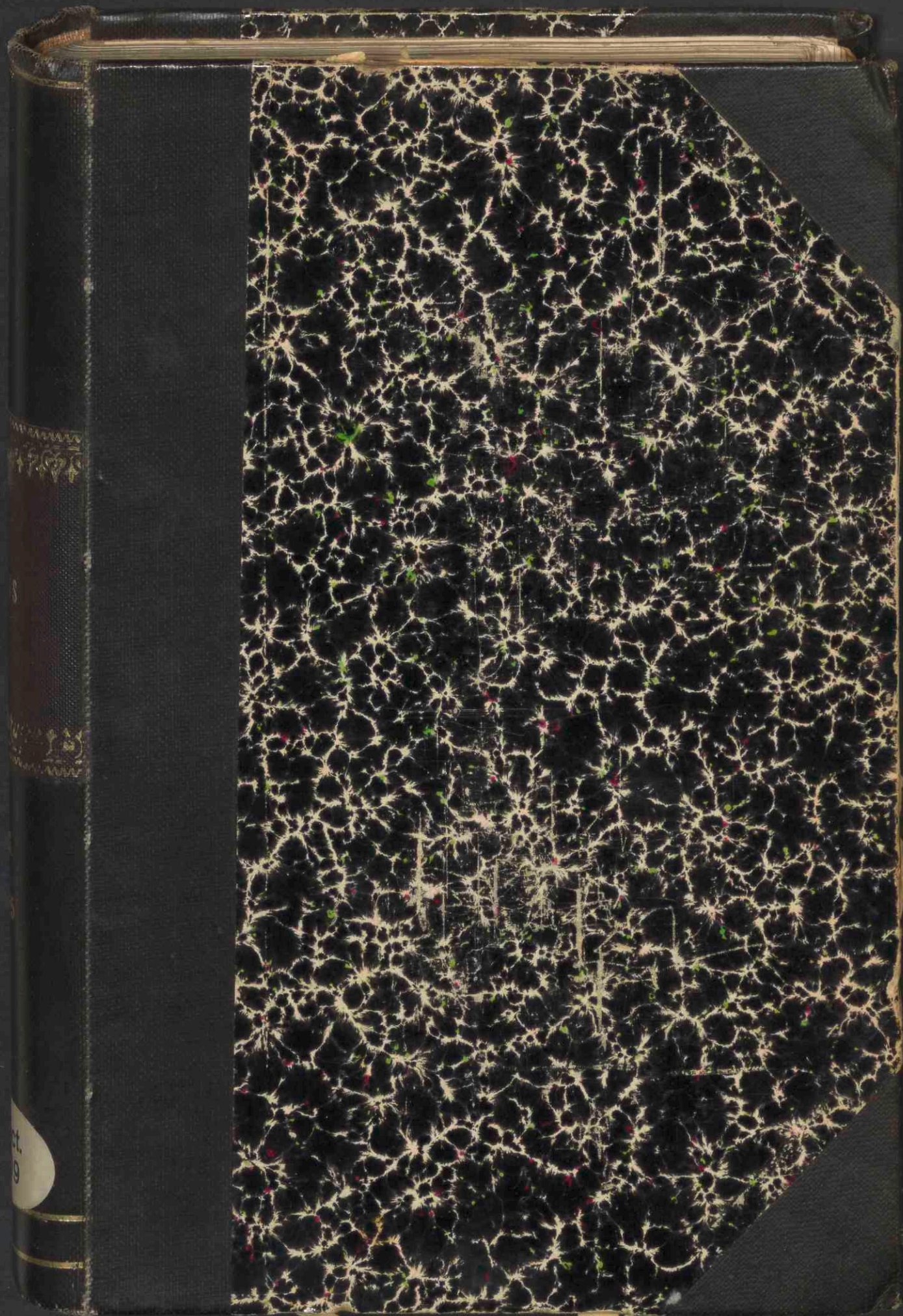




# **Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.**

<https://hdl.handle.net/1874/438140>



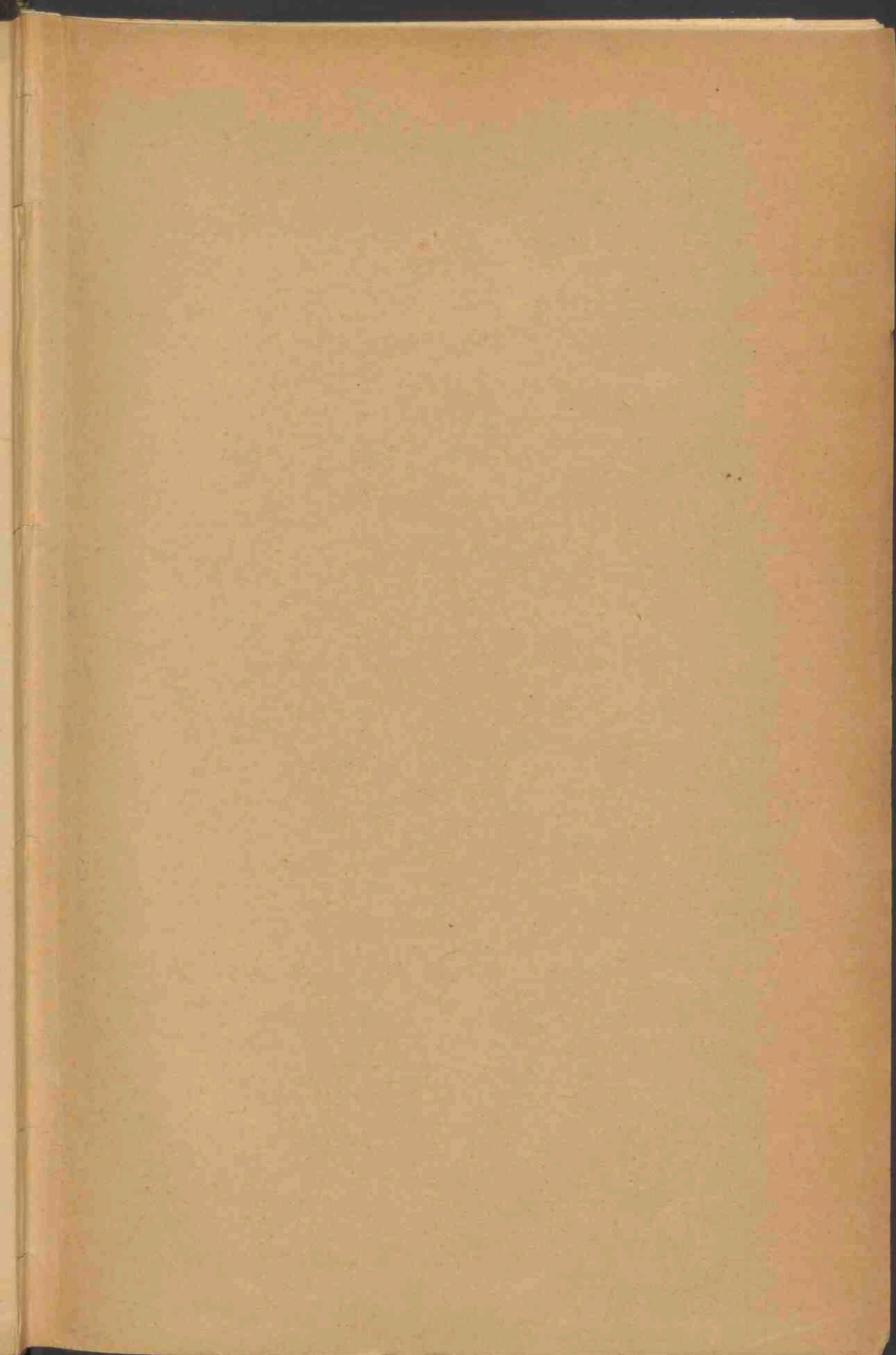
Decorative gold-tooled band on the spine.

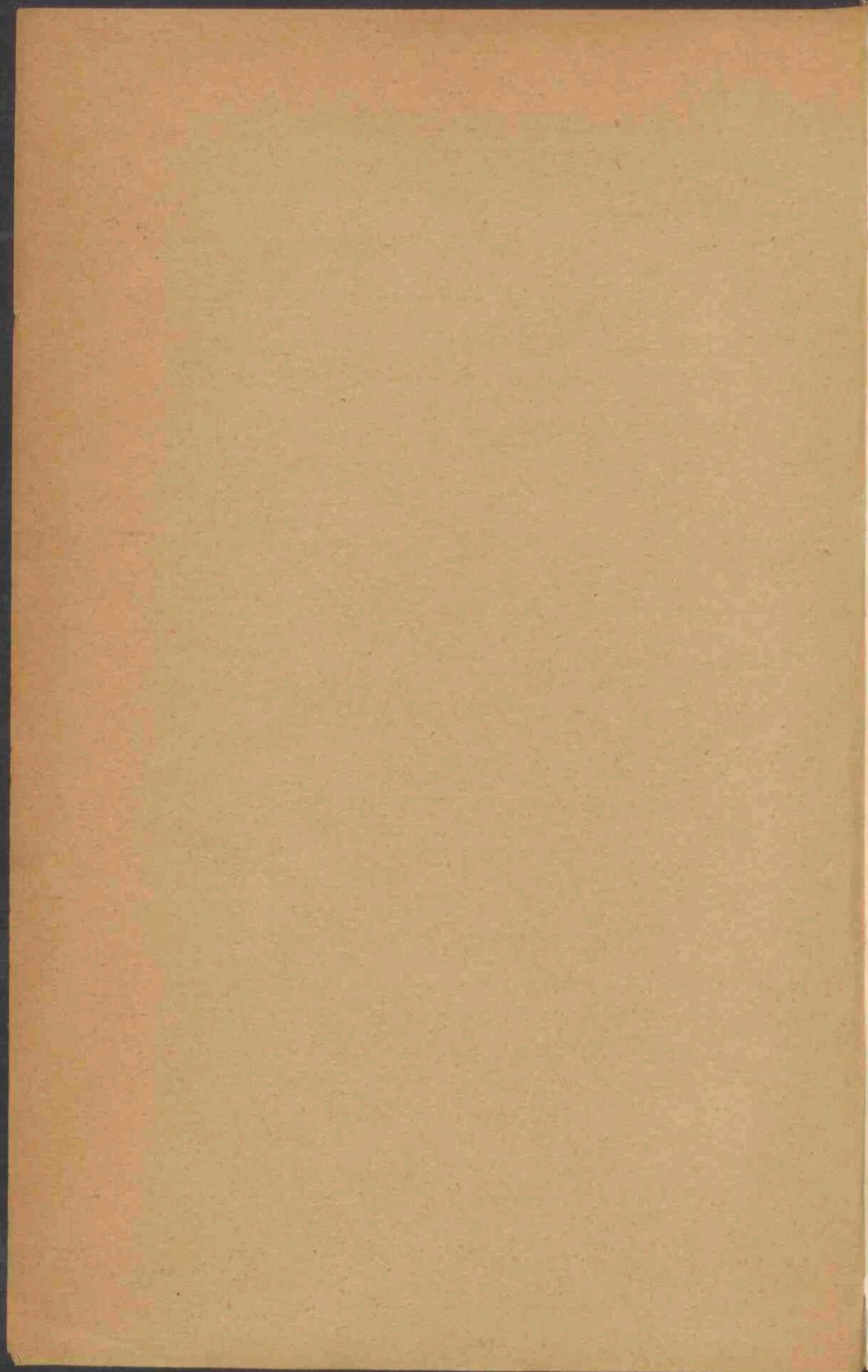
Decorative gold-tooled band on the spine.

Small white label on the spine with illegible text.

