoonbaarverklaring, dat de bedreven bevolking niet terstond andere woningen vindt. Immers, als eene vereeniging de oude krotten goedkoop kan verkrijgen, en zich bereid heeft verklaard die af te breken en weder op te bouwen, dan zal zij ook de huurprijzen niet zooveel behoeven te verhoogen. Maar worden die huisjes onbewoonbaar ver-

klaard, zonder dat er iemand achter staat, die ze wil overnemen, dan moeten de bewoners een goed heenkomen zoeken en zullen zij de opeenhooping in andere woningen vermeerderen, tenzij zij naar de buitenwijken willen verhuizen. En dat zij dit niet willen, en in sommige gevallen ook moeielijk kunnen, was door S. reeds in den aanvang van hun werk duidelijk aangetoond. Maar ook al gaan zij naar de buitenwijken, dan zullen zij, in nieuwe woningen, meer moeten betalen dan vroeger in de krotten, daar huisjes van *f* 1.— per week niet gebouwd worden. Daar hebben S. nu een middel op bedacht. „Blijken dan vele personen buiten staat, die huren te betalen, dan behoort eene goed georganiseerde armenzorg zich hun lot aan te trekken en het ontbrekende aan te zuiveren, zoolang de toestand van onvermogen voortduurt".

Dit middel is, dunkt mij, niet zonder bedenking. Armenzorg is geheel iets anders dan het verschaffen van gezonde woningen. In sommige reglementen komt de bepaling voor, dat bedeelden niet in de woningen worden toegelaten, juist opdat het doel der Vereeniging niet in armenzorg ontaarde en om het gezonde denkbeeld te doen veldwinnen, dat de arbeider zich, door eigen vlijt en spaarzaamheid, eene goede woning waardig moet maken. Of zou men denken, dat het goed zou werken, als naast het gezin, dat op eigen krachten steunt en de huur zelf betaalt, een bedeelde kwam te wonen, voor wien de huur geheel of gedeeltelijk werd aangezuiverd? Buitendien, van wien zou die ondersteuning moeten uitgaan? Van het Stedelijk Armbestuur of van particuliere armenzorg? En zeker zou het niet gemakkelijk zijn, de noodige samenwerking te verkrijgen tusschen de bouwvereenigingen eenerzijds en de armenzorg anderzijds. Dit zou meer kans van slagen hebben, als beide werkzaamheden in ééne hand kwamen. Maar de Gemeente in beide

richtingen werkzaam te doen zijn, is een denkbeeld, dat zeker veel tegenstanders zou ondervinden. Het zou kunnen voorkomen, dat de Diaconie tevens woningen bezat. Zulk een vorm van woningverschaffing heeft vroeger plaats gehad bij de Ned. Herv. Gemeente te 's-Gravenhage, die hare huisjes, bij wijze van bedeeling, liet betrekken. Zij heeft daaraan echter een einde moeten maken, omdat deze bedeeling zeer ongunstig op de bewoners werkte, en thans worden de huisjes weder op de gewone wijze, maar goedkoop verhuurd. (1).

Behalve verordeningen op het bouwen, achten S. ook voorschriften omtrent het *bewonen* noodig, daar de overbevolking der bewoonde vertrekken dikwerf schadelijke toestanden doet ontstaan. Ook in nieuwe wijken dreigt dit gevaar, waar groote gezinnen dikwijls nog commensalen bij zich doen inwonen. In Duitschland worden soms politievoorschriften daartegen gemaakt, en in Hessen-Darmstadt bestaat eene woningwet, die de hoofdpunten regelt en volgens welke o. a. bij politieverordening „een minimum van ruimte voor elken bewoner voorgeschreven kan worden", voor verhuurde woningen, welke uit drie of minder kamers bestaan. Ook voor Nederland wordt zulk eene wet verlangd, die echter, volgens S., veel meer zou moeten bevatten, in het bijzonder voorschriften aangaande onbewoonbaarverklaring en het technische en sanitaire toezicht, dat nu deels onvoldoende is, deels geheel ontbreekt.

Onteigening. Na te hebben aangetoond het nut eener *woningstatistiek*, „die den grondslag kan vormen voor alle pogingen, welke van overheidswege of van particuliere zijde gedaan worden tot verbetering der volks-

(1) Zie hierover: «Armenzorg der Ned. Herv. Gemeente van 's-Gravenhage», door Jhr. Mr. G. J. Th. Beelaerts van Blokland.

huisvesting", behandelt het rapport de onteigening. „Waar het geldt de hervorming van slechte woningtoestanden, welke in geheele stadswijken heerschende zijn", zijn de hierboven geschetste maatregelen onvoldoende. Dan moet „de slooping dier in sloppen en stegen aaneengebouwde krotten op groote schaal kunnen geschieden, opdat in hunne plaats nieuwe blokken van goede woningen verrijzen". Het middel der onteigening, zoo lezen wij, is toegepast te Rotterdam in 1886 en te Arnhem in 1892. Voor eerstgenoemde gemeente werd verklaard, dat het algemeen nut de onteigening vorderde van eigendommen, ten behoeve van den aanleg van twee nieuwe straten. Daardoor werden stegen en sloppen opgeruimd, met een totaal van 143 huisjes, 201 woningen bevattende, welker bewoners elders een goed heenkomen hebben moeten zoeken en hoogstwaarschijnlijk de opeenhooping in andere perceelen der oude stad hebben vermeerderd. Deze onteigening had dan ook minder de verbetering der woningtoestanden op het oog, dan den aanleg van nieuwe straten, en het gevolg was niet de aanbouw van arbeiderswoningen, maar de stichting van drie scholen, een volksbadhuis en particuliere huizen.

Ook te Arnhem zal de onteigening wel niet aan den minderen man ten goede komen. Er werden 21582 M². grond onteigend en 166 huisjes afgebroken, bewoond door 350 gezinnen. Dit werk moge eene verbetering aanbrengen in dien zin, dat een ongezonde buurt wordt herschapen in een fraaie stadswijk, — de vroegere bewoners zijn daarmede weinig gebaat; want de 66 nieuwe huizen, die gebouwd kunnen worden, zullen wel niet voor hen bestemd zijn. Gelukkig tracht de vereeniging „Openbaar Belang" te Arnhem in deze leemte te voorzien en heeft zij, op een andere plaats, 107 woningen voor de arbeidende klasse gebouwd.

Eene bijzondere plaats in de quaestie der volkshuisvesting wordt ingenomen door de stad Bern. In 1890 werd door den gemeenteraad een crediet toegestaan voor den aanbouw van goedkoope woningen, waarvan ongeveer fr. 400.000 werd uitgegeven voor 100 woningen. Zijn de verkregen resultaten bevredigend, „zoowel ten opzichte van de gebouwde kwartieren, als ten aanzien van de algeheele verbetering der woningtoestanden, het stichten van zulke groote volksbuurten, waar uitsluitend arbeiders wonen", heeft echter veroorzaakt dat „orde en rust vrij veel te wenschen overlaten".

Vreemd komt het mij voor, dat zulk een klein getal huurders gevaar voor de rust en orde kan opleveren, daar de ondervinding elders leert, dat een veel grooter aantal vredelievend bij elkaar woont. Overigens ligt de opmerking voor de hand, dat fr. 4000 voor eene arbeiderwoning te veel is, tengevolge waarvan de huur buitengewoon hoog moet zijn.

De onteigeningswet van 1851, krachtens welke, te Rotterdam en Arnhem, bovengenoemde maatregelen werden genomen, wordt door S. onvoldoende geacht, niet alleen omdat het twijfelachtig is, of zij kan worden toegepast op de onteigening van *enkele* ongezonde huisjes, maar ook „omdat de omslachtige inrichting der wet, toepassing in het klein onuitvoerbaar maakt". En ook, omdat, volgens de praktijk dier wet, „de onteigenende partij blootstaat aan het gevaar, dat zij zich, voor allerlei verwijderde belangen der particuliere eigenaars, belangrijke financieele offers zal moeten getroosten". Bovendien wordt door S., bij herziening der wet, in ernstige overweging aanbevolen, het geven van „voorschriften betreffende onteigening van terreinen, welke in het algemeen belang in exploitatie moeten worden gebracht als bouwterrein" Tegenwoordig, zoo wordt gezegd, behoudt de

eigenaar zijne gronden zóólang, totdat hij ze voor een hoogen prijs kan verkoopen, ten nadeele der volkshuisvesting, (zie hierboven). Om dat te beletten, moeten aan de gemeenschap de middelen worden geschonken, „aan dit euvel, waar noodig, paal en perken te stellen" en behoort de bevoegdheid te worden geschonken, „*de eigenaren te dwingen, zich, tegen behoorlijke schadeloosstelling, van hunne eigendommen te ontdoen*". De rechtsgrond, die daaraan ten grondslag ligt, zou geen andere zijn, dan bij de thans geldende onteigening ten algemeenen nutte.

Hoe groot voorstander ook van goede en goedkoope volkswoningen, zoo komt het mij toch twijfelachtig voor, of de rechtsgrond werkelijk dezelfde is, als bij werken van algemeen nut. Waar onteigend wordt, bijv. om redenen van openbaar verkeer, handel of scheepvaart, daar staat een groot algemeen belang tegenover een particulier belang, en moet het laatste wijken, terwijl dan de onteigende partij meestal ruim wordt schadeloos gesteld. Maar een ander geval is het, wanneer men iemands grond wenscht in bezit te nemen, om daar arbeiderswoningen te bouwen. Van hoe groot belang zulke woningen zijn, die gronden zijn dan toch niet de eenige, welke daarvoor in aanmerking komen, en het zal bezwaarlijk aangetoond kunnen worden, dat juist *die* gronden en geene andere noodig zijn, om het werk tot stand te brengen. Men heeft hier te doen met een stadsuitbreiding, ten behoeve van onvermogenden. Daarvoor zal dan ook wel dezelfde regel moeten gelden, als voor elke stadsuitbreiding: aankoop bij minnelijke overeenkomst. Door te zeggen: gij hebt uw grond nu lang genoeg gehad en het is hoog tijd, dat er bouwterrein van gemaakt wordt, tast men het eigendomsrecht sterker aan dan noodig en geoorloofd is. Of dat bouwterrein zal dienen voor heerenhuizen, dan wel voor arbeiderswoningen, kan geen ver-

schil maken. Bovendien, wanneer zal het oogenblik aanbreken om de onteigening toe te passen? Hoe hoog of hoe laag, zal de waarde der terreinen moeten zijn, om den eigenaar toe te roepen: tot hiertoe en niet verder? Een krachtige bouwvereeniging zal met genoegen *f* 4.— per M^2. betalen, wanneer een andere niet meer dan de helft wil geven; en voor den gezeten werkman kan men duurder bouwen dan voor den proletariër.

De wijze, waarop deze onteigening ten behoeve van volkswoningen (onteigening, zoowel van oude buurten en huisjes, als van bouwterreinen) nader geregeld zou worden, maakt de zaak nog bedenkelijker. Bij het bespreken der Engelsche wet van 1890, stellen S. voor, om bij het overnemen, in hoofdzaak, van de bepalingen dier wet, de bevoegdheid tot onteigening van ongezonde stadswijken, gebrekkige huisjes en bouwterreinen, op te dragen aan de Gemeentebesturen, volgens regelen, door de wet te stellen, en onder toezicht van Gedeputeerde Staten. De „noodelooze administratieve omslag", door de tegenwoordige wet geëischt, kan hier worden vermeden en de „grootere behoedzaamheid", tegenover particuliere belangen in acht te nemen, bij andere gevallen van onteigening, kan „bij onteigening ten bate der volkshuisvesting" gemist worden.

Men zou mogen vragen: waarom zulk een bijzondere, minder waarborgen opleverende procedure, waar het betreft woningen te bouwen voor den werkman? Daarop luidt het antwoord: omdat het hier geldt „een *misbruik* van eigendom te keeren, door het openbaar gezag. Die eigendommen vormen, door hun onveranderd voortbestaan, een gevaar en een nadeel voor de maatschappij, en daarom behooren zij in andere handen over te gaan". Zonderlinge uitlegging van het „jus utendi et abutendi"; zonderling vooral, omdat het niet duidelijk is waarin

hier het misbruik bestaat. De eigenaar (ik spreek nu van den grondeigenaar), die geen ander kwaad pleegt, dan zijn grond te verhuren als weiland, in afwachting dat het hem voordeeliger zal zijn te verkoopen, wordt plotseling een belager der Maatschappij, omdat zijn grond in waarde gerezen is. Daarom moet dat terrein door de Gemeente onteigend worden! Maar die rijzing is immers ontstaan buiten zijn toedoen, door de wet van vraag en aanbod, door de behoefte aan bouwterrein. Op denzelfden grond zou men den eigenaar van een perceel kunnen dwingen, dit, tegen lagen prijs, af te staan, voor den bouw van een volksbadhuis of eene school voor onvermogenden. Ontaardt de overheidszorg, „geoorloofd waar zij practisch nut kan opleveren", hier niet in willekeur?

Maar er is meer. Men wil artikel 151 der Grondwet, dat in 1887 gewijzigd werd, hierbij toepassen. Zooals bekend is, wordt bij het tweede lid voorgeschreven, dat de algemeene wet ook de gevallen bepaalt, waarin de voorafgaande wettelijke verklaring, dat het algemeen nut de onteigening vordert, niet wordt vereischt. Een gevaarlijk voorschrift, omdat de wetgever zoodoende den regel van het grondwetsartikel krachteloos kan maken, zoo dikwijls hij wil. Hoe gevaarlijk het is, blijkt nu, daar de heeren Drucker c. s. onder de bedoelde gevallen wenschen op te nemen, het onteigenen van ongezonde stadswijken en van open terreinen, voor de uitbreiding van bebouwde kommen van gemeenten. Zoodoende zal de ontneming van grondeigendom, ten behoeve van arbeiderswoningen, welke reeds van zoo teederen aard is, ook dezen waarborg verliezen.

Ten einde zekerheid te hebben, dat op de aldus onteigende gronden, de bedoelde woningen zullen verrijzen, zal het noodig zijn dat de Gemeente die zelf bouwt, of

dat zij zich in betrekking stelt tot bouwvereenigingen, die daartoe geneigd mochten zijn. Vooral in het eerste geval, zal de onteigening aan de Gemeente belangrijke financieele offers kosten, zoodat men mag vragen, of de gemeenschap daarbij wèl zal varen; want de belangen der arbeidende klasse zijn nog niet die der gemeenschap. Men stelt zich voor, dat de vereischte kapitalen van bouwmaatschappijen te verkrijgen zullen zijn, wanneer deze weten dat een terrein tegen taxatie te bekomen is. Misschien; maar dit is niet zeker. Indien die vereenigingen geen geld beschikbaar hebben, of om andere redenen weigeren, dan zal de Gemeente zelve moeten overgaan tot het bouwen en verhuren van arbeiders-woningen. Dit moge te Bern geschieden, de navolging daarvan op groote schaal, zou de gemeentefinanciën niet weinig in gevaar brengen en de administratie, die in aanzienlijke Gemeenten waarlijk groot genoeg is, nog aanmerkelijk uitbreiden (1).

Hiermede is in hoofdzaak de inhoud van het besproken geschrift weergegeven. Merkwaardig en boeiend in hooge mate, bevat het vele nuttige wenken en zal het kunnen bijdragen tot de verbetering der volkshuisvesting. Maar bij de toepassing der voorgestelde maatregelen, zal het, naar mijne bescheiden meening, raadzaam zijn, voorzichtig te werk te gaan en zorg te dragen, dat bij het behartigen der belangen van onvermogenden, de rechten van anderen niet worden prijsgegeven.

J. Beelaerts van Blokland.

---

(1) In de Economist van Mei 1896 wordt door Mr. R. J. H. Patijn, o. a. de vraag gesteld, of het wel zoo zeker is, dat de hooge prijzen een gevolg zijn van den onwil der eigenaren, om tegen de werkelijke waarde te verkoopen. S. gelooft veeleer, dat de werkelijke waarde der terreinen, die in de naaste toekomst voor bouwgrond in aanmerking komen, vrijwel overeenkomt met de prijzen, daarvoor door de eigenaren, bij verkoop onder de hand, bedongen. Is die opmerking juist, dan zou het aangeprezen middel weinig baten.

In de laatste jaren zijn de eigenaardigheden der Noord-Amerikaansche strafregtspleging en straftoepassing meer algemeen in Europa en ook in Nederland bekend geworden. Zoo het stelsel van onbepaalde veroordeeling (indeterminate sentence), dat, het eerst toegepast op de bewoners van het „verbeterhuis" van den Staat New-York te Elmira, naar de mededeelingen van F. H. WINEH (*Punissment and Reformation* p. 176) thans in nog acht Uniestaten (Massachusetts, Pennsylvania, Ohio, Michigan, Illinois, Minnesota, Kansas en Zuid-Dakota), ingang gevonden heeft. Minder bekend evenwel is tot hiertoe, dat in bovengenoemd gesticht sinds eenigen tijd een volledig stelsel van verdienen en betalen in werking is gebragt. Volgens WINTER (*Bl. für Gefängniszkunde XXVII*, p. 4—10) ontvangt de onvrijwillige bewoner dáár 1 dollar per maand voor getrouwe opvolging der reglementen en evenveel voor voldoen aan de schoolexamens, maar onder aftrek van boeten voor tekortkomingen op het eene of het andere gebied. Het werk of het onderrigt daarin aan medegevangenen wordt betaald met een daggeld van 35, 45 of 55 dollarcenten, plus bijslag voor overwerk boven de acht uren; voor manco's aan de minimumtaak wordt daarentegen aftrek toegepast. Omgekeerd echter moet de gevangene, nadat hij zijn eerste stel klêeren ontvangen en zijn eersten maaltijd genoten heeft, alles betalen, als ware hij *en pension*. Woning, voeding, kleeding, geneeskundige behandeling enz. worden hem in rekening gebragt. Dit stelsel vindt geen toepassing op de laagste (derde) klasse van Elmira's bevolking.

Nog verdient vermelding, dat in deze niet alledaagsche gevangenis, die o. a. haar eigen courant — geredigeerd door gevangenen en in het gesticht zelf gedrukt — heeft,

tegenwoordig ook eene kunstschool bestaat. Het teekenen werd er reeds lang onderwezen.

Door de Internationale Vereeniging voor Vergelijkende Rechtswetenschap en Staathuishoudkunde te Berlijn is de volgende prijsvraag uitgeschreven:

> *Eene vergelijkende uiteenzetting van de beginselen, die met betrekking tot het verkrijgen van gronden en de vestiging zijn gevolgd in de koloniën der voornaamste staten, met aantooning van de economische gevolgen daaruit voortspruitende (Eine vergleichende Darstellung der Grundsätze, welche in den Kolonien der wichtigsten Staaten hinsichtlich des Bodenerwerbs und der Ansiedlung befolgt worden sind und die wirtschaftlichen Folgen derselben).*

Op het beste antwoord is een prijs uitgeloofd van **1600 Mark**.

De antwoorden moeten vóór 1 April 1898 toegezonden worden aan den 1en Secretaris der vereeniging dr. Kronecker, Berlin W. Kurfürstendamm 241; zij moeten gesteld zijn in het Duitsch (met Latijnsche letter), Fransch of Engelsch; mogen niet met den naam van den schrijver voorzien zijn, maar moeten met een kenspreuk geteekend zijn en vergezeld zijn van een gezegeld couvert, dat dezelfde kenspreuk tot opschrift en den naam en het adres van den schrijver bevat.

De prijs kan onder meerdere mededingers verdeeld worden.

De publicatie van een antwoord of van een of meer-

dere gedeelten daarvan, vóór dat de beslissing over het toekennen van den prijs openbaar gemaakt is, sluit den arbeid van de mededinging uit. Niet bekroonde antwoorden moeten door den schrijver binnen een jaar na die openbaarmaking teruggevraagd worden, anders worden ze het eigendom van de vereeniging, die dan het recht heeft ze anoniem uit te geven of te vernietigen. (1)

Het bekroonde antwoord wordt het eigendom der vereeniging, met alle rechten op uitgave en vertaling, en wordt door haar gepubliceerd.

De commissie van beoordeeling, die hare taak zooveel mogelijk vóór 1 April 1899 volbrengt, bestaat uit de Heeren Z. H. Hertog JOHAN ALBRECHT zu Mecklenburg (Potsdam), dr. PAUL KAYSER, Senaatspresident in het Rijksgerechtshof (Leipzig), prof. dr. CARL v. STENGEL (Munchen), JAMES BRYCE, oud-minister (Londen), prof. dr. CHARLES LYON-CAEN (Parijs), Staatsraad prof. dr. A. BRUNIALTI (Rome), prof. dr. P. A. v. D. LITH (Leiden), prof. dr. PHILIPPOVITCH, Edler von Philipsberg (Weenen), geheimraad prof. dr. F. F. MARTENS (Petersburg), markies de DALMAN DE OLIVART, oud-hoogleeraar, prof. W. J. ASHLEY, (Cambridge, Harvard University V. S. Amerika).

---

(1) De inzender heeft het recht bij de inzending een adres op te geven, waar zijn antwoord, ingeval dit niet bekroond wordt, moet worden teruggezonden.

THEMIS.

LVIIIste deel. — TWEEDE STUK.

Aansprakelijkheid uit contract in het Romeinsche Recht

DOOR

MR. HENRI HIJMANS,

Advocaat en Procureur te 's-Gravenhage.

(*Vervolg en slot van Themis* 1896 *p.* 311.)

---

§ 5. *Contracten met buitengewone aansprakelijkheid.*

Wij zullen thans hebben na te gaan bij welke rechtsverhoudingen de debiteur voor de hem toevertrouwde zaken in hoogere mate aansprakelijk is, dan prestatie van culpa en diligentia diligentis medebrengen. Een dergelijke buitengewone aansprakelijkheid zal door ons aangetoond worden bij die contracten, waar wij haar in § 4 mochten presumeeren op grond van de onvoorwaardelijke toekenning der actio furti aan den debiteur en bovendien nog in één geval (dat van den horrearius). Tevens zal ons echter blijken dat die buitengewone aansprakelijkheid niet overal dezelfde is, met name niet steeds alleen in een onvoorwaardelijk instaan voor diefstal bestaat, maar bij één der hier te sprake komende overeenkomsten, het receptum, nog veel verder reikt.

Waar vroeger eene buitengewone aansprakelijkheid vrij algemeen slechts bij het receptum werd aangenomen, vervallen de schrijvers tegenwoordig vaak in een ander uiterste en nemen haar bestaan, met name dan als onvoorwaardelijk instaan voor diefstal, nog in een reeks van andere gevallen aan. Daar wij hiermede niet instemmen, wacht ons na de afwerking onzer positieve taak in deze paragraaf ook nog een negatieve: wij zullen de gevallen hebben te onderzoeken in welke nog door andere schrijvers eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal wordt gesusteneerd en hunne meeningen moeten weerleggen. Het positive deel van onze taak gaat echter voor.

A. Receptum der nautae caupones stabularii.

Waar bij de overige door ons te bespreken overeenkomsten de aard der rechtsverhouding zelve onbetwist is, bestaat er bij het receptum juist hieromtrent groot verschil van meening. Met name loopt de strijd over de vraag of er hier bestaat eene wettelijke dan wel een contractueele aansprakelijkheid, of de schipper (1) bereids door de ontvangst der goederen verplicht wordt deze ongeschonden terug te geven dan wel alleen dan daartoe verbonden is als hij eene uitdrukkelijke, daartoe strekkende belofte heeft afgelegd.

Tot voor korten tijd gold als communis opinio, dat misschien oudtijds de uitdrukkelijke belofte van den schipper vereischt was, maar dat in het klassieke recht zijn aansprakelijkheid tot een wettelijke was geworden. (2)

---

(1) Wij zullen in het vervolg kortheidshalve alleen van dezen spreken: hetzelfde geldt dan ook voor herbergier en stalhouder.

(2) GOLDSCHMIDT, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 3, p. 97 e. v.; BARON, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 78, p. 238 e. v.; BRUCKNER, die Custodia, p. 296; EXNER, Der Begriff der höheren Gewalt, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 10, p. 529 e. v.; WINDSCHEID, Pandekten II, § 384, n. 4.

Daartegen heeft Uhde (1) de meening verkondigd „dass im Receptum vom Anfang an ein eigenes Pactum praetorium zu sehen ist, welches auch als solches von den classischen Juristen und von den Compilatoren angesehen wurde".

Ook SCHNEIDER (2) heeft zich aan deze meening aangesloten. De door beide schrijvers aangevoerde argumenten zijn zoo overtuigend, dat wij ons hier kunnen beperken tot een zeer korte mededeeling daavan.

Den inhoud van het praetorisch edict deelt ULPIANUS L. 1 pr. D. 4,9 ons mede:

> Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo.

Dit edict (3) is waarschijnlijk in de 2de eeuw voor Christus uitgevaardigd.

Alles hangt hier af van de wijze waarop men het woord recipere opvat. Twee beteekenissen zijn mogelijk 1°. ontvangen, 2°. beloven. Zooveel staat vast dat de woorden van het hier medegedeelde edict onvertaalbaar zijn als men de eerste, zeer begrijpelijk als men de tweede beteekenis aanneemt. En ook in andere, talrijke plaatsen in denzelfden Pandekten-titel heeft recipere blijkbaar de beteekenis van beloven. Zoo bij ULPIANUS L. 1 § § 2, 3, 6, 8; ULPIANUS L. 3 pr.; GAJUS L. 5 § 1. Men vergelijke ook PAULUS, SENTENTIAE II 6 § 1.

Al deze plaatsen zijn van de hand van klassieke juristen.

Verder houde men in het oog dat in het praetorisch edict (4) de titel over het receptum der nautae stond

---

(1) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 12, p. 66 e. v.

(2) Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 44, p. 90 e. v.

(3) Wel te onderscheiden is hiervan het door ULPIANUS L. 1 pr. D. 47, 5 medegedeelde edict, dat de schippers aansprakelijk stelde voor de door hun ondergeschikten bedreven diefstallen, alsof zij deze zelf begaan hadden.

(4) Vergelijk LENEL, Das Edictum perpetuum, p. 25, 103 en 104.

tusschen twee andere titels, welke ieder een receptum behandelden, dat ongetwijfeld een belofte en niets anders was: de eerste handelde over hen „qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant", de andere hield in „argentariae mensae exercitores quod pro alio solvi receperint ut solvant". Gelijk de tot arbiter uitverkorene zijne scheidsrechterlijke uitspraak beloofde, en de bankier betaling van door een ander (zijn cliënt) verschuldigde geldsommen, zoo beloofde ook de schipper dat de goederen, die hem toevertrouwd werden of zouden worden, in een goeden toestand zouden behouden blijven en afgeleverd worden.

Wij willen evenwel niet ontkennen dat in den titel over het receptum een enkele maal recipere ook in de beteekenis van ontvangen voorkomt. In dit verschijnsel zit niets verwonderlijks, als men bedenkt dat het ontvangen der goederen in zooverre van belang is, dat praktisch eene aansprakelijkheid van den schipper eerst dan kan intreden, als de goederen hem werkelijk toevertrouwd worden. Dit neemt echter de juistheid onzer stelling niet weg, dat dit ontvangen tot niets verbindt, als niet tevens een uitdrukkelijke belofte wordt afgelegd, gelijk dan ook recipere, zoodra over de overeenkomst zelve gesproken wordt, steeds beteekent beloven.

Van grooten invloed is het hier verkregen resultaat bij de beslissing der vraag naar den grond der bij het receptum bestaande aansprakelijkheid. Waar thans immers vaststaat, dat deze geen wettelijke is, vervallen de meeningen van hen, die daarvan uitgaande „dass die strenge Haftung des Schiffers und Wirts in dem Kopf des RömischenPrätor ihren Ursprung hat", vervolgens onderzochten waarom de praetor hier een zoo strenge aansprakelijkheid had vastgesteld. (1) Zooals bekend werd vroeger algemeen

(1) Zie o. a. BARON, p. 244.

aangenomen dat de onbetrouwbaarheid der schippers en herbergiers den praetor tot dien maatregel had bewogen. Waar echter aan deze leer haar premisse, het wettelijke der aansprakelijkheid, ontzonken is, behoeven wij ons niet verder in haar te verdiepen. Als de aansprakelijkheid direct uit de wet (of het edict) ontstaat kan men haar grond zoeken in de moraliteit der betrokken personen, niet als zij alleen bestaat zoo zij uitdrukkelijk beloofd is.

Welke is dan de reden dat de praetor dit edict heeft uitgevaardigd?

Het antwoord ligt voor de hand. Eén der weinige onbetwistbare punten, die in het Romeinsche recht bestaan, is wel dit: dat de Romeinen slechts een beperkt aantal van bindende overeenkomsten kenden.

Bij den tegenwoordigen stand der bronnen is het hoogst moeilijk met eenige zekerheid te beslissen omtrent den tijd waarin en de wijze waarop de verschillende overeenkomsten hunne verbindende kracht hebben verkregen. Speciaal over de locatio conductio weten wij hier weinig. Zeker weten wij dat de met schipper, herbergier of stalhouder aangegane overeenkomsten in lateren tijd als locatio conductio operis werden beschouwd — maar aan den anderen kant is het vermoeden gerechtvaardigd dat dit soort van huur in den tijd toen het edict over het receptum werd uitgevaardigd òf nog niet bekend was òf dat althans de in dat edict behandelde gevallen nog niet als zoodanig werden beschouwd.

In het verkeer kwam evenwel voor een belofte, in plechtige solemneele woorden afgelegd, bij welke de schipper tegenover den inlader op zich nam „res salvas fore". En nu heeft de praetor niets anders gedaan dan gezegd dat hij, zoo een dergelijke belofte was afgelegd, een actie tegen den schipper zou geven — gelijk hij in den loop der tijden gedaan heeft bij zooveel andere

overeenkomsten, die òf niet òf eerst later in het civiele recht erkend zijn.

De veelgezochte maar nog niet gevonden ratio edicti is dus — dat er zonder dat edict geen dwangmiddel zou bestaan hebben om tot nakoming der belofte te dwingen.

Het behoeft ons niet te verwonderen dat wij in de bronnen zelve van deze reden tot invoering van het edict niets vinden, ja zelfs een onjuiste vermeld zien. Het is immers bekend hoe historisch inzicht nu juist niet tot de gaven der anders zoo goed uitgeruste Romeinsche juristen behoorde, terwijl verder de oudste ons overgeleverde plaats over het edict van Pomponius is, die ongeveer drie eeuwen na de uitvaardiging leefde. Toch zal ons blijken dat nog een andere verklaring der hier betrekkelijke plaatsen mogelijk is.

Pomponius zegt dan — althans volgens Ulpianus L. 3 § 1 D. h. t.:

> Miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, et hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est.

Deze plaats bevat niet zooals wel eens verkondigd wordt twee verschillende gronden van uitvaardiging van het edict, maar slechts één enkele: wijl de aansprakelijkheid bij de locatio conductio een te geringe was voor dergelijke oneerlijke lieden, heeft de praetor voor hen een strengere vastgesteld.

Wij zagen zooeven dat die meening onmogelijk juist kon zijn, waar het al dan niet afleggen der belofte aan de willekeur der partijen was overgelaten.

De hier opgegeven reden van invoering van het edict is echter wel juist voor het andere edict, dat hetwelk den schipper aansprakelijk stelde voor door zijn ondergeschikten beganen diefstal. (1) En hoewel voor ons niet het geheele corpus juris als ratio scripta geldt, en wij het voor zeer goed mogelijk houden dat POMPONIUS of ULPIANUS wel eens minder juiste meeningen verkondigd hebben — zoo kunnen wij toch anderzijds niet ontkennen dat het ook zeer goed mogelijk is dat zij hun meeningen neerschreven voor het andere edict en dat de compilatoren deze plaatsen dan verkeerdelijk in dezen titel hebben ingelast. (2) Dit is zooals algemeen erkend wordt, immers ook geschied met de in dezen titel voorkomende L. 3 § 5, L 6 en L. 7.

Nog sterkere mogelijkheid van voor het andere edict bedoeld te zijn bestaat voor de andere plaats, die over de ratio edicti handelt, nl. Ulpianus L. 1 § 1 D. h. t.:

> Maxima utilitas est hujus edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujus modi fraudibus.

Suspect is hier ten eerste, dat er van „graviter constitutum" gesproken wordt, waar de bij het receptum bestaande aansprakelijkheid wel ver reikt, maar toch niet bijzonder erg is. Maar verder is het merkwaardig dat hier juist alleen over diefstal wordt gesproken waar het edict

---

(1) Zie hierboven p. 237. n. 3.

(2) Op een interpolatie wijst ook de zin in welken innotescere hier gebruikt wordt. Bij de klassieke juristen beteekent het: bekend worden — hier kan het echter niet anders vertaald worden dan met: bekend maken.

over het receptum dat geval toch niet in het bijzonder noemde. Als men deze plaats echter op het andere edict doet slaan, wordt zij volkomen begrijpelijk.

Alles bij elkaar wijst er op dat wij hier allicht staan voor onhandig compilatorenwerk. Wie met deze verklaring genoegen neemt, behoeft dus den klassieken juristen zelven hier althans niets te verwijten.

Wij laten ons dus door de bronnen niet afbrengen van de door ons gevonden reden voor invoering van het edict. Een tweede punt dat nog te beantwoorden overblijft is echter dit: waarom is het edict blijven voortbestaan toen de gevallen van het receptum als locatio conductio operis konden geconstrueerd worden en dit dan ook werden? Ook hier is het antwoord zeer eenvoudig. In het verkeer bleef de van ouds gebruikelijke belofte bestaan, vooral ook omdat eenmaal aangenomen werd dat hieruit een strenge aansprakelijkheid ontstond *en het publiek deze in die gevallen wilde behouden.* Het eischte deze aansprakelijkheid in ruil voor het groote vertrouwen dat men gedwongen was bij dergelijke contracten in den medecontrahent, schipper of herbergier, te stellen. En zoo moest ook het edict wel blijven bestaan, daar anders het dwangmiddel zou ontbroken hebben.

Wij hebben gezien dat tijdens de klassieke juristen het receptum een uitdrukkelijke belofte was gebleven. Mogelijk is het dat in het Justinianeesche recht de overgave der goederen zonder belofte de vanouds bekende aansprakelijkheid in het leven riep. Maar hiermede werd deze nog niet tot een wettelijke. Denzelfden ontwikkelingsgang maken immers alle contracten door: wat oudtijds uitdrukkelijk moet gezegd en afgesproken worden, geldt later als vanzelf sprekende. Maar dan blijft de aansprakelijkheid toch wat zij was, een contractueele.

Wij gaan dus uit van het receptum als overeenkomst. Voor ons komt alles hier aan op de uitlegging van den wil der partijen, op de nasporing van wat zij bedoeld hebben waar men den schipper plechtstatig liet beloven „res salvas fore."

En dan zal te Rome tweeërlei uitlegging van deze overeenkomst bestaan hebben, een oudere en een jongere.

In den tijd toen het edict werd uitgevaardigd, de tweede eeuw voor Christus, stond de rechtsontwikkeling in het teeken van het jus strictum. En zoo zullen volgens de oudere opvatting ook van deze belofte de woorden streng geinterpreteerd zijn: de schipper moet òf de goederen ongedeerd teruggeven òf schadevergoeding betalen als hij het eerste niet kan, en door welk ongeval hem de nakoming zijner verbintenis onmogelijk was gemaakt was een geheel onverschillige zaak. Zoomin evenwel als elders kon men hier op den duur de oogen gesloten houden voor de hardheden tot welke deze interpretatie voerde en ging men dus naar een middel zoeken om met behoud der interpretatie de onrechtvaardigheden waartoe zij leidde op te heffen. En dit middel vond men hier gelijk elders in de exceptio doli.

Op deze exceptie, met behulp van welke de Romeinsche juristen een zoo groot deel van hun recht hebben opgebouwd, en die steeds diende om den gedaagde te helpen zoo tegen hem een eisch was ingesteld, die wel was in overeenstemming met het strenge recht maar niet met wat volgens billijke opvatting als recht behoorde te gelden, doelt blijkbaar LABEO in ULPIANUS L. 3 § 1 D. h. t.: (1)

---

(1) LABEO spreekt niet uitdrukkelijk van exceptio *doli*. Maar deze was te Rome zoozeer de exceptie bij uitnemendheid dat men mag aannemen dat zij bedoeld is, zoodra ergens van exceptie zonder meer wordt gesproken, gelijk hier het geval is.

At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde LABEO scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigeret.

Niet dus zooals veelal wordt verkondigd met behulp van een aparte exceptio vis majoris, maar met behulp der exceptio doli werd hier het strenge recht doorbroken. Wel is waar blijkt uit de hier genoemde uitzonderingen op de aansprakelijkheid, uit het gebruik vooral van uitdrukkingen als vis major en damnum fatale, voldoende dat het niet genoeg was dat den schipper met betrekking tot ondergang of waardevermindering der goederen niets te verwijten viel, maar dat hij zich ter zijner verontschuldiging slechts op buitengewone omstandigheden kon beroepen. Dit is echter in volmaakte overeenstemming met een behoorlijke toepassing van de eischen der bona fides. Men mocht immers nimmer uit het oog verliezen dat de partijen een strenge aansprakelijkheid des schippers gewild hadden. Het eenige dat zij niet konden gewild hebben was dat deze geheel en al onvoorwaardelijk zou zijn. Alleen dan moest dus de rechter vrijspreken als een veroordeeling tegen alle billijkheid zou strijden.

Bij dit alles interesseert ons hoofdzakelijk het feit dat de rechter hier evenmin als elders bij de exceptio doli voor een vast begrip stond, waarmede hij voor zijn beslissing rekening te houden had. Met name dwingt de aansprakelijkheid bij het receptum, zooals zij volgens de oude interpretatie werd geconstrueerd, niet tot een constructie van een begrip van vis major. En dit veranderde ook niet toen een andere interpretatie zich ook bij het receptum baan brak en de oude verdrong.

Die nieuwe interpretatie was een direct gevolg van de verdringing van het jus strictum door de bona fides. Bij uitlegging van overeenkomsten werd voortaan niet zoozeer op de woorden als op de bedoeling der partijen gelet. En zoo werd ook bij het receptum onmiddelijk nagegaan welke aansprakelijkheid de partijen bedoeld hadden. Waar deze oudtijds van uit de positieve zijde als onvoorwaardelijk geconstrueerd en dan als remedie daartegen de exceptio doli gebruikt werd, werd zij voortaan geheel en al zooals zij zou gelden van uit de positieve zijde geconstrueerd, gelijk dit bij alle bona fide overeenkomsten geschiedde.

Het spreekt van zelf dat ook volgens deze constructie de aansprakelijkheid een strenge was. Dit hadden de partijen immers bedoeld. Niet alleen voor diefstal werd hier onvoorwaardelijk ingestaan maar ook voor zaakbeschadiging. Zoo zegt Gajus in L. 5 § 1 D. h. t:

> non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recepit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.

Hoewel dus blijkens L. 5 pr. D. h. t. en L. 14 § 17 D. 47, 2 ook bij het receptum gesproken wordt van custodiae prestatio was toch hier de aansprakelijkheid een grootere dan bij de overige in deze paragraaf te bespreken contracten: bestond met name ook voor beschadiging. Hiertoe moest dan ook eene rationeele opvatting der door den schipper gesproken woorden: „res tuas salvas fore recipio" wel leiden.

De zooeven geciteerde plaatsen zijn dan ook feitelijk hiermede niet in strijd.

In L. 14 § 17 cit. (1) deelt Ulpianus mede dat de briefbode, zoo hij custodia beloofd heeft, tot de actio

(1) Afgedrukt in *Themis* 1896, p. 290 en 291.

furti gerechtigd is, evenals de caupo en de magister navis. De geheele plaats handelt over niets dan diefstal, en ULPIANUS zegt dan ook uitsluitend dat voor diefstal de aansprakelijkheid van briefbode en schipper gelijk is, en volstrekt niet dat die gelijkheid ook verder reikt.

Ook GAJUS in L. 5 cit. verkondigt niets dat met onze meening strijdt:

> Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat jumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

GAJUS maakt hier alleen de (trouwens vrij nuchtere) opmerking, dat voor den schipper hetzelfde geldt als voor den fullo, in zooverre dat de een zijn loon evengoed als de andere voor iets anders dan voor de bewaking ontvangt, en dat zij toch tot custodia verplicht zijn en hun gebondenheid als custodiae prestatio wordt aangeduid. Maar ook hier weder wordt volstrekt niet de gelijkheid der aansprakelijkheid uitgesproken.

Eén zaak moet men echter in het oog houden. Waar de schipper onvoorwaardelijk aansprakelijk wordt gesteld voor zaakbeschadiging, heeft men natuurlijk niet bedoeld alle schade, onverschillig waardoor veroorzaakt, voor zijn rekening te brengen. Want dit zou neergekomen zijn op een geheele onvoorwaardelijke aansprakelijkheid, zooals men die in lateren tijd juist volstrekt niet in het receptum wilde zien. Bedoeld is slechts aansprakelijkheid voor damnum injuria datum, zooals dit door de Lex Aquilia werd gestraft: en dan nog slechts als het niet onder buitengewone omstandigheden, zooals een aanval door zeeroovers, is toegebracht.

B. Fullo en *sarcinator.*

De buitengewone aansprakelijkheid van deze contrahenten, steeds aangeduid als custodiae prestatio, bestond uit niets dan onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal. Zoo wordt dit ons medegedeeld door GAJUS, Instituten III § § 205 en 206. (1)

Men heeft soms beweerd dat hun aansprakelijkheid nog verder reikte.

Daartoe werd o. a. een beroep gedaan op de hierboven afgedrukte L. 5 pr. D. 4, 9 van GAJUS. Evenmin echter als deze plaats gebruikt kan worden door hen die bij fullo en sarcinator slechts aansprakelijkheid voor diefstal aannemen, om daaruit af te leiden dat ook bij het receptum geen verdere aansprakelijkheid bestaat, kan zij een argument opleveren voor hen die bij het receptum die ruimere aansprakelijkheid voorstaan, om daaruit tot dezelfde aansprakelijkheid voor fullo en sarcinator te concludeeren. Want het bleek ons dat GAJUS hier volstrekt geen gelijkstelling der aansprakelijkheid uitspreekt.

Ook ULPIANUS L. 13 § 6, D. 19, 2, is, met name door Baron (p. 206 en 253), aangevoerd als bewijs van een omvangrijker aansprakelijkheid:

> Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere.

Met behulp der hier genoemde muizen stelt BARON dan een begrip van „niederer Zufall" op, welks prestatie ook in de custodiae prestatio zou opgesloten zijn. (2) M. i. blijkt uit de laatste woorden der plaats voldoende

---

(1) Afgedrukt in *Themis* 1896, p. 296 en 297.

(2) Geheel en al onverdedigbaar is het dat BARON op grond van deze enkele over den fullo handelende plaats nu ook die prestatie van «niederer Zufall» aanneemt voor alle debiteuren, wier aansprakelijkheid als custodiae prestatio wordt aangeduid.

dat ULPIANUS hier geen van toerekenbaarheid onafhankelijke aansprakelijkheid heeft willen uitspreken: zoo de fullo geen zorg draagt dat de muizen niet aan de hem toevertrouwde kleederen kunnen knagen, is hem dan ook zeker gemis aan diligentia te wijten. En uit L. 2 pr. D. 9, 1, waarop BARON t. a. p. zich eveneens beroept, is m. i. niets anders af te leiden dan dat de fullo ook tegen andere dieren moet waken, immers verantwoordelijk kan zijn voor de door deze aangerichte schade.

Er zou ook geen enkele goede reden zijn aan te voeren waarom de fullo wel bij dieren, maar niet bij menschen onvoorwaardelijk aansprakelijk zou zijn voor de door hen aangerichte schade. De eersten zijn soms nog lastiger af te weren dan de laatsten.

Hoogst eigenaardig is het argument waarmede BARON (pag. 253) de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van den fullo bestrijdt. Als deze hier aangenomen werd, zou zij ook gelden voor de geheele klasse van lieden waartoe fullo en sarcinator behooren, met name dus voor alle conductores operis: maar dan ware er geen praetorisch edict voor de nautae noodig geweest, daar deze dan als conductores operis reeds naar civielrecht in dezelfde mate aansprakelijk zouden geweest zijn.

Deze door BARON ten onrechte aan WINDSCHEID toegeschreven argumentatie, bevat talrijke fouten. Ten eerste is het onjuist van fullo en sarcinator eene conclusie te trekken voor alle conductores operis: zooals wij in § 6 zullen zien, was hun positie een geheel bijzondere. Dan vergeet BARON dat toen het edict werd uitgevaardigd de daar geregelde gevallen nog niet als locatio conductio operis werden beschouwd. En ten slotte ziet hij over het hoofd, dat de aansprakelijkheid bij het receptum niet tot die voor diefstal beperkt is.

C. Commodatum.

Ook bij dit contract bestaat eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal. De eenige directe bewijsplaats is GAJUS III, 206, (1) uit welke in verband zoowel met § 205 als ook § 207 is af te leiden, dat de bruikleener in dezelfde mate voor diefstal aansprakelijk is als fullo en sarcinator en op dien grond dan ook de actio furti heeft, terwijl verder zijne aansprakelijkheid wordt aangeduid als custodiae prestatio.

Maar dan wordt verder ook door Ulpianus L. 5 § 15 D. 13, 6 vrij duidelijk te kennen gegeven dat er bij bruikleen eene custodia gepresteerd wordt welke niet valt onder de diligentia: ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam me praestare debere.

Daarentegen kunnen wij uit L. 1 C. 4, 23 en § 2 J. 3, 14 slechts een vermoeden voor de buitengewone aansprakelijkheid van den bruikleener putten: zooals wij in § 7 nader zullen uiteenzetten, kan men in het algemeen uit eene plaats waar gezegd wordt dat de debiteur niet voor vis major instaat nog niet met zekerheid afleiden dat zijne aansprakelijkheid op eenigerlei wijze eene buitengewone is, maar kan, waar dit van elders vaststaat, een dergelijke plaats het bereids geleverde bewijs nog wel versterken.

Ditzelfde geldt voor plaatsen als L. 5 § 4 D. 13, 6 en L. 1 § 4 D. 44, 7: hier worden uitdrukkingen gebruikt als damnum fatale en casus major, welke, gelijk ons eveneens in § 7 zal blijken, met de uitdrukking vis major gemeen hebben dat zij doorgaans slechts als tegenstelling tot eene buitengewone aansprakelijkheid gebruikt worden.

---

(1) Afgedrukt in *Themis* 1896 p. 297.

Waar wij tot dusverre plaatsen bespraken die de buitengewone aansprakelijkheid van den bruikleener òf direct òf althans indirect bewezen, (1) gebiedt ons de eerlijkheid op eenige plaatsen te wijzen, die door anderen aangevoerd worden ten bewijze dat hier slechts eene gewone aansprakelijkheid bestaat.

Daartoe behooren ten eerste alle plaatsen, waar van den bruikleener diligens custodia geëischt wordt: zoo o. a. L. 1 § 4 D. 44, 7; L. 18 pr. D. 13, 6; § 2 J. 3, 14 en ook L. 3 D. 18, 6, waar PAULUS zegt:

> Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

PAULUS beschouwt hier dus blijkbaar de van den bruikleener gevorderde custodia van uit het oogpunt der diligentia. Toch geloof ik dat deze plaats en evenmin de andere hier geciteerde de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal omver werpen. Hoogstens kan men daaruit afleiden, dat er bij de juristen uit den lateren tijd een zekere neiging bestond om bij bruikleen de aansprakelijkheid voor diefstal als het ware in de diligentia te voegen, haar als daarin vervat voor te stellen, (2) terwijl men dan tevens somtijds, om die nieuwe constructie waarschijnlijker te maken, de diligentia in den overtreffenden trap aanduidde.

---

(1) Zooals wij in § 6 nader zullen uiteenzetten, hechten wij niets aan de verschillende plaatsen waar van den bruikleener diligentia diligentissimi of iets dergelijks wordt verlangd. Zie ook hierboven den verderen text.

(2) Daarentegen wordt in L. 5 § 5 D. 13, 6 de uitdrukking «diligens custodia» verklaard doordat ULPIANUS in dit fragment blijkbaar een jurist afschreef uit den tijd, toen zich bij het commodatum nog geen buitengewone aansprakelijkheid had ontwikkeld. Zie ook p. 289.

Een andere plaats, waaruit onze tegenstanders een argument putten is de veelbesproken L. 10 § 1 juncto L. 12 D. h. t.:

> Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, *et custodiam:* et ideo furti habebit actionem. sed et si dum refertur periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, *aeque culpam mihi praestabit,* si sui causa accepit, (L. 12) Si mei causa, dolum tantum.

Deze plaats is — met name wegens de woorden „aeque culpam (2) mihi praestabit" die blijkbaar op het voorafgaande „et custodiam" slaan, voor PERNICE (p. 355 n. 40) een onwederlegbaar bewijs voor de „volkommene Ausgleichung zwischen Custodia und Diligenz." O. i. behoeft zij evenwel den verdedigers eener buitengewone aansprakelijkheid nog veel minder zorg te baren dan de zooeven behandelde plaatsen.

Men ga slechts na. Na eerst duidelijk gezegd te hebben dat de inspector, zoo hij de zaak sui causa ter bezichtiging krijgt met den bruikleener (in aansprakelijkheid) gelijkstaat en derhalve custodia presteert en daarvoor dan ook de actio furti heeft, terwijl hij verder, zoo hij de zaak in het belang des eigenaars ontving, slechts bij dolus aansprakelijk is, — wordt vervolgens door ULPIANUS de vraag opgeworpen hoe de aansprakelijkheid bij de terugbezorging geregeld is. Blijkbaar beschouwt ULPIANUS dit als een geheel zelfstandig punt, dat nog niet beslist is zoodra men de aansprakelijkheid van den bruikleener

(1) Waar BARON (p. 262) culpam door custodiam wil vervangen, merkt PERNICE t. a. p. terecht op dat de bestaande lezing door de Basilica bevestigd wordt.

in het algemeen kent. Als de eigenaar dan zelf den persoon heeft aangewezen door wien de zaak moest teruggehaald worden, heeft hij geenerlei aanspraak (1). Anders wordt ook hier onderscheiden of de inspector dan wel de eigenaar belang had bij het contract: in het laatste geval is alleen dolus, in het eerste geval ook culpa te presteeren. Hier wordt dus de gebruikelijke onderscheiding in de aansprakelijkheid, afhangende van het belang dat de debiteur bij het contract heeft, uitgesproken. Van eenigerlei bedoeling om de aansprakelijkheid van den hier besproken debiteur als tot de gewone beperkt voor te stellen, blijkt echter niets.

Ditzelfde geldt ook voor L. 15 § 13 D. 13, 6 waar Ulpianus beslist, dat als een slaaf met een schotel uitgeleend wordt, en de eerste den laatste verliest „periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam". Ulpianus wil hier slechts mededeelen dat de bruikleener ook voor den schotel aansprakelijk is, al is deze hem niet nominatim in bruikleen gegeven, maar stelt zich volstrekt niet ten doel eenige beslissing te geven over den omvang der aansprakelijkheid. Trouwens wordt in deze plaats alleen het geval gesteld, dat de schotel verloren wordt en kan zij dus nimmer tegen de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal in het veld gevoerd worden.

Ten slotte nog een enkel woord over de op het eerste gezicht bedenkelijke L. 20 D. 13, 6:

> Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis homini-

---

(1) Vergelijk Ulpianus L. 12, § 1 D. h. t.

bus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Hier dan toch, zal men zeggen, is duidelijk te kennen gegeven dat de bruikleener niet onvoorwaardelijk aansprakelijk is voor diefstal, maar alleen dan als hem iets te verwijten valt, met name hier als hij de terugbezorging der geleende zaak aan een slaaf had opgedragen, die voor dien taak ongeschikt was.

M. i. is hier evenwel van *terugbezorging* geen sprake maar integendeel van *bezorging*. Ik heb bij iemand zilver geleend (1) en afgesproken dat hij het mij zal laten bezorgen. En nu wordt het zilver op den weg naar mij (den bruikleener) toe aan den slaaf van den eigenaar afhandig gemaakt door een spitsboef, die zich b.v. als mijn slaaf voordoet of in elk geval als gerechtigd om de zaak voor mij te ontvangen.

Deze interpretatie wordt gerechtvaardigd door de uitdrukking „perferre", terwijl immers de bronnen (met misschien één enkele uitzondering) zoodra het op terugbezorging aankomt van referre spreken. En tevens wordt het thans duidelijk waarom met zooveel omhaal van woorden wordt verklaard dat de slaaf met veel zorg door den eigenaar moet uitgekozen zijn, zal de bruikleener voor het ongeval aansprakelijk zijn. Het geldt hier immers eene nieuwe gedachte, zooals men die slechts bij den genialen JULIANUS kan verwachten. Den bruikleener is niets te verwijten en toch moet hij de waarde van het gestolen zilver vergoeden, en dat wel, omdat om zijnentwille het goed aan de gevaren der verplaatsing blootgesteld is geworden. Zoo triumfeert hier een gezond

---

(1) Waar hier van «argentum commodatum» gesproken wordt, terwijl de feitelijke overgave der zaak nog niet heeft plaats gehad, geschiedt dit in overeenstemming met het spraakgebruik.

rechtsbeginsel over de in het civiele recht niet passende éénzijdige toepassing der culpaleer: zoo is hier bereids voor eeuwen de richting aangeduid, in welke zich thans ook de moderne rechtswetenschap nog een weinig schoorvoetend beweegt (1).

En zoo heeft deze plaats met de gewone aansprakelijkheid van den bruikleener niets te maken.

De slotsom van ons bronnenonderzoek luidt derhalve: de bruikleener was te Rome onvoorwaardelijk aansprakelijk voor diefstal.

D. Horrearius.

Te Rome bestonden, evenals tegenwoordig personen en instellingen, die er hun beroep van maakten zaken van waarde voor anderen te bewaren: ja zelfs de Keizer was somtijds eigenaar van een dergelijke inrichting, horreum genaamd (2).

Daar dan bewaarden de Romeinen „pretiosissimam partem fortunarum suarum" (L. 3 § 2 D. 1, 15): daar was de voogd verplicht de aan zijn pupil toebehoorende goederen te deponeeren (L. 3 C. 5, 38): daar mocht men in het algemeen aan anderen toebehoorende, toevertrouwde zaken brengen, en was dan van alle verantwoordelijkheid daarvoor bevrijd (L. 9 C. 4, 24).

De houder van een dergelijke instelling (3) stond

---

(1) Te vergelijken is L. 20 § 2 D. 19, 5. Ook hier een soortgelijke beslissing. Ik heb zilver willen koopen: de koopman bracht het mij, ik koop het niet, mijn slaaf bezorgt het terug en op den terugweg gaat het zilver zonder eenige schuld mijnerzijds verloren: dit ongeval treft dan den koopman. De toezending geschiedde immers geheel en al in zijn belang: hij had mij, als hij dit wilde, in zijn winkel kunnen doen komen.

(2) Zie L. 21 § 1 D. 20, 4 en de bij BRUNS, Fontes p. 329 en 330 afgedrukte Lex horreorum.

(3) De eigenaar slechts als hij tevens houder is: waar PERNICE (p. 350 n. 15) het tegendeel beweert, ziet hij L. 60 § 9 D. 19, 2 over het hoofd.

volgens de bronnen onvoorwaardelijk voor diefstal in. Dit blijkt ten eerste uit GAJUS L. 40 D. 19, 2, waar deze aansprakelijkheid verder als custodiae praestatio wordt aangeduid:

> Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat.

Wel is waar wordt hier de horrearius niet uitdrukkelijk genoemd, maar toch is hij blijkbaar bedoeld, want juist van hem kan men zeggen dat hij zijn loon krijgt voor het bewaren der zaken, wat volgens L. 5 D. 4, 9 niet gezegd kan worden van den toch ook custodia presteerenden nauta of fullo.

Verder bestaan er echter eenige plaatsen, die den horrearius bepaaldelijk noemen. Zoo L. 1 C. 4, 65.

> Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur: his cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet.

Zooals reeds meermalen gezegd is en in § 7 nog nader uiteengezet zal worden, het enkele feit dat van een debiteur gezegd wordt, dat hij niet voor vis major instaat, is voor ons geen afdoend bewijs aangaande den omvang zijner aansprakelijkheid maar levert toch een zekere aanwijzing op dat deze buitengewoon is: vooral waar, gelijk hier, duidelijk wordt gezegd dat vis major de *eenige* grond van verontschuldiging is.

Wijders kunnen wij hier nog wijzen op het verschijnsel dat bij uitdrukkelijke custodiae repromissio de aansprakelijkheid van den horrearius zich ook tot gevallen van vis major uitstrekt (1): zooals wij in § 6 nader zullen

---

(1) Zie L. 55 pr. D. 19, 2 en L. 4 C. 4, 65.

zien, mag men daaruit afleiden dat er zonder dergelijk beding toch reeds eene buitengewone aansprakelijkheid bestaat (1).

Dan is het ook niet van interesse ontbloot, dat in de reeds vermelde Lex horreorum van keizer NERVA deze het noodig vond de custodiae prestatio uitdrukkelijk uit te sluiten (2): met behulp van het hier geoorloofde argumentum a contrario mag men dus concludeeren dat anders de custodia wel tot de verplichtingen des horrearius behoorde. Dat hier bedoeld is custodia in den zin van onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal en niet in den gewonen zin van bewaking, behoeft geen betoog: immers zou een horrearius, die zich van elke verplichting tot bewaking bevrijdde, een onding zijn.

Vaak worden hier nog LABEO L. 60 §§ 6 en 9 D. 19, 2 aangevoerd. O. i. ten onrechte: wat bij nauwkeurige lezing dier plaatsen dan ook direct blijkt. L. 60 § 6 luidt:

> Locator horrei propositum habuit se aureum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur.

De horrearius heeft hier openlijk aangekondigd dat hij goud, zilver en edelgesteenten niet „suo periculo" zou in bewaring nemen (3). Daarmede wil hij voor zich alle verantwoordelijkheid uitsluiten voor ongevallen die aan die zaken in zijn horreum overkomen, onverschillig of hem daarbij al dan niet iets te verwijten zal zijn. Een

(1) Zie p. 291 n. 1.

(2) Zie BRUNS, Fontes, p. 330.

(3) Wat voor LABEO de hoofdquestie was, nl. of de horrearius al dan niet verantwoordelijk was als hij niettegenstaande deze aankondiging toch dergelijke kostbaarheden in ontvangst nam, kan ons hier niet interesseeren.

soortgelijke bepaling dus, als tegenwoordig nog door vele logementhouders gemaakt wordt, dat zij niet voor geld en kostbaarheden instaan, die de reizigers op hun kamers houden.

Slechts zij, die de door ons nog in deze paragraaf te bestrijden opvatting huldigen, dat onder periculum verstaan moet worden „door toeval veroorzaakte schade", kunnen in deze plaats een bewijs zien van de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van den horrearius.

En wij vinden evenmin een zoodanig bewijs in § 9 derzelfde Lex:

> Rerum custodiam quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horrario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.

De casuspositie is deze: de eigenaar van een horreum heeft dit aan een ander verhuurd, welke laatste als horrearius optreedt en goederen van verschillende personen ter bewaring aanneemt. En nu verklaart Labeo dat de eigenaar dan zijnen huurder niet die custodia te presteeren heeft, welke deze verschuldigd is aan hen, die hem hunne kostbaarheden hebben toevertrouwd. Feitelijk spreekt dit van zelf, daar custodia (in welken zin dan ook) alleen verlangd kan worden van den debiteur, die goederen van zijn crediteur onder zich heeft — wat zeker niet geldt voor den eigenaar ten opzichte van den huurder. Men mag evenwel niet veronderstellen, dat Labeo hier eene zoo overbodige opmerking wilde maken. Blijkbaar was het zijn bedoeling te kennen te geven, dat de horrearius die uit hoofde zijner verantwoordelijkheid aan de inbrengers van goederen schadevergoeding had gegeven daarom geen verhaal op den eigenaar had (1).

(1) Tenzij anders bedongen was. Een dergelijk beding is nog zoo

Dat hier van „deberet" gesproken wordt, steunt deze uitlegging ten sterkste.

Maar met dit alles is niets beslist omtrent den zin waarin hier van custodiae praestatio gesproken wordt, met name of daarmede onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal bedoeld wordt. Waar wij met behulp van andere plaatsen deze mede voor den horrearius hebben bewezen, weigeren wij evenwel *deze* plaats als bewijs te erkennen.

Behalve de vier tot dusverre behandelde gevallen eener buitengewone aansprakelijkheid, zal deze volgens onze meening ook nog aangenomen moeten worden bij die onbenoemde overeenkomsten, welke gelijkenis vertoonen met een der benoemde, waar een dusdanige aansprakelijkheid bestaat, en dan ook in denzelfden omvang, waarin zij daar geldt.

De bronnen deelen ons enkele gevallen mede.

Zoo wordt in L. 10 § 1 D. 13, 6 (1) de gelijkstelling uitgesproken tusschen den bruikleener en den inspector, die eene zaak „sui causa" ontvangt en gezegd, dat de laatste alsdan custodia presteert „et ideo furti habebit actionem." Deze beschouwing was echter geen algemeen gangbare. Waar men de vergelijking met den bruikleener niet maakte — en zij is ook wel sterk gewaagd — verlangde men van den inspector slechts de gewone aansprakelijkheid. Zoo Papinianus L. 17 § 2 D. 19, 5.

Daarentegen vinden wij in deze laatste plaats (en wel in § 4) nog een ander voorbeeld van een buitengewone aansprakelijkheid bij een onbenoemde overeenkomst:

---

dwaas niet als wel lijkt, daar verlies der goederen dikwerf te wijten zal zijn aan onvoldoende constructie van het gebouw.

(1) Afgedrukt hierboven op p. 251.

Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox hae perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.

Ook hier geldt eene reeds meermalen gemaakte opmerking: op zich zelf beteekent het niet veel, wanneer ergens de niet-aansprakelijkheid voor vis major wordt uitgesproken, en, gelijk wij ook weten, wordt custodia in verschillende beteekenissen gebruikt, en kan dus het voorkomen dezer uitdrukking in het algemeen ons geen opheldering geven omtrent den omvang der aansprakelijkheid: maar hier, waar speciaal de tegenstelling wordt gemaakt tusschen de vis major voor welke men niet en de custodia voor welke men wel instaat, waar in verband met het niet aansprakelijk zijn voor de eerste gezegd wordt dat men dan toch in elk geval tot de laatste verbonden is, daar is de conclusie gerechtvaardigd dat men hier het bestaan eener buitengewone aansprakelijkheid heeft willen aanduiden. Zoo zal een geneesheer uit het samengaan van twee symptomen steeds tot een bepaalde ziekte concludeeren, waar hij, zoo slechts het een of het ander dier twee aanwezig is, zijne diagnose niet zal stellen vóór hij nog andere symptomen vindt.

De reden waarom in het t. a. p. besproken geval een buitengewone aansprakelijkheid werd aangenomen, ligt voor de hand. Waar iemand, die goederen koopen wil, deze onder zich houdt om ze eerst nog aan deskundigen te laten zien, heeft hij evenals een bruikleener het uitsluitende voordeel bij de rechtsverhouding, zooals die voor het oogenblik is (1).

---

(1) Zie hieronder p. 281.

Hiermede zijn wij aan het einde der positieve taak gekomen, die wij ons in deze paragraaf gesteld hebben: opsporing der gevallen, waarin de debiteur op buitengewone wijze aansprakelijk was voor hem toevertrouwde zaken. Voor de drie eerstgenoemde gevallen — receptum, commodatum, fullo en sarcinator — vonden wij in de vorige paragraaf eene onvoorwaardelijke verleening der actio furti. Het verband is thans duidelijker dan ooit: de actio furti is aan die debiteuren onvoorwaardelijk verleend, wijl zij steeds voor diefstal aansprakelijk zijn. En tevens mogen wij thans ook de gevolgtrekking maken, waarvan wij toen bereids spraken (1): wie onvoorwaardelijk voor diefstal instaat, heeft ook de actio furti. Zoo mogen wij dit dus ook voor den horrearius aannemen, en tevens voor die onbenoemde overeenkomsten, bij welke een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal zal aangenomen zijn.

En thans rest op ons nog slechts een negatieve taak. Wij moeten nl. voor verschillende gevallen, voor welke door andere schrijvers eene buitengewone aansprakelijkheid is beweerd, de door hen aangevoerde bewijzen nagaan en ontzenuwen.

Wij staan hier vrij wel voor dezelfde gevallen, voor welke wij in de vorige paragraaf wisten te weerleggen de door andere schrijvers beweerde onvoorwaardelijke toekenning der actio furti.

Allereerst komt het mandatum hier ter sprake. Bruckner is de eenige schrijver, dien wij hier te bestrijden hebben. Zijn betoog (p. 227—231) is zonder eenige bewijskracht. Andere plaatsen voor zijn meening weet hij niet aan te voeren, dan die in welke hij (gelijk wij in § 5 betoogden ten onrechte) eene onvoorwaardelijke

(1) Zie *Themis* 1896, p. 308.

toekenning der actio furti leest. En daarentegen is er eene plaats, welke uitdrukkelijk tegen zijne meening pleit, n.l. PAULUS L. 5 § 4 D. 19, 5. Er wordt daar gesproken over het mandatum tot inning eener vordering en daarbij dan opgemerkt:

> Potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere: possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem.

Zonder uitdrukkelijk beding derhalve bij het mandatum geen custodiae prestatio. Dat hier daaronder verstaan wordt onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal volgt daaruit dat ook zonder beding de lasthebber verplicht is tot custodia, al is het dan ook slechts gelijk voor zijn eigen zaken.

BRUCKNER's uitvlucht (p. 231 n. 1.) dat hier bij uitzondering geen custodiae prestatio te pas kon komen, daar de lasthebber het geld niet voor den lastgever bezat gaat, gelijk BARON (p. 283) opmerkt, niet op, wijl hier onmiddellijke vertegenwoordiging bestaat, zoodat op het moment der overgave van het geld aan den lasthebber de lastgever eigenaar daarvan wordt en de lasthebber het voor hem detineert.

Terwijl BARON derhalve voor het mandatum BRUCKNER's meening eener onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal weerlegt, verdedigt hij zelf (p. 279) deze voor de negotiorum gestio. BARON voert voor deze meening een paar plaatsen aan, waar van den negotiorum gestor eene exacta diligentia verlangd wordt: het bewijs dat daarmede een dergelijk verreikende aansprakelijkheid bedoeld wordt is evenwel niet geleverd. (1)

---

(1) Zie de bespreking der diligentia diligentissimi in de volgende paragraaf.

Voor het vuistpand wordt zoowel door BARON (p. 267—270) als door BRUCKNER (211—216) de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal verdedigd.

Twee fragmenten worden hier aangevoerd. Ten eerste ULPIANUS L. 13 § 1 D 13, 7:

> Venit autem in hoc actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis major non venit.

BRUCKNER (p. 147) en BARON (p. 268), hunne opvatting kracht bijzettende door willekeurige verandering der interpunctie (1), lezen in deze plaats een gelijkstelling tusschen bruikleen en pand, tengevolge waarvan dan bij het laatste contract eene custodiae prestatio zou bestaan in denzelfden zin als bij het eerste.

M. i. is deze opvatting onjuist. Bij de gebruikelijke interpunctie wordt alleen voor dolus en culpa een volledige gelijkstelling tusschen de beide contracten uitgesproken: en dan wordt verder opgemerkt dat bij pignus ook custodia gepresteerd moet worden. Daarbij wordt echter niet gezegd dat dit custodia in denzelfden zin als bij bruikleen is: en, hoewel ik in het algemeen afkeerig ben van het gebruik van het argumentum a contrario, mag men m. i. hier uit het feit dat de gelijkstelling alleen met betrekking tot dolus en culpa wordt uitgesproken afleiden dat ULPIANUS haar ten opzichte van de custodia verwierp.

En ook L. 19 C. 8, 13 dwingt ons niet tot een ander resultaat:

> Sicut vim majorem pignorum creditor praestare

---

(1) BRUCKNER leest hier: «Venit autem in hac actione et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia: vis major non venit». Deze lezing is alleen mogelijk voor hem, die elk taalgevoel mist. En zoo onschuldig als BRUCKNER en BARON deze verandering noemen, is zij niet (zie verder den tekst).

necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

De pandhouder staat niet voor vis major in, maar wel voor dolus en culpa en ook voor custodia. Schijnbaar wordt hier een tegenstelling tusschen vis major en custodia gemaakt en zou men dus daaruit kunnen concludeeren dat hier gesproken wordt over die custodia, wier grens vis major is, dat is dus die waarmede onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal bedoeld wordt.

Toch is deze conclusie overijld. Men lette vooral daarop dat gezegd wordt: „*sed* (1) et custodiam". Hiermede wordt custodia niet zoozeer tegengesteld aan vis major als wel aan dolus en culpa: met name dus gezegd dat er ook custodia wordt gepresteerd. Welke custodia wordt hier alweer niet gezegd.

Andere plaatsen hebben BARON en BRUCKNER niet voor hunne meening weten aan te voeren, althans geen van eenig gewicht. § 4 J. 3, 14, door BARON aangevoerd, zou alleen dan iets bewijzen als zijne premisse — vis major en casus fortuitus synoniemen — niet flagrant onjuist ware. En aan den anderen kant worden plaatsen als L. 5, L. 8 C. 4, 23, welke duidelijk den pandhouder alleen bij nalatigheid aansprakelijk stellen, niet weerlegd door de opmerking (BARON p. 270 n. 118) dat zij „auf Anfragen über praktische Fälle entgangen sind". Daarvoor zijn deze plaatsen te algemeen gesteld.

Ook bij de locatio conductio rei wordt door BARON (p. 257—260) en BRUCKNER (p. 216—219) onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal gesteld. De hoofdrol vervult hier L. 28 C. 4, 65:

In judicio tam locati quam conducti dolum et

(1) BARON (p. 268) laat het woordje «sed» eenvoudig weg!

custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Wij voor ons kunnen alweer uit dit fragment onmogelijk afleiden of hier bedoeld wordt de custodia die bereids in de diligentia is opgesloten dan wel de andere. BRUCKNERS betoog (p. 149) dat bij de eerste opvatting de keizer tegen de logica zou gezondigd hebben, daar die custodia niet buiten dolus staat, wijl er immers ook dolus in custodiendo kan gepleegd worden — dat betoog heeft voor ons, die de diligentia geconstrueerd hebben als een van de dolus- en culpa-aansprakelijkheid geheel afgescheiden iets, niet de minste waarde.

En ook BARONS opvatting (p. 258), als zoude hier als grens der custodia de vis major aangeduid zijn en daarmede dus uitgemaakt zijn dat onder custodia hier onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van diefstal bedoeld werd, moeten wij verwerpen. Immers gaat BARON hier wederom van de verkeerde premisse uit, dat casus cui resisti non potest gelijkbeduidend is met vis major. Deze uitdrukkingen kunnen slechts gelijkbeteekend zijn voor hem, die casus opvat als zijnde een vast begrip van toeval, een opvatting die wij op het eind van § 1 bestreden (1), en die dan verder de vis major opvat als dat bepaalde onderdeel van den casus, waarvan het kenmerk onwederstaanbaarheid is.

En verder wordt nog slechts een enkele plaats door onze tegenstanders als direct bewijs voor hunne meening aangehaald, nl. L. 5 § 15 D. 13, 6. Er wordt daar de questie behandeld of, zoo een wagen aan meerderen in bruikleen gegeven of verhuurd is, ieder der deelnemers van het contract voor het geheel of alleen voor zijn deel aansprakelijk is en dan wordt beslist: „esse verius ait, et

(1) Zie *Themis* 1896 p. 253 e. v.

dolum et culpam en diligentiam et custodiam in totum me praestare debere." M. i. is het evenwel ongeoorloofd om uit deze plaats, die principieel dient tot beslissing eener geheel andere quaestie, af te leiden een gelijkstelling der aansprakelijkheid bij bruikleen en bij huur. Wel mag men deze plaats gebruiken om met behulp daarvan het reeds van elders geleverde bewijs omtrent de aansprakelijkheid des bruikleeners te versterken — dit is geoorloofd wijl deze plaats niets anders is dan een brokstuk uit een groot fragment, dat uitsluitend over bruikleen handelt — maar juist ook hierom mag men uit deze plaats geen andere gevolgtrekking maken voor het huurcontract dan wat daaromtrent ipsis verbis wordt medegedeeld: dat de vraag aangaande de solidaire aansprakelijkheid bij huur en bruikleen zich in dezelfde gedaante voordoet en op dezelfde wijze beantwoord moet worden.

De laatste hier te behandelen overeenkomst is de koop. Met name is het de vraag in welke mate de verkooper tot aan de levering aansprakelijk is voor de verkochte zaak?

De beantwoording dezer vraag hangt ten nauwste samen met het standpunt dat men in een andere questie inneemt. En zoodoende zijn wij — vooral ook omdat ons standpunt in die andere vraag een geheel bijzonder is — genoodzaakt tegen den regel te zondigen dat eene rechtsgeleerde verhandeling zich tot haar eigenlijk onderwerp heeft te bepalen.

De rechtsgeleerden zijn het er dan tegenwoordig vrij wel over eens dat Jure Romano de kooper reeds voor de levering het gevaar der zaak in dien zin droeg, dat hij, zoo hij tengevolge van buiten de schuld des verkoopers de zaak treffende onheilen deze of in het geheel niet of in waarde verminderd ontving, toch den koopprijs moest

betalen, welken rechtsregel de Romeinsche juristen dan zouden uitgesproken hebben waar zij verkondigen: periculum emptae rei statim pertinet ad emptorem.

Eene uitzondering dus op den regel, dat degene die bij een wederkeerige overeenkomst zelf niet presteert, de exceptio non adimpleti contractus te wachten heeft, als hij toch als eischer optreedt. En dikke boeken zijn er geschreven ter verdediging van deze uitzondering, waarvan de onbillijkheid toch voor de hand ligt. Wat echter bevreemding verwekt is dat, terwijl in den laatsten tijd die onbillijkheid meermalen ingezien is, niemand op de gedachte is gekomen om eens nader te onderzoeken of zij haren oorsprong wel gevonden heeft bij de Romeinsche juristen.

Wij hebben dit onderzoek ingesteld en aarzelen niet te verklaren dat zeer zeker in het klassieke Romeinsche recht de bekende rechtsregel over het periculum een geheel andere beteekenis had. De oorzaak van het misverstand ligt daarin dat men het woord periculum verkeerd verstond. Van oudsher immers spreken de geleerden elkander na, dat hieronder te verstaan is, het eventueel nadeel, dat bij eene verbintenis kan ontstaan, doordat de verschuldigde zaak zonder schuld van den debiteur niet kan worden gepraesteerd (1).

Hiertegen moet positie gekozen worden. Periculum beteekent niets dan gevaar. Op zich zelf heeft het dus in de rechtstaal niet de minste beteekenis: het krijgt deze slechts in en door het verband, waarin het voorkomt. Zoo wordt onder „periculum custodiae" verstaan het gevaar dat met de custodia verbonden is: de gevaren dus, welke dreigen de bewaking eener zaak vruchteloos te maken.

---

(1) Zie Mr. J. A. Jolles Az., Het Periculum bij den Koop, p. 4.

En zoo verstaat men onder periculum rei niets anders dan het gevaar dat met de zaak verbonden is: dat de zaak loopt uit hoofde van zich zelf. Elke zaak heeft hare eigenaardige gevaren: de eene meer, de andere minder. Een rotsblok heeft al een minimum van gevaren te duchten: levensmiddelen daarentegen bederven licht.

En naast de natuurlijke gevaren heeft men dan nog de economische: waardevermindering tengevolge van veranderingen in de markt en dergelijke. Van deze spreken de Romeinen niet, maar zij behooren op dezelfde wijze behandeld te worden als de natuurlijke.

Men sla thans de titels der Pandekten (Boek 18 titel 6) en van den Codex (Boek 4 titel 48) op, die „de periculo et commodo rei venditae" handelen. Bijna overal wordt daar als voorbeeld van periculum rei gesteld de verandering, die er met wijn kan plaats hebben. Deze kan te zoet of te zuur en daarmede onbruikbaar worden. En niemand zal het irrationeel vinden dat de kooper deze schade lijdt.

Immers zal bij de bepaling van den koopprijs met dergelijke eventualiteiten rekening gehouden worden: en als men dat niet wilde, kon de kooper altijd bedingen dat hij den wijn voor zooverre deze bedorven was niet zou hebben te accepteeren. (Zie L 6 D. 18, 6).

Waar de Pandekten hoofdzakelijk over den wijnkoop spreken, lezen wij in L. 2 § 2 C. 4, 48:

> Haec omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.

Wij kunnen thans niet verder ingaan op de consequenties tot welke de door ons voorgestelde opvatting van den regel omtrent het periculum rei zal hebben te leiden.

Een ieder zal beseffen dat onze leer, zoo zij juist is,

dwingt tot een een algeheele herziening van een hoogst belangrijk leerstuk (1).

Hier hebben wij echter de vraag aan te roeren in hoeverre er verband bestaat tusschen de heerschende leer omtrent het periculum rei en de aansprakelijkheid van den verkooper ten opzichte der verkochte zaak. En men houde dan in het oog dat de vraag naar deze aansprakelijkheid feitelijk hierop neerkomt: wat is recht, als de verkochte zaak buiten de schuld van den verkooper gestolen wordt? (2) Eene noodzakelijke consequentie der heerschende leer omtrent het periculum is dan, dat er op deze vraag slechts één antwoord mogelijk is: de verkooper is niet aansprakelijk en heeft bovendien recht op den koopprijs.

Met die leer verwerpen wij echter ook hare consequentie. Het spreekt evenwel van zelf dat, als de kooper dit verkiest, hij den verkooper aan het contract kan houden. Hij moet dan den koopprijs betalen en heeft daarvoor recht op cessie van de verschillende acties die de verkooper tegen den dief kan doen gelden — rei vindicatio, condictio, actio furti. Dat dit een recht van den kooper is, en dat hij met name niet *verplicht* is voor de cessie dier acties den koopprijs te betalen, blijkt duidelijk genoeg uit de verschillende plaatsen die hierover

---

(1) Wij willen hier nog slechts opmerken dat eene eenigszins ruime opvatting van het periculum rei moet leiden tot resultaten, die de heerschende leer zeer nabij komen. De groote kunst is om te onderscheiden tusschen die gevaren welke met de concrete zaak verbonden zijn en waarmede dus bij de bepaling van den koopprijs rekening wordt gehouden en die welke niet zoozeer met de verkochte zaak zelf verbonden zijn maar meer blindelings deze of gene zaak heffen en waarmede dus bij de bepaling van den koopprijs niet gerekend is. § 3 J. 3, 23 heeft eene tamelijk, echter niet *al* te ruime opvatting van het periculum rei.

(2) Onvoorwaardelijk instaan voor diefstal is immers de eenige buitengewone aansprakelijkheid, die hier beweerd wordt.

handelen en waar steeds van een „oportere" des *verkoopers* gesproken wordt (1).

Op de zooeven gestelde vraag over de aansprakelijkheid van den verkooper zijn evenwel nog twee antwoorden mogelijk. Één oplossing is dat de verkooper ook voor aan hem niet te wijten diefstal aansprakelijk is en vergoeding moet geven, maar daarvoor dan ook recht op den koopprijs heeft. Volgens de andere oplossing is de verkooper in een dusdanig geval niet aansprakelijk, maar heeft dan ook geen aanspraak op den koopprijs.

Beide oplossingen zijn zeer goed te verdedigen. Uit de bronnen blijkt evenwel duidelijk dat de laatstgenoemde opvatting gegolden heeft, en er van den verkooper niets anders dan eene diligens custodia verlangd is. Zoo zegt Gajus L. 35 § 4 D. 18, 1:

> Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerit; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet.

§ 3 a J. 3, 23 is aan deze plaats ontleend en dan ook daarmede geheel in overeenstemming.

Ook Paulus L. 3 D. 18, 6 leidt niet tot eene andere opvatting:

> Custodiam autem venditorem talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

Als men uit deze plaats tot eene gelijkstelling met het commodatum zou willen besluiten dan zou men hieruit nog eerder kunnen afleiden dat de bruikleener

---

(1) Zie Ulpianus L. 14 pr. D. 47, 2; Gajus L. 35 § 4 D. 18, 1; § 3 a J. 3, 23.

niet dan dat de verkooper *wel* op buitengewone wijze aansprakelijk was (1). PAULUS wil hier in elk geval slechts uitspreken dat de verkooper niet kon volstaan met diligentia quam suis — en dus tot diligentia diligentis verplicht was — iets wat ook voor bruikleen opgaat (2).

De veel besproken L. 15 § 1 D. 18, 6 is o. i. zonder eenige bewijskracht hetzij voor de eene, hetzij voor de andere oplossing:

> Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Als de zaak getradeerd is wordt zij dus aan den kooper ontstolen, als zij nog niet getradeerd is aan den verkooper. Niet beslist wordt echter of in het laatste geval de verkooper vergoeding moet geven en daarvoor dan ook recht op den koopprijs heeft, dan wel niet verantwoordelijk is maar ook geenerlei recht heeft. En het is zeer rationeel, dat PAULUS niet tusschen deze twee oplossingen beslist. Er wordt hier nl. in het algemeen van furtum gesproken zonder te onderscheiden of dit al dan niet aan gemis aan diligentia bij den verkooper te wijten is. Was hij niet diligent, dan geldt de eerste — anders de tweede oplossing. Bij beide oplossingen kan men echter zeggen dat het periculum van het furtum den verkooper treft.

Sommige schrijvers zijn evenwel van meening dat wegens het verband met L. 13, 14 en vooral 15 pr. D. h. t.

---

(1) Deze conclusie is echter ook niet gerechtvaardigd. Vergelijk hiervoor het op p. 250 opgemerkte.

(2) Het punt waarvoor ten slotte de gelijkstelling wordt uitgesproken raakt — in strijd met wat de aanhef der plaats doet verwachten — dus niet de leer der buitengewone aansprakelijkheid.

hier gelijk daar slechts gedacht wordt aan verlies buiten schuld van den verkooper. Dan echter is L 15 § 1 o. i. niet meer neutraal maar pleit voor onze opvatting: dat de verkooper in een dusdanig geval niet aansprakelijk is, maar dan ook geen recht op den koopprijs heeft. Want anders zou het „venditoris periculum" geen zin hebben.

En zoo is dan tevens de L. 15 § 1 cit. een duidelijk bewijs voor de onjuistheid der heerschende leer aangaande het periculum rei.

Het door ons met betrekking tot de aansprakelijkheid van den verkooper verkregen resultaat is in zooverre in overeenstemming met de heerschende leer, dat ook deze hier geen onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal kent, maar wijkt daarin van deze af, dat wij in een dergelijk geval den verkooper geen recht op den koopprijs toekennen.

Nu wordt evenwel door enkele schrijvers aangenomen, dat bij ééne soort van het koopcontract eene custodiae prestatio in den zin van onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van diefstal bestaan heeft: als met name eene zekere hoeveelheid eener waar verkocht was voor een naar den maat bepaalden prijs (Speciesverkauf mit Quantitätenpreis). Een goede grond, waarom hier de aansprakelijkheid strenger zou moeten zijn dan bij andere koopovereenkomsten, laat zich echter niet denken. En zoo zijn wij ook eenigzins wantrouwend tegenover de eenige bewijsplaats, die hier aangevoerd kan worden, nl. Gajus L. 2 § 1 D. 18, 6:

> Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat videamus. et puto eam diligentiam venditorem

exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Wij erkennen gaarne dat hier de schijn bestaat dat GAJUS een buitengewone aansprakelijkheid bedoelde. Immers levert de omstandigheid dat damnum fatale als tegenstelling tot de aansprakelijkheid wordt gebruikt wel een vermoeden in die richting op. Maar zooals wij reeds meermalen zeiden moet een dergelijk vermoeden dan ook van elders bevestigd worden, wat hier niet het geval is. Integendeel blijkt uit de wijze waarop GAJUS hier de vraag stelt, dat zijn bedoeling is na te gaan welke diligentia hier gepresteerd wordt en dan beslist hij (en terecht) dat de verkooper tot de hoogste verplicht is. Op bijzonder krasse wijze wordt dit dan gezegd.

In elk geval bestaan er geen andere bewijsplaatsen. In L. 1 pr. § 1 D. h. t., waarop BARON (p. 272) zich eveneens beroept, geeft, gelijk reeds door PERNICE (LABEO II p. 359, n. 53) is opgemerkt, ULPIANUS ons niets dan een jammerlijke uiteenzetting, waarbij periculum en custodia op wanhopige wijze door elkander gehaspeld worden. En de door BARON eveneens hier aangevoerde L. 3 D. h. t. zou, als zij eenig bewijs voor een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van den verkooper opleverde — wat zij o. i. niet doet (1) — te veel bewijzen daar PAULUS hier over den koop in het algemeen spreekt en niet alleen van die bepaalde soort waarvoor BARON het bewijs wil leveren. Wel voert BARON (p. 273) hiertegen aan dat zoowel in L. 2 § 1 als in L. 5 D. h. t., welke beide plaatsen gelijk de L. 3 cit. uit PAULUS liber quintus ad Sabinum afkomstig zijn, de wijnkoop ad mensuram behandeld wordt. BARON heeft evenwel niet op L. 7 D. h. t. gelet, eveneens afkomstig uit hetzelfde liber quintus ad Sabinum,

(1) Zie p. 270.

en waaruit duidelijk blijkt, dat PAULUS daar ook andere soorten van koop besprak.

Zoo is dus ons resultaat voor het koopcontract dat nòch in het algemeen nòch ook bij een zekere soort van koop sprake is van eene buitengewone aansprakelijkheid van den verkooper voor de door hem verkochte, maar nog niet geleverde zaak.

§ 6. *Ontstaan en grond der buitengewone aansprakelijkheid.*

De resultaten, door onze onderzoekingen in §§ 3, 4 en 5 met betrekking tot de buitengewone aansprakelijkheid verkregen, laten zich in het kort aldus weergeven. Een dergelijke aansprakelijkheid bestaat in den regel in niets anders dan eene onvoorwaardelijke verantwoordelijkheid voor diefstal, aangeduid met den naam van custodiae praestatio en steeds vergezeld van eene even onvoorwaardelijke toekenning der actio furti aan den verantwoordelijken debiteur. Slechts bij het receptum bestaat eene nog verder reikende aansprakelijkheid, in zooverre als hier de debiteur ook voor damnum injuria datum onvoorwaardelijk verantwoordelijk is, waarbij men echter wel in het oog moet houden, dat slechts gemeend is die beschadiging, welke onder de lex Aquilia en met name alleen onder deze wet viel (1).

Wij willen thans onderzoeken hoe men er toe gekomen is deze buitengewone aansprakelijkheid voor diefstal aan te duiden met den naam custodiae praestatio, en in verband hiermede tevens nagaan of nog soms met andere uitdrukkingen (periculum, diligentia exactissima) een zoodanige aansprakelijkheid door de Romeinsche juristen werd aangeduid. Daarna zullen wij de gronden ontwik-

(1) Zie p. 246.

kelen waarom juist bij de door ons in § 5 behandelde contracten de debiteur op zoo buitengewone wijze aansprakelijk was, terwijl wij dan ten slotte zullen uiteenzetten in hoeverre door buitengewone omstandigheden wijziging in de aansprakelijkheid gebracht kan worden.

Zooals wij in §§ 1 en 2 zagen is de aansprakelijkheid uit contract voor een belangrijk deel (met name wat betreft de diligentia) ontstaan uit oudtijds uitdrukkelijk gesloten bedingen, die zoo gebruikelijk werden dat de daarbij vastgestelde aansprakelijkheid later geacht werd van zelf uit het contract voort te vloeien.

Tot de diligentia, welke aldus eene verplichting des debiteurs uitmaakte, en wel bij het eene contract in zwaardere mate dan bij het andere, behoorde gelijk wij dit in § 3 hebben uiteengezet (1) ook de custodia en dat in dezelfde mate, als bij het betreffende contract in het algemeen diligentia moest gepresteerd worden.

Nu schijnt het evenwel gebruikelijk te zijn geweest dat in zeer enkele gevallen de crediteur zich door den debiteur nog eens apart bewaking der toevertrouwde zaak liet beloven en dan stond bij voorkomende geschillen de jurisprudentie voor de vraag, wat in een dusdanig geval door partijen bedoeld was.

De uitlegging lag voor de hand. Waar de debiteur in die gevallen uit het contract zelf verplicht was tot inachtneming der diligentia diligentis en dus ook de hem toevertrouwde zaken moest bewaken gelijk een goed huisvader de zijne bewaakt, daar kon een nog afzonderlijk gedane bewakingsbelofte niets anders bedoelen dan een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van den debiteur vast te stellen ten opzichte van die ongevallen, waar-

(1) Zie *Themis* 1896, p. 279—282.

tegen de bewaking zich voornamelijk te richten heeft. Met name werden partijen gecenseerd daarbij aan diefstal te hebben gedacht. Waar zonder afzonderlijk pactum custodiae de aansprakelijkheid voor diefstal reeds zoover reikte, dat een debiteur zich bijna nimmer kon excuseeren met de bewering, dat hij den diefstal niet had kunnen vermijden — hem werd immers steeds tegengeworpen dat een diligens pater familias zich niet laat bestelen — daar kon een aparte bewakingsbelofte niet anders opgevat worden dan een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal te beoogen.

Ten opzichte van het damnum injuria datum kon deze redeneering niet toegepast worden. Tegen beschadiging is niet zoo licht te waken als tegen diefstal: JULIANUS L. 19 D. 13, 6 gaat zelfs zoover hier de onmogelijkheid van bewaking uit te spreken, welke meening evenwel door de andere juristen niet gedeeld werd. Waar de rechter echter in het algemeen bij zaakbeschadiging door derden niet spoedig plichtverzuim van den debiteur zal hebben aangenomen, zal een aparte bewakingsbelofte ook hier in zooverre effect gehad hebben, dat de rechter er dan eerder toe zal zijn overgegaan dergelijk plichtverzuim aan te nemen.

Dit neemt echter niet weg dat de hoofdwerking van het pactum custodiae was en bleef vaststelling eener onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal. En verder ging het met dit pactum zooals het met het pactum diligentiae was gegaan: bij de contracten waar het voorkwam werd het langzamerhand zoo gebruikelijk, dat het volgens de bona fides geacht werd in het contract zelf vervat te zijn, zoodat een afzonderlijke belofte overbodig werd. Zoo ging het bij bruikleen, zoo ook bij de contracten gesloten door fullo en sarcinator, en door den horrearius. En zoo is het te verklaren dat ook in

lateren tijd de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal bij die contracten werd aangeduid als custodiae praestatio en dat verder ook bij het receptum, waar een dergelijke aansprakelijkheid langs een anderen weg ontstaan was (1), toch ook van custodiae praestatio werd gesproken, zoodra men het daar had over de ook hier voorkomende onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal.

Al wordt derhalve in talrijke plaatsen custodiae praestatio gebruikt om eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal aan te duiden, dit gerechtigt ons niet om overal waar van custodia sprake is juist het eerst aan *deze* beteekenis van het woord te denken. Integendeel, waar de hier bedoelde aansprakelijkheid eene zoo exceptioneele was als ons in den loop van ons onderzoek bleek en met name slechts in enkele rechtsverhoudingen voorkwam, terwijl aan den anderen kant in alle door de bona fides beheerschte verhoudingen van den houder van eens anders zaak bewaking wordt verlangd, daar bestaat er eerder een vermoeden tegen dan voor de hier aangeduide beteekenis van dit woord. Vandaar dat wij ten eennemale weigeren met Bruckner mede te gaan, waar deze (p. 204) verkondigt dat custodia, zoodra dit woord voorkomt zonder eenige bijvoeging welke aan de diligentia doet denken, zoo goed als altijd op die buitengewone aansprakelijkheid wijst.

Wel erkennen wij dat de *meeste* plaatsen, die van custodiae praestatio zonder meer spreken, die aansprakelijkheid op het oog hebben, terwijl ook feitelijk, zoodra bedoeld wordt de onder de diligentia vallende custodia, *meestal* uitdrukkingen als diligens custodia of dergelijke

(1) Met name uit een uitlegging van het pactum salvum fore. Zie p. 245.

worden gebruikt. Maar dit alles is niets dan toeval, behoeft althans niets anders te zijn, en zoo verlangen wij, eer wij bij eenige rechtsverhouding eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal aannemen, een ander bewijs dan het gebruik der uitdrukking custodiae praestatio. En dit bewijs vermochten wij dan ook te leveren voor die gevallen, waarin een dergelijke aansprakelijkheid werkelijk bestond.

Evenmin echter als aan de uitdrukking custodiae praestatio, hebben wij dit bewijs ontleend aan sommige andere uitdrukkingen der bronnen, aan welke door vroegere schrijvers toch vaak veel gewicht is gehecht. Zoo zagen wij bereids vroeger (1) dat men niet te veel moet zoeken achter de verschillende plaatsen waar de debiteur schijnbaar tot een bijzonder hooge mate van diligentia (zgn. diligentia diligentissimi) wordt verplicht verklaard. Waar immers deze soort van diligentia dan verlangd zou worden bij een contract, waar eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid bestaat, daar zou men deze nimmer kunnen verklaren uit die gevorderde diligentia. Er blijven toch steeds enkele ongevallen over, die ook door de allergrootste zorg niet kunnen vermeden worden. En op dezen zelfden grond zou bij andere contracten, waar niet van elders van een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid gebleken is, deze nimmer op grond van dergelijke van buitengewone diligentia gewagende uitdrukkingen mogen aangenomen worden.

Ook aan de uitdrukking periculum wordt door ons geen gewicht gehecht. Den grond hiervoor gaven wij bereids in de vorige paragraaf (p. 266) bij onze beschouwingen over het periculum rei. Daar betoogden wij immers dat periculum op zich zelf beschouwd niets anders

(1) *Themis* 1896. p. 272.

beteekent dan *gevaar* en eene voor het recht van belang zijnde beteekenis slechts kan verkrijgen door het verband waarin het gebezigd wordt. Wordt dus in het algemeen verteld dat een zaak voor iemands periculum is, dan wordt hiermede hoogstens slechts aangeduid dat die persoon in zoo hooge mate voor de zaak verantwoordelijk is dat verlies of waardevermindering dier zaak eerder voor zijne rekening komt dan voor die van den eigenaar, maar nimmer mag en kan men uit die uitdrukking afleiden, dat de debiteur alsdan tegenover den eigenaar onvoorwaardelijk verantwoordelijk zou zijn voor de hem toevertrouwde zaak.

Alleen — het verband kan een andere opvatting billijken. Zoo zal, waar Gajus L. 40 D. 19, 2 den debiteur het periculum custodiae oplegt, daarmede bedoeld zijn eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid althans voor diefstal vast te stellen, daar deze het gevaar is dat wel in de allereerste plaats de bewaking eener zaak bedreigt. Dit neemt echter niet weg dat de verklaring dat een zaak voor iemands periculum is op zich zelf ons niets wijzer maakt, en in elk geval niet gerechtigt te concludeeren tot eenige onvoorwaardelijke aansprakelijkheid, welke immers steeds iets exceptioneels blijft.

Wij hebben thans in deze paragraaf beschreven wat men noemen mag de historia externa der buitengewone aansprakelijkheid. Gaan wij thans na de inwendige gronden op welke deze aansprakelijkheid zal ontstaan zijn juist bij die contracten, waarbij wij haar aantroffen. Over het receptum behoeven wij daarbij niet nader te spreken: wij zagen immers reeds in de vorige paragraaf hoe de verkeersbelangen eischten, dat de verschillende hier betrokken personen, aan wier goede trouw men zich als het ware met gebonden handen en voeten moest over-

geven, zich op strengere wijze aansprakelijk stelden voor de hun toevertrouwde goederen, dan dit gewoonlijk door debiteuren placht te geschieden, en hoe op dien grond het receptum in zwang is gebleven — tot in het Justinianeesche recht toe.

Ook de overige contracten, welke hier ter sprake komen, vertoonen alle iets eigenaardigs. Hier is het de economische afhankelijkheid van den debiteur, gepaard met een sterke concurrentie, daar de zeer bijzondere motieven die tot het sluiten van het betreffende contract bewegen, ginds het buitengewone belang, voor den debiteur aan de overeenkomst verbonden, welke geleid hebben tot het gebruikelijk worden van het pactum custodiae en het later als stilzwijgend bedongen achten der vroeger dan uitdrukkelijk vastgestelde aansprakelijkheid.

De waarheid hiervan zal ons bij de behandeling der enkele gevallen blijken. Gaan wij derhalve daartoe over.

Fullo en sarcinator. Deze waren, gelijk BRUCKNER (p. 220) terecht opmerkt, de typen der Romeinsche kleinindustrie. Zij behoorden tot de armere klassen en hielden zich bezig met werk, dat gewoonlijk door slaven werd verricht. Zij moesten dus met slaven concurreeren, en voerden ook onder elkander eene scherpe concurrentie. Zoo boden zij een geschikt veld tot „Ausbeutung" aan. Tegen een minimaal loon werd van hen een maximum van aansprakelijkheid geëischt: beloofden zij deze niet, dan gaf men de goederen aan hun buurman ter bewerking. Zoo vinden wij in de bronnen telkens fullo en sarcinator genoemd als subject van de meest verschillende verplichtingen. Met name werd van hen geëischt dat zij een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal op zich namen. Hoe licht ware het anders niet mogelijk geweest, dat zij zich in samenspanning met hunne kornuiten hadden laten bestelen! In LABEO's tijd

nog uitdrukkelijk door middel van het pactum custodiae te bedingen (1), werd deze aansprakelijkheid later beschouwd als stilzwijgend te zijn afgesproken.

Horrearius. Elk Romeinsch huisvader bewaakte het zijne met zorg. De inrichting der huizen (slechts één ingang en geen vensters aan de buitenzijde) maakte diefstal vrij lastig. Maar aan den anderen kant lag het huis geheel en al open voor hem, die eenmaal binnen was. Hoe licht was het niet mogelijk, vooral in aanzienlijke behuizingen, dat een vreemde slaaf binnendrong en zich met name kostbaarheden toeëigende! Vandaar dat een voorzichtig huisvader zijn geld en kostbaarheden nog veiliger opborg. Groote inrichtingen, waaronder aan den keizer toebehoorende, stelden zich daarvoor te zijner beschikking. Een behoorlijke vergoeding zal allicht door hem betaald zijn. Maar dan spreekt het ook van zelf, dat zoo ooit hier het pactum custodiae op zijn plaats was. Een Romein betaalt geen groote sommen om daarvoor ten slotte niets te winnen. De goederen die hij aan den horrearius toevertrouwde moesten nog veiliger zijn, dan zij bij hem waren: diefstal moest ze niet kunnen treffen. Dit was het bijzondere motief dat hem bewoog tot het sluiten van het contract met den horrearius, en dit motief verklaart dat hij slechts dan tevreden was als deze eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal op zich nam (2). Zoo vervulden deze horrea, gelijk reeds door anderen is opgemerkt, eenigszins de rol van verzekerings-maatschappijen tegen diefstal. Zoo ook laat zich

---

(1) Zie *Themis* 1896, p. 304.

(2) Slechts als de keizer als horrearius optrad, scheen het publiek zich met de gewone aansprakelijkheid tevreden te stellen, waarschijnlijk omdat dan een bewaking verwacht kon worden, die elken diefstal onmogelijk maakte. Zie de bereids op p. 254 geciteerde, bij BRUNS op p. 330 afgedrukte oorkonde.

begrijpen, dat een voor zekere zaken verantwoordelijk persoon tegen alle aanspraken gedekt was, als hij die goederen op dergelijke wijze in bewaring had gegeven (L. 9 C. 4, 24) en dat de voogd zelfs verplicht was de aan zijn pupil toebehoorende waarden aan een horrearius af te geven (L. 3, C. 5, 38) (1).

Bruikleener. De zeer bijzondere positie, door dezen debiteur in het contractenrecht ingenomen, laat zich gevoegelijk aldus omschrijven: hij is de eenige contrahent, aan wien eene zaak onder zoodanige voorwaarden wordt toevertrouwd, dat hij de uitsluitend belanghebbende bij het contract is. Geen wonder dat hij gaarne bereid is daarvoor als vergoeding een bijzondere strenge aansprakelijkheid op zich te nemen: geen wonder ook dat zijn mede-contrahent van die goede gezindheid gebruik weet te maken. Zoo kwam hier het pactum custodiae in zwang en werd het tot integreerend bestanddeel van het contract.

Waar wij thans de gronden kennen, welke bij enkele contracten geleid hebben tot het ontstaan eener buitengewone aansprakelijkheid, is het mogelijk na te gaan of er ook eenige reden voor kan bestaan hebben deze aansprakelijkheid wederom door de gewone te vervangen, waar een bepaalde soort van zaken, met name slaven, het object van het contract uitmaakte — zooals door Bruckner (p. 186—190) wordt beweerd.

Bruckner's hoofdargument is dat het begrip der bezitscustodia op den slaaf geen toepassing vond, waaruit dan volgens hem volgt dat van een regelmatig voorkomen van het pactum custodiae ten opzichte van slaven geen sprake kon zijn en dus ook niet van de later uit dat

(1) Zie p. 254.

pactum ontstane wettelijke aansprakelijkheid. Wij voor ons kunnen het eerste beamen, zonder daarom met de daaruit getrokken conclusie mede te gaan.

Wij zagen immers bereids in § 3 (1) hoe inverkeerd het was van uit het eene begrip custodia tot het andere te redeneeren, met name hoe men bij de behandeling der in het verbintenissenrecht voorkomende custodia-begrippen zich moest losmaken van de bezitscustodia.

Eerder dan bij de buitengewone zal bij de *gewone* aansprakelijkheid de slaaf eene bijzondere positie hebben ingenomen, wel niet juridisch maar dan toch feitelijk. Want waar de door den debiteur in acht genomen diligentia beoordeeld wordt, zal men er rekening mede hebben te houden, welke zaak in concreto het voorwerp van het contract uitmaakt, want de eene zaak zal hetzij door den diligens paterfamilias hetzij door den debiteur zelf op geheel andere wijze verzorgd en bewaakt worden dan de andere Zoo zal de slaaf als een met rede begaafd wezen in het algemeen geen bijzondere bewaking vereischen: hij kan zichzelf tegen diefstal of aanranding verdedigen. Anders, als de slaaf een kind of een tot ontvluchting geneigd persoon is, daar zal bewaking minstens even noodig zijn als bij andere zaken.

Hiermede zijn in overeenstemming talrijke plaatsen uit de bronnen, waar verklaard wordt dat de debiteur niet aansprakelijk is, zoo de hem toevertrouwde slaaf gestolen wordt of ontvlucht, als hem geen nalatigheid te verwijten is. Zoo wordt het in het algemeen uitgesproken in L. 23 D 50, 17, waar onder de ongevallen „qui a nullo Praestantur" worden opgenoemd de „fugae servorum, qui custodiri non solent", en zoo wordt het nog in het

(1) Zie *Themis* 1896, p. 277 e. v.

bijzonder vermeld voor den verkooper in § 3 a J. 3, 23, voor den bruikleener in L. 5 § 6 D. 13, 6 (1), voor den pandhouder in L. 14 § 6 D. 47, 2.

Anders is het bij de contracten met buitengewone aansprakelijkheid, van welke om begrijpelijke redenen hier alleen bruikleen en receptum in aanmerking komen. Met betrekking tot bruikleen bestaat geen grond, waarom het pactum custodiae juist dan zou weggelaten zijn als een slaaf het object van het contract uitmaakte. En wat het receptum betreft, daar is de bijzondere aansprakelijkheid des debiteurs het gevolg der door hem uitgesproken belofte res salvas fore, en het is niet denkbaar dat deze belofte met betrekking tot den slaaf anders uitgelegd zal zijn dan ten opzichte van andere zaken. Ja, er bestaat zelfs eenige grond om te vermoeden dat de buitengewone aansprakelijkheid ten opzichte van slaven nog bijzonder streng werd opgevat, met name niet alleen voor diefstal maar ook voor ontvluchting geacht werd te bestaan. Immers blijkt uit § 3 a J. 3,23 dat ten tijde van JUSTINIANUS het pactum custodiae met betrekking tot slaven aldus werd opgevat: en dit is zeer licht te begrijpen daar, terwijl bij andere zaken de bewaking zich voornamelijk tegen diefstal heeft te richten, een slaaf niet zoo licht gestolen wordt maar daarvoor kan ontvluchten, en het hier dus voor de hand ligt een aparte bewakingsbelofte vooral in die richting uit te leggen. Neemt men eenmaal deze uitlegging van het pactum custodiae bij slaven aan, dan is men ook gedwongen te erkennen dat bij die contracten, waar dat pactum gebruikelijk werd,

---

(1) In deze plaats wordt het commodatum behandeld voor den tijd dat er nog geen buitengewone aansprakelijkheid bestond en dus de verplichting tot custodiae slechts uit het oogpunt der diligentia werd beoordeeld. ULPIANUS deelt hier nl. een strijdvraag der *veteres* mede.

in lateren tijd, zoo een slaaf het object der overeenkomst uitmaakte van rechtswege eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van den debiteur voor diefstal en daarnaast ook voor ontvluchting bestond.

Omvang, ontstaan en grond der buitengewone aansprakelijkheid zijn ons thans bekend. Onze beschouwingen hebben evenwel een zoodanigen omvang aangenomen, dat het ons raadzaam voorkomt nog in het kort een overzicht te geven van de verschillende hier ter sprake komende rechtsbetrekkingen en van de daarbij bestaande aansprakelijkheid (zoowel de gewone als de buitengewone).

Wij kunnen drie groepen onderscheiden.

I. Eene groep van gevallen, waarin diligentia quam suis gepresteerd wordt. Daar wordt dan ook van den debiteur slechts een custodia quam suis verlangd ; er bestaat dus slechts een minimum van kans dat hij voor diefstal verantwoordelijk is, en tengevolge daarvan heeft hij hier nimmer recht op de actio furti.

Hiertoe behooren : depositum, mandatum, societas en communio, en volgens de opvatting van sommige Romeinsche juristen ook de tutela.

II. Eene groep van gevallen, bij welke de debiteur verplicht is tot diligentia diligentis, en dus ook tot custodia diligens. De debiteur is hier derhalve in den regel voor diefstal aansprakelijk : maar als hij aansprakelijk is, heeft hij daarvoor ook recht op de actio furti.

Hiertoe behooren : pignus, locatio conductio, emptio venditio, onbenoemde contracten (1). Negotiorum gestio behoort feitelijk ook tot de gevallen der diligentia dili-

---

(1) Zie echter p. 258.

gentis, en zoo ook volgens sommige juristen de tutela; om bijzondere redenen hebben echter negotiorum gestor en tutor toch geen recht op de actio furti.

III. Eene groep van gevallen, bij welke de debiteur niet alleen in het algemeen verplicht is tot diligentia diligentis, maar ook onvoorwaardelijk aansprakelijk is voor diefstal en op grond dezer aansprakelijkheid (gewoonlijk aangeduid als custodiae praestatio) steeds recht op de actio furti heeft.

Hiertoe behooren: commodatum, fullo en sarcinator, horrearius.

Eene bijzondere positie neemt in deze groep het receptum in, waar de debiteur niet alleen voor furtum, maar ook voor damnum injuria datum onvoorwaardelijk aansprakelijk is.

Ter voleinding van onze beschouwingen over de positieve zijde der aansprakelijkheid is thans nog ééne zaak noodig. Het is nl. mogelijk dat tengevolge van bijzondere omstandigheden de aansprakelijkheid gewijzigd wordt en het contract dus voor dat geval in een andere groep overgaat. Wij zijn derhalve genoodzaakt na te gaan welke omstandigheden dezen invloed uitoefenen.

Allereerst dienen wij het oog te vestigen op twee plaatsen die over het depositum handelen en beide van de hand van Ulpianus zijn:

L. 1 § 35 D. 16, 3:

sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

L. 2 § 23 D. 47, 8:

nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

Drieërlei omstandigheden kunnen, zoo blijkt hieruit, de aansprakelijkheid van den bewaarnemer verhoogen: het feit dat hij zich opgedrongen heeft, eene door hem afgelegde culpae repromissio, het ontvangen eener belooning. Die verhooging bestaat dan daarin, dat het contract van de eerste in de tweede groep overgaat. Dit blijkt in L. 1 § 35 uit de negatieve begrenzing aan de aansprakelijkheid gegeven: deze is nl. uitgesloten zoo er een casus fortuitus aanwezig is, d. w. z. als den debiteur niets verweten kan worden. Waar een buitengewone aansprakelijkheid bestaat wordt immers de negatieve zijde op andere wijze aangeduid. En dat het gebruik van het woord periculum niet tot een andere opvatting aanleiding mag geven hebben wij bereids vroeger gezien (1). De L. 2 § 23 is niet zoo duidelijk, laat met name de opvatting toe dat hier de actio furti onvoorwaardelijk wordt toegekend, en dus ook een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid bestaat. Deze is echter iets zoo buitengewoons, dat zij slechts mag aangenomen worden als zij uitdrukkelijk wordt verkondigd. Zoo moeten wij ook voor deze plaats besluiten dat hier een verhooging der aansprakelijkheid tot diligentia diligentis bedoeld is (2), als gevolg van welke dan de actio furti den debiteur voor de meerderheid der gevallen toekomt.