JURIDISCHE  
LEESZAAL

26





26 Fr.  
L. oct. 5009

# THEMIS

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

ONDER REDACTIE VAN

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

ZES-EN-ZESTIGSTE DEEL

1905



's-GRAVENHAGE  
BOEKHANDEL vH. GEBR. BELINFANTE

1905

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0341 2008

~~~~~  
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 BOURQUILL, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. C. BAKE, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. ED. BELINFANTE, advocaat en procureur, '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, referendaris bij den Raad van State, '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.
- Mr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, hoofdecommies bij het Departement v. Waterstaat, H. en N.
- Jhr. Mr. W. Th. C. v. DOORN, advocaat, proc. en Lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. A. P. TH. EYSSELL, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. P. R. FEITH, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, president van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. GOKRINGA, president der Arrondissements-Rechtbank, Leeuwarden.
- Mr. TH. HEEMSKERK, lid van de Tweede Kamer der St.-Generaal, Amsterdam.
- Mr. H. VAN DER 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 den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. A. F. A. LEESBERG, advocaat en ondnotararis, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LEVY, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. A. W. CORT VAN DER LINDEN, lid van den Raad van State en Oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LOEFF, Oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DE LOUTER, hoogleeraar, Utrecht.
- Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. P. MOLTZER, lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. NABER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, Oud-Minister van Waterstaat, H. en N., 's-Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. POLVLIET, rechter in de Arr.-Rechtbank, Rotterdam.
- Mr. C. PIJNACKER HORDIJK, oud-lid van de Eerste Kamer der St.-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. S. M. S. DE RANITZ, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. ROMBACH, advocaat, procureur, kantonrechter-plaatsverv. en wethouder, Rotterdam.
- Mr. C. O. SEGERS, hoogleeraar aan de Universiteit, Groningen.
- Mr. F. N. SICKENGA, Dordrecht.
- Mr. F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN WISSEKERKE, raad-adviseur aan het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. A. J. COHEN STUART, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Mr. F. H. J. TAVENRAAT, griffier der Staten van Zuid-Holland, '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. TICHELAAAR, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Amsterdam.
- Mr. J. D. VEEGENS, Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel, 's-Gravenhage.
- Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.
- Mr. G. WTEWAALL, lid van het Gerechtshof, Arnhem.
- Mr. C. P. ZAALJER, advocaat en procureur, Rotterdam.





# INHOUD

---

	Bladz.
<i>Rechtskracht in de Administratieve Rechtspraak</i> , door Mr. J. VAN GELEIN VITRINGA, Commies aan het Departement van Justitie te 's-Gravenhage . . . . .	1
<i>De „collectieve arbeidsovereenkomst”: regts-instituut of sociaal verschijnsel?</i> door Mr. A. P. TH. EYSSELL, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage . . . . .	60
<i>De oorzaak bij de overeenkomst</i> , door Mr. G. WITTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem. . . . .	167
<i>Bijdragen tot de kennis van het oud-Romeinsch proces</i> , door Mr. J. M. NAP, advocaat te 's-Gravenhage . . . . .	221
<i>Eenige opmerkingen over de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf</i> , door Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN, President der Arrondissements-Rechtbank te Groningen . . . . .	313
<i>Preventieve hechtenis</i> , door Mr. B. GEWIN, Advocaat te Utrecht. . . . .	331
<i>De „collectieve arbeidsovereenkomst”: eene nalezing</i> , door Mr. A. P. TH. EYSSELL, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden te 's-Gravenhage . . . . .	356
<i>Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen</i> , door Mr. E. M. MEIJERS, Advocaat en Procureur te Amsterdam. . . . .	397

- De algemeene beginselen van strafrecht en de hervorming van strafrecht tot verbeteringsrecht*, door Dr. H. C. MULLER, Jur.-Cand. te Utrecht. . . . . 497
- De vierde Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht*, door Mr. J. B. BREUKELMAN, Referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage . . . . . 546
- Behoort in burgerlijke zaken de rechter ook zelf personen te kunnen aanwijzen, die door hem als getuigen of deskundigen zullen worden gehoord?* door Mr. J. P. MOLTZER, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage. . . . . 580
- Eene verjongingskuur der Nederlandsche magistratuur*, door Mr. A. A. DE PINTO, Vice-President van den Hoogen Raad der Nederlanden te 's-Gravenhage. . . . . 589
- Mr. T. J. NOYON, *Het Wetboek van Strafrecht verklaard*. — Tweede druk. — Dl. I (Inl. B. I.). — Groningen, J. B. WOLTERS, 1904. — Aangekondigd door Mr. A. A. DE PINTO, Vice-President van den Hoogen Raad der Nederlanden . . . 144
- J. W. G. KRUSEMAN. *Beschouwingen over het Ontwerp-Wetboek van Strafrecht voor inlanders in Nederlandsch-Indië*. — Haarlem, 1902, aangekondigd door denzelfden . . . . . 149
- Schrijven van Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING*, President van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage, met onderschrift der Redactie . . . . . 160
- Vraagpunten Nederl. Juristen-Vereeniging voor 1905* . . . . . 165
- Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, von Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN, o. Professor a. d. Universität Kiel, Leipzig 1904. — *Nexum. Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht*, von Dr. S. SCHLOSSMANN, Leipzig 1904. — *In iure cessio und Mancipatio eine rechts- und sprachgeschichtliche Untersuchung*, von Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN, Leipzig 1904, beoordeeld door Mr. J. HAMBURGER A.DZN., advocaat en procureur te Utrecht. 276

Bladz.

- LEON'S *Rechtspraak*, 3<sup>e</sup> druk, deel III, afl. 2. — *De Rechtspraak en de administratieve beslissingen op de wet op de Personeele Belasting*, door P. A. DE KLERCK, Rijksontvanger te Avereest. Bijgewerkt tot omstreeks half Januari 1904. 's-Gravenhage, Boekh. v.h. GEBR. BELINFANTE, 1904, 298 blz., beoordeeld door Mr. S. M. S. DE RANITZ, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage. . . . . 289
- Nog eens: De Koelie-ordonnantie enz. in de residentie Oostkust van Sumatra*, door P. J. KOOREMAN, Oud-Resident der Oostkust van Sumatra, Amsterdam, J. H. DE BUSSY 1903, beoordeeld door Mr. D. W. K. DE ROO DE LA FAILLE, Oost-Indisch ambtenaar met verlof, te 's-Gravenhage . . . . . 295
- Beschouwingen over het Rijksfiscaal Strafrecht*, Academisch proefschrift, door Mr. J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ, te Leiden verdedigd. Den Haag 1904, beoordeeld door Mr. J. J. GOCKINGA, president der Arrondissements-Rechtbank, te Leeuwarden . . 303
- Mr. R. VAN DER MEY. *Eene studie over de grondslagen der zoogenaamde „nieuwe richting” in de strafrechtswetenschap.* — Leiden, 1904 (89 blz.), beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Substituut-Officier bij de arrondissements-rechtbank te 's-Gravenhage. . . . . 484
- Vraagpunten der a. s. algemeene vergadering van de Nederlandsche Juristenvereeniging, te houden te Haarlem 30 Juni en 1 Juli 1905 . . . . . 493
- De Wetgeving op het recht van successie en de rechten van overgang bij overlijden*, door K. WIERSUM. — 's-Gravenhage, Boekh. v.h. GEBR. BELINFANTE, Afl. 1, 2, 3, aangekondigd door Mr. F. N. SICKENGA, te Dordrecht . . . . . 604
- De positie van het Privaatrecht in onzen tijd*. Rede gehouden bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar in de Faculteit der rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit van Amsterdam, door Mr. ANNE ANEMA, beoordeeld door Mr. C. O. SEGERS, Hoogleeraar aan de universiteit te Groningen . . . . . 612

Bladz.

*De Tariefwet*, door Mr. H. W. Hovy. Overgedrukt uit „Boaz”,  
 Orgaan van de Vereeniging van Nederlandsche Patroons *Boaz*. —  
 Amsterdam 1904, 69 bladz., beoordeeld door Mr. J. D. VEEGENS,  
 Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel, te 's-Gravenhage 622

*Landbouw-Ongevallenverzekering*. Rapport uitgebracht door  
 R. DOJES te Meeden, S. K. WESTERDIJK te Usquert en Mr. F.  
 JANSEN te Appingedam, aan het hoofdbestuur der Groninger  
 Maatschappij van Landbouw en Nijverheid. — Groningen, I. B.  
 WOLTERS, 1904, aangekondigd door Mr. J. VAN DROOGE, griffier  
 van den Raad van Beroep, te Dordrecht . . . . . 625

## V A R I A.

*De Nieuwe Drankwet* . . . . . 627  
*Drankwet 1904 met aantekeningen* . . . . . 627  
*De Statistiek van het gevangeniswezen over het jaar 1903* . . 629

---

# THEMIS.



LXViste deel. — EERSTE STUK.

## Rechtskracht in de Administratieve Rechtspraak

DOOR

MR. J. VAN GELEIN VITRINGA,

*Commies aan het Departement van Justitie te 's Gravenhage.*

### I.

Indien de Nederlandsche wetgever zich aansluit bij de meest gangbare opvattingen, zal hij aan de uitspraken van den administratieven rechter evenals aan die van de andere rechters toekennen kracht van gewijsde zaak. Wat de administratieve rechter heeft uitgemaakt, zal voortaan, om den in Duitschland en Oostenrijk gebruikelijken term te bezigen *rechtskracht* hebben, aan welken term wij daarom de voorkeur geven, omdat de uitdrukking gewijsde zaak in de taal van ons burgerlijk recht niet steeds dezelfde beteekenis heeft. Nu eens is gewijsde zaak een uitspraak, waartegen geen (gewoon) rechtsmiddel meer openstaat. (1) Dan weer is met die uitdrukking

(1) Men zie het nieuwe art. 1956, zooals dit luidt in het aanhangig ontwerp tot wijziging van Boek IV van het B. W.

«Vonnissen hebben kracht van gewijsde, wanneer zij niet of niet meer vatbaar zijn voor hoogere voorziening of verzet.»

bedoeld de invloed, dien een vroeger vonnis kan hebben in een later geding. In dezen zin spreekt bijv. art. 1954 B. W. van het gezag van een geregtelijk gewijsde. Voor ons opstel verkiezen we daarom den minder gecompromitteerden term *rechtskracht*.

De rechtskracht van een vonnis is niet het complex van alle rechtsgevolgen daaraan verbonden. Het voornaamste rechtsgevolg zelfs — dat het vonnis vatbaar is om ten uitvoer gelegd te worden — valt buiten het begrip rechtskracht. Executoir is evengoed elk besluit van het ter zake bevoegd administratief gezag. Men denke slechts aan de besluiten van burgemeester en wethouders genomen ter uitvoering van 's Raads verordeningen. Dat zulke besluiten desnoods met dwang kunnen worden ten uitvoer gelegd, stelt art. 180, lid 1, Gem. Wet (1) buiten twijfel. Ook de koninklijke beslissingen in geschillen van bestuur moeten door de betrokken organen ongetwijfeld worden ten uitvoer gelegd en toch missen die beslissingen evenals de besluiten van burgemeester en wethouders het bijzondere element, dat wij rechtskracht noemen.

Rechtskracht is de bijzondere stabiliteit, die de wet toekent aan 's rechters uitspraak. Wat de rechter in hoogste ressort heeft uitgemaakt, geldt als onomstootelijke waarheid niet alleen voor het oogenblik maar voor altijd. Aan hetgeen de rechter heeft vastgesteld, mag niet meer worden gemorreld.

Wie zouden alzoo in aanmerking kunnen komen om te morrelen aan 's rechters uitspraak? Niet de partijen: zijn haar rechtsmiddelen eenmaal uitgeput, dan moeten zij het hoofd buigen. Ook niet het bestuur, over welks

---

(1) «Onder de uitvoering der verordeningen van den Raad, behoort de bevoegdheid tot het desnoods ten koste der overtreders, doen wegnemen, beletten of verrigten van hetgeen, in strijd met die verordeningen, wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten.»

handeling of verzuim de uitspraak gaat. (1) De rechter is het hooger gezag, dat het lagere — het bestuur — bindt. Zoolang de uitspraak bestaat, moet de administratie haar eerbiedigen. De eenige ten slotte — afgezien natuurlijk van den wetgever — die in aanmerking zou kunnen komen om de kracht van een rechterlijke uitspraak te breken is . . . . de rechter zelf. Daarin moet dus het specifieke van de rechtskracht liggen, dat de eens uitgesproken beslissing den rechter zelf bindt. Hij mag daaraan niets meer veranderen. Hij mag later geen nieuwe uitspraak geven, die de vroegere van haar kracht zou berooven.

Ging de wetgever een stap verder en kende hij ook — wat denkbaar is — aan beslissingen van sommige administratieve autoriteiten rechtskracht toe, dan zouden daarbij nog andere dingen komen kijken. Dat zou niet alleen meebrengen, dat de autoriteit, die het besluit nam, daarop niet meer mocht terugkomen, maar ook dat een hogere autoriteit het moest eerbiedigen. Met name zou vernietiging door het hooger gezag dan uitgesloten moeten zijn. De rechter daarentegen — mogelijke meerdere instanties als één beschouwd — is zelf reeds de hoogste macht. De rechtskracht dus van zijn uitspraak keert zich uitsluitend tegen hem zelf.

De Duitsche schrijvers plegen een onderscheiding te maken tusschen formeele en materieele rechtskracht. Formeele rechtskracht bezit dan het vonnis, dat niet meer met eenig rechtsmiddel kan worden aangevallen. Materieele rechtskracht daarentegen ziet op het feit, dat men over de zaak, die eens is afgedaan, niet weer opnieuw kan gaan procederen, alsof het vroegere vonnis

---

(1) Over de vraag, of dit bestuur in het proces partij kan en behoort te zijn, gaan de meeningen uiteen. De oudere leer beantwoordt de vraag bevestigend, de nieuwere daarentegen ontkennend.



niet bestond, zoodat de rechter daardoor in de gelegenheid zou komen een beslissing te nemen, die tegen de vroegere inging. In dier voege hebben wij reeds in ons burgerlijk recht het woord gewijsde in tweeërlei zin zien gebruiken. Naar onze meening maakt men ten onrechte deze onderscheiding. Het is één zaak, doch van twee kanten bezien. Rechtskracht is de stabiliteit der uitspraak. Voor absolute stabiliteit zijn twee dingen vereischt. Vooreerst dat er geen rechtsmiddelen meer zijn om te komen tot de uitdrukkelijke opheffing van het vonnis, en ten tweede dat men niet in een nieuw proces het vroegere vonnis als non-avenu kan beschouwen. M. a. w. men mag het vonnis noch rechtstreeks aanvallen, noch stilzwijgend daaraan voorbijgaan door een nieuw proces over dezelfde zaak te beginnen. In het eerste geval te spreken van formeele en in het tweede van materieele rechtskracht, zou ten onrechte doen denken, dat in het eerste geval slechts de vorm en in het tweede eerst de materie zelve in het spel was. Beide gevallen betreffen evenzeer de materie: de onveranderlijkheid van wat eens is beslist, door de gebondenheid van den rechter aan zijn eigen uitspraak.

Principieele gebondenheid aan eigen besluiten kent ons administratief recht thans niet. Wil men aan een ambtenaar of bestuur de bevoegdheid ontzeggen om terug te komen op een vroeger besluit, dan moet men daarvoor een *specialen* grond kunnen aanwijzen. Vanzelf spreken doet het niet. Dit blijkt ook de meening te zijn van den Centralen Raad van Beroep. (1) Het bestuur der Rijksverzekeringsbank had aanvankelijk beslist, dat de gemeentelijke brandweer te M. niet verzekeringsplichtig is, doch kwam daarop later terug. De gemeente

---

(1) Uitspraak van 22 Juni 1904.

bestreed deze nieuwe beslissing o.a. op grond, dat de Bank zelve gebonden was aan haar vroeger besluit. De Centrale Raad echter bleek van een andere opinie te zijn en overwoog:

dat de beslissingen, welke het bestuur der Rijksverzekeringsbank bij de uitvoering der Ongevallenwet 1901 neemt, zijn administratieve beslissingen;

dat eene administratieve beslissing *uit haren aard* onveranderlijk recht tusschen de administratie en den betrokkene niet schept, weshalve alleen dan aan eene administratieve beslissing door het bestuur der Rijksverzekeringsbank genomen, zoodanig gevolg mag worden toegekend, indien een wettelijk voorschrift zulks medebrengt. (1)

Voorbeelden van zulke speciale wetsbepalingen, die een bestuur verhinderen terug te komen op zijn eens genomen besluit, ontbreken niet in ons administratief recht. Zoo mist ten aanzien van verschillende categorieën ambtenaren (men denke aan de rechters en onderwijzers) het bestuur, dat de benoeming deed, de bevoegdheid om hen naar eigen goedvinden weder te ontslaan. Zoo bepaalt art. 20 Hinderwet, dat een gemeentebestuur de eens verleende vergunning slechts mag intrekken indien de gestelde voorwaarden niet worden nageleefd. In andere gevallen mag dit dus niet geschieden, althans niet tegen den wil van den concessionaris. Want het

(2) Men zou misschien de vraag kunnen stellen, of in de beslissing „administratieve uitspraken zijn *uit haren aard* niet onveranderlijk” soms ligt verscholen de tegenstelling, dat *rechterlijke* beslissingen wel *uit haren aard* onveranderlijk zijn? Dat ware o. i. niet juist. Ook bij rechterlijke beslissingen komt de onveranderlijkheid niet uit de lucht vallen, ook daar moet zij steunen op de wet. Het eenige verschil is, dat rechterlijke beslissingen door *algemeene* wetsbepalingen onveranderlijk plegen te worden gemaakt (bijv. art. 72, lid 1, Beroepswet), terwijl voor sommige administratieve beslissingen zulks steunt op *bijzondere* wetsbepalingen (bijv. art. 20 Hinderwet).

artikel slaat blijkbaar alleen op het geval van intrekking tegen diens wil. Heeft hij er geen bezwaar tegen, dan blijven Burgemeester en Wethouders dus ook hier vrij hun besluit weer in te trekken.

Intusschen kan de grond van de gebondenheid aan eigen besluiten ook elders dan in een uitdrukkelijke wetsbepaling gelegen zijn. Zoo maakt het Kon. besluit van 27 November 1903, *Stbl.* nr. 284, uit, dat op een gemeenschappelijke regeling tusschen twee gemeenten niet door ééne gemeente eigenmachtig kan worden teruggekomen. De gemeenschappelijke regeling is een samenwerking van de twee gemeenten. Slechts de twee gemeenten te zamen kunnen haar weer opheffen, waaruit volgt dat ieder op zich zelf gebonden is aan haar eigen besluit. (1)

Dat er zou bestaan samenwerking tusschen twee autoriteiten en dat het daarom aan één daarvan niet vrijstaat terug te komen op het genomen besluit, heeft ook wel eens als argument moeten dienen om de mogelijkheid te bestrijden van intrekking der goedkeuring, die het hooger gezag eens heeft verleend op een handeling van een lager autoriteit.

Op dien grond wilde o. a. de Raad van State in 1896 (2) aan Ged. Staten de bevoegdheid ontzeggen om een eens verleende goedkeuring weer in te trekken (3).

(1) Daargelaten natuurlijk de bovendien vereischte goedkeuring van Ged. Staten. Het Kon. besluit is in overeenstemming met die van 10 April 1856, *Stbl.* no. 15, 26 November 1862, *Stbl.* no. 195, en 15 October 1878, *Stbl.* no. 144, doch in afwijking van dat van 19 December 1890, *Stbl.* no. 185. Dit laatste liet ieder der partijen vrij om eigenmachtig de regeling te verbreken. Men zie over de quaestie het hoofdartikel van het Weekblad voor de Burgerlijke Administratie no. 2798.

(2) Weekbl. Burg. Adm. no. 2789.

(3) Deze opvatting wordt gedeeld door Mr. GOEKOOP. (Verg. IIe Kamer 3 Mei 1901, Handel. 1900/1901 bl. 1637.)

De toenmalige Minister van Binnenlandsche Zaken zag echter in de goedkeuring geen samenwerking tusschen hooger en lager gezag en achtte daarom intrekking der goedkeuring wel geoorloofd.

Intrekking van goedkeuring wordt ook op andere gronden bestreden. Mr. KRABBE (1) — en zijn opvatting wordt gedeeld door de radactie van het Weekblad voor de Burgerlijke Administratie (2) — beschouwt het goedkeuringsrecht van het hooger gezag als de bevoegdheid om de inwerkingtreding van besluiten eener andere, lagere autoriteit te verhinderen, welke bevoegdheid geheel heeft uitgewerkt zoodra de goedkeuring verleend is. Van intrekking der goedkeuring kan dan geen sprake zijn, want het goedkeuringsbesluit voert geen *blijvend* bestaan, en wat niet meer bestaat, dat kan men natuurlijk ook niet meer intrekken.

Welke opvatting van den aard van het vernietigingsrecht de juiste is, gaat ons thans niet aan. Ons is het voldoende te constateeren, dat er om gebondenheid aan de eens verleende goedkeuring te construeeren, moet worden gezocht naar *speciale*, aan den aard van het goedkeuringsrecht ontleende gronden. Vanzelf spreekt die gebondenheid niet. Wij zouden dan ook van de zaak kunnen afstappen, (3) ware het niet, dat het Kon. besluit van 11 November 1902, nr. 20, (4) met een in deze materie geheel nieuw standpunt voor den dag komt.

Gedeputeerde Staten eener Provincie hadden ingetrokken de goedkeuring, vroeger verleend op een gemeentelijke regeling van onderwijzersjaarwedden. Het Kon.

(1) Bijdragen Staats-, Prov.- en Gem.bestuur (dl. XXVII).

(2) No. 2802.

(3) Uitvoerig is de quaestie behandeld in een reeks hoofdartikelen van het Weekbl. Burg. Adm. nrs. 2789 v.v.

(4) Weekbl. Burg. Adm. nr. 2789.

besluit acht hen daartoe onbevoegd op deze overweging:

„dat toch waar de wet een raadsbesluit aan de goedkeuring van Gedeputeerde Staten onderwerpt en mitsdien de rechtskracht van het raadsbesluit afhankelijk is van de goedkeuring, een eenmaal verleende goedkeuring een voor de gemeente overeenkomstig de wet vastgestelden rechtstoestand schept, waarop zonder uitdrukkelijke bepaling van de wet geen inbreuk mag worden gemaakt.”

Er wordt wel eens beweerd, dat het motiveeren van beslissingen een vrijwel waardelooze formaliteit is, omdat de beslissing toch niet is het product der motieven, maar omgekeerd de motieven worden gezocht bij de conclusie, waar men naar toe wil. Zonder deze stelling in haar algemeenheid te behoeven aanvaarden, zal men toch kunnen erkennen, dat er wel eens motiveeringen zijn, die daarvoor inderdaad pleiten. Hier is, naar onze meening, een voorbeeld daarvan.

Het goedkeuringsbesluit zou niet mogen worden ingetrokken, omdat het schept een overeenkomstig de wet vastgestelden rechtstoestand. Maar welk besluit doet dat niet? Schept bijv. een politieverordening dan geen rechtstoestand overeenkomstig de wet? En mag de Raad dus zijn verordeningen niet intrekken?

Indien het ernst is met dit argument, dan kan men niet ontsnappen aan een universeele gebondenheid aan eigen besluiten en geraakt men in flagranten strijd met gezond verstand en werkelijkheid. Maar daarom kan men het argument ook niet voor vol aanzien. We kunnen er niets anders in zien dan een frase van gelijke waarde als de bewering, dat een bestuur niet mag terugkomen op zijn eigen besluiten, indien daardoor verkregen rechten zouden worden gekrenkt.

Van deze meening, die een groot aantal aanhangers

telt onder hen, die zich terloops met de quaestie bezighouden, is o.a. LACOSTE. (1) De vraag besprekende, of de Minister terug mag komen op zijn genomen beslissingen, is hij van oordeel, dat zulks alleen geoorloofd is, als de beslissing ten voordeele van den staat is uitgevallen. „La décision est elle favorable aux particuliers constitue une reconnaissance du droit d'une partie sur l'Etat, dont le ministre est le représentant, et par suite elle crée un lien de droit que l'Etat ne peut pas rompre, il y a droit acquis pour la partie au profit de laquelle la décision a été rendue.” (2)

Is deze opvatting houdbaar? O.i. daarom niet, omdat niemand weet te zeggen, wanneer er al of niet een verkregen recht is. Kan men een rechtsvoorschrift aanwijzen, dat in een bepaald geval aan de intrekking in den weg staat, dan heeft men daaraan ruim genoeg. Zoo zal het niemand in den zin komen om op grond van verkregen recht van den medecontractant aan een bestuur de bevoegdheid te ontzeggen om in te trekken het besluit, waarbij het een civiel contract heeft aangegaan. Waar art. 1374 B. W. een deugdelijken grond geeft, behoeft men met zulke vaagheden zich niet te behelpen. En ontbreekt de vaste grond, dan kan een nietszeggende frase dat gebrek toch niet verbergen. Het bestuur blijft dan rechtens vrij terug te komen op eens genomen besluiten, zij het ook dat de *belangen* van anderen daardoor worden geschaad.

(1) De la Chose Jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative, 2e édition, 1904, bl. 452.

(2) Ook LAFERRIÈRE. Traité de la Jurisdiction Administrative, 1e édition, bl. 407 staat op dit standpunt. AUCOC (Conférences sur l'Administration, 1878, bl. 468), eveneens werkend met het verkregen recht, komt tot de conclusie, dat de Minister *nooit* mag terugkomen op zijn besluit, parce qu'elle (la décision) constitue un droit soit au trésor, soit aux particuliers.

Dat een bestuur de beschikking behoudt over zijn eigen besluiten, zoolang niet een hogere macht aan die beschikking in den weg staat, is trouwens volkomen logisch. Het besluit emaneert van het bestuur zelf en heeft dus geen hogere autoriteit dan het bestuur zelf, waardoor het dat bestuur zou kunnen binden. Wil het besluit het bestuur, waaraan het zijn ontstaan dankt, kunnen binden, dan moet het aanknoopen aan een hooger gezag. Zoo een vergunning, indien het wettelijk voorschrift (het hooger gezag) bepaalt, dat zij eens verleend, niet meer mag worden ingetrokken. Zich zelf binden *uit kracht van eigen autoriteit* is ondenkbaar. Daarom kan de absolute heerscher zijn eigen macht rechtens in het geheel niet binden.

Dat de mogelijkheid om steeds terug te komen op eens genomen besluiten het rechtsgevoel ten volle bevredigt, kan niet worden beweerd. Men mag wel aannemen, dat in den regel de administratie niet zonder gegronde reden ten nadeele van derde belanghebbenden besluiten zal intrekken, waaraan zich uiteraard toestanden hebben vastgeknoopt; zeer verklaarbaar is nochtans, dat men zooveel mogelijk zekerheid verlangt, dat de administratie dit niet zal *kunnen* doen. Zoodoende komt men er toe te gaan zoeken naar rechtsgronden tot verzekering van bestaande toestanden. Het verkregen recht is evenals het boven besproken Kon. besluit van 11 November 1902, no. 20, een — o. i. mislukte — poging in die richting.

Een andere poging om te komen tot rechtskracht van althans een zekere categorie van besluiten, ook al zijn die niet door den rechter, maar door de administratie genomen, doet BERNATZIK in zijn werk: *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*.

BERNATZIK verstaat onder rechtspraak niet alles, maar dan ook uitsluitend, wat de rechter doet. Hij kent een

materieel begrip rechtspraak, onafhankelijk daarvan of de rechter dan wel de administratie ermeê is belast. Alles nu, wat valt onder dat materieele begrip rechtspraak, heeft rechtskracht, zoodat daarop, als de zaak eens haar beslag heeft gekregen, niet meer kan worden teruggekomen.

Rechtspreken noemt BERNATZIK (1) het uitspreken, wat in een concreet geval rechtens is. Een abstracte norm op bepaalde feiten zoo toepassen, dat daardoor een concrete rechtsbetrekking wordt vastgesteld. Daar moet echter nog bijkomen, dat die vaststelling plaats vinde overeenkomstig vooraf geregelde vormen, waardoor de bedoeling van de betrokken autoriteit om de vaststelling te doen, aan het licht treedt. Zoo geeft hij de volgende definitie: „Rechtsprechung ist jede nach abstrakt geregeltem Verfahren Seitens eines von der Rechtsordnung dazu beauftragten behördlichen Organes vor sich gehende Erklärung, mit welcher die beabsichtigte Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht wird.“

Met het begrip der bloote verwerkelijking van een te voren bestaanden abstrakten regel in een bepaald geval, neemt BERNATZIK het al heel ruim. Ook waar de wet er zich toe bepaalt aan het uitvoerend orgaan — hetzij dan rechter of administratie — een *bevoegdheid* te geven, zoodat van gebonden toepassing van den regel eigenlijk geen sprake kan zijn, daar weet onze schrijver toch zoo'n bindenden regel op te diepen. Het uitvoerend orgaan is dan in werkelijkheid toch niet vrij. Het is toch verplicht te handelen zooals het algemeen belang het vordert. Dan geldt dus de regel: „Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist“. Deze regel beschouwt BERNATZIK als een *rechtsvoorschrift* (2).

(1) t. a. p. bl. 63.

(2) t. a. p. bl. 46.



Meer komt er terecht van de vormen, die BERNATZIK noodig acht om te kunnen aannemen, dat zekere overheidshandeling rechtspraak is. Het mag niet zijn een onmiddellijke toepassing van het recht op de feiten. De politie, die een bij verordening in het belang van het verkeer gesteld verbod handhaaft, door een rijtuig, dat in de verboden richting rijdt, tegen te houden, oefent geen rechtspraak uit. Er moet vooraf vormelijk zijn vastgesteld, wat in het concrete geval rechtens is. Op grond van die vaststelling kan dan eerst verder worden gehandeld. Tusschen norm en feitelijke toepassing komt een „tussenstation”. Het prototype daarvan is natuurlijk het vonnis in het civiel- en strafrecht (1).

(1) De waarde van dit materiele begrip rechtspraak hebben wij hier niet te beoordeelen. Als BERNATZIK het in bepaalde vormen toepassen van een abstracten norm op een concreet geval rechtspraak wil noemen, dan heeft hij daartoe volkomen het recht, evengoed als anderen (bijv. Mr. H. Vos, Administratieve Rechtspraak I, bl. 56 en de daar door hem aangehaalde autoriteiten) het recht hebben den naam rechtspraak te reserveeren voor het beslissen van rechtsgeschillen. Dat is maar een quaestie van terminologie en daarin is ten slotte ieder volkomen vrij zijn smaak te volgen. Hoogstens kan men een terminologie meer of minder gelukkig vinden, bijv. naarmate zij zich meer of minder aansluit bij het heerschend spraakgebruik. Uit dat oogpunt zouden wij nogal bezwaar hebben tegen de terminologie van Mr. Vos, omdat die — Mr. Vos is de eerste om het toe te geven — uit het begrip rechtspraak buitensluit de geheele strafrechtspraak, en daaraan toch denkt men in het gewone spraakgebruik bij het woord rechtspraak misschien wel in de eerste plaats. Op dienzelfden grond bevredigt ook de terminologie van BERNATZIK ons niet volkomen. Zij stempelt bijv. een besluit van Ged. Staten tot vaststelling van het bedrag der Rijksbijdrage voor een bijzondere school ongetwijfeld tot rechtspraak. Daar wil het spraakgebruik echter niets van weten. Wij zouden daarom een terminologie verkiezen, die rechtspraak noemt datgene wat de rechter doet. Intusschen duiden wij het niemand euvel als hij er anders over denkt en sommige handelingen van administratieve autoriteiten, die veel overeenkomst toonen met hetgeen de rechter gewoonlijk te doen heeft — bijv. het beslissen van geschillen van bestuur of het oordeelen in hooger beroep over vonnissen van den schuttersraad — onder den

Op welke gronden kent nu BERNATZIK aan die overheidshandelingen, die vallen onder zijn begrip rechtspraak, rechtskracht toe en ontzegt hij daarentegen rechtskracht aan alles, wat daarbuiten valt?

Op deze vraag antwoordt onze schrijver (t. a. p. blz. 114), dat ter wille van de *rechtszekerheid* met rechtspraak noodwendig is verbonden rechtskracht. „Auf allen Gebieten des Verwaltungsrechtes ist das Bedürfnis nach Rechtsicherheit ein gleich starkes und gerade ihm ist es zuzuschreiben, dass sich die Rechtsprechung von der Verwaltung im engeren Sinne allmählig löste. Denn Rechtsgesprochen wird nur darum, weil und wenn sich jenes Bedürfnis einstellt. In der Tat sind Rechtsprechung und materielle Rechtskraft Begriffe, die unzertrennlich mit

---

term rechtspraak wil brengen. Aan den anderen kant mag men dan sommige werkzaamheden des rechters, die afwijken van zijn gewone taak — bijv. het benoemen van voogden — apart zetten en daarvan zeggen, dat het eigenlijk geen rechtspraak is. Daarover valt per slot van rekening niet te twisten, omdat absoluut gelijk of ongelijk hier niet bestaat. En een bewijs, dat men iets — bijv. het beslissen van rechtsgeschillen — niet mag noemen rechtspraak, welk bewijs Mr. Vos (t. a. p. bl. 61) aan schrijver dezes naar aanleiding van een opstel in Rechtsgeleerd Magazijn 1900 schijnt op te leggen — is, dat spreekt vanzelf, nooit te leveren. Zoolang nu maar het materiele begrip rechtspraak blijft een quaestie van terminologie gaat alles goed. Bedenklijk wordt de zaak eerst, indien men uit het feit, dat iets rechtspraak is, onmiddellijk praktische gevolgen gaat afleiden, bijv. dat *daarom alleen* reeds die bepaalde overheidswerkzaamheid rechtskracht heeft, of wel dat *daarom zij van nature* te huis behoort bij den rechter en niet bij de administratie. Dat is natuurlijk bouwen zonder fundamenten. Dat het wenschelijk is den rechter te laten oordeelen, zoodra er een rechtsgeschil moet worden beslist, kan zeer wel mogelijk zijn. Maar dan moet men aankomen met argumenten ontleend bijv. aan 's rechters onpartijdigheid, zijn geschiktheid voor die taak enz. Ons voorhouden dat de rechter hier moet optreden, omdat de te verrichten handeling materieel rechtspraak is, is een steen geven, waar wij brood verlangen. Of zij, die opereeren met een materieel begrip rechtspraak, zich daarvan wel steeds hebben weten vrij te houden, meende schrijver dezes in zijn voormeld opstel in twijfel te mogen trekken.

einander verknüpft sind. Letztere stellt den Zweck dar, um dessentwillen die Rechtsordnung aus den verschiedenen Arten behördlicher Tätigkeit die Rechtsprechung als besondere obrigkeitliche Function heraus hebt und nach spezifischen Formen handhaben lässt. Recht (wird) gesprochen, *damit das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis fortan unanfechtbar bleibe.*"

Beginnen we met voor *rechtszekerheid* te lezen: zekerheid van *bestaande toestanden*. Dat klinkt wel minder verheven, maar toch is het ongetwijfeld juist. Ware het inderdaad te doen om zekerheid van het *recht*, dan moest men terstond breken met het denkbeeld rechtskracht. Dan kan men de deur nooit sluiten voor de gelegenheid om onjuiste vonnissen, die dus het recht schenden, later te verbeteren. Want juist in een beslist verkeerd vonnis toont de rechtskracht haar scherpste karakter. Is een vonnis juist geweest, of twijfelt men alleen nog maar aan de juistheid, dan behoeft men eigenlijk den rechter niet te verbieden daarop terug te komen. Een daartoe strekkende vordering zal hij van zelf wel afwijzen. Zulk een verbod toont zijn werking eigenlijk eerst als het vonnis achteraf duidelijk *blijkt* onjuist te zijn. Omdat er echter rust in de Maatschappij moet zijn, omdat het van belang is, dat éénmaal — zij het ook in een enkel geval ten koste van het recht — geschapen toestanden blijven gehandhaafd, kent men aan eens gewezen vonnissen rechtskracht toe. De rechtskracht is, wel beschouwd, eene concessie aan het onrecht, die men zich getroost omdat tegen het nadeel opwegende economische gronden daarvoor pleiten. De *rechtszekerheid* als grond moet men er dus maar buiten laten! (1)

(1) Men vergelijke TETZNER. Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, bl. 158. Deze schrijver verricht misschien geen

Is nu verder het betoog van BERNATZIK overtuigend? Is het inderdaad het doel bij uitnemendheid van rechtspraak om een *onveranderlijke* beslissing te verkrijgen? Is het waar: „dass ohne diese Eigenschaft (Rechtskraft), welche ja den Zweck der Rechtsprechung verwirklicht, diese selbst ein Widersinn wäre?“ (t. a. p. bl. 148).

Gesteld eens de bepaling, dat 's rechters vonnissen rechtskracht hebben, verdween uit de wet. Zouden dan de menschen zeggen: nu procedeeën we niet meer, want aan een vonnis hebben we toch niets? Misschien zouden ze zeggen: aan een vonnis hebben we niet meer zooveel als vroeger, omdat nu de mogelijkheid niet meer is uitgesloten, dat er te eeniger tijd weer op wordt teruggekomen. Maar het hoofdmotief — dat de verliezende partij tot nakoming kan worden gedwongen — blijft bestaan.

De fout van BERNATZIK is, dat hij voorbij ziet, dat rechtspraak niet ten doel heeft het bloote uitspreken wat rechtens is, maar het feitelijk dwingen tot naleven van de wet. De uitspraak is slechts het tusschenstation, van waar uit verder wordt gegaan naar het eindpunt — de verwezenlijking van het recht. BERNATZIK echter blijft aan het tusschenstation staan. Dat hij zich inderdaad blind tuurt op de taalkundige verklaring, dat rechtspraak is „het spreken wat rechtens is“, en daarbij het voornaamste element, nl. dat de uitspraak *verbindend* is, voorbij ziet, blijkt ten duidelijkste, als hij het rechterlijk bevel om te handelen overeenkomstig de uit-

---

onnut werk door het juridisch geweten, dat op het punt der rechtskracht volgens hem een beetje is ingeslapen, weer eens wakker te schudden. «Man darf eben nicht übersehen, dass die Auctoritas rerum judicatarum nur eine *äussere* Autorität ist, deren Bedeutung gerade dann am schärfsten hervortritt, wenn das rechtskräftige Urtheil der *inneren* Autorität entbehrt, wenn es *verfuscht* ist».

spraak, dat hij toch niet ten eenenmale negeeren kan, uitdrukkelijk betitelt als het *secundaire* element. (1)

Teekenend voor dit standpunt is ook de volgende passage: (2) „Die Entscheidung als solche kann nie vollstrekbar werden: spricht man davon, so meint man nur, dass der der Entscheidung *äusserlich* angehängte Befehl, die (richterliche oder behördliche) *Verfügung* erzwungen oder widerspruchslos verwirklicht werden könne; ein logischer Schluss kann nicht vollstreckt werden, weil er nicht eine Willensemanation, sondern eine Denkoperation enthält, die an sich den Vorgängen der Aussenwelt teilnamslos gegenübersteht.”

Als men zoo het doel van de rechtspraak voorbijziet, dan is het geen wonder, dat men er een ander doel bij gaat zoeken, en dit bijv. in de rechtskracht of in wat anders meent te vinden. Intusschen vragen wij ons met verwondering af, hoe, indien 's rechters eigenlijke taak is een Denkoperation, die geen werking heeft in de buitenwereld, de schrijver daaraan dan toch weet vast te knopen als Zweck de rechtskracht, die wel degelijk praktische gevolgen in de buitenwereld toont. Als BER-NATZIK niet wil weten van de Vollstrekbaarheid van 's rechters Denkoperation, dan mag hij op dienzelfden grond daaraan evenmin rechtskracht toekennen.

Het schijnt dan ook wel, dat deze verklaring van het logisch onontbeerlijke der rechtskracht in de rechtspraak, den schrijver zelf niet is blijven voldoen. In zijn praeadvies voor den 26en Deutschen Juristentag, waar o. a. aan de orde kwam de vraag omtrent de rechtskracht der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, vinden we ten minste een andere voorstelling. (3)

(1) t. a. p. bl. 156.

(2) t. a. p. bl. 134.

(3) Verhandlungen. Band II (Gutachten) 1902, bl. 38.

„Zweck der Rechtsprechung kann immer nur sein die Anwendung einer abstrakten Norm auf einen konkreten Fall Seitens der dazu berufenen staatlichen Autorität. Und darum muss sich nothwendig mit der Rechtsprechung die Rechtskraft verbinden. Letztere ist keine unbedingte und braucht es nicht zu sein. Dass sie aber für die Regel der Fälle der Zweck der Rechtsprechung sein muss, ergibt sich daraus, dass die Rechtsprechung ein logischer Schluss ist. Es ist widersinnig dort, wo die reine Logik Anwendung finden kann, einen Schluss mit dem Vorbehalte zu ziehen, ihn später abzuändern“.

„Derjenige Schluss, welcher von einer staatlichen Autorität in Form einer Entscheidung gezogen wird, darf jener Abänderungsvorbehalt auch deshalb nicht enthalten, weil letzterer mit dem Begriff der Rechtsnorm in Widerspruch stände. Wer Recht spricht darf nicht das Bewusstsein haben, das etwas anderes Recht sein könne, als was er jetzt als solches feststellt, er darf nicht sagen: „ich kann auch anders“;

Wat hij, die in een gegeven geval recht heeft te spreken, zich daarbij denkt, komt ons voor geen gewicht in de schaal te leggen bij de beantwoording der vraag, of de uitspraak, indien zij later blijkt onjuist te zijn, toch moet worden gehandhaafd. Wij laten dit echter daar. Hetgeen waar het hier BERNATZIK om te doen is, is het nauwe verband tusschen norm en uitspraak. Tusschen beide bestaat in dien zin identiteit, dat de uitspraak in een bepaald geval hetzelfde zegt, wat de norm in het algemeen reeds vooraf heeft gezegd. De uitspraak is de neerslag, het spiegelbeeld van den abstracten norm. Zij moet daarom even „unbedingt“ gelden als de norm zelf. Deze redeneering, die ook bij anderen (1) ingang heeft

(1) Men zie het referaat van SEIDLER in den 26sten Deutschen Jur. tag. Verhandl. bl. 384.

gevonden, doet denken aan Montesquieu's rechter, die niet anders is dan „la bouche qui prononce les paroles de la loi." Maar nu ligt de vraag voor de hand: hoe indien die mond nu eens blijkt zich versproken te hebben? als het beeld eens blijkt heelemaal geen gelijkenis te hebben. Welke logische noodzakelijkheid bestaat er dan om per se een verbetering te verbieden?

O.i. is het als met de *rechts-zekerheid*: met een beroep op het nauwe verband, dat tusschen wet en uitspraak behoort te bestaan, kan men er nooit toe komen om elk nader onderzoek uit te sluiten, indien er gegronde twijfel rijst, juist of dat verband in een bepaald geval wel aanwezig is.

Dat een juridische constructie zooals BERNATZIK ons hier geeft, ons niet veel verder zou kunnen brengen, was trouwens wel te voorzien. Het instituut der rechtskracht is niet gebaseerd op theoretische redeneeringen maar op de eischen des levens. Zijn regeling in het positieve recht is een compromis tusschen de belangen van het recht en die, welke verbonden zijn aan de handhaving van eens vastgestelde toestanden. Dat compromis kan zoo uitvallen, dat de rechtskracht wordt erkend in de rechtspraak, doch niet in de gewone administratie. Maar indien het zoo uitvalt dan is dat alleen, omdat in de rechtspraak zooveel meer waarborgen worden gegeven voor een juiste beslissing dan in de gewone administratie, dat het belang der standvastigheid van eens geschapen toestanden daar zwaarder gaat wegen dan het nadeel, dat een *enkele* onjuiste uitspraak, die ook in de rechtspraak toch nog altijd mogelijk blijft, moet gehandhaafd worden. Deze opoffering getroost men zich dan om het meer gewenschte te kunnen bereiken. Maar dat het een opoffering blijft, dat kan men met constructies niet wegredeneeren.

## II

Van de vraag, of ook aan sommige handelingen van *gewone* administratieve organen rechtskracht behoorde te worden toegekend, stappen we thans af, omdat de beantwoording daarvan ligt buiten het terrein der administratieve rechtspraak. Niet geheel verdiend schijnt dan ook het verwijt, dat min of meer ligt opgesloten in Mr. REUYL's opmerking (1), dat de Staatscommissie voor de Administratieve Rechtspraak deze vraag onbeslist laat. De wetgever heeft bij de regeling van deze materie reeds met veel te veel quaesties af te rekenen, dan dat hij niet wel zou doen met zich te onthouden van vragen, die hem dan niet rechtstreeks aangaan. Dat overigens de bepalingen, die de staatscommissie omtrent de rechtskracht der beslissingen van der administratieven rechter voorstelt, Mr. REUYL niet ten volle bevredigen, zal niemand hem ten kwade kunnen duiden. Inderdaad zou, indien het voorstel wet werd, gelijk hij opmerkt, „ten aanzien van dit onderwerp nog veel aan het oordeel van den rechter blijven overgelaten”.

De uitgesproken beslissingen van den administratieven rechter zullen niet meer kunnen worden gewijzigd (2). Zij zullen tusschen partijen kracht van gewijsde hebben (3). Indien zij blijken te zijn geweest op valsche verklaringen of stukken, kunnen de beslissingen nietig worden verklaard (4). Ziedaar het weinige, dat de Staatscommissie ons geeft, terwijl zij toelichting op dat weinige blijkbaar overbodig acht.

De Staatscommissie staat kennelijk nog in het teeken

---

(1) Rechtsgeleerd Magazijn 1895 bl. 235.

(2) Art. 48 van het ontwerp van wet ter uitvoering van art. 154 Grondwet (bijlage I van het verslag).

(3) Art. 49.

(4) Art. 69 v.v.



van het geloof aan vanzelfsprekende rechtskracht van rechterlijke uitspraken. Thans echter staat de zaak anders. In de tien jaren, die nu verstreken zijn sedert het verslag der Staatscommissie verscheen, heeft men zich in Duitschland en Oostenrijk druk bezig gehouden met de rechtskracht in het administratief recht en is daarover een tamelijk uitgebreide litteratuur ontstaan (1).

Thans is de zaak „spruchreif“ en zal de Nederlandsche wetgever zich, evenals de Saksische in 1900 dit deed, de moeite moeten getroosten een *desbewuste* beslissing te nemen.

De eerste vraag, die hij zich hierbij zal hebben te stellen, is natuurlijk: zullen de uitspraken van den administratieven rechter al of niet rechtskracht hebben? Wij gelooven niet een te gewaagde voorspelling gedaan te hebben, toen wij deze vraag reeds in den aanvang

(1) De eerste schrijver, die de zaak *ex professo* heeft behandeld is BERNATZIK. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft* (1886), waarin tevens de oudere litteratuur, die de quaestie doorgaans maar zeer terloops aanroert, is nagegaan.

Van de nieuwe litteratuur geeft deze zelfde schrijver achter zijn reeds aangehaald Gutachten voor den 26sten Deut. Jur. Tag (Verh. Band II (Gutachten) bl. 52) een uitgebreide opsomming.

Eenige van de voornaamste bronnen zijn, behalve de beide Gutachten van SCHULTZENSTEIN en BERNATZIK en het referaat van SEIDLER, benevens de verdere mondelinge behandeling in afd. IV van den Jur. Tag.:

Apelt. *Verwaltungsrechtspflege*, bl. 59 v.v.

LEMAYER. *Apologetische Studien* en Grünhut's *Zeitschrift* 1895, bl. 476 v.v.

LÖNING in *Verwaltungsarchiv* VII.

OTTO MAYER. *Deut. Verw. Recht* I, bl. 496 v.v.

— *Droit Adm. Allemand* I, bl. 253 v.v.

— *Archiv für Oeffent. Recht* 1902, bl. 147 v.v.

TETZNER. *Die Deutsch. Theorien der Verw. Rechtspflege*, bl. 142 v.v.

— Rede in de Gehestiftung over de Saksische wet van 1900.

ZORN. *Studien zur Verw. Gerichtsbarkeit in Verwalt. Archiv*. II, bl. 124 v.v.

van ons opstel bevestigend meenden te kunnen beantwoorden.

Aan de rechtskracht van de uitspraken eens rechters zijn we zóó gewoon, dat velen het blijkbaar ondenkbaar vinden, dat daarvan zou kunnen worden afgeweken. Zoo stelt LACOSTE in den aanvang van zijn werk als axioma: *Le principe de l'autorité de la chose jugée existe en toute matière: ainsi il existe pour les décisions des tribunaux administratifs comme pour celles des tribunaux proprement dits judiciaires* (1). Een niet minder sterk sprekend voorbeeld in ons eigen land levert de behandeling der Beroepswet. Naar aanleiding van art. 72, lid 1 dier wet, dat uitgesproken beslissingen van de Raden van Beroep en van den Centralen Raad niet meer kunnen worden gewijzigd, vermeldt het verslag der commissie van voorbereiding het volgende:

„Sommige leden betwijfelden, of het wel noodig is te bepalen, dat eene uitgesproken beslissing niet meer kan worden gewijzigd. Spreekt dit niet van zelf? Anderen achtten opneming der bepaling wenschelijk, teneinde daarmede te doen uitkomen, dat de uitspraken niet zijn administratieve, maar rechterlijke beslissingen.” De Regeering antwoordde: „Om de reden in het verslag aangevoerd, is de eerste zinsnede van dit artikel wellicht

(1) *Chose Jugée* bl. 2. Dit werk kan dienen als een staaltje, hoe weinig men zich in Frankrijk met de buitenlandsche litteratuur pleegt te bemoeien. Terwijl in Duitschland en Oostenrijk reeds sedert jaren de rechtskracht geldt als een der meest betwiste punten in het administratief recht, doet LACOSTE de vraag af in eenige weinige bladzijden, die eigenlijk niet meer behelzen dan dat de rechtskracht van de beslissingen der administratieve rechters dezelfde is van die der gewone rechters, zoodat met verwijzing naar hetgeen daarvan is gezegd, kan worden volstaan (bl. 450 v.v.).

In verband met die onbekendheid met de buitenlandsche opvattingen doen BOUCARD en JEZE zeker geen overbodig werk met in hun «*Bibliothèque internationale de droit public*» Fransche uitgaven te bezorgen van de voornaamste werken op dit gebied.

overbodig. Voor behoud daarvan pleit echter hetgeen ter verdediging van deze bepaling in het verslag is te berde gebracht." (1)

Onwrikbaarder geloof in de rechtskracht van rechterlijke uitspraken en tevens daarin, dat rechtskracht het uitsluitend erfdeel van den *rechter* is, is wel nooit beleden. Dat het van zelf spreekt, dat de uitspraken van Raden van Beroep en Centralen Raad rechtskracht hebben, omdat die colleges rechters zijn, daarover is ieder het eens. Maar er kon eens iemand gaan twijfelen, of bijv. die Centrale Raad eigenlijk wel een rechter en niet een administratief college is. Jawel, zou men hem dan kunnen antwoorden, want zijn uitspraken hebben rechtskracht, en *daaruit* blijkt, dat hij rechter is (2).

Wij gelooven intusschen, dat de wetgever, nu hij aan de uitspraken van de bij de Beroepswet aangewezen rechters onveranderlijkheid wilde waarborgen, goed heeft gedaan met dit in die wet uitdrukkelijk te bepalen. Want het is toch verre van ondenkbaar, dat niet alle rechters, die in Beroepsraden zitten, steeds het geloof zullen deelen aan de universeele gelding van het dogma der *res judicata*, ook al stond daarvan in het voor hen geschreven recht — in casu de Beroepswet — tittel noch jota te lezen. (3)

Op grond van welk ander rechtsvoorschrift dan art. 72, lid 1, der Beroepswet, zou men aan een Beroepsraad kunnen verbieden om een uitgesproken beslissing achteraf te verbeteren of aan te vullen? En hoe zou men

(1) Handel. St. Generaal 1901—1902. Bijlagen nr. 78 (nr. 5 bl. 69).

(2) Heeft men zich hier eenigzins gesteld op het standpunt van OTTO MAYER, die de rechtskracht aanneemt als enig criterium dat rechtspraak onderscheidt van «gewone» administratie?

(3) Van den Centralen Raad spreken we maar niet, met het oog op zijn boven aangehaalde uitspraak van 22 Juni 1904, waarin dat geloof wel eenigzins doorschemert.

zonder deze bepaling, een klager, die voor de tweede maal aankomt met dezelfde zaak, reeds op dezen grond terstond naar huis kunnen zenden? (1)

Zullen nu ook de uitspraken van den administratieven rechter rechtskracht hebben, dan moet o.i. de wetgever uitdrukkelijk in dien zin een beslissing nemen. Van zelf spreken of uit de lucht vallen doet ook hier de rechtskracht niet.

Volledige eenstemmigheid in welken zin op dit punt 's wetgevers beslissing behoort uit te vallen, bestaat niet. De overgrootste meerderheid intusschen van de schrijvers, die zich bezig hebben gehouden met de vraag, of de uitspraken van den administratieven rechter rechtskracht moeten hebben, beantwoordt die vraag bevestigend. Inmiddels zijn echter ook in tegenovergestelden zin stemmen opgegaan, die al mogen zij ons niet kunnen overtuigen, toch tot omzichtigheid manen. Hiertoe behooren wel in de eerste plaats ZORN (2) en TETZNER, (3) terwijl reeds vroeger GNEIST herhaaldelijk, (4) zij het ook terloops, de bestaanbaarheid van de rechtskracht in de administratieve rechtspraak uitdrukkelijk had ontkend en PAREY (5), hoewel minder positief dan GNEIST toch

(1) Indien iemand voor de tweede maal opkomt tegen dezelfde beslissing van het bestuur der Rijksverzekeringsbank, dan zal naar alle waarschijnlijkheid de termijn voor beroep wel verstreken zijn, zoodat hij ook op dien grond niet-ontvankelijk is. Maar indien iemand, na reeds door Raad van Beroep of Centralen Raad te zijn afgewezen, de Bank nog eens aanklampt, en de naar aanleiding hiervan door haar te nemen beslissing voor den rechter wordt gebracht, dan zal deze zich hebben af te vragen, of er gewijsde zaak is. Zoo ja, dan zal hij zijn uitspraak nergens anders op kunnen gronden dan op art. 72, lid 1, der Beroepswet.

(2) Verwalt. Archiv II.

(3) Deut. Theorien der Verw. Rechtspflege.

(4) o. a. Rechtsstaat bl. 274.

(5) Geciteerd bij TETZNER t. a. p. bl. 177.

tot de conclusie was gekomen, dat „die materielle Rechtskraft in Verwaltungsangelegenheiten überhaupt schwer nach zu weisen (ist).”

De overgrootste meerderheid daarentegen houdt vast aan de rechtskracht, zij het ook in zeer verschillenden omvang, terwijl de oudere wetten betreffende de administratieve rechtspraak òf van de zaak zwijgen òf bepalingen bevatten, waaruit men met een beetje goeden wil de rechtskracht kan halen. Alleen de Saksische wet van 1900 heeft zich in § 61 uitdrukkelijk en desbewust uitgesproken vóór de rechtskracht. Een, naar het oordeel van TETZNER groote vermetelheid, waarvan hij niet nalaat veel verdriet te voorspellen. (1)

Het dubium komt, in het kort gesteld, hierop neer. Aangenomen, dat in het civiel- en strafrecht de rechtskracht van de rechtspraken recht van bestaan heeft, ligt dan in het feit, dat de administratieve rechtspraak gaat over *onmiddellijk* openbare belangen, een voldoende grond om het voordeel verbonden aan de vastheid van eens geschapen toestanden, dat natuurlijk ook hier niet is te ontkennen, op te offeren wegens het gevaar, dat een onveranderlijke uitspraak, die onjuist is, kan blijken op te leveren voor het algemeen belang? Of, wat minder ver gaat, ligt er misschien in dit gevaar een grond om hier de rechtskracht wat minder absoluut te maken, zoodat de regeling daarvan — het compromis, zooals we die regeling noemden — anders uitvalt dan bijv. in het civiel recht?

Dat de zaak overweging verdient, zal ieder moeten toegeven, en het mag dan ook wel opmerkelijk heeten, dat men er hier te lande blijkbaar zoo weinig bezwaar in schijnt te vinden om aan een administratief vonnis

---

(1) Ueber Verwaltungsrechtspflege. Vortrag in der Gehestiftung.

het zeer ver strekkend gevolg te verbinden, dat een begane fout, ook al schaadt die zeer sterk het openbaar belang, *onherstelbaar* is, terwijl men zich aan den anderen kant vaak zoo bang heeft getoond om den administratieven rechter te veel in handen te geven (1).

Het komt ons intusschen voor, dat men zich in dezen strijd van weerszijden niet geheel vrij heeft weten te houden van overdrijving. Vooral ZORN gebruikt bij zijn heftige bestrijding van de rechtskracht in het administratief recht meer groote woorden dan krachtige argumenten. „In Dingen der öffentlichen Ordnung (ist) die einzig mögliche Rechts-sicherheit die Richtigkeit des Rechts; es ist undenkbar, dass die eingetretene Rechtskraft je ein Hinderniss bilden könnte,

(1) Een voorbeeld van die vrees is o. a. het feit, dat regeling van 's rechters competentie door opsomming der bepaalde geschillen in plaats van door een algemeene formule zooveel voorstanders heeft gevonden. Want het enige argument, dat ten slotte ten gunste van de enumeratiemethode gewicht in de schaal kan leggen, is dit, dat de rechter anders zich zou gaan bemoeien met zaken, waarin men de administratie niet onder rechterlijke controle wenscht geplaatst te zien. De rest — bijv. het argument, dat de rechter bij een algemeene formule omtrent zijn eigen competentie de kluts zou kwijt raken, en dat partijen zoo vaak met een niet-ontvankelijkverklaring zouden moeten worden teleurgesteld — dat is maar bijzaak.

Overtuigend wordt o. i. de ongenoegzaamheid van deze bijargumenten en argumentjes in het licht gesteld door Mr. Vos (Weekbl. Burg. Adm. nrs. 2773 v.v. Administratieve Rechtspraak II). Of het bovenvermelde hoofdargument inderdaad gegrond is, zou voor ons land natuurlijk eerst ten volle kunnen blijken, indien men de proef nam met een competentieregeling bij algemeene formule.

Intusschen had het misschien wel gelegen op den weg van hen, die de enumeratiemethode voorstaan, om van zulk een ongewenschte werking der andere methode ten minste eenige voorbeelden te construeeren. Voorbeelden dus van gevallen, waarin de administratie een onwettige handeling heeft verricht (althans naar het oordeel van den klager), die *tevens* — om het uit te drukken in de gebruikelijke, schoon niet algemeen goedgekeurde spreekwijze — des klagers subjectieve recht schendt, en waarin het desalniettemin ongewenscht zoude werken, den rechthebbende de gelegenheid te geven zich tot

*einen vom Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung aus fehlerhaften Zustand in einen fehlerfreien Zustand zu verwandeln.* (Verw. Arch. II bl, 123). Dat die verbetering wel moet geschieden noemt hij „ein zwingendes Gebot der Staatsordnung”. Op dezelfde gronden, waarom in het canoniek recht een vonnis tot nietigverklaring van een huwelijk nooit rechtskracht kan verkrijgen, is ook in de moderne administratieve rechtspraak de onomstootbaarheid der uitspraken „ein unmöglicher Gedanke”.

ZORN's eigenlijke argumenten zijn echter niet sterk. Vooreerst het argument, dat de partijen niet zooals in het civiele recht de beschikking hebben over de rechten waarom het proces wordt gevoerd. Maar dit kan alleen een argument zijn tegen de lijdelijkheid des rechters in het publiek recht. De rechtskracht is geen gevolg van de beschikking, die partijen over het bestreden recht

---

den rechter te wenden om herstel van recht. Van zulke voorbeelden is naar wij meenen nog niet veel gebleken.

Zou de enumeratiemethode misschien min of meer doorgaan op haar eerstgeboorterecht? Want, althans in ons land begint de notie van administratieve rechtspraak stellig met de in bepaalde wetten opgenoemde geschillen, waarin een hooger gezag (bijv. Ged. Staten of Kroon) moet beslissen. Het denkbeeld van de mogelijkheid eener *algemeene* rechterlijke contrôle over de uitvoerende macht, is van veel later dagteekening.

Indien het aanvankelijk regeeringsontwerp tot de grondwetsherziening van 1848 de bepaling behelsde: «De Raad van State doet uitspraak in administratieve regtszaken», (Handel. Grondwetsherz. 1847—1848 (BELINFANTE) I, bl. 45), dan waren daarmede natuurlijk bedoeld die één voor één in verschillende wetten genoemde geschillen. Had iemand toen ook maar een oogenblik gedacht aan een algeheele contrôle over de uitvoerende macht, dan had de zaak wel meer aandacht getrokken dan zij nu deed. Het voorschrift kon onopgemerkt verdwijnen zonder dat iemand redenen gaf of vroeg.

Geen wonder trouwens dat men in de eerste plaats denkt aan bepaalde in de wetten genoemde geschillen. Wat wij van administratieve rechtspraak op het oogenblik hebben, is nog geheel op die leest geschoeid.

hebben, maar steunt op den wil van den wetgever. In het strafrecht en het familierecht valt dan ook die bevoegdheid tot beschikken weg en blijft toch de rechtskracht bestaan.

„Zu dem”, gaat ZORN voort, wird in Dingen der öffentlichen Ordnung die Veränderung der Voraussetzungen und Verhältnisse häufig so rasch und so vielfach eintreten, dass die für die exceptio rei judicatae erforderlichen eadem causa viel geringere Bedeutung haben muss als im Civilproces”. — Maar indien in het publiek recht zich wegens veranderde omstandigheden de eadem causa inderdaad zelden zal voordoen, kan dat dan een reden zijn om in gevallen, waar de zaak wel dezelfde is, niet van rechtskracht te willen weten?

Weinig overtuigend is ook het volgend argument, dat, volgens ZORN „das Princip der Rechtskraft fürs Verwaltungsstreitverfahren zur Unmöglichkeit macht”. In het administratief proces zijn de betrokken partijen zoo weinig bepaald, dat de civielrechterlijke regel, dat een vonnis maakt jus inter partes, hier zou moeten worden, dat het vonnis geldt erga omnes. „Damit wird der Gedanken der Rechtskraft aber so unermesslich weit ausgedehnt, dass er unmöglich festgehalten werden kann und in vielen Fällen schon aus äusseren Gründen dahin fällt.” — Nu is echter vooreerst lang niet iedereen het er over eens, dat het administratief vonnis verder zou werken dan voor en tegen de partijen. Maar bovendien laat ZORN ons volkomen in het duister omtrent de vraag welke toch wel die gronden zijn, die een rechtskracht van de administratieve uitspraak tegen „elk en een iegelijk” tot iets onmogelijks maken!

Als bijna naïef moet men het argument beschouwen dat in het administratief recht de rechtskracht onnoodig zou zijn, omdat een juiste uitspraak toch wel in stand



zal worden gehouden, terwijl een foutief vonnis hoe eer hoe beter wordt gecorrigeerd. Daarmee valt natuurlijk de rechtskracht ook in het civiel- en strafrecht.

Meer indruk maakt ongetwijfeld het betoog van TETZNER, die in de donkerste kleuren het gevaar afschildert, dat het algemeen belang kan dreigen van den kant van foutieve doch onherstelbare vonnissen. Als voorbeelden noemt hij beslissingen omtrent waterstaatswerken, gevaarlijke inrichtingen, maatregelen bij epidemiën, enz. Doch ook hij zondigt, gelijk zijne tegenstanders niet nalaten op te merken (1), door overdrijven en generaliseeren.

Het feit alleen, dat bij de administratieve rechtspraak steeds een openbaar belang betrokken is, brengt nog niet mede, dat dit belang zóó gewichtig is, dat onder geen omstandigheden een foutieve beslissing, die daarmede in strijd komt, mag worden gehandhaafd. Zoo is het feit, dat iemand ten onrechte vrij komt van schutterlijken dienst, zeker zeer te betreuren. Maar met zoo'n op zichzelf staand geval is de veiligheid des lands nog niet gemoeid. Evengoed is het te overkomen, indien iemand over een jaar ten onrechte niet in de belasting is aangegagen. Zelfs zou men zich ten slotte kunnen neerleggen bij de beslissing, die iemand ten onrechte al of niet laat meestemmen bij de verkiezing voor den gemeenteraad, om van Kamers van Arbeid en Koophandel niet te spreken. Zulke belangen, hoe gewichtig ook, zijn niet van dien aard, dat ze, om met TETZNER's woorden te spreken, evenmin door rechtskrachtige beslissing onherroepelijk kunnen worden „präkludiert”, als het zou gelukken de golven der zee in boeien te slaan.

Inmiddels is ook de tegenpartij niet van overdrijving

(1) O. a. BERNATZIK. Gutachten bl. 41.

vrij te pleiten. Een sterk staaltje hebben we daarvan reeds ontmoet bij BERNATZIK, die meent, dat zonder rechtskracht der uitspraken de geheele rechtspraak geen zin meer heeft.

Sterk overdrijft ook SCHULTZENSTEIN, wanneer hij zegt, dat het ontbreken der rechtskracht de praesumtie, dat de res judicata wordt gehouden voor waarheid, juist zou omkeeren in een „Präsumption der Unrichtigkeit”. (1) Niets is minder waar. Het vonnis blijft waarheid en is uitvoerbaar, alleen is die waarheid niet meer *onomstootelijk*. Verder heeft deze schrijver — Raadsheer in het Pruisisch Oberverwaltungsgericht — vooral medelijden met den rechter, wiens uitspraken geen rechtskracht meer zouden hebben. De rechtspraak, zegt hij, die een even ernstig als moeilijk ding is, zou worden „ein Ball zu spielen für die Betheiligten, die das Spiel fortsetzen können, so lange Einer von ihnen Zeit und Lust sowie schliesslich auch Geld dazu hat”. (1) In vele gevallen zouden des rechters uitspraken niet meer zijn dan Gutachten en in ieder geval zou haar waarde „herzlich gering” zijn, „weil immer ein neues Abweichendes Urtheil möglich ist”. Na al de moeite van den rechter hangt het effect van den geheelen arbeid af „von dem Belieben der Betheiligten und besteht nur so weit und so lange es diesen passt und sie nicht den Streit von neuem beginnen wollen”. Kunnen, zoo vraagt SCHULTZENSTEIN, menschen die met zoo'n ambt belast zijn, zich nog rechter voelen? — Indien dit juist is, dan mogen we niet nalaten ook al de administratieve autoriteiten tot de Kroon inclusief diep te beklagen, want ook zij staan er elk oogenblik aan bloot, dat een belanghebbende haar vraagt om terug te komen op de genomen beslissing. Dat op

(1) t. a. p. bl. 96.

(2) Gutachten bl. 98.

zulke herhaalde verzoeken, die inderdaad voorkomen, een zeer eenvoudig antwoord mogelijk — en dan ook zeer gebruikelijk is, waarbij „adressant wordt te kennen gegeven, dat er geen termen zijn gevonden om terug te komen op de gevallen beslissing,” schijnt SCHULTZENSTEIN niet in den zin te zijn gekomen. (1) Maar bovendien, mag bij de regeling der rechtskracht ooit den doorslag geven of zelfs maar gewicht in de schaal leggen het argument, of het voor den rechter aangenamer of minder aangenaam is? En al mocht dit ook wel, dan deugt het argument hier toch nog niet. SCHULTZENSTEIN beschouwt blijkbaar het gemis van rechtskracht als een soort machtsvermindering voor den rechter. Maar het tegendeel is waar. De rechtskracht der uitspraken *beperkt* 's rechters macht. Zij keert zich juist tegen hem en ontnemt hem een bevoegdheid, die hij anders zou gehad hebben, te weten: om baas te blijven over zijn eens genomen beslissingen.

Dat de strijd alleen kan gaan om 's *rechters* gebondenheid, wordt trouwens, indien wij ons niet bedriegen, wel eens uit het oog verloren, zoodat dusdoende op den voorgrond treedt een quaestie, die met de eigenlijke rechtskracht niets te maken heeft. Wij bedoelen de vraag, *of de beslissing van den administratieven rechter, die voor partijen rechtskracht heeft, ook den Staat bindt.* In deze woorden stelt TETZNER uitdrukkelijk het probleem.

Ten einde misverstand te voorkomen moeten we beginnen met op te merken, dat naar TETZNER's opvatting de Staat nimmer partij is. De overheid, wier handeling

---

(1) Het met SCHULTZENSTEIN's standpunt samenhangend argument voor de rechtskracht, dat de Staat zuinig moet omgaan met den tijd zijner ambtenaren en *daarom* niet kan toelaten, dat zij met afgedane zaken weer worden lastig gevallen, komt mij dan ook voor niet van zoo groot gewicht te zijn, als bijv. TETZNER daaraan hecht.

voor den rechter wordt aangevallen, is evenmin partij als de rechter zelf. In het meest gewone geval, dat een particulier klaagt over een onwettige overheidshandeling, is er dus maar één partij in het proces. Meerdere partijen zijn er eerst, indien meer gelijkgerechtigden in het publiekrechtelijk geding hetzij naast hetzij tegenover elkaar optreden.

Ook het woord „staat” behoeft hier vooraf eenige opheldering. De staat kan optreden in zeer verschillende gedaante en in verband daarmee met zeer verschillend rechtsgevolg. Hij kan zijn rechter, administratie en wetgever. Den staat-wetgever kunnen we er hier buiten laten. De wet is zelf bron van alle recht, dus ook van het instituut der rechtskracht. Mitsdien is gebondenheid van de wet aan de rechtskracht van een bepaald vonnis ondenkbaar. Voor gebondenheid komen dus alleen in aanmerking de staat-rechter en de staat-administratie.

Nu zouden wij verwachten, dat de gebondenheid van de administratie aan de uitspraak van den administratieven rechter geen vraag *kan* zijn. Juist *boven* de administratie wordt geplaatst de contrôle van den rechter. Daardoor is de rechter tegenover de administratie het hooger gezag. En dat de hoogere autoriteit aan de lagere de wet voorschrijft, en dat dit ook geschiedt, waar van rechtskracht geen sprake is, weet ieder. De absolute gehoorzaamheid van de administratie aan de uitspraken van den administratieven rechter heeft met de rechtskracht dier uitspraken dan ook niets te maken, doch betreft alleen de uitvoering der uitspraken. (1)

Toch blijken inderdaad TETZNER en anderen het

(1) Reserveeren we den term «rechtskracht» niet voor de *bijzondere* kracht, die in het positieve recht de uitspraken van den rechter hebben, boven die van de gewone administratie, dan kunnen we den term wel over boord gooien. Dan wordt de term zoo algemeen,

standpunt te verdedigen, dat het niet aangaat aan de *uitvoerende macht* de bevoegdheid te ontzeggen om, wanneer zij dit noodig acht in het algemeen belang, zich niet te houden aan 's rechters uitspraak. En dat deze opvatting, althans vroeger, zeer verbreid was, kan men zien uit de door BERNATZIK (1) aangehaalde oudere litteratuur, waarin blijkbaar een soort communis opinio heerschte, dat in het administratief recht wel zoo iets bestaat als rechtskracht van rechterlijke uitspraken, maar dat die rechtskracht de Overheid toch nooit kan beletten om te doen wat het algemeen belang vordert. Teekenend in dit opzicht is de door TETZNER (2) aangehaalde plaats van PAREY, die wij hier laten volgen. Waar de rechtsmiddelen van partijen zijn uitgeput, „die Vollstreckung der Entscheidung aber gleichwohl zu offenbaren Verstössen gegen alles geltende Recht, gegen Vernunft und gute Sitten verstossen muss (solchen Fälle sind schon vorgekommen) da erübrigt noch immer das Auskunftsmittel der Anrufung der obersten Aufsichtsbehörden, welche wenigstens den ihnen untergestellten Behörden geeignete anweisungen für die Vollstreckung bezw. die *Unterlassung* derselbe ertheilen können.” En ook in de nieuwere litteratuur is deze opvatting nog niet geheel dood. Zoo is LEMAYER (3) hoewel het bestaan der rechtskracht erkennende, toch van oordeel, dat die rechtskracht de uitvoerende macht niet kan beletten te

---

dat we er niets meer aan hebben. Aan elk besluit is ten slotte wel iemand gebonden.

Gaan we nu die gebondenheid ook brengen onder het begrip rechtskracht, dan verkrijgt daarmee *elk* besluit een «soort» rechtskracht. Alle nut van den term — het aangeven van een scherp omlijnd begrip — is daarmee verloren.

(1) Rechtsprechung, bl. 83 v.v.

(2) Deutsch. Theorie enz., bl. 177.

(3) Grünhut's Zeitschrift 1895, bl. 483.

doen, wat vereischt wordt voor de openbare veiligheid, gezondheid en welstand.

Men zal misschien Deutsche opvattingen moeten huldigen om de gebondenheid der administratie aan de uitspraak van den administratieven rechter in ernst als een open vraag te kunnen behandelen. Een rechter te plaatsen boven de administratie en dan boven dien rechter nog weer eens . . . de administratie, komt ons al zeer ongerijmd voor. Voor ons is het eenig mogelijke punt, waarover de strijd kan loopen, of het geraden is de mogelijkheid af te snijden, dat de rechter zijn eigen beslissing, die hem zelf achteraf onjuist blijkt te zijn, weer te niet doet,

In dezen strijd schijnt ondanks het geheel verschillend punt van uitgang van partijen en ondanks de groote woorden, die zij tegen elkaar in debat brengen, een verzoening niet uitgesloten, omdat zij ten slotte blijk geven elkaars bezwaren wel degelijk te laten wegen. Zoo erkent ZORN, dat de gronden, die in het civiel recht pleiten voor rechtskracht, ook in het administratief proces: „hohen Wert haben würden,” (1) en noemt hij de vastheid van rechtsbetrekkingen ook hier „erwünscht”. Evenmin onderschat TETZNER de voordeelen, die ook in het administratief recht de wetgever door middel van de rechtskracht zou kunnen bereiken. „Kann er sie bieten, dann soll er sie bieten” zegt hij. (2)

Aan den anderen kant zien we — en dit komt ons voor zeer de aandacht te verdienen — de tegenpartij niet achterblijven in de uitdrukkelijke erkenning, dat in sommige gevallen het algemeen belang de onaantastbaarheid van een onjuiste beslissing niet *kan* dulden.

(1) t. a. p. bl. 122.

(2) t. a. p. bl. 187.

Zoo nam SEIDLER in de conclusie aan het slot van zijn referaat, gehouden in de betrokken afdeulingsvergadering van den 26sten Deutschen Juristentag (1), uitdrukkelijk een voorbehoud met het oog op zulke gevallen op. Wel is waar werd niet deze conclusie aangenomen, maar die van SCHULTZENSTEIN, welke zulk een voorbehoud niet behelsde, doch men zou een geheel verkeerden indruk van de zaak krijgen door op dit feit af te gaan en daaruit af te leiden, dat de meerderheid van geen beperking wilde weten. Eenigszins misleidende in dit opzicht is dan ook het verslag van SEIDLER aan de algemeene vergadering (2), waar hij kortweg mededeelt, dat zijn voorbehoud „fast einmüthig abgelehnt” werd. Want duidelijk bleek, dat nagenoeg iedereen erkende, dat er zóó gewichtige openbare belangen zijn, dat zij onmogelijk blijvend kunnen lijden onder de rechtskracht van een onjuiste beslissing, al was men het niet eens over de wijze, waarop het gevaar moest worden gekeerd. In de erkenning van het gevaar gaan de beide prae-adviseurs, SCHULTZENSTEIN en BERNATZIK, vooraan.

Dat SCHULTZENSTEIN's conclusie echter geen beperking bevat van de rechtskracht van administratieve vonnissen, is zeer verklaarbaar. Waar zulke groote belangen in het spel zijn, dat zij e. q. geen rechtskracht zouden kunnen dulden, daar wil hij eenvoudig de geheele rechtspraak buitensluiten (3). Zulke belangen moet de wetgever den

(1) Verhandl. bl. 391. Men zie ook bl. 389, waar hij den wensch uitspreekt, dat de wetgever uitdrukkelijk verklaart, «dass er im Gegensatz zu der Gebundenheit der Parteien den Staat von der Gebundenheit an die Rechtskraft im Interesse der Beseitigung von öffentlichen Gefahren dispensire».

(2) Verhandl. bl. 605.

(3) Gutachten bl. 116. «Es giebt allerdings Sachen bei denen ein solches (öffentliches) Interesse regelmässig betheilt ist. Befürchtet man bei dem letzteren eine Gefahr für den Staat durch dessen Bindung an die Urtheile der Verwaltungsgerichte, so ist das einzig

rechter maar niet toevertrouwen. — Dat middel is natuurlijk afdoende, hoewel alleen bruikbaar, indien de wetgever 's rechters competentie regelt door enumeratie. De opsomming der den rechter toe te wijzen geschillen moet dan mede uit dat oogpunt geschieden. Daarmee is de zaak dan in orde. Maar het middel is wel zeer heroïek. Om te ontkomen aan een gevaar, dat aan de rechtspraak *kan*, maar niet *behoeft* verbonden te zijn, werpt men op zoo'n gebied de rechtspraak heelemaal maar over boord. Deze oplossing kan ten slotte alleen maar hem bevredigen, die begonnen is met als axioma aan te nemen, dat rechtspraak en rechtskracht onafscheidelijk zijn. Wie zoo doet, heeft inderdaad maar te kiezen of te deelen. Maar wie meent, dat de rechtskracht slechts iets bijkomstigs is en dat de rechtskracht bovendien niet is een absoluut begrip, dat geen graden kent, die zal allicht aan een andere oplossing de voorkeur geven. Afgezien van deze radicale beperking, wil SCHULTZENSTEIN voor het geval, dat toch nog de nood aan den man mocht komen, zich behelpen met een Staatsnothrecht (1) — wat natuurlijk niets anders is dan een eufemisme voor het geval, waarin men het recht eenvoudig op zij wil zetten.

Ook BERNATZIK zet de achterdeur wagenwijd open. Wel vindt hij, dat de rechtspraak zoo moet worden

---

richtige, sie dem Verwaltungsstreitverfahren gar nicht zu zuweisen und hierdurch die Gefahr von Anfang an und vollständig auszuschliessen».

En in die uitsluiting moet men volgens S. waarlijk niet kieskeurig zijn. «Man gehe darin, solche Sachen, bei denen eine *entfernte* Möglichkeit besteht, dass eine Bindung des Staates an ein unrichtiges Urtheil ein öffentliches Interesse gefährden würde, nicht dem Verwaltungsstreitverfahren zuzuweisen, so weit als irgend denkbar», dan blijft er toch nog genoeg voor den rechter over. Ook in twijfelachtige gevallen sluite men hem daarom gerust uit.

(1) t. a. p. bl. 120.



ingericht, dat onjuiste beslissingen zooveel mogelijk worden voorkomen, maar is het onheil eenmaal geschied, dan is er toch nog wel raad. De wet moet volgens hem de gevallen aangeven, waarin „die normale Unabänderlichkeit und bindende Wirkung aus höheren Gründen weichen muss” (1), en dat hij daarin tamelijk ver wil gaan, blijkt aan het slot van zijn advies (bl. 50): „Sollte eine Materie so empfindliche öffentliche Interessen berühren, dass der Staat seinen Behörden (2) darüber hinaus das Recht wahren will, ihre eigenen in der Entscheidung ausgesprochenen Ansichten über die Richtung der öffentlichen Interessen abzuändern, so steht das ja der Gesetzgebung frei. Dergleichen könnte etwa in manchen militärischen, finanziellen, hauptsächlich aber polizeilichen Angelegenheiten der Fall sein.” Ja, zelfs zou hij ter wille van „ängstliche Gemüther” nog wel te vinden zijn om in Polizeisachen de rechtskracht heelemaal uit te sluiten, al meent hij voor zich, dat dit toch verder zou gaan dan noodig is. (3)

Ook in het mondeling debat werd de noodzakelijkheid van beperking volmondig erkend. Zoo achtte met name ARNDT (Verhandl. bl. 421) het noodig „Wasser in den

---

(1) Gutachten bl. 39.

(2) Men bedenke, dat BERNATZIK de rechtskracht ook wil hechten aan sommige besluiten van de administratieve autoriteiten, als het besluit nl. materieel rechtspraak is.

(3) In zijn vroeger werk Rechtsprechung had BERNATZIK eveneens gewezen op de noodzakelijkheid van beperkingen. «Nichts destoweniger gibt es Interessen von solcher Wichtigkeit, dass behördliche Akte, welche gesetzwidriger Weise dieselben ausser Achtlassen, in keiner Rechtsordnung als geltendes Recht aufrecht erhalten werden können» (bl. 267). En later (bl. 302) noemt hij de Wiederaufnahme een «nothwendiges Complement der materiellen Rechtskraft; sie hat die Wunden zu heilen, welche die Rücksichtslose Durchführung der letzteren schlagen würde.»

Wein zu giessen". Ook hij is wel geen medestander van hen, die van de rechtskracht in het publiek recht niet willen weten, maar hun bedenkingen telt hij toch zeer zwaar. Zoo acht hij het niet toelaatbaar, dat ooit de rechtskracht een hindernis zou mogen opleveren om gevaarlijke of ernstig schadelijke toestanden uit den weg te ruimen (1).

Tegen beperkingen verklaarden zich slechts twee sprekers. PREUSS (2), omdat hij daarvan voorziet, dat in de praktijk de politie zich zal gaan stellen boven de uitspraak van den rechter, en in de tweede plaats op den zelfden grond LÖVINSON (3)

Voor laatstgenoemde beteekent het proces niets, „wenn schliesslich die Behörde, die mit einer Privatperson in Streit gerathen ist und ihr im Processe als Partei gegenüberstand, einseitig sagen kann: höhere Interessen sind inzwischen eingetreten und ich hebe die rechtskräftige Entscheidung durch meine eigene Erklärung wieder auf." Stond de zaak inderdaad zoo, dan hadden PREUSS en LÖVINSOHN misschien geen ongelijk. Maar gelukkig staat de zaak anders en zijn er nog wel andere middelen om aan het gevaar van een te ver strekkende rechtskracht te ontkomen, zonder daarvoor aan de *administratie* de bevoegdheid te geven zich te stellen boven den rechter.

Ook buiten den Juristentag is van verschillende zijden aangedrongen op een wettelijke veiligheidsklep tegen al te absolute rechtskracht in het administratief recht. Zoo oordeelt LÖNING, (4) dat de wetgever op deze wijze dit gevaar moet afwenden, „dass er für die äussersten Fälle die Möglichkeit gebe, auch ein rechtskräftiges Urtheil

(1) Ongeveer het standpunt dus, dat we LEMAYER zagen innemen.

(2) Verhandl. bl. 416.

(3) Verhandl. bl. 424.

(4) Verwaltungs Archiv. VII.

in der Wiederaufnahme des Verfahrens zu vernichten, und dass er der Verwaltungsrechtspflege nicht die gesammte Verwaltung überweise, sondern sie überall da ausschliesse, wo das Staatliche Interesse unbedingt die Ausführung des auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Staatswillens zu verlangen scheine". LEMAYER gaat, zooals we reeds zagen, zelfs zoo ver, te zeggen, dat de rechtskracht de administratie nooit mag beletten te doen wat noodig is om „einen Zustand der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit, Wohlfahrt zu erhalten", indien dat op haar weg ligt.

Het is waar, OTTO MAYER spreekt niet van beperkingen der rechtskracht in de administratieve rechtspraak. (1) Maar dat heeft zijn zeer verklaarbaren grond. Voor MAYER is juist de rechtskracht het eenige kenmerk, dat administratieve rechtspraak onderscheidt van *gewone* administratie. Met de rechtskracht kan hij dus onmogelijk transigeeren. Valt die weg, dan is er geen rechtspraak meer, doch nog slechts gewone administratie. Maar desondanks zien we ten slotte, dat toch ook MAYER zich niet aan een beperking kan onttrekken.

TETZNER's voorstel besprekend om den wetgever uitdrukkelijk te laten uitmaken, welke belangen de rechtskracht kunnen verdragen en welke niet, zegt hij (2): maar dat heeft de wetgever reeds gedaan; juist door de opdracht van sommige aangelegenheden aan den rechter heeft de wetgever willen te kennen geven, dat in die zaken de gevolgen der rechtskracht geen kwaad kunnen". Hier komt dus bij MAYER weer dezelfde beperking te voorschijn, die we reeds zagen bij SCHULTZENSTEIN en LÖNING: omdat

(1) Daargelaten zijn opmerking, dat de wet zoonoodig ook in de rechtskracht van een genomen beslissing kan ingrijpen, wat vanzelf spreekt, en dat een beslissing ook kan genomen zijn onder het voorbehoud: *rebus sic stantibus*. Veranderen dan de omstandigheden, zoo kan ook van de genomen beslissing worden afgeweken.

(2) Archiv für öffentliches Recht 1902, bl. 144.

de rechtskracht in sommige zaken gevaarlijk kan werken, moet men daar den administratieven rechter buiten houden.

MAYER's leer omtrent de rechtskracht is daarom van zoo groot gewicht, omdat de eenige wet, die de zaak regelt, de Saksische wet van 1900 über die Verwaltung-rechtspflege, blijkens uitdrukkelijke mededeeling in de toelichting, (1) hierin staat op zijn standpunt. Vandaar dan ook, dat men in die wet tevergeefs zal zoeken naar bepalingen, die een al te verstrekkende werking der rechtskracht zouden kunnen temperen (1). Of intusschen de wetgever zich de beperking wel bewust is geweest, die toch ook MAYER noodig acht, of hij des rechters competentie wel opzettelijk mede uit dit oogpunt heeft bekeken, dat daarin niet al te gewichtige openbare belangen mogen vallen, mag bij de tamelijk ruime omschrijving dier competentie betwijfeld worden. De oorzaak van dit mogelijk verzuim kon wel eens hierin gelegen zijn, dat in MAYER's werk, waarvan de Saksische wetgever kennis droeg — Deutsches Verwaltungsrecht 1895 — van de veiligheidsklep door middel van beperkte competentie niets te lezen is. Die veiligheidsklep komt bij MAYER eerst voor den dag in een geschrift van later dagteekening dan de Saksische wet (3).

Vandaar dat o. i. veel van zijn kracht verliest een mogelijk beroep op het feit, dat de Saksische wetgever het onnoodig geoordeeld heeft, een dam op te werpen om het gevaar, waarop we wezen, te keeren. De zegsman toch, op wiens gezag hij dit naliet, blijkt achteraf zelf terug te krabbelen.

(1) Apelt. Verwaltungsrechtspflege, bl. 67.

(2) Opheffing van rechtskrachtige beslissingen kan slechts plaats hebben in eenige eng omschreven gevallen evenals in het civiel recht. Grote benadeeling van het algemeen belang door onjuiste beslissing valt daar niet onder.

(3) Archiv für öffentliches Recht 1902.

Wanneer wij nu bedenken, dat nagenoeg allen, die zich met de zaak hebben beziggehouden, van oordeel zijn, dat de rechtskracht in de administratieve rechtspraak volstrekt niet is een onschuldig ding — wanneer we bijna van een *communis opinio* kunnen spreken, dat zekere veiligheidsmaatregelen tegen te groote benadeeling van het algemeen belang door de rechtskracht van onjuiste vonnissen onontbeerlijk zijn, dan schijnt de vraag niet misplaatst of niet ook de Nederlandsche wetgever, die de administratieve rechtspraak gaat regelen, aan de quaestie zijn aandacht dient te schenken.

Wij zouden zeker niet wenschen, dat het resultaat dier overweging ware, dat geen rechtskracht wordt toegekend aan de uitspraken van den administratieven rechter. Maar tusschen *geen* rechtskracht en *absolute* rechtskracht ligt een lange weg. Trouwens *absolute* rechtskracht bestaat ook in het civiel- en zeker in het strafrecht niet. Ook in het civielrecht en in veel grooter omvang in het strafrecht zijn gevallen erkend, waarin de rechtskracht moet wijken voor een nader onderzoek. In het strafrecht levert bovendien nog altijd de gratie een — zij het ook onvolkomen — hulpmiddel. Nemen wij dus in aanmerking, dat *absolute* rechtskracht toch ook elders niet wordt aangetroffen, (1) dat de regeling daarvan in het positieve recht derhalve toch steeds is een compromis tusschen de tegenstrijdige belangen van zekerheid en van recht, dan bestaat er, naar het ons

---

(1) Een voorbeeld van volkomen rechtskracht had onze wetgeving kunnen toonen, indien het ware gebleven bij het plan der regeering om in de Beroepswet geen gevallen op te nemen van nietigverklaring van uitspraken, die kracht van gewijsde hebben. Bij amendement van de commissie van voorbereiding zijn daaromtrent toch nog eenige bepalingen — van zeer enge strekking — opgenomen (art. 127 v.v.). Was dat niet geschied, dan hadden de uitspraken van Beroepsraden en Centralen Raad rechtskracht in «Reincultuur» getoond.

voorkomt, alleszins grond om bij het tot stand komen dier regeling op het administratief gebied behalve de motieven, die ook elders gelden, nog eens opzettelijk dit te laten wegen, dat hier het algemeen belang *direct* betrokken is.

Veel zou men trouwens niet behoeven op te offeren om een oplossing te vinden, die een mogelijke, al te schrille tegenstelling tusschen de werking der rechtskracht en de gebiedende eischen van het algemeen belang zou kunnen verzoenen. Die oplossing ware zeker niet te zoeken in de richting, die TETZNER en LEMAYER en ook anderen aangeven, waardoor aan de *administratie* het laatste woord zou blijven om zich in een gegeven geval al of niet te houden aan 's rechters uitspraak. Dan kon de geheele administratieve rechtspraak, die juist dient om in sommige opzichten aan de administratie het laatste woord te ontnemen, wel achterwege blijven.

Geheel anders echter wordt de zaak, indien men aan den *rechter zelf* de bevoegdheid geeft om in buitengewone, in de wet omschreven, gevallen terug te komen op een genomen beslissing. Het vereischte buitengewone geval ware dan wellicht hierin te zoeken, dat zouden moeten samentreffen de twee omstandigheden, dat de onjuistheid der vroegere beslissing is gebleken *en* dat die beslissing in hooge mate nadeelig is voor het algemeen belang. (1) Vreest men nu op deze wijze nog te veel voor het querulantendom de deur te openen, dan kan men dit — o. i. niet ernstige — kwaad temperen door alleen aan het openbaar ministerie, indien dat

(1) TETZNER (t. a. p. bl. 493) noemt deze twee omstandigheden als vereischt om de rechtskracht in een gegeven geval te breken. Maar hij wil over het aanwezig zijn dier omstandigheden de *administratie* laten oordeelen. Daarin zouden wij hem niet gaarne volgen.

bestaat bij den administratieven rechter, of anders aan het bij de zaak betrokken bestuur de bevoegdheid te geven zulk een revisieproces in te leiden. Ook zou men kennelijk ongegronde aanvragen in zeer verkorte procedure kunnen doen afwijzen.

Door voorschriften in dezen zin zou de wetgever, naar het ons voorkomt, van het nut, dat de rechtskracht ook in het administratief recht ongetwijfeld kan stichten, al zeer weinig opofferen en toch aan den anderen kant een dam opwerpen tegen een niet denkbeeldig gevaar. De gevallen van revisie zouden uiterst zeldzaam zijn, maar wanneer er dan zulk een geval voorkwam, zou het instituut blijken te gemoet te komen aan een zeer dringende behoefte. En al meent men ook, dat, als de nood aan den man is, het openbaar belang zich ondanks alle rechtskracht wel gelding zal weten te verschaffen, dan heeft de mogelijkheid van revisie toch nog altijd dit, niet te onderschatten voordeel, dat men dan zijn toevlucht niet behoeft te nemen tot een noodrecht — dat wil zeggen: rechtsbreuk — of tot een uit het oogpunt van recht al evenmin aanbevelenswaardige noodwet voor een concreet geval.

### III.

Met het erkennen van de rechtskracht is de wetgever er niet af. Hij kan den rechter natuurlijk niet alle mogelijke quaesties besparen, die zich in de toekomst kunnen voordoen, maar iets anders is het of hij den rechter willens en wetens in het duister mag laten omtrent oude en overbekende twistvragen. Daaraan maakt zich de Saksische wet wel eenigszins schuldig, die er zich toe bepaalt de rechtskracht te erkennen en aan te geven voor wie een rechtskrachtige uitspraak bindend

is. (1) Niet zonder grond merkt dan ook APELT (2) op, dat het van de jurisprudentie van het Oberverwaltungsgericht zal afhangen, „wie sich diese Regelung der Rechtskraft bewähren wird.“ Dat ook de St. Commissie voor de administratieve rechtspraak op dit punt geen gelukkig voorbeeld geeft, zagen we reeds. En we mogen ons wel verzekerd houden, dat ook hier armoede van de wet rijkdom van meeningsverschil zou meebrengen. Trouwens in ons eigen land hebben we daarvan reeds een voorproefje ten aanzien van de vraag of de kracht van gewijsde zaak zich uitstrekt over alle elementen, waaruit een beslissing voortvloeit, dan wel of zij alleen geldt voor de rechtsbetrekking, die als hoofdvraag aan den rechter onderworpen is geweest. (3)

De St. Commissie zwijgt van de zaak, doch Mr. REUYL releveert haar en is van oordeel, dat men de kracht van gewijsde in het administratief recht wat ruimer mag nemen dan in het burgerlijk recht. Is bijv. in een geding over kiesrecht uitgemaakt, dat iemand is Nederlander, dan mag men zich daarop ook beroepen, indien het de vraag geldt, of zoo iemand lid van den gemeenteraad mag zijn. Toch wil hij intusschen vasthouden aan het beginsel, dat de rechter slechts een bijzonder geval beoordeelen kan. Een uitspraak in een belastingreclame geldt uitsluitend voor dien aanslag. Een volgend jaar kan men er zich niet meer op beroepen.

Mrs. RÖELL en OPPENHEIM (4) vinden de opvatting van Mr. REUYL veel te ruim en slaan een andere

(1) § 61.

(2) t. a. p. bl. 68.

(3) Voor het civiele recht mogen we verwijzen naar BINNERTS. Exceptie van gewijsde zaak. Leiden 1867, bl. 60 v.v. en LACOSTE, Chose Jugée. Titre I, Chap. I, sect II.

(4) Bijdrage tot regeling der administratieve Rechtspraak, 1e stuk, bl. 150.



redactie dan die der St. Commissie voor, waaruit blijkt dat, wil er gewijsde zaak zijn, tusschen dezelfde partijen ten aanzien van dezelfde feiten, een zelfde rechtsgeschil moet bestaan. Maar aan den anderen kant gaat Mr. REUYL hun toch weer niet ver genoeg: de beslissing in een belastingreclame willen zij bij gelijk gebleven omstandigheden ook voor volgende aanslagen laten gelden — op groote eenstemmigheid bij gemis van een uitdrukkelijke beslissing in de wet moet men zich dus maar niet verheugen!

Dat de wetgever zou verzuimen deze quaestie voor den administratieven rechter uit den weg te ruimen, is trouwens niet zeer waarschijnlijk, nu het thans aanhangig ontwerp tot wijziging van boek IV van het burgerlijk wetboek de zaak voor het burgerlijk recht, evenals het ontwerp 1820 deed, beslist in den ruimen zin. (1)

De twistappel, of de rechter ambtshalve heeft te letten op de res judicata dan wel of hij moet afwachten, totdat de belanghebbende partij er zich op beroept, zal misschien niet overrollen naar het terrein van den administratieven rechter, ook al laat de wetgever er zich niet over uit. De zaak ligt hier anders dan in het civiel recht. Indien men voor het administratief proces

(1) Handelingen 1903—1904 Bijlagen no. 70. De Regeering stelt voor art. 1958 B. W. te lezen:

«Wanneer bij zoodanig vonnis de uitspraak berust op eene beslissing omtrent in het geding gestelde feiten en daaruit af te leiden rechtsgevolgen, wordt de inhoud dezer beslissing als tusschen partijen vaststaande aangemerkt in dien zin, dat zij zich daarop tegen elkander beroepen mogen, indien de beoordeeling van een ander geding van dezelfde beslissing afhankelijk is.»

De uitspraak van het Preus. Obergerw. Gericht van 15 Mei 1899 (Jur. Zeitung 1900 bl. 50) huldigt de enge opvatting. Het vorige proces draaide om de vraag, of een weg openbaar was. Formeel was die vraag echter slechts prae judicieel geweest. Aan de vroegere uitspraak werd daarom ten aanzien van de openbaarheid geen rechtskracht toegekend.

breekt met 's rechters lijdelijkheid, dan vervalt o.i. de grond om te betwijfelen, of de rechter ambtshalve met de res judicata moet rekening houden.

LACOSTE (1) is intusschen van meening, dat de exceptie van gewijsde „ne peut pas être supplée d'office,” welke opvatting hij echter uitsluitend motiveert met het o.i. niet afdoende argument, dat dit ook zoo is in het burgerlijk recht. (2)

Van meer ingewikkelden aard schijnt de vraag te zijn, tot welke personen de rechtskracht van de uitspraken van den administratieven rechter zich behoort uit te strekken. De St. Commissie stelt voor, dat de uitspraken kracht van gewijsde zullen hebben *tusschen partijen*. Een eenvoudige overplanting dus van een bepaling uit het civiel recht op administratief terrein. Maar is die overplanting wel gewenscht of zelfs wel mogelijk?

Een civiel vonnis schept in den regel geen rechtsbetrekking, doch spreekt zich slechts uit over een reeds bestaande betrekking. Aan die bestaande betrekking wordt door het vonnis alleen maar iets toegevoegd. Het vonnis maakt haar onbetwistbaar en (we denken

---

(1) t. a. p. bl. 460.

(2) In het civiel recht schijnt thans zoowel hier te lande als in Frankrijk vrijwel als communis opinio te gelden, dat de rechter de exceptie van gewijsde zaak niet ambtshalve mag toepassen. (LACOSTE t. a. p. bl. 266, BINNERTS t. a. p. bl. 134 v.v.).

Het eerste ontwerp van het Deutsche B. W. behelsde een uitdrukkelijke bepaling in dien zin. Deze bepaling werd echter geschrapt in verband met de heftige critiek van Bülow (Absolute Rechtskraft in Civil Archiv, Band 83), die de leer verdedigde, dat de rechter wel ambtshalve moet letten op de gewijsde zaak. Het Deutsche B. W. laat thans de zaak onbeslist, maar het nieuwe Oostenrijksche burgerlijke procesrecht schrijft in § 411 den rechter voor ambtshalve toe te zien, of er res judicata is. Met instemming citeert SEIDLER (Verh. 26 Deut. Jur. Tag. bl. 386) dit voorschrift, die natuurlijk voor het administratief proces hetzelfde aanneemt.

hier aan het veroordeelend vonnis) zoo noodig met dwang uitvoerbaar. De rechtsbetrekking ontvangt dus als het ware een versterkend element er bij. Nu is het denkbaar, dat diezelfde rechtsbetrekking later een punt van geschil gaat uitmaken tusschen een van de vroegere partijen en een derde, die vreemd is gebleven aan het eerste proces, of misschien tusschen twee personen, die geen van beiden in dat proces zijn opgetreden. In dat geval heeft de wetgever de keus om te bepalen, dat het vroegere vonnis — het bijkomende, versterkende element — ook voor en tegen de nieuwe partijen zal gelden, of wel te bepalen, dat dit vonnis haar niet aangaat, zoodat zij procedeeeren alsof er nog niets gebeurd was. Dat die keuze in het civiel recht in laatstgemelden zin is uitgevallen, is geen wonder. Indien A en B procedeeeren over den eigendom eener zaak en het vonnis stelt A in het gelijk, dan is het, bij 's rechters lijdelijkheid, maar zeer goed, dat A dit vonnis niet kan tegenwerpen aan C, als deze meent eigenaar te zijn en het goed opvordert. Men zou maar al te gemakkelijk tegenover iemand een vonnis kunnen krijgen, waarbij men als eigenaar wordt erkend (1) — en daarmee gewapend zou men dan den waren eigenaar te lijf kunnen gaan!

Ook in het administratief recht zullen declaratieve vonnissen voorkomen. Zoo als het proces gaat om uitbetaling van verschuldigde jaarwedden of uitlegging van een clause eener concessie. Komt nu dezelfde rechtsbetrekking later nog eens ter sprake tusschen anderen dan de beide vroegere partijen, dan heeft de wetgever natuurlijk weer de keus om de rechtskracht van het vonnis al of niet te laten gelden tegenover die anderen.

(1) Men denke aan de zaak HUBERT, waarin de *formeele* waarheid, die de civiele rechter spreekt, gebleken is een goed gevonden middel tot oplichting te zijn.

Hij kan zelfs een middenweg inslaan en het vonnis tegenover hen laten werken, zoolang zij de onjuistheid daarvan niet bewijzen, in den trant dus van de kracht, die een strafvonnis heeft in een later civiel proces. (1)

Maar — en hier ligt het groote verschil — terwijl in het civiel recht de declaratieve vonnissen regel zijn, zijn zij dat niet in het administratief recht. De uitspraken van den administratieve rechter zullen bijna altijd zijn *rechtscheppend*. De administratieve rechter zal een bestuurs-handeling of bevestigen of vernietigen of zelf verrichten. Zoo zal hij bijv. het besluit, waarbij een vergunning is verleend, bevestigen door het beroep af te wijzen, of vernietigen door het beroep gegrond te verklaren, of wel hij zal zelf de door het bestuur geweigerde vergunning verleen.

De mogelijkheid om de werking van zulk een vonnis te beperken *tusschen partijen*, is logisch uitgesloten. Want hoe zou men, indien derden in aanraking komen met den door het vonnis geschapen rechtstoestand — bijv. de verleende vergunning — kunnen zeggen: voor hen werkt dat vonnis niet? Het vonnis is hier geen bijkomstig element, dat men desverlangd kan negeeren, het vonnis is hier de rechtstoestand zelf. Aanraking met den rechtstoestand is per se aanraking met het vonnis.

De regel, dat de kracht van het gewijsde zich niet verder uitstrekt dan tot hen, die in het geding partij zijn geweest, komt hierop neer, dat derden kunnen

(1) Voor een ruime opvatting van de rechtskracht pleit natuurlijk het argument, dat de administratieve rechter niet zooals de burgerlijke lijdelijk is. Zijn waarheid is dus meer dan *formeele* waarheid. SCHULTZENSTEIN (Gutachten bl. 108) verklaart zich *tegen* de ruime werking. Volgens hem zou het tegen «die Gerechtigheit verstossen» het vonnis te laten gelden tegen hen, die niet in de gelegenheid zijn geweest hun bedenkingen daartegen in te brengen.

zeggen: met het bestaan van dat vonnis houden wij geen rekening, het gaat ons niet aan. Maar wat zou het hier den derde helpen te mogen zeggen: „met de aan mijn buurman door den administratieven rechter verleende vergunning tot oprichting van een fabriek, houd ik geen rekening, die behandel ik als niet bestaande.” Daar zou hij weinig mee gebaat zijn.

Wil men echter ernst maken met het denkbeeld, dat tegenover derden zulk een uitspraak niet diezelfde kracht zal hebben, die zij voor partijen heeft, dan moet men komen op een geheel ander terrein. Dan moet men aan die derden een rechtsmiddel geven om tegen het vonnis rechtstreeks op te komen. Een actie tot vernietiging zou men hun dan moeten geven. Dat echter de toekenning van zulk een rechtsmiddel (tierce opposition) ligt verscholen in de bepaling, dat de uitspraak *alleen tusschen partijen* geldt als gewijsde zaak, zal men toch wel niet willen beweren.

Of het wenschelijk zou zijn zulk een rechtsmiddel te geven aan derden, die hun recht of belang door de uitspraak gekrenkt achten, betwijfelen wij. De administratieve rechter zoekt naar de materiele waarheid en levert waarborgen op dat hij die inderdaad vindt. Uitsluitend letten op de rechten en belangen van hen, die als partij optreden, ligt dus niet op zijn weg. Bovendien kan de wet in gevallen, waar veler belangen bij zijn betrokken, evenals de Hinderwet bijv. thans reeds doet, openbare bekendmakingen gelasten, die ieder rechthebbende in de gelegenheid stellen tijdig in het proces op te komen. Liet men nu toe, dat ieder belanghebbende na verzuimd te hebben vóór de uitspraak op te komen, achteraf nog die uitspraak ging aanvallen, dan ging daarmee al het nut van de rechtskracht — de vastheid van eens geschapen toestanden — weer te loor.

Ook BERNATZIK (1) pleit voor de gelding tegenover allen van administratiefrechterlijke uitspraken. Bij het administratief proces zijn, zoo is zijn redeneering, anders dan in het civiel geding, ontelbaren geïnteresseerd. Uit die groote menigte zoekt de wet de meest geïnteresseerden uit en maakt die tot partijen. De overigen echter worden vertegenwoordigd door het openbaar gezag, dat hun belangen waarneemt. Omdat ook zij dus toch vertegenwoordigd zijn geweest in het geding, kunnen zij zich niet beklagen, dat de uitspraak ook tegenover hen geldt. — Afgezien van de ware kern, dat de administratieve rechter ook op de rechten van hen heeft te letten, die niet als partijen voor hem optreden, is de constructie van deze vertegenwoordiging wel wat gewrongen en heeft die dan ook critiek uitgelokt. Maar bovendien komt het ons voor dat de geheele redeneering meer is gericht tegen het toekennen van een zelfstandig rechtsmiddel, als derden verzet, dan wel tegen de eigenlijke beperking van de kracht van het vonnis tusschen partijen, zooals het civiel recht die kent. Deze beperking stuit o.i., althans voor zooveel betreft de rechtscheppende vonnissen, reeds af op de onmogelijkheid om haar toe te passen. Een voorschrift dat de uitspraken ook hier slechts gelden *tusschen partijen*, dunkt ons te zijn een copieeren uit het burgerlijk recht, zonder dat men zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de geheel andere omstandigheden op administratief rechtelijk gebied. (2)

(1) Rechtsprechung bl. 189.

(2) Indien de declaratieve vonnissen hier al zeldzaam zijn, dan is natuurlijk nog veel zeldzamer het geval, dat een rechtsbetrekking, die reeds eenmaal het onderwerp van een geding heeft uitgemaakt, weer opnieuw en dat wel tusschen andere partijen in debat komt. Intusschen moet worden toegegeven, dat die gevallen zich gemakke-

Trouwens ook voor het civiel recht is dit voorschrift in zijn algemeenheid te absoluut. Want ook daar komen, schoon zeer in de minderheid, rechtscheppende vonnissen voor. Evengoed als in het administratief recht gelden ook hier deze vonnissen tegenover allen, die in aanraking komen met den rechtstoestand dien zij scheppen. Zoo bijv. de vonnissen, waarbij faillissement, curateele, echtscheiding enz. zijn uitgesproken. En die uitgebreide werking danken zij niet aan art. 1957 B. W. Dit artikel ontbreekt in het Fransche recht en toch geldt ook daar omnium consensu hetzelfde. „La sentence a naturellement effet à l'égard de tous,” zegt LACOSTE. (1)

Dat zulke rechtscheppende vonnissen ook zonder art. 1957 B. W. tegenover ieder en een iegelijk zouden gelden, blijkt ook de opinie van LAND te zijn. (2)