---

(1) Verg. p. 266.

(2) Dat de *culpae* repromissio werd opgevat als belofte van een hoogere *diligentia* laat zich aldus verklaren: gelijk soms de diligentia quam suis geacht werd opgesloten te zijn in de prestatie van dolus, werd aan de andere zijde ook wel eens in de prestatie van culpa gezien een verplichting tot diligentia diligentis.

Ook voor het mandatum vinden wij eene (bereids vroeger afgedrukte (1)) plaats, de L. 14 § 17 D. 47, 2, in welke de lasthebber, die eene belooning ontvangt, voor strenger aansprakelijk wordt verklaard. Ook hier nemen wij aan dat het contract alsdan tot de tweede groep overging. Wel is waar geeft de hier uitgesproken gelijkstelling met het receptum aanleiding tot de opvatting dat de lasthebber onvoorwaardelijk aansprakelijk werd voor diefstal (overgang tot de derde groep derhalve): m. i. echter heeft ULPIANUS die gelijkstelling alleen voor het geval van een pactum custodiae (waarover hieronder meer) uitgesproken, en zijn de woorden „vel mercedem perferendae" een invoeging van lateren datum (2).

Uit deze enkele plaatsen af te leiden dat de Romeinen bij de hier behandelde omstandigheden steeds een contract uit de eerste in de tweede groep lieten overgaan, lijkt mij wel echter wat kras. Zeker, waar analogie bestaat, daar zal ook hetzelfde gegolden hebben: zoo durf ik wel te beslissen dat ook de lasthebber, die zich als zoodanig opdrong, steeds tot diligentia diligentis verplicht was, al wordt dit nergens uitdrukkelijk vermeld. Uitgangspunt van elke redeneering behoort hier echter te zijn de concreete partijbedoeling: de theorie is daarbij zoo goed als machteloos wegens de groote verscheidenheid, die zich met betrekking tot dergelijke omstandigheden in het verkeer openbaart.

De contracten der tweede groep zijn òf steeds om niet òf steeds tegen vergoeding. Verder zal het zich bij deze contracten niet licht kunnen voordoen dat een debiteur zich bepaaldelijk opdringt. De vraag welken invloed

(1) Vergelijk Themis 1896, p. 291.

(2) Hoe of deze plaats dan voor het Justinianeesche recht moet opgevat worden, is ons onverschillig.

belooning en opdringen op de aansprakelijkheid hebben kan zich hier dus niet voordoen.

Aestimatio, schatting eener aan iemand toevertrouwde zaak, was te Rome van grooten invloed op de verplichtingen van dengene, die de zaak op dusdanige wijze verkreeg. Dit staat vast, maar zeer betwist is het hoe sterk die invloed was. M. i. gaat DERNBURG veel te ver als hij (1) naar aanleiding van L. 1 § 1 D. 19, 3 „aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit" leert dat dit wel is waar niet juist is voor het contractus aestimatorius, op welk contract ULPIANUS daar het oog heeft, maar daarentegen wel is „der allgemeine Satz für den Fall der Uebergabe einer Sache unter einer Schätzung". Men lette nl. op ULPIANUS L. 52 § 3 D. 17, 2. Uit deze plaats blijkt dat de socius, die het „pecus aestimatum" onder zijne hoede heeft genomen, wel onvoorwaardelijk voor diefstal instaat, maar niet aansprakelijk is voor damna fatalia als latrocinium of incendium. Gelijk hier ULPIANUS zelf van „custodiam praestare" spreekt, kan men in het algemeen zeggen dat schatting der zaak de aansprakelijkheid des debiteurs in elk geval verhoogt tot die welke men gemeenlijk als custodiae praestatio pleegt aan te duiden. Waar die aansprakelijkheid bereids zoover reikte, zal de aestimatio waarschijnlijk wel tengevolge gehad hebben dat de debiteur dan in elk geval de waarde moest vergoeden, wat er ook met de zaak gebeurd was. Wij zeggen: waarschijnlijk, omdat de bronnen ons hier geheel en al in den steek laten. Wij weigeren met name eenige gevolgtrekking te maken uit ULPIANUS L. 5 §§ 3, 4 D. 13, 6 en deze weigering steunt op deze twee gronden 1°. dat de plaats duister is, met name de vraag zich voordoet

(1) Vergelijk DERNBURG, Pandekten II p. 319 n. 8.

of, nadat § 3 den bruikleener die de zaak na schatting verkreeg „omne periculum" doet dragen, dan in § 4 ongevallen genoemd worden voor welke *die* bruikleener alsdan toch niet instaat (senectus, morbus, vis latronum), dan wel § 4 in geen verband staat met § 3 en over den *gewonen* bruikleener spreekt en voor dezen de gevallen opnoemt, in welke hij niet aansprakelijk is, en 2° dat zoo de eerste dezer twee opvattingen juist is deze plaats toch niet als onfeilbaar bewijs kan strekken voor eene beperktere werking der aestimatio bij de contracten met buitengewone aansprakelijkheid dan deze werking daar straks door ons vermoed werd te zijn, daar hoogst waarschijnlijk ULPIANUS zijn gansche L. 5 afschreef van een jurist uit den tijd toen bij het commodatum zich die buitengewone aansprakelijkheid nog niet ontwikkeld had.

Ten slotte nog een enkel woord over den invloed dien in lateren tijd, toen de aansprakelijkheid uit contract, zoowel de gewone als buitengewone, vast geregeld was, de bijvoeging van een pactum custodiae bij de eene of andere overeenkomst uitoefende.

Zooals wij voorheen uitvoerig hebben uiteengezet, is de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal ontstaan uit het geregeld voorkomen van een pactum custodiae bij enkele contracten, waar overigens diligentia diligentis van den debiteur geëischt wordt (tweede groep). En zoo is het rationeel dat ook in lateren tijd een pactum custodiae gevoegd bij een contract uit de tweede groep, dit in de derde overbrengt. Dit wordt ons in verschillende plaatsen medegedeeld ten opzichte van de aansprakelijkheid van den verkooper eener zaak, die deze nog onder zich houdt: n.l. in L. 35 § 4 D. 18, 1 en § 3 a J. 3, 23.

Men zou aan den anderen kant verwachten dat een

dergelijk pactum, gevoegd bij een contract uit de eerste groep, dit dan hoogstens in de tweede doet overgaan, daar immers bij een pactum custodiae de bedoeling der partijen wel altijd gericht is op eene verscherping der verplichting tot bewaking, maar men niet al te licht mag aannemen dat eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid bedoeld is. Uit ULPIANUS L. 14 § 17 D. 47, 2 (1) blijkt evenwel dat de Romeinsche juristen anders interpreteerden, en met name een dergelijk pactum custodiae steeds uitlegden als te bedoelen eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal. In deze plaats verklaart ULPIANUS dat zoo de lasthebber custodia belooft, zijne aansprakelijkheid althans voor diefstal (2) gelijk wordt aan die van den caupo of den magister navis. Slechts ééne verklaring van deze interpretatie is mogelijk, en wel de volgende: van oudsher zag men in een dergelijk pactum de bedoeling om eene onvoorwaardelijke aansprakelijkheid voor diefstal vast te stellen, gelijk men zich ook wel bewust was dat deze aansprakelijkheid bij menig contract tengevolge van het geregeld voorkomen van dit pactum tot eene van zelf sprekende was geworden, en zoodoende hield men ook later een dergelijke uitlegging van zoodanig pactum voor geoorloofd.

Waar reeds van rechtswege een zoover reikende aansprakelijkheid bestond, kon aan een pactum custodiae moeielijk eene andere uitlegging gegeven worden dan de vaststelling eener nog verder reikende aansprakelijkheid, onvoorwaardelijk dus niet alleen voor diefstal maar ook voor alle andere ongevallen die de bewaking eener zaak bedreigen. Zoo wordt ons dit in de bronnen her-

---

(1) Afgedrukt *Themis* 1896 p. 291.

(2) Uit den samenhang blijkt dat de gelijkstelling met het receptum niet verder gaat en dus niet op het damnum injuria datum betrekking heeft. Zie ook p. 246.

haaldelijk medegedeeld voor den horrearius, die dan zelfs voor geweldadige inbraak aansprakelijk is (1).

§ 7. *Vis major.*

Was het opschrift van § 3 onzer verhandeling (custodia) zooals wij daar opmerkten in staat den in het Romeinsche recht ervaren lezer te doen huiveren, zoo wordt door ons aan het opschrift van deze paragraaf een zeker niet minder schrikwekkende invloed toegekend. Nog omvangrijker dan ginds is hier de verschenen litteratuur, in nog sterkere mate ook loopen de meeningen der verschillende schrijvers uiteen.

Het standpunt van waaruit wij het begrip der vis major bezien is in de wetenschap nog niet ingenomen. Wij hebben daarbij niet zoozeer de enkele nieuwe resultaten door ons zoowel op het gebied der gewone zoowel als der buitengewone aansprakelijkheid verkregen op het oog, als wel de meer algemeene omstandigheid, dat wij de aansprakelijkheid van uit de positieve zijde hebben weten te construeeren en wel op zoodanige wijze, dat ons thans geen enkele rechtsregel meer te zoeken overblijft. Tevens bleek ons hoe de negatieve zijde dier aansprakelijkheid te Rome bepaald verwaarloosd was, hoe zich met name geen vast begrip, dat die zijde geheel en al omvatte, had gevormd en hoe ongemotiveerd de heerschende meening is, volgens welke in den casus een dusdanig begrip te vinden is.

Zoo vervullen dan de begrippen, waaronder de vis major, die aan de negatieve zijde der aansprakelijkheid te vinden zijn, slechts een secundaire rol.

---

(1) Zie L. 1 C. 4, 65; L. 55 pr. D. 19, 2; L. 4 C. 4, 65. Omgekeerd mogen wij dan ook uit de hier aan het pactum custodiae gegeven uitlegging besluiten dat hier bereids van rechtswege eene bijzondere aansprakelijkheid bestond.

Daarbij dient nog het volgende opgemerkt te worden. Tot voor betrekkelijk korten tijd gingen alle schrijvers, hoezeer dan zij ook verder uiteengingen, van éénzelfde grondgedachte uit: dat eene buitengewone aansprakelijkheid slechts te vinden was bij het receptum. Waar dan de gewone aansprakelijkheid halt maakte voor den casus, omvatte de buitengewone een zeker deel van dien casus en bestond alleen niet bij het andere deel van den casus, wat men dan meende dat met vis major aangeduid was.

Ongeveer tegelijkertijd heeft men evenwel ingezien èn dat er nog meerdere gevallen van eene buitengewone aansprakelijkheid bestaan dan alleen het receptum èn dat in die andere gevallen die aansprakelijkheid een andere, een geringere is dan bij het receptum. Door PERNICE en BRINZ bereids aangeduid, is dit laatste punt door BRUCKNERS onderzoekingen (1) boven allen twijfel verheven. Hiermede is echter tevens uitgemaakt dat vis major nimmer de geheele negatieve zijde de buitengewone aansprakelijkheid kan aanduiden. Deze omvat immers bij het receptum een ander (veel beperkter) gebied dan bij het commodatum en de overige hier behoorende contracten, en zoodoende zou vis major, wilde men daarmede zoowel hier als daar die negatieve zijde uitdrukken, in het ééne geval geheel anders gedefinieerd moeten worden dan in het andere. Zoodoende is men genoodzaakt te erkennen dat vis major slechts een deel der ongevallen omvat, waarvoor men niet verantwoordelijk is ook bij bestaan eener buitengewone aansprakelijkheid. Niet alleen dus dat de negatieve zijde der aansprakelijkheid te Rome een secundaire rol speelde maar tevens vervulde de vis major nog slechts een klein gedeelte dier rol!

---

(1) Zie BRUCKNER p. 295.

Toch mogen wij niet met stilzwijgen aan de vis major voorbij gaan. In vrij veel plaatsen treffen wij dat woord aan en daaronder vaak in verband met de aansprakelijkheid. En al kennen wij dan ook de aansprakelijkheid bij elk contract en kunnen die plaatsen ons dus niets nieuws leeren, zij kunnen in elk geval toch nog wel eenig belang hebben, en, mits recht verstaan, dienen tot bevestiging van anders niet geheel zekere resultaten. (1) Om dezelfde reden is het ook noodig zich rekenschap te geven van andere in de bronnen bij de behandeling der buitengewone aansprakelijkheid gebezigde uitdrukkingen als damnum fatale en casus major.

Wat heeft men derhalve te verstaan onder vis major? In de zee van litteratuur, over de vis major verschenen (2), wordt de in de uitdrukking gelegen relatie op tweeërlei wijze opgevat. Het ongeval, dat als zoodanig bestempeld wordt, vergelijkt men òf met den betrokken debiteur òf met andere gebeurtenissen.

Nu staat het vast dat langs één dezer wegen de oplossing moet gevonden worden. Dat men evenwel tot op heden langs *geen* der beide wegen tot eene bevredigende oplossing gekomen is, laat zich alleen daardoor verklaren, dat de schrijvers allen zonder uitzondering met de door hun gegeven uitlegging der bewuste uitdrukking be-

---

(1) Vergelijk p 249, 255 en 259.

(2) Wij noemen slechts: GOLDSCHMIDT, Das receptum nauturum, cauponum stabulariorum, Z. f. H., Bd. III p. 58 e. v., p. 331 e. v.; EXNER, der Begriff der höheren Gewalt, Grünhuts Zeitschrift p. 497 e. v.; BRUCKNER, die Custodia p. 253 e. v.; STINTZING, Ueber vis major, Archiv f. d. c. Pr., Bd. 81, p. 427 e. v.; verder de werken van GERTH, STUCKI, VON HOLLANDER, gecritiseerd door BRUCKNER in de Kritische Vierteljahresschrift 1894, p. 386; ten slotte SCHNEIDER, Ueber die vis major und das Haftungsprinsip des Römischen Obligationenrechts, Z. f. H., Bd. 44, p. 75 e. v. en p. 341 e. v.

paalde rechtsregels meenden te vinden voor de leer der aansprakelijkheid en zoodoende hunne denkbeelden over de aansprakelijkheid opnamen in de door hen gegeven definities. Vandaar dan ook dat zij zelve hunne definities als theorieën bestempelden: sinds EXNERS bekende verhandeling genoemd subjectieve of objectieve theorieën, al naarmate de relatie in den persoon des debiteurs of in de andere ongevallen gezocht werd.

De subjectieve theorie, welke een ongeval als vis major beschouwt, als het door de grootste zorgvuldigheid niet vermeden kan worden, komt ten slotte — tenzij men van het bestaan eener door de bronnen niet gekende diligentia diligentissimi uitgaat — neder op het aannemen der gewone culpa- en diligentia-aansprakelijkheid ook bij die rechtsverhoudingen, waar zij zelf een buitengewone aansprakelijkheid beweert. Zoo velt zij steeds haar eigen doodvonnis.

De objectieve theorieën, die een gebeurtenis vis major noemen, als zij zich door zekere kenmerken van andere onderscheidt, waren door de erfzonde, waarmede hare verkondigers belast waren, gedoemd in de strikken der subjectieve theorie verward te geraken. De schrijvers gaan immers in het algemeen van de gedachte uit dat onder casus, waardoor dan de gewone aansprakelijkheid begrensd wordt, verstaan moeten worden al die ongevallen, welke den betrokken debiteur niet te wijten zijn. Waar dan de vis major een deel van het door den casus ingenomen geheel moet zijn, daar kan men er niet buiten ook bij de vis major te gaan vragen van welken aard het ongeval moet zijn, zal billijkerwijze de debiteur niet aansprakelijk zijn. Het karakteristieke kenmerk van zekere groep van gevallen, kan immers nimmer bij een bepaald deel dier groep ontbreken, want als men dit aanneemt, behoort dat deel niet meer tot die groep. En

zoo kwam men hier op het gebied der subjectieve theorie.

Maar ook langs een anderen weg kwamen de verkondigers der objectieve theorieën op het gebied harer tegenstanders. Zoodra immers overgegaan werd tot het noemen der kenmerken van de vis major, kwam men met zoodanige voor den dag, die mede betrekking hadden op den persoon, die tegen het ongeval te waken had. Wanneer men den nadruk legt op het onverwachte of het onoverwinbare der gebeurtenis, dan kan men er niet buiten daarbij te denken aan den persoon voor wien die gebeurtenis onverwacht of onoverwinbaar genoemd kan worden. En dan moge men aanvoeren dat men niet vraagt naar den concreten debiteur maar integendeel de aanwezigheid van het vereischte kenmerk naar verkeersbegrippen beoordeelt, de aanhangers der subjectieve theorie doen niet anders. Broederlijk stemmen dan objectieve en subjectieve theorieën samen in het aanleggen van den maatstaf van den diligens paterfamilias!

Slechts één schrijver heeft de vaan der objectieve theorie vrij van elken subjectieven smet weten te houden, al is het dan ten koste der historische waarheid, al is het dan ook met behulp eener phantasie, zoo rijk als zij bij geen juridisch schrijver nog is voorgekomen. Wij hebben hier het oog op Exner. Volgens dezen jurist bestaat er in enkele rechtsverhoudingen met name bij het receptum een bewijsnoodstand voor den crediteur.

Wel zal daar volgens de gewone regelen van het bewijs de crediteur niets anders te bewijzen hebben dan dat hij zijne goederen aan den debiteur heeft toevertrouwd, en zal deze dan van zijn kant, zoo hij beweert dat die goederen buiten zijn schuld zijn tenietgegaan, het bewijs zijner onschuld moeten leveren. Maar — zoo beweert althans Exner — dit bewijs zal den debiteur *al* te gemakkelijk vallen. Het is immers in het door hem

beheerschte milieu dat de gebeurtenis is voorgevallen die hij tot zijne verontschuldiging aanvoert. Zoo hij slechts verstaat „l'art de grouper les événements" zal het hem licht mogelijk zijn den crediteur, die in dat vaak zeer ingewikkelde milieu (men denke aan een groote transportonderneming) geen inzicht heeft noch kan verkrijgen, te mystificeeren. Slechts één remedie is hier mogelijk: den debiteur te verbieden zijne onschuld te bewijzen, hem onvoorwaardelijk verantwoordelijk te stellen voor alle schaden, die de hem toevertrouwde goederen treffen. Opdat echter het remedie niet erger dan de kwaal zij, moet — dus gaat EXNER voort — het niet in grootere dosis worden toegediend dan die kwaal vereischt. M. a. w. waar het niet noodig is, moet het niet toegediend worden: waar dus geen bewijsnoodstand voor den crediteur bestaat, en bovendien zelfs de waarschijnlijkheid ten voordeele van den debiteur is, behoeft deze niet onvoorwaardelijk aansprakelijk te zijn. Er zijn immers gebeurtenissen bij welke de onschuld des debiteurs prima facie evident is. Waar de debiteur zich ter zijner bevrijding op een dusdanig ongeval beroept, brengt hij den crediteur niet in verlegenheid en dus bestaat er geen reden om dan den debiteur het bewijs zijner onschuld te verbieden.

Wij zullen onzen lezers thans de uiteenzetting sparen der kenmerken, welke volgens EXNER een gebeurtenis tot vis major maken, met name vereischt worden opdat er geen bewijsnoodstand voor den crediteur zij en de waarschijnlijkheid ten voordeele des debiteurs strekke. Een zoodanige uiteenzetting is immers onnoodig, waar EXNER's leer reeds direct blijkt op drieërlei bezwaar te moeten afstuiten. Ten eerste is het onjuist dat er bij het receptum een bijzondere bewijsnoodstand voor den crediteur bestaat. De positie die de crediteur bij dat contract inneemt verschilt in niets van die van den credi-

teur bij de overige contracten, waar een zaak tijdelijk aan een ander wordt afgestaan. In al die gevallen zonder onderscheid geraakt mijne zaak in de spheer van een ander, in welke ik niet vermag binnen te dringen. Of ik mijn koffer in een logement breng dan wel een zaak bij een vriend te bewaren geef, is in dit opzicht van geen onderscheid: ja zelfs bestaat in het eerste geval nog een grootere mogelijkheid voor mij om mijn zaak in het oog te houden dan in het tweede.

In de tweede plaats is EXNER's leer in strijd met de bronnen, in zooverre als hij zich bij zijn verhandeling bepaalt tot het receptum en met het oog uitsluitend op dat contract het begrip der vis major construeert. Immers bleek ons dat ook nog bij verschillende andere rechtsverhoudingen dit begrip bij de behandeling der aansprakelijkheid genoemd wordt, en is dus EXNER's methode niet vrij van willekeur.

In de derde plaats eindelijk is het niet recht in te zien hoe de bronnen, waar zij van een debiteur vertellen dat hij aansprakelijk is behalve bij vis major, eigenlijk daarmede zouden willen zeggen dat hij zijn onschuld niet mag bewijzen, behalve bij vis major, terwijl dan evenwel de crediteur toch nog altijd zou mogen bewijzen dat het ongeval den debiteur te wijten was. Als het begrip van vis major slechts invloed had gehad op de verdeeling van den bewijslast, zouden de Romeinsche juristen ons dit wel niet verzwegen hebben.

Zooals bereids gezegd, heel veel interesseeren ons de geleerden met hun objectieve of subjectieve theorieën niet (1) en de uiteenzetting van wat de Romeinsche

(1) Zoo gaan wij dan ook aan de door SCHNEIDER nieuw ingevoerde begrippen van vis major in abstracto en vis major in concreto met stilzwijgen voorbij.

juristen onder vis major verstonden is voor ons niet gelijk voor hen de hoofdschotel van het door ons aan het rechtsgeleerd publiek opgedischt menu maar slechts een toespijs, die evenwel bij een behoorlijk aangerechte tafel niet mag ontbreken.

De juiste methode is hier door KARLOWA (1) aangegeven. Deze schrijver gaat eerst na wat te Rome in het gewone spraakgebruik, onder niet-juristen onder vis major verstaan werd om daarna uit te vorschen welke beteekenis dat woord onder juristen verkregen kan hebben.

Van de door KARLOWA afgedrukte plaatsen leveren evenwel slechts twee eenig resultaat op. Allereerst COLUMELLA, de re rustica I, 7,1:

> nisi si caeli vis major aut praedonis incessit.

En dan PLINIUS, histor. nat. XVIII, 69:

> Ante omnia autem duo genera esse caelestis injuriae meminisse debemus. unum quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, ceteraque similia intelleguntur: quae cum acciderint, vis major appellatur.

In zooverre zijn deze plaatsen van belang, als zij ons aanwijzen hoe de in de uitdrukking vis major gelegen relatie op te vatten is. Zooals bereids door ons is uiteengezet (2), zijn er slechts twee meeningen mogelijk: de vis zal òf major moeten zijn ten opzichte van den persoon die met hare afwering belast is òf ten opzichte van andere ongevallen, die ook als vis bestempeld kunnen worden. En nu blijkt uit de zooeven afgedrukte plaatsen voldoende, dat de relatie niet in den

---

(1) Zie KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II, p. 830. Met KARLOWA's meeningen gaan wij echter niet mede: slechts zijn uitgangspunt heeft onze sympathie.

(2) Zie hierboven p. 293.

eersten zin bedoeld kan zijn. Noch een praedo noch een tempestas is noodzakelijk machtiger dan het menschelijk weerstandsvermogen.

Slechts in den tweeden zin kan dus de relatie gemeend zijn. En nu behoeft men daarbij niet naar andere kenmerken te zoeken dan die welke de uitdrukking vis major zelf aangeeft. Een voorval zal, wil het vis major genoemd kunnen worden, iets anders dienen te zijn dan een eenvoudige vis: het moet juist in zijne hoedanigheid van vis, van kracht in eenig opzicht iets bijzonders hebben: een vis zijn, zooals men die nu niet elken dag ontmoet.

Nu hangt het in de eerste plaats wel van iemands subjectieve opvatting af of hij eenig vooral al dan niet vis major zal noemen. Gelijk de een bang is voor een regenbuitje en de ander bij voorkeur storm en hagel trotseert — zoo verschillen ook de opvattingen over het al dan niet major zijn van eenige vis. En al moge zich dan ook in het verkeer omtrent enkele gebeurtenissen een vrij vaste opinie vestigen — niemand, hoe moedig ook, heeft gaarne met een rooverbende te doen of wandelt voor zijn genoegen een brandend huis binnen — dit neemt niet weg dat daarnaast nog een breede speelruimte is gelaten voor subjectieve meeningen. *Het staat echter vast dat iemand, die een ongeval als vis major betitelt, het daarmede volgens zijne meening aanduidt als iets dat hem voorkomt als vis zeer bijzonder te zijn.*

En hier hebben wij thans den sleutel van het raadsel in handen. Als een jurist zegt, dat een debiteur ook voor vis major aansprakelijk is, wil hij daarmede te kennen geven dat die debiteur voor alle ongevallen instaat. En als elders de aansprakelijkheid gezegd wordt alleen bij vis major niet te bestaan, dan wordt hiermede zeker een buitengewone aansprakelijkheid bedoeld.

Waar wij niet in staat zijn om eenigszins nauwkeuriger aan te duiden wat vis major is, zouden wij wel is waar op deze wijze nog niet veel weten aangaande den omvang der aansprakelijkheid. Maar waar wij voor elke rechtsverhouding, bij welke een buitengewone aansprakelijkheid bestaat, van elders weten hoever deze reikt, daar wordt dit bereids gevonden resultaat in elk geval bevestigd als een jurist ons komt vertellen dat in deze of gene van die rechtsverhoudingen de aansprakelijkheid tot aan vis major reikt.

Voor hen, die zouden willen opmerken dat de Romeinen onmogelijk met een begrip geopereerd kunnen hebben, dat zoo vaag is als door ons hier wordt afgeschilderd, willen wij het volgende opmerken. Men moet bedenken dat wij bij de bestudeering der bronnen staan tegenover uitspraken van juristen en niet tegenover wetten. Ook de keizerlijke constituties zijn veel meer meeningen van de in lateren tijd op de kanselarijen werkzame geleerden dan wetten in den modernen zin van het woord. Een wetgever zou nimmer dergelijke vage begrippen mogen opnemen, en als de tegenwoordige wetgevers hiertegen gezondigd hebben, is het wijl zij niet ten volle bewust waren hoe vaag het begrip van overmacht wel was — den jurist is het niet ten kwade te duiden als hij zijne denkbeelden over den een of anderen rechtsregel met behulp van eene populaire zegswijze uitdrukt.

Een belangrijke rol heeft de vis major te Rome nimmer gespeeld. Zelfs niet bij het receptum, en daar ook niet eens in den ouden tijd toen de aansprakelijkheid in beginsel onvoorwaardelijk was. Want zooals bereids uiteengezet (1), was er toen geen sprake van de begren-

---

(1) Zie p. 244.

zing dier onvoorwaardelijke aansprakelijkheid door een aparte exceptio vis majoris, maar werd hier de bekende exceptio doli toegepast. En toen de aansprakelijkheid hier van eene in beginsel onvoorwaardelijke maar door eene exceptie beperkte was geworden tot ééne welke geheel en al van uit de positieve zijde werd ontwikkeld (1), verloor het begrip der vis major het weinige gewicht, dat het hier vroeger nog bezeten had.

Bij de overige gevallen der buitengewone aansprakelijkheid, waar het buitengewone alleen bestond in een onvoorwaardelijk instaan voor diefstal, was de negatieve zijde der aansprakelijkheid veel ruimer dan bij het receptum, en was de vis major, die zich aan die zijde bevond, dus een nog minder belangrijk onderdeel daarvan. Ook hier maken de juristen slechts van de uitdrukking vis major gebruik om aan te duiden dat er een buitengewone aansprakelijkheid bestaat, niet om te zeggen hoever zij reikt.

De verschillende plaatsen in welke van vis major sprake is bevestigen onze meening. Beschouwen wij eerst die welke betrekking hebben op de leer der aansprakelijkheid, en daar wederom het eerst die, welke contracten met buitengewone aansprakelijkheid behandelen.

Voor het receptum noemen wij de reeds vroeger (2) afgedrukte L. 3 § 1 D. 4, 9, waar Labeo zegt dat de exceptio (doli) ook gegeven moet worden „si in stabulo aut in caupona vis major contigeret". Hier wordt ons dus verteld dat de aansprakelijkheid van caupo en stabularius op dezelfde wijze begrensd is als die van den nauta en verder dat die (toen nog in beginsel onvoorwaardelijke) aansprakelijkheid, slechts in buitengewone

(1) Zie p. 245.
(2) Zie p. 244.

gevallen uitgesloten is. Verder weten wij niets bepaalds: alleen nog dat de hier gegeven exceptio in verband met de woorden der belofte den rechter een voldoende aanwijzing gegeven zal hebben hoe hij moest oordeelen. Over dit alles spraken wij bereids (1).

Over bruikleen handelen hier twee plaatsen.

In L. 1 C. 4, 23 wordt door den keizer in antwoord op een tot hem gerichte vraag verklaard, dat de bruikleener in het algemeen niet aansprakelijk is voor vis major, maar dat hij zijn gegeven woord moet gestand doen, zoo hij „hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam fortuiti damni in se suscepisse proponatur". Eene conclusie laat zich uit deze plaats moeielijk trekken. In de praktijk was blijkbaar een vijandelijke inval voorgekomen en had de vijand een geleend rund geroofd. Nu wordt dit voorval door den keizer blijkbaar beschouwd als vis major, maar tevens verklaard dat daarvoor wordt ingestaan, als het aldus beloofd is. Een bepaalde gevolgtrekking voor de aansprakelijkheid bij het commodatum is hieruit niet te maken: hoogstens een zwak vermoeden.

Van iets meer beteekenis is § 2 J. 3, 14. Daar wordt ons immers verteld dat van den bruikleener eene exacta diligentia verlangd wordt: „sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit". Hiermede wordt dus te kennen gegeven dat de aansprakelijkheid van den bruikleener eenigszins buitengewoon is, zonder dat dan evenwel verteld wordt waarin zij bestaat — iets wat in een leerboek zeker niet goed te keuren is. Gelukkig dat andere plaatsen hier duidelijker zijn!

---

(1) Zie p. 245.

Ook voor den horrearius vinden wij eene plaats, die van vis major gewaagt, nl. de bereids vroeger (1) afgedrukte L 1 C. 4, 65. Zooals wij toen bereids opmerkten mochten wij uit deze plaats concludeeren tot eene buitengewone aansprakelijkheid van den horrearius, zonder dat wij echter hier leerden hoever deze reikte. In de praktijk had zich waarschijnlijk eene „effractura latronum" voorgedaan en nu zegt de keizer dat de horrearius hiervoor niet aansprakelijk is. „Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur". Dat hierbij als onnoodige versiering de effractura latronum als vis major wordt aangeduid (vel is hier blijkbaar conjunctief, niet disjunctief bedoeld) schaadt niets maar maakt ons ook niet veel wijzer.

Over L. 17 § 4 D. 19, 5 en de daaruit te maken gevolgtrekkingen, spraken wij bereids uitvoerig (2). Ulpianus wilde hier blijkbaar slechts een beslissing geven voor het geval van brand, maar sprak tevens in het algemeen uit dat in het door hem behandelde geval de aansprakelijkheid een buitengewone was, zonder echter precies aan te duiden in hoeverre.

Ook evenwel bij rechtsverhoudingen met gewone aansprakelijkheid wordt soms in verband met deze van vis major gesproken.

Zoo Ulpianus L. 9 § 2 D. 19, 2:

> Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.

Dit is een der weinige plaatsen waar wij voor het

---

(1) Zie p. 255.
(2) Zie p. 259.

begrip vis major staan, zonder dat ons met een concreet voorbeeld de bedoeling van den jurist nader verduidelijkt wordt. Toch is de zin van het hier genoemde pactum licht te vatten. Dit bedoelt in het algemeen een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid des huurders vast te stellen voor alle ongevallen, die de zaak treffen. Dit wil echter niet zeggen, dat de huurder de waarde der zaak moet vergoeden zonder dat het er iets toe doet, hoe zij is tenietgegaan of verminderd, zoodat hij zelfs ook voor verval tengevolge van ouderdom aansprakelijk zoude wezen. Een dusdanig pactum slaat immers alleen op ongevallen, die van buiten afkomen, op die tegen welke de custodia zich te richten heeft. En voor dergelijke ongevallen stelt dan het hier genoemde pactum een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid vast.

Zoo is dus ook deze plaats verstaanbaar zonder dat daarvoor eene constructie van het begrip vis major noodig is. Hetzelfde geldt voor de L. 13 § 1 D. 13, 7, waar Ulpianus, de punten van gelijkenis tusschen pignus en commodatum opsommende, daarbij vermeldt dat niet voor vis major wordt ingestaan, en eveneens voor L. 19 C. 8, 13 waar de nadruk valt op de omstandigheid dat van den pandhouder custodia (diligens) wordt verlangd en slechts terloops zijne niet-aansprakelijkheid voor vis major wordt uitgesproken.

Ook Paulus L. 30 D. 13, 7 is te begrijpen zonder meer nauwkeurige definitie der vis major:

> Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim majorem.

Dat hier het wassen eener rivier als vis major wordt bestempeld (1), is voor de uitlegging dezer plaats geheel en al onverschillig. Hij die tegen den wil van zijn debiteur eene deze toebehoorende schuit onder zich houdt en zich zoo zelf een pand verschaft, handelt „auf eigne Gefahr": zijne aansprakelijkheid reikt veel verder dan die van een pandhouder, en zoo zal hij vergoeding hebben te geven als de wassende rivier de schuit heeft medegesleept. Dit was het concrete geval, waarvan Paulus zijn responsum gaf, en dat het gebeurde als vis major werd aangeduid is tot recht verstand van dat responsum zonder belang.

Hiermede hebben wij de plaatsen besproken, in welke de uitdrukking vis major in verband met de leer der aansprakelijkheid behandeld wordt. Ook in drie andere plaatsen komt deze uitdrukking evenwel nog voor, en deze dienen thans behandeld te worden.

Allereerst Africanus L. 33 D. 19, 2. Hier wordt nagegaan in hoeverre de verhuurder verantwoordelijk is (2) als den huurder het genot der zaak onmogelijk wordt gemaakt. Het antwoord luidt: schadevergoeding als de verhuurder de gebeurtenis had kunnen verhinderen, restitutie van de reeds betaalde huursom als den verhuurder niets te verwijten valt, zoo met name de huurder „ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris". Vis major beteekent hier derhalve niets anders dan „grootere macht". Zoodra de derde krachtiger is dan de verhuurder is dezen niets te verwijten: eenige buitengewone kracht van dien derde

(1) De laatste woorden der L. 30 zijn waarschijnlijk een latere bijvoeging.

(2) Deze plaats behandelt dus wel een questie van aansprakelijkheid, maar niet eene die behoort tot de leer der aansprakelijkheid voor aan den debiteur toevertrouwde zaken — het eigenlijke onderwerp dezer verhandeling. Zie hierover nog *Themis* 1896, p. 230.

wordt dus niet verlangd. In zooverre kan men dus zeggen dat vis major hier niet in de technische beteekenis van het woord wordt gebruikt.

De tweede plaats is FLORENTINUS L. 36 D. 19,2:

> Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi majore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Er is dus een werk aanbesteed dat door den aanbesteder hetzij na geheele hetzij telkens na gedeeltelijke afwerking moet opgenomen en goedgekeurd worden.

Gaat nu een wel afgewerkt maar nog niet opgenomen deel van het werk teniet (zonder dat het verzuimen der opneming den aanbesteder te verwijten is), dan treft dit ongeval in den regel den aannemer. Slechts dan treft het den aanbesteder als het door vis major veroorzaakt is.

Nu moet men dit niet, zooals in den regel geschiedt, aldus opvatten, dat in het laatste geval de aannemer recht zou hebben op de bedongen aannemingssom. Dit zou in strijd zijn met het wezen der wederkeerige overeenkomsten, bij welke immers geen der partijen van den ander nakoming der verbintenis kan eischen, zoo hij zelf niet aan zijne verplichting voldaan heeft. Men moet ook hier (1) uit den samenhang opmaken wat met peri-

---

(1) Vergelijk het op p. 266 opgemerkte.

culum bedoeld is. Hierbij is dan vooral te letten op de laatste zinsnede der geciteerde L. 36: „non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod suâ cura atque opera consecutus esset". De vraag is dus of *aan* den aanbesteder iets gepresteerd moet worden, en daarbij kan alleen aan het volgende dilemma gedacht worden: moet de aannemer, als zijn werk vernield is opnieuw beginnen of is hij van zijne verplichting daartoe bevrijd? En dan wordt door Paulus die bevrijding alleen aangenomen bij vis major.

Schijnbaar is dus hier een nader ingaan op het begrip vis major streng noodzakelijk. Maar deze noodzakelijkheid vervalt als men in het oog houdt, dat blijkens L. 37 D. eod. Javolenus zich tevreden stelt met eene „vis aliqua". Het zou dan ook al te erg wezen, als in de overgroote meerderheid van gevallen de aannemer gedwongen zou zijn opnieuw te beginnen, als buiten zijn schuld het werk te niet was gegaan. Het is al hard genoeg voor hem, dat hij al dien tijd voor niets heeft gewerkt.

Zoo zal men dus de vis major der L. 36 niet al te streng moeten opvatten.

De bedoeling is alleen een beroep van den aannemer op allerlei kleine ongelukjes uit te sluiten. Maar een buitengewoon voorval wordt niet vereischt.

De derde plaats is Gajus L. 25 § 6 D. 19, 2:

> Vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.

Al wordt het hier niet duidelijk uitgesproken, toch staat het vast dat ook hier de vraag wordt behandeld in hoeverre de pachter soms recht heeft op reductie van

de pachtsom. Uitvoeriger wordt deze vraag besproken door ULPIANUS L. 15 D. eod. Nu is het evenwel niet geoorloofd het begrip vis major te construeeren met behulp der talrijke, in deze L. 15 opgenoemde gevallen, waarin de pachter reductie kan vragen. Uit niets immers blijkt dat GAJUS in de L. 25 § 6 met zijn vis major *alle* gevallen wilde omvatten in welke dergelijke reductie gevorderd kan worden (1).

Wij kunnen ons dus veilig onthouden van een nader onderzoek der ongevallen, bij welke de pachter vermindering der pachtsom kan verlangen. Slechts dit interesseert ons hier dat onder die ongevallen de θεοῦ βία (2) behoorde, d. i. de verzamelnaam voor die gebeurtenissen, welke godvruchtige menschen op de directe inwerking der Godheid plegen terug te brengen, en dat GAJUS meende dat met dit begrip dat van vis major identiek was.

M. i. is dat onjuist, daar ook andere gebeurtenissen (als gewelddadige inbraak) in het verkeer als vis major beschouwd werden, terwijl hier niet licht aan een goddelijke inwerking gedacht kan worden.

Nòch tot vaststelling van het recht des pachters op reductie nòch zelfs tot recht verstand der L. 25 § 6 cit. is dus een nader ingaan op het begrip der vis major noodwendig.

Zoo bleek ons dus de waarheid onzer stellingen: vis major een zeer vaag begrip, uit het dagelijksch leven geput, maar door de juristen niet afgevijld en bewerkt

---

(1) Juist in hoofdzaak met behulp der in der L. 15 genoemde ongevallen hebben de Romanisten tot op heden het begrip der vis major trachten te construeeren. Niemand bedacht, dat men elk recht daartoe miste.

(2) Te vergelijken is L. 24 §§ 2—4 D. 39, 2, waar (trouwens in zeer oneigenlijken zin) van vis divina gesproken wordt.

— voorkomende aan de negatieve zijde der buitengewone aansprakelijkheid, zonder deze echter ook maar in de verste verte te omvatten — en waarvan een nadere constructie onnoodig is niet alleen voor de leer der aansprakelijkheid maar zelfs ook voor de plaatsen, waar het woord gebruikt wordt.

Volledigheidshalve willen wij thans nog de aandacht vestigen op enkele andere begrippen, die zich aan de negatieve zijde der aansprakelijkheid bevinden, als damnum fatale en casus major. Het is immers slechts aan een — toeval te wijten dat die negatieve zijde met de uitdrukking vis major en niet met behulp van een der andere hier genoemde begrippen pleegt aangeduid te worden.

Vooral van damnum fatale is in onze bronnen herhaaldelijk sprake. Waar bij vis major gedacht wordt aan de aanvallende kracht, plaatst men zich bij de uitdrukking damnum fatale op het standpunt der toegebrachte schade. Als door het noodlot toegebrachte schade werd dan die beschouwd welke door vis major veroorzaakt was. Dit blijkt uit L. 3 § 1 D. 4, 9 en eveneens uit L. 2 § 1 D. 18, 6, (1) waar ULPIANUS, sprekende van fatale damnum *vel* vis magna, over het hoofd ziet dat beide uitdrukkingen wel naast elkander gesteld mogen worden maar daarom nog geen synonymen zijn.

Dat vis major en damnum fatale correspondeerende uitdrukkingen zijn wordt ook bewezen door de omstandigheid dat de in de bronnen gegeven voorbeelden voor beide dezelfde zijn: naufragium, vis piratarum, latrocinium, incendium. En zoo vervult damnum fatale een soortgelijke rol als vis major: dient nl. om aan te duiden

(1) Hierboven op p. 271 afgedrukt.

dat ergens een buitengewone aansprakelijkheid bestaat zonder dat men dan nog precies weet hoever deze reikt. Immers staan wij hier voor hetzelfde verschijnsel als bij de vis major, dat bij de verschillende van elkaar afwijkende gevallen van buitengewone aansprakelijkheid damnum fatale zich aan de negatieve zijde dier aansprakelijkheid bevindt en deze zijde dus nimmer geheel en al kan omvatten (1). Zoo wordt in L. 3 § 1 D. 4, 9 bij het receptum er daarentegen in L. 5 § 4 D. 13, 6 bij het commodatum (2) en in L. 52 § 3 D. 17, 2 bij de societas (waar nl. een socius een zaak na schatting gekregen heeft) van damnum fatale gesproken als gebeurtenis waarvoor geen verantwoordelijkheid bestaat.

In het algemeen wijst de uitdrukking damnum fatale op een buitengewone aansprakelijkheid. Anders was dit slechts in L. 2 § 1 D. 18, 6, waar wij zagen aan die uitdrukking niet al te veel gewicht te moeten hechten.

Ten slotte nog een enkel woord over den casus major. Waar bij vis major gedacht wordt aan de aanvallende kracht en bij damnum fatale aan de toegebrachte schade, wordt casus major gebruikt om het voorval in zijn geheel aan te duiden. Het verband tusschen de verschillende uitdrukkingen blijkt ook hier weder zoowel uit de omstandigheid dat zij naast elkaar gebezigd worden (zoo in § 2 J. 3, 14, waar staat „propter majorem vim majoresve casus") als ook daaruit dat voor casus major dezelfde voorbeelden gegeven worden als voor de beide andere begrippen (zie de opsomming in L. 1 § 4 D. 44, 7).

In deze beide plaatsen wijst de uitdrukking casus major op eene buitengewone aansprakelijkheid, gelijk

---

(1) Zie het op p. 292 opgemerkte.
(2) Vergelijk ook nog p. 289.

ons immers bleek dat bij het commodatum bestond. Anders is dit evenwel in L. 7 § 1 D. 2, 13, waar casus major wordt tegenovergesteld aan negligentia en vervolgens nog nader omschreven als „casus cui ignosci debeat". Hier heeft casus major dus niet zijn technische beteekenis, wat niet zoo verwonderlijk schijnt, als men bedenkt dat ook bij vis major zich hetzelfde verschijnsel wel eens voordoet (1).

SLOTWOORD.

Onze taak is ten einde. Wij gaven een beeld der aansprakelijkheid uit contract zooals die volgens onze meening te Rome bestond. Onze resultaten verschillen echter in zooveel opzichten van de heerschende meening, dat het ons geraden voorkomt de hoofdpunten nog eens op te sommen en tevens hun portée duidelijk te doen uitkomen. Met name wenschen wij ook nog te vermelden welken invloed onze onderzoekingen behooren uit te oefenen op de ontwikkeling van het hedendaagsche recht. In vele landen berust immers zoowel in het algemeen als ook in het bijzonder voor onze materie (2) het tegenwoordige recht op het Romeinsche of beter gezegd op het pseudo-Romeinsche recht, op dat wat oudere generaties van rechtsgeleerden gewoon waren (en vaak nog zijn) te ver-

---

(1) Vergelijke p. 306.

(2) In sommige landen, zooals Engeland en Amerika is het Romeinsche recht niet in zijn geheel gerecipieerd, maar juist wel voor ons onderwerp. Zoo kent men daar de buitengewone aansprakelijkheid van schippers en herbergiers, de eenige van welke men tijdens de receptie wist dat zij te Rome bestaan had. BIERMANN's pogingen om in deze verband met het Germaansche recht te bewijzen acht ik ten eenenmale mislukt. (Zie Archiv für bürgerliches Recht, 1895, p. 38).

tellen dat te Rome als recht gegolden heeft. Waar dan een jongere school op een of ander punt aantoont dat te Rome geheel andere rechtsbeginselen gegolden hebben, dan men tot dusverre gemeend had, daar ontzinkt meteen ook aan het hedendaagsche recht zijn basis. Geen tegenspraak zal deze stelling ondervinden wanneer de nieuwere leer er in geslaagd is te bewijzen dat er andere *rechtsregels* te Rome bestaan hebben dan men tot dusverre gemeend had: daarentegen zal, waar het nieuwe bestaat in een betere *constructie*, eene juistere *systematiseering* allicht gevraagd worden, in hoeverre dit van eenigen invloed kan zijn op de rechtsregels zelve? Deze immers blijven dezelfde en veranderen niet, ook al steekt men ze in een nieuw gewaad? En welk belang heeft het dan voor het hedendaagsche recht, dat gij het Romeinsche al in een prachtgewaad hebt weten te steken?

Wie zoo redeneert, verliest één belangrijk punt uit het oog. De constructie *behoort* wel is waar van geen invloed te zijn op de rechtsregels zelf, maar *feitelijk* heeft die invloed altijd bestaan. Want nog steeds heeft de rechtswetenschap zich niet los weten te maken van de deductieve methode, haren allerboosten geest. Nog steeds worden de rechtsregels afgeleid uit vooropgestelde begrippen, door de beoefenaars zoowel van het recht van het verleden als van dat van het heden en van de toekomst, door hen die de wetten maken niet minder dan door hen, die ze hebben uit te leggen. Elke constructie is voor den jurist eene bron van redeneering en daarmede van rechtsregels. Uit die bron stroomen valsche ideeën voort omtrent het recht van het verleden en deze worden in het hedendaagsche recht overgebracht Dit overbrengen geschiedt dan op tweeërlei wijze: ten eerste worden de reeds verkregen ideëen overgebracht, maar verder ook de bron zelf, de constructie, waaruit dan weer naar hartelust nieuwe,

valsche gedachten worden afgeleid. Wie voor het Romeinsche recht eene verkeerde constructie vernietigt, draagt dus op dubbele wijze bij tot de zuivering van het hedendaagsche recht.

De juistheid van dit alles blijkt reeds dadelijk als men het hoofdresultaat van onze studie beschouwt. Als zoodanig noemen wij onze ontdekking dat de Romeinsche juristen de aansprakelijkheid van den debiteur voor hem toevertrouwde zaken van uit de positieve zijde hebben geconstrueerd, met verwaarloozing van de negatieve. En waar SCHNEIDER, (1) die ook (terloops) deze leer voordraagt, hare consequenties niet heeft ingezien, ja zelfs bij de constructie der negatieve zijde der aansprakelijkheid de wetenschap verrijkt (?) met nieuwe begrippen als vis major in abstracto en vis major in concreto — hebben wij de aan die negatieve zijde aanwezige begrippen op hun plaats weten te zetten en aangetoond hoe weinig beteekenend hun rol geweest is, hoe de Romeinen geen vast begrip van casus in den zin van negatie van schuld hebben gekend en hoe het begrip der vis major bij hen slechts eene secundaire rol vervulde.

Dat men niet ingezien heeft dat casus geen vast, aan de culpa tegenovergesteld begrip was, heeft niet gehinderd voor de leer der gewone aansprakelijkheid, daar men deze steeds van uit de positieve zijde construeerde. Maar een onoverzienbaar nadeel heeft dit gemis aan inzicht opgeleverd voor de leer der buitengewone aansprakelijkheid. Waar immers van uit ons standpunt de vis major eene onbeteekenende grootheid is, is zij voor de overige

---

(1) Zie het tweede gedeelte van SCHNEIDERS bereids meermalen geciteerde verhandeling Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 44, p. 372. Dit gedeelte verscheen nadat het eerste deel van onzen arbeid, waarin wij die leer hebben verkondigd, was afgedrukt.

juristen een factor waarmede rekening te houden valt. De definitie die men van de vis major geeft beslist daar over den omvang der aansprakelijkheid: immers al naar mate die definitie uitvalt, wordt de aansprakelijkheid geacht ruimer of enger begrensd te zijn.

Het hedendaagsche recht nam het begrip der vis major uit het Romeinsche over en zoo ontwikkelde de rechtswetenschap dat begrip voor beide rechten op dezelfde wijze. Maar de daarbij begane fouten waren voor het hedendaagsche recht verreweg het noodlottigst. Een miskenning der vis major verduistert het goed inzicht in het Romeinsche recht bij vier, vijf contracten: de overneming van dit vage begrip, dat door den wetgever nimmer gebruikt had mogen worden, heeft het tegenwoordige recht in talrijke gevallen bedorven. Wij wijzen hier onder meer op de verschillende wetten over de „Haftpflicht". Waar de verkeersbelangen een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid der groote ondernemingen zoowel tegenover het publiek als tegenover hun arbeiders eischen, wordt die aansprakelijkheid in de bestaande wetten overal begrensd door de overmacht. Bij overmacht is geen aansprakelijkheid mogelijk — dat was het axioma waarvan men uitging, zonder te weten wat overmacht was, ja zelfs terwijl men dit openlijk erkende! Zoodra dan dat begrip van overmacht ietwat ruim wordt opgevat, met name gedefinieerd volgens de (steeds nog heerschende) subjectieve leer, volgens welke overmacht aanwezig is als het ongeval door de grootste zorgvuldigheid niet te vermijden was geweest — daar is de geheele buitengewone aansprakelijkheid, eerst met zooveel ophef binnengehaald, vrijwel prijsgegeven.

O, gij kortzichtige leeken en juristen, die het nut van Romeinsch-rechtelijke studiën durft betwisten! Ziet gij thans wellicht in welke rijke vruchten dergelijke studiën

ook voor het hedendaagsche recht kunnen opleveren? Het begrip der vis major is door deze verhandeling gedood, vernietigd. Dat begrip was even machtig als een absoluut heerscher. Daaruit zijn rechtsregels ontstaan en naar die rechtsregels is gevonnisd. Duizenden van huisgezinnen zijn door dat begrip in de diepste ellende gedompeld, waar zij, van hun kostwinner beroofd, hun rechtvaardige aanspraken tegen de almachtige, schatrijke ondernemingen (spoorwegmaatschappijen en andere) door dat begrip zagen afgesneden. Moge het recht der toekomst een ander zijn!

En het kan dat zijn. Want uit alles blijkt dat de aansprakelijkheid steeds en overal, zoowel waar zij tot de gewone beperkt is als waar zij een buitengewoon karakter draagt, zonder gebruik van het begrip overmacht omschreven kan worden. Zij kan immers òf in haar geheel in al hare schakeeringen van uit de positieve zijde geconstrueerd worden, zooals wij aantoonden dat dit te Rome het geval was, òf wel in beginsel als geheel onvoorwaardelijk vastgesteld worden met opnoeming van de hier of daar noodige uitzonderingen. Zoo is het dan ook geschied in de nieuwe Duitsche wet op de binnenvaart (in werking getreden op den 1sten Januari 1896), en zoo wilde in 1892 de Duitsche juristen-vereeniging eenstemmig dat deze materie in het algemeene Burgerlijke Wetboek voor Duitschland zou geregeld worden (1) Aan haren wensch is echter geen gehoor geschonken en zoo heeft de vis major zich dan nog weten te handhaven in het Wetboek dat bestemd is gedurende een langen tijd Duitschlands recht te zijn. Veel schuld dragen hier de praeadviseurs der juristen-vereeniging Gelpcke en

(1) Zie de Verhandlungen des 22sten Deutschen Juristentages, Band I p. 348; Band II p. 42; Band IV p. 104.

VAN SCHEY. De eerste behandelt het Romeinsche recht slecht en oppervlakkig, de tweede verwaarloost het geheel, en zoo was door hun werk het begrip der vis major niet met wortel en tak uitgeroeid, hoe scherp zij het overigens ook bestreden hadden. Onkruid moet echter niet afgemaaid worden, maar de bodem waarop het gegroeid is dient te worden gezuiverd. En dit is door ons gedaan.

Zoo bewaarheidt zich dus op een belangrijk punt onze stelling dat eene verbetering in de constructie van het Romeinsche een grooten invloed kan uitoefenen op de regels zelve van het hedendaagsche recht.

Onze verhandeling bracht in de tweede plaats een consequente doorvoering van de in de bronnen voorkomende onderscheiding tusschen de culpa en de diligentia, welke tot dusverre niet gekend of althans verwaarloosd werd. Onze leer vond echter geen genade in een tot ons van hooggeleerde zijde gericht schrijven. Ik kan, zoo schreef mij een bekend Romanist, het onderscheid niet inzien „tusschen culpa (en culpose handelingen) eenerzijds en gemis aan diligentia (en handelingen waarbij diligentia gemist wordt) anderzijds".

Alles, dus luidt mijn antwoord, is relatief. Wanneer men zich op het standpunt der moraal plaatst, is het zeker onmogelijk hier eenig onderscheid te ontdekken. Maar anders wordt het waar men een rechtsstandpunt inneemt. Dan bestaat er een groot onderscheid. Bij de culpa-aansprakelijkheid immers heeft men een rechtsnorm voor zich, die een niet-doen, een nalaten van zekere handelingen gebiedt: waar van den debiteur diligentia verlangd wordt, richt het recht tot hem een gebod om te doen. Zoo scherp als doen en niet-doen tegenover elkander staan, even krachtig is ook de door ons gemaakte onderscheiding. Moet al erkend worden dat buiten contract

de culpa-aansprakelijkheid in zekere mate zich heeft uitgebreid tot een gebod om te doen: binnen contract is dit niet geschied omdat daar sinds lang in steeds ruimere mate geboden om te doen tot den debiteur waren gericht. En als de Romeinen in het geval dat een debiteur niet gedaan heeft, wat hij verplicht was te doen, soms van culpa spreken, is dit, gelijk wij bereids vroeger zagen, niets dan een spraakgebruik, waarbij men een voor de hand liggende uitdrukking gebruikte zonder eenige verdere bedoeling daarbij te koesteren. (1)

Op drie van de punten waarin zich het onderscheid tusschen den norm van het doen en dien van het niet-doen — onderscheid, neergelegd in de tegenstelling van culpa- en diligentia-aansprakelijkheid — doet bespeuren, willen wij thans nog het licht doen vallen. Twee daarvan zij ons bekend.

Ten eerste (2) wordt de onderscheiding tusschen diligentia diligentis en diligentia quam suis, als zoodanig juist, eene dwaasheid als men haar op de culpa overbrengt. Waar aan iemand positieve eischen gesteld worden, kunnen deze van verschillenden aard en omvang zijn: waar echter bij toegebrachte schade alleen gevraagd wordt naar toerekenbaarheid, kan het er niets toe doen of soms ook in eigen zaken dergelijk verzuim is gepleegd. Hoe vreemd zou het niet zijn, om als eene societas is aangegaan tot het koopen eener zaak en deze door de schuld van één der vennooten niet gekocht is, hem van alle verantwoordelijkheid te ontslaan, als hij kon aantoonen ook wel eens nalatig te zijn in het koopen van zaken, die hij zelf noodig heeft, en als bewijs daarvoor zijn oude jas of hoed toonde, met welke hij al jaren rondgeloopen had!

(1) Zie *Themis* 1896, p. 248.
(2) Vergelijk *Themis* 1896 p. 251.

In de tweede plaats (1) wijzen wij op den contractueelen oorsprong der diligentia-aansprakelijkheid. Telkens zal men hier op de bedoeling der partijen moeten letten, steeds de verschillende rechtsregels in verband moeten brengen met die bedoeling en slechts kunnen verklaren uit eene wettelijke erkenning van deze. Niets van dit alles bij de culpa-aansprakelijkheid: wie daar de bedoeling der partijen nagaat, komt tot het resultaat dat de debiteur zeker niet aansprakelijk heeft willen zijn. Maar het recht vraagt niet naar zijne bedoeling en verplicht hem tot schadevergoeding zonder met zijn wil rekening te houden.

Een derde punt is nog dit. Wij zwegen tot dusver over den omvang der schadevergoeding, als liggende buiten het kader onzer verhandeling. Wij mogen evenwel als bekend veronderstellen dat in den tijd van het klassieke Romeinsche Recht in het algemeen het volle interesse vergoed moest worden: bij zaakbeschadiging dus niet alleen de waarde der zaak maar alle schade die een direct gevolg was van het verlies der zaak. Zoo gold het zoowel bij de diligentia- als ook bij de culpa-aansprakelijkheid. Nu bestond er echter bereids te Rome een zekere neiging om den omvang der schadevergoeding te doen afhangen van de mate der schuld (2). En deze neiging laat zich goed begrijpen en ook verdedigen waar de verplichting tot schadevergoeding op de culpa gebaseerd is. Want als men vergoeding moet geven op grond dat men moreel voor iets verantwoordelijk is, daar dient ook, zoo die vergoeding in verschillende mate geregeld kan worden, bij de bepaling dier mate rekening worden gehouden met de mate der schuld, gelijk dit

---

(1) Vergelijk *Themis* 1896 p. 246.

(2) Zie JEHRING, Das Schuldmoment in Römischen Privatrecht, p. 54 e. v.

immers ook in het Strafrecht geschiedt. Waar gemelde neiging dan bereids te Rome bestond en in verschillende wetboeken onder haar invloed bepalingen zijn vastgesteld, tot in het Zwitsersche verbintenissenrecht toe (1), daar is het, waar verder het recht der schadevergoeding waarschijnlijk nog langen tijd met het begrip der schuld rekening zal houden, zeer licht denkbaar dat die neiging ook zal doordringen tot in het leerstuk der contractueele aansprakelijkheid, al bleef zij dan ook tot heden vrijwel daarbuiten (2). Maar dan zal zij toch in elk geval nimmer van invloed mogen zijn waar de aansprakelijkheid op gemis aan diligentia gebaseerd is. Want deze heeft de debiteur contractueel op zich genomen, en hier kan dus geen matiging zijner verplichtingen te pas komen.

Zoo levert dit derde punt tevens nog een krachtigen grond op waarom de door ons gemaakte onderscheiding tusschen de culpa- en de diligentia-aansprakelijkheid ook nog voor het recht van het heden en dat van de toekomst van groot belang is.

Behalve de twee bereids behandelde hoofdresultaten leverde onze onderzoeking nog menig resultaat op. In de leer der gewone aansprakelijkheid werd met meer juistheid dan tot op heden geschied was aangewezen, waar de debiteur verplicht was tot diligentia diligentis en waar hij volstaan kon met diligentia quam suis: de buitengewone aansprakelijkheid werd èn met betrekking

---

(1) Met name art. 51. Vergelijk ook het Pruisische Landrecht, Erster Theil, Sechster Titel § 10—15, en het Oostenrijksche Wetboek § 1331 en 1332.

(2) Slechts één bepaling in dien geest vindt men in de meeste wetboeken, dat nl. bij arglist van den schuldenaar een grootere vergoeding te betalen is. Zie o. a. art. 1283 B. W.

tot de contracten waar zij bestond èn met het oog op haren omvang door ons op eene van de tot dusverre verkondigde meeningen afwijkende wijze geconstrueerd.

Direct belang voor het hedendaagsche recht hebben deze bijzondere resultaten niet. De verschillende contracten, van welke hier sprake is, nemen immers voor een groot deel in het tegenwoordige rechtsleven een geheel andere plaats in, dan in het Romeinsche. Want niet het minst in het contractenrecht doet zich de verandering in het maatschappelijke leven gevoelen. En zoo moet dan door den tegenwoordigen wetgever de vraag naar de aansprakelijkheid van den debiteur bij elk contract opnieuw gesteld en in verband met de maatschappelijke toestanden en verhoudingen beantwoord worden.

In zooverre dan heeft onze studie ook hier rijke vruchten gedragen, als juist door haar dat verband tusschen het maatschappelijk leven en de contractueele aansprakelijkheid is aangetoond. Wij zagen immers hoe te Rome de aansprakelijkheid, zoowel de gewone als de buitengewone, steeds te verklaren was uit de economische omstandigheden waarin zich de contrahenten bij de verschillende rechtsverhoudingen plachten te bevinden. En hiermede is dan veroordeeld het blindelings overnemen dier rechtsregelen, welke pasten voor het Romeinsche rechtsleven, in ons recht dat eene maatschappij met geheel andere economische verhoudingen heeft te beheerschen. Zelfs al ware in onze wetten niet een zeker recht opgenomen, dat meer pseudo-Romeinsch dan Romeinsch te noemen is, dat eerder is een reproductie van wat vroegere juristen meenden dat te Rome recht is geweest dan wat werkelijk daar als zoodanig heeft gegolden — zelfs al ware het zuivere Romeinsche recht bij ons gerecipieerd, of beter

gezegd juist dan — zou deze wijze van wetgeving scherpelijk te veroordeelen zijn.

Wij zijn ook nog zoo vermetel van te beweren dat deze verhandeling een belang heeft, dat oneindig verder reikt dan het speciale onderwerp dat zij behandelt. Dit onderwerp is immers een onderdeel van een ontzaggelijk omvangrijk leerstuk, dat der schadevergoeding. En nog wel een klein onderdeel. Onbesproken bleef ten eerste de vergoeding van buiten eenige rechtsbetrekking toegebrachte schade. Maar ook van de bij bestaan eener rechtsbetrekking toegebrachte schade werd slechts een deel behandeld, en wel de aansprakelijkheid voor den debiteur toevertrouwde lichamelijke zaken. Van de rechtsverhoudingen bij welke de debiteur tot eenige administratie verplicht is werd gezwegen. Niet behandeld werden de gevallen waarin zij die bij eenige rechtsbetrekking in hoofdzaak als crediteuren optreden verplicht kunnen zijn den ander schadevergoeding te geven. Men weet hoe hier speciaal de aansprakelijkheid van den lastgever tegenover den lasthebber tot veel verschil van opinie aanleiding heeft gegeven.

Er zoo bleef nog menig onderwerp onbesproken.

Maar gelijk gezegd, hoe klein onderdeel ook het door ons behandelde onderwerp is van het leerstuk der schadevergoeding, toch is het ook voor dat geheele leerstuk van belang en wel in hoofdzaak op één, zeer overwegend punt. Tot op heden stond deze leer onder de heerschappij der culpa. Schrijvers die de geheele stof behandelden betitelden hun geschriften als werken over de culpa of onrechtmatige daad. De culpa was het uitgangspunt: uit haar ontstond de verplichting tot schadevergoeding, en de uit haar gededuceerde regelen werden dan op de verschillende rechtsverhoudingen toegepast, zoodra

er sprake was van verplichting tot schadevergoeding.

Aan deze despotische regeering der culpa is door ons, al is het dan ook slechts voor een gedeelte, een einde gemaakt. Wij hebben immers aangetoond dat bij de aansprakelijkheid uit contract niet de culpa maar de diligentia in hoofdzaak de bron der verplichting tot schadevergoeding was. En wij vonden ook de bevestiging van het reeds door anderen verkondigde feit, dat te Rome in talrijke gevallen eene aansprakelijkheid bestond, welke geheel onafhankelijk was van eenige culpa van den debiteur.

Hiermede is dus de groepeering der verschillende rechtsregels onder het vaandel der culpa veroordeeld. Maar verder maakt ook de systematiek welke uitgaat van de bron der rechtsregels al meer en meer plaats voor die welke de rechtsinstituten groepeert naar het door deze beoogde doel. „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts — zoo luidt een regel, die niet alleen voor den inhoud der rechtsregels maar ook voor hunne constructie en hunne samenvoeging tot instituten behoort te gelden.

En zoo heeft dan in de wetenschap het leerstuk der onrechtmatige daad plaats te maken voor dat der schadevergoeding. Met meer vrijheid dan men vroeger had zal men thans de enkele gevallen waarin schade moet worden vergoed afzonderlijk kunnen onderzoeken. Niet meer zal men angstvallig moeten nagaan of in een geval, waarin de billijkheid schadevergoeding eischt, er ook schuld aanwezig is bij dengene, dien men aansprakelijk wil stellen.

Wij hopen dan ook eens een andermaal een ander onderdeel van de leer der schadevergoeding onder handen te nemen.

Het Openbaar Ministerie in het Burgerlijk Geding.

DOOR MR. A. TAK,

Ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij de Kantongerechten in het Arrondissement Haarlem.

«Les méditations d'un grand magistrat sont les plus belles richesses de la législation»

MERLIN.

De hierboven aangehaalde woorden van MERLIN (1) maakten op mij een diepen indruk, toen ik bij aandachtige studie van dit onderwerp de voor- en nadeelen overwoog, die men voor en tegen het optreden van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken pleegt aan te voeren.

De resultaten waartoe mijne studie mij heeft geleid, meende ik niet voor mij zelf te moeten houden, al mag het ook een waagstuk heeten om, na de verhandeling van VAN MAANEN (2) over hetzelfde onderwerp, die nog altijd, al zijn dan ook reeds bijna zeven en dertig jaren sedert hare verschijning verloopen, als standaardwerk mag gelden, nogmaals daarvoor de aandacht der lezers te vragen.

Ik wensch echter reeds dadelijk te verklaren, dat het in mijne bedoeling ligt, geen enkel bijzonder geval te behandelen, waarin het Openbaar Ministerie in het civiel geding optreedt.

---

(1) MERLIN, Répertoire, in voce: ministère public, dl. VIII, bladz. 243.

(2) Mr. C. F. TH. VAN MAANEN, Het Openbaar Ministerie in Nederland, dl. I, 's Gravenhage, 1860.

In de eerste plaats, omdat eene zóó uitgebreide behandeling beter als onderwerp voor eene brochure dan ter opneming in een tijdschrift zou kunnen dienen, dat uit den aard der zaak niet al te veel plaatsruimte kan afstaan, terwijl ik in de tweede plaats daardoor van mijn hoofddoel om nl. het licht meer eigenaardig te laten vallen op het Openbaar Ministerie zelf, zou afdwalen.

Al is het waarschijnlijk overbodig, zij het mij toch vergund er volledigheidshalve aan te herinneren, dat bij de Kantongerechten in burgerlijke zaken geen Openbaar Ministerie fungeert. De taak van dat gedeelte van het Officie is uitsluitend beperkt tot de behandeling van strafzaken. Reeds vóór de wet van 9 April 1877 (Stbl. No. 73.) was dit het geval en sedert dien is daarin geen verandering gebracht, ofschoon, zooals van BONEVAL FAURE (1) zoo terecht opmerkt, de beperkte taak dier ambtenaren duidelijker had kunnen worden geformuleerd.

Terecht of ten onrechte geeft van MAANEN (2) als argument voor die afwezigheid: „Het aantal der burgerlijke zaken toch is te groot en de zaken zijn van te gering belang om te vorderen dat het O. M. daarin conclusie neme, terwijl het ook niet gemakkelijk zou zijn, ambtenaren te vinden met de burgerlijke regtspleging voldoende bekend om den kantonregter voor te lichten." Voor het oogenblik wensch ik het bij de bloote vermelding van dit argument te laten; later hoop ik evenwel gelegenheid te hebben daarop nader terug te komen.

Waar dus gesproken wordt over het Openbaar Ministerie, is dat bij de Kantongerechten uitgesloten.

---

(1) Procesrecht, 2e druk, dl. I, bladz. 138.

(2) VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 20 en 21.

Vgl. I. HORA SICCAMA, diss. de ministerio publico, traj. ad Rh. 1836, bladz. 36.

Onze wetgever behandelt het Openbaar Ministerie in de art. 322—329 W. v. B. R. Art. 322 zegt: „Het Openbaar Ministerie is altijd op de teregtzitting tegenwoordig." Hieruit volgt onmiddelijk, dat zonder het Openbaar Ministerie de terechtzitting geen aanvang kan nemen en dat daartegen geen verstek kan worden gevraagd en verleend, waar het als hoofdpartij optreedt. Ook bij de Franschen gold dit beginsel. „Le tribunal, zegt DEBACQ (1), n'est régulièrement composé que quand le ministère public est présent à l'audience; il en résulte qu'aucun jugement par défaut ne saurait être rendu contre celui-ci." MASSABIAU (2) en ORTHOLAN (3) zijn van hetzelfde gevoelen.

Indien het niet reeds uit de wet zelf voortvloeide, dan blijkt het toch uit zijne Memorie van Toelichting, dat ook onze wetgever geen andere opvatting heeft willen huldigen. „De tegenwoordigheid, lezen wij daarin (4), van het O. M. ter teregtzitting is noodzakelijk zoowel, ten einde het de vereischte requisitoiren neme, indien de goede orde op de teregtzitting mogt worden gestoord, als omdat in de te behandelen zaken, ofschoon zij niet vooraf aan het O. M. zijn medegedeeld, zich ligtelijk, vooral in summiere zaken, omstandigheden kunnen vóórdoen, om welke de conclusiën van het O. M. worden vereischt."

Zal nu wanneer het Openbaar Ministerie de behandeling eener zaak niet bijwoont, nietigheid van 's rechters uitspraak daarvan het gevolg zijn? VAN MAANEN (5)

---

(1) G. DEBACQ, de l'action du ministère public en matière civile, Paris, 1867, bladz. 147 § 6.

(2) I. F. L. MASSABIAU, manuel du ministère public, Paris, 1856, dl. I, bladz. 239 § 464.

(3) I. L. E. ORTHOLAN et L. LEDEAU, le ministère public en France, Paris, 1831, dl. I, bladz. 70 en vlg.

(4) VAN DEN HONERT, bladz. 327.

(5) VAN MAANEN, t a. p. bladz. 60.

onderscheidt. In die gevallen, waarin het volgens de wet moet concludeeren of waarin het als hoofdpartij is opgetreden, neemt hij nietigheid aan, in de overige gevallen echter niet. DALLOZ (1) gaat nog verder en neemt zelfs geen nietigheid aan waar het, als hoofdpartij opgetreden zijnde, wegblijft. „Cette jurisprudence, zegt hij, doit être suivie, alors même que le ministère public agirait comme partie principale; car aucun texte de loi n'exige, à peine de nullité, que le ministère public, quand il agit au civil comme *partie principale*, soit présent à l'audience lors de la prononciation du jugement." Hoe echter die meening te verdedigen is, waar men, zooals DALLOZ, (2) vooropstelt: „le ministère public fait *partie intégrante* des tribunaux," verklaar ik eerlijk niet te begrijpen.

Is het waar en mij dunkt onze wet zoowel als de Fransche geven er voldoende aanleiding toe om met DALLOZ aan te nemen: „que le ministère public fait *partie intégrante* des tribunaux", dan vereenig ik mij volkomen met DEBACQ (3), waar hij zegt: le tribunal n'est régulièrement composé que quand le ministère public est présent à l'audience".

Maar dan kan ook eventueele afwezigheid niet anders ten gevolge hebben dan nietigheid, omdat daaraan hetzelfde effect moet worden toegekend als aan het ontbreken van het vereischte aantal rechters. „Acta sine ea substantia consistere non possunt;" zonder de tegenwoordigheid van het Openbaar Ministerie moet worden aangenomen, dat geen zitting in den zin der wet heeft plaats gehad.

Ik vind steun voor dit gevoelen bij ORTHOLAN (4). "S'il manquait, zegt deze, d'y assister, ou même si la minute

(1) DALLOZ, répertoire, in voce: ministère public, dl. XXXII, bladz. 18.
(2) DALLOZ, t. a. p. bladz. 18.
(3) DEBACQ, t. a. p. bladz. 147.
(4) ORTHOLAN et LEDEAU, t. a. p. bladz. 70.

du jugement ne portait point la mention de sa présence, il y aurait nullité. Ainsi l'a jugé plus d'une fois la cour de cassation."

De aanwezigheid van denzelfden ambtenaar van het Openbaar Ministerie gedurende den geheelen loop van het geding, is m. i. geen vereischte op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Het nut dier aanwezigheid behoeft echter bijna geen nader betoog. De ambtenaar toch, die bij het aanbrengen der zaak tegenwoordig was, is als van zelf sprekend het best daarvan op de hoogte en uit den aard der zaak het meest tot concludeeren bevoegd.

De zoo terecht algemeen aangenomen „indivisibilité de corps" leidt er evenwel toe om in onderbreking der tegenwoordigheid van hetzelfde lid van het Openbaar Ministerie geen nietigheid te zien en volgaarne vereenig ik mij met DALLOZ (1), waar hij zegt: „il a été jugé par application du principe de l'indivisibilité du ministère public, 1°. qu'en matière civile, deux officiers du ministère public peuvent successivement occuper le siége dans la même affaire, sans qu'il y ait nullité, le ministère public étant un".

Ten aanzien van de verplichte tegenwoordigheid gedurende den geheelen loop van het proces, bevat de Fransche wet sprekende over de „enquêtes" eene uitzondering. „La présence du Ministère public ne sera nécessaire, aldus art. 300 C. d. Pr., que dans les cas où il sera lui-même partie."

Behalve dus wanneer het Openbaar Ministerie als hoofdpartij optreedt, is zijn tegenwoordigheid bij „enquêtes et descentes sur les lieux" niet noodig. In onze wetgeving werd de bepaling van art. 300 C. d. Pr., zonder vermelding van de beweegreden, niet overgenomen.

Volgt nu daaruit, dat het Openbaar Ministerie bij de

---

(1) DALLOZ, t. a. p. bladz. 13.

zooeven genoemde handelingen altijd aanwezig zal moeten zijn? Van MAANEN (1) beantwoordt die vraag bevestigend. Het wil mij echter toeschijnen, dat de terminologie onzer wetgeving daartoe allerminst aanleiding geeft. Wat toch eischt art. 322 W. v. B. R.? Eenvoudig dat het Openbaar Ministerie aanwezig zij ter *zitting*. Waar nu gerechterlijke plaatsopneming, een „enquête et descente sur les lieux" geschiedt, kan men moeielijk spreken van eene zitting van het college, waarbij het Openbaar Ministerie fungeert, voornamelijk, waar die plaatsopneming eenvoudig geschiedt door een of meer leden, die over de zaak gezeten hebben en niet eens door het geheele college. Daarbij komt nog, dat art. 219 W. v. B. R. uitdrukkelijk bepaalt, wie de leden van het college zullen vergezellen. „Verzeld van den griffier," zegt art. 219 W. v. B. R. Let men er nu op, dat het Officie zooveel als de leden der griffie *behooren* tot het college waarbij zij zijn aangesteld, doch geenszins daarmede één geheel uitmaken, dan komt het mij voor dat, indien de wetgever ook bij „enquêtes et descentes sur les lieux" het Openbaar Ministerie tegenwoordig had willen zien, hij dit uitdrukkelijk had moeten gelasten, evenals hij dit deed ten aanzien van den griffier.

Betwist is de vraag, of het Openbaar Ministerie de bevoegdheid heeft bij enquêtes aan de getuigen vragen te stellen (2). Voor de bevestigende beantwoording gaat men uit van de volgende redeneering „dat de regter de bevoegdheid heeft ambtshalve het bewijs der gestelde daadzaken te gelasten, en het O. M. om te concluderen, dat het leveren van het bewijs zal worden bevolen, dat ook de regter het regt heeft andere vragen te doen, dan die welke partijen meenen dat voldoende zijn om de

---

(1) VAN MAANEN t. a. p. bladz. 62 en 63.
(2) VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 63.

zaak tot klaarheid te brengen, en dat beide zoo goed mogelijk omtrent de waarheid moeten zijn onderrigt, terwijl het O. M. veelal conclusiën moet nemen, ten einde de regten van zoogenaamde personae miserabiles niet worden verkort".

Het laatste argument schijnt mij het minst klemmend. Dat het Openbaar Ministerie veelal — is soms bedoeld „altijd"? — conclusie heeft te nemen in zaken waarin personae miserabiles betrokken zijn, is onomstootelijk waar. Moet het daarom waken, dat hunne rechten niet worden verkort? Ik geloof van neen. Dergelijke personen zijn in het proces voldoende vertegenwoordigd door hunne voogden en curators en deze weder op hunne beurt door den procureur en advocaat, die niet zullen nalaten voor de hun toevertrouwde belangen te zorgen.

De conclusie van het Openbaar Ministerie echter, schoon wellicht uit historisch oogpunt in die gevallen te verklaren, (1) is vrijwel overbodige weelde.

Even weinig krachtig wil mij het eerste argument voorkomen. Dat beide èn Openbaar Ministerie èn rechter „zoo goed mogelijk omtrent de waarheid moeten zijn onderrigt," moge in het strafproces als axioma gelden, in het civiel proces allerminst. Daarin is slechts formeele waarheid een vereischte en daarom heeft de rechter de voorlichting van het Openbaar Ministerie noodig. Wat formeel als waar zal worden aangenomen, beslist echter de rechter en niet het Openbaar Ministerie. Juist omdat het in het civiel proces alleen om formeele waarheid te doen is, moet men deze uitzondering gemaakt op de „lijdelijkheid des rechters" in het burgerlijk geding tot de engste grenzen beperken en de bevoegdheid tot het

---

(1) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 138.
DEBACQ, t. a. p. bladz. 37 vlg.

richten van vragen niet toekennen aan het Openbaar Ministerie.

De redenen van wraking voor een rechter zijn ook toepasselijk op het Openbaar Ministerie, behalve wanneer het hoofdpartij is. (1) Is het hoofdpartij m. a. w. treedt het als eischer of gedaagde in het geding op, dan staat het gelijk met iedere andere procedeerende partij en is dus wraking uitgesloten.

Tusschen het Openbaar Ministerie en den rechter bestaat echter ten aanzien van het produceeren der redenen van mogelijke wraking een verschilpunt. De rechter toch die weet, dat tegen hem redenen van wraking bestaan, is verplicht daarvan kennis te geven aan het college, waartoe hij behoort. (2) Het Openbaar Ministerie daarentegen heeft daarvan geen melding te maken.

Het behoeft evenwel geen betoog dat, indien het Openbaar Ministerie weet, dat er redenen tot wraking bestaan, het goed zal doen, ingeval het als gevoegde partij zou optreden en in grootere mate nog, waar het als hoofdpartij ageert om het eenigszins publiek karakter van zijn optreden, zich van deelneming aan het geding te onthouden. ORTHOLAN (3) zegt dit zoo treffend: „Il peut être recusé, et s'il savait cause de récusation en sa personne, il serait de même que le juge, tenu de se déclarer: car s'il n'est pas juge du procès, si son avis n'est en rien obligatoire pour le tribunal, il n'en est pas moins certain qu'il peut avoir une très-grande influence. La loi l'appelle à donner des conclusions impartiales, dégageés de toutes préventions, il faut donc que rien en lui ne vienne troubler cette impartialité."

---

(1) Art. 32 W. v. B. R.

(2) Art. 31 W. v. B. R.

(3) ORTHOLAN et LEDEAU, t. a. p. bladz. 80. Zie ook MERLIN, t. a. p. bladz. 239.

Wat is nu de taak van het Openbaar Ministerie in het burgerlijk geding. ORTHOLAN (1) omschrijft die als volgt: „assister exactement aux audiences, y veiller au maintien de l'ordre, intervenir lorsqu'il y a lieu, soit par voie d'action, soit par voie de réquisition, faire observer dans les jugemens à rendre les lois qui intéressent l'ordre général, surveiller l'exécution des arrêts ou jugemens rendus; telles sont en résumé les fonctions du ministère public en matière civile."

Onze wetgever regelt ze in de art. 4 en 5 der wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie. VAN BONEVAL FAURE rangschikt ze in zijn bekend meesterwerk in de navolgende categorieën en bakent daarmede tevens de grenzen af, die aan deze verhandeling mogen worden gesteld. „De ambtenaren van het Openbaar Ministerie, zegt hij, (2) zijn belast met de handhaving der wetten. Zij treden daarbij op als de organen van de Regeering, en vervullen de hun opgedragen taak in *burgerlijke* zaken door, in de gevallen bij de wet aangewezen, het Rechterlijk College, bij hetwelk zij geplaatst zijn, omtrent de toepassing der wet *voor te lichten, die toepassing te vorderen* en *op de toepassing toe te zien.*"

In de eerste plaats dus is het Openbaar Ministerie verplicht den rechter voor te lichten omtrent de toepassing der wet. Het wordt dan, zooals art. 4 R. O. zegt, „gehoord".

Deze werkkring van het Openbaar Ministerie is van Franschen oorsprong. Krachtens de ordonnantiën van 1319, 1493 en 1535 werd het eenvoudig in het civiel proces niet geduld.

Later werd evenwel de toestand anders, terwijl eindelijk de wetgever van 1790 de fundamenten lag voor de

---

(1) ORTHOLAN et LEDEAU, t. a. p. bladz. 70.

(2) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 137 vlg.

moderne opvatting der taak van het Openbaar Ministerie. „Au civil, zegt art. 2, titel VIII der wet van 16—24 Augustus 1790, les commissaires du roi exerçeront leur ministère, non par voie d'action, mais seulement par voie de réquisition, dans les procès dont les juges ont été saisis". Men zou zoo zeggen, dat het artikel aan duidelijkheid niets te wenschen overliet. Toch is een hevige strijd gevoerd over de vraag, of het Openbaar Ministerie daarenboven nog als hoofdpartij zou kunnen optreden. (1)

De Franschen onderscheiden dus het optreden van het Openbaar Ministerie in het civiel geding in: „par voie d'action" en „par voie de réquisition". Bij ons is de geliefkoosde terminologie „hoofdpartij" en „gevoegde partij". Deze laatste uitdrukking is m. i. echter onjuist. Vat men het begrip „gevoegde partij" op naar den letter, dan zou men tot de conclusie moeten komen, dat de belangen van het Openbaar Ministerie één waren met die van dengene ter wiens wille het in het proces optreedt. Dat inderdaad eene dergelijke opvatting gehuldigd wordt, blijkt uit de navolgende zinsnede, die ik in de Hollandsche vertaling van het werk van VON ARNOLD (2) aantrof. „In alle overige bovenbedoelde gevallen, aldus VON ARNOLD, moet men in het oog houden, dat de partijen, met name de gemeenten, korporatiën, minderjarigen, enz., ook de afwezigen door hunne vertegenwoordigers, en, wanneer deze niet als regtsgeleerden zonder procureur worden toegelaten, ook door procureurs vertegenwoordigd worden en dat het eene ongelijkheid tusschen de partijen voor den regter zou teweegbrengen, wanneer de eene partij, om reden dat zij eene corporatie, een minderjarige is,

(1) Zie DEBACQ, t. a. p. bladz. 55 vlg.

(2) Die Umgestaltung des Civilprocesses in Deutschland in den Grundsätzen erörtert; gedeeltelijk vertaald door v. BONEVAL FAURE in de Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, dl. XIII, st. 3, bladz. 476 vlg.

behalve de vertegenwoordiging door haren procureur, ook nog door het O. M. vertegenwoordigd werd. Uit dit oogpunt toch en niet als een onpartijdig advies moet de conclusie van het O. M. beschouwd worden, daar de Fransche wet slechts voor 't geval, dat zoodanige personen belanghebbenden zijn, het hooren van het O. M. beveelt en het hoogst zonderling zou zijn, wanneer het O. M. juist tegen zoodanige personen een hun nadeelig advies uitbragt".

Niets is echter minder gerechtvaardigd dan die opvatting. Al moet ook het Openbaar Ministerie in de door den schrijver aangegeven gevallen worden gehoord, dan brengt dat verplichte hooren van het Openbaar Ministerie geenszins mede het bestaan van eenigen rechtsband tusschen het Openbaar Ministerie en de procedeerende partij. In zijn aan den rechter uit te brengen advies, blijft het volkomen vrij en niet zelden ziet men, dat inderdaad dat advies nadeelig is voor die partij, wier vertegenwoordiger het zoo ten onrechte genoemd wordt. Is het dan ook wonder, dat de kundige vertaler zoo ter snede op bovengemelde aanhaling uit het werkje van VON ARNOLD aanteekende: „Het is bekend, dat die zonderlinge toestand toch werkelijk bestaat".

Het beginsel neêrgelegd in de wet van 1790 werd verder uitgewerkt in den C. d. Pr.

Naast het optreden „par voie de réquisition" werd in bepaalde gevallen het optreden „par voie d'action" erkend, terwijl mede aan het Openbaar Ministerie de bevoegdheid werd gegeven en de plicht werd opgelegd om van advies te dienen in alle zaken „dans lesquelles il croira son ministère nécessaire" of waarin de rechter dat advies verlangde (1).

Onze — zoowel als de Belgische en Italiaansche wet-

(1) Art. 83 C. d. Pr.

gevers, hebben het voetspoor van den Code gevolgd en het verplichte hooren van het Openbaar Ministerie in onderscheidene gevallen aangenomen. Niet alzoo de Duitsche wetgever. De toestand in Duitschland vóór 1863 beschrijft VON ARNOLD (1) aldus: „ofschoon meermalen bij de burgerlijke regtbanken zaken behandeld worden, waarin de Staat en de openbare orde middelijk belang hebben, was toch in de meeste Duitsche Staten tot dusver niet altijd zorg gedragen, dat de Staat daarbij vertegenwoordigd werd. Het ging hier als bij de uitoefening der strafregtspleging: om den vertegenwoordiger van den Staat tegenover den beklaagde uit te winnen, droeg men den met het onderzoek belasten regter de dubbele rol van aanklager en verdediger op, vorderde zelfs van den regtsprekenden regter, behalve de op hem rustende verpligting tot onpartijdigheid, nog de vervulling dier beide rollen, en gaf den hoogeren regter een soort „reformatio in pejus"."

Toch vermeldt VAN BONEVAL FAURE (2), dat de instelling in 1850 in Hannover en Brunswijk en in 1857 in Oldenburg werd aangenomen, terwijl Beieren in 1861 dat voorbeeld volgde. Ook het Beiersche wetboek van 1869 erkende de verplichting tot het hooren der „Staatsanwaltschaft" in bepaalde gevallen, welk beginsel de Rijkswet evenwel niet overnam, maar daarentegen wel aan het Openbaar Ministerie de bevoegdheid toekende zich te doen hooren in huwelijkszaken en curatele.

Bij ons was de instelling bijna ten doode opgeschreven, toen de wetgever in 1861 het hooren van het Openbaar Ministerie tot het beroep in cassatie beperkte en het overigens afschafte.

---

(1) Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, t. a. p. bladz. 479 vlg.

(2) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 139.

In welke zaken zal nu het Openbaar Ministerie worden gehoord? Art. 324 en 325 W. v. B. R., grootendeels overgenomen uit art. 83 en 84 C. d. Pr., geven hierop het antwoord. „Het Openbaar Ministerie zal gehoord moeten worden in de zaken welke betreffen:

1°. De openbare orde, den Staat, de domeinen, de provinciën, de gemeenten, de armeninrigtingen en andere openbare stichtingen;

2°. Den staat der personen, de aanvullingen en verbeteringen der akten van den burgerlijken stand;

3°. De exceptiën wegens onbevoegdheid van den regter;

4°. Jurisdictie-geschillen, wraking van regters, het verwijzen uit hoofde van bloedverwantschap of aanhuwelijking, en de regtsweigeringen;

5°. Vrouwen door hare mans niet gemachtigd;

6°. Minderjarigen, onder curatelegestelden, afwezenden en in het algemeen, alle personen die door eenen curator verdedigd worden;

7°. Echtscheidingen, en de scheidingen van tafel en bed, of van goederen;

8°. Beroep in cassatie;

9°. Revisie;

10°. Requesten civiel;

11°. Geschillen over de echtheid of onechtheid van geschriften;

12°. Ontkentenis van geregtelijke verrigtingen;

13°. Geschillen over ten uitvoerlegging van lijfsdwang en over ontslag uit de gijzeling:

14°. Verzoek tot boedelafstand;

En voorts in alle zaken, waarin zulks door de wet is voorgeschreven". (1)

---

(1) Art. 324 W. v. B. R.

„Het openbaar ministerie zal bovendien mededeeling mogen vorderen van alle zaken waarin het zulks in deszelfs betrekking noodig zal oordeelen.

De regter zal de mededeeling ook van ambtswege mogen bevelen". (1)

Men ziet dus, dat de taak van het Openbaar Ministerie in het burgerlijk geding veel omvattend en hoogst moeielijk is.

De andere gevallen waarin het Openbaar Ministerie den rechter zal hebben voor te lichten, vindt men in verschillende wetten en wetboeken verspreid. Bovendien kan de rechter, in alle andere gevallen waarin hij zulks noodig oordeelt, het Openbaar Ministerie gelasten hem van advies te dienen, waarvan weder het onmiddellijk gevolg is, dat het met het oog op mogelijke conclusie, altijd ter zitting aanwezig zijn moet. (2)

Krachtens de bepaling van art. 327 en 328 W. v. B. R. draagt het Openbaar Ministerie zijne conclusie voor onmiddellijk na de pleidooien op een nader te bepalen rechtsdag, terwijl noch partijen noch hunne vertegenwoordigers na dien meer het woord kunnen bekomen.

Hierin ligt, zooals sommigen beweren, een kenmerkend onderscheid tusschen het straf- en het civielproces. In het strafproces is uitdrukkelijk en zelfs op straffe van nietigheid voorgeschreven, dat aan den beklaagde het laatste woord moet worden verleend. In het civielproces daarentegen is dat recht aan het Openbaar Ministerie gegeven.

Ik geloof inderdaad, dat die redeneering op verwarring van begrippen berust en dat men in het civiel geding het Openbaar Ministerie zich te veel als partij denkt

---

(1) Art. 325 W. v. B. R.

(2) Zie VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 139.

Wat toch is de taak van het Openbaar Ministerie, waar het als „gevoegde partij" in het geding optreedt? Ik omschreef die reeds vroeger. Zeker niet die van vertegenwoordiger, terwijl het evenmin geroepen is een advies uit te brengen in het belang van hem, ter wiens wille het zich in het proces laat hooren.

Zijn taak is eenvoudig om, waar de rechter, na door partijen door allerlei kronkelpaden te zijn geleid naar dat standpunt, hetwelk ieder voor zich het nuttigst oordeelt, den sluier weg te scheuren, waarin de waarheid gehuld is en „Justitia" maar ook deze alleen, in haren vollen luister te vertoonen. Is die opvatting juist, dan laat het zich gemakkelijk begrijpen, dat na het optreden van het Openbaar Ministerie partijen verder moeten zwijgen. Immers „organe désintéressé, zegt ORTTHOLAN, (1) de la loi il ne saurait entrer en lice avec les plaideurs, ce qui arriverait si ceux-ci pouvaient lui répondre et le combattre".

De vorm der voor te dragen conclusie is door de wet niet voorgeschreven, weshalve het aan het Openbaar Ministerie vrijstaat dit te doen in den vorm, waarin het hem goeddunkt. Somtijds nemen dan ook de conclusies den vorm van vonnissen aan, dan weder van pleidooien, terwijl aan het slot het resultaat der overdenkingen wordt geformuleerd.

Het resultaat der overwegingen „slotsom", zooals art. 59 W. v. B. R. het noemt, moet in het vonnis worden opgenomen. Hieruit volgt, dat de wetgever is uitgegaan van de veronderstelling, dat de voorgedragen conclusie met redenen van wetenschap omkleed zou worden. Bovendien leidt de aard van het instituut als van zelf hiertoe. Waar de wetgever immers ter voorlichting van

(1) ORTHOLAN et LEDEAU, t. a. p. bladz. 77.

den rechter het hooren van het Openbaar Ministerie voorschrijft, zou dit zijne roeping miskennen, indien het zijne meening ongemotiveerd ten beste gaf (1).

Men heeft van verschillende zijden het optreden van het Openbaar Ministerie ter voorlichting van den rechter afgekeurd (2). De een schetste dat optreden als kwetsend voor dezen, de ander als onnuttig, een derde weder als geheel onnoodig. Een merkwaardig verschijnsel mag het evenwel heeten dat, terwijl omstreeks het jaar 1850 van verschillende zijden stemmen opgingen om het instituut af te schaffen, in de laatste helft dezer revolutionaire eeuw die instelling nog in hare volle glorie bestaat.

Bekend is het, dat de wetgever in 1861 in zooverre voldoening verschafte aan de meermalen uitgesproken wenschen, door alleen het hooren van het Openbaar Ministerie in het cassatieproces verplichtend te stellen, terwijl hij voor het overige de instelling ten doode opschreef.

Als motief voor de handhaving der instelling bij de cassatieprocedure werd aangevoerd, dat het daarin uitsluitend op wetsuitlegging aankwam en werd dus m. a. w. het nut van het instituut op den voorgrond geplaatst. Ware die wet ingevoerd geworden, dan zou onze toekomstige wetgeving veel „plus belles richesses" hebben moeten missen getuigenis afleggende van groote ervaring en rijpe studie.

Wat zijn nu dan nu wel de voornaamste bezwaren, die men tegen het instituut pleegt aan te voeren? Mij dunkt, ik zie den lezer reeds lachend zeggen: de geldkwestie.

---

(1) Zie VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 140.

(2) Zie VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 139. MITTERMAYER in Arch. f. d. Civ. Praxis, dl. XLVI, bladz. 416 vlg., alsmede de Holl. vert. van het reeds meermalen aangehaalde werk van VON ARNOLD. VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 69 vlg., alsmede de recensie van dat werk door VAN BONEVAL FAURE.

Inderdaad hij heeft gelijk. Men heeft de afschaffing der instelling durven verdedigen om daardoor eene luttele som gelds uit te sparen ten einde in andere behoeften te voorzien. Maar zou dan ooit een volk gelukkig kunnen zijn, dat zijn rechtspraak niet van de noodige waarborgen omringt? Werkelijk indien er redenen zijn, die de afschaffing zouden kunnen rechtvaardigen, dan moeten zij buiten de sfeer van den geldduivel gelegen zijn, vooral waar het de rechtspraak geldt.

Men heeft ook beweerd dat, door aan het Openbaar Ministerie op te dragen conclusie te nemen, een derde termijn zou worden gepleit en de procedure noodeloos zou worden verlengd. Te ontkennen is het zeker niet dat, wanneer conclusie wordt genomen, de procesduur met één- hoogstens twee weken wordt vermeerderd, maar toch is het opmerkelijk dat, bij de vele klachten waartoe in den laatsten tijd de procesduur aanleiding gaf, nimmer daarvoor een verwijt is gericht aan het adres van het Openbaar Ministerie. De praktijk trouwens zou daar zijn om de ongegrondheid dier klachten te bewijzen. Meestal wordt één- hoogstens twee weken genomen tot het nemen van conclusie, een tijdvak zeker niet te lang vergeleken bij dat, hetwelk partijen dikwerf behoeven. Ook dit argument dus schijnt mij meer in schijn dan in werkelijkheid van eenige beteekenis.

Verder heeft men de conclusiën bestreden als niet noodzakelijk en als kwetsend voor den rechter, die van het Openbaar Ministerie geen lessen zou hebben te ontvangen.

Tegen dit laatste geldt, dat met het geven van lessen het opvolgen daarvan zou kunnen worden verwacht, maar dat, nu de wetgever het door het Openbaar Ministerie uit te brengen advies in geen enkel opzicht voor den rechter bindend verklaart, moeielijk van het geven

van lessen zal kunnen worden gesproken. En dat de rechter zelf niets kwetsends in het geven dier adviezen vindt, maar integendeel gaarne de hem door de wet geschonken voorlichting ontvangt, geloof ik, dat in de annalen der rechterlijke macht voldoende is geboekstaafd.

Meer steekhoudend en onbetwistbaar juist is echter het argument der niet noodzakelijkheid. Gaat men toch de verschillende gevallen na, waarin het Openbaar Ministerie conclusie heeft te nemen en vraagt men zich af, waarom dat advies noodzakelijk is, dan zal men het antwoord daarop schuldig moeten blijven.

De Staat, de domeinen, de provinciën, gemeenten en andere corporatiën alsmede de zoogenaamde personae miserabiles, zij allen zijn in ieder proces voldoende vertegenwoordigd en kunnen den steun van het Openbaar Ministerie veilig ontberen. Terecht zegt dan ook VAN BONEVAL FAURE in zijne beoordeeling van het werk van VAN MAANEN: „de historisch verklaarbare, logisch niet verdedigbare lijst van procedures, waarin conclusie is voorgeschreven, geeft een krachtig wapen tot bestrijding der noodzakelijkheid in het algemeen".

Deed de wetgever dus goed, toen hij in 1861, behalve bij het cassatieproces, het nemen van conclusie afschafte? Ik zou die vraag niet gaarne bevestigend beantwoorden.

Reeds hierboven haalde ik de woorden van MERLIN (1) aan: „les méditations d'un grand magistrat sont les plus belles richesses de la législation". Welnu, zou men de conclusies afschaffen, dat vrees ik, dat men in jure constituendo een leiddraad zou missen, die van ernstige

---

(1) MERLIN, t. a. p. bladz. 243. Opmerkelijk is het, dat in 1861 de Minister van Justitie de bestrijding der *noodzakelijkheid* op den voorgrond stelde, terwijl hij voor het behoud der conclusiën in cassatie niet de noodzakelijkheid, maar het *nut* alleen betoogde.

overpeinzing en naarstige studie zou kunnen getuigen. En al moge het nu waar zijn, dat in eersten aanleg en in hooger beroep, in tegenstelling van het cassatieproces, het feitelijke op den voorgrond treedt, dan valt het toch niet te ontkennen, dat in ieder geval dat feitelijke moet worden getoetst aan de wet en de conclusies dus hunne juridieke waarde behouden.

Daarbij komt nog dit. Ons land is klein en het aantal der rechterlijke ambtenaren betrekkelijk gering. Menigmaal, zoo hier als elders, moet de zittende magistratuur aangevuld worden uit de staande. Zouden nu de bemoeiingen van het Openbaar Ministerie in het civielproces grootendeels vervallen, dan geloof ik, dat zijne opleiding eenzijdig zijn zou. En juist daarom betreur ik het nog altijd, dat de wetgever van 1877 niet heeft kunnen besluiten ook bij de Kantongerechten in civilibus het Openbaar Ministerie te doen optreden. Jaren lang èn gedurende zijne betrekking van Ambtenaar èn gedurende die van Substituut-Officier verkeert hij, die wellicht straks geroepen wordt in civilibus zijne meening te geven, in niets anders dan in strafzaken, die de studie van het burgerlijk recht, zeker tot groot nadeel van de eerlang uit te brengen adviesen, gedurende dien tijd vrij wel onmogelijk maken.

Dat men vóór 1877 bij de Kantongerechten in civilibus een Openbaar Ministerie overbodig achtte, ik begrijp het volkomen.

Niet echter omdat, zooals VAN MAANEN (1) beweert, de daar aanhangige zaken te onbelangrijk waren, immers dat is slechts een kwestie van meer of minder, maar omdat de toenmalige vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie zich daartoe minder leenden. Burgemeesters en commissarissen

(1) VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 20 en 21.

van politie — sit venia verbis sequentibus — zijn nu eenmaal over het algemeen genomen niet diegene van wie men met vrucht eene oordeelkundige interpretatie van het civiel recht mag verwachten. Thans is echter die toestand veranderd. Na 1877 zijn ook voor dat ambt niet anders dan juristen benoembaar, die er met mij waarschijnlijk een eer in zouden zien den Kantonrechter te mogen voorlichten.

Naast deze zijn er tal van redenen, die voor het behoud der instelling pleiten. Zou men het geven van beschikkingen niet in eene bloote formaliteit willen doen ontaarden, dan behoude men de bemoeiingen van het Openbaar Ministerie. Immers wie zou beter de gewenschte inlichtingen kunnen inwinnen en wie is meer gerechtigd om over personen en toestanden een oordeel te vellen?

Reeds vroeger wees ik er op, hoe partijen den rechter naar dat standpunt voeren, hetwelk ieder hunner het schoonst toeschijnt.

Hoe geheel anders is echter het optreden van het Openbaar Ministerie. PARDESSUS (1) schetst dat optreden zoo kernachtig als volgt: „grave comme la puissance qu'il représente, l'Avocat-Général doit fixer les véritables circonstances de la cause, si souvent dénaturées et tronquées par les parties; mettre sous les yeux des juges l'analyse des moyens respectifs réduits à cequi appartient à la contestation; critiquer ou réfuter les principes faux ou hasardés, rechercher ou établir les véritables; proposer enfin les motifs qui lui paraissent les plus propres à déterminer le jugement".

Maar bovenal komt mij daarom het behoud der in-

---

(1) Discours sur les ouvrages du chancellier d'Aguessau, Paris, 1819, dl. I, bladz. XXV.

stelling noodzakelijk voor, omdat de Staat belang heeft bij eene goede justitie en als zoodanig zijn vertegenwoordiger naast den rechter behoort te zetelen. Voert men hiertegen aan, dat in het burgerlijk geding uitsluitend het belang van partijen op den voorgrond treedt, dat antwoord ik hierop onmiddelijk, dat het Staatsbelang toch in ieder geval om den hoek gluurt en dat daardoor reeds dat optreden is gerechtvaardigd.

Ik wil niet eindigen, zonder eerst aan MERLIN (1) het woord te hebben gegeven, waar deze het nut der instelling beschrijft. „Mais c'est dans l'administration de la justice, zegt deze, au milieu de laquelle le Ministère public est placé, qu'on remarque encore son influence salutaire.

Voyez d'abord, quelle majesté il donne aux discussions judiciaires, et quel service il rend à la justice au moment ou il va prononcer un décret.

Deux citoyens viennent d'épuiser, l'un contre l'autre, toute la sagacité de l'intérêt et tout le pouvoir des talens. Un troisième orateur se lève; recueillez-vous pour l'entendre, et écoutez-le sans défiance et avec respect; il n'a d'autre but que la vérité et la justice; il retrace, il apprécie tout ce qu'on vient de dire: ensuite il motive le jugement de sa conscience; et quelquefois apercevant le bien public au milieu de cette contestation particulière, il élève en sa faveur une voix prédominante, et la justice

(1) MERLIN, t. a. p. bladz. 238.

LAVIEILLE in de: revue critique de législation et de jurisprudence, 1858, dl. XIII, bladz. 345—349, geeft zijn oordeel als volgt: «en se pénétrant bien de l'esprit qui les a dictées, les diverses dispositions législatives, qui exigent les conclusions du ministère public, on veut relire tout cequi a été publié par les écrivains anciens et modernes sur cette grande et belle institution, sur son origine, sur ses avantages, sur ses bienfaits, on s'étonnera vraiment qu'on ait laissé *une cause* en dehors de cette puissante garantie, et qu'on l'en ait précisément déshéritée, comme pour la punir de ne point présenter assez d'intérêt.»

est sans cesse ramenée au principe qui consacre tous les droits particuliers, qui est de les régler d'après l'intérêt général."

Naast het optreden „par voie de réquisition" staat, wij zagen het reeds vroeger, dat „par voie d'action".

Onder de oudere Fransche wetgeving was de macht aan het Openbaar Ministerie toegekend in sommige opzichten grooter, in andere daarentegen weder kleiner dan thans het geval is. Langzamerhand is hierin echter verandering gekomen.

Zonder twijfel is het van den wetgever volkomen juist gezien, waar hij meende aan het optreden van het Openbaar Ministerie als hoofdpartij in het civiel geding bepaalde grenzen te moeten stellen. Het spreekt immers als van zelf, dat de inmenging van den Staat — en uit een zoodanig oogpunt toch moet de positie van het Openbaar Ministerie beschouwd worden — alleen dan gerechtvaardigd is, wanneer het publiek recht aangerand is of zal worden. Betreft het echter rechten van zuiver privaten aard, dan heeft de Staat als zoodanig geen recht om tusschenbeiden te komen.

Gaat men nu de verschillende gevallen na, waarin het Openbaar Ministerie als hoofdpartij in het proces kan optreden, dan moge wellicht dat optreden tegenover voogden en curators in sommige opzichten van uit het zooeven ingenomen standpunt minder te verdedigen zijn, in de andere gevallen daarentegen draagt het een beslist publieke kleur.

Treedt het Openbaar Ministerie als hoofdpartij op, dan geschiedt dit in of buiten eigenlijk geding, als eischer of als gedaagde.

Als eischer ageert het in de navolgende gevallen: (1)

(1) Zie VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 141.

a. nietig-verklaring van een huwelijk op de gronden aangewezen in de art. 141, 143—145 en 147 B. W.;

b. onder-curatele-stelling van razenden, wanneer de echtgenoot en bloedverwanten stilzitten en van krankzinnigen, indien die personen geen echtgenoot of bekende bloedverwanten in het Koninkrijk bezitten;

c. vervallen-verklaring eener vereeniging van hare rechtspersoonlijkheid.

Als gedaagde daarentegen ageert het, wanneer het krachtens het bepaalde in art. 120 B. W. een voorgenomen huwelijk heeft gestuit en de eischende partij die stuiting wil doen opheffen.

Men heeft ook willen beweren, dat de Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad of liever gezegd het Openbaar Ministerie bij dat college als gedaagde zou optreden in de persoonlijke rechtsvorderingen tegen den Koning aanhangig gemaakt. Leest men echter art. 6 W. v. B. R. goed, dan is voor eene dergelijke opvatting geen plaats. Dat artikel toch bepaalt, dat die gedingen zullen worden voortgezet *ten name* van de in art. 4 n°. 1 W. v. B. R. genoemde ambtenaren, m. a. w. de Koning zelf is en blijft de gedaagde in het proces, doch hij ageert *ten name* van een bij de wet aangewezen persoon i. c. den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad.

Dat deze laatste opvatting juist is, springt te meer in het oog, wanneer men de positie van het Openbaar Ministerie in deze bijzondere procedure nagaat. Zou men aannemen, dat het Openbaar Ministerie q.q. gedaagde was in dit proces, dan zou men buiten twijfel de logische gevolgtrekking moeten maken dat het, wanneer het eventueel zou moeten worden gehoord, conclusie zou moeten nemen geheel conform aan de conclusie van antwoord. Zoo ver durven echter de voorstanders dier leer niet te gaan en zij deinzen dus terug voor de meest

logische consequenties. Wel beweren zij, dat de Procureur-Generaal als gedaagde optreedt, doch erkennen tevens zijne bevoegdheid om „zelfs tegen den Koning te concluderen". (1)

Even onjuist is de leer, dat het Openbaar Ministerie als eischer in een burgerlijk geding optreedt, waar het van den burgerlijken rechter de toepassing van art. 38 Strafwetboek verlangt. Wel is waar wordt de in dat artikel bedoelde procedure door de wet aan den burgerlijken rechter opgedragen, doch deze is niet de burgerlijke rechter in den eigenlijken zin des woords. De wetgever wilde eenvoudig den strafrechter uitzonderen en koos daarom den burgerlijken rechter. Van dezen laatsten wordt echter zuivere toepassing der strafwet verlangd en van dat standpunt slechts mag het optreden van het Openbaar Ministerie worden beschouwd (2).

Buiten eigenlijk geding verlangt het Openbaar Ministerie van den rechter de toepassing der burgerlijke wet bij:

a. afzetting van voogden en curators;

b. benoeming van bewindvoerders ingeval van afwezigheid, erfstelling over de hand en onbeheerde nalatenschappen;

c. voorzieningen in het belang van een op openbaar gezag ingesteld zedelijk lichaam;

d. faillietverklaring om redenen van openbaar belang.

Andere gevallen waarin het Openbaar Ministerie als hoofdpartij zou kunnen optreden, kent de wet niet.

Wel is waar heeft men zoowel in Frankrijk als hier

---

(1) Zie DE PINTO, Burg. Regtsv., 1e druk, dl. II, 1e st., bladz. 395 vlg. OUDEMAN, Burg. Regtsv., 2e druk, dl. I, bladz. 396 vlg. Vergelijk echter VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 141.