„Overigens is in art. 1957 sprake van vonnissen, waarbij over den bestaanden staat wordt beslist. Iets anders is het bij vonnissen, die eene verandering van den staat tengevolge hebben, bijv. tot nietigverklaring van een huwelijk (art. 140 v.v.) tot ontkenning van de wettigheid van een kind (art. 315), tot betwisting eener erkenning (art. 343); in zulke gevallen moet de staat, die tengevolge van het vonnis ontstaan is, door ieder worden erkend, omdat het recht van staat uit zijn aard

---

lijker voor kunnen doen, naarmate men de rechtskracht zich ook laat uitstrekken over de prejudicieele geschillen en ten slotte over alle feiten en omstandigheden, waarvan de rechter uitdrukkelijk de waarheid heeft geconstateerd. Dan wordt elk rechtscheppend vonnis tevens declaratief nl. ten aanzien van de feiten enz. die de rechter als waarheid aanneemt om daarop zijn beslissing te gronden. Zoo zal bijv. de rechter een door het betrokken bestuur geweigerde vergunning alsnog verleenen (rechtscheppend) omdat hij als waar aanneemt, dat geen hinder van ernstigen aard te vreezen is (declaratief).

(1) i. a. p. bl. 219.

(2) Verklaring van het Burgerlijk Wetboek III bl. 443.

absoluut is, een eigenlijke uitbreiding van het gezag der gewijsde zaak hebben wij daarbij dus niet."

In plaats van op „den absoluten aard van het recht van staat" zouden wij ons liever beroepen op de logische onmogelijkheid om de werking van rechtscheppende vonnissen te beperken tot hen, die in het geding als partij zijn opgetreden.

Indien dus tot wet wordt verheven het boven reeds vermeld ontwerp tot wijziging van boek IV van het B. W. waardoor art. 1957 komt te vervallen, dan zal dat volstrekt geen verandering brengen in de algemeene werking van vonnissen, die een nieuwen staat scheppen. In de memorie van toelichting komt deze bedoeling trouwens duidelijk uit: „Intusschen is hiermede (met het schrappen van art. 1957 B. W.) niet beslist, dat er in het geheel geen vonnissen van staat zijn, welke tegenover derden gezag hebben. Vooreerst zijn daar die rechterlijke uitspraken, waardoor in den persoonlijken staat wijziging wordt gebracht, zooals door echtscheiding en onder curateele stelling. Hierbij stelt de rechter niet, als gewoonlijk vast, wat tusschen partijen rechtens is, maar schept hij een nieuwen rechtstoestand. Hij treedt hier, als overheid, regelend op, en het ligt voor de hand, dat de door hem in die hoedanigheid gegeven uitspraken algemeen gezag hebben." (1)

(1) Wij hebben ons boven alleen beziggehouden met de vraag, omtrent de rechtskracht tegenover derden van de uitspraken van den administratieven rechter, indien hetgeen beslist is later ook weder ter sprake komt in een *administratieve* quaestie. De rechtskracht van die uitspraken in het civiel en strafrecht valt daarbuiten. Wij mogen er intusschen op wijzen, dat het vanzelf spreekt, dat de civiele en de strafrechter niet zullen kunnen voorbijgaan aan een rechtscheppend vonnis van den administratieven rechter, indien zij met den daardoor geschapen rechtstoestand in aanraking komen. Zoo moet natuurlijk de strafrechter, als hij de vraag heeft te beantwoorden of iemand al dan niet zonder vergunning heeft gehandeld, rekening



## IV.

Wij besluiten dit opstel met de bepalingen der nieuwe Saksische wet, die wij op onzen weg reeds terloops ontmoetten, voorzoover zij betrekking hebben op de rechtskracht, nog eens aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Voldoende aanleiding daartoe bestaat o. i. in het feit, dat deze wet de eenige is, die de materie opzettelijk regelt, terwijl een nadere beschouwing ons te meer gerechtvaardigd voorkomt, nu wij meenen, dat de Nederlandsche wetgever goed zal doen met het hem hier gegeven voorbeeld niet al te nauw te volgen.

De Saksische wet staat, gelijk we reeds zagen, ten aanzien van dit onderwerp op het standpunt, dat Otto MAYER inneemt in zijn *Deutsches Verwaltungsrecht*. Tot recht verstand van haar bepalingen dienen we dus vooraf na te gaan de denkbeelden, die genoemde schrijver in dit werk heeft ontwikkeld.

MAYER verklaart de rechtskracht uitsluitend uit het recht, dat de partij door haar medewerking in het proces verkrijgt op de beslissing. Omdat de partij medewerkt tot het ontstaan der beslissing, behoort die beslissing haar toe, en daarom is *tegenover* haar de administratie daaraan gebonden, zoodat zij tot nadeel der partij daarvan niet mag afwijken. Het praktische resultaat van deze leer is natuurlijk, dat de administratie geheel vrij blijft om zich niet te houden aan 's rechters uitspraak, indien de partij daardoor maar niet wordt benadeeld.

---

houden met het vonnis waarbij de vergunning is verleend of waarbij de verleende vergunning is vernietigd. Maar of de civiele of strafrechter kracht moeten toekennen aan het feit, dat in een vroeger proces de administratieve rechter iets als waarheid heeft aangenomen, daaromtrent kan de wetgever weer bepalen, wat hij wil. Die vraag kan hij bevestigend of ontkennend beantwoorden, of wel, hij kan den middenweg van art. 1955 B. W. bewandelen.

Is bijv. door den administratieven rechter een vergunning geweigerd, omdat de wet het verleenen daarvan in dit geval niet toeliet, dan blijft de administratie volkomen bevoegd om de vergunning toch nog te verleenen. Het recht van de door den rechter afgewezen partij staat daaraan niet in den weg. Integendeel, de nieuwe beslissing van de administratie is in haar voordeel. Eveneens zal ondanks 's rechters uitspraak, dat een maatregel onwettig is, de administratie die toch ten uitvoer mogen leggen, indien hij, die 's rechters uitspraak heeft uitgelokt — de partij —, er maar geen bezwaar tegen heeft. De partij doet dan afstand van haar recht en daarmee verliest 's rechters uitspraak haar kracht. (1)

Tot het resultaat, dat een afwijzende uitspraak van den rechter niet in den weg staat aan een hernieuwd verzoek om vergunning, komt ook de jurisprudentie van het Pruisische Oberverwaltungsgericht.

Op deze jurisprudentie van het Oberverwaltungsgericht beroept MAYER zich uitdrukkelijk en hij acht haar zonder den steun van zijn leer niet te verklaren. Tegenover dit beroep mag er intusschen — in het midden gelaten natuurlijk de juistheid der jurisprudentie — op worden gewezen, dat ook anderen de opvatting van het Oberverwaltungsgericht verdedigen, zonder daarom nog MAYER's leer te aanvaarden. Zoo neemt bijv. SCHULTZENSTEIN — zelf lid van het Oberverwaltungsgericht — aan, dat 's rechters afwijzende beschikking uitsluitend betreft die bepaalde

---

(1) Men houde in het oog, dat naar MAYER's opvatting de administratie zelve niet partij is. In den tekst namen we dus het meest voorkomende geval, dat er maar één partij is. Zijn er meer partijen tegenover elkaar opgetreden, dan brengt dat vanzelf grooter gebondenheid der administratie aan de uitspraak mede, omdat afwijking in het voordeel van de eene partij dan tevens zou strekke tot nadeel van de andere en op dien grond niet mag plaats hebben, tenzij met haar inwilliging.

aanvraag, zoodat bij een nieuwe aanvraag niet meer eaden res voorligt. Die opvatting wordt bovendien uitdrukkelijk gehuldigd in de uitspraak van het Oberverwaltungsgericht van 4 April 1889. (1)

MAYER's theorie nu zet de Saksische wet om in werkelijkheid, door in § 61 te bepalen: „Das rechtskräftige Urtheil bindet für den Streitgegenstand ausser den Parteien sowohl die Verwaltungsgerichte als auch die Verwaltungsbehörden und zwar diese mit der Wirkung, dass sie gegen den Willen der Parteien nichts verfügen können, was davon abweicht”.

Aan duidelijkheid laat dit niets te wenschen over: met de uitspraak van den administratieven rechter kan de administratie doen wat ze verkiest, als de partij of partijen er maar niets tegen hebben. Sterker is de opvatting, dat administratieve rechtspraak *uitsluitend* strekt ter bescherming van de rechten van het individu, wel nooit uitgedrukt. Dat is de — men zou bijna zeggen *privaatrechtelijke* opvatting ten top gevoerd.

Indien de Saksische wetgever thans de keuze moest overdoen, dan zou het ons niet verwonderen, indien die anders uitviel. En zeker zou dit het geval zijn, indien hij zich daarbij wederom aansloot bij OTTO MAYER. Wat we in het Archiv für öffentliches Recht 1902 reeds zagen doorschemeren ten aanzien van de noodzakelijkheid van beperkingen der rechtskracht met het oog op het algemeen belang, zien we ten opzichte van het onderwerp, dat ons thans bezig houdt, in nog veel sterker mate in MAYER's Droit administratif allemand (1903). In dit werk blijkt, dat MAYER's opvattingen omtrent de rechtskracht sedert het verschijnen van zijn Deutsches Verwaltungsrecht zich *zeer belangrijk* hebben gewijzigd.

---

(1) MAYER. Deutsches Verwaltungsrecht bl. 207.

Waarschijnlijk onder den invloed van de heftige tegenspraak, die het denkbeeld van het beschikkingsrecht der partij over de gevallen beslissing van onderscheidene kanten heeft uitgelokt, (1) heeft MAYER — al geeft hij dit niet uitdrukkelijk toe — heel wat van dat beschikkingsrecht laten vallen.

Heette het in de Duitsche uitgave, dat de „Unabänderlichkeit *lediglich* beruht auf dem Rechte der Partei der gegenüber das erlassene Urtheil gebunden ist”, (2) in de Fransche uitgave zien we dat de rechtskracht er een *tweede* steunpunt bij heeft gekregen: l'intérêt public. (3) Ook het algemeen belang is er bij betrokken, dat het blijft bij hetgeen de rechter eens heeft uitgemaakt. Het oude steunpunt — het recht der partij — is nu niet meer alleen, maar „concourt avec l'intérêt public pour donner au jugement cette stabilité, qui constitue la force de la chose jugée.”

Nu is het duidelijk, dat, indien het algemeen belang reeds eischt, dat de uitspraak onveranderlijk blijft, het recht der partij er niets meer toe af doet. Al doet de partij dan ook afstand van haar recht, dan zit de rechtskracht nog even vast als te voren aan het algemeen belang. Praktisch belang kan dus het partijrecht alleen

---

(1) O. a. TETZNER (t. a. p. bl. 161 v.), die zich vroolijk maakt over de leer, dat de uitspraak is eene belooning voor de partij, omdat zij «handelnd oder *stillschweigend* (!)» tot het ontstaan daarvan heeft medegewerkt. Indien de partij nu eens alles heeft gedaan juist om den rechter in de war te brengen, heeft zij dan toch aanspraak op de premie (het vonnis)? Eveneens LÖNING in Verw. Arch. VII bl. 12 v. v. BERNATZIK (Gutachten bl. 37). SEIDLER (Verh. 26 Jur. Tag. bl. 387), welke laatstgenoemde beiden zich verbazen, hoe iemand als OTTO MAYER zulke meeningen in ernst kan verkondigen.

(2) t. a. p. bl. 205. Dezelfde gedachte wordt in verschillende woorden nog meermalen herhaald, bijv. bl. 202 «Die Rechtskraft (ist) nichts anderes als ein Recht der Partei am Urtheil». Eveneens op bl. 177, 196.

(3) Bl. 253 v. v.

nog maar hebben in de gevallen, waarin het algemeen belang de onveranderlijkheid niet eischt. En die gevallen zijn ook volgens MAYER uitzondering. „Les deux principes aboutissent, en général, au même résultat pratique. Mais il y a des points où ils se séparent; nous verrons alors que le droit positif, pour être expliqué, a besoin de l'un et de l'autre principe.”

Waar het dus op aankomt, is te weten welke die gevallen zijn, waarin het algemeen belang er niet aan in den weg staat, dat wordt afgeweken van 's rechters beslissing. Om daartoe te komen doet MAYER een flinke schrede in de richting van BERNATZIK's begrip rechtspraak. (1) Afgezien van de vormen bestaat dit begrip, zooals we weten, in het uitspreken voor een concreet geval van datgene, wat de wet reeds vooraf in het algemeen heeft gezegd. Bloote verwerkelijking dus van de wet zonder dat het daarmee belast orgaan de vrijheid heeft te handelen naar eigen goedvinden. Welnu, is de rechter *daarmede* belast, dan eischt volgens MAYER's nieuwe opvatting, het algemeen belang — dat is hier: de rechtszekerheid — dat de gevallen beslissing onveranderlijk blijft. Dan mag er dus zelfs met het goedvinden der partij niet meer aan getornd worden. (2) Laat de wet daarentegen aan den rechter een „freies Ermessen” om zus of zoo te beslissen, dan valt het belang der

(1) De ideeënverwantschap erkent MAYER uitdrukkelijk t. a. p. bl. 268 noot.

(2) t. a. p. bl. 267. «La loi ordonne le droit pour le rendre certain. Mais, dans son application aux cas individuels, ce droit ne manque pas de redevenir incertain. C'est le juge qui a la mission de lui rendre cette certitude pour le cas individuel; quand il aura rempli cette mission dans la formule prescrite, avec le concours de la partie intéressée, l'intérêt public exige qu'on ne laisse plus révoquer en doute le résultat obtenu. Le droit doit être désormais rendu certain pour ce cas individuel. Telle est la force de chose jugée absolue».

rechtszekerheid weg, en is derhalve de beslissing alleen nog maar gebonden door het belang der partij. Vindt de partij het goed, dan kan dus in zoo'n geval de administratie handelen alsof 's rechters uitspraak niet bestond.

Daarmee heeft de leer van het recht der partij al zeer veel van haar praktisch belang verloren. Want hoe men ook de competentie van den administratieven rechter wil regelen, altijd blijft hoofdzaak het beslissen van *rechtsgeschillen*, d.i. geschillen, waarbij een freies Ermessen niet te pas komt. De gevallen, waarin de wet aan den rechter de beslissing opdraagt over belangengeschillen, blijven steeds uitzondering. De Pruisische wet moge tamelijk veel van zulke gevallen kennen, de andere wetten willen daar niet veel van weten. En zeker zal dat laatste het geval zijn met de nieuwe Nederlandsche wet op de administratieve rechtspraak. Men kan ten minste moeilijk anders verwachten, indien men bedenkt, dat de Grondwet zelve in art. 154 het terrein van de administratieve rechter teekent als het beslissen van twistgedingen, waarmee zij omnuin consensu bedoelt geschillen over toepassing van het *recht*.

De nieuwe onderscheiding, die MAYER thans maakt, ontnemt dus, althans voor ons land, aan de leer van het recht der partij op de beslissing nagenoeg alle praktische waarde. Wat hebben we intusschen te denken van de gegrondheid zelve dier onderscheiding?

Beginnen we weer met in plaats van het belang der *rechtszekerheid* te lezen het belang, dat eens vastgestelde toestanden blijven gehandhaafd, en bezien we uit dat oogpunt het praktisch resultaat van de onderscheiding, dan kan ons dat moeilijk bevredigen.

Wat doet het er ten slotte toe, of de rechter heeft uitgemaakt, dat de wet in een bepaald geval het ver-

leenen eener vergunning verbiedt, of wel, dat het algemeen belang zulks niet toelaat? Waarom moet in het eerste geval de beslissing wél, doch in het tweede niet onherroepelijk zijn? Voor hen, die hun gedragslijn naar die beslissing hebben gericht, is de onveranderlijkheid in beide gevallen van even veel gewicht. (1)

Wij zouden derhalve MAYER's leer, vooral in haar oude gedaante, maar toch ook in den nieuwen vorm, niet gaarne in onze wet zien overgaan en wij gelooven niet dat de Saksische wetgever wel heeft gedaan dezen schrijver te volgen zoowel ten aanzien van dit punt als in het niet opnemen van veiligheidsmaatregelen tegen te roekeloze werking der rechtskracht. Herinneren we er bovendien aan, dat de wet den rechter omtrent omvang van de rechtskracht in het duister laat, en wijzen wij er nog op, dat de terminologie in zoover minder scherp is, als de wet in één adem spreekt van gebondenheid van den rechter, wat eigenlijk de zaak is, en ook van gebondenheid van partijen en van de administratie, wat met de rechtskracht niet te maken heeft, (2) dan meenen wij voldoende gedaan te hebben om ons oordeel, dat de Nederlandsche wetgever den Saksischen hier niet te veel moet volgen, te motiveeren.

(1) Men denke bijv. aan hen, die in verband met het afwijzen van het verzoek om vergunning tot oprichting van een hinderlijke werkplaats, zonder dat ze zelf partij zijn geweest, op zeker terrein woningen hebben gebouwd. Ook zoeken men den grond der onderscheiding niet hierin, dat bij een latere beoordeeling, of het algemeen belang het verleenen der vergunning gedooft, de omstandigheden zoo licht veranderd kunnen zijn. Dat geldt evengoed bij de vraag, of de wet de vergunning toelaat. In beide gevallen is de rechterlijke beslissing genomen onder de clausule: *rebus sic stantibus*.

(2) Wij moeten overigens toegeven, dat het van een *Duitschen* wetgever zeer begrijpelijk is, indien hij de gebondenheid van de administratie aan 's rechters uitspraak uitdrukkelijk bij de rechtskracht vermeldt; zooals we zagen wordt daar te lande juist bij dat onderwerp twijfel geopperd aan de gebondenheid der administratie.

De slotsom van onze bovenstaande beschouwingen meenen wij te mogen samenvatten in de navolgende stellingen:

I. De wet, die de administratieve rechtspraak regelt, moet de rechtskracht der uitspraken uitdrukkelijk erkennen, en daarbij niet uitgaan van een recht der partij op de beslissing, maar van het algemeen belang, dat eens vastgestelde toestanden blijven gehandhaafd.

II. De rechtskracht van 's rechters uitspraak bestaat uitsluitend daarin, dat de rechter zelf daaraan is gebonden. Gebondenheid der partijen en der administratie bestaat ook zonder rechtskracht.

III. Beperkingen der rechtskracht met het oog op het gevaar, dat het algemeen belang kan dreigen van den kant van onjuiste uitspraken, zijn noodig.

IV. De wet behoort den rechter niet in het onzekere te laten omtrent den omvang der rechtskracht ten aanzien van den inhoud der beslissing.

V. De bepaling der St. Commissie, dat de rechtskracht slechts geldt *tusschen partijen*, behoort niet over te gaan in de wet.

September 1904.



### **De „collectieve arbeidsovereenkomst“: regts- instituut of sociaal verschijnsel?**

De verhouding tusschen werkgever en arbeider is tegenwoordig het onderwerp van den dag, terwijl men over het verleden niet al te boud schijnt te spreken, als men zegt dat voor honderd jaren een zoo gewichtig maatschappelijk belang, als ook toen „de arbeid“ was, noch economisch noch juridisch bijzonder de aandacht trok. Geen wonder: want het zijn de openbare arbeidsconflicten die de algemeene aandacht naar de arbeidsvraagstukken hebben getrokken, en omstreeks 1800 waren nog maar even in werking de twee gebeurtenissen, die ik hierin voor hoofdfactoren aanzie. De eene is de opkomst der grootindustrie, de ander het verdwijnen der gilden. Waarom ik deze laatste noem? Omdat, zoolang de gilden bestonden, het conflict tusschen patroon en werkmán zich in den regel (1) moest afspelen in den boezem van het gild, als *huishoudelijke* zaak. Ik zou voorts neigen tot de meening, dat de strafbepalingen tegen coalitie, zooals o.a. voor honderd jaren de Code Pénal die opnam, niet vreemd zijn aan het besef, dat de arbeidsverhoudingen hadden opgehouden zulk eene huishoudelijke zaak te zijn en ook verklaard behooren te worden als eene

(1) In den regel: want soms nam de strijd zulke verhoudingen aan dat de overheid — althans bij ons door de stedelijke ordonnantiën op dit stuk nauw betrokken bij het gildewezen als plaatselijk beroepsmonopolie — er zich meê moest inlaten. Voorbeelden daarvan, o. a. uit Leiden, vindt men in het bekende werk van LASPEYRES.

soort van *correctief*, naar de toenmalige begrippen, voor de twee nieuwe factoren. Wat hiervan zij, een feit is dat de groote beteekenis der arbeidsbeweging zich kond doet ook hierin, dat thans die beweging zich uit op wijzen, welke nieuwe en hoogst belangrijke vragen aan den jurist stellen.

Een verschijnsel van dien aard, hetwelk zich steeds vaker opdoet, is het accoord hetwelk in het spraakgebruik den naam heeft gekregen van *collectieve arbeidsovereenkomst* (Tarifvertrag; collective bargain; contrat collectif de travail). Misschien niet geheel juist: de Franschman MOISSENET, wiens werk van 1903 in de volgende bladzijden vaak ter sprake zal komen, heeft dat boek genoemd eene studie omtrent de *contrats collectifs en matière de conditions du travail* en wordt daarin gesteund door onzen landgenoot mr. dr. J. H. v. ZANTEN in zijn opstel — uitwerking van eene in het Prov. Utr. genootschap voor Kunsten en Wetenschappen gehouden (1) voordragt — verleden jaar opgenomen in het Regtsg. Magazijn (blz. 447—517). Doch dit punt schijnt zoo ondergeschikt dat ik mij, evenals de minister van justitie en de Kamer gedaan hebben in de M. v. T. en het V. V. op de wetsvoordragt „arbeidscontract”, maar aan de gebruikelijke kortere benaming zal houden. Meestal (2) doch niet altijd komt zoo'n C. A. voort uit een arbeidsconflict: na eene werkstaking of eene uitsluiting wordt men het eens over het hervatten van den arbeid op voorwaarden, waaraan vooral de arbeiders gaarne

---

(1) In de notulen des Genootschaps opgenomen en daardoor ook in druk ter mijner beschikking.

(2) Een staaltje hiervan, dat straks dienst zal doen, is de overeenkomst, welke de Diamantbewerkerbond en de Juweliersvereniging, tot beëindiging van eene lange werkstaking en eene nog langere uitsluiting, voor enkele jaren tot stand brachten: in hoofdzaak bevatte zij eene algemeene regeling omtrent de prijzen van het boort (hulpstof voor de diamantbewerking, welke van de patroons gekocht wordt) en omtrent het werken door georganiseerde en niet-georganiseerde arbeiders te zamen.

eene strekking geven reikende *voorbij* de vrede sluitende personen en waaraan, in verband met dit laatste, ook andere regelingen dan omtrent het strijdpunt vaak worden toegevoegd. De C. A. loopt dus over bepalingen, die zullen gelden voor eene *massa* van belanghebbenden, gaat uit op het scheppen van *algemeene* arbeidsvoorwaarden, zoo mogelijk ter plaatse zullende gelden voor werklieden en patroons in het gansche vak. Dit laatste vooral, wanneer het accoord niet is een vredestractaat maar zijnen oorsprong ontleent aan het *dreigen* van een conflict en dienen moet om die wolk aan den nijverheids-gezigteinder te doen verdwijnen. En met het in zwang komen van zulke C. A.<sup>n</sup> rezen allerbelangrijkste vragen als: welke is de verhouding van zoodanig accoord tot de *individueele* overeenkomsten, welke ongetwijfeld daarnà ontstaan tusschen betrokkenen bij de C. A.? welke *onderling* tusschen de individuen van de combinatie, die het werk staakte of de ondernemingen sloot? welke met vakgenooten vreemd aan het conflict of het accoord? Zoo bij ons als elders ontstond daarover een begin van openbare gedachtenwisseling; voor Nederland wensch ik naast den arbeid van v. ZANTEN te vermelden de in *Het Centrum* van 22 Sept. 1903 n<sup>o</sup>. 5856 openbaar gemaakte rede, waarmede mr. P. J. M. AALBERSE, de kundige oprigter van het Katholieke Sociale Weekblad, twee dagen te voren heeft geopend het onder bescherming van het episcopaat bijeengekomen R.-K. vakcongres: eene rede die (zooals beneden zal blijken) in mijne oogen belangrijk is voor het onderwerp, al vestigt zij veeleer de aandacht op de praktische werking en economische beteekenis der C. A. (1), dan op de regtskundige eigenaardigheden van dit verschijnsel. Het zijn daarentegen de laatste, die den hoofdschotel uitmaken der behandeling, ten jare 1900, van deze stof in het

---

(1) Zie het slot van dit artikel.

opstel van den Berner hoogleeraar LOTMAR (Braun's Archiv XV blz. 1—122). Slechts uit de tweede hand ken ik de daartoe betrekkelijke beschouwingen van DESLANDRES, RAYNAUD, VORON (1) en een paar andere Franschen, maar heb des te meer gebruik kunnen maken van de reeds vermelde monographie van MOISSENET, van hetgeen PLANIOL en enkele anderen daarover hier en daar in het midden hebben gebracht en vooral ook van den in 1903 verschenen arbeid van YVES GUYOT „Les conflits du travail et leur solution”: een boek wijder van onderwerp, maar ten aanzien der C. A. vol van betrouwbare feiten. Voor mijzelf, ditmaal nog meer als jurist dan als belangstellende in het veel bewogen economische leven van onzen tijd, achtte ik eene poging gewenscht om behoorlijk inzicht te verkrijgen in het regtskarakter van dezen verkeersvorm en, wanneer eens blijken mogt dat het niet past in ons geldend regtsstelsel, antwoord op de vraag of men trachten moet dit stelsel pasklaar te maken voor deze eigenaardige accoorden; nu ik tot andere uitkomsten kwam dan menigeen der straks genoemde onderzoekers, kan het zijn nut hebben mijne bevindingen in dit tijdschrift te ontvouwen.

## I.

Zullen wij het regtskarakter der C. A. nagaan, dan dient wel meer precies, dan in de voorloopige aanduiding van zoeven geschiedde, te worden vastgesteld wat zij, die hier eene overeenkomst met eigenaardig karakter aanwezig achten, wel onder dit verschijnsel verstaan.

Volgens v. ZANTEN is zij „eene overeenkomst welke ge-  
sloten wordt tusschen eene collectiviteit van werklieden

---

(1) B. RAYNAUD (monographie van 1901): Le contrat collectif de travail.

VORON in de: Revue catholique des institutions et du droit, van 1897.

DESLANDRES: Aanteekening in de Pandectes françaises, jaargang 1894.

„met een of meer patroons of eene collectiviteit van patroons „aangaande de arbeidsverhoudingen, die tusschen hen gelden *zullen*” — dus *toekomstige* arbeidsvoorwaarden — onder opmerking dat althans eene der partijen steeds is eene collectiviteit, welke de overeenkomst sluit en dus voor haar nakoming aansprakelijk is, zoodat te onderzoeken zal zijn waartoe zulk eene collectiviteit (1) zich *uit eigen hoofde* verbindt. In § 11 van het straks te bespreken V. V. wordt onder de aandacht gebracht dat de uitdrukking „Collectieve arbeidsovereenkomst” aanleiding geeft tot het verkeerde begrip dat eene *arbeidsovereenkomst*, verbindtenis van eene collectiviteit van arbeiders om in dienst der wederpartij, van werkgevers, arbeid te gaan verrigten, dan ontstaat: zulks ofschoon niet dááaraan te denken is, maar aan overeenkomen der werklieden-collectiviteit met werkgevers aangaande arbeidsvoorwaarden, die in het vak *zullen* gelden. De bepaling van den hoogleeraar LOTMAR (t. a. p. 29) luidt: *ein* Vertrag, trotzdem geschlossen von einer Mehrheit (2), onder opmerking dat zulk eene pluraliteit van accorderenden onmisbaar is aan de zijde der arbeiders, onverschillig daarentegen aan den kant der arbeidgevers: onder opmerking tevens dat met zoodanige overeenkomst, die uit haren aard eene *arbeid gevende* en eene *arbeid nemende* partij heeft, niets te maken

(1) *Collectiviteit*: een begrip door LOTMAR, p. 11, ten deze omschreven als: gegenwärtige oder künftige Theilnehmer eines Arbeitsverhältnisses.

Die zich, zegt v. ZANTEN, *uit eigen hoofde* verbindt. Dit postuleert hare *regtspersoonlijkheid*, zooals dan ook door schrijver geëischt wordt. Men vergelijkte beneden p. 68, ook 120.

(2) *Einigung zu einem* Paciscenten, zóó zegt (blz. 33) *curseveerende* de schrijver, nadat hij, blz. 29, de *eenheid* der overeenkomst had aangedrongen met de opmerking «sie est nicht eine äusserliche, d. h. nicht Folge einer *Zusammenziehung* mehrerer Verträge.

Die *eenheid*, omtrent *toekomstige* algemeene arbeidsvoorwaarden in zeker vak contracterend, brengt noodwendig mede, dat zij alleen uit *vakgenooten* bestaan zou: dat spreekt vanzelf.

hebben *onderlinge* afspraken tusschen arbeidgevers of tusschen arbeidnemers. Die kunnen hoogstens voorbereidingen wezen tot het vormen van den éénen contractant (blz. 33) uit de pluraliteit van individuen. Dus volgens LOTMAR zoo-wel als v. ZANTEN (die 't met laatstgemelde opmerking kennelijk eens is) geene C. A. zonder optreding van althans ééne collectiviteit als partij. En wel eene collectiviteit van *arbeiders*. Door LOTMAR wordt dat als essentiale in ronde woorden gesteld; v. ZANTEN scheen in het Utrechtsch genootschap op dit punt nog weifelend, maar uit zijne woorden Regts. M. blz. 483 sub 1<sup>o</sup>. meen ik te moeten opmaken dat hij thans van LOTMAR's meening is: collectiviteit van arbeiders essentieel, collectiviteit ook van patroons onverschillig. Geaccordeerd wordt ook volgens LOTMAR over *toekomstige* arbeidsvoorwaarden, ja hij ziet daarin een ander essentiale van dit accoord: de eigenaardigheid der C. A. is juist dat zij uitsluitend betrekking heeft op de voorwaarden *zullende* deel uitmaken van de arbeidscontracten welke *na* het tot stand komen eener C. A. tusschen eenen patroon en diens individueele arbeiders nog gesloten moeten worden. Op die latere afzonderlijke overeenkomsten werkt echter de C. A. vooral in deze twee opzigten in: *a.* de arbeidsvoorwaarden, in de C. A. omschreven, maken eo ipso deel uit van dat latere individueele contract, al zwijgt dit ten eenenmale over die punten; *b.* indien aangeslotenen aan de C. A. bij het latere werkcontract wèl overeen mogten zijn gekomen, doch de vrijheid namen om zulks te doen op eenen daarvan afwijkenden voet, dan zijn die afwijkingen *ongeldig* en worden vervangen door het bepaalde in het collectief accoord (1).

(1) Zoo *zegt* zelfs, meen ik, de schrijver. Maar al ontbrak zulk eene uitdrukkelijke uitspraak, zou zij m. i. onafwijksbaar volgen uit het logisch verband van punt *a* met punt *b*. Indien toch de afwijking is ongeldig, moet zij behandeld worden als niet geschreven; maakt tevens de inhoud der C. A. eo ipso deel uit van [zoodat zij opgenomen raakt in] de latere overeenkomst, is die *vervanging* dan niet onafwijksbaar?

Immers een C. A. heeft werkingen als ware zij voor de partijen (en het begrip van *partij* reikt, zooals nader zal blijken, bij haar *erg* ver) eene wet van openbare orde: tusschen die partijen wordt zij dwingend regt en ontnaemt haar op het gebied van arbeidsvoorwaarden de gewone contractsvrijheid (blz. 106—110). (1)

Bovendien kenmerkt volgens LOTMAR dit accoord met hare collectiviteit van arbeiders als contractpartij zich door eene eigenaardige *vertegenwoordiging* van vakgenooten, die straks uiteengezet en beoordeeld zal worden.

Al dadelijk zien we dus eene heel andere figuur voor ons dan een aantal in en buiten ons land welbekende verschijnselen des maatschappelijken levens: in den landbouw b.v. overeenkomsten tot het toemaken, wieden, afoogsten van den akker door middel van „koppelarbeid”; in gelegenheden voor gezellig verkeer het tot stand brengen van muziekuitvoeringen. Meestal zijn alleen de koppelbaas, de orkest-directeur de contractanten ter eenre van den landgebruiker of de inrigting en hebben deze laatste niets te maken met de aangeslotenen aan den koppel of het orkest, met wier behulp evengezegde contractant ter eenre zijne praestatie vervult. Doch al waren die baas, die directeur vertegenwoordigers of organen van de tot eenen koppel, een orkest vereenigden (onverschillig bovendien of deze „collectivisten” zich al dan niet hebben georganiseerd tot een wettelijken regtspersoon), ontmoeten we in deze verschijnselen *niets* beantwoordend aan de nieuwerwetsche gedachte van C. A., doch slechts een welbekenden vorm van ouderwetsch arbeidscontract: overeenkomst niet omtrent de voorwaarden waarop dergelijk contract casu quo *zal* worden aangegaan, maar het overeenkomen omtrent zekeren *reeds nu* aangenomen en in

(1) Ook de blz. 64 vermelde *Einheit* des Paciscenten en de groote uitbreiding van het *partij*-begrip worden door LOTMAR te baat genomen om dit dwingend karakter van een C. A. te postuleren.

meer of minder bijzonderheden van aard, duur, belooning enz. vastgestelden arbeid.

Het vervolg van dit opstel zal doen zien *dat* en *waarom* ik noch de door de vrienden der C. A. in meerderen of minderen omvang gewilde terugwerking van zoodanig accoord op de individueele arbeidsovereenkomst kan erkennen, noch medegaan met LOTMAR'S vertegenwoordigingsbedenksel. *Maar dit is van latere zorg.* Wat voorschands noodig lijkt, is de bevinding wie wel, naar de voorstelling van hen die eene contractfiguur „C. A.” aannemen, de alsdan contracteerende partijen zijn. En dienaangaand durf ik, zonder vrees voor tegenspraak, aan hunne medegedeelde kenschetsing van die figuur de volgende uitspraak ontleenen:

indien het accoord, C. A. gedoopt, is eene *overeenkomst* zooals v. ZANTEN en LOTMAR ten uitdrukkelijkste stellen, dan is het zulks alleen tusschen hen die daarbij zijn opgetreden als *accorderende partijen*, zoo opgetreden hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd naar de gewone regelen des regts. Die regtsregelen, geenszins de begeerte om normen tot stand te brengen voor „het vak”, wijzen uit wie, zelf niet handelende, tóch als „accorderenden” zijn aan te merken: voor „organisaties” van werklieden volgt hieruit dat, zoo deze erkend zijn als regtspersoon en zoo de bestuurders binnen de grenzen hunner bevoegdheid gehandeld hebben, de *vereeniging* door haar wettig orgaan contractspartij is, terwijl bij gebreke van het een of het ander art. 12 der wet van 22 April 1855 *Sb.* 32 toepasselijk zal wezen: slechts voor individuen, welke die overeenkomst aangingen, werkt dan de C. A. (1)

(1) In dit laatste geval acht v. ZANTEN *geene* C. A. geboren: een contract over de arbeidsvoorwaarden, gesloten tusschen eene collectiviteit van werklieden en één patroon of eene collectiviteit van patroons, is slechts bestaanbaar, indien de eerstgenoemde rechtspers-



Laat ik thans dieper indringen, ook het aanzien van hetgeen regtens daaruit voortvloeit, in de hoofdpraemis der adepten van de C. A. Zij mag wel gezegd worden den hoofdfactor uit te maken ter beoordeeling van den invloed, die hunnerzijds aan de C. A. wordt toegekend op de individueele regtsbetrekkingen tusschen den patroon en de werklieden die zijne wederpartij waren bij het collectieve accoord. (1) Dat punt is de noodzakelijkheid, om de onderscheiding dáárvan en het individueele werkcontract geen oogenblik uit het oog te verliezen, en de lezer zal reeds bespeurd hebben dat ik hieromtrent volkomen aan LOTMAR's zijde sta. Ook voor mij lijdt het geen twijfel dat zulk een accoord (hoe men ook hebbe te denken over hetgeen LOTMAR c.s. al verder daaromtrent leeren) ten scherpste onderscheiden behoort te worden van de arbeidsovereenkomsten, welke bovendien tusschen arbeiders en patroon gesloten worden: die onderscheiding nimmer uit het oog te verliezen is bovenal voor LOTMAR het *primum verum*, de noodzakelijke voorwaarde om de C. A. als regtsinstituut te doorgronden. Evenzoo zij, die in Frankrijk zich daarmede bezig hebben gehouden: een contrat

soonlijkheid bezit» (Mag. p. 483). Voldoende reden voor die uitspraak kan ik niet zien. Zeker: dan zouden er slechts *individueele*, door partijen niet gewenschte overeenkomsten zijn. Maar ook de overeenkomst van een regtspersoon is aan haren kant slechts individueel, daar zij precies als een fysieke persoon regtens één enkel individu is, afgescheiden van hare leden en die leden als individuen hoegenaamd niet vertegenwoordigt. De bestaanbaarheid der overeenkomst is, gelijk beneden zal blijken, te toetsen aan gansch *andere* consideratiën dan deze. Ook niet aan de vraag of, ingeval bovenvermeld art. 12 toepasselijk bleek, de overeenkomst zou beantwoorden aan het *doel* door de contractanten beoogd. Met menige *wettige* overeenkomst snijden contractanten zich in de vingers, en menige combinatie door de oprichters uitnemend aangepast aan een gesteld doel, lijdt daarentegen schipbreuk omdat zij aan het een of ander vereischte van wettigheid te kort doet.

(1) Ook, gelijk men later zal zien, ter beoordeeling van de betekenis der C. A. voor de onderlinge verhouding der werklieden, wier vakvereniging partij bij de C. A. is geweest.

collectif de travail te beschouwen als eene daad van indienstneming en indiensttreding, als een *embauchage* van een of meer bepaalde arbeiders is ten eenenmale onjuist: de dusgenaamde C. A. is eene vaststelling der voorwaarden waarop arbeiders in dienst *zullen* genomen worden en laat de faculté d'embauchage des patroons volkomen ongerept, strekt dus niet verder dan een „indien”. (1) *Indien*, om bij het Amsterdamsche voorbeeld van straks te blijven, een voor den juwelier X. arbeidende werkman boort noodig heeft, zal hem die verstrekt worden tegen *f* .....; maar *of* de juwelier eenen diamantbewerker in dienst zal nemen gaat zoo *volstrekt* buiten de C. A. om, dat eene verstrekking van boort voor den vastgestelden prijs aan zekeren werkman niet eens werkt als de voorwaarde van art. 1279 B. W.: ook na dit feit is er nog *volstrekt geen* arbeidscontract van den juwelier met dien werkman.

Bepaaldelijk hierom moet men deze onderscheiding in al hare gestrengheid handhaven, omdat bij transigeren op dit

(1) Verg. MOISSENET p. 223: ce que difficilement on nierait, c'est que de l'accord collectif ne résulte au profit du patron et contre tel ou tel ouvrier aucune action en reprise du travail aux nouvelles conditions, en dommages-intérêts au cas de résistance . . . . Que dire du patron? L'existence d'une obligation à sa charge au profit des ouvriers conduirait à ce résultat: un ou plusieurs ouvriers se présentent-ils pour être embauchés? le patron devrait leur fournir du travail et le fournir, en outre, aux conditions convenues avec le comité de la grève, le syndicat etc. Maar met beroep op de algemeene beginselen van vertegenwoordiging, die het hier partij zijn van de *individuen* uitsluiten, ontkent hij des patroons obligo en voegt daarbij dat dergelijke gehoudenheid zich ook kwalijk rijmen laat met de bovenvermelde ongehoudenheid van individueele arbeiders: la réciprocité nous paraît, en cette matière, être un principe qui s'impose à moins de dérogation expresse. — Een *ander* iets is, merkt hij p. 129 terecht op, dat de arbeiders en de patroons de collectieve afspraken kunnen gebruiken als *basis* van vervolgens aangegane werkcontracten, maar dan verliezen die afspraken elk *collectief* karakter: ils ne sont alors sanctionnés qu'à titre de conventions *particulières*.

punt prijs zou worden gegeven, wat den voorstanders der C. A. bovenal aan het hart ligt: de erkenning der C. A. als een *zelfstandige* contractsvorm. Men moge den inhoud van zoodanig accoord op de eene of andere wijs willen doen *overgaan* in het individueele werkcontract, dat accoord moet een *eigen* bestaan hebben, al komt geen enkel individueel contract tot stand. Zulks is te meer noodig omdat, vormde zijn inhoud niet anders dan zeker bestanddeel van zulke individueele werkcontracten, onmisbaar zou wezen aan te nemen, dat bij het sluiten der C. A. de *vertegenwoordiging* van elken individueelen werkman moest worden aangevoerd en dat omgekeerd de C. A., in strijd met de begeerte van hen, die deze accoorden als zelfstandige regtsfiguur erkend wenschen, *nooit* verder zou reiken dan den kring dier aanwijsbaar vertegenwoordigden. Door zoodanigen eisch echter *valt zij samen* met de individueele arbeidsovereenkomsten en is de C. A. *als zoodanig*, strekkend om zekere werking op deze te oefenen, ter ziele. Want dan zit haar heele „collectiviteit” hierin, dat de arbeiders A, B, C enz. *tegelijker tijd* en op *identieke* voorwaarden te werk gaan bij eenen (of meer dan eenen) patroon; daartoe en *daartoe alleen* leidt dan het optreden van den persoon of de corporatie, die van werkmanszijde als bemiddelaar met het patronaat optrad: wij aanschouwen dan slechts eene doodgewone werking van het magtigen *deszelfden* lasthebbers door *meer* dan éenen lastgever. Altijd is dan de uitkomst slechts eene pluraliteit van *afzonderlijke* arbeidscontracten. Zelfs al werden deze bij het accoord onderling *afhankelijk* van elkander gemaakt, door (suspensief) met den patroon te bepalen dat diens contractsband met A niet tot stand komt indien eenzelfde niet ontstaat met B of (resolutoir) dat A zich wel verbindt aanstonds, maar vrij wordt bij niet slagen met B, is 't niet anders. In al deze figuren heeft men wel combinatiën van het gewone arbeidscontract, maar men beweegt zich nog steeds

binnen den kring dáárvan: tot schepping van eene regtsfiguur daarbuiten, tot eene *zelfstandige* regtsschepping heeft men het niet gebragt. Om in *dien* zin van eene „C. A.” te mogen spreken moet dit accoord eene regtsgeldige overeenkomst vormen, al komt geen enkel individueel werkcontract tot stand en moet alzoo (zooals LOTMAR eischt) daaraan *voorafgaan*: volkomen gepast is dus de waarschuwing, die hij aan zijne karakteristiek van het Tarifvertrag doet voorafgaan, dat verschillende contractsvormen — daaronder van zooveen aangeduide gedaante — *niet* als wezenlijke Tarifverträge aangemerkt moeten worden.

Even grooten nadruk op dit kenmerk der C. A. legt v. ZANTEN. Op blz. 462 van zijn opstel in het Regtsg. Mag. onderstelt hij een collectief contract waarbij een minimum-*uurloon* van 28 cent wordt bedongen en verwerpt de verklaring dat daarin gelegen zou zijn eene verbindtenis van de patroons *om* op dien loonvoet een arbeidscontract te sluiten, hetzij aanstonds hetzij in de toekomst: zij verbinden, zegt hij, zich slechts om niet minder dan 28 cent te betalen *indien* zij een arbeidscontract aangaan, maar verklaren nimmer, tegelijk met en als onderdeel van deze collectieve verbindtenis, dat zij bepaald aangewezen personen voor dit loon in dienst zullen nemen: dit laatste volgt eerst later *geheel afgescheiden* van het collectieve contract. Evenzoo schrijft hij blz. 464: de strekking van het C. A. is niet, dat bepaalde arbeidscontracten tusschen de betrokkenen worden aangegaan: de derde (naar blz. 483 het individueele lid der vakvereeniging) zou dus slechts actie op een loon van 28 ct. krijgen *indien* een arbeidscontract door hem wordt aangegaan.

Eene praktische toepassing van het voorafgaande is dat een aantal accoorden, vooral onder die welke tot beëindiging van eene werkstaking of eene uitsluiting worden getroffen, in het dagelijksche leven en zelfs in de geringe litteratuur

daarover *ten onregte* worden aangeduid met den naam van C. A. Economisch, vaak ook juridisch (waarover nader) kunnen ze gevolgen hebben, vaak zelfs verreikend gevolg; maar eene C. A. als zelfstandig convenu omtrent den inhoud van toekomstige werkcontracten wordt daarbij niet tot stand gebracht. Als voorbeeld van zulk eene figuur noem ik hetgeen we vaak zien gebeuren als, met of zonder mandaat van de werklieden, de bestuurders eener vakvereniging, de burgemeester enz. in het conflict tusschenbeide komen en gedaan krijgen dat beide partijen bereid zijn tot vredesluiting op den volgenden voet: *a.* aan de fabriek wordt op ...dag aanstaande de arbeid weder hervat; *b.* de voorwaarden van den arbeid zijn zooveel arbeidsuren per dag en zooveel cents loon per uur. Wanneer punt *b* van dit convenu alleen betreft hen, die overeenkomstig punt *a* den bewusten dag te werk zullen komen, dan vormt *b* blijkbaar niets anders dan de formulering van het gewone werkcontract tusschen den patroon en hen, die zullen blijken onder *a* begrepen te zijn, maar geene C. A. voorafgaande aan en zelfstandig grondslag vormende van zulk een werkcontract; voorts zal dan door de gewone regelen van vertegenwoordiging worden uitgewezen, of de tusschenpersoon al stante pede zoodanige met eenen termijn van *ingang* voorziene werkcontracten heeft tot *stand* gebracht, dan wel of die totstandbrenging zich ten bepaalden dage eerst zal voordoen door het zich alsdan aanmelden van den werkman aan de fabriek. Want dit een en ander zal afhangen van de positie, waarin de tusschenpersoon zich tusschen de strijdende partijen bewogen heeft: hij kan nooit anders dan bloote bemiddelaar zijn geweest, hij kan aanvankelijk als zoodanig zijn opgetreden doch later van eene der partijen een mandaat hebben aangenomen, hij kan ook van den aanvang af regts of links met vertegenwoordigende bevoegdheid bekleed zijn geweest. Zelfs wanneer onder de arbeiders er geweest zijn

dit het vredestractaat hebben verworpen, en de meerderheid die het aannam daaraan de clause heeft toegevoegd dat de patroon gehouden zal zijn deze recalcitranten aan te nemen op de hunnerzijds verworpen voorwaarden, ontstaat (wat overigens 't gevolg van dit beding kunne wezen) *nooit* eene wezenlijke C. A. Immers ook die clause is bloot bestanddeel van de individueele arbeidscontracten, stante pede of ten dage der arbeidshervatting tot stand komende tusschen den patroon en de toestemmers in het vredestractaat — hoogstens kan het zijn een aan *die* contracten aangehangen door art. 1353 B. W. gedekt beding ten behoeve der intransigenten; zoo de patroon die intransigenten, voor zoover zich aanmeldend, te werk stelt en dus alsdan met hen contracteert, vervult hij *jegens de mannen der meerderheid* eene clause van zijn arbeidscontract met *hen*, en pleegt eene schending *daarvan* zoo hij eenen intransigent afwijst (1). — maar in geen van beide gevallen doet vervulling of schending *eener wezenlijke C. A.* zich voor. Op dit een en ander hoop ik straks nog terug te komen, ook met het oog op de mogelijkheid dat de laatstbedoelde clause eens luidde in dier voege, dat de patroon niet alleen aan de meerderheid en aan de intransigente minderheid de geformuleerde arbeidsvoorwaarden zal verleenen, maar bovendien aan *elken*, vroeger niet aan de onderneming ver-

(1) Ook deze soort stipulatiën verschafft aan LOTMAR — althans zoo ik rigtig versta hetgeen hij blz. 103/4 zegt — stof tot bevreemdende regtsconstructiën. Zulke stipulatiën, zegt hij terecht, ontberen het karakter van *eigenlijke* of *algemeene* arbeidsvoorwaarden en missen daardoor een der essentialia van C. A.; zij geven echter, in geval van overtreding, een recht van actie aan *elk* individueel lid van de collectiviteit welke het C. A. tot stand bracht, tegen den overtreder van het bijbeding. Aan *elk* vereenigingslid? des dat lid B tegen eenen patroon actie zou hebben, wanneer deze het lid A, in strijd met stellige belofte van het tegendeel, niet te werk liet komen? actie waartoe? En zoo <sup>3</sup>voorts. Onderzoek van dit alles zou mij evenwel te ver voeren.

bonden en dus nimmer in het conflict betrokken geweest zijnden vakgenoot. Bij zulk eene uitbreiding der clause dringt zich de twijfel op, waarvoor bij beperkter omvang m. i. geen plaats is: de twijfel of zulk eene clause naar ons verbindtenissenregt bestaanbaar is; die vraag reeds hier te beantwoorden zou mij te ver voeren uit den gang van mijn betoog. Doch dit mag ik er wel reeds nu van zeggen: ofschoon de zoo wijd uitgestrekte clause in zóóver lijkt op de C. A. naar de regtsconstructie LOTMAR e.s., dat zij *voorloopster* is van toekomstige arbeidscontracten, beantwoordt zij niet meer dan oppervlakkig aan de voorstelling van hen, die in Duitschland, Frankrijk en Nederland aan de collectieve arbeidsovereenkomst als *zelfstandige* regtsfiguur ingang pogen te verschaffen. Want als men uit een aldus geclauseerd accoord wegneemt niet de aangehangen clause, maar het ontwijfelbaar geldige hoofdbestanddeel — datgene wat omtrent de hervatting van den arbeid overeengekomen is tusschen den patroon en de vredesluitende arbeidersmeerderheid — hoeveel houdt men dan wel als regtsfiguur over? Iets waaraan men meer of minder beteekenis zal kunnen toekennen voor de individueele werkcontracten die gesloten of aanstaande zijn, indien dat aanhangsel regtens bestaanbaar blijkt, doch altoos slechts iets min of meer *bijkomstigs* en iets met een *onzeker* regtsbestaan. En waarop gaat men, erkenning zoekend voor de C. A., uit? op het vinden van eene *onbetwistbare* regtsfiguur, dienstdoende als *hoofdzaak* voor het oprigten van latere arbeidscontracten; op de constructie van een accoord, niet uiteenvallend in individueele arbeidsovereenkomsten, maar *collectief* van hoofdkarakter; — zich voordoende niet als bescheiden *aanhangsel* van tot stand komende werkcontractjes, maar zullende opleveren het *onaantastbaar uitgangspunt* voor het vervolgens *oprigten* van zulke contractjes, en voor deze laatste zóó „maszgebend” dat het (naar de voorstelling LOTMAR—V. ZAN-

TEN) QUIA C. A. daaruit *wegdringt* wat de individueele paciscenten afwijkend van de C. A. mogten hebben voorgesteld. Het ware eene *petitio principii* het betwistbare bijbeding, om een bloot trekje van gelijkenis, te willen verheffen tot de C. A. TYPE, om welker opsporing het ons te doen is.

## II.

Wanneer ik nu terugkeer tot dat type: het accoord omtrent arbeidsvoorwaarden als *hoofdovereenkomst*, die haren invloed zal doen gelden op de toekomstige individueele werkcontracten der arbeiders in het vak, dan is bij de regtskundige beschouwing daarvan wel de hoofdvraag, of zulk een accoord aan de algemeene voorwaarden voor de bestaanbaarheid als obligatoire overeenkomst voldoet: voorwaarden (vereischten) die men in hoofdzaak evenzeer bij onze oostelijke en zuidelijke naburen aantreft. Bij LOTMAR lijdt dat zoo weinig twijfel, dat daarop eigenlijk niet wordt ingegaan. De Franschen doen er iets meer aan, maar houden zich hoofdzakelijk op (1) bij de vraag welke rechtsgevolgen de door een „syndicat professionnel” gesloten overeenkomst, strekkende om voor hunne leden (ook wel voor niet aangesloten vakgenooten) gelijkheid van arbeidsvoorwaarden in hunne individueele werkcontracten te verkrijgen, voor deze werkcontracten kan hebben en of, *behalve* de dan voor den individueelen contractant uit eene wanpraestatie van den patroon voortvloeiende aanspraak, de vakvereniging deswege eene eigen actie heeft. De meeste hunner redeneren in

---

(1) Zulks in verband met zekere, straks ter sprake komende eigenaardigheden van hunne syndicaatswet.

Van het luchtigheids-oordeel in den tekst behoor ik uitzondering te maken voor het boek van GUYOT; eene uitzondering te verdienen, omdat hij een uitgestrekter veld dan den akker der C. A. in bewerking genomen heeft.



hoofdzaak aldus: eene onder de wet van 21/22 Maart 1884 (loi relative à la création des syndicats professionnels) opgerigte vakvereeniging is met regtspersoonlijkheid bekleed, ten einde arbeidersbelangen onder haar hoede te kunnen nemen; daar de gansche wet, dus ook het op haren grondslag opgerigte syndicaat, bestemd is om de arbeiders te helpen uit den toestand van individueel isolement en de daaruit voortvloeiende economische zwakheid, moet het syndicaat geacht worden regtsgeldig te kunnen overeenkomen omtrent de algemeene arbeidsvoorwaarden van het vak. MOISSENET b.v. wijdt in een speciaal aan het onderwerp gewijd boek van ruim 250 bladzijden er amper vier aan deze hoofdvraag en geeft daarover, met behulp van enkele citaten, niet veel meer dan het bovenstaande ten beste; dat ik dit een vrij luchtig omgaan met het algemeene verbindtenissenregt der burgerlijke wetgeving noem zal men mij niet euvel duiden. (1) Ik zeg: het *algemeene* verbindtenissenregt, bepaaldelijk artt. 1101 en 1108 C. C.: immers de vraag welke *bijzondere* contractsgedaante — die van innominaatcontract, zaakwaarneming, lastgeving, beding ten behoeve van eenen derde — zich hier kan voordoen, pluizen zij niet weinig uit; maar hun ontgaat haast, merkwaardig genoeg, dat vóór dat uitpluizen te vragen is of er wel *gecontracteerd* zou wezen.

Vestigen wij thans, gelijk het onderwerp vereischt, het oog op onze eigen burgerlijke regtstoestanden, dan hebben wij voor de beoordeeling van de regtsgeldigheid en het regtsgevolg van een accoord over arbeidsvoorwaarden, hetwelk zulk een verband aangaat, met de artt. 1349 en

---

(1) Te opvallender is voor mij deze luchtigheid, omdat hij (blz. 85) er aan hecht zijne terminologie te preciseren in dier voege, dat hij alleen dan de uitdrukking «contrat collectif» wil gebruiken «lorsque «de la discussion collective des conditions de travail sortiront pour «le patron ou la force collective des obligations civiles unilatérales «ou réciproques».

1356 B. W. meer dan met iets anders te doen. Zelfs de toepasselijkheid van art. 1353 B. W. (art. 1121 C. C., bij hetwelk de Franschen langer blijven stilstaan dan bij art. 1108 of 1101) kan voorshands blijven rusten, omdat alle beding ten behoeve van derden voor zijne bestaanbaarheid vordert een tusschen de convenieerende *hoofdpartijen* bestaanbaar contract. HOE STAAT HET DAARMEE?

Wanneer men het laat aankomen op art. 1356 en den vierledigen maatstaf van dat artikel wat losweg aanlegt aan de binnenlandsche accoorden, die het opstel van v. ZANTEN ons als C. A.-figuren voorstelt, dan zou men alligt met hem zeggen, dat ze ongetwijfeld regtsgeldige overeenkomsten zijn. Gelijk ik al aanstipte, bevatten zij nu eens tarifiering van uur- of stukloon of maximum-werktijd in het bedrijf, dan de samenwerking daarin van georganiseerde arbeiders met ongeorganiseerden of de getalsverhouding van de bekwaamste en de minder bekwame (halfwassen of bejaarde) werklieden in dienst van den ondernemer; soms ook eenen tijd gedurende welken geene wijziging van arbeidsvoorwaarden zal geschieden, de verstrekking van arbeids-hulpmiddelen (zooals de bovenvermelde diamantwerkersboort), de wijs van beslechting der geschillen enz. Want vormt elk van deze regelingen niet een *onderwerp* van overeenkomst, waaraan niemand de „bepaaldheid” van art. 1356 n°. 3 en 1369 B. W. zal ontzeggen? Zoo ze betreffen een in het *vervolg* te sluiten arbeidscontract, vindt dat geene dekking in het verlov van art. 1370 om (voorbehoudens de hier niet toepasselijke uitzondering van het tweede lid) over *toekomstige* zaken te contracteren? Eene geoorloofde *oorzaak* zal men aan dergelijke regelingen niet ontzeggen, en dat eene vakvereniging met regtspersoonlijkheid en een meerderjarige patroon *bekwaam* zijn om ten aanzien van zulke arbeidsaangelegenheden verbindtenissen aan te gaan lijdt geen twijfel. Ten aanzien eindelijk hunner wederzijdsche *toestemming*: aan een vitieusen consen-

sus ingevolge art. 1357 valt niet te denken; vaststaat dat die contractanten *bedoeld* hebben op deze punten een regtens bindend accoord aan te gaan en *wie* de accordanten zijn staat vast. Hoe zouden dan aan hunne C. A. iets van de algemeene vereischten voor eene obligatoire overeenkomst kunnen hape- ren? Zóó ongeveer moet, dunkt mij, v. ZANTEN in zijne studeerkamer hebben geredeneerd, toen hij zich geregtigd voelde om haast als van zelf sprekend de contractueele verbindbaarheid aan te nemen van accoorden, uitmakend zijne figuratie van C. A.

Doch laat men, gelijk behoort, zich geen enkel oogenblik afbrengen van de principieele, door hemzelve vooropgezette en ook m. i. onmisbare onderscheiding tusschen die figuur en de individueele werkcontracten die nog in de toekomst liggen — misschien zelfs *nooit* tot stand zullen komen — en de C. A. die voor deze contracten eene *reeds nu* geschapen regtsgrondslag pretendeert uit te maken, dan zal men op het spoor komen van fouten in de handhaving der elementaire begrippen van het verbindtenissenregt die tot eene *tegenovergestelde* conclusie dwingen. Omdat m. i. de logica dier grondbegrippen wordt miskend, houde men mij ten goede dat ik aankom met hoogst elementaire waarheden en mij blootstel aan den uitroep: maar dát weten we immers allemaal! Op zulken uitroep luide mijne verontschuldiging: waar desniettemin het mij vergeten voorkomt en dáárin de fout ligt die ik meen te bespeuren ..... ja dan moet ik die *prima vera* wel herinneren om de fout in het oog te doen vallen. Eene andere m. i. even afdoende verontschuldiging ligt in het overwegende *belang* van dit onderzoek. Wanneer men voor de C. A. opeischt de magt van *dwingend* regt, van beperking des werkmans in de beschikking over zijn voornaamste economisch goed — zijne arbeidskracht — als vormde de C. A. eene wet van *openbare orde* (zie boven blz. 66), dan mag voorwaar wel tot op den bodem worden

onderzoekt of zoo'n verrekend instituut beantwoordt aan het minimum van eischen voor een *geldig* contract, aan het grondbegrip van *elke* overeenkomst.

Indien de C. A. eene obligatoire overeenkomst uitmaakt, dan moet zij eene *verbindtenis* doen ontstaan (art. 1269 B. W.) en eene verbindtenis (obligation, engagement) is, niet waar? wat b.v. MARCADÉ in den aanhef van zijn commentaar op de artt. 1101 seqq C. C. omschrijft als une *nécessité juridique, un lien civil qui astreint telle personne, spécialement, à une prestation quelconque au profit d'une autre personne*. Wel is voor de obligatoire overeenkomst niet noodig dat twee personen, die *tot elkander* in contractueele betrekking treden, *over en weder* zulk eene prestatie op zich nemen, zich aan zulk eene desnoods door regtswang verzekerde *noodzakelijkheid* onderwerpen — immers kent het regt ook eenzijdige verbondenheden — maar *tusschen de twee contractanten* moet minstens ééne zulke *verbondenheid* aanwijsbaar zijn: nisi necessitas prestationis subsit, obligatio non est, verkondigt onze oude VOET (XLIV T. 7 n<sup>o</sup>. 1), die ons hoofd nooit brengt daar, waar we grübelnd het bekende Mühlrad im Kopf gaan voelen, maar die zoo raak kan zeggen wáár het op staat. In het nauwste verband met dit primum verum staat het door art. 1356 n<sup>o</sup>. 3 voor een bestaanbaar contract gestelde vereischte van *bepaald onderwerp*, evenals met den eisch van verbondenheid tot presteren *tusschen de contractspartijen* de regel van art. 1351 B. W., dat men (buiten 't geval van de beide volgende artikelen) zich alleen *voor zichzelf* verbinden kan.

Alzoo is de C. A. tusschen v. ZANTEN's vakvereeniging met regtspersoonlijkheid en eenen patroon alleen dan bestaanbaar, wanneer kan worden aangewezen eene aanvaarde, voor regtswang indien noodig vatbare, prestatie minstens van den patroon van de vereeniging of van deze aan den

patroon, door die C. A. teweeggebragt *tusschen hen beiden*. Van of aan de *vereeniging* als être de raison, niet een of meer harer individueele leden; want deze personificatie is hier contractante, (1) en even onderscheiden van hare leden als zij van eenen werkman niet-lid onderscheiden is. En *afgescheiden* van elk individueel werkcontract (a fortiori dus van de bedingen voorkomend in zoo'n werkcontract, dat vervolgens kan tot stand komen): want al kwam ten slotte *geen enkel* dergelijk contract tot stand, zou *toch* de eenmaal opgerigte C. A. moeten vormen eene zelfstandige en regts-geldige overeenkomst.

Naar eene verbindtenis van patroonszijde zoekend kan ik *hoogstens* ontdekken eene toezegging aan de vakvereeniging dat, ingeval zij werklieden — laten we onderstellen behoorrende tot de leden der vereeniging — in dienst neemt, hij b.v. dezen zal betalen 28 cent uurloon bij eenen werktijd van hoogstens 10 uren. Wie wijst mij iets *bovendien* aan de vereeniging toegezegd? Voorts: laat zich dat „ingeval” anders construeeren dan of als *voorwaarde* of als een bij art. 1353 bedoeld *beding ten behoeve* van die werklieden, naar het bovengezegde *derden* ten aanzien der C. A. van

(1) De uitdrukkingen «être de raison» en «personificatie» bezig ik hier *neutraal*, d. i. zonder partij kiezen in den geleerden strijd over de regtsconstructie van het Personenverband, telg van den Duitschen lust tot Konstruieren, die in de laatste jaren ook in Frankrijk een onderwerp van wetenschappelijken strijd geworden is (PLANIOL Traité I nos. 3007, 3015, 3018) en verleden jaar te Zurich zoo fel is ontbrand tusschen den hoogleeraar ZÜRCHER en den privaat-docent Dr. E. HAFTER. Immers wat doet het af tot mijn tegenwoordig onderzoek, of laatstgenoemde terecht beweert dat aan de met regtspersoonlijkheid bekleede vereeniging eigen is eene *reale* Existenz — dat zij, in plaats van eene regtsfictie te wezen, is een immaterielles, nichtsdestoweniger aber *wirkliches* Wesen mit eigen Verbands-wille — eine wirkliche Einheit, dadurch dasz eine Anzahl Menschen einen Theil ihres Individualwillens gleichsam ablösen und einheitlich aufgehen lassen in einem ausserhalb ihre Individualsphäre liegenden Bethätigungskreis [Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände blz. 47, 75, 87]?

vakvereniging en patroon? Laat ons, om volle klaarheid te verkrijgen aangaande de op te sporen patroonsverbindtenis, bij evengenoemd eenig mogelijk tweetal van constructies even verwijlen.

Indien de toezegging van patroon eene voorwaarde uitmaakt, is zij *bestanddeel* der C. A., d. w. z. heeft tot praemis juist datgeen waarnaar wij nog *zoeken*: een obligatoir contract van zoodanigen aard. Dit als reeds gevonden, *gedemonstreerd* aan te nemen is dus eene ontoelaatbare petitio principii. Voorts: eene *voorwaardelijke* contractsfiguur impliceert dat wij, die voorwaarde in gedachte schrappend, haar wegdenkend, *overhouden* een regtsgeldig contract; eene voorwaarde die, weggedacht, *geen* contract zou overlaten — wier inhoud dus *den ganschen inhoud van het contract* zou uitmaken — is een juridiek onding; van hoeveel gewigt het bestanddeel „voorwaarde” ook in eene overeenkomst moge zijn, quia bestanddeel is zij maar *onderdeel* van zeker uit meer onderdeelen bestaand *zamenstel*. Wijs mij *wat* hier als obligatie van den patroon overblijft bij wegdenking van de gemaakte afspraak.

En evenzeer moeten wij, aangenomen dat het afgesprokene uitmaakt een beding door de vakvereniging gemaakt *ten behoeve van derden* (individueele leden van den regtspersoon), als dan naar den ondubbelzinnigen inhoud van art. 1353 de aldus opgevatte afspraak gehecht vinden aan *een obligatoir contract tusschen dien regtspersoon en den patroon*, deze beide contractanten *onderling* bindende; ook dan moet het beding, weggedacht, zulk een contract *overlaten*. „Daar „zijn (zoo zou mr. J. P. MOLTZER, overeenkomstig blz. 38 van „zijne uitnemende dissertatie over art. 1353, dergelijke regtspositie teekenen) twee personen V en P (vakvereniging en „patroon) en die stemmen beide overeen in den wil om aan „W (werkman-lid) een regt op P te verschaffen. P wil zich „slechts aan W (het lid waarmee de patroon casu quo een

„arbeidscontract zal aangaan) *niet aan V* verbinden, en bij „V komt het niet op om *zelf* eenig regt tegenover P te „verkrijgen: neen, wat hij alleen wil is, aan D een regt te „verschaffen.” Nietwaar?, dáartoe tendeert de C. A. welke de vakvereeniging beoogt te scheppen; laten we thans, onder MOLTZER's verder geleide, ontleden de regtshandeling tot verwezenlijking van deze bedoeling verrigt. „V en P (zoo „mogen we verder lezen) verklaren nu hunnen wil tegen- „over elkander: beider wil is gerigt op het vestigen van „eene regtsbetrekking, namelijk van W op P.” En hoe antwoordt MOLTZER op de vraag, of men aan de handeling tusschen V en P (hier de C. A., door v. ZANTEN c.s. ons als een obligatoir contract aangepreekt) den naam van *overeenkomst* kan toekennen? Met een zoo beslist mogelijk *neen*, hierop geground dat „een contract, een pactum slechts *die* „wilsovereenstemming van twee of meer personen is, waarbij „partijen den wil hebben om eenen regtsband *tusschen hen- „zelven* te knooen”. Ik wil aan dit betoog niets toevoegen, want het zou de kracht daarvan maar verzwakken; wel echter vestig ik de bijzondere aandacht op de ondubbelzinnig daaruit blijkende ongeneigdheid om onderstelde *bedoelingen* van partijen aan te nemen als bewijs dat hunnerzijds aan dezen fundamenteelen eisch van het verbindingsregt is voldaan. Aan MOLTZER heb ik dus een bondgenoot als ik geen vrede heb met het éénige, waaraan v. ZANTEN grond ontleent om op zijne voorbeelden van algemeene arbeidsvoorwaarden, bij ons beraamd tusschen vakvereenigingen en een of meer patroons, de uitspraak te doen volgen dat (blz. 455) die afspraken *ontwifelbaar* het regtskarakter van overeenkomsten dragen, dat wij thans *weten* (blz. 459) dat er omtrent algemeene arbeidsvoorwaarden eene overeenkomst wordt tot stand gebragt. Of zou de regter een beroep op de nietigheid regtens van de overeenkomst, waaruit bij hem geageerd wordt, ter zijde mogen stellen met de overweging dat hij overtuigd is

geworden van de *bedoeling* der partijen om met elkander overeen te komen in voege als eischer stelt? Het lijkt dunkt me geen twijfel dat art. 1379 B. W., waarmede v. ZANTEN herhaaldelijk aankomt, eerst dan zijne toepassing kan vinden, als regtens het *bestaan* eener overeenkomst vaststaat, maar nimmer kan werken bij wijze van *ontslag* van gehoudenheid om zoodanig bestaan waar te maken; art. 1379 is een regel van *uitlegging* der voorhanden overeenkomst, maar wat valt er in 's hemels naam uit te leggen, zoolang de *aanwezigheid* eener uit te leggen overeenkomst niet gebleken is? (1)

Onderzoek naar hetgeen de C. A. wel als verbindtenis van *patroonszijde* zou bevatten leidt dus tot het antwoord: NIETS te vinden. Hij moge met de *regtspersoon* vakvereeniging hebben gemaakt een accoord *voor het geval* dat hij later met een lid der vakvereeniging een werkcontract mogt sluiten, *dat* accoord vormt geen *jegens den medecontractant* aangegaan obligo; en bij gebreke van *zoodanig* obligo kan het evenmin vormen de sensu art. 1289 B. W. voorwaarde daarvan, als een bij art. 1353 B. W. bedoeld daarmede gepaard beding ten behoeve eens derden. Van *patroonszijde* stoot dus v. ZANTEN's opeisching der contractsnatuur voor de C. A. te pletter tegen een grondbeginsel van verbindtenissenregt.

Kan aan die opeisching gevolg worden gegeven door het bevinden (omgekeerd) van een obligo, door den *regtspersoon* der vakvereeniging aangegaan jegens den patroon? Op meer dan eene plaats van zijn betoog gaat v. ZANTEN dezen weg uit: immers blz. 465 vind ik ongeveer deze voorstelling dat de collectiviteit als zoodanig bedoelt, zich als collectiviteit voor de nakoming der overeenkomst *aansprakelijk* te stellen wanneer hare individueele leden arbeidscontracten sluiten, eenen waarborg te verschaffen — zelfs gaarne —

---

(1) Omtrent *bedoelingen* zie men voorts beneden blz. 84, 111.



voor die naleving; en blz. 483 dat, indien die leden daarin afwijkende bedingen opnemen, de vereeniging als zoodanig daarvoor aansprakelijk is. Wel zou op deze en andere plaatsen wat meer nauwkeurigheid en klaarheid van uitdrukking niet schaden, doch men zou m. i. den geachten schrijver onregt doen, zoo men weigerde in deze uitingen een beroep te zien op het bij art. 1352 als bron van contractueele verbindtenis erkende *instaan* dat een derde iets zal doen: het dusgenaamde beding *ten laste* van den derde. Blijkt dit werkelijk *gesloten*, dan heeft v. ZANTEN zijn pleit gewonnen.

Doch wie spreekt tegen dat, om zoo iets aan te nemen, meer noodig is dan het onderstellen van *bedoelingen*, dan het schermen met onbestemde *vermoedelijkheden*? En tot mijn leedwezen kan ik meer dan zulke losse redeneringen nergens bij schrijver vinden, terwijl toch een zichzelf aansprakelijk stellen voor hetgeen *een ander* zal doen of laten te ver ligt buiten den gewonen kring van 's menschen handelen, om dit *zonder stellige wilsverklaring* aan te nemen. Zal ooit de regter eene borgspreking aanwezig achten zonder bewijs dat de wil om dat te doen *ondubbelzinnig* is geopenbaard? (1) Welnu: van eenige dáártoe strekkende wilsverklaring vind ik niet het minste spoor in hetgeen v. ZANTEN ons mededeelt omtrent den inhoud der accoorden, door hem C. A. gedooft. Wel beredeneert hij, dat zulk eene aansprakelijkstelling ligt in de lijn der accoorden, maar dit kan slechts de gevolgtrekking wettigen dat partijen wijs zouden hebben gedaan met dergelijke clause in hunne afspraak *op te nemen*, teneinde het daarmee beoogde doel nader te komen; op zijn *allermeeest* zou dergelijk betoog, juist bevonden wordend, er toe kunnen leiden dat, indien in den tekst der overeenkomst iets gevonden werd daarheen wijzend maar

(1) Ook hier gelieve men mijne uitdrukkingen niet uit te leggen als partij kiezen in eenen regtskundigen strijd (wil of vertrouwen), welks terrein zoo ver mogelijk ligt van mijn tegenwoordige onderwerp.

niet heel duidelijk *uitgedrukt*, eene zoodanige uiting van partijen krachtens de artt. 1379 en 1380 in dezen zin ware uit te leggen. Ik betwijfel echter ten sterkste of vakvereenigingen geneigd zouden zijn om eene uitlegging in dien zin voor te staan: of *feitelijk* zij, zooals v. ZANTEN zegt, zich gaarne aansprakelijk gehouden zouden zien voor nakoming — dus voor elke tekortkoming in het naleven — van hun dusgenaamde collectief arbeidsaccoord met patroon's door hunne individueele leden. De Amsterdamsche diamantbewerkers b.v., wier accoorden met de juweliërs door v. ZANTEN worden aangehaald, hebben regtspersoonlijkheid en eene welvoorzienige kas: zou de geachte schrijver wezenlijk meenen dat op eene door den juwelier aan art. 1352 ontleende actie HENRI POLAK, v. ZUTPHEN en consorten zouden antwoorden: toon mij de tekortkoming van ons bondslid aan en op het bewijs daarvan vindt ge ons bereid om de schade deswege aan u te voldoen? Veeleer geloof ik, en op goeden grond dunkt mij als gelet wordt op de ervaring elders (zie beneden blz. 138), dat zij tot het uiterste zouden strijden om hunne kas, bewaakt als palladium bij een mogelijk conflict, te houden *buiten* aansprakelijkheid voor schending der arbeidsvoorwaarden door individueele bondsmannen en dat ze *met het volste regt* zouden antwoorden: *niets* van dien aard stipuleert ons accoord of laat zich als bedoeld afleiden uit het onderling verband zijner bepalingen. Even vast ben ik overtuigd dat (in de onderstelling dat de juweliërsvereeniging geen regtspersoonlijkheid bezit en haar gedelegeerden dus zouden komen onder bereik van art. 12 wet 1855) geen der onderhandelaars van den anderen kant zijn handteekening onder het accoord zou hebben willen zetten, zoo hij maar eenigszins vermoedde dat hij daarmede zijn privaatsvermogen onderwierp aan de bij art. 1352 verleende vordering tot schadevergoeding, ingeval een collega zijn bedrijf eens uitoefende in strijd met het tot stand gebragte accoord.

Van weerszijden heeft niemand een oogenblik er maar aan gedacht, laat staan bedoeld, om *in te staan* voor hetgeen zijne lidmaten of lastgevers door hun gedelegeerden beloofd hebben te doen of te laten. (1)

Zoo bevinden we dan dat ook de artt. 1352 en 1353 B. W. niets opleveren ter handhaving van de C. A. tegen de bedenking dat zij niet beantwoordt aan de fundamenteele eischen van ons, en haast zou ik durven zeggen van het ook overal elders geldend contractsbegrip.

Eer ik hiervan afstap moet ik evenwel, gelijk ook v. ZANTEN, al is het op eenigszins andere wijs, melding maken van de poging, door enkele Franschen beproefd om aan dit alles overheerschend bezwaar van geldigheid te ontkomen door middel van het (2) *intérêt moral*, in meer dan éenen vorm ingeroepen, doch meestal in dezen dat het zich vertoont aan den kant der vakvereeniging en geschaad zou worden indien de patroon, zijn later arbeidscontract met het individueele lid der vereeniging sluitend, de voor allen geconvenieerde arbeidsvoorwaarden ongunstiger maakt. Vooreerst zou ik kunnen vragen of men zich bij dergelijke argumentatie wel strikt houdt

(1) Verg. MOISSENET p. 232: En France, le plus souvent, les délégués ne s'engagent à rien.

(2) Deze poging wil ik niet bejegenen met stilzwijgen, doch wel bijna geheel die andere, om de artt. 1119—1121 C. C., equivalent der besproken Nederlandsche bepalingen hier op nonactiviteit te stellen, zooals blz. 231 MOISSENET, verlegen met deze voorschriften, houdweg doet: «ces textes nous semblent viser l'hypothèse de promesses ou «stipulations émanées d'individus isolés. Ils sont étrangers aux contrats passés par des collectivités personnes morales». Waarom, zoo men voor die personnes morales op het gebied van zaken- en verbindtenissenregt de gelijkstelling met het vermogensregtelijke optreden van den natuurlijke persoon eischt? Zonder bewijs uit de wet kan die bewering er niet door. En schrijvers bijvoeging, dat voor deze «collectiviteiten» on doit faire appel aux principes concernant les sociétés et les associations, verschafft ons dat bewijs niet, omdat gezegde «principes» regeren het *ontstaan* der collectiviteit, doch niet haar contractueele regtsbevoegdheid.

binnen het strijdperk en niet veeleer afdwaalt naar een *ander* civielrechtelijk veld van onderzoek en niet geringen strijd: het twistgebied der hoedanigheid en hoeveelheid van *belang* die de stipulant bij eene afspraak moet hebben om de stipulatie te maken tot *klagbarer* Vertrag (1). Daargelaten echter dit punt, vinden wij op de vraag zelve een afdoend antwoord bij MOISSENET, als hij blz. 175/6 schrijft: „la stipulation pour autrui, pour être valable, exige soit un intérêt pécuniaire du stipulant, soit au cas de simple intérêt moral un *engagement* pris par lui, une *obligation* contractuelle. Het eerste deel dezer opmerking slaat kennelijk op ons art. 1353, het tweede op 1352 terug. *Geldelijk* belang der vakvereeniging zelve laat zich niet aanwijzen; evenmin staat *zij* den patroon voor iets in. Want dáárvan kan niet gelden het invloed uitoefenen (*faire son possible*) op de vakgenooten om, als de patroon arbeiders noodig heeft, op de vastgestelde voorwaarden bij hem te werk te gaan: une telle promesse, (en dat beaamt zelfs v. ZANTEN) n'est rien, elle est *l'ombre* d'un engagement, elle est dénuée de valeur juridique, elle ne valide pas une promesse (stipulation) pour autrui. (2) En, evenals ik straks, het oog wen-

(1) Iets van *dezen* aard brengt LOTMAR, bij gelegenheid van zijn straks te vermelden beklag over het «vogelvrij» zijn van stakingscoalitiën in Duitschland, ter sprake blz. 60—65. Gemaakt is, zegt hij, eene afspraak om te staken, die wegens strijd met de goede zeden ongeldig zou wezen, indien men elkander beloofd had *lopende* werkcontracten te verbreken, doch vrij is van het vetium indien de afspraak luidt om b. v. na de loopende week *niet door te werken*: want dat is afspraak om geen *nieuwe* contracten aan te gaan. Doch indien op zichzelf laatstbedoelde afspraak al aan A, die haar nakwam, eene actie kan verschaffen aan B, die haar schond, is er dan wel voor A tast- en bewijsbare *schade*? Kan hij als zoodanig aanvoeren het gevaar van *verloop der staking* en vermindering hierdoor van zijne *kans*, om den patroon in gunstiger arbeidsvoorwaarden te doen bewilligen? Ik geloof dat MOISSENET en zelfs LOTMAR dit met mij zouden noemen une *ombre* d'intérêt et de préjudice.

(2) En dit op zichzelf al *schimmige* «engagement de faire son

dend naar eene mogelijke toepassing van art. 1352 (1120 C. C.), verklaart hij dat het misschien anders ware zoo de vakvereeniging met haar eigen vermogen *instond* voor het tot stand komen van de werkcontracten; maar ook hij — verre van met v. ZANTEN te zeggen dat zij dit „gaarne doet” — bevindt dat zij zich daarvoor zorgvuldig wacht en den patroon afscheept met eene toezegging, eene promesse de *faire son possible*, waaraan deze geene enkele „*prérogative nouvelle*” ontleent. Noch zulk eene vage, regtens *niets* opleverende belofte, noch het abstract en nevelig met den pronkmantel van *intérêt moral* omhangen *vakbelang* (1) vormen

*possible* zal dan nog zijn het obligo niet van een bepaald *individu* dat zich laat aanpakken, maar van individuen die slechts in «regts-persoonlijke» *combinatie* daartoe gehouden zullen wezen: de «regts-persoon» zal «haar best» doen! Het Kamerschema, dat straks ter sprake komt, wil het «*faire son possible*» der vakvereeniging zoeken in een *verplicht* voorschrift der statuten, voor hare leden boeten stellend op het niet naleven der C. A., zooals men daar sub 5 aan de hand doet. Omdat dit schema nog ter sprake komt, werp ik nu al de vraag op, of dergelijk voorschrift, zal het niet eveneens op eene *schim* gelijken, niet impliceert de bevoegdheid van den werkgever om als *eigen* regt de hand aan dat dwangmiddel te houden? immers zoeken wij naar eene obligatoire aanspraak *voor den werkgever* uit de C. A. En is dergelijke constructie veilig voor het verwijt van uit te loopen op den onzin, dat de *invendige* organisatie der vakvereeniging eenen derde zou kunnen aangaan? Mij dunkt evenmin als voor het verwijt van praktische onbestaanbaarheid. Verbeeld u de vakvereeniging in hare statuten schrijvend wel eene poenaliteit, maar van een cent, of met bevoegdheid om bij besluit de beloopte hoogere statutaire boete tot dat centje te verminderen; verbeeld u legale bevoegdheid van den werkgever om tegen dergelijke schijnvertooning op te komen. Wat zou de C. A. dan bevorderlijk worden aan den socialen *onvrede*!

In één woord: dergelijke voorzieningen kunnen, zooals MOISSENET blz. 130 mogelijk acht, soms eenigen *feitelijken* invloed hebben tot naleving der C. A., de beteekenis hebben van *indirect* hiertoe dienstig. Doch op *dat* gebied ligt ons quaeritur niet, als we zoeken naar de aanwezigheid der *nécessité juridique*, de *necessitas praestationis* hierboven blz. 79 vermeld; dan is de nasporing gerigt op *regtsmiddelen* met de eene of andere *directe* werking.

(1) Naar Fransche opvatting de handhaving van den invloed der

iets genoegzaam tast- en grijpbaars om eene uitzondering te scheppen op den regel, dat de contracterende partijen moeten bedingen of zich verbinden *voor zichzelf*. Voor *zichzelf*: en zeide de patroon aan de *persona juris* der vereeniging als een *eigen* genot — dan wel, voor het geval deze individus *later* werkcontracten met hem *wouden* aangaan, aan de van haar onderscheiden *leden* — iets toe aangaande eenig onderwerp van de op blz. 77 aangestipten? Of was, omgekeerd, het welligt deze *persona juris* welke *zich* dienaangaande verbond aan den patroon? Zoolang elke aanwijzing dáárvan ontbreekt, zoolang heeft men zich te houden aan de vrijwel onverwrikte (1) leer, dat, waar de par-

---

vereeniging op de mannen van het vak; naar v. ZANTEN dat de bedongen voorwaarden *algemeene* geldigheid onder hen verkrijgen. Is niet dit verschil van opvatting een bewijs ten overvloede, hoe *onbestemd* en daardoor *onbruikbaar* voor regtsconstructie dit intèrèt *moral* is? De fransche jurisprudentie moge vaak dit «belang» hebben aangewend als eenen polsstok voor verre sprongen, toch deed zij die dan maar binnen een terrein, *beperkt* door twee begrenzingen: 1<sup>o</sup> niet (zooals hier) op contractueel gebied, maar bij fait illicite *daarbuiten* komt het in aanmerking; 2<sup>o</sup> de te vergoeden schade moet *materieel* zijn: il faut un véritable dommage *matériel* ayant une cause morale. Ziedaar, zegt het supplement op Dalloz (Responsabilité n<sup>o</sup>. 280). De zin der arresten vermeld n<sup>o</sup>s 278, 83, 21 enz.

(1) Onverwrikt voorwaar m. i. door den wanhopigen bokkensprong van MOISSENET besproken hierboven (blz. 86 in noot), om voor regtspersonen de art. 1120/21 C. C. ontoepasselijk te verklaren.

Zou eene andere leer kunnen bogen op bescherming door den grootmeester v. SAVIGNY? Dat schijnt LOTMAR p. 88 seq. ons te willen doen gelooven door een beroep op diens System III p. 309, waar het begrip van «Vertrag» in den meest algemeenen, ook voor staats- en volkenregt passenden zin wordt omschreven als «die Vereinigung «Mehrerer zu einer uebereinstimmenden Willenserklärung, wodurch «ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden». Maar dan werd geen rekening gehouden met het juist voor 't hier besproken punt zoo gewigtige *ihre*, in SAVIGNY's bepaling opgenomen. En zoo, niettegenstaande dit betekenisvolle woordje, nog eenige ruimte voor twijfel aan 's Meesters bedoeling bleef, zou die zijn weggenomen door de bespreking, slechts drie bladzijden verder, van het burgerregtelijk

tijen niets hebben doen blijken van eenen overeenstemmenden wil om *tusschen henzelven* eenen regtsband te knoopen, er wel gemoedelijk gepraat kan wezen over het wenschelijke van algemeene arbeidsvoorwaarden, maar ontbreekt eene *bindende overeenkomst*, omdat elke der drie wetsregels van artt. 1351, 1352 en 1353 wortelt in het *begrip* van de bij art. 1349 omschreven „handeling”: in het begrip, door MOLTZER (p. X, p. 38/39) zoo bondig aangeduid als onderstellend bij den een wil om schuldeischer *van den ander* en bij den ander wil om schuldenaar *van den een* te zijn. (1) Opklimmen tot dit punt, bij hen die zich met de C. A. bezig hielden te weinig in aanmerking genomen, blijkt *onmisbaar* om de bestaanbaarheid (noemt men het liever regtsgeldigheid, opdat niet te zeer aan den inhoud van art. 1356 B. W. gedacht worde?) richtig te onderzoeken. Ik wil, alvorens mededeeling te doen van mijne verdere bevindingen omtrent dit sociale verschijnsel, dat oordeel motiveren, omdat bij mij niet onmiddellijk, maar eerst onder en door de bearbeiding van het onderwerp het inzicht in dezen methodologischen kant der onderzoeking gerijpt is. Ik schrijf dat toe aan de onbetwistbare verwantschap met

---

*bindend contract*, zegge het *obligatorische* Vertrag, en door de verdere behandeling van *dit* onderdeel der Verträge in het Obligationenrecht. Dáár (II, p. 7 en 8) wordt, na herhaling van de algemeene definitie en aanduiding van gezegd onderdeel als «V. welcher eine Obligation *erzeugt*», de volgende Begriffsbestimmung dáárvóór gegeven: «*Ver-*«*einigung Mehrerer zu einer uebereinstimmenden Willenserklärung, «wodurch unter ihnen eine Obligation entstehen soll».*

(1) Onwillekeurig komt hier de oude stipulatievorm voor den geest, waarvan de kern en praktische waarde lag in de *volkomen stelligheid*, die het Spondesne? Spondeo verschafte aangaande dit punt en die daarom zoo vaak door de Romeinen gebruikt werd als vorm voor het aankleeden van allerlei afspraak; datgeen juist wat MOLTZER [en nog meer juristen van onzen tijd] doet meenen dat het ontbreken der stipulatie in de rij zijner beschreven regtsinstituten eene betreurenswaardige leemte van het moderne regt oplevert.

allerlei andere gewigtigheden van het vraagstuk der regtgeldigheid van overeenkomsten, die aan het licht komt bij dezen arbeid. Haast onwillekeurig ziet degeen, die een „overeenkomen” onzes maatschappelijken levens aan de regtskundige toetsing wil onderwerpen, in art. 1356 B. W. den aangewezen toetssteen; zoo begon ook ik met mij de vraag voor te leggen of, als bij de figuur der C. A. twijfel rijst of wel iemand van de twee, die hier als accordanten handelen, *zich* heeft gebonden aan *den ander*, hier niet ontbreekt het vereischte van art. 1356 n°. 1: de *toestemming* van partijen. Doch ontbreekt dan, zoo vroeg ik door, de obligatoire *wil*? Dat de accordanten iets bepaald *gewild* hebben schijnt toch niet twijfelachtig, en van eene door geweld, dwaling of bedrog *gevitieerde* wilsbepaling ontbreekt elk spoor. Is er dan (want de vraag van *bekwaamheid* is geene vraag) gemis van *bepaaldheid* bij datgene, waaromtrent de accordanten het eens zijn geworden: de arbeidsvoorwaarden van een toekomstig werkcontract? Welbezien, vond ik alras, ook dat niet. Of ontbreekt hier de regtens erkende *grond* voor eene verbindtenis (CONINCK LIEFSTING: leer der regtgeldigheid enz. *passim*, b.v. blz. 326, 327, 351), de „oorzaak” naar art. 1356 n°. 4 B. W., wanneer de vraag rijst of wel de als accordanten handelende personen zich *onderling* hebben verbonden? Er is reden om niet grif te wezen met antwoorden: ja die ontbreekt. Wanneer de werkgever aan eene vakvereniging aflegt de belofte dat hij, werklieden in dienst zullende nemen, dat zal doen op duidelijk omschreven arbeidsvoorwaarden, dan bestaat van zijnen kant eene zoo *stellig* mogelijke toezegging; en wat er overigens moge haperen aan de boven besproken tegentoezegging der vakvereniging „van (in den aangeduiden zin) haar best te zullen doen”, kan deze alligt gelden als voldoende causa van gene, indien de werkgever daarin genoegzamen grond aanwezig acht om gespecialiseerde arbeidsvoorwaarden toe te



zeggen. Er komt bij dat juristen van zeer groot gezag (1) inspringen voor de stelling, dat eene toezegging voor den-geen, aan wien zij gedaan is (regtskundig den „schuld-eischer” uit dien hoofde), geen op geld te begrooten belang behoeft te hebben, wanneer daaraan eene economische verkeerswaarde (in tegenstelling van het vriendschappelijke verkeer) kan worden toegeschreven. Toch hapert voelbaar hier het een of ander: te meer omdat de laatstvermelde beschouwing ons van het *causa*-vraagstuk weer terug komt dringen naar de vraag, of we aan den arbeiderskant gansch hebben afgerekend met de aanwezigheid van een bruikbaar onderwerp van overeenkomen en, staan we dáármee niet volkomen zuiver, de contraprestatie, die *causa* voor de toezegging des werkgevers moet zijn, dan weer barsten en scheuren van contractueele bestaanbaarheid gaat vertoonen. Al dit wurmen, om het zoo eens te noemen, met de criteria van art. 1356 acht ik blijk van de noodzakelijkheid, om het onderzoek eene trede hooger op te voeren, en de laatst ontvouwde beschouwingen schijnen dan haast zeker als die trede aan te duiden het vraagpunt welke conventien voor *regtsbescherming* in aanmerking komen? d. w. z. hoever strekken zich, naar de straks gebezigde Deutsche vakuitdrukking, de *klagbare Verträge* uit? hebben we ten deze welligt te doen

---

(1) Zie in Regtsg. Magazijn XI blz. 196—242 de hoogstbelangrijke beschouwingen daarover van Mr. L. DRUCKER. Het beoordeelen van zijn betoog zou mij te ver weg van de C. A. voeren. Maar omdat de slotwoorden van zijn betoog mijnen ambtspligt raken en schrijvers gezag zoo groot is, kan ik de verzoeking niet weêrstaan om naast die uitspraak een vraagteeken te stellen. Daar spoort Mr. DRUCKER den regter aan om, in afwachting van wijziging der wet en binnen hare grenzen, art. 1374 B. W. toe te passen ook bij de overeenkomsten met een niet op geld waardeerbaar voorwerp. Hoe? Als op de door schrijver zelve gestelde vraag, of in dit geval de overeenkomst regtsgeldig is, het antwoord *bevestigend* moet luiden, dan is de toepassing van art. 1374 zelfs verplichtend; maar zal deze den regter ooit mogelijk wezen bij eene ontkennende beantwoording?

met een geval behoorend tot de type der stellige afspraak (het convenu dat overal den dienst doet van illustratie voor dit vraagpunt) van twee personen om met elkander op een aangewezen dag en uur samen eene wandeling te maken? Spoedig evenwel blijkt dat ook de vraag der Klagbaarheid ons niet brengt tot die hoogte van onderzoek, waarop wij ons een afdoend oordeel kunnen vormen over de regts-geldigheid der C. A. Want bij de ontleding der wandel-afspraak treffen wij aan twee personen, waarvan ieder tegen den anderen aanspraak heeft verkregen op eene *verrigting*, zoo *gepreciseerd* mogelijk, en niet minder *beslist* toegezegd, eene verrigting te praesteren ten *zijnen* behoefte en aan *hem* toegezegd; desniettemin wordt tot de verkrijging *geen* regts-middel gegeven uit aanmerking dat alleen aan zoodanige verbindtenissen regtsbescherming verleend wordt, die thuis hooren op het economische gebied der „business transaction”, geenszins aan hetgeen wel is verkeersverschijnsel, maar bloot op het terrein, hetwelk v. IHERING zoo aardig beschreef met zijn „Geselligkeit und Gefälligkeit”. Dat daarentegen eene afspraak omtrent arbeidsvoorwaarden het *economische* verkeer betreft lijdt geen twijfel, en men kan zich, al is het niet zoo heel gemakkelijk, eenen jurist voorstellen, die heenkamt over de straks in oogenschouw genomen bedenkingen aan de onderdeelen van art. 1356 ontleend of voor het verleenen van regtsbescherming aan de C. A. voldoende oordeelt, dat bij de aldus gedoopte afspraak alleen de toezegging van den werkgever, niet die der vakvereniging zich leent tot eene geldelijke schatting. Zelfs dan echter is deze voorvechter der regts-geldigheid van zoodanig convenu er nog niet, want *boven* de vraag of de overeenkomst in geen enkel opzigt in botsing komt met de vier vereischten van art. 1356 en *boven* die andere of zij, indien al eene overeenkomst naar dien vierledigen maatstaf, tot de klagbare Verträge zou behooren, staat de vraag of zij eene *obligatoire* overeenkomst

is, beantwoordend aan de straks van MOLTZER geborgde kenschetsing. Is voor de vakvereniging tegenover den werkgever, is voor dezen tegenover dien regtspersoon ontstaan wat SAVIGNY (Syst. I 369) heeft genoemd *eine Herrschaft über fremde Handlungen*? Heeft de conventie tusschen de personen die convenieerden doen ontstaan zulk eene onvrijheid van doen of laten, eenen *regtsband*, die naar art. 1269 B. W. moet voortkomen uit de gemaakte afspraak: hunne afspraak die wel is eene „handeling”, zooals art. 1349 zich uitdrukt, maar die, om eene *contractueele* handeling volgens dit artikel te wezen, nog de strekking moet hebben dat de handelenden zich *verbinden* en dat *onderling*: de een jegens den ander?

De resultaten der hierop uitgaande ontleding van hetgeen, volgens de adepten der C. A., de eigenaardigheid van zoodanige afspraak uitmaakt heb ik den lezer voorgelegd: eene *obligatoire overeenkomst* vormt zij niet. (1) En de gang van dat onderzoek heeft, naar ik meen, waar gemaakt dat, wijl dan de C. A. in de allereerste plaats moet beantwoorden aan art. 1349 B. W. om als contract te gelden, opklimmen naar *dit* punt het middel was om tot een rigtig antwoord te komen.

### III.

Hier aangeland, heb ik terug te keeren tot de regtskundige ontleding van hetgeen, zonder volledige uitwerking, straks ter sprake kwam. Tusschen een aantal arbeiders en hun (laten we eenvoudigheidshalve nemen éénen) werkgever is er, zoo stelde ik, een arbeidsconflict geweest, uitgelopen op eene staking of uitsluiting welke ten gevolge van onderhandelingen staat beëindigd te worden; de voorwaarden echter, waarop dit zal geschieden, zijn niet naar den zin van

(1) Verg. ook FÖRTSCH: der C. Civil und das bürg. Gesetzbuch bl. 155.

eene minderheid onder de werklieden. Naarmate van de wijs, waarop de oplossing bereikt wordt, zal m. i. zich héél wat verschil in regtsgevolgen voordoen. Vrij eenvoudig schijnt het geval dat de burgemeester of andere bonus vir zich als bemiddelaar heeft opgeworpen en, zich vergewist hebbend van den voet, waarop de meeste arbeiders te werk willen komen, doch niet van eenige bepaalde opdracht dier meerderheid voorzien, geslaagd is om den patroon tot aanneming van dat schema te bewegen. De werklieden opgeroepen hebbend, deelt hij hun de bereidverklaring van den patroon mede om ieder, die ja zegt, aanst. Maandag weer in de fabriek te ontvangen. Hier treedt regtens de bemiddelaar op als vertegenwoordiger van den patroon om hic et nunc te sluiten individueele dien Maandag *ingående* arbeidsovereenkomsten; wie in de bijeenkomst neen zegt staat daardoor voor goed buiten het accoord — en bezint een zoodanige zich nog, in dier voege dat hij eveneens Maandag verschijnt, dan zal het bescheid des patroons alsdan vormen diens vrije toestemming of afwijzing van een door den verschijnende begeerd arbeidscontract, dien Maandag te *ontstaan* en tevens in te gaan. Omgekeerd: wanneer die bemiddelaar eene bepaalde opdracht had van stel honderd vergaderden om den patroon aan te bieden hervatting van den arbeid 's Maandags op voorwaarden *a/b/c*, terwijl nog twintig verklaard hebben daarvan niet gediend te wezen, dan zal de bemiddelaar, van den patroon aanneming verkregen hebbende dier voorwaarden, met den werkgever ten behoeve van honderd toestemmers als hun vertegenwoordiger hic et nunc tot stand hebben gebragt even zoovele Maandag ingaande werkcontracten; voor nr. 101—120 is niets tot stand gebragt, *zelfs niet* zoo de patroon zich bereid verklaart om ook hen, ingeval zij dan opkomen, te werk te stellen op denzelfden voet. Ten hunnen behoeve is er niet meer dan patroonsaanbod om toekomstig, dien Maandag, aan te gaan een reeds in de voorwaarden

gepreciseerd contract, hetwelk dan eerst bij opkomst (en toelating) van den tegenstemmer *zal* gesloten worden en bij zijne niet-opkomst of niet-toelating *niet*: in het laatste geval voorbehoudens die rechtsgevolgen ten zijnen behoeve, die naar 't gemeene recht verknocht zijn aan niet-vervulling eener toezegging om te contracteren. In geen van deze gevallen echter valt een spoor te ontdekken van verbindtenis *buiten* het kader van individueele arbeidsovereenkomsten. Ook verandert de rechtsfiguur niet, indien men zich, in plaats van eenen belangstellenden burgemeester die zich bij den patroon tot orgaan der vergaderde arbeiders heeft gemaakt, denkt de optreding b.v. van het bestuur eener vakvereniging met dan wel zonder rechtspersoonlijkheid, of bestuursleden van zulk eene vereniging *zonder* dit rechtskarakter, of gedelegeerden uit de honderd arbeiders: altoos zijn het *die honderd*, die per procuratorem *individueele* werkcontracten met den patroon tot stand brengen.

Maar indien die honderd eens aan hunne bereidverklaring den eisch toevoegden en dezen ingewilligd kregen dat de patroon op gelijke voorwaarden ook de twintig tegenstemmers, voor zoover zij dan opkomen, Maandag in dienst neme?

Dat dit (aangenomen) beding dan geenszins op zichzelf staat maar, in stede van een nieuw contract, is een complement, *gehangen aan* de honderd werkcontracten zal geen jurist tegenspreken. Door dit karakter van aanhangsel ontbeert het, wat de te construeeren C. A. juist *kenmerkt* — het tot *stand* gekomen convenu, dat dienst heeft te doen als grondslag voor toekomstige werkcontracten.

Dat aanhangsel kan daarentegen, als *bestanddeel* van zulk een *werkcontract*, de rol vervullen van eene voorwaarde sensu 1289 B. W., waardoor eerst Maandag blijken zal of de honderd werkcontracten al dan niet ontstaan zijn; neemt dan de patroon de opgekomenen op denzelfden voet in dienst, dan zullen er alsdan ontstaan individueele arbeidsovereen-

komsten ten getale van honderd *plus* zoovele als 't getal verschenen tegenstemmers; maar wederom vind ik voor dat surplus aan contracten *geen* grondslag in eene specifieke C. A. Of het aanhangsel ten aanzien der honderd het gewigt eener contractueele *voorwaarde* heeft, b.v. in geval de patroon eenen tegenstemmer eens niet op den vastgestelden voet toeliet, zal naar de algemeene regelen van contractsuitlegging beslist moeten worden. En is des uitleggers bevinding dat de clause als voorwaarde van het werkcontract moet gelden, dan zullen ook de gewone gevolgen der al of niet-ervulling, daaronder de toepasselijkheid van art. 1296 B. W., intreden. Mij in de bijzonderheden van toepassing te begeven acht ik onnoodig, omdat ik in studie heb niet het individueele contract tusschen werkgever en werknemer, dat gesloten zal worden *na* het ontstaan eener C. A., maar deze laatste als rechtsfiguur, en *buiten* laatstgenoemde (doch binnen eerstgenoemde) komt te vallen de afspraak ten behoeve der twintig recalcitranten, zoodra deze *bloote voorwaarde* van zulk eene individueele overeenkomst is en naar den regel van art. 1376 lid 1 B. W., die bepaling dus alleen door eenen (voorwaardelijk) gecontracteerd hebbenden honderdman zal kunnen worden ingeroepen, *doch nimmer* door iemand der twintigmannen.

Edoch: niet ondenkbaar schijnt eene minder limitatieve bevinding van den uitlegger der stipulatie, met het oog op art. 1353 B. W.; althans is onontwikkbaar een opzettelijk onderzoek van de vraag of een beding als daar bedoeld *ten behoeve* der twintigmannen gemaakt is, toen de honderdmannen *hun* arbeidscontract met den patroon — ofschoon dit niet *afhankelijk* stellend van hetgeen met de twintig zou gebeuren — clauseerden door voorschreven complement.

Om op die m. i. moeilijke vraag tot een voldoende antwoord te komen, tracht ik allereerst te bepalen wat

een toestemmend antwoord daarop wel noodzakelijk zal insluiten.

Al dadelijk dat het bloote feit van het Maandags aan de fabriek *te werk komen* van eenen twintigman zal teweegbrengen sluiting van een werkcontract (geheel op den voet als dat der honderdmannen) tusschen hem en den patroon: want dat te werk komen, al dan niet onder een stellig uitspreken van die bedoeling, zal wel moeten opleveren de bij het tweede lid van art. 1353 B. W. bedoelde „verklaring”.

Ten tweede dat eene weigering van den patroon, die zijne „toestemming” tot dat werkcontract dan reeds gaf door het beding ten voordeele van den twintigman te aanvaarden, om hem tot den arbeid toe te laten zou zijn *contractbreuk* ten aanzien van *dien* man.

Ten derde dat zoodanige verbreking van dat beding, complement en daardoor bestanddeel van zijne werkcontracten met ieder der honderd mannen, ook zou opleveren breuk van *die* werkcontracten, aan ieder van hen scheppende eene actie tot ontbinding met vergoeding van de schade, uit zulke ontbinding voor den eischer voortvloeiende.

De opsomming dezer drie noodzakelijke rechtsgevolgen van opvatting der clause als een in art. 1353 bedoeld beding wettigt m. i. de uitspraak dat, al wordt bij het beëindigen van een arbeidsconflict door een vredestractaat met zulk eene clausulering *volstrekt geene* C. A. in den zin van LOTMAR c.s. tot stand gebracht, omdat dit beding wortelt in individueele gesloten arbeidsovereenkomsten in plaats van op te leveren de basis om dergelijke overeenkomsten te gaan bouwen, dan niettemin verschillende wenschen der scheppers van die C. A.-figuur verwezenlijkt worden zouden. Maar, ik herhaal het, *buiten HARE gedaante om*.

En thans, na laatstvermelde bevinding met te grooter belangstelling, onderzocht, of dit beding past in de lijst daarvoor door art. 1353 gemaakt.

Eene lijst die zich aan de oogen der Fransche en Nederlandsche wetsverklaarders niet altoos eender voordoet: het artikel behoort tot hunne cruces, en 't is niet zonder aarzelen dat ik mij aan eenen hunner aansluit.

Die eene is de voormalige hoogleeraar, thans Staatsraad mr. J. P. MOLTZER, wiens even grondige als scherpzinnige onderzoekingen van 1876 (1) in het netelige onderwerp mij ten slotte voorkomen historisch, dogmatisch en exegetisch de juiste verklaring van het wetsvoorschrift te hebben gevestigd. Aan het beding ten voordeele van eenen derde, door den stipulator A (hier de honderdmannen) gemaakt, moet ten grondslag liggen eene contraprestatie door dezen aan den promittens B (hier den patroon) toegezegd: eene contraprestatie die kan bestaan in eene liberaliteit (gift die men aan een ander doet, donation que l'on fait à autrui naar art. 1121 C. C.) of in het tegelijkertijd door den stipulator aan hem toegezegde equivalent voor de praestatie, ten eigen behoeve van dien promittens bedongen bij *tevens gesloten* wederkeerige overeenkomst (het contrat commutatif bij art. 1353 aangeduid als beding hetwelk men voor zichzelf maakt, stipulation que l'on fait pour soi-même naar art. 1121 C. C.). Wat op die wijze uit de overeenkomst van A met B aan den derde D ten goede komt is dus eene liberaliteit, dezen van stipulatorswege aankomende; eene liberaliteit vatbaar voor herroeping, zoolang D de bij art. 1353 bedoelde verklaring niet heeft gedaan, maar eene herroeping door contrarius consensus van A en B *te zamen*, niet eenzijdig alleen door den stipulator, omdat de betrekkelijke bepaling, ofschoon ten aanzien van D liberaliteit zijdens dien stipulator, *integrerend bestanddeel* is van diens overeenkomst met den promittens. Het eigen — niet afgeleid — regt van D (hier den twintigman) bestaat dus wel ingevolge den hem begunsti-

(1) In zijn reeds aangehaald proefschrift «De overeenkomst ten behoeve van derden».



genden regtsband, tusschen de honderdmannen en den patroon bij hunne onderlinge werkcontracten geknoopt, maar dat regt zou getroffen kunnen worden door tenietdoening der clause (contrario consensu) tusschen deze contractanten, tot op het oogenblik dat de twintigman aan eenen van de twee of aan hen beiden (en zulks uitdrukkelijk of rebus et factis) verklaart van de begunstigingsclause gebruik te maken. Deze constructie brengt mede, dat, als bestanddeel van den contractswil tusschen de partijen A (stipulerende honderdmannen) en B (promitterenden patroon), blijkende eene bij den eerste ten aanzien van D (twintigmannen) bestaande liberale bedoeling, omdat het beding eene ten *zijn* aanzien gratis-bevoordeeling bevat.

Staat de zaak regtens aldus, dan zal m. i. feitelijk wel zijn aan te nemen dat het beding ten voordeele der twintig *past* in de lijst van 1353. Want de honderd sloten met den patroon individueele werkovereenkomsten, contracten dus met wederkeerige prestatie en behartigden daarbij tevens een *hierbuiten* liggend belang van kameraden, gaven dus door die onverpligte bemoeiing blijk van liberale bedoelingen ten hunnen aanzien.

Maar hoe, indien wij ons eene gelijksoortige clause van *nog verdere* strekking denken, een door den patroon aangenomen beding om (voor zoover zijne onderneming toelaat aan talrijker werkkrachten bezigheid te verschaffen) *elken* zich aanmeldenden vakgenoot, ook buiten de twintigmannen, in dienst te nemen op de voorwaarden, door de honderd voor zichzelf verkregen? Dan hebben we, als complement der wederkeerige werkcontracten tusschen de honderd en den patroon, een beding van arbeidsvoorwaarden ten behoeve van het *vak*, daarom belangwekkend omdat we dan voor ons hebben eene figuur in dit opzigt naderend tot de constructie LOTMAR c.s. Zou ook *die* zich hebben laten dekken met art. 1353 B. W? *Mij dunkt van neen*. Want in plaats van ken-