(2) Zie Mr. J. B. D. TULLEKEN, Eenige opmerkingen naar aanleiding van de wet van 15 Januari 1886, Stbl. no. 7. Mr. A. J. J. VAN STYRUM in Tijdschr. v. Strafr., dl. II, bladz. 207 vlg.

te lande gemeend eene zekere elasticiteit aan de macht van het Openbaar Ministerie te moeten geven door zijn optreden ook in andere gevallen, waar het de openbare orde gold, te rechtvaardigen, doch zonder succes (1). Zoo teekent DEBACQ (2) b.v. aan: „les autres ont prétendu que le ministère public était le gardien de l'ordre public, et qu'il devait le faire respecter au civil comme au criminel, qu'il pouvait, pour employer l'expression technique, poursuivre l'exécution des lois civiles, comme il poursuivait l'exécution des lois pénales ou de police; en un mot, qu'il avait la voie d'action".

Ook mij wil het voorkomen, dat de rechter goed deed de niet op de wet steunende vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren. Had de wetgever het anders gewild, dan had hij eene algemeene bevoegdheid tot optreden „par voie d'action" aan het Openbaar Ministerie moeten toekennen en zich niet bepalen tot het aangeven van speciale gevallen. Zoo oordeelt ook DALLOZ (3). „En matière civile, zegt deze, le *ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi.* Mais il résulte de cette disposition que le ministère public n'est partie principale que dans les causes où le droit d'intervenir en cette qualité lui a été spécialement accordé par la loi. Il n'est point dérogé à cette règle par la deuxième disposition de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, portant „que le ministère public surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, et *poursuit d'office* cette *exécution* dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Dire qu'en cette matière il n'a pas besoin d'attribution spéciale, c'est supposer que le législateur a voulu détruire, dans

(1) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 142.
(2) DEBACQ, t. a. p. bladz. 2.
(3) DALLOZ, t. a. p. bladz. 25.

la seconde partie de l'art. 46, le principe qu'il a posé dans la première, tandis qu'il n'a voulu que le développer".

„Wanneer het Openbaar Ministerie als hoofdpartij werkzaam is, zal het de gewone wijze van regtsvordering volgen", zegt art. 323 W. v. B. R. Is het dus eischer, dan draagt het zijne conclusie van eisch voor, waarop de gedaagde van antwoord dient, de „enquêtes et descentes sur les lieux" woont het als iedere andere partij bij; kortom, de gewone procesregelen worden ook door en op het Openbaar Ministerie toegepast.

Toch zijn er verschilpunten. Waar de wetgever aan het Openbaar Ministerie het recht toekent zelfstandig op te treden, moet men noodwendig aannemen dat het, waar het als eischer ageert, zich *als zoodanig* zal behooren te poseren, evenals het als gedaagde *als zoodanig* zal moeten worden gedagvaard. De eisch toch gaat uit van en richt zich tegen het Openbaar Ministerie en niet van of tegen een met name te noemen persoon.

Evenzoo zullen de processtukken behooren te worden beteekend ten parkette en niet ten huize van een bijzonder lid van het Openbaar Ministerie. Ten parkette toch is de zetel van het Openbaar Ministerie, daar wordt het geacht rechtens te zijn. DALLOZ (1) is dezelfde meening toegedaan. „Les écritures, teekent hij aan, se font par mémoires communiqués dans les délais ordinaires; les exploits se donnent, par huissier en son nom, ou à sa personne au parquet".

Zal het ook procureur moeten stellen? Bij de Franschen bestaat geen verschil van gevoelen daaromtrent. Men oordeelt eenstemmig (2): „qu'il n'a pas besoin de l'assistance d'un avoué, du moins en général; c'est lui même qui

(1) DALLOZ, t. a. p. bladz. 25.

(2) DALLOZ, t. a. p. bladz. 25. MASSABIAU, t. a. p. bladz. 201. ORTHOLAN et LEDEAU, t. a. p. bladz. 82.

fait à son parquet tous les actes de la procedure".

Bij ons zijn doctrine en jurisprudentie verdeeld.

VAN BONEVAL FAURE (1), VAN MAANEN (2), en OUDEMAN (3) achten de procureurstelling overbodig; de PINTO (4) daarentegen verplichtend.

De redeneering waarvan de PINTO uitgaat, is de navolgende. De verplichting om procureur te stellen is algemeen voor alle partijen, art. 133, 135 W. v. B. R. niet minder algemeen en zonder eenige uitzondering spreekt art. 211, terwijl art. 323 W. v. B. R. uitdrukkelijk bepaalt, dat het Openbaar Ministerie de gewone wijze van rechtsvordering volgt. Daarbij komt nog, dat tot de zaken waarin het Openbaar Ministerie eveneens als hoofdpartij werkzaam is, ook behooren de rechtsgedingen, waarin het voor den Koning optreedt. Dit recht nu echter, om den Koning te vertegenwoordigen, heeft het gemeen met den gouverneur der provincie of zelfs met andere gemachtigden.

Dat nu de gouverneur en die gemachtigden niet anders kunnen verschijnen dan door een procureur, lijdt zeker niet den minsten twijfel, doch hieruit zou dan ook volgen, dat hetzelfde rechtens is voor het Openbaar Ministerie, want het kan zeker niet geoorloofd zijn, bij gebreke van eenige onderscheiding in de wet, daaromtrent eenig verschil aan te nemen; en moet nu het Openbaar Ministerie in ééne zaak procureur stellen, dan moet het dat ook in alle andere, alweder omdat de wet niet onderscheidt, en omdat alle onderscheiding buiten de wet ongeoorloofd is.

De oudere jurisprudentie, waarop ik door vriendelijke

---

(1) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 140.
(2) VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 65.
(3) OUDEMAN, t. a. p. bladz. 397 en 398.
(4) DE PINTO, t. a. p. bladz. 396 vlg.

hand werd gewezen, acht de procureurstelling, in tegenstelling van DE PINTO, overbodig. Zoo werd bij de Rechtbank te Alkmaar (1) b. v. eene verzetprocedure tegen een vonnis van faillietverklaring op requisitoir van het Openbaar Ministerie aanhangig gemaakt, waarin het Openbaar Ministerie zonder procureur als geopposeerde optrad, terwijl in hooger beroep de Procureur-Generaal te Amsterdam voor den Officier van Justitie occupeerde. (2) Zoo trad de Officier van Justitie te Rotterdam (3) zelfstandig en zonder procureur in eene stuitingsprocedure als gedaagde op.

Bedrieg ik mij niet, dan ageerde de Officier van Justitie te Middelburg op gelijke wijze in eene stuitingsprocedure, terwijl in hooger beroep en cassatie de Procureurs-Generaal bij het Hof en den Hoogen Raad de procedure verder zelfstandig ten hunnen name voortzetten.

In den laatsten tijd is hierin echter verandering gekomen. In October 1893 werd door de Haarlemsche Rechtbank (4) eene faillietverklaring uitgesproken op requisitoir van het Openbaar Ministerie. De faillietverklaarde kwam tegen dat vonnis in verzet en daagde het lid van het Openbaar Ministerie, dat de faillietverklaring had gevorderd bij name in rechten bij vooraf te stellen procureur. Aan die dagvaarding werd gehoor gegeven en procureur gesteld. (5) Tot in hoogste instantie werd dat

---

(1) Vonnis Rechtbank Alkmaar, 10 Febr. 1843. *W.* n°. 392.

(2) Arrest Hof N. H., 27 Februari 1843, *W.* n°. 392.

(3) Vonnis Rechtbank Rotterdam, 16 Januari 1871, Regtsgel. Bijblad 1871, bladz. 202.

(4) Zie Vonnis Rechtb. Haarlem, 21 Nov. 1893, *W.* n°. 6423, alsmede van 29 December 1893, *W.* n°. 6487.

(5) Dit voorbeeld werd gevolgd door den Officier van Justitie te Heerenveen. Zie Vonnis Rechtb. Heerenveen, 1 Juni 1894, *W.* n°. 6511.

systeem volgehouden, zonder dat van deze inderdaad belangrijke kwestie een incident werd gemaakt.

Ik wil er evenwel met nadruk op wijzen daarmede geenszins te willen zeggen, dat de Officier van Justitie bij de Haarlemsche Rechtbank de meening is toegedaan, die door de PINTO wordt gehuldigd. Integendeel ik heb alle reden hieraan te twijfelen. Wat toch was het geval? Tegen den faillietverklaarde, die zich in voorloopige hechtenis bevond, was tevens eene strafactie aanhangig gemaakt, die eerst dan voor beslissing vatbaar was, indien de faillissementstaat vaststond. Het Openbaar Ministerie had dus alle reden om zooveel mogelijk incidenten te vermijden, ten einde de hoofdzaak beslist te zien. Dit nu zal wel de voornaamste oorzaak zijn, waarom het kundig Haarlemsch parkethoofd de al- of niet verplichte procureurstelling niet tot een incident maakte en zich van een vertegenwoordiger voorzag.

Had hij kunnen vermoeden, dat zoovele andere incidenten de eindbeslissing bijna drie jaren zouden hebben verschoven wellicht, dat wij dan de kwestie principieel beslist hadden gezien. Ik wijs hier alleen op omdat, indien mijn vermoeden juist is, daarmede tevens gezegd kan worden, dat onze jurisprudentie geenszins op dat punt is gevestigd. Maar bovendien: „een droppel geeft nog geen regen." „Één uitspraak maakt nog geen jurisprudentie".

Ik zou het inderdaad van harte wenschen, omdat er m. i. geen enkele redelijke grond te noemen is, waarop de verplichte procureurstelling voor het Openbaar Ministerie zou moeten steunen. Men beroept zich op den regel neergelegd in art. 323 W. v. B. R., dat het Openbaar Ministerie de gewone wijze van rechtsvordering volgt. Ik geef dadelijk toe, dat die regel algemeen is; maar moet hij dan ook gelden voor de uitzonderingen,

die de wet zelf maakt? Ik betwijfel het. De wet belast het Openbaar Ministerie met het voeren van een geding en daartoe is het aangesteld bij het college waarbij het werkzaam is. Welnu, brengt dit dan als van zelf niet mede, dat het niet door een procureur vertegenwoordigd wordt en wordt daarmede dan niet stilzwijgend eene uitzondering gemaakt op den algemeenen regel? Daarbij komt nog dit. Waarom is de procureurstelling verplichtend? Eenvoudig omdat de litigeerende partijen niet voldoende met het formeel recht bekend zijn. Ook dit is niet op het Openbaar Ministerie van toepassing. Even goed als de procureur is het Openbaar Ministerie met de procesregelen bekend.

Weinig krachtiger schijnt mij DE PINTO's redeneering, waar hij zich beroept op art. 6 W. v. B. R. Aangenomen dat het waar is, dat de Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad procureurstellen moet, wanneer de Koning ten zijnen name procedeert, volgt dan daaruit reeds, dat de procureurstelling voor het Openbaar Ministerie in zijn geheel bindend is?

Ik moet die vraag ontkennend beantwoorden.

Ik wees er reeds vroeger op, hoe feitelijk de Koning zelf gedaagde blijft, doch alleen het proces voert ten name van den Procureur-Generaal. Maar bovendien, waarom wordt dat proces te diens name gevoerd? Omdat hij de hoogste vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie is? Geenszins; zijn optreden als gedaagde heeft met het Openbaar Ministerie als zoodanig niets te maken. Hij ageert alleen, omdat de wet hem daartoe aanwijst. Even goed echter had aan een ander, zooals dat b.v. bij zakelijke rechtsvorderingen geschiedde, die bevoegdheid kunnen worden verleend.

Mijn geheele rechtsgevoel komt tegen de door DE PINTO gehuldigde leer in opstand. Ik voel als het ware bij

intuïtie, dat er iets onnatuurlijks in ligt. Stel u voor het Openbaar Ministerie zetelend naast den rechter als partij in het geding. Zwijgend terwijl *zijn* procureur de conclusie voordraagt.

Overmande wellicht eene dergelijke rilling het Haarlemsch parkethoofd, toen hij in het zooeven aangehaald proces de zich vrijwillig opgelegde stilzwijgende rol vergat en een oogenblik zijn passieve houding liet varen door zelfstandig op te treden?

Let men op de consequentie, dan wordt het systeem der verplichte procureurstelling nog minder houdbaar.

Aanschouw slechts de extrajudicieele handelingen. Eene uitdrukkelijke wetsbepaling voorschrijvende het verplichte ministerie van den procureur ontbreekt. Toch veronderstelt art. 873 W. v. B. R. de noodzakelijkheid zijner tusschenkomst en blijft de praktijk die noodzakelijkheid handhaven (1). En nu denke men zich het Openbaar Ministerie postuleerend door middel van een procureur. Zou er eenig college zijn, dat de noodzakelijkheid daarvan zou durven uitspreken? Zou er eenig Openbaar Ministerie zijn, dat er aan zou denken zich van dien rechtsbijstand te bedienen? En toch zou het dit moeten doen, indien het DE PINTO's leer consequent wilde toepassen.

Aanvaardt men de verplichte procureurstelling, dan erkent men tevens het individueel lid van het Openbaar Ministerie als zelfstandige partij en niet het Openbaar Ministerie als zoodanig en dan gebiedt de noodzakelijkheid, dat in hooger beroep niet de Procureur-Generaal, doch het individueele lid van het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank partij is en dat dus van deze laatste de dagvaarding moet uitgaan of als gedaagde zal behooren

(1) VAN BONEVAL FAURE, t. a. p. bladz. 159.

te worden opgeroepen. Wat is hiervan het gevolg? Dat gebroken wordt met de zoo terecht algemeen aangenomen „indivisibilité de corps", m. a. w. dat het Openbaar Ministerie zich niet meer als eenheid laat denken, maar als bestaande uit brokstukken op zichzelf zonder band, zonder voeling, zonder hoofd.

Let op de strafwet. Art. 237 W. v. Sv. bevat den grondslag voor de algemeen aangenomen eenheid van het Openbaar Ministerie. Bij appel van zaken aan 's Kantonrechters oordeel onderworpen, wordt het geding door en tegen het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank voortgezet. Bij hooger beroep van misdrijven treedt de Procureur-Generaal op. Welnu, wat in strafzaken regel is, moet propter paritatem rationis in civilibus gelden. Ook daar steunt de vordering op het algemeen belang en heeft niets uitstaande met de bijzondere belangen van het individueel optredend lid.

Maar bovendien, neem een oogenblik het tegendeel aan. Stel u voor het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank, het zij als appellant, het zij als geappelleerde in civilibus optredend. Twee machten dus voor het Hof, die hetzelfde beoogen. Waar zou bij het bepleiten der zaak de plaats van den Officier van Justitie zijn? Naast den Procureur-Generaal? Dat kan niet. De wet kent slechts bij de Hoven den Procureur-Generaal. Op de plaats der advocaten dan? Welke kleeding zou de Officier van Justitie moeten dragen? Zijn ambtsgewaad wellicht? Ook dat is onmogelijk. Bij de Hoven kent men slechts de voor die colleges voorgeschreven kleedij. Hoe zou hij het woord moeten voeren? Met gedekten hoofde? Ondoenlijk, hij mist immers bij het Hof zijn persona standi in judicio.

Men ziet het; aanvaardt men DE PINTO's leer, dan aanvaardt men daarmede tevens de bovengeschetste niet houdbare consequenties.

De Haarlemsche Officier van Justitie verzuimde niet het Hof op zijne moeielijke positie opmerkzaam te maken. Toch nam het de juistheid der uitgebrachte dagvaarding aan en accepteerde daardoor DE PINTO's leer.

„O., zegt het Hof, (1) in rechte:

1°. ten aanzien der voorgestelde niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep:

dat de geïnt. q.q. de door hem voorgestelde exceptie daarop grondt, dat hij als officier van justitie bij de Arrond.-Rechtbank te Haarlem het faillissement van app. geprovoceerd hebbende, in die qualiteit voor die Rechtbank tot behandeling van het verzet des appellants tegen het vonnis van faillietverklaring door de wet verplicht was, doch dat in hooger beroep bij het Hof de proc.-gen. had behooren te zijn gedagvaard, daar tegen dezen als bevoegd ambtenaar van het Openb. Min. bij dat college, het hooger beroep behoort te worden behandeld;

O., daaromtrent, dat al wat de geïnt. in zijne memorie aanvoert betreffende de *eenheid en ondeelbaarheid* van het Open. Min., waarvan de juistheid op het gebied van strafzaken niet is te betwisten, afstuit op het voorschrift in *civiele zaken* in art. 323 B. R. dat het Openb. Min., als *hoofdpartij* werkzaam, de *gewone wijze* van rechtsvordering volgt, dat volgens de wijze van procedeeren in hooger beroep *dezelfde* partijen die in eerste instantie met elkander in lite zijn geweest; en dat *in casu* art. 791, 5e lid W. v. K., bepalende, dat het recht van hooger beroep, evenals dat van verzet, wordt vervolgd tegen hen op welker *verzoek* of *vordering* het vonnis van faillietverklaring is verleend, duidelijk den geïnt. aanwijst als dengeen tegen wien het appel moet worden behandeld".

Het zij mij vergund met het Hof s. r. van meening

(1) Arr. Hof Amsterdam, 27 September 1895, *W.* n°. 6724.

te verschillen. Ik geef toe, dat de Haarlemsche Officier van Justitie in theorie minder juist handelde door in te gaan op eene tegen hem bij name uitgebrachte dagvaarding en dat er voor 's Hofs meening veel te zeggen valt, waar die ambtenaar procureur stelde en dus zich als het ware individualiseerde. Maar was er daarom reden de gewaagde stelling uit te spreken, zooals het Hof doet, dat ook in hooger beroep de Officier van Justitie ageert? Ik geloof van neen.

Wie toch zijn de litigeerende partijen in eerste instantie? Niet de opposant tegen den individueelen vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie, maar de opposant tegen de instelling zelf. En wat doet nu het Hof? Het beweert, dat art. 791, 5e lid W. v. K. „duidelijk den geïnt. aanwijst als dengeen tegen wien het appel moet worden behandeld", m. a. w. het beschouwt het in eerste instantie opgetreden lid van het Openbaar Ministerie als individu en niet als behoorende tot het geheel.

Maar dat individu is niet het Openbaar Ministerie, het is er slechts de vertegenwoordiger van bij de Rechtbank evenals de Procureur-Generaal dat is bij het Hof en den Hoogen Raad.

Ik verkeer in goed gezelschap. Niemand minder dan de Procureur-Generaal (1) bij den Hoogen Raad sluit zich bij die opvatting aan. Het spijt mij alleen, dat de Hooge Raad de kwestie niet heeft behandeld. „Het wil mij voorkomen, zegt de Procureur-Generaal, dat de eenheid en ondeelbaarheid van het Openb. Min., ook voor wat betreft civiele zaken, al is zij niet met dezelfde woorden in de wet uitgesproken, toch in art. 3 R. O. is erkend,

---

(1) Conclusie voorafgegaan aan arr. H. R., 24 April 1896, *W.* no. 6807.

als zijnde daarbij voor alle zaken en niet voor strafzaken alleen slechts sprake van één Openb. Min., welks uitoefening aan onderscheidene ambtenaren is opgedragen, zoodat, wie ook de ambtenaar zij, die het uitoefent, altijd hetzelfde Openb. Min. handelend optreedt". En verder. „Daarom geloof ik ook niet, dat het Openb. Min., als hoofdpartij procedeerende, zich van een procureur moet bedienen, nademaal de reden, die voor de verplichte vertegenwoordiging bij den rechter voor gewone partijen bestaat, zich niet doet gelden, waar het Openb. Min. procedeert".

Ik geloof hiermede voldoende te hebben aangetoond, dat de procureurstelling voor het Openbaar Ministerie allerminst noodig is. Voordat ik tot het derde te behandelen punt overga, nog eene enkele opmerking.

De door mij verdedigde leer vordert m. i. dat, wanneer de Officier van Justitie als hoofdpartij is opgetreden, de Procureur-Generaal kan gelasten van het gewezen vonnis in hooger beroep te komen of van eventueel aangeteekend hooger beroep te desisteeren. VAN MAANEN (1) deinst hiervoor terug. „Alleen in strafzaken, zegt hij, heeft hij die exceptioneele bevoegdheid". Ik betwijfel het. Denkt men zich het Openbaar Ministerie als éénheid, dan vordert eene goede hierarchie, dat de bevelen der hoogere ambtenaren door de lagere worden opgevolgd. Liever dan met VAN MAANEN, vereenig ik mij dan ook met MASSABIAU (2), waar hij zegt: „du reste, l'appel n'est ouvert qu'à celui qui a été partie au jugement. Toutefois, dans les matières où le ministère public a une voie d'action comme partie principale, l'appel d'un jugement de première instance peut être valablement

(1) VAN MAANEN, t. a. p. bladz. 68.
(2) MASSABIAU, t. a. p. bladz. 256.

rélevé par le Procureur-Général du ressort, à cause de l'indivisibilité des membres du parquet, dont nous avons parlé."

Kan nu ook het Openbaar Ministerie in de kosten worden veroordeeld of tot vergoeding van kosten, schade en interessen? Wat het eerste betreft, komt het mij voor, dat de Staat daarin zal moeten verwezen. Het Openbaar Ministerie immers treedt als zijn orgaan op en bovendien waar zou het de middelen moeten vinden om die kosten te voldoen? De vordering tot vergoeding van kosten, schade en interessen ingesteld tegen het Openbaar Ministerie qualificeerde, de Officier van Justitie bij de Rechtbank te Alkmaar (1) als „eene juridieke onmogelijkheid, onbestaanbaar met de tegenwoordige regterlijke instellingen en aandruischende tegen het begrip van het O. M." DEBACQ (2) zegt: „cette règle n'est point applicable au ministère public, qui ne peut jamais être condamné aux dépens, non plus qu'à des dommages intérêts, si la demande par lui formée vient à être rejetée".

Ook mij komt die meening juist voor, het privaat belang toch moet wijken voor het algemeen belang. Maar zou er in jure constituendo niet iets voor te zeggen zijn om, wanneer de vordering werd afgewezen eene geldelijke vergoeding van staatswege aan den gelaedeerde toe te kennen?

De derde en laatste bevoegdheid van het Openbaar Ministerie was het toezicht op eene behoorlijke toepassing der wet.

Ook deze bevoegdheid is van ouden oorsprong.

„A leurs yeux, vermeldt DEBACQ (3) sprekende over het

(1) Vonnis Rechtb. Alkmaar, 10 Februari 1843, *W.* n°. 392.

(2) DEBACQ, t. a. p. bladz. 147 en 148. Zie echter KIST, Handelsregt, dl. VI, bladz. 67.

(3) DEBACQ, t. a. p. bladz. 38.

„ancien droit", il devait appartenir au ministère public, après avoir réclamé devant le tribunal la pleine exécution de la loi, de faire réformer les interprétations fausses, les décisions non juridiques, quand les parties, par ignorance, faiblesses ou collusions, les acceptaient en silence et sans réclamer."

Bij ons berust die bevoegdheid op de art. 96 en 98 R. O.

De Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad zal zich in cassatie kunnen voorzien „in het belang der wet", zonder dat het te wijzen arrest aan partijen eenig nadeel zal kunnen berokkenen.

Het doel dezer bepaling is natuurlijk bevordering van éénheid in de rechtspraak.

Van Maanen (1) noemt den Procureur-Generaal ook in dat geding „hoofdpartij." Die uitdrukking is m. i. onjuist. Het begrip hoofdpartij onderstelt een tegenpartij en deze is bij dit cassatieproces uitgesloten.

Ten einde den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad in de mogelijkheid te stellen kennis te nemen van die vonnissen en arresten, welke voor cassatie in het belang der wet in aanmerking zouden kunnen komen, legt art. 82 van het reglement n°. 1 aan het Openbaar Ministerie bij Hof en Rechtbank de verplichting op, hem te doen toekomen eenvoudige afschriften van de naar hun oordeel met de wet in strijd zijnde uitspraken.

Ik ben hiermede aan het eind van mijn betoog gekomen. Mocht het mij gelukt zijn het nut van het Openbaar Ministerie ook in het burgerlijk geding in een helder daglicht te hebben gesteld, dan heb ik reeds hierdoor alleen de grootste voldoening gesmaakt.

Haarlem, Februari 1897.

---

(1) van Maanen, t. a. p. bladz. 67.

Retentie, ook Preferentie?

Onder vigeur van het oude faillitenrecht was het eene bekende twistvraag, of de staat van faillissement van den debiteur een eind maakte aan het recht van terughouding, dat de een of andere crediteur op eene, aan dezen schuldenaar toebehoorende zaak mocht uitoefenen, dan wel dit recht ongeschonden liet. En m. i. waren de argumenten, door de voorstanders van de eene, als van de andere meening vooropgezet zeer gewichtig en even zwaar, naar waarheid eene eigenaardigheid, die zich niet dikwijls voordoet, als men de bewijsgronden *voor* en *tegen* eene vraag nauwkeurig tegen elkaar weegt. Allicht trekt de kalme lezer en herlezer zonder nog de gronden van A geheel weg te cijferen, vaak ondanks zichzelven, partij *voor* die van B, die hij iets sterker acht; of *tegen* die van C, die nu als argument voor zijne opinie sterk in 't licht plaatst, wat hij bij een ander als een niets waardigen bewijsgrond hekelde, of die, om toch vooral zijne leer, die hem om redenen van billijkheid en utiliteit de beste toeschijnt, ingang te doen vinden, goochelt met redeneeringen a contrario en per analogiam, welker gebruik hij bij een ander streng veroordeelt en zou verwerpen, als iemand ze aanvoerde tegen argumenten *voor* een ander leerstuk, dat hij, C, een paar honderd pagina's verder behandelt.

Bij 't nagaan dan van meeningen *voor* en *tegen* onze vraag, wogen, ik zeide het reeds, m. i. de voor- en tegenstanders vrijwel even zwaar.

Het retentierecht wordt in onze wetgeving nergens afzonderlijk behandeld. Het is geen zakelijk recht, want heerschappij over de geretineerde zaak bestaat niet, daar de retentor, anders dan de pandhouder, de zaak niet mag verkoopen om zichzelf — laat staan boven anderen — te voldoen, hij haar niet mag gebruiken, noch terugvorderen. Het is dus geheel een recht sui generis, in favorem creditoris in bepaalde gevallen toegekend, te vergelijken met een voorschrift van den Romeinschen praetor, verzachtend de strenge wettelijke rechtsregels — in dit geval: van pand, dat naast retentie preferentie geeft. Men is 't er over 't algemeen over eens, dat dit recht van preferentie niet aan 't terughoudingsrecht verknocht is (1), zooals wel 't geval was in 't oud-Fransche en oud-Hollandsche recht, bij POTHIER en sommige oud-Hollandsche schrijvers, in 't Wetb. Nap. voor Holland en 't ontw. 1820; en gelijk blijkt uit de artt. 1185 2°. j^is^ 1193 en 1652 B. W.; 80—83 en 85 W. v. K. j^is^ 1849 B. W.; 533 W. v. K., waar afzonderlijk van elkaar het recht van retentie en recht van preferentie worden toegekend; en uit de artt. 1177—1179 B. W. leerende, dat eens debiteurs goederen gelijkelijk voor zijne schulden borg zijn, dat geen schuldeischer boven zijn mede-crediteur mag voldaan worden, dan wanneer hij een daartoe in 't bijzonder strekkend en door de wet uitdrukkelijk opgenoemd, recht heeft, hem met uitsluiting van anderen toegekend.

Hij, die dezen bijzonderen aard van het retentierecht goed voor den geest had, moest ongetwijfeld onder het oude faillitenrecht in hevige botsing komen met zijn rechtsgevoel, als hij zich afvroeg, wat plaats moest grijpen, zoo de schuldenaar van een retentierecht uit-

(1) OPZOOMER dl. IV pag. 525, noot.

oefenenden crediteur in staat van faillissement geraakte.

Was hij van oordeel, dat het recht van terughouding moest vervallen (1) dan kon hij zich tegemoet gevoerd zien de bedenking, dat, waar ook de wet een recht van retentie toekent, zij nergens onderscheid maakt tusschen een *al* of *niet* gefailleerden debiteur en dat, al wordt het te niet gaan van het recht niet afzonderlijk behandeld, de wetenschap *wel* wijzen van te niet gaan mag aannemen, die uit algemeene rechtsregelen spruiten en uit den aard zelven van het recht, als bv. te niet gaan der zaak, waarop het recht wordt uitgeoefend; te niet gaan van de betreffende vordering; geraken der zaak uit des retentors handen, maar niet deze, waarbij vooral het recht zich in zijne volle kracht vertoont.

Toch kan dit gevoelen op goede en gewichtige gronden verdedigd worden. De uitlegger, die zou denken dat het retentierecht bij faillissement blijft bestaan, (2) zou immers in conflict komen met het contrarium van de artt. 854 en 858 W. v K., die zeggen, dat de pand- en hypotheekhouder hun recht zelfstandig, alsof er geen faillissement ware, kunnen uitoefenen; (3) of met de artikelen, die vereffening en boedelbeschrijving aan den curator opleggen; en vooral met den, in deze materie hoogsten rechtsregel, dat geen crediteur boven den anderen voldaan mag worden dan alleen hij, die een der wettelijke rechten van art. 1179 B. W. bezit, als de curator om de geretineerde zaak in handen te krijgen den crediteur — en natuurlijk, als een gevolg van de zoogen. ondeelbaarheid, die ook eene eigenschap van dit recht is, *geheel* — betaalt. Het tegen

---

(1) Gelijk HOLTIUS Ned. Faillietenrecht, 2de dr. pag. 446, noot. — en DEN TEX en VAN HALL in Ned. Jaarboeken voor Rechtgeleerdh. en Wetg. dl. VI, pag. 580.

(2) DIEPHUIS VII, pag. 684 v.; HINGST magazijn van Hand. r. dl. II, pag. 42.

(3) C. D. ASSER c. s. Aant. op W. v. K. ad art. 854.

dit laatste argument ingebrachte beweren, als zou hier geene bevoordeeling bestaan, daar de boedel voor het bedrag van de waarde der zaak wordt verrijkt, legt m. i. geen gewicht in de schaal, omdat de zaak eigendom des boedels is en blijft, en het den crediteur bovendien om de zaak, die hij niet eens verkoopen mag, toch niet is te doen.

Ook al wordt de zaak niet teruggegeven, daar de vordering niet voldaan is, hare waarde prijkt als post op de activa. Hoogstens is 't gevolg dus, dat de afwikkeling van het faillissement beter kan plaats hebben. De bedoelde bevoordeeling springt nog meer in 't oog, als men in aanmerking neemt, dat zelfs het hoogste privilege van art. 1195 1°. B. W. den retentor niet hindert. (1)

Men staat dus voor dit dilemma: Voldoet de curator den retentor dan behoort deze laatste tot de hoogst bevoordeelde, voldoet hij hem niet dan behoort hij tot de meest benadeelde crediteuren, 't geen beide met de wet strijdt. Ook komt in dit laatste geval eene leelijke spaak in het wiel, volgens welke het faillissement moet worden afgewikkeld. Voldoet hij hem eindelijk als gewoon concurrent crediteur, dan blijft het recht van retentie — behalve in geval van akkoord — bestaan, wat eene niet gerechtvaardigde uitbreiding is van de uitzonderingsgevallen der artt. 854 en 858 W. v. K.

Ziethier nu eene vraag, waarvan het *pro* tegen 't *contra* opweegt. Stem ik *voor* 't behoud van het recht in geval van faillissement, dan heb ik de wet tegen mij; stem ik *tegen*, dan heb ik eveneens de wet tegen mij.

Het is dan ook niet te verwonderen geweest, dat de nieuwe faillissementswet naast de vele veranderingen en

---

(1) C. Asser, Handl. tot het Ned. B. R. dl. II, 2de druk, pag. 406, waar kortelijks onze questie wordt gemoveerd.

verbeteringen een art. 60 opnam, dat aan deze questie een groot deel van haar belang heeft ontnomen. Het recht van terughouding blijft nu, ondanks faillissement van den schuldenaar bestaan. Doch waar zij aan den eenen kant een *feitelijken* voorrang schept door de gevolgen van art. 60, snijdt zij aan den anderen kant de mogelijkheid af, om van *wettelijken* voorrang te spreken. Art. 143 toch sluit niet den retentor uit van het stemmen over het akkoord, zoodat het naar art. 157 ook voor hem verbindend is. Wat de wet dus in art. 60 facto teweeg brengt, heft zij in art. 157 weer op: alleen pand- en hypotheekhouders en zij, die geprivilegieerd zijn, worden niet gebonden door de akkoordpercenten en houden hun volle vorderingsrecht.

De feitelijke preferentie als gevolg van art. 60 valt nog meer in het oog als men leest art. 196, dat zegt, dat, als na insolventie vereffening heeft plaats gehad, de in de verificatievergadering deugdelijk erkende vordering kracht van gewijsde heeft tegenover den schuldenaar. Het proces-verbaal der verificatie-vergadering levert daarvoor den voor tenuitvoerlegging vatbaren titel. Daar naar art. 195 de schuldeischers, evenals onder het oude recht, hun recht van vordering herkrijgen (art. 33) voor wat na de insolventie onvoldaan is gebleven, hebben zoo de crediteuren, beter dan vroeger, waar weer vonnis moest worden verkregen, een zeer gemakkelijk middel in de hand den debiteur aan te spreken, telkens als hij weer in staat is, iets van zijne oude schuld af te doen (1).

Van belang, zei ik, is deze betere en meer billijke regeling voor de werking van art. 60. Want er zijn buiten het geval van akkoord — als wanneer deze wet

(1) Aant. van Mr. J. D. VEEGENS op de faillissementswet pag. 169 en 82.

den retentor als concurrent aanmerkt, — twee gevallen mogelijk:

1°. de curator voldoet hem geheel, zoodat zijn recht vervalt en de zaak in den boedel terugkeert, of

2°. de curator voldoet hem als de andere concurrenten, in welk geval hij voor het resteerende der vordering zijn recht van terughouding behoudt.

Wat de eerste casus positie betreft, is een feitelijk gevolg van het retentierecht, preferentie, en wel allerhoogste preferentie boven hypotheek, pand, privilege op de hierboven aangevoerde gronden.

In het tweede geval is ook *facto* voorrang aanwezig, zoodat het recht op dat van pand begint te gelijken en wel als gevolg van het zooeven besproken art. 196. Daar immers het proces-verbaal met de deugdelijk geverifieerde vordering een executorialen titel oplevert, kan de retentor onmiddelijk na het verbindend worden der slotuitdeelingslijst overgaan tot het executeeren der zaak, die hij zelf in handen heeft. Iets dergelijks merkte ook de Min. van Justitie tijdens de behandeling in de Tweede Kamer op. Ook hier neemt de retentor eene gunstiger plaats in dan de andere preferenten, wien het kan gebeuren, dat zij op geheele voldoening moeten wachten tot de debiteur weer eenig vermogen heeft gekregen. De retentor, die nooit behoeft te wachten kan zich echter dadelijk betaling verschaffen, terwijl er voor hem in den regel geen vrees behoeft te bestaan, dat de waarde van de teruggehouden zaak zijne vordering niet zal dekken.

Mr. M. Goslings.

Le Droit commercial en Roumanie

X

On a soulevé la question de savoir, si la Roumanie n'avait pas mis trop d'empressement à aborder la révision de son Code de commerce. Celui-ci n'entra en vigueur que le 13 septembre 1887, et déjà le 2 juillet 1895 le Moniteur Officiel du Royaume publia la nouvelle loi sur la faillite, c'est à dire la revision du 3me et 4me livre du Code. Conformément à l'avis de jurisconsultes étrangers, la prudence aurait dû conseiller un retard de quelques années; car les roumains auraient pu essayer d'appliquer la loi suivant les besoins de l'époque et du pays; ils auraient eu l'occasion d'éliminer les abus auxquels elle donnait lieu, de l'interpréter de façon à sauvegarder les sains principes du droit.

Ayant eu l'heureuse idée de suivre de près le Code de commerce d'Italie, le meilleur des codes qui existent, les roumains étaient à même de s'inspirer de l'excellente jurisprudence italienne, et d'obtenir de leur Code commercial, moyennant une intelligente interprétation, de grands services.

On ne réussira guère à faire des lois qui répondent à toutes les situations et à tous les désirs, pour la bonne raison, que jamais les chevaliers d'industrie ne feront défaut, qui s'évertueront d'éluder les préceptes les plus clairs et les plus raisonnables. Le sophisme, mis au service de la passion et de l'intérêt, arrive à obscurcir

le texte le plus évident, à méconnaître l'intention du législateur. D'ailleurs la société humaine vit dans une fermentation continuelle, marquée par une série non interrompue d'évolutions et de révolutions. Or il serait difficile de changer les lois du jour au jour pour les mettre en harmonie avec les exigences, que certains esprits prétendent exister. En principe la loi doit être immuable, que l'on ne substitue au précepte particulier que pour obtenir l'uniformité et la stabilité, et par conséquent un ordre plus parfait dans la direction sociale. Cependant, comme elle est destinée à pourvoir au bien public, selon l'exigence des circonstances particulières à chaque société, lorsque ces circonstances ont subi des changements considérables, la loi ne peut plus obtenir sa fin sans être modifiée comme la nécessité le demande. En conséquence la loi doit contenir en premier lieu les principes immuables du droit, en laissant aux juges la faculté de les appliquer aux cas qui se présentent: c'est le *ius in causa positum* avec ses nombreuses variations.

Constatons un fait manifeste: en général les citoyens ont le tort d'attendre tout des lois, ils considèrent le code, le défenseur de leurs intérêts, comme un asyle inviolable, comme le remède à toutes leurs misères, comme leur planche de salut. Aussi s'indignent-ils contre le législateur dès qu'ils se trouvent dans une position difficile, ou dans des embarras provenant de leurs propres fautes; ils lui reprochent alors de manquer de moyens efficaces pour remédier à leur étourderie et les protéger contre les cas fortuits, la force majeure et les fourberies mises en oeuvre par les aventuriers.

Tandis qu'on jette ainsi la faute sur la loi, on oublie que très souvent les clients seuls sont responsables de leurs pertes, puisque par leur sotte conduite ils se met-

tent dans l'impossibilité d'écarter les obstacles et d'atteindre le but aux cas, où ils auraient pu réussir. *Iura scripta sunt vigilantibus.* La loi profite à ceux qui, au temps voulu, savent s'en servir. Par contre, elle est une lettre morte pour les imbéciles qui laissent échapper l'occasion de l'utiliser. Il faut à la loi l'esprit qui vivifie. Malheureusement cet esprit, fruit de pénétration naturelle et d'études scientifiques, ne court pas les rues, on le rencontre rarement tant chez les citoyens ordinaires, que chez les gens dont l'éducation devrait donner une garantie de sa présence.

Concluons que la loi n'est pas, comme la boîte de Pandore, la source de tous les maux, ni une panacée, destinée à redresser tous les griefs. Ce qui importe, en fait de lois, c'est de ne pas fermer les yeux sur leurs véritables défauts, qui ne laissent pas de prendre racine bien vite, et de prouver une vitalité surprenante. Voilà pourquoi il convient de mettre immédiatement la main à l'œuvre et d'extirper par des moyens appropriés le défaut, qu'on vient de constater.

On comprend maintenant qu'on aurait tort de dire aux roumains: „Vous avez été trop pressés avec la révision, car votre Code était à peine promulgué et en vigueur". Mais on a le droit de leur faire observer: „En fait de législation vous marchez plus vite que les autres nations. Nous serons charmés d'en connaître les causes."

M. Démètre G. Maxim nous donne des renseignements précieux à ce sujet dans son ouvrage: „*Causele inmultirei Falimentelor in România: Les causes de l'augmentation des faillites en Roumanie.*"

Cet auteur consciencieux et compétent nous révèle des choses bien étonnantes au sujet des peuples de l'occident, qui expliquent les mesures rigoureuses proposées par les Chambres de commerce en matière de

faillite. Celle de Bucarest voulut faire déclarer la faillite sur la demande des créanciers à la première procédure. Aussitôt la faillite déclarée, le débiteur devait être arrêté. Le négociant, dont l'inventaire constate la perte de son patrimoine et de 25 % des marchandises livrées et non payées, est tenu de se faire déclarer en faillite. Au cas où il n'accomplit pas ce devoir dans un mois après la confection de l'inventaire, il sera déclaré banqueroutier frauduleux.

On pourrait citer encore d'autres propositions tout aussi sévères, que beaucoup de publicistes jugeaient néanmoins trop douces pour arriver à supprimer efficacement les abus. On désirait en outre que le tribunal déclarât d'office la faillite du commerçant qui, d'après le régistre des protêts, avait manqué sans motifs plausibles, d'honorer trois lettres de change. Au cas que le commerçant prouve que ces lettres de change furent payées après le protêt, et que sa situation financière a gagné beaucoup depuis ce temps, la déclaration de faillite ne sera pas prononcée.

Si cependant la faillite est prononcée dans un an, le failli pourra être condamné à un emprisonnement de 3 à 12 mois.

Quiconque considère que des gens sérieux, compétents, dévoués au pays conseillent au législateur de prendre des mesures pareilles, est amené à concevoir des appréhensions fondées sur le commerce roumain; pour justifier ces dispositions rigoureuses, il faut admettre qu'en général il est livré à des mains malhonnêtes, et exposé aux coups des fripons et des filous. S'il en est ainsi, on comprend parfaitement pourquoi le pays s'est empressé d'entreprendre la révision de la loi commerciale.

Il semble que les syndics n'avaient pas l'habitude de remplir leurs fonctions avec les soins voulus. Bien des

jurisconsultes se croyaient trop haut placés pour s'occuper avec l'exactitude requise des détails de la faillite, en conséquence ils confiaient la besogne à leur secrétaire.

Il en résulta des plaintes, de sorte qu'on finit par demander des syndics, choisis dans la corporation des marchands. Seulement ici on se heurta à une nouvelle difficulté; celle de trouver des marchands offrant les garanties nécessaires, possédant l'expérience suffisante dans la tenue des livres, la connaissance des différentes branches du commerce, etc. etc. On fut obligé de finir par où on eut dû commencer : par demander des experts assermentés pour l'examen des livres de commerce.

A Bucarest il était d'usage que le tribunal choisit les syndics parmi les membres du barreau sans tenir exactement compte des articles 728 et 729 du Code de commerce, qui autorisent les chambres importantes de commerce de dresser une liste de personnes les plus capables d'exercer la charge de syndic, et enjoignent au tribunal de choisir parmi elles le syndic, à moins qu'il ne juge à propos, par une décision motivée, d'appeler à cette fonction une autre personne. Il est facile de démontrer qu'il convient, lorsque la chose est possible, de confier cette fonction délicate aux avocats.

On oublie trop souvent que la faillite crée une situation juridique qui demande qu'on fasse toucher, autant que possible, à tous les créanciers le montant de leurs créances, qu'on rende justice à tous conformément aux principes d'équité énoncés par la loi. *Par debet esse omnium creditorum conditio.* Il est donc évident, que, pour résoudre ces questions de droit et juger en connaissance de cause, il faut connaître la loi à fond, il faut être jurisconsulte; dans les cas exceptionnels, où le haut commerce est intéressé, on pourrait utilement lui adjoindre un négociant au courant des affaires en litige.

Si les plaintes au sujet des marchands fripons sont fondées, comme il semble être le cas en Roumanie, on comprend que des hommes compétents demandent au législateur des mesures capables d'enrayer le mal. Loin de les accuser de légèreté et d'un zèle importun, il faut les louer de prendre à coeur la prospérité du pays, et de protéger le commerce contre les agissements de la fraude.

Tel est aussi l'avis de M. Maxim qui divise son livre en quatre parties. 1° Il compare les dispositions de l'ancien et du nouveau Code de commerce, concernant les administrateurs de la masse du failli, avec celles des autres pays. 2° il étudie les jugements qu'on porte sur les fonctions et actes du syndic sous la nouvelle loi, et les observations auxquelles ils ont donné lieu. 3°. Il énumère les différentes causes du nombre toujours croissant des faillites. 4°. Il signale la route à suivre pour écarter les obstacles, que rencontre l'administration du patrimoine.

Avant d'être nommé président de la section commerciale au tribunal de Iassy, M. Maxim a rempli pendant plusieurs années les fonctions de juge d'instruction. Il nous fournit par conséquent toutes les garanties désirables d'une rare compétence dans la matière, comme jurisconsulte il est au courant des questions les plus épineuses du droit, comme magistrat il dispose des précieuses lumières que donne une longue expérience. Le pays lui saura gré d'avoir publié un livre très utile au commerce, malgré les occupations multiples que lui impose sa charge.

Il appelle l'attention sur la personne, chargée de gérer le patrimoine. Il est de son devoir de veiller avec soin aux intérêts tant des créanciers que du débiteur, ce qu'il ne peut faire sans veiller en même temps à la

stricte observance des lois commerciales et pénales. L'auteur propose des règles qui faciliteront le choix de ceux, qui inspirent tant au tribunal qu'au monde commercial le plus de confiance, basée sur leur caractère respectable, et sur leurs connaissances.

En Roumanie on a contracté une habitude déplorable. Des particuliers, désireux du syndicat, se permettent, surtout dans les faillites importantes, de demander aux juges leur nomination de syndic. Pour appuyer leur demande, ils l'accompagnent souvent de lettres de recommandation. Tout le monde comprend les inconvénients de ce procédé; ce ne sont pas les capacités qui décident du choix, mais la faveur et la protection d'amis puissants. Aussi M. Maxim condamne cette habitude en exigeant pour le tribunal une liberté entière et absolue.

Il fait observer que d'après les lois du pays, les habitants étrangers, ne jouissant pas des droits politiques, peuvent être appelés aux fonctions de syndic. En fait cependant l'usage n'existe point, quoiqu'il y ait parmi ces étrangers des commerçants d'une grande expérience et d'une honnêteté exemplaire. Les fonctionnaires publics ne peuvent être nommés à cette charge.

La première cause de la multiplication des faillites est attribuée par l'auteur à la trop grande indulgence de la loi. En effet elle autorise la réhabilitation de faillis, emprisonnés plus tard comme banqueroutiers frauduleux. Il désigne ensuite, comme autant de causes, la négligence des avocats-syndics qui laissent à d'autres le soin de la faillite; l'extrême bienveillance et la commisération des juges envers le failli; les ressources qu'offre la législation au failli pour se tirer d'embarras et échapper aux poursuites.

Il est incontestable, qu'au point de vue humanitaire, ces causes révèlent d'excellentes qualités de cœur chez

les avocats et les juges. Ces sentiments généreux très louables en eux mêmes s'appliquent avec raison dans bien des cas. Combien de fois n'arrive-t-il pas qu'un négociant honnête succombe, victime innocente des revers de la fortune; il fait l'impossible pour soutenir son credit et gagner la confiance du public, il sacrifie son avoir pour honorer sa signature, il travaille jour et nuit pour faire marcher ses affaires, mais tout est inutile; malgré ses labeurs, ses sacrifices, son énergie, il ne parvient pas à sauver sa situation, le malheur le poursuit et l'accable, ses espérances s'évanouissent, il recule et perd de jour en jour et finit par échouer sur des écueils, dont il soupçonnait à peine l'existence.

Mais la médaille a son revers. Ce qui profite au marchand honnête et malheureux, profite malheureusement aussi aux escrocs et filous. L'indulgence du juge, de l'avocat, du législateur, destinée à diminuer la faute involontaire, devient une arme de défense dans les mains des négociants sans foi ni loi. Car qui distinguera dans tous les cas le commerçant de bonne foi, des fripons de mauvaise foi? Voilà pourquoi la loi devrait remplir le double but, de venir au secours du débiteur, victime innocente de la mauvaise fortune, et de punir sévèrement le fourbe, le corsaire du commerce, qui, sous prétexte de commerce, ne fait qu'escroquer, piller et vivre aux dépens des autres.

En théorie il n'est guère difficile d'indiquer les qualités requises par la loi, ni de formuler des projets conformes aux principes théoriques. Il y a même assez de jurisconsultes connaissant et la pratique des affaires et les exigences de la théorie, capables par conséquent de proposer des projets satisfaisants. Mais n'oublions pas que ces hommes d'élite arrivent rarement à entrer dans les chambres législatives; c'est l'esprit de parti qui en ouvre

les portes, pour laisser passer ceux dont on attend le triomphe d'une faction. Au lieu de l'intérêt du peuple, c'est l'intérêt d'un parti qui décide de l'élection et fait refuser très souvent les hommes de mérite, capables de réformer la législation et de rendre service à la patrie.

Une cause de nombreuses faillites est la facilité de faire le trafic sous un nom distinct du sien propre. Très souvent le premier propriétaire, dont le nom a procuré une excellente réputation à sa maison de commerce, la vend ou n'existe plus. Le successeur s'empresse de profiter de la réputation acquise, et continue le commerce sous le nom primitif. C'est ainsi qu'on abuse des raisons sociales pour faire des dupes et augmenter sa clientèle Il n'est pas étonnant que le public donne dans le piège, car ce n'est souvent que trop tard, en cas d'insolvabilité que le tiers s'aperçoit, que la personne honnête à laquelle il pensait avoir à faire, ou qu'il croyait intéressée au commerce, n'y est pour rien.

Pour mettre fin à cet abus et protéger le peuple contre l'usage du nom fictif et emprunté, la loi devrait obliger le négociant qui en use, de joindre au nom fictif le sien propre dans ses signatures; d'ajouter son nom à lui, à ses factures et autres documents; de l'afficher sur son enseigne, dans son bureau, magasin, atelier ou fabrique; de le faire inscrire sur les registres publics, où tous peuvent à toute heure en prende connaissance.

Personne ne contestera l'utilité et l'efficacité de ces mesures. Beaucoup de gens se garderaient de confier leur argent et leurs marchandises à des individus qui font le commerce au nom d'un autre, s'ils connaissaient leur véritable nom. Pour empêcher les fourbes de tromper et d'exploiter les honnêtes gens, la plus grande publicité offre un excellent moyen; en donnant le vrai nom des commerçants, elle met chacun à même de juger de leur

solidité et du crédit, auquel ils ont droit. En Roumanie, comme ailleurs, on a subi des pertes considérables parce qu'on se dispensait d'un examen préalable pour compter sur la réputation acquise d'une raison sociale, qui avait passé dans les mains d'indignes successeurs.

Pour remédier aux abus l'honorable juge de Iassy propose les mesures législatives suivantes :

1°. L'abolition de la surséance (moratorium) qui, à son avis, donne au débiteur de mauvaise foi le temps de porter préjudice aux intérêts des créanciers.

Nous nous permettons d'observer que la surséance pourra rendre d'utiles services au commerce de la Roumanie, lorsqu'il aura pris l'essor, que l'avenir lui semble réserver. Pour éviter les inconvénients qu'on craint, il suffit que la loi ne l'accorde pas facilement et dans les limites tracées par la loi elle-même. Si de plus on confie à des hommes respectables le soin de contrôler les actes du débiteur, on écarte complètement la possibilité de l'abus. L'exemple de la loi Néerlandaise est péremptoire : la surséance y est très rare, et son action ordinairement très favorable aux intérêts des créanciers.

2°. L'homologation du concordat ne doit pas être permise avant la clôture de la poursuite pénale.

3°. L'abrogation du dernier alinéa de l'art. 849 qui punit d'une amende le créancier qui s'est opposé au concordat.

4°. Autorisation donnée au tribunal d'annuler le concordat, lorsqu'il est établi que le failli a vendu, avant la faillite, des marchandises audessous du prix de facture.

5°. Le tribunal pourra refuser l'homologation du concordat par motifs d'ordre public ou dans l'intérêt des créanciers.

6°. L'art. 874 statuera que le banqueroutier frauduleux

ne sera plus admis à exercer le commerce, et que le droit de réhabilitation est limité au cas où le débiteur aura entièrement satisfait aux exigences de la loi.

Lorsqu'un jurisconsulte, aussi compétent dans la matière comme M. le président Maxim, propose des mesures d'une telle portée, on ne peut s'empêcher de considérer la situation commerciale en Roumanie, comme très précaire et gravement compromise. Il fallait donc prendre des mesures pour parer au danger imminent, et protéger le commerce contre la destruction et la ruine complète. Il était par conséquent plus que temps de reviser le Code de commerce, et il faut donner des éloges au legislateur qui s'est appliqué à l'oeuvre avec autant d'énergie que de perspicacité.

Les propositions de M. Maxim, examinées en détail et au fond, soulèveront peut-être des observations critiques et des opinions divergentes, comme il arrive de tout ouvrage scientifique. Mais personne ne contestera le grand mérite de l'auteur d'avoir découvert les plaies qui menacent l'existence du commerce roumain.

L'expérience a prouvé que dans toutes les sphères de l'activité sociale, il est utile et opportun de produire sincèrement la vérité, et d'exposer franchement la situation. Souvent on pense rendre service à la société en la présentant sous les couleurs les plus flatteuses, tout en déguisant les mauvais côtés, ses misères et ses plaies. C'est une erreur profonde, qui peut procurer un moment de fausse popularité, mais qui produit les plus funestes conséquences.

Car le mal inconnu n'étant pas enrayé se propage rapidement, il prend des proportions toujours plus considérables et finit par se transformer en maladie incurable et mortelle.

Au contraire celui qui a le courage de lever les mas-

ques, de dire le bien et le mal, de mettre le doigt sur les plaies du corps social, fait preuve d'un caractère fortement trempé, et prend à coeur les intérêts de ses concitoyens, car le mal une fois connu et dépouillé de ses apparences trompeuses, sera facilement guéri. Il peut se tromper dans le choix des remèdes qu'il propose, mais il a le grand mérite d'avoir signalé le mal et d'en avoir empêché par la publicité les progrès ultérieurs.

De nos jours, il est vrai, les gens dévoués à la patrie, préoccupés de dénoncer et de réformer les abus, de supprimer les défauts de la loi et de l'administration, sont rares. L'amour désintéressé du bien, le courage de braver l'impopularité ne se trouvent que chez les esprits d'élite, supérieurs aux calculs de l'égoisme et de l'ambition. Mais cette rareté même les rend d'autant plus dignes d'estime et d'éloges. Aussi nous voyons dans le livre de M. Maxim un acte de patriotisme éclairé, qui lui donne un droit incontestable à la reconnaissance de ses compatriotes.

Il nous serait agréable de continuer ce travail utile, en analysant d'autres ouvrages.

Car ce n'est pas la matière qui fait défaut. Plusieurs jurisconsultes roumains ont rendu des services inappréciables à leur patrie, pendant la dernière moitié de ce siècle, par leurs publications importantes; ils ont fait des études sérieuses, profondes, suivies sur les lois, la jurisprudence, les relations commerciales des différents pays de l'Europe et des autres parties du monde. Ces travaux considérables ont donné une impulsion puissante á la science du droit, indispensable à chaque nation pour résoudre les problèmes compliqués, que soulèvent les relations internationales tous les jours plus fréquentes et plus utiles.

Cette activité des savants roumains devrait être uni-

versellement reconnue et appréciée; malheureusement il n'en est pas ainsi. Les roumains eux-mêmes connaissent à peine les travaux scientifiques de leurs compatriotes, les étrangers les ignorent complètement.

Il est un fait incontestable: la Roumanie, l'ornement de l'Orient, le siége de la civilisation qui arrête la barbarie asiatique, possède un nombre respectable de savants, consacrant leurs talents à l'étude scientifique du droit. Néanmoins, il faut avouer que la littérature juridique roumaine n'a pas attiré l'attention, que mérite sa haute valeur, ni dans le pays ni à l'étranger.

Aussi nous applaudissons de tout coeur aux efforts faits depuis un quart de siècle, pour fournir à la Roumanie dans le monde juridique la place que les autres nations occupent déja longtemps. C'est le 16 décembre que fut, fondée la première société juridique sous la présidence de M. C. Bozianu. Elle compta alors parmi ses membres tous ceux, qui plus tard furent les illustrations de la haute magistrature et du barreau. Nous nommons parmi eux, pour ne pas abuser de la patience du lecteur, M.M. C. E. Schina, Alexandru et Joan Lahovari, A. Degré, Alexandru Gidui, B. Missir, Gr. G. Peucesco, Em. Protopopesco, Paka, Sc. Ferechide, B. Bratiano, N. Prodau, N. Stanesco, etc.

La société publia sous son patronage le Journal „Dreptul", le plus ancien des journaux juridiques roumains. Il succéda à la „Gazetei Tribunalelor" des Messieurs Aristide Pascal et Louis Amiable.

A l'exception du „Magazinul judecâtoresc" de M. G. Costa-Foro, publié avant la promulgation des lois modernes, il est difficile de citer des travaux juridiques, datant de cette époque.

Les nouvelles lois, promulgueés en 1865, étaient trop récentes pour fournir la matière à des études impor-

tantes. De plus un préjugé fatal devait exercer une influence néfaste sur la littérature juridique; car on ajoutait foi à la légende qui présentait les lois roumaines comme de simples traductions slaves de lois étrangères. Est-il étonnant que cette fable ait empêché la littérature pendant longtemps de jouir de la considération qui lui revient?

Voilà pourquoi les ouvrages qui traitent d'auteurs étrangers, citent chez les Russes MIHAILOFF, chez les Turcs ARISTARCHY BEY, chez les Grecs RALLY, chez les Hongrois FEICHTINGER etc., mais lorsqu'ils parlent de la Roumanie, au lieu de citer des auteurs, ils se contentent de mentionner qu'on y a adopté les lois françaises et italiennes, et ils passent sans explication à autre chose.

Ce triste état des choses aussi humiliant pour le pays va prendre heureusement fin; la semence jetée à pleines mains sur le terrain juridique commence à germer et à porter des fruits abondants. Pour donner une idée de ce progrès incontestable, nous allons citer quelques ouvrages qui soutiennent facilement la comparaison avec des productions analogues des nations les plus civilisées.

Parmi les travaux de longue haleine nous nommons l'excellente „Procedurà civilà" de M. G. G. TOCILESCO; les 4 volumes du Cod civil de M. DIM. ALEXANDRESCO; les 2 volumes du „Drept comercial" que couronnait naguère l'Académie roumaine, de M. GRIG. V. MANIU.

Mentionnons encore le travail spécial de M. DEM. CUCULI sur les Cours d'Assises, les études anciennes de M. G. G. MEITANY sur la constitution, et les nouvelles de l'éminent professeur d'Université Mr. C. G. DISESCO. Voilà les fondements solides de la littérature juridique roumaine; on avouera qu'ils sont de nature à légitimer l'espoir d'un progrès toujours plus considérable, et qu'ils fournissent aux roumains le droit de revendiquer, sous

ce rapport, une place distinguée parmi les peuples de l'Europe.

Si l'on tient compte de l'extension tous les jours plus grande du commerce, et de l'avenir réservé sur ce terrain à la Roumanie, on est forcé de constater l'indispensable nécessité qui incombe à ce pays, de montrer à l'Europe qu'il possède des lois, destinées à protéger la fortune tant du règnicole que de l'étranger, qu'il possède des jurisconsultes excellents dont la science et les talents sont à même de protéger ses droits menacés ou violés. Cette nécessité découle d'une considération évidente. Le marchand n'entrera jamais en relations avec un pays, sans avoir acquis préalablement la certitude que ses intérêts ne courent aucun risque.

Comment acquérir cette certitude et écarter toute crainte de danger? Il n'y a qu'un moyen, savoir la persuasion que les autres pays ont entouré la justice des garanties nécessaires pour en assurer l'administration sage et impartiale.

Il est dans la nature du commerce de devoir lutter contre des difficultés très grandes, des embarras imprévus. Le cas fortuit, la force majeure y jouent un rôle considérable, parce que les lois qui le gouvernent, dépendent dans leur application individuelle de la liberté humaine, et admettant partant des dérogations. Le négociant est tenu le plus souvent de risquer ses capitaux en bonne foi, avec l'espoir du succès. Or ces deux éléments sont exposés à des dangers subits et imprévus par la nature des choses. Il appartient à l'application prudente et sévère des lois et coutumes, destinées à régenter le commerce, de parer en grande partie à ces dangers.

On voit sans peine que l'étude approfondie des lois, les ouvrages des jurisconsultes ouvrent une source abondante de renseignements, de dispositions, de décisions

qui portent la lumière dans les questions souvent si compliquées et si délicates touchant le commerce.

Le peuple roumain nous offre cette louable caractéristique: il entame toutes choses avec courage et les pousse avec énergie. Il ne repose pas tant sur le terrain juridique que sur tout autre terrain, sans avoir réalisé autant que possible la perfection.

En consultant sa jurisprudence, on est porté à croire que le pouvoir judiciaire a entendu la voix de SALOMON: „*Ante iudicium para iustitiam tibi, et antequam loquaris disce*". (Lib. *Ecclesiastici* XVIII, 19).

Rien ne garantit mieux la valeur des jugements prononcés par les tribunaux, que l'intégrité et l'indépendance des juges. L'inamovibilité introduite maintenant en Roumanie, en est une condition essentielle. Jamais on ne pourra apprécier assez le grand intérêt que présente pour le pays un pouvoir judiciaire, entouré de la considération universelle. La chose se conçoit aisément, puisque ce pouvoir constitue une des manifestations nécessaires de la vie sociale, un des éléments indispensables de la civilisation. Aussi, tout en soupçonnant DAVID HUME, le célèbre historien anglais, d'exagérer quelque peu la vérité, on peut partager son opinion lorsqu'il écrit:

„Les flottes de l'Angleterre, sa puissance, sa monarchie et ses deux Chambres n'avaient qu'un but: maintenir la liberté des quinze grands juges du Banc du Roi" (King's Bench).

Pareillement tout homme d'esprit approuvera volontiers les paroles du jurisconsulte français: „La liberté civile et politique n'est fondée dans un peuple que le jour où il veut, de volonté opiniâtre et constante, ce qui garantit tout le reste: des magistrats indépendants".

Le peuple comprend la vérité de ces assertions. Il

professe un profond respect pour ces hommes intègres et dignes, appelés soit à interpréter et à appliquer les lois avec une autorité impérative dans les discussions qui s'élèvent entre les citoyens sur leur véritable sens, soit à réprimer ceux qui par dol ou violence attaquent les droits des autres citoyens ou la sécurité publique.

Pour inspirer la confiance, il faut qu'un pays possède des jurisconsultes, éminents par leur science et leurs talents et réputés à l'étranger par leurs ouvrages. Il est inutile de démontrer que la confiance est l'âme du commerce. Grâce à elle il s'établit, il étend ses rélations, il prospère et réussit dans ses entreprises. C'est la confiance qui pousse les grands négociants à nouer des relations internationales. Aussi tout ce qui ébranle la confiance, ébranle le commerce, comme le prouve l'expérience, et dès que la confiance disparaît, nous voyons les escrocs, les aventuriers et toute la bande des gens déloyaux exploiter le négoce en faveur de leurs mauvais desseins, au grand détriment du bien public.

Une magistrature distinguée, un commerce honnête, voilà deux leviers de civilisation, deux facteurs de la prospérité nationale. Mais pour aider la première dans sa mission difficile, et soutenir l'autre dans la revendication de ses droits, il faut un barreau dont les membres se distinguent par leur inaltérable dévouement à tous.

L'avocat ne perde jamais de vue qu'il appartient à une corporation libre et fière, à la plus noble des professions. Par l'élévation de son langage, par la sérénité de ses pensées, par ses vastes connaissances et son intégrité, il doit briller aux yeux de ses concitoyens comme le Maître.

Riches ou pauvres, nobles ou rôturiers doivent pouvoir lui confier leurs intérêts, sans crainte de négligence ou de partialité. L'avocat est appelé à fournir à tous d'abon-

dantes lumières, qui chassent les ténèbres des questions obscures, et donnent le fil conducteur dans le labyrinthe des lois. Chacun doit franchir le seuil de la maison de l'avocat avec la conviction, qu'il entre dans le séjour de la justice et de la vérité, qu'il y trouve un refuge assuré, que les différences d'état ou d'opinion politique n'y exercent aucune influence.

Le client doit vérifier par expérience la parole de CICÉRON:

Domus Iurisconsulti Oraculum totius Civitatis

XI

Il importe de connaître les innovations, que le Sénat et la Chambre des représentants roumains ont introduites lors de la discussion du Projet de Loi sur la Faillite du Ministre de la Justice M. ALEXANDRE MARGHILOMAN. En les examinant, on constatera que les modifications sont des améliorations d'une grande portée.

Le Corps Législatif ne s'est pas contenté d'amender quelque peu le projet, il a mis tout en œuvre pour en faire la meilleure loi définitive possible. Tout jurisconsulte, qui comparera le Projet, publié par notre revue *Thémis*, et la loi, ainsi qu'elle vient de paraître dans mon *Droit Commercial Roumain* aimera à louer les savants roumains des lumières, qu'ils ont apportées à cette branche importante de leur législation nationale. Les imperfections du Code Commercial en matière de faillite ont disparu. On a su y remédier par des dispositions, inspirées par les véritables intérêts du commerce, et qui portent partout l'empreinte d'esprits scientifiques, au courant des affaires. La perspicacité des roumains brille ici d'un nouvel éclat, ainsi que le prouve le résumé succinct de la révision, que voici.

Inutile d'énoncer de nouveau les questions multiples et souvent bien difficiles qui se rattachent à la faillite. Leur point culminant se trouva en ceci, que les législations existantes laissaient partout trop de pouvoir dans les mains du failli. La masse était, pour ainsi dire, à sa discrétion, il agissait envers elle presque à sa guise, de sorte qu'elle pourrait être victime de l'arbitraire.

Sans se mettre trop en peine de trouver des expédients inavouables, le failli était à même de modifier la composition de la masse des créanciers en divisant les créances. De cette façon il put atteindre le nombre voulu des créanciers. La loi ne s'y opposait pas, et le failli était bien celui qui excercait une grande influence sur les personnes, appelées à délibérer sur ses affaires à lui. Il n'inventait pas des créances, il n'augmentait pas le passif, mais.... il sut s'entourer, d'une assemblée statuante non toujours dans l'intérêt commun, mais en premier lieu dans celui du failli! Voilà une porte, à deux battants ouverte, aux fraudes. Il parut nécessaire d'obvier le plus tôt possible à cet inconvénient sérieux. Le mal s'étendit du jour au jour et causa des pertes considérables aux négociants honnêtes. Les nouveaux articles 771, 772, 773, 775, 776 et 779 enlèvent au failli toute chance d'introduire des amis, inclinés à seconder des efforts nuisibles aux droits de la masse des créanciers.

Une autre partie importante de la faillite, peut-être la principale, c'est le Concordat. Tout législateur doit y apporter ses soins les plus attentifs. Cet institut a, pour bien le comprendre, cela de particulier, qu'il faut l'envisager de deux côtés. Le concordat a la double mission de venir en aide tant au créancier qu'au débiteur failli, de sorte qu'il y va de ménager le chou et la chèvre. Il arrivera souvent que plusieurs créanciers se trouvent forcés à renoncer à une partie de leurs droits, pour que

le failli, la masse des créanciers et même tout le commerce en profitent.

Cela a porté le législateur d'autrefois à imposer au syndic l'obligation de faire de son mieux afin que la faillite se terminerait par un concordat. Mais de cette manière on a depassé le but, c'est à dire on a fait tort à l'intérêt commun des intéressés à la faillite. La facilité de conclure un concordat parut trop grande, et tout naturellement il s'ensuivit que le failli en abusait au point d'en faire un institut à protéger ce qu'il y avait de pire dans les chevaliers d'industrie. C'était assez simple de ne pas payer les cotes du concordat, quoiqu'elles fussent par trop souvent si minimes, que le failli, en les proposant, avait l'air de se moquer de ses créanciers. La loi n'offrit aucune garantie pour le paiement, et parfois le failli qui avait obtenu un concordat, fut de nouveau déclaré en état de faillite, faute d'avoir acquité les cotes du concordat antérieur. Il aliénait son avoir ou constituait des gages sur le patrimoine, qui avait été destiné au paiement des cotes. Ainsi il frustrait ses créanciers dans l'intervalle de sa remise en possession et du paiement des sommes stipulées par le concordat. Les articles nouveaux 853—865 contiennent d'excellentes mesures pour mettre un terme à ce beau jeu.

Le code fixe une cote minimum de 40 % pour obtenir un concordat. Cette disposition donne une nouvelle et impérieuse sanction à l'obligation que la loi impose à tout commerçant de déposer son bilan et de demander lui-même sa déclaration en état de faillite, dès qu'il peut se rendre compte de sa situation qui ne lui permet plus de continuer son commerce qu'au grand détriment inévitable de ses créanciers.

Inutile désormais d'inventer des artifices de mauvais aloi afin de poursuivre les entreprises commerciales aux

risques et périls des créanciers. Car le commerçant qui a subi des revers de fortune et qui désire continuer son commerce après la conclusion d'un concordat sait, qu'il ne pourra plus aboutir qu'en déposant son bilan aussitôt que son compte de profits et de pertes accuse un deficit de 60 %. Par ce fait, il garantira à ses créanciers des cotes, s'élevant au moins à 40 % de ce qu'il leur doit.

Le failli est hors d'état d'aliéner ou de mettre en gage son patrimoine avant qu'il n'ait entièrement accompli les engagements, pris dans le concordat. Cette prohibition prouve la sage prévoyance du législateur. Elle assure l'exécution des obligations financières du failli, tandis qu'il fait accepter le concordat par les créditeurs sans recourir à l'intermédiaire de garants. Ceux-ci retiraient de leur intervention des bénéfices considérables, dont d'ordinaire les créanciers et le failli étaient les dupes, et qui en tout cas se firent payer leurs services très cher.

Parmi les innovations salutaires, on remarquera avec satisfaction l'interdiction de former un concordat au cas de banqueroute frauduleuse. C'est une peine proportionnée au délit et qui fera réfléchir la commerçant sur les suites, avant de le commettre. De même les faillis qui ont pris la fuite ou qui sont pour la seconde fois en état de faillite ne sont pas admis à proposer le concordat judiciaire. Art. 853.

Il y a de bonnes raisons pour de telles dispositions. Le failli, coupable de banqueroute frauduleuse et celui qui laisse ses affaires à l'abandon, ne mérite plus de confiance et encore moins de commisération. Il a porté préjudice à ses créanciers, tout en agissant de mauvaise foi. Donc, il doit subir toutes les conséquences de sa conduite. Celui qui est de nouveau en faillite a fourni des preuves, plus que suffisantes, qu'il est incapable de gérer son fond ou établissement de commerce;

et la loi ne doit plus lui faciliter les occasions de risquer l'avoir des autres commerçants.

Comme le tribunal de commerce a le contrôle de toutes les opérations de la faillite, il n'accorde l'homologation (art. 852) que lorsque les conditions requises par la loi ont été accomplies. Ce qui fait que le tribunal examinera les circonstances de la faillite et les conditions du concordat. Ici, comme partout ailleurs, on rencontre un système logique, l'application naturelle de bons principes. C'est ainsi que la loi se trouve être le bon sens et la morale en action.

L'art. 849 statue: „L'épouse du failli ne peut pas prendre part au vote du concordat avec sa créance dotale." La loi abrogée permit un abus, bien connu aussi chez les autres peuples. La dot était le plus souvent très considérable par rapport à l'avoir du mari négociant, de sorte qu'elle absorbait presque totalement la masse fallitaire. Puis, cette créance dotale fut presentée dans plusieurs faillites consécutives avec le succès infaillible, que l'épouse gagnait tout l'enjeu et que les créanciers jouaient en pure perte.

Par les articles 826 à 831 la loi vient au secours des faillis loyaux qui ont pu payer intégralement leurs dettes. C'est la procédure de la réhabilitation.

D'après l'ancienne loi l'arrestation du failli contre lequel auront été relevés des indices suffisants de fraude était facultative. Le nouvel art. 709 la rend obligatoire, notamment en cas de disparition ou manque non justifié des livres de commerce, et quand il n'aura pas déposé son bilan. Le juge d'instruction ne pourra accorder la mise en liberté provisoire qu'après avis conforme du tribunal qui aura ordonné l'arrestation.

La délégation des créanciers supprimée, le tribunal garde la faculté de convoquer, dès qu'il en ait besoin,

des commissions *ad hoc*, composées de créanciers, pour les consulter sur l'opportunité des mesures qui lui auraient été proposées.

En ce qui concerne les syndics, le sénat roumain a introduit, par voie d'amendement, un mode tout à fait nouveau pour leur recrutement. Ils ne sont plus nommés individuellement pour chaque faillite. Le syndic est dèsormais un fonctionnaire, comme le juge, nommé par décret royal. L'art. 727 prescrit: „Auprès de chaque tribunal de district sont nommés un ou plusieurs syndics chargés spécialement de l'administration des faillites". „Dans les affaires qui présentent des difficultés spéciales, le syndic peut demander au tribunal de nommer tous avocats, experts et gardiens dont il pourrait avoir besoin." Art. 733. — Les syndics font partie du corps judiciaire Art. 728. Ils peuvent être récusés pour les mêmes motifs que les juges. Art. 732. Les syndics de tribunaux de Ilfov, Iassy, Covurlui, Dolj, Braila auront un ou plusieurs secrétaires-archivistes. Le conseil des ministres fixe leur nombre. Ils ont le grade de greffier des tribunaux. Art. 736.

Le rôle et le caractère du syndic ont changé du tout au tout. Il ne sera plus un simple administrateur de la masse de la fallite, mais un magistrat, dont les attributions sont souvent subordonnées à celles du juge-commissaire. Il est en quelque sorte destiné à aider le juge d'instruction pour l'établissement des causes de la faillite et la découverte des fraudes. Il doit s'occuper personellement de toutes les affaires dont il est chargé. Cependant le tribunal peut autoriser le syndic à se faire représenter par d'autres dans une ou plusieurs opérations déterminées; à etre aidé dans son administration par une ou plusieurs personnes rétribuées, et à employer le failli pour lui faciliter son administration.

Toutes les modifications signalées sont importantes et de nature à protéger le commerce contre les aventuriers et les vauriens. Pour les autres innovations on peut consulter mon ouvrage, publié à Paris (Mars 1897): *Droit Commercial Roumain Précédé du Discours: Charles Ier de Roumanie Suivi du Traité: Les Dynasties.*

Comme la législation comparée a pour but de faire profiter les nations réciproquement de ce qu'elles ont introduites individuellement chez elles, j'ai eu soin de mettre en vedette les articles des principaux codes de commerce étrangers qui se rapportent à la nouvelle loi sur la faillite roumaine. On y jugera digne de toute attention les dispositions réglant le droit d'opposition et d'appèl dans quelques cas en matière de faillite; l'aggravation des peines pour les banqueroutiers et leurs complices qui tendent à diminuer la fraude, les dispositions regardant la publication des effets protestés ainsi que plusieurs autres.

En se rendant compte de ce qui se fait sur le terrain de la législation chez les autres peuples, on obtient les matériaux pour la révision de son propre code, tandis qu'on y trouve souvent des lumières pour l'interprétation des lois existantes.

XII

Toutes les nations, qu'elles débutassent ou fussent déjà avancées dans les voies de la civilisation, ont compris le grand intérêt général du commerce. Elles s'y sont appliquées avant de s'occuper, pour ainsi dire, d'autre chose. Il ne suffit pas que l'agriculture et l'industrie produisent les objets nécessaires aux besoins ou aux

jouissances de l'homme, il faut encore que ces objets soient mis à la portée des consommateurs. De là l'utilité du commerce, qui consiste, soit à transporter et à échanger dans les lieux où elles manquent les marchandises achetées dans ceux où elles abondent, soit à revendre en détail les marchandises achetées des commerçants en gros.

En favorisant la consommation, le commerce favorise par cela même la production qui, sans lui, languirait faute de débouchés. Il est donc à la fois le stimulant énergique de l'activité agricole et manufacturière et le distributeur des richesses créées par celle-ci. Il est la source féconde d'où découle l'aisance et le bien-être.

Le commerce est le principal élement de la prospérité des États. Il concourt à la diffusion des idées en même temps qu'à la circulation des biens materiels, et est ainsi, à un double titre, l'agent supérieur des progrès de la civilisation.

Ces vérités ont été proclamées il y a déjà longtemps. Et comme elles sont encore de la plus haute valeur pour tout le monde, il est utile de les rappeler au souvenir des intéressés qui peuplent la terre. Car elles démontrent que les individus comme les nations doivent unir leurs efforts pour faire vivre le commerce de la plus belle vie.

C'est ce qui a fait la grandeur et la splendeur de la Néerlande et de l'Angleterre.

L'histoire du commerce est intimement liée à celle de l'industrie. C'est le frère et la sœur; le mari et l'épouse.

Le commerce maritime a pris naissance, dès les temps les plus reculés, dans les villes situées sur les rives de la Méditerranée. Les Phéniciens se distinguérent les premiers par la hardiesse de leurs courses sur mer et par l'étendue de leurs entreprises commerciales. Les

lois maritimes furent successivement admises par les Rhodiens, les Carthaginois et les Grecs.

Les anciennes lois touchant les matières commerciales prouvent combien, dès son origine, les peuples étaient convaincus de l'importance prédominante du commerce. Les Pandectes de Justinien, publiées le 16 décembre 533, contiennent diverses dispositions concernant le commerce soit de terre soit de mer, confondus avec celles qui constituent le droit commun en matière de contrats.

Les jurisconsultes de tous les ages se sont occupés du droit commercial. Leurs travaux ont procuré des bases solides aux rélations des commerçants entre eux, et ont facilité leurs transactions dans les régions les plus lointaines. Dans le passé comme aujourd'hui ils ont, *mutatis mutandis*, émis l'avis qui suit:

„Il est bon d'expliquer les textes du droit français, d'en chercher le sens à l'aide des travaux préparatoires et des débats législatifs, de contrôler l'interprétation qu'en donnent les tribunaux. Mais l'esprit humain se laisse, aujourd'hui moins qu'à toute autre époque, et peut-être en France moins qu'ailleurs, enfermer dans ce cercle étroit. Il lui semble que nous saisissons imparfaitement le présent si le passé nous échappe, et que nous sommes incapables de contempler le droit sous tous ses aspects si nous ne remontons pas à ses origines. Les jurisconsultes se sont associés, en grand nombre, à cet admirable élan des études historiques qui honore le dix-neuvième siècle, et l'histoire du droit a pris, de jour en jour, une plus grande place dans la science du droit."

Ces paroles de M. Arthur Desjardins: „*Introduction historique à l'étude du Droit commercial maritime p.* 1, s'appliquent également aux autres pays. La Roumanie qui ne se laisse plus surpasser par aucune autre nation,

compte parmi ses savants des jurisconsultes de grande valeur qui croient dans l'avenir commercial de leur patrie. Par conséquent, ils lui rendent l'éminent service d'expliquer les lois afin de mettre le droit à la portée de la société civilisée; de critiquer les dispositions défectueuses ou qui ne répondent plus aux nouveaux besoins et de fournir au législateur la matière à perfectionner le code.

Deux raisons surtout m'ont poussé à répondre au vœu des jurisconsultes de mettre par la presse sous les yeux du public mes pensées sur cette législation, que j'ai développées souvent dans les entretiens particuliers :

1°. Il paraît utile de faire briller chez nous la lumière juridique de l'étranger, car la législation Néerlandaise semble n'en avoir guère profité. L'état de nos lois empire de jour en jour.

2°. Quoiqu'il soit difficile de guérir un malade d'infatuation, on pouvait essayer de dissiper l'illusion de quelques Néerlandais, croyant que chez nous tout est parfait et solide; et que chez les autres peuples tout est passablement superficiel. Si nous examinons les productions de notre presse quotidienne, nous en rencontrons rarement une qui soit satisfaisante. Même dans les publications qu'on peut appeler scientifiques, la science et la logique sont parfois sacrifiées à d'ineptes billevesées.

La mode semble s'établir de plus en plus d'accorder un témoignage de hautes capacités aux gens qui n'ont jamais produit une oeuvre de valeur. Pour les protéger contre les objections et les plaintes, les amis les déclarent inviolables, et accusent du crime de lèse-majesté quiconque se permet de signaler leurs fautes. La science souffre évidemment de cet état d'esprit. On récolte sur le terrain législatif des champignons, qu'on nous représente comme de superbes chênes.

La Néerlande possède d'éminents jurisconsultes. Le barreau, le pouvoir judiciaire, le ministère public comptent de nombreux juristes, dont les ouvrages témoignent d'une science étendue. Néanmoins notre Moniteur Officiel se remplit du déchet de la jurisprudence, comme s'il fait l'office d'un réservoir, destiné à écouler tout ce qui n'est pas propre. *Sentina Populi Quondam Romani.*

D'ailleurs les plaintes sont générales à ce sujet; mais . . . . la situation est et demeure mauvaise.

Aucun jurisconsulte, digne d'être écouté, pourra signaler une loi des dernières années qui ne paraît entachée dans la pratique de considérables défauts.

Un des premiers savants de France demanda naguère des informations touchant notre loi sur la faillite. Pour épargner la honte à la patrie on lui envoya un résumé, en y ajoutant la traduction de quelques articles. Voici un extrait de la réponse:

„Je n'ai pu m'empêcher de partir parfois d'un éclat de rire en lisant vos amusantes observations. J'ai cru d'abord avoir à faire à des traits d'esprit du railleur humoristique. Puis j'ai dû me rendre à l'évidence. Votre traduction des articles 1 et 6 prouve leur incohérence, pour ne pas dire leur antinomie, les articles 26 et 27 ne prévoient pas le cas de la déclaration de faillite après une citation, ni celui de non-comparution du syndic; l'art. 71 laisse au tribunal le soin de fixer les honoraires du syndic. Voilà bien le pur arbitraire en action, consacré par la loi qui, nota bene! par sa nature est destinée à combattre partout et toujours l'arbitraire. On crée au juge une position difficile, qui très souvent le fera accuser de partialité. Car le même travail dans différentes faillites sera honoré convenablement ou fort mal selon le bon plaisir du

tribunal! . . . L'art. 99 ne laisse pas d'être curieux. Le syndic même n'est pas autorisé à envoyer par la poste ses lettres et télégrammes au failli! Ce qui, dans les cas d'urgence, surtout dans les faillites importantes, peut préjudicier énormement les intérêts tant des créanciers que du débiteur. L'art. 132 suppose au créancier hypothécaire le don de pénétrer l'avenir. Il doit prévoir les multiples éventualités incalculables de l'achat et de la vente des immeubles grevés. Les lacunes que vous signalez dans l'art. 141 sont caractéristiques. Il en résulte que vous avez des lois qui poussent à ne pas appliquer la loi!

„Il n'est pas étonnant que ni le tribunal, ni le barreau, ni le commerce d'Amsterdam ne soient contents de cette loi, et qu'elle a fait perdre souvent aux créanciers, avec l'argent de leurs créances, les frais de procédure.

„Je serai heureux de recevoir votre avis sur les questions ci-incluses."

Cette lettre d'une illustration européenne renferme encore quelques communications, dont la publication est moins opportune. Je les tiens à la disposition de tout jurisconsulte de marque.

Il pourra les lire chez moi, et apprécier la politesse ironique du mot final: „Elle est fameuse, votre loi sur la faillite!"

Un ministre étranger demanda à un conseiller intime un rapport sur la même loi. Celui-ci se rendit à l'invitation tout en prenant ses précautions pour en couvrir et excuser les défauts. Voici ce qu'il écrivit:

„L'imperfection de la loi doit son origine à un concours de circonstances regrettables. Un professeur de droit avait réuni avec beaucoup de zèle des matériaux pour la loi,

mais il manquait de l'expérience nécessaire, c'est à dire de la connaissance pratique des affaires commerciales, telle que la prossèdent les avocats. Le ministre qui en fit le projet, le gentilhomme RULJS DE BERENBROUCK, quitta le pouvoir avant de l'avoir proposé au Corps législatif. En tenant compte des connaissances et du caractère du ministre, on pouvait conjecturer, qu'il aurait fait bon accueil aux amendements, destinés à corriger la loi.

„Son successeur, Me. H. J. SMIDT (1) a acquis du renom par ses travaux, qui tous se rapportent au droit pénal. Le hasard a voulu que ni l'un, ni l'autre de ces deux ministres n'aient rencontré dans leur longue et honorable carrière, l'occasion de s'initier au droit commercial et de se familiariser avec les besoins du commerce. Me. H. J. SMIDT, en reprenant le projet de loi de son devancier au ministère de la justice, l'a fait sien L'avant-projet Ruys n'était qu'une compilation et une traduction de droit allemand. Ceci ne doit étonner personne, parce qu'en règle générale nos professeurs de droit ont la malheureuse habitude de puiser et de s'abreuver à cette source. Or, tout jurisconsulte de premier ordre sait que l'esprit législateur habite les peuples latins. C'est donc chez eux, que les étrangers, appelés à collaborer à la confection des lois, doivent chercher leurs inspirations.

„La loi était mise en vigueur le 1 sept. 1896 et déjà le 28 du mois le ministre de la justice actuel Me. VAN DER KAAY a du corriger une faute des plus élémentaires dans l'art. 14. C'est le cas de dire *ab uno disce omnes*. La liste ci-jointe des défauts vous en fera connaître les autres non moins déplorables.

---

(1) Quoiqu'elle soit légère, et incapable de dérouter le lecteur, nous voulons relever une faute typographique. Au chapitre n°. IX précédent il y a par erreur **A. E.** comme lettres initiales des prénoms du ministre. Qui nous délivrera jamais des fautes d'impression?

„Me. H. I. Pijnappel, membre de la commission appelée à préparer notre projet de loi sur la faillite, a su l'améliorer par voie d'amendement lors de la discussion au Corps législatif. Ce jurisconsulte, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à Amsterdam, joint à une grande expérience du haut commerce une profonde connaissance des lois. S'il avait été ministre de la justice, il aurait doté la Néerlande d'une loi, conforme aux exigences de la science, et aux besoins du commerce.

„On a demandé „pourquoi il ne l'a pas fait, comme membre de la commission?" On ne peut comparer entre elles deux qualités hétérogènes. Comme membre de la commission, il devait se borner à donner des avis, pour se rendre à la fin aux votes de ses collègues. S'il avait occupé la place de ministre, il aurait eu le pouvoir d'agir dans son indépendance, et de procéder à la revision complète de la loi."

On a répondu de l'étranger à ces observations:

„Vos explications nous font comprendre comment le Corps législatif ait pu voter une loi, portant trop peu de traces de l'esprit juridique, de l'esprit commercial et de la pratique des affaires."

On s'est félicité à Amsterdam de ce que la loi, écrite dans une langue pour ainsi dire inconnue au-delà de nos frontières, échapperait à l'examen critique des savants étrangers.

Qu'on ne se fasse pas illusion! Les jurisconsultes sérieux ont l'habitude de chercher des informations en s'adressant aux Néerlandais, dont la voix fait autorité chez eux. Dans ma jeunesse j'ai passé deux années à Paris; pendant une année et demie je m'occupais à transcrire et à rediger des actes judiciaires chez un avoué. Après.... grâce aux bons offices de notre ministre

plénipotentiaire en France M. LIGTENVELDT .... j'obtins une place semblable chez un haut fonctionnaire de l'Empire.

Déjà alors j'ai admiré les soins minutieux des jurisconsultes pour se mettre au courant de tout ce qui se fait et se produit à l'étranger.

De fait, nos hommes distingués y sont parfaitement connus. M. G. A. VAN HAMEL, Professeur de droit à l'Université d'Amsterdam, assistant à un congrès à Paris, y fut salué comme esprit supérieur. Me E. N. RAHUSEN, actuellement bâtonnier de l'ordre des avocats à Amsterdam, y prit part jadis à des conférences et laissa les meilleurs souvenirs de sa connaissance des assurances et du droit commercial maritime. Des congrès en Belgique louèrent l'esprit subtil, nourri dans la science, de Me A. J. RETHAAN MACARÉ officier de justice à Harlem et firent l'éloge de Me. J. A. LEVY le célèbre advocat à Amsterdam, à cause de sa vaste érudition et de sa grande éloquence.

La comparaison entre la Roumanie et la Néerlande ne tourne pas à l'honneur de la dernière. La Roumanie, dont la littérature juridique date d'un quart de siècle, produit des lois plus parfaites que la Néerlande, qui possède depuis des siècles des illustrations dans la science juridique. On dirait que nous vivons dans une période de décadence. Il est temps de prendre des mesures, qui empêchent la Néerlande, de devenir, à cause de ses lois, la risée de l'Europe. Chez nous on possède un Code de Commerce amputé contenant deux Livres, et à côté *Une loi sur la faillite*. En Roumanie on a continué la série des articles du Code, pour obtenir ainsi un tout complet et cohérent.

Nous savons qu'ici les amis se donnent réciproquement des coups d'encensoir, et se déclarent des hommes éminents et supérieurs. Mais cette adoration mutuelle a

de funestes conséquences. Le peuple devient dupe et victime des lois défectueuses. Déjà les négociants d'Amsterdam en ont fait l'expérience par de sensibles pertes financières.

Il y a des siècles, qu'un philosophe a proclamé la vérité: *Si quis existimat se aliquid esse, cum nihil est, se ipsum seducit: „Si quelqu'un s'imagine être quelque chose, n'étant rien, il se trompe lui-même."*

Mais on a beau se tromper soi-même, on ne réussit pas toujours à tromper les autres.

D'un côté il y a les amis pleins d'admiration pour leur ami et son travail, ils y applaudissent et ne supportent pas la moindre critique; d'autre part il y a les indépendants et impartiaux, qui pèsent le travail dans la balance de Thémis, pour en apprécier la véritable valeur. Ces derniers savent nettement distinguer les hommes de mérite des réputations usurpées et surfaites.

A l'étranger il y a une foule d'hommes pratiques, d'esprits sérieux et positifs qui ne jugent qu'à bon escient, en parfaite connaissance de cause, sans se laisser séduire par les apparences ou se payer de mots. Insensibles à tout intérêt qui ne regarde pas la science, libres de toute préoccupation subjective, ils examinent un ouvrage dans la sereine indépendance de leur impartialité, et se prononcent sur sa valeur objective et réelle. Leur jugement est d'autant plus fondé, qu'ils ignorent complètement la personne de l'auteur, et ne s'appuient que sur les mérites de l'œuvre. Je parle d'expérience. Des jurisconsultes en Amérique, en Angleterre, en France, en Belgique, en Roumanie, en Italie prirent connaissance de mes livres sans savoir la moindre chose concernant ma personne.

Ils en rendirent compte dans *„The American Law Review; The Anglo-French Mercantile Review; Le Recueil de Juris-*

prudence et de la Législation; La Rivista di scienza del Ministro Bonghi etc. etc. Le Dr. GIUS. SEMMOLA, professeur de droit à l'Université de Naples, Membre du parlement et auteur d'excellents ouvrages juridiques, déclarait, à l'occasion d'une critique sympathique et détaillée de mon CODE DE COMMERCE DE ROUMANIE, dans la revue: DRITTO E GIURISPRUDENZA (*Napoli*, 1 *dic.* 1895 p. 247): „Ci è grato annunziare questa nuova opera importante dell'illustre giurista Olandese, già chiaro in Italia per altri lavori e segnatamente per il suo Studio publicato sul nostro Codice di Commercio nel 1884, così pregevole sì da tornare anche per noi uno dei migliori commenti che abbiamo su quella parte della nostra legislazione: Il nous est agréable d'annoncer ce nouvel important ouvrage de l'illustre jurisconsulte hollandais, déjà célèbre en Italie par d'autres travaux, parmi lesquels nous signalons son Étude sur notre Code de Commerce, publiée en 1884, qui, même pour nous, constitue un des meilleurs commentaires de cette partie de notre législation."

Le Professeur de droit M. ARTHUR HEGGINS, D. L. L., *Commercial legislation and Jurisprudence*, p. 240 (May 1896) dit *inter alia*:

„Doctor JOAN BOHL, the eminent dutch lawyer, has published in the course of the last year a book, which, for utility of purpose and comprehensiveness of design, may be highly recommended. We owe to Dr BOHL several juridical works, and among those is conspicuous his CODE DE COMMERCE D'ITALIE COMMENTÉ ET COMPARÉ AUX PRINCIPAUX CODES ÉTRANGERS ET AU DROIT ROMAIN. Recently he edited in Paris the CODE DE COMMERCE ROUMAIN COMPARÉ AUX PRINCIPAUX CODES DE COMMERCE DE L'EUROPE PRÉCÉDÉ ET SUIVI D'ÉTUDES HISTORIQUES ET JURIDIQUES.

. . . . . .

„The learned author does not only present to the public a precious treasure of comparative legislation, but he has also the capital idea of making us acquainted with King Charles I and his people in a beautiful essay, entitled: *La Résurrection d'un Peuple.*

„We must sincerely confess our utter ignorance of all that concerns Romania, and we can therefore quite appreciate the great service, rendered by Dr Bohl as well to that country as to the foreigners, who are desirous to enter into commercial relations with Romania.

. . . . . .

„Yet, important as the book is, from that point of view, it has still other, and perhaps higher, merits, which have seldom been equalled by any other.

„Dr Bohl has added to his code a treatise: *La Régénération de la Société* wherein the principles who govern human society and the grounds of the civil polity are investigated with the greatest assiduity and attention. He benefits us with the results of immense scientific researches and explains in a brilliant dissertation the most difficult problems of our age and especially of the time we live in, displaying a masterly acquaintance with the general spirit of law and jurisprudence combined with an accurate knowledge of politic constitutions, their original, reason and history. „*La Régénération de la Société* is so new and profound, so lucid and persuasive that no apology could add to its extraordinary merits. The splendid style of Dr Joan Bohl, who is also a grandmaster of literature, makes the study of this scientific book a sublime recreation. „*La Régénération*" contains in a hundred pages the quintessence of as many volumes."

Je souhaite à mes collègues jurisconsultes Néerlandais des succès anologues. La patrie en recueillera les fruits.

Des ouvrages, à la hauteur de la science, résistent aux ravages du temps. Ils conservent une valeur intrinséque que les circonstances extérieures ne peuvent entamer et plongent leurs racines dans les immuables lois qui gouvernent la société humaine.

Les siècles passés ont légué à la Néerlande une superbe gloire juridique. Gardons ce trésor, en écartant tout nuage qui pourrait en ternir les rayons. Pour être dignes des ancêtres, il importe de continuer leurs grands travaux. L'ancienne solidité hollandaise a produit des œuvres durables et salutaires; la légéreté des temps modernes peut flatter la vanité des badauds, elle finit par nous exposer aux railleries.

Pour réconquérir la haute place des ancêtres, il faut suivre de près leur invincible persévérance et leur infatigable activité. La célébrité dont ils jouissent encore de nos jours serve au jurisconsulte d'aujourd'hui de stimulant à marcher avec vaillance et assiduité sur leurs traces en luttant sous la devise royale:

JE MAINTIENDRAI

Me Joan Bohl

Amsterdam ce 6 Avril 1897.

Verantwoordelijkheid voor werklieden?

EENE NALEZING.

Drie aanleidingen zijn voor mij, sedert mijn opstel van den vorigen zomer, ontstaan om op art. 1403 als B. W. terug te komen:

1°. de praktijk, die uit de feiten van den dag aan het licht kan komen;

2°. de theorie naar de constructie, in een onlangs verschenen geschrift beproefd;

3°. een door mijn vorig opstel uitgelokte voorslag, om aan de bezwaren tegen het wetsvoorschrift tegemoet te komen.

I.

Sinds eenige weken (het is thans half Februari 1897) trekken drie feiten mijne aandacht, die als zooveel *object lessons* verdienen in het geheugen bewaard te blijven. Ze zijn:

de sneeuwval haast om den anderen dag van einde Januari en begin Februari, die de gemeentebesturen vooral in groote steden noopt, hulparbeiders tot ruiming in dienst te nemen;

de klagten over werkeloosheid, welke den druk der openbare meening op die besturen, om dergelijken maatregel te nemen, vermeerderen en ook overigens overheid en particulieren nopen tot maatregelen van werkverschaffing: keien kloppen en grind graven b. v. in het

noorden; schoolpantoffels maken en allerlei voorwerpen herstellen tot bruikbaarheid voor behoeftigen te Amsterdam;

en het ongeluk op de Teutonia te Rotterdam, waarbij vier werklieden zijn omgekomen en twee deerlijke brandwonden hebben bekomen. Het berigt daaromtrent in de bladen komt hierop neder, dat de eigenaars dier vrachtboot, de heeren MULLER en C°., in de piek daarvan eenig werk hadden doen verrigten, waarbij teer en een kaarslicht gebezigd werden. Op het oogenblik waarop vier mannen, een met de teer en het licht voorop, langs eene ladder naar het dek stijgen, valt het licht in den teeremmer, die in brand geraakt: in zijnen schrik laat de voorman den emmer los en het gevolg is doodelijke brandwonden voor een zijner volgers; dood door verstikking van drie mannen, aanwezig in de ruimte beneden, omdat in die ruimte een (spoedig bedwongen) brandje ontstaat; bovendien zwaar ligchamelijk letsel van de twee overigen.

Laat ik met de toepassing van dit laatste feit beginnen.

De werkgever is naar art. 1403, lid 3, aan de twee gewonden zelven en aan de nageblevenen der vier bezwekenen *volledige* schadevergoeding schuldig; als grond dier verpligting beschouwt de wet (zie mijn vorig opstel) zijne culpa in eligendo van den werkman, die eerst de kaars in den teeremmer liet vallen, en toen den brandenden inhoud zoo noodlottig losliet. M. a. w., hebben bij dien werkman bestaan tekortkomingen, welke door MULLER & Co. *hadden moeten en kunnen zijn voorzien:* welke? Ten aanzien van de kaars eene alledaagsche onhandigheid; ten aanzien van den emmer een gemis van niet alledaagsche tegenwoordigheid van geest. Iets laten vallen of omgooien, het evenwicht eens

verliezen en dergelijke zijn onbeholpenheden, die aan elk gewoon mensch — gewoon ook in den zin van *niet* zeldzaam plomp of onbesuisd — af en toe overkomen. En ook met den fel ontvlammenden emmer deed de man datgeen, wat bijna ieder in zijn geval gedaan zou hebben: alleen een buitengewoon beraden en eigen gevaar trotseerend man zou, ten koste desnoods van zijn eigen hand, dat voorwerp tot op het dek gebragt hebben. De verantwoordelijkheid van den werkgever bepaalt zich dus niet hiertoe, dat hij zich vergewisse van *gewone* bekwaamheid in en *gewone* omzichtigheid bij den arbeid, waartoe hij zijne aangestelden bezigt, maar zij strekt zich uit tot de aanwezigheid van *buitengewone* eigenschappen. Hoe zal de werkgever achter de buitengewone eigenschappen komen, wanneer kennis van de gewone eigenschappen bij zijne ondergeschikten al grenst (gelijk mijn vorig opstel aanwees) aan het voor hem onbereikbare? En hoe zal, indien ook voor gene door hem moet worden ingestaan, in *zijne* behoefte aan werkkrachten, in des arbeiders behoefte aan werk voldoende worden voorzien?

De zooeven gestelde vragen zijn van regtstreeksche toepassing op de sneeuwopruiming en de werkverschaffing. Aan beide maatregelen is verantwoordelijkheid, zelfs voor onderlinge beschadiging der in dienst genomenen, en daardoor niet geringe risico verknocht. Een risico van te meer beteekenis, omdat als regel de in dienst genomenen niet zullen behooren tot de bekwaamsten en handigsten: op toevloed van personen *beneden* het gewone peil dient te worden gerekend. En nog een factor (die ook in zake Teutonia geldt) komt voor den omvang dier risico in aanmerking. Wanneer door de schuld van eenen straatreiniger of keienklopper een voorbijganger of een naast hem staande kameraad ligchamelijk letsel bekomt, is de schadevergoeding, waartoe de dader ver-

oordeeld zou kunnen worden, naar art. 1407 B. W. evenredig ook aan ZIJN stand en fortuin, maar de hierin gelegen beperking geldt niet voor de actie tegen den „meester". De gemeente, het commissielid, dat welbezien door bloote *fictie* als „schuldig door onvoorzigtigheid" wordt aangemerkt, zal regtens en feitelijk *zwaarder* bloeden dan de onbetwistbaar schuldige! Zeer aanmoedigend gewis, vooral voor particulieren, om aan pogingen tot werkverschaffing deeltenemen.

II.

Het geschrift, hetwelk ik op het oog heb, is het proefschrift, den 2n Julij 1895 te Amsterdam verdedigd door Mr. HERMAN VAN LENNEP: „Onderzoek naar den „regtsgrond der aansprakelijkheid van schade, door „ondergeschikten veroorzaakt". Een proefschrift, volgens DR(UCKER?), in Rechtsg. Magazijn van 1896, blz. 348—351, aantrekkelijk van vorm, levendig van stijl, gekruid door gelukkig gekozen voorbeelden en bovenal zich onderscheidend door zijnen gezonden, frisschen geest. „Het „moderne regtsbewustzijn staat bij onzen schrijver hooger „dan de overgeleverde begrippen". Redenen te over om, nu ik tot mijn leedwezen verleden jaar geen acht heb kunnen slaan op zijne poging tot verklaring van het regtsinstituut, omdat zijn geschrift mij toen onbekend was, een kort kritisch onderzoek daarnaar in te stellen.

Een primum verum voor Mr. v. LENNEP is, dat de tegenwoordige tijd *behoefte* heeft (p. 92) aan eene algemeene verantwoordelijkheid der meesters voor de onregtmatige handelingen hunner ondergeschikten, en dat die verantwoordelijkheid tevens een eisch is van het moderne *regtsbewustzijn* (p. 94). Of die vooropgestelde behoefte

werkelijk bestaat, behoef ik voorloopig niet te onderzoeken, omdat schrijver *regtvaardiging* van die behoefte verlangt en wegens *onvoldoende* regtvaardiging de zes door hem onderzochte stelsels ondeugdelijk verklaart. Als Mrs. Belinfante, Thorbecke, Hartogh en (jure constituendo) Moens in het *algemeen belang* den grond der wettelijke aansprakelijkheid zien, oordeelt Mr. v. Lennep deze verklaring al heel weinig bevredigend: niet alleen omdat het geheele regt dient tot bevrediging van het algemeen belang (p. 84/85), maar kennelijk ook omdat hiermede aan het *regts*-bewustzijn niet voldaan is. Er *is* een schuldige aan de schade, daar zonder schuld van den werkman, die de schade toebragt, de beschadigde geene aanspraak zou hebben op vergoeding; dien *schuldige* wijst het gemeene regt der artt. 1401/1402 aan als tot de vergoeding gehouden; wanneer den derde veroorloofd wordt om zich te verhalen op een ander, die daaraan *geen* schuld heeft (want al de vormen der schuldtheorie van den meester verwerpt Mr. v. Lennep), dan moet daarvoor toch eenige redelijke en billijke grond zijn, of „modern" zou wezen een regtsbewustzijn à la Cajaphas: wat de pro tempore magthebber nuttig oordeelt strookt met de regtvaardigheid. En van *dit* standpunt wil dan ook schrijver zijne eigene theorie beschouwd hebben. Immers als (p. 100) zij wil dat „hij, die de vruchten van de werkzaamheid plukt, „ook de daarmeê verbonden nadeelen voor zijne rekening „neemt, en niet die geheel er buiten staat: die, regt„streeks door de schade getroffen, gewoonlijk geen ver„haal kan uitoefenen op den meestal onbemiddelden „dader" — dan eischt zij dat op den uitdrukkelijken grond, dat het *regtvaardig* is.

In dit stelsel komt blijkbaar alles aan op den aanhef der formule: het *profijt* van den meester, naar hetwelk

Mr. v. Lennep zelf dat stelsel de *profijttheorie* noemt; want dat iemand, die geen schuld aan de schade heeft, tot vergoeding daarvan zou mogen worden veroordeeld omdat waarschijnlijk hij aangesprokene tot die vergoeding in staat is en de schuldige niet, lijkt veel meer op eene brutale *ontkenning* dan op de toepassing van regt en billijkheid.

Het *profijt* van den meester — of meer in het algemeen den aansteller, den préposant, bij de verrigting van den préposé (art. 1384 C. C.) — zal dan aan de aansprakelijkheid van den eerste haren regtsgrond verschaffen, omdat „de hem bepaaldelijk opgedragen taak (dan toch wel „degelijk) volbracht wordt in diens (des meesters) onmiddelijk belang". Maar de werkverschaffing schiet al dadelijk bres in de algemeenheid van dezen regtsgrond. Zoowel het doel als de geldelijke uitkomst van alle *relief works*, gelijk er thans op groote schaal in Britsch-Indië aan den gang zijn, stempelen die tot opdragten in het belang van den *aangestelde*. Als een oude ondergeschikte in dienst wordt gehouden op het vroegere loon, ofschoon de verrigte arbeid niet veel meer is dan een schijntje, hetwelk den man spaart voor het gevoel dat hij genadebrood eet: bij wien is het profijt? Toen de groote locomotievenfabriekant Borsig te Berlijn de woede van zijne arbeiders over de sluiting der fabrieken in toejuiching deed verkeeren door het bewijs uit zijne boeken, dat hij om hun dien slag te besparen vijf jaren lang *met verlies* had gewerkt, welk licht ging toen over des meesters „profijten" op? Heeft het Amsterdamsche kapitaal niet, uit medelijden met het duizendtal daar te werk gestelden, de groote fabriek (thans van Werktuigen en Spoorwegmaterieel) op Kattenburg jarenlang staande gehouden door leeningen, waarvan men heel goed wist dat zij zelfs voor speculatiefonds niet goed genoeg waren? En naast

deze groote voorbeelden staan eene menigte kleine (1).

Daaruit volgt voor Mr. v. LENNEP's constructie minstens, dat zij alleen dienst kan doen als grondslag voor eene *presumtie* van aansprakelijkheid van den préposant, welke behoort te wijken voor tegenbewijs. Dan echter levert zij niet meer datgene, wat de ontwerper zelf haar ten eisch stelt: de regtvaardiging der *algemeene* verantwoordelijkheid van de meesters, die volgens hem eene behoefte is van den tegenwoordigen tijd. Het groot aantal faillissementen, waaraan een tijdperk van werken met verlies voorafging, bewijst o. a., hoe vaak de uitzondering op den regel zou kunnen worden ingeroepen.

Er is meer, nog daargelaten de m. i. ware, reeds in mijn vorig opstel aangewezen oplossing van de vraag, wie belanghebbende bij den verrigten arbeid geweest is.

Vooreerst dat men in dit stelsel breken moet met de gansche jurisprudentie, welke den meester verantwoordelijk stelt vooral hetgeen bloot naar *aanleiding* — in tegenstelling met ter oorzake — van de opdragt is voorgevallen. Want het profijtstelsel berust, naar wij zagen, op 's meesters belang bij diens bepaalde opdragt; slechts datgene, wat in regtstreeksch verband staat tot hare vervulling, kan tot den kring van 's meesters belang daarbij gerekend worden, ten schade gelijk ten bate. Gesteld op het vinden van eenen schat bestond geene bijzondere wetsbepaling, zou men dan zeggen: de tuinmansknecht, die bij zijn werk dien schat opgroef, was door zijnen meester belast met het door dezen aangenomen tuinwerk, en dus is ook dit profijt regtvaardig-

---

(1) Nog onlangs schreef een *werkmansvriend* onder de groot-industrieelen (H. FREESE: Fabrikantensorgen, Eisenach 1896 p. 25): wie oft Ehre und Ansehen den Unternehmer genötigt haben den Betrieb aufrecht zu erhalten, als die Marktverhältnisse ihn längst nötigten ihn einzuschränken, weisz der Arbeiter nicht».

heidshalve voor den préposant? Wanneer men eene vondst losmaakt van de opdragt, al werd de vondst à l'occasion daarvan gedaan, dan moet men eenen diefstal, waartoe de knecht door die opdragt gelegenheid kreeg, óók losmaken van de opgedragen verrigtingen.

Dan, dat de profijttheorie dwingt tot onderzoek, of het belang ook *elders* schuilt dan bij den meester. Als iemand bij plotseling ongeval aan den apotheker telephoneert om een geneesmiddel, of bij gelegenheid van eene partij aan zijnen leverancier om eene vergeten benoodigdheid, met verzoek van illico bestelling per rijwiel: wie, de verkooper of de kooper, heeft het profijt van den spoed gehad, zoo de bezorger met zijn rijwiel een ongeluk veroorzaakt? In eene zaal, waarin het concert van eene orkestvereeniging plaats heeft, brengt de onhandigheid van eenen ondergeschikte eene ramp teweeg: bij wie was het profijt? De eigenaars der zaal trokken huur, de concertgevers beurden entrée; en heeft ook het publiek niet „geprofiteerd?" Het vond bevrediging van zijne begeerte naar uitspanning of kunstgenot: is *immateriëel* profijt uitgesloten? De vraag mag te eer gesteld worden, omdat hier dat profijt reeds vooraf zijne waardering op geld heeft gevonden in den toegangsprijs.