nelijk aangewezen begunstigen, zooals bij eene tot de twintigmannen beperkte clause, zijn dan begunstigd incertissimae, misschien nooit te voorschijn tredende persoonlijkheden, gedaanten CRAWFORD uit het proces HUMBERT. Ieder der contractspartijen *weet* in het eerste geval, dat CRAWFORD bestaat en waar hij te vinden is, heeft met geen enkel ander element van onzekerheid te rekenen, dan de ongewisheid of CRAWFORD *verklaren* zal van het beding gebruik te zullen maken; in het tweede geval is *alles* onzeker, te beginnen met CRAWFORD's bestaan: want is er zekerheid dat buiten de twintig er nog vakgenooten zijn? Laat ik er bijvoegen dat de intentie om jegens iemand liberaal te wezen, die in het beding van 1353 ligt, onderstelt eene zekere individueele gevoelsbetrekking tot dien persoon; een element hetwelk men misschien buiten rekening kan laten bij beschikkingen mortis causa, bestemd om te werken nadat de eigen persoon des begunstigers zal zijn verdwenen, maar dat zich bij handelingen onder de levenden bezwaarlijker aan den kant laat zetten. Contracten op rigten met eene geheel onbekende persoonlijkheid komt mij voor te reiken *voorbij* een rationeel regtsbegrip. (1) En al dwaalde ik hierin, zou de rechtsgeldigverklaring van het begrip de constructeurs der C. A. nog niet helpen aan datgeen waarvoor zij eene plaats in het regtsstelsel zoeken: aan eene contractueele regtsfiguur *zelfstandig* en *anterieur* aan het individueele werkcontract, bruikbaar als basis voor

---

(1) Ik oordeel bij deze vraag niet te maken te hebben met het order- of toonderpapier. Minder omdat deze regtsstof zoo specifiek mogelijk tot het handelsregt behoort, dan wel omdat bij haar, als volkomen zelfstandig regtsinstituut van verbindtenis uit het schrift, alle regtsaanspraak en alle verbondenheid hangt aan het order- of toonderpapier. De uitgever weet niet wie ten slotte met dit voorwerp zal opkomen; maar des te stilliger weet hij dat hem *dat papier*, bekleed met bepaalde vereischten, voorgelegd moet worden, en dat met de uitlevering van dat voorwerp het met *elke* gebondenheid voor hem uit is.

dit laatste. Slechts *van dit laatste* hebben wij dan een onderdeel ontmoet.

De uitkomst der voorafgaande onderzoekingen werd reeds hierboven (blz. 90, 94) ten deele zamengevat. Ons bezig houdende met de accoorden door LOTMAR, v. ZANTEN enz. voorgesteld als collectieve arbeidsovereenkomsten, vonden we *tusschen de accorderende partijen* geenen regtsband geschapen, geene gehoudenheid *van de eene jegens de andere* tot eenige desnoods af te dwingen praestatie; daaraan mag hier nog worden toegevoegd dat waar we, regtsfiguren van het arbeidsleven met oppervlakkige verwantschap ontmoetend, deze gingen ontleden, we bij sommige zoodanige *gehoudenheid* wel aantreffen, maar dan vervat in een — somwijlen door *tusschenkomst* van eene vakvereeniging gesloten — individueel werkcontract van een of meer arbeiders met eenen patroon: dus een contract dat in het stelsel LOTMAR c.s. *achterwege* kan blijven, en dat, zóó het geboren wordt, achter eene reeds *voltooid* C. A. aankomt en, principieel van die figuur afgescheiden, haar als reeds *aanwezige* basis bezigt. In het eene geval geen *contract*, ofschoon het om 't vinden dáárvan te doen was; in het andere geval wèl een contract, maar eene *van ouds bekende* figuur in plaats van de gezochte nieuwe gedaante, die uit het moderne economische leven heette te zijn voortgekomen. En wijl we slechts eene oude bekende aantreffen, bleek tot dusver ook niet dat hare ontmoeting aanleiding geeft tot het ondernemen van regtsconstructien afwijkend van die, welke zich, met behulp van de oude regels omtrent vertegenwoordiging, laten vormen pasklaar voor de eischen van het huidige leven.

#### IV.

Het onderzoek, dat ik mij heb voorgesteld in te stellen, is met het vorenstaande slechts gedeeltelijk verrigt.

Het komt mij ten eerste nog dienstig voor, na te gaan hoe veel of weinig aannemelijks overblijft van de resultaten, waartoe v. ZANTEN (blz. 483) voor ons geldende regt komt.

Als zoodanig stelt de geachte schrijver bovenaan, dat een contract over arbeidsvoorwaarden, gesloten tusschen eene collectiviteit van werklieden en één patroon of eene collectiviteit van patroons, als collectief contract slechts dan bestaanbaar is, indien de werklieden-collectiviteit *regtspersoonlijkheid* bezit. — Naar mij voorkomt wil in zekeren zin het zoo ook LOTMAR blz. 29, als essentiale der C. A. stellende het optreden eener Mehrheit, doch alleen aan *de zijde van den arbeid*; ik zeg *in zekeren zin*, omdat bij hem in het onzekere blijft of bezit van *regtspersoonlijkheid* aan die zijde door hem geëischt wordt.

Als toetssteen van de juistheid dezer uitspraak kan natuurlijk alleen dienen de omschrijving van het karakter, hetwelk naar *schrijvers* oordeel aan eene C. A. eigen is: zijne definitie dus van deze als (blz. 459) de overeenkomst, gesloten tusschen eene collectiviteit van werklieden met een of meer, of eene collectiviteit van patroons, aangaande hunne arbeidsvoorwaarden — eene bepaling waaraan ik de herinnering mag toevoegen dat schrijver als *doel* van deze zijne overeenkomst aanmerkt het verkrijgen van *eenheid* in die arbeidsvoorwaarden.

Hieruit volgt al dadelijk dat *onmisbare voorwaarde* voor het bereiken van haar doel is, dat het beraamde accoord zij eene *overeenkomst*, dat het hebbe teweeggebracht eenen *regtsband* tusschen de accordanten: want zonder *obligatoir* karakter is geenerlei arbeids-*voorwaarde* ontstaan.

Ware die echter wèl ontstaan, wat zou het er toedoen dat (zooals wij straks ook verlangd zullen vinden in een uit de Tweede Kamer afkomstig schema van C. A.-wetgeving) aan de zijde der arbeiders een *regtspersoon* contractant is geweest? Dat brengt (voorbehoudens mijne bevinding aan-

gaande v. ZANTEN's verdere stellingen) alleen te weeg dat aan arbeiderszijde ééne persoonlijkheid, de „vereeniging” als van hare leden afgescheiden être de raison, contractant is: is zulks noodzakelijker dan aan den kant der patroons, bij wie schrijver *onverschillig* acht of er is eenheid dan wel meerheid en „collectiviteit” met dan wel zonder regtspersoonlijkheid? Als de patroons (zoo gaat hij t. a. p. blz. 483 voort) geene vereeniging met regtspersoonlijkheid vormen, dan zijn er zóóveel (collectieve) contracten gesloten als er zich patroons met den inhoud daarvan vereenigd hebben; eene stelling die, met het oog op art. 12 der wet van 1855 eenige precisering noodig heeft. De namens eene vereeniging zonder regtspersoonlijkheid gesloten overeenkomsten worden ten opzichte van derden beschouwd als volgende de *personen* die haar sloten, zelfs al werden zij daarbij aangewezen als gemachtigden of beheerders der vereeniging; want die vereeniging heeft geen afzonderlijk regtsbestaan en kan dus niet magtigen, niet *vertegenwoordigd* worden en evenmin *beheerd*. Door die personen beraamde arbeidsvoorwaarden zijn dus voorwaarden beraamd alleen voor *hun eigen* bedrijf of voor anderen die *persoonlijk* aan de accordanten, naar de gewone mandaatsregelen, hebben opgedragen hen te vertegenwoordigen. Welken grond er nu kan bestaan om aan de zijde der *werknemers* iets anders aan te nemen dan aan de zijde der *werkgevers* ontgaat mij: want het verschil dat zich naarmate van de feitelijke casuspositie kan voordoen wordt beheerscht door *laatstbedoelde* verscheidenheid en niet door eerstvermelde tegenstelling. Eene arbeiderscollectiviteit met regtspersoonlijkheid en aan de andere zijde één werkgever of een *regtspersoon* van vereenigde en volgens art. 5 wet 1855 erkende werkgevers? één accord; aan eene der twee kanten eene dito collectiviteit zonder erkenning volgens art. 5 wet 1855, en aan de andere zijde éénen accordant, dan *zoo veel* accoorden als aan de zijde der „collectiviteit” (hetzij arbei-

ders-, hetzij patroonsvereniging) personen handelend (als bestuurders) zijn opgetreden: en dit zal ook waar zijn indien aan dien kant, in plaats van zulke als „bestuurders” optredende accordanten, accordeerde eene meerheid van ongeorganiseerde arbeiders of patroons; is er aan zijde zoowel van den arbeid als van het patronaat pluraliteit op den eenen of anderen voet, dan ontstaat natuurlijk nóg grootere pluraliteit, als voortgebragt door *twee* vermeerderingsfactoren.

In verband eensdeels met de ook door v. ZANTEN erkende waarheid dat het accoord gesloten met een regtspersoon, al vereenigt die gansche duizendtallen onder zijne abstracte eenheid, slechts is accoordsluiting met deze ééne persoonlijkheid, en die duizenden regtens zijn *derden* tot dat contract;

en anderdeels met het feit dat v. ZANTEN als *collectief* aanmerkt een accoord omtrent arbeidsvoorwaarden tusschen zulken regtspersoon van arbeiderszijde met maar ééne patroon, zoodat ook het accoord tusschen slechts *twee éénheden* onder zijn C. A.-begrip valt —

meen ik van het eerste punt zijner bevindingen de jure constituto te mogen zeggen dat het m. i. vrijwel onverschillig is voor deze regtsstof. *Of* aan den eenen kant een regtspersoon handelend optreedt, en of de accorderende regtspersoon zich voordoet aan *arbeiders- of patroons-kant* . . . niet dat heeft ons bezig te houden, maar of de accordanten een *contract* hebben tot stand gebragt en, zoo ja, welken *invloed* dat op de individueele arbeidsovereenkomsten wel hebben kan. — Wat LOTMAR betreft, zou ik (onderstellende dat toch ook hem de onderscheiding tusschen de individualiteit van den regtspersoon en van hare individueele leden noch onbekend noch betwistbaar kan zijn) willen vragen waar hij blijft met zijnen eisch, als *essentiale* van het Tarifvertrag, eener Mehrheit van arbeiderskant? Immers is voor hem dan òf onmogelijk dat eene arbeiderscollectiviteit-regtspersoon zulk eene overeenkomst aangaat, òf moet hij, de bestaan-

baarheid van een C. A. door zoodanige collectiviteit aan te gaan erkennend, zijn Mehrheits-essentiale laten vallen.

VAN ZANTEN gaat vervolgens over tot de conclusiën, waartoe het bezit van rechtspersoonlijkheid bij *beide* partijen zijns erachtens aanleiding geeft. De ontleding daarvan zal echter doen zien dat *die* omstandigheid niet ter zake doet, en voor de drie punten, welke hij daarop doet volgen, de premis veeleer zou moeten luiden: voor eene accoordpartij die rechtspersoonlijkheid bezit, zijn de rechtsgevolgen der overeenkomst de navolgende. Maar dit puntje is van héél ondergeschikt belang: bezien wij nader het drietal, met *a*, *b* en *c* aan te duiden.

*a.* de partijen zijn met hun vermogen voor de nakoming der overeenkomst aansprakelijk.

„De partijen”: in schrijvers tekstverband dus de *rechtspersoon*. Maar kan iemand betwijfelen dat art. 1177 B. W. ook voor rechtspersonen geschreven is? dat de goederen der persona moralis aansprakelijk zijn voor de door *haar* gesloten verbintenis en dus, indien *zij* contractspartij was, *haar* kas ook verbonden zal zijn voor hare obligo's? dat naar het straks gebezigde voorbeeld de *Bondskas* van POLAK's Diamantbewerkeren gemoeid zal zijn met de vervulling van hetgeen die Bond op zich nam? In v. ZANTEN's stelsel dat de arbeiders-rechtspersoon met eenen patroon (individu of uit patroons gevormden rechtspersoon) omtrent arbeidsvoorwaarden eene *overeenkomst* tot stand heeft gebracht, mag men punt *a* noemen „eene waarheid als een koe”, waarvan alleen de *toepassing* (onder *b* en *c*) aanleiding tot kritiek kan geven. Doch is, gelijk ik bevond, *geen* contract, dan is er ook geene *contractspartij* en is aan geen *aansprakelijk*wording van den rechtspersoon der arbeiderscollectiviteit te denken.

*b.* Indien de *leden* der partijen (en hierop volgt een straks te beschouwen tusschenzin: ook die leden welke bij het besluit tot het aangaan der overeenkomst in de minderheid

waren) in hun arbeidcontracten niets daaromtrent bepaald hebben, gelden bij de uitvoering der laatste de voorwaarden der collectieve overeenkomst.

De casuspositie, waarvoor hier een regel wordt gegeven is dus de volgende. Omtrent b.v. uurloon, werktijd, termijn van opzegging heeft de arbeiders-regtspersoon in zeker vak geaccordeerd met eenen patroon; nadat deze „C. A.” is tot stand gekomen, gaan leden van de organisatie bij den patroon te werk *zonder* over deze punten individueel met hem overeen te komen; de C. A. brengt nu te weeg dat deze individueele contracten geacht worden voorzegde bedingen *in te houden*.

Allereerst geldt hiertegen dat, zoo deze stelling berust op het *contractueel* karakter der zoogenaamde C. A., zij allen grond verliest wanneer men mij moet toegeven dat die C. A. *geene* overeenkomst is.

Maar al ware het anders, — zou deze uitspraak *de jure constituto* vastloopen op art. 1376: indien overeenkomst, is de C. A. eene overeenkomst met den *regtspersoon* en niet met hare leden, die daarbij *derden* zijn, en (buiten het hier *niet* aanwezige geval van art. 1353) kunnen *derden* noch voordeel noch nadeel ondervinden uit zulk een contract.

Men heeft alzoo het dusgenaamde *collectieve* contract geheel buiten aanmerking te laten en alleen te vragen, wat de partijen van het *individueele* al of niet met elkander zijn overeengekomen. Omtrent zeer gewigtige bestanddeelen van dat contract, hoegenaamd *niet* daarin geformuleerd, moeten wij een bescheid zoeken: *dat* contract hebben we m. a. w. uit te leggen en dus dáárop de regels van art. 1378 seqq. toe te passen. Een werk waarbij heel spoedig blijkt dat bijna geen van die regels hier dienst kan doen. Op artt. 1379—1382 is immers alle beroep onmogelijk bij de hier aanwezige hypothese dat *omschreven* bedingen (voorwaarden) als voorwerp van onderzoek ontbreken. Zal dan de inhoud van het



voorafgegaan accoord kunnen gelden als een stel van de in art. 1383 bedoelde *gebruikelijke bedingen*? Maar hoe zal één geval van accoord deswege blijk zijn dat die bedingen *gewoonte* zijn geworden, *bestendig* gelden in het vak? Veel-  
 eer zal het, vaak na veel moeite, tot accoord komen daarover bewijs zijn dat ze *niet*, laat staan *bestendig* in gebruik waren; in den regel vormen zij zelfs een stel van concessien *afwijkend* van het tot dusver gewone (1) — ook v. ZANTEN geeft de ontoepasselijkheid van art. 1383 toe. De regeling der C. A. kan dus hoogstens dienst doen als vermoeden om, bij het zwijgen der individueele overeenkomst over die punten, eene wederzijdsche *bedoeling* van dien aard bij patroon en werkmans aan te nemen, hetgeen medebrengt volkomen *vrijheid* van den regter in de al of niet toepassing. Die aan een bloot *vermoeden* inherente vrijheid des regters om aldus *niet* te presumeren zou noodzakelijkerwijs wegvallen, indien de meestal zeer stellige bepalingen der C. A. behoorden te worden aangemerkt niet als *vermoedelijk* maar als *zeker en gewis* in de werkcontracten der partijen overeengekomen; met zooveel woorden zou die *onvrijheid* dan geschreven zijn in art. 1378: veroorloofde zich de regter dien inhoud te passeren, hij zou dat artikel *schenden* en zijn vonnis beliep cassatie bijaldien de H. Raad dit regtsmiddel ook voor de uitleggingsregel toelaatbaar achtte. (2).

Moet men mij dit een en ander toegeven, *hoe weinig* blijft

---

(1) Denkbaar ware dat het accoord alleen bevat wat op dat oogenblik al gebruikelijk *was*, dit als het ware *buiten twijfel* stellend; maar in dat ongewone geval zijn die *antecedenten* en niet het accoord de bron der gebruikelijkheid.

Een overwegend bezwaar van zulke accoorden op den grondslag van art. 1383 is wel de omstandigheid dat zij bijna altijd getroffen worden voor eenen bepaalden termijn. Wie kan zich denken een bestendig gebruik onder de bepaling dat zulks een gebruik *voor twee of drie jaren* zal wezen!

(2) Omtrent *bedoelingen* verwijs ik voorts naar het op blz. 82, 84, 111 in noot opgemerkte.

er dan over van v. ZANTEN's sub *b* beweerde gelden van de voorwaarden der C. A. voor het individueele arbeidscontract!

Beschouwen wij thans zijn laatste conclusum voor het bestaande regt, luidende (sub *c*): „de leden der partijen „(bij de C. A.) (1), ook die in de minderheid waren, „zijn evenzeer tot nakoming der overeenkomst verplicht als „dezen (dus de partijen bij de C. A.) zelf, doch alleen *tegen-* „*over hun vereeniging*. Nemen zij afwijkende bedingen in „hun overeenkomsten (hun latere werkovereenkomsten) op, „dan is de vereeniging als zoodanig daarvoor (het *feit* van „af te wijken? den afwijkenden *inhoud*?) aansprakelijk, „behoudens verhaal op hare leden wegens niet-nakoming „harer besluiten. Deze laatste kunnen zich evenwel, door „het lidmaatschap op te zeggen, aan de nakoming der over- „eenkomst (de C. A. dus) onttrekken.”

Al dadelijk zij naar aanleiding der slotwoorden opgemerkt, dat n. f. deze in zich sluiten opvatting der C. A. als eene overeenkomst, bestemd om de leden der vakvereeniging zóólang te binden, *als de werklieden aan de vakvereeniging zullen zijn aangesloten*. De vraag is gewettigd of het onderstellen dier clause wel strookt met schrijvers overige opvatting der C. A. Daargelaten gezegd dubium, komen we misschien straks tot de uitspraak zelve terug. Het geheel van punt *c* geeft mij aanleiding tot de volgende kantteekening.

*Voorceerst* (en na het betoogde slechts voor memorie): indien de zoogenaamde C. A. niet als *overeenkomst* is aan te merken, zijn onderzoekingen omtrent nakoming of ander rechtsgevolg daarvan doelloos.

*Ten tweede*, in de onderstelling dat zoodanig accoord wèl eene overeenkomst zou zijn: dan staat tegenover de contractspartij-patroon als wederpartij de *vereeniging*-regtsper-

(1) NB. Deze en latere tusschenvoegsels zijn parentheses van mij.

soon, zijn hare leden *derden* tot dit contract en kunnen dus nooit gehouden zijn, tot *nakoming* of welk ander obligo dááruit. Obligo van nakoming dier leden *tegenover hun vereeniging* stuit op hetzelfde bezwaar, want met haar leden sloot de vereeniging geen C. A. De *vereenigingsband* is het eenige vinculum juris, tusschen den regtspersoon en haar leden denkbaar: het *statutaire* (en subsidiair wettelijke) verband van art. 1697 B. W., dat b.v. ten laste der leden kan vaststellen boete, dédit, uitstooting uit de vereeniging, zoo zij eene door den regtspersoon regelmatig gesloten C. A. niet tot rigtsoer nemen van hunne individueele werkcontracten. Dan echter krijgt die niet-inachtneming slechts de betekenis van *feit*, uitmakende schending van *dat lidmaatschapsverband*: eene schending van de C. A. als regtsband kan het niet teweegbrengen (verg. de noot bl. 87/8). — Een ander gevolg van deze regtsverhouding is, dat ik aan v. ZANTEN toegeef (maar van *ander* standpunt) dat de vraag van *vóór*- of tegenstemmen bij het voorstel van C. A. onverschillig is: wanneer op regelmatige wijs dat voorstel tot een besluit der vakvereeniging is geworden, is de bindende kracht daarvan *dezelfde* voor meerderheid en minderheid.

*Ten derde*: opzigtelijk het regtsgevolg door v. ZANTEN toegeschreven aan *afwijkingen* van den inhoud der C. A. bij de individueele werkcontracten. Hij neemt aan eene aansprakelijkheid der vereeniging als zoodanig: jegens *wien*? Het antwoord kan wel niet anders luiden dan „jegens hare contractueele wederpartij”, zegge den *patroon* met wien zij het collectieve accord tot stand bragt. Maar let nu eens hierop: deze wederpartij der vereeniging werd ook wederpartij bij het individueele werkcontract met den arbeider-vereenigingslid en heeft dientengevolge moeten *toestemmen* in de afwijkende bedingen van dat werkcontract. Wat kan *regtens* de aansprakelijkheid der vereeniging voor afwijkingen wel beteekenen, als deze den eischer tegenwerpt dat zij *door zijn eigen mede-*

*werking* tot stand gekomen zijn? En is uit dien hoofde de aansprakelijkheid onbestaanbaar, dan wordt even onbestaanbaar uitoefening van *verhaal* de wege door de vereeniging op het lid, hetwelk zich veroorloofde onder afwijkingen van het accoord een werkcontract aan te gaan.

Thans nog teruggekomen op het straks even ter spraak gebragte slot van v. ZANTEN's *c*. Een slot dat den zooveen gekritiseerden overigen inhoud van *c* tot *premissen* heeft en dus onhoudbaar wordt, als die premissen het moeten afleggen.

Nu meen ik als vermoedelijk te moeten aannemen dat de C. A. *niet* zal uitspreken eene uitsluiting van geldigheid voor arbeiders die ophouden lid der vakvereeniging te zijn: dat ligt weinig in de lijn van dergelijke accoorden en haast nog minder in het streven van hen, die (1) in 't accoord een middel zouden willen vinden om *algemeene* arbeidsvoorwaarden tot stand te brengen; en dan rijst de vraag hoe de zaak staat ingeval de C. A. (voor *haren* duur) moet geacht worden te gelden *onafhankelijk* van dat lidmaatschap? Van het standpunt der advokaten van de C. A. schijnt het antwoord precies omgekeerd te moeten luiden als dat van v. ZANTEN in diens slotwoorden: m. i. zal (van bedoeld standpunt) men moeten aannemen dat opzegging van het lidmaatschap der vakvereeniging een arbeider *niet* zal kunnen ontslaan van zijne verantwoordelijkheid aan haar wegens niet-inachtneming der collectieve voorwaarden, zulks omdat die, al is het binnen den kring der vereenigde vakgenooten, zijn vastgesteld voor het *vak* en de arbeider *als vakman* zijn werkcontract aangaat. Of gebiedt de logica van dat standpunt niet den volgende redeneergang: toen de werkman lid was, is op statutaire en dus *voor elk lid bindende* wijs besloten dat de aangesloten werklui — niet uit overweging dat ze lid der

(1) B. v. LOTMAR, die blz. 98 de daarheen strekkende bedoeling van eene vakvereeniging genoegzaam vindt, om er allerlei *stellige* rechtsgevolgen van niet geringe beteekenis op te bouwen.

organisatie waren, maar uit overweging dat ze *vakarbeiders* zijn — bij hunne werkcontracten met den patroon zekere regelen zouden in acht nemen; dit besluit heeft, als C. A., voor de aangesloten werklieden doen ontstaan een contract met den patroon en dit wordt dus, ten aanzien van den termijn zijner geldigheid, uitsluitend geregeerd door *zijn eigen* termijnsbepaling: de duur der onderlinge aansluiting van de werklieden kan, als dááaraan vreemd, nimmer voor zulk eene *eigen* tijdsbepaling worden aangezien? (1) Maar dit meeningsverschil met v. ZANTEN verliest alle belang door hetgeen ik zooeven onder „Vooreerst” hem tegenwierp.

Over de conclusien v. ZANTEN luidt dus mijne uitspraak de jure constituto: *onhoudbaar*, ofschoon zijn streven om aan de collectieve figuur een contractueel bestaan te verschaffen betrekkelijk bescheiden afmetingen bewaart. Het spreekt dan wel van zelf dat de eischen van anderen, LOTMAR b.v., die eveneens strijden met het grondbegrip van overeenkomst als *regtsband* voor de paciscenten *onderling* en met den in elk regt geldenden regel van art. 1376 B. W. en die bovendien nog *zooveel verder* reiken, nog *veel minder* bestaanbaar blijken. Uit dien hoofde schijnt mij onnoodig, die na te gaan in al hun bijzonderheden: bespreking van het tweetal bijzonder kenmerkende *desiderata* in den aanvang van dit opstel (blz. 65/6) aangeduid is toereikend.

Als eerste in de behandeling kies ik de door prof. LOTMAR als een kenmerk der C. A. bedachte *vertegenwoordiging* van vakgenooten. Zij die niet kunnen gerekend worden aan het oorspronkelijk accoord (b.v. niet op dat oogenblik aangeslotenen aan de accorderende vakvereniging) deel te hebben genomen, zijn daardoor ook naar LOTMAR's meening niet gebonden of gebaat: maar treden zij, door goedkeuring of andere daad, later tot de overeenkomst toe, dan zijn zij vol-

(1) Het straks te bespreken Kamerschema gaat dan ook met den schrijver blijkbaar niet meê.

gens hem *van den aanvang af* vertegenwoordigd geweest. LOTMAR doopt deze zeldzame regtsgeleerde uitvinding „vollmachtlose Vertretung beim Abschluss” en meent het regt daartoe te ontleenen aan de bedoeling van collectieve overeenkomsten om voor eene gansche categorie van arbeiders, voor al de mannen van het vak, overeengekomen arbeidsvoorwaarden te scheppen.

Blijven wij hier binnen de grenzen van het juridiek bestaanbare? De bedenkingen die ik boven (blz. 100) in het midden bragt tegen voorwaarden, bedongen voor *iedereen* die zich later aan een getroffen accoord zal aansluiten, vergrooten zich nog oneindig bij dergelijke „Vertretung”. Ik sprak daar van eenen CRAWFORD, van wien men niet weet *waar, zelfs of* hij er is en ten wiens *behoeve* desniettemin een contractueele regtsband geschapen zal worden; toch is het grondbegrip van overeenkomst de (op grond dan van wilsverklaring of opgewekt vertrouwen aan te nemen) *overeenstemming* van minstens twee personen, terwijl in de dáár behandelde constructie onzeker is of een van die twee *er wel is*. Bij de *thans* in onderzoek genomen regtsbeschouwing compliceert zich dit bezwaar met de onzuivere toepassing van het vertegenwoordigingsbegrip. Beim Abschluss, dus *op het oogenblik* van accorderen, zullen de eigenlijke accordanten tevens vertegenwoordigen personen, die misschien achteraf zullen blijken er nooit geweest te zijn, omdat voor aansluiting zich *niemand* opdoet: is *vertegenwoordiging* (vollmachtlos of niet) denkbaar zonder dat iemand te vertegenwoordigen was? En dan eene vertegenwoordiging die, ongeveer bij terugwerking, begon nog *éér* de vertegenwoordigde er was! Een punt van regtsonderzoek dat zich beweegt op 't gebied der Stellvertretung, een *algemeen* leerstuk des regts: kunnen we er een *bijzonder*, met deze algemeene doctrine *botsend* leertje van vertegenwoordiging op gaan nahouden voor de zoogenaamde C. A., alléén omdat eenige

juristen per fas aut nefas erkenning van zulk eene contractsfiguur verlangen? LOTMAR tracht dergelijke bedingen af te weren door te wijzen op de regtsgeldigheid der *uitloving*, thans in het Duitsche B. W. (§§ 657—661) voorwerp van uitdrukkelijke regeling, nadat uitloving in de theorie vaak als niet obligatoir was voorgesteld en in slechts enkele wetten werd erkend. Zijn beroep faalt, omdat, op welken grondslag de gebondenheid van den uitlover (vroeger betwijfeld) te vestigen zij nog vóórdat van zijne uitloving gebruik gemaakt is, niemand betwijfelt dat de regtsband *met dengeen* „welcher die Handlung vorgenommen hat”, de *onderlinge* band, eerst geknoopt wordt *door* gezegde Handlung en *van het oogenblik* dat deze verrigt werd. LOTMAR verlangt van ons héél wat meer, en kan dus dáárvoor niet uitkomen met zijn uitlovingsberoep; hij bepaalt zich niet tot den eisch dat, wanneer een arbeider van het vak zich is komen aansluiten aan de C. A., *deze* als contractspartij des patroons zal gelden van die *aansluiting* af, maar dat hij als zoodanig zal gelden van het oogenblik der oprigting van de C. A.; en tot regtsgrond van dat verlangen moet dienen de fictie dat op dát oogenblik de vakgenooten dien werkman „vertegenwoordigd” zouden hebben, ofschoon alle gedachte aan meecontracteren hem toen misschien antipathiek is geweest. In zijn streven om de C. A. uit te strekken over alle vakgenooten poogt hier LOTMAR ons, over de grenzen der nova en inaudita heen, te voeren naar het schimmenrijk der impossibilia. 't Is in dit streven dat, naar ik meen, de verklaring ligt van het feit, dat iemand van die positie en in menig opzigt klaren blik zulke regtskundige enormiteiten te berdebrengt. Zijn en vaak onbenevelde blik, zelfs waar hij het heeft over de werkmansaangelegenheden die hem soms zoo warmhoofdige maken (1), toont LOTMAR door een helder

---

(1) Vergelijk de noot op blz. 128.

beseft (blz. 78) van de moeilijkheden voortkomend uit het vereenigd zijn van (nog niet eens *alle*) vakmannen in bloote Arbeiterverbände zonder regtspersoonlijkheid, naar den geijkten term „organisaties”, maar organisaties met een gestadig va-et-vient van toe- en uittreding: hoe voor zulk een wisselend allegaartje te scheppen eenen band met derden (werkgevers), die tot een band voor *allen* wordt? Is er regtspersoonlijkheid, dan gaat dit kapitale punt er dadelijk anders uitzien, omdat er dan besluiten kunnen vallen bindend ook voor den tegenstemmer; doch allerlei omstandigheden (zooals we aan het slot van dit opstel zullen zien, b.v. aansprakelijkwording van de bondskas) kunnen maken, dat het niet tot vorming van een regtspersoon komt. Hoe te geraken uit dezen klem? hoe de zoo vurig begeerde verheffing van eene C. A. tot de *algemeene* (p. 98) en *vaste* (p. 109) regeling der arbeidsvoorwaarden in het *gansche* vak, teweegbrengend *aller* gebondenheid aan zulk een convenu en beperking van de contractsvrijheid des individueelen arbeiders (p. 29, 110), te helpen aan eenen regtgrondslag? 't Is om dáártoe te geraken dat LOTMAR, behalve zijn voortdurend beroep op de bedoeling der auteurs van dusdanige accoorden, ons dit zonderlinge bedenksel van „vollmachtlose Vertretung beim Abschluss” komt opdisschen. Haast zou ik dit alles karakteriseren als eene juristerij van „het doel heiligt de middelen”; moet echter *die* uitspraak de regtsbeoefening gaan beheerschen, dan is haar lijkwagen voor de deur gereden.

Aanlandend bij LOTMAR's andere wisselwerking van de C. A. op individueele arbeidscontracten bevinden wij ons op gedeeltelijk reeds betreden bodem: die van de meening dat, indien zulk een contract *zwijgt* over arbeidsvoorwaarden, in de C. A. vervat, die voorwaarden krachtens de C. A. zijn te beschouwen als eo ipso ingelascht in het individueele contract. Aangaande dit punt volsta ik met verwijzing naar



mijne kritiek van de gelijkkluidende opvatting v. ZANTEN. Doch waar het individueele contract, in stede van te zwijgen, iets *anders* inhoudt dan de C. A., verlangt bovendien LOTMAR *terzijdestelling* van het bedongene, met eo ipso *indeplaatsstelling* van den inhoud der C. A., want die afwijkingen zijn volgens hem *ongeldig*. Moest dit laatste worden toegegeven, dan zou de logica pleiten voor dat — door v. ZANTEN naar wij zagen *niet* aanvaarde — remplaçantenstelsel; de nietigheid der afwijkende bedingen brengt op die punten een blank in het arbeidscontract en dat blank heeft tot regtswerking aanvulling uit de C. A. Hetgeen, als even logisch gevolg, te weeg brengt dat de remplaçantentheorie instort tegelijk met dat aanvullingsstelsel. Het stort bovendien in door *zijn eigen* onbestaanbaarheid. De C. A., zelve *geen* overeenkomst, zou (indien al overeenkomst) wezen een accoord tusschen *andere* partijen en *ontbeert* uit dien hoofde, arg<sup>o</sup>. art. 1376 B. W., alle werking ten goede of ten kwade op het individueele contract — tenzij dit laatste ware aan te merken als eene overeenkomst door patroon en werkman-vereeninglid aangegaan ter bedriegelijke verkorting van de regten, door de vereeniging uit de C. A. verkregen: art. 1377. Dan echter is de van eene C. A. afwijkende inhoud niet *nietig van regtswege*, maar eischt *vernietiging bij regterlijk vonnis* actione Pauliana; voort: wordt dan de werkovereenkomst *vernietigd*, geheel, terwijl LOTMAR haar *instandhoudt* met hetgeen ik zou willen noemen bijlapping uit een ander contract. Kan de vakvereeniging waarmaken bedriegelijke *tegen haar* gerigte bedoelingen en van den patroon en van den werkman? Kan zij waarmaken benadeeling van *hare* regten? Maar welke regten ontleent de *vakvereeniging als zoodanig* aan eene C. A.? (1) Naar de duidelijke woorden van art. 1377

(1) De volgende kernachtige beschouwing, die ik door MOISSENET blz. 185 vind bijgebragt uit een advies, door wijlen WALDECK-ROUSSEAU als advocaat gegeven, schijnt mij waard ook onder de aandacht ten

en de onbetwiste strekking der Pauliana moet het C. A.-  
 accoord haar gemaakt hebben tot „schuldeischeresse” van den  
 patroon, met wien zij algemeene arbeidsvoorwaarden heeft  
 tot stand gebragt: moet dat accoord voor *haar* geschapen  
 hebben eene op geld waardeerbare aanspraak: WAAR IS  
 DIE? Gelijk we boven niet meer aantreffen dan l'ombre  
 d'un engagement, zoo hier l'ombre d'un intérêt matériel.  
 Ja wezenlijk eene *shadow* van stoffelijk belang der corpo-  
 ratie bij inachtneming der C. A. door iederen werkman, omdat  
 alleszins mogelijk is dat een bijna even groot aantal onder-  
 hen de arbeidsregeling verkeerd en nadeelig voor het vak  
 oordeelt als er voorstanders van 't accoord zijn: men denke  
 aan 't geval eener van arbeiderskant verloren werkstaking,  
 beëindigd met een accoord door de vakvereeniging in bittere  
 stemming aanvaard omdat de strijd niet meer vol te houden,  
 de hervatting van den arbeid op de voorwaarden der patroons  
 onvermijdelijk bleek. (1) Kortom, niet de uitzondering van  
 art. 1377 B. W. maar de regel van het voorafgaand artikel,

---

onzent gebragt te worden: «Le syndicat envisagé comme personne  
 morale n'est point la somme et pour ainsi dire la résultante des  
 intérêts privés de chacun de ses membres. Il en demeure parfaitement  
 distinct, et les droits qu'il représente, les intérêts qu'il personnifie  
 sont précisément ceux qui, n'étant dans le patrimoine d'aucun des  
 sociétaires, ne peuvent être exercés par aucun d'eux.” En daarmee,  
 verklaarde hij, *is het uit* met de bewering dat, wanneer een syn-  
 dicaatslid gekrenkt was in *zijn*, naar gemeen regt voor *persoonlijke*  
 handhaving vatbaar belang, eo ipso het *syndicaat zelf* geacht kon  
 worden krenking van belangen ondergaan en actie tot herstel ver-  
 kregen te hebben.

Jammer maar dat de man, die zulken klaren juridieken wijn kon  
 schenken, als staatsman dien troebel heeft gemaakt, toen hij in 1899  
 aankwam met een moddervoorstel tot wijziging der syndicaatswet:  
 zie MOISSENET slechts ééne bladzijde verder.

(1) Bovendien: zoo men aan de vakvereeniging actie toekent voor  
 het niet in acht nemen eener C. A., is onvermijdelijk haar evenzeer  
*aansprakelijk* te stellen terzelfder zake. Zou bijv. de Diamantbewer-  
 kersbond daarvan gediend zijn? Verg. blz. 85 boven.

jus commune totius orbis, is de maatstaf van beoordeeling voor het remplaçantenstelsel en op dien regel stoot dat stelsel (2) zich stuk.

## V.

Deze studie over de C. A. was al een goed eind op het papier gebracht, toen openbaar werd het Voorloopig Verslag op het wetsontwerp van 28 Januari ll. tot „wijziging en aanvulling der bepalingen in het B. W. omtrent huur van dienstboden en werklieden enz.“, in de wandeling wetsontwerp op het Arbeidscontract genoemd, omdat het de vijfde afdeeling van den titel Huur en Verhuur wil vervangen door eenen Titel VIIA „van de overeenkomsten tot het verrigten van arbeid“.

Dat staatsstuk brengt ons een schema van wetgeving op de C. A., hetwelk ik niet buiten mijn onderzoek kan houden, ofschoon dientengevolge meer beslag op mijnen tijd en op de ruimte van dit tijdschrift wordt gelegd dan ik mij had voorgesteld. Ik was niet voornemens geweest in elk opzigt volledig te zijn, maar wil mij niet blootstellen aan de kritiek dat, na de openbaarmaking van een Nederlandsch avant-projet, mijne onvolledigheid nadert tot oppervlakkigheid.

Een paar woorden allereerst over de geboorte van dit schema.

Het is bekend dat de minister van Justitie, de tijden niet rijp oordeelende voor eenige wettelijke regeling van de „collectieve arbeidsovereenkomst“, niets dienaangaand in vorenbedoelden nieuwen titel heeft opgenomen; blijkens het V. V. vindt hij daarin steun bij vele leden. Eenigen geven daar-

---

(2) Een stelsel dat, naar des hoogleeraars oordeel, in Duitschland niet naauwkeurig is onderzocht: want blz. 107 klaagt hij dat de — over het algemeen in *strijd* daarmee — regtsprekende Gewerbe-gerichte daarover heen loopen.

entegen te kennen dat die algeheele voorbijgang van het onderwerp verkeerd is; wel niet in dien zin dat reeds nu van eenen algemeenen regel sprake kan wezen, maar dat — tot steun der ontwikkeling van het vakvereenigingswezen en tot bevordering van het collectief contracteren — opneming van een begin van regeling mogelijk en wenschelijk zou zijn. Hunne schets, welke ik hier laat volgen, wil den weg aanwijzen langs welken dit bereikt zou kunnen worden.

(1) Aan de besturen van vakvereenigingen, die regtspersoonlijkheid hebben verkregen en wier statuten eene daartoe strekkende bepaling bevatten, wordt de bevoegdheid gegeven met een of meer werkgevers of met eene vereeniging van werkgevers voor de leden der vakvereeniging bindende contracten te sluiten omtrent arbeidsvoorwaarden, met het gevolg dat de leden der vakvereeniging bij het sluiten der individueele arbeidsovereenkomst verplicht zijn deze alleen aan te gaan in overeenstemming met die arbeidsvoorwaarden.

(2) Dezelfde bevoegdheid wordt gegeven en dezelfde verplichting opgelegd aan de besturen van vereenigingen van werkgevers en derzelver leden, terwijl de statuten ook de bepaling kunnen inhouden dat, in plaats van de besturen, bijzonderlijk daarvoor aan te wijzen personen met het sluiten dezer contracten kunnen worden belast.

(3) Zoodanige contracten moeten schriftelijk en voor eenen bepaalden tijd worden aangegaan en op de in de statuten voorgeschreven wijze aan de leden worden bekend gemaakt.

(4) De leden der vereenigingen van werkgevers of arbeiders, die niet hebben willen of door afwezigheid niet hebben kunnen medewerken tot het nemen van het besluit der vereeniging, dat voor de leden de te aanvaarden arbeidsvoorwaarden voorloopig vaststelt, behouden de bevoegdheid binnen veertien dagen na bekendmaking van het contract hun lidmaatschap der vereeniging schriftelijk op te zeggen en zoodoende zich aan de bepalingen van dat contract te

onttrekken. De mogelijkheid van uittreding uit de vereeniging met dit bepaalde doel moet in de statuten zijn voorzien en geregeld.

(5) De nakoming van het contract zal, naar de bedoelde leden meenden, het best kunnen worden verzekerd door de bepaling, dat de eene partij tegenover de andere bij niet-nakoming eene bepaalde contractueele boete zal moeten betalen. De vereeniging — zoo van werkgevers als van arbeiders — zal hierbij aansprakelijk zijn voor de niet nakoming van het contract door een of meerdere van hare leden.

(6) De statuten der vereeniging moeten verder eene bepaling bevatten, aangevend op welke wijze de nakoming van het contract door de leden kan worden verzekerd. Ook hier zal de bepaling, dat bij eventueele niet nakoming een zeker bedrag wordt verbeurd, hetzij in den vorm van eene op te leggen boete, hetzij in dien van in te houden baten, het beste middel zijn om de naleving van de bepalingen van het contract te verzekeren.

(7) Voorstellen tot wijziging van het bij contract bepaalde moeten, met inachtneming van een bij het contract te bepalen termijn, schriftelijk worden kenbaar gemaakt.

Waar deze zeven punten worden voorgesteld als een *schema* van regeling, spreekt het wel van zelf dat mijnerzijds de bespreking zich alleen bij hoofdtrekken daarvan zal ophouden en vooral elk vallen over onnauwkeurigheden van uitdrukking zal pogen te vermijden.

Mij wil het voorkomen dat de ontleding dezer schematische proeve van wetgeving alras doet zien, hoe wijs de ont-houding des ministers is.

Wanneer men, overeenkomstig all. 1 en 4, den regtspersoon-werkliedenvereeniging bevoegd wil verklaren om aangaande arbeidsvoorwaarden met (stellen we) eenen patroon overeenkomsten te sluiten die de leden der vakvereeniging zullen *binden* — met dien verstande echter dat tegenstem-

mers of afwezig en bij de voorloopige vaststelling zich door opzegging van lidmaatschap kunnen onttrekken aan het naleven van die voorwaarden — dan maakt men regtens den regtspersoon tot *lasthebber* (1) van de leden, die de arbeidsvoorwaarden aannamen, hetzij door er uitdrukkelijk voor te stemmen, hetzij door presumtief die goed te keuren ingevalge niet-gebruik der voorziening van al. 4. Deze opvatting beveelt zich aan als de voor bestaanbaarheid van het accoord *gunstigste*; anders raakt men aanstonds in de klem van 't examen op art. 1349 B. W.: wat nam de *vereeniging* op zich jegens of bedong zij van den patroon, met wien zij een regtsband knoopt moet? Tusschen ieder der bedoelde leden en den patroon bestaat dan een *conditioneel* arbeidscontract van den volgenden inhoud; indien ik bij u kom (en gij mij neemt) als arbeider, zal dat zijn op beding van zooveel uurloon, werktijd enz. enz.; getoetst aan de leer bepaald van het voorwaardelijk overeenkomen is dit regtsvoortbrengsel hoogstwaarschijnlijk ook een zwak schepseltje, maar laten we 't nu eens aannemen voor een wicht blakend van gezondheid. Maar als, op het oogenblik van *aangaan* der werkovereenkomst, arbeider en patroon eens *andere* bedingen maken: wat doen ze dan anders dan hun bovenvermelden oorspronkelijken consensus *wijzigen*? *contrario consensu* doen datgeen, wat hun naar de algemeene contractleer *volkomen vrijstaat*? Toch zal hun, naar het slot van al. 1, dat *niet* vrijstaan: vrage om welke reden? De *vereeniging*, eigen lasthebster des werkmans, voor *zich-zelve* vreemd aan de overeenkomst, is dientengevolge zonder regt of belang bij dat verbod; en de andere werklieden ..... wijs mij *hun* regtsbelang! Art. 1376 verbiedt aan hen, eveneens conditioneele contractanten met denzelfden patroon (wel op

(1) Misschien valt het optreden voor deze leden onder het begrip van *negotiorum gestio*; doch voor het verdere betoog maakt dit geen verschil.

overeenkomstigen voet maar geheel *afgezonderd* van de overeenkomst met hunnen kameraad), elke bemoeienis met diens contract. Elk spoor ontbreekt van eenen op de respectieve arbeidsvoorwaarden betrekkelijken regtsband tusschen hen *onderling* — en al slaagde men in de m. i. onmogelijke poging om in de zoogenaamde C. A. *zulk* eenen band aan te wijzen, men ware geen stap verder, omdat dan de overtreding wel schadepligtig *aan de kameraads* zou kunnen maken, maar om datzelfde art. 1376 geenerlei invloed uitoefenen op het werkcontract tusschen den patroon en den afvalligen werkman.

Al. 5 zoekt, voor het keeren van zoodanigen afval, heil bij een boete-beding van „de eene partij tegenover de andere”. Vrage *welke* „eene en andere” partij? Als zoodanig vonden wij den *afvallige* (door zijne vakvereeniging vertegenwoordigd) en den patroon. Maar dan zwicht ook dit strafbeding voor den *contrarius consensus* dier beiden.

Diezelfde alinea 5 wil ingevoerd hebben aansprakelijkheid der *vereeniging* voor de niet-nakoming van 't contract door een harer leden. Aansprakelijkheid eens *lasthebbers* wanneer de lastgever, *in overeenstemming* met de andere partij in de voorwaardelijke overeenkomst, deze overeenkomst is gaan wijzigen: volstrekke onzin, nietwaar? Verbeeld u de vereeniging, van den patroon eene geldsom vragend omdat hij aan een harer leden, *communi consensu* met dezen, een lager uurloon betaalt: eene geldsom voor dat *geconsenteerd* hebbende lid? eene geldsom *voor zichzelf*, ofschoon haarzelve alle regtsbelang bij dien handel tusschen haar lid en den patroon ontbreekt, en zij lasthebster *nimmer* iets bedong voor zich? En welken anderen draai men aan die aansprakelijkheid poge te geven, bij *onzin* komt men altijd uit. De niet-nakoming der C. A. zal zich wel het vaakst opdoen in dezen vorm: andere voorwaarden verlangd, of ik *kom* niet — ik *neem* niet in dienst; dat wil zeggen een

gedragslijn uitlopend op *weigering* van contracteren, terwijl dat weigeringsregt *inherent* is aan de afspraak: indien ik u neem zal 't *aldus* wezen, maar over en weer houden we volle vrijheid om *niet* te contracteren.

Alinea 6 is, het woord moet er uit, al even gek. De statuten der vereeniging moeten bepalingen inhouden ter verzekering van de nakoming van het contract door hare leden: moeilijk anders te verstaan, wijl die statuten buiten den werkgever omgaan, dan als een bevel van verzekering tusschen de leden onderling door middel van *hun* op te leggen gehoudenheden. Dat zal, vertellen ons de „eenige leden” dan verder, het best geschieden door te bepalen dat door den niet-nakomer een zeker bedrag zal worden verbeurd. Dat zulk boetevoorschrift in eenen *juridiek* bestaanderen vorm kan worden gegoten zal ik niet ontkennen — maar zal het *praktisch*; zal het *zedelijk* houdbaar blijken? Als b.v. de zondaar zoo slim is van eerst zijn lidmaatschap op te zeggen? Eene statuutsbepaling van onopzegbaarheid zou wel eens, op grond van art. 7 wet 1855, aan de erkenning als regtspersoon in den weg kunnen staan, o.a. omdat alinea 4 van het schema de *opzegbaarheid* onderstelt. Het *verhaal* van de boete kan ook, met het oog op de artt. 447/8 Regtsw., aan belangrijke zwaarigheden onderhevig zijn. Werkzaam kan voorts die boetschuldigheid alleen dan worden, indien afwijkende arbeidsvoorwaarden worden getroffen met den patroon, die over een stel van zulke voorwaarden het met de vereeniging eens werd, niet ingeval van een werkcontract met iederen andere. En last, not least: zou het den wetgever voegen de hand te leenen tot eene poging, om den werkman het vinden van arbeid te bemoeilijken? het is toch *om arbeid te vinden* dat hij op afwijkende voorwaarden heeft gecontracteerd, alligt dringende belangen van zijn gezin doende gaan boven vasthouden aan het vakverband. Dergelijke bevordering van het „vakvereeni-



gingsleven" zou ik den wetgever ongaarne aanbevelen.

Wanneer het er zoo uitziet met de in all. 1 en 4 tot 6 aangegeven hoofdlijnen van het schema, kan de inhoud van 2, 3 en 7, aan ondergeschikte punten van dit avant-projet gewijd, onbesproken blijven.

„Enkele leden", zoo volgt in het V. V. achter de zevende alinea, gingen véél verder: aan eene wettelijke regeling van het collectief arbeidscontract moet ten grondslag liggen het beginsel, dat wanneer in een bepaald vak eene vakvereniging  $\frac{3}{4}$  of  $\frac{5}{6}$  der vakgenooten omvat, en deze een C. A. heeft gesloten, in dat vak geene individueele arbeidsovereenkomsten mogen worden gesloten dan op de overeengekomen voorwaarden, *ook niet door niet-leden der vereniging*. Is dit regtshulp voor het bij ons nog zwakke vakverenigingswezen, of is zoodanig *ver* voorbij LOTMAR's bedenkselen reikende voorstel eene conceptie *in strijd met ons heele regtsstelsel*, den weg op naar het syndicat obligatoire en naar de overheersching van onze arbeiders door een stelletje mannelijke en vrouwelijke drijvers, als die in 1903 de hoofdrol begeerden in het Comité van Verweer? De maatschappelijke verwerpelijkheid overtreft zóózeer de regtskundige onaannemelijkheden, dat eene nadere beschouwing in dit tijdschrift niet op mijnen weg ligt. Slechts dit zij aangestipt. De door mij geraadpleegde litteratuur over de C. A. getuigt onder hen, die den klassenstrijd getemperd in plaats van aangeblazen zouden wenschen, niet van eenstemmigheid in de opvatting, dat de bemoeïing van collectiviteiten of van het openbaar gezag met het werkcontract zullen leiden tot hetgeen MOISSENET blz. 21 noemt regularisatie en pacificatie op dit gebied; doch indien krachtens magtiging der overheid l'intervention collective dans le contrat de travail op *dien* voet kon plaats hebben, zouden we van regularisatie en pacificatie nog véél verder raken dan, jammer genoeg, we heden zijn.

## VI.

Sttaande op den grondslag, waarvan ook de advokaten der C. A. uitgaan — den grondslag dat zulk eene C. A. *volstrekt gescheiden* is van het individueele werkcontract tusschen eenen arbeider in het vak en eenen patroon — kwam ik in de voorgaande bladzijden tot de s. m. weinig betwistbare uitkomst, dat het onmogelijk is de wenschen van die advokaten te belichamen in onze burgerlijke wet, zoolang elke overeenkomst onderworpen is aan de bepalingen van art. 1349—1353, 1356 n°. 1, 1376. Den eisch, dat de daarin nedergelegde beginselen zouden worden ter zijde gesteld, zoo al niet in het algemeen althans voor *deze* materie, heb ik nog niet vernomen en die zal, verbeeld ik mij, ook niet ligt vernomen worden. Want al is men tegenwoordig nog zoo grif met de aanklagt van doctrinarisme tegen elke verwijzing naar beginselen en regtsregels als in den weg staande van eene begeerde hervorming (vooral wanneer hun formulering van Romeinschen oorsprong is), valt het erg moeilijk niet als objectieve *overal* geldige eischen van gezond verstand en dáárom als ratio scripta aan te merken dat alleen dan twee personen eenen contractueelen regtsband tot stand brengen, wanneer zij *zich* aan elkander regtens *binden* — dat zij het *daarover* eens moeten geworden zijn — dat die onderling geknoopte band alleen *henzelven* raakt, des dat gelijksoortige banden tusschen *andere* persoonlijkheden geknoopt *geen* invloed oefenen op de hunne. Doch zoo deze onderstelling eens faalde en de wetgever eens, meenend daardoor de arbeidersbelangen te bevorderen, die beginselen ter zijde schoof om (zooals de Kamerleden straks aan het woord) voor terugwerking van eene C. A. op het individueele werkcontract ruimte te maken: waarvoor zouden we dan *in werkelijkheid*, op het gebied van het praktische regtsleven, wel ruimte hebben geschapen? Op grond vooral der

buitenlandsche ervaring antwoord ik zonder aarzelen: ruimte voor allerlei onvruchtbare strijdvragen, even overvloedig in wassend getal en neteligheid als weinig bevorderlijk voor den vrede op arbeidsgebied, ofschoon juist in naam van dien vrede wettelijke regeling der C. A. verlangd wordt. Laat ik, onderstellend dat eene vakvereniging met rechtspersoonlijkheid voor zeker tijdperk algemeene voorwaarden omtrent loon, arbeidsduur enz. in het vak heeft getroffen met eenen patroon, eenige al *voorgekomen* vragen van dien aard opnoemen. De patroon heeft een werkmanslid aangenomen op lager uurloon: heeft de werkmanslid eene vordering tot bijbetaling van surplus? Kan de patroon, die arbeiders noodig heeft, van de leden eischen dat zij bij hem te werk komen? of het lid, dat eene bij den patroon beschikbare plaats worde gegeven *aan hem*? Kan bedongen worden dat de beraamde arbeidsvoorwaarden zullen gelden voor arbeiders niet-leden, voor *alle* arbeiders in het vak? Als in een werkcontract geen uitdrukkelijke bepaling omtrent zulke voorwaarden inhoudt, vult dan de C. A. die leemte aan? zoo dat werkcontract anders stipuleert, wijken dan die bedingen voor de vaststellingen der C. A.? Zijn de afwijkingen, die de patroon zich veroorloofde, schendingen der C. A., aan de vakvereniging grondslag verschaffende voor eene rechtsoverdracht: en welke, eene actie tot nakoming of ook tot schadevergoeding of, ingeval van dubbelzinnigheid der C. A., tot vaststelling van den inhoud? Kan in laatstbedoelde gevallen de nakoming worden bevolen onder oplegging van eene strafsom (astreinte, zeggen de Franschen) bij latere overtreding? en zal die som ten goede komen aan den werkmanslid, wiens economische zwakheid door een ongunstiger werkcontract werd „uitgebuit”, of aan de kas der vereniging die ageerde? Kan, ter tegemoetkoming aan die economische zwakheid, worden toegestaan dat de vereniging zich processueel *voege* met den werkmanslid agerend uit zijn

werkcontract of uit dit contract *plus* de C. A.?<sup>1</sup> of dat de vakvereniging in zijne plaats agere? Indien omgekeerd de werkman, gebruik makend van zijne onmisbaarheid bij den patroon, dezen arbeidsvoorwaarden boven het „collectief overeengekomene” afdwingt, ontstaat dan actieregt van den patroon tegen de vakvereniging, en zoo ja van welken inhoud? Kan bij de C. A. bedongen worden dat de patroon slechts *leden* der vakvereniging in dienst zal nemen? zoo de patroon zich daaraan niet stoort, wat zijn daarvan de rechtsgevolgen? Kan, buiten die gevolgen tusschen vakvereniging en patroon, de werkman *niet*-lid de vereeniging aanspreken ter zake van arbeidsbelemmering, voor hem voortvloeiend uit dit beding of uit maatregelen van de vereeniging tot handhaving daarvan? Genoeg naar ik meen om goed te maken mijne stelling, dat bevordering der C. A. door inbreuken van wetgeving op de algemeene beginselen van contractregt, als die blijken aan dit instituut in den weg te staan, zou wezen een experiment van *onafzienbare* strekking economisch zoowel als juridisch en, voor zoover afzienbaar, een experiment van den *allerbedenkelijksten* aard. (1) Toen het Duitsche B. W. in wording was, heeft GIERKE uitgeschetterd dat, wanneer het civielregt niet gesocialiseerd werd, het ten doode was opgeschreven: bij de studie der C. A. raakt dat Schlagwort omgezet in de waarschuwing, dat men toch de grondslagen van *alle* contractenregt niet ga weggraven onder de leus, dat „socialisatie” hier onontbeerlijk blijkt.

(1) Deze opsomming bevat alleen vraagpunten van *regt*: voorbedachtelijk meed ik elke *sociaalpolitische* vraag. Men wordt echter alras gewaar, dat menige van die regtsvragen eene vraag van laatstgemelden aard doet rijzen, daargelaten nog de *vele* andere, die bij het meêgaan met de auteurs van het Kamerschema aan de orde zouden komen. B. v. of in jaren van heroering als 1903 of van nijverheids crisis de afhankelijkheid der individueele werkcontracten van eene bestaande C. A. niet erg bedenkelijk zou kunnen blijken?

Tegen dit mijn advies hoor ik al inbrengen dat *elke* eenigszins belangrijke maatregel van wetgeving, vooral indien zijn karakter naar het huidige spraakgebruik eenigszins „sociaal” is, tot allerlei nieuwe twistvragen aanleiding geeft; terwijl toch niemand dáárin een grond heeft gevonden om zulk eenen maatregel af te keuren. Ik zou willen antwoorden: waren wij op het gebied van mijn tegenwoordig onderzoek er maar af met *regtspraak*, d. w. z. ware zoodanige twist met het eenmaal uitgewezen zijn *van de baan!* Doch al te zeer bleek in het buitenland dat, juist om het gewigt in arbeiderskringen aan de oplossing dier vraagpunten gehecht, het daaromtrent *niet* uit is met eene gevallen beslissing: integendeel vaak de poppen daarna eerst regt aan het dansen raken. In Frankrijk, in Engeland, in Duitschland is menigmaal voorgekomen dat eene regterlijke, zelfs eene op compromis uitgelokte arbitrale uitspraak, als die niet strookte met de arbeiderswensen, is gemaakt tot een steunpunt van agitatie in plaats van pacificatie. Men zag onderwerping botweg weigeren aan de beslissing der arbiters (kolenconflict voor en na getroffen C. A. en arbitrale uitspraak op den grondslag daarvan in Noordwest-Frankrijk: MO.SSENET p. 41). Men zag, onder de leus van onduidbare verdrukking, de werkmanswereld in 't veld geroepen om aan zulke „aanslagen” den kop ingedrukt te krijgen (debatten van 't congres der Trade Unions te Swansea na de uitspraak der Lords dd. 22 Juli 1901 in het Taff Vale Railway-proces: GUYOR p. 65). Men beleefde hartstogtelijk beklag dat het vereenigingsregt van den arbeider maar schijn was en zijne coalitie vrij in den zin van *vogelvrij*, omdat de wetgever (Gewerbe-Ord. §§ 152, 153) wel alle strafbepalingen daartegen had opgeheven, maar regtsdwang weigerde voor afspraken om b.v. mee te staken of tegen arbeiders die, aanvankelijk aangesloten, den leiders

van het verbond de gehoorzaamheid hadden opgezegd en *dwang* om er in te blijven strafbaar stelde. (1).

Eene andere reden, waarom ik uitzonderingsrecht op dit gebied onraadzaam acht, naast die dat ik voor den arbeider geenerlei noodzakelijkheid daarvan heb kunnen ontwaren en al die straks vermelde vraagpunten, door de C. A.-praktijk in de industriele wereld opgerezen, zoo vaak onrust hebben verwekt in de huidige zamenleving (die toch waarlijk niet aan rustigheid verwend raakt) is mij de bevinding, in Frankrijk opgedaan met het toepassen der bekende loi WALDECK ROUSSEAU relative à la création des syndicats professionnels van 21/22 Februari 1884. Want die toepassing moedigt waarlijk niet aan tot eenigen maatregel, moettende strekken om vraagpunten van dergelijken aard aan de orde te stellen. Eigenlijk heeft zij iets van eene noodwet, omdat Frankrijk, haast dertig jaren nadat bij ons het regt van vereeniging organiek is geregeld, het nog niet kon brengen(2) tot eene volledige

(1) Een beklag waarvan men zelfs bij LOTMAR (blz. 60 vgg.), zich neêrzettende om een geleerd betoog over de C. A. te schrijven, den hartstogtelijken weêrklank terugvindt, ofschoon § 152 lid 2 Gew.-Ord. «jedem Theilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei, und es findet aus letzteren weder Klage noch Einrede statt» niet heel veel anders doet dan wat naar art. 7 der «arbeiterfreundliche» syndicaatswet regtens is in Frankrijk: de band met het syndicaat bindt tot voldoening der contributie, indien zulk eene bepaald is, voor het loopende jaar, maar overigens is men vrij, zelfs bij uitdrukkelijke verbindtenis om aangesloten te blijven. Of is § 153 Gew.-Ord. zoo laakbaar? Daar worden slechts bepaald omschreven dwangmiddelen, ongeveer in den trant van art. 284 en 426 bis van ons strafwetboek, tot coaliseren of gecoaliseerd blijven strafbaar gesteld. *Ira furor brevis* zou ik haast zeggen.

(2) Eene wet van 30 Nov. 1892 heeft de syndicaatswet toepasselijk verklaard op de professions libérales, toen in de regtspraak twijfel was ontstaan of artsen vielen onder 't geen artikel 3 der wet aanduidt met «associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés.»

wetgeving op dat stuk en de drang, vooral van den vierden stand en hare leiders, tot slaking der banden, door de artt. 291—294 C. P. benevens 416 C. P. aan het vakvereenigingswezen aangelegd, onophoudelijk toenam. Zoo werd eerstgenoemd artikel afgeschaff (evenals de wet der Constituante van 14 Juni 1791, die, om elk feitelijk voortleven der afgeschafte gilden onmogelijk te maken, aan alle vakgenooten, patroons of werklui, bij straffe verbod te beraadslagen sur leurs intérêts *prétendus communs*!) en het andere viertal buiten werking gesteld voor alle betrokkenen bij 't geen de wet noemt associations professionnelles, hetzij hoofden van bedrijf hetzij ondergeschikten (2), die zich als beroepsgenooten zoogenaamd zouden willen syndiceren. Maar bereid om het patroons- of werklieden-vereenigingswezen vrij te maken, wilde de wetgever tevens verhoeden dat de associations ouvrières zouden worden tot staatkundige clubs onzaliger gedachtenis. Daarom heeft art. 3 der wet bepaald: les syndicats professionnels (volgens art. 6 eerste lid bekleed met de bevoegdheid tot vermogenshandelingen en optreden in regte, dus met rechtspersoonlijkheid) ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. Welke economische belangen echter binnen den kring van industrie enz. „verdedigd” kunnen worden, en verdedigd *hoe* dat zegt de wet nergens: eene aanwijzing in die rigting werd, om redenen die ik onbesproken kan laten, uit de oorspronkelijke redactie van art. 3 verwijderd. En die wettelijke onbepaaldheid, bron van zeer verschillende opvattingen in doctrine en jurisprudentie, heeft aan

(1) Dáartoe moet thans dienen de wet van 1 Juli 1901, het wetgevend product hetwelk, door zijn uitzonderingsregt ten aanzien der congrégations religieuses, den strijdbodem voor de binnenlandsche en gedeeltelijk zelfs de buitenlandsche politiek in Frankrijk geschaapen heeft. Meer dan 25 jaren zijn wij achterlijken toch in dit opzigt den Franschman *voor* geweest, en naar mij toeschijnt niet bloot in de tijdsorde.

syndicaten en syndicaatsleiders — onder wie maar al te vaak rumoermakers en beroeps-stokebranden het winnen van de verstandige en ordelievende vakgenooten — ruimte geschaapen om bij verschilpunten omtrent zijn individueele werkcontract den arbeider daarbuiten te dringen, zich te schuiven in zijne plaats, en zulk eene quaestie op te schroeven tot eenen industrieelen oorlog. (1) Volgens WALDECK-ROUSSEAU heeft deze wet willen bevorderen de schepping van arbeiders-regtspersonen „pour la représentation et la défense de leurs intérêts généraux communs”, naar den tekst van een in de materie door de Parijische handelsregtbank gewezen vonnis à l'universalité des membres qui composent le syndicat (MOISSENET p. 149); de gezaghebbende civilist PLANIOL teekent bij een der arresten op de wet (Amiens 13 Maart 1895, DALLOZ D. P. 1895 II 553 (2)) aan: le syndicat est un instrument d'action collective sur le terrain économique; il ne peut pas et ne doit pas devenir une arme de procédure...

(1) GUYOT blz. 101/2: La loi de 1884 a donné le privilège de constituer des congrégations laïques où nous avons trop souvent trouvé les mêmes passions, les mêmes conceptions haineuses et persécutrices, les mêmes appétits d'oppression que dans les congrégations religieuses. Nous avons constaté en France la tyrannie syndicale avec son *compelle intrare* contre le non-syndiqué... Les syndicats, tels qu'ils ont été organisés par la loi de 1884, sont des associations de personnes inconnues [even te voren: sociétés mystérieuses investies de la personnalité civile], à objet indéfini, à propriété (restreinte quant aux immeubles) perpétuelle, n'étant soumises à aucun compte ni matériel ni moral.

(2) De casuspositie, waarop PLANIOL zijne aantekening gaf en waarin de regtbank te Péronne eene van 's hofs uitspraak afwijkende, eveneens bij Dalloz afgedrukte beslissing nam, is bijzonder belangwekkend; het zou mij echter te ver voeren in bijzonderheden daaromtrent te treden. In 1898 is PLANIOL, bij gelegenheid van het arrest Bordeaux 4 Juni 1897, Dall. 1898 II 129, op het onderwerp teruggekomen. Het kennismaken van zijne twee «notes» is den tijd *uistekend* besteden, ook omdat de zaak Péronne-Amiens geen arbeidsconflict heeft betroffen en daardoor zoowel den regter als den commentator een zeer objectief, voor beginselvragen gunstig terrein van beschouwingen aanbood.



En fait de droits proprement dits, le syndicat n'en a d'autres à défendre que ceux qui constituent le patrimoine de la personne morale, l'actif syndical.

't Mag waar zijn, beweren anderen, maar loon en werktijd vormen algemeene belangen van den arbeidersstand; daarom is, zoodra dergelijke vraag tusschen een syndicaatslid en eenen werkgever in debat komt, zulk een *algemeen* belang aan de orde en dientengevolge het syndicaat, als wettelijke *verdediger* dier belangen ook *in rechte* bevoegd tot den eisch, dat de patroon den arbeider bijbetale wat hij hem *beneden* het uurloon volgens de C. A. uitkeerde en schadevergoeding geve wegens den tijd, dien hij hem boven gezegde arbeidsregeling aan het werk heeft gehouden. Ho! komen hier sommigen tusschenbeide: aangenomen dat het syndicaat is opgericht met het oog op de *algemeene* belangen van het *vak*, kon het met een of meer patroons wel eene *algemeene* regeling van loon en werktijd tot stand brengen, maar niet in eigen naam de regten en regtsvorderingen uitoefenen der leden, krachtens individueel werkcontract bij den patroon in dienst getreden: *die leden* kunnen beklag hebben wegens te kort doen aan hetgeen hun toekomt en vorderen dat *zij* deswege schadeloos worden gesteld; maar eene vordering door het *syndicaat* van eene in *zijn* kas te storten shadesom gaat niet op en als hun *vertegenwoordiger* kan het syndicaat niet opkomen, car en France nul ne plaide par procureur. Waarom toch geen shadesom voor zichzelf? vernemen wij daarop van voorstanders der bevoegdheid om zulk eene voor de arbeiders te vorderen: bestaat bij de vereeniging niet èn een intérêt d'amour-propre à ne pas voir son traité méconnu èn un intérêt d'affection pour ses ouailles? (1) Volgens weer anderen voegt hier eene *onderscheiding*:

(1) Aldus [naar de mededeelingen van MOISSENET p. 169, 190] VORON in een katholiek regtsgeleerd tijdschrift. Ik waag echter de vraag of juristen met een wat koel hoofd, zelfs onder hen die «Per-

vergoeding van het materieele nadeel uit *dezen* hoofde kan alleen aan de individueele werklieden toekomen, en de stelling dat des patroons handeling tevens eene zedelijke benadeeling van den regtspersoon door krenking van diens aanzien en invloed heeft teweeggebracht kan in geen enkel opzigt eene actie van dezen goedmaken; maar de C. A. is eene overeenkomst van den patroon met *de vakvereniging zelve* en de toezegging *aan haar* om haar leden ingeval van indienstneming op eenen bepaalden voet te behandelen vormt, bij niet-inachtneming, eene *haar* aangedane regtskrenking die aanleiding geeft tot „rappel du patron au respect de ses engagements” *voor de toekomst*; waarom zou men niet die naleving in 't vervolg (1) mogen eischen en die, bij geschil omtrent inhoud en uitlegging, paren aan geregtelijke vaststelling van dien inhoud (action en interprétation)? dan toch komt het syndicaat, in de uitoefening zijner regtsbevoegdheid naar art. 3 en 6 der wet en in overeenstemming met zijn doel, op voor de handhaving van *zijn eigen* contract en dus niet bij ontoelaatbare vertegenwoordiging van individuen. Deze onzekerheid nu van beteekenis der *défense des intérêts économiques*, waartoe de wet van 1884 de syndica-

sonenverbände» aanzien voor werkelijke wezens (blz. 80 noot), het toch niet wat bar «constructief» vinden om aan deze regtscheppingen, die niet als onze naasten in dezelfde gedaante onder ons verkeer, toe te schrijven zulke interne, uit dat verkeer opwellende stemmingen als *eigenliefde* en *genegenheid*? Dan blijven toch, dunkt mij, de regten van het gezond verstand beter bewaard door eenen anderen óók door MOISSENET (p. 236) aangehaalden schrijver, die wel eene schadeactie wegens gekrenkt *intérêt moral* wil toekennen, *maar niet* aan een syndicat professionnel, opmerkend: «cette collectivité ne vit pas de la même vie que les individus: elle ne peut, comme ceux-ci, extérioriser ses sensations et il ne semble pas que les dommages-intérêts puissent, vis-à-vis d'elle, remplir leur fonction satisfactoire». Verg. ook de noot blz. 88/9.

(1) Met of zonder *astreinte*, boetebeding per schending of per dag van niet-naleving: dit al of niet naarmate men naar algemeene regtsbeginselen over de bestaanbaarheid dáárvan oordeelt (MOISSENET p. 192/3).

ten bevoegd verklaart, heeft, dank zij de daaruit ontsproten tegenstrijdigheid van doctrine en jurisprudentie, de gelegenheid voor syndicaten geschapen om, optredend niet bloot *de facto* maar zich omhangend met den mantel der legaliteit, op tal van plaatsen en bij tal van gelegenheden zich te dringen niet alleen *tusschen* patroons en werklieden in verschil over hunne individueele overeenkomsten, maar vaak *in de plaats* dezer laatsten, menigmaal het verschil aanwakkerend tot eenen strijd van grooten omvang, alsdan gekenmerkt door geweld en bloedstorting, leidend tot stilstand niet alleen in het bedrijf der overhoop liggenden, maar in een groot deel van *allemans* dagelijksch leven. Men gelieve zich maar te herinneren wat enkele jaren geleden te Anzin en Lens in het noorden, in de Loire-kolenbekkens van midden-Frankrijk, te Carmaux in het zuiden gebeurd is. En waarlijk niet alleen de „bourgeois”, de individueele of in vennootschap vereenigde ondernemer heeft sinds 1884 daar en elders onder dergelijken syndicaatsdruk gezucht: ook werklieden individueel en vereenigd hebben ruimschoots kennis gemaakt met de eigenaardigheden der „bescherming van het algemeene vakbelang” door vereenigingen en hare leiders die partij trokken van de wet-WALDECK-ROUSSEAU, zegge met „tyrannie syndicale” uitgeoefend tegen de werklieden die niet aan het van daar uitgegane wachtwoord wilden gehoorzamen. Ook op dit punt wil ik, door het bijbrengen van enkele uit de vele voorhanden gevallen, blijven buiten bereik van het verwijt van schermen met algemeenheden. Daartoe kan allereerst de herinnering dienst doen hoe, weinige jaren geleden in de streken achter Calais, te Lens, Anzin enz. de syndicaats-raddraaiers, lang niet alle werklieden op hun zijde kunnende krijgen, die als *geelen* bekende dissidenten letterlijk hebben doen terroriseren door hunnen aanhang. Te Lyon kwam het, blijkens een arrest van het hof aldaar van 15 Maart 1895, het syndicaat tot tweeduizend francs schade-

vergoeding aan den man veroordeelend, voor dat een arbeider, omdat hij niet aan het wachtwoord der voormannen wilde gehoorzamen, na uitstooting uit het syndicaat, een paar jaren lang buiten verdienste is gehouden krachtens verbod der leiders aan de vakgenooten om met hem te werken en bedreigingen aan de patroons indien zij hem in dienst namen; bij de enquête in die zaak klaagde ook menige getuige dat hij *dito* was vervolgd; zes jaren later in dezelfde stad eene nieuwe editie van dit geval; te Ryssel in 1900 boycot van iederen werkman die niet meedeed aan hetgeen de syndicaatsheeren geliefden voor te schrijven, leidend tot eene veroordeeling van frs. 1000 schadevergoeding aan eenen ongehoorzame (GUYOT p. 116—119). Dergelijke feiten van pressie *op de werklieden zelf* door middel van het syndicaat en de daarin toongevende roervinken zijn zoo talrijk geworden, dat, blijkens een rapport dd. 28 December 11. van BARTHOÛ aan de Kamer, men van plan is om maatregelen tot keering dáárvan in de wet-WALDECK-ROUSSEAU op te nemen. Geen maatregelen natuurlijk om, door wijziging van art. 3, het kwaad aan te tasten bij den wortel; want ook hier bewaarheidt zich de regel dat, zoo dra dergelijke bepalingen wet zijn geworden, het berouw *te laat* komt, wijl in den tegenwoordigen tijd overal — en zeker in een land van algemeen stemregt — het onmogelijk blijkt daarop terug te komen: men mag heel blij zijn de gevolgen wat te kunnen temperen, al beleeft men er nog zooveel onverkwikkelijks mee.

## VII.

Bij den lezer, die kennis nam van het hier ontvouwde juridiek en feitelijk getob, zou desniettemin de vraag kunnen rijzen of zich niet laat aanzien dat men in 's hemels naam daardoor heen moet ter wille van de economische voor-

deelen, die ook ik niet zal ontzeggen aan het tot stand komen van min of meer algemeene arbeidsvoorwaarden, buiten rechtstreekschen of zijdelingschen wetsdwang om tusschen werkgevers en werknemers onderling beraamd. Paris vant bien une messe, zeide koning Hendrik IV: moeten de wetgever, de wetsverklaarder, de wetstoepasser er niet juridiek kromme sprongen voor over hebben om regtsbestaan en handhaving te verzekeren aan de C. A., al is zij misschien geen *overeenkomst* en al kan noch de vakvereeniging noch de individueele werkman daaraan eene regtsvordering ontleenen? Met beroep op sprekende feiten meen ik op die vraag een ontkennend antwoord te mogen geven zonder de regtswetenschap bloot te stellen aan het verwijt, dat zij er niet is om eenen opbouw van doctrinair onberispelijke lijnen ten toon te stellen, maar om de betrekkingen des maatschappelijken levens aan eene bruikbare ordening te helpen.

De motivering van dit antwoord vereischt dat ik even terugkom, onder aanvulling met enkele feiten, op de omstandigheid dat daar, waar collectieve arbeidsovereenkomsten bestaanbaar worden geacht, tot het ontstaan daarvan bezit van regtspersoonlijkheid bij de vereenigde arbeiders vrij algemeen onmisbaar wordt geoordeeld. Zoo, naast v. ZANTEN, LOTMAR en de auterus van het Kamerschema; zoo in meer dan een buitenlandsch vonnis en meer dan eene wet. In België b.v. aldus blijkens eene wet van 31 Maart 1898 (MOISSENET blz. 109 vgg.), die de Unions professionnelles aanmerkt als regtspersonen, bevoegd om in regte te staan niet alleen tot handhaving der eigen regten af te leiden uit een door haar gesloten contract, maar zelfs „pour la défense des droits *individuels* que ses membres tiennent de leur qualité d'associés” en onder dit laatste uitdrukkelijk begrijpt de vordering „en „réparation du dommage causé par l'énonciation de ces contrats”; evenwel niet voordat de statuten dier vereenigeningen,

evenals in Frankrijk, zijn nedergelegd en in den *Moniteur* openbaar gemaakt. Ongeveer gelijkerwijs in Duitschland: wil men, in plaats van een bloot Verband, een Verein met regtspersoonlijkheid vormen, dan moet, naar het D. B. W., òf Eintragung bij het Amtsgericht plaats hebben, òf erkenning verkregen worden van den Bondsstaat binnen welken de vereeniging zal zetelen, zulks naarmate zij haar streven al dan niet op een wirthschaflichen Geschäftsbetrieb gerigt heeft. In Engeland (MOISSENET blz. 88 vgg.) is zonder registratie der vereeniging haar alle zweem van regtspersoonlijkheid ontzegd. En is het nu niet merkwaardig, dat terwijl gemeenlijk het verkrijgen van regtspersoonlijkheid geringe moeite in heeft, de vakvereenigingen overal zoo weinig toonen te hechten aan het verkrijgen of behouden daarvan? Volgens schriftelijke mededeeling van de Belgische Office du Travail, natuurlijk goed op de hoogte van hetgeen daar omgaat, aan MOISSENET (c. c. p. 110/111) hadden medio 1902 geen twintig vakvereenigingen de daartoe noodige stappen gedaan, et nulle part ils ne sont (werd hierbij gevoegd) les plus importants de la région ou de la profession. Bij de welbekende troebelen van 1893, die op de sluiting der Parijsche Arbeidsbeurs uitliepen, bleek maar even de helft der aangesloten Fransche vereenigingen overgegaan tot de nederlegging harer statuten en nog ten vorigen jare wemelde Frankrijk van syndicats dépourvus de toute existence juridique, terwijl bovendien (waarover nog straks) een groot aantal contracts collectifs worden tot stand gebracht door syndicaats-federatien, ofschoon dezen de regtspersoonlijkheid is ontzegd (MOISSENET p. 26). Arbeiden naar *collectief* be-  
 raamde regelen komt nergens zóó veelvuldig voor als in Engeland, het schijnt in wel negentig van de honderd gevallen: maar op den regtsgrondslag waartoe, ook naar de Engelsche wetten op dit stuk, het verkrijgen van regtspersoonlijkheid het onmisbare vereischte is? Zóó weinig dat,

toen in het belang van *bindend* tot stand te brengen C. A. de groote Labour Commission van voor eenige jaren den voorslag behandelde om die persoonlijkheid algemeen te verleenen aan de vereenigingen, de Trade Unions adviseerden tot en verkregen de *verwerping* van dat denkbeeld. In Noord-Amerika schijnt het al niet anders te gaan: de Incorporated Unions zijn er even zeldzaam als de collectieve accoorden talrijk, ofschoon bij gebreke van incorporatie alle regtshulp ontbreekt; en toch laat de *feitelijke* standhouding van die accoorden bijna niet te wenschen over. (1) Misschien

(1) 't Is waar dat de Engelsche en Amerikaansche Unions niet alleen meenden genoeg te hebben aan de feitelijke observantie van het bepaalde door de patroons, maar tevens terugdeinsden voor het gevaar van *executie op de Bondskas* (zoo GUYOT p. 60 en 76 vgg. en MOISSENET p. 90, 195, beide met verwijzing tot officieele stukken en de mededeeling van bekende specialiteiten als CARROL D. WRIGHT en de WEBBS). Dat wordt uitgekreten als aantasting van de werkmans-vrijheid: men herinnere zich de verbolgenheid over de uitspraak in het Taff Vale-proces, waarbij het Hoogerhuis die aansprakelijkheid aannam. Dezelfde reden speelt eene hoofdrol in het weinige gebruik der Belgische wet, die aan de Unions de bovenvermelde wijdstreckende bevoegdheid tot ageren verleent, *maar omgekeerd* den patroon actie geeft zoo de Unie niet bij hare leden de hand houdt aan de C. A. Eene behoefte die blijkens het boven aangehaalde rapport BARTHOU van 28 Dec. 1903 ook gevoeld wordt in Frankrijk. Actie hebben, o zoo graag! doch wederkeerig geactionneerd worden, al was het door eenen mede-werkman, daar heeft men wat de volksmond noemt «een broertje aan dood»: men zie bij GUYOT blz. 116 volgg. het wanhopig verweer tegen de schadeactie van BURNICHON, dien men een paar jaren lang werkloos had gemaakt. En kan men die verantwoordelijkheid niet keeren in jure, dan zal men het beproeven *in facto*. Schreef niet op 30 Juni 1902 een professor in de regten te Lyon aan een der ultra's in de Fransche Kamer eenen openbaar gemaakten brief om den syndiqués denzelfden raad te geven, waarmede de Amerikaansche leiders de onthouding van registratie motiveeren: *zorgt dat men bij U niets te pakken vindt?* J'ai dit: que votre syndicat n'ait rien. Qu'il soit un milieu de lutte antipatronale, mais que le patron ne puisse pas le tenir, le lier, le saisir sur un patrimoine (GUYOT p. 121). Met het oog op hetgeen ik blz. 85 en 88 vgg. neerschreef, scheen het mij niet ondienstig deze gedaante van de zaak wat meer in het licht der ervaring te stellen.

wel het allermerkwaardigste feit van dien aard heeft zich voorgedaan bij de Deutsche boekdrukkerij. In dat bedrijf hebben de georganiseerde werklieden een schema van algemeene arbeidsvoorwaarden ingang weten te doen vinden aanvankelijk slecht's bij een zeker aantal patroons; dat aantal heeft zich echter voortdurend uitgebreid en laatstelijk met zoodanige snelheid dat b.v. verleden jaar 190 ondernemingen wel hadden opgezegd doch 977 waren toegetreten, zoodat den 30<sup>en</sup> April ll. op den bedoelden voet gewerkt werd in 1315 Deutsche plaatsen door 40000 werklieden in 4251 ondernemingen. En welke was de regtstoestand der organisatie? Tot voor enkele jaren was zij *Buchdrucker-Verein* met regtspersoonlijkheid, doch daarvan heeft zij afstand gedaan ten gevolge van gemaal met de overheid en is thans niet meer dan een *Verband* (Moiss. p. 100). Is klaarder bewijs denkbaar voor de stelling, dat het gemis van een regtsgrondslag *geen* beletsel is voor den wasdom van het nieuwe economische verschijnsel in het nijverheidsleven, hetwelk men collectieve *overeenkomst* van arbeidsvoorwaarden gedoopt heeft, ofschoon *regtens* de eerste vereischten van een contract daarbij ontbreken? Want evenals in Frankrijk (1) wordt door menig regtsprekend collegie het regtsgevolg, volgens de adepten der C. A. aan deze eigen, daaraan *ontzegd*.

Laat zich voorzien dat het in Nederland anders zou wezen? bepaaldelijk ten dezen opzichte dat, indien doctrine en jurisprudentie eens bleken met mij van gevoelen te wezen dat de C. A. heden geen regtsgrondslag heeft en indien de wetgever zich van pogingen om daarin te voor-

(1) MOISSENET p. 61 vlgg. deelt vandaar nog een feit mede, analoog aan dat van de Deutsche boekdrukkers: het slagen van de sinds 1885 bestaande *Fédération des travailleurs du Livre*, om in hun bedrijf overal gelijke arbeidsvoorwaarden ingevoerd te krijgen. Want art. 5 der wet van 1884 ontzegt aan *fédération* de regtspersoonlijkheid, welke de afzonderlijke syndicaten aan art. 6 ontleenen.



zien bleef onthouden, dit gemis een beletsel zou blijken om collectieve accoorden te doen ontstaan en die tot feitelijke uitvoering te doen komen?

Ik zou misschien kunnen volstaan met te vragen eerstens : om welke reden? en ten tweede of, als men mij toegeeft dat elders het met de regtsgeldigheid van zulke afspraken niet beter gesteld is en zij desniettemin blijven veldwinnen, ik daaraan niet het regt ontleen om te vergen dat iemand *mij* aantoonde dat het instituut bij ons nog zoo weinig betekent *omdat* er geen regtsgrondslag voor aanwezig is? Ik wil liever een stap verder gaan en in de geschiedenis van den Diamantbewerkersbond het waarschijnlijkheidsbewijs trachten te vinden dat het omgekeerde voorshands gebleken is. Wat heeft die Bond al niet gedaan gekregen van het patronaat: ik noem slechts herhaalde beperking van werktijd, verhooging van loon, niet-toelating van „ongeorganiseerde” werkkrachten en tot voor korten tijd meedoen, althans berusten in de politiek van *geen* leerlingen in het vak. Waren al die regelingen niet *feitelijk* (1) even zooveel C. A., arbeidsregelingen beraamd door de werklieden en nageleefd door de patroons? Of ze al doorgedreven zijn geworden door middel van werkstaking en boycot — de aard van het *middel* om aanneming te verkrijgen kan niets veranderen aan de uitkomst dat het patronaat *aangenomen heeft* en het industrieele leven van beide partijen toen ook *geleefd* is naar de arbeidsregeling HENRI POLAK e.s. En dáárop komt het ten slotte aan: het vaststaande feit dat in eenen tak van nijverheid zoodanige regelingen, regtskundig niet

---

(1) In die meening wordt ik gesteund door LOTMAR, die (blz. 25) zelfs beweert dat onderwerpen als in den tekst aangeduid *alleen door middel eener C. A.* tot regeling kunnen geraken.

Deze uitspraak is van groot gewigt voor mijn betoog, dat bij ons de onthouding van minister LOEFF het tot stand brengen van zulke regelingen *niet* belemmert.

te classificeren en onder de hoede des regters te stellen, *toch* het nijverheidsleven hebben beheerscht en gehandhaafd zijn kunnen worden, al was dit door buitengeregte lijke middelen in plaats van door regtsdwang. Het buitengeregte lijke van die middelen is even weinig ter zake dienend als de regtspersoonlijkheid eigen aan den Bond, omdat naar mijn inzien deze laatste eigenschap de regtsgeldigheid der C. A. geen stap verder brengt dan zij zou wezen, gesloten door eene vakvereeniging van persoonlijkheid ontbloomt. Steun voor dit gevoelen vond ik in de omstandigheid dat, blijkens de uitingen van beide partijen na het groote conflict van dit jaar 1904 (de door de patroons op de Bondsleden toegepaste *lockout* om aanneming van leerlingen te verkrijgen), een langdurige vrede in het vak wordt voorzien, en dit nog wel terwijl een *nieuwe* collectieve regel is tot stand gekomen omtrent den werktijd: de Bond, wiens jaarverslag 1 Maart 1903—31 Augustus 1904 juicht over het verkrijgen van eenen werktijd gunstiger dan *overal* elders, stelt zich voor dit novum et inauditum te zullen kunnen handhaven, al ontbeert hij elken *geregte lijken* steun. Dit feit keert zich ook tegen de bedenking dat, indien regtsmiddelen tot handhaving eener C. A. verschaft konden worden, zulke „paardenmiddelen” als werkstaking, uitsluiting en boycot overbodig zouden blijken. Ik voeg er bij dat het al of niet in onbruik raken van dergelijke middelen, blijkens de buitenlandsche ondervinding, veeleer van *andere* factoren afhangt dan de beschikbaarheid van een regtsmiddel. Buitenlandsche deskundigen op arbeidsgebied, en bij ons o.a. mr. AALBERSE, beweren dat in Engeland, alwaar wij als regel regtsmiddelen *niet* voorhanden bevonden, de bovenbedoelde perturbaties verminderen, omdat aan weerskanten, en niet het minst bij de arbeiders, het besef doordringt dat, wanneer de economische toestanden verbetering van arbeidsvoorwaarden toelaten, die verbetering toch bijna altijd spoedig komt en dat,

wanneer de toestanden die verbetering verbieden, eene werkstaking *niet* of maar *voor een oogenblik* slaagt: dat alzoo de enorme verliezen, uit stilstand van verdiensten voor beide partijen voortvloeiende, worden ondergaan *zonder profijt*. (1) Daarentegen is in België, waar wij regtsmiddelen *aanwezig* vonden, de praktijk der „paardenmiddelen” steeds in fleur. Zal bij dergelijke ervaringen de Nederlandsche wetgever zich begeven in eene onderstbovenkeering van ons gansche verbindtenissenregt, alleen om in zijn burgerlijk wetboek plaats te geven aan eene „collectieve arbeidsovereenkomst”, ofschoon de onder dien naam aangeduide afspraak, als *regtsfiguur*, onvatbaar blijkt voor rationeele inkleeding, en zij desnietteenstaande, als *economisch* verschijnsel, reeds zóóveel blijken heeft gegeven van besliste levensvatbaarheid, dat

---

(1) Men zie de straks aangehaalde openingsrede, waarin spreker, na te hebben gewezen op het zich steeds meer coaliseren zoo van patroons als arbeiders, deze zijne slotsom aldus inleidt: «En zoo zien wij gebeuren dat de werklieden met hun goed gevulde weêrstandskas en de patroons met hun magtige organisatie . . . hun wapens «alleen maar eens laten rammelen om den ander wat ontzag in te «boezemen . . . en geneigd worden bevonden om . . . met onderling «overleg de artikelen van het verdrag vast te stellen. In Engeland «vooreerst . . . zien wij op deze wijze patroons en arbeiders zamen«werken om te komen . . . tot eenen voor beide partijen weldadigen «socialen vrede». Verder maakt mr. AALBERSE zijne toespraak bijzonder belangwekkend door sterke voorbeelden van handhaving der accoördbepalingen onder omstandigheden, waarin een daartoe strekkend regtsmiddel noch in Engeland noch elders te vinden zou zijn. O. a. dat van een collectief looncontract in den scheepsbouw, gevolgd door hogere looneischen te Hartlepool, welke de patroons onder protest inwilligden omdat de Union verzekerde dat het geval in orde zou komen; de vereeniging gaf later het te veel betaalde terug en dwong hare leden dit bedrag benevens eene boete in de kas terug te brengen. Omgekeerd van eene patroonsvereeniging, die eenen *niet* aangesloten schoenmakersbaas dwong om niet te doen werken beneden het met de vakvereeniging vastgestelde collectieve tarief, door uit te lokken verbod der Union aan de vakarbeiders om bij dien man in dienst te gaan. Soortgelijke mededeelingen vindt men op onderscheidene plaatsen in het werk van GUYOT.

's wetgevers geweten zich waarlijk niet behoeft te kwellen met zorgen over de schamelheid van haar juridisch gewaad? (1)

Voor mij is de slotsom van deze studie dat de minister van Justitie zich zou hebben ingescheept in een juridisch avontuur, indien hij had gepoogd de regeling van het arbeidscontract uit te strekken tot de hier beschouwde accoorden en dat hij door zijne onthouding blijk van staatsmanswijsheid gegeven heeft.

Den Haag, najaar 1904.

A. P. TH. EYSSELL.

---

(1) Tot mijding van misverstand, nu dit onthoudingsadvies komt van iemand, haast berucht om zijn tegenstand tegen niet volstrekt noodige staatsbemoeiing, zij opgemerkt dat met *die* tegenkanting mijn advies niets te maken heeft. Immers het komt hierop neer: laat dit onderwerp van contractenrecht blijven onder de *algemeene* wetsregels voor overeenkomsten; wat (onbetwistbaar) tot de taak des wetgevers behoort, dat heeft hij *alreeds verrigt* en deze zijne verrioting zou hij maar gaan *bederven*, door zich te gaan zetten aan eene *speciale* bemoeiing door uitzonderingsregt. Zou men een advies, om uit het W. v. Regtsvordering titel 4 van Boek I te schrappen, weêrleggen met het verwijt dat zoo'n raadgever de handelsprocessen *zonder* wetsvorm gevoerd wil hebben, of zou men inzien dat ons wetboek *zonder* dien titel ook voor de handelszaken regels hield, namelijk de *algemeene* procesregeling?

*Het Wetboek van Strafrecht verklaard*, door  
Mr. T. J. NOYON. — Tweede druk. — Dl. I  
(Inl. B. I.). — Groningen, J. B. WOLTERS, 1904.  
— Gr. 8<sup>o</sup>., 434 blz.

De eerste, in 1896 verschenen, uitgave van dit werk besprak ik vrij uitvoerig en met groote ingenomenheid in het *W. v. h. R.* van 14 Mei 1897, no. 6957. Eene beknopte aankondiging van Dl. II en Dl. III, achtereenvolgens verschenen in 1899 en 1900, vond hare plaats onder de Berichten en Mededeelingen van *W.* 7472, gedagteekend 29 Augustus 1900. Ik kon destijds reeds constateeren, dat eene aanbeveling van het werk van den heer NOYON niet meer noodig was, daar het onmiddellijk na de verschijning van het eerste deel zijn weg gevonden had onder onze wetenschappelijke en praktische criminalisten. Mij verwondert het dan ook allerminst, dat na verloop van 7 à 8 jaren de behoefte zich deed gevoelen aan een tweeden druk, waarvan nu voor eenige maanden het eerste deel het licht zag bij den zoo gunstig bekenden Groningschen uitgever, die reeds aan zoo menig standaardwerk op rechtsgeleerd gebied zijn naam verbond. Behoef ik hierbij te voegen, dat ik gaarne voldoe aan het verzoek der geachte redactie van de *Themis* om in dit Tijdschrift eene korte aankondiging van dezen tweeden druk te geven?

Eene korte aanteekening. Meer is onnoodig. In het plan van het werk en in de uitwerking daarvan is niets veranderd. Ik kan mij dus in dat opzicht gedragen aan

wat ik over beiden na de verschijning van den eersten druk schreef in *W.* 6957. Intusschen spreekt het vanzelf, dat een commentaar van ons Wetboek van Strafrecht, na verloop van 7 à 8 jaren in een nieuwen druk verschijnende, om bij voortdoring in de praktijk met vrucht te kunnen worden geraadpleegd, niet geheel ongewijzigd en onaangevuld het licht mocht zien, waar de rechtspraak en de literatuur nooit ophouden nieuwe hulpmiddelen en nieuwe gezichtspunten voor de uitlegging der wet aan de hand te doen. In het korte voorbericht van deze tweede uitgave zegt de schrijver dan ook, dat zij „is bijgewerkt naar de nieuwere jurisprudentie „en literatuur, waarbij dankbaar gebruik is gemaakt „van de kritiek, zoodat ook hier en daar wijziging van „opvatting merkbaar zal zijn”. Dat de daad zich hier paart aan het woord, bewijzen eene eenigzins aandachtige doorbladering van den tweeden en eene summierere vergelijking van dezen met den eersten druk. Waar de kritiek wijziging in schrijvers opvatting heeft gebracht, wordt daarop de aandacht van den lezer gevestigd in korte noten aan den voet der bladzijden (zie o. m. bl. 45, noot 1); maar niet zelden ook worden in denzelfden vorm vroegere opvattingen naar aanleiding van latere tegenwerpingen nader verdedigd of verklaard (zie o. m. bl. 12, noot 2, bl. 25, noot 1).

Ook de strafwetgeving heeft sedert het jaar 1896, waarin de eerste druk van dit werk verscheen, niet stilgestaan. Belangrijke wijzigingen en aanvullingen zijn in het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht gebracht, zij het dan ook alleen „ten aanzien van jeugdige personen”, bij de wetten van 12 Februari 1901, *Stbl.* no. 63 en 64. Wat na het in werking treden dezer wetten in verband met de wet van dezelfde dagteekening, *Stbl.* no. 62, „rechtens zal zijn”, wordt, gelijk het voorbericht meldt,

bij de betrokken artikelen aangegeven. Mij heeft het wel eenigzins teleurgesteld, dat de schrijver zich daartoe bepaalt. Er kan nu toch niet veel tijd meer mede gemoeid zijn voordat de bedoelde wetten in werkelijkheid deel zullen uitmaken aan ons geldend recht. Zoo duidelijk nu zijn zij waarlijk niet en zoo gemakkelijk valt het niet in haar geest door te dringen, dat zij niet, ook in het licht harer geschiedenis, aan eenige verklaring behoefte hebben. Zij zijn nu eenmaal geïncorporeerd in onze Wetboeken van Strafrecht en van Strafvordering, ofschoon het naar mijn oordeel veel beter geweest ware ze daarbuiten te houden (1), en, voorzover het materiele recht betreft, komt het mij dus voor, dat men in een zoo volledigen commentaar van het Wetboek van Strafrecht als de heer NOYON ons schonk iets meer dan eene inhoudsopgaaf of paraphrase van dit geheel nieuwe recht mocht verwachten. Dat die verwachting niet is vervuld, trof mij vooral als eene leemte bij de artt. 38 en 39. De schrijver liet in hoofdzaak ongewijzigd herdrukken zijne vroegere aantekeningen op deze artikelen, maar die aantekeningen, hoe belangrijk ook op zich zelve, zullen alle actualiteit verliezen als de artt. 38 en 39 zullen zijn vervangen resp. door art. 38 nieuw en art. 39 nieuw, benevens de artt. 39 *bis* tot *noviës*, waarvan wij niets te lezen krijgen dan den tekst en eene beknopte uiteenzetting der punten van verschil tusschen het geldende recht en het „geheel” nieuwe stelsel van behandeling van jeugdige personen, dat binnenkort van het papier in het leven zal treden (bl. 185—188).

Van het omvangrijke ontwerp tot herziening van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht, der Tweede

---

(1) Waarom zeide ik in de hoofdartikelen van W. 7370 en W. 7449.

Kamer aangeboden bij Koninklijke Boodschap van 25 September 1900 met eene door den Minister CORT VAN DER LINDEN onderteevende memorie van toelichting, is bij alle artikelen, waarvan bij dat ontwerp aanvulling of wijziging werd voorgesteld, gewag gemaakt. Hetzelfde kon niet geschieden met het herzieningsontwerp van den Minister LOEFF, dat de Tweede Kamer eerst bereikte onder geleide der Koninklijke Boodschap van 19 September 1904, nadat de tweede druk van het aangekondigde werk was verschenen.

Onder de door den Minister LOEFF overgenomen wijzigingen en aanvullingen van zijn ambtsvoorganger VAN DER LINDEN behoort gelukkig niet diens nieuw eerste lid van art. 45: „Poging tot misdrijf is strafbaar zoodra „de dader eene handeling verricht met het oogmerk om „daardoor tot de uitvoering van zijn opzet over te gaan”. Terecht wordt door den heer NOYON opgemerkt (bl. 231, noot 1), dat in deze bepaling, tegen welke verre strekking ik reeds opkwam in het hoofdartikel van *W.* 7518, de subjectieve theorie bij poging in haar „uiterste gevolgtrekking” wordt gehuldigd. Overigens volhardt de schrijver (bl. 230, 231) bij zijne meening: „dat de wet ten aanzien „van poging eene leer verkondigt, die men er niet „in heeft willen leggen, maar er feitelijk „in gelegd heeft (2), en dat poging reeds aanwezig „is, zoodra aan het opgevatte voornemen (2) een „begin van uitvoering is gegeven”. Met deze opvatting van art. 45 Wetb. v. Str., die onlangs nog bestrijding vond in het Leerboek van Prof. SIMONS, kan ik mij ook niet vereenigen om de vroeger door mij medegedeelde redenen (3). Het is hier natuurlijk de plaats niet om

(2) Ik spatieer.

(3) Zie *W.* 6219 onder de rubriek Periodieke Literatuur.



het debat over deze groote strijdvraag voort te zetten. Alleen teeken ik nog aan, dat terwijl de Hooge Raad tot nu toe nooit in de gelegenheid was om deze vraag te beantwoorden, daarover verschil van inzicht bestaat bij 's Hoogen Raads parket, blijkens de conclusie van het O. M., voorafgegaan aan het arrest van 24 Maart 1902, W. 7748. In die conclusie toch verdedigt de adv.-gen. ORT, in afwijking van de door zijn ambtgenoot NOYON voorgestane leer, zeer beslist, en op m. i. deugdelijke gronden, de stelling, dat in ons strafwetboek de objectieve theorie bij poging is gehuldigd.

Ik kan het om de reeds vermelde redenen bij dit weinige laten en besluit met den wensch, dat binnen betrekkelijk korten tijd ook Dl. II en III van dit werk in den nieuwen tot den dag der uitgave bijgewerkten druk zullen verschijnen.

November 1904.

A. A. DE PINTO.

*Beschouwingen over het Ontwerp-Wetboek van Strafrecht voor inlanders in Nederlandsch-Indië*  
door J. W. G. KRUSEMAN. — Haarlem, 1902.  
122 blz. 8vo.

Terwijl reeds in Mei 1848 in Ned.-Indië werd ingevoerd eene codificatie van het materieel en formeel privaatrecht, geschoeid op den leest der in Nederland sedert 1 October 1838 geldende wetboeken, en tegelijkertijd de reglementen op de rechterlijke organisatie en het strafproces, ook voor inlanders, rechtskracht bekwamen, werd om redenen, in welker uiteenzetting ik thans niet tred, eerst ongeveer achttien jaren later, bij het door den Minister FRANSEN VAN DE PUTTE gecontrasigneerde K. B. van 10 Februari 1866 n°. 54, vastgesteld het krachtens art. 3 van dat besluit den 1<sup>en</sup> Januari 1867 in werking getreden en, ofschoon niet geheel ongewijzigd, nog geldende „Wetboek van Strafrecht voor Ned.-Indië „(Wetboek voor de Europeanen)” (1).

Dit wetboek werd ontworpen door eene in Nederland werkzame commissie van drie leden, die deze opdracht ingevolge Koninklijke machtiging ontvingen in December 1860 van den Minister ROCHUSSEN. De commissie, waaraan ik als secretaris werd toegevoegd, was binnen een

---

(1) Dit Wetboek werd hier te lande in 1866 uitgegeven bij GERR. BELINFANTE te 's-Gravenhage met de memorie van toelichting en eenige door mij ter aanvulling dezer memorie daaraan toegevoegde aantekeningen.

jaar met haar arbeid gereed; vier jaren ruim verliepen echter eer haar ontwerp, nagenoeg ongewijzigd, door den Koning, den Raad van State gehoord, als Wetboek werd vastgesteld. Dat lange oponthoud had voor een deel zijn oorzaak in het destijds heerschende verschil van gevoelen, of het Wetboek bij de wet moest of ook wel bij Koninklijk Besluit kon worden vastgesteld.

De commissie ging bij haar arbeid — in overeenstemming met haar mandaat en ook met de, naar ik meen destijds algemeene, later wel eens betwiste (2) opvatting van art. 75, 1e lid, Reg.Regl. 1854 — uit van de stelling, dat haar model moest zijn de in het moederland in 1860/61 geldende strafwetgeving, waarvan principieele afwijking alléén haar rechtvaardiging vond in „den eigenaardigen toestand der Nederlandsch-Indische bezittingen” (3).

---

(2) Mr. G. W. MARGADANT spreekt in zijn uitmuntenden commentaar van het Reg.Regl. (III, bl. 98) als zijn gevoelen uit, dat het eene in de praktijk en ook wel in officieele bescheiden, uitgaande van het departement van koloniën «heerschende dwaling» is, dat «altijd per se de Nederlandsche wetten pasklaar moeten worden gemaakt voor Indië». Dit is volgens dezen schrijver volstrekt niet de bedoeling geweest bij de totstandkoming van art. 75 R. R., waarin men de woorden zooveel mogelijk overeenkomende met de in Nederland bestaande wetten «niet heeft opgenomen «met den wil om zoo weinig mogelijk van eene Nederlandsche wet «af te wijken, maar» — en hierop komt het aan — «als beginsel «heeft vooropgesteld eigen regeling voor de koloniën bij algemeene «verordening, dus in het oog houdende de afwijkende toestanden in «de verschillende maatschappij en alleen dan de moederlandsche «wetgeving tot voorbeeld nemende voor zoover die afwijkende maatschappij met hare afwijkende behoeften eene overeenkomst met de «Nederlandsche wet mogelijk maakt».

(3) Zie de voorrede van de in noot 1 vermelde uitgave van het Wetboek en de daár op bl. VII in de noot aangehaalde §§ der memorie van toelichting. De staatscommissie, in 1887 belast met het ontwerpen van het nader te vermelden Wetboek van 1898, dacht over de verhouding van het Nederlandsch-Indische tot het Neder-

Op het bij voormeld K. B. van 1866 vastgestelde Wetboek voor de Europeanen volgde ruim zes jaren later het bij Koloniale Ordonnantie van 6 Mei 1872 gearresteerde, den 1<sup>en</sup> Januari 1873 in werking getreden Wetboek voor de Inlanders. Bij de samenstelling van dat wetboek, ontworpen door den toenmaligen directeur van justitie, later president der beide hooge gerechtshoven van Ned.-Indië, wijlen Mr. T. H. DER KINDEREN, moesten blijkens de memorie van toelichting „zooveel mogelijk worden gevolgd en overgenomen de bepalingen van het wetboek van strafregt voor Europeanen” (4) en alzoo — uit de tweede hand — mede de door laatstgemeld wetboek aan de Nederlandsche strafwetgeving ontleende voorschriften, al ligt het in den aard der zaak, dat de afwijkingen daarvan veel talrijker waren in het voor de inlandsche dan in het voor de europeesche bevolking van Ned.-Indië bestemde wetboek.

Volgt nu hieruit, dat de auteur van het verdienstelijke academisch proefschrift (5), waarvan de titel hierboven is overgeschreven, in zijne Inleiding (bl. 7) met juistheid zegt: „Het bestaande recht, in 1867 voor de Europeanen, in 1873 voor de Inlanders ingevoerd, rustte „bijna geheel (6) op den grondslag van het toen „reeds lang verouderde Fransche recht”? Neen, want nog minder juist is wat daarop volgt: „Het in Neder-

---

landsche strafrecht niet anders dan hare voorgangster van 1860, al onthield zij, en de regeering op haar voetspoor, zich niet angstvallig van elke verduidelijking of verandering, waaraan de Nederlandsche wetsbepalingen «op zich zelve» blijkbaar behoefte hadden (M. v. T., Alg. Besch., Inl. § 1).

(4) Bl. 406 der door Mr. DER KINDEREN bewerkte uitgaaf van het Wb. v. Sr. voor Inl., gevolgd door de toelichtende memorie (Batavia, OGIIVIE & Co., 1872).

(5) Bij de gem. universiteit te Amsterdam verdedigd, 8 October 1902.

(6) Ik spatieer.

„land geldende strafwetboek nu was eene herhaaldelijk „gewijzigde vertaling van den Code Pénal”. Het Fransche Strafwetboek van 1810 heeft hier te lande van 1 Maart 1811 tot 1 September 1886, voorzoover het niet door Nederlandsche wetten — te beginnen met het S. B. van 11 December 1811 (Stbl. no. 10) — was gewijzigd, in zijn oorspronkelijken tekst als wet gegolden, niet de slechte officieele vertaling. De toestand in 1860/61, toen het N.-I. Strafwetboek van 1866 in Nederland werd ontworpen, was nu deze, dat men dáár niet meer had een zuiver Fransch strafrecht, maar integendeel het algemeene deel van den Code Pénal, bij name het strafstelsel, geheel uit zijn voegen was gerukt door de wet van 29 Juni 1854 (Stbl. no. 102), die ook het bijzondere deel niet onaangetast liet, dat daarenboven belangrijk was of later nog werd gewijzigd door andere tot bepaalde misdrijven betrekkelijke wetten.

Hoe dit zij, het Fransch-Nederlandsch strafrecht, de hoofdbron der in Ned.-Indië in 1867 en 1873 ingevoerde en dáár nu nog geldende wetboeken, verloor bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht (1 September 1886) in Nederland voor goed zijne werking. Wilde men rekening blijven houden met art. 75 R. R., dan was ook eene nieuwe codificatie van het strafrecht in Ned.-Indië noodzakelijk. De Nederlandsche regeering, daarop bedacht, stelde bij K. B. van 28 Maart 1887, no. 15, eene staatscommissie in „tot het ontwerpen van „een Wetboek van Strafrecht in Nederlandsch-Indië”, alzo om te beginnen met datgene, waarmede men ook in 1860 begonnen was.

Aan deze staatscommissie werd, op het voorbeeld der door den Minister ROCHUSSEN in 1860 benoemde commissie, opgedragen een ontwerp samen te stellen, zooveel mogelijk overeenkomstig het Nederlandsche Wetboek van

Strafrecht, vastgesteld bij de wet van 3 Mei 1881 (Stbl. no. 35). De in 1887 ingestelde commissie, waarvan ik deel uitmaakte onder praesidium van den geëerden oud-directeur van justitie en oud-president der beide hooge gerechts-hoven in Ned. Indië Mr. D. L. F. DE PAULY (7), leverde haar rapport aan H. M. de Koningin-Regentes in onder dagteekening van 24 Juni 1891, met overlegging van een ontwerp-wetboek en memorie van toelichting (8). Nagenoeg zeven jaren verliepen eer dit ontwerp bij K. B. van 12 April 1898, n°. 30 als wetboek werd vastgesteld. Vastgesteld, maar niet ingevoerd, wat ook nu na verloop van een nieuw zestal jaren niet is geschied. Die vertraging is, zoo niet geheel, dan toch grootendeels te wijten daaraan, dat terwijl in 1866 het bij K. B. gearresteerde Europeesche wetboek werd ingevoerd in afwachting van het in 1872 bij koloniale ordonnantie vastgesteld inlandsche wetboek, nu het eerste niet zal worden ingevoerd voordat ook het tweede, mede bij K. B. vast te stellen, ter invoering gereed zal zijn.

Een ontwerp van het strafwetboek voor de inlanders in Ned. Indië is inmiddels samengesteld door Mr. J. SLINGENBERG, den bekwamen laatsten secretaris der Europeesche commissie, ingevolge opdracht van den Minister van Koloniën. Zijn arbeid, ontwerp en memorie van toelichting, werd reeds in 1901 voltooid en ligt voor mij in een royaal quarto boekdeel van XII en 192 blz. Het is aan dat Ontwerp dat de heer KRUSEMAN zijne „Beschouwingen” wijdt, waar hij het doorgaans vergelijkt met het in 1898 vastgestelde wetboek voor de Europeanen.