Haast zou ik zeggen, dat Mr. v. Lennep ons in een cercle vicieux doet draaien. Reeds omdat niet meer naar regtvaardiging van de algemeene aansprakelijkheid des meesters gezocht behoeft te worden, indien die aansprakelijkheid, gelijk hij vooropstelt, een eisch der regtvaardigheid is. Hangt daarentegen het bewijs van die regtvaardigheid nog in de lucht, dan moeten wij art. 1403 lid 3 ons voorstellen als *nog niet bestaande*: en wat blijft er dan over van het probleem, zooals schrijver ons dat uiteenzet? Met vermaning om ons de zaak toch goed voor te stellen, beweert hij (blz. 101) dat een *strijd van*

belangen tusschen twee onschuldigen te beslechten is: die van eenen door schuld van den préposé beschadigde en die van den préposant, terwijl de beschadiger niet meêtelt, omdat hij buiten magte is de gevolgen zijner schuld te vergoeden. Eilieve: belangen van den préposant? in *dezen* stand van de zaak, d. w. z. art. 1403 nog weggedacht, heeft *hij* met het voorval niets te maken. Daarentegen maakt gij, door het wetsgebod dat hij de schade vergoeden zal, dien préposant tot beschadigde en heft [door middel van die vergoeding] de schade van het feitelijke slagtoffer op — schept gij eenen *fictieven* beschadigde en stelt dien in de plaats van den waren. Maar tot op de tusschenkomst der wet staat de zaak, in plaats van tusschen de „twee onschuldigen", tusschen den beschadigde en den persoon dien onze schrijver mir nichts dir nichts daarbuiten schuift: *den auteur der beschadiging*; tot op dàt oogenblik is het eene open vraag in hoeverre de omstandigheid, dat laatstbedoelde meestal zijne verpligting om te vergoeden *niet zal kunnen vervullen*, grond oplevert voor eenige wettelijke voorziening. En ligt niet de vraag, welke beteekenis de solvabiliteit van den schuldenaar voor den wetgever heeft, klaarblijkelijk buiten de sfeer van het *burgerlijk* regt?

Ook de profijttheorie blijft dus ver van de oplossing der drie termen van het vraagstuk der verantwoordelijkstelling van een ander, dan dengeen, die schuld heeft aan de schade:

a. waarom juist in het geval, dat een *préposé* de schuldige is?

b. Waarom dan X verantwoordelijk gesteld?

c. Waarom niet Y?

En het getob met dit vraagstuk zal m. i. onoplosbaar blijven, zoolang men zich niet plaatst op het standpunt door mij een en andermaal ontwikkeld: dat degeen die smeedt, timmert, weeft, manipuleert, dat doet als *eigen*

bedrijf, onverschillig of hij werkt voor eigen rekening, loontrekkende thuiswerker is, of loontrekker in de inrichting van eenen ondernemer. Die met een onbevangen oog de profijttheorie aanziet, zal naar mijn oordeel tot de slotsom komen, dat haar kern is de *ontkenning* van dat standpunt, en haar vorm een toiletje, om het zoo eens uittedrukken, van die ontkenning. Maar dan is het peuteren der civilisten aan dit onderwerp noodzakelijk onvruchtbaar. Want dan is civielregtelijk er evenmin reden om eenen derde te doen boeten voor de schade die *deze* man aanrigt in zijnen werkkring, als wanneer iemand anders dat doet in zijn bedrijf. Dan is een economisch vraagstuk op te lossen; dan verdwijnt het dus van de agenda van het burgerlijk regt, op 't gebied waarvan het eene crux is en dat blijven moet. Dan worde het voor goed verwezen naar de staathuishoudkundige, zoo men wil de sociaalpolitische werkplaats, alwaar het arbeiden daaraan vruchtbaar kan zijn: de civilist kan zijn tijd en moeite beter besteden.

Met deze laatste opmerking verschaf ik mij goed gezelschap. Want tot de slotsom, dat *indien* werkelijk bestaat de behoefte aan algemeene verantwoordelijkheid van den meester, die Mr. v. Lennep beweert, het een onderwerp is van *socialpolitische* wetgeving, komt ook Prof. Land in zijn jongste werk (1). Onder de gewigtige verdiensten van dezen (na mijn vorig opstel verschenen) arbeid reken ik, dat de hoogleeraar op die stelling een zoo krachtig licht heeft doen vallen. Het ondoordacht overnemen van regtsregels, ontstaan onder en misschien geregtvaardigd in eene gansch andere maatschappelijke organisatie, heeft aan de aansprakelijkheid van den

(1) Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad. (Haarlem 1896) blz. 165/166 en 186.

meester eene plaats verschaft in den Code Civil; toen zij dientengevolge deel uitmaakte van de moderne *civiele* regtsinstellingen, moest zij natuurlijk ook, zoo goed en kwaad het ging, civielregtelijk verklaard worden. Op zulk eene verklaring ging, na velen, Mr. v. LENNEP uit; hij is, naar ik meen te hebben aangetoond, niet geslaagd; maar tevens volgt uit het voorafgaande, dat hij niet slagen *kon*, omdat op civielregtelijk gebied hier geen ander dan knutselwerk te leveren is. Door zijne scherpzinnige kritiek op de zes vroegere theoriën heeft hij zelf een goed deel van het bewijs dier onmogelijkheid geleverd en opruiming helpen houden in den warwinkel. Dat is nuttig, want zonder die opruiming wordt het vraagstuk niet in zijne ware gedaante onder de oogen gezien. Nuttig, *mits* men de algemeene aansprakelijkheid van den patroon erkenne als een vraagstuk, dat van sociaalpolitisch standpunt van meet af aan dient te worden onderzocht, en haar niet uitgeve voor een primum verum van *uitgemaakte* behoefte en *vaststaanden* eisch van regtvaardigheid. Bij zulk onderzoek van meet af aan zal men niet alleen bespeuren dat ook deze vraag een onderdeel vormt van den grooten strijd tusschen individualisme, en collectivisme, maar tevens dat met het antwoord daarop nog al wat is gemoeid. Door enkele punten voor zulk een onderzoek aan te stippen doe ik dit blijken.

In de plaats van den gewoonlijk insolventen préposé wordt een ander aansprakelijk gesteld, *quia solvent:* naar geldend regt de préposant. Maar hoe, indien die eens evenmin solvent is? Er zijn ook wrakke, er zijn zelfs failliete meesters, wier bedrijf desniettemin niet stilstaat. Het geval is zoo weinig eene *quantité négligeable*, dat het zelfs een hoofdargument is geweest om op het Duitsche Haftpflichtgesetz, drie jaren later, te doen volgen de Unfallversicherungswet met hare organisatie van Berufs-

genossenschaften, om den werkman (of zijne nagelaten betrekkingen) *zekerheid* van schadeloosstelling voor een beroepsongeluk te geven (1). Zal men dan uit dien hoofde de *gezamenlijke* werkgevers, in den vorm van eene gedwongen vakvereeniging of eenigen anderen vorm, aansprakelijk gaan stellen voor de schade, die werklieden toebrengen in (ook ter gelegenheid van?) de uitoefening van hun bedrijf? Doch argumenten van regtvaardigheid om onder alle omstandigheden den werkgever voor de daad van zijnen werkman aansprakelijk te stellen konden wij bezwaarlijk vinden; slechts het algemeen *belang*, dat zulke schade vergoed worde, levert eenen ver genoeg strekkenden grond daartoe. Indien de regtvaardiging ten aanzien van den individueelen préposant ontbreekt, ontbreekt zij natuurlijk nog veel meer ten aanzien van zijne bloote vakgenooten; indien in een *algemeen* belang moet worden voorzien, wáárom de uitoefenaars van een bepaald vak tot die voorziening geroepen? Mij dunkt dat alsdan voor de veelgeliefde uitbreiding van „pligten der gemeenschap" hier grond aanwezig zou zijn.

De „gemeenschap" garant van de (niet contractueele) schade, die iemand lijdt door de schuld van een werkman? Onmiddellijk rijst dan de vraag, of die garantie zich tot schuld van *werklieden* (2) moet bepalen. Ook anderen kunnen culpoos derden beschadigen; die anderen kunnen eveneens buiten magte zijn om de schade te

---

(1) Denzelfden dienst doet de mogelijke insolventie van den meester in de toelichting van het zooeven verschenen Nederlandsche wetsontwerp. Eveneens slaat dit, door zijn artikel 34, de schade over de gezamenlijke werkgevers om. Men beschouwe mijn opstel niet als poging tot kritiek van dat voorstel: het was zoo goed als gereed bij de verschijning daarvan, en voor zulk eene kritiek zou het héél anders moeten zijn aangelegd.

(2) Dat deze uitdrukking niet berust op begripsverwarring met het verzekeren der werklieden zelven, blijkt uit hetgeen ik laat volgen over de onmisbaarheid van een regresregt op den schuldige aan de beschadiging.

vergoeden; er zijn schaden denkbaar, waarvan de vergoeding buiten bereik zelfs van het grootste fortuin ligt. Indien de brand van Hamburg of Chicago eens door iemands bewijsbare schuld ontstaan was, welke Croesus zou dan *solvente* schuldenaar zijn? Volgt men deze gedachtenlijn, dan wordt de Staat eigenlijk verzekeraar van al zijne burgers (1) tegen de hun buiten contract toegebragte schade; op nieuw en in beginsel aanzienlijk (of is het denken daaraan verwerpelijk doctrinarisme?) wordt dan de grens der gemeenschap, welke Staat heet, wijder getrokken.

Garant, zeide ik. Want in het vermoedelijk onvermogen van den bewerker der schade ligt de [noodzakelijk *sociaalpolitische*] grond om op anderen haar verhaal te zoeken. Daarin zou aanleiding zijn om slechts subsidiaire aansprakelijk-stelling te scheppen, gelijk die van den borg onder voorregt van uitwinning. Welligt evenwel verkiest men op praktische gronden — het ontgaan van onvruchtbare gedingen — de principale verantwoordelijkheid. Maar zal niet de schromelijkste zorgeloosheid worden aangekweekt, dan moet de principaal verantwoordelijk gestelde kunnen terugtasten op hem, wiens schuld de schade heeft veroorzaakt, gelijk naar onze wet de meester treedt in het regt van den beschadigde (2). Zou evenwel met zulk een regresregt

---

(1) En, bij gebreke van eene uitzondering op art. 9 A. B., ook van de op zijn grondgebied vertoevende vreemdelingen.

(2) Dat niet ten onregte deze bedenking wordt gemaakt, schijnt zijdelings te blijken uit de ondervinding in Duitschland vóór en na de Unfallversicherung. Terwijl het cijfer der ongelukken met doodelijken afloop bleef op ongeveer 0.7 per duizend verzekerden, en de ongelukken met blijvende *algeheele* ongeschiktheid tot arbeid zelfs van 0.46 tot 0.43 daalden, stegen de ongelukken, uitloopende op blijvende *gedeeltelijke* ongeschiktheid, van 1.13 in 1886 tot 4 per duizend verzekerden in 1893, en de gevallen van tijdelijke ongeschiktheid gedurende meer dan drie maanden van 0.59 tot 1.3. Overeenkomstige klagten en cijfers over 1890—1894 levert Oostenrijk. Dit

dit groote bezwaar zijn ondervangen? Reeds nu wordt de Staat niet ten onrechte de lankmoedigste der werkgevers genoemd: wat een bijzonder ondernemer teregt niet van zijne menschen duldt, wordt in den dienst der overheid door de vingers gezien, ja die overheid heeft het bij velen erg hard te verantwoorden in de zeldzame gevallen, waarbij zij iets strenger optreedt. Zal, in een stelsel van vergoeding uit de algemeene kas onder bevoegdheid van den Staat tot verhaal op den dader, de stroom des tijds het gebruikmaken van die bevoegdheid en dientengevolge de vrees voor hare uitoefening niet bedenkelijk beperken? Deze vraag is van te meer gewigt, omdat het stelsel een hoofdmotief van voorzigtigheid onder de werklieden toch al grootendeels opheft: ontslag wegens onregtmatige beschadiging van derden hebben zij weinig meer te duchten, als de aansprakelijkheid van hunnen werkgever jegens die derden uit de wet verdwijnt. Of *geen* regresregt tegen economisch zwakken, en dientengevolge — opdat geen ongelijkheid voor de wet ontsta — tegen niemand? Tenzij bij volbloed socialisten zal daartegen toch wel gelden dat vergoeding van Staatswege, d. i. uit de belastingpenningen, neêrkomt op

---

verschijnsel houdt verband met het slappe regresregt (§ 95 Unfallges) der Duitsche Berufsgenossenschaften, die verhaal tegen den patroon alleen kunnen ontleenen aan een *strafvonnis*, waarbij opzet of nalatigheid ten zijnen laste is aangenomen; evenals de strafregtelijke repressie werkt het correctief, dat de patroonsvereeniging voorzorgsmaatregelen in de werkplaatsen kan voorschrijven en op de naleving daarvan toezigt houden, feitelijk slechts tot voorkoming van de groote ongelukken.

Ik behoor echter aan te stippen, dat de nieuwste rijkswetten heel wat verandering zullen scheppen. De sinds 1 Jan. geldende nieuwe redactie der Gewerbeordnung stelt (§ 120*a*) de industrieele ondernemers aansprakelijk voor de gevaren van leven en gezondheid, uit de inrigting der werkplaatsen en de regeling van het bedrijf voor de werklieden voortvloeijend; met 1900 zal deze aansprakelijkheid als goed huisvader krachtens § 618 van het nieuwe burgerlijk wetboek algemeen zijn jegens alle arbeiders.

betalen door hen, die het hebben, voor hen die het niet hebben. De denkende staatsman mag nooit uit het oog verliezen, dat de gemeenschappelijke schatkist het product is van *gedwongen goederengemeenschap* — dat uitbreiding van staatsplichten feitelijk wil zeggen: *uitbreiding* van die gemeenschap — en hij heeft zich aftevragen, of zulke uitbreiding los van elk beginsel ons niet brengt naar het punt, waar handhaving van den privaateigendom niet meer de moeite waard wordt.

Deze laatste opmerking voert mij terug tot het boek van Prof. LAND. Mijn vorig opstel, hem blijkens zijne voorrede ter hand gekomen na den druk zijner Beschouwingen, geeft hem aanleiding om met den hoofdinhoud van dat stuk instemming te betuigen, doch de vrees uittespreken dat wij art. 1403 lid 3, bij gebrek aan beter en om nòg grooter onbillijkheden te ontgaan, wel zullen moeten behouden. Ook als die bepaling naar 's Hoogleeraars eigen woord *schromelijk* onbillijk is en de „nòg grootere onbillijkheden" wachten op aantooning? Want het bewijs *ontbreekt nog steeds* aan de stelling, dat aansprakelijkheid van een ander dan den dader eene maatschappelijke behoefte en een eisch van regtvaardigheid zou zijn. Geene dergelijke algemeenheid beamen dan op *afdoend* betoog is meer dan ooit noodig, om aan de onmogelijkste eischen te ontkomen.

III.

Is het eene ijdelheids-begoocheling, wanneer ik de waardeerende beoordeeling van mijn vorig opstel door „ALESTES" in de *Haarlemsche Courant* van 19 Augustus 1896 toeschrijf aan eenen niet-vakgenoot? Dan zou dat opstel in een vaktijdschrift ook buiten den kring der juristen eenige aandacht hebben getrokken.

Hoe dit zij, mijne kritiek van het geldende regt vindt instemming bij den schrijver. In afwachting van „radicale hulp tegen het euvel" tracht hij een middel aantegeven om „den toestand dragelijker te maken" door te vragen, waarom de patroon zich niet daar tegen zou verzekeren?

Eenen vorm hiervoor acht ALESTES wel te vinden en het bezwaar, dat voorloopig alle gegevens voor eene soort statistiek ontbreken, heeft immers het opkomen van andere takken van verzekering niet verhinderd: laten dus (zegt hij) de deskundigen der verzekeringstechniek aan het werk gaan.

Dat ook op dit gebied de gedachte aan verzekering wordt uitgesproken, zal wel niemand verwonderen: want langzamerhand meent men met dat woord bijna elk sociaal bezwaar te kunnen oplossen Maar mag het hier gelden als „erlösendes Wort"?

Principieel zeker niet. Wat is, uit een financieel oogpunt, verzekeren tegen zekere schaden anders dan de af en toe vallende schadeposten *omslaan* over zekere tijdsruimten en personen? Het totaal daarvan wordt om zoo te zeggen gesneden in een groot aantal gelijke mootjes, waarvan *ieder* verzekerde *ieder* jaar er een of meer voor zijne rekening neemt. Maar dàn alleen is dat omslaan geregtvaardigd, wanneer het dragen zelf van de schade door hem, over wien ze verdeeld wordt, geregtvaardigd is. Ontbreekt, gelijk ik heb trachten aantetoonen, de regtvaardiging om de meesters (préposants) te belasten met de schade, welke hunne ondergeschikten aan derden berokkenden, dan kleeft eene principieele fout aan den regtstoestand, die de meesters noopt om zich tegen zulke schadeposten te verzekeren.

Praktisch dan? m. a. w. zou de gelegenheid tot ver-

zekering de slechte werking der wet dragelijker maken? Ook daaraan hapert m. i. veel.

Alreeds het door ALESTES zelven vermeld gemis van alle statistiek weegt hier zwaar. Want haar gemis maakt de premieberekening tot eenen greep in het duister. Is deze te laag gesteld, dan kan de verzekeraar het niet houden, en heeft dus de verzekerde eene uitgaaf gedaan om *niet* verzekerd te wezen! Een overwegend belang van den verzekeraar, waarbij tot op zekere hoogte ook het belang des verzekerden betrokken is, drijft genen dus om de premie liever *te hoog* te stellen. Doch wordt de toestand *dragelijker* voor den meester, wanneer deze zich aan de gevolgen der slechte wet alleen kan onttrekken door te betalen *boven* zijn risico? En dat risico is, naar de zoo juiste opmerking van ALESTES zelven, vrijwel onbegrensd, daar het omvat *alle mogelijke* onheil door de schuld van eenen ondergeschikte (bij diens arbeid) over *alle mogelijke* derden gebragt: hoe hoog moet de premie dan wel loopen? Wel laat het zich begrenzen door het bedrag (maximum) der verzekering volgens art. 256 n°. 4 K. laag te stellen, maar hoe lager men dat stelt, hoe geringere *verzekerdheid* verkregen is.

Buitengewoon hoog zal de premie dan nog moeten wezen bij elke buitengewone behoefte aan arbeidskracht: voorbeelden zijn de schoonmaaktijd bij haast alle ambachten; eene werkstaking als van de Rotterdamsche en Hamburgsche bootwerkers; rampen als b.v. watersnood; of maar een dood gewoon natuurverschijnsel als de sneeuwval. Want in al die gevallen worden veel onbekenden en onrijpen in dienst genomen. Een extra-druk die zich *uitermate* zal doen voelen, zoodra philanthropische overwegingen eene rol spelen bij de tewerkstelling, gelijk bij werkverschaffing: in die mate dat m. i. de aan-

geprezen remedie tegen het euvel van art. 1403 al. 3 erger zal blijken dan dit euvel zelf.

Ziehier enkele bezwaren, onafscheidelijk van het *beginsel zelf* der verzekering en dus door geen talent van verzekeringstechniek op te lossen.

Voor goed naar ik hoop neem ik hiermeê afscheid van art. 1403 lid 3. Ik wensch, meer dan ik hoop, dat elk beoefenaar van ons burgerlijk regt binnen niet al te langen tijd hetzelfde doen kunne.

A. P. Th. Eyssell.

Beschouwingen over de uitvoering van de artikelen 140 *en* 145 *der Grondwet, Academisch Proefschrift van* G. G. VAN DER HOEVEN, (E. J. BRILL, Leiden, 1896).

In een goed geschreven proefschrift bespreekt de schrijver een belangrijke staatsrechtelijke quaestie en levert daardoor een bijdrage tot de interpretatie van de artikelen 140 en 145 der thans geldende grondwet.

In een eerste Hoofdstuk geeft de heer V. D. HOEVEN een overzicht van de geschiedenis der genoemde artikelen, behandelende 's konings macht om besluiten van provinciale en gemeentebesturen, die met de wet of het algemeen belang in strijd zijn, te vernietigen. Hij doet daarbij uitkomen, dat reeds de Negen Mannen in 1844 een redactie voorstelden, zooals die in 1887 ten slotte in de grondwet van dit jaar is aangenomen. Terwijl in de grondwet van 1848 geheel onbepaald van 's konings vernietigingsrecht sprake was, wordt in die van 1887 de bepaling gevonden dat de desbetreffende macht des konings door de wet behoort te worden geregeld. De bedoeling was, om aan het vernietigingsrecht te onttrekken de besluiten van Gedeputeerde Staten over zaken, waarvan hun de beslissing behoudens hooger beroep is opgedragen, m. a. w. om in aansluiting aan andere bepalingen der nieuwe grondwet ook hier de zelfstandigheid van den administratieven rechter te waarborgen.

In een tweede hoofdstuk gaat de schrijver na den aard en de strekking der grondwettelijke voorschriften over het vernietigingsrecht. In de eerste plaats houdt hij zich met

de vraag bezig of de opdracht aan den koning facultatief of imperatief is. Naar zijn inzien behelst het artikel èn naar de letter èn naar zijn geschiedenis een stellige opdracht aan den koning, hetgeen hij in bijzonderheden aantoont. Vooral het historisch betoog is hier klemmend. Reeds de staatsregeling van 1805 gaf in art. 63 het vernietigingsrecht aan den Raadpensionaris; in art. 91 der grondwet van 1814 wordt de redactie bijna woordelijk overgenomen en wel wordt in 1815 de redactie vereenvoudigd, maar de strekking blijft dezelfde. Ook art. 133 der grondwet van 1848 is even absoluut. En in 1887 wilde men vóór alles vooropstellen dat men aan 's konings macht niet zoude tornen; zoo handelt art. 140 over hetzelfde koninklijk vernietigingsrecht, maar alleen met dit verschil, dat de wetgever thans in het belang eener administratieve rechtspraak dit recht mag beperken.

Ook uit de in 1887 gevoerde discussiën wordt door den schrijver aangetoond, dat niet 's konings recht in twijfel wordt getrokken, maar alleen de omvang zijner macht; zoowel Staatscommissie als regeering spreken van 's konings recht.

Terwijl het derhalve de bedoeling van de artikelen 140 en 145 is, te bepalen, dat de koning de macht heeft, besluiten der staten en gemeentebesturen te schorsen of te vernietigen en dat de wet zal moeten bepalen, hoever hier 's konings macht zal reiken, is het een belangrijke vraag, hoever die inkrimping van 's konings recht gaan kan. Scherp worden dan tegenover elkander gesteld de strijd met de wet en die met het algemeen belang en door een aantal voorbeelden aangetoond wat men onder beide verstaat.

In een derde hoofdstuk bespreekt de schrijver den omvang der wettelijke beperking van 's Konings vernietigingsrecht. De bij besluit van 10 Sept. 1891 inge-

stelde staatscommissie tot voorbereiding der uitvoering van de voorschriften der grondwet aangaande de regeling der administratieve rechtspraak heeft wel gemeend dat het niet op haar weg lag, „de wet te ontwerpen „welke naar het bevel der Grondwet tot regeling van „het Koninklijk vernietigingsrecht vastgesteld behoort te worden", maar zij achtte zich wel gerechtigd tot „het „voorstellen van bepalingen welke de vernietiging wegens „strijd met het algemeen belang niet raken, waarborgen „dat de administratieve rechtsbedeeling niet worde be„lemmerd door besluit tot vernietiging wegens strijd met „de wet". Te recht wijst zij er in haar rapport op, dat onbeperkte uitoefening van het recht van vernietiging wegens strijd met de wet bedenkelijke botsingen tusschen de uitvoerende macht en den administratieven rechter zou kunnen doen ontstaan. De staatscommissie heeft derhalve gemeend te dien aanzien in het bij haar rapport gevoegd ontwerp van wet tot regeling van de bevoegdheid van het administratief hooggerechtshof een bepaling te moeten opnemen, die als volgt luidt:

„De besluiten van eenig openbaar bestuur met uitzon„dering van de verordeningen en reglementen bedoeld „in art. 145 al. 2 der grondwet, art. 167 der provinciale „wet en art. 236, 1e lid der gemeentewet worden niet „vernietigd op grond van strijd met de wet, dan nadat „zij zijn geschorst bij een aan het betrokken bestuur „medetedeelen besluit vermeldende, dat de schorsing op „dezen grond geschiedt.

„Gedurende dertig dagen na het ontvangen van deze „mededeeling kan bedoeld bestuur tegen de schorsing „bij het administratief hooggerechtshof in verzet komen.

„Verklaart het hof, dat het besluit geen strijd met de „wet oplevert, dan vervalt de schorsing van rechtswege.

„Van de bevoegdheid om het geschorst besluit op grond

„van strijd met de wet te vernietigen, kan slechts worden „gebruik gemaakt, wanneer òf geen verzet tegen de „schorsing tijdig is aangeteekend òf dit verzet is afge- „wezen.

De schrijver behandelt in de eerste plaats de vraag: is het voorgesteld artikel grondwettig? Moge nu al oogenschijnlijk door deze beperking de koning van de door de grondwet toegekende bevoegdheid geen gebruik kunnen maken, bij nader inzien blijkt, dat de eenige beperking, die het voorgestelde artikel om het recht trekt, deze is, dat de kroon *niet* zal kunnen vernietigen wat de rechter *wettig* oordeelde, en tot die beperking is, meent Mr. v. D. Hoeven, de wet volmaakt bevoegd.

Is de schrijver derhalve van oordeel, dat de voorgestelde bepaling „onaanvechtbaar" (1) is, toch meent hij, dat het artikel *niet* zal brengen, wat de staatscommissie ervan verwacht.

De schrijver wijst er toch op, dat, achtte de staatscommissie het al een *ondragelijke* uitkomst, dat de koning een besluit wegens strijd met de wet zou kunnen vernietigen dat de rechter voor wettig houdt, het al even ondragelijk voorkomt, dat onvernietigd blijft een besluit, dat de koning voor wettig, de rechter voor onwettig houdt.

Zou deze opmerking inderdaad juist zijn? Ik geloof het niet en wel om deze eenvoudige reden, dat wanneer eenmaal de rechter vernietigd heeft, het beroep op den koning niet meer zal baten. Evenmin als in het thans geldende staatsrecht zijn koning en rechter volkomen gelijk en evenals thans de rechter een koninklijk besluit onverbindend kan verklaren wegens strijd met de wet, zal ook de toekomstige administratieve rechter de ver-

(1) Waarom niet het meer Hollandsche *onaantastbaar* gebruikt (zie bl. 40)?

nietiging kunnen uitspreken van een besluit hetwelk door de uitvoerende macht als wettig is beschouwd.

Voorts wordt (op bl. 44 en 45) als een gewichtig bezwaar tegen het voorstel der Staatscommissie aangevoerd, dat, aangezien elk koninklijk besluit volgens ons Staatsrecht de daad is van een onschendbaren koning en een minister, die de verantwoording op zich neemt, en elk door een minister onderteekend kon. besluit den minister door zijn uitvoering en onder de kritiek der Staten-Generaal brengt, in het geval, dat de koning, wat hij volgens het stelsel der Staatscommissie alleen doen kan, vernietigt *overeenkomstig* het oordeel van den hoogsten administratieven rechter, de kritiek der Staten-Generaal, zij moge in naam den minister treffen, daadwerkelijk ook geveld wordt over het oordeel van dien rechter. Zou dat werkelijk te vreezen zijn? Veeleer komt het mij voor, dat een vergadering als de Staten-Generaal zich voortaan zal onthouden van de beoordeeling van beslissingen, waardoor de rechterlijke macht aan de kritiek der uitvoerende macht wordt onderworpen. Blijven de Staten-Generaal zoo binnen de perken der hun toegewezen macht, dan zal van den anderen kant juist de omstandigheid, dat de mogelijkheid bestaat van een dergelijke kritiek heilzaam werken op de beslissingen van de rechterlijke macht.

Daarom komt het mij voor, dat ook dit bezwaar te breed door den schrijver wordt uitgemeten.

Een ander bezwaar tegen het voorstel der Staatscommissie is hierin gelegen, dat art. 145, 2e lid de Staatscommissie belet haar stelsel ook ten opzichte der gemeenteverordening door te zetten. Dit bezwaar komt mij juist voor. De schrijver merkt te recht op dat het bij de toepassing van deze verordeningen en reglementen, waaromtrent een onbelemmerd vernietigingsrecht door de

kroon bestaat, steeds zal kunnen voorkomen, dat de kroon vernietigt, en de rechter de verordening voor wettig houdt.

Terwijl de schrijver derhalve meent, dat de weg, door de Staatscommissie aangegeven niet de goede is, geeft hij tevens in overweging de zaak anders te regelen. Als hoofdvereischte van een dusdanige regeling stelt hij dat over de wettigheid in elk gegeven geval van een besluit of verordening het slechts *één macht* gegeven zal zijn zich uit te spreken. En dan, zoo gaat hij voort (bl. 47), is het eenig natuurlijke, dat wanneer men een onafhankelijken administratieven rechter wil scheppen men dien rechter alleen *alle rechtspraak* toewijze, de kroon echter volkomen vrij late in haar oordeel en haar alleen bevoegd make dat oordeel uit te spreken in alle gevallen waar het geldt een verschil over de competentie van een lager bestuur. Volgens dit stelsel blijft de kroon bevoegd te vernietigen alle verordeningen. Slechts dan, wanneer de kroon zal vernietigen een besluit kan het mogelijk zijn, dat die vernietigingsdaad is een rechterlijke „bezigheid". De quaestie is nu maar, wanneer treedt de kroon bij het vernietigen van een besluit als rechter op. De schrijver merkt op, dat het hoogst moeielijk is daarvoor een algemeene formule te vinden. Zijns inziens zijn de essentieele vereischten voor rechtspraak, dat gegeven wordt, een rechtspraak over het subjectief recht van één of meer partijen. „Het „is duidelijk, dat de kroon, wanneer zij vernietigt een „besluit van de Staten of een gemeentebestuur .... op„treedt als rechter, zij oordeelt dan als 't ware in hooger „beroep; „maar ook dan wanneer de kroon, door een „besluit teniettedoen zelve een beslissing geeft over het „recht dat een bepaald persoon ontleent aan wet of ver„ordening b.v. het besluit van burgemeester en wethouders, „waarbij vergunning tot kleinhandel in sterken drank

„geweigerd wordt, treedt zij als rechter op; nu niet in „tweede, maar in eerste instantie. Alle gevallen waarin „de koning aldus rechtspraak zoude uitoefenen zullen tot „de competentie van den administratieven rechter moeten „worden gebracht. In de overige, waar het geldt een „afbakening van de bevoegdheid der lagere besturen „blijve het vernietigingsrecht in beginsel onverkort. Zoo „verdeeld zullen der kroon de bestuursplichten, den „rechter 's rechters taak verblijven" (1).

De schrijver meent verder, dat de wet aan elken rechter (1) moet ontnemen de bevoegdheid om verordeningen aan de wet te toetsen. Hij herinnert, dat art. 121, lid 2, der grondwet den rechter reeds verbiedt, om nategaan of de wet inderdaad van de bevoegde macht afkomstig is; dat art. 150 der gemeentewet den rechter verbiedt te beslissen, of de gemeenteraad getreden is op het terrein van den Rijks- of provincialen wetgever (3).

Is het nu vreemd, zoo vraagt hij, nog een stap verder te gaan in die richting en den rechter, ook wanneer de machtsoverschrijding tegen de uitdrukkelijk aan de gemeente gestelde grenzen in geschiedt, het toetsingsrecht te ontnemen? (4) „Elke verordening heeft het vermoeden „voor zich rechtmatig te zijn. Welnu, men bepale, dat „zoolang zij niet door schorsing of vernietiging werd „getroffen, de rechter haar zal hebben toe te passen, om „het even, wat hij over de wettigheid mocht denken." Alle bezwaren zullen alsdan zijn opgeheven en het zal niet meer voorkomen, dat men krachtens dezelfde verordening door den strafrechter gestraft wordt, terwijl de administratieve rechter iemands goed recht erkent. Ook

(1) Bl. 51.
(2) Den administratieven niet alleen.
(3) Vgl. de M. v. T. op de 2e zinsnede van art. 150, bl. 52.
(4) Bl. 53.

's konings en 's rechters houding zullen dan moeten geregeld worden ten opzichte van *besluiten* van Provinciale en Gedeputeerde Staten, Gemeenteraad en Burgemeester en Wethouders in dien zin, dat aan den koning de beslissing over de geschillen der lagere besturen, aan den rechter rechtspraak blijft opgedragen. Een algemeene formule is niet te geven; de schrijver meent dan ook hier de door de Staatscommissie gevolgde opsommingsmethode te moeten aanbevelen. En de leidende gedachte moet daarbij deze wezen, dat het slechts dan rechtspraak geldt wanneer een oordeel wordt gegeven over het recht, dat een bepaald persoon aan wet of verordening ontleent of meent te ontleenen. Bevat het besluit zelf dergelijke decisie, dan moet vernietiging onmogelijk zijn, maar ook dan, wanneer een besluit schendt het recht van een bepaald persoon, zal vernietiging niet behoeven te volgen. Deze stelling wordt dan door een aantal voorbeelden toegelicht (1). Ziedaar het stelsel in hoofdzaak ontvouwd, hetwelk volgens den schrijver aan het vernietigingsrecht wegens strijd met de wet ten grondslag zou moeten gelegd worden.

Daargelaten nu of het doel van den schrijver: scheiding der bevoegdheid van de kroon en van den administratieven rechter, geheel zou worden bereikt, is het groote bezwaar tegen zijn stelsel, dat men hier de macht van den rechter verkort, hem verbiedt in menige gevallen volgens de wet recht te spreken. Immers, in schrijvers gedachtengang ligt het, dat, wanneer de rechter een verordening ter toepassing krijgt en het komt hem voor, dat zij strijdt met de wet, hij in dit geval, *niet* volgens de wet mag rechtspreken, maar de onwettige verordening moet toepassen, totdat de koning van zijn vernietigingsrecht heeft gebruik gemaakt. De regel, dat de rechter de wet niet aan de

(1) Vgl. bl. 56 en 57 juncto bl. 79.

grondwet mag toetsen, behoort in elken geordenden staat te gelden, omdat daardoor rechtszekerheid worde gewaarborgd; verbiedt men den rechter, de wettigheid van verordeningen te onderzoeken, dan is het resultaat een geheel andere dan bij niet-toepassing der wet; immers in het laatste geval, wanneer men dus den rechter dwingt de wet niet inachttenemen, neemt men alle contrôle weg, waar het verordeningen betreft en werkt men in de hand het maken van slechte verordeningen, die de koning *kan*, maar niet *behoeft* te vernietigen. De voorgestelde regeling zou dus zeker niet strekken ten voordeele van de administratieve wetgeving. Dat trouwens de administratieve omslag in groote mate zou toenemen door de verplichte mededeeling van *alle* gemeenteverordeningen aan Gedeputeerde Staten in verband met art. 146 der Provinciale wet, welk college de dan weer zoo noodige voorstellen ter vernietiging aan den koning moet voordragen, is mede een bezwaar hetwelk niet licht moet worden geteld.

Intusschen, terwijl uit het bovenstaande blijkt, dat ook tegen schrijvers stelsel bezwaren zijn aantevoeren, moet toch dankbaar worden erkend, dat hij een oplossing van het moeielijk vraagstuk heeft aan de hand gedaan, waarvan velen met belangstelling zullen kennis nemen.

8 April '97. J. B. Breukelman.

VARIA.

Dictionnaire Pratique de Droit Comparé, par HECTOR LAMBRECHTS, avec le concours de MM. DIMITRI ALEXANDRESCO, Prof. à Jassy, ARSÈNE LAURENT, Prof. à la faculté catholique de Paris, Chev. O. Q VAN SWINDEREN, juge à Groningue, HECTOR DE ROLLAND, adv.-gén. près le tribunal sup. de Monaco.

Van dit te Parijs bij CHEVALIER-MARESCQ & Co., Rue Soufflot 20, te Brussel bij Ve FERD. LARCIER, Rue des Minimes, te 's-Gravenhage bij GEBR. BELINFANTE verschijnend werk, bevat, volgens den titel, het eerste gedeelte de Europeesche wetgevingen, evenals ook aan de keerzijde van dien titel nog dertien mede-arbeiders uit verschillende landen worden vermeld. Toch zou men in dat eerste gedeelte vergeefs zoeken naar wetsopgave van eenig ander land dan België of Luxemburg. Daarentegen zullen volgende afleveringen allicht voor *andere* Europeesche landen dat gaan verschaffen. De namen van België en Luxemburg op den titel bovenaan behooren dus slechts als aanwijzing voor de eerste 135 blz. van het eerste, het Europeesch, gedeelte te gelden.

Aan België zijn 98, aan Luxemburg 33 blz. toegekend, tot op den laatsten tijd loopend. Iedere afdeeling is verdeeld in 19 §§, respectievelijk gewijd aan:

Geboorte. — Vreemdelingen. — Bevoegdheid in Burgerlijke Zaken. — Rechtspersoonlijkheid van Vereenigingen of Zedelijke Lichamen. — Huwelijk. — Echtscheiding en Scheiding van Tafel en Bed. — Testamenten. — Erfgenaamschap. — Bestuur van Erfenis. —

Rechtsvorderingen. — Rechterlijke Organisatie en Bevoegdheid. — Appèl en andere middelen om tegen de vonnissen op te komen. — Rechtskosten, wettelijke renten na den Eisch. — Beslaglegging. — Uitvoering van Vonnissen. — Bewijsmiddelen. — Gebreken van Contracten. — Voorrechten en Hypotheken.

Eindelijk ten slotte § 19, de Bronnen van het Recht, die geen inhoudsopgave bevat, enkel de onderwerpen vermeldend, in de nog geldende wetgeving behandeld, met wijziging van de Fransche Codes, zoowel in Luxemburg als in België. Opmerkelijk is het, dat in beide landen enkel voor het strafrecht een nieuw Wetboek is ingevoerd, in België in 1867, in Luxemburg 18 Juni 1879. Toch schijnt in België van den ouden Code de Commerce ook niet veel te zijn overgebleven (zie bl. 97), in Luxemburg meer.

Hoe dit zij, den tekst der wetten en der wetboeken kan men niet in een werk als dit gaan zoeken. Het is enkel voor velen een wegwijzer en kan zulks dikwijls ook zijn, al legt men er den wetstekst niet naast.

Met belangstelling kan men dan ook, deze „première Partie" ter zijde leggend, afwachten hoe voor andere Staten dan België en Luxemburg de met den weg goed bekende gids zijn zal.

Dec. 1896. A. H.

Van Band 44 (29 der neuen Folge) van het *Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht* (zie *Themis* 1895 bl. 200 en 1896 bl. 356 e. v.) kwam 1896, weder bij FERD. ENKE te Stuttgart en met dezelfde redactie als vroeger, Heft 3 en 4 te zamen uit, loopend bl. 341 tot 630. Met bl. 619 begint een *Register* over den geheelen jaargang, eerst als n°. I alphabetische opgave der behandelde zaken, daarna als n°. II een met bl. 627 aanvangend Quellenregister, vermeldend wat van Romeinsch, Duitsch en ander recht in Band 44 is aangehaald. Engeland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk en Hongarije vinden daar nogal wat van hun wetten aangegeven. Nederland niet, hoewel Prof. MOLENGRAAFF te Utrecht ook ditmaal evenals een jaar vroeger een bijdrage gaf tot de *Rechtsquellen*, in bl. 480—484, n°. VIII, door vermelding onzer Nederlandsche Handelswetgeving in 1894, nl. 9 Koninklijke Besluiten uit het *Staatsblad* en dan nog de wet van 9 Juli *Stbl.* n°. 94, betreffende de cholera-overeenkomst van 15 April 1893.

De XII bl. *Inhoudsoverzicht*, waarmede dit deeltje nog vóór bl. 341 begint, noemen intusschen vrij uitvoerig al wat uit of betreffende Nederland in dezen jaargang 1895/96 werd bijgedragen. Een zeer ruime plaats neemt dit weer niet in.

De *Verhandelingen*, het oorspronkelijk werk, tellen in Heft 3 en 4 weer drie nummers. Eerst (bl. 341—387) n°. IV, het vervolg en slot van het stuk van Dr. H. SCHNEIDER te München, over de vis major in 't Romeinsche obligatierecht, dat (bl. 75—130) dit jaar was aangevangen. Schr. levert zijn Abschnitte C—E en zijn slot,

waarin hij zich verklaart voor het toestaan van een ruimer bewijs van buiten eigen schuld geleden schade aan wie goederen in bewaring nam, die daarna verloren gingen. Zoowel aan den vrachtvoerder als aan den logementhouder of een anderen bewaarder. Wie zulke onschuldige schadeoorzaken en zijn onschuld daaraan niet bewijst, behoort als recipient ook verantwoordelijk te blijven, maar de schadeoorzaken zelve zijn volgens Schr., zoowel in art. 395 Handelswetboek als in § 641 ontwerp-Burgerlijk Wetboek, te veel gespecificeerd.

N°. 5 (bl. 388—422) vormt een stuk van Dr. Pfälzer te Mannheim, over de rechtsnatuur van de verzekering tegen ongeval. Zij is volgens hem, geheel anders dan de aansprakelijkheid voor ziekte en ouderdom, eene verplichting van den Staat (bl. 401), welke intusschen is overgebracht op de beroepsvereeniging. Z. i. moeten de arbeiders zelven daaromtrent (bl. 403) geen contract sluiten met een verzekeraar. Ook behooren (bl. 404) de benadeelde en de geldelijk aansprakelijke niet *beiden* verzekerd te mogen zijn.

In 't algemeen schijnt Schr. dus nogal te vreezen voor bovenmatige schadevergoeding, die ongeval tot winst maakt voor dezen of genen. Dat dit door condities te stellen voor de aansprakelijkheid des verzekeraars zou zijn te ontgaan, werkt hij niet nader uit. Zoodra intusschen de Staat niet aansprakelijk is, kan in elk geval verantwoordelijkheid van meer dan één debiteur haar nut hebben, al wenscht men ook geen winst voor wie verzekerd was.

Behoudens deze opmerkingen, heeft het stuk zijn geriefelijken kant, daar het met aanhaling van artt. 395 e. v., 523 e. v., 607 e. v. Handelswetboek ook nog vermeldt (bl. 417) de Rijkswet van 7 Juni 1871, die meer dan vroeger den baas aansprakelijk maakt voor

wat de arbeiders doen (Haftpflichtgesetz). Sommigen in Duitschland zouden die wet nog wat willen verscherpen, in den geest der in Frankrijk heerschende uitlegging van art. 1384C. en van de Zwitsersche wet van 25 Juni 1881, art. 3. Dat ons art. 1403 B. W. van art. 1384C. de vertaling is, moet men bij Schr. niet zoeken. Ook wel niet in het slot zijner beschouwing, dat, waarschijnlijk ter bespreking van 't voor te stellen plan, voor een volgend n°. van 't Zeitschrift wordt aangekondigd.

N°. VI, van den landrechter D. Delius te Cottbus, loopend bl. 423—428, bespreekt de vraag, of vennootschappen op aandeelen, commanditaire vennootschappen, vennootschappen onder firma, enz. bij inschrijving van in te vorderen pretenties of arresten in het Grondboek aan den Grondboekrechter, door een verklaring van den Registerrechter, moeten bewijzen, dat de vennootschap in het Register van Koophandel is ingeschreven. Die vraag beantwoordt Schr. ontkennend. Art. 23 van de Pruisische wet dd. 24 Juni 1861, tot invoering van het Duitsch Handelswetboek, was wel in anderen zin, maar de latere bepalingen, o. a. de §§ 757 en 811 der Civilproceszordnung, die het punt aan de afzonderlijke Staten overlieten en daarna in Pruisen zijn opgevolgd door de wet van 13 Juli 1883, deden toen die wet van 1861 weer vervallen.

Voor inlandsche beslagleggers, evenals reeds vroeger voor buitenlandsche algemeen schijnt te zijn aangenomen, moet dus volgens Schr. geen onnoodige vertraging worden bewerkt en is ook die vertraging niet de bedoeling van den wetgever. Het aanhalen van schrijvers en uitspraken pro en contra maakt deze zes bladzijden nog van belang; het onderwerp heeft ook veel practisch gewicht.

De *Rechtsquellen* vormen 10 nummers, van bl. 429-534.

Eerst V, Dr. MAX MITTELSTEIN te Hamburg, betreffende de Rijkswetten op het civiel recht in zake binnenlandsche scheepvaart en vlotten, (wetten van 15 Juni 1895, met 1 Jan. 1896 in werking gekomen). Schr. geeft veel geschiedenis en wenscht ook nogal herziening in 't Duitsche Wetboek van Koophandel.

Dan VI, de Engelsche wetgeving voor Koophandel in 1894, van Dr. E. CRUESEMANN, die te Londen sollicitor is. Schr. vermeldt nogal wat en vooral de Scheepvaartwet, die 33 vroegere wetten opheft en er 15 wijzigt, zelve 14 deelen en 74 secties met nog 22 aanhangsels tellend.

Frankrijk leverde (1893 en 1894) een groot n°. VII (bl. 452—480) aan Prof. Dr. GEORG COHN te Zurich. De 14 nummers, waarvan verscheidene textueele opgaven bevatten, vermelden heel wat nieuws. Zoo mag b. v. sinds de wet van 7 Juni 1894, wijzigend artt. 110, 112, 632c°, een wissel nu op de plaats zelve betaalbaar zijn. Zoo mag de Bank nu 4 milliards in omloop brengen, vroeger $3^1/_2$ — zijn voor de kas van depôt en consignatie de uit te keeren renten van 3 op 2 pct. verminderd — is voor Nieuw Caledonië de wettelijke interest gebracht op 8 pct. (Dec. 3 Juli 1893) — zoo is sinds begin 1894 voor de lijfrente-berekening bij de Nationale Kas retraites vieillesse $3^1/_2$ en voor de levensverzekerings-berekening 3 pct. de grondslag. Zoo is ook (bij wet 27 Febr. 1894) het invoerrecht op graan en wat ervan gemaakt wordt verhoogd. Zoo kwam 5 Nov. 1894 een hier woordelijk aangehaalde wet op de vereenigingen voor landbouwcrediet. Eveneens 30 Jan. 1893 een hier opgegeven wet op de scheepvaart.

Zoo werd de wet van 12 Juni 1893, omtrent de gezondheid en veiligheid van de werkplaatsen, door menig besluit tot uitvoering gebracht en dwong de wet van 19 Dec. 1894 de mijnwerkers tot instelling van kassen

voor eventueelen bijstand. Schr. noemt deze wet als de eerste dáároomtrent in Frankrijk, maar haalt niets ervan aan.

Zoo komt men met te meer belangstelling tot de Nederlandsche handelswetgeving over 1894, hierboven reeds vermeld, en daarna tot IX, de Hongaarsche over 1892—1895, waar Prof. F. Nagy te Pesth in 33 nummers wel geen teksten, maar enkele inhoudsaanwijzingen geeft, b.v. de vermindering, 1 Juli 1895, van den wettelijken rentevoet van 6 op 5 pct., de octrooien, de handelsmerken, het verbod om wijn na te maken (1893), een wet (1893) met 234 artikelen, omtrent summier geding voor den kantonrechter.

Duitschland zelf leverde nog 75 nummers over 1894/95, ten deele het koloniaal gebied in Zuid-West- en Oost-Afrika betreffend. Oost-Afrika schijnt een spoorweg te zullen krijgen.

Dan volgen n°. XI, in 39 nummers de verschillende Duitsche Staten en n°. XII, in 32 nummers Oostenrijk over 1894 en 1895 vermeldend.

Deze registers van bloote opgave van onderwerpen worden nog aangevuld door een n°. XIII, dat eerst 104 nummers geeft omtrent wetgeving in 1894 en 1895, daarna (Afd. B) 32 nummers omtrent tractaten. Van die 104 nummers vermeldt n°. 65 de Nederlandsche wet van 20 April 1895 (*Stbl.* n°. 54) op de heffing van invoerrechten naar de waarde, en n°. 98 ons douanetarief voor Lombok van 6 Sept. 1895, aanhalend *Handelsarchiv* 1895, bl. 902.

De *Rechtspraak* is weder door den Landrichter A. Hertwig te Cassel ingezonden. Ditmaal 120 nummers. De jaren 1892 en 1893 schijnen nu te zijn afgehandeld, naar de wetten geordend, bl. 540—567. Van 1891 is er ook nog veel.

De *Literatur* geeft dan nog een tot bl. 617 loopende afdeeling — vijftien nummers, waarvan één het Traité du droit commercial van de Parijsche hoogleeraren CH. LYON-CAËN en L. RENAULT, 1892—1894, een ander het Idea sociale van F. PERRONA 1894, nog één de Italiaansche en Romeinsche Wederkeerige Verbintenissen van G. CARNAZZA, 1893, bespreekt, overigens alle zich houden aan Duitsche schrijvers, zooals ook hier de vele medewerkers tot deze afdeeling allen Duitschers zijn.

A. H.

Ook Band 45, Heft 1—3, bl. 1—440, verscheen bij FERD. ENKE, 1896 en met dezelfde Redactie.

Het slot, n°. IX van de Literatur, was weder een Literatuuroverzicht van Prof. SCHULTZ, bibliothecaris bij Rijksgerechtshof te Berlijn, over 1895 en tot 15 Juni 1896, ditmaal in XVII Afdeelingen met 922 nummers, waarvan n°. 84, 187, 272, 396, 420, 480, 771, 844 door Nederlanders geschreven en Nederland betreffende werken vermelden, n°. 200 nog de 1895 te Heidelberg verschenen dissertatie van E. E. DENEKAMP, *die Amsterdamer Diamantindustrie.*

De overige nummers I tot VIII van de *Literatur*, bl. 312—366, leveren in 't Duitsch geschreven recensies, ook over een paar Fransche en een paar Oostenrijksche werken, verder over Duitsche werken.

Rechtspraak bevat Heft 1—3 niet, *Rechtsquellen* nog wel, nl. bl. 157—311, in vijf stukken:

I. — bl. 177, van Prof. NIEMEIER te Kiel, de Haagsche conferenties over internationaal privaatrecht, 12—17 Sept. 1893 en 25 Juni—13 Juli 1893, waarvan aan de Nederlandsche Landsdrukkerij 1893 twee deelen verslag zijn gedrukt, in 't Fransch 1894, een deel met de genomen

beslissingen omtrent huwelijk, voogdij, rechtsvordering, faillissement, erfrecht, schenking bij doode;

II. — bl. 196, de Belgische wetgeving van Koophandel in 1894, Prof. Koehne te Berlijn, 14 wetten, besluiten en tractaten, meestal met eenige toelichting, minder met den tekst;

III. — bl. 209, de Italiaansche wetgeving van Koophandel in 1894, ook van Prof. Koehne, 14 nummers van allerlei aard, o. a. n⁰. 9 de wet van 29 Maart 1894 tot vermindering van de bronzen pasmunt, om het uitvoeren van zilver naar andere landen der Latijnsche Unie tegen te gaan;

IV. — bl. 277, de wetten en besluiten van het Duitsche Rijk, alle met opgave van inhoud. Het zijn er vijf: 1 Maart 1895 omtrent de 20 Juni 1888 vroeger geregelde verordering op 't meten van schepen; 2e. 4 Juni 1895, tarief op 't Noord-Oostzeekanaal; 3e. wet 15 Juni 1895 op de civielrechtelijke verhoudingen der binnenscheepvaart; 4e. wet 15 Juni 1895 op de civielrechtelijke verhoudingen der vlotten; 5e. wet 28 Juli 1895 op den slavenhandel;

V. de Duitsche Landswetten, — bl. 311. Daarvan zijn er twee van Pruisen: 1e. 31 Juli 1895, tot oprichting een Centraal-Genootschapskas te Berlijn, voor 't persoonlijk crediet;

2e. 19 Aug. 1895, omtrent het pandrecht op particuliere spoorwegen en tramways;

de 3e is van Baden, 15 Mei 1895, omtrent handel in gronden;

de 4e is van Brunswijk, 10 April 1895, betreffende makelaars.

Vóór de *Rechtsquellen* gaan in Band 45 als altijd de *Verhandelingen*, in Heft 1—3 weer drie stuks, beslaand van bl. 1—156.

Dr. Pfälzer te Mannheim geeft bl. 1—39 de voltooiing van zijn stuk over de verzekering tegen ongeval.

P. Eltzacher te Halle, bl. 40—68, een betoog, dat zoowel de vennootschap onder eene firma als de naamlooze vennootschap deel kan nemen in eene vennootschap onder eene firma, iets wat Schr. in 't Duitsche Wetb. v. Kooph. aantoont en ook zeer wenscht.

Prof. Dr. Max Weber te Freiburg in Breisgau, bl. 69—156, een uitvoerige beschouwing over de Duitsche Beursenquête, vooral economisch. De in Band 43 en 44 geplaatste stukken, waarvan dit het slot is, hielden zich meer op juridisch terrein.

Veelzijdig en uitgewerkt kan men het *Zeitschrift* blijven noemen.

A. H.

Nederlandsche Juristenvereeniging.

De Algemeene Vergadering van 1897 zal worden gehouden te Zwolle.

Behandeld zullen worden de navolgende onderwerpen:

I. Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; zoo ja, hoe in hoofdzaak? — Praeadviseurs: Prof. Mr. H. Krabbe, en Mr. E. Fokker.

II. Voldoet de tegenwoordige regeling omtrent preventieve hechtenis; zoo neen, in hoever behoeft zij wijziging, aanvulling of verduidelijking? — Praeadviseurs: Mr. A. J. Roijaards, en Mr. Jos. van Raalte.

Wegens het bijzondere belang der zaak achten wij het wenschelijk hier onder in zijn geheel op te nemen het dezer dagen verspreide prospectus van het:

Zeitschrift für Criminal-Anthropologie, Gefängniswissenschaft und Prostitutionswesen, unter Mitwirkung von: Prof. R ARNDT in Greifswald, Dr. P. J. ASCHROTT, Landrichter in Berlin, Dr. A. BAER, Oberarzt am Zellengefängnis zu Plötzensee, Prof. MORITZ BENEDICT in Wien, Dr. HAVELOCK-ELLIS in Londen L. FERRIANI, Staatsanwalt in Como, Dr. H. GROSS in Graz, Prof. R. VON KRAFFT-EBING in Wien, Dr. H. KURELLA in Brieg. Dr. LAUPTS in Lyon. Dr. A. LEPPMANN in Berlin-Moabit, Prof. R. VON LILIENTHAL in Heidelberg, Prof. FR. VON LISZT, in Halle a. S, Dr. ALBERT MOLL in Berlin, Dr. PAUL NÄCKE in Hubertusburg (Sachsen), Prof. A. NEISSER in Breslau, Prof. P. PENTA in Neapel, Prof. W. PREYER in Wiesbaden, Prof. A. PRINS in Brüssel, R. SALILLAS in Madrid, Prof. J. VARGHA in Graz, sowie anderen Fachgenossen herausgegeben von WALTER WENGE, Verlag von M. PRIBER, *Berlin W.* 8. *Charlottenstrasse* 50/51.

In Hinsicht auf die bedeutenden Fortschritte, welche in den letzten Jahren auf criminal anthropologischem Gebiete gemacht wurden durch das Eindringen dieser Lehren in Gefängniswissenschaft und Strafrecht, ist das entschiedene Bedürfnis wachgerufen worden, eine Sammelstelle zu besitzen, woselbst man die verschiedenen Publikationen, sei es im Original, sei es im Referat, vereinigt findet. Die beiden bis jetzt existierenden Archive genügen kaum noch dem Andrange der einlaufenden Publikationen, abgesehen davon, dass ihre Ziele auch weiter gesteckt sind, wie die Titel bestätigen. (1) ist die

(1) Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale. Turin seit 1880. — Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales. Lyon seit 1886.

Sprache in beiden eine fremde. Mag dieser Punkt auch daher rühren, das Italien und Frankreich den Anstoss zur jetzigen criminal-anthropologischen Richtung gegeben haben, so besitzt Deutschland gegenwärtig doch auch Forscher in genügender Anzahl, dass ein deutsches Publikations-Organ nicht mehr über Stoffmangel zu klagen haben wird. Beweis hierfür können schon allein die ohne Ausnahme sympathischen Aeusserungen aller hierüber befragten Fachgenossen sein. Man fühlt das Bedürfnis zu einem selbständigen Organ und die Mitarbeiterschaft der hervorragendsten Criminalisten und Psychiater ist als gesichert zu betrachten.

Was den Inhalt der neuen Zeitschrift betrifft, so werden in erster Linie folgende Punkte Behandlung finden: Anthropometrie, Kraniologie und Psychopathologie des Verbrechers, incl. der Prostituirten. — Criminal-Statistik. Anwendungen der Criminal-Anthropologie auf Strafrechtspflege und forensische Medizin. Ausführliche Berichte über Kongresse und Gesellschaften, welche criminal-anthropologische oder verwandte Disciplinen als Verhandlungs-Gegenstand führen.

Ferner werden kritisch gehaltene Referate und Bücher-Recensionen über die laufende anderweitig erscheinende Litteratur berichten.

Eine vollständige Bibliographie wird am Schlusse jeden Jahres die Titel aller im Laufe eines Jahres erschienenen Publikationen bringen.

Den Original-Arbeiten wird der grösste Teil des Raumes gewidmet sein, wie es der grossen Produktion wissenschaftlicher Arbeiten auf unserem Gebiete entspricht. Bei der allgemeinen Wichtigkeit der zu behandelnden Themata legen wir auf möglichste Klarheit und populäre Darstellung ein Hauptgewicht. Andererseits soll die auch

auf unserem Forschungs-Gebiete oftmals üppig auffretende Spreu vom Guten gesondert, letztere aber in desto hellerem Lichte dargestellt werden.

Besonders brennende Tagesfragen werden in eignen Orignal-Artikeln klar und präcis behandelt werden. Ein bestimmtes Tendenz-Organ wird die Zeitschrift nicht werden, der Kampf der Meinungen ist noch ein zu heisser, jede Opposition soll, wenn sachlich gehalten, Aufnahme finden. Wir glauben so zur Erreichung der Wahrheit die richtige Stellung genommen zu haben.

Die „Zeitschrift für Criminal-Anthropologie, Gefängniswissenschaft und Prostitutionswesen" erscheint in Heften von je ca. 6 Bogen Stärke. Die Hefte werden zu Bänden von ca. 35—40 Bogen vereinigt werden und ist der Preis pro Band (6 Hefte) 20 Mk., für das einzelne Heft 4 Mk.

THEMIS.

LVIIIste deel. — DERDE STUK.

Het Rijksingezetenschap.

Art. 7 der Grondwet van 1848 schreef voor, dat de wet verklaart wie Nederlanders zijn. Ofschoon die wet op verschillende plaatsen, nl. in de artt. 3, 9, 10, 76, 123, 134, 139, 144, 152, 153, 177 en 181, van ingezetenen sprak, bevatte zij niet de bepaling, dat de wet verklaart wie ingezetenen zijn. Niettemin werd, op de overweging, dat er noodzakelijkheid bestaat, om door de wet te doen verklaren wie als ingezetenen te beschouwen zijn, bij art. 3 der wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44) bepaald:

„Gevestigd of ingezetenen zijn, die binnen het Rijk in Europa hebben gewoond:

„1°. gedurende de drie laatste jaren;

„2°. gedurende achttien maanden na aan het bestuur „hunner woonplaats het voornemen tot vestiging te „hebben verklaard.

„Nederlanders zijn gevestigd of ingezetenen, die gedu„rende de laatste achttien maanden hunne woonplaats „binnen het Rijk in Europa hebben gehad.

„Nederlanders, die ter zake van 's Lands dienst in „een vreemd land wonen, worden voortdurend als inge„zetenen beschouwd.

„De bepalingen van ingezetenschap, in bijzondere „wetten voorkomende, gelden alleen voor zooveel betreft „de onderwerpen, in die wetten behandeld".

Ook in verband met het gezegde van den Minister van Binnenlandsche Zaken Mr. THORBECKE bij gelegenheid van de beraadslaging in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp der wet van 1850: „Wanneer de Grondwet daar" (in de artt. 9 en 10) „spreekt van „ingezetenen" dan zal de wetgever toch „wel een regel voor de toepassing van artt. 9 en 10 „mogen geven, wel mogen bepalen wie als ingezetenen „zijn te beschouwen" . . . . En wanneer de wet niet „regelde wie ingezeten is, dan zou elke autoriteit meester „wezen om naar willekeur het begrip van ingezetenschap „te bepalen" (1), gaf art. 3 van voormelde wet mij aanleiding, in een opstel, opgenomen in de Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving, dl. V (Nieuwe reeks), 1879, blz. 426—500, het volgende op te merken: „Mij dunkt, de gewone wetgever is, in betrekking tot de „Grondwet, niet haar uitlegger, maar haar uitvoerder. „In mijne denkbeelden is, met het oog op de bijzondere „zamenstelling der wetgevende macht bij de grondwets-„herziening van 1848 en bij eventuële latere grondwets-„herziening, wegens de daarvoor geldende speciale grond-„wettige bepalingen, de gewone wetgever een lagere dan „de grondwetgever. Evenmin nu als bijv. de Provinciale „Staten bevoegd zijn aan eene uitdrukking in eene wet, „eene in de toepassing van die wet bindende algemeene „uitlegging te geven, evenmin kan m. i. de gewone „wetgever dit doen met opzigt tot eene uitdrukking in

---

(1) Zie de door mij indertijd bezorgde uitgaaf der wet van 1850 (bij H. A. M. ROELANTS te Schiedam, 1880), blz. 169.

„de Grondwet (2). Stond er, ten aanzien van het inge-
„zetenschap, in de Grondwet eene bepaling als die van
„art. 7, al. 1 („De wet verklaart wie Nederlanders zijn"),
„was in de Grondwet gezegd: „de wet verklaart wie
„gevestigd of ingezetenen zijn binnen het Rijk in Europa",
„dan behoefde men zich niet te verdiepen in een onder-
„zoek naar wat de grondwetgever met het woord „inge-
„zeten" heeft bedoeld, want dan was de gewone wetgever
„vrij, ook voor de toepassing van de Grondwet zelve,
„eene definitie van het ingezetenschap vast te stellen;
„nu komt mij die bevoegdheid zeer twijfelachtig voor".
(blz. 456). (3)

Dit vraagpunt heeft thans echter met betrekking tot het Rijksingezetenschap — want dit alleen had ook art. 3 der wet van 1850 op het oog — zijne reden van bestaan verloren. De bij K. B. van 29 Maart 1885, n°. 1, ontbonden Staatscommissie, bij K. B. van 11 Mei 1883, n°. 1, ingesteld tot het onderzoek der vraag, van welke bepalingen der Grondwet herziening noodzakelijk en thans raadzaam is, stelde voor, bij de herziening dier wet in de Grondwet op te nemen de bepaling: „De wet „verklaart wie Nederlanders en wie ingezetenen zijn". In haar Verslag aan den Koning, dd. 25 Januari 1884, zeide zij te dien aanzien: „In onderscheidene artikelen „der Grondwet komt het woord „ingezeten" voor. De-
„zelfde reden waarom de Grondwet voorschrijft, dat de

---

(2) Van dit beginsel zal ook Dr. Mr. C. J. H. SCHEPEL zijn uitgegaan, toen hij op 20 December 1895 aan de Rijksuniversiteit te Groningen de stelling verdedigde: „Het is niet geoorloofd om — zooals de Staatscommissie „voor de Administratieve rechtspraak voorstelt — art. 2 der wet op de „rechterlijke organisatie zóó te redigeeren, dat de twijfel wordt weggenomen, „die thans over de uitlegging van art. 153 der Gr. W. bestaat".

(3) Zie ook het betoog van Mr. D. P. D. FABIUS in het weekblad „de Gemeentestem" no. 1481. De Redactie van dit blad staat in het hoofdartikel van no. 2361 een ander gevoelen voor.

„wet zal verklaren wie Nederlanders zijn, geldt voor het „vorderen van wettelijke regeling van het ingezetenschap. „Het spreekt echter vanzelf dat de wetgever bij de toe- „passing van dit voorschrift met betrekking tot ver- „schillende onderwerpen verschillende eischen voor het „ingezetenschap zal kunnen stellen".

De Regeering, in dit opzicht met de Staatscommissie instemmende, stelde voor, het eerste lid van art. 7 der Grondwet te lezen: „De wet verklaart wie Nederlanders „en wie ingezetenen zijn". De toelichting van dit voorstel luidde als die van de Staatscommissie, behoudens bijvoeging aan het slot, van de woorden, „evenals nu het geval is".

In het V. V. der Commissie van Rapporteurs uit de Tweede Kamer der St.-Gen. werd het volgende gezegd: „Het stellen van verschillende eischen voor het ingeze- „tenschap met betrekking tot verschillende onderwerpen, „waarvan de M. v. T. te recht gewaagt, wist men niet „overeen te brengen met het al te absolute voorschrift, „dat de wet verklaart wie ingezetenen zijn". De Regeering antwoordde: „Het voorschrift is niet te absoluut. „Het ingezetenschap is nu ook bij onderscheidene „wetten gedefinieerd; het voorgestelde artikel strookt „met art. 3 der wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44), „waarvan de 4de alinea het noodige voorbehoud uitdruk- „kelijk bevat. Zoo zal ook voortaan het ingezetenschap „niet juist bij ééne wet, maar *bij de wet* geregeld zijn".

Bij de verdere schriftelijke en bij de mondelinge behandeling der voorstellen tot herziening van de Grondwet kwam de bovenvermelde bepaling bij de Staten-Gen. niet meer ter sprake; zij maakt thans het eerste lid uit van art. 6 der Grondwet.

Te harer uitvoering, voor zooveel het ingezetenschap

betreft, stelde de Regeering bij het ontwerp van wet, waarvan de wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 268) het uitvloeisel is, voor te bepalen:

Art. 13. (4) „Ingezetenen van het Rijk zijn zij, die „hunne woonplaats in het Rijk hebben en haar gedu„rende de voorafgaande achttien maanden in het Rijk „of zijne koloniën of bezittingen in andere werelddeelen „gehad hebben."

Art. 14. (4) „Het Rijksingezetenschap houdt op door „vestiging der woonplaats buiten het Rijk."

Art. 15. (4) „Een minderjarige in den zin der Neder„landsche wet, wiens vader of voogd Rijksingezetene is, „wordt als zoodanig aangemerkt.

„Meerderjarig geworden, behoudt hij de hoedanigheid „van Rijksingezetene, indien hij zijne woonplaats in het „Rijk vestigt."

Art. 16. (4) „De bepalingen van ingezetenschap, in „bijzondere wetten voorkomende, gelden alleen voor zoo„veel betreft de onderwerpen, in die wetten behandeld."

„Waar de Grondwet" — leest men in de M. v. T. — „eene algemeene wet eischt, ter verklaring wie ingezetenen zijn, kan dit uitsluitend betrekking hebben op ingezetenen des Rijks. De bepaling staat in nauw verband met de artt. 80 en 180 der Grondwet (5). Van het ingezetenschap van provincie (6) of gemeente (7) kan hier geen sprake zijn, evenmin als dit het geval was in de wet van 1850. Bij de behandeling dier wet sprak de Minister Thorbecke, die haar verdedigde, het uitdruk-

---

(4) In het oorspronkelijk wetsontwerp droegen de artt. 13—16 der wet de nrs. 9—12; in het gewijzigd ontwerp de nrs. 11—14.

(5) Behalve in de artt. 80 en 180, al. 2, wordt in de Grondwet van ingezetenen gesproken in de artt. 6, 9, 127, 138, 143 en 148.

(6) Zie art. 127, al. 4, Grw.; art. 17, al. 2, Prov. wet; art. 6 Kieswet.

(7) Zie art. 143, al. 3, Grw.; art. 19, al. 3, Gem.wet; art. 7 Kieswet.

kelijk uit, dat het plaatselijk ingezetenschap van het Rijksingezetenschap onderscheiden is, er bijvoegende: „het schijnt mij volkomen duidelijk, dat deze wet geen ander ingezetenschap dan dat van het Rijk op het oog kan hebben".

„Tot het hier bedoelde einde is, ter aanwijzing van het ingezetenschap, in hoofdzaak gevolgd wat thans daaromtrent is aangenomen en geene bezwaren heeft opgeleverd.

„Daarbij wordt in niet meer bijzonderheden getreden dan voor het klaarblijkelijk doel der Grondwet wordt gevorderd.

„Voor het overige toch moge als de bedoeling van art. 6 der Grondwet worden herinnerd, dat blijkens de geschiedenis der jongste grondwetsherziening, volgens eene uitdrukkelijke verklaring der Regeering, de regeling van het ingezetenschap bij de wet niet de verplichting met zich brengt om eene algemeene, *voor alle gevallen geldende*, regeling in te voeren, maar de vrijheid over te laten om, evenals nu, daaromtrent in verschillende wetten ook verschillende bepalingen vast te stellen.

„Dit neemt evenwel niet weg, dat in deze wet voor het ingezetenschap een regel wordt gesteld, die telkens gelden zal, waar eene bijzondere wet geen anderen regel vaststelt".

Voor hetgeen verder in de M. v. T. en in de daarop gevolgde parlementaire stukken aangaande de artt. 13—16 der wet van 1892 gezegd is, verwijzende naar de door mij bezorgde uitgaaf dier wet (bij LOMAN en FUNKE te Amsterdam, 1893), blz. 261—265, en naar de op die artikelen betrekkelijke aanteekeningen 52—65 (8), zij op-

(8) Het Rijksingezetenschap wordt ook besproken op blz. 6—7, 33, 48 sub 1, 52, 54 sub 8 en 9, 105—106, 109, 116—117.

Zie mede »Wetgeving" onder Redactie van den Hoogleeraar Mr. H. VAN DER HOEVEN, jrg. 1892 (bij E. J. BRILL te Leiden) en o. a. de nader te

gemerkt, dat bij de Slotbepaling van vermelde wet o. a. de wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44) vervallen is verklaard, zonder dat met opzicht tot het ingezetenschap de wet eenige overgangsbepaling inhoudt.

De vervallenverklaring van de wet van 1850 belet evenwel niet, dat ingevolge de wet van 22 Juni 1893 (*Stbl.* n°. 91) de bepalingen, vervat in het 1ste, 2de en 3de lid van art. 3 der wet van 1850, van kracht zijn gebleven voor zoover voor de toepassing der wet betrekkelijk de Nationale Militie, ter aanwijzing wie ingezetene is of wie voor ingezetene wordt gehouden, die bepalingen bij het inwerkingtreden der nieuwe regeling gelden. Vandaar dat men de wet van 1850 vooralsnog niet voor goed in zijne boekerij kan opbergen, al ware zij niet, met de artt. 5—12 B. W., eene voortdurende vraagbaak gebleven ter oplossing van quaestiën, waartoe de toepassing der Overg. bep. van de wet van 1892 aanleiding kan geven.

Met betrekking tot het ingezetenschap kan intusschen m. i. het voor de werking der militiewet van kracht gebleven zijn van art. 3, 1ste, 2de en 3de lid, der wet van 1850 geen moeilijkheid baren. De eisch, dien art. 13 der wet van 1892 stelt, is zóó vrijgevig, dat ieder handelingsbevoegde, die ingezetene zou zijn geweest naar de wet van 1850, dit ook is naar art. 13 van de nieuwe regeling. Voor den Nederlander n. l. is in beide wetten de tijd, voor het verkrijgen van het ingezetenschap vereischt, op 18 maanden bepaald; en aangezien de wet van 1892 te dien opzichte geen onderscheid maakt tusschen Nederlanders en vreemdelingen, is voor de toepassing van laatstvermelde wet de reden vervallen, waarom men, naar aanleiding van art. 1 der wet van 22 Juni 1893, voor de toepassing van de militiewet van 1861 met opzicht

---

vermelden werken van Mrs. H. W. B. THOMAS (blz. 133 vlg.) en C. E. ACHTERBERG (blz. 100 vlg.)

tot vreemdelingen, die nog geen drie jaren binnen het Rijk gewoond hebben, nog te onderzoeken heeft, of en zoo ja wanneer zij aan het bestuur hunner woonplaats het voornemen tot vestiging hebben verklaard. Immers, naar art. 3 der wet van 1850 kan een vreemdeling slechts ingezetene zijn na gedurende de laatste drie jaren binnen het Rijk in Europa te hebben gewoond, maar wordt die driejarige termijn ingekort tot op 18 maanden, mits hij aan het bestuur zijner woonplaats het voornemen tot vestiging hebbe verklaard; deze 18 maanden nemen dan een aanvang met den dag, waarop die verklaring is afgelegd. De vreemdeling heeft het dus in zijne macht, om vóór den afloop van bovenbedoelden driejarigen termijn het ingezetenschap volgens de wet van 1850 te verkrijgen, door dadelijk bij zijne vestiging of binnen 18 maanden daarna bij het bestuur zijner woonplaats verklaring van zijn voornemen tot vestiging in het Rijk af te leggen. Hij kan bijgevolg ingezetene zijn naar art. 13 der wet van 1892, zonder het te wezen naar art. 3 der wet van 1850, doch niet, omgekeerd, ingezetene zijn naar laatstgenoemd artikel, zonder dat hij het is volgens art. 13 der wet van 1892.

Een Nederlander, die ingezetene is naar art. 3, 2de lid, der wet van 1850, zal vanzelf het ingezetenschap evenzeer hebben volgens art. 13 der wet van 1892. Het omgekeerde zal echter ook te zijnen aanzien niet immer het geval zijn.

Dit komt hierdoor — en deze opmerking geldt mede voor den vreemdeling — dat er een belangrijk verschil is tusschen de artt. 3 der wet van 1850 en 13 der wet van 1892 (9). Naar laatstvermeld artikel wordt voor hen, die hunne woonplaats in het Rijk hebben, in de 18 maan-

(9) Op dit verschil werd gewezen in het hoofdartikel in de Gemeentestem no. 2170.

den, voor het daar omschreven ingezetenschap gevorderd, medegerekend de aan hunne vestiging in het Rijk onmiddellijk aansluitende tijd van hunne woonplaats in 's Rijks koloniën of bezittingen in andere werelddeelen. Dit was en — voor zoover art. 3 der wet van 1850 van kracht is gebleven — is het geval niet waar het ingezetenschap moest of moet beoordeeld worden naar evengenoemd artikel, dat in het 1ste en het 2de lid alleen van wonen „binnen het Rijk in Europa" spreekt.

Het voorlaatste lid van art. 3 der wet van 1850 bepaalt, dat Nederlanders, die ter zake van 's lands dienst in een vreemd land wonen, voortdurend als ingezetenen worden beschouwd. Deze bepaling geldt thans nog in militiezaken. Eene dergelijke treft men in de wet van 1892 niet aan. Mr. C. E. Achterberg acht, blijkens zijn o. a. in het W. v. h. R. n°. 6789 en in het Rechtsgeleerd Magazijn, jg. 1896, blz. 340, besproken werk „Nederlanders, vreemdelingen en ingezetenen" (Groningen, bij J. B. Wolters, 1895), blz. 107, de overneming er van overbodig. „Iemand" — schrijft ZEG. — die *ter zake van 's lands dienst* in een vreemd land verblijft, zal in den regel wel niet het voornemen hebben aldaar zijn hoofdverblijf te vestigen; zijn verblijf zal naar zijn bedoeling wel meestal tijdelijk zijn, voor zoolang hij de belangen van 's lands dienst voorstaat. In dit geval zal dus het ingezetenschap niet verloren gaan. De heer Schreuder (blz. 85 en 86, noot 58) komt in hoofdzaak tot dezelfde conclusie op grond van art. 77 B. W. Hij heeft daarbij het geheel overtollige van dit artikel voor onze wet over het hoofd gezien. (Vgl. Opzoomer, blz. 114 en 115; Diephuis, blz. 280; Land, blz. 53). Als hij dan ook zegt dat, ter beantwoording van de vraag, of de hier bedoelde personen vallen onder art. 13 (der wet van 1892), moet

worden nagegaan, of zij *bij hun vertrek* het voornemen hebben aan den dag gelegd om de woonplaats, die zij in het Rijk hebben, buiten het Rijk te vestigen, dan kan ik mij daarmede in geenen deele vereenigen. Ik zou zeggen dat de zaak eenvoudig deze is: de hier bedoelde personen blijven ingezetenen, tenzij en totdat zij niet alleen feitelijk, maar ook met den wil om daar hun hoofdverblijf gevestigd te hebben, in het buitenland zijn gaan wonen of daar wonen".

Mr. H. W. B. Thomas is, blijkens zijne o. a. in het W. v. h. R. n°. 6473 besproken dissertatie „De wet op het Nederlanderschap en het Ingezetenschap" (den Haag, Mouton en Co., 1893), eene andere beschouwing toegedaan. „Om dezelfde reden, waarom Nederlanders niet eerder ingezetenen moeten worden dan vreemdelingen" — zegt ZEG. op blz. 137 — „moest ook het voorl. lid van art. 3 van de wet van 1850 (10) vervallen, bepalende, dat het ingezetenschap voortduurt bij verblijf in een vreemd land ter zake van 's lands dienst. Immers deze reden van afwezigheid mag het vermoeden wegnemen, dat iemand zich voor goed in het buitenland vestigt, wenscht te breken en in werkelijkheid breken zal met zijn vaderland en daarom verhinderen dat het *Nederlanderschap* verloren gaat (zie art. 7, 5°. wet van 1892), zij belet niet dat iemand feitelijk niet in onze maatschappij meeleeft en dus het *ingezetenschap* dient te verliezen. Te recht heeft de Regeering dus ook deze bepaling niet overgenomen. De Gemeentestem van 1 Mei 1893 (n°. 2170; zie ook n°. 2219) maakte echter de opmerking dat dit niet zoo heel veel

(10) Mr. T. bespreekt de hier bedoelde bepaling ook op blz. 151—152; zijne conclusie is, dat (met uitzondering voor militiezaken) sedert 1 Juli 1893 allen die ter zake van 's lands dienst in een vreemd land of in de koloniën wonen, als niet-ingezetenen moeten worden beschouwd. Zie in denzelfden zin de Gemeentestem No. 2224, blz. 1, kol. 2.

„verschil zou maken, want „Nederlanders die in diplo-„matieke Nederlandsche bedieningen in een vreemd land „geplaatst worden, zullen, zoo zij bij hun vertrek naar „dat land rei publicae causa, ingezetenen des Rijks waren, „dit vanzelf bij voortduring blijven of het worden, omdat „ten aanzien van gezanten en hun bijhebbend personeel „in een vreemd land per fictionem juris gentium het „beginsel geldt, dat een Nederlandsch gezant in den „vreemde geacht moet worden in zijn huis op Neder-„landsch grondgebied te wonen. En voor vele anderen „die niet wegens diplomatieke maar voor de uitoefening „van andere Nederlandsche bedieningen in een vreemd „land of wel in 's Rijks overzeesche bezittingen of kolo-„niën vertoeven en die vóór hun vertrek daarheen hunne „woonplaats binnen het Rijk hadden, zal een beroep „kunnen gedaan worden op art. 77 B. W., bepalende „dat zij, die tot openbare bedieningen worden geroepen, „hunne woonplaats behouden indien zij het tegenover-„gestelde voornemen niet aan den dag leggen". – „Wat de fictio juris gentium omtrent de woonplaats van gezanten betreft" — zegt Mr. THOMAS, blz. 138 — „schijnt de vrij algemeene opvatting te zijn, dat juist omdat het een rechtsfictie, geen rechtsbeginsel is, zij niet in alle consequentiën moet worden doorgevoerd (11), zoodat

(11) Op blz. 51, waar art. 1 *d* en art. 2 der wet van 1892 besproken worden, leest men: «De exterritorialiteit van gezanten schijnt echter voor de toepassing van de wet niet in aanmerking te kunnen genomen worden. Immers deze rechtsfictie strekt zich niet verder uit dan noodig is om den gezant een behoorlijke uitoefening van zijne functie mogelijk te maken en moet niet tot de consequentie worden doorgevoerd, dat zijn hôtel in elk geval als vreemd grondgebied wordt beschouwd. cf. Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé. I. De la Nationalité. Paris 1892, bl. 83 v.; Cogordan, La nationalité au point de vue des rapports internationaux. Paris 1890, bl. 77 v.; Mr. J. H. TASSET, De volkenrecht. uitz. van art. 8 Wetb. v. Strafr., proefschrift, Amsterd. 1892, bl. 25 v., bl. 267; A. G. GEOUFFRE De Lapradelle, die ook de beteekenis van de exterrito-

alleen wanneer het gewoonterecht medebrengt, dat vreemde gezanten aan *bepaalde* verplichtingen (b. v. belastingen), voortvloeiende uit het ingezetenschap, niet zijn onderworpen, voor hen eene uitzondering geldt en Nederlandsche gezanten in den vreemde in het algemeen niet als ingezetenen kunnen worden beschouwd". „En wat aangaat het beroep op art. 77 B. W. ten behoeve van hen, die in andere Nederlandsche bedieningen buitenslands vertoeven" — schrijft Mr. T. — „het kan hun, meen ik, niet veel baten. Art. 77 schijnt toch slechts een negatieve beteekenis te hebben overgenomen van art. 106 C. C. in tegenstelling met het niet-overgenomen art. 107 C. C.: „L'acceptation de fonctions conférées à „vie emportera translation immédiate du domicile du „fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonc„tions", zoodat zoodanig ambtenaar ten opzichte van zijn domicilie en dus van zijn ingezetenschap met ieder burger gelijk staat. (cf. Opzoomer, 2e druk I, 149; Diephuis, I, blz. 280; Land, I, blz. 53; v. Boneval Faure, Het Burg. Wetb., I, blz. 45)".

Waar twee doctoren in de rechtswetenschap, die beiden eene bijzondere studie van de bepalingen der wet van 1892 hebben gemaakt, zoo verschillend denken over eene quaestie van ingezetenschap en, in verband daarmede, over art. 77 B. W., kan het niet bevreemden, dat dienaangaande door een leek op het gebied van die wetenschap een derde gevoelen werd geuit. Het zou vermetel schijnen, indien dit laatste gevoelen door mij als het eenig juiste werd beschouwd. Toch kan ik Mr. A. niet toegeven, dat

---

rialiteit van *schepen* voor een nationaliteitswet ontkent, blz. 214 v.). Vreemd is 't m. i., dat art. 77 B. W. niet ter sprake is gebracht in de zaak waarop betrekking hebben het vonnis der Rechtb. te 's-Gravenhage van 21 Jan. 1897 en het arr. van het Ger.hof aldaar dd. 12 April d. a. v. (W. v. h. Recht no. 6954).

door mij het „geheel overtollige" van art. 77 B. W. voor de wet van 1892 zou zijn over het hoofd gezien, evenmin als ik de beperkte opvatting van Mr. T. ten aanzien van de fictio juris gentium omtrent de woonplaats van gezanten kan beamen. Wanneer, zooals Mrs. A. en T. met mij, zij 't met eenig verschil in de bijzonderheden, meenen, het woord „woonplaats" in de artt. 13—15 der wet van 1892 zijne verklaring moet vinden in de definitie die het B. W. van woonplaats geeft (voor zoover zij niet op de rechtsfictie van art. 78 B. W. berust, waarover nader), zie ik de overtolligheid van art. 77 voor die wet niet in; hij die tot eene openbare bediening wordt geroepen, wordt geacht zijne woonplaats, d. i. zijn hoofdverblijf (art. 74, al. 1), te behouden, welke hij had tijdens het aanvaarden dier bediening; hij wordt beschouwd, bij de overbrenging van zijn werkelijk verblijf, van zijne werkelijke woning naar elders niet het voornemen te hebben gehad om in die plaats zijn hoofdverblijf te vestigen. Zou voor anderen met vrucht een beroep kunnen gedaan worden op het 2de lid van de artt. 74 en 76 B. W., voor hem die tot eene openbare bediening wordt geroepen, is een beroep op eerstvermelde wetsbepalingen uitgesloten. Alleen indien hij het voornemen heeft aan den dag gelegd om zijne woonplaats elders te vestigen, om zijne vorige woonplaats niet te behouden, kan hij gezegd worden van woonplaats te zijn veranderd; eerst dan zijn de overige bepalingen van het B. W. omtrent woonplaats of domicilie op hem van toepassing. In dezen zin meen ik art. 77 B. W. te moeten lezen. Waarom nu dat artikel (12) *voor de wet van* 1892 geheel overtollig

(12) Opmerkelijk is het, dat over de toepassing van art. 77 B. W. de rechterlijke en de administratieve jurisprudentie geen licht verspreiden. In Mr. D. Léon's „Regtspraak van den Hoogen Raad" betreffende het Burgerlijk Wetboek, herzien en bijgewerkt door Mrs. C. Asser en

zou zijn, is mij niet duidelijk. Door aan te nemen, dat het ook voor die wet geldt, komt men trouwens geenszins in strijd met de conclusie van Mr. A., dat de Nederlanders, die ter zake van 's lands dienst in een vreemd land gaan wonen en bij hun vertrek te dier zake daarheen ingezetenen waren, ingezetenen blijven, tenzij en totdat zij niet alleen feitelijk, maar ook met den wil om daar hun hoofdverblijf gevestigd te hebben, in het buitenland zijn gaan wonen of daar wonen.

Natuurlijk kan men van het wonen *in een vreemd land* niet spreken waar het geldt Nederlandsche gezanten met bijhebbend personeel, wanneer, zooals ik meen dat het geval is, de fictio juris gentium, waarvan hierboven gesproken is, eene ruimere toepassing gedoogt dan die Mr. T. er aan toedenkt (13).

Ik geef Mr. A. toe, dat iemand, die ter zake van 's lands dienst *in een vreemd land* verblijft, *in den regel* wel niet het voornemen zal hebben om aldaar zijn hoofdverblijf te vestigen. De woorden „in den regel" duiden intusschen aan, dat Mr. A. de mogelijkheid van uitzondering niet uitgesloten acht. Die uitzondering zal er m. i. eerst dan zijn, wanneer hij, die tot eene in een vreemd land te vervullen openbare bediening geroepen wordt, het voornemen heeft aan den dag gelegd om zijne woon-

---

J. Rombach, vindt men althans op dat artikel niet ééne daarop betrekkelijke Nederlandsche rechterlijke uitspraak of administratieve beslissing vermeld. — Rogron, Code Civil (éd. 1853), teekent bij het overeenstemmend art. 106 aan: „Celui qui ne quitte son domicile d'origine que pour se rendre aux armées est censé l'avoir conservé. Arrêt de la Cour de cassation de France du 10 Vend. an XIII. — Arrêt de la Cour de La Haye, du 11 Janv. 1826". Zie over art. 77 B. W., Hartman's werk over den Burg. Stand, overgenomen in noot 3 op blz. 85 van mijne uitgaaf der wet van 1892.

(13) Waarom misschien niet zoo gemakkelijk zal zijn aan te toonen dat de geboorte binnen de woning van een Ned. gezant in het buitenland heeft plaats gehad (Mr. A., blz. 22), vat ik vooralsnog niet.

plaats binnen het Rijk niet te behouden, maar die naar den vreemde over te brengen.

Onder betuiging van mijne instemming met de conclusie voor zoover niet de fictio juris gentium of art. 77 B. W. kan worden ingeroepen of het niet geldt de toepassing van de militiewet, laat ik hier volgen wat Mr. T. over de voorl. al. van art. 3 der wet van 1850 in verband met art. 13 der wet van 1892 op blz. 151—152 schrijft: „Deze bepaling (van art. 3, voorl. al., w. v. 1850) is niet overgenomen en dus met de geheele wet afgeschaft. Nergens is echter aan die afschaffing terugwerkende kracht toegekend. Wel zegt art. 14 van de nieuwe wet: „Het Rijksingezetenschap houdt op door vestiging der woonplaats buiten het Rijk", maar ook deze positieve bepaling werkt niet terug. Moeten daarom zij die krachtens genoemde bepaling van de wet van 1850 ingezetenen waren gebleven tot 1 Juli 1893, ook na dien datum als zoodanig worden beschouwd? Ik meen van niet. Door de niet-terugwerkende kracht van de nieuwe wet behouden vroeger voorgevallen feiten de rechtsgevolgen, die de afgeschafte wet daaraan verbond; maar nu schreef art. 3 van de wet van 1850 niet voor, en kon het ook niet voorschrijven, dat zij die ter zake van 's lands dienst in een vreend land *zich vèstigen*, ingezetenen bij voortduring blijven, maar knoopt dat rechtsgevolg vast aan den *toestand* van domicilie hebben, m. a. w. een opvolgende reeks van *feiten* van woonplaats *gehad hebben* ter zake van 's lands dienst brengt op elk oogenblik opnieuw het ingezetenschap mee. Zoo nu die reeks feiten plaats grijpt na de invoering van de nieuwe wet, kan zij dat gevolg niet meer hebben, omdat de wet van 1850 dan is afgeschaft; dus sedert 1 Juli (1893) moeten allen, die ter zake van 's lands dienst in een vreemd land of in de koloniën wonen, als niet-ingezetenen worden beschouwd".

De grond, waarop ik deze conclusie met de bovenvermelde beperking beaam, is hierin gelegen, dat voor het ingezetenschap, evenals voor den staatsburgerlijken toestand, het nader te bespreken beginsel „beslissing naar de wet van het oogenblik" geldt. De wet van 1850 is vervallen en hiermede ook het daarbij geregeld ingezetenschap. De wet van 1892 bepaalt wie Rijksingezetenen zijn. Die aan den eisch van wonen en gewoond hebben voldoet, is ingezetene, anders niet; woonde men op 1 Juli 1893 in het Rijk en had men dáár of in onze koloniën enz. gedurende de onmiddellijk voorafgaande 18 maanden gewoond, dan was alles in orde. Nu missen de Nederlanders, die ter zake van 's lands dienst in een *vreemd land* wonen, de twee wettelijke vereischten. Vandaar dat zij met 1 Juli 1893 opgehouden hebben ingezetenen te zijn en dat ook in het vervolg Nederlanders onder deze omstandigheden geen ingezetenen kunnen worden.

Zoolang het voorl. lid van art. 3 der wet van 1850, zij 't alleen voor de toepassing der militiewet, blijft gelden, verdient het aandacht, dat daarbij drieërlei eisch wordt gesteld. Men moet, om in de termen van die wetsbepaling te vallen:

a. Nederlander zijn. Of men dit is, zal beoordeeld moeten worden naar de wet van 1892 en — zie zes blz. verder — voor hen, die geboren zijn vóór 1 Juli 1893, m. i. naar hare Overg. bepaling, in verband met de artt. 5—12 B. W. of met de wet van 1850 (14).

Eene uitzondering hierop is te maken voor de vrouw, die Nederlander was *volgens de wet van* 1850 en vóór 1

(14) Natuurlijk behoudens inachtneming van hetgeen op of na 1 Juli 1893 door hen gedaan of te hunnen aanzien voorgevallen is en volgens de wet van 1892 op hun Nederlanderschap of op het verder genot van het Nederlanderschap van invloed was.

Juli 1893 gehuwd is geweest of gehuwd is met een vreemdeling; in het eerste geval zoo zij, indien haar huwelijk ontbonden werd na dien datum, niet binnen den bij art. 8 der wet van 1892 bepaalden tijd den wil om den staat van Nederlander terug te bekomen, aan wien behoort heeft te kennen gegeven. Tot deze conclusie moet men, meen ik, komen na de wet van 7 December 1896 (*Stbl.* n°. 195), vooral in verband met het verhandelde in de Tweede Kamer der St.-Gen., waar het wetsontwerp bestreden werd door Mr. HARTOGH (Handelingen, 1896—7, II, blz. 87—88). Wel werd door den Minister van Justitie bij de beraadslaging over art. 5 der wet van 1892 (zie mijne uitgaaf, blz. 180 en 212) in de Tweede Kamer gezegd: „Ieder die vreemdeling is, *ja ieder omtrent wien het twijfelachtig blijkt, of hij Nederlander is en belang heeft om zekerheid te hebben*, kan overeenkomstig art. 3 de naturalisatie aanvragen", doch al moge het verzoek om naturalisatie door de vrouw, in de wet van 1896 bedoeld, gedaan zijn om zekerheid te hebben aangaande haar Nederlanderschap, toch moet m. i. die wet geacht worden, eene principieele beslissing in te houden. Daarbij, toch, is de hoedanigheid van Nederlander verleend aan eene vrouw, die, naar mijn oordeel, niet geacht kon worden vóór 1 Juli 1893 haar *op de wet van* 1850 *gegrond* Nederlanderschap te hebben verloren, althans niet door huwelijk met een vreemdeling. Haar in 1889 met dezen aangegaan huwelijk werd na 1 Juli 1893 ontbonden door den dood van haar man. Binnen den bij art. 8 der wet van 1892 bepaalden tijd was de daar bedoelde verklaring door haar niet gedaan. In het midden latende de vraag, of deze vrouw, in 1863 geboren en in 1882 vertrokken naar een vreemd land, waar zij is blijven wonen en nog woont, niet ingevolge art. 10, 3°., der wet van 1850 het bij die wet omschreven Neder-

landerschap had verloren, oordeelde de Regeering, dat zij na het inwerkingtreden der wet van 1892 den regel volgde, bij art. 5, 1ste lid, dezer wet gesteld en de toepasselijkheid daarvan door het 1ste lid der Overg. bep. niet wordt uitgesloten. Nu deze opvatting — welke ook die is van Mr. THOMAS (diss. blz. 150 bovenaan, j°. blz. 78 slot; blz. 98, al. 2, en blz. 99), doch waarin door Mr. BEIJEN, Rechtsg. Magazijn, 1894, blz. 384, en, naar ik uit zijn werk blz. 116—7 afleid, door Mr. ACHTERBERG niet gedeeld wordt —, door bovenvermelde naturalisatiewet is bekrachtigd — zij werd bestreden door de Redactie van de Gemeentestem in hare nrs. 2333 en 2351 — zou het weinig nut hebben de quaestie van billijkheid te opperen, welke anders aandacht zou hebben verdiend in verband met de strekking van de Overg. bep., om niemand, behalve de daarin uitdrukkelijk genoemde personen, van het bij de wet van 1892 omschreven Nederlanderschap uit te sluiten, die op 30 Juni 1893 krachtens de eene of andere wetsbepaling Nederlander was. Men zie dienaangaande in mijn werk over de wet van 1892, blz. 266, voorl. al.; 268, al. 5, en volg.; 288, laatste al. Te ontkennen valt m. i. niet, dat vrouwen, die tijdens haar huwelijk Nederlander waren volgens de wet van 1850, *dit* Nederlanderschap niet verloren door huwelijk met een vreemdeling, al werden zij hierdoor vreemdeling naar burgerlijk recht. In het bezit van eerstbedoeld Nederlanderschap op 30 Juni 1893, vielen zij in al. 1 der Overg. bep. van de wet van 1892. Neen, zeide evenwel de Regeering in 1896, zij worden beheerscht door art. 5, al. 1, waardoor zij op het tot dusver bezeten Nederlanderschap geen aanspraak meer kunnen maken. Ik zou te dezen aanzien willen zeggen wat ik reeds in 1881 (N. Bijdr. Rechtsgel. en Wetg., N. R., dl. VII, blz. 411) schreef: „Verlies toch van iets, dat men verkrijgt

op hetzelfde ondeelbare oogenblik, waarop men door het verlies getroffen zou worden, is niet denkbaar".

Ik maak van deze zaak hier ter plaatse melding met het oog niet op het geval, dat eene vrouw ter zake van 's lands dienst *in een vreemd land* woont — een voorbeeld hiervan is mij niet bekend —, maar, in verband ook met het aanstonds te behandelen verschil van gevoelen over de woorden „in een vreemd land" in art. 3, voorl. lid, der wet van 1850, op de mogelijkheid, dat eene vóór 1 Juli 1893 met een vreemdeling gehuwde vrouw, die daags te voren zich nog kon beroepen op het bezit van het Nederlanderschap *volgens de wet van* 1850, ter zake van 's lands dienst (bijv. als onderwijzeres) in 's Rijks overzeesche bezittingen of koloniën woont. De wet van 7 December 1896 (*Stbl.* n°. 195) verdient mede uit anderen hoofde bijzondere aandacht, o. a. voor het geval eene vrouw als hier bedoeld en vóór 1 Juli 1893 met een vreemdeling gehuwd, geplaatst is in of dingt naar eene landsbediening, waarvoor bezit van het Nederlanderschap een vereischte is; zoo ook met het oog op art. 1 *c* der wet van 1892, voor het geval uit eene vrouw als waarvan hier de rede is, na 1 Juli 1893 en na de ontbinding van haar huwelijk een natuurlijk kind geboren is of wordt, dat door haar is of wordt erkend.

b. ter zake van 's lands dienst in een vreemd land wonen. Woonplaats in een vreemd land, anders dan ter zake van 's lands burgerlijken of militairen dienst, komt dus niet in aanmerking.

c. onmiddellijk te voren ingezetene des Rijks zijn geweest; immers de wet spreekt van „voortdurend". Miste men het in art. 3, 2e lid, der wet van 1850 omschreven ingezetenschap op het tijdstip, waarop men ter zake van 's lands dienst in een vreemd land ging wonen, dan

kon dat ingezetenschap ook niet voortduren en valt men derhalve buiten de bepaling (zie o. a. K. B. van 12 Januari 1891, *Stbl.* n°. 25).

Het voorl. lid van art. 3 der wet van 1850 is sedert de invoering der militiewet van 1861, in overeenstemming met het gevoelen van den Minister Mr. THORBECKE, uitgedrukt in zijn schrijven van 28 Juni 1862, n°. 177 (v. MAANEN, 1862, blz. 455), mede toepasselijk geoordeeld op den Nederlander, die ter zake van 's lands dienst in de koloniën of bezittingen des Rijks in andere werelddeelen woont. Dat ik mij met deze uitlegging niet kan vereenigen, hiervan heb ik meermalen doen blijken, o. a. op blz. 492 vlg. van het hiervoren vermeld opstel betreffende het ingezetenschap. De woorden „in een vreemd land" kan ik, ook met het oog op de geschiedenis hunner opneming in de wet, onmogelijk in dien zin verklaren, dat daarin mede de koloniën en bezittingen des Rijks in andere werelddeelen begrepen zijn. De Raad van State, Afd. v. d. Gesch. v. bestuur, heeft evenzeer herhaaldelijk in zulke ruime uitlegging bezwaar gezien (zie Ned. Staatscourant n°. 168 van 1875 en n°. 17 van 1891). Ik besloot evenbedoeld opstel met deze woorden: „Op het gebied van het *jus constitutum* beschouw ik... den Nederlander, die ter zake van 's lands dienst in 's Rijks overzeesche bezittingen of koloniën is gaan wonen, niet meer als ingezeten des Rijks in den zin van art. 3 der wet van 1850. *In jure constituendo* zou ik, met Mr. RAEDT v. OLDENBARNEVELT (diss. 1851, blz. 110) en met de Redactie van de Gemeentestem (n°. 1344), wenschen, dat bij herziening van voormelde wet — herziening die mij ook in vele andere opzigten noodig toeschijnt —, de onbillijkheid en ongelijkheid wierden opgeheven, welke nu bestaan tusschen de Nederlanders, die ter zake van

's lands dienst in een vreemd land wonen, en hen, die tezelfder zake in zijne koloniën en overzeesche bezittingen dienen".

Wat het *jus constitutum* betreft, ben ik nog van dezelfde meening; eene meening, ook door Mr. HEEMSKERK Az. als lid van de Tweede Kamer voorgestaan in de zitting van die Kamer van 21 November 1861 (Bijbl. Ned. Staatsc., 1862—1863, II, blz. 212), (15), doch door Z. Exc. als Minister v. Binnenl. Zaken niet gevolgd bij de voordracht aan de Kroon, opgenomen in de Staatscourant n°. 168 van 1875.

De quaestie had te dezer plaatse geheel buiten beschouwing kunnen blijven, ware het voorl. lid van art. 3 der wet van 1850 niet nog van kracht met betrekking tot de militiewet. Voor de toepassing van art. 2*a* en van de Overg. bep. der wet van 1892 heeft de zaak geen belang, omdat het bij art. 2*a* het kind van een vreemdeling geldt, en omdat art. 3, voorl. lid, der wet van 1850 van den Nederlander spreekt en deze alzoo vanzelf in de Overg. bep. begrepen is.

Wat het *jus constituendum* aangaat, is de door mij in 1879 uitgesproken wensch niet verwezenlijkt bij de wet van 1892. Aangezien nu hierin eene bepaling in den zin van art. 3, voorl. lid, der wet van 1850 niet voorkomt, kunnen althans volgens eerstgenoemde wet, meerderjarige Nederlanders, die ter zake van 's lands dienst in 's Rijks overzeesche bezittingen of koloniën wonen, zoolang dit het geval is, het *bij de wet* omschreven ingezetenschap niet hebben — zie ook noot 10 hiervoren —, tenzij

(15) De heer Mr. HEEMSKERK resumeerde zijne rede in deze woorden: „Dus toont de geschiedenis van dat artikel (art. 3 w. v. 1850) zoo overtuigend als zeldzaam geschiedt aan, dat de bedoeling van den wetgever op dat oogenblik geweest is om niet onder de bedoelde alinea te begrijpen diegenen, die zich, rei publicae causa, in de koloniën bevinden".

door hen in verband met vorige woonplaats binnen het Rijk in Europa met vrucht een beroep kan worden gedaan op art. 77 B. W.

Volgens art. 2*a* der wet van 1892 kan in het daar vermeld geval het kind van een ingezetene des Rijks Nederlander zijn.

Toen ik in mijne aanteekeningen op die wet op blz. 54 sub 8 (16) o. a. zeide: „Of de vader of de moeder inge-„zetene des Rijks was, moet m. i. beantwoord worden „uit art. 13 of uit art. 15. Dit laatste artikel wordt ge-„noemd, omdat erkenning van natuurlijke kinderen „volgens art. 337 B. W. ook door minderjarigen kan geschieden", ging ik uit van de stelling, dat o. m. art. 2*a* niet toepasselijk is op personen geboren vóór 1 Juli 1893, aangezien de vraag, of zij die vóór dien dag geboren zijn, Nederlander zijn, hare oplossing moet vinden in de Overg. bep., in verband met het B. W. of met de wet van 1850 (17). Deze stelling, van welker onjuistheid ik tot hieraan niet overtuigd ben, wordt intusschen niet algemeen beaamd. Er zijn er die oordeelen, dat o. a. art. 2*a* der wet van 1892 evenzeer kan gelden voor personen, die er op 1 Juli 1893 reeds waren en dat dezen

---

(16) Zie ook bl. 17 sub 8 en 9; 84 sub 54 *fine*.

(17) Tot dezelfde conclusie, zij 't niet op volkomen dezelfde gronden, komen: Mr. THOMAS, blz. 148 (waar in al. 3 de vermelding van de artt. 1—16 te algemeen schijnt, met het oog op wat gezegd wordt op blz. 150—1), blz. 149, 152 *fine* — 154; Mr. ACHTERBERG, o. a. blz. 116 sub 1o; Mr. Dr. BEIJEN, Rechtsg. Magazijn, blz. 382, al. 2 en 5; 383, al. 2; 384, laatste al.; de Redactie van de Gemeentestem in no. 2224, blz. 1, kol. 2, en 2331, blz. 4, kol. 1. In tegenovergestelden zin verklaarde de Redactie van het W. v. d. Burg. Adm. zich in het antwoord op eene vraag in haar no. 2298, nader verdedigd in de nos. 2350 en 2351; zie mede no. 2361 (hoofdart.), 2372, blz. 4, kol. 2, 2373, blz. 4, kol. 2, 2375, blz. 3, kol. 2. Ook Mr. C. ASSER (Rechtsg. Magaz., 1896, blz. 340 vlg.) en J. G. P. TIMANS (Tijdschrift v. Admin. recht, 1894, blz. 261) schijnen er anders over te denken.

zich daarop kunnen beroepen, al vallen zij niet onder hen, die bij de Overg. bep. verklaard worden Nederlander te zijn in den zin dier wet. In deze opvatting zou men ter beantwoording van de vraag, of iemand, die er op 1 Juli 1893 was, Nederlander is, in de eerste plaats te rade hebben te gaan met de artt. 1 en 2, om, zoo het antwoord ontkennend luidt, de toevlucht te nemen tot de Overg. bep., ten einde te zien, of dan niet hieraan op 1 Juli 1893 het Nederlanderschap in den zin der wet van 1892 ontleend werd in verband met het feit, dat men op dien dag Nederlander was òf naar het B. W., òf naar de wet van 1850, òf naar die beide wetgevingen. Dat met betrekking tot hen, die er op 1 Juli 1893 waren, de strekking van de artt. 1 en 2 der wet van 1892 attributief, m. a. w. in effectu naturaliseerend en die van de Overg. bep. slechts aanvullend zou wezen, kan ik vooralsnog niet toegeven en blijkt, dunkt mij, ook niet uit de bewoordingen van de Overg. bep. en de geschiedenis harer wording.

Dat het ingezetenschap, waarvan in art. 2*a* gesproken wordt, te beoordeelen is naar de artt. 13 en 15 der wet van 1892, behoort tot de punten, waaromtrent Mrs Thomas en Achterberg met mij eenstemmig denken. Eerstgenoemde zegt op blz. 49: „het ingezetenschap moet beoordeeld worden naar art. 13 van deze wet"; laatstgenoemde schrijft op blz. 45—46: „Dit ingezetenschap moet, zooals de Regeering uitdrukkelijk opmerkte, hebben bestaan tijdens de geboorte van het kind en het moet zijn geweest een ingezetenschap in het Rijk, waaronder ook hier moet verstaan worden het Rijk in Europa. Voor de vraag, of aan dit vereischte is voldaan, m. a. w. of degene der ouders, dien het betreft, ingezetene des Rijks was, zal het antwoord moeten gezocht worden in de wet zelf

omtrent het Rijksingezetenschap, en dus in de hierna te behandelen artt. 13 en 15", — en op blz. 109: „In het algemeen zullen natuurlijk overal, waar bij de wet gevolgen zijn verbonden aan het ingezetenschap, zonder dat daarbij tevens is vastgesteld wat daaronder voor ieder bijzonder geval is te verstaan, die gevolgen moeten worden toegepast op hen, die voldoen aan de vereischten bij de artt. 13 en 15 dezer wet gesteld". Ook de Redactie van de Gemeentestem — zie n°. 2219 van dat blad — doet van instemming met bovenvermeld gevoelen blijken waar zij o. a. zegt: „Met het gevoelen van Mr. T. (blz. 49) dat voor de toepassing van deze wetsbepaling (art. 2*a*) het ingezetenschap moet beoordeeld worden naar art. 13 en dat het wonen op te vatten is in de beteekenis van domicilie hebben volgens het B. W. kunnen wij ons vereenigen".

Ik wees hierboven er op, dat de wet van 1892 geene Overg. bep. bevat ten aanzien van het ingezetenschap. Hieruit ontstaat m. i. de vraag, of voor de 18 maanden, bij art. 13 gevorderd, buiten aanmerking moet blijven de tijd, gedurende welken men vóór 1 Juli 1893 in het Rijk of zijne koloniën of bezittingen in andere werelddeelen woonplaats gehad heeft. Is deze vraag toestemmend te beantwoorden, dan waren er tusschen 1 Juli 1893 en 1 Januari 1895 geen Rijksingezetenen en kan art. 2*a* ook niet ingeroepen worden voor kinderen, vóór laatstgenoemden datum geboren.

Mr. Dr. K. H. Beijen, wiens dissertatie „Het Nederlanderschap in verband met het internationaal recht" (Utrecht, bij A. J. van Huffel, 1890) herhaaldelijk ter sprake kwam bij de parlementaire behandeling van het ontwerp der wet van 1892, schrijft in het „Rechtsgeleerd Magazijn", 1894, blz. 383: „Wanneer de wet van 1892

aan zekere feiten het ontstaan of het verlies van het Nederlanderschap verbindt, dan kunnen dergelijke feiten dat gevolg eerst te weeg brengen, wanneer zij zijn voorgevallen op of na den dag, waarop de wet in werking is getreden, m. a. w. op of na 1 Juli 1893. Aan feiten van vóór dien datum kan dat gevolg niet verbonden worden, zonder aan de wet terugwerkende kracht toe te kennen, wat, gelijk van zelf spreekt, zonder uitdrukkelijk voorschrift niet geoorloofd is".

Indien men uitgaat van dit standpunt, — dat mij wat het Nederlanderschap betreft juist voorkomt wegens de Overg. bep. der wet van 1892 — en het woord „Nederlanderschap" vervangt door „Ingezetenschap", dan zal, aangezien een „uitdrukkelijk" (afwijkend) „voorschrift", als waarvan S. gewaagt, slechts gevonden wordt in het 2de lid der Overg. bep., in verband met art. 7, 5°., art. 2*a* alleen toepasselijk zijn op het kind van hem of haar, die na 1 Juli 1893 woonplaats gedurende 18 maanden in het Rijk of zijne koloniën of bezittingen in andere werelddeelen gehad heeft en in onmiddellijke aansluiting daaraan woonplaats in het Rijk had tijdens de geboorte van het kind, zoodat geboorte vóór 1 Januari 1895 aan het (als vreemdeling niet tot een ander land behoorend) kind den staat van Nederlander niet kan gegeven hebben, al is de vader of de moeder (vreemdeling) zelf geboren uit eene in het Rijk wonende moeder, en dan zullen ook de vijf jaren, waarvan sprake is in art. 3 sub 2°. eerst kunnen aangevangen zijn op 1 Juli 1893.

Ik twijfel, of eene opvatting in dezen zin van bovenvermelde woorden van Mr. B. wel met zijne bedoeling zou strooken. Wat art. 3, 2°. aangaat, bewijzen de naturalisatiewetten na 1 Juli 1893, dat Regeering en Staten-Generaal in de gevorderde „laatste vijf jaren" medetellen

den tijd, welken men vóór dien datum in het Rijk of zijne koloniën of bezittingen in andere werelddeelen woonplaats of hoofdverblijf gehad heeft.

Mijne meening, waarin ik een bondgenoot ontmoet in Mr. THOMAS (18), is, zooals ik reeds met een enkel woord vermeldde, dat voor de toepassing ook van art. 13 de tijd, dien men vóór 1 Juli 1893 in het Rijk of zijne koloniën of bezittingen in andere werelddeelen gewoond heeft, in aanmerking kan worden genomen, voor zoover men op het beslissend tijdstip zijne woonplaats in het Rijk had en de tijd, gedurende welken men in 's Rijks koloniën of bezittingen in andere werelddeelen woonde, zich onmiddellijk (de tijd van de reis hierheen, van een gedwongen verblijf in Oost- of West-Indië, bijv. gevangenschap, of van een tijdelijk verblijf elders, zonder ergens woonplaats (domicilie) te vestigen, na ontslag uit 's lands dienst daarin begrepen) (19) aansloot aan het tijdstip, waarop men zich in het Rijk metterwoon vestigde. Ik geloof niet, dat de wetgever een andere bedoeling heeft gehad; ik leid dit hieruit af, dat had hij den

---

(18) Deze schrijft op blz. 150 zijner dissertatie, in verband met art. 3 en art. 7, 5o. der wet van 1892: „niet aan den *toestand* van binnen of buiten het Rijk en de Koloniën woonplaats te hebben verbindt de wet rechtsgevolgen, maar aan het *feit*, dat iemand 5 of 10 jaar daar *gewoond heeft;* dus het verblijf vóór 1 Juli 1893 moet voor de toepassing van genoemde artikelen worden meegeteld. Wat betreft art. 7, 5o., maakt echter de Overg. bep. uitdrukkelijk eene uitzondering door den tienjarigen termijn eerst te laten beginnen op het tijdstip van invoering van de wet. *Zoo mag voor den anderhalfjarigen termijn van art.* 13 *de aan dat tijdstip voorafgaande tijd weer worden meegerekend, zonder dat men daarmee de niet-terugwerkende kracht van de wet geweld aandoet*".

(19) Op het gezag van de brieven van het Dep. van Binn. Zaken van 27 Juni 1875, no. 14 (v. MAANEN, 1875, blz. 61; SCHREUDER, Handl. Militiewetten, 1877, I, aant. 94, voorl. lid); 23 Maart 1878, no. 15; 24 Sept. 1878, La. F. (v. MAANEN, 1878, blz. 414); 29 Febr. 1884, no. 247; 8 Maart 1888, no. 330 (v. MAANEN, 1888, blz. 652) en 25 Jan. 1893, no. 88. Zie ook Mr. ACHTERBERG, blz. 102, noot.

tijd van gewoond hebben binnen of buiten het Rijk *c. a.* voor het verkrijgen van naturalisatie, voor het verlies van het Nederlanderschap en voor het erlangen van het ingezetenschap bepaald, niet vóór 1 Juli 1893 willen doen aanvangen, de 2de volzin van al. 1 der Overg. bep. overbodig zou zijn geweest, want dan zou het daarbij bepaalde vanzelf in het stelsel der wet hebben gelegen.

Ik zou dus op 1 Juli 1893 voor ingezetene volgens art. 13 hebben gehouden hem of haar, die uit eigen hoofde handelingsbevoegd was en op dezen datum gedurende de onmiddellijk voorafgaande 18 maanden in het Rijk had gewoond en daar nog woonde, en hem of haar, die in gelijke omstandigheden verkeerde en in dat tijdsbestek in 's Rijks koloniën of bezittingen in andere werelddeelen had gewoond en op 1 Juli 1893 in onmiddellijke aansluiting aan evenbedoelde woonplaats in het Rijk woonde, met dit gevolg dat de van hem of uit haar geboren kinderen Nederlanders zijn volgens art. 2*a*, indien zij voor het overige aan het verder daarbij bepaalde voldoen.

Naar art. 5, 1°., B. W. waren Nederlander en zijn dit, zoo zij dien staat niet vroeger volgens de bepalingen van dat Wetboek hadden verloren, op 1 Juli 1893 in den zin der wet van 1892, krachtens hare Overg. bep., geworden allen die binnen het Koninkrijk of deszelfs koloniën zijn geboren uit ouders, aldaar gevestigd.

Nu spreken de aanhef en het 2de lid van art. 3 der wet van 1850 van „gevestigd of ingezetenen zijn".

De vraag, of de bij dit artikel gestelde eischen ook golden voor hen, die beweerd werden Nederlander te zijn volgens art. 5, 1°., werd door den H. R. ontkennend beantwoord bij arrest van 23 December 1853 (W. v. h. R. n°. 1645). Naar luid van deze uitspraak moet het „gevestigd zijn" in den zin van art. 5, 1°., B. W., ge-

acht worden te bestaan in het hebben of overbrengen van zijn hoofdverblijf en van den zetel zijner zaken op den Nederlandschen grond, met het kennelijk doel om er die te houden, *en zulks onafhankelijk van den minderen of meerderen tijd, dat dit werkelijk moge hebben geduurd.*

Art. 1, 1°., der wet van 1850 verklaarde tot Nederlanders, ten aanzien van het genot van burgerschapsrechten (en de benoembaarheid tot landsbedieningen) allen, die geboren waren (om het even waar) uit ouders, binnen het Rijk in Europa gevestigd. De vraag, of dat „gevestigd zijn" zijne definitie moest vinden in art. 3 der wet van 1850, werd door de Arr.-Rechtb. te Leiden bij vonnis van 22 Augustus 1851 (W. v. h. R. n°. 1263), door den H. R. bij arresten van 6 Juli 1852 en 9 Mei 1867 (W. v. h. R. n°s. 1348 en 2918) en door de Arr.-Rechtb. te Maastricht bij vonnis van 30 April 1859 (W. v. h. R. n°. 2089) toestemmend beantwoord. Bij eenige dezer uitspraken werd het voor de uitoefening van het kiesrecht gevorderd Nederlanderschap niet aanwezig geoordeeld bij personen die geboren waren uit binnen het Rijk in Europa gevestigde ouders, wier woonplaats aldaar echter tijdens de geboorte van bedoelde personen nog niet den bij art. 3 der wet van 1850 bepaalden tijd had geduurd. Hij bijv., op wien het arrest van 9 Mei 1867 betrekking had, was binnen het Rijk in Europa geboren uit ouders, die er tijdens zijne geboorte woonplaats hadden; hij was dus onmiskenbaar Nederlander in den zin van art. 5, 1°. B. W., doch werd geacht dit niet te zijn volgens art. 1, 1°., j°. art. 3 der wet van 1850. Van eene andere meening schijnt de Arr.-Rechtb. te Amersfoort te zijn geweest bij vonnis van 5 Mei 1852 (W. v. h. R. n°. 1339). Ook bij brief van het Dep. v. Binn. Zaken van 14 April 1866, n°. 298, 4e afd. M. (v. Maanen, Militiewetten, jg. 1866, blz. 38), werden, —

nadat bij schrijven van 10 Januari 1863, n°. 245, 4e afd. M. (t. a. p. 1863, blz. 5) was aangenomen, dat de vraag, of iemand Nederlander is, dan wel vreemdeling, hare oplossing moet vinden niet in het B. W., maar in de wet van 1850 — als Nederlander beschouwd jongelingen, vóór de invoering dier wet geboren uit vreemde ouders, die, evenals de ouders van den persoon, op wien de naturalisatiewet van 27 Mei 1865 (*Stbl.* n°. 48) betrekking heeft, gedurende minderen tijd binnen het Rijk in Europa hadden gewoond, dan bij art. 3 der wet van 1850 gevorderd werd om als gevestigd of ingezetene te kunnen worden aangemerkt. Bij K. B. van 4 Juli 1874, n°. 22 (v. Maanen, 1874, blz. 473), werd evenzeer verstaan, dat bij geboorten vóór de invoering der wet van 1850, de vraag, of de ouders in Nederland gevestigd waren, niet naar die wet mag beoordeeld worden.

Dat ik mij, evenals de Redactie van het W. v. d. Burg. Adm. dit deed in het hoofdartikel van haar n°. 2005, in dezen schaar aan de zijde van eerstgenoemde rechterlijke uitspraken en van de voormelde naturalisatiewet, bij de parlementaire behandeling waarvan de quaestie ampel besproken is, blijkt uit mijne in de Bijdr. tot de kennis van het Staats-, prov.- en gemeentebestuur, dl. XXIII, blz. 320—344, en in de Nieuwe Bijdr. voor Rechtsgel. en Wetg., N. R. dl. V, blz. 452 en 482; dl. VIII, blz. 36 vlg., 211 vlg., 220 *fine*, 452 en 608, opgenomen opstellen. Ik zou mijn gevoelen niet beter weten weder te geven dan met de woorden, waarin de Arr.-Rechtb. te Leiden haar bovenvermeld vonnis inkleedde. Eene wet regelende den staat der personen in betrekking tot hunne staatsburgerlijke rechten, wordt van toepassing voor allen zonder onderscheid en wel van het oogenblik zelf af harer invoering, vermits eene vroegere wetgeving op den staat der personen zonder

invloed wordt, zoodra haar gezag heeft opgehouden te bestaan en zij door andere bepalingen is vervangen, *tenware de latere wet de werking van de vroegere gedurende eenigen tijd had voorbehouden*. Dit laatste moet m. i. geacht worden bij de wet van 1892 te zijn geschied bij hare Overg. bep., die verhoedt, dat voor hen, die er op 1 Juli 1893 waren, ingeroepen kunne worden de regel, dat de staatsburgerlijke toestand van personen te beoordeelen is naar de wet van het oogenblik, niet naar die welke op het tijdstip van geboorte vigeerde. Deze regel, aan de toepassing waarvan art. 4 Alg. Bep. van Wetg. niet in den weg staat, geldt echter wel voor de in den aanhef der Overg. bep. *uitgezonderde* personen. Dat dezen het Nederlanderschap naar burgerlijk recht (art. 5, 1°. B. W.) behouden hebben en dat alzoo, zij 't voor eene bepaalde categorie van menschen, een civielrechtelijk Nederlanderschap is blijven bestaan, zooals Mr. ACHTERBERG, blz. 115 en 126 *fine*, meent dat het geval is, kan ik niet beamen. Met het op 1 Juli 1893 vervallen zijn van het civielrechtelijk Nederlanderschap, dus ook van art. 5, 1°. B. W., zijn m. i. tevens, juist op grond van bovenbedoelden regel, alle aanspraken, welke te voren daaraan konden worden ontleend, te niet gegaan, voorzoover de wet van 1892 niet het tegendeel heeft bepaald. Ook Mr. T. is, blijkens het vermelde op blz. 160 zijner dissertatie, van oordeel, dat de hier bedoelde personen het civielrechtelijk Nederlanderschap niet hebben behouden. Dat dit inderdaad aldus is, blijkt m. i. overigens duidelijk uit de motieven, die geleid hebben tot de opneming, in de Slotbepaling, van de slotwoorden van het 2e lid. In materie van staat of nationaliteit kan, naar mijne opvatting, in wettelijken zin niet van een recht, bijgevolg ook niet van „verkregen rechten" worden gesproken. Onbillijkheid in dit opzicht kan slechts door eene

Overg. bep. voorkomen of getemperd worden. Dit is ten aanzien van de personen, van wie hier de rede is, bij de wet van 1892 niet geschied. Daarom zijn zij geen Nederlanders in den zin dier wet. En zij kunnen evenmin Nederlanders naar het B. W. zijn gebleven, omdat de wetsbepaling, die vóór 1 Juli 1893 hun titel was voor het civielrechtelijk Nederlanderschap, in zoover tot de geschiedenis behoort, dat zij nog slechts geraadpleegd zal kunnen worden bij de toepassing van het 1e lid der Overg. bep. van de wet van 1892. (Vgl. mijne uitgaaf dier wet, blz. 473, al. 4, en 284 slot).

Mij eene afwijking veroorlovende van het onderwerp dezer studie, geschiedde dit, om er, in verband met dit onderwerp, de aandacht op te vestigen, dat noch bij de parlementaire behandeling van de bovenaangehaalde naturalisatiewet van 27 Mei 1865, noch, voor zoover ik heb kunnen nagaan, in de zaken waarop genoemde rechterlijke uitspraken betrekking hebben, als argument tegen het beweerd bezit van het politisch Nederlanderschap is aangevoerd het niet kunnen medetellen, ter bepaling van het „gevestigd" geweest zijn der ouders van de daarbij betrokken personen, van den tijd dat die ouders binnen het Rijk in Europa hadden gewoond vóor het inwerkingtreden der wet van 1850; en tevens, zij het dat het mij niet tot eene andere meening brengt, met het oog op hetgeen Mr. A. op blz. 110—111 schrijft naar aanleiding van het gezegde in mijn werk over de wet van 1892, blz. 24. Na er aan te hebben herinnerd, dat de wet van 1850 alleen voor enkele gevallen in art. 1, n°. 2 tweede lid, en art. 4 eene bepaling van transitoiren aard had, vraagt S., of daaruit volgde, dat zij, die zich overigens niet bevonden in een der gevallen in die wet bedoeld, ofschoon zij vóór de invoering dier wet, volgens de toen bestaande bepalingen, op het Ne-

derlanderschap, ook in politieken zin, hadden kunnen aanspraak maken, daarvan na dien verstoken waren? „SCHREUDER" — zegt Mr. A. — „beantwoordt die vraag bevestigend, en meent tevens, als een gevolg van zijn antwoord op de eerste vraag, dat zij die wel onder die wet vielen, Nederlanders werden, al waren zij het te voren ook niet. DIEPHUIS (blz. 207) beweert, dat zij die hier te lande geboren zijn uit vreemde ouders hier wonende, doch nog niet voldoende aan de eischen van art. 3 der wet van 1850, aanspraak kunnen blijven maken op het Nederlanderschap, als zij maar vóór de invoering der wet van 1850 geboren zijn. Ik zou mij hier het liefst aan de zijde van den laatsten schrijver scharen. Waar de hoedanigheid als vreemdeling of Nederlander moet beoordeeld worden naar den toestand tijdens de geboorte — en dit schijnt weinig twijfelachtig voor al die gevallen waarin de geboorte zelf dien staat doet verkrijgen — moet naar mijn oordeel de wetgeving op dat tijdstip van kracht beslissend zijn. Deze kwestie kan, zoolang het vóór 1 Juli 1893 — datum der inwerkingtreding der wet van 1892 — geboren geslacht nog leeft, nog steeds van belang zijn, omdat de wet van 1892 wel eene Overg. bep. inhoudt, waarbij met eenige uitbreiding voor enkele gevallen, verkregen rechten gehandhaafd worden."

(*Wordt vervolgd*).

's-Gravenhage, Mei 1897.

L. F. G. P. SCHREUDER.

De Makelaardij,

DOOR

A. DUPARC,

Commies-Chef ter provinciale griffie van Friesland.

I.

Vraagstukken, die men reeds vóórlang als opgelost mocht beschouwen, worden niet zelden eensklaps weder opgeworpen, alsof er nooit een woord over gesproken, nooit een letter over geschreven was.

Zóó de vraag, of art. 64 van het Wetboek van Koophandel den gemeenteraad toelaat, makelaars in *on*roerende goederen aan te stellen (1).

Langen tijd had deze vroeger dikwijls besproken vraag gerust.

Zij was trouwens reeds verscheidene jaren geleden door mannen van gezag ontkennend beantwoord, en onderscheidene gemeenteraden, o. a. die van Amsterdam, Rotterdam, 's-Gravenhage, Utrecht en Haarlem, aan wier beslissing zij vóór en na was onderworpen geworden, hadden zich in gelijken zin uitgesproken.

Toch kon men in *De Gemeentestem* n°. 2346, van 14 September 1896, de volgende vraag lezen:

---

(1) Art. 64 luidt: «De werkzaamheden der makelaars bestaan in het, voor hunne meesters, koopen en verkoopen van waren en koopmanschappen, schepen, openbare fondsen en andere effecten en obligatiën, wisselbrieven, orderbriefjes en andere handelspapieren, het bezorgen van discompten, assurantiën, bodemerijen en bevrachtingen van schepen van gelden op beleening of anderzins.»

„Op welken grond beweert U, dat er ook makelaars in *on*roerend goed aangesteld kunnen worden?"

Nog meer dan de vraag zelve mocht het antwoord der Redactie bevreemding wekken. Het luidde:

„Op grond van de geschiedenis der vaststelling van art. 64 W. v. K., waaruit blijkt, dat men onder „waren en koopmanschappen" ook onroerende goederen heeft willen begrijpen."

Waar de Redactie van een terecht zoo geacht en zoo groot gezaghebbend blad als *De Gemeentestem* aan dit wetsartikel eene uitlegging geeft, die juist met de geschiedenis daarvan in lijnrechten strijd is, komt het mij van belang voor, de zaak zelve in hare jarenlange geschiedenis te behandelen.

Ik moet daartoe teruggaan tot het jaar 1822.

In het destijds bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakt ontwerp van een Wetboek van Koophandel werd in het artikel, omschrijvende de werkzaamheden der makelaars, gesproken van het koopen en verkoopen van „vaste" goederen.

Dit ontwerp werd echter niet tot Wet verheven.

Er volgde in het jaar 1826 een nieuw Wetsontwerp, waarin over „vaste" goederen werd gezwegen.

Dit gaf eenige makelaars aanleiding, aan de Tweede Kamer eene „petitie" in te dienen, strekkende om tot de eerst door de Regeering voorgestelde redactie terug te keeren.

Bij de behandeling van dit verzoekschrift maakte de heer Hooft al dadelijk de juiste opmerking, dat *vaste* goederen *niet* behooren tot het onderwerp van *koopmanschappen* of *handelszaken*, waarover in het artikel werd gehandeld, en dat daarom aan het verlangen der adressanten niet mocht worden voldaan.

En zóó geschiedde het.

Leert nu niet juist de geschiedenis van art. 64, dat men onder „waren en koopmanschappen" onroerende goederen *niet* heeft willen begrijpen? In rechten zou men spreken van een vonnis, *contradictoir* gewezen, dat daardoor te meer waarde en beteekenis heeft gekregen.

Het antwoord van de Redactie sluit zich intusschen aan bij een door haar in 1888 uitgesproken gevoelen. Op de in het n°. 1892, van 2 Januari 1888, door X gedane vraag: „Kan het plaatselijk bestuur ook makelaars in *onroerende* goederen aanstellen?" luidde haar antwoord: „Uit het verhandelde bij de vaststelling van art. 64 van het Wetb. v. Kooph. in de Tweede Kamer blijkt, naar ons voorkomt, dat men onder de daarin voorkomende woorden „waren en koopmanschappen" ook onroerende goederen heeft begrepen. Wij antwoorden dus toestemmend. Er zijn dan ook o. a. te Amsterdam makelaars in onroerende goederen" (1).

Verscheidene jaren vroeger, in 1862, toen de zaak bij den gemeenteraad van 's-Gravenhage was ter sprake gekomen, had de Redactie van *De Gemeentestem* er anders over gedacht (2).

Nu de vraag weder aan de orde is gesteld, acht ik het niet ondienstig, de quaestie in al hare bijzonderheden te behandelen.

Evenmin als in het met 1 October 1838 in werking getreden Wetboek van Koophandel van makelaars in *on*roerende goederen wordt gesproken, kende de tot dat tijdstip hier te lande gewerkt hebbende Code de Com-

---

(1) Volkomen waar, doch die makelaars waren er nog van vóór 1863. In dat jaar echter werd door den raad van Amsterdam besloten, geen makelaars in onroerende goederen meer te benoemen. Het beroep op Amsterdam ging dus niet meer op.

(2) No. 559.

merce zoodanige tusschenpersonen. Art. 74 van dezen Code toch luidde: „La loi reconnait pour les actes de commerce des agents intermédiaires, savoir les agents de change et les courtiers". Verder waren in de artt. 76, 77, 78, 79 en 80 onderscheidene werkzaamheden opgenoemd, die in ons later art. 64 W. v. K. werden vereenigd.

Niettemin werden, onder de werking van art. 74 C. d. C. sinds jaar en dag in verscheidene plaatsen van ons land door den gemeenteraad makelaars in *on*roerende goederen aangesteld.

Na het inwerkingtreden van het Wetboek van Koophandel werd in meer dan één plaats, allereerst te Amsterdam en Rotterdam, met deze aanstelling voortgegaan. De na 1 Oct. 1850 in beide gemeenten vastgestelde reglementen voor de makelaars waren mede van toepassing op die in *on*roerende goederen.

In 1862 kwam er kentering.

Het was de gemeenteraad van Rotterdam, die het ijs brak.

Op de adressen van drie personen, om tot makelaar in roerende en *onroerende* goederen te worden benoemd, werd hun te kennen gegeven, „dat de raad, na raadpleging van het Wetboek van Koophandel, geen termen had gevonden om over te gaan tot de benoeming van makelaars in *vaste* goederen". Dit besluit werd met *algemeene* stemmen genomen.

Spoedig hierna volgde de gemeenteraad van 's-Gravenhage. In de vergadering van 17 Juni 1862 besloot deze, op voorstel van Burg. en Weth., geen makelaars in onroerende goederen te benoemen.

Inmiddels was verschenen eene brochure van den notaris G. Leefkens te Amsterdam (1), waarin krachtig

(1) Opmerkingen over de publieke verkoopingen van vaste goederen.

werd opgekomen tegen de makelaardij in onroerende goederen.

Het *Weekblad van het Recht* (1) schreef er het volgende over: „Wij moeten tot ons leedwezen verklaren, dat het ons daaruit niet zeer duidelijk is geworden, waarin eigenlijk de roeping van de zoogenaamde makelaars in *vaste* goederen bestaat.

Maar het boekje is dáárom vooral merkwaardig, omdat er in korte en duidelijke woorden de onbevoegdheid van de gemeentebesturen in wordt aangetoond, om zulk soort van makelaars te benoemen. Makelaars zijn tusschenhandelaars, die voor hunne meesters *waren* en *koopmanschappen* koopen en verkoopen (artt. 62 en 63 W. v. K.), en het zijn alleen *de tusschenhandelaars*, die door de plaatselijke besturen worden benoemd.

Zoolang men nu niet kan aantoonen, dat huizen en landerijen behooren tot de *waren* en *koopmanschappen*, is de makelaardij daarin eene in de wet onbekende en dus rechtens onbestaanbare zaak, en het is derhalve te wenschen, dat ook het Amsterdamsche gemeentebestuur zich verder zal onthouden van de benoeming van zoodanige makelaars, tot wier benoeming het ten eenenmale onbevoegd is".

Misschien wel als gevolg van het werkje van notaris Leefkens en van den door het *W. v. h. R.* uitgesproken wensch, zou de gemeenteraad van Amsterdam, waar het wemelde van makelaars in onroerende goederen, weldra de zaak tot zich nemen. Nieuw was zij trouwens voor dezen raad niet. Reeds in 1857 was er door eene raadscommissie rapport over uitgebracht, waarin o. a. er op werd gewezen, dat het koopen en verkoopen van onroerende goederen volgens het W. v. K. geen onderwerp van

(1) No. 2394.

koophandel uitmaakt, maar niets anders is dan eene louter burgerlijke overeenkomst; dat, vermits een makelaar een tusschenpersoon is tusschen kooplieden, in *on*roerende goederen geen makelaardij bestaanbaar is; dat dus hij, die zich bemoeit met het koopen en verkoopen voor anderen van *on*roerend goed, hij zij makelaar of niet, geen daad van makelaardij pleegt en alzoo niet, volgens art. 71 W. v. K., kan worden gestraft met schorsing of vervallenverklaring, omdat de strafwet niet mag worden uitgebreid.

Gevolg had de zaak echter niet.

Gelijk ik echter aanstipte, zou de gemeenteraad van Amsterdam nu toch, — het was in de vergadering van 25 Februari 1863, — de quaestie flink onder de oogen gaan zien. Reeds eenigen tijd te voren had zij een punt van behandeling bij hem uitgemaakt. In de genoemde vergadering werd, op voorstel van Burg. en Weth., in overeenstemming met de aan den raad medegedeelde zienswijze van de Ministers van Binnenlandsche Zaken en van Justitie en van Gedeputeerde Staten van Noordholland, met 29 tegen 2 stemmen, besloten, *geen makelaars in onroerende goederen meer te benoemen.*

Ik heb niet te weten kunnen komen, wat destijds in den Amsterdamschen gemeenteraad is gesproken. Door eene vriendelijke hand ontving ik echter een afschrift van het schrijven van genoemde Ministers, dat hunne zienswijze over de zaak bevatte. Om het belangrijke van den inhoud deel ik dit schrijven hier mede. Het luidt:

„Naar aanleiding van een aan mij gericht adres betreffende de benoeming van makelaars in vaste goederen te Amsterdam, heb ik mijn ambtgenoot van Justitie geraadpleegd over de vraag: of de plaatselijke besturen bevoegd zijn tot zoodanige benoeming?

Zijne Excellentie meent de vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Volgens art. 62 van het Wetboek van Koophandel zijn makelaars door het plaatselijk bestuur aangestelde *tusschenhandelaars*; degenen, die, krachtens aanstelling en volgens de bepalingen der wet, op naam en voor rekening van anderen handeldrijven. *Handelen of handeldrijven* kan, waar, gelijk hier, van geene uitzondering blijkt, in het Wetboek van Koophandel geene andere beteekenis hebben, dan die daaraan in art. 3 van dat wetboek gegeven wordt. Buiten die bepalingen nu vallen alle overeenkomsten betrekking hebbende op *onroerende goederen*.

Het woord *waren*, hoe algemeen ook opgevat, is volgens het spraakgebruik beperkt tot *roerende* zaken. In de taal der wet heeft het geene andere of ruimere beteekenis, gelijk o. a. blijkt uit art. 1554 Burg. Wetb. Bij het vaststellen van art. 4 van het Wetboek van Koophandel *is ook duidelijk gebleken, dat men in dit opzigt van het Fransche regt niet wilde afwijken* (1) (verg. Voorduin, Gesch. en beg. der Ned. Wetg. VIII, bl. 43 en 44). Er is bovendien geene reden denkbaar, waarom de wetgever, alle zaken zonder onderscheid bedoelende, zou gesproken hebben van *waren* en niet van *zaken* in het algemeen. Het blijkt niet, dat men, in art. 64 Wetboek van Koophandel van *tusschenhandelaars* sprekende, aan het begrip van *handel* eene ruimere beteekenis heeft gegeven dan dat woord volgens de beginselen van ons handelsregt moet hebben. Tevergeefs heeft men voor zoodanige ampliatie een grond gezocht in de slotwoorden van art. 64: *of anderzins*.

Zeker is het in strijd met goede beginselen van wetsuitlegging daarin iets anders te zien dan eene algemeene

(1) Ik cursiveer.

aanduiding van daden van koophandel. *Ook de geschiedenis der Wet bevestigt deze interpretatie* (1).

In eene vroegere redactie van art. 64 werden de vaste goederen uitdrukkelijk vermeld, en er werd aan het verlangen van sommige makelaars, dat de vroegere redactie hersteld zou worden, geen gevolg gegeven, op grond, dat „die (onroerende) goederen niet behooren tot het onderwerp van *koopmanschappen of handelszaken*, waarvan in dit wetboek alleen wordt gehandeld."

Daar alzoo het Wetboek van Koophandel geene makelaars in onroerende goederen kent, kan art. 126 der Gemeentewet geene bevoegdheid tot zoodanige benoeming geven, en het behoeft geen betoog, dat art. 145, van *gemeente*ambtenaren of -bedienden sprekende, hier niet van toepassing is.

De beschouwingen van mijn ambtgenoot komen mij juist voor, en ik verzoek U alzoo, de aandacht van den Gemeenteraad van Amsterdam te vestigen op de onwettigheid der benoeming van bedoelde makelaars, waardoor de makelaardij buiten de bij het Wetboek van Koophandel gestelde grenzen wordt uitgebreid.

In overeenstemming met dit verzoek heb ik mijne beschikking op het bovenbedoelde adres gesteld, welke beschikking, hiernevens gevoegd, Uwe Vergadering aan den adressant gelieve te doen toekomen."

Men wete, dat de genoemde Ministers waren THORBECKE en OLIVIER.

Achtereenvolgens kwam de zaak later weder bij eenige gemeenteraden in behandeling. Het waren die van Haarlem, Utrecht, Groningen, Leeuwarden, Rotterdam (voor de tweede maal), Dordrecht en Schiedam. Allen wezen de ingediende verzoeken van personen, om tot makelaar in onroerende goederen te worden benoemd, af, op dezelfde

(1) Ik cursiveer.

gronden als daarvoor te Rotterdam (ook reeds vroeger) en te Amsterdam hadden gegolden. Alleen de gemeenteraad van Dordrecht scheen het wettelijk bezwaar niet te gevoelen en willigde, met 9 tegen 5 stemmen, het verzoek in.

Een van de raadsleden te Dordrecht, die zich vóór de inwilliging van het verzoek had verklaard, beriep zich bij de beraadslagingen op het oordeel van bevoegde deskundigen, o. a. van „de vijf advocaten" (Mr. C. D. Asser c. s., gedeeld door Mr. Holtius en Mr. Kist).

Ook anderen hebben vóór en na het gezag van Mr. C. D. Asser c. s. ingeroepen, als zij beweerden, dat in art. 64 Wetb. van Kooph. ook makelaars in *on*roerende goederen zijn bedoeld.

Laat ons zien wat deze rechtsgeleerden er over schrijven (1): „In 1826 dienden een aantal makelaars aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal een verzoekschrift in, verlangende, dat ook gewag zou worden gemaakt van den koop of verkoop van huizen en andere vaste goederen; waartegen toen is aangemerkt, dat die goederen niet behooren tot koopmanschappen of handelsartikelen, waarvan alleen hier wordt gehandeld. Zie Voorduin, bl. 317. Niettemin zullen de makelaars in vaste goederen en andere voorwerpen dan handelsartikelen evenzeer onderworpen zijn aan deze bepalingen; immers het Burg. Wetb. bewaart daaromtrent het stilzwijgen, en deze Titel spreekt *in het algemeen* van makelaars."

Het moge misschien vermetel worden genoemd, dat een niet-rechtsgeleerde opkomt tegen de uitspraak van zulke uitstekende juristen als Mr. Asser c. s., toch waag ik, het te doen.

Mij dunkt, dat zij niets hebben bewezen.

---

(1) Wetboek van Koophandel, met aanteekeningen, van Mrs. C. D. Asser, W. E. J. Berg van Dussen Muilkerk, M. H. Godefroi, J. W. Tydeman en Jo. de Vries Jz., bl. 29.

Allerminst toch voeren zij iets aan tegen den grond, waarop in 1826 door de Tweede Kamer werd besloten, *on*roerende goederen niet in art. 64 op te nemen. Maar, als dus ook door hen aangenomen, althans niet betwist wordt, „dat huizen en andere vaste goederen *niet* behooren tot koopmanschappen of handelszaken, waarover hier alléén wordt gehandeld", en derhalve makelaars in onroerende goederen geen recht van bestaan hebben, hoe kunnen zij dan nog spreken van *makelaars* in vaste goederen? Hoe kunnen zij dan beweren, dat zóódanige door art. 3 van het Wetboek van Koophandel onmogelijk gemaakte personen evenzeer aan de bepalingen omtrent de makelaars zijn onderworpen? Burg. en Weth. moesten daarom wel het stilzwijgen bewaren over „makelaars in *vaste* goederen". Wat Mr. Asser c. s. en ook anderen „makelaars in onroerende of vaste goederen" noemen, zijn zelfs niet de tusschenhandelaars, in art. 63 genoemd, want *handel*, en dus ook *tusschen*handel, in onroerende goederen kent de wet nu eenmaal niet. Al wat verder in de Tweede Afdeeling van den Vierden Titel van het Eerste Boek van het Wetb. van Kooph. voorkomt heeft, behalve het in casu niet toepasselijke art. 63, eenig en alleen betrekking tot de makelaars in *roerende* goederen, of, wil men, in het vak of de vakken, waarin de makelaars zijn aangesteld. Dit alles belet nu wel niet, dat personen zich kunnen belasten met „het, voor hunne meesters, koopen en verkoopen" van *on*roerende goederen; maar dan kunnen zij geen *makelaars* worden genoemd en zijn natuurlijk op hen ook niet van toepassing de in genoemde afdeeling opgenomen bepalingen. Zij vallen dan in de termen van den Zeventienden Titel van het Derde Boek van het Burg. Wetb. „*Van lastgeving*."

Ik kom tot Mr. A. C. Holtius, die het volgende over

makelaars schrijft: (1) „Art. 64 noemt hunne werkzaamheden op en kan dienen als inleiding tot het volgende artikel, om duidelijk te maken, dat de wet niet classificeeren wil, maar zulks aan de besturen overlaat. De opsomming is ook niet afgesloten. Wel is waar de *generalis clausula: of anderzins* bewijst dat niet, want die behoort tot het *bezorgen van gelden,* 't zij *op beleening,* 't zij *anderzins:* maar heeft men de bedoeling gehad om, door een bloot *silentium,* een bekend en voorlang bestaand gebruik af te schaffen? Er zijn namelijk makelaars voor verkoopingen van inboedels en van vaste goederen, wier vele namen men vóór en na deze wetgeving dagelijks in de nieuwspapieren gelezen heeft. Ook schijnt wel de vergelijking met art. 47 in het Wetboek van 1830 aan te duiden, dat men nu de makelaardij niet tot den koophandel heeft willen beperken. In een vroeger ontwerp van 1822 werden de *vaste goederen* wel is waar ook genoemd, waarvan de vermelding nu is weggelaten, welke naderhand (1826) door de makelaars *vruchteloos* (2) werd begeerd, doch zelfs uit deze omstandigheden kan men geen besluit trekken, omdat wij tevens van den geringen samenhang der onderscheidene ontwerpen kennis dragen. Daarenboven is de bewoording beschrijvend, niet beperkend, en de rubriek, welke nergens elders in onze Wetgeving voorkomt, gansch algemeen. De werkzaamheden der makelaars strekken zich verder uit, b.v. tot het „keuren, sorteren, waarderen van koopwaren, tot het onderrigten en raadgeven," en het is niet te denken, dat de wetgever de ontwikkeling en voortgang van den handel zoodanig heeft willen aan banden leggen. Zie mede de aanteekeningen der Vijf advokaten adh. a.

---

(1) Voorlezingen over handels- en zeeregt. Eerste deel. Handelsregt, bl. 168—170.

(2) Ik cursiveer.

Bezorgen van gelden — anderzins. Hierin ligt opgesloten, dat de makelaaarsbemoeienissen niet uitsluitend tot den koophandel bepaald zijn. Doch ook het inkoopen van effecten voor particulieren is geen daad van koophandel, zoo ook van orderbriefjes niet in alle gevallen".

Ik wensch thans op mijne beurt te vragen: Hoe komt Mr. HOLTIUS tot de vraag, of men de bedoeling heeft gehad, door een bloot *silentium*, een bekend en voorlang bestaand gebruik af te schaffen? Op deze zijne vraag toch kan mijns inziens geen ander dan bevestigend antwoord worden gegeven. De door Mr. HOLTIUS zelf bijgebrachte geschiedenis van art. 64 toont immers deze bedoeling zoo duidelijk en stellig mogelijk aan. In het „silentium" zelf is reeds het antwoord gelegen. Hoe daarom uit „deze omstandigheden", volgens hem, geen besluit zou zijn te trekken, valt moeilijk te begrijpen. Dat er, gelijk hij schrijft, „ook makelaars van inboedels en van vaste goederen zijn, wier vele namen men vóór en na deze wetgeving dagelijks in de nieuwspapieren gelezen heeft", bewijst niets. Nog heden ten dage kan men in de Amsterdamsche bladen hetzelfde lezen. De groote meerderheid van hen, wier namen aldus niet alleen in de dagbladen, maar ook op de aanplakbiljetten en in de veilingsconditiën staan vermeld, zijn niets anders dan makelaars in *roerende* goederen of wel in de andere vakken, in art. 65 opgenoemd (1). Omdat zij zich makelaars in onroerende goederen noemen, zijn zij het echter nog niet. Iedereen kan op dezelfde wijze optreden, óók handelszaken bemiddelen, zelfs daarvan

(1) In de maand November 1896 waren, blijkens eene bij mij ontvangen officieele opgave, nog slechts 50 à 60 van vóór 1863 aangestelde makelaars in onroerende goederen te Amsterdam. En toch vindt men in het *Adresboek van Amsterdam* voor 1896 de namen van ongeveer 200 personen, die zich wederrechtelijk noemen „makelaars in roerende en *on*roerende goederen".

zijn beroep maken. Deze handelingen hebben echter, volgens art. 63, geen verder gevolg dan hetgeen uit de overeenkomst van lastgeving voortspruit en vallen dan in de termen van art. 1829 en volgende van het Burg. Wetb (1). In geen geval echter past het woord tusschen*handelaars* voor hen, die als „makelaars in *on*roerende goederen" optreden. De benaming zelve is een *contradictio in terminis.*

Volkomen waar is wat Mr. HOLTIUS ten slotte zegt, „dat de makelaarsbemoeienissen niet uitsluitend tot den koophandel bepaald zijn." Dit volgt uit het slot van art. 64 „het bezorgen van discompten enz." Maar de „bemoeienissen" van makelaars als zóódanig kunnen, met het oog op alles wat ik èn op grond van art. 3 Wetb. van Kooph. èn op het gezag van anderen schreef, nooit betrekking hebben op het koopen en verkoopen van *on*roerende goederen.

Eindelijk nog Mr. J. G. KIST, die insgelijks is opgeroepen door hen, die in art. 64 ook makelaars in *on*roerende goederen willen hebben gelezen. Hij schrijft over dit. art. het volgende: (2) „Ofschoon speculatie in onroerende goederen goed mogelijk is, ofschoon ook onroerend goed gekocht wordt, om het te verkoopen, is echter de overgang van onroerend goed te veel aan vormen gebonden, om als eigenlijke handel te kunnen worden beschouwd. Onroerend goed kan dus geen voorwerp van handel zijn."

Het meest klemmend is evenwel wat later (3) bij hem wordt gelezen: „Makelaars in onroerende goederen worden in het ontwerp van 1822 genoemd en komen nog te

---

(1) Zie Mr. J. G. KIST, Beginselen van Handelsregt, volgens de Nederlandsche Wet, bl. 126.

(2) T. a. p., bl. 31.

(3) T. a. p., bl. 129.

Amsterdam voor. Zij zijn echter geene kooplieden, want zij bemiddelen geene handelszaken. Zoodanige personen oefenen wel eene bemiddeling uit tusschen koopers en verkoopers, maar zij zijn daarom nog geene tusschen-*handelaars*. De koopen en verkoopen toch, die door hen worden bemiddeld, zijn geene handelsdaden, want het zijn koopen en verkoopen van onroerend goed."

Naar mij voorkomt, ware het voor hen, die zich vóór en na op Mr. KIST hebben beroepen, beter geweest, geheel het stilzwijgen over hem te bewaren. Wat ik toch van hem aanhaalde past juist geheel en al op mijn betoog.

Misschien hadden de door mij bedoelde personen het oog op wat mr. KIST verder schrijft en dat ik hier laat volgen: „Overigens bestaan de werkzaamheden van makelaars niet alleen in de art. 64 opgenoemde. Dit artikel is niet limitatief, maar enunciatief, zoo als uit de woorden „of anderzins" blijkt. Zooals de makelaardij bij ons wordt uitgeoefend, hebben de makelaars, behalve de bemiddeling van koop en verkoop, nog andere zeer belangrijke werkzaamheden, zooals het sorteeren, het keuren en het waardeeren van koopwaren. Deze werkzaamheden, hoezeer niet in de wet genoemd, maken een hoofdgedeelte der makelaardij uit. Het waardeeren van koopwaren wordt echter als eene werkzaamheid van makelaars erkend in art. 1124 Burg. Wetb., waar bepaald is, dat makelaars waardeeringen doen op den eed, bij den aanvang hunner bediening afgelegd."

Ten aanzien van dit laatste citaat, meen ik te kunnen volstaan met mij te refereeren aan wat ik zooeven schreef over het door Mr. HOLTIUS gebezigde woord „bemoeijenissen." Deze twee woorden drukken toch dezelfde gedachte uit.

(Op het woord „anderzins" en op de daaraan gegeven

beteekenis: „niet limitatief, maar enunciatief" kom ik later in dit opstel terug.)

Tegenover het gevoelen van Mr. C. D. Asser cs. en van Mr. Holtius, — Mr. Kist meen ik thans gerust als *mijn* bondgenoot te kunnen beschouwen, — staan echter in elk geval dat van de reeds door mij aangehaalde uitstekende rechtsgeleerden en van mannen als Thorbecke en Olivier en de beslissingen van de voornaamste gemeenteraden van ons land.

Ik wensch evenwel voor mijn betoog de lezers van *Themis* in nog meer goed gezelschap te brengen.

Mrs. C. L. Schuller en H. Waller (1) schrijven ad art. 64: „*Koopmanschappen:* Hiertoe behooren niet vaste goederen."

Mr. J. de Wal (2): „Waren zijn alle roerende zaken, voor zoover en zoolang ze voorwerpen des handels zijn". En dan: „*Onroerende* goederen kunnen in geenen deele als waren worden aangemerkt. Toepassing bij het leerstuk van makelaars. Vgl. Brackenhoeft, in Weiske's Rechtslexicon, V 45. Het Alg. D. H. G. B. 271 noemt onder de daden van koophandel in de eerste plaats op: „Kauf oder anderweite Anschaffung von Waaren oder *anderen* beweglichen Sachen".

Mr. T. M. C. Asser (3): „Daar de makelaar alleen geroepen is, zijn tusschenkomst bij *handels*-overeenkomsten te verleenen en de handel slechts *roerende* goederen tot voorwerp kan hebben, zoo is ook eigenlijk geen makelaardij in *vaste* goederen bestaanbaar. Te Amsterdam, waar vroeger makelaars in vaste goederen werden aan-

---

(1) Wetboek van Koophandel, met aanteekeningen. Bl. 11.

(2) Het Nederlandsch handelsrecht, Eerste deel, bl. 53.

(3) Schets van het Nederlandsch handelsregt. Derde, vermeerderde druk, bl. 80.

gesteld, geschiedt dit thans niet meer, omdat het geacht wordt met de wet te strijden."

Laat ik eindelijk ook nog aanhalen Mr. A. DE PINTO, die bij de beoordeeling eener dissertatie van Mr. V. M. NIJST „De munere proxenatorum", Leiden 1846, het volgende schrijft (1): „Op pag. 40 vind ik de vraag behandeld, of onze wetgeving nog makelaars erkent en toelaat voor verkoopingen van vaste goederen? De schrijver antwoordt: neen; en, als men bedenkt, dat de makelaardij alleen dient tot het verrichten van daden van koophandel, dan kan, dunkt mij, de juistheid van dit antwoord niet wel in twijfel worden getrokken, ofschoon het bekend is, dat men te Amsterdam zulke makelaars *facto* heeft. Of hunne tusschenkomst van groot nut is, vooral bij openbare verkoopingen, wil ik niet beslissen, maar denkelijk is het, dat zij de kosten van verkoopingen van vast goed, die toch al niet gering zijn, niet onaanzienlijk zullen vermeerderen."

Ik kom tot de woorden „of anderzins". Deze woorden zouden, volgens sommigen, zijn op te vatten niet limitatief, maar enunciatief.

Inderdaad noemt art. 64 niet alle werkzaamheden der makelaars op. Ik haalde daartoe ook reeds de woorden van Mr. HOLTIUS en Mr. KIST aan. Ik zou ook nog kunnen wijzen op art. 23*d* der wet op het recht van successie. Om echter te weten wàt makelaars zijn, heeft men te raadplegen niet art. 64, maar art. 62: „Makelaars zijn door het plaatselijk bestuur aangestelde tusschenhandelaars." Art. 64 doet niets dan de werkzaamheden der alzóó genoemde makelaars omschrijven.

Laat ik nu nogmaals er op wijzen, dat, volgens art. 3 W. v. K., alleen *waren*, dat zijn *roerende* goederen, het

(1) *Themis*, Zevende jaargang, bl. 634.

onderwerp van den handel. Evenzeer nu als *handel* slechts tot *roerende* goederen betrekking kan hebben, geldt dit ook voor *tusschen*handel, het door de makelaars, voor hunne meesters, koopen en verkoopen slechts van *roerende* goederen.

Mrs. SCHULLER en WALLER (1) schrijven zeer juist over „anderzins": „Dit woord bedoelt niet eene algemeene aanduiding der overige werkzaamheden van de makelaars, maar slaat alleen op andere wijze van *te geld bezorgen* (2), dan op beleening".

Mr G. J. A. FABER (3) denkt er evenzoo over.

Mr. C. D. ASSER c. s. willen „of anderzins", wel is waar, niet limitatief, maar enunciatief hebben opgevat, maar toch schrijven zij onmiddellijk daarop: „echter dient dezelve (de optelling der werkzaamheden in art. 64) eenigzins tot rigtsnoer van den regter, om den aard der werkzaamheden te bevorderen".

Afgescheiden van dit alles is het toch inderdaad ondenkbaar, dat de Tweede Kamer, na in 1826 uitdrukkelijk te hebben geweigerd, makelaars in *on*roerende goederen in art. 64 op te nemen, onmiddellijk daarop, in hetzelfde artikel, hare eigene beslissing zou hebben willen te niet doen, door aan het slot het zeer onbestemde „of anderzins" te plaatsen, ten einde tòch makelaars in onroerende goederen binnen te smokkelen.

Welke taalkundige beteekenis heeft voorts het woord „anderzins?

WEILAND zegt: „Als bijwoord: in een anderen zin, op eene andere wijze".

In casu derhalve: het bezorgen van gelden ook op eene andere wijze dan op beleening.

---

(1) T. a. p.

(2) Ik cursiveer.

(3) De regeling der makelaardij aan recht en wet getoetst, bl. 49.

Wat in het Woordenboek der Nederlandsche taal van Dr. DE VRIES en Dr. TE WINKEL (Tweede deel, derde aflevering), over „anderszins" staat vermeld, sluit zich in hoofdzaak bij WEILAND aan.

Ik vlei mij, thans voldoende te hebben aangetoond:

1°. dat al dadelijk de geschiedenis van art. 64 Wetb. van Kooph. zich ten eenenmale verzet tegen elke opvatting, dat bij dit artikel ook „makelaars in *on*roerende goederen" zijn bedoeld;

2°. dat, afgescheiden hiervan, van zóódanige makelaars geen sprake kàn zijn, met het oog op de bepaling van „makelaars = tusschen*handelaars*" in art. 62, in verband met art. 3, Wetb. van Kooph.;

3°. dat de commentatoren van dit Wetboek, op wie men voor eene tegenovergestelde meening zich vóór en na heeft beroepen, veel minder ver zijn gegaan, dan sommigen het hebben willen doen voorkomen;

4°. dat in elk geval tegenover deze commentatoren vele andere mannen staan, aan wier tegenovergesteld gevoelen althans niet minder waarde en gezag dan aan het hunne mag worden gehecht;

5°. dat, al zouden de woorden „of anderzins" aan het slot van art. 64 Wetb. van Kooph. niet limitatief, maar enunciatief moeten worden opgevat, dit slechts kan gelden voor „het bezorgen van gelden op beleening" en, in den ruimsten zin genomen, voor de in dit artikel met name genoemde werkzaamheden in betrekking tot *roerende* goederen.

Eenmaal, in 1890, werd ook de rechter geroepen, uitspraak te doen over de vraag „of makelaars in onroerende goederen door de wet zijn erkend". Het was de kantonrechter in het eerste kanton van Amsterdam. Een

der vele daar nog altoos bestaande of liever zich noemende makelaars in onroerende goederen (gemachtigde Mr. H. K. L. VAN Os) had iemand doen dagvaarden, om hem eene zekere som te betalen als makelaarscourtage, wegens het verkoopen van een huis. De gedaagde (gemachtigde Mr. RUD. B. BENJAMINS) bestreed de actie, op grond, „dat, aangezien in art. 64 Wetb. van Kooph. zijn aangewezen de werkzaamheden, die door den makelaar kunnen worden verricht, — en daaronder niet vallen de werkzaamheden, door den eischer in zijne dagvaarding omschreven, — den eischer reeds hierom niet kon volgen eene actie, als door hem was ingesteld, te minder nu de wet een makelaar in vaste goederen niet kent" (De gedaagde ontkende bovendien de lastgeving, zooals die bij dagvaarding was gesteld).

Bij vonnis van 12 Sept. 1890 (1) werd de vordering toegewezen. Over het punt in quaestie luidde het:

„Overwegende in rechten: makelaardij in vaste goederen is nergens bij de wet uitgesloten en zeer wel bestaanbaar met de in art. 64 van het Wetb. van Kooph. vervatte bepaling; dit artikel toch moet niet limitatief, doch veeleer enuntiatief worden opgevat, daar de slotwoorden: „of anderzins" geheel op zichzelf staan;

Dat artikel toch noemt inderdaad dan ook slechts enkele der werkzaamheden van den makelaar op, en in geen geval bestaan die werkzaamheden slechts in het koopen of verkoopen, daar er b.v. ook makelaars zijn tot het keuren en waardeeren van koopwaren, zie art. 1124 van het Burg. Wetb.;

Daar nu de werkzaamheden, als bij dagvaarding werden omschreven, uit den aard der zaak ook vallen onder de werkzaamheden van makelaar, zoover is er geen grond,

(1) Het Paleis van Justitie 1890, no. 86.

den eischer niet-ontvankelijk in zijne vordering te verklaren, immers, wanneer de bij dagvaarding gestelde feiten vaststaan, dan zal zeer zeker den eischer de gevorderde som als courtage toekomen, want, opdat een makelaar courtage geniete, is het nog niet noodig, gelijk gedaagde beweert, dat de makelaar het contract afsluite enz."

Het bovenstaande heb ik *letterlijk* uit *Het Paleis van Justitie* overgenomen.

De kantonrechter had zich blijkbaar geheel laten leiden door wat Mr. C. D. Asser c. s. hadden geschreven, maar ging tevens veel verder, sprak veel stelliger, veel apodictischer dan zij deden. Zou hij geen kennis hebben gedragen van de geschiedenis van art. 64, — nooit hebben gelezen wat de andere door mij genoemde rechtsgeleerden over dit artikel hebben geschreven, — niet hebben geweten wat daarover nog niet zoovele jaren geleden was voorgevallen in den raad zijner eigene gemeente en wat de Ministers Thorbecke en Olivier dien raad er over hadden medegedeeld?

Steeds heb ik het jammer gevonden, dat de in het ongelijk gestelde in het vonnis heeft berust. De hoogere rechter toch zou, — mocht hij al de vordering zelve, afgescheiden van de quaestie over art. 64, hebben toegewezen, — zeer zeker den kantonrechter niet hebben gevolgd in diens argumentatie. De in het oog vallende hoogst vreemde redactie laat ik nog geheel in het midden.

Onaangevochten bleef intusschen de uitspraak niet.

De redactie van *Het Paleis van Justitie* liet er terstond op volgen: „De argumentatie van dit vonnis, als zoude door het gebruik van het woord *anderzins* in art. 64 Wetb. v. Kooph. de makelaardij ook in onroerende goederen wettelijk zijn erkend, vindt men ook reeds in

de aanteekening van Mr. C. D. Asser c. s. op art. 64 Wetb. v. Kooph. Wij achten de beslissing, evenmin als de bedoelde aanteekening, juist. De makelaardij in *on*roerende goederen is uitgesloten door art. 62, in verband met art. 3, van het Wetb. v. Kooph. Volgens art. 62 zijn makelaars tusschen*handelaars* en volgens art. 3 zijn geen onroerende goederen, maar slechts waren, d. i. roerende goederen, het onderwerp van den handel.

Terstond nadat in de vergadering van den Amsterdamschen gemeenteraad van 25 Februari 1863 het besluit was gevallen, zich voortaan te onthouden van de benoeming van makelaars in onroerende goederen, diende Mr. Pijnappel een voorstel in, om al de bestaande makelaars in onroerende goederen te ontslaan.

Het voorstel werd in de vergadering van 23 Maart 1863 behandeld.

Het werd door verscheidene leden bestreden. Er moest, volgens hen, worden gevraagd, of de bedoelde makelaars al dan niet bestaan. Zoo ja, dan kon de raad hen niet ontslaan, dan met inachtneming van de voorschriften der wet en der bestaande verordening. Zoo neen, dan kon het ontslag evenmin plaats hebben, omdat zij alsdan nimmer makelaars in vaste goederen waren geweest en zij geen betrekking bekleedden, waaruit een ontslag mogelijk was. In dit geval zou daarom alléén intrekking kunnen plaats hebben van de besluiten, waarbij de benoeming was geschied. Een ander lid had bezwaar tegen het voorstel, op grond dat de bedoelde makelaars ook waren makelaars in mobilair en hun die kwaliteit niet kon worden ontnomen.

De voorsteller trachtte de bezwaren te ontzenuwen, door er op te wijzen, dat, terwijl de raad, zij het dan ook ten onrechte, had benoemd, de benoeming dan toch feitelijk

was geschied, en dat zij, die daardoor eene betrekking hadden verkregen, behoorden te worden ontslagen.

De voorzitter bestreed tenslotte het voorstel met het argument, „dat de raad niet bevoegd was geweest, in eene beoordeeling te treden over de uitlegging van het Wetboek van Koophandel".

Hierna werd het voorstel met 23 tegen 6 stemmen verworpen.

Terecht, mijns inziens.

Er ware echter nòg een argument tegen het voorstel aan te voeren geweest. Alleen toch als een makelaar zich schuldig maakt aan verzuim van de hem bij het Wetboek van Koophandel opgelegde plichten, kan hij, volgens art. 71 van dat Wetboek, door den gemeenteraad in zijne bediening geschorst of daarvan vervallen verklaard worden. Van zoodanig verzuim was echter hier schijn noch schaduw. De raad zou daarom in strijd met genoemd artikel hebben gehandeld, indien bij het voorstel-PIJNAPPEL had aangenomen.

Naar mij intusschen voorkomt, had de raad, nadat hij in de vergadering van 25 Februari 1863 *implicite* had uitgemaakt, dat de bestaande makelaars in onroerende goederen in strijd met de wet waren benoemd, al de vroegere benoemingsbesluiten kunnen en ook moeten *intrekken*. Het zou slechts zijn geweest het volgen eener wijze van handelen, die, sedert de invoering der gemeentewet, bij herhaling had plaats gevonden, en die nog dikwijls voorkomt, zelfs op aandrang van hooger gezag, als het geldt besluiten, genomen in strijd met de wet of het algemeen belang, teneinde alzoo eene vernietiging dier besluiten door de Kroon te voorkomen.

Nu evenwel de raad van dit middel geen gebruik had gemaakt, ware het op den weg van Minister THORBECKE, die zich over de beteekenis van art. 64 Wetb. van Kooph.

zoo stellig en ondubbelzinnig had uitgelaten (1), gelegen geweest, al de vroegere benoemingsbesluiten aan den Koning ter vernietiging voor te dragen.

De vroeger aangestelde functionarissen stoorden zich echter geenszins aan 't geen aan het besluit van den Amsterdamschen gemeenteraad van 25 Februari 1863 ten grondslag lag. Zij bleven optreden als tusschenpersonen „bij het, voor hunne meesters, koopen en verkoopen van *on*roerende goederen". Hoezeer nu het getal der vóór 1863 aangestelde makelaars in onroerende goederen, tengevolge van overlijden en ook nog door andere oorzaken, voortdurend is verminderd, zou een oningewijde moeilijk anders kunnen denken, of deze soort makelaars zijn nog altoos in grooten getale te Amsterdam aanwezig. In de Amsterdamsche bladen toch kan men bijna dagelijks tal van aankondigingen van verkoop van onroerende goederen lezen, met bijvoeging van geheele reeksen, soms van 50 tot 60, namen van personen, die zich voordoen als makelaars in *on*roerende goederen. Ik zeg „voordoen", want wel noemen zij zich alleen „makelaars", maar voor de groote menigte moet het geheel den schijn hebben, en heeft het ook den schijn, dat zij makelaars in *on*roerende goederen zijn. Evenzoo geschiedt het in de aanplakbiljetten en in de veilingsconditiën. De meeste dezer personen zijn echter aangesteld alléén als makelaar in een of meer der in art. 65 genoemde vakken. Hun optreden in de andere genoemde hoedanigheid geschiedt met evenveel recht, liever onrecht, als dat van de vóór 1863 aangestelde makelaars in onroerende goederen.

Bij deze onrechtmatigheid, neen, onwettigheid, blijft het echter niet. De Amsterdamsche makelaars oefenen

(1) Zie bl. 482.

inderdaad een soort terrorisme op het publiek uit, dat zich dit nu eenmaal schijnt te moeten getroosten, omdat de notarissen nu eenmaal gebukt gaan onder het juk der makelaars en den moed schijnen te missen, dit juk af te schudden. Hoe het bij onderhandschen koop en verkoop is gesteld, is mij niet bekend; maar 't is een feit, dat het bod van een particulier, zelfs al is hij een „steunpilaar der Amsterdamsche beurs", bij openbare verkooping van onroerende goederen niet wordt aangenomen, als het niet wordt gedaan door tusschenkomst van een makelaar. „Het is 't meest ongerechtigd bestaan, dat hier wordt gevoerd", schrijft mij een hoog geplaatst Amsterdammer.

II.

Ik wensch thans de makelaardij in het algemeen te behandelen.

Gelijk bekend is, bestond de makelaardij al in overoude tijden bij verscheidene volken. De Grieken hadden hunne *ἑρμηνεῖς*, hunne *προξένοι* en hunne *προξενηταί*. De laatsten traden bepaaldelijk als bemiddelaars op (1). Bij de Romeinen had men, onder den naam van proxenetae, lieden, die in zaken van allerlei aard mede als bemiddelaars optraden en als zoodanig hunne diensten aan het publiek aanboden, zelfs voor het totstandbrengen van verlovingen en huwelijken.

Duitschland kende deze tusschenhandelaren reeds lang vóór het Romeinsche recht er ingevoerd en op deze personen toegepast werd (2).

Van Frankrijk weet men het eerst er iets van door de

---

(1) Holtius. Handelsrecht I, bl. 161.

(2) Laband. Die Lehre von den Mäklern. In Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft, XX, S. 2 u. f.

in 1312 vastgestelde verordening van PHILIPPUS IV (1).

Ook in Nederland waren reeds vóór vele eeuwen, althans van de 13e eeuw af, makelaars. Hunne aanstelling schijnt eerst aan den Graaf te zijn geweest. Later werd ze bij verschillende Priviligiën aan de steden overgelaten. De makelaardij werd daarom ook uitsluitend door plaatselijke ordonnantiën en reglementen geregeerd (2).

De Fransche wetgeving schafte al deze ordonnantiën en reglementen af en stelde daarvoor in de plaats speciale wetten, die dan ook hier te lande *de jure* hebben gegolden tot October 1838, de invoering van het Wetboek van Koophandel, waarbij de aanstelling van makelaars weder aan de plaatselijke besturen werd opgedragen.

Het schijnt, dat velen daardoor in den waan werden gebracht, dat alles nu weder tot den ouden toestand was teruggekeerd, dat de makelaardij weder niets anders moest zijn dan een „stedelijk ambt." Van dáár de toen door sommige plaatselijke besturen, met name die van Amsterdam en Rotterdam, vastgestelde reglementen. Reeds meer dan vijtig jaren geleden werd deze dwaling bestreden door Mr. B. DONKER CURTIUS (3).

Doch, al zou men de bevoegdheid der plaatselijke besturen tot reglementeering willen aannemen, de reglementen zelven behelsden meer dan één met de wet strijdige bepaling. Zóó, onder anderen, te Amsterdam, waar de aanstelling werd opgedragen aan Burgemeester en Wethouders, in plaats van aan den gemeenteraad (4),

(1) BÉDARRIDE. Droit Commercial. Commentaire du Code de Commerce Livre I, Titre 5, n° 126.

(2) Mr. U. STEEHMAN. De makelaardij. Academisch proefschrift. 1869, bl. 24.

(3) Onderzoek over de wettigheid der stedelijke reglementen en tarieven voor de makelaars. 1845, bl. 3—11.

(4) Dat de aanstelling aan den gemeenteraad behoort, werd beslist bij arrest van den Hoogen Raad van 20 Januari 1854 (W. v. h. R. no. 1510). Prof. OPPENHEIM denkt er echter anders over. Zie Het Nederlandsch gemeenterecht, bl. 425 en vlg.

en van de makelaars niets minder werd gevorderd dan een tweede patent, hetzij onder den naam van recognitie, hetzij onder een anderen naam (1). Schorsing en vervallenverklaring van de bediening zijn bij art. 71 Wetb. van Kooph. vastgestelde *exceptioneele* straffen, die door het administratief gezag, zelfs zonder vorm van proces, worden opgelegd, maar alléén wegens overtreding van de *wet*. Toch werden deze straffen ook toegepast bij overtreding van het plaatselijk reglement. Eene groote grief was ook de vaststelling der courtage-lijsten of tarieven. Al zou men echter willen aannemen, dat al deze bepalingen niet onwettig waren, dan mag toch de vraag worden gedaan, of ze ook wenschelijk waren? Veeltijds echter stoorden de makelaars er zich toch niet aan, en, daar behoorlijke contrôle onmogelijk was, waren overtredingen bijna nooit te constateeren.

In bijna al de vroegere en latere verordeningen voor de makelaars in alle landen treft men al spoedig het verbod voor hen aan, voor eigen rekening handel te drijven in de vakken, waarin zij zijn aangesteld. Men zag in, dat de makelaars door hunne bekendheid niet alleen met waren, maar ook met personen, omstandigheden en betrekkingen te gevaarlijke concurrenten voor de kooplieden zouden kunnen worden, en dat deze bezwaarlijk met vertrouwen van hunne diensten zouden gebruik maken, indien zij zelven ook bij het rijzen en dalen der prijzen belang hadden. Opdat hunne onzijdigheid niet zou verloren gaan, was hun mede verboden, zich jegens de eene partij als borg voor de andere te stellen.

Bij ons te lande vindt men dit verbod reeds bijna

---

(1) Hieraan werd voor goed een einde gemaakt door de invoering van de gemeentewet, en wel krachtens art. 254, 2e lid, luidende: Poortgelden en recognitiën wegens de uitoefening of aanvaarding van bedrijven of bedieningen worden in geene gemeente geheven.

van den beginne af. Een in 1334 door Graaf Willem III aan de Stad Dordrecht omtrent de makelaars gegeven Handvest bepaalt o. a.: „Voert so en sal gheen makelaer Coepman wesen van alsulken goede alse der makelaerdien toe behoert, daer hi toe ghezuoren sal hebben." Een algemeen verbod werd ingesteld bij art. 14 der Ordonnantie voor de gezworen makelaars van Enkhuizen van 1639 en in art. 14 van de Ordonnantie van Amsterdam van 1612, evenzoo nog in art. 23 van de Ordonnantie van Amsterdam van 1678. Later echter werd het verbod alléén uitgevaardigd voor de vakken, waarin de makelaars waren aangesteld (1). Zoo is het later gebleven ook in ons Wetboek van Koophandel (art. 65, 2e lid).

De wetgever heeft echter, althans in latere tijden, zich zelf voorbij gestreefd. Er moge vroeger, toen de handel meer plaatselijk was en de prijzen der waren op elke plaats afzonderlijk, naar verhouding van vraag en aanbod, werden geregeld, goede reden voor het stellen van het verbod hebben bestaan. Sedert evenwel door de versnelde middelen van vervoer en van gemeenschap de „oude en de nieuwe wereld" slechts één markt waren geworden en de handel hierdoor geheel van karakter was veranderd, had het verbod geen recht van bestaan meer, mocht het zelfs worden geacht, schadelijk voor den handel te zijn geworden. Maar dit komt ervan, als de Regeering zich met alles wil bemoeien, als zij door de wet aan de handelaars personen aanwijst, ja opdringt, in wie zij vertrouwen moeten stellen. Reeds in 1821 schreef E. Vincens (2), naar aanleiding van denzelfden toestand in Frankrijk: „Il semble que d'après leur fonction, ce qui devrait être le plus libre pour cha-

(1) Mr. U. Steehman, t. a. p., bl. 29 en volgg.
(2) Examen critique du Code de Commerce, p. 574.

que négociant, ce serait le choix de l'entremetteur, auquel il donnerait sa confiance, et ce qu'il lui conviendrait d'employer, en adoptant à chaque commission la personne à son gré la plus propre à la faire réussir; mais dès longtemps on a jugé que l'autorité s'y connaissait mieux que les interessés, et, par une institution déjà fort ancienne, on a cru indispensable de donner au commerce des intermédiaires exclusivement désignés au nom de la puissance publique."

Sinds jaar en dag werd dan ook het verbod door vele makelaars overtreden, in weerwil van den door hen, ingevolge het 2e lid van art. 62 W. v. K., afgelegden eed, „dat zij de hun opgelegde plichten getrouwelijk zullen waarnemen". Reeds vele jaren geleden schreef Mr. J. van Beeck Vollenhoven (1) zeer terecht: „Onpractischer en ondoordachter bepaling dan deze had de wetgever wel niet kunnen opnemen, want, zoo er ooit luchtig met een gedanen eed wordt omgesprongen, ja schending daarvan ongestraft blijft, dan is het nergens zoo zeer het geval als met den makelaarseed."

Mr. Holtius klaagt insgelijks over het streven der makelaars, om hunne bevoegdheid uit te breiden, door ook den hun verboden handel te drijven in het vak hunner makelaardij. „Hierdoor", schrijft hij (2), is *abusus* een *usus* en uit den *usus* eene *wet* geworden". Met het woord „wet" bedoelde hij kennelijk, dat er nu eenmaal toch niets aan viel te veranderen.

Mr. J. A. Levy (3) zegt: „Die eenigszins met de prac-

(1) De bepalingen op de beurzen van koophandel en de makelaardij van den Codice di Commercia Italiano (L. I. Tit. 3), vergeleken met die van het Nederlandsche Wetboek van Koophandel (B. I, Titel 4). Academisch proefschrift, 1870.

(2) T. a. p., bl. 171.

(3) Het Algemeene Duitsche Handelswetboek, vergeleken met het Nederlandsche Wetboek van Koophandel, ad art. 69 van eerstgenoemd Wetboek.

tijk van onzen beurshandel bekend is, weet (evenwel), dat het verbod van art. 65, al. 2, dagelijks *à la barbe* der wet het meest in het oog loopende wordt overtreden".

Het heeft niet ontbroken aan personen, door wie verschoonende omstandigheden zijn gepleit voor de makelaars, die het verbod overtreden. Dikwijls, heette het, kan een verkooper niet terstond een kooper voor zijne waren vinden. In zoodanig geval is het voor hem van groot belang, dat de makelaar, die beter dan hij de gegadigden kan opsporen, de partij van hem overneemt. De makelaar is hiertoe wel bijna gedwongen, wil hij zijn klant niet verliezen, want, weigert hij, dan weet de verkooper wel spoedig een anderen makelaar te vinden, die van hem wil koopen.

Zoover ik heb kunnen nagaan, heeft zich slechts éénmaal, in 1870, het geval voorgedaan, dat een makelaar „op grond van eene den gemeenteraad gebleken overtreding van art. 71 Wetb. v. Kooph.", werd gestraft. Het geschiedde echter op eene wijze, dat men, zoowel te Amsterdam, „plaats der handeling", als buiten die gemeente, er zich niet weinig vroolijk over heeft gemaakt. Door Gebroeders S. was bij den gemeenteraad van Amsterdam tegen P. S., makelaar in tabak, eene klacht ingediend, omdat hij in het vak van tabak voor eigen rekening handel dreef. Zij verzochten daarom, dat hij, op grond van genoemd wetsartikel, van zijne bediening zou worden vervallen verklaard. De beklaagde erkende het feit. De tabak, welke het betrof, maakte een gedeelte uit van eene partij, „waaraan hij was blijven hangen"; ruiterlijk bekende hij verder, dat het wel eens meer gebeurde, dat hij tabak, die op voorloopige monsters voor anderen was gekocht, indien zij niet voldeed, voor zich hield, uit vrees, anders zijne patroons onaangenaam te zijn.

Bij het door eene raadscommissie over de zaak uitgebracht rapport werd er op gewezen, dat het niet alleen te Amsterdam, maar ook te Rotterdam, eene bekende zaak was, dat de naleving van het voor de makelaars bestaande verbod van voormeld wetsartikel door de eischen der practijk hoogst moeilijk, zoo niet onmogelijk werd gemaakt, en dat er niet vele makelaars zouden worden gevonden, die in eerlijkheid konden belijden, dit artikel nooit te hebben overtreden.

Bij de behandeling van het rapport in den raad sprak een der leden als zijne meening uit, dat de raad nimmer tot de vervolging had moeten overgaan, omdat het hier betrof de handhaving van een „versleten, verouderd wetsartikel", dat, — hierover was ieder het eens, — had uitgediend en moest worden afgeschaft. Een ander lid (behoorende tot de rechterlijke macht) verklaarde „twaalf civiele vonnissen te kunnen overleggen, waarin makelaars als eischers optraden in de hoedanigheid van handeldrijvende personen, zonder dat de rechtbank er zich aan stoorde," en verder, „dat, door het wroeten van een der leden in oude papieren, *honderd-twee-en-twintig* makelaars van hun ambt zouden moeten worden vervallen verklaard."

Toch oordeelde de meerderheid, dat, nu eenmaal de overtreding den raad was gebleken, er ook moest worden gestraft Het was er echter eene straf naar! Zij bestond in eene schorsing van den beklaagde in zijne bediening van makelaar in tabak voor den tijd van . . . vierentwintig uren, in te gaan op het door Burgemeester en Wethouders vast te stellen tijdstip. Dit tijdstip werd vervolgens door genoemd College vastgesteld van *Zaterdag*nacht 12 uur tot *Zondag*nacht 12 uur!

Hadden de raadsleden geen gelijk gehad, die de geheele zaak een „kluchtspel" en reeds bij voorbaat de

veroordeeling eene „bespotting" noemden en haar vergeleken bij de $^1/_4$ d. *damages* van de Britsche jury's?

Aan de letter der wet was intusschen voldaan, maar de wet zelve was èn door het rapport èn door de gehouden beraadslagingen voor goed veroordeeld.

(De woorden in art. 71 „onverminderd zoodanige straffen als bij het Wetboek van Strafrecht zijn bepaald" doelden kennelijk op art. 404 van den Code Pénal, waarbij dwangarbeid (later tuchthuisstraf) werd gesteld als straf voor de makelaars, die ophouden met betalen enz.

In het nieuwe Wetboek van Strafrecht is zoodanige strafbepaling niet overgenomen.)

Niet beter schijnt het te zijn gesteld met de naleving van art. 72 Wetb. v. Kooph., luidende: „Door den staat van faillissement eens makelaars wordt hij in zijne bediening geschorst en kan (hij) daarvan vervolgens worden vervallen verklaard." In het begin van 1892 nl. wendden bestuurders van de Makelaars-Societeit te Amsterdam zich tot Burgemeester en Wethouders bij een adres, waarin werd medegedeeld, dat het getal faillissementen onder makelaars aldaar een bedenkelijken omvang had aangenomen en deze faillissementen in vele gevallen zelfs met insolventverklaring des boedels eindigden; dat evenwel bijna zonder onderscheid makelaars, die in een dezer gevallen verkeerden, tijdens den duur daarvan toch zaken in hunne kwaliteit bleven doen en daarmede voortgingen zelfs nadat insolventie was uitgesproken. Naar de meening van adressanten was dit in de eerste plaats in strijd met de wet, en werd voorts door dezen toestand niet alleen de waardigheid der makelaardij ten zeerste geschaad, maar kon daardoor ook schade ontstaan voor derden, die, afgaande op de veronderstelling, dat het ambt van makelaar was een ambt van vertrouwen, waarvoor het radicaal door den gemeenteraad moet wor-

den toegestaan, niet kunnen denken, dat personen, als boven aangeduid, in hunne bediening werden gehandhaafd en uit onwetendheid dus aan hen hunne zaken opdroegen. Adressanten eindigden met het dringend verzoek, dat Burgemeester en Wethouders zoodanige maatregelen mochten nemen, als konden leiden: 1°. tot tijdelijke schorsing van makelaars gedurende den tijd van hun faillissement of staat van kennelijk onvermogen; 2°. tot geheele ontzetting uit het ambt, indien op een van beide gevallen insolventie volgde; 3°. om de hieromtrent te nemen besluiten óók van kracht te doen zijn op hen, die reeds in een van genoemde gevallen verkeerden, tot aanwijzing van wie adressanten zich, zooveel mogelijk, bereid verklaarden.

Burgemeester en Wethouders antwoordden aan de adressanten, dat zij hunne bezwaren ter kennis van de rechterlijke macht zouden hebben te brengen.

Na dit antwoord riepen de adressanten de tusschenkomst van den Officier van Justitie te Amsterdam in, om de bedoelde personen volgens art. 72 te doen straffen. Van hun adres aan den Officier zonden zij een afschrift aan de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Amsterdam, met uitnoodiging, hun verzoek bij den Officier te willen ondersteunen. De Kamer meende echter, zeer terecht, bezwaar te moeten maken, aan de uitnoodiging gevolg te geven. Der justitie toch, luidde haar antwoord, behoefde zij niet te herinneren aan wettelijke voorschriften en te verzoeken, voor naleving daarvan te zorgen. Kenschetsend voor den toestand, waarin de makelaardij in Nederland verkeert, was de opmerking, die de Kamer aan haar antwoord toevoegde. „De makelaardij in te voeren", schreef zij, „zooals de wetgever in 1838 zich die heeft voorgesteld, zal o. i., met het oog op de wijze, waarop tegenwoordig handel gedreven wordt, niet wel mogelijk

zijn. Wel gelooven wij, dat voor den handel de diensten van bekwame en soliede tusschenpersonen veel waarde kunnen hebben, doch hunne officieele aanstelling levert niet voldoenden waarborg op voor hunne bekwaamheid of soliditeit, *en verkieslijker is het daarom, aan den handel zelven de beslissing over te laten, welke personen hij als zoodanig gebruiken kan. Daarom zouden wij het beroep van makelaar vrij wenschen te laten, aan geen andere regels gebonden dan aan die, welke volgens het Burg. Wetboek uit lastgeving voortspruiten* (1).

Inmiddels hadden Burgemeester en Wethouders bij den gemeenteraad overgebracht een adres, waarin werd medegedeeld, dat twee in dat adres genoemde makelaars door de arrondissements-rechtbank in staat van faillissement waren verklaard. Zij legden tevens over het voormeld adres van bestuurders der Makelaars-Societeit en stelden voor, beide adressen, ingevolge art. 6 der Verordening van 1 Februari 1854 omtrent de voorwaarden van aanstelling en de wijze van schorsing en vervallenverklaring der makelaars, te stellen in handen eener commissie.

Dit voorstel werd echter in de vergadering van 3 Februari 1892 (2) met 29 tegen 2 stemmen verworpen na een uitvoerig debat, waarbij werd aangetoond, dat de zaak niet behoorde tot de bevoegdheid van den raad. De schorsing van een makelaar, die in staat van faillissement was verklaard, volgde, blijkens het bijna eenparig gevoelen, reeds *ipso jure* uit art. 72 W. v. K. (3), en de

(1) Ik cursiveer.

(2) Gemeenteblad 1892, bl. 132—136.

(3) In dezen zin ook Mr. C. D. Asser, c. s., bl. 32, Mr. C. L. Schuller en Mr. H. Waller, bl. 12, Mr. J. G. Kist, bl. 132, allen t. a. p., en prof. Diephuis, Handboek voor het Nederlandsche Handelsrecht, 1e deel, bl. 112 en 113 in de noot. Laatstgenoemde schrijft daar: »Omdat art. 72 geen

ontzetting zijne bediening was eene zaak van den rechter, waarin de raad zich niet had te mengen.

Of destijds door den Officier van Justitie te Amsterdam stappen zijn gedaan in den door bestuurders van de Makelaars-Societeit en den Amsterdamschen raad verlangden zin, heb ik niet kunnen te weten komen.

Wat de Amsterdamsche Kamer van Koophandel en Fabrieken in 1892 schreef, sloot zich geheel aan bij een reeds in 1868 door haar uitgebracht advies aan den toenmaligen Minister van Justitie Mr. WINTGENS, die spoedig na zijn optreden (4 Januari 1868) zijne aandacht aan de zaak der makelaardij had geschonken. „Privilegiën", schreef zij, „aan beëedigde makelaars toe te kennen, is in den tegenwoordigen tijd onmogelijk, en zonder deze verliest hunne aanstelling door de overheid alle beteekenis".

De insgelijks door den Minister geraadpleegde Kamer van Koophandel en Fabrieken te Rotterdam, die in 1866 in een adres aan den toenmaligen Minister van Justitie Mr. BORRET had aangedrongen op wijziging van de wettelijke bepalingen omtrent de makelaardij, doch aanstelling der makelaars door de plaatselijke besturen wilde hebben behouden, verklaarde, ook wegens verandering in haar personeel, zich thans mede tegen het beginsel van zoodanige aanstelling, dat in 1866 met eene geringe meerderheid van stemmen was aangenomen.

In eenige andere groote gemeenten van ons land had de raad zich in dit opzicht vóór en na reeds zoo krachtig mogelijk uitgesproken.

De gemeenteraad van Groningen nam twee jaren later,

---

aanleiding geeft om aan eenige inmenging van het bestuur te denken, die, ook waar het niets te beoordeelen, maar enkel tot eene door de wet bepaald voorgeschreven schorsing te besluiten heeft, vrij overbodig zou zijn en de toepassing der wetsbepaling slechts onzeker zou maken".

in Juli 1890, naar aanleiding van een verzoek van vier ingezetenen, om te worden benoemd tot makelaar, hetzij in roerende, hetzij in onroerende goederen beide, met algemeene stemmen, een gelijk besluit (1), geheel in overeenstemming met het gevraagd prae-advies van de Kamer van Koophandel en Fabrieken.

Uit alles wat ik schreef, zal de lezer zeker reeds hebben kunnen opmaken, dat ik den weg van *algeheele vrije makelaardij* wensch te zien opgegaan.

Naar mij voorkomt, is er geen enkele grond aan te voeren, waarom voor de makelaardij meer dan voor andere handelsbedrijven, met name bankiers, kassiers, commissionairs, expediteurs, cargadoors, assuradeurs enz., eene voorafgaande toelating van het openbaar gezag noodig zou zijn. De handel laat zich nu eenmaal geen vertrouwen opdringen. In geen enkel land zal men daarom ook wettelijk aangestelde commissionairs aantreffen, in weerwil dat, gelijk Mr. VAN BEECK VOLLENHOVEN (2) terecht doet opmerken, hier eene veel grootere mate van vertrouwen wordt vereischt, daar het grootste gedeelte van den commissie-handel op buitenlandsche relaties berust en men zelfs met binnenlandschen commissiehandel zijn agent veel minder gemakkelijk kan controleeren dan een stadgenoot.

Vooral echter wat de Kamer van Koophandel en Fabrieken te Amsterdam in haar den 24 Februari 1868 aan de Regeering uitgebracht advies (3) schreef, drukt zoo volkomen mijn gevoelen uit, dat ik mij niet kan onthouden, het hier in zijn geheel over te nemen:

„Wij zijn met den Rotterdamschen gemeenteraad vol-

(1) Verslag van 's Raads handelingen, bl. 326—328 en 350.
(2) T. a. p., bl. 20.
(3) Magazijn van Handelsrecht, 1868. Mengelingen, bl. 43 in de noot.

komen overtuigd van de onhoudbaarheid der tegenwoordige regeling van de makelaardij, voornamelijk wat de benoeming en beëediging van makelaars betreft. Wij gelooven, dat voor den handel de diensten van bekwame en soliede tusschenpersonen of makelaars zeer veel waarde hebben, maar ook dat hunne aanstelling geene afdoende waarborgen voor hunne bekwaamheid of soliditeit geven kan, en dat het dus verre verkieslijk is, aan den handel zelven de beslissing over te laten welke personen hij als zoodanig gebruiken kan. De uitoefening van het beroep van makelaar moet dus geheel vrij worden gelaten, aan geene andere regels gebonden dan aan die, welke volgens het Burgerlijk Wetboek uit lastgeving voortspruiten. Privilegiën aan beëedigde makelaars toe te kennen is in den tegenwoordigen tijd onmogelijk, en zonder deze verliest hunne aanstelling door de overheid alle beteekenis.

Wij achten het dus zeer wenschelijk, dat de Titel van het Wetboek van Koophandel over de makelaardij worde afgeschaft en daardoor de verouderde regelen op de uitoefening van dit beroep vervallen."

Mij dunkt, dat hiermede, even kort als zakelijk, alles is gezegd, wat tegen het behoud van de bestaande instelling en vóór de vrije makelaardij kan worden aangevoerd.

Het waren gelijke overwegingen, die den Minister van Justitie Mr. WINTGENS er toe leidden, den 26 Mei 1868 aan de Tweede Kamer in te dienen een wetsontwerp tot regeling der makelaardij, waarbij met den bestaanden toestand gebroken en het stelsel van vrije makelaardij aangenomen werd (1). De vraag, tot welke voorschriften de Wet zich dan met betrekking tot dit onderwerp moest bepalen, was, volgens de Memorie van Toelichting, met weinig

(1) Handelingen van de Tweede Kamer, Bijlagen, bl. 603 en volg.

woorden te beantwoorden. „De vrijmaking," schreef de Minister, „heeft natuurlijk eene groote vereenvoudiging der wettelijke regeling tengevolge. Met het ambtelijk karakter verdwijnen de ambtelijke verplichtingen (1) en hare sanctie door disciplinaire straffen (schorsing, ontzetting). Dit heeft o. a. dit groote voordeel, dat daardoor verviel het langer onhoudbare en dan ook door den drang der omstandigheden dagelijks overtreden verbod van art. 65, al. 2, en de Wet, die dagelijks wordt verkracht, mag niet langer op het papier worden behouden. Een ander belangrijk gevolg van de vrijmaking der makelaardij is ook dit, dat daardoor de regeling der courtage wordt overgelaten aan uitdrukkelijke of stilzwijgende bedingen van partijen en alzoo de, ook na 's Hoogen Raads arrest van 19 Februari 1847, nog steeds in verschillenden zin beantwoorde vraag over de geldigheid der makelaarstarieven vervalt."

Het wetsontwerp bevatte slechts bepalingen omtrent:

1°. den werkkring van den makelaar in het algemeen (art. 1);

2°. zijne verplichting om boek te houden en de bewijskracht zijner boeken uit te drukken (artt. 3, 5 en 6);

3°. zijne verplichtingen tegenover zijn meester of tegenover beide partijen, die zich door zijne tusschenkomst verbinden, voor zoover deze niet uit het gemeene burgerlijk recht volgen (artt. 4, 7 en 8).

---

(1) Naar mij voorkomt, verviel de Minister in eene fout, door te spreken van «ambtelijk karakter en ambtelijke verplichtingen." De officieele aanstelling stempelt den makelaar allerminst tot ambtenaar. Volkomen terecht schrijft Mr. VAN BEECK VOLLENHOVEN (t. a. p., bl. 17): »Zij (de makelaars) zijn geen ambtenaar en zullen het nooit worden, omdat een *ambt* is: een *titel*, om *openbare* functiën te vervullen.» En verder: «Die functiën moeten dus», zooals Mr. B. DONKER CURTIUS (Onderzoek naar de wettigheid der stedelijke reglementen en tarieven voor de makelaars, bl. 3) zeer terecht aanmerkt, «zijn openbaar, d. i. zij moeten in betrekking staan tot het

Mr. WINTGENS trad weinige maanden later (4 Juli 1868), na de nieuwe verkiezingen tengevolge van de ontbinding der Tweede Kamer, als Minister af. Het wetsontwerp werd niet weder ingediend, en sedert werd nooit iets meer gedaan, om wetgeving en handelsbelangen in overeenstemming met de eischen des tijds te brengen.

In meer dan één land buiten Nederland was nochtans reeds voorlang ingezien, dat een einde moest worden gemaakt aan wat men noemt „officieele makelaardij", en werd daarom de wetgeving dienovereenkomstig gewijzigd.

Thans is reeds sedert tal van jaren de makelaardij een geheel vrij beroep geworden in Schotland, in Zwitserland, in België, in Hamburg, in Bremen en in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika.

In Frankrijk trad met 1 Januari 1868 eene wet in werking, waarbij dezelfde maatregel, wat betreft de goederen-makelaars, werd vastgesteld. Tegen de geheele vrijmaking der makelaardij bestond bezwaar, op grond dat, daar in Frankrijk de post van *agent de change* wordt gekocht, men verkregen rechten zou schenden, en men opzag tegen de groote kosten voor afkoop of schadeloosstelling.

In Duitschland, waar nagenoeg gelijke wettelijke bepalingen betreffende de makelaardij als bij ons te lande gelden (1) en die bepalingen mede steeds openlijk werden

---

openbaar gezag, zij moeten daarvan zijn een uitvloeisel. Zij moeten bestaan in handelingen en verrichtingen en behoorende tot de rechtstreeksche bemoeiingen van dat gezag, doch door haar aan ondergeschikte personen, onder haar toezicht en leiding, toevertrouwd. Treft men iets dergelijks aan bij de makelaars? Oefenen zij functiën uit, aan eenig openbaar gezag opgedragen of daarmede in betrekking staande? Oefenen zij eenig gezag hoegenaamd uit?» «Niets van dat alles,» laat Mr. VAN BEECK VOLLENHOVEN er op volgen, «zij zijn private personen, handelende tusschen private personen voor private handelingen. Art. 4c W. v. K. rangschikt hunne verrichtingen onder gewone daden van koophandel.»

(1) Art. 69 der Duitsche wet behelst echter eene nauwkeurige opsomming van de plichten, die op de makelaars rusten.

overtreden, ontstond vele jaren geleden eene beweging, om deze bediening geheel vrij te maken. ENDEMANN (1) noemt het voortdurend handelen in strijd met het verbod, dat men, zelfs in meer uitgebreiden zin, terugvindt in art. 69 1°. van het Duitsche Handelswetboek, „ein öffentliches Geheimniss". Over het onpractische van het verbod heet het bij een anderen schrijver (2): „Derartige Bestimmungen sind in der Praxis nicht durchführbar, ebenso wenig das Verbot, Geschäfte für eigene Rechnung zu machen, Waaren zu übernehmen, Bürgschaften zu unternehmen."

Bij de behandeling van genoemd Wetboek waren de gevoelens over de zaak echter nog zóó weinig gevestigd, dat men, zonder er veel over te spreken, met elkander, als ware het, stilzwijgend overeenkwam om van beide zijden wat te geven en wat te nemen. Met andere woorden: het publiek de keus te laten tusschen aangestelde beëedigde makelaars en niet onder eede staande private makelaars. De gevolgen van dezen uit transactie geboren toestand bleven niet uit. Al meer en meer werd deze van beide zijden onhoudbaar verklaard en eene afdoende regeling noodig geoordeeld. Door de in 1892 ingestelde beurs-enquête werd opnieuw de aandacht op de zaak gevestigd. Te rechtertijd trad toen Dr. JULIUS LUBSZINSKY (3) op, ten einde er op te wijzen, dat tal van makelaars voortdurend zich gedrongen zien, als koopers op te treden en de aansprakelijkheid voor gesloten affaires op zich te nemen, in plaats van zich tot hunne taak als

Bij ons heeft men in art. 62 zich daarvan met een algemeen woord afgeholpen, en wel in den eed. — Men zie Mr. LEVY t. a. p. Eerste boek, Zevende titel, *Van de handelsmakelaars*. Inleiding, bl. 2.

(1) Das Deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt. Heidelberg 1866, S. 771.

(2) Archiv. für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, 1866, XV, S. 46.

(3) *Neuzeit*, Wochenschrift, No. 43.

enkel bemiddelaars te bepalen. „Es ist ein offenes Geheimnis,", zegt ook hij, „das bei diesem Widerstreite von Pflicht und Vortheil ein groszer Theil der vereideten Mäkler Auswege gefunden hat, die es ermöglichen, dem aüssern Anschein nach dem Gesetze Genüge zu leisten, inhaltlich jedoch mit demselben im Widerspruche stehen." Vele beëedigde makelaars hadden zich daarom dit juk afgeschud en waren als niet-beëedigde makelaars opgetreden. LUBSZINSKY wijst ten slotte met kleuren op het demoraliseerende van dezen toestand en komt tot de conclusie, dat afschaffing van de beëedigde makelaardij een dringende eisch des tijds is geworden.

In Duitschland is het eindelijk hiertoe gekomen. Bij het in deze maand door den Duitschen Rijksdag vastgesteld nieuw Wetboek van Koophandel is de officieele makelaardij in Duitschland *opgeheven*. De toelichting van het ontwerp luidde: „Der Entwurf kennt das Institut der ambtlichen Handelsmäkler überhaupt nicht mehr. Handelsmäkler im Sinne desselben sind vielmehr die nach dem bisherigen Sprachgebrauch als Privathandelsmäkler bezeichneten Personen (1)."

Zal Nederland dan nòg langer bij de naburige en ook andere landen blijven achterstaan en bepalingen handhaven, die geheel verouderd zijn, den handel even onnoodige als ondoelmatige banden opleggen en bovendien sinds jaar en dag in het aangezicht der overheid zelve worden overtreden?

Mij dunkt, dat het niet zooveel moeite zal kosten, om in de zaak te voorzien. Het wetsontwerp van 1868 en de wetten van andere landen leveren reeds voldoende bouwstoffen voor eene nieuwe voordracht. De eminente man, die sedert eenigen tijd als raad-adviseur aan het Departement

(1) Ambtliche Ausgabe. Berlin 1896, J. GUTTENTAG.

van Justitie werkzaam is, zal, hoe overstelpt waarschijnlijk met allerlei wetgevenden arbeid, wel in niet zooveel tijd een ontwerp weten op te maken, en anders telt dit Departement genoeg bekwame hoofdambtenaren, die deze taak spoedig zouden weten te volbrengen. Een voorstel tot vrijmaking der makelaardij zou kans hebben, weldra door de Tweede Kamer te worden aangenomen, want elk *partij*belang is er geheel vreemd aan, of het moest zijn dat de „partie en cause", dat zijn de makelaars zelven, er tegen zou kunnen opkomen. De wijze echter, waarop zij, althans de groote meerderheid, vooral te Amsterdam, sedert jaren zijn opgetreden, zou waarlijk voor den wetgever geen reden behoeven op te leveren, hen te ontzien. Trouwens velen, zeer velen, hebben zelven reeds vóórlang het voorbeeld van de vrije makelaardij gegeven. Of kan het anders worden genoemd, als tal van makelaars nòch zich storen aan, nòch zich bekommeren over de wet, ja deze voor hèn letterlijk niet geschreven beschouwen? En de goede, de eerlijke makelaars, ja zij zullen niet langer den stempel der wet dragen, doch het gemeen hebben met ieder ander handelaar, die in de *wijze*, waarop hij zijn beroep uitoefent, den besten waarborg bezit, om het vertrouwen van het publiek te verwerven. Zij zullen misschien reeds lang zelven hebben erkend, dat er niet de minste reden bestaat, om den tusschenhandel langer uit te sluiten van de vrijheid, die de handel zelf geniet. De concurrentie zal meer uitwerken dan de letter der wet (1). Het

(1) Behalve uit Amsterdam ontving ik, op mijn verzoek, door de welwillendheid van de gemeente-secretarissen, de volgende opgaven van het op het laatst van 1896 in hunne gemeenten aanwezige getal makelaars: Amsterdam 1546 (hiervan 57 in *on*roerende goederen, vóór 1863 aangesteld); Rotterdam p.m. 250 (geen hiervan in *on*roerende goederen); Arnhem 6; Haarlem 12 (hiervan 3 in *on*roerende goederen, aangesteld in 1855 en 1868); Schiedam 13 (geen hiervan in *on*roerende goederen); 's Hertogen-

waren in vele opzichten gulden woorden die door Mr. Ed. L. Lenting reeds jaren geleden werden geschreven (1): „De staatszorg strekt zich ver uit; op den Staat rusten verscheidene onbeschreven verplichtingen, die met zijn doel samenhangen. Maar juist in dit opzicht moet met de meest mogelijke voorzichtigheid gehandeld worden. Reeds al te dikwijls werd voor staatszorg aangezien, wat daartoe niet behoorde, en al te dikwijls meende de Regeering belangen te mogen regelen, die beter en veiliger aan zichzelven overgelaten waren. Door de wetenschap der staathuishoudkunde is thans het pleit beslist ten voordeele van vrijen arbeid en vrijen handel. Als algemeene regel kan men stellen, dat de bemoeiingen van den Staat in zaken van handel en nijverheid zich moeten bepalen tot het opruimen van belemmeringen, die de ontwikkeling der algemeene volkswelvaart in den weg staan, en dat de staatszorg de grenzen eener politie-zorg niet overschrijden mag".

Ik wensch te eindigen met de volgende woorden, die in 1865 door de Commissie van rapporteurs uit de Tweede Kamer voor de herziening van den Code de Commerce in België werden gebruikt tot verdediging van de vrije makelaardij, en die volkomen ook op de Nederlandsche wetgeving van toepassing zijn:

„Parmi ceux (les monopoles), qui subsistent encore en Belgique, le privilège des agents de change et des courtiers a été surtout l'objet de vives réclamations, et de-

---

bosch 1 (in koloniale waren); Middelburg 7 (6 voor alle vakken en 1 in assurantie); Gouda 2 (1 in effecten en 1 in roerende en *on*roerende goederen); Dordrecht 20 (hiervan 3 in *on*roerende goederen).

De eenige vroeger, in 1890, te Leeuwarden aangestelde makelaar in roerende goederen vertrok na een paar jaren naar elders.

Te Zierikzee, waar vroeger ook makelaars waren, worden ze sedert geruimen tijd niet meer gevonden.

(1) Schets van het Nederlandsche Staatsbestuur, bl. 229.

puis longtemps la force des choses a amené l'inobservation des lois et règlements, destinés à protéger ces corporations priviligiées.

Ces lois et règlements, il faut le reconnaître, ne sont plus en harmonie avec les nécessités d'une époque où la liberté du travail et la liberté du commerce tendent de plus en plus à devenir la loi générale.

Mais s'il est devenu impossible de poursuivre la répression des faits admis par l'usage, bien que réprouvés par la Code, il est de l'intérêt public de faire cesser bientôt un antagonisme dangereux, de ne point tolérer davantage, que l'usage vienne étouffer la loi, et que celle-ci demeure impuissante à se faire respecter.

Si les prescriptions légales sont pertes et légitimes, il faut leur donner une consécration nouvelle et en assurer l'exécution par des dispositions faciles à appliquer. Si au contraire la loi entrave les spéculations honnêtes, qui entretiennent le crédit public; si elle a cessé d'être en rapport avec le développement de notre commerce et de notre industrie, avec les grands faits sociaux qui seront l'honneur de notre époque; si elle blesse enfin des intérêts légitimes, — il faut que la loi soit changée et qu'elle proclame dans cette matière le grand principe de liberté, dont la fécondité se révèle et grandit à chaque pas nouveau, que nous faisons dans cette voie.

C'est ce dernier système, qui consacre le projet de loi soumis à votre approbation.

En l'adoptant, messieurs, vous affranchirez l'industrie si importante de l'intermédiaire d'entraves, dont il suffit de rappeler l'origine pour en justifier la condamnation."

Leeuwarden, April 1897.

Eenige opmerkingen naar aanleiding van artikelen 122 en 124 der Wet op het faillissement en de surséance van betaling van den 30en September 1893 (Stbl. 140).

Het zij mij vergund naar aanleiding van een vraag, die reeds eenige malen bij de verificatie van schuldvorderingen in enkele faillissementen is gerezen, eenige opmerkingen ten beste te geven.

Het betrof de vraag of, indien een crediteur, wiens vordering door den curator op de lijst der betwiste vorderingen is gebracht, niet ter verificatie-vergadering verschijnt, en de curator bij zijne betwisting blijft volharden, die crediteur geacht moet worden zich gewonnen te hebben gegeven dan wel of de rechter-commissaris partijen naar een door hem te bepalen terechtzitting der Rechtbank moet verwijzen.

Deze vraag is nu eens in eerstgenoemden dan weer in laatstbedoelden zin beantwoord, en, wanneer men mij sommeert partij te kiezen, dan aarzel ik geen oogenblik met mij te scharen aan de zijde van hen, die beweren, dat in zoo'n geval een verwijzing moet plaats hebben.

En ik geloof, dat niet alleen de logica dit gebiedend eischt, maar ook dat de woorden van de wet en hare geschiedenis voor een andere opvatting geen ruimte openlaten.

Om dit laatste aan te toonen acht ik het wenschelijk met een enkel woord na te gaan wat aan de verificatievergadering onmiddellijk voorafgaat.

Na de kennisgeving door den curator aan de crediteuren, binnen welken termijn de schuldvorderingen bij

hem moeten worden ingediend en wanneer de verificatie-vergadering zal worden gehouden, stroomen hem van alle zijden de rekeningen toe.

Hij toetst deze aan de boeken en de opgaven van den failliet en gaat daarop het kaf van het koren scheiden. De vorderingen, waartegen hij geen bezwaar heeft, worden door hem op een lijst van voorloopig erkende schuldvorderingen geplaatst, terwijl hij, wat de overige betreft, ingevolge artikel 111 met de crediteuren, die ze hebben ingediend, in overleg treedt. De onderhandelingen worden geopend en de crediteuren uitgenoodigd hunne vorderingen nader te staven, hetzij door inzage te verleenen van hunne boeken, hetzij door bewijsstukken te berde te brengen.

In den regel zal hieraan worden voldaan, zullen curator en crediteur tot overeenstemming geraken en de vordering al of niet gewijzigd alsnog op de lijst der voorloopig erkende worden geplaatst.

Maar ook is het mogelijk, dat de crediteur, om welke reden dan ook, niets meer van zich laat hooren of wel dat curator en schuldeischer omtrent de juistheid der schuldvordering van meening blijven verschillen, in welke beide gevallen deze laatste een plaats erlangt op de lijst der betwiste vorderingen.

De curator deponeert vervolgens beide lijsten, die der voorloopig erkende, alsmede die der betwiste vorderingen, ter plaatse, in artikel 114 aangegeven, en geeft van deze nederlegging kennis aan de schuldeischers, voor zoover zij hem bekend zijn.

Dezen kunnen zich alsnu vergewissen omtrent de plaatsing van hun eigen vordering en die van anderen op een der beide lijsten.

Daarop heeft de verificatie-vergadering plaats.

Verplicht om haar bij te wonen zijn de crediteuren

niet, zoodat sommigen hunner gevolg zullen geven aan de oproeping, anderen zullen wegblijven.

En nu kunnen zich vele en velerlei gevallen voordoen, waarvan ik hier alleen wil noemen het geval — en ik kom thans tot mijn uitgangspunt terug — dat een crediteur, wiens vordering door den curator op de lijst der betwiste vorderingen is geplaatst, niet ter vergadering aanwezig is, en de curator zijne betwisting blijft handhaven.

Wat moet er nu gebeuren? Mij dunkt, het antwoord kan niet twijfelachtig zijn: De rechter-commissaris moet partijen naar een door hem te bepalen terechtzitting van de Rechtbank verwijzen.

De woorden toch van artikel 122 zijn volmaakt duidelijk. Naar luid van dat artikel moet de rechter-commissaris zulks doen, *wanneer hij*, in cas van betwisting, *partijen niet kan vereenigen.*

De woorden „wanneer hij partijen niet kan vereenigen" slaan m. i. zoowel op het geval, dat beide partijen niet willen toegeven, als op het geval, dat een van beide partijen — de crediteur — door afwezigheid schittert, en wijzen dus zoowel op een relatieve als op een absolute onmogelijkheid om partijen tot elkander te brengen.

Bovendien zegt artikel 124, dat, indien de schuldeischer, wiens vordering betwist wordt, niet ter (verificatie-)vergadering aanwezig is, de griffier hem onmiddellijk van de gedane betwisting *en verwijzing* kennis geeft.

Zij, die de meening voorstaan, dat de schuldeischer, wiens vordering door den curator op de lijst der betwiste vorderingen gebracht is, door niet te verschijnen ter verificatie-vergadering geacht moet worden zich gewonnen te hebben gegeven, zijn van oordeel dat voor een opvatting, als door mij en anderen gehuldigd, aan artikel 124 geen argument kan worden ontleend, omdat dit

volgens hen ziet op het geval, dat een vordering, die door den curator op de lijst der voorloopig erkende is gebracht, *staande de vergadering* door den curator of een der andere crediteuren wordt betwist, en de bedoelde schuldeischer niet ter vergadering aanwezig is. Ik zou willen vragen: welke reden bestaat er om aan artikel 124 zulk een beperkende uitlegging te geven?

Noch de woorden van het artikel, noch het verband met de onmiddellijk voorafgaande en volgende artikelen, noch ook de geschiedenis der wet rechtvaardigen zulk een interpretatie.

De woorden van het artikel zijn duidelijk en luiden algemeen. Er is sprake van het niet aanwezig zijn ter verificatie-vergadering van een schuldeischer, *wiens vordering betwist wordt.* Zij, die met ons van opinie verschillen, wijzen er ons op, dat hier gesproken wordt van „betwist *wordt*" en dat, als art. 124 werkelijk inhield wat wij er in lezen, er zou moeten staan „betwist is of wordt", terwijl zij zich bovendien tegen onze opvatting kanten op grond van de slotwoorden van de 1e alinea van gemeld artikel 124, waar staat dat de griffier den crediteur kennis geeft „van de gedane *betwisting en* verwijzing", en zulk een kennisgeving, voor wat de betwisting betreft, naar hun wijze van zien overbodig is, als de curator de schuldvordering reeds op de lijst der betwiste vorderingen heeft gebracht.

Deze redeneering is m. i. om twee redenen onjuist.

In de eerste plaats wordt uitgegaan van de onjuiste onderstelling, dat de plaatsing der vordering op de lijst der betwiste den crediteur per se bekend is. In den regel zal dit wel zoo zijn, maar het geval is volstrekt niet ondenkbaar, dat de schuldeischer, om welke reden dan ook, niet met den curator op diens verzoek in overleg is getreden, en evenzeer verzuimd heeft ter griffie een

onderzoek in te stellen naar de plaatsing van zijn vordering op een der beide lijsten.

De schuldeischer kan reden hebben te vermoeden, dat de curator wel uit zichzelven de ongegrondheid van zijn bezwaar tegen erkenning der vordering zal inzien, en het daarom onnoodig achten aan des curators verzoek te voldoen om met hem in overleg te treden.

In diezelfde onderstelling zal hij de kennisgeving van het nederleggen der lijsten naast zich neerleggen en meenen geen gebruik te moeten maken van zijn bevoegdheid om die lijsten te gaan inzien.

En als nu die onderstelling eens onjuist is en de curator de vordering wel degelijk op de lijst der betwiste heeft gebracht, draagt de crediteur hiervan niettemin geen kennis en is het volstrekt niet overbodig, dat de griffier hem ervan verwittigt, dat de curator bij zijn betwisting is blijven volharden.

Maar bovendien hebben wij artikel 119, 2e alinea, dat zegt, dat de curator op de door hem gedane voorloopige erkenning of betwisting kan terugkomen.

Het plaatsen van de vordering op de lijst der betwiste is derhalve geen definitieve, maar een voorloopige betwisting: de curator kan erop terugkomen, en daarom is het noodig, dat de schuldeischer, wiens vordering op de lijst der betwiste is gebracht — ook al is hem dit bekend — wanneer hij niet ter vergadering is verschenen, kennis krijge of de curator bij de betwisting is gebleven en de voorloopige een definitieve betwisting is geworden, dan wel of hij, de curator, het hoofd in den schoot heeft gelegd. En hiermede is tevens het bezwaar uit den weg geruimd dat zij, die met ons van meening verschillen, tegen onze opvatting hebben op grond van de omstandigheid dat in artikel 124 gesproken wordt van „betwist *wordt.*"

Dat het ook de bedoeling van de wet is, dat, indien een crediteur, wiens vordering op de lijst der betwiste is gebracht, niet ter verificatie-vergadering verschijnt, er een verwijzing plaats heeft, volgt m. i. luce clarius uit het antwoord der Regeering op een vraag, in het Verslag der Tweede Kamer gedaan naar aanleiding van artikel 111.

Op de vraag nl., welke de sanctie van deze bepaling is (het in overleg treden van den curator met den schuldeischer), antwoordde de Regeering:

„Bij weigering loopt de schuldeischer gevaar, dat de curator de vordering als niet voldoende gestaafd niet brengt op de lijst der voorloopig erkende vorderingen, en dat bij volharding in zijn weigering die vordering ook bij de verificatie niet wordt erkend, *waarvan het gevolg zal zijn een verificatieproces*, waardoor enz."

Weigering — en hiermede is zeer zeker nalatigheid gelijk te stellen — van den schuldeischer om met den curator in overleg te treden zal, volgens de Regeering, ten gevolge hebben, dat de curator de vordering niet brengt op de lijst der voorloopig erkende, derhalve op die der betwiste vorderingen, en bij volharding in zijn weigering (resp. nalatigheid) zal die vordering evenmin ter verificatie-vergadering kunnen worden erkend en zal hiervan een verwijzing het gevolg zijn.

Bij volharding in zijn weigering (of nalatigheid): het is m. i onnoodig, dat de curator andermaal den crediteur uitnoodigt om met hem in overleg te treden. Het is voldoende, dat hij dit eenmaal gedaan heeft; voldoet de schuldeischer, om welke reden dan ook, niet en bij voortduring niet aan die uitnoodiging, dan kan zijn vordering ook niet erkend worden ter verificatie-vergadering evenmin als zij een plaats kon vinden op de lijst der voorloopig erkende vorderingen.

En nu ben ik van meening, dat in het niet-verschijnen

ter verificatie-vergadering van den crediteur, die geweigerd heeft of nalatig is gebleven om met den curator op diens verzoek in overleg te treden, nadat deze hem had medegedeeld, dat hij bezwaar moest maken tegen erkenning van de vordering, gelijk zij was ingediend, een uiting moet worden gezien van het volharden in zijn weigering of nalatigheid, van het bij voortduring niet-voldoen aan des curators verzoek om met hem in overleg te treden. En in een zoodanig geval is de Regeering — en schrijver dezes met Haar — van meening, dat een verificatieproces onvermijdelijk is.

Maar ook wanneer curator en schuldeischer *wel* met elkander in overleg zijn getreden, dat evenwel geen resultaat heeft opgeleverd, zoodat elk op zijn eigen standpunt is blijven staan, en de vordering mitsdien op de lijst der betwiste is gebracht, en de crediteur verschijnt daarop niet ter verificatie-vergadering, ook dan moet er verwijzing plaats hebben.

Wel heeft de Regeering zich over dit geval niet uitgelaten, maar dat vindt zijn oorzaak hierin, dat haar alleen gevraagd is welke de sanctie is van art. 111, m. a. w. welke de gevolgen zijn van het niet-voldoen door den crediteur aan des curators verzoek om met hem in overleg te treden.