---

(7) Mijne medeleden in deze commissie waren nu wijlen Mr. H. L. HOVY, Mr. D. J. MOM VISCH en Prof. Mr. G. A. VAN HAMEL. Als secretaris trad eerst op Mr. J. LION, later Mr. J. SLINGENBERG.

(8) Een en ander verscheen in druk te 's Gravenhage bij GEBR. BELINFANTE (1891).

Buiten deze vergelijking valt echter het algemeene deel van wetboek en ontwerp, waarvan slechts enkele bepalingen incidenteel ter sprake komen, wanneer het verband met speciale voorschriften dit naar zijn inzien eischte.

Zoo bespreekt de schrijver (bl. 81 vgg.) naar aanleiding van bigamie en overspel de rechtspositie der inlandsche christenen. Volgens de memorie van toelichting van het wetboek van 1866 zouden de inlandsche christenen, als ingevolge art. 109 R. R. met Europeanen gelijkgesteld, aan dat wetboek zijn onderworpen. Art. 4 van het invoeringsbesluit van 10 Februari 1866 bepaalde echter het tegendeel waar het voorschreef: „Dit wetboek „is, zoolang daaromtrent niet nader zal zijn voorzien, „niet toepasselijk op de inlandsche christenen”. Deze toestand werd bij de invoering van het wetboek van 1872 bestendigd door art. 3, 1e lid der invoeringsordonnantie, luidende: „Dit wetboek is, zoolang daaromtrent „niet nader zal zijn voorzien, ook van toepassing op de „inlandsche christenen”. Volgens de mem. van toelichting van het Ontw. Wb. voor Inl. (bl. 103) kunnen de redenen, die in 1872 voor zoodanige bepaling werden aangevoerd (9), thans niet meer gelden, omdat „de „inlandsche christenen door de jurisprudentie niet langer „als met Europeanen gelijkgestelden (worden) aange„merkt”. Het is echter niet duidelijk hoe de jurisprudentie, die thans steun vindt in de aangehaalde bepalingen der invoeringsordonnanties van 1866 en 1872, op dezen weg zal kunnen blijven voortgaan, indien deze bepalingen zonder aequivalent vervallen bij de invoering der nieuwe codificatie. Dan toch zou de regel van gelijkstelling van „alle christenen” met Europeanen (art. 109,

(9) M. v. T. Wb. 1872, bl. 107—109 (uitg. DER KINDEREN).

2e lid R. R., gewijzigd bij de wet van 19 Mei 1899, Stbl. n<sup>o</sup>. 121) wat het strafrecht betreft in volle kracht treden. Met den heer KRUSEMAN ben ik het dus eens, dat wil men den geldenden toestand bestendigen — of dit wenschelijk is, staat niet aan mij te beoordeelen — ook in de inv.ord. van het nieuwe Swb. voor Inl. „uitdrukkelijk bepaald moet worden, dat het Wb. tot nadere „voorziening ook op inlandsche christenen van toepassing zal zijn”.

Verder bespreekt de schrijver nog uit het algemeene deel van het Ontwerp:

op bl. 88, 89, art. 23, 4o., waar onder de rechten, waarvan de strafrechter de ontzetting kan uitspreken, wordt genoemd „de vaderlijke of daarmede overeenkomende macht” — „en wel met het oog op het in „sommige streken van den Indischen archipel, zooals in „de Padangsche bovenlanden, voorkomend matriarchaat”;

op bl. 95, 96, art. 81 „minderjarig” noemende hem „die „den leeftijd van een en twintig jaren niet heeft bereikt „en niet vroeger in den echt is getreden, tenzij bij algemeene verordening een andere leeftijd is vastgesteld (10) „en behoudens het bepaalde bij art. 253” (11);

op bl. 105—107, art. 61 (m. v. t., bl. 123, 124), omtrent klachtdelicten inhoudende analoge bepalingen als art. 64 Ned. Wb. v. Strafr., maar evenals art. 72 Wb. v. Strafr. voor Europeanen daarvan afwijkende insoover Indische toestanden dit eischen;

---

(10) De algemeene verordeningen, waarbij dat is geschied, vermeldt de m. v. t. op blz. 126.

(11) Volgens dat artikel wordt ten aanzien van de artt. 251 en 252 — ontucht met minderjarigen, koppelarij — «als minderjarig aangemerkt hij die den leeftijd van achttien jaren niet heeft bereikt «en niet vroeger in den echt is getreden, tenzij bij algemeene verordening een andere leeftijd is vastgesteld».



op bl. 107—110 eindelijk de artt. 35, 36 (m. v. t., bl. 119, 120), bepalingen inhoudende over den leeftijdsgrens als grond van uitsluiting of vermindering der strafbaarheid. In het algemeen sluit het ontwerp zich hier, evenals de artt. 46 en 47 van het Wb. voor Europeanen, aan bij het in Nederland thans nog geldende recht. Juist daarom zal, wil men op voet van gelijkheid blijven met het Ned. recht, het ontwerp wijziging behoeven in dit opzicht, en het Wetboek zóó niet kunnen worden ingevoerd als het is vastgesteld, nu door de artt. IX, X en XI der wet van 12 Februari 1901 (Stbl. no. 63) voor het stelsel der artt. 38 en 39 van ons Wetboek een geheel ander in de plaats is getreden. Vreemd is het, dat in het Proefschrift, dat het licht zag ruim anderhalf jaar na deze wet, welker invoering men nog altijd wacht, daarop met geen woord wordt gewezen.

Waarom de heer KRUSEMAN het bij de incidenteele bespreking van sommige bepalingen van het algemeene deel heeft gelaten en dit als geheel niet in zijne „Beschouwingen” heeft betrokken, is mij niet recht duidelijk. Immers ook het algemeene deel, vooral het strafstelsel, bevat ter vergelijking met het Wb. voor de Europeanen, welke de schrijver zich bepaaldelijk ten doel stelde, veel belangrijks. Intusschen, ieder schrijver, bij name de auteur van een academisch proefschrift, dien het meer te doen is om het leveren van eene proef zijner bekwaamheid en om zelfonderricht dan om onderricht of voorlichting van anderen, is vrij zijne stof te kiezen en te begrenzen, zooals hij, waarom dan ook, verkiest.

De schrijver, zich in hoofdzaak tot het bijzondere deel van het Ontwerp (B. II, Misdrijven, B. III, Overtredingen) bepalende, heeft daarbij de orde der artikelen niet gevolgd, doch „getracht de verschillende begrippen

„te classificeeren” (Inl., bl. 10). Zoo kwam hij tot eene verdeeling in vijf Hoofdstukken onder de volgende rubrieken:

- I. Sociale toestanden en begrippen, bl. 11—58.
- II. Politieke toestanden en begrippen, bl. 59—73.
- III. Godsdienstige toestanden en begrippen, bl. 74—83.
- IV. Familietoestanden en begrippen, bl. 84—93.
- V. Leeftijdsgrenzen, bl. 94—110.
- VI. Karaktereigenschappen en andere eigenaardigheden van den inlander, bl. 111—122.

Hoofdst. I, verreweg het uitgebreidste, is verdeeld in vier afdeelingen: *A.* Woningtoestanden, bl. 12—19, *B.* Arbeidstoestanden, bl. 19—39, *C.* Landbouwtoestanden en begrippen, bl. 39—55, *D.* Scheepvaarttoestanden, bl. 55—58.

De stof, men ziet het, is rijk genoeg, maar ik laat het bij deze summiere inhoudsopgave en verdiep mij niet in bijzonderheden. Niet alleen omdat ik reeds nu de grenzen eener eenvoudige aankondiging, die ik mij had gesteld, bijna heb overschreden, maar ook omdat ik, die Ned.-Indië niet uit eigen aanschouwing ken, geen oordeel durf uitspreken over de vraag, of de schrijver de vrijwillig op zich genomen taak, in zoover daartoe eenige vertrouwdheid met Indische toestanden en begrippen vereischt wordt, geheel naar eisch heeft volbracht. Trouwens reeds voor geruimen tijd heeft een bevoegd beoordeelaar uit Ned.-Indië, de heer Mr. S. KOSTER, in W. 7868 zijn gevoelen over dit proefschrift doen kennen. Al heeft deze referent enkele min of meer gewichtige aanmerkingen op den eersteling van den heer KRUSEMAN, van het Indische standpunt bezien, toch erkent hij, dat „zijn arbeid over het algemeen getuigt van scherpzinnig-

„heid, nauwkeurige studie van zijn onderwerp en vlijtige „raadpleging der literatuur”. Gaarne sluit ik mij aan bij dit gunstige oordeel, inzoover mij, ofschoon persoonlijk onbekend met ons Insulinde, toch niet volslagen vreemd op het gebied der codificatie van het Ned.-Indische Strafrecht, aan welker voorbereiding in Nederland ik tot tweemaal toe een werkzaam aandeel had, hier eenig recht van medespreken toekomt.

October 1904.

A. A. DE PINTO.

NASCHRIFT. Deze aankondiging lag in proef voor mij, toen ik kennis nam van de bij Koninklijke Boodschap van 15 November 1904 der Tweede Kamer van de Staten-Generaal ter overweging aangeboden ontwerpen van wet tot wijziging van de artt. 75 en 109 en intrekking van art. 86 Reg.Regl. van Ned.-Indië met de belangrijke memoriën van toelichting en de niet minder belangrijke en zeer uitgebreide daaraan toegevoegde bijlagen. Worden deze ontwerpen eenmaal wet, dan zal vermoedelijk het Ontw. Wb. v. Sr. voor inlanders in Ned.-Indië, waaraan Mr. KRUSEMAN zijne „Beschouwingen” wijdde, wel nooit als Wetboek in het Ned.-Ind. Staatsblad verschijnen. Immers de tegenwoordige Minister van Koloniën is in beginsel gekant tegen het „juridische dualisme” van art. 75 R.R. Ligt het niet in zijne bedoeling daarmede in de naaste toekomst geheel te breken, toch wenscht hij het in de toepassing zooveel mogelijk te „temperen”. De tijd schijnt den heer IDENBURG nu reeds aangebroken om „geleidelijk met temperen aan te vangen”. In dezen gedachtengang strekt zijn wijzigingsvoorstel in de eerste plaats om in het 1e lid van art. 75 R.R. te doen vervallen de woorden „voorzooveel de Europeanen betreft”, en aan dat lid als zuiver

facultatieve bepaling toe te voegen, dat de verordeningen, waarop de rechtspraak in burgerlijke- en handelszaken, alsmede in strafzaken, berust, „kunnen verschillen „voor Europeanen, Inlanders en vreemde Oosterlingen”. De voorgestelde wijzigingen van art. 109 R.R. houden natuurlijk hiermede verband. Aan de bepalingen voor Europeanen worden daarbij sub 3<sup>o</sup> onderworpen verklaard alle Christenen, die niet zijn Nederlanders of uit Europa afkomstig en die niet tot de inheemsche bevolking van Ned.-Indië behooren. Na deze wijzigingen van het R.R. kan volgens de M. v. T. wat de strafwetgeving betreft onmiddellijk naar éénheid in plaats van het thans heerschende „dualisme” gestreefd worden. „Na „de wijziging van art. 75 R.R.” — zoo leest men aan het slot van § 12 der eerste memorie — „kan dadelijk „in dien geest het reeds afgekondigde, maar nog niet „in werking getreden strafwetboek voor Europeanen „worden herzien. De in de rechtsgeleerde wereld algemeen hooggewaardeerde „„Indian Penal Code”” heeft „reeds voorlang het bewijs geleverd dat deze wijze van „wetgeven op strafrechtelijk gebied voor eene gemengde „bevolking uitstekend voldoet”.

Ik teeken hierbij alleen nog aan, dat de Indian Penal Code in Britsch-Indië is ingevoerd den eersten Mei 1861, zoodat daarvan reeds gewag kon worden gemaakt in § 4 Alg. Besch. der M. v. T. van het N.-I. Wb. v. Sr. v. 1866 (bl. 102 der hiervoren in noot 1 vermelde uitgaaf).

28 Nov. 1904.

A. A. D. P.

Haag, 19 November 1904.

WelEd. Gestr. Heeren,

Met verbazing hebben vele geabonneerden op de *Themis*, vooral medearbeiders, kennis genomen van het 1ste stuk, dat in no. 3 van het loopende jaar is opgenomen.

Dat stuk bevat eene kritiek op een vonnis, door de 4de strafkamer van het landgericht I te Berlijn gewezen, waarbij het stellen van vragen aan tal van personen gericht, of zij ontucht, en bepaaldelijk onnatuurlijke ontucht, bedreven, als beleedigend is aangemerkt.

Of en hoever die uitspraak volgens het Duitsche recht aan twijfel onderhevig moet geacht worden, terwijl beweerd werd, dat de vragen gesteld waren met een wetenschappelijk doel, ter beoordeeling van den werkelijken toestand der bevolking, daarover wensch ik geen oordeel uit te spreken. Aan de vrijheid van wetenschappelijke kritiek op juridisch gebied willen wij nooit te kort doen. Maar vrije wetenschappelijke kritiek mag toch nooit ontaarden in bandeloosheid van zeden. Meermalen is gewezen op het onderscheid tusschen de wetenschap van het recht en die van de zedelijkheid; maar men zou een denkfout begaan, als men zich de zedelijkheid wilde voorstellen, als te staan buiten de wetenschap van het recht. De Rechter heeft op het gansche gebied van het recht te bepalen, wat de eisch is van goede zeden en wat daarmede strijdt, terwijl in de menschelijke samenleving elke verbintenis rechtens nietig is, als zij in strijd is met goede zeden. Zoowel bij de beoordeeling van de rechtmatige tucht van ouders over hunne kinderen, als

bij beslissing over overspel en buitensporigheden van gehuwde personen heeft hij te oordeelen over de verantwoordelijkheid van hen, die zich overgeven aan onbeteugelde hartstochten van oplopendheid en drift, alsmede van hen, die den lust tot eenig zingenot, zooals het gebruik van sterken drank, niet hebben leeren beheerschen.

Onder de hartstochten, waarbij zelf beheersching plicht is, bekleedt geslachtsdrift eene voorname plaats. De maatschappij moet beveiligd zijn tegen de ergerlijke uitspattingen van al de wellustige neigingen, die daarmede in verband staan. Het is een stellige eisch van het recht, dat in eene ordelijke samenleving deze sterke hartstocht beperkt blijve binnen de regelmatige samenleving van man en vrouw en dat de heiligheid van het huwelijk hoog worde gehouden, omdat goede huwelijken den grondslag vormen van een gezond volksleven. Blind toegeven aan allerlei wellustige neigingen moet altijd geoordeeld worden, in strijd te zijn met goede zeden. Toegeven aan ongebreidelden hartstocht, heeft voor hen, die zich daaraan overgeven, en voor hunne omgeving, de allerongelukkigste gevolgen.

Van de vroegste tijden af is alle ontucht veroordeeld. De strengste veroordeeling heeft altijd de onnatuurlijke ontucht getroffen. Het is bekend, dat deze in LEVITICUS 20:13 afschuwelijk genoemd wordt en dat op de schuldigen de doodstraf gesteld is.

Eene andere plaats uit het oudste gedeelte der boeken van MOZES, GENESIS 19:4—9, evenals RICHTEREN 19:22 heeft de duidelijke strekking der oude overlevering, om te wijzen op de verregaande brutaliteit, waarmede zij, die aan deze ontucht waren overgegeven, tegen hunne medemenschen hadden durven optreden.

In 1. 8 Dig. de adulteriis coërcendis (48.5) wordt ook uitdrukkelijk vermeld het *stuprum cum masculino* en de

Instituten van JUSTINIANUS spreken in IV. 18:4 van de doodstraf bij de lex Julia bedreigd tegen hen, „*qui cum masculo infandam libidinem exercere audent*”. Het oude Romeinsche recht bevatte reeds strenge straffen tegen de onnatuurlijke ontucht. Men zie daarover THEOD. MOMMSEN, Röm. Strafrecht p. 703 en 704. Het oud-Hollandsche recht was, evenals alle Germaansche volksrechten, uiterst streng.

Niettegenstaande de strenge wetten was, onder den invloed der Grieksche beschaving en de verbazende weelde, onder het Keizerrijk dit zedenbederf sterk toegenomen. De Romeinsche letterkunde onder het Keizerrijk levert daarvan het bewijs.

Wij hebben daarvan ook het afdoende bewijs in de brieven van PAULUS, die in zijn brief aan de gemeente te Corinthe, de weelderige en zedeloze stad, I 6:10 waarschuwt tegen deze ondeugd en in den brief aan de Romeinen I:24, 26 en 27 aanvoert, hoe deze heerschende stam aan allerlei ellende was overgegeven, terwijl zij hunne eigene lichamen tot schande maakten, vrouwen zoowel als mannen door onnatuurlijke ontucht, mannen met mannen schandelijkheid bedrijvende.

De eerste en ook de latere Keizergeschiedenis heeft dat getuigenis ten volle bevestigd. Ook is het latere verval van het Oostersch-Grieksche Keizerrijk aan het voortgaande zedenbederf toegeschreven.

Over het algemeen wordt de paederastie, die in het Oosten voorkomt, als een der grootste gebreken van de meerder en minder beschaafde volken aldaar aangemerkt.

Dat men in de nieuwe strafwetgevingen in Europa de daarop vroeger algemeen gestelde doodstraf heeft laten wegvallen, mag niet worden toegeschreven aan de opvatting, dat de onnatuurlijke ontucht minder verwerpelijk zou zijn, maar veeleer aan de zienswijze, dat

strafvervolgingen meestal het groote nadeel hebben gehad, dat zij een bedenkelijk inquisitoriaal ingrijpen in het privaateleven hadden medegebracht en de aandacht der groote menigte te veel hadden gevestigd op handelingen, die zooveel mogelijk aan de openbare aandacht onttrokken dienen te blijven. Daarenboven meende men te mogen vertrouwen, dat dergelijke vergrijpen tegen de zeden genoeg door de openbare opinie zouden worden veroordeeld zoodat afzonderlijke strafbepalingen, die noodeloos de aandacht op deze ontuchtige handelingen vestigen zouden, overbodig zouden zijn, terwijl de bepalingen tegen strafbare ontucht toch ook op de onnatuurlijke ontucht van toepassing zouden zijn.

Wat is aangevoerd omtrent nieuwe wetenschappelijke onderzoekingen en daaruit voortvloeiende nieuwe inzichten omtrent paederastie (met den nieuwen naam van homosexualiteit betiteld) vindt wederlegging in de verklaring van onderscheiden geneesheeren in ziekenhuizen, dat de patiënten, daar verpleegd wegens de gevolgen dier ontucht, de diepst ongelukkige lijdens voor zich zelf en voor hunne omgeving zijn.

Dat men nu in het bovengemelde stuk, bijzonder aan het slot, de onnatuurlijke ontucht, zoo al niet aanbevelenswaardig, althans hoogst verschoonbaar heeft voorgesteld, is zoodanig in strijd met het begrip van goede zeden, dat de opneming van deze bijdrage in het geachte rechtsgeleerde tijdschrift bij velen de hoogste afkeuring heeft gevonden.

Wellicht is de opneming te wijten aan betreurenswaardige onachtzaamheid bij de redactie, dat zij het stuk zonder voorafgaande kennisneming heeft laten afdrukken en in het tijdschrift opnemen! Van die vooronderstelling uitgaande, kon men verwacht hebben, dat de redactie zich zou hebben gehaast, het onwillekeurig verzuim zoodra



mogelijk te herstellen, ter kennis van het publiek te brengen en haar leedwezen over de plaatsing te betuigen.

Bij het tot nog toe onverklaarde stilzwijgen, heb ik het mijn plicht geacht, de redactie in kennis te stellen met de bevreemding van vele lezers, vooral van mede-arbeiders, omtrent hare houding. Aan haar blijft de beoordeeling, waartoe zij zich tegenover mede-arbeiders, geabonneerden en het publiek verplicht acht.

Met verschuldigde hoogachting heb ik de eer te zijn

*Uw dw. d.,*

CONINCK LIEFSTING.

*Aan de Heeren leden der Redactie  
van Themis.*

Wij meenen goed te doen door aan dit schrijven, met toestemming van den schrijver, openbaarheid te geven in ons Tijdschrift. Door een misverstand, ten gevolge van een samenloop van omstandigheden, vooral door den spoed om bijzondere redenen bij het verschijnen der aflevering vereischt, werd het artikel van Mr. S. ter plaatsing aangenomen en naar de drukkerij doorgezonden, zonder dat het lid der redactie met de dagelijksche leiding belast, van den inhoud had kennis genomen en zonder dat het artikel — zooals anders met de bijdragen, niet van vaste medewerkers afkomstig, gewoonte is — bij de andere leden der redactie ter lezing was rond geweest. Wij betreuren het, dat op die wijze een artikel in ons Tijdschrift werd geplaatst, dat anders zeker niet ongewijzigd zou zijn opgenomen.

RED.

Nederlandsche Juristen-Vereeniging.

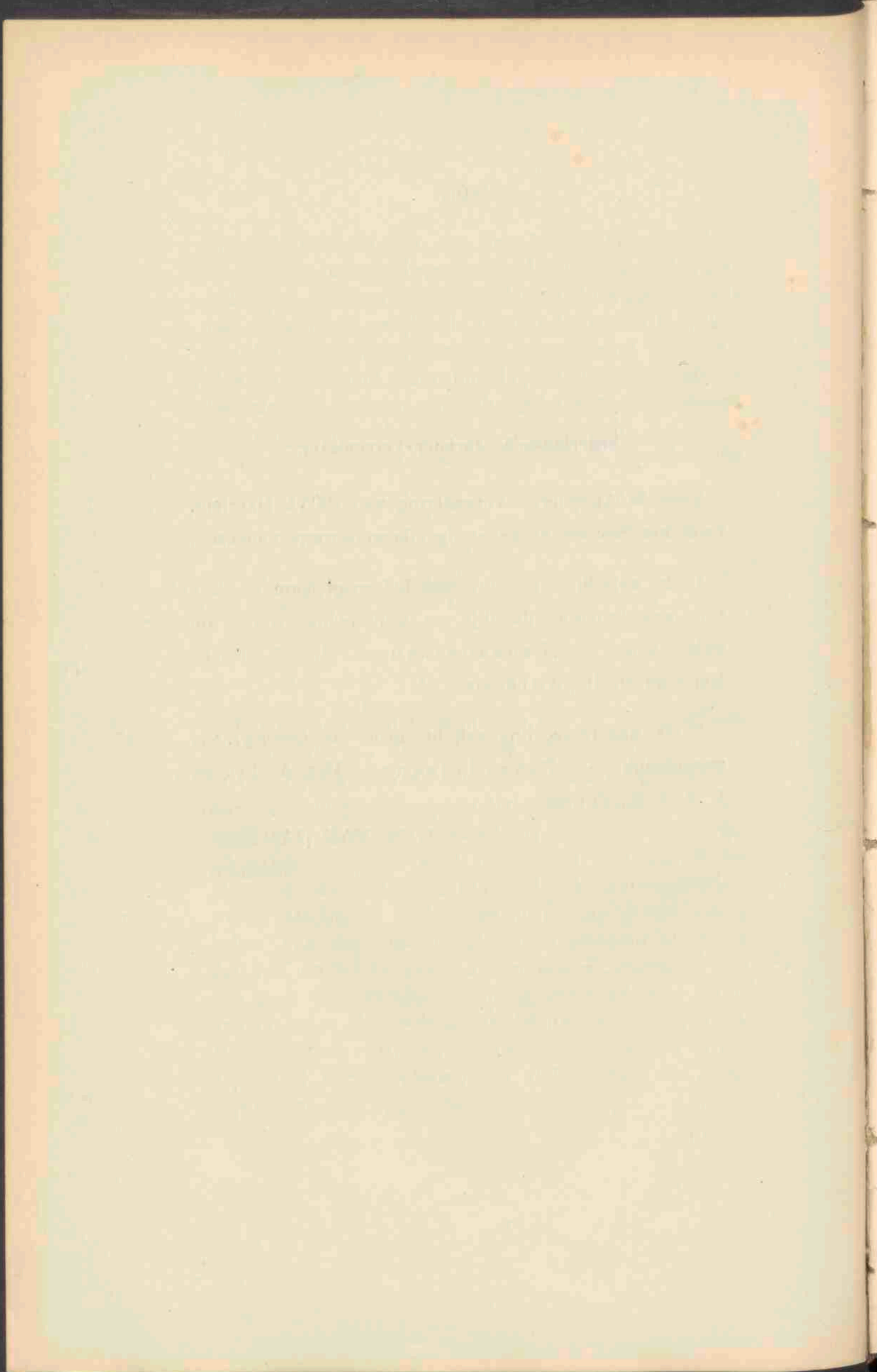
Voor de Algemeene Vergadering van 1905 te Haarlem, heeft het Bestuur de twee volgende onderwerpen gekozen.

1. Is wettelijke regeling van het zoogenaamde *collectieve arbeidscontract* doenlijk en wenschelijk; zoo ja, op welke wijze? — Praeadviseurs: Mrs. A. P. L. NELISSEN en JB. WILLEUMIER.

2. Is nadere regeling van het *ambts- en beroepsgeheim* wenschelijk? — Praeadviseurs: Mrs. A. TAK en J. N. J. E. THIJSSSEN.

G. A. VAN HAMEL,

*Secretaris.*



# THEMIS.

LXViste deel. — TWEEDE STUK.

## De oorzaak bij de overeenkomst.

Zoowel bij ambtsbezigheden als bij onverplichte onderzoekingen kwam ik herhaalde malen in aanraking met de oorzaak. Er bleef bij mij over eene zekere onbevredigdheid, een gevoel van er niet voldoende achter zijn. Daarom vatte ik het plan op de oorzaak bij de overeenkomst tot het onderwerp eener bizondere studie te maken.

Ik ben thans tot een mij bevredigend inzicht gekomen en omdat ik niet met een der talrijke schrijvers geheel overeenstem, schrijf ik dit opstel. Beschouw ik het geval uit een objectief oogpunt, dan komt het mij echter onwaarschijnlijk voor, dat een schrijver van mijn statuus de juiste uitlegging zoude gevonden hebben, en dient het waarschijnlijker geacht te worden, dat dit geschrift de bestaande verwarring slechts zal vergrooten. Maar wat zoude er van redacteuren en uitgevers van juridische tijdschriften worden, als zulke overdenkingen afschrikten!

Het onderwerp is van dadelijk belang. Sedert de Hooge Raad aan de afrekening op zich zelve de kracht van wettige overeenkomst ontzeide, blijft de oorzaak *jure constituto* en *jure constituendo* aan de orde. Uit beide oogpunten zal ik haar beschouwen.

Naar mijne meening stammen de artikelen over de oorzaak af van den Code Civil en het Oud-Nederlandsche recht; de Code stamt af van POTHIER en de Fransche jurisprudentie; POTHIER van DOMAT. Wij zullen daarom met den laatste beginnen.

Hij verdeelt de overeenkomsten in vier soorten. (1)

*Les communications en les commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une rente et dans un échange; ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un de l'autre; ou bien l'un fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercénaire donne son travail pour un certain prix; ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'une autre; ou que l'on fait une donation par pure libéralité.*

DOMAT laat er op volgen: *Dans ces trois premières sortes de conventions il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause.*

DOMAT handelt dus over de oorzaak van de *verbinten*is. De verplichting, die de een aangaat, is de oorzaak van die des anderen. Als de eene verbintenis niet bestaat, dan is de andere nietig.

(1) Lois civiles, Des Engagements, Titre I, Section I § 4.

Bij wederkeerige overeenkomsten is de oorzaak alzoo eene *verplichting*.

De oorzaak der verbintenis, die door het overgeven van eene zaak bestaat, is de overgifte en dus eene *handeling*.

Het woord „*cause*” heeft derhalve eene andere beteekenis bij wederkeerige overeenkomsten, dan bij de „*contrats réels*.”

DOMAT vervolgt: *Dans les donations et dans les autres contrats où l'un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait ou ne donne rien, l'acceptation forme la convention: et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien.*

DOMAT schreef niet dat de beweegreden de oorzaak is, maar wel „*tient lieu de cause*”.

Hij meende, dat eene plaats van ULPIANUS hem dwong om voor de geldigheid van eene verbintenis uit overeenkomst het bestaan eener oorzaak aan te nemen. *Quum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* (1) Evenals andere oudere Fransche schrijvers begreep hij deze plaats verkeerd. ULPIANUS bedoelde met „*causa*” de bijomstandigheid, die noodig was om aan de overeenkomst kracht te geven, en die alleen bij de vier bekende nominaat contracten niet werd vereischt. Als regel ontstond uit eene wederkeerige overeenkomst eerst eene verbintenis, als de eene partij gepresteerd had. Die prestatie werd door ULPIANUS *causa* genoemd.

Lang voor DOMAT werd de bijomstandigheid niet meer noodzakelijk geacht. Bij hem is de oorzaak de *verplichting*

(1) L. 7 § 4 D. (2-14).

van de tegenpartij, niet hare prestatie. Als twee boeren afspreken van paard te ruilen, dan ontstaat er volgens het Romeinsche recht eerst eene verbintenis voor den een na de levering van den ander, en die levering noemde *ULPIANUS causa*. Volgens *DOMAT* bestaat er dadelijk eene verbintenis en de verplichting om te leveren van den een is de oorzaak van de verplichting des anderen.

Van eene *ongecoorloofde* oorzaak spreekt hij niet. Wel zijn de overeenkomsten strijdig met de goede zeden, of met de bepalingen der wet nietig. (1)

*POTHIER* eischt niet slechts eene oorzaak, maar „*une cause honnête*” en gebruikt zodoende het woord nog in eene andere beteekenis, doch overigens sluit hij zich bij *DOMAT* aan. *Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement, que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité, que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle.* (2)

De woorden van *DOMAT* zijn hier wat uitgebreid en daar wat ingekrompen, doch de beteekenis van het geheel is dezelfde. Alleen verdient het opmerking, dat bij de overeenkomsten om niet *POTHIER* met minder schroom eene oorzaak aanneemt dan *DOMAT*. De laatste schreef: *tient lieu de cause*, de eerste: *cause suffisante*.

Ook *POTHIER* ziet dus bij wederkeerige overeenkomsten de oorzaak in eene *verplichting* die bij de kanscontracten een voorwaardelijk karakter draagt. Bij de *contrats réels* is de oorzaak eene *handeling*, het overgeven eener zaak; en bij de overeenkomsten om niet eene *beweegreden*.

(1) Sectie V § 3 en 20.

(2) *Traité des obligations* n°. 42. Men houde in het oog dat *POTHIER* hier *donner* gebruikt voor iedere prestatie. Zie ook n°. 43.

Het is bezwaarlijk de vraag te beantwoorden in welke gevallen deze schrijvers de verbintenis nietig achtten speciaal door gebrek aan oorzaak en niet ten gevolge van een ander gebrek. DOMAT laat ons volslagen in het duister en POTHIER geeft slechts één voorbeeld, waarbij hij zich nog aan een gebrekkige toelichting schuldig maakt.

*Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque, la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat, qui le renferme, est nul. Par exemple, si croyant faussement vous devoir une somme de dix mille livres qui vous avait été léguée par le testament de mon père, mais qui a été révoquée par un codicile dont je n'avais pas connaissance, je me suis engagé de vous donner un certain héritage en paiement de cette somme, ce contrat est nul. . . .* Een juist voorbeeld. De zoogenaamde legataris nam de verplichting op zich om de tienduizend *livres* niet te eischen en de erfgenaam om hem een onroerend goed in eigendom af te staan. De verplichting van den legataris bestaat echter niet, omdat het legaat werd ingetrokken. De contra-prestatie, bestaande in een recht niet uitoefenen, verviel.

POTHIER geeft de volgende onjuiste reden voor de nietigheid: *parce que la cause de mon engagement, qui était l'acquiescement de cette dette, est une cause qui s'est trouvée fausse.* Er werd niet eene schuld gekweten. Waarschijnlijk bedoelde hij, dat de erfgenaam tot het aangaan der overeenkomst werd bewogen door zijne begeerte om de schuld te kwijten, doch dan wordt dit *motief* tot oorzaak gemaakt, in strijd met het voorafgaande.

Wellicht hebben de beide Schrijvers ook gedacht aan het ontbreken van de verplichting tot doen. Bij voorbeeld op de markt komen een boer en een verver overeen dat de eerste aan den laatste tien mud aardappelen zal leveren en dat de verver de boerderij zal verven. Tijdens



het sluiten dezer overeenkomst was de boerderij even te voren afgebrand. De verplichting om het huis te verven heeft nimmer bestaan en daarom is de geheele overeenkomst nietig.

Voor het ontbreken van eene verplichting tot geven, bij voorbeeld bij het verkoopen van eene zaak niet in den handel, of die niet bestaat, behoeften zij zeker het bestaan van eene oorzaak niet te eischen, omdat zij de nietigheid van deze overeenkomsten op andere plaatsen behandelden.

Wij hebben gezien dat de oorzaak is eene verplichting, eene handeling of eene beweegreden. Dit neemt niet weg, dat een zelfde begrip door het woord oorzaak *kon* uitgedrukt worden, al verschilde de gedaante. Inderdaad is dit het geval met de handeling bij de *contrats réels* en de beweegreden bij de overeenkomsten, om niet.

De natuurlijke beteekenis van oorzaak is eene omstandigheid, die iets teweeg brengt wat het gevolg genoemd wordt. De wensch om iemand te bevoordeelen brengt teweeg, veroorzaakt de gift. Maar evenzeer brengt het geven van een voorwerp in bewaring teweeg de verplichting om het terug te geven.

Deze beteekenis van oorzaak is niet toe te passen op de verplichting bij eene wederkeerige overeenkomst. Daarbij is de verplichting van den een de oorzaak van den ander. De oorzaak, in de natuurlijke beteekenis genomen, moet aan het gevolg vooraf gaan, doch dit is hier niet het geval, want de verplichtingen ontstaan gelijktijdig. De eene is de reden van de andere. Nu kan men die reden wel oorzaak noemen, maar het woord drukt dan een ander begrip uit als bij de *contrats réels* en de overeenkomsten om niet.

Of zoude wellicht bij die contracten de oorzaak ook de reden zijn?

Het in bewaring geven kan niet de reden zijn van de verplichting om het in bewaring gegevene terug te geven, omdat het geven een noodzakelijk vereischte is voor de overeenkomst van bewaargeving. Op mijne vraag: waarom ik een in bewaring gegeven paard terug moet geven, mag het antwoord niet zijn: omdat gij het in bewaring gekregen hebt. Dit antwoord heldert niets op. Vraag ik, waarom ik het verkochte huis moet leveren, dan mag daarentegen het antwoord luiden: omdat gij den koop-prijs kunt vorderen.

Uit de leer van DOMAT en POTHIER volgt, dat bewaargeving en bruikleening twee oorzaken rijk zijn. Als overeenkomsten om niet is de oorzaak eene beweegreden en als *contrats réels* eene handeling.

Bij POTHIER krijgt de oorzaak nog een meer cameleon-tische beteekenis: *Lorsque la cause, pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme.*

Als voorbeeld van eene overeenkomst in strijd met de goede zeden vermeldt hij de belofte van een officier aan een soldaat om hem eene geldsom te geven, indien deze zoude duelleeren met een soldaat van een ander regiment. Het duel is in strijd met de goede zeden, of althans het duelleeren voor geld. Een tweede voorbeeld is het beloven van iets voor stokslagen aan een vijand geven. De overeenkomst is nietig, omdat mishandeling een misdrijf is.

Het ongeoorloofde is het *gevolg*, dat de overeenkomst zoude hebben, indien zij werd uitgevoerd: het duelleeren of het mishandelen. De ongeoorloofde oorzaak van POTHIER blijkt dus te zijn een ongeoorloofd *gevolg*. (1)

(1) Mr. NABER (Juristen-Vereeniging 1889, Deel I, bl. 24) leest in

Hoe kwam POTHIER er toe om van oorzaak te spreken, waar gevolg bedoeld werd? Waarschijnlijk meende hij het spraakgebruik te volgen van den door hem aangehaalden Pandecten Titel: *de conditione ob turpem vel injustam causam*. Dan zoude hij echter over het hoofd gezien hebben, dat deze titel handelt over *terugvordering* van het om eene ongeoorloofde reden *overgedragene*. Hier is het gebruik van het woord *causa* even gepast als ongerijmd bij de vereischten voor de geldigheid der overeenkomst.

Uit het voorafgaande volgt, dat volgens de voorstelling van POTHIER bij iedere overeenkomst aan twee oorzaken dient gedacht te worden. Vooreerst de oorzaak, die altijd moet aanwezig zijn en waarmede bedoeld wordt nu eens het *voortbrengende* en dan eens de *reden*. Vervolgens de geoorloofde en ongeoorloofde oorzaak; dat wil zeggen: het geoorloofde of ongeoorloofde *gevolg*.

De leer van POTHIER is door den Code Civil overgenomen. Hij schreef boven de paragraaf: *Du défaut de cause dans le contrat*; vervolgens: *tout engagement doit avoir une cause honnête*; en in n<sup>o</sup>. 46 gebruikte hij de uitdrukking: *cause licite*. De Code noemt als 4<sup>de</sup> vereischte voor de geldigheid der overeenkomst *une cause licite dans l'obli-*

---

dit geval voor oorzaak: *inhoud*. Het komt vrij wel op hetzelfde neer, omdat de ten uitvoer gebrachte inhoud het gevolg oplevert. Ik kies het laatste woord, daar de overeenkomst wordt nietig verklaard om het *gevolg*, dat zij zoude hebben.

Het gebruiken van de uitdrukking: ongeoorloofd *doel* acht ik verkeerd. Het doel van de eene partij behoeft niet ongeoorloofd te zijn. Naarmate het geoorloofd of ongeoorloofd was, moest in het Romeinsche en oud-Fransche recht het ontvangene niet of wel teruggegeven worden, doch in beide gevallen bleef de overeenkomst ongeoorloofd.

POTHIER vangt aan met deze onderscheiding. Vandaar heeft het den schijn, alsof hij onder ongeoorloofde oorzaak verstaat ongeoorloofde beweegreden of doel.

gation. POTHIER betoogt verder, dat verbintenissen zonder oorzaak, met eene valsche of ongeoorloofde oorzaak nietig zijn; art. 1131 bepaalt: *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.* POTHIER omschrijft de ongeoorloofde oorzaak als: *une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs*, en op eene andere plaats: *blessè les lois et les bonnes moeurs*; art. 1133 houdt in: *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.*

Tot zoover is de Code een uittreksel van POTHIER.

Niet aan deze ontleent is art. 1134: *La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.*

Volgens de Fransche schrijvers der Middeleeuwen was de eischer verplicht, althans in geval van tegenspraak, den grond te noemen, waarop de vordering rustte. Het was niet voldoende te stellen, dat gedaagde schuldig was, men moest vermelden, waardoor de schuld veroorzaakt werd. De eene schrijver schijnt de vermelding van de oorzaak wat omstandiger gevorderd te hebben dan de andere.

Hiermede hing samen, dat aan eene schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak geen kracht werd toegekend. BEAUMONIR ging zoover zulk een geschrift te beschouwen als een vermoeden „*de malice*”.

Wilde men volgens COQUILLE, een schrijver uit den 16<sup>den</sup> eeuw, een deugdelijk stuk bezitten, dan behoorde dit het verhandelde omstandig te vermelden. *Ce n'est assez de dire que tel confesse devoir à tel pour cause de compte et accord fait de plusieurs affaires qu'ils ont eu ensemble; mais il se doit dire telle somme par argent presté ou tant de bled vendu en tel temps. Ou ce n'est assez de dire: il a vendu moyennant la somme de cent escus, qu'il a confessé avoir*

*cydevant receue, ains se dois dire en quel temps et pour quelle cause.* (1)

Deze woorden waren naar het hart gesproken van VAN BEMMELEN, die een hartstochtelijk tegenstander was van de *cautio indiscreta* en de vermelding van het geheele „*negotium*” in de dagvaarding eischte. De eerlijke Jurist was echter genoodzaakt te erkennen, dat tegenover deze leer eene andere strooming ontstond.

Het Parlement van Parijs veroordeelde om te betalen bij arrest van 4 Februari 1582 den onderteekeenaar van het volgende biljet: *Je confesse devoir cent écus, à celui qui est dénommé en ladite cédule.* Bij arrest van 4 Maart 1659 werd het volgende biljet van een particulier geldig verklaard: *Je confesse devoir et promets payer à M. DE NONTUILLET la somme de 400 livres.* Het Parlement ging den 16<sup>den</sup> Mei 1664 zoover om de volgende bloote betalingsbelofte geldig te verklaren: *Je sous signé promets payer à Madame BATAILLE, la somme de trois cent livres dans six mois.* Bij arrest van 27 Januari 1689 werd op een gelijksoortig biljet eene gelijke beslissing genomen.

De Advocaat-Generaal DEMAÏN zeide op de zitting van het Parlement van 29 Juli 1706: *par notre usage, tout homme qui a signé une promesse volontairement, sine metu et sine dolo, est lié naturellement et civilement, et est astreint,*

(1) Questions et réponses sur les articles des coutumes n<sup>o</sup>. 308.

Zie verder de aanhalingen uit schrijvers bij VAN BEMMELEN (Regtsgeleerde Opstellen, Deel II bl. 205 volg.)

Ik heb getracht uit eigen oogen te zien en deed moeite om het door v. B. zoo hoog geprezen werk van COQUILLE in handen te krijgen. Na tevergeefs aangeklopt te hebben bij de Leidsche en Utrechtsche Bibliotheken, verkreeg ik het ten laatste van de Koninklijke, doch toen bleek het boek over dit onderwerp niets meer in te houden, dan hetgeen v. B. vermeld had. Deze ondervinding heeft mij afgeschrikt te pogen andere schrijvers machtig te worden.

*par sa signature, à remplir son obligation, indépendamment du défaut d'expression de la cause.*

Deze jurisprudentie werd bevestigd door een arrest van 5 Mei 1754.

Ook het Parlement van Toulouse wees arresten in strijd met de leer der Middeleeuwen: „*Le magistrat auteur du journal du parlement de Toulouse*”, wiens naam mij onbekend is, schreef naar aanleiding van het arrest van Augustus 1740, waartoe hij blijkbaar had medegewerkt: *La jurisprudence des arrêts n'a pas cru devoir adopter les subtilités du droit Romain. Dès qu'une obligation est consentie par un majeur, ou la déclare valable, quoique la cause de l'obligation ne paraisse pas; parce qu'en effet, on ne peut pas présumer qu'un majeur s'oblige sans raison ni prétexte au paiement d'une certaine somme; et si la cause de l'obligation ne se trouve pas exprimée, c'est sans doute parceque les parties avaient des raisons particulières pour la taire.* (1)

Deze nieuwe leer schijnt zich echter niet eene onbetwiste heerschappij te hebben veroverd. Zoo schreef C. DE FERRIÈRE in zijne Dictionnaire de droit et de pratique (1734): *Les promesses et obligations doivent avoir une cause légitime qui y est énoncée; ce qui fait qu'on les appelle obligations ou promesses causées; faute de quoi on pourrait leur donner atteinte et en prétendre la nullité, en ce qu'il y a lieu de croire qu'elle a été faite ob turpem causam: pour raison de jeu ou pour une autre cause également resprouvée.* (2)

Vreemd genoeg zwijgen DOMAT en POTHIER over dit hoogst gewichtig geschilpunt.

Alvorens over te gaan tot den Code Civil, wensch ik de aandacht te vestigen op het karakter van de schrif-

(1) Al het medegedeelde over de Fransche jurisprudentie heb ik ontleend aan MERLIN: *Questions de Droit*, onder: *causes des obligations*.

(2) VAN BEMMELEN t. a. p. blz. 217.

telijke betalingsbelofte volgens de opvatting der Franschen.

Uit de aanteekening van MERLIN blijkt, dat zoowel de arresten en schrijvers, die gunstig, als die ongunstig over de *billets non causés* dachten, deze niet uitsluitend als bewijsstukken beschouwden. Er werd niet gedagvaard op grond van een *negotium*, waarvan de schulderkenning het meer of minder afdoende bewijs opleverde. Neen, het biljet was de grondslag van den eisch. Dit blijkt uit het geheele geschrift en slechts als voorbeeld haal ik het volgende aan. In de zaak geëindigd met het arrest van 4 Februari 1582 heet het: *on demandait à un héritier le payement d'un billet, fait sans expression de cause*; in die geëindigd bij arrest van 27 Januari 1689: *Sur la demande en payement de ce billet*. MERLIN had zelf als Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie conclusie genomen in eene zaak, waarbij uit eene schuldbekenenis zonder vermelding van oorzaak werd geëischt. (1)

Tegen dit leggen van een geschrift tot grondslag van het geding werd nimmer bezwaar gemaakt, nimmer hier-tegen een middel van niet-ontvankelijkheid gesteld. De twistvraag was: is het stuk „obligatoire” of „nul”. Beide woorden zouden ongepast bij bewijsstukken zijn.

De Franschen behandelden het biljet als eene *schriftverbintenis uit overeenkomst* en twistten slechts over de vraag, of vermelding van oorzaak voor de geldigheid vereischt werd.

Korthedshalve zal ik deze verbintenis eene schrift-overeenkomst noemen.

Lezen wij nu nog eens art. 1132: *La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*.

(1) Daar was ageeren op grond van het *negotium* vrij wel onmogelijk. De schuldeischer was een *émigré*, wiens bezittingen verbeurd verklaard waren en in wiens plaats de Staat optrad. Hoe zoude de administratie weten voor welke schuld het biljet werd afgegeven?

Vrij duidelijk wordt hier de leer van het Parlement van Parijs aangenomen.

De geschiedenis der wet bevestigt deze opvatting. De drie Ontwerpers van den Code hebben zich als volgt in den Conseil d'Etat uitgelaten:

*BIGOT—PRÉAMENUE: Un citoyen reconnaît devoir une somme sans énoncer la cause de sa dette; son obligation est valable, parceque la déclaration qu'il doit fait présumer qu'il y a une cause; la volonté de s'engager a dû en effet, être appuyée sur un motif. Cependant si réellement il n'y en a pas, il est admis à le prouver et à faire cesser la présomption.*

*TRONCHET: Il y a beaucoup de cas où celui qui souscrit une obligation se borne à reconnaître devoir. Tel est, par exemple, celui où l'obligation a pour cause une restitution que le débiteur ne veut pas avouer publiquement. Alors on suppose qu'il y a une cause; car il n'est pas présumable qu'un homme se constitue débiteur, sans l'être en effet. Le défaut d'énonciation de la cause n'est pris en considération que quand l'obligé est mineur, ou qu'étant majeur, il justifie qu'on l'a surpris et trompé.*

*TORTALIS: Un avocat-général du parlement de Paris (1) a établi, avec raison, le principe que la déclaration du majeur devient une cause suffisante. Ce n'est que pour les mineurs que la cause doit être prouvée.*

Het schijnt mij onnoodig toe nader aan te toonen dat de drie sprekers de jurisprudentie van het Parlement van Parijs in den Code wilden vastleggen.

Tot bewijs dat met „convention” werd bedoeld eene schriftovereenkomst strekken de woorden van TRONCHET: *qui souscrit une obligation*. Nog sterker wellicht blijkt dit uit het Exposé des Motifs van BIGOT—PRÉAMENUE. De

(1) De hier bovengenoemde DEMAIN.



redenaar zeide: *On ne peut pas présumer qu'une obligation soit sans cause, parcequ'elle n'y est pas exprimée.* De woorden: „*n'y est pas exprimée*” duiden ondubbelzinniger op een vooraf vermeld geschrift, dan „*n'en soit pas exprimée*”. Deze paraphrase van art. 1132 schijnt mij toe iederen twijfel weg te nemen.

Ook al ware men volkomen onbekend met de wordingsgeschiedenis, zoude men onder *convention* eene schriftverbintenis moeten verstaan. Anders zoude het artikel zeggen: Eene overeenkomst is geldig, ofschoon de oorzaak in het bewijsstuk niet wordt vermeld. Wie heeft echter ooit beweerd, dat de geldigheid daarvan afhankelijk zoude zijn! Het zoude dan een overbodig artikel zijn.

De tegenstanders van de *cautio indiscreta* beroepen zich op het rapport van FAVARD in het Tribunaat. *Mais il ne faut pas confondre l'obligation qui n'a pas de cause, avec celle où la cause n'est pas exprimée. Dans le premier cas, comme nous venons de le dire, il n'y a pas d'obligation; dans le second, l'obligation subsiste: elle est valable si la cause est connue, quoique non exprimée. La différence vient de ce que, dans le premier cas, il est reconnu que l'obligation n'a pas de cause, et de ce que, dans le second, il existe une cause, quoique non exprimée.*

De Tribunaal leest iets in het artikel wat er niet in staat, namelijk: *si la cause est connue*. Hierdoor zoude het bewijs der oorzaak op den eischer gelegd worden.

Vooreerst is deze uitlegging in strijd met de woorden van het artikel en vervolgens met de toelichting der drie Ontwerpers. Het gezag van FAVARD is aanmerkelijk geringer. Deze gaf slechts *zijne* meening, terwijl de verklaringen der anderen de kracht hebben van eene memorie van toelichting.

Het Hof van Cassatie heeft dan ook steeds het artikel

toegepast in den zin, dien de Ontwerpers er aan gaven (1). Zelfs eene bloote betalingsbelofte wordt voldoende geacht. Vooral het arrest van 16 Augustus 1848 is merkwaardig: *Vu l'art. 1132 C. C. — Attendu qu'il résulte de cette disposition de la loi que, bien que la cause ne soit pas exprimée dans une obligation il y a présomption qu'elle existe et qu'elle est vraie et licite, à moins que le contraire ne soit prouvée* (2). De merkwaardigheid acht ik gelegen in de woorden: *bien que la cause ne soit pas exprimée dans une obligation* (3). Hieruit blijkt dat het Hof onder „convention” een geschrift verstaat.

Daar de schriftovereenkomst onder de overeenkomsten werd opgenomen, is art. 1131, behoudens het bepaalde bij art. 1132, op haar toepasselijk. De woorden: *n'est pas moins* duiden dan ook op eene uitzondering. Ongeldig zijn krachtens art. 1131 schriftovereenkomsten, die eene ongeoorloofde oorzaak inhouden. Dientengevolge drukt *oorzaak* in art. 1131 nog een begrip meer uit, dan bij POTHIER. Ten opzichte van deze overeenkomsten betekent het: *vermelden van eene oorzaak*. (4)

Al wat de Code aan POTHIER ontleende heeft de Nederlandsche wetgever overgenomen. Hieruit volgt dat, evenals

(1) Bij de schrijvers vindt men afwijkende gevoelens.

(2) Journal du Palais 1848, bl. 187.

(3) Deze woorden vindt men terug in het arrest van 28 October 1885. Journal du Palais 1886.

(4) VAN BEMMELEN houdt POTHIER, in tegenstelling met DOMAT, voor een volgeling der Middeleeuwsche Juristen. De reden gaf hij niet aan, maar kon alleen gelegen zijn in diens *cause licite*. De oude Juristen gebruikten ook die uitdrukking, maar bedoelden er iets anders mede dan POTHIER. De eisch in rechte moest volgens hen eene *cause* of *raison licite* vermelden. Ook VAN BEMMELEN vat *oorzaak* op in de beteekenis van *grond* der vordering (zie vooral Deel II, bl. 133). Hoevele beteekenissen het woord in den Code ook moge hebben, deze niet. Tengevolge van die misvatting heeft v. B. weinig begrepen zoowel van de Fransche, als van de Nederlandsche artikelen.

bij POTHIER, door het woord: oorzaak, zeer verschillende begrippen worden uitgedrukt. Het begrip, dat de Code nog aan het woord heeft toegevoegd, laat ik voor het oogenblik buiten bespreking.

De wetgever bracht slechts eene onbeteekenende wijziging aan door „*obligation*” van art. 1131 te veranderen in *overeenkomst*. Er is veel getwist over de vraag, welk woord de voorkeur verdient. Naar mijne meening past het eene woord beter bij deze en het andere bij gene beteekenis van oorzaak. Wat betreft de wederkeerige overeenkomsten, is de verbintenis van den een de oorzaak van de verbintenis van den andere. Hier moet men dus spreken van oorzaak der verbintenis. Bij de overeenkomsten, waar de oorzaak de beweegreden is, past het te gebruiken het woord overeenkomst, als zijnde het in de eerste plaats veroorzaakte. Dit laatste woord is ook te verkiezen bij oorzaak, genomen als geoorloofd of ongeoorloofd gevolg eener overeenkomst.

*Ten gevolge van de cameleontische beteekenis van oorzaak is het onmogelijk eene bepaling te geven.*

Ik volg de historische methode van uitlegging. De meeste bepalingen, door de schrijvers gegeven, zijn op een anderen bodem gegroeid. Men gaf bijvoorbeeld aan oorzaak de beteekenis, die men het doelmatigste achtte, of die men in de wijsbegeerte aantrof of meende aan te treffen. Zelfs schrijvers, die de historische methode volgden, waagden zich aan definities. Naar mijne meening werd dit veroorzaakt door eene onjuiste toepassing van een goed beginsel. Deze geleerden maakten het oudste recht tot hoofdonderwerp van hun onderzoek. Het Romeinsche, het Germaansche, het oudste Fransche recht werd nageplozen, doch het recht, wat tijdens de invoering van den Code in Frankrijk en van het wetboek Louis Napoleon in de Nederlanden bestond, slechts

vluchtig bekeken. Toch heeft voor de verklaring van een wetboek de laatste rechtstoestand de meeste waarde. Gaarne zeg ik het Mr. NABER na: „Niet uit Corpus „Juris, maar uit POTHIER heeft de wetgever geput, die „den Code Napoleon, de hoofdbron van ons Burgerlijk „Wetboek, samenstelde; en veel meer dan het Corpus „Juris zal POTHIER u te stade komen, wanneer gij de „artikelen van dat wetboek in hun samenhang met „het verledene verklaren wilt.” (1)

Na deze kleine uitweiding ga ik over tot de uitlegging van art. 1372.

De wetgever heeft art. 1132 C. C. niet overgenomen en daarvoor in de plaats gesteld: „Indien er geene oor- „zaak is uitgedrukt, en er echter eene geoorloofde aan- „wezig is, of ook indien er eene andere geoorloofde „oorzaak dan de uitgedrukte bestaat, is niettemin de „overeenkomst van kracht”.

HUGO DE GROOT schreef: „Schriftelicke toezegging is „die geschied door Schepenkennisse, bescheyd van een „beamte-schrijver, ofte een handschrift bij den toezegger „geteickent. In deze toezegging heeft alles plaets dat hier- „vooren van de woordelicke toezegging is gezeit: ende „werd de toezegging genoeg gehouden voor aengenomen, „met het aenvaerden van het bescheijd”. (2)

Hij noemt in een noot deze schriftelijke toezegging: *litterarum obligatio*. Geheel hiermede in overeenstemming heeft zij eene plaats tusschen de dading en de bewaar- geving, als eene op zich zelve staande overeenkomst.

Hiertegen zoude aangevoerd kunnen worden dat volgens § 4 in alle andere zaken dan van geleend geld het schriftelijk bescheid wordt gehouden voor volkomen

(1) De vormende kracht van het Romeinsche Recht. bl. 6.

(2) Inleiding Boek III, Deel 5.

*Themis*, LXVste deel 2de stuk (1905).

*bewijs*. Waar echter in de vorige paragraaf wordt medegedeeld, dat bij geleend geld de schuldeischer de telling moet *bewijzen*, kwam DE GROOT er als vanzelf toe in § 4 van *volkomen bewijs* te spreken. Niet alleen uit den naam en de plaats, die hij van de schriftelijke toezegging gaf, maar ook uit eenige uitdrukkingen blijkt, dat hij haar niet als bloot bewijsstuk beschouwde, doch als een geschrift, waaruit in rechte konde opgetreden worden. Hij schreef in § 5: „Die uit een handschrift werd aengesproken”; in § 6: „Uit een handschrift . . . mag ider recht spreken”; in § 7: „Die uit een schriftelicke toeseegginghe . . . werd aengesproken”.

In Boek III Deel I § 52 schreef DE GROOT, dat alle mondelinge toezeggingen, „die uit eenige redelicke oorzacken geschieden”, recht geven om te eischen. Nu hij bij de schriftelijke toezegging verwees naar de vereischen van de mondelinge, volgt daaruit een vermoeden, dat hij de vermelding van de oorzaak noodzakelijk achtte. Dit vermoeden wordt zekerheid nu hij handvulling slechts gaf bij eene schriftelijke toezegging: „inhoudende „wettelicke oorsaeck waar uit deselve is spruitende”. (1)

Natuurlijk heeft DE GROOT de schriftovereenkomst niet uitgevonden. Evenals in Frankrijk werd ook in de Nederlanden op grond van eene schriftelijke toezegging gedagvaard. Uit het geheele hoofdstuk, dat DAMHOUDER wijdt aan de vraag, wanneer de oorzaak in een geschrift moet vermeld worden, blijkt dat hij het niet als een bewijsstuk maar als grond der vordering beschouwt. (2) De behoefte van het leven deed de schriftelijke betalings-

(1) Boek III Deel 5 § 7. Wat de purist DE GROOT handvulling en de overige juristen *namptissement* noemden, was voorloopige betaling tegen zekerheidstelling.

(2) Practijcke in Civile saken c. 175.

belofte als een vorderingsgrond aannemen. Wat echter aan de Franschen nimmer helder voor den geest heeft gestaan, doorzag het genie DE GROOT: de schriftelijke betalingsbelofte, een vorderingsgrond opleverende, is eene schriftverbintenis.

De beroemde stelling van BÄHR: *Anerkennung ist Verpflichtungsgrund*, was niet zoo absoluut nieuw, als gewoonlijk wordt voorgesteld. Al moge in Duitschland, naar BÄHR's eigen getuigenis, (1) de schuldbekentenis slechts als bewijsmiddel beschouwd zijn, in Frankrijk en in de Nederlanden gold zij als verplichtingsgrond.

Ook na DE GROOT werd in Holland de schriftelijke betalingsbelofte als bron van verbintenis aangenomen. GROENEWEGEN, die de Inleiding opnieuw uitgaf, verzette zich niet, zooals hij op andere