In alle gevallen, waarin een vordering op de lijst der betwiste is gebracht hetzij dan na overleg van den curator met den schuldeischer, hetzij dan tengevolge van weigering of nalatigheid van dezen om met genen in overleg te treden, moet de rechter-commissaris, als de crediteur niet ter verificatie-vergadering verschijnt en de curator zijne betwisting handhaaft, partijen naar een door hem te bepalen terechtzitting van de Rechtbank verwijzen.

En dat ik tot deze conclusie kom, is niet slechts het gevolg van de duidelijke bewoordingen der wet, die geen

andere interpretatie toelaten, en hare geschiedenis, maar ook omdat elke andere opvatting naar mijne meening onlogisch is.

Immers, door de indiening van zijne schuldvordering geeft de crediteur zijn wensch te kennen om voor het door hem opgegeven bedrag als schuldeischer in het faillissement erkend te worden. Zoolang hij nu niet duidelijk en ondubbelzinnig zijn verlangen te kennen geeft om hetzij in het geheel niet hetzij voor een minder bedrag erkend te worden, moet hij geacht worden bij zijn verzoek om voor het eens opgegeven bedrag geverifieerd te worden — dat in de indiening van de rekening ligt opgesloten — te blijven volharden.

Op verschillende gronden derhalve baseert zich mijn opvatting omtrent het punt in quaestie.

Aangenaam zoude het mij zijn, indien mijn geschrijf er iets toe mocht bijdragen om de vraag, die in dit artikel gesteld en besproken is en waarvoor ik getracht heb een passend antwoord te vinden, in het vervolg meer eenstemmig te doen beantwoorden dan tot dusverre het geval is geweest.

Zwolle, April 1897.

Mr. D. J. den Beer Poortugael.

Mrs. A. F. K. Hartogh *en* C. A. Cosman: *De wet van* 7 *Juli* 1896 (*Stbl.* 103) *tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke regtsvordering toegelicht. 's-Gravenhage* 1897. (1)

Mij de eerste aflevering van dit werk toezendende, verzocht de redactie van Themis het aantekondigen. Ik heb gemeend wel te doen met hiermede te wachten totdat wat meer van den arbeid der H.H. Hartogh en Cosman verschenen zou zijn: thans, nu drie vierden daarvan (afl. 1, 2 en 3) voor mij liggen, kan ik, dunkt mij, eene voorstelling vormen toereikend om den aard en waarde dezer „Toelichting" te bespreken.

Die toelichting deelt in het vaderschap der toegelichte wet zelve. Kan het dan anders, of zij draagt ook eenigszins het karakter eener verdediging van de „lex Hartogh"?

De voor de hand liggende opmerking behoeft evenwel, meen ik, mij geene reden te zijn om bij deze aankondiging de waarde van die verdediging te onderzoeken. Alreeds daarom niet, omdat de lex Hartogh, ook al ware zij geen stap vooruit, eenmaal *wet* is en de vuurproef der praktijk gaat doorstaan: bespiegelingen over hare waarde hebben dus bijna alle belang verloren. Vooral zal dit waar zijn ten aanzien van het veelbesproken tweede lid van art. 141: het gebod om — met uitzondering van het beroep op *beraad* der erfgenamen —

(1) Eens voor altijd ook in dit tijdschrift wasch ik mij de handen van het amalgama van oude en nieuwe spelling in mijnen gedrukten arbeid. De (aangeleerde) natuur is den in de nieuwe opgevoeden drukker nu eenmaal te magtig tegen mijne ouderwetschheid, en mij een strijd met de klassieke *furca* tegen die natuur. Ik begon, maar zwichtte.

alle exceptiën en het antwoord ten principale tegelijk voor te dragen.

Een tweede reden om mij daarvan te onthouden is, dat ik, hoewel niet onverdeeld met de wet ingenomen, als resultaat van het conto finto harer werking op een vrij aanzienlijk *batig* saldo hoop (1). Als lid der Eerste Kamer zou ik uit dien hoofde, nog het meest om de verbeteringen op het gebied van de executie, van de conservatoire regtsmiddelen, en van de zorg voor de scheiding van haren man vragende vrouw, onder de voorstemmers hebben behoord.

Eene even voor de hand liggende eigenaardigheid is, dat deze commentaar slechts van de wijzigingen zelf, in ons procesregt gebragt (niet eens van de gedeelten van het W. v. Rv., door de nieuwe wet gewijzigd), goeddeels aan de historia legis ontleend is. Hoofdinhoud moet wel wezen, *welke* gebreken in de bestaande wet zijn waargenomen, *waarop* de voorstellen tot verandering zijn gerigt en *welke werking* men van tot stand gekomen wijzigingen verwacht, als men de feitelijke uitwerking nog niet kan waarnemen en boekstaven. De omstandigheid, dat de

---

(1) Dat saldo had men m. i. met weinig moeite kunnen vergrooten, door hier en daar correctieven aan te brengen bij bepalingen welke, in het algemeen welligt nuttig, in sommige gevallen te weinig rekbaar zijn. Als voorbeeld noem ik de intrede der termijnen van appèl enz. met de *uitspraak*-termijnen, die door de jurisprudentie — op in mijn oog zéér betwistbare gronden — worden aangemerkt als van openbare orde. Zoolang zij intraden met de beteekening, kon de praktijk in gedingen tusschen partijen aan het andere eind der wereld, of wijdloopige nasporingen vereischende, zich verlenging verschaffen door bij onderling overleg de beteekening, alzoo het oogenblik van aanvang, te verschuiven. Nu die termijnen (zelfs bij arbitrage: art. 650 nieuw) onverwrikbaar zijn geworden, en het vonnis van statering is afgeschaft, zou op het voetspoor van art. 1987 B. W. wenschelijk zijn geweest te bepalen, dat de niet-ontvankelijkheid der hooger voorziening op grond van overschrijding niet ambtshalve mag worden toegepast. Dan konden partijen afspreken dat zij niet zal worden voorgesteld. Of zou dit ook al uit den booze zijn geweest?

meest gezaghebbende bestrijder van het ontwerp zijne in de Eerste Kamer daartegen uitgebragte Adviezen, onder toevoeging van aanteekeningen, afzonderlijk heeft uitgegeven, heeft onze auteurs in de gelegenheid gesteld om gezegden hoofdschotel nog verdienstelijk te kruiden.

Daarmede wil ik allerminst aanduiden, dat zij den jurist eene aangename lectuur hebben verschaft: het tegendeel is waar. Op zichzelf behoeft een boek over procesregt niet droog als kaf te wezen: BONCENNE bewees het tegendeel. Te minder is dat onvermijdelijk, omdat vaak deze regtsstof gaat over beginselvragen, waarbij de denker met de grootste belangstelling verwijlen kan. Maar als men verspreide wetsartikelen, zelfs brokken van artikelen, commentarieeren wil, ja dàn wordt den meest tegen taaiheid geharde eene lectuur geboden, even zamenhangend en even sappig als het kaffigste kaf. Uit het beperkte werkplan, door Mrs. HARTOGH en COSMAN blijkens het slot hunner Inleiding aangenomen „omdat zij (wij) van oordeel zijn dat de be„staande Nederlandsche en Fransche werken omtrent de „rechtsleer en rechtspraak voldoende in de behoeften „onzer juristen voorzien", is voor die juristen dus veeleer eene afschrikking dan eene aanlokking tot studiën in de gewijzigde regtsvordering geboren: alleen als practici zullen die grijpen naar het boek. Doch in zooverre zullen zij den bekwamen schrijvers gewis dankbaar zijn, als niet breedsprakigen, duidelijken en betrouwbaren gidsen bij de toepassing der nieuwe bepalingen.

Zelfs met deze gewaardeerde hulp zal dat toepassen nog niet altijd vlot gaan. Een kundig magistraat, voorzitter van eene onzer regtbanken tweede klasse, deelde mij mede, dat verschillende in de eerste weken van het jaar ondervonden moeilijkheden de balie in zijne woonplaats aanleiding hadden gegeven tot eene zeer bezochte bijeen-

komst, ten einde door onderling overleg daarover heen te komen. Indien dergelijke teleurstellingen niet al te talrijk zijn, behoeven die niemand te verwonderen en geen ongunstig oordeel over de wet te doen uitspreken: want ik houd ze voor haast onvermijdelijk bij het in gang brengen van nieuwigheden op een zoo „practisch" gebied; bij het faillissement, een regtsstof van bijna even voortdurende toepassing, schijnen zij zich eveneens voor te doen. Onderling overleg, gelijk de balie te X gepleegd heeft, zal nog al wat kunnen bijbrengen om den nieuwen wagen minder te doen stooten.

Evenwel niet altijd. Als voorbeeld neem ik art. 136 Rv. met de aanteekening onzer schrijvers op de straf van nietigheid, in het tweede lid daarvan bedreigd bij „anticiperen" minder dan vijf (vrije) dagen vóór den dag, tegen welken de eischer heeft gedagvaard. Bij niet-inachtneming van dezen termijn zal (blz. 49) de regter, evenals in het geval van art. 92 Rv., de nietigheid der anticipatie moeten uitspreken en het gevolg zal zijn, dat als dienende dag blijft gelden die, in de dagvaarding vermeld.

Wanneer we ons den loop van zaken ter teregtzitting van de Rechtbank (want het kantongeregtsproces laat ik rusten) voorstellen, schijnt de afwikkeling mij lang zoo eenvoudig niet.

Onderscheiden dient te worden tusschen opkomen en niet opkomen van eischers procureur op den anticipatiedag.

I. De procureur des eischers komt op en vordert, bij incidentele conclusie, de nietigverklaring. Moet op dit incidentje de verweerder schriftelijk concluderen? Zoo neen, dan is *denkbaar* dat de regter vonnis geeft nog vóór den (oorspronkelijken) dienenden dag, de verweerder in de nietigverklaring berust en dus die oorspronkelijk dienende dag nog tot zijn regt komt.

Hoe echter, indien het zaakje eens minder vlot? Er

is, dunkt mij, reden om aan te nemen dat de procureur van verweerder analogische toepassing van art. 94 Rv. zal vragen, al gewaagt dit alleen van *dagvaardingen*. Maar dan moet hij schriftelijk concluderen: m. a. w. dan *hangt* het incidentje nog op den dag, tegen welken gedagvaard is. De eischer is, van zijn standpunt der nietigheid van de anticipatie, wel verpligt om op dezen *zijnen* dienenden dag de zaak te doen uitroepen: in welke positie verkeeren nu de gedaagde, bij wisselwerking de eischer zelf, en de regter? De gedaagde kan in het hangen van het anticipatie-incident eene reden zien om niet te verschijnen; acht hij de vervroeging geldig, dan *kan* hij eigenlijk niet opkomen, zonder feitelijk zijne anticipatie in te trekken. Hem niet ziende opkomen, behoort de eischer, ter handhaving van zijn standpunt, verstek te vragen. Verstek moet volgens art. 77 *bij het uitroepen van de zaak ter teregtzitting* erkend worden: maar kan de regter dat verleenen vóór zijne uitspraak omtrent de geldigheid van (c. q. toepassing van art. 94 op) de anticipatie, van welke afhangt of de gedaagde den *dienenden* dag verzuimd heeft of niet?

II. De procureur van den eischer heeft, wegens de termijnfout bij het vervroegen, de aanzegging daarvan beschouwd als niet geschied en is op de teregtzitting van anticipatie (verg. art. 139) niet verschenen. Tenzij de anticipant zijne fout bemerkt en de vervroeging intrekt, vraagt deze verstek tegen den eischer en ontslag van de instantie (art. 75 en 139 Rv.), de akten van dagvaarding en anticipatie overleggende. De regter ziet de fout en verleent dus het verstek niet: maar wat moet hij verder doen? De nietigheid van de anticipatie uitspreken, zooals onze schrijvers willen, zonder daartoe strekkende conclusie, kan m. i. alleen dan *ambtshalve* geschieden, indien die nietigheid is van openbare orde en dus niet

vatbaar voor dekking. M. a. w. indien, bij opkomst van den eischer, art. 94 Rv. niet met vrucht door den anticipant had kunnen worden ingeroepen. Deze vraag maakt waarschijnlijk, dat het lot van de anticipatie op den oorspronkelijk dienenden dag nog onbeslist zal zijn. En met het verschijnen van den procureur des eischers op dien dag vertoonen zich, naarmate van de houding van partijen alsdan, dezelfde moeilijkheden, als sub I door mij ontvouwd. (1)

Dat er moeilijkheden zullen kunnen voorkomen geven de schrijvers zelf toe op blz. 127, bij de bespreking van

---

(1). Het geding bij de *regtbank* hier besprekende, zou ik geen reden hebben om mij in den strijd tusschen Mrs B. J. POLENAAR en W. v. ROSSEM over de «ontzieling» van de procedure voor den kantonregter (WW. 6921, 6926, 6928) te mengen, indien Mr POLENAAR niet laatstelijk had verkondigd «dat in elk geval van anticipatie het de gedaagde (geopposeerde, geïntimeerde) is, die *den regtsingang* begint». Tegen deze stelling, die ook voor de juistheid mijner opmerkingen van invloed is, moet ik protest aanteekenen, als m. i. beslist onjuist naar de grondbegrippen van ons procesregt en de woorden der wet. Deze laatste (art. 1 Rv.) verklaren den regtsingang aangevangen met, dat is met het uitbrengen van, de *dagvaarding*, die tegen eenen bepaalden dag (no. 5 van art. 5) den gedaagde voor den regter roept. Op dien *dienenden* dag kan de gedaagde door een geldig gedane vervroeging invloed uitoefenen; dit geschiedt volgens art. 136 ja door eene *oproeping* zijnerzijds, maar eene oproeping geheel ondergeschikt aan het exploit introductif d'instance van den eischer. *Diens* exploit omschrijft het verschil, maakt het door zijn beroep op den rechter tot onderwerp van Staatstusschenkomst, bakent (in hoofdzaak) de grenzen dier tusschenkomst af; de verandering van den eersten dag, op welken de regter zich daarmede zal inlaten, door middel van anticipatie raakt een zeer ondergeschikt punt van dien door *eischer* ingeleiden regtsgang. Zelfs indien dat anticiperen, zooals bij het kantongeregt, moet geschieden bij een regtstreeks door gedaagde aan eischer gerigt exploit, is dat geene *dagvaarding* in den zin van artt. 1 en 5 Rv. Dat ben ik geheel eens met Mr. v. ROSSEM t. a. p. en oordeel dan ook met hem, dat de akte van anticipatie (hetzij avenir hetzij exploit) niets anders dan de oproeping tot een anderen, vervanging van den dienenden dag volgens de dagvaarding bewerkenden, regtsdag behoort te bevatten.

Laat ik er nu bijvoegen dat ook ten aanzien van de «ontzieling» ik het eens ben met Mr v. ROSSEM, incluis zijnen spijt over het verdrijven der «eerstkomende teregtzitting» uit art. 83 Rv.

het nieuwe tweede lid van art. 337 Rv., den regter bevoegd verklarende om bij een incidenteel of interlocutoir vonnis te bepalen, dat hooger beroep hiervan niet dan tegelijk met het eindvonnis zal kunnen worden ingesteld. Zij meenen dat de weg tot oplossing deze zal zijn, aan te nemen dat tengevolge van zulk eene bepaling de incidentele of interlocutoire uitspraak gelijk is te stellen met eene praeparatoire beslissing. Ik meen evenwel te mogen vragen, of in dit „aannemen" niet een bedenkelijke sprong van redenering schuilt.

Wanneer eenig vonnis of bevelschrift het praeparatoir karakter draagt, dan brengt dit karakter volgens (het ongewijzigd gebleven) art. 336 mede, dat appèl daarvan vóór de eindbeslissing is uitgesloten. Kennelijk omdat, volgens de wettelijke omschrijving van art. 46 lid 2, deze uitspraak niet van eenigen invloed kan zijn op de zaak ten principale en alleen strekken moet om de zaak in staat van wijzen te brengen. Gebruik van het nieuwe lid van art. 337 verbindt daarentegen het gevolg van deze onbeteekenendheid der praeparatoire beslissing voor het lot der hoofdzaak aan vonnissen, die daarop *van den grootsten* invloed kunnen zijn: want naar de slotbepaling van art. 46 kenmerkt zich het interlocutoir juist hierdoor, dat van het bevolen bewijs, onderzoek of instructie de eindbeslissing kan afhangen. En nu gaat het toch kwalijk aan te zeggen: dewijl de regter, contra juris rationem, aan de niet praeparatoire uitspraak inappellabiliteit vóór de eindbeslissing kan verbinden, daarom fingere men dat hetgeen *noodzakelijkerwijs* de einduitspraak in vele gevallen beheerscht die werking *niet* uitoefent! Men merke, wordt ons op blz. 125 gezegd, de nieuwe bepaling aan als eene proef ten opzigte van de aan het stelsel verbonden bezwaren en dezulke zullen zich niet voordoen, omdat de regter de hem verleende magt niet zal

gebruiken in die enkele gevallen, waarin het gebruik buitengewone moeilijkheden zou opleveren. Met dit standpunt kan men vrede hebben, doch er bij denken, dat de proef dan niet héél veel om het lijf zal hebben, daar zij in de wezenlijk bezwaarlijke gevallen niet genomen wordt: naar het bekende woord wordt eene kritiek, die het kritiekste *niet* onderzoekt. Uit de bepaling zal, dunkt mij, dan vaak een debat volgen over het *belang* der afzonderlijke inappellabel-verklaring, daar de incidenteel eischer ook tot een dergelijk dictum concluderen en de verweerder dan dergelijke conclusie tegenspreken zal. Aan den *regter* komt dientengevolge het oordeel, wat tot nog toe aan de *partij* verbleef. Want hoe dikwijls werd niet tot heden door den verweerder op het incident een bloot voorbehoud van appèl gemaakt en voortgeprocedeerd tot het eindvonnis? Als middel tegen obstructionisme schijnt deze overbrenging van bevoegdheid minder noodig, omdat de regter de meeste conclusiën tot z. i. onnoodige bewijslevering reeds onschadelijk kan maken door passeren met gelijktijdige einduitspraak, waardoor vanzelf het hooger beroep op de twee beslissingen zamenvalt.

Of wel juist kan zijn wat de schrijvers (blz. 137) op art. 347 leeren, dat in appèl (buiten het in lid 2 omschreven geval) nog na het antwoord zoo noodig geconcludeerd kan worden?

De aanhef verklaart toepasselijk de procedure in eersten aanleg, die meer dan twee conclusiën toelaat, juist „*met uitzondering* dat slechts eene conclusie van eisch en „eene conclusie van antwoord ter rolle worden genomen"; het tweede lid komt dit karakter van „uitzondering", bestaande in *slechts* twee conclusiën, nog aanscherpen door te bepalen, dat *niettemin* den appellant nog een

termijn tot concludeeren kan worden verleend. Ik zou zeer wenschen dat de schrijvers hunne leer tegen mijnen twijfel konden handhaven, omdat de uitzondering van het tweede lid onbetwistbaar niet omvat de „nieuwe weren van regten" der laatste zinsnede van art. 348. Wanneer dus een oorspronkelijk eischer appelleert en de geïntimeerde zulk eene verwering aanvoert, dan zal uit de nieuwe redactie van art. 347, zooals ik die lees, volgen dat schriftelijk antwoord daarop uitgesloten is. Die „nieuwe weren" kunnen, blijkens aanteekening 1 op art. 348, de *gansche* verdediging ten principale omvatten : als namelijk de verweerder, zich verlatende op eene exceptie, in eersten aanleg geene andere verwering heeft gevoerd en in het gelijk is gesteld, maar in hooger beroep ook die overige verdedigingsmiddelen bijbrengt.

Ziedaar enkele punten behandeld van hetgeen mijn potlood bij de doorlezing van het werk aanteekende. Ik zal mij wel wachten om elke dergelijke, vaak ook zeer instemmende en ondersteunende, aanteekening uit te werken, want mij is gevraagd eene aankondiging van, niet eenen commentaar op dezen commentaar te geven. Echter verwijl ik nog wat bij het executoriaal beslag op onroerend goed, vooral bij de artt. 537 A tot I, omdat die nieuw zijn en mijne opmerkingen misschien iets kunnen bijbrengen om bezwaren bij de toepassing daarvan te ontgaan.

Reeds gaf ik mijne meening te kennen dat vooral op dit gebied de lex HARTOGH aan de regtzoekenden zal ten goede komen. Van elders (1) is bekend dat naar mijn oordeel het maatschappelijk belang van een goed executieregt

(1) Tijdspiegel Oct. 1896, blz. 126.

kwalijk te hoog kan worden geschat en dat zulk een regt m. i. dat is, hetwelk zonder onnoodige hardheid jegens den schuldenaar den schuldeischer het spoedigst en zekerst aan zijn geld helpt. (1) Aan deze eischen voldoen wijzigingen als het verkorten in art. 503 van den termijn voor het voorafgaand bevel tot twee dagen, de verduidelijking van het in art. 504, lid 4 aan den beslagene gedaan verbod en de gelegenheid om den verkoop ter teregtzitting te veranderen in eenen verkoop ten overstaan van notaris. Dat een verkoop op die wijze niet moet beschouwd worden als eene vervorming der gedwongen onteigening in eenen vrijwilligen verkoop, maar dat zulk een verkoop blijft eene *executie,* waarbij de krachtens bevel der regtbank handelende notaris in beginsel de rol vervult, bij executie van roerend goed door de wet toegekend aan den deurwaarder, wordt in de noot op blz. 179 ons teregt voorgehouden. (2) Misschien opdat wij ons door het tweede lid van art. 743 C. de Pr. niet zouden laten verleiden tot voorzegde, ten aanzien van deze wetsbepaling gangbare, beschouwing, al is het onderscheid tusschen deze, al vijftig jaren oude, toevoeging aan het Fransche executieregt en de huidige aanvulling van het onze kennelijk. Om eene regterlijke beschikking tot verkoop ten overstaan van notaris te verkrijgen is in Frankrijk noodig eenstemmigheid van

---

(1) Een man, dien ik het voorregt heb gehad te kennen, de hoogleeraar SERRIGNY te Dyon, heeft in een zijner geschriften opgemerkt dat een slap executieregt de schuldenaars, ook al zijn zij niet willens kwade betalers, *tot hun eigen nadeel* zorgeloos in het vervullen hunner verpligtingen maakt, hen geestig vergelijkende bij reizigers met de diligence en met den spoortrein. Doordat de diligence op passagiers wachtte, kwamen deze altijd te laat; nu de treinen rijden op de minuut, zorgt iedereen vóór het vertrek aanwezig te zijn.

(2) Volgens V. D. LINDEN Jud. pr. II 165 kon onder ons oude regt de executoriale verkoop ook van onr. goed geschieden door eenen deurwaarder.

belanghebbenden en volle regtsbevoegdheid van deze: als „majeurs et maîtres de leurs droits" beschikken zij over hunne regten, door die onder goedkeuring des — door het beslag in de zaak betrokken — regters te *wijzigen*; volgens de lex HARTOGH daarentegen kan (art. 537 A) een bevel tot dergelijken verkoop verkregen worden ten verzoeke van ééne der partijen bij het beslag (arrestanten en gearresteerden), en van iederen ingeschreven schuldeischer.

Waar van niemand eenige afstand van regt wordt verlangd — waar eenvoudig in het belang van snellere afwikkeling en hoogere opbrengst, die aan alle betrokkenen ten goede komen, eene vereenvoudiging van de *executie* gevraagd wordt, die de regter kan toestaan of weigeren en waaromtrent de overige belanghebbenden zich (537 *b* tweede lid) kunnen doen hooren — is het initiatief van één hunner voldoende. Daarom wordt onze nieuwe regeling ook niet getroffen door de kritiek van LAVIELLE, die reeds voor 35 jaren in zijne uitstekende Etudes sur la procédure civile (p. 421) vroeg, waarom men in art. 742 elke *overeenkomst* tot willigen verkoop vóór het beslag verbood, indien na het beslag datzelfde kon worden toegelaten: c'est venir au secours du failli après la faillite, du saisi après la saisie. LAVIELLE sprong in de bres voor de aloude *clause de voie parée*, ons beding van art. 1223, lid 2 B. W. bij hypotheek, hetwelk zooveel kosten bespaart, om die reden in 't begin dezer eeuw zich eenen weg baande in de Fransche praktijk, in 1840 door het Hof van cassatie wettig werd geoordeeld, na den Coup d'Etat werd gelegaliseerd voor hypotheken gesloten met het Crédit foncier, en bij art. 67 van een wetsontwerp van 1856 ten gunste van alle kleine immobilia werd voorgesteld.

Edoch, al ben ik zeer dankbaar, voldaan ben ik

daarom niet volkomen. Evenmin als Mr. HEEMSKERK (in zijne zooeven, *Themis* 1897, blz. 200 verschenen recensie der dissertatie van Mr. HIJMAN over executoir-arrest op verkocht maar nog niet geleverd onr. goed), alreeds niet ten aanzien van art. 504. (1) Verkoop na de overschrijving van het beslag zal, leeren ons de schrijvers blz. 159/160, tegen den beslaglegger niet kunnen worden ingeroepen *in den zin*, dat die verkoop — voor zoover hij op diens regter inbreuk maakt — is te kenschetsen als *niet bestaande*. Maar dan gaat de even te voren gemaakte vergelijking met eene hypothecaire executie onder derden bezitter niet op. Want diens titel wordt door den executant ten volle als *bestaand* erkend, en het is *in overeenstemming* met dien titel, koop van een *verhypothekeerd* huis, dat de kooper als eigenaar de uitwinning dulden moet. Daarentegen volgt uit de nieuwe bepaling zooals onze schrijvers die, m. i. met juistheid, uitleggen, dat voor den beslaglegger de nieuwe verkrijger eene quantité tout-à-fait négligeable is en nog altijd de verkooper-*beslagene* wordt uitgewonnen. Is dit zoo, dan is ook het antwoord omtrent de verantwoording der overwaarde, uit de gedachtenwisseling met de Eerste Kamer (BELINFANTE III, p. 132) hier overgenomen, niet volkomen bevredigend. De hypotheken ouder dan het beslag, ja die moet de beslaglegger eerbiedigen, en hun bedrag moet, zooals onze schrijvers p. 160 leeren, gaan vóór de door hem verhaalde som; hun argument blz. 163 uit de ongewijzigd gebleven artt. 508—511 is werkelijk krachtig. Maar hetgeen dan nog overschiet, de t. a. p.

---

(1) De ontvangst der einde Maart 1897 verschenen slotaflevering van het werk doet mij ontwaren, dat tot volledige kennis van het inzigt der schrijvers ook hunne aanteekening op art. 770*b* moet worden geraadpleegd.

bedoelde *overwaarde*? Omdat de verkoop, hypothecatie enz. voor hem niet bestaan, kan die overwaarde door hem aan den dáárbij belanghebbende niet worden uitgekeerd en dus kwalijk komen „aan hem die „door de vervreemding of de gevestigde hypotheek daartoe geregtigd is"; de beslaglegger heeft ook bij de verantwoording dáárvan te maken niet met den evenbedoelde, maar met *zijnen* beslagene. Eene bepaling als art. 1249 B. W., bij hypothecaire executie van den derden bezitter misschien ontbeerlijk, staat niet in den onderwerpelijken titel van Regtsvordering en zou in het stelsel van art. 504 nieuw alligt niet voegen. En van het standpunt der nieuwe bepaling is het ook nog (1) niet zoo duidelijk, of de kooper enz., ofschoon tegenover den beslagene wèl belanghebbende bij de verdeeling van den koopprijs, aan den inhoud van art. 551 het redmiddel kan ontleenen om eene regeling van voorrang voor regtercommissaris te verzoeken.

Ook vraag ik, in verband met deze opmerkingen, of zulk een kooper wel regt van meêspreken zal hebben ten aanzien der veilconditiën, die de notaris ingevolge art. 537 D. ter griffie nederlegt, hoe groot zijn belang, als tegenover ieder ander de *wettige eigenaar*, bij die regeling zij. Men vergelijke art. 529. Dat art. 537 D geeft mij nog aanleiding tot eene andere vraag: waarom wordt den notaris de nederlegging van *authentiek afschrift* der veilconditien voorgeschreven, terwijl art. 516 extr. alleen van nederlegging van *veilconditiën* spreekt, ingeval ter teregtzitting verkocht zal worden? Want de nederlegging van authentiek afschrift onderstelt eene *minuut*; die alweder schijnt te onderstellen dat de executant tot

(1) Men vergelijke hetgeen ik beneden over art. 537 B. W. opmerk.

den notaris gaat om ten diens overstaan eene akte te verlijden van de voorwaarden, waarop hij verklaart te willen veilen. Of maakt de notaris, zooals de aanteekening op blz. 189 zou doen onderstellen, een procesverbaal op van *zijne* voornemens aangaande de verkoopsvoorwaarden? als orgaan van den regter of van belanghebbenden is dat toch minder zijne rol. In elk geval, waartoe deze omslag? In het procesverbaal van veiling worden, gelijk bij elken notarieelen verkoop, die voorwaarden toch *authentiek* omschreven. De akte van nederlegging ter griffie, die op het voetspoor der Fransche praktijk (CHAUVEAU: Formulaire n°. 690 j°. 689) ook wel zal worden opgemaakt om de inachtneming der termijnen te doen blijken, is niet meer of niet minder noodig, wanneer namens den executant een procureur, dan wanneer de volgens art. 537 • A benoemde noemde notaris veilconditiën ter inzage legt; een (1) onderhandsch stuk — ingevolge de mogelijkheid van wijziging krachtens art. 520 j°. 537 niet veel meer dan een ontwerp — schijnt volkomen toereikend. Onze schrijvers schijnen (blz. 189) de noodzakelijkheid aan te nemen van ter inzaâg liggen ook bij den notaris, en dááruit de noodzakelijkheid eener minuut af te leiden. Doch uit geene wetsbepaling volgt dat; waarom zou het ook noodig zijn, als bij verkoop ter rolle zulk eene gelegenheid ten kantore van den procureur niet behoeft te bestaan? en waarom kan dan niet, gelijk bij een willigen verkoop, het concept-procesverbaal van veiling daartoe dienen?

In art. 537 B treft mij eene onnauwkeurigheid van

(1) Gezegeld: want art. 147 extr. zal wel niet kunnen worden toegepast. Jammer! Jammer ook dat, nu toch in art. 539 veranderd is, op de in het slot daarvan bevolen nederlegging art. 147 ook niet toepasselijk is verklaard, te meer omdat registratie nu het beteekenen van 't verzoek tot tusschenkomst kan vertragen.

redactie. In het tweede lid daarvan wordt gesproken van de *overige* beslagleggers, aan wie de „verzoekende partij", behalve aan de „wederpartij" kennis moet geven van het verzoek tot verkoop door een notaris. Kennelijk onderstelt hier dus de wet dat (gelijk ook wel regel zal zijn) het verzoek uitgaat van den *beslaglegger*: dan is „overige" beslagleggers volkomen juist en, zooals onze schrijvers (blz. 184) leeren, „wederpartij" de beslagene. Doch wanneer, op de door eenen chirographairen crediteur ondernomen executie, een tweede of derde hypotheekhouder overeenkomstig art. 537 A het verzoek doet: wie is dàn de „wederpartij"? Taalkundig is veel te zeggen voor het antwoord: de executant. Want in *diens* maatregelen wordt door het verzoek ingegrepen. Het woord „overige" komt ook dan tot zijn regt; maar niet de aanspraak van den geëxecuteerde, ofschoon hoofdbelanghebbende, om van het verzoek kennis te krijgen. Waarschijnlijk hebben de Comm. v. Voorbereiding en Mr. HARTOGH er niet aan gedacht, toen zij aan de opmerking van Mr. VAN BASTEN BATENBURG op 537 A (HARTOGH—COSMAN, blz. 180) gevolg gaven, dat hierdoor eenige wijziging van het volgend artikel noodig werd. De inappellabiliteit van een afgewezen verzoek volgens het slot van art. 537 B zal, hoop ik, requestranten nopen om liever eene kennisgeving (desnoods door beteekening) *te veel* dan te weinig te doen.

Nadat het verzoek is toegestaan zal geen verwittiging der ingeschreven schuldeischers van den verkoopdag noodig wezen — lees ik blz. 180. Is dit zoo zeker, al zal niemand beweren dat, zooals de schrijvers doen opmerken, deze verkooping geen „willige" is? Kan onder de *wijze van veiling* bij art. 1255 B. W. voorgeschreven niet zeer goed worden verstaan het *geheel* der voorschriften van vorm aldaar? geeft art. 537 A zelf niet tot die

ruimere (en alligt gezondere) uitlegging grond door zijne bijvoeging „met uitzondering *alleen* dat de tegenwoor-„digheid van den kantonregter niet vereischt wordt", ofschoon diens tegenwoordigheid evenmin een onderdeel van de wijs van *veilen* stricto sensu uitmaakt? Als executant zou ik mij maar niet aan bemoeilijking op dit punt wagen, en liever iets te veel dan te weinig doen.

Ten besluite van deze aankondiging wil ik, nu even vóór hare verzending het slot van het werk in mijne handen komt, nog iets opmerken omtrent hetgeen onze schrijvers in het midden brengen aangaande eene der uitbreidingen, aan het stel der conservatoire regtsmiddelen gegeven. Ik heb het oog op de invoering van conservatoir beslag ook op *onroerend* goed: art. 770 A—G, meer bepaaldelijk op art. 770 D. Daar wordt bepaald dat, als dit beslag van waarde is verklaard en met de uitvoering van het daartoe strekkende vonnis wordt aangevangen, het beslag wordt aangemerkt als een *executoriaal* beslag: in het tweede lid wordt ten opzigte van het uitteraard dan toepasselijk wordende art. 508 (aanzegging van de executie aan den eersten hypotheekhouder, opdat die van zijn regt tot verkoop krachtens art. 1223 B. W. gebruik kunne maken) bepaald, dat de termijn voor die aanzegging ingaat op den dag, waarop het vonnis tot van-waarde-verklaring wordt beteekend. Die bepaling strekt niet alleen, om voor dit geval vast te stellen den aanvangsdag der verpligting om den hypotheekhouder te waarschuwen, maar ook om te kennen te geven dat die beteekening geldt als *begin van executie:* dus als inwerkingtreding van het voorgaande lid. De wordingsgeschiedenis van dit een en ander mededeelende, staan onze schrijvers ook stil bij een voor de praktijk gewigtig punt: den invloed der invoering van dit conservatoir

beslag op het bijna vaste beding in reeds bestaande hypotheekakten, dat *beslag* op het onderpand de geldschieting opzegbaar maakt. Heeft dit beding nu ook in geval van, dat wil zeggen *dadelijk* bij intrede van eene *conservatoire* beslaglegging die uitwerking? indien ja, zoo werd in de Kamer opgemerkt, dan mogt zulks wel door eene overgangsbepaling worden uitgesloten, omdat de schuldenaar, in het beding toestemmende, niet anders geweten heeft dan dat hij zich aan opeischbaarheid onderwierp bij het tijdens de overeenkomst alleen bekende *executoriaal* beslag op zijn goed.

Eene overgangsbepaling echter kwam den vader van het wetsvoorstel geheel onnoodig voor, en dienovereenkomstig wordt op blz. 234 van zijnen commentaar geleerd, dat de schuldeischer eener hypotheek van vóór 1 Januari 1897 eerst na de gedaanteverwisseling van het conservatoir beslag in een executoriaal, krachtens art. 770 D lid 1, zich als regthebbende tot eene opeischbare schuld zal kunnen gedragen en — met terzijdestelling van den beslaglegger — de volmagt van art. 1223 B. W. bezigen tot verkoop van het goed. Maar is dit zoo zeker? Het eenig argument daarvoor is het ontbreken van dit conservatoire regtsmiddel tijdens de oprigting der hypotheekakte. En nu zijn, dunkt mij, de voorbeelden niet zeldzaam dat in overeenkomsten de werking van regtsinstellingen, die nog niet bestaan, desniettemin uitgesloten is: een bekend voorbeeld is bij staatsleeningen het beding van vrijstelling van nog niet bestaande belastingen, voorzien of niet voorzien. Ik vind te meer aanleiding tot het uitspreken van dezen twijfel, omdat ik op dit gansche gebied omzigtigheid bij het volgen van de voorstelling der commentatoren geraden acht. Vat ik die niet verkeerd op, dan onderstellen zij, blz. 237 volgg., dat de nieuwe bepalingen ook ten gevolge hebben, dat voortaan

een hypotheekhouder ingeval van conservatoir beslag op zijn onderpand nimmer mag verkoopen, zoolang door beteekening van het vonnis tot vanwaardeverklaring dit beslag niet *executoriaal* van karakter is geworden. Zou dit waar zijn? In geen geval kan het m. i. volgen uit artt. 508/9, omdat op deze bepalingen geenszins het verkoopregt van den hypotheekhouder berust, waar zij alleen regelen wanneer en hoe zulk een verkoopregt dezen schuldeischer bovendien bevoegd maakt om eenen anderen schuldeischer, die aanstalten maakt om het goed uit te winnen, den verkoop uit de hand te nemen. Veeleer zou men dan zoodanige beslissing hebben te ontleenen aan de door de jurisprudentie geijkte uitlegging, dat het regt van verkoop krachtens art. 1223 berust op eene lastgeving van en geschiedt namens den schuldenaar. Wanneer het bewarend beslag den schuldenaar verhindert om, ten nadeele des beslagleggers, over het goed te beschikken, dan stuit het ook dergelijke beschikking namens hem door zijnen geldschieter. Maar strookt deze uitlegging met het karakter der procuratio in rem suam? Strookt zij met den titel over het executoriaal beslag, aan welken ook de gedachte ten grondslag ligt dat het beslag *niet* in den weg staat aan eenen verkoop krachtens art. 1223, zelfs al is de hypotheekschuld van latere dagteekening dan de schuld, voor welke de executie wordt ondernomen — ja die aan den hypothecairen verkoop bij art. 508 volgg. Regtsv. de prioriteit toekent? Ging die uitlegging door, dan zou het nieuwe regtsinstituut, in plaats van een vooruitgang in de bescherming van bestaande regten, een gevaarlijke deuk voor het hypothecair crediet zijn; eene benadeeling van hypotheekhouders véél bedenkelijker dan de benadeeling van hunne schuldenaars door het toepasselijk worden van de opzegbaarheid van bestaande hypotheken door beslag,

ook in de gevallen, waarin dit beslag *conservatoir* gelegd en nog niet ingevolge het eerste lid van art. 770 D, *executoriaal* van werking geworden is. Want het proces over de vanwaardeverklaring van het conservatoire beslag, d. w. z. over de schuld voor welke het beslag gelegd is, kan lang duren; zelfs bij *werkelijke* achterlijkheid van den schuldenaar in de betaling, niet alleen bij eene door opzegbaarheid bij beslag gefingeerde, zou dan de hypotheekhouder al dien tijd moeten wachten op zijn geld.

Uit deze bezwaren tegen eene meening, als ik bij onze schrijvers meen te zien doorschemeren, volgt vanzelf dat ik de eerste zal zijn om mij te verheugen, indien blijkt dat ik door verkeerde opvatting mijnerzijds of mindere duidelijkheid hunnerzijds op een dwaalspoor ben geraakt.

En thans neem ik afscheid van hunnen arbeid met den wensch, dat de beide heeren hun doel, om het juiste inzigt in en dientengevolge de goede toepassing van de ook sociaal gewigtige lex HARTOGH te bevorderen, ten volle zullen bereiken. Want wie het procesregt verbetert en de rigtige toepassing der verbetering bevordert, bewerkt een arbeidsveld, ja schijnbaar van dorheid en spitsvindigheid: doch van hetgeen wet en praktijk daarop telen, staat de sociale beteekenis gelijk met die van het helmgewas op ons duin. Het is, hoe onaanzienlijk van aanblik, van de grootste beteekenis ondergronds.

Den Haag, Maart 1897. A. P. TH. EYSSELL.

Eenige opmerkingen over de preventieve hechtenis.

Indien het Bestuur der Juristenvereeniging nogmaals duidelijk heeft willen doen uitkomen hoe onvolledig de herziening van ons wetboek van strafvordering in 1885 is geweest, en hoevele gebreken meer in het bizonder de bepalingen omtrent de instructie zijn blijven aankleven, dan had het moeielijk beter onderwerp kunnen kiezen dan hetgeen neergelegd is in de thans aan de orde gestelde vraag: „Voldoet de tegenwoordige regeling omtrent de preventieve hechtenis; zoo neen, in hoeverre behoeft zij wijziging, aanvulling of verduidelijking?" En dat deze vraag, hoezeer oud, geenszins verouderd is, bewijzen de talrijke „desiderata" welke de beide praeadviseurs, door dat bestuur tot schriftelijke voorbereiding van het debat uitgenoodigd, als slotsom van hun onderzoek, den wetgever hebben gesteld. Ook de keuze der praeadviseurs mag een gelukkige genoemd worden. In de eerste plaats Mr. Roijaards, de kundige magistraat, wien eene lange ervaring als rechter van onderzoek in de hoofdstad in deze materie een gezaghebbende stem verleent; en daarnaast Mr. van Raalte, de bekwame en scherpzinnige strafpleiter uit de tweede koopstad des rijks. Deze keuze gaf aanstonds waarborg dat het vraagstuk van alle zijden zou worden bezien en dat zoowel op het belang van het onderzoek als op dat van den beklaagde het volle licht zou schijnen. Niet dat ik dit laatste belang niet veilig zou achten bij den heer Roijaards, maar in menig opzicht gaat dit geacht lid van het Amsterdamsche Hof minder ver dan zijn mede-

adviseur. Trouwens hij zelve verklaart ons te staan op conservatieven bodem en „geen plaats te nemen in de rijen dergenen, die gloeien van verontwaardiging over de heillooze werking en de schandelijke toepassing van onze tegenwoordige wetgeving op de preventieve hechtenis" (1). Hoewel het mijn doel niet is thans reeds, in deze bladzijden, den strijd aan te binden tegen de met veel talent en zaakkennis geschreven adviezen, zal ik, gevolg gevende aan de uitnoodiging van de Redactie van dit tijdschrift, om enkele opmerkingen aan het belangrijk onderwerp te wijden, gelegenheid hebben om nu en dan het gevoelen der praeadviseurs te rescontreeren.

Beoogt de straf in de eerste plaats herstel van het door het misdrijf verbroken evenwicht van maatschappelijke orde en veiligheid, dan behoort de taak van den Staat zich niet te bepalen tot het opsporen, onderzoeken, berechten en bestraffen van de overtredingen der strafwet, maar dan is het ook de aangewezen plicht der gemeenschap om door doeltreffende maatregelen er voor te waken, dat dit herstel mogelijk wordt, dat het onderzoek behoorlijk kan worden voleindigd en dat ten slotte de tegen den misdadiger uitgesproken straf ook werkelijk wordt ondergaan. Immers niet in de strafbedreiging alleen, maar ook in de zekerheid der strafvoltrekking, ligt voor een goed deel de beteekenis, de intensieve kracht der strafwet. Wanneer daar een ernstig misdrijf is gepleegd, maakt een gevoel van onrust en onveiligheid zich meester van de gemoederen en slechts het bericht, dat de vermoedelijke dader gevat is, doet de kalmte wederkeeren omdat het geschokte rechtsbewustzijn daarin bevrediging vindt. De justitie heeft de hand gelegd op den vermoedelijken dader! Het gevaar dat hij zich, mocht

(1) Adviezen, p. 4.

straks het schuldig over hem worden uitgesproken, door vlucht aan de opgelegde straf zal onttrekken is bezworen; heeft hij wellicht onbekende mededaders of medeplichtigen, de kans dat hij hun het wachtwoord zal geven, waardoor zij zelve zich uit handen van den strafrechter zullen houden en hem misschien daaraan zullen ontrukken, is voor goed weggenomen; bevinden zich op de plaats des misdrijfs de sporen die aan kunnen wijzen dat hij en niemand anders de dader is, bevinden zich daar ginds in zijne woning de werktuigen, die hem bij het plegen van het misdrijf hebben gediend of de voorwerpen, die hij daardoor heeft verkregen, hij zal die sporen niet meer kunnen uitwisschen, die voorwerpen niet meer kunnen verbergen of vernietigen, hij zal ze slechts als stomme, maar tegen hem toch zoo welsprekende getuigen terugzien op de terechtzitting onder de stukken van overtuiging; afspraken met getuigen, door wier valsche verklaringen hij zich een alibi zou kunnen verschaffen, hij kan ze niet meer maken; tegen de vrees eindelijk dat hij spoedig, wellicht morgen, de heden mislukte poging met beter succes zal ondernemen, dat hij het voltooide misdrijf zal herhalen of een ander zal plegen, waarborgen ons de moeilijk te forceeren grendels en deuren van zijn cachot.

Ziet, ik waardeer met anderen de persoonlijke vrijheid als een kostbaar kleinood, maar aarzel geen oogenblik haar op te offeren aan het waarachtig belang der gemeenschap. Het verweersrecht der maatschappij tegen het misdrijf acht ik nu een zóó gewichtig belang, dat ik in beginsel het recht van den Staat, om ter bereiking van voorschreven doeleinden den vermoedelijk schuldige aan een ernstig misdrijf in voorloopige hechtenis te doen stellen, onvoorwaardelijk en ondubbelzinnig wensch erkend te zien.

Dat de preventieve hechtenis, zooals ik boven zeide, een bevrediging is van het rechtsbewustzijn, beschouw ik evenwel slechts als een gevolg, niet als het doel, niet als de bestaansreden voor hare toepassing. Ik acht de voorloopige hechtenis geoorloofd op de drie navolgende gronden:

a. ter verijdeling van de vlucht van den beschuldigde;
b. tot afwering van het zoogenaamde collusie-gevaar;
c. uit vrees voor herhaling.

Alvorens echter deze drie gronden meer uitvoerig te bespreken, een enkel woord over het stelsel dat wij gehuldigd vinden in artikel 86 van het wetboek van strafvordering. Volgens dat artikel is de preventieve hechtenis toegelaten bij alle misdrijven, waartegen een minimum gevangenisstraf van ten minste vier jaar is bedreigd, benevens enkele, met name in dat artikel genoemde, misdrijven, de poging daartoe en de medeplichtigheid daaraan en de overtredingen van bedelarij en landlooperij.

Naar mijne meening zal bij een eventueele herziening art. 86 niet onbelangrijk moeten worden uitgebreid. Reeds de bruikbaarheid van de straf als graadmeter voor de ernst van het gepleegde misdrijf is zeer betwistbaar. Slechts in abstracto juist kan hij zeer zeker niet dienen voor onzen wetgever, die zelfs bij het zwaarste misdrijf de speling laat tusschen het hooge maximum en het algemeene minimum van één dag, waardoor hij juist de gelegenheid geeft om rekening te houden met de persoonlijkheid van den dader, en de omstandigheden, waaronder het feit gepleegd werd, in een woord, om zooveel mogelijk te individualiseeren; het trekken nu van een algemeene grenslijn acht ik met dit beginsel van individualiseering in onverzoenlijken strijd. Verdient dus de maatstaf zelve geen aanbeveling, ook quantitatief

voldoet art. 86 m. i. niet aan de behoefte. Door het minimum van vier jaar gevangenisstraf wordt de preventieve hechtenis uitgesloten bij verschillende misdrijven waar ik haar, in verband met hetgeen ik boven als grond voor haar toepassing aannam, mogelijk zou willen zien gemaakt. De oorspronkelijke regeeringsvoordracht ging reeds iets verder door opneming in art. 86 van het misdrijf strafbaar gesteld bij artikel 318 van het wetboek van strafrecht. De Commissie van Rapporteurs had daartegen bezwaar en de Minister, de juistheid der bezwaren toegevende, schrapte het artikel (1). Ik betreur het, dat de Minister zijn standpunt niet heeft gehandhaafd. De Commissie van Rapporteurs was van oordeel dat bij „afdreiging" preventieve hechtenis moest uitgesloten worden, omdat men te doen had met een nieuw misdrijf, dat bovendien, als zijnde gericht tegen een bepaald persoon, opgenomen was als klachtdelict en niet kon geacht worden de algemeene veiligheid in gevaar te brengen. De kracht der eerste bedenking is mij niet duidelijk geworden. De *strafbaarstelling* moge nieuw zijn, het misdrijf is dit zeer zeker niet, nu juist bij de betwiste vraag in hoeverre of de chantage strafbaar was volgens den Code Pénal, een duidelijke formuleering in een afzonderlijk artikel gewenscht werd. Het tweede bezwaar acht ik onjuist. Niet omdat het misdrijf tegen een bepaald persoon gericht is, werd voor de strafbaarheid een klacht vereischt, maar alleen om hem, ten wiens opzichte de chantage gepleegd wordt, te laten beoordeelen of door het openbaar maken van de aantijging, welke de dader als wapen bezigde, bizondere belangen soms meer zouden worden geschaad, dan dat

(1) Cf. SMIDT. Geschiedenis van de herziening van het wetboek van strafvordering, p. 308.

het algemeen belang door de vervolging werd gebaat. Bizondere belangen kunnen in een bepaald geval het algemeen belang primeeren en vooral wanneer de dader van het delict van art. 318 Sr. gebruik maakt van ware feiten, kan het ingrijpen van den strafrechter in de intiemste levensverhoudingen ook voor de maatschappij grooter nadeel opleveren dan het ongestraft blijven van den dader. Maar bovendien deze vorm van chantage is zeker niet de meest voorkomende. In den regel wordt door de bedreiging met de openbaarmaking van feiten, die *niet* hebben plaats gehad, door valsche aantijging gespeculeerd op de zwakheid van hen, die liever in de beurs tasten om opspraak en schandaal te vermijden, dan den dader aan de justitie over te leveren. En dan geloof ik geen tegenspraak te ontmoeten, wanneer ik beweer, dat wij hier te doen hebben met een misdrijf van de gevaarlijkste soort, gepleegd door gewetenlooze schurken, die, en hun aantal is vooral in de groote steden belangrijk grooter dan menigeen denkt, van chantage hun gewoon bedrijf, hun dagelijksch beroep maken en morgen opnieuw zullen probeeren wat hun heden is mislukt en daarmede zeker zullen voortgaan wanneer het goed is geslaagd. Menigeen bevindt zich misschien liever tegenover den brutalen straatroover, die, omdat art. 317 Sr. een gevangenisstraf van negen jaar bedreigt, in voorloopige hechtenis kan worden genomen dan tegenover den dader van het misdrijf van art. 318 Sr., dat — zeker om dat het eene proefneming is — slechts een maximum van twee jaar stelt (1). Ten slotte merk ik nog op dat de

(1) Ten vorigen jare riep een achtenswaardig ingezetene der hoofdstad mijn hulp in om hem te verdedigen tegen een aanklacht wegens pederastie. Hoe zonderling de beschuldiging ook was, cliënt werd veroordeeld op de beëedigde verklaringen van een drietal chenapans, die verklaard hadden bij het plegen van het misdrijf huns ondanks tegenwoordig te

„maatschappelijke veiligheid" ook bij een misdrijf, al is dit slechts gericht tegen een bepaald persoon, betrokken is. Zeer juist oordeelde m. i. dan ook de Commissie van den Senaat in België bij de behandeling der wet op de preventieve hechtenis van 20 April 1874, dat aan de woorden „intérêt de la sécurité publique" moest worden gegeven „un sens large" en dat zij moesten worden toegepast „non seulement à la société en général, mais aussi aux personnes et aux propriétés particulières, par cette considération, que la société est intéressée à ce que tous les individus qui la composent, ne soient ni lésés ni inquiétés dans la jouissance et l'exercice de leurs droits" (2).

En dan denk ik vervolgens aan de bij het tweede lid van artikel 250 van ons wetboek van strafrecht, strafbaar gestelde koppelarij als gewoontemisdrijf of uit winstbejag. Te Amsterdam, en vermoedelijk ook elders, zijn het vooral bierhuishouders en houdsters, die van het prostitueeren hunner vaak nog zeer jeugdige kellnerinnen hun gewoon beroep maken. Zijn het de ouders of voogden die de ontucht hunner minderjarige kinderen of pupillen bevorderen, dan is volgens art. 250, eerste lid, preventieve hechtenis toegelaten, niet echter in het

---

zijn geweest. Cliënt's beweren, dat hij het slachtoffer was van een poging tot chantage, waaraan hij niet had willen toegeven, werd als onbewezen ter zijde gesteld.

Eenige dagen na de aanteekening van het appel werd door een ander een aanklacht ingediend wegens chantage, een onderzoek volgde en de beklaagden waren . . . . . dezelfde individuen, op wier beëedigde verklaring weinige dagen te voren mijn cliënt tot vier maanden gevangenisstraf was veroordeeld. Dadelijke behandeling van het appel en vrijspraak in dezelfde zitting volgden natuurlijk! Eenige maanden later kwam men mijn ministerie in een soortgelijke zaak vragen; het slachtoffer ten wiens aanzien de chantage gepleegd was, werd melancholisch en ten slotte krankzinnig.

(2) Zie G. TIMMERMANS. Etude sur la détention primitive. Gand. Ad. Hoste, éditeur 1878, Dl. I, blz. 69.

thans besproken geval, waarop slechts een maximum van drie jaar gesteld is. Wordt een vervolging ingesteld, dan wacht de beklaagde in den regel kalm den loop der dingen af en oefent tot na de verwerping der cassatie rustig zijn bedrijf uit, waarbij hij dagelijks hetzelfde misdrijf herhaalt. Wordt een geringe straf opgelegd en is het bedrijf bizonder winstgevend, dan bestaat er kans dat de straf wordt ondergaan. Is de straf daarentegen hoog, wanneer b. v. de geprostitueerde meisjes zeer jong waren of wanneer het plegen van ontucht door misleiding bevorderd of door geweld verkregen is, dan wordt gewoonlijk de „Heimath" weder opgezocht. Zoowel het gevaar voor herhaling, als de vrees voor ontvluchting, kunnen ook bij dit misdrijf de toepassing der preventieve hechtenis alleszins rechtvaardigen.

Het zal niet moeilijk zijn daaraan nog tal van misdrijven toe te voegen, zooals b. v. de mondelinge bedreiging met een ernstig misdrijf, de verspreiding van onzedelijke platen en boeken — een delict, dat in den regel begaan wordt door vreemdelingen, die de ten uitvoerlegging van het vonnis gewoonlijk niet afwachten — en anderen. Wil men nu ook in de toekomst de vraag of preventieve hechtenis mogelijk moet zijn, laten beheerschen door een minimum van gevangenisstraf, dan zal m. i. in elk geval de grenslijn lager moeten vallen. Niet dat ik haar zou willen toelaten voor alle misdrijven, ja, ik zou zelfs zoover niet willen gaan als de Belgische wet, krachtens welke de vermoedelijk schuldige aan een misdrijf, waartegen ten minste drie maanden correctioneele gevangenisstraf is bedreigd, in voorloopige hechtenis kan worden gesteld. Het verdient echter dunkt mij verre de voorkeur om in één enkel artikel alle misdrijven op te sommen waarbij preventieve hechtenis is toegestaan. Aan den strijd of ter bepaling van de toelaatbaarheid gelet

moet worden op het grondmisdrijf of op den gequalificeerden vorm, is dan tevens voor goed een einde gemaakt.

Onze wetgever stelt als tweede criterium voor de toelaatbaarheid der preventieve hechtenis in art. 86 Sv. dat er moet zijn: gegronde vrees voor vlucht van den verdachte, hetzij eenige andere gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid. Was hij met de stelling dat de aanhouding alleen gerechtvaardigd wordt wanneer het in vrijheid blijven van den verdachte gevaar opleverde voor de maatschappelijke veiligheid — de Belgische wet spreekt van het bestaan van „circonstances graves et exceptionnelles, lorsque cette mesure est réclamée par l'intérêt de la sécurité publique — van oordeel, dat eene nadere opsomming of omschrijving van die redenen niet den wetgever, maar den rechter toekwam, op den goeden weg; door de afzonderlijke vermelding van „gegronde vrees voor vlucht" is hij van dit goede pad volkomen noodeloos afgeweken. N'en déplaise, den heer Royaards (1), zie ik met de Commissie van Rapporteurs (2) in de vlucht van den verdachte, d. i. het zich onttrekken aan de uitvoering der straf, wel degelijk een ernstige bedreiging van de maatschappelijke veiligheid. Niets toch is meer geschikt om het prestige der justitie te ondermijnen, en indirect een groot gevaar te veroorzaken voor de maatschappelijke veiligheid, dan wanneer de gestrafte zich, zonder vrees voor aanhouding, aan de executie van het vonnis kan onttrekken. Geeft men dit toe, dan bestond er voor de afzonderlijke vermelding geen afdoende reden. Waar de wetgever tusschen twee stelsels, namelijk om òf zooals de Duitsche en

(1) Adviezen. blz. 11.

(2) Zie het gesprokene door den heer Kist in de Kamerzitting van 16 October 1885. Smidt, blz. 317.

Oostenrijksche wetgevingen doen, de gevallen, waarin preventieve hechtenis kan worden opgelegd, limitatief te omschrijven, òf op het voetspoor der Beigische wet slechts een algemeene formuleering te geven en de uitwerking daarvan „in concreto" aan den rechter over te laten, in beginsel partij koos voor het laatste, had hij dit naar mijne meening consequent moeten doorvoeren. En men wane niet dat die bijvoeging onschuldig is. Integendeel, het natuurlijk gevolg is geweest, dat de rechter de vrees voor ontvluchting is gaan beschouwen als den voornaamsten, ja vaak als den eenigen grond voor preventieve hechtenis. Van die woorden ging een magische, een suggestieve invloed uit, die den rechter er toe bracht de vrees voor ontvluchting te gebruiken als de schablone ook voor aanhoudingen die verleend zijn op dien grond, terwijl inderdaad geheel andere motieven daarbij voorzaten. En zoo zijn wij gekomen tot den ongezonden en onwaren toestand, dat menigmaal op het papier de vrees voor ontvluchting aangenomen wordt, terwijl niet alleen voor die vrees een redelijke grond niet bestaat, maar met bijna mathematische zekerheid is uit te maken dat de verdachte niet vluchten *zal*, om de doodeenvoudige reden, dat hij het niet *kan*. Boven wees ik er reeds op, dat in meer dan een geval, waar die vrees wel bestaat, naar de tegenwoordige redactie van art. 86, preventieve hechtenis uitgesloten is.

Inderdaad, wordt het niet belachelijk om te spreken van vrees voor ontvluchting bij het meerendeel der delinquenten, arme drommels, die niet de middelen bezitten om van Amsterdam naar Haarlem te reizen, en die — hetgeen vooral de Nederlandsche wetgever in het oog dient te houden — door het beperkte gebied der hollandsche taal, nauwelijke de grens overgetrokken, een der voornaamste middelen om aan de kost te komen

missen, namelijk het vermogen om te verstaan en te worden verstaan? En hoevele moeilijkheden stapelen zich ook niet op voor den meer ontwikkelden en met aardsche middelen gezegenden misdadiger. Langdurige verbanning tengevolge van de lange verjaringstermijnen bij de meeste ernstige delicten, het verbreken van de banden met gezin en familie, het voor goed opgeven van een soms met groote inspanning verkregen positie, de uitgebreidheid der nieuwere uitleveringstractaten en de groote mate van „comitas gentium", die in de uitvoering daarvan pleegt te worden betoond, het zijn even zoovele tegenwerkende oorzaken.

En daarom acht ik het ook hoogst bedenkelijk, om in stede van in elk geval een objectief, op bepaalde feiten gegrond oordeel te verlangen, omstandigheden liggende buiten het misdrijf en onafhankelijk van den persoon des daders als vermoedens aan te nemen voor de aanwezigheid van vluchtgevaar, wettelijke vermoedens, die den rechter ontslaan van de verplichting om de gegrondheid zijner vrees nader te motiveeren. Zoo leidt de „Oesterreiche Strafprocessgesetzgebung" van 23 Mei 1873 in § 175 het vermoeden van vlucht af niet alleen uit de omstandigheid, dat er werkelijk toebereidselen tot de vlucht gemaakt zijn, maar ook wanneer ten gevolge van bizondere omstandigheden de beklaagde „der Flucht verdächtig ist". Deze verdenking wordt dan zonder nader bewijs afgeleid uit de grootte der „muthmasslich bevorstehende" straf, de zwervende levenswijze, het onbekend zijn in de omgeving, of uit andere „triftige" gronden (1); men gevoelt hoe vooral deze laatste uitdrukking de deur openzet voor willekeur. Ook de Duitsche wet kent deze zoogenaamde vluchtvermoedens, wanneer

(1) Zie A. Zucker: Die Untersuchungshaft vom Standpunkte der Oesterr. Strafprocessgesetzgebung III, blz. 89.

tegen het feit doodstraf, tuchthuisstraf of vestingstraf van meer dan vijf jaar is bedreigd, of wanneer de dader is „Auslander, Heimathloser of Landstreicher". Zelfs de Belgische wet vervalt gedeeltelijk in dit euvel, door ten laste van „non-résidents" een nadere aanwijzing van de circon-„stances graves et exceptionnelles" niet te verlangen. Al kan ik ook toegeven, dat de vrees voor vlucht gemakkelijker mag worden aangenomen ten aanzien van iemand zonder vaste woonplaats, of zelfs in het algemeen ten aanzien van vreemdelingen, zou ik toch niet gaarne aan vermoedens de plaats willen inruimen van een objectief onderzoek door den rechter, en daardoor diens verantwoordelijkheid verminderen zoo niet geheel opheffen.

Ik kom thans tot bespreking der zoogenaamde „Collusionshaft" of preventieve hechtenis op grond van vrees voor bemoeilijking van het onderzoek door samenspanning met medeplichtigen en getuigen, het vernietigen of verbergen van sporen, hulpmiddelen of producten van het misdrijf. Dat de uitdrukking „gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid" de hechtenis wegens collusiegevaar wettigt en er derhalve bij ons geen behoefte bestaat aan een afzonderlijke vermelding, zooals wij die in de Duitsche en Oostenrijksche wet aantreffen, wordt vrij algemeen toegegeven. Het beginsel der collusionshaft dateert van langen tijd. Reeds in oudere strafwetgevingen vinden wij bepalingen, waarbij tegen samenspanning tusschen gevangenen onderling — en in dien tijd kende men slechts preventief gevangenen — werd gewaakt. Zoo bepaalde o. a. de Carolina, dat de gevangenen streng van elkander moesten worden gescheiden „damit sie sich ohnwahrhaftiger sag mit einander nit vereinen, oder wie sie Ihre Frevelthat beschönigen wollen, unterreden mögen". Alhoewel ik nimmer in eenige beschikking van rechter-commissaris of raad-

kamer met zoovele woorden, vrees voor collusiegevaar als reden voor aanhouding of gevangenhouding vermeld heb gevonden, houd ik mij overtuigd dat menige rechter door die vrees, bij het nemen zijner beschikking, werd geleid. Daarbij komt nog, dat de voorloopige aanhouding in geval van betrapping op heeterdaad, krachtens art. 45 Strafv., meer nog dan door de vrees voor vlucht, door dit gevaar wordt geïnspireerd.

De vraag kan worden gesteld of de hechtenis op grond van collusiegevaar wel in overeenstemming is met den geest van ons strafrechterlijk onderzoek, dat de medewerking van den beklaagde bij het vaststellen der waarheid wel gewenscht, doch niet onontbeerlijk acht. Men onderscheide hier echter wel tusschen de passieve niet-medewerking. waartoe aan den beklaagde tot op zekere hoogte vrijheid gegeven wordt en de actieve tegenwerking, waarbij door eenige daad van beklaagde de gevreesde collusietoestanden werkelijk intreden, hetgeen m. i. tot geen prijs kan worden gedoogd.

Kan men van den valschen munter al niet vorderen dat hij zelve aanwijze de plaats, waar hij de werktuigen, die hem bij de vervaardiging dienden, of zijn voorraad valsche muntstukken verborgen heeft, daaruit volgt nog niet, dat men hem ook in vrijheid behoort te laten, om hem zoodoende gelegenheid te geven werktuigen en muntvoorraad te verbergen en bij de eerste gunstige gelegenheid de valsche stukken uit te geven of te doen uitgeven. Ware het anders, ook de vrijheid van den beklaagde om zich door vlucht aan de straf te onttrekken, zou moeten worden geëerbiedigd.

Ik wensch nog even de aandacht te vestigen op een eigenaardig collusiegevaar, dat bestaat in die gevallen, waar de dader tegelijk subject en — althans voor een deel — object is van het misdrijf, waar hij namelijk de sporen van het

gepleegde misdrijf aan zichzelve draagt, sporen, die zeer kort nadat het misdrijf gepleegd is door deskundigen moeten worden geconstateerd, omdat zij spoedig geheel of gedeeltelijk verloren gaan. Ik heb hier meer bizonder het oog op kindermoord door de ongehuwde moeder en de vruchtsafdrijving bedoeld bij art. 295 wetboek van strafrecht. Het zal zeer zeker, door de verandering die de inwendige geslachtsorganen hebben ondergaan altijd mogelijk zijn te constateeren dat een vrouw gebaard heeft, maar het tijdstip, waarop de partus plaats gehad heeft, bij benadering te bepalen, is slechts mogelijk wanneer het onderzoek na korten tijd plaats vindt, en zoo zal ook bij vruchtsafdrijving het verschil tusschen een door niet-deskundige hand en met ruw geweld opgewekte abortus en een langs natuurlijken weg plaats gevonden ontijdige bevalling, in den regel slechts kort na het feit met juistheid kunnen worden aangegeven. (1)

In het algemeen zou ik dus bij al die misdrijven, waarbij het gebruik van werktuigen, of het in voorraad hebben van stoffen, waarmede of waaraan het misdrijf wordt gepleegd tot de elementen behoort, preventieve hechtenis mogelijk willen maken, b.v. de misdrijven genoemd in de artikelen 220—224 W. v. Sr.

Toch vindt ondanks dit alles de collusionshaft ernstige bestrijding, zoo o. a. bij ZUCKER (2), die zelfs zoover gaat haar een surrograat voor de pijnbank te noemen.

---

(1) De preventieve hechtenis eener arme dienstbode, beschuldigd van kindermoord, is toch moeilijk te rechtvaardigen door gegronde vrees voor ontvluchting, terwijl het gevaar voor herhaling van misdrijf — in den eersten tijd althans — wel niet kan worden aangenomen. Is bij genoegzame aanwijzing van schuld aan kindermoord door de ongehuwde moeder niet aanstonds het kinderlijkje gevonden, dan acht ik de collusionshaft gerechtvaardigd tot dat het lijkje gevonden zal zijn, of tot het oogenblik dat er groote waarschijnlijkheid bestaat, dat het toch niet meer zal worden gevonden.

(2) t. a. p. III blz. 50.

Deze beschuldiging mist m. i. elken redelijken grondslag. Niet tot het afdwingen eener bekentenis mag de preventieve hechtenis worden gebruikt of liever misbruikt (1), zij is niet te rechtvaardigen met algemeenheden als: „het belang der instructie", of om de gelegenheid te hebben den ingesloten beklaagde altijd bij de hand te hebben, wanneer men hem wil hooren of met getuigen wil confronteeren. Maar het collusiegevaar staat geheel buiten de erkentenis of ontkentenis van den beklaagde, het kan bestaan bij gene en ontbreken bij deze. De preventieve hechtenis dient in dit geval niet om den beklaagde te dwingen de waarheid aan het licht te brengen, maar alleen om hem zooveel mogelijk te beletten het onderzoek naar de waarheid te bemoeilijken of onmogelijk te maken; niet zijne medewerking wordt gevorderd, slechts zijn tegenwerking tracht men te neutraliseeren.

De consequentie brengt dan m. i. ook mede, dat de collusionshaft een einde moet nemen, wanneer het gevaar, dat zij keeren moet, heeft opgehouden te bestaan. Daartoe een vasten termijn te stellen, zooals bij v. in Oostenrijk (2), waar zij in den regel slechts twee, en in bizonder moeilijke en langdurige instructiën ten hoogste drie maanden duren mag, acht ik in strijd met haar wezen; hare beperking behoort zij alleen te vinden in den duur

---

(1) In hoeverre de praktijk dit altijd streng in het oog houdt, wil ik niet beslissen. Een feit is het, dat, zoo al niet de preventieve hechtenis gebruikt wordt als straf voor de ontkentenis, het ontslag uit de preventieve hechtenis hangende de instructie vaak wordt verleend als een premie voor de, na eenig tegenstribbelen, afgelegde erkentenis. Niet zeldzaam is ook het geval dat verdachten in hechtenis worden gehouden tot dat door hunne verklaringen een derde als de hoofdschuldige wordt aangewezen, tegen wien zij later als getuigen in het vuur worden gebracht.

(2) § 190 der Oesterr. Strafprocessgesetzgebung van 1873. ZUCKER t. a. p. blz. 39.

en in den omvang van het gevaar, ter bezwering waarvan zij werd opgelegd.

Ik behoef er ten slotte niet op te wijzen, dat ondanks de strengste toepassing der collusionshaft, toch conniventie tusschen beklaagden onderling en met de buitenwereld, door tusschenkomst van ontrouwe gevangenbewaarders, mogelijk blijft. Dat zij in sommige gevallen haar doel mist, mag intusschen geen reden zijn, om haar in het algemeen buiten toepassing te laten.

Reeds meermalen sprak ik van het bemoeilijken van de instructie door de niet-verschijning van den beklaagde. Terwijl de niet voorloopig aangehouden verdachte, d. i. dus de vermoedelijk schuldige, in het stadium der voorloopige informatiën, niet gedwongen kan worden om voor den rechter-commissaris te verschijnen (art. 67, Sv. 2e lid) kan deze laatste tegen den beklaagde, d. i. gedurende de instructie, een bevel van medebrenging — mandat d'amener — uitvaardigen, dat den veldwachter de bevoegdheid geeft de hulp der civiele en militaire autoriteiten in te roepen om den beklaagde met geweld voor den rechter te brengen.

Behoort de aanwezigheid van den beklaagde gedurende den loop der instructie door andere, scherpere middelen te worden verzekerd dan door het mandat d'amener, en behoort speciaal als straf voor zijne niet-verschijning preventieve hechtenis op den wederspannigen beklaagde te worden toegepast?

Reeds de vorm, waarin de vraag door mij werd gesteld, doet een ontkennende beantwoording verwachten. En inderdaad ik wensch de preventieve hechtenis noch als straf, noch als tuchtmiddel in onze strafprocedure te zien binnengeleid.

Is de in vrijheid gebleven beklaagde ontvlucht, welnu het was misschien een tactische fout die vlucht niet te

hebben voorzien, maar is hij gebleven dan zal zijne verschijning — behalve wanneer hij zich opzettelijk schuil houdt — in den regel door een bevel tot medebrenging voldoende verzekerd zijn. Slechts zij, die in den beklaagde geen drager van rechten — speciaal van het recht op vrijheid — maar uitsluitend „Untersuchungsobject" zien, een voorwerp waarmede de rechter-commissaris kan sollen naar willekeur, zullen de preventieve hechtenis als straf voor hetgeen onze oostelijke naburen Process-Ungehorsam noemen, willen verdedigen. Bovendien, zonder de waarde van beklaagde's verschijning in de instructie, speciaal met het oog op zijn confrontatie met getuigen, te onderschatten, acht ik die verschijning niet van zóó overwegend belang. Zijne bekentenis is niet als in het civiele proces de „regina probationum" en wil men den niet-verschenen beklaagde straffen met preventieve hechtenis, dan behoort men haar, om consequent te blijven, ook toe te passen op den verschenen beklaagde, die weigert inlichtingen te geven.

Wanneer ook ten onzent het ontslag uit de voorloopige hechtenis tegen cautie zal zijn ingevoerd, zie ik geen bezwaar om de teruggave der cautie afhankelijk te stellen van beklaagde's verschijning in de instructie; ook dit is zeer zeker een dwangmiddel, maar een, dat de persoonlijke vrijheid onaangetast laat. (1)

In Oostenrijk daarentegen bestaat nog heden ten dage de bevoegdheid van den rechter-commissaris om van den preventief gedetineerde, die gedurende de instructie in vrijheid gesteld wordt, de formeele belofte te vorderen, dat deze zich zonder zijne toestemming niet uit zijne

(1) Art. 13 der Belgische wet van 1874: Le cautionnement sera restitué, si l'inculpé s'est présenté à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement.

woonplaats zal verwijderen, op straffe van opnieuw de preventieve hechtenis op zich te zien toegepast. (1)

Waarom deze belofte echter op het voetspoor van den Code d'Instruct. Crim. alleen gevorderd wordt van den ontslagen preventief gedetineerde en niet van den in vrijheid gebleven beklaagde, is mij niet duidelijk, tenzij dit geschiedt uit vrees, dat de beklaagde, die reeds eenmaal kennis gemaakt heeft met de kerkermuren, zich allicht verwijderen zal, wanneer hij zich niet door een plechtige, door straf gesanctionneerde belofte, tot blijven verbonden is. In elk geval is deze belofte ten hoogste een waarborg, dat beklaagde in de instructie zal verschijnen; voor het ondergaan der bij het vonnis op te leggen straf beteekent zij ten slotte niets.

Maar, zooals ik boven zeide, ik acht het geheele denkbeeld vitieus; slechts daar, waar de niet-verzekering van het belang der strafvervolging en straftoepassing een gevaar oplevert voor de maatschappelijke veiligheid en deze verzekering redelijkerwijze op geen andere manier te verkrijgen is of althans afdoende gewaarborgd wordt door preventieve hechtenis, mag tot hare toepassing worden overgegaan.

Dat zij derhalve mag worden opgelegd op grond van vrees voor herhaling van misdrijf acht ik voor een redelijke betwisting niet vatbaar. Terecht wordt in onzen tijd de strijd tegen de recidieve als het gewichtigste onderdeel der strafrechtspolitiek beschouwd. Meer en meer wint de overtuiging veld, dat niet de tegen de recidivisten bedreigde strafverzwaring het belangrijkste wapen is in dien strijd, maar trekken verbetering van sociale wanverhoudingen, opvoeding van het jongere geslacht, bescher-

---

(1) § 191 Oesterr. Strafprocessgesetzgebung: Der Bruch dieses Gelöbnisses zieht die Verhängung der Untersuchungshaft nach sich.

ming van het verwaarloosde en doelmatiger rechtspleging en strafvoltrekking ten aanzien van het strafschuldige kind, in een woord, tal van preventieve maatregelen de aandacht van criminalisten en politici om den voortwoekerenden kanker van criminaliteit en recidieve in zijn vaart te stuiten.

En nu sluit ik mij uit volle overtuiging aan bij Mr. Royaards, wanneer hij de preventieve hechtenis op grond van vrees voor herhaling de belangrijkste en meest noodzakelijke toepassing dier hechtenis vindt.

Tot die gevolgtrekking moet men trouwens wel komen, wanneer men schier dagelijks recidivisten wegens misdrijven tegen het vermogen ziet veroordeelen. Behoudens een enkelen zoogenaamden geboren misdadiger, is niemand recidivist voor zijn pleizier, hij wordt het omdat hij slechts door misdrijf in zijn onderhoud *kan* voorzien; gebrek aan werk, hetzij tengevolge van het werkelijk ontbreken van de vraag naar arbeidskrachten, hetzij, en dit is helaas niet zeldzaam, omdat onze bekrompen maatschappij, ten onrechte en tot haar nadeel, nu eenmaal niet medewerkt om de vlek eener vroegere veroordeeling door een eerlijk verdiend stuk brood te laten uitwisschen, brengt hem telkens weer in aanraking met den strafrechter. Deze personen, na een nieuw vergrijp in vrijheid te laten, het beteekent hun de gelegenheid verschaffen om nieuwe diefstallen te plegen en vooral ten platten lande de schrik te worden der omgeving; hen in verzekerde bewaring te nemen beteekent een, zij het ook tijdelijke, bescherming van de maatschappelijke orde, die, ik zegt het Mr. Royaards volmondig na (1) meer verstoord wordt: „door de dagelijksche speldeprikken

(1) Adviezen, blz. 15.

der recidivisten dan door den scherpen zweepslag van een enkel groot misdrijf".

Maar er is meer. Zij beschermt misschien ook den delinquent tegen dieperen val; daar in de gevangenis — het is treurig, maar waar — heeft hij meer kans iemand te vinden, die zich ten slotte zijner aantrekt, dan in de vrije maatschappij. Ik wil daarmede niet zeggen dat de preventieve hechtenis mag worden toegepast in het belang van den beklaagde, maar ik meen toch op deze lichtzijde te moeten wijzen tegenover hen, die in het aan banden leggen der persoonlijke vrijheid op zichzelve reeds een zoo verderfelijken maatregel zien. Toch geloof ik dat deze — ik zou geneigd zijn te zeggen weldadige — invloed van de preventieve hechtenis meer dan eens zal wegen bij den rechter, gesterkt als hij daarbij wordt door de overtuiging dat het belang van den misdadiger ten slotte ook is een maatschappelijk belang. Tot het vragen van een zoo belangrijk offer als de persoonlijke vrijheid zal hij te eer overgaan, wanneer hij de wetenschap heeft dat dit offer, door het algemeen belang gevorderd, tevens het bizonder belang dient.

In de praktijk is dan ook, naast vrees voor ontvluchting, de vrees voor herhaling van misdrijf de meest voorkomende grond voor voorloopige aanhouding. Mag het enkele feit dat beklaagde vroeger reeds een misdrijf pleegde — hij zij dan recidivist in den engeren zin of niet — grond opleveren voor de voorloopige aanhouding? Ik zou deze vraag niet in het algemeen bevestigend durven beantwoorden, veel zal afhangen van de persoon des daders, van den tijd die tusschen de beide strafbare feiten verliep, van het verband tusschen de daad van toen en die van heden, kortom van een aantal omstandigheden, die de rechter vrijelijk en in ieder afzonderlijk geval moet beoordeelen. De reeds meer door mij geci-

teerde Oostenrijksche wet gaat in dit opzicht zeer ver. Paragraaf 175 laat de preventieve hechtenis toe „wenn besondere Umstände die Befürchtung rechtfertigen, dass der Beschuldigte die vollendete That wiederholen, oder eine versuchte oder angedrohte That ausführen wurde". Ook ons art. 86 laat de preventieve hechtenis toe bij poging tot een der daarin genoemde misdrijven, doch wat de „angedrohte That" betreft, merk ik op, dat ter zake van bedreiging met een ernstig misdrijf thans alleen preventieve hechtenis kan worden opgelegd wanneer die bedreiging schriftelijk en onder voorwaarde geschiedt.

Eindelijk vindt de vrees voor herhaling nog een belangrijke uitbreiding in onze met de Duitsche wet correspondeerende bepaling, dat landloopers en bedelaars in voorloopige bewaring kunnen worden gesteld. Ook al hebben deze personen nog geen misdrijf gepleegd, de vrees, dat zij, bij hun zwervende levenswijze en bekrompen middelen, het pad der misdaad zullen betreden, is inderdaad zóó groot, dat zij de toepassing der preventieve hechtenis kan rechtvaardigen. De redactie van art. 86 laat echter geen twijfel of ook ten hunnen aanzien moet er gegronde vrees voor vlucht of eenige andere reden van maatschappelijke veiligheid bestaan om tot voorloopige hechtenis te kunnen overgaan. Het Engelsche recht kent dezen grond voor aanhouding niet, doch houdt er bij de cautiestelling rekening mede; de beschuldigde en zijn borgen teekenen een zoogenaamde „recognizance to keep the peace" en „for good behaviour" en het plegen van een strafbaar feit, heeft dan verbeurte der cautie tengevolge (1).

---

(1) ZUCKER t. a. p. III blz. 59.
Oudtijds werd de bedreiging gestraft met opsluiting in de gevangenis totdat de bedreiger zekerheid stelde dat de bedreiging niet zou worden uitgevoerd: «cautio de non offendendo"; zie HOLTZENDORFF, Handbuch des Deutschen Strafrechts, 1874, III, blz. 581.

Sta ik alzoo, ten aanzien der voorwaarden, welke tot toepassing der preventieve hechtenis mogen leiden, eenigzins op een reactionair standpunt, daar, waar het de wijze van toepassing geldt, zou ik radicaal willen hervormen. Al die hervormingen thans te bespreken acht ik ondoenlijk en voor een deel onnoodig, waar ik slechts zou hebben te herhalen, wat door de beide praeadviseurs, wier arbeid ik bij de lezers van dit tijdschrift bekend veronderstel, op uitnemende wijze en met klem van redenen is betoogd Ik zal mij daarom bepalen tot enkele bescheidene opmerkingen.

Algemeen wordt erkend dat de preventieve hechtenis niet mag worden aangewend als straf- of tuchtmiddel, en dat zij evenmin mag dienst doen als utiliteitsmaatregel, om de instructie gemakkelijk te maken (1). Toegegeven wordt evenzeer, dat het door haar veroorzaakte leed vaak dieper wonden slaat dan de gevangenisstraf, omdat zij den vermoedelijk schuldige plotseling, ten eenenmale onvoorbereid, ontrukt aan familie- en vriendschapsbanden, aan bedrijf of werkkring, met een onzekere toekomst in het verschiet. Vast staat dat zij slechts mag worden opgelegd wanneer de rechter na ampel onderzoek en na zich de vraag, of de actueele toestand, of wel hetgeen in de toekomst redelijkerwijze verwacht kan worden, hare toepassing vereischt, ernstig te hebben voorgelegd, objectief tot de overtuiging komt dat er voldoende, gewichtige redenen van maatschappelijke veiligheid op het spel staan. Is het dan ook niet billijk, neen, meer dan dat, is het niet recht dat aan den beklaagde, van dat onderzoek, van die welopgebouwde overtuiging iets meer blijke, dan hetgeen hij uit de bloote vermelding van

---

(1) Behoudens natuurlijk daar, waar de preventieve hechtenis als straf voor «Processungehorsam» erkend is.

's rechters slotsom kan vernemen? Hoe kan men met vrucht een overtuiging bestrijden, wanneer men onkundig gehouden wordt van de feiten, waarop zij steunt? Kan men een meening weerleggen, wanneer men niet deelgenoot is gemaakt van den gedachtengang, waaruit zij voortkwam?

En daarom bepleit ik gaarne aan de zijde van Mr. VAN RAALTE (1) en tegenover den heer ROIJAARDS (2), tegen den Minister, met den heer VERNIERS VAN DER LOEFF (3) de verplichting van den rechter om de gronden, die hij, voor de toepassing der preventieve hechtenis, aanwezig acht, te motiveeren (4).

Het heeft inderdaad mijn verwondering gewekt, dat de wenschelijkheid er van, ten onzent nog bestreden wordt. Krachtens artikel 161 onzer Grondwet moet elk vonnis met redenen omkleed zijn; krachtens dat beginsel zien wij dagelijks door ons hoogste rechtscollege vonnissen vernietigen van den kantonrechter, waarbij een geldboete van vijftig cent is opgelegd wegens een of andere mogelijke of onmogelijke overtreding, op grond dat de uitspraak niet voldoende met redenen omkleed is en bij een zoo belangrijken maatregel als de voorloopige vrijheidsberooving zou de rechter niet verplicht zijn de gronden voor zijn beslissing mede te deelen en die zoodoende onttrekken kunnen aan de contrôle, aan de critiek van hem, die door dit ingrijpen getroffen wordt. Nu weet ik wel dat de jure

---

(1) Adviezen, blz. 116 vlgg.

(2) Ibidem, blz. 36.

(3) SMIDT, t. a. p. blz. 314 vlgg.

(4) Artikel 2 der meergeciteerde Belgische wet luidt: Le mandat d'arrêt . . . . . *spécifiera*, les circonstances graves et exceptionnelles . . . . . etc. Het woord «spécifier» geeft juist aan, wat men hier noodig heeft, geen redeneeringen of gevolgtrekkingen, maar opgave van de *feiten*, waaraan de rechter zijn gegronde vrees voor vlucht, collusie of herhaling van misdrijf ontleent.

constituto de bevelen van voorloopige aanhouding, gevangenhouding of gevangenneming beschikkingen zijn welke niet onder de in art. 161 Gw. gebruikte terminologie van vonnissen vallen, maar ik wil alleen doen uitkomen dat het juiste beginsel van dat artikel ook op deze beschikkingen moet worden uitgebreid.

De preventieve hechtenis is geen straf, maar zij blijft niettemin eene veroordeeling — en ik heb hier natuurlijk meer speciaal op het oog de bevelen van gevangenhouding — waarbij de voornaamste factor voor een juiste, onpartijdige, zaakkundige beslissing, het verhoor der tegenpartij, ontbreekt. Vooral omdat ik geen gevangenhouding wil zonder dat de beklaagde is gehoord, krijgt de eisch tot vermelding der redenen voor de aanhouding een practische beteekenis.

En nu komt de heer Roijaards met tal van bezwaren aandragen. Dat verhoor zal veel tijd kosten; de rechtbank zit niet altijd en men zal dus het aantal rechters moeten uitbreiden, men moet meer veldwachters hebben, meer transportmiddelen, en dus . . . . . meer geld. Och, men kan het gereedelijk toegeven, de maatregel zal geld kosten, maar wat beteekent dit, ter bevordering van een betere rechtspleging. Zou de heer Roijaards nu inderdaad overtuigd zijn, dat daarmede een niet te torschen druk op de schouders der belastingbetalende burgers werd gelegd? (1) Neen, het is geen rechtspleging, maar onrecht plegen, de wijze waarop thans over de persoonlijke vrijheid kan worden beschikt. Wel wil de heer

---

(1) Tegen de aanstelling van enkele rechters bij de grootere Arrondissements-Rechtbanken kan toch inderdaad geen overwegend bezwaar bestaan. De instelling eener *zesde* kamer, die de tegenwoordige raadkamer voor strafzaken vervangt en aan wie ook de behandeling van tal van requesten zou kunnen worden opgedragen, zou, geloof ik, door de Amsterdamsche balie, met vreugde worden begroet.

Roijaards den beklaagde in raadkamer doen hooren wanneer het bevel tot gevangenhouding gevolgd wordt door verwijzing, doch niet wanneer alleen instructie wordt gelast. Indien zij daar noodig is, vraag ik, waarom zij hier overbodig geacht moet worden. En waar de heer Roijaards te recht den eisch stelt (1) dat de bevelen tot gevangenhouding nimmer mogen zijn een bekrachtiging van de voorloopige aanhouding d. w. z. een gedachteloos naschrijven van hetgeen de rechter-commissaris in zijn beschikking heeft gedicteerd, maar het product moeten vormen van een zelfstandig oordeel, verkregen door eigen waarneming, wil ik het hem gevraagd hebben of hij dit vereenigbaar acht met zijn zienswijze, dat bij de gevangenhouding met last tot instructie de beklaagde niet vooraf behoeft te worden gehoord?

Heeft dit verhoor echter bij het verleenen van den rechtsingang plaats gehad, dan zie ik niet de noodzakelijkheid in om dit voor elke volgende verlenging der gevangenhouding gebiedend voor te schrijven zooals de Belgische wet doet. Is de preventieve hechtenis toegepast op grond van vrees voor ontvluchting of vrees voor herhaling van misdrijf, dan zal in den toestand gedurende de instructie niet licht verandering komen; was gevaar voor collusie het motief, dan zal de rechter in den regel ook zonder den beklaagde te hooren kunnen beslissen in hoeverre dat gevaar alsnog de bestendiging der preventieve hechtenis eischt. Intusschen zal dit verhoor altijd kunnen plaats hebben indien de rechtbank het, ter harer voorlichting noodig acht, en gehouden m o e t e n worden, indien de beklaagde of zijn raadsman het verlangt.

Ik zeg, indien de beklaagde of zijn raadsman het ver-

(1) Adviezen blz. 39.

langt! De wenschelijkheid om den advocaat reeds in den aanvang der instructie tot den beklaagde toe te laten is in de voornaamste buitenlandsche wetgevingen sinds lang erkend, waar de Nederlandsche wetgever zijn wantrouwen in de balie nog niet heeft kunnen overwinnen. Ons wetboek van strafvordering geeft wel aan den beklaagde gedurende de instructie tal van rechten, maar dit zullen „nuda praecepta" blijven, zoolang men niet, gelijk ik in een vergadering der juristenvereeniging te Amsterdam eens opmerkte, òf in elk huis van bewaring een hoogleeraar aanstelt om de gedetineerden onderwijs te geven in de praktijk onzer strafvordering, òf — en dit komt mij minder bedenkelijk voor — den verdediger, dadelijk nadat beklaagde door den rechter-commissaris is gehoord, toegang verleent. Wanneer men eenvoudig in het oog houdt, dat de verdediging van den beklaagde niet uitsluitend diens belang beoogt, maar zeer zeker is een algemeen maatschappelijk belang; wanneer men bedenkt dat naast de hoofdvraag van het schuldig of niet-schuldig, tal van andere vragen, als die omtrent de qualificatie, de naleving der op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteiten, maar bovenal die van de toemeting der straf de aandacht trekken, en dat vooral deze laatste — zeer zeker niet de minst belangrijke — bij welker beantwoording de rechter moet worden ingewijd in de persoonlijke omstandigheden van den dader en in de feitelijke omstandigheden van de daad — niet tot oplossing kan worden gebracht zonder de contrôle en de voorlichting van een eerlijke en ernstige balie, dan zal men zeker met de praeadviseurs over dit ongemotiveerd wantrouwen van den wetgever de staf breken.

Het spreekt wel van zelve, dat dan ook aan onvermogende preventief gedetineerden op hun verzoek een raadsman wordt toegevoegd. De bevoegdheid om dit

verzoek te doen moet in de beschikking van voorloopige aanhouding worden vermeld, terwijl met het oog op de analphabeten, mondelinge mededeeling aan den beklaagde bovendien verplichtend moet worden gesteld. Behalve de straks genoemde bezwaren verzet de heer Roijaards zich tegen het hooren van den beklaagde bij het verleenen van rechtsingang met last tot instructie (1) omdat z. i. het debat niet zal kunnen worden geconcentreerd. Zal het verhoor, zoo vraagt hij, uitsluitend moeten loopen over de redenen, die de preventieve hechtenis motiveeren of ook over de vraag of het misdrijf valt in de termen van art. 86 en over het al of niet genoegzame der aanwijzing van schuld, terwijl hij, bij bevestigende beantwoording, vreest voor een verplaatsing van het debat tusschen openbaar ministerie en verdediging van de openbare terechtzitting naar de raadkamer.

Waar voor toèpassing van de preventieve hechtenis niet alleen het bestaan der gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid gevorderd wordt, maar ook de aanwezigheid der andere bovengenoemde vereischten, kan het antwoord op de vraag zelve m. i. slechts bevestigend luiden, maar ook dan deel ik de vrees des Heeren Roijaards niet. De vraag of het misdrijf valt in de termen van artikel 86 vordert inderdaad geen lang debat, wanneer men althans met mij meent, dat daarbij niet behoeft te worden getreden in een onderzoek of de feiten inderdaad kunnen opleveren het te laste gelegde misdrijf, maar dat alleen op de telastelegging, zooals die in het requisitoir van het O. M. voorkomt, moet worden gelet. De zaak wordt dunkt mij nog eenvoudiger, wanneer, zooals ik boven aanprees, in één artikel al de misdrijven worden opgesomd, waarbij de preventieve

(1) Adviezen blz. 43.

hechtenis wordt toegelaten. Wat de schuldvraag betreft, ziet Mr. Roijaards, naar ik meen, over het hoofd, dat in dit stadium van het geding niet behoeft te worden uitgemaakt of de beklaagde schuldig is, en het dus evenmin op den weg van den ambtenaar van het O. M. ligt die schuld door stellige bewijzen te staven, als op dien van den beklaagde of diens verdediger om het tegenbewijs te leveren, maar dat alleen de vraag moet worden beantwoord of er genoegzame aanwijzingen zijn. Indien de bezwaren, welke tegen den beklaagde worden bijgebracht zoo luttel zijn, zoo vaag, dat daaruit geen genoegzame aanwijzing valt te construeeren, dan zal dit zeker met weinig woorden uiteengezet kunnen worden. En indien ten slotte al een enkele keer een meer ingrijpend debat noodig wordt, zou men dan kunnen zeggen dat het onderwerp dat offer van tijd en moeite niet waard is? Mr. van Raalte laat dit punt in zijn advies onbesproken, maar ik heb goede hoop hem, bij het aanstaande debat in de Juristenvereeniging, aan mijne zijde te vinden.

Een belangrijke hervorming wordt door den heer Mr. Roijaards geadviseerd ten aanzien van de voorloopige aanhouding. De bevoegdheid namenlijk, in geval van betrapping op heeterdaad, door artikel 45 Sv. aan den officier van justitie en den hulpofficier gegeven om den vermoedelijk schuldige voorloopig aan te houden, welke aanhouding binnen zes dagen door de raadkamer moet worden bekrachtigd, wenscht hij aan de genoemde ambtenaren te ontnemen en over te brengen op den rechter-commissaris, die zijne beslissing neemt op requisitoir van den officier. Den officier wordt in dit stelsel uitsluitend de bevoegdheid gelaten om den verdachte in verzekerde bewaring te nemen ten einde hem, met zijn requisitoir ter beschikking van den rechter-commissaris te stellen; deelt deze laatste niet de meening van den

officier, dan wordt de verdachte dadelijk in vrijheid gesteld (1).

ZUCKER, die in het meermalen door mij geciteerde werk uitvoerig de hervormingen, welke in de toepassing der preventieve hechtenis moeten worden gebracht, bespreekt (2) komt tot eene conclusie, welke lijnrecht staat tegenover die van Mr. ROIJAARDS. Zijns inziens behoort de voorloopige aanhouding geheel thuis bij den Staatsanwalt en niet bij den Untersuchungsrichter. Vooreerst, zegt hij, zal bij de aanhouding in geval van betrapping op heeterdaad, minder lichtvaardig gehandeld worden, wanneer de verantwoordelijkheid voor dien maatregel geheel rust op dien ambtenaar die hem het eerst in toepassing bracht: „Sobald — schrijft hij — das verhaftende Organ, sein Machtbefugniss nur mit provisorischer Wirkung ausübt, so muss die Scrupulosität des Vorgehens eine geringere werden, die bedächtige Prüfung, ob die Verhaftung nöthig war, um sich der Anwesenheit des Verdächtigen zwangsweise zu versichern, wird von der Sicherheitsbehörde wohlgemuth dem „Richter" im Hintergrunde zugeschoben und darum in vielen Fällen frischweg zugegriffen, wo der Beschuldigte mit der Verhaftung verschont werden konnte".

Daaraan is het dan ook volgens dien schrijver te wijten, dat bij de ontdekking van een ernstig misdrijf zoo vaak door het O. M. maar „lustig wordt toegetast" en vermoedelijke daders bij dozijnen successievelijk worden gearresteerd en weer losgelaten, tot dat de ware schuldige gevonden of.... niet gevonden is. Zonder nu met de heerschende gebruiken bij de Oostenrijksche parketten van nabij bekend te zijn meen ik de veronderstelling

(1) Adviezen, blz. 34.

(2) t. a. p. III, p. 148 sqq.

niet al te gewaagd dat ZUCKER in deze overdrijft. Bovendien moet bij de waardeering van de opinie van dien schrijver niet uit het oog worden verloren, dat hij als grond voor preventieve hechtenis bij uitsluiting erkent de vrees voor vlucht. Het bestaan dier vrees ter juister tijd te constateeren, vermag volgens hem alleen het parket, dat in onmiddellijk verband staat met de politieambtenaren, en dientengevolge, beter dan de rechter van nstructie op de hoogte is van de gangen des verdachten. Toch vereenig ik mij met het gevoelen van Mr. ROIJAARDS. Zonder mede te zingen in het koor van hen, die in den ambtenaar van het O. M. den sluwen belager zien van de persoonlijke vrijheid, acht ik het in strijd met den geest onzer strafprocedure aan den officier van justitie, ten aanzien der preventieve hechtenis een beslissende stem toe te kennen; hem blijve de hoogst gewichtige taak om van den rechter de toepassing der wet te vorderen, den rechter die, om op den eisch van het O. M. te beslissen. De thans bij art. 45 Sv. aan het O. M. toegekende bevoegdheid is een afwijking van dit beginsel, die door het begrip heeterdaad niet bepaald gevorderd wordt; wordt aan den officier de macht gegeven, om zich van de persoon des daders meester te maken, dan is het maatschappelijk belang voldoende gewaarborgd, aan den rechter blijve ten slotte het oordeel voorbehouden of deze voorloopige inbeslagneming behoort te worden van waarde verklaard.

Over de door Mr. ROIJAARDS voorgestelde uitbreiding van de bevoegdheid van den rechter-commissaris om hem namenlijk ook in het stadium der voorloopige informatiën de macht te geven tot het uitvaardigen van een bevel van medebrenging — mandat d'amener — tegen den verdachte, dien hij nu slechts door dagvaarding — mandat de comparution — kan ontbieden,

behoef ik niet verder uit te weiden; evenmin als over de gebrekkige regeling van art. 138 Sv. Gaarne sluit ik mij, wat de critiek op laatstgenoemd artikel betreft aan bij Mr. VAN RAALTE (1), die m. i. op juiste gronden de uitvoerbaarheid bij voorraad voor alle bevelen van invrijheidstelling vindiceert.

Tot zooverre de procedure.

Van niet minder belang is de bespreking der vraag, hoe de preventieve hechtenis moet worden ondergaan, om duidelijk te doen uitkomen dat zij geen straf is. Theoretisch mag zij uitsluitend bestaan in vrijheidsberooving (2), maar de praktijk houdt met dat beginsel al zeer slecht rekening. Feitelijk bestaat behalve wat den duur der vrijheidsberooving aangaat tusschen den preventief gedetineerde en den gestrafte geen ander verschil, dan dat de verplichting tot arbeid van dezen, voor gene niet bestaat — een voorrecht van zeer twijfelachtigen aard — en dat de eerste in tegenstelling met den laatste gebruik kan maken van de pistole. Dit laatste nu acht ik onvoldoende zelfs wanneer men op voorstel van Mr. ROLJAARDS de genietingen der pistole deelbaar maakt, ten einde die zoodoende ook te brengen binnen het bereik van een minder gevulde beurs. Niet dat ik aan hen, die het kunnen betalen de voordeelen van de pistole zou willen ontnemen! Integendeel, ik behoor tot de overtuigde voorstanders dier instelling en heb het altijd betreurd, dat zij in 1886 voor de gevangenen is opgeheven; ik vond in haar steeds een gewichtig correctief tegen den ongelijkmatigen druk van het gevangenisleven op de

(1) Adviezen, blz. 121.

(2) Natuurlijk behoudens die beperkingen, welke in het belang van orde en tucht, veiligheid en reinheid worden gevorderd. Ook zou ik de zoogenaamde «interdiction de communiquer" met het oog op het collusiegevaar niet willen prijsgeven.

beklaagden uit de betere lagen der maatschappij. Mijn bezwaar is een ander. Niet voor geld, maar ook zonder betaling, moeten huisvesting, kleeding, voeding, kortom de geheele verpleging van preventief gedetineerden anders zijn dan die voor de strafgevangenen. Is bij beiden het hoofdmoment, de vrijheidsberooving, identisch, dan moet juist, in de wijze, waarop die vrijheidsberooving, wordt ondergaan een kenmerkend onderscheid worden gelegd. Ook hier is afbreken gemakkelijker dan opbouwen, maar het aangeven van een regeling, die aan dit euvel te gemoet komt, ligt niet binnen mijn bestek. Ik wil er alleen op wijzen dat in andere landen reeds verschil wordt gemaakt tusschen de wijze, waarop korte en langere vrijheidstraffen ondergaan worden. Zoo heeft Duitschland voor dit doel zijne bizondere „Amtsgerichtsgefängnisse", terwijl b.v. in Engeland onderscheid gemaakt wordt tusschen de zoogenaamde „first class misdemeanants", en hen, die tot „hard labour" veroordeeld worden (1).

Over het ontslag uit de preventieve hechtenis tegen borgtocht zal ik zeer weinig zeggen. De aanstaande wetgever zal zich ten onzent aan de regelingen daarvan wel niet kunnen onttrekken, al werd van een bizonderen aandrang tot invoering hier weinig bespeurd. Ik geloof dan ook niet, dat de resultaten van dien aard zullen zijn dat men er zich buitengewoon warm voor hoeft te maken.

Dit ontslag tegen cautie berust op het denkbeeld, dat, al moge de vrijheid een kostbaar goed zijn, onder omstandigheden een tijdelijk verlies van vrijheid te verkiezen is boven het blijvend verlies van vermogen. Wil men echter zeker zijn dat de beklaagde aldus zijn keuze uitbrengt, dan moet het dreigend vermogensnadeel inderdaad

(1) Zie Mr. J. Domela Nieuwenhuis, De stand der gevangenisvraag, Tijdschrift voor Strafrecht. Dl. II, blzz. 266 vlgg.

belangrijk zijn, dan moet m. a. w. de cautie zoo hoog gesteld worden, dat zij . . . . . in de meeste gevallen niet gesteld wordt.

Eerzame huisvaders, die een potje hebben voor den ouden dag, gezeten burgers en millionnairs nemen slechts uiterst zeldzaam plaats op de bank der beschuldigden, het meerendeel der preventieven is niet in staat één rijksdaalder als borgtocht te geven, terwijl op tal van personen die b. v. zich aan verduistering hebben schuldig gemaakt en ten aanzien van wie gevaar voor vlucht of herhaling niet bestaat ook niet preventief worden gezet. En nu acht ik, vooral ten aanzien van deze laatsten, het gevaar niet denkbeeldig, dat na invoering der cautiestelling wèl preventieve hechtenis wordt toegepast met de gedachte, dat de beklaagde zich wel door cautie zal doen in vrijheid stellen. Is de beklaagde daartoe niet bij machte dan is hij ernstig benadeeld; kan hij het wel doen, dan is de voorloopige aanhouding toch ontaard in een kunstgreep om cautie „los te krijgen." Tegen dit gevaar wegen misschien de enkele gevallen, waarin de cautie nuttig werken kan, niet op. In elk geval verwacht ik van de invoering niet, zooals sommigen, een belangrijke vermindering van het aantal der preventief gedetineerden.

Behalve storting van een geldsom, zou ik als cautie alleen willen toegelaten zien de persoonlijke borgtocht, omdat bij belangrijke bedragen, borgtocht eerder door den beklaagde van derden verkregen wordt dan geld. Zakelijken borgtocht, in roerende goederen of in den vorm van hypotheek op vaste goederen zou ik beslist willen weren; de mogelijke verwikkelingen, die hieruit kunnen ontstaan, dienen te worden vermeden.

Ten slotte nog eene opmerking. De cautie moet niet alleen een waarborg zijn, dat de beklaagde, ná zijne veroordeeling zijne straf zal ondergaan, zij behoort ook

den beklaagde gedurende het proces te binden en zijne verschijning te bevorderen ter plaatse waar en ten tijde dat hij gedurende de instructie zal worden opgeroepen om te worden gehoord of met getuigen te worden geconfronteerd. Is het billijk om door een enkele niet-verschijning, de cautie te laten verbeuren? Ik geloof dat het wenschelijk zou zijn een bepaling op te nemen in de wet, dat de rechter bij niet-verschijning van den beklaagde in de instructie, zonder gegronde redenen, bevoegd is de cautie geheel of gedeeltelijk verbeurd te verklaren. Er kan dan met de omstandigheden ruimschoots rekening gehouden worden. Het boven op bladzijde 561 door mij geciteerde artikel 13 der Belgische wet, komt mij derhalve te absoluut voor.

Eindelijk mag ik ook de vergoeding voor ondergane preventieve hechtenis niet onbesproken laten. Wanneer men het er over eens is dat de preventieve hechtenis een wapen is in handen van den Staat, ter verzekering van zijn gewichtigste belangen van orde en veiligheid, dan moet men consequent toegeven, dat de door dit wapen veroorzaakte wonden zooveel mogelijk moeten worden geheeld en dat de Staat derhalve aan allen die in *zijn* belang het offer *hunner* vrijheid moesten brengen, voor het ondergane leed vergoeding moet geven. Aldus opgevat doet zich de vraag der schadevergoeding voor ten aanzien van allen, die preventieve hechtenis hebben ondergaan, schuldigen en onschuldigen, vrijgesprokenen zoo goed als veroordeelden. Voor de laatsten kennen ook wij reeds de vergoeding in den vorm van toerekening der preventieve hechtenis op de opgelegde straf. Deze toerekening wordt betwist op grond dat de rechter zoodoende twee ongelijksoortige grootheden met elkander in compensatie brengt. Ik acht dit bezwaar meer theoretisch dan practisch; want in de vrijheidsberooving bevatten zij een gemeenschappelijken factor, welke zeer

goed vatbaar is voor vergelijking. Die toerekening worde echter, zooals in onze wet, facultatief gesteld, in de eerste plaats omdat de rechter de preventieve hechtenis reeds in aanmerking kan nemen bij de op te leggen straf, hetgeen natuurlijk een stilzwijgende imputatie oplevert, maar ook omdat er gevallen denkbaar zijn, waarin de compensatie voor een goed deel mag worden nagelaten, voor zooverre namenlijk de lange duur der preventieve detentie een gevolg is van de processueele houding van den beklaagde.

Voor hen, die gedurende de instructie met een „non liquet" uit de hechtenis worden ontslagen en voor de vrijgesproken beklaagden moet de vergoeding geschieden op een andere manier. De schade door die beklaagden geleden bestaat in de eerste plaats in het materieele verlies dat zij hebben te dragen. Voor het berekenen der geldelijke vergoeding van die schade een normalen loonstandaard aan te nemen, is in vele gevallen niet voldoende. Intusschen wensch ik mij hier niet in détails te verdiepen, maar alleen te onderschrijven de meening van hen, die van oordeel zijn dat de vergoeding der materieele schade aan alle ontslagenen en vrijgesprokenen ten goede moet komen, hetzij zij ontslagen of vrijgesproken werden op grond van niet gebleken schuld, hetzij tengevolge van gebleken onschuld.

Is daarmede d. i. met de vergoeding — althans bij benadering — der materieele schade de taak van den Staat afgeloopen of dient ook het moreele nadeel zooveel mogelijk ongedaan te worden gemaakt? Laten wij, alvorens op deze vraag een antwoord te geven, het ons toch nog eens ernstig herinneren, dat de smet der ondergane hechtenis ook ná de vrijspraak op den beklaagde kleven blijft; dat, al moge men duizend maal ter neer schrijven dat tusschen de preventieve hechtenis, welke alleen grond

vindt in verdenking en eene veroordeeling, die gebaseerd is op een schuldigbevinding een hemelsbreed onderscheid bestaat, de groote massa slechts constateert *dat* iemand gezeten heeft, zonder zich veel te bekommeren om de vraag *waarom*, of er bij te voegen dat het slechts voorarrest was, waarop geene veroordeeling gevolgd is! En dit klemt misschien nog meer ten aanzien van de preventieve hechtenis. Het publiek spot met uwe wijsgeerige bespiegelingen en theoretische onderscheidingen in handboek of monographie en antwoordt u met onverstoorbaar cynisme „dat de man, wanneer hij onschuldig was, wel niet zoolang in voorarrest zou zijn gehouden!"

En al moet hij, die ontslagen is omdat zijn schuld niet bewezen is, onder dit verpletterend oordeel het hoofd buigen, waarom moet hij wiens onschuld „ad evidentiam" gebleken is, wellicht levenslang onder dat oordeel gebukt gaan; waarom moet, waar de rechter de overtuiging kreeg van zijn onschuld, een bekrompen formalisme oorzaak zijn, dat de maatschappij hem blijft veroordeelen? Geen rehabilitatie, zegt de heer Roijaards, opdat men in de preventieve hechtenis niet ga zien een schuldigverklaring bij voorraad. Mij, en honderden anderen met mij zal de heer R. niet van die ketterij verdenken, maar waar de preventieve hechtenis toch altijd haar grond vindt in een ernstig vermoeden van schuld, daar staan tegenover ons die vele duizenden, die tusschen die beiden niet plegen te onderscheiden. Neen, toepassing der preventieve hechtenis, ik weet het zeer wel, is geen schuldigverklaring bij voorraad, evenmin als ontslag uit de hechtenis of vrijspraak op zich zelve reeds beteekenen dat het vermoeden ongegrond was. Dat ontslag of die vrijspraak beteekenen in den regel niet meer, dan dat het, naar de regelen onzer strenge bewijstheorie niet mogelijk is geweest het ernstige vermoeden om te zetten

in voldoende zekerheid. Maar al wil ik ook aan die categorie het recht op materieele schadeloosstelling niet ontzeggen, ik zie geen reden, ik herhaal het, waarom aan hen, wier onschuld aan het licht gekomen is, daarvan niet bovendien openlijk verklaring mag worden gedaan. De bewering, dat niet allen, die er niet in geslaagd zijn hun onschuld aan te toonen, daarom schuldig zijn, komt mij allerminst afdoende voor.

De rechter is ten onzent niet gewoon een vrijsprekend vonnis te motiveeren. Behoudens enkele uitzonderingen worden niet-schuldigen en onschuldigen naar huis gezonden met de verklaring, dat het ter terechtzitting gehouden onderzoek niet het wettig en overtuigend bewijs heeft opgeleverd. In het practische Engeland pleegt de rechter den onschuldig bevonden beklaagde daarbij toe te voegen „You leave the Court without any stain on your character".

Of zou men soms meenen, dat de Justitie door de openlijke bekentenis, dat zij gedwaald heeft, te kort doet aan haar prestige? Ik geloof veeleer het tegendeel te mogen aannemen. Was de dwaling ter goeder trouw, dan zal die erkenning er slechts toe kunnen bijdragen om den eerbied voor het gezag der rechterlijke uitspraak in het algemeen te verhoogen. Zij verkondigt dan in het openbaar, wat velen meenen in het belang der majesteit van het recht slechts te mogen fluisteren, namenlijk: dat recht gesproken wordt door menschen, die, al moge hunne bekwaamheid algemeen erkend zijn en hun onkreukbaarheid verheven zijn boven iedere verdenking, de gave der onfeilbaarheid niet bezitten.

De vrees voor deze majesteitsschennis behoeft ons trouwens niet te weerhouden, want de openlijke erkenning der rechterlijke dwaling en de rehabilitatie van den onschuldig veroordeelde, zijn reeds opgenomen in artikel 379 van ons wetboek van strafvordering.

Met betrekking tot de preventieve hechtenis (1) zou ik dus wenschen dat, wanneer ontslag uit de preventieve hechtenis het gevolg is van gebleken onschuld, in de beschikking van den Rechter-Commissaris of van de Rechtbank daarvan melding werd gemaakt; dat aan den belanghebbende een afschrift van die beschikking werd uitgereikt en dat zij op zijn verzoek zou worden openbaar gemaakt door aankondiging op doeltreffende wijze (2).

Ik ben thans aan het einde van de bescheiden taak, die ik mij gesteld had om over het belangrijke onderwerp dat op den tweeden dag der vergadering van de Juristenvereeniging aan de orde zal komen „enkele opmerkingen" te maken; voor behandeling van meer dan ééne gewichtige vraag ontbrak mij de tijd, terwijl ik bovendien meen van de gastvrijheid der Redactie reeds nu een ruim gebruik te hebben gemaakt. Mag ik besluiten met een wensch?

Zooals het zich laat aanzien is het tijdstip aangebroken, waarop in ons parlement, tal van sociale hervormingen aan de orde zullen worden gesteld. Moge onze nieuw opgetreden Minister van Justitie steeds indachtig zijn dat voortdurende verbetering van het rechtswezen, zoo van het materieele als van het formeele recht, een onafwijsbare eisch is voor de handhaving der maatschappelijke orde, welke op hare beurt de levensvoorwaarde is voor sociale welvaart. Moge in de rij der hervormingen, die ons te wachten staan, een grondige herziening onzer strafprocedure niet ontbreken!

Amsterdam, Juli 1897. Mr. B. E. Asscher.

---

(1) Natuurlijk wensch ik een soortgelijke regeling ten aanzien van het vrijsprekend vonnis, onverschillig of er preventieve hechtenis is opgelegd.

(2) Voor de quaestie der schadeloosstelling verwijs ik naar Heinze, Das Recht der Untersuchungshaft, Leipzig 1865 en Mr. Z. W. Straatman, Preventieve hechtenis en schadevergoeding. Acad. proefschrift, Amsterdam 1877.

A. F. DE SAVORNIN LOHMAN Jr. *De gronden voor en het karakter van de dwangopvoeding van jeugdige personen.* — *Amsterdam,* 1896. (233 blz.)

Dit proefschrift is een werk van beteekenis. Niet alleen, omdat het blijk geeft van ernstige studie, zelfstandig oordeel en vaste overtuiging. Maar vooral om het antwoord, dat *deze* schrijver geeft op de vraag, of de overheid krachtiger dan tot dusverre in de ouderlijke macht moet ingrijpen. Voor hem is de ouderlijke macht eene door God den ouders opgedragene, eene goddelijke instelling, die wij menschen noch mogen opheffen noch in haar wezen aantasten, een aan de ouders toekomend recht, dat door iedereen moet worden geëerbiedigd. En toch, ook hij beantwoordt de gestelde vraag bevestigend, ten aanzien van den Nederlandschen wetgever erkennende, dat deze in verzuim is. Heeft ons recht reeds in vele opzichten aan het kind bescherming verleend, eene bescherming welke destijds misschien voldoende was, gebleken is thans (blz. 120), dat meerdere bescherming noodig is.

Een groot gedeelte van het derde Hoofdstuk is aan dit gewichtig onderwerp gewijd. Nadat in het eerste (blz. 1—7) onze wetgeving betreffende de misdadige en de verwaarloosde kinderen, in het tweede (blz. 8—72) de wijzigingsvoorstellen besproken zijn, behandelt het derde (blz. 73—209) de verhouding van de overheid tot de ouder-

lijke macht. In het bedoelde gedeelte wordt die verhouding theoretisch geconstrueerd, onderzocht, op welke gronden de overheid in de ouderlijke macht mag ingrijpen, en worden aan het resultaat van dat onderzoek de verschillende wetten en voorstellen getoetst. De critiek, welke de schrijver daarbij uitoefent op de theorieën omtrent den grond der ouderlijke macht, komt mij voor een goed uitgangspunt te zijn voor enkele opmerkingen mijnerzijds.

Gedeeltelijk kan ik mij met die critiek vereenigen. Evenals den schrijver schijnt mij de theorie, dat het recht der ouders op het recht van den sterkste zou gegrond zijn, eene uitvoerige bestrijding niet waard. Evenmin als hij zou ik de door STEINTHAL voorgestane leer willen huldigen, welke het kind beschouwt als behoorende tot de maatschappij en den opvoedingsplicht als *haren* plicht, welken zij natur- und sachgemäsz (blz. 91) door de ouders laat vervullen. Maar meer dan hij voel ik mij aangetrokken tot de o.a. door VON LISZT en LEVY gehuldigde leer, welke de ouderlijke macht als plicht beschouwt. Een rechtsplicht — in dien zin, dat (blz. 123) de kinderen of de overheid eene actie zouden hebben tegen de nalatige ouders — bestaat m.i. niet, evenmin als een plicht der ouders *als lasthebbers der maatschappij*. Wel een natuurlijke, zedelijke plicht, een plicht dien de Staat juist daarom zoo lang mogelijk door de ouders moet laten vervullen, zoolang dus als de toekomst van het kind geen gevaar loopt. Maar loopt die toekomst gevaar, dan is de Staat verplicht in te grijpen. Om dit optreden te rechtvaardigen is 't bij de hier gehuldigde opvatting waarlijk niet — zooals schr. op blz. 94 en 95 zegt — noodig, dat men eene lastgeving door den Staat aanneme. Het vindt zijn grond in de roeping van den Staat — zooals OPZOOMER en BUIJS 't uit-

drukken — om het „ware volksbelang" te behartigen, of — wil men de terminologie van onzen schrijver volgen (blz. 124) — de roeping der overheid „om allen gelijkelijk tegen onrecht te beschermen".

Is deze opvatting omtrent de taak der overheid juist, dan volgt daaruit, dat die taak, hoeveel ruimer zij ook zal moeten zijn dan onder onze tegenwoordige wetgeving, eene aanvullende moet blijven, nimmer gerechtvaardigd is een verdringen van die ouders, die naar het oordeel der overheid eene minder verstandige opvoeding aan hunne kinderen geven. Het bezwaar van den schrijver tegen elders bestaande voorschriften, krachtens welke de overheid reeds daarom mag ingrijpen, omdat de opvoeding niet voldoende zou zijn, acht ik dan ook volkomen juist. Onjuist echter schijnt mij zijne bedenking tegen eene bepaling als die der Fransche wet, ontzetting uit de ouderlijke macht toelatende van die ouders (blz. 136 en 137) „qui par leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements compromettent soit la santé, soit la securité, soit la moralité de leurs enfants". Eene te groote bevoegdheid acht ik hier den rechter niet gegeven. Wil de wetgever het groote kwaad, de verwaarloozing der jeugd, werkelijk aantasten, dan binde hij den rechter niet aan streng gedetailleerde voorschriften, welke in de practijk toch zullen blijken te eng te zijn en gevallen van waarachtige verwaarloozing buiten te sluiten, maar geve hem eene ruimere formule bij onderzoek en beslissing mede. Op dezen grond zou ik dan ook het thans in het Regeeringsontwerp voorgesteld artikel omtrent de gronden tot ontzetting verkiezen boven dat der Staatscommissie, hetwelk — afzonderlijk noemende „het uit winstbejag noodzaken van het kind tot overmatigen arbeid" naast de „verregaande verwaarloozing van de verplichting tot onder-

houd en opvoeding" — allicht eene te enge opvatting van laatstgenoemde algemeene formule had bevorderd. Op dezen grond zou ik ook — in tegenstelling van onzen schrijver — het „slecht levensgedrag" (der ouders) reeds op zich zelf als grond tot ontzetting willen aannemen. Ook hier blijve aan den rechter, die alle omstandigheden vóór zich ziet, de beslissing, of hij van zijne bevoegdheid om te ontzetten zal gebruik maken. Mocht zich werkelijk voordoen het door den schrijver op blz. 148 onderstelde geval, ook door de Regeering blijkens hare Memorie van Toelichting niet uit het oog verloren, dat ondanks het slecht levensgedrag van den vader de opvoeding der kinderen niet verwaarloosd wordt, dan mag van den rechter verwacht worden, dat hij niet tot den uitersten maatregel zal overgaan.

Met die opvatting is ook in overeenstemming de door den schrijver tot den Staat gerichte waarschuwing om de ouders niet *uit te lokken* van de ouderlijke macht afstand te doen, eene waarschuwing vooral daar op hare plaats, waar de wetgever naast de ontzetting ook de *ontheffing* (op verzoek) kent, een weg dus betreedt, die m. i. niet te mijden is, maar waarop groote behoedzaamheid plicht is. Merkwaardig is in dit opzicht de klacht van Joly (blz. 141) omtrent het algemeene verschijnsel, dat tal van ouders zich op deze wijze van de zorg voor hunne kinderen trachten te ontdoen, eene klacht, ook vernomen in Engeland en Amerika (blz. 190 en 191), en welke den schrijver aanleiding geeft om aan het slot van het derde Hoofdstuk de maatregelen te bespreken waardoor de overheid *dit* kwaad kan keeren. Naast het stelsel, dat de ouders zooveel mogelijk bijdragen in de kosten der opvoeding der aan hunne zorg onttrokken kinderen — een stelsel, eigenaardig toegepast bij de Aberdeen Schools, welke den ouders de zorg *laten* voor

kleeding en nachtverblijf van hunne kinderen — beveelt de schrijver aan eene strafbaarstelling van die ouders, aan wier schuld eene zoodanige verwaarloozing te wijten is, welke onttrekking der kinderen aan hun gezag noodig maakt, een denkbeeld, waarvan de verwezenlijking mij vooralsnog niet zou toelachen.

Bij het „verwaarloosde" kind en de ouderlijke macht stond ik eenige oogenblikken stil, omdat dit punt in het proefschrift het meest is uitgewerkt. De schrijver heeft zich echter niet tot dit punt bepaald. Bij de behandeling van het gekozen onderwerp komt hij ook met het „misdadige" kind in aanraking, hetwelk hij van het „verwaarloosde" afgescheiden houdt, zoowel bij de vraag naar de taak der overheid (welke ten aanzien der eerste soort moet bestaan in het ontnemen van het kind aan de ouders met behoud van de ouderlijke macht, bl. 126) als bij die naar de opvoeding (blz. 161—189, een der best geslaagde gedeelten van het werk), welke ten aanzien der verwaarloosde jeugd zooveel mogelijk in gezinnen, ten aanzien der misdadige in een gesticht — bij voorkeur een onder Staatstoezicht staand particulier gesticht — moet plaats hebben.

De keuze van het onderwerp bracht overigens mede, dat schr. het vraagstuk der crimineele jeugd niet in zijn vollen omvang behandelt en dus slechts hier en daar het belangrijk debat, over dat onderwerp vóór twee jaren te 's-Hertogenbosch door de Juristenvereeniging gehouden, ontmoet. Ik noem de *lichamelijke kastijding*, welke hij tegenover de bedenkingen van RETHAAN MACARÉ in eere tracht te herstellen (blz. 205, noot), zonder echter m. i. in deze poging geslaagd te zijn, en het *oordeel des onderscheids* als criterium voor de strafbaarheid, hetwelk in hem (Hoofdstuk IV, „het onderscheid tusschen straf

en dwangopvoeding", blz. 210—233) een warm en talentvol verdediger vindt.

Afdoende schijnt mij die verdediging intusschen niet. Mij dunkt, wat in de vergadering der Juristenvereeniging een steeds met aandacht gehoord redenaar van het oordeel des onderscheids zeide, dat het „geoordeeld" is, is meer dan eene woordspeling; het is volkomen juist. Geoordeeld is het zòò, dat — waar het nog een tiental jaren geleden zonder moeite zich eene plaats in ons strafwetboek verwierf — het thans vrij algemeen die plaats onwaardig wordt gekeurd. De practijk heeft het volkomen waardelooze en onbruikbare van dit criterium aangetoond. Niet hierin is het grootste nadeel van den tegenwoordigen toestand gelegen, dat de rechter, vooral als het kind niet ter terechtzitting verschijnt, bij het vormen van zijn oordeel omtrent den persoon van den beklaagde in het duister tast; dit kwaad — het worde den schrijver toegegeven — is door andere middelen te keeren, zoodat de rechter het kind beter dan nu kenne. Maar wat zich *niet* kennen laat, ziehier de grief, het is juist dat oordeel des onderscheids, waaromtrent reeds bij het totstandkomen van ons wetboek meer dan ééne uitlegging werd gegeven, en dat den rechter meer bepaald de keuze laat tusschen een bloot onderzoek naar de verstandelijke ontwikkeling, de Wissensfähigkeit (een onderzoek, gemakkelijk maar onvoldoende ter beoordeeling van de *toerekeningsvatbaarheid*, waarop 't hier dan toch ten slotte aankomt), èn een onderzoek ook naar de zedelijke rijpheid, de Willensfähigkeit, eene taak, welke — juist ten opzichte van jeugdige personen — veelal zijne krachten te boven gaat. In dit onbruikbare van het criterium, niet — zooals schr. oordeelt (blz. 230) — in het feit, dat hierdoor ons wetboek zou te kennen geven de vergeldingstheorie te huldigen, ligt de oor-

sprong van den strijd. Zie ik goed, dan is in dien strijd de zege aan de mannen der (in dit opzicht) nieuwe richting, volgens welke uitsluitend op de *toekomst* van het kind zal worden gelet, gevraagd zal worden, wat die toekomst, en daarmede het belang der maatschappij, vordert. Zelfs de vergeldingstheorie zal niet in staat zijn te verhoeden, dat onder de aanvallen van die nieuwe richting het vermolmd instituut van het oordeel des onderscheids bezwijkt.

Zierikzee, Juli 1897.

S. J. M. van Geuns.

VARIA.

IN MEMORIAM.

Wederom heeft „Themis" een harer mede-arbeiders door den dood moeten verliezen.

Mr. J. G. Kist — die reeds op de eerste lijst van mede-arbeiders van dit tijdschrift voorkwam en die steeds de meest mogelijke bereidvaardigheid toonde wanneer een beroep op hem werd gedaan — wordt met leedwezen door ons voortaan gemist onder de oude en warme vrienden van „Themis". Voor den welwillenden steun zoo menigmaal van hem ondervonden, waardoor hij zoowel ons tijdschrift in 't bijzonder als de rechtswetenschap in 't algemeen aan zich zoozeer heeft verplicht, zij hem onze oprechte hulde en onze innige dank gebracht.

Het vraagstuk van de doodstraf, door Prof. G. A. van Hamel.

Onder bovenstaanden titel verscheen in de „Stemmen uit de Vrije Gemeente" een uitgewerkt overzicht van de voordracht, door Prof. van Hamel den 11 Januari van dit jaar te Amsterdam gehouden.

Drie hoofdpunten stelt de voordracht in helder licht.

Vooreerst het gemis aan actualiteit van het vraagstuk. De spreker legt hierop terstond den nadruk. Men had hem verzocht dit onderwerp te behandelen. Aan dien wensch had hij gehoor gegeven, hoewel eene sterke beweging van de openbare meening vóór de weder-

invoering der doodstraf niet kan worden geconstateerd.

Ten tweede het ontbreken van een grond tot wederinvoering. Dat de wetgever in het algemeen het recht heeft de doodstraf in zijn stelsel op te nemen, wordt erkend. Maar moet onze wetgever, zijn besluit van 1870 herroepende, van dit recht gebruik maken? Noch van *mystiek* standpunt — hetwelk de doodstraf beschouwt als middel van verzoening òf als middel van vergelding — noch van *realistisch* standpunt — hetwelk haar voorstaat als middel ter beveiliging van de maatschappij — is een toestemmend antwoord op deze vraag te verdedigen. Dus ook — dit valt onder de tweede rubriek — als afschrikkingsmiddel is zij niet gerechtvaardigd. Men lette hierop wel. Vast staat, dat het aantal moorden hier te lande, in verhouding tot de bevolking, in elk der beide decennia *na* 1870 kleiner was dan in dat *vóór* genoemd jaar. Vast staat evenzeer, dat ook uit statistische vergelijkingen met het buitenland niets ten gunste van de afschrikkende kracht der doodstraf is af te leiden.

Eindelijk de kleinheid van dit vraagstuk tegenover dat andere, grootsche en ontzagwekkende, van de *geboorte*. In den stamboom van menigen misdadiger staan krankzinnigheid, zenuwlijden en alcoholisme aangeteekend. Meerdere kennis omtrent de vraag der erfelijkheid kome ook aan de openbare meening ten goede.

Om deze drie hoofdpunten groepeeren zich verscheidene belangrijke mededeelingen en tot nadenken stemmende opmerkingen. Het geheel verdient bekend te zijn ook buiten den kring van hen, wien 't gegeven was den boeienden spreker te hooren. Ook de lezer doet daarmede zijn voordeel voor hoofd en gemoed.

VRAAGPUNTEN, die in de op 30 en 31 Aug. a. s. te *Zwolle* te houden ALGEMEENE VERGADERING van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging aan stemming zullen worden onderworpen:

1e Onderwerp: De verhouding van den Staat tot zijne ambtenaren.

1. Is de verhouding van den staat (en zijne onderdeelen) tot zijne ambtenaars van publiekrechtelijken aard?

2. Behooren algemeene regels omtrent die verhouding bij de wet gesteld te worden?

Zoo ja:

3. Moet aanstelling voor het leven regel zijn?

4. Moet de bevordering wettelijk worden geregeld?

5. Moet beperking van den ambtenaar in zijne staatkundige rechten worden toegelaten?

6. Zoo ja, moet:

a. het regeeringsgezag daarin geheel vrij zijn? — of

b. die beperking aan het regeeringsgezag worden overgelaten binnen door de wet te stellen regels? — of

c. die beperking *geheel* worden geregeld in de wet?

7. Moet de toepassing van tuchtmiddelen, van ongevraagde verplaatsing en van ontslag alleen kunnen geschieden overeenkomstig de uitkomst van een onpartijdig onderzoek?

8. Moet de ambtenaar jegens den staat vermogensrechtelijk aansprakelijk zijn voor de gevolgen van zijn doen of laten in strijd met de wet?

9. Moet elke geldelijke aanspraak uit de verhouding van staat en ambtenaar onderworpen zijn aan rechtspraak?

2e Onderwerp: De tegenwoordige regeling omtrent preventieve hechtenis.

1. Behoort art. 86 W. v. Sv. in dien zin te worden gewijzigd,
   a. dat de mogelijkheid van preventieve hechtenis uitgebreid worde tot alle misdrijven;
   b. zoo neen, dat dan toch het aantal gevallen worde uitgebreid;
   c. dat de wet zelve de redenen van maatschappelijke veiligheid aanwijze;
   d. de rechter verplicht worde aan te wijzen de bijzondere omstandigheden waarop zijne beslissing berust?

2. Moet bij ontdekking op heeter daad het bevel van voorloopige aanhouding uitsluitend kunnen gegeven worden door den rechter-commissaris op requisitoir van den officier van justitie?

3. Moet aan elk bevel van gevangenneming door rechter-commissaris of rechtbank een bevel van medebrenging voorafgaan?

4. Behoort het vrije verkeer tusschen den preventief gevangene en diens raadsman te worden verzekerd?

5. Behoort aan den preventief gevangene op zijn verzoek een raadsman te worden toegevoegd?

6. Is verhoor van den van misdrijf verdachte (ev. van zijn raadsman) voor de raadkamer gewenscht:
   a. in alle gevallen waarin een beslissing genomen wordt over zijn preventieve hechtenis;
   b. in gevallen waarin een beslissing genomen wordt over verlenging der preventieve hechtenis;
   c. vóór de verwijzing.

7. Moet dit verhoor worden voorgeschreven:
   a. voor alle gevallen;

b. voor het geval dat de verdachte het verlangt;

c. voor het geval dat de rechter het noodig oordeelt?

8. Behoort tegen elk bevel van de rechtbank in zake preventieve hechtenis aan den beklaagde aanstonds een rechtsmiddel te worden toegekend?

9. Behoort vrijlating onder borgtocht te worden ingevoerd?

10. Behoort door wettelijke bepalingen beter dan thans te worden gewaarborgd, dat de preventieve hechtenis de vrijheid niet meer en niet anders beperke dan voor het doel strikt noodzakelijk is?

THEMIS.

LVIIIste deel. — VIERDE STUK.

Het Rijksingezetenschap.

(*Vervolg van Themis* 1897, *blz.* 474.)

Terwijl volgens art. 1, 1°. der wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44) Nederlanders waren die geboren zijn uit ouders binnen het Rijk in Europa „*gevestigd*", spraken (voor militiezaken, als gevolg van de wet van 22 Juni 1893 (*Stbl.* n°. 91): spreken) de aanhef en het 2de lid van art. 3 dier wet van „gevestigd of *ingezetenen*". In het voorl. lid van dit artikel en in de considerans der wet komt alleen het woord „ingezetenen" voor. Blijkens de M. v. A. aan de Tweede Kamer der Staten-Gen. (20) had de Regeering, met de bepaalde bedoeling, om bij deze gelegenheid eens voor altijd de onzekerheden op te heffen die de uitdrukkingen „ingezetenen" en personen alhier „gevestigd", in verschillende wetten en verordeningen voorkomende, tot daaraan telkens hadden teweeg gebracht, zich bij art. 3 niet willen bepalen tot eene nadere verklaring van eene in art. 1 gebezigde

(20) Zie de door mij bezorgde, op blz. 444 in noot 1 vermelde uitgaaf der wet van 1850, blz. 160.

uitdrukking, maar eene algemeene omschrijving gegeven, om, waar de wetgever niet om bijzondere redenen en voor bijzondere onderwerpen afwijkingen zou meenen te moeten vaststellen, overal te worden toegepast waar van „ingezetenen" sprake is of moest zijn. Bij de beraadslaging in de Eerste Kamer (21) zeide de Minister Mr. THORBECKE — de vraag, of de uitdrukking „gevestigd zijn" in art. 1 en in art. 3 geheel dezelfde kracht en beteekenis heeft, toestemmend beantwoordende — dat, wanneer art. 3 spreekt van „gevestigd", van „ingezeten zijn", die bepaling bovenal bestemd is om te verklaren wat in art. 1 onder „gevestigd of ingezeten zijn" wordt verstaan.

In de bovenaangeduide strekking der regeling van het Rijksingezetenschap heeft de wet van 12 December 1892 (Stbl. n°. 268), behoudens het verband dat die van 1850 inhield tusschen art. 1, 1°. en 2°., en art. 3 — een verband dat nu nog slechts aandacht eischt bij de toepassing van de Overg.bep. der wet van 1892 — geen verandering gebracht.

Met juistheid m. i. doet Mr. THOMAS dan ook in de noot op blz. 143 zijner in het eerste gedeelte van dit opstel vermelde dissertatie opmerken, dat ook, nu art. 13 de woorden „gevestigd" en „ingezetenen" niet meer naast elkander gebruikt, wij ze toch als synoniemen (22) zullen kunnen opvatten, daar de artt. 13—15 in de plaats treden van art. 3 der wet van 1850, zonder dat uit een enkel woord blijkt, dat voortaan de naam „gevestigden" niet meer dezelfde groep personen zal aanduiden.

---

(21) Als in de vorige noot, blz. 205—206.

(22) Ook ik beschouwde in 1879 in mijn opstel over het ingezetenschap, blz. 469, noot 2, *ingezeten* en *gevestigd* in art. 3 der wet van 1850 als blijkbaar synonieme uitdrukkingen.

Mr. Achterberg acht evenwel het verschil in de bewoordingen van art. 13 der wet van 1892 met die van art. 3 der wet van 1850 van veel belang. „Eerstgemeld artikel" — zegt ZEG. op blz. 109—110 van zijn in het eerste gedeelte dezer verhandeling aangehaald werk — „spreekt alleen van ingezetenen; de aanhef van laatstgemeld artikel luidde: „*gevestigd* of ingezetenen zijn" enz. De wet van 1850 stelde dus het ingezetenschap en het gevestigd zijn gelijk en dit kon dikwijls tot gevolgen aanleiding geven, die de wetgever waarschijnlijk niet had bedoeld. Een paar voorbeelden. Het thans vervallen art. 5 B. W. sprak in n°s. 1, 3 en 4 van het „gevestigd" zijn: dit gevestigd zijn moest dus na de wet van 1850 beoordeeld worden naar art. 3 dier wet. (Zoo Opzoomer, t. a. p., bl. 45; Diephuis, t. a. p., bl. 222; anders Asser en van Heusde, t. a. p., bl. 101, en, hoewel aarzelend, Land, t. a. p., bl. 10 noot 2). Een ander voorbeeld: terwijl voor getuigen bij akten van den burgerlijken stand volgens art. 20 B. W. wordt vereischt, dat zij binnen het Koninkrijk hunne woonplaats hebben, stelt art. 131 B. W. voor de getuigen bij een huwelijk het vereischte, dat zij binnen het Koninkrijk zijn gevestigd. Alleen zij zouden dus als getuigen in dit geval kunnen toegelaten worden, die voldeden aan art. 3 der wet van 1850. (Dit vloeit voort uit de leer van Opzoomer en Diephuis, die evenwel over dit punt niet uitdrukkelijk spreken. Asser en van Heusde, t. a. p., bl. 193, achten, conform hun leer ten aanzien van art. 5 ontwikkeld, ook het hebben van woonplaats hier voldoende). Thans is dit natuurlijk weder anders; de wet van 1892 spreekt alleen van ingezetenen, niet van hen die gevestigd zijn. Naar het mij wil voorkomen is men thans, ten aanzien van het gevestigd zijn, dus weder teruggekeerd tot den toestand van vóór de wet van 1850,

en zal dus thans het hebben van woonplaats weder voldoende zijn. (OPZOOMER, t. a. p., bl. 44; DIEPHUIS, t. a. p.)".

Ofschoon in de M. v. T. tot de wet van 1892, evenals in 1850, gezegd werd, dat in deze wet voor het ingezetenschap een regel wordt gesteld, die telkens gelden zal, waar eene bijzondere wet geen anderen regel vaststelt (23), betwijfel ik — thans evenzeer als ik dit deed in mijn opstel over het ingezetenschap van art. 3 der wet van 1850 op blz. 448—454 — mede met het oog op het op blz. 469 vermeld arrest van den H. R. van 23 December 1853 (W. v. h. R. n°. 1645) betreffende den zin van het woord „gevestigd" in art. 5, 1°. B. W., of inderdaad — ook al hecht men aan het verschil in bewoordingen van art. 3 der wet van 1850 met art. 13 der wet van 1892 geen gevolgen — in elk geval waar in andere wetten dan de Grw. gesproken wordt van personen hier te lande gevestigd of zelfs van ingezetenen, zonder nadere aanduiding, deze uitdrukkingen verklaard moeten worden uit artt. 13 en 15. Met betrekking tot het woord „ingezetenen" in de Grw., m. n. in de artt. 138 en 148, ben ik zelfs geenszins zeker, dat dit niet in den zin van „inwoners" zou mogen worden verstaan, zoolang voor het daar vermeld onderwerp geen andere definitie bij de wet is vastgesteld. Bij deze artikelen geldt het trouwens niet het Rijksingezetenschap, maar het ingezetenschap resp. van de provincie en van de gemeente. De omschrijving, die art. 17, al. 2, Prov.wet en art. 19, al. 3, Gem.wet van dat ingezetenschap geven, is m. i. in hare werking beperkt tot het onderwerp van deze artikelen en alzoo niet

---

(23) Zie mijne uitgaaf dezer wet (bij LOMAN en FUNKE, Amsterdam, 1893), blz. 83, aant. 52, en blz. 106.

toepasselijk op het onderwerp van de artt. 138 en 148 Grw. Volledigheidshalve zij herinnerd, dat in de M. v. T. tot het ontwerp der wet van 1892 (24) werd gezegd: „De bepaling" (van art. 13 dier wet) „staat in nauw „verband met de artt. 80 en 180 der Grondwet. Van „het ingezetenschap van provincie of gemeente kan hier „geen sprake zijn, evenmin als dit het geval was in de „wet van 1850".

Om volgens art. 3, 1ste en 2de lid, der wet van 1850 „gevestigd of ingezetene" te zijn, moest men gedurende den daarin vermelden tijd binnen het Rijk in Europa gewoond hebben. Of men daar gedurende dien tijd gewoond had, was eene vraag, die, blijkens het verhandelde tusschen Regeering en Staten-Generaal, haar antwoord moest vinden in hetgeen het B. W. omtrent woonplaats bepaalt. „Het B. W.", zeide de Minister Mr. Thorbecke, „spreekt van iemands voornemen om zijn hoofdverblijf in eene plaats, waar hij reeds werkelijk woont, te vestigen. Maar wanneer is hij er *gevestigd?* Hierop antwoordt ons wetsontwerp"; wijders: „hij (de Nederlander) wordt niet als ingezeten erkend, zoolang hij niet beschouwd kan worden als voor goed zijne woonplaats binnen het Rijk te hebben gevestigd". (25)

Tot de punten, waarover, bij verschil van gevoelen omtrent menig ander punt, Mrs. Achterberg en Thomas met mij (26) in hoofdzaak, evenwel niet in al de bijzonderheden, eenstemmig denken, behoort, dat waar art. 13 der wet van 1892 van „woonplaats" spreekt, dit woord

---

(24) Zie mijne in de voorgaande noot vermelde uitgaaf dezer wet blz. 82 aant. 52, en blz. 105.

(25) Zie mijne uitgaaf der wet van 1850, blz. 173 en 193.

(26) » » » » » » 1892, » 84, aant. 55.

zijne verklaring moet vinden in de bepalingen van het B. W. omtrent woonplaats.

In denzelfden zin vatte ik dat woord en de uitdrukking „hebben gewoond" op met betrekking tot art. 3 der wet van 1850. (27)

In deze opvatting waren en zijn intusschen niet alle quaestiën over woonplaats opgeheven, niet alleen wegens de vele vraagpunten, welke de betrekkelijke bepalingen van het B. W. zelve in de practijk opwerpen, maar ook wegens vragen, die speciaal in verband met de wet van 1850 rezen en door de wet van 1892 slechts voor een gedeelte zijn voorkomen. Zoowel wanneer te beslissen is, of iemand het Rijksingezetenschap heeft verkregen, als indien uitgemaakt moet worden, of men dat ingezetenschap heeft verloren, m. a. w. of men in den zin der wet van 1892 binnen het Rijk woonplaats heeft en gedurende den vereischten tijd daar of in de koloniën c. a. woonplaats gehad heeft, en of een Rijksingezetene aangemerkt moet worden zijne woonplaats buiten het Rijk gevestigd te hebben, doen zich, ook als gevolg van de onvoldoende en tevens min duidelijke voorschriften van het B. W., vaak omstandigheden voor, welke de beslissing moeilijk maken en, mede wegens den verschillenden indruk dien

---

(27) Zie mijn opstel van 1879 over het ingezetenschap, blz. 470—480. De Redactie van het W. v. d. Burg. Admin. oordeelde in hare nos 1579, blz. 4, kol. 2, en 2252, blz. 4, kol. 2, het binnen het Rijk hebben van woonplaats (domicilie) geen beheerschend vereischte van ingezetenschap. Zij beschouwt het «gevestigd zijn», het «ingezetenschap» als iets feitelijks en persoonlijks; vandaar dat zij niet als ingezetene aanmerkte een buitenslands verblijvenden curandus, enkel en alleen omdat zijn curator ingezetene was. Ook Mr. G. H. G. Ras (diss., Leiden, 1885) meende, dat «wonen» in art. 3 der wet van 1850 beteekent het feitelijk wonen, niet de woonplaats (domicilie) van het B. W. Vandaar dat z. i. getrouwde vrouwen, curandi en minderjarigen ingezetenen konden zijn wegens hun feitelijk wonen.

de feiten kunnen achterlaten, wenschelijke gelijkheid in de toepassing der wet niet waarborgen. (28)

Kan ik met Mr. T., die op blz. 13 schrijft: „Het wettelijk domicilie berust op het hoofdverblijf, de vaste woonplaats, het middelpunt van iemands vermogen, de plaats waar hij voorloopig, zonder bijkomende omstandigheden, niet vandaan denkt te gaan" (29), instemmen, dat een meer of minder vast verblijf op eene bepaalde plaats domicilie geeft; dat eene tijdelijke afwezigheid op zichzelve genomen dat karakter niet verandert en dat een eenigszins duurzaam verblijf tot ingezetenschap leidt (blz. 133), *in jure constituto* ga ik — al moge „domicilie of ingezetenschap elders zelfs voor langen tijd niet behoeven te verhinderen, dat het eigenlijk te huis in Nederland moet gezocht worden" —, niet met hem mede, waar hij zegt, dat een *domicilie* van korten tijd elders daarvoor geen bezwaar mag zijn; althans indien met het woord „elders" eene plaats buiten het Rijk bedoeld wordt. Hij die zijne woonplaats (domicilie) — wel te onderscheiden van zijn werkelijk verblijf, voor zoover dit niet volgens art. 74, 2e lid, B. W. voor woonplaats (domicilie) moet worden gehouden, waarover aanstonds — buiten het Rijk overgebracht heeft, zij het met het voornemen om, naar omstandigheden, na korter of langer verblijf elders, zelfs spoedig, terug te keeren, heeft opgehouden ingezetene te zijn, al zou hij aan bedoeld voornemen binnen korten tijd uitvoering geven: een domicilie in den zin van art. 74 of 79 B. W. — evenals in 1879 (zie mijn opstel blz. 473) noem ik

---

(28) Zie Gemeentestem nos 1447, 1448, 2374, 2376 en 2379; W. v. d. Burg. Admin. no. 2187.

(29) Vgl. vonnis Arr.-rechtb. te Utrecht, 27 Oct. 1879 (W. v. h. R. no. 4440) en het daarop betrekkelijk arrest van den H. R. van 19 Jan. 1880 (W. v. h. R. no. 4475).

slechts deze twee artikelen, — ook van korten duur, buiten het Rijk, doet m. i. te zijnen aanzien de toepasselijkheid van art. 13 der wet van 1892 ophouden en art. 14 in werking treden. „Een Nederlander" — zeide de Minister van Binn. Zaken Mr. Baron VAN HEEMSTRA op 10 Juli 1861 in de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij de beraadslaging over art. 15 der Militiewet — die, *al is het voor korten tijd,* Nederland verlaat en zich gaat vestigen, hetzij in Indië, hetzij in Pruissen, ontheft zijne kinderen van de verpligting der militie, *omdat hij ophoudt ingezeten te zijn*". Ook Mr. A. (blz. 106—7) leert, dat zoodra de woonplaats buiten het Rijk gevestigd wordt, het Rijksingezetenschap ophoudt. „Dadelijk" — zegt ZEG. — „door vestiging der woonplaats buiten het Rijk, al ware dit in de Koloniën of bezittingen in andere werelddeelen, houdt alzoo het ingezetenschap op. Doch er moet werkelijke vestiging der woonplaats buiten het Rijk plaats hebben gehad, en alzoo aan de vereischten van art. 75 en volg. voldaan zijn. Het opheffen der woonplaats hier te lande, gevolgd door een tijdelijk verblijf in het buitenland (waaronder alzoo de koloniën of bezittingen in andere werelddeelen begrepen zijn), hetgeen aanleiding kan geven tot de vraag, of het domicilium originis naar onze wetgeving nog moet toegepast worden (zie Recht en Wet, dl. 41, blz. 13 en volg.), zal het ingezetenschap in elk geval nog niet doen verloren gaan: waar voor de toepassing van art. 13 het woord „woonplaats" moet opgevat worden in den zin van art. 74 § 1 B. W. . . ., bestaat er geen reden om voor de toepassing van art. 14 een andere beslissing te nemen".

Aangaande deze beperking van het woord „woonplaats" tot art. 74, al. 1, B. W. schrijft Mr. A. op blz. 102—3: „Zonder twijfel is de vraag, of aan dit vereischte (het

hebben van woonplaats) is voldaan, te beantwoorden uit de bepalingen van het B. W. Doch hierbij zal men, naar het mij wil toeschijnen, uitsluitend te letten hebben op art. 74, al. 1, B. W. Zij derhalve die geen hoofdverblijf hebben, maar voor wie òf alleen overeenkomstig art. 74, al. 2, de plaats van het werkelijk verblijf geldt, òf voor wie, op grond van hun onzelfstandigheid in rechten, het hoofdverblijf niet in aanmerking komt, doch wier domicilie volgens art. 78 B. W. door dat van hun rechtsvertegenwoordiger wordt bepaald, zullen alzoo geene ingezetenen zijn, voor zoover de wet althans, gelijk ten aanzien van minderjarigen, het tegendeel niet bepaalt. Voor deze stelling heb ik twee gronden. Vooreerst het vereischte van het hebben van de woonplaats gedurende zekeren termijn: wat zou de grond hiervan kunnen zijn, zoo het niet ware, dat men daarin wil zien den wil van den betrokken persoon om in het land te verblijven. En die wil is noch aan te toonen bij hem die geen hoofdverblijf heeft, noch rechtens aanwezig bij dengene, wiens domicilie door dat van een ander wordt bepaald. Deze grond wordt nu nog aangevuld door de wet zelf, die het noodig heeft geacht, in art. 15 uitdrukkelijk een bepaling omtrent het ingezetenschap van minderjarigen, waarover nog hierna, op te nemen, omdat, zooals de Regeering in de M. v. T. verklaarde, een aanwijzing daaromtrent niet mocht ontbreken: kon ook het wettelijk domicilie hier van invloed zijn, dan ware deze bepaling volkomen overbodig geweest".

Dat ik 't hiermede eens ben voor zooveel de in art. 78 B. W. bedoelde personen aangaat, blijkt hieruit, dat ik hierboven alleen de artt. 74 en 79 B. W. noemde en dus minder ver ging dan het Kon. besluit van 18 April 1878, n°. 17 (v. Maanen, 1878, blz. 365), waarbij werd aangenomen, dat art. 3 der wet van 1850 de woon-

plaats volgens de artt. 74—79 B. W. — dus ook art. 78 — bedoelt.

Grond voor beperking van art. 74 tot het 1ste lid vind ik in elk geval niet. De omstandigheden kunnen medebrengen, dat men gedurende een gedeelte van den in art. 13 der wet van 1892 bepaalden tijd niet gezegd kan worden binnen het Rijk een *hoofd*verblijf te hebben gehad, of dit te hebben op het oogenblik, dat voor de beantwoording der vraag, of men ingezetene is of was, beslissend is, maar dat men toch binnen het Rijk *werkelijk* verblijf had of heeft en er zelfs niet te denken valt aan het voornemen om het Rijk te verlaten (29*bis*). Ik zie geen reden om iemand, die in zulke omstandigheden verkeerd heeft of verkeert, niet als ingezetene te beschouwen. Als in het geval van het 2de lid van art. 74 de tijd van het werkelijk verblijf binnen het Rijk niet in aanmerking komt voor den tijd, in art. 13 der wet van 1892 bedoeld, maar vooral als iemand, die overigens aan laatstgenoemd artikel zou voldoen, in dat geval verkeert op het oogenblik dat voor de beantwoording der vraag, of hij ingezetene is, moet beslissen, dan zal menigeen teleurstelling kunnen ondervinden. Als men wegens het ophouden enkel van het hoofdverblijf, terwijl men toch werkelijk verblijf in het Rijk behoudt, gezegd zou moeten worden geen *woonplaats* meer in het Rijk te hebben in den zin van art. 13 der wet van 1892, wat is er dan van het ingezetenschap dat men had op het tijdstip, waarop het hoofdverblijf vervangen werd

---

(29*bis*) Ook bij K. B. van 23 Jan. 1897, nº. 45 (Raad v. State, Afd. Ges. v. b., 1897, blz. 59), waar het gold het bij art. 27*b* jº. art. 51*b* der wet op het lager onderwijs bedoeld getuigschrift, is aangenomen, dat «voor zoover hij (appellant) gedurende de twee laatste jaren niet in Nederland *gevestigd* is geweest, hij geacht moet worden te hebben gewoond waar hij *feitelijk* zijn *verblijf* hier te lande heeft gehad».

door werkelijk verblijf in het Rijk? Zou men dan kunnen zeggen, dat het Rijksingezetenschap heeft opgehouden? Volgens art. 14 houdt het Rijksingezetenschap slechts op door vestiging der woonplaats *buiten het Rijk*. Laat men het eenmaal verkregen ingezetenschap *voortduren* ook na de vervanging van hoofdverblijf door werkelijk verblijf en zoolang niet gebleken is dat vestiging van woonplaats buiten het Rijk heeft plaats gehad, dan zou het voor het *verkrijgen* van het ingezetenschap buiten beschouwing doen blijven van het werkelijk verblijf bij gemis van hoofdverblijf, eene moeilijk te verdedigen ongelijke toepassing der wet zijn.

Eene moeilijke quaestie, het Rijksingezetenschap van getrouwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouwen en van curandi betreffende, is thans aan de beurt. Wegens haar belang mag ik haar niet ontwijken. De vrees, bij de catagorie dezer personen, die het grootste aantal telt, in ongenade te vallen, mag mij niet weerhouden een woord over het vraagpunt te zeggen. Word ik overtuigd in mijne beschouwing gedwaald te hebben, dan moge het *errare* enz. mij tot verschooning strekken.

Tot toelichting van art. 15 der wet van 1892 zeide de Regeering: „Meerderjarig geworden, kunnen zij (de minderjarigen) eerst hun wil met rechtsgevolg bepalen en kan er te hunnen opzichte van eene vestiging in het Rijk sprake zijn".

In andere woorden uitgedrukt was dit, blijkens mijn opstel over het ingezetenschap van art. 3 der wet van 1850, blz. 474—480, ook de grond, waarop mijne meening rustte, dat, bij gemis van eene wetsbepaling in tegenovergestelden zin, minderjarigen geen ingezetenen des Rijks konden zijn volgens dat artikel. Ik strekte dit gevolg uit tot getrouwde, niet van tafel en bed ge-

scheiden vrouwen en tot curandi. Moest ik het motief daarvoor formuleeren met inachtneming van bovenvermelde toelichting, ik zou zeggen: „Zoolang er geen scheiding van tafel en bed tusschen echtgenooten heeft plaats gehad, zoolang een curandus onder curateele staat, kunnen de vrouw en de curandus hun wil niet met rechtsgevolg bepalen en kan er te hunnen opzichte van eene vestiging in het Rijk geen sprake zijn". Bij deze omzetting zou ik mij ook mogen verheugen in het goed gezelschap van den Minister Mr. Smidt, die bij de beraadslaging over art. 7 der wet van 1892 in de Tweede Kamer zeide: „Immers, Mijnheer de Voorzitter, spreekt het niet vanzelf en zegt de burgerlijke wet niet, dat een minderjarige, die geene handelingsbevoegdheid heeft, ook geen woonplaats kan vestigen uit eigen wil? Spreekt het niet vanzelf, dat een minderjarige nooit kan vallen in de bepaling sub 5°. (van art. 7 der wet), gedurende zijne minderjarigheid, ook dáárom niet omdat hij geen rechtsgeldige wilsverklaring en dus ook geene kennisgeving kan doen, als in deze alinea omschreven?" De Minister adviseerde dan ook met aandrang om het bij amendement voorgestelde laatste lid van art. 7 niet in de wet op te nemen, omdat die bepaling wel eens eene min gunstige werking zou kunnen hebben. In tweeërlei, door Zijne Exc. aangeduid opzicht; in beide wegens de consequentiën, die er uit getrokken kunnen worden in strijd met de bedoeling van den wetgever. Hij merkte op, dat het amendement sprak van minderjarigen, maar, vroeg Z. E., moet bijv. hetzelfde niet gelden ten aanzien van onder curateele gestelden, althans van de meeste categorieën daarvan"? (30)

---

(30) Zie mijne uitgaaf der wet van 1892, blz. 234 en, in verband daarmede, blz. 288, voorl. al.

Hetzelfde beginsel, dat aan de bovenvermelde toelichting van art. 15 ten grondslag ligt, vindt men terug in het arrest van den H. R. van 7 September 1855 (W. v. h. R. n°. 1788); daarbij werd beslist, dat de door eene getrouwde vrouw gedane kennisgeving van het voornemen om in het Rijk gevestigd te blijven, bedoeld in art. 8, 2°. B. W., haar tot het inroepen van dit artikel niet kan baten, omdat zij eene gehuwde vrouw is, wier woonplaats die is van haren echtgenoot. (Deze woonde buiten het Rijk). (31)

Ik schreef in 1879 in bovenbedoeld opstel, blz. 478: „Om in den zin der wet van 1850 ergens zijne woonplaats, zijn hoofdverblijf en den zetel zijner zaken te kunnen vestigen, met het kennelijk doel om die binnen het Rijk te houden, worden m. i. vereischt vrijheid van handelen en eigen handeling; daarvoor zijn de daad van derden en eene daaruit voortvloeiende regtsfictie niet voldoende".

Dat dit gevoelen sedert niet gewijzigd is, blijkt ook uit de aant. 61 van mijn werk betreffende de wet van 1892. Ik ben nog van meening, dat vrouwen als bovenbedoeld, al hebben zij volgens art. 78 B. W. geen andere woonplaats dan die van haren man, en onder curateele gestelden, al volgen dezen naar dat artikel de woonplaats van hun curator, het Rijksingezetenschap missen, al is de man of de curator ingezetene in den zin van dat artikel en al zou zelfs, wat het feitelijk verblijf van de vrouw of den curandus aangaat, de werkelijkheid in overeenstemming zijn met de fictie van art. 78 B. W. Aan getrouwde vrouwen zal m. i. ook het feitelijk verblijf in het Rijk het ingezetenschap niet kunnen geven, omdat het B. W. bepaalt waar zij wettige woonplaats

(31) Zie ook de dissertatie van Mr. Dr. K. H. Beyen (Utrecht, 1890), blz. 127.

hebben, ongeacht de plaats van haar werkelijk verblijf, en dus voor haar persoonlijk het 2de lid van art. 74 B. W. niet kan worden ingeroepen (*); de woonplaats van art. 78 B. W. zal haar evenmin ingezetene doen zijn, omdat deze berust niet op eigen wil en daad, maar op eene wettelijke fictie, ondanks het bepaalde bij art. 161, 2e lid, en art. 162, 1ste lid, B. W. niet altoos in overeenstemming met de werkelijkheid. Ditzelfde geldt voor curandi. De Redactie van de Gemeentestem schreef dan ook, m. i. te recht, in haar n°. 2379 (2e hoofdartikel): „Dat wij meenen dat de plaats van het werkelijk verblijf der curanda (wier curateele vaceerde) niet als hare woonplaats in den zin van het B. W. en dus ook van art. 26 der armwet kon worden beschouwd, behoeven wij, na het medegedeelde, nauwelijks aan te stippen, van oordeel als wij zijn, dat curandi en ouderlooze minderjarigen, ook als de curateele of de voogdij vaceert, geen eigen woonplaats (domicilie) kunnen hebben, omdat zij geen hoofdverblijf kunnen vestigen en er derhalve te hunnen aanzien geen sprake kan zijn van „bij gebreke van *zoodanige* woonplaats", op de in art. 74, al. 1, aangeduide wijze verkregen".

Door de Redactie van evengenoemd blad wordt alzoo, ook blijkens den aanhef van het hoofdartikel in n°. 2224, ingestemd met mijn bovenvermeld gevoelen, dat zij, zooals nader zal worden aangestipt, evenzeer met betrekking tot art. 3 der wet van 1850 was toegedaan. Het is mede dat van Mrs. T. en A. Eerstgenoemde, vooropstellende dat een der vereischten voor het Rijksingezetenschap is burgerrechtelijke handelingsbevoegdheid,

---

(*) Zie in gelijken zin de miss. van Min. v. Jus. van 30 Juni 1874, n°. 109, 2e afd. A., en van Min. v. Binn. Zaken van 7 Aug. d. a. v., n°. 181, 4e afd. M. (SCHREUDER, Handleid. Militie, 1, aant. 91).

schrijft op blz. 134—5: „De redactie van art. 3 van de wet van 28 Juli 1850: „*gevestigd* of ingezeten zijn" deed duidelijk uitkomen dat een *eigen, gevestigde* woonplaats alleen tot ingezetenschap kan leiden, niet het gedwongen domicilie van minderjarigen en andere onbekwamen — ook deze wet laat echter daaromtrent geen twijfel door de toevoeging van art. 15, dat in het tegenovergestelde geval overbodig zou geweest zijn, terwijl ook de M. v. T. van dat artikel zich ondubbelzinnig uitlaat: „evenmin (mag ontbreken) een aanwijzing omtrent het ingezetenschap van minderjarigen. Meerderjarig geworden, kunnen zij eerst hun wil met rechtsgevolg bepalen en kan er te hunnen opzichte van eene *vestiging* in het Rijk sprake zijn". Dus noch de gehuwde vrouw, noch de minderjarige kan naar art. 13 Rijksingezetene zijn". Deze conclusie herhaalt S. op blz. 140 ten aanzien van gehuwde vrouwen en curandi.

Mr. A. zegt op blz. 103: „De gevolgtrekking van een en ander" (nl. van hetgeen hiervoren aan diezelfde blz. ontleend werd) „is, dat zij, wier domicilie door hun rechtsvertegenwoordiger wordt bepaald, voor zoover de wet — die dit alleen doet ten aanzien van minderjarigen — er niet over spreekt, dus getrouwde vrouwen en onder curateele gestelden (32), geen ingezetenen zijn niet alleen,

(32) Mr. A. is, blijkens noot 3 op blz. 82, van oordeel, dat voor de toepassing van art. 7, 5°. der wet van 1892 ten aanzien van curandi onder woonplaats ook de woonplaats naar art. 78 B. W. zal moeten verstaan worden. Mr. T. schijnt mede dit gevoelen te zijn toegedaan; op blz. 123 de bespreking van art. 7, 5°. vervolgende, zegt ZEG.: «De wet spreekt alleen van «woonplaats», welk woord ook het afhankelijk domicilie van minderjarigen omvat (zie b.v. art. 3)». Mr. A. meent (blz. 123) evenwel, dat het 2e lid der Overg.bep. niet kan gelden voor hen, die hier te lande geen werkelijke woonplaats kunnen hebben, omdat zij vallen onder art. 78 B. W. Dat ik over het eerste punt anders denk, voor zooveel eigen verblijf van een curandus in een vreemd land of woonplaats van den curator buiten het Rijk *c.a.* betreft, blijkt uit mijn werk over de wet van 1892, blz. 77, aant. 46.

doch dat zij het ingezetenschap niet eerder kunnen terugverkrijgen dan 18 maanden na de ontbinding van het huwelijk of de opheffing der curateele, als zij dan in het Rijk wonen en steeds daar of in de koloniën of bezittingen in andere werelddeelen gewoond hebben. Evenzoo kan een vrouw, die zelf geen Rijksingezetene was en met een Rijksingezetene is getrouwd, die hoedanigheid door haar huwelijk niet verkrijgen, maar eerst door het hebben van woonplaats, op de bepaalde wijze en gedurende den bepaalden tijd, *na de ontbinding van het huwelijk*". En op blz. 108 leest men: „Behalve door deze vestiging van woonplaats in het buitenland, zal in verband met het in de vorige paragraaf besprokene moeten aangenomen worden, dat het ingezetenschap ook verloren gaat voor de vrouw door het aangaan van een huwelijk en voor hen die onder curateele worden gesteld. Een eenvoudige wijze van terugbekomen dezer hoedanigheid is hier in de wet niet vastgesteld".

Met Ged. Staten van Utrecht (zie v. Maanen, Verz. mil. wetten, 1892, blz. 527) was de Redactie van de Gemeentestem in n°. 2263, met verwijzing naar haar n^r^. 1758 (men zie ook de n^rs^. 1290 en 1413), van oordeel: 1°. dat de omstandigheid dat een niet-ingezetene onder de curateele is gesteld van een ingezetene des Rijks, het ingezetenschap van den curandus volgens art. 3 der wet van 1850 geenszins heeft kunnen ten gevolge hebben, en 2°. dat, omgekeerd, aan een curandus het vóór de onder curateele-stelling verkregen ingezetenschap niet kan worden ontzegd omdat zijn curator geen ingezetene is, vermits volgens art. 14 der wet van 1892 het ingezetenschap slechts ophoudt door vestiging der woonplaats buiten het Rijk, en een curandus, evenmin als eene getrouwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouw en een minderjarige, de macht heeft tot vestiging

van woonplaats, aangezien hij, wat zijne wettige woonplaats aangaat, beheerscht wordt door art. 78 B. W., n.l. door eene wettelijke fictie, meermalen met de werkelijkheid in strijd.

Blijkens zijn schrijven van 26 April 1892, n°. 634 M. (v. MAANEN, 1892, blz. 597 en 599), was de toenmalige Min. v. Binn. Zaken met den Commissaris der Koningin in Noordholland (t. a. p. blz. 542) ten aanzien van het eerste punt van een ander gevoelen: het gold hier de vraag, of een curandus, die in het buitenland verblijf had en wiens curator ingezetene was, evenzeer het ingezetenschap der wet van 1850 had. De Minister zag geene reden waarom art. 78 B. W. niet evenzeer zou zijn aan te nemen als richtsnoer ter aanwijzing van de woonplaats van de aldaar bedoelde personen. „Volgens dat artikel" — zeide Z.Ex. — „hebben meerderjarigen, die onder curateele zijn gesteld, geen andere woonplaats dan die van hunne curators. Tegenover deze wetsbepaling is mij geen wettelijk voorschrift bekend, dat op staatsrechtelijk gebied afwijking van den bij art. 78 van gen^d^. Wetboek gestelden regel voorschrijft. Voor afwijking van dien regel zou zulk voorschrift toch noodig wezen" (33). Deze beschouwing zou den Minister waarschijnlijk er toe geleid hebben, ook getrouwde vrouwen en minderjarigen, wier man en vader of voogd ingezetenen waren, in het ingezetenschap van dezen te doen deelen, in overeenstemming met wat geschiedde bij den brief van zijn ambtsvoorganger van 24 September 1878, L^a^. F. (v. MAANEN, 1878, blz. 414), waarbij werd geoordeeld, dat als de man ingezetene is, dit ook het geval is met zijne vrouw en minderjarige kinderen, als gevolg van art. 78 B. W.

(33) Anders werd er ook over gedacht door de Redactie van het W. v. d. Burg. Adm. in n°. 2252, blz. 4, kol. 2.

Dat de bedoelde curandus de *woonplaats* volgde van zijn curator, was niet te weerspreken; art. 78 B. W. is daarvoor te beslissend. Maar het hebben dier woonplaats bracht op zichzelf niet mede, dat hij ook het *ingezetenschap* van zijn curator volgde. Doch al moge men vóór 1 Juli 1893 getrouwde vrouwen, curandi en minderjarigen op grond van art. 78 hebben kunnen doen deelen ook in het ingezetenschap van hun rechtsvertegenwoordiger en voor de hier bedoelde personen geen onderscheid hebben behoeven te maken tusschen het hebben of het volgen van eene door de wet (art. 78 B. W.) aangewezen *woonplaats* en het *ingezetenschap*, de zaak is m. i. in elk geval eene andere phase ingetreden sedert de wetgever eene uitdrukkelijke bepaling noodig geoordeeld heeft, om minderjarige kinderen van Rijksingezetenen als ingezetenen aan te merken. Het argument voor deze voorziening, aan het gemis van zelfstandige handelingsbevoegdheid ontleend, geldt toch evenzeer voor getrouwde vrouwen en curandi; voor de laatsten kan bovendien verschillende beteekenis van de uitdrukkingen „*heeft* geene andere woonplaats" en „*volgen* de woonplaats" niet worden ingeroepen, want naar art. 78 B. W. *volgen* curandi evenzeer als minderjarigen de woonplaats van de daar aangewezen personen.

Tot ondersteuning van haar bovenvermeld gevoelen beriep de Redactie van de Gemeentestem zich in haar nr. 2263 op eene missive van den Min. v. Jus. van 30 December 1875, 2e afd. a, no. 126 (v. Maanen, 1876, blz. 129), volgens welke eene vrouw, die geen ingezetene was, het ingezetenschap niet verkrijgt enkel door huwelijk met een ingezetene en zij eerst als ingezetene kan aangemerkt worden als zij den wettelijken tijd binnen

het Rijk in Europa heeft gewoond (34). Had de vraag een curandus-niet-ingezetene gegolden, dan zou de Minister m. i. dezen dus evenmin op grond alleen van het ingezetenschap van den curator als ingezetene hebben kunnen beschouwen.

Men kan zich overigens niet altoos veilig gedragen naar hetgeen van de zijde der Regeering gezegd is bij de behandeling van het ontwerp der wet van 1850; zij breidde de werking van art. 78 B. W. verder uit dan de woorden toelaten en hechtte daaraan voor minderjarigen gevolgen ook voor de nationaliteit en het ingezetenschap. Zoo zeide de Minister van Justitie (zie blz. 255 mijner uitgaaf dier wet) in verband met art. 5, 2°.: „Maar het spreekt, dat ook hier het algemeen beginsel geldt, dat de minderjarige den staat zijns vaders volgt. Als dus de vader hier gevestigd was, zal de zoon, als den vader volgende *ook in den staat van gevestigdheid*, den tijd van de vestiging zijns vaders mede in rekening kunnen brengen".

Naar de meening der Redactie van de Gemeentestem kon de getrouwde vrouw, alzoo ook de curandus, aan het vereischte voor het ingezetenschap staande huwelijk of zoolang zij niet van tafel en bed is gescheiden, niet voldoen, omdat naar de wet van 1850 het „gevestigd" zijn, het ingezetenschap als iets feitelijks en persoonlijks beschouwd moest worden, dat niet beheerscht wordt door art. 78 B. W., tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepale. De Redactie herinnerde verder aan het motief, waarom de Staatscommissie tot herziening van het B. W. bij het ontwerpen van bepalingen omtrent het Nederlanderschap enz. bedacht was geweest op eene redactie,

(34) In denzelfden zin miss. v. Min. v. Binn. Zaken van 21 Maart 1892, n°. 389 M. (v. MAANEN, 1892, blz. 553). Zie o. a. over deze quaestie het hoofdartikel in W. v. d. Burg. Adm. n°. 2194.

welke tegemoet kwam aan de mogelijkheid, dat eene vrouw, met een ingezetene huwende, eerst met haar huwelijk in het land komt en er kinderen geboren worden voordat de vrouw ingezetene was geworden. Die Staatscommissie deed derhalve, evenmin als de Min. v. Jus. in 1875, de vrouw *per se* deelen in het ingezetenschap van haar man en zij zou dit waarschijnlijk ook niet hebben gedaan als het een curandus-niet-ingezetene betrof, die een ingezetene tot curator had. Liet men — deed de Redactie van genoemd blad opmerken — de curandi-niet-ingezetenen deelachtig zijn aan het ingezetenschap van hun curator, men zou o. a. dit vreemde gevolg kunnen hebben, dat iemand, die zelfs nooit in het Rijk geweest is, als ingezetene zou moeten worden aangemerkt, alleen omdat zijn curator ingezetene is en hij naar art. 78 B. W. diens woonplaats volgt, en, daarentegen, iemand die nooit den voet buiten het Rijk zette, zou moeten beschouwd worden geen ingezetene te zijn, omdat zijn curator het ingezetenschap mist.

Opgemerkt zij, dat de bovenbedoelde Staatscommissie den tijd, dien eene vrouw staande huwelijk binnen het Rijk woonplaats had volgens art. 78 B. W., schijnt te hebben willen doen gelden of medetellen voor den tijd van wonen, tot het verkrijgen van het ingezetenschap gevorderd; waaruit volgt, dat, in het stelsel der Staatscommissie, getrouwde vrouwen ingezetenen in den zin der wet konden zijn, ook al waren zij niet van tafel en bed gescheiden.

Niet onvermeld blijve, dat, volgens een schrijven van den Minister van Binn. Zaken, dd. 3 April 1894, n°. 1371 B. B., wanneer verklaringen ingevolge art. 7, n°. 5 der wet van 1892 worden gedaan door minderjarigen of gehuwde vrouwen, de ambtenaar, tot wien zij gericht zijn, die verklaringen niet moet aannemen, maar de aandacht

van de daarbij betrokken personen er op moet vestigen, dat aan hunne verklaring toch geen rechtsgevolg verbonden is, aangezien, volgens de wet, minderjarigen en gehuwde vrouwen tot het afleggen van zoodanige verklaringen rechtens onbevoegd zijn. Waarom in dit schrijven, het gevolg van eene uitnoodiging van den Minister van Justitie, niet tevens van curandi is gesproken, is mij niet bekend. Niet-ontvankelijkheid van verklaringen als hier bedoeld, door minderjarigen afgelegd, volgt ook uit het laatste lid van bovenaangehaald wetsartikel.

Blijkens het voorafgaande is er verschil van gevoelen tusschen Mr. Achterberg en de Redactie van de Gemeentestem omtrent een belangrijk punt. Mr. A. leert op blz. 105, dat als bij overlijden van den vader, de moeder naar art. 400 B. W. voogdesse wordt, het Rijksingezetenschap van de minderjarige kinderen ophoudt en door dezen niet terugbekomen wordt, dan nadat de moeder, 18 maanden na de ontbinding van het huwelijk, ingezetene of opnieuw ingezetene is geworden, en, in aansluiting hieraan, op blz. 108, dat het ingezetenschap voor de vrouw verloren gaat door huwelijk en voor curandi door hunne curateele. De Redactie van de Gemeentestem daarentegen meent — zie haar n°. 2263 — dat aan een curandus het vóór de onder-curateele-stelling verkregen ingezetenschap niet kan worden ontzegd omdat tot curator iemand benoemd is, die het Rijksingezetenschap niet bezit; zooveel te minder dus door het bloote feit van onder-curateele-stelling.

Waar ik hiervoren reeds als mijn gevoelen uitte, dat vervanging van hoofdverblijf (art. 74, al. 1, B. W.) door werkelijk verblijf in het Rijk (art. 74, al. 2) niet voldoende is tot toepassing van art. 14 der wet van 1892, aangezien dit artikel het ingezetenschap slechts doet

ophouden door *vestiging van* WOONPLAATS *buiten het Rijk*, moet ik erkennen, dat in materieelen zin het huwelijk van eene vrouw en de onder-curateele-stelling evenmin vallen in art. 14 en dat de Redactie van genoemd weekblad dus in zoover te recht een beroep op de woorden der wet deed. Maar van het oogenblik af dat eene vrouw een huwelijk heeft aangegaan of dat iemand onder curateele gesteld is, wordt de woonplaats die de vrouw of de curandus uit eigen hoofde had en waarop haar ingezetenschap gegrond was, vervangen door die, welke art. 78 B. W. aanwijst, zonder rekening te houden met het werkelijk verblijf van vrouw of curandus. Als en zoolang nu man en vrouw en curator en curandus binnen het Rijk blijven wonen resp. in wettelijken en in feitelijken zin, is de wettelijke fictie eene waarheid en heeft er niets plaats wat de toepasselijkheid van art. 14 medebrengt. Alleen kan dan het geval zich voordoen, dat de man en de curator wel inwoners des Rijks, maar niet, zooals de vrouw en de curandus, ingezetenen zijn. Doch als de man of de curator woonplaats heeft of zich vestigt buiten het Rijk, terwijl de vrouw, wat zeldzamer zal zijn dan ingeval van curateele, of de curandus het werkelijk verblijf binnen het Rijk voortzet, dan zullen, wijl hier niet, zooals bij overgang van minder- tot meerderjarigheid (voor vrouwen anders dan door huwelijk), sprake kan wezen van stilzwijgende continuatie van woonplaats, vrouw en curandus hunne woonplaats (domicilie) in het Rijk verliezen en de buitenlandsche woonplaats van man of curator hebben of volgen, zonder dat dit voortspruit uit *vestiging* van woonplaats (domicilie) buiten het Rijk, iets waartoe zij trouwens uit eigen hoofde niet bevoegd zijn en waarvoor althans voor het effect van art. 14, eene persoonlijke daad wel een vereischte zal wezen.

Met het oog op de vreemde, bij de wet niet voorziene toestanden, welke op deze of dergelijke wijze kunnen ontstaan, is er, dunkt mij, grond om aan te nemen, dat van het oogenblik dat eene vrouw in het huwelijk getreden of dat iemand onder curateele gesteld is, niet voldaan wordt aan den eisch van art. 13, dat men zijne woonplaats moet hebben in het Rijk om ingezetene te zijn, en dat, dit criterium niet aanwezig zijnde, vanzelf het Rijksingezetenschap ophoudt, al zijn huwelijk en onder-curateele-stelling niet in art. 14 genoemd. In deze beschouwing moet natuurlijk het woord „woonplaats" in art. 13 opgevat worden in den zin alleen van woonplaats *uit eigen hoofde* en niet tevens in dien van wettelijke fictie, al zij de werkelijkheid daarmede in overeenstemming.

Op de vraag, of eene vrouw niet-ingezetene, die in het huwelijk treedt met een ingezetene, of een curandus niet-ingezetene, wiens curator ingezetene is, in het ingezetenschap van hun rechtsvertegenwoordiger deelt, is ook mijn antwoord beslist ontkennend.

Op de vraag, of eene vrouw-ingezetene of een curandus-ingezetene het ingezetenschap verliest door huwelijk of onder-curateele-stelling, zij 't dat de man of de curator evenzeer ingezetene is en dit blijft, is mijn antwoord bevestigend, doch minder beslist, èn wegens de letter van art. 14 èn, met betrekking tot de vrouw, wegens de letter van art. 78 B. W., want art. 13 der wet van 1892 vordert, dat men zijne woonplaats *hebbe* in het Rijk, en nu zegt art. 78 B. W., dat de daar bedoelde vrouw geen andere woonplaats *heeft* dan die van haren man, terwijl voor minderjarigen en curandi het artikel spreekt van het *volgen* der woonplaats van de daar genoemde personen. Of op dit verschil in woorden verschil in zin gegrond kan worden, is, meen ik, nog een open quaestie.

Uit een en ander volgt, dat ik de mogelijkheid uitgesloten acht, dat eene niet van tafel en bed gescheiden vrouw en een curandus het ingezetenschap verkrijgen resp. staande huwelijk en zoolang de curateele duurt, al zouden zij aanspraak daarop hebben kunnen maken zoo hunne woonplaats in het Rijk niet het gevolg was van art. 78 B. W.

Het doet mij leed, dat hernieuwde studie van het vraagpunt mij niet heeft overtuigd van de onaannemelijkheid van mijn in 1879 uitgesproken gevoelen, vooral ook omdat de conclusie, waartoe ik toen kwam, er toe leidt, dat van de toepassing van art. 15, 1ste lid, tijdelijk en totdat de moeder-voogdesse het ingezetenschap verkregen heeft, uitgesloten worden de minderjarige kinderen van volgens art. 78 B. W. in het Rijk woonplaats hebbende vrouwen, wier huwelijk door den dood van haar man ontbonden wordt, en dat het 2de lid van art. 15 niet ingeroepen kan worden door de kinderen, wanneer de ontbinding van het huwelijk plaats heeft op een tijdstip, dat de moeder, voogdesse geworden, het Rijksingezetenschap niet heeft kunnen verkrijgen voordat hare kinderen-pupillen meerderjarig worden; wijders, onder meer, omdat die conclusie medebrengt, dat het gemis van het ingezetenschap staande huwelijk en, na ontbinding van het huwelijk, ook gedurende den in art. 13 bepaalden tijd, ten aanzien van de samenstelling der Kamers van Arbeid (wet van 2 Mei 1897, *Stbl.* n°. 141) het gevolg kan hebben, waarop gewezen werd in het hoofdartikel van het W. v. d. Burg. Adm. n°. 2493, blz. 2, kol. 1.

Is de vader of de voogd van iemand, die minderjarig is in den zin der Nederlandsche wet, Rijksingezetene, dan wordt volgens het 1ste lid van art. 15, het kind of de

pupil als zoodanig aangemerkt, om het even of hij in het Rijk dan wel daarbuiten verblijf houdt.

Ofschoon het artikel uitdrukkelijk van minderjarige *in den zin der Nederl. wet* spreekt, meent Mr. T. (blz. 140), dat daarbij toch het persoonlijk statuut in aanmerking moet worden genomen, zoodat die bepaling niet belet dat genoemd artikel toch slechts als aanvulling van art. 13 moet worden aangemerkt, zonder dat het daaraan derogeert en dat bijv. een 22-jarigen (ongehuwden) Belg ten gevolge van beide artikelen de hoedanigheid van Rijksingezetene kan worden aangerekend en, omgekeerd, iemand, die, hoezeer ouder dan 23 jaren, minderjarig is naar zijne nationale wet, in geen geval die hoedanigheid kan bezitten.

Ook Mr. J. J. VAN KONIJNENBERG schijnt van dit gevoelen te zijn; hij verdedigde althans op 22 April 1896 bij zijne promotie te Leiden de stelling: „Iemand, die ouder dan 23 jaar naar zijne nationale wet minderjarig is, kan volgens de wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 168) geen Rijksingezetene zijn".

Ik kan in dit gevoelen niet deelen. Waar onze wet uitdrukkelijk bepaalt, dat de minder- of meerderjarigheid beoordeeld zal worden naar de Nederl. wet, is deze regel bindend voor hare toepassing, zonder m. i. ondergeschikt te zijn aan het persoonlijk statuut van den belanghebbende. De woorden „in den zin der Nederl. wet" treft men in de wet van 1892 voor 't eerst aan in art. 3, sub 1°. van het 3de lid, ter preciseering van het woord „meerderjarig". De M. v. T. zeide: „ . . . . Niettemin moet, ter beoordeeling der meerderjarigheid, de Nederl. wet gelden, zoowel ter vermijding van moeilijkheden in de praktijk, als om te voorkomen dat bijv. een 21-jarig vreemdeling, die volgens de wet van zijn land meerderjarig is, door de naturalisatie opnieuw minderjarig zou worden".

Al wenschte de Regeering den genaturaliseerde deze ongelegenheid te besparen, toch blijkt uit die toelichting genoegzaam, dat zij de toepassing der wet in het hier besproken opzicht niet ondergeschikt wilde doen zijn aan het persoonlijk statuut van vreemdelingen. Ook in de artt. 6, 1ste lid, 7, laatste lid, en 10, 1ste lid, vindt men „meerderjarig . . . in den zin der Ned. wet"; het 2de lid der Overg. bep. gewaagt van „minderjarig in den zin der Ned. wet".

Op de in V. V. der Tweede Kamer gedane vraag, of het in eerstgenoemd artikel niet verkieslijk zou zijn, de mede-naturalisatie te bepalen tot de kinderen, minderjarig „volgens de wetgeving, onder welke zij tot dien tijd geleefd hebben", antwoordde de Regeering ontkennend. „Het is" — zeide zij in de M. v. A. — „niet raadzaam, de werking onzer organieke wetten afhankelijk te stellen van de wisselende en uiteenloopende bepalingen van vreemde wetten. Hierbij komt, dat alsdan ook hier te lande ten aanzien van zoodanige minderjarigen zou moeten worden uitgemaakt, onder *welke* wetgeving zij geleefd hebben. Aldus zou men hier in de noodzakelijkheid gebracht worden, om vreemde wetten op de nationaliteit uit te leggen en toe te passen. . . . . Om moeilijkheden en conflicten te voorkomen, is het raadzaam, het ontwerp op dit punt niet te wijzigen (35)". In sommige gevallen kan een Nederlander, die naar onze wet minderjarig is, in een vreemd land, bijv. in Frankrijk en in België, door het afleggen slechts van eene verklaring de nationaliteit van dat land verkrijgen zoodra hij het 22ste levensjaar is ingetreden. Ofschoon naar zijn persoonlijk statuut minderjarig, heeft de wet-

(35) Zie verder mijne uitgaaf der wet van 1892, blz. 205 en, in verband hiermede, blz. 228, al. 4.

gever in bedoelde landen, waar overigens evenzeer rekening wordt gehouden met het pers. stat., zich hierdoor niet laten terughouden, hem gelegenheid te geven tot optie voor het vreemde staatsburgerschap.

Art. 15, al. 1, spreekt van „vader of voogd". Is 't de bedoeling, dat alleen gelet worde op het bezit, al of niet, van het Rijksingezetenschap bij den vader, zoolang vader *en* moeder in leven zijn; of moet men den vader voorbijgaan, als de minderjarige onder voogdij staat van een ander, bijv. van regenten van een gesticht van weldadigheid in cas van art. 421 B. W.? Mij wil het voorkomen, dat ingeval van voogdij, alleen de voogd — hij zij de vader, de moeder of een ander — in aanmerking komt, omdat deze (dus de vader of de moeder *quâ voogd*) met de uitoefening der burgerlijke rechten van den minderjarige belast is. Het ingezetenschap is gegrond op en het gevolg van woonplaats. Ten aanzien van de woonplaats van minderjarigen, wier vader of moeder niet met de voogdij belast was, is bij verschillende Kon. besl^{n}., o. a. bij die van 18 Juni 1872, n°. 19, 7 December 1877, n°. 5, en 25 Juni 1878, n°. 24 (W. v. d. Burg. Adm. n°s. 1221, 1504 en 2187), en door het Hof van Justitie in Suriname op 7 November 1873 (W. v. h. R. n°. 3801) beslist, dat de minderjarige beschouwd moet worden woonplaats te hebben bij den voogd. Van deze stelling moet men m. i. evenzeer uitgaan, waar de vraag te beantwoorden is, of een minderjarige, die onder voogdij staat, het Rijksingezetenschap deelachtig is. Als dus de vader nog in leven is, en er geene moeder is, zal men niet uitsluitend kunnen afgaan op het bezit, al of niet, bij hem van het Rijksingezetenschap, maar zal het ingezetenschap van den voogd over dat van den minderjarige beslissen. In het geval van art. 421 B. W. kan

het dan wel voorkomen, dat voor een minderjarige, wiens beide ouders nog in leven zijn, niet het ingezetenschap van den vader als zoodanig dat van den zoon bepaalt, doch ik zie geene reden voor afwijking in zulk geval van het beginsel, bij de aangehaalde Kon. en rechterlijke decisiën gehuldigd. Dat de toepassing van dit beginsel in cas van art. 421 B. W. tot quaestiën aanleiding kan geven, bv. als niet alle regenten van het gesticht, die de voogdij uitoefenen, het Rijksingezetenschap hebben, zal ik niet ontkennen, maar moeilijkheden, die zich in een bijzonder geval voordoen, wettigen het ter zijde stellen van een als juist erkend beginsel niet.

Het 1ste lid van art. 15 geldt slechts zoolang de vader of de voogd van een minderjarige Rijksingezetene is. Heeft vader of voogd opgehouden dit te zijn, om welke reden ook, dan is het 1ste lid van het artikel mede buiten werking getreden. Bijgevolg moet, om het 2de lid te kunnen inroepen, de vader of de voogd van den minderjarige Rijksingezetene zijn op het oogenblik dat deze laatste meerderjarig wordt. Is dit het geval niet, dan kan op die wetsbepaling geen beroep worden gedaan en geldt voor den meerderjarig-gewordene de regel, bij art. 13 gesteld. Omdat de vader of de voogd op bovenbedoeld tijdstip Rijksingezetene moet zijn, kan ook de omstandigheid, dat, als bij het intreden der meerderjarigheid de voogdij vaceert, de minderjarige toch geacht moet worden op dat tijdstip woonplaats te hebben dáár waar de voogd bij het vacant worden van de voogdij in het Rijk woonplaats had (36), niet ter zake afdoen, aangezien ontstentenis van

---

(36) Vgl. Kon. besl. van 17 Juni 1896, nº. 40 (W. v. d. Burg. Adm. nº. 2487; Gemeentestem nº. 2374, hoofdart.).

vader of voogd vanzelf ontstentenis van de vereischten in zich sluit.

Het 2de lid van art. 15 bepaalt, dat de minderjarige, meerderjarig geworden, de hoedanigheid van Rijksingezetene *behoudt*, indien hij zijne woonplaats in het Rijk vestigt.

Taalkundig schijnt deze bepaling minder correct. Het 1ste lid van art. 15 zegt niet, dat de minderjarige, wiens vader of voogd het Rijksingezetenschap bezit, evenzeer Rijksingezetene *is*, maar dat hij „als zoodanig wordt aangemerkt". Bij zijne meerderjarigheid en vestiging van zijne woonplaats in het Rijk *wordt* hij uit eigen hoofde Rijksingezetene; eene hoedanigheid die hij te voren niet had, aangezien hij slechts als Rijksingezetene werd aangemerkt. Het is hier als in het geval van art. 15 der militiewet, waar 't in den regel ook minderjarigen geldt. Daar wordt evenmin de in te schrijven persoon gezegd ingezetene *te zijn*, maar onder de daar vermelde omstandigheden al of niet voor ingezetene te worden gehouden (37).

Mr. A. merkt op blz. 105 op: „zal na de meerderjarigwording geen nieuw hoofdverblijf gedurende zekeren tijd noodig zijn: *hoe kort te voren door zijn vader of voogd het Rijksingezetenschap verkregen is*, zal de meerderjarig gewordene dadelijk door de vestiging der woonplaats, na de meerderjarigwording, hier te lande — waaronder ook wel zal begrepen zijn het behoud der woonplaats, als de minderjarige reeds hier te lande zijn hoofdverblijf had (zie ad art. 3 nº. 2, blz. 28) — die hoedanigheid ook ver-

(37) Zie over het verschil tusschen «is» of «zijn» eenerzijds, en het «beschouwd» of «aangemerkt» worden als ... en het «gelijkgesteld» worden met..., anderzijds, de rede van den Minister Mr. Smidt in mijn werk over de wet van 1892, blz. 288 en 289, alsmede Gemeentestem nº. 2263, blz. 1, kol. 2.

krijgen. Met het beginsel der wet, dat een band met ons land gedurende een zekeren tijd klaarblijkelijk wil, is dit niet al te best te rijmen."

Ofschoon art. 15, al. 2, tot voorwaarde stelt vestiging van woonplaats in het Rijk, en dus eene daad doet onderstellen, is deze ook m. i. niet in ieder geval noodig. Hij bijv. die ten huize van zijn vader, vader-voogd of moeder-voogdesse, Rijksingezetene, inwoont tijdens hij meerderjarig wordt en dat inwonen onafgebroken voortzet, wordt door dit feit alleen uit eigen hoofde Rijksingezetene, zonder dat er iets anders voor noodig is. De woonplaats (domicilie), die hij naar art. 78 B. W. gedurende zijne minderjarigheid volgde, wordt stilzwijgend voortgezet, doch verkrijgt het karakter van een eigen woonplaats en behoudt dit totdat er eene daad wordt gepleegd of eene omstandigheid voorvalt (bijv. onder curateelestelling), waardoor de woonplaats naar elders wordt verplaatst (38). Zoo werd er ook over gedacht door de Arr.-rechtbank te Winschoten, blijkens vonnis van 16 April 1851 (Rechtsg. Bijbl., II, 1852, blz. 22—25), bij de Koninklijke besluiten van 9 Februari 1872, n°. 10 (Gemeentestem n°. 1085) en van 12 Januari 1891 (*Stbl.* n°. 25), en door de Redactie van het W. v. d. Burg. Adm. in n°. 2187; zie mede de Gemeentestem n°s. 2374, 2376 en 2379. Evenwel zij niet verzwegen, dat er ook rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen zijn, die in anderen zin luiden en dat evenmin alle schrijvers over het B. W. met het bovenvermelde instemmen. Men zie o. a. een in hooger beroep bevestigd vonnis

---

(38) Mr. A. G. A. VAN RAPPARD verdedigde op 24 Nov. 1896 bij zijne promotie te Utrecht de stelling: De minderjarige, meerderjarig geworden, heeft zijn domicilie in het huis, waarin hij op het oogenblik zijner meerderjarigheid woont.

van de Arr.-rechtbank te Groningen van 14 Juni 1844, met aanwijzing van literatuur over het vraagpunt opgegeven in Mr. D. LÉON's Rechtspraak B. W., 2e druk, door Mr. C. ASSER, blz. 40 sub 4; een Kon. besluit van 30 Januari 1891, nº. 4 (Raad v. State, Afd. gesch. v. best., 1891) en de noot van (Mr.) J. v. H.(ALL) op blz. 25 van bovenaangehaald deel van het Rechtsg. Bijblad (zie, in verband hiermede, de aanteekening van de Redactie van dat blad bij het vonnis der Arr.-rechtb. te Amsterdam van 27 Augustus 1860 in dl. XI, 1861, blz. 73—76).

Ik nam tot voorbeeld het geval, dat de minderjarige meerderjarig wordende, in het huis van zijn vader of voogd inwoont. Maar wat als hij op dat tijdstip werkelijke woonplaats elders heeft? Stel: een student, wiens vader of voogd te A. woont, heeft wegens zijne studiën te B. kamers en inwoning ook tijdens hij meerderjarig wordt. Die werkelijke woonplaats, binnen of buiten het Rijk, beschouwt hij als tijdelijk, zijn te-huis is bij zijn vader of voogd te A. gebleven. Kan nu in zulk geval de meerderjarig-gewordene beschouwd worden het Rijksingezetenschap uit eigen hoofde te hebben verkregen? Deze vraag zou ik, zelfs als het werkelijk verblijf buiten het Rijk is, toestemmend beantwoorden, met het oog ook op het reeds genoemd Kon. besluit van 12 Januari 1891 (*Stbl.* nº. 25), waarbij de woonplaats, die een minderjarige student volgens het Indisch B. W. bij zijn vader in Indië had, geoordeeld is na zijne meerderjarigheid te zijn gecontinueerd, niettegenstaande zijn werkelijk verblijf hier te lande gedurende twee jaren tot voltooiing zijner studiën voor 's lands Indischen dienst. Met dit Kon. besluit en met dat van 8 Februari 1864, nº. 44 (R. v. State, Afd. gesch. v. best., 1864), ben ik van meening, dat, aangezien volgens het duidelijk voorschrift van de artt. 75 en 76 B. W. verandering van woon-

plaats stand grijpt alleen door de werkelijke inwoning in eene andere plaats, *gevoegd bij het voornemen om aldaar hoofdverblijf te vestigen* (39), de betrekking tot de vorige woonplaats, ongeacht feitelijk verblijf, zij 't van eenigszins langen duur, in eene andere plaats, blijft bestaan totdat de werkelijke vestiging elders met het voornemen om dáár te blijven, hebbe plaats gehad. Waar het meerderjarig geworden minderjarigen geldt, brengt de omstandigheid, dat zij gedurende hunne minderjarigheid niet eene woonplaats hadden uit eigen hoofde, maar slechts de woonplaats van hunne ouders of voogden volgden, geen verandering in mijne beschouwing, omdat de wet van 1892 minderjarigen als Rijksingezetenen aangemerkt wil hebben, indien hun vader of voogd Rijksingezetene is. Hierdoor is het motief vervallen, dat mij tijdens het vigeeren der wet van 1850 van oordeel deed zijn, dat minderjarigen niet konden hebben het ingezetenschap van art. 3 dier wet.

Ik behoef nauwelijks te zeggen, dat bij mijne hierboven ontwikkelde beschouwing op den voorgrond staat, dat verandering van woonplaats bij of na het meerderjarig worden, alleen dan invloed heeft op het Rijksingezetenschap, ingeval de woonplaats buiten het Rijk gevestigd wordt.

Eene andere opmerking van Mr. A. (blz. 105) betreffende art. 15, luidt: „zal, als de vader van een minderjarige sterft, en de moeder naar art. 400 B. W. voogdesse wordt, ook het Rijksingezetenschap van dien minder-

---

(39) Zie arr. H. R., 26 Nov. 1880 (W. v. h. R. nº. 4573). Het Ger.hof te 's-Gravenhage zeide in zijn arrest van 12 April 1897 (W. v. h. R. nº. 6954) dat voor woonplaatsverandering ingevolge de artt. 75 en 76 B. W., behalve van het vertrek, immers behalve van de werkelijke woning in eene andere plaats, bovendien van het voornemen om aldaar hoofdverblijf te vestigen, stellig moet blijken.

jarige, overeenkomstig hetgeen hiervoor ten aanzien van getrouwde vrouwen is gezegd, moeten vervallen en eerst weder terugbekomen worden, als de moeder, na 18 maanden na de ontbinding van het huwelijk, weder Rijksingezetene wordt. Wanneer dus de minderjarige in dien tusschentijd meerderjarig mocht zijn geworden, dan zal art. 15, al. 2, geene toepassing kunnen erlangen en een verblijf als in art. 13 bedoeld, gedurende 18 maanden na de meerderjarigwording moeten hebben plaats gehad".

In beide opzichten ben ik het met S. eens, aangezien, blijkens het voorafgaande, ook ik van oordeel ben, dat getrouwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouwen niet kunnen zijn ingezetenen in den zin van art. 13.

In aansluiting aan hetgeen op blz. 468 in de noot 18 ontleend is aan de dissertatie van Mr. T., zegt deze, m. i. alleszins te recht, op blz. 151: „Daarentegen kan natuurlijk het afhankelijk ingezetenschap van een minderjarige naar art. 15, eerste lid, niet eerder worden gerekend ontstaan te zijn dan op meergemelden datum van invoering en kan dus iemand, die vóór 1 Juli 1893 meerderjarig was, zich niet beroepen op art. 15, 2e lid, om zijn ingezetenschap te bewijzen".

„Wanneer" — vraagt Mr. T. blz. 140 — „moet de in het 2de lid bedoelde vestiging geschieden? Bij het bereiken van den meerderjarigen leeftijd, of mag het ook later nog? De wet zegt „*behoudt* hij de hoedanigheid van Rijksingezetene". De vestiging moet dus plaats hebben op een oogenblik dat hij die hoedanigheid *heeft,* d. w. z. op het tijdstip dat hij meerderjarig wordt; immers daarna zou hij naar het eerste lid geen Rijksingezetene meer zijn. Echter de redactie is verre van duidelijk".

Ook naar mijne meening moet, zal een minderjarige dadelijk bij het meerderjarig worden het ingezetenschap uit eigen hoofde *verkrijgen* (in den zin van art. 15, 2de

lid, *behouden*), de vestiging, resp. de continuatie van woonplaats, in het Rijk geschieden op het tijdstip van meerderjarig worden. Is hij op dat tijdstip metterwoon buiten het Rijk gevestigd, n.l. heeft hij dan wettige woonplaats, te onderscheiden van bloot tijdelijk verblijf, buiten het Rijk, dan kan hij, hoe kort die woonplaats moge hebben geduurd, niet anders ingezetene worden dan overeenkomstig art. 13, vermits hij zich niet kan beroepen op de gunstige bepaling van art. 15, 2de lid.

Ouderlooze minderjarigen, die bij het intreden der meerderjarigheid geen voogd hebben; natuurlijke kinderen, die door geen der ouders erkend zijn en geen voogd hebben, of die erkend zijn door ouders welke nog minderjarig zijn, voor zoover deze kinderen geen voogd hebben, en minderjarige vondelingen, wier ouders niet of niet wettelijk bekend zijn, vallen evenzeer buiten de toepassing van art. 15, al. 2, en kunnen het Rijksingezetenschap niet verkrijgen dan door het hebben van woonplaats in het Rijk, na *sedert hunne meerderjarigheid* gedurende de voorafgaande 18 maanden daar of in de koloniën of bezittingen des Rijks in andere werelddeelen woonplaats te hebben gehad, en wel uit eigen hoofde en niet als gevolg van huwelijk of curateele.

's-Gravenhage, Mei 1897.

L. F. G. P. Schreuder.

Eene oude vraag.

Beteekenis van art. 1354 *B. W.*

Raadpleegt men de geschiedenis van den Code Civil, dan moet het de aandacht trekken, dat noch in het Exposé des Motifs van den Staatsraad BIGOT-PRÉAMENEU, noch in het Rapport van den Tribun FAVARD, noch in het Discours van den Tribun MOURICAULT met een enkel woord sprake is van art. 1122. De vertaling van dit artikel in ons art. 1354 is op gelijke wijze tot stand gekomen: ook uit VOORDUIN's bekend werk blijkt niet, dat daarover schriftelijk of mondeling een enkel woord gewisseld is.

Deze omstandigheid zou kunnen leiden tot de onderstelling, dat het artikel eene eenvoudige regeling bevat, zoo duidelijk dat ieder reeds door de lezing van de onmisbaarheid er van overtuigd moet zijn, of wel eene dier bepalingen, zooals er meer in het Wetboek voorkomen, noodig om de stelselmatige behandeling van eenig onderwerp volledig te maken, maar voor practische toepassing weinig of niet bestemd.

In dien laatsten zin plegen onze Nederlandsche wetsuitleggers het artikel dan ook inderdaad op te vatten. DIEPHUIS (Systeem X bl. 446) zegt het uitdrukkelijk, waar hij leert, dat de plaatsing van het artikel in ons Wetboek hem voorkomt gelukkiger te zijn dan in den Code Civil, maar *de bepaling even goed had kunnen weggelaten worden.* En al verklaren de hoogleeraren OPZOOMER en LAND het niet met zoovele woorden, de beteekenis,

die zij aan het artikel geven, is zoo gering, dat de lezer zeker tot dezelfde gevolgtrekking zal komen.

Een geheel tegenovergestelden indruk ontvangen wij, wanneer wij ons van de schrijvers wenden tot de jurisprudentie. Wij zien dan, dat op ons artikel door pleiters en rechters veelvuldig beroep gedaan wordt, en de toepassing, die zij er aan geven, van dien aard is, dat het een der belangrijkste van het geheele Wetboek verdient te heeten. Terwijl toch reeds het Romeinsche recht berustte op eene scherpe onderscheiding tusschen zaken- en verbintenissenrecht, en het nieuwe recht deze onderscheiding door het invoeren van openbare registers voor de zakelijke rechten eer verscherpt dan verzwakt heeft, zien wij hier als het ware onder onze oogen een nieuw rechtsinstituut opkomen, dat het midden tusschen beiden houdt; het behoort noch tot het eene noch tot het andere, of liever het ontleent aan beiden verschillende karaktertrekken. Nu zeg ik niet, dat de wetgever onbevoegd zou zijn om zulk een eigenaardig rechtsinstituut te scheppen; ik zeg vooralsnog ook niet, dat het niet gewenscht zou kunnen wezen; ik bepaal mij hier tot de opmerking, dat het vreemd is, dat dit zoo zonder eenige toelichting geschied zou zijn, en dat de gronden, waarop de jurisprudentie berust, wel zeer sterk moeten zijn, om zulk een ernstig resultaat te rechtvaardigen.

In de volgende bladzijden wensch ik eene poging te doen om de vraag te beantwoorden, of dit inderdaad het geval is, en of wij ons niet veeleer op een weg bevinden, waarvan wij verstandig zouden doen terug te keeren. Zoo ik dit thans doe, is het niet, omdat ik meen veel nieuws over de vraag te kunnen zeggen; zij is zoo oud, en in de vele processen, waartoe zij aanleiding heeft gegeven, zoo nauwkeurig behandeld, dat ik mij daarmede niet durf vleien. Toch ondernam ik het, tegen de schijn-

baar vast gevestigde jurisprudentie onzer rechterlijke collegies op te komen; en wel om twee redenen, die mij de hoop geven, dat ik eenige kans heb op een goeden uitslag.

Vooreerst heeft men waarschijnlijk in den aanvang niet voorzien, welke toepassing langzamerhand gegeven zou worden aan het stelsel, dat toen werd aangenomen. Thans, nu die gevolgen bekend zijn, en men weet, welke moeite het kost niet verder te gaan, en te verhinderen, dat men tot inderdaad ongerijmde resultaten komt, is er wellicht kans op de erkenning, dat de jurisprudentie sedert lang op een dwaalspoor is.

En in de tweede plaats komt het mij voor, dat zij, die zich tegen de jurisprudentie verzetten, waarmee ik vooral de boven genoemde schrijvers bedoel, aan de woorden zoowel als aan de geschiedenis van het artikel geweld aandoen, ten einde er eene beteekenis aan te kunnen geven, die alle theoretische bezwaren vermijdt. Hoe gaarne ik daarom met hen mede zou gaan, ik vrees dat wij het niet mogen doen. Gelukkig echter is eene andere verklaring denkbaar; en kunnen wij, met eerbiediging der woorden, aan dezen zulk eene uitlegging geven, dat de voornaamste bezwaren, die ik tegen de door mij verworpen leer heb, weg vallen.

Bij de ontwikkeling mijner meening zal ik beginnen met een overzicht der resultaten, waartoe de tegenwoordige jurisprudentie leidt; vervolgens mijne bezwaren daartegen ontwikkelen; eindelijk de opvatting verdedigen, die naar mijn gevoelen de voorkeur verdient.

Vóór dat ik tot eene beschouwing der jurisprudentie overga, kan het echter zijn nut hebben, den lezer den tekst van art. 1122 C. C. waarvan art. 1354 B. W. de getrouwe vertaling geeft, voor den geest te roepen.

„On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention."

De groote vraag, die zich naar aanleiding van dezen tekst heeft voorgedaan, is deze: wat moet men verstaan onder dat „stipuler pour ses ayants-cause: bedingen voor zijne rechtverkrijgenden?" Is onder het „bedingen" ook het aangaan van verplichtingen begrepen; en zijn „rechtverkrijgenden" ook zij, die onder een bijzonderen titel opvolgen? De Hooge Raad zoowel als de groote meerderheid der overige rechterlijke collegies beantwoorden beide vragen toestemmend.

Reeds in het eerste arrest, waarbij de vraag ter sprake kwam, geschiedde dit ondubbelzinnig. De zaak was deze. In 1811, onder de heerschappij van het Fransche recht, had iemand te Leiden een huis verkocht met de bepaling, dat de kooper en zijne successeuren nu noch nimmer het tot een schouwburg of liefhebberij-comedie zouden mogen approprieeren of daartoe laten gebruiken. Een der volgende eigenaars overtrad dit verbod, en daarop vroeg de opvolger van hem, die het beding gemaakt had, wegruiming van al de toebereidselen tot tooneelvoorstellingen, die daarin gemaakt waren, met schadevergoeding. Deze vordering werd bij arrest van het Provinciaal Gerechtshof van Holland van 25 Januari 1840 (Wb. 79) toegewezen, en de cassatie daartegen verworpen bij arrest van 28 Januari 1841 (Wb. 157). Volgens den Hoogen Raad was hier niet, zooals door den eischer beweerd was, sprake van eene erfdienstbaarheid, die in strijd met art. 686 C. C. (721 B. W.) ten behoeve van een persoon gevestigd zou wezen; maar had het Hof terecht de overeenkomst beschouwd als een geoorloofd pactum contractui venditionis adjectum. Wat betreft het bezwaar, dat zulk een pactum alleen effect zou

kunnen hebben tusschen de contracteerende partijen, besliste de Hooge Raad (en hierop komt het voor ons aan) „dat in facto vast staat, dat de oorspronkelijke kooper den beperkten eigendom van het pand niet alleen heeft verkregen voor zich, maar zich zelven en zijne successeuren, de verdere verkrijgers van het pand, aan die beperking heeft onderworpen, en dus alleen eigenaar was en alleen den eigendom kon overdragen met die beperking; en dat almede in facto is aangenomen, dat de tegenwoordige eigenaar bij den koop die beperking heeft gekend of immers heeft kunnen of behooren te kennen; dat hij dus in de plaats en rechten des eersten koopers tredende is zijn verbonden successeur, en geenszins als een derde in den zin van art. 1165 C. C. (1376 B. W.) kan worden aangemerkt".

Ik merk in de eerste plaats op, dat zoowel Hof als Hooge Raad op den voorgrond stellen, dat het hier betrof eene zoogenaamde lex venditionis, een beding, dat volgens het Romeinsche recht aan de koopovereenkomst verbonden kon worden, zoodat de eigendom, dien de kooper kreeg, was een gebrekkelijke. „Alle rechten op het goed worden afgestaan, (zeide de pleiter voor den verweerder) een eenig uitgezonderd, niet om het aan zich zelven te houden, maar om het aan den verkrijger niet over te dragen. Hij, die zoodanigen gebrekkelijken eigendom heeft, kan nimmer den vollen eigendom aan zijne rechtverkrijgenden overdragen". Mag men hieruit afleiden, dat de beide collegies anders zouden geoordeeld hebben, indien het niet betroffen had het bijkomend beding van eene koopovereenkomst, maar hetzij eene zelfstandige overeenkomst, of wel eene, die aan een ander contract verbonden was?

Voorts verdient het wellicht de aandacht, dat in de aangehaalde overweging gewezen wordt op de omstan-

digheid, dat de tegenwoordige eigenaar het beding kende of althans had moeten en kunnen kennen. Wat de beteekenis dier vermelding is, blijkt niet; evenmin of eene andere beslissing gegeven zou zijn, wanneer de eigenaar het beding niet had kunnen kennen.

En ten laatste meen ik er op te moeten wijzen, dat art. 1122 C. C., ofschoon daarop bij pleidooi uitdrukkelijk beroep gedaan was, in het arrest niet wordt genoemd. Of dit met voordacht geschied is, valt natuurlijk niet uit te maken; misschien mogen wij echter aannemen, dat de beslissing stilzwijgend op genoemd artikel berustte, daar er anders geene afdoende reden zou wezen, waarom de regel van art. 1165 C. C. (1376 B. W.) niet toepasselijk werd geacht.

Na het in vele opzichten merkwaardige arrest van 1841 volgens drie andere, die meer of min bij elkander behooren; t. w. die van 5 Mei 1865, 7 Juni 1872 en 24 Januari 1879 (Wb. n°s 2691, 3473, 4341). Het eerste betrof eene dading, in 1394 aangegaan tusschen het Hoogheemraadschap van Rijnland en den polder van Nieuwkoop, waarbij aan de ingelanden van dezen polder eenige vrijdommen werden toegekend.

De voortdurende geldigheid dier dading werd aangenomen, „omdat de tegenwoordige ingelanden van den polder zijn opgevolgd aan en getreden in de rechten van de eigenaars der gronden, ten behoeve van welke de overeenkomst werd gesloten; dat bijgevolg het Hof de overeenkomst met juistheid mede heeft toegepast op den verweerder, als zijnde zij gesloten tusschen het Hoogheemraadschap en de voorgangers van den verweerder en van de verdere ingelanden van den polder, alzoo niet tusschen derden."

Het tweede arrest betrof eene overeenkomst, in 1702 aangegaan tusschen Dijkgraaf en Heemraden van Zuid-

Holland en de ingelanden van Nieuw Velgersdijk, omtrent de voorwaarden, waarop aan dezen eene uitwatering in het aan genoemd waterschap toebehoorend Spui werd toegestaan.

Ook deze overeenkomst werd als nog verbindend aangemerkt, op grond „dat de beslissing, dat de overeenkomst door de ingelanden van Nieuw Velgersdijk is aangegaan voor henzelven en hunne rechtverkrijgenden titulo singulari, is van zuiver feitelijken aard; en, wat betreft de daaruit getrokken conclusie, te weten de verbindende kracht der overeenkomst voor die rechtverkrijgenden, dat in het algemeen alle overeenkomsten, die niet in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden, bestaanbaar zijn, en mitsdien de partijen, die ze gesloten hebben, en, voor zooveel de aard der zaak het medebrengt, hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden verbinden; dat de eischer derhalve, om de verbindende kracht der overeenkomst met goed gevolg te betwisten, had moeten aantoonen, dat zij in strijd is met de wet, onder wier heerschappij zij is gesloten; dat hij in zoodanig betoog niet is geslaagd."

Het derde arrest betrof eene overeenkomst, in 1777 gesloten tusschen de eigenaren der hooge en die der lage landen in het waterschap Sappemeer, hierop neerkomend dat laatstgenoemden zouden mogen vervaardigen een vallaat, en aan eerstgenoemden vrijdom van betaling bij het doortrekken daarvan werd toegestaan.

Ook hier werd de vraag, of het Hof terecht het waterschap als rechtverkrijgende beschouwd heeft, toestemmend beantwoord, omdat „bij art. 25 van het Reglement is bepaald, dat aan het bestuur in het algemeen de behartiging der belangen van het waterschap is opgedragen; dat hieronder bepaaldelijk behoort de uitvoering en opvolging van bestaande privaatrechtelijke overeenkomsten,

waarbij rechten of vrijdommen zijn verzekerd; dat dit reeds volgt uit art. 1354 B. W.; dat toch het waterschap zeer zeker met betrekking tot de rechten en verplichtingen, bij het bedoeld contract bedongen, is opgevolgd aan de medecontractanten, voorgangers van den nu verweerder."

Al wordt in het laatste arrest ons artikel uitdrukkelijk aangehaald, en is de redactie der beide eerste van dien aard, dat men mag aannemen, dat zijn inhoud den stellers voor den geest heeft gestaan, meen ik toch te mogen betwijfelen, of zij tot ons onderwerp behooren. Immers, in de eerste plaats betreffen zij overeenkomsten, vóór de invoering der Fransche en Nederlandsche wetboeken getroffen, wier geldigheid dus naar het oude recht beoordeeld moet worden; dit argument, waarop in het arrest van 1872 beroep wordt gedaan, had ook in de beide andere gevallen tot verwerping der voorziening kunnen leiden. Maar bovendien handelen alle drie over de onderlinge verhouding der ingelanden van een zelfde waterschap; een onderwerp, dat naar de opvatting van onzen tijd van publiekrechtelijken aard is. Of de tegenwoordige ingelanden zich beroepen kunnen op voorrechten als waarvan hier sprake is, en of bij het herzien der reglementen zulke voorrechten moeten worden geëerbiedigd, zijn belangrijke vragen; maar met art. 1354 B. W. hebben zij niets te maken. Alleen in zooverre heeft de omstandigheid, dat de Hooge Raad de voortdurende geldigheid der overeenkomsten met dat artikel in verband bracht, voor ons belang, dat er uit blijkt, welk eene ruime beteekenis aan die bepaling toegekend werd.

Eene beslissing, die daarentegen zeer zeker op ons artikel berustte, en ook alleen daarop berusten kon, bevat het arrest van 26 Nov. 1880 (Wb. 4584). Daar was door de eigenaars van eenige veengronden met een

aannemer een contract aangegaan, en werd door die eigenaars de nakoming er van geëischt. Tusschen het sluiten der overeenkomst en het instellen der vordering waren echter enkele eigendommen in andere handen overgegaan; en de vraag was nu, of de gezamenlijke eigenaars als zoodanig de vordering hadden kunnen instellen.

Deze vraag werd, nadat eerst was uitgemaakt, dat de gezamenlijke eigenaars niet als vereeniging of rechtspersoon gehandeld hadden, en de bevoegdheid om in rechte op te treden dus voor ieder hunner individueel moest vast staan, toestemmend door den Hoogen Raad beantwoord. De grond, waarop dit geschiedde, luidt „dat art. 1354 B. W. blijkens de algemeenheid der uitdrukking onder rechtverkrijgenden ook verstaat hen, die dat zijn onder een bijzonderen titel; dat wel niet elke persoonlijke verbintenis van den voorganger in den eigendom van eenig bijzonder stuk goed op den verkrijger onder bijzonderen titel overgaat; doch dat dit moet geacht worden wel het geval te zijn, waar die, gelijk is uitgemaakt, met den eigenaar als zoodanig gesloten, betreft de zaak, in den eigendom waarvan de nieuwe verkrijger is opgevolgd".

Ten aanzien van deze beslissing maak ik twee opmerkingen. Vooreerst gold het hier rechten, geene verplichtingen, die beweerd werden met de eigendomsoverdracht te zijn overgegaan. En in de tweede plaats werd waarde gehecht aan de omstandigheid, dat de overeenkomst, door de eigenaars „als zoodanig" gesloten, de zaak betrof, wier eigendom was overgedragen. Wat met dit laatste bedoeld wordt, is duidelijk; maar minder duidelijk is de opmerking, dat de oorspronkelijke partijen hadden gehandeld „als eigenaars". Beschouwde de Hooge Raad dit als eene kwaliteit, en zou de beslissing anders

uitgevallen zijn, indien zij, zonder van die zoogenaamde kwaliteit melding te maken, ten behoeve van de hun toebehoorende gronden gehandeld hadden?

Wat hiervan zij, het meest belangrijke arrest, èn om de duidelijk uitgesproken bedoeling, èn om de ver gaande strekking, is zeker dat van 24 April 1884 (Wb. 5031).

Het geval was het volgende. A. had aan B. een stuk grond verkocht met bepaling dat B. of zijne rechtverkrijgenden het binnen twee jaren bebouwen zouden; bij niet voldoening daaraan zou de grond zonder eenige vergoeding aan A. terug vallen. B. verkocht den grond met hetzelfde beding aan C.; C. zonder eenig beding van zulk eene strekking aan D. Daar na afloop der twee jaren de bebouwing niet gevolgd was, vroeg A. teruggave van den grond met eene vordering, die door de rechtbank ontzegd, door het hof toegewezen werd.

De voorziening tegen laatstbedoelde beslissing werd verworpen, terwijl de overwegingen, waarop het voornamelijk aankwam, luidden:

„dat bij art. 1354 B.W. is bepaald, dat men verondersteld wordt bedongen te hebben niet alleen voor zich zelven maar ook voor zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden;

„dat „bedingen" hier evenals in de artt. 1380, 1383 en 1384 B.W. in het algemeen beteekent „contracteeren — overeenkomen," niet alleen voor zich iets bedingen, maar ook „zich verbinden," in tegenstelling met art. 1385, waar niet alleen van „bedingen" maar ook van „zich verbinden" de rede is, en dus die beide woorden te zamen dezelfde beteekenis hebben, welke in de eerst genoemde artikelen aan het woord „bedingen" alleen moet worden toegekend;

„dat toch bepaaldelijk in art. 1354 aan het woord

„bedingen" geene andere beteekenis kan worden gehecht, 1°. omdat de overgang van eene uit wederkeerige overeenkomsten spruitende verbintenis niet aan andere wetten kan onderworpen zijn dan de overgang van eene uit zoodanige overeenkomst spruitende vordering, en 2°. omdat het woord „bedingen" ten aanzien der rechtverkrijgenden geene andere beteekenis kan hebben dan ten aanzien der erfgenamen, op wie buiten twijfel niet alleen de bedongen rechten, maar ook de uit overeenkomst spruitende verbintenissen overgaan, zoodat het Hof te recht art. 1354 niet alleen op rechten maar ook op verbintenissen heeft toegepast;

„dat het Hof evenzeer terecht als rechthebbende in den zin van dat artikel heeft beschouwd den opvolger krachtens bijzonderen titel, den kooper van een onroerend goed, met betrekking tot verplichtingen, door den verkooper ten aanzien van dat goed op zich genomen; vermits „rechthebbende" hier niet alleen beteekent den cessionaris, wiens rechten bij art. 668 B.W. worden geregeld, daar in dat geval de bepaling van art. 1354 geheel zou zijn overbodig, maar ook hen, die hun recht op het goed aan den oorspronkelijken contractant ontleenen; welk recht door dezen niet anders kan worden overgedragen dan het is, en dus met de beperkingen en onder de voorwaarden, waarmede hij zelf het recht heeft verkregen, omdat niemand aan een ander meer recht kan overdragen dan hij zelf heeft, en dientengevolge hij, die slechts een voorwaardelijk recht heeft, geen volledig recht kan overdragen."

Dat ik het recht had aan deze beslissing eene ver gaande beteekenis toe te schrijven, zal niet licht worden ontkend. Immers niet alleen gold het hier eene verplichting, die geacht werd stilzwijgend met den eigendom te zijn overgegaan, maar zelfs eene om iets te doen (te bouwen), en

eene, waarvan het bestaan den tegenwoordigen eigenaar onbekend was. Zoo ver was, gelijk wij zagen, nog geen der vroegere arresten gegaan.

Ook in een ander opzicht is het arrest merkwaardig, namelijk omdat de argumenten voor de door mij verworpen leer daarin wel kort maar toch volledig opgenomen zijn. Ik zal daarover nu echter zwijgen, omdat die argumenten later meer bepaald ter sprake zullen komen.

Na 1884 heeft de Hooge Raad nog slechts eens eene beslissing over de beteekenis van ons artikel gegeven, en wel in den afgeloopen winter, 8 Januari 1897 (Wb. 6916). Daar was ingesteld eene gewone actio confessoria door iemand, die beweerde, dat hij als eigenaar van zeker erf het recht van voetpad over een naburig erf had. Het Hof besliste op feitelijke gronden, dat de bedoeling der acte, waarop de eischer zich beriep, niet was geweest eene erfdienstbaarheid te vestigen, maar eene persoonlijke vergunning aan den vroegeren eigenaar te verleenen; en stelde zich daarna de vraag, of zulk eene vergunning geacht kon worden, krachtens art. 1354 op den tegenwoordigen eigenaar te zijn overgegaan.

Die vraag werd ontkennend beantwoord; en het daartegen ingesteld beroep in cassatie verworpen, hoofdzakelijk op grond, dat op de wijze, in art. 1354 B. W. bedoeld, nooit rechten verleend kunnen worden, die, om bestaanbaar te zijn, in den vorm van een zakelijk recht gevestigd zouden moeten zijn.

Tegen deze uitspraak kan zeker geen bezwaar zijn, maar men ziet, op welken gevaarlijken weg wij ons bevinden, wanneer vragen, als het Hof gesteld had, mogelijk zijn, en in ernst behandeld worden. Ware de beantwoording in anderen zin uitgevallen, wat zou dan dat persoonlijk recht van voetpad, hetwelk op alle eigenaren van een

erf overging en toch geene erfdienstbaarheid was, geweest zijn?

Ik neem hiermede afscheid van de jurisprudentie van den Hoogen Raad om verder te onderzoeken, welke toepassing de overige rechterlijke collegies aan ons artikel plegen te geven. Beslissingen, die van de leer van den Hoogen Raad afwijken, zijn uitzonderingen; ik ken er slechts twee, een vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 18 April 1882 (P. v. J. 22) in de zaak, waarop het aangehaalde arrest van 1884 betrekking heeft, en een van de rechtbank te Utrecht van 5 April 1882 (Wb. 4814). De andere sluiten zich volkomen bij de leer van den Hoogen Raad aan, en leiden daaruit verschillende beslissingen af, die het van belang kan zijn hier te vermelden; des te volkomener is het beeld, dat de lezer zich van de bestaande jurisprudentie zal vormen.

Als krachtens art. 1354 B. W. op alle opvolgers in den eigendom overgegaan, vind ik dan aangenomen:

1°. het recht, dat vóór zekeren datum de turf van eene veenplaats verwijderd zou worden (Winschoten, 7 Februari 1872 Wb. 3517);

2°. de verplichting om geene afgraving te maken in een dijk (Groningen, 7 September 1883 Wb. 4968);

3°. de verplichting om in een huis geen verkoop van sterken drank te doen plaats hebben ('s-Gravenhage 4 Juni 1886 Wb. 5317);

4°. het recht om nakoming te vorderen van eene overeenkomst, waarbij een aannemer verlof had gekregen om grond te storten op zekere perceelen, onder de verplichting om die aarde op alle perceelen behoorlijk glad te maken ('s-Hertogenbosch 4 Juni 1886 Wb. 5467);

5°. de verplichting om de goot van een gemeenen muur te onderhouden (Breda 31 Dec. 1889 Wb. 5887);

6°. de verplichting om een perceel af te heinen ('s-Hertogenbosch 5 Februari 1892 Wb. 6167).

Eindelijk kan hier nog vermeld worden een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 14 November 1894 (Wb. 6595), waarin eene gelijkluidende beslissing gegeven wordt als in het jongste arrest van den Hoogen Raad van 4 Januari 1897.

Vat men deze jurisprudentie samen, dan blijkt, dat met uitzondering van ééne beperking, die in de laatste jaren door den Hoogen Raad en het Hof te Leeuwarden gesteld is, overigens aan art. 1354 steeds de meest ruime toepassing gegeven wordt, die mogelijk is. Allerlei persoonlijke rechten en verplichtingen worden, indien zij slechts op eenigerlei wijze in verband staan met den eigendom eener zaak, geacht stilzwijgend over te gaan op hem, die in den eigendom dier zaak opvolgt.

Tegen deze jurisprudentie nu heb ik onderscheidene bezwaren en wensch ik in de volgende bladzijden op ernstige wijze eene waarschuwende stem te doen hooren. Die bezwaren zijn velerlei, maar het komt mij voor, dat zij gevoegelijk tot twee hoofdpunten gebracht kunnen worden. In de eerste plaats toch wil ik er op wijzen, dat naar mijne overtuiging de scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht, waarop onze geheele wetgeving berust, door de heerschende leer omvergeworpen wordt. En in de tweede plaats komt het rechtsinstituut, dat wij uit de onderscheidene rechterlijke uitspraken mogen afleiden, mij zoo onbepaald voor, dat het onmogelijk is op te geven, binnen welke grenzen de toepasselijkheid van ons artikel aangenomen wordt.

Om ten aanzien van het eerste punt mijne meening duidelijk te maken, geloof ik niet een lang betoog of

geleerde uiteenzetting noodig te hebben. Eene herinnering aan de meest eenvoudige rechtsbeginselen zal daartoe wel voldoende zijn.

„Een recht in subjectieven zin (zegt GOUDSMIT I, p. 34) is de aan een persoon door het recht toegekende wilsheerschappij in betrekking tot een zeker voorwerp. Tegenover dit recht staat, zoo al niet eene stellige van een bepaald individu, de negatieve verplichting van alle overigen, den rechthebbende in de uitoefening zijner door het recht toegekende heerschappij niet te storen.

De wilsheerschappij van een persoon is gericht òf I onmiddellijk op een lichamelijk voorwerp in de natuur buiten ons, — is dit het geval, zoo wordt men gezegd een recht te hebben *op* de zaak; of wel II de wilsrichting bestaat hierin, dat men van een bepaald persoon eischt, dat hij iets doe of nalate, een en ander voor zoover daarmede een op geld waardeerbaar belang verbonden is; rechten van dien aard worden genoemd schuldvorderingen, obligatiën."

Van hoeveel belang deze onderscheiding is, die niet alleen bij GOUDSMIT maar bij alle rechtsleeraren gesteld wordt, en hoe zeer zij ten grondslag ligt aan elke wetgeving, mag ik als bekend aannemen. Ik ga hierop dus niet verder in, maar vraag alleen, welken invloed zij heeft ten aanzien van het onderwerp, dat ons thans bezig houdt: den overgang der verplichtingen op derden. Ik spreek daarbij met voordacht van overgang op derden, om den overgang op de erfgenamen ter zijde te stellen. Erfgenamen zijn nooit derden, maar treden in de plaats van hunnen erflater: personam defuncti sustinent; dat zij dus in alle verplichtingen zoowel als in alle rechten van den erflater opvolgen, voor zoover dezen van vermogensrechtelijken aard zijn en niet aan zijn persoon verbonden, berust op geheel

andere gronden, en heeft met den overgang op derden weinig of niets gemeen.

Ten aanzien van werkelijke derden echter moet ik er op wijzen, dat zoo ergens hier een diep ingrijpend verschil is tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht:, een verschil, uit het karakter van beide rechten noodzakelijk volgend.

In het zakenrecht zijn de aanspraken onmiddellijk gericht op de zaken, onafhankelijk van hare eigenaars: voor zoover dezen gehouden zijn die te eerbiedigen, of zelfs enkele persoonlijke verplichtingen na te komen, rusten die plichten op hen als zoodanig; zij gaan met den eigendom van zelven en stilzwijgend op volgende eigenaars over.

Hierin kan dikwijls, niet zoo zeer ten aanzien van den rechthebbende als wel van hem, die den eigendom van zulke zaken verkrijgt, eene hardheid gelegen zijn. Men kan meenen een geheel vrije zaak te ontvangen, om later tot de ontdekking te komen, dat derden daarop aanspraken hebben, die hare geldelijke waarde aanzienlijk verminderen, of wel de volkomenheid van het genot in menig opzicht beperken.

Geen wonder dan ook, dat de wetgevers steeds getracht hebben deze bezwaren zooveel mogelijk op te heffen, en daarin tot op zekere hoogte vrij wel geslaagd zijn. Reeds van ouds had de kooper onder omstandigheden, als die wij hier op het oog hebben, tegen den verkooper eene vordering tot vrijwaring, die, als er kwade trouw in het spel was, tot eene strafactie wegens stellionaat kon worden uitgebreid. Een jonger, maar niet minder werkzaam middel om hetzelfde doel te bereiken is de openbaarheid, die ten aanzien van zakelijke rechten op onroerende goederen meer en meer gehuldigd wordt, en zelfs in ons negatieve stelsel maar meer nog in het positieve stelsel

der Duitschers, bij eenige oplettendheid van de zijde van den derden verkrijger onaangename verrassingen tot hoogst zeldzame uitzonderingen maakt.

Wat hiervan echter zij, de aard van het zakelijk recht brengt mede, dat de rechthebbende zich uitsluitend houdt aan de jegens hem verbonden zaak, en alle overleggingen, aan den persoon des eigenaars of bezitters ontleend, hem volkomen onverschillig kunnen zijn. Wie dus die eigenaar wezen moge en hoe hij de zaak verkregen moge hebben, de rechten, die op haar rusten, gaan met haar over, en moeten door iedereen, door den eigenaar in de eerste plaats, geëerbiedigd worden.

Geheel anders is dit bij de verbintenissen; dezen kunnen niet worden overgedragen, tenzij èn de schuldeischer èn hij, die als schuldenaar de verplichting zou moeten dragen, daarin uitdrukkelijk toestemmen. De reden daarvan is duidelijk. De verplichting rust hier niet op eenige zaak, maar op den persoon des schuldenaars, en dan zou het wel de grootste onrechtvaardigheid zijn, indien iemand (buiten de gevallen, waarin de wet eene verplichting oplegt) op andere wijze verbonden zou kunnen zijn dan door eene vrijwillig aangegane verbintenis. Weinig minder onbillijk zou het wezen, indien men den schuldeischer in plaats van den door hem gewilden schuldenaar, een hem onbekenden misschien insolventen schuldenaar kon opdringen. Verbintenissen mogen dus al niet volkomen onvatbaar zijn voor overdracht; de toestemming van alle belanghebbenden is daartoe noodig; zonder schuldvernieuwing is zij ondenkbaar.

Toetsen wij, na dit een en ander vooropgezet te hebben, aan deze beginselen de vraag: tot welke categorie van rechten behoort het rechtsinstituut, dat wij uit de onderscheidene boven aangehaalde rechterlijke uitspraken meenden te mogen afleiden?

Is het een zakelijk recht? Neen; dit wordt in geen arrest beweerd, en zelfs in dat van 1841, dat van een beperkten eigendom gewaagt, uitdrukkelijk ontkend. Trouwens de plaats, die art. 1354 in het Wetboek inneemt, in den Titel van Verbintenissen, die uit contract of overeenkomst geboren worden, toont genoegzaam aan, dat althans naar de bedoeling des wetgevers hier van een werkelijk zakelijk recht geene sprake is.

Daar komt bij, dat, als het een zakelijk recht was, het niets anders zou kunnen wezen dan eene soort van erfdienstbaarheid. Maar dan zou men in strijd komen met het hoofdbeginsel van art. 721, hetwelk bepaaldelijk verbiedt, erfdienstbaarheden ten behoeve van een persoon daar te stellen.

Geen zakelijk recht dus, maar eene verbintenis. Neemt men echter dit aan, en laat men deze verbintenis overgaan op de wijze als waarvan wij vele voorbeelden gezien hebben, dan komt men evenzeer in strijd met een der hoofdbeginselen van ons recht; t. w. dat niemand anders dan tengevolge van zijn vrijen wil door eene overeenkomst gebonden kan zijn. Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen; zij kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken; dit leert art. 1376 op ondubbelzinnige wijze. In strijd daarmede zou men eene verbintenis verkrijgen, overgaande op de wijze der zakelijke rechten, zonder de waarborgen, die de wet voor den overgang van verbintenissen noodig acht, maar evenzeer zonder de waarborgen, die voor den overgang van zakelijke rechten voorgeschreven zijn.

En nu beweer ik niet — reeds had ik gelegenheid dit aan te stippen — dat de wetgever onbevoegd zou zijn om, indien hij dit verlangde, zulk een tweeslachtig recht te scheppen: maar alleen dat, eer hij er toe overging,

hij wel zou doen met de zaak rijpelijk te overwegen. Immers, zooals wij zagen, de regelen, die hij dan ter zijde zou zetten, hangen samen met de grondslagen van ons geheele recht, en berusten bovendien op motieven van rechtvaardigheid en billijkheid, die niet licht behooren te worden geteld.

En in allen gevalle beweer ik, dat de uitlegger het recht mist om uit eene bepaling, die de wetgever op eene weinig in het oog vallende plaats, en zonder daaraan blijkbaar veel gewicht te hechten, ter neder schreef, een instituut af te leiden, dat met al de hoofdbeginselen, welke diezelfde wetgever op andere plaatsen uitgesproken heeft, in strijd geraakt. Had deze zoo iets gewild, dan had hij die beginselen niet zoo uitdrukkelijk op den voorgrond moeten plaatsen; nu hij dit gedaan heeft, voegt het den uitlegger, aan het enkele hier ter sprake komend artikel eene beteekenis te geven, die met zijne bescheiden plaats in het geheele stelsel overeenkomt.

Mijn tweede bezwaar was, gelijk ik zeide, gelegen in de onbepaaldheid en onzekerheid der verschillende beslissingen. Telkens toch ontvangt men bij de lezing daarvan den indruk, alsof de rechter terug deinst voor den algemeenen regel, dat alle contracten betreffende eene zaak met den eigendom dier zaak overgaan, en hij dus behoefte gevoelt er op te wijzen, dat bij het bepaalde contract, waarover hij *nu* te oordeelen heeft, en onder de bijzondere omstandigheden, waaronder *dit* gesloten is, een stilzwijgende overgang wel kan worden aangenomen, maar hij in andere gevallen en onder andere omstandigheden zeker niet zoo ver zou gaan. Zelfs zeggen de Procureur-Generaal en het arrest van 1880 uitdrukkelijk, dat niet elke persoonlijke verbintenis van den voorganger in den eigendom op den verkrijger overgaat, maar ook zij geven

niet aan, ten aanzien van welke het dan niet het geval zal wezen. Voor kennis van de grens, waarbinnen het artikel geldt, beteekenen zulke uitdrukkingen natuurlijk niets; maar ze zijn toch niet van belang ontbloot, omdat er uit blijkt, dat men zelfs in een geval, waarin de toepassing zeer ver ging, zich verplicht achtte te herinneren, dat toch altijd zulk eene grens aangenomen moest worden.

Gaan wij thans de bovenvermelde uitspraken nog eens in bijzonderheden na om te zien, of wij op die wijze verder kunnen komen, dan komt in de eerste plaats in aanmerking het belangrijke arrest van 1841. Toch is het misschien, gelijk ik reeds opmerkte, minder juist in deze zaak te spreken van eene meer of min beperkte toepassing van art. 1354, omdat dit artikel, in het arrest niet genoemd, op de beslissing slechts een verwijderden invloed gehad heeft, en de redeneering van den Hoogen Raad veeleer de volgende is. De verkooper had zijn huis verkocht onder de bepaling, dat er nooit een schouwburg in gevestigd mocht worden; de kooper kreeg op die wijze niet den vollen, maar een beperkten (gebrekkigen, voorwaardelijken) eigendom; hij kon niet meer overdragen dan hij had; derhalve had ook de tegenwoordige eigenaar niet meer dan zulk een gedeeltelijk recht.

Om te betoogen dat zulk eene beperking van den eigendom naar Romeinsch recht mogelijk was, had de pleiter blijkens het verslag, in het Weekblad van het Recht voorkomende, een beroep gedaan op l. 48 D. II, 14; l. ult. C. IV, 54; Voet XVIII, 1, n°. 26. In geen dezer plaatsen is, naar mijne meening, sprake van eene blijvende beperking van den eigendom; maar al ware dit anders, onze wet kent zeker zulk eene beperking door aan het koopcontract toegevoegde pacta niet. Wil men ze naar ons recht handhaven, dan zou art. 1354 den eenigen grond opleveren,

waarop men zich beroepen kon, maar in dat geval is het onmogelijk, in die handhaving eene eigenaardigheid te zien van de zoogenaamde lex venditionis; de woorden van het artikel luiden algemeen ten aanzien van *alle* overeenkomsten.

In hetzelfde arrest wordt ook gewicht gehecht aan de omstandigheid, dat de tegenwoordige eigenaar het beding, waaronder het oorspronkelijke koopcontract gesloten was, kende. Wil dit zeggen, dat men het niet tegen hem zou hebben doen werken, indien dit anders ware geweest? Mij dunkt dit is niet aannemelijk, voor zoover de uitspraak op art. 1354 berustte: omdat die eisch, hoe billijk op zich zelf, in dat artikel niet gesteld wordt, en in het hoofdarrest van 1884 dan ook, volkomen terecht, wordt losgelaten. Het is niet meer dan eene poging om aan te toonen, dat in het onderhavige geval de gedaagde zich in billijkheid niet over zijne veroordeeling beklagen kon; eenige beteekenis voor de uitlegging van ons artikel is er niet aan te hechten.

In het arrest van 1879 wordt bijzonder op den voorgrond gesteld, dat het beding was aangegaan door de eigenaars der daar bedoelde gronden „als zoodanig". Ten aanzien van dit punt geldt in vele opzichten hetzelfde, wat ik zooeven opmerkte. Vooreerst begrijp ik niet, hoe men gezegd kan worden eene overeenkomst te sluiten „als eigenaar van eenig goed"; dit is toch niet eene kwaliteit, onafhankelijk van den persoon des dragers, en waarin een ander opvolgt, zooals hij b.v. in de hoedanigheid van voogd of burgemeester zou doen. Maar bovendien is in de woorden van art. 1354 niets, wat een dergelijken eisch zou rechtvaardigen; en is in al de overige gevallen geene sprake van de omstandigheid, dat de overeenkomst in eenige kwaliteit aangegaan, of de dagvaarding in eenige kwaliteit uitgebracht zou zijn.

Men behoeft daarin dus niet te zoeken eene aanwijzing voor volgende gevallen, maar enkel een bijkomenden grond, waarom in dit geval eene uitspraak mocht gegeven worden, die op zich zelve geacht kon worden met de gewone rechtsregelen in strijd te zijn.

Eene poging daarentegen om wel eene grens te trekken, die ook voor toekomstige gevallen bruikbaar zou zijn, ligt in de jongste arresten, waarin geweigerd wordt de toepassing van art. 1354, indien het beweerde recht geheel valt onder de definitie der erfdienstbaarheden, maar aan de eischen eener geldige erfdienstbaarheid niet voldaan is. Op zich zelf is hiertegen zeker niet veel in te brengen, maar als grensbepaling voor de toepassing van art. 1354 geeft de regel ook weer zeer weinig. Waar het om te doen is, is juist het verbinden aan den eigendom van verplichtingen, die niet onder het begrip van erfdienstbaarheid vallen; hoe ver men daarin gaan mag, blijft eene open vraag.

Een laatste eisch, die echter in geene rechterlijke uitspraak is overgenomen, wordt gesteld door Demolombe (XXIV, 284) die, in het algemeen aannemende, dat verplichtingen niet op rechtverkrijgenden onder bijzonderen titel overgaan, eene uitzondering maakt ten aanzien van die, welke „sans affecter la chose d'un droit réel, ont néanmoins un certain caractère de réalité, en ce sens que la chose elle-même répond de leur exécution, et que tout tiers détenteur est tenu de les remplir, s'il veut la conserver".

Terecht zegt Laurent (XVI, 16) hiervan: „cela est très vague et à notre avis inexact". Of wat moet de rechter in voorkomende gevallen doen, waarin de een „zeker" zakelijk karakter zal meenen te vinden, wat de ander met even veel recht ontkennen zal? Zal het b.v. zoo gemakkelijk zijn, dit karakter aan te wijzen in de

verplichting om een aannemingscontract gestand te doen, of om turf binnen zekeren tijd weg te halen?

Een en ander moge volstaan om mij recht te geven tot de uitspraak, dat ook de voorstanders der door mij verworpen leer gevoelen, dat het niet aan zou gaan, den eigenaar eener zaak van zelf te doen opvolgen in alle contracten, die ooit door vroegere eigenaars naar aanleiding van die zaak gesloten zijn. Zulk eene dwaasheid neemt natuurlijk niemand aan. Maar vraagt men, waar de grens ligt, dan blijven zij òf het antwoord schuldig, òf wijzen in ieder voorkomend geval op bijkomende omstandigheden, waaruit nooit een algemeene regel af te leiden zou zijn.

Naar ik vertrouw, zal den lezer uit het vorenstaande duidelijk geworden zijn, welke hoofdbezwaren ik tegen de gewone leer koester, en kan ik er thans toe overgaan, van mijne zijde de beteekenis te ontwikkelen, die ik aan art. 1354 meen te mogen hechten.

En dan begin ik met de eenvoudige opmerking, dat, waar in den Code Civil de woorden voor verschillende uitlegging vatbaar blijken te zijn, en de geschiedenis der wet (in den zin van Memorie van Toelichting en Beraadslagingen) geenerlei licht verschaft, de veiligste weg is raadpleging van Pothier. De titel betreffende de overeenkomsten vooral is, wij mogen dit als bekend aannemen, in hoofdzaak een excerpt uit zijn Traité des Obligations; waar het excerpt dus door zijne noodwendige kortheid aan duidelijkheid te wenschen overlaat, raadplege men het geheele betoog, waaruit het getrokken is, en in den regel zal de bedoeling volkomen helder worden. Zoo ergens, hier voert deze methode tot een gewenscht resultaat, zelfs op zoo afdoende wijze, dat men zich eigenlijk gezegd er over verwonderen moet,

hoe ons artikel ooit is kunnen worden misverstaan.

In art. V van Partie I ch. I behandelt POTHIER de vraag „ce qui peut être l'objet des contrats". Aan de beantwoording hiervan zijn de n°s 53—83 gewijd; waarbij als beginsel wordt op den voorgrond gesteld, „qu'il n'y a que ce que l'une des parties contractantes stipule pour elle-même, et pareillement qu'il n'y a que ce que l'autre partie promet pour elle-même, qui puisse être l'objet d'un contrat". Met eenigszins andere woorden wordt dezelfde regel uitgesproken in art. 1119 C. C. (1351 B. W.)

In § 1 (n°s 54—56) wordt dit beginsel in bijzonderheden uitgewerkt; wat betreft het stipuler moet, althans in rechte, algemeen de regel gelden: „lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle". Ook ten aanzien van het promettre is de regel duidelijk: „car lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose ou ferait quelque chose sans me faire fort de lui ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers ni moi". Iets anders zou het zijn, als ik mij voor dien ander had sterk gemaakt; „en ce cas la convention est valable, et elle oblige celui, qui a promis, aux dommages et intérêts résultants de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort". Deze laatste uitzondering vindt men weergegeven in art. 1120 C. C. (1352 B. W.)

In § 2 behandelt POTHIER dan vier gevallen, „dans lesquels nous stipulons et promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention fasse mention d'un autre"; gevallen dus, die schijnbaar maar niet werkelijk uitzonderingen op den regel vormen.

Als eerste geval (n° 57) stelt hij, dat het niet is „stipuler pour un autre, que de dire, que la chose ou la somme que je stipule sera délivrée ou payée à un tiers désigné par la convention". Omtrent dit geval verwijst hij naar

hetgeen hij daaromtrent bij de behandeling der betaling zeggen zal (III, 1, a. 2 § 4); de Code neemt daarover dan ook te dezer plaatse niets op.

Als tweede geval (n°s. 58—60) stelt hij: „ce n'est pas stipuler pour un autre mais pour moi, lorsque je stipule qu'on fera quelque chose pour un tiers, si j'ai un intérêt personnel et appréciable à prix d'argent, que cela se fasse." Over dit punt handelt art. 1121 C. C. (1353 B. W.)

Als derde geval (n°s. 61—66) voert hij aan: „c'est stipuler ou promettre pour nous-mêmes et non pour autrui, lorsque nous stipulons ou promettons pour nos héritiers, puisqu'ils sont en quelque façon la continuation de nous-mêmes: heres personam defuncti sustinet". In de n°s. 62—65 worden verschillende vragen besproken, die zich ten aanzien van het stipuler pour les héritiers kunnen voordoen; in n°. 66 die, welke het promettre betreffen. In den Code vinden wij te dezen aanzien niets terug: misschien heeft de ontwerper (en terecht) begrepen, dat het hier meer eene vraag van erfrecht dan van verbintenissenrecht gold.

Als vierde en laatste geval (n°s. 67—69) wordt eindelijk het volgende behandeld: „Ce que nous stipulons par rapport à une chose qui nous appartient, nous le pouvons valablement stipuler, non seulement pour nous et nos héritiers mais pour tous nos successeurs à titre singulier à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'ayants-cause, usité dans les contrats. Par exemple, je puis valablement convenir que vous ne ferez jamais valoir contre moi ni contre mes héritiers ou ayants-cause les droits de la substitution, qui pourrait être un jour ouverte à votre profit, par rapport à un tel héritage: et cette convention a effet même par rapport à ceux, qui acquerraient par la suite de moi cet héritage à titre singulier . . . . .

„Dans cette convention et les autres semblables, que nous faisons par rapport aux choses, qui nous appartiennent, non seulement nous pouvons stipuler valablement pour nos ayants-cause, mais nous sommes censés l'avoir fait, quoique cela ne soit point exprimé; soit que la convention soit conçue in rem, comme lorsqu'il est dit par une transaction passée entre nous, que vous vous engagez à ne jamais faire valoir les prétentions, que vous pourriez avoir par rapport à un tel héritage, soit que la convention soit conçue in personam, comme lorsqu'il est dit que vous vous engagez à ne jamais faire valoir contre moi vos prétentions par rapport à un tel héritage. En l'un et l'autre cas je suis censé avoir stipulé pour tous mes successeurs".

Dat nu ons art. 1122 C. C. (1354 B. W.) niet anders bedoelt dan in weinig woorden weer te geven, wat POTHIER ten aanzien van zijn vierde geval leert, kan, dunkt mij, bij vergelijking met den tekst, dien ik daarom wat uitvoeriger heb overgenomen, aan geen twijfel onderhevig zijn. Evenals men in de artikelen 1119—1121 heeft gehandeld ten aanzien van de vroeger door hem besproken punten, heeft men hier gedaan met de n°s. 67—69; en dat men het artikel in de Memorie van Toelichting niet heeft verduidelijkt, vindt blijkbaar zijn grond daarin, dat voor den lezer, die de voorgaande artikelen in POTHIER's Traité heeft weêrgevonden, en met de wijze van bewerking van den titel bekend is, eene nadere verklaring overbodig geacht werd.

Maar is dit zoo, dan vinden wij ook bij POTHIER de oplossing der vragen, die aangaande de beteekenis van ons artikel gerezen zijn, en geloof ik, dat wij daaromtrent veilig de drie volgende stellingen mogen aannemen.

1°. De rechtverkrijgenden, in het artikel genoemd,

zijn *alle*: ook, en zelfs in de eerste plaats, die onder bijzonderen titel.

Op dit punt wijk ik af van de Nederlandsche rechtsgeleerden, die, terugschrikkend voor de gevolgen, welke uit eene te algemeene opvatting van het artikel kunnen volgen, gemeend hebben hier alleen aan rechtverkrijgenden onder een algemeenen titel te moeten denken (1). Reeds de woorden der wet maken het moeilijk hen op dezen weg te volgen; immers als de wetgever zulk eene beperkte beteekenis aan het woord had willen hechten, waarom dan eene algemeene uitdrukking gebruikt?

Daar komt bij, dat, als men de bepaling opvat, zoo als de hier bedoelde schrijvers doen, zij volkomen overbodig is; dat toch de kracht der overeenkomsten overgaat op de erfgenamen onder een algemeenen titel, is (gelijk DIEPHUIS terecht opmerkt) een gevolg niet van eene veronderstelling van den wetgever of van wien ook, maar van hunne opvolging. En nu is het zeker niet ondenkbaar, dat de wetgever hier eene noodelooze bepaling heeft opgenomen; aannemelijk is het niet van de ontwerpers van den Code Civil, die overal met veel zorg en nauwkeurigheid te werk gingen (2). Eene oplossing,

(1) Als zoodanig noem ik bepaaldelijk OPZOOMER VI, bl. 67, DE PINTO, § 778, DIEPHUIS, Systeem, X, blz. 446. Volgens den eersten heeft men in ons artikel niets anders te zoeken dan de bepaling, die tot het wezen van het erfrecht behoort, dat namelijk alle rechten en verplichtingen, dus ook die op overeenkomst gegrond zijn, tot de erfgenamen overgaan, ten ware zij van zuiver persoonlijken aard zijn. De tweede verwijst enkel naar art. 880 B. W. en l. 9 D. de Prob. (XXII 3) en schijnt dus het artikel evenzoo op te vatten. De derde noemt wel de rechtverkrijgenden uitdrukkelijk naast de erfgenamen, maar op zulk eene wijze, dat hij blijkbaar aan niets dan rechtverkrijgenden onder algemeenen titel denkt.

(2) Dit bezwaar geldt in niet mindere mate de voorstelling van Prof. LAND (III, 172) die in zoover met de in de vorige noot genoemde schrijvers overeenstemt, dat ook volgens hem het artikel niets bevat, wat niet waar zou zijn, al kwam het in de wetgeving niet voor. Naar zijne meening toch leert het ten aanzien der rechtverkrijgenden alleen, dat er naast de

die aan het artikel eene wezenlijke beteekenis verschaft, verdient dus reeds om die reden de voorkeur.

Maar wat alles afdoet, is de autoriteit van POTHIER. Dat deze met zijne ayants-cause de opvolgers onder bijzonderen titel bedoelt, zegt hij herhaaldelijk, en blijkt uit al zijne voorbeelden. Zonder den tekst geweld aan te doen, mogen wij dien niet anders verklaren.

Zijn wij dus genoodzaakt ten opzichte van het eerste punt de meest ruime opvatting van ons artikel aan te nemen, twee beperkingen vind ik in de volgende regels.

2°. Om het beding te doen werken ten aanzien der rechtverkrijgenden, moet het betreffen de zaak, in wier eigendom zij zijn opgevolgd; deze moet het *voorwerp* der overeenkomst zijn. Ik erken, dat de woorden van ons artikel dezen eisch niet uitdrukkelijk stellen, ofschoon hij toch uit het gebruik van het woord „rechtverkrijgenden" wel is af te leiden. Immers het zou het toppunt van ongerijmdheid zijn aan te nemen, dat, omdat men in eenig opzicht rechtverkrijgende van een persoon is, men nu ook al zijne bedingen zou kunnen overnemen. Verband tusschen het beding en het recht, waarin men opvolgde, moet er zeker zijn, en welk ander zou het wezen dan dat beiden dezelfde zaak betreffen moeten?

Maar uit de voorstelling van POTHIER blijkt de bedoeling weer onmiskenbaar: het beding moet zijn gemaakt par rapport à une chose qui nous appartient. Door dezen eisch worden reeds enkele gevallen ter zijde gesteld,

---

erfgenamen nog andere personen zijn, die als zoodanig in eene verbintenis kunnen opvolgen: wie dit zijn, is eene vraag, die uit het stelsel der wet moet worden opgemaakt. Langs dien weg komt hij dan tot het resultaat, dat in het algemeen de verbintenissen overgaan op hen, die onder algemeenen titel opvolgen, terwijl het bij uitzondering ook op enkele opvolgers in den eigendom onder bijzonderen titel (b.v. den verhuurder en geassureerde) toepasselijk is.

waarin de jurisprudentie een beroep op art. 1354 toeliet; b.v. de drie boven vermelde waterschapszaken. Een beding toch, waarbij aan sommige ingelanden vrijdom van tol of andere voorrechten verleend worden, moge de waarde van den hun toebehoorenden grond verhoogen; het kan bezwaarlijk gezegd worden dien grond tot voorwerp te hebben.

3°. De in ons artikel bedoelde overgang geldt alleen ten aanzien van bedingen, ten behoeve van den vroegeren eigenaar getroffen, niet ten aanzien van verbintenissen, die hij op zich genomen heeft.

Omtrent dit punt, het voornaamste waarin ik van de gewone leer afwijk, komen mij wederom niet alleen de woorden onzer wet, maar ook die van POTHIER zoo duidelijk voor, dat men vooral hier bijna zou vragen, hoe het mogelijk was, dat ze ooit werden misverstaan. Even ontwijfelbaar als art. 1352 spreekt van verbintenissen, voor een derde gesloten, is in de artikelen 1353 en 1354 sprake van bedingen, ten behoeve van of voor een derde aangegaan (men zal toch tusschen die beide uitdrukkingen geen verschil maken?) En voorzoover de woorden der wet voor tweeërlei uitlegging vatbaar mochten zijn, valt zeker elke twijfel weg, als men POTHIER leest. De onderscheiding tusschen „stipuler" en „promettre" loopt als een roode draad door zijn geheele betoog heen; en met de meeste zorg wordt telkens onderscheiden, of er van opvolging in rechten dan wel in verplichtingen sprake is. Reeds uit het kort verslag, dat ik van zijne woorden gaf, blijkt dit voldoende; de geheele lezing van zijn betoog zal niemand ten einde brengen, zonder dienaangaande de meest volkomen zekerheid verkregen te hebben.

De bedoeling is dus, dat, wanneer ik een beding maak ten aanzien van eene mij toebehoorende zaak, mijne

rechtverkrijgenden, zoowel die onder bijzonderen als onder algemeenen titel, de nakoming daarvan zullen kunnen vorderen, ook al is van die bevoegdheid bij de overeenkomst niet uitdrukkelijk melding gemaakt.

Komt het artikel, aldus opgevat, mij, uit een wetenschappelijk oogpunt beschouwd, onberispelijk voor? Zeker niet. Dat men uitdrukkelijk ten behoeve van zulke rechtverkrijgenden bedingen moet kunnen maken, kan wenschelijk zijn, en overwegende bezwaren zou ik er niet tegen kunnen aanvoeren; integendeel ligt zulk eene bevoegdheid geheel in de richting van art. 1353. Daar is sprake van bedingen, terstond werkend ten behoeve van derden, maar als voorwaarde verbonden aan bedingen, die de schuldeischer voor zich zelven gemaakt heeft: hier van bedingen, die aanvankelijk werken ten gunste van den schuldeischer, en eerst later op anderen overgaan. Het onderscheid is niet groot genoeg om, wat in het eene geval wordt toegelaten, in het andere ongeoorloofd te achten.

Maar wel heb ik bezwaar tegen het vermoeden, dat men, ook zonder het uitdrukkelijk gezegd te hebben, verondersteld wordt aldus ten behoeve van die rechtverkrijgenden gehandeld te hebben. Zulk een vermoeden acht ik even onnoodig als onbillijk tegenover de wederpartij, vooral wanneer men (gelijk Pothier uitdrukkelijk wil) het ook gaat toepassen, wanneer in de overeenkomst de persoon des schuldeischers bepaald genoemd werd. Hij beroept zich daarbij op l. 17 § 5, D. II, 14. In hoeverre dit beroep juist is en deze wet werkelijk eene zoo ruime beteekenis heeft, kan ik hier in het midden laten, omdat het voor ons alleen de vraag mag zijn, of de bepaling, zij moge dan al of niet terecht aan Romeinsche rechtsbronnen ontleend zijn, nog altijd aanbevelenswaardig is. En dit is zij zeker niet, daar zij in strijd is

met de rechtmatige belangen des schuldenaars, die behoort te kunnen weten, waartoe hij zich verbindt, en wien het niet onverschillig kan zijn, jegens wien en voor hoe lang hij verbonden is.

Maar al prijs ik het resultaat, waartoe ik gekomen ben, dus niet onbepaald aan, en al zou ik het toejuichen, indien onze wetgever, tot herziening van het Burgerlijk Wetboek komende, ook ons artikel ernstig onderhanden nam, toch gevoelt men, dat de hier verdedigde opvatting verreweg de voorkeur verdient boven die, welke algemeen in de jurisprudentie gehuldigd wordt. Er is geene sprake meer van eene lex venditionis, die den onder zulk eene voorwaarde overgedragen eigendom voor eeuwig tot een onvolkomen, gebrekkig recht zou maken. Evenmin is het geoorloofd, onder inroeping van ons artikel, op den eigendom lasten te leggen, die geen ander karakter vertoonen dan van erfdienstbaarheden, in strijd met den ondubbelzinnigen wil des wetgevers, ten behoeve van een persoon gevestigd. En ten slotte is de mogelijkheid uitgesloten, om in strijd met een ander, even duidelijk uitgesproken, voorschrift des wetgevers, overeenkomsten van kracht te doen zijn buiten de handelende partijen, zoodat ze aan derden, die daartoe niet vrijwillig toegetreden zijn, ten nadeele strekken.

Ik zou hiermede mijne taak als afgedaan kunnen beschouwen, maar wensch aan het voorgaande nog enkele woorden toe te voegen betreffende de bijkomende argumenten, die door de voorstanders der heerschende leer plegen te worden aangevoerd. Liefst ontleen ik die aan het arrest van 1884 met de daaraan voorafgaande conclusie van den advocaat-generaal Smits, waarin zij volledig zijn opgenomen.

In de eerste plaats dan wordt daar aangevoerd, dat in

het algemeen het woord *bedingen* in ons wetboek contracteeren zou beteekenen, tenzij duidelijk blijkt, dat het gebezigd is in tegenstelling van *beloven*. Als voorbeelden van het eerste wordt gewezen op de artikelen 1353, 1380, 1383 en 1384; terwijl een voorbeeld van de laatstbedoelde tegenstelling te vinden zou zijn in art. 1385.

Hoe art. 1353 in dezen gedachtengang kan worden aangehaald, is mij onverklaarbaar: immers daar is sprake van bedingen ten behoeve van een derde, en is dus duidelijker nog dan in het volgend artikel de mogelijkheid uitgesloten om te denken aan verbintenissen, die men ten nadeele van een derde heeft aangegaan. En wat de drie andere artikelen aangaat, is de verwarring eenvoudig ontstaan, doordien onze wetgever zoowel de woorden *stipuler* en *stipulation* in de artt. 1119, 1121 en 1122 C. C. (1351, 1353 en 1354 B. W.) als het woord *clause* in de artt. 1157, 1160 en 1161 C. C. (1380, 1383, 1384 B. W.) door *bedingen* vertaald heeft; in art. 1162 C. C. (1385 B. W.) is weer sprake van *stipuler*. De Fransche wetgever houdt beide woorden nauwkeurig uit elkander; dat de onze de beide uitdrukkingen door hetzelfde woord heeft weergegeven, kan echter op de beteekenis der wetsbepalingen geen invloed uitoefenen.

In de tweede plaats wordt beweerd, dat de overgang van eene uit wederkeerige overeenkomst spruitende verbintenis niet aan andere wetten kan onderworpen zijn dan de overgang van eene uit zoodanige overeenkomst spruitende vordering.

Dit argument zou iets beteekenen, indien er sprake was van den overgang van rechten en verplichtingen ten aanzien van denzelfden persoon, niet nu de vraag is, of uit den overgang van rechten ten behoeve van den schuldeischer noodwendig de overgang van verplichtingen ten nadeele van den schuldenaar volgt. Dat,

wanneer uit eene wederkeerige overeenkomst voor A. rechten en verplichtingen volgen, zijne rechtverkrijgenden geene aanspraak op die rechten kunnen maken, tenzij aan de verplichtingen voldaan zij of alsnog door hen voldaan worde, is duidelijk. Maar daaruit volgt allerminst, dat ook op de rechtverkrijgenden der wederpartij, die door het contract *niet* verbonden wenschen te zijn, het contract stilzwijgend en tegen hun wil overgaat. Of zou uit het beginsel, dat schuldvorderingen bij wege van cessie mogen worden overgedragen, volgen, dat dit ook met verbintenissen het geval moet zijn?

Een derde grond, waarop niet alleen in de arresten van 1841 en 1884, maar ook in verschillende vonnissen beroep wordt gedaan, is deze, dat de oorspronkelijke contractant zijn recht niet anders kon overdragen dan het was, en dus met de beperkingen en voorwaarden, waaronder hij het zelf heeft verkregen: omdat niemand aan een ander meer kan overdragen dan hij heeft, en derhalve hij, die slechts een voorwaardelijk recht heeft, geen volledig recht overdragen kan.

De fout van deze redeneering schuilt hierin, dat hetgeen geldt van lasten, die op den eigendom rusten, of gebreken, die aan den eigendom kleven, wordt overgebracht op persoonlijke verbintenissen, die de eigenaar heeft aangegaan. Ten aanzien van de eersten kan men aannemen, dat inderdaad de eigendom zelf beperkt of gebrekkig is geworden, en dus (ofschoon niet zonder reserves) de regel geldt, dat hij, die zulk een eigendom heeft, aan een ander geen volkomen recht verschaffen kan. Maar ten aanzien van persoonlijke verbintenissen des eigenaars, die het eigendomsrecht zelf ongeschonden laten, geldt de regel zeker niet. Of nu de verplichtingen, waarvan hier sprake is, tot de eene of tot de andere categorie behooren, is de groote vraag: uit den bedoelden regel af

te leiden, dat zij allen van zelf met den eigendom overgaan, is niets dan eene petitio principii.

In de laatste plaats wordt van beide zijden gewezen op de eischen van het verkeer, die volgens den een zouden vorderen, dat de vrijheid der overeenkomsten zoo min mogelijk worde ingekrompen, volgens den ander, dat de eigendom zoo min mogelijk beperkt, en die beperkingen zelve zoo scherp mogelijk omschreven zullen zijn.

Ik zal daarvan niet veel zeggen, omdat hier geene sprake is van herziening, maar van uitlegging der wet, en argumenten van convenientie als het genoemde dus slechts van geringe waarde zijn. Alleen wensch ik een enkel woord te wijden aan de vraag, door den advocaat-generaal gesteld, of die zoogenaamde vrijheid van den grond beter gewaarborgd zal zijn, indien men aanneemt, dat verbintenissen niet met de zaak aan de opvolgers in den eigendom overgaan. Dan toch zal, volgens hem, langs een omweg kunnen verkregen worden hetgeen men nu verlangt. Bij niet-vervulling der verplichting zal men tegenover den eersten kooper de ontbinding van het koopcontract kunnen vorderen, waarmede de titel zou vervallen, en de eigendom zou kunnen opgevorderd worden van hen, die krachtens dien titel eigenaars werden.

Ik antwoord daarop vooreerst, dat op deze wijze alleen de uitvoering van verplichtingen, door den oorspronkelijken kooper jegens den verkooper aangegaan (de lex venditionis, waarvan het arrest van 1841 spreekt) kan worden gevorderd, niet die van zoovele andere, als men sedert 1841 uit art. 1354 heeft willen afleiden. Maar zelfs in die gevallen is de toepassing van art. 1302 vg. B. W. voor den derden verkrijger in elk opzicht te verkiezen boven die van art. 1354. Reeds dadelijk zal hij, indien hij den

eigendom mocht verkregen hebben krachtens een titel, waarin van de verplichting geen melding gemaakt wordt, na afloop van den verjaringstermijn, vrij eigenaar geworden zijn. Bovendien zal zijn voorganger, wetende dat hij zelf in de eerste plaats door de actie tot ontbinding met schadevergoeding bedreigd werd, er wel voor zorg dragen, dat de verplichting worde nagekomen of althans aan zijn opvolger medegedeeld. Ook is het een niet te miskennen voordeel, dat zulke bedingen met de koopovereenkomst overgeschreven worden, en de nieuwe verkrijger dus ook uit dien hoofde in de mogelijkheid is om zich voor schade te vrijwaren. Verschil tusschen beide rechtsmiddelen is er dus van het standpunt van den derden verkrijger zeer zeker; terwijl aan den anderen kant de verwijzing naar de artikelen 1302 vg. B. W. strekken kan om hen gerust te stellen, die meenen mochten, dat door de uitlegging, die ik aan art. 1354 geef, de vrijheid der overeenkomsten te zeer besnoeid wordt, en het onmogelijk zou worden, de belangen van den oorspronkelijken schuldeischer voldoende te verzekeren.

Ik eindig met er op te wijzen, dat de leer, die ik in de voorgaande bladzijden verdedigd heb, in de laatste jaren ook door de Fransche doctrine meer en meer wordt aangenomen.

Voor de tegenovergestelde opvatting wordt in de eerste plaats beroep gedaan op Toullier, VI, n°. 428—430. Zijne leer omtrent het onderwerp, dat ons heeft bezig gehouden, komt daar voor als onderdeel van een uitvoerig betoog over de „obligations réelles et personnelles" en de „transmission des droits et des obligations", dat te uitgebreid is om hier overgenomen en besproken te worden (de n^rs^. 397—462 vullen veertig bladzijden der

Brusselsche uitgave), maar waarheen ik den lezer verwijs, indien hij zich een denkbeeld wil vormen van de waarde, die aan TOULLIER's uitspraak te hechten is. Hij zal dan zien, dat deze schrijver onder pactes réels verstaat „ceux, dont les effets passent aux héritiers des contractants", onder personnels „ceux, dont les effets ne passent point aux héritiers". Na dit te hebben voorop gesteld, behandelt hij de vraag, „si l'effet des conventions passe aux successeurs à titre singulier", en beantwoordt haar toestemmend voor de droits résultants de la convention, ontkennend voor de obligations. Eindelijk geeft hij vier middelen aan de hand om niettegenstaande den ook door hem aangenomen regel den opvolger onder bijzonderen titel „indirectement" te onderwerpen aan de verbintenissen zijner voorgangers. Die vier middelen zijn 1°. ons artikel; 2°. het vestigen eener erfdienstbaarheid; 3°. het verleenen eener hypotheek; 4°. de assignatie. Mij dunkt, dat èn het gebruik der uitdrukking pactes réels voor overeenkomsten, waarin de erfgenamen opvolgen, en de wonderlijke samenvoeging der vier laatstgenoemde gevallen aantoonen, hoe flauw de onderscheiding tusschen zakelijk en persoonlijk recht, die trouwens in den Code Civil niet zoo op den voorgrond treedt als in ons Wetboek, TOULLIER bij het behandelen van dit onderwerp voor den geest stond.

Verder wordt door de voorstanders der jurisprudentie beroep gedaan op DURANTON X, n°s. 253, 259, MARCADÉ IV, n°s. 438, 441, MOURLON II, n°. 2080, DEMOLOMBE XXIV, n°. 284.

Als voorstanders van de leer, die ik verdedigd heb, pleegt men daarentegen aan te halen AUBRY en RAU II, n°. 176, noot 1, n°. 176*bis*; LAROMBIÈRE ad art. 1122, n°. 49, LAURENT XVI, n°. 14.

In het Répertoire van DALLOZ „Obligations" n°. 315,

werd het standpunt van eerstgenoemde schrijvers verdedigd; het Supplément is daarvan teruggekomen. Ofschoon dit werk zoo algemeen verspreid is, dat ik desnoods zou kunnen volstaan met eene enkele verwijzing, wensch ik mijn opstel te besluiten door hetgeen men daar vindt (n°. 102) geheel over te nemen. De resultaten, waartoe ook ik kwam, worden daar klaar en duidelijk ontwikkeld.

„Les ayants-cause à titre particulier du stipulant ne peuvent réclamer le bénéfice des stipulations faites par leur auteur qu'en tant que ces stipulations se rapportent directement à l'objet auquel ils ont succédé. Ils ne peuvent même, dans l'opinion de quelques-uns, se prévaloir des stipulations de leur auteur que si les droits et les actions, qui en résultent, se sont identifiés avec la chose par eux acquise comme qualités actives, ou en sont devenus des accessoires. On admet plus généralement, que le bénéfice des stipulations relatives à une chose peut toujours être considéré comme transmis à l'acquéreur à titre particulier, en vertu d'une cession tacite de créance; on décide par exemple, que l'acquéreur du fonds dominant pourrait requérir contre le propriétaire du fonds servant l'application de la clause pénale stipulée par son vendeur pour le cas, où le propriétaire de ce fonds gênerait l'exercice de la servitude.

Quant aux promesses, on s'accorde à reconnaître, qu'elles ne sont pas applicables à l'ayant-cause particulier, alors même qu'elles concernaient la chose, dont il s'est rendu acquéreur, à moins qu'elles n'aient eu pour effet de créer des droits réels. Si en effet les créances peuvent être cédées, et si l'on peut sous-entendre leur cession, il n'est pas de même des dettes, qui ne se transmettent pas par ce procédé, et qui d'ailleurs grèvent l'ensemble du patrimoine et non tel ou tel objet séparément".

Mr. P. R. Feith.

A. J. Driessen. *Schets der werkzaamheden in strafzaken van den Nederlandsch-Indischen ambtenaar van het Openbaar Ministerie op* Java *en* Madoera. — Academisch Proefschrift ter verkrijging van den graad van Doctor in de Rechtswetenschap. Amsterdam 1897. 262 blz. in octavo.

Vooral nu voor hen, die aan eene Nederlandsche Universiteit den graad van Doctor in de Rechtswetenschap wenschen te verwerven, de wettelijke verplichting is opgeheven om een Proefschrift te schrijven en te verdedigen, is het te waardeeren als dit toch geschiedt.

Te meer, wanneer daardoor een drukwerk in het leven wordt geroepen, dat niet alleen getuigt van studie en kennis, maar ook voor menigeen over een belangrijk onderwerp licht kan verschaffen.

En dit is het geval met het Proefschrift dat op 13 Mei jl. in de Aula der Universiteit te Amsterdam, onder den titel „Schets der werkzaamheden in strafzaken van den Nederlandsch-Indischen ambtenaar van het Openbaar Ministerie op *Java* en *Madoera*" door den heer Alfons Johan Driessen is verdedigd geworden.

De werkzaamheden van het Openbaar Ministerie in strafzaken grijpen diep in de belangen der maatschappij en ze te kennen in haren aard en hare strekking is zoowel voor de rechtsbeoefenaren, als voor de justiciabelen van groot gewicht. En deze kennis kan men, voor zooverre *Java* en *Madoera* betreft, op juiste wijze verkrijgen door de lezing van dit proefschrift.

De schrijver heeft er dus een nuttig werk door verricht.

Na in eene korte *Inleiding* herinnerd te hebben aan het ontstaan der Oost-Indische Compagnie en hare erkenning door de Staten-Generaal der Vereenigde Nederlanden bij het octrooi van 20 Maart 1602, handelt de S. in zijn eerste Hoofdstuk over *het Openbaar Ministerie in strafzaken onder het bestuur der Oost-Indische Compagnie en onder het Staatsbestuur tijdens* DAENDELS en RAFFLES.

Uit een geschiedkundig oogpunt is dit hoofdstuk zeer belangrijk.

In breede trekken wordt er eene schets in gegeven van de organisatie der rechtsbedeeling op strafrechtelijk gebied op Java en Madoera van de eerste vestiging der Nederlanders aldaar tot het herstel van het Nederlandsch gezag in de Oost-Indische Bezittingen.

Daarbij wordt telkens vermeld welke personen als openbare aanklagers of vertegenwoordigers van het openbaar gezag de taak vervulden, die nu behoort tot den werkkring van het Openbaar Ministerie, en welke hunne plichten waren.

Zoo maakt men achtereenvolgend kennis met den *Fiskaal* van de Compagnie, die, blijkens art. 3 van de door de Staten-Generaal op 27 Nov. 1609 gegeven Instructie, geroepen was om op te treden „in alle aanklagten en mesusen, overtreding der artikelen, brieven, ordonnantiën en bevelen, zoo van de Comp., als van den Gouverneur-Generaal en die van zijnen Raad, alsmede van alle onbehoorlijke handelingen en mishandelingen in 't stuk van Commercie van de Comp." ; met den *Bailluw*, die zijne jurisdictie uitoefende binnen de grenzen, bepaald ten westen door het rijk Bantam, ten oosten door Cheribon, ten Zuijden, zooverre het Landt strekt

tot aan de Zuijde Cust onzer jurisdictie", en die als hoofd van politie en openbaar aanklager moest fungeeren „omme op alle misbruijcken te letten, daarop goede toesicht ende regard te nemen"; met den *Advokaat-fiskaal*, die als openbaar aanklager was aangesteld bij de in 1620 opgerichte rechtbank van „d'ordinairen luijden van den gerechte in 't Casteel", welke op 10 September 1626 den titel bekwam van Raad van Justitie; met den *Landdrost*, die in 1651 werd aangesteld, voornamelijk tot wering van de strooptochten, die in de ommelanden van Batavia zoo menigvuldig voorkwamen en het verblijf in die streken zoo onveilig maakten; met den *Waterfiskaal* te *Batavia*, wiens betrekking, blijkens zijne Instructie van 20/21 December 1666, in het leven werd geroepen „aengesien eenige jaeren herwaerts de saecken, bij den fiscaal van Indië waergenomen werdende, vrij sijn vermenichvuldigt, behalve dat se al langen tijt voor desen zoo veel sijn geweest, dat se niet wel gevoegelijk en zoo als 't behoorde door een persoon alleen hebben cunnen waergenomen werden, zoodat ontwijffelijcken veele saecken ongemerckt doorgeloopen zijn, die tot merkelijck nadeel voor de Comp^e^ hebben gestreckt, en wel bijsonderlijck, dat op degene, die den particulieren handel drijven, soo nouw toesicht niet heeft cunnen werden genomen, als wel hadde behoort en te wenschen geweest, door de veelvuldige andere occupatien, die des fiskaels beroepinge aankleefden, en daerom 't oogmerc en de hope is, dat de particulieren handel meerder geweert en de Saecken van crimineele Justitie ordentelijcker en prompter souden werden waergenomen"; met de *Independente fiskaals*, gevestigd op Ceijlon, Souratte, Cormandel, Bengalen en Malacca, die, blijkens hunne Instructie van 30 Maart 1688, geroepen waren, op de plaats hunner residentie, „met alle vlijt, ernst en neerstigheit te bewaeren, be-

schermen en voorstaen de regten, jurisdictien, hoogheijt en authoritheijt van den Nederlandschen Staat in die gewesten", met den *Groot-djaksa* en de *Djaksa's*, van welken de eerste fiskaal was bij den in 1747 opgerichten Landraad te Semarang en tevens het oppertoezicht voerde over de Djaksa's in de districten, welke de Soesoehoenan aan de Oost-Indische compagnie had afgestaan, en die de te hunner kennisse gekomen delicten ter vervolging bij den Landraad aanbrachten bij den Groot-djaksa.

Verder herinnert de S., dat in den gebrekkigen toestand, waarin het rechtswezen onder het beheer der O.-I. compagnie en ook nog eenige jaren nadat deze had opgehouden te bestaan, verkeerde, eindelijk ingrijpende verandering kwam toen door Louis Napoleon als Koning van Holland tot Gouverneur-Generaal der Aziatische Colonien en Bezittingen werd benoemd de toenmalige Colonel-Generaal Herman Daendels en deze met krachtige hand te Batavia het bestuur voerde.

In algemeene trekken vermeldt de S. de wijzigingen, die het bestaande onderging, als: hervorming van de jurisdictie der Schepenen; instelling van een Landgerecht voor de Ommelanden van Batavia; oprichting van een Ambulant Gerecht voor de Jacatrasche Regentschappen en de Preanger Bovenlanden; stichting op Java van Landgerechten, voorgezeten door de Prefecten of Landdrosten, met een Djaksa als ambtenaar van het Openbaar Ministerie; oprichting van een tweeden Landraad, te Soerabaja, met een Groot-djaksa, evenals die te Semarang onder de O.-I. compagnie tot stand gekomen; instelling voor alle kleine zaken van een Vredegerecht in elk Regentschap; vestiging te Soerabaja van een nieuwen Raad van Justitie met een Fiskaal; instandhouding van den Hoogen Raad te Batavia, met een Advocaat-fiskaal als Openbaar Ministerie, aan wien ook

de functiën werden opgedragen, die tijdens het bestuur der O.-I. compagnie het deel waren van den Waterfiskaal.

In deze regelingen kwam geen wijziging toen op 1 Januari 1811 het Koningrijk Holland bij Frankrijk was ingelijfd, totdat Lord MINTO in naam van den Koning van Groot-Brittannië Java in bezit nam en THOMAS STAMFORD RAFFLES als Luitenant-gouverneur van Java en onderhoorigheden optrad.

Deze bracht in het beleid der justitie gewichtige veranderingen, die door den S. in het kort zijn opgeteekend.

Met ingang van 1 Februari 1812 werden alle Politie- en Justitiegerechten op Java afgeschaft; te Batavia werd een nieuwe Hooge Raad van Justitie ingesteld als rechtbank in eersten en hoogsten aanleg en Hof van appèl. Voor kleine strafzaken werd te Batavia ingericht een Bank van Magistraten, bijgestaan door een Bailluw voor de stad en een voor de Ommelanden, en een Waterfiskaal, die, evenals van oudsher, de speciale zorg en het bijzonder toezicht had uit te oefenen over de haven van Batavia, de politie op de schepen en de juiste nakoming van het tolreglement. De Bailluws moesten kennis nemen van de misdrijven, gepleegd door Inlanders en Chineezen, waarop geen hooger straf was gesteld dan vier weken gevangenis, eene boete van 25 rijksdaalders of eene lichte tuchtiging aan den lijve. Te Semarang en te Soerabaja werd opnieuw een Raad van Justitie in het leven geroepen. Naast dezen kwam in ieder dezer steden een Magistratenbank, waarbij een Bailluw dezelfde functiën vervulde als die te Batavia. Bovendien waren zij werkzaam als Waterfiskaals. Met opzicht overigens tot de rechtspraak over den inlander in strafzaken werd de instelling van Omgaande Rechters

verbeterd; de Landraden werden vervangen door Resident's Courts. Eindelijk werden er ook nog Districts- en Divisiegerechten ingesteld.

Vervolgens vermeldt de S. hoe de Advokaat-fiskaal, de Fiskaals, de Magistraten en de Officieren van politie belast waren met het opsporen en vervolgen van de misdrijven en overtredingen, en als gewichtigst punt der hervormingen van RAFFLES wijst hij op de overplanting op Java van de in Engeland zoo nationale instelling der jury, waarvan hij te recht schrijft dat zij in de praktijk totaal schipbreuk leed „zoowel wegens den kleinen kring van Europeanen op de drie hoofdplaatsen aanwezig, als door het volkomen gemis aan geschiktheid der inlandsche bevolking van Java voor eene taak, die een hoogen graad van maatschappelijke ontwikkeling en een fijn gevoel van recht, billijkheid en zedelijkheid vereischt."

Hoewel ook overigens blijkbaar niet ingenomen met de regelingen van het rechtswezen, die onder RAFFLES werden verordend, wijst de S. toch te recht met blijkbare voldoening op art. 26 van den Code of Provisional Regulations, waarbij op straffe van onmiddellijk van hun ambt ontslagen te worden en, zoo daartoe termen bestaan, tot een zoodanig zwaardere straf van infamie of andere te worden veroordeeld, aan den Fiskaal werd verboden uit confiscatiën, muleten of breuken eenig ander voordeel of aandeel te genieten als bij de wet bepaald of hem bij rechterlijk vonnis zal zijn toegekend, waardoor een einde werd gemaakt aan wat in de tijden der O.-I. Compagnie tot zoo grove misbruiken aanleiding had gegeven.

Het *tweede* Hoofdstuk van het Proefschrift handelt over *De Europeesche ambtenaren van het O. M. na het herstel van Nederland's onafhankelijkheid.*

Dit hoofdstuk begint met er aan te herinneren, dat, krachtens de Grondwet van 1814 de Souvereine Vorst uitsluitend het opperbestuur voerde over de Koloniën en, als zoodanig, op 26 November 1814 de Heeren Mr. C. T. Elout, G. A. G. P. Baron van der Capellen en A. A. Buijskes benoemde tot Commissarissen-Generaal, met het doel om de Bezittingen in den Indischen Archipel over te nemen en het bestuur aldaar te regelen.

Daarna deelt de S. kortelijk mede wat op het gebied van het rechtswezen door de Commissarissen werd gedaan en hoe zij, in afwachting welke wetten betreffende het rechtswezen in het vaderland zouden worden tot stand gebracht, slechts provisioneele reglementen en instructiën in het leven riepen, die wel overeenstemden met de hoofdbeginselen, omtrent het rechtswezen nedergelegd in het Reglement op het Beleid van de Regeering in Nederlandsch-Indië van 22 December 1818, maar zich alleen bewogen op het gebied van de zamenstelling der rechterlijke macht en van de procesorde in civiele en crimineele zaken, zoodat het materieele recht, zoowel ten civiele, als ten crimineele, bleef in den gebrekkigen toestand, waarin het verkeerde bij het herstel van het Nederlandsch gezag en waarin eerst de zoolang gewenschte radicale verandering kwam, ten civiele door de op 1 Mei 1848 ingevoerde wetboeken van burgerlijken handelsrecht, ten crimineele voor de Europeanen en met dezen gelijkgestelden in 1866 door het Wetboek van Strafrecht voor Europeanen, voor de Inlanders en met dezen gelijkgestelden in 1872 door dat voor Inlanders.

Op juiste wijze vermeldt de S. hoe het Openbaar Ministerie volgens de door de Commissarissen vastgestelde bepalingen was zamengesteld en hoe zijn werkkring in het algemeen was geregeld.

De hoogste ambtenaar van het Openbaar Ministerie

was de Procureur-Generaal bij het Hoog Gerechtshof, tevens Advokaat-Fiskaal voor de Land- en Zeemacht; op dezen volgden de Fiskaals bij de Raden van Justitie, tevens Auditeurs-Militair bij de Krijgsraden. De Procureur-Generaal was het hoofd der rechtspolitie en als zoodanig belast met de waarneming, handhaving en bezorging van het recht der Hooge Overheid ten aanzien van alle misdrijven, welke door hem, hetzij in persoon, hetzij door de hem ondergeschikte officieren van justitie bij de lagere rechtbanken werden vervolgd.

De werkkring van het Openbaar Ministerie was in twee deelen gesplitst; 1e. de rechtspolitie of het opsporen der misdaden, schuldigen en bewijzen, 2o. de crimineele rechtsvordering, of het vervolgen der misdrijven en het vorderen van de straf. De Procureur-Generaal was het hoofd van beide deelen over het gansche gebied van Ned.-Indië en had het onmiddellijk toezicht. De Fiskaals waren hem ondergeschikt en stonden hem in de vervulling zijner taak bij voor zooverre het rechtsgebied van den Raad van Justitie, bij welken zij waren aangesteld, zich uitstrekte. Bovendien waren aan den Procureur-Generaal als hoofd der rechtspolitie ondergeschikt verklaard alle beambten van politie, aangesteld tot het opsporen der misdaden en der schuldigen.

Verder vermeldt S. de werkzaamheden die de ambtenaren van het Openbaar Ministerie en hunne ondergeschikte met politie belaste ambtenaren ten aanzien van het opsporen en het vervolgen van misdrijven hadden te vervullen en welke hunne bevoegdheid was, wat moest geschieden bij ontdekking op heeter daad, wat bij ingebrachte klachten, wat met opzicht tot het strafgeding vóór en op de openbare terechtzitting, en wat dies meer zij.

Ook de Waterfiskaal wordt niet vergeten, die almede

onder de O.-I. Compagnie en het Engelsch tusschenbestuur bestond, en welk ambt door de Commissarissen-Generaal werd bestendigd tot handhaving van het op 28 Augustus 1818 door hen vastgesteld reglement op het heffen der inkomende en uitgaande rechten op Java en Madoera. Hun bevoegdheid en werkkring worden kortelijk omschreven en ten slotte deelt de S. mede, dat het ambt in 1825 werd ingetrokken, met opdracht van de taak der vervolging van overtredingen der wetten en reglementen op het middel der inkomende en uitgaande rechten aan de Fiskaals bij de Raden van Justitie.

Na deze mededeelingen omtrent het Openbaar Ministerie en zijn werkkring krachtens de regelingen der Commissarissen-Generaal, schets de schrijver in het kort de geschiedenis der op 1 Mei 1848 in het leven getreden zoogenaamde nieuwe wetgeving, terwijl het volgend gedeelte van het hoofdstuk is gewijd aan het Openbaar Ministerie bij de Europeesche rechtbanken, nl. het Hoog Gerechtshof, de Raden van Justitie en de Gerechten bij artikel 108 Regl. R. O. op Java en Madoera aan de residenten opgedragen, die door hem Residentiegerechten genoemd worden, zooals ook de titel is der er mede gelijkstandige Gerechten in de Buitenbezittingen.

Vervolgens wordt opgegeven aan welke ambtenaren en beambten de functiën van het Openbaar Ministerie op Java en Madoera door de wet zijn toevertrouwd en welke hunne werkzaamheden en bevoegdheden met opzicht tot de strafrechtsbedeeling zijn, als krachtens art. 55 Rgl. R. O. bijzonderlijk belast met de handhaving der wettelijke bepalingen en der besluiten van het openbaar gezag, alsmede met de vervolging van alle misdrijven en overtredingen en met het doen uitvoeren van alle strafvonnissen.

Op zeer juiste wijze beschrijft de S. de verhouding

van het Openbaar Ministerie tegenover het Bestuur. Daarbij komt in de eerste plaats in aanmerking dat in Ned.-Indië niet, evenals in Nederland, het beginsel van onafzetbaarheid algemeen is gehuldigd, maar slechts bestaat met opzicht tot den President, de Vice-presidenten en de leden van het Hoog Gerechtshof; dus niet ten aanzien van de ambtenaren van het Openbaar Ministerie; ook niet van hun hoofd, den Procureur-Generaal bij het Hoog Gerechtshof, zijnde door den Minister van Koloniën bij de behandeling van het Regeeringsreglement van 1854 in de Staten-Generaal uitdrukkelijk verklaard, dat de Regeering overtuigd is dat de onafzetbaarheid van ambtenaren van het Openbaar Ministerie strijdt met den aard en het doel der instelling.

Verder zet de S., na gewezen te hebben op de wettelijke verplichting der ambtenaren van het Openbaar Ministerie om de bevelen na te komen welke hun in hunne rechtsbetrekking door of vanwege den Gouverneur-Generaal worden gegeven, uiteen hoever deze bevelen mogen gaan, alsmede in hoeverre de Gouverneur-Generaal bevoegd is iedere vervolging te gelasten of iedere ingestelde vervolging te doen staken. Te recht meent de S. dat de beantwoording dezer vragen haar zwaartepunt vindt in de ware beteekenis van den regel van art. 81 Reg. Regl. „Alle tusschenkomst van de Regeering in zaken van Justitie, niet bij dit Reglement toegestaan, is verboden." Hij onderzoekt wat men onder „zaken van justitie" hier heeft te verstaan. Daartoe verdiept hij zich in de geschiedenis van het voorschrift en komt ten slotte tot de juiste conclusie, dat de Gouverneur-Generaal bevoegd is om aan de ambtenaren van het Openbaar Ministerie eene vervolging of het staken eener vervolging te bevelen, mits de rechter zich niet reeds met het geding heeft ingelaten, noch het geding voor hem aanhangig

is gemaakt, hetzij door een requisitoir tot rechtsingang, hetzij door de beteekening van een requisitoir tot dagvaarding.

Ook wijst de S. op de wettelijke bemoeienis van den Opperlandvoogd met strafzaken waar, volgens de wet, het Openbaar Ministerie niet gerechtigd is eene vervolging in te stellen zonder zijne voorafgaande machtiging of zonder zijn uitdrukkelijk verlof.

Elders doet de S. zeer juist uitkomen dat het Openbaar Ministerie, als bijzonderlijk belast met de vervolging van alle misdrijven en overtredingen, daarbij toch steeds de belangen der maatschappij in het oog moet houden en, indien dit een niet vervolgen vereischt, goed doet dit achterwege te laten, terwijl hij er tevens te recht op wijst dat deze bevoegdheid een gewenscht tegenwicht vindt in de macht van het Hoog-Gerechtshof om, indien het kennis draagt van verzuim in het vervolgen van misdrijven of overtredingen, verslag daaromtrent te vorderen van den Procureur-Generaal, en des geraden achtende de vervolging te bevelen.

In het breede wordt ook de aandacht gevestigd op de opschortende en de ontbindende voorwaarden, welke voor het Openbaar Ministerie het recht tot strafvordering verdagen of geheel doen vervallen.

Belangrijk is hetgeen de heer Driessen schrijft met opzicht tot het Openbaar Ministerie bij het Gerecht, voor Java en Madoera in het leven geroepen bij art. 108 Regl. R. O.. Hij wijst er op dat en waardoor vermoedelijk die ambtenaren van het Openbaar Ministerie niet zijn opgenomen bij de opsomming in art. 54 Reg. R. O., dat zegt door wie het Openbaar Ministerie bij de Europeesche Rechterlijke Collegiën wordt uitgeoefend, en betoogt te recht dat zij toch behooren te worden gerekend onder de Europeesche ambtenaren van het Openbaar Ministerie.

Hij stelt ook in het licht tot welke verwarring het aanleiding geeft, dat art. 203 Regl. Strafv. als regel voorschrijft dat de werkzaamheden van Griffier bij het Residentiegerecht worden waargenomen door denzelfden ambtenaar, die met de functiën van het Openbaar Ministerie is belast, terwijl art. 108 Regl. R. O. den Secretaris der Residentie of een door den Resident aangewezen ambtenaar als Griffier aanwijst, en als uitoefenaar der functiën van het Openbaar Ministerie een door den Resident aangewezen Europeeschen beambte; en hij wijst te recht op het gemis voor het Openbaar Ministerie bij het Residentie-gerecht van eene bepaling, als die van art. 9 Regl. Strafv., ten gevolge waarvan, nu bij een Kon. Besluit van 30 Aug. 1894 n°. 79 (*Ind. Stbl.* n°. 225) in art. 2 n°. 3 Regl. Strafv. aan de woorden „de ambtenaar van het Openbaar Ministerie" zijn toegevoegd de woorden „bij de Raden van Justitie en het Hoog Gerechtshof" de ambtenaren of beambten, die bij het Residentiegerecht het Openbaar Ministerie vervullen, niet bevoegd zijn tot nasporing der overtredingen, die bij dat gerecht behooren, welke lacune, naar zijn, mij juist voorkomend oordeel, zoo spoedig mogelijk moet worden aangevuld.

S. vestigt er mede nog de aandacht op, dat blijkens art. 255 Regl. Strafv. het Openbaar Ministerie bij het Residentiegerecht niet bevoegd is uit eigen hoofde de strafvonnissen van dat gerecht ten uitvoer te leggen, dewijl dit bij dit wetsartikel uitdrukkelijk is opgedragen aan den Resident, en hij uit den wensch dat eene verandering in de bepalingen voor het Openbaar Ministerie bij de Residentie-gerechten op Java en Madoera moge tot stand komen in den geest der in de Reglementen op het rechtswezen in de Buitenbezittingen daaromtrent gegeven voorschriften.

Menige goede bladzijde heeft de S. gewijd aan de ver-

schillende plichten, welke het Europeesch Openbaar Ministerie heeft na te komen, om zijn schoone taak naar behooren te vervullen, en hij heeft daarbij menige belangrijke quaestie te berde gebracht.

Verder handelt de S. over de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om, indien naar zijn oordeel de rechterlijke macht een te bezwarend of te licht vonnis heeft uitgesproken, eene betere en juistere uitspraak uit te lokken, waartoe hem de middelen van revisie, appèl en cassatie ten dienste staan. In het breede bespreekt hij deze drie middelen, daaronder begrepen de cassatie in het belang der wet, en hij bepaalt er zich niet toe slechts te vermelden wat bij de gebruikmaking van die middelen de ambtenaar van het Openbaar Ministerie behoort te verrichten, maar deelt ook mede wat de justiciabelen, wat de griffiers en rechters hebben te doen, om die middelen te doen beantwoorden aan het doel dat de wetgever er mede beoogt.

Hierna behandelt S. de taak die de ambtenaar van het Openbaar Ministerie heeft te vervullen met opzicht tot de tenuitvoerlegging van het gewijsde en daarbij wordt een enkel woord gewijd aan de gevallen die de strafvoltrekking schorsen, doen vervallen of te niet gaan.

Eindelijk wordt nog gesproken over de gevangenissen behoorende bij het Hoog Gerechtshof en de Raden van Justitie, er op gewezen dat de Procureur-Generaal en de Officieren van Justitie verplicht zijn nauwkeurige registers te houden, en te recht opgemerkt dat tot nog toe, in strijd met art. 361 Regl. Strafv., geen speciale gevangenissen tot bewaring van preventief in hechtenis gestelde beklaagden, die voor Europeesche rechtbanken moeten terechtstaan, zijn aangewezen.

Met genoegen zal men in dit Hoofdstuk de woorden van lof en waardeering lezen, die de heer Driessen

heeft geuit over den zamensteller van het Ned.-Indisch Reglement op de Strafvordering, zeggende: „De zamen-„steller van dat Reglement is de meergenoemde Staats-„raad Mr. WICHERS, die daartoe de opdracht van den „Koning gekregen had. Hij was hierbij gelukkiger dan „de Commissie, welke het Burgerlijk Wetboek en het „Wetboek van Koophandel ontworpen had. Hij immers „volgde het Nederlandsche voorbeeld niet slaafs na, zoo-„als de Commissie gedaan had. Waar hij gapingen vond, „vulde hij die aan; waar de Nederlandsche wet gebleken „was niet goed te zijn, heeft hij die fouten niet overge-„nomen, waar moeielijkheid of twijfel bestond heeft hij „die opgelost, in één woord, hij kweet zich op uitne-„mende wijze van zijne taak en maakte van de jaren „van ondervinding, hier te lande opgedaan, een ruim „gebruik".

Het *derde* Hoofdstuk van het Proefschrift heeft tot onderwerp „*De Inlandsche Ambtenaren van het O. M.* (op Java en Madoera) *na het herstel van Nederlands onafhankelijkheid*".

Het eerste gedeelte daarvan bespreekt de toestanden van het rechtswezen onder de inlanders en de vreemde Oosterlingen op Java en Madoera en de plaats, die daarin toekomt aan de inlandsche ambtenaren van het Openbaar Ministerie, volgens het door de Commissarissen-Generaal op 10 Januari 1859 (*Ind. Stbl.* n°. 20) vastgesteld Reglement op de administratie der Politie en de Criminele en Civile regtsvordering onder de inlanders in Nederlandsch-Indië, en de daarin op 27 Januari 1824 (*Ind. Stbl.* n°. 4) door den Gouverneur-Generaal VAN DER CAPELLEN gebrachte wijzigingen.

In korte trekken geeft de S. hier een beeld van het zamenstel van politie en justitie, voor zoover de strafzaken betreft, zooals dit volgens deze bepalingen op

Java en Madoera vigeerde tot de invoering der zoogenaamde nieuwe wetgeving op 1 Mei 1848, en te recht verheelt hij niet dat de gegeven voorschriften zeer onvolledig waren, hetgeen der Regeering in 1839 aanleiding gaf, om der Commissie aan welke de taak was opgedragen de nieuwe Nederlandsche wetgeving voor Ned.-Indië pasklaar te maken (de Heeren Mrs. C. J. Scholten van Oud Haarlem, J. Schneither en J. F. H. van Nes) aan te bevelen ook eene nieuwe regeling voor de rechtsbedeeling onder de inlanders zamen te stellen. Eene opdracht waaraan de Commissie voldeed door twee jaren later een ontwerp in te dienen van een „Reglement op de administratie, mitsgaders op de burgerlijke regtspleging en strafvordering van den inlander in Ned.-Indië".

Dit ontwerp mocht echter niet tot wet worden verheven, want, zooals de S. mededeelt, de Staatsraad Jhr. Mr. Wichers kon er zich niet meê vereenigen, voornamelijk omdat naar zijn oordeel: 1°. het ontwerp niet moest worden ingericht voor *geheel* Ned.-Indië, maar alleen voor Java en Madoera; 2°. het, als tot grondslag hebbende het Reglement van 1819, niet genoeg strookte met de inwendige gesteldheid der Indische maatschappij; en 3°. het zeer onvolledig was.

De S. verhaalt verder, hoe daarop de Heer Wichers een geheel ander ontwerp zamenstelde dat, na ten gevolge van de adviezen van verschillende autoriteiten, onder welken ook de Gouverneur-Generaal J. J. Rochussen geen onbelangrijke plaats vervulde, min of meer belangrijke wijzigingen te hebben ondergaan, bij publicatie van 5 April 1848 (*Ind. Stbl.* n°. 16) werd vastgesteld onder den titel „Reglement op de uitoefening der policie, de burgerlijke regtspleging en de strafvordering onder de Inlanders en de daarmede gelijkgestelde personen op

Java en Madura" en op 1 Mei 1848, tegelijk met de overige gedeelten der zoogenaamde nieuwe wetgeving, in werking kwam.

Hoogst belangrijk is hetgeen de Heer DRIESSEN schrijft met opzicht tot de verhouding waarin de inlandsche ambtenaar van het Openbaar Ministerie (Hoofddjaksa's, Djaksa's en Adjunct-djaksa's), ook volgens het op 1 Mei 1848 ingevoerde Reglement op de rechterlijke organisatie, staan tegenover den Procureur-Generaal bij het Hoog Gerechtshof, de Residenten en de Regenten. Menige gewichtige quaestie wordt daarbij onder de oogen gezien. Daartoe behoort in de eerste plaats de gewichtige vraag of de Procureur-Generaal en de overige leden van het Europeesch Openbaar Ministerie eenige bevelen mogen geven aan de inlandsche officieren van Justitie, welke vraag de S., na op zeer nauwkeurige wijze de geschiedenis van art. 62 Regl. Recht. Org. te hebben verhaald, te recht ontkennend beantwoordt. Ook wordt ter sprake gebracht de vraag in hoeverre de inlandsche ambtenaar van het Openbaar Ministerie niet alleen ondergeschikt is aan den Resident, maar ook aan den Regent.

Verder wordt in het breede medegedeeld welke de werkkring van het Inlandsch Openbaar Ministerie is bij het Regentschapsgerecht, den Politierechter, den Landraad en de Rechtbank van Omgang. En hierbij wordt niet verzuimd uit te weiden over de zamenstelling en de rechtsbevoegdheid ten crimineele van de beide inlandsche rechtbanken.

Ook beschouwt de S. te recht de inl. ambtenaren van het Openbaar Ministerie in hunne plichten en bemoeienissen, met opzicht tot de politie, daarbij zeer juist op den voorgrond stellende dat alleen de repressieve, niet ook de preventieve politie behoort tot hunnen werkkring.

Wijders doet de S. de inlandsche officieren van justitie kennen in hunne werkzaamheden bij het voorloopig onderzoek, bij huiszoeking, bij onderzoek aan den lijve, na inhechtenisneming van een verdachte, na de verwijzing, bij het onderzoek ter terechtzitting, bij de beraadslagingen, bij appèl, cassatie, revisie, alsmede met opzicht tot de gevangenissen, en hierbij komt menige vraag ter sprake, die bevredigend wordt opgelost.

Aan het einde zijner waardvolle monografie gekomen, deelt de heer Driessen, onder aanvoering van gronden, mede, tot welk gevoelen zijne studie hem met opzicht tot de instelling van het Inlandsch Openbaar Ministerie heeft gebracht. En dit gevoelen is verre van gunstig, want hij resumeert het in deze weinige woorden: „De instelling van het Openbaar Ministerie bij de inlandsche rechtbanken en gerechten is aarzelend in de wet opgenomen en draagt een bij uitstek tweeslachtig karakter", die ook door Mr. J. H. Abendanon werden geschreven in zijn praeadvies, uitgebracht in 1885 bij de behandeling in de helaas! nu niet meer bestaande Nederlandsch-Indische Juristenvereeniging van de vragen: „Hoe werkt de instelling van het Openbaar Ministerie bij de inlandsche rechtbanken op Java en Madura in strafzaken? Welke gebreken kleven aan haar en wat kan tot verbetering worden aanbevolen?"

Na nog in het kort het min gunstig oordeel door sommigen in drukwerken over het onderwerp geuit, te hebben vermeld, deelt S. de antwoorden mede, door de, in de vergadering der Juristenvereeniging te Batavia op 11 Juli 1885 aanwezige leden gegeven op de voorgestelde vragen, van welke de eerste: „Behoeft de instelling van het O. M. bij de inlandsche rechtbanken op Java en Madoera in strafzaken verbetering" met *algemeene* stemmen *bevestigend* werd beantwoord.

Uit al die antwoorden, in verband met hetgeen in de zoo uitgewerkte praeadviezen van Mrs. J. A. IMMINK en J. H. ABENDANON en in de bespreking ter vergadering is aangevoerd, is, schrijft de heer DRIESSEN, gebleken, dat mannen van jarenlange ondervinding en praktijk schroomden een werkelijk Inl. Openbaar Ministerie in het leven te roepen en zelfs niet dan schoorvoetend de rechten van den Djaksa wilden uitbreiden, alles verwachtende van eene goede opleiding, hetgeen hem doet aarzelen daartegenover een eigen meening uit te spreken.

„Maar toch", zoo schrijft hij weder, „ben ik van ge„voelen, dat de eindpaal van het streven naar verbete„ringen van het Indisch rechtswezen en ten deze in zake „de bevoegdheden en de verplichtingen van den Djaksa, „daar zal staan, waar hij, zij het ook na zeer langen tijd, „door de beschaving zal geplaatst worden. En waar dit „zijn zal is m. i. niet moeilijk op te maken. De alles „beheerschende vraag, van welke het afhangt welke „richting moet ingeslagen worden, is nl. deze of de „Inlander de noodige geschiktheid bezit voor dit ambt. „En dat de beantwoording dier vraag in stellig beves„tigenden zin mag gegeven worden, bewijzen de ver„scheidene voorbeelden door Mrs. M. C. PIEPERS en „T. H. DER KINDEREN bij de besprekingen van boven„staande vraagpunten aangevoerd. Voor groote rechten „met groote verplichtingen op eens, acht ook ik den „Inlander nu nog niet geschikt, omdat hij daarvoor „nog niet genoeg ontwikkeld is. Voor alles wil ook ik „die ontwikkeling. De Inlander, die zich nog erg moeielijk „in de idée kan inwerken, dat de maatschappij en in „haren naam de Staat, als vertegenwoordiger van die „maatschappij, voor hare belangen optreedt en die be„langen voor den rechter doet voorstaan door speciale

„door den Staat aangestelde ambtenaren, die Inlander „moet langzamerhand hiermede geheel vertrouwd raken, „hij moet het denkbeeld, dat slechts de beleedigde per„soon of zijne familie dat recht mogen uitoefenen, laten „varen. Hem moet ingeprent worden, dat, evenals bij „de familie het hoofd, telkens wanneer hare belangen „aangetast worden, als haar vertegenwoordiger optreedt „de Staat, te beschouwen als een complex van familiën „en dus weerom als één groote familie, waarin alle „kleinere zijn opgenomen, en als het ware in zamen„gesmolten, en dat aan het hoofd van die groote fami„lie, welke de Staat genoemd wordt, het recht moet „zijn toegekend om het misdadig familielid te bestraffen „en de andere familieleden tegen kwade invloeden te „beveiligen. Naar dit doel moet gestreefd worden en de „Inlander op den duur van het denkbeeld losgemaakt „worden, dat het strafrecht tot het privaat recht behoort, „dan eerst zal de tijd aangebroken zijn om den Djaksa „meerdere bevoegdheden te verleenen en langzamerhand „een geheel zuiver Inlandsch Openbaar Ministerie in „het leven te roepen, en dit met het Europeesche samen „te doen smelten, aan welks hoofd men dan een Euro„peesch ambtenaar kan aanstellen, om contrôle over „zijne handelingen uit te oefenen."

Het komt mij voor, dat de jeugdige schrijver gelijk heeft, en met hem ben ik van meening dat men wijs zal doen, alvorens diep ingrijpende verordeningen in het bestaande te maken, de resultaten af te wachten van de belangrijke uitbreiding van het onderwijs, die in het laatst van 1893 bij de School van Inlandsche hoofden te Magelang is ingevoerd, waardoor aldaar nu door een bekwaam rechtsgeleerde met aanvankelijk gunstig gevolg onderwijs wordt gegeven in de beginselen der Rechtswetenschap, het Staats- en Admi-

nistratief recht van Nederlandsch-Indië en de Beginselen der Staathuishoudkunde.

Aan de geschiedenis dezer instelling is het laatste gedeelte van het Proefschrift gewijd.

En hiermede meen ik den belangrijken inhoud van het door den heer Driessen geschreven werk voldoende in het licht te hebben gesteld, om er de aandacht zoowel van rechtsbeoefenaren als van Indische justiciabelen op te vestigen.

Het is eene monografie, die ten volle de lezing, overweging en waardeering verdient van een iegelijk, dien het rechtswezen in een der belangrijkste gedeelten der Ned. Indische bezittingen ter harte gaat en die den jeugdigen schrijver doet kennen als een man die den door hem verworven graad van Doctor in de Rechtswetenschap ten volle waardig is en van wien men grond heeft te verwachten dat hij de verworven kennis op dat gebied voortdurend zal uitbreiden en als goed rechts- en wetgeleerde zal weten aan te wenden in den dienst van recht en waarheid.

Te betreuren is het dat de jeugdige doctor, door omstandigheden van zijn wil onafhankelijk, gelijk hij in zijne Inleiding mededeelt, genoodzaakt is geworden van het voornemen, waarmede hij het onderwerp van zijn proefschrift koos, het volgen van eene loopbaan als rechterlijk ambtenaar in Ned. Indië, af te zien; te recht toch zou men op grond van den nu door hem geleverden arbeid de verwachting hebben mogen koesteren, dat hij zich zou hebben ontwikkeld tot een uitmuntend lid der rechterlijke macht in zijn nooit volprezen geboorteland.

Mr. T. H. der Kinderen.

Den Haag, Juli 1897.

VARIA.

De Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling, gevolgd door de Invoeringswet, met inleiding en aanteekeningen door Mr. J. D. VEEGENS. Derde Druk. — *Haarlem*, H. D. TJEENK WILLINK, 1897.

In den jaargang 1895 van dit Tijdschrift, blz. 612 de uitgave der Faillissementswet van den heer VEEGENS aankondigend, sprak ik als mijne overtuiging uit, dat zij niet minder dan meer omvangrijke werken van gelijke strekking, blijken zou in eene bestaande behoefte te voorzien. Aangenaam is het mij er thans op te kunnen wijzen, dat mijne voorspelling in zooverre is bewaarheid, dat nu reeds de derde druk voor mij ligt.

Tot eene vernieuwde bespreking van het werk bestaat natuurlijk geene aanleiding. Ik voeg aan de vermelding van het feit der uitgave dan ook alleen de mededeeling toe, dat thans mede zijn opgenomen de invoeringswet, de algemeene maatregel van bestuur, bedoeld in art. 19, en een drietal missives van den Minister van Justitie. Eindelijk is aan het slot eene korte inhoudsopgave geplaatst, die zeker zal bijdragen om de raadpleging gemakkelijker te maken.

P. R. F.

Dat in België, na veel strijd, de Vlaamsche taal ook op rechterlijk gebied is ingevoerd geworden, zal wellicht menigeen weten, ook die de wetten van 3 Mei 1889, 10 April 1890 en 4 Sept. 1891 niet las. Dat wellicht nog binnen kort die taal officieel zal worden, op gelijken voet met de Fransche, deelt ons de Inleiding mede van n°. 1

van het te Brussel, bij de Belg. Boekhandelmij, 16 Treurenberg, Bestuurder Osc. SCHEPENS, Maart 1897, verschenen maandelijksch *Rechtskundig Tijdschrift voor Vlaamsch-België*, waarvan de advocaat, tevens Kamerlid, JUL. V. D. LINDEN; H. DE HOON, Subst. v. d. Proc. des Konings en leeraar van Vlaamsch Strafr. bij de Hoogeschool te Brussel; A. DELCROIX, bureeloverste bij het Min. v. Binnenl. Zaken en Op. Onderwijs; L. OUWERX, adv. en oud-leeraar van Vlaamsche Strafr. bij de H. School van Leuven; ODILON PÉRIER, adv., die het *Beknopt Verslag* zal besturen, en K. BRANTS, gem.-Secretaris van Etterbeek, als Secretaris, den Opstelraad (de Redactie) vormen. Op de 32 bl. van n°. 1 volgt nog eene lijst van 22 medewerkers, tot nog toe allen Belgen, behalve M. JOSSON, adv. in Transvaal. Ook eene opgave van bij de Belg. Boekhandelmij verschenen juridische en economische werken.

De Inleiding bevat 2 bl. en gaat uit van het grondbeginsel: In „Vlaanderen Vlaamsch". Het gebrek aan Vlaamsche werken, die rechtsgeleerden en ambtenaren kunnen raadplegen, noemt ze eene zwarigheid bij 't gebruik dier taal voor vele advocaten en ambtenaren. Het tijdschrift zal ook wel Noord-Nederlandsche vonnissen mededeelen en Fransche (die laatste vertaald). Bl. 31 en 32 bespreken dan ook reeds een stukje uit de *Volksstem* van Pretoria, door M. JOSSON, over 't *Transvaalsche recht*, uit de *N. Rott. Ct.* over de brochure van Mr. R VORSTMAN, „*Een Belg. Strafstelsel en zijne Statistiek*", verder nog inhoudsopgave bevattend van Maart 1897 9e jaargang, van het *Bestuurlijk Tijdschr. v. Vl. België*, Lier, Jos. VAN IN & Cie, en van Jan. '97 van *Het Vlaamsch Bestuur*, Hasselt, CEYSENS, 8en jaargang.

In hoeverre nu de groote meerderheid der juristen in Vlaamsch-België even goed op de hoogte zal dienen te blijven van Fransch als van Vlaamsch, evenals dat ten

onzent wel te wenschen en ook waar te nemen is — zal wel nader, ook naast goed succes voor het *Tijdschrift*, blijken.

Interessant zijn de stukjes in n°. 1 wel. H. DE HOON vermeldt bl. 3—8 de wet van 10 April 1890 op het H. Onderwijs, die van af 1 Jan. 1895 eischt, dat al wie in Vlaanderen, Antwerpen of Limburg, of in de arrond. Brussel of Leuven benoemd wordt tot eenig rechterlijk ambt, behoudens bij de rechtb. van koophandel, moet hebben bewezen, door examen, dat hij voor 't gebruik der Vl. taal in strafzaken kan volgen de wet van 3 Mei 1889. De meesters in de rechten, die door hun diploma bewijzen, in 't Vlaamsch examen te hebben afgelegd over het Strafrecht en de Strafvordering, zijn van een nieuw examen vrij.

Te Leuven is dan ook reeds in 1896 een Vlaamsch college in het Strafrecht geopend, waarvoor zich 24 studenten lieten inschrijven.

Bij Kon. Besluit van 1 Mei 1896 kwam eene te Brussel zetelende jury tot stand voor het den 1en Dinsdag van April en van October te houden examen. Van 10 candidaten kregen 8, waaronder ook een paar Walen, in Oct. 1896 het verlangde getuigschrift omtrent hun kennis der Ned. taal.

Dat ook cand.-notarissen, die een benoeming in de Vlaamsche gewesten willen, het examen moeten afleggen, is zeer natuurlijk en in het Kon. Besluit bepaald (art. 9 § 6). Dat genoemd Kon. Besluit de griffiers en subst.-griffiers, wier betrekkingen in België geen doctorstitel vereischen, niet heeft vermeld, noemt Schr., stellig te recht, „eene „leemte."

Misschien nog *meer* dan voor andere rechterlijke ambtenaren kan men voor hen de kennis van de volkstaal noodig noemen.

Een andere redacteur, A. Delcroix, schrijft bl. 12—14 over het gemeentewezen in Nederland en in België. Op den duur hoopt hij behalve de Belgische wet dd. 30 Maart 1836 ook de Ned. wet dd. 29 Juni 1851 te gaan behandelen. De macht der Regeering is ten onzent grooter, wat den burgemeester betreft.

Jul. v. d. Linden deelt bl. 15—20 het wetsontwerp met de toelichting in de Kamer van Volksvertegenwoordiging mede, betreffende de behandeling in het Vlaamsch voor Krijgsraden en militair Hof.

K. Brants is nog een redacteur, die bl. 21—25 een vonnis dd. 17 Sept. 1896 van de rechtbank te Roermond behandelt, op artt. 336 en 341 B. W. gegrond en in 't *Paleis v. Justitie* 3 Nov. 1896 te lezen. Voorts schreef hij nog bl. 27—30 eene vergelijking van de termen in den Code artt. 331—342 met die van B. W. 327—344 betreffende de natuurlijke kinderen, het overspel enz. Een slot moet daarvan nog volgen.

Op bl. 26 wordt het plan der redactie vermeld om zooveel mogelijk Nederlandsch-Fransche en Fransch-Nederlandsche woordenlijst van rechtsvormen en rechtsuitdrukkingen mede te deelen. Mededeelingen daaromtrent zullen steeds welkom zijn. In dit eerste n°. staan ze nog niet.

Ten slotte kan men uit bl. 9—11 nog een stukje vermelden van een medewerker, die geen redacteur is, nl. Felix Rodenbach te Elsene. Hij noemt het „het burgerlijk en fiscaal recht vereenigd", en ook een zeldzaam geval.

Ergens in Vlaanderen verkocht A aan B een onroerend goed bij notarieele akte. Binnen de 24 uren vernietigen partijen, óók bij notar. akte, den verkoop, zoodat de verkooper weer in 't bezit treedt van het goed en de kooper van de door hem betaalde som. De ontvanger hief op de eerste akte van verkooping het

evenredig recht van $5^1/_2$ pCt. en op de akte van vernietiging het vaste recht van fr. 2.40, volgens de frimairewet, artt. 68, § 1, no. 40 en 69, § 7, no. 1. Schr. zegt, dat die $5^1/_2$ pCt. overeenkomt met den tekst der wet, en ook met eene beslissing van 20 Aug. 1857, gegrond op een arrest van 't Fransche Hof van Cass., van 9 April 1844 (*Rec. gén.* 3170) betr. art. 60 frimairewet, en haalt mede aan den *Dict. port.*, voce *Résiliement.*

Z. i. was intusschen ook de akte van vernietiging onderhevig aan het recht en de boete van overschrijving, al zijn er ook wel notarissen en bedienden der registratie en hypotheekbewaarders, die bij zulk een korten tusschentermijn anders beweren. Speciale uitzonderingen, gegrond op de in België geldende wetten van 3 Jan. 1824, 30 Maart 1841, 16 en 18 Dec. 1851, mag men niet uitbreiden; zij beletten niet, dat de vrijwillige vernietiging eener verkooping als een ware wederverkooping moet worden aangezien. LAURENT, boek 29, nos. 106—108, MATON, 1, bl. 278, no. 6 en BELTJENS, 4, bl. 314, no. 64 zijn ook van dat gevoelen, maar spreken niet over de betaling van het evenredig recht van $1^1/_4$ pCt. Volgens Schr. blijft dit cijfer in elk geval verschuldigd, hetzij de vernietiging binnen of na de 24 uren geschiedt. De Fransche schrijvers GARNIER (no. 14,443 en 14,444) en FLANDIN (1217) zijn ook van dat gevoelen, wat in Frankrijk zelfs nog meer beteekent dan in België, omdat in eerstgenoemd land het recht van overschrijving gezamenlijk met de registratie wordt berekend en ontvangen, volgens art. 52 wet 28 April 1816.

LESPINOIS (*Traité* nos. 332, 335, 397) heeft volgens Schr. ten onrechte in anderen geest geschreven, vrijwillige met gerechtelijke tenietdoening verwarrend (zie art. 5, no. 3, wet 3 Jan. 1824). Van de boete van het half recht, welke de ontvanger wegens te late betaling

oplegt, kan kwijtschelding worden bekomen. Voor $^3/_4$ pCt. dus nog.

Moge het *Tijdschrift* meer en meer ook in Nederland de Belgische wetgeving en uitspraken bekend maken!

A. H.

Werd in *Themis* 1893, blz. 183/84 het 12e deel besproken van *de Rechtspraak en de Administratieve Beslissingen op de Nederlandsche Staatswetten, Besluiten* enz., het twaalfde vervolg op Deel I der *Rechtspraak* van Mr. D. LEON, door Mr. E. L. VAN EMDEN, ook in 1895 kwam er weer een 14e deel, het 14e vervolg genaamd, uit, te 's-Gravenhage bij GEBR. BELINFANTE, bewerkt door Mr. N. CRAMER, advocaat en procureur te 's-Gravenhage. Het einde, ditmaal bl. 98—112, is ook nu weer een Alphabetisch Register. Het loopt over de 14 deelen der *Rechtspraak*, die het vervolg vormen op het werk van Mr. D. LEON. Bracht het 14e deel weer veel jurisprudentie aangaande reeds in *Themis* 1893 vermelde wetgeving, veelal woordelijk aangehaald evenals in het 12e deel — ook andere wetten en Kon. Besluiten kwamen nog aan de beurt. Nl. de vreemdelingenwet van 13 Aug. 1849, *Stbl.* n°. 39, art. 20; de wet van 21 Dec. 1853, *Stbl.* n°. 128, betr. het bouwen en planten enz. bij vestingwerken, art. 59; die van 22 Apr. 1855, *Stbl.* n°. 32, op vereeniging en vergadering, artt. 3 en 19; die van 1 Mei 1863, *Stbl.* n°. 42, betr. novaal tiendrecht van het Kroondomein; die van 2 Mei 1863, *Stbl.* n°. 50, middelbaar onderwijs, art. 37; die van 14 Sept. 1866, *Stbl.* n°. 138, betr. inkwartiering, onderhoud, transporten en leverantiën, artt. 17 en 32*bis*; die van 6 Apr. 1869, *Stbl.* n°. 39, betr. vervoer van vrachten op de landwegen, art. 1; die

van 22 Juli 1870, *Stbl.* n°. 138, over brievenposterij, art. 11; het Kon. Besluit van 13 Juni 1875, *Stbl.* n°. 119, betr. aanvaringen op rivieren, stroomen enz., art. 7 en ook algemeen; de onderwijswet van 8 Dec. 1889, *Stbl.* n°. 175, art. VI; die van 30 Dec. 1892, *Stbl.* n°. 292; de wet van 28 Juni 1881, *Stbl.* n°. 124, betr. auteursrecht, artt. 1 en 9; die van 10 Mei 1882, *Stbl.* n°. 66, tot aanvulling van die van 6 Apr. 1875, betr. de spoorwegen; die van 10 Mei 1886, *Stbl.* n°. 104, betr. verdeeling van markgronden; het Kon. besl. van 27 Juli 1887 (*Stbl.* n°. 141, betr. aangifte voor bevolkingsregisters, art. 5; dat van 27 Maart 1888, *Stbl.* n°. 67, betr. art. 34 wet op veeartsenijkundig Staatstoezicht, artt. 3 en 60; de wet van 23 Juni 1889, *Stbl.* n°. 82, tot voorkoming van bedrog in den boterhandel, artt. 2 en 6; het Kon. Besl. van 9 Dec. 1889, *Stbl.* n°. 176, betr. de arbeidswet, art. 1 n°. XI, *a*, bij Kon. Besl. van 10 Juni 1892 *Stbl.* n°. 136 ingelascht; het Kon. Besl. van 19 Febr. 1890, *Stbl.* n°. 26, tot uitvoering van art. 54*bis* wet l. ond., art. 1; het Kon. Besl. van 13 Aug. 1891, *Stbl.* n°. 158, policie op rivieren, art. 62; het Kon. Besl. van 15 Febr. 1892, *Stbl.* n°. 44, het baggeren, art. 9; id. van 11 Aug. 1892, *Stbl.* n°. 198, het bevisschen van Schelde en Zeeuwsche stroomen, art. 1; de wet van 12 Dec. 1892, *Stbl.* n°. 268, op Nederlanderschap en ingezetenschap, art. 37 en § 5 en 13; de wet van 30 Sept. 1893, *Stbl.* n°. 146, betr. handels- en fabrieksmerken, artt. 3 en 10.

Ten slotte deelt Schr. nog mede de jurisprudentie van 1892, betreffende art. 192 der Grondwet van 1848, de waterschappen regelend ongeveer zooals art. 190 der Grondwet van 1887.

Eerst nog intusschen komen negen aangehaalde wetten en Kon. Besluiten van vóór de Grondwet van 1848.

Buiten die welke *Themis* 1893 vermeldde, komt: de

Ordonnance du Roi, Août 1669 pour les eaux et forêts de son Royaume, Tit. XXVII, art. 42; het Keiz. Decreet van 21 Oct. 1811, artt. 2 en 9; de wet van 16 Nov. 1814, *Stbl.* no. 106, militaire 's lands gronden en gebouwen enz., artt. 4 en 5; de Zondagswet van 1 Maart 1815, *Stbl.* no. 21, art. 1; de wet van 8 Nov. 1815, *Stbl.* no. 51, houdende bepaling van den tijd binnen welken alle pretentiën ten laste van het Rijk zullen moeten worden ingediend.

Neemt men bij dit alles nog in aanmerking, dat Schr.'s juiste en duidelijke opgave nog vaak weer andere artikelen dan vroeger geldt bij de vroeger reeds in *Themis* vermelde wetten, wier namen hier nog veel ruimte konden innemen — dan zal men het werkje wel vatbaar noemen voor een ruim debiet onder de velen, voor wie het bijhouden der jurisdictie dienstig en gewenscht is.

In 1897 verscheen weer bij Gebr. Belinfante een nieuw stuk editie van Leon's *Rechtspraak*, ditmaal derde druk, saamgevat en aangevuld door Mr. N. Cramer, in Deel I, Afl. 8, *de Jacht en Visscherij* betiteld. Er zijn 89 bladzijden.

Omtrent die beide onderwerpen wordt het eerst gegeven: de Jachtwet van 13 Juni 1857, *Stbl.* no. 87, met de wijzigingswetten van 14 April 1886, *Stbl.* no. 61, 15 April 1886, *Stbl.* no. 64, 13 Juli 1896, *Stbl.* no. 105. Daarna nog de Souv. Besluiten van 19 Febr. en 25 Aug. 1814, betreffende herstel in het bezit van vischrecht, en dat van 8 Febr. 1815, *Stbl.* no. 11, houdende definitieve bepaling omtrent de uitoefening van het jachtrecht door eigenaars van heerlijkheden. Dan volgen nog de Kon. Besluiten van 21 Juli 1886, no. 123, omtrent zalm- en

elftvisscherij, en van 11 Aug. 1892, no. 198, omtrent 't bevisschen van Schelde en Zeeuwsche stroomen.

Ook wordt (bl. 84) nog één artikel, nl. 18, vermeld, van de Internat. Overeenkomst omtrent de policie der visscherij in de Noordzee, buiten de territoriale wateren, bij wet van 15 Juni 1883, *Stbl.* n°. 74 goedgekeurd.

Al die vermeldingen zijn mededeeling van rechtspraak, soms ook van ministerieele circulaires of van inhoud der literatuur bij de aangegeven artikelen. Den tekst zelf van wet of vonnis kan men in zulk een werk als dit meestal vrij goed vinden, maar wat verkort. Daarom is het goed, dat Schr. zooveel mogelijk zijn bronnen, veelal het *Weekbl. v. h. Recht*, blijft aanhalen; zijn aanhaling der jurisprudentie blijft voor juristen dienstig!

A. H.

Voor zoover nog noodig wenschen wij er de aandacht op te vestigen dat de „oranjeuitgave" der Ned. Staatswetten door Mr. H. J. A. Mulder wederom met een nieuwe verrijkt is. Wij bedoelen de uitgave van de wet van 2 Mei 1897 (*Stbl.* n°. 141), tot oprichting van kamers van arbeid. Met aanteekeningen ontleend aan de gewisselde stukken en de discussiën in de beide Kamers der Staten-Generaal, door den bewerker op doelmatige wijze voorzien, zal deze uitgave van Gebr. Belinfante, die gemakkelijk voor 't gebruik en matig in prijs is, voorzeker hetzelfde gunstig onthaal genieten als hare voorgangers.

PRIJSVRAGEN,

UITGESCHREVEN DOOR HET

PROVINCIAAL UTRECHTSCH GENOOTSCHAP VAN KUNSTEN EN WETENSCHAPPEN.

1897.

Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen.

18. Het genootschap verlangt de rechtsgeschiedenis van eene der voornaamste Noord-Nederlandsche steden.

19. Een geschiedkundig onderzoek naar den aard van het boedelhouderschap volgens het Oud-Vaderlandsche recht.

20. De rechtstoestand der wegen, vaarten en weteringen, ten openbaren gebruike bestemd of aangewezen, in een der provinciën van Nederland, ook geschiedkundig toegelicht.

21. De geschiedenis van het kerkelijk rechtswezen in het bisdom Utrecht vóór de Hervorming.

22. 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.

23. Het Genootschap verlangt eene verhandeling over het arbeidscontract (huur van diensten) en de wijze waarop het bij de wet zoude behooren te worden geregeld, onder vergelijking van hetgeen ten opzichte van dit onderwerp in de laatste jaren ook in andere landen op wetgevend gebied is verricht.

24. 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 uitgeloofden eereprijs te dingen, moeten vóór 1 December 1898 in handen van den Secretaris des Genootschaps zijn, met uitzondering van het antwoord op vraag 8, waarvoor de termijn van inzeuding tot 1 December 1899 openstaat, en van die op de vragen 1 en 3, die blijven doorloopen, en waarop dus telken jare vóór 1 December een antwoord kan worden ingezonden.

Voor de op zich zelve voldoende en bij vergelijking best gekeurde beantwoording van elke der bovenstaande vragen, wordt een prijs uitgeloofd, bestaande in een *eerediploma* en *driehonderd gulden.*

Alle verhandelingen, welke naar een der uitgeloofde prijzen dingen, moeten met eene andere hand geschreven zijn dan die des schrijvers en, in plaats van met den naam van dezen, met eene spreuk zijn onderteekend, onder bijvoeging van een verzegeld briefje, dezelfde spreuk tot opschrift voerende, en waarin zoowel de naam des schrijvers als zijn adres eigenhandig door hem zijn opgegeven. Ook moeten de verhandelingen, voor welke, naar goedvinden, van de Nederduitsche, Hoogduitsche, Engelsche, Fransche of Latijnsche taal mag worden gebruik gemaakt — met uitzondering alleen van de antwoorden op de in het Latijn gestelde vraag, voor welke bepaaldelijk het Latijn gevorderd wordt — duide-

lijk met Italiaansche letters geschreven zijn, en vrachtvrij toegezonden worden aan den Secretaris des Genootschaps, Mr. R. Melvil Baron van Lynden, Lid der Arrondissements-Rechtbank te *Utrecht*.

Alleen de briefjes behoorende tot de verhandelingen aan welke de bepaalde eereprijzen zijn toegewezen, worden geopend; die der afgekeurde stukken daarentegen worden op de Algemeene Vergadering ongeopend verbrand.

Indien de schrijver eener prijsverhandeling lid is van het Genootschap, moet dit op het verzegeld briefje, hetwelk die verhandeling vergezelt, door het woord *lid* worden aangeduid.

De bekroonde prijsverhandelingen blijven eigendom van het Genootschap, hetwelk haar onder zijne werken uitgeeft. Zij kunnen alzoo door niemand, hetzij geheel of ten deele, of bij invoeging in eenig ander werk, worden herdrukt, zonder toestemming der Directie.

Afgekeurde prijsverhandelingen worden niet teruggegeven, maar de schrijvers kunnen, tegen betaling der kosten, afschrift bekomen zoowel van hunne stukken zelve als van de daarover uitgebrachte adviezen.

Ter verkrijging van verdere inlichtingen, raadplege men het eerlang verschijnende Verslag der Algemeene Vergadering van 16 Juni 1897, of wende men zich tot den Secretaris voornoemd.

Utrecht, Juni 1897. R. Melvil van Lynden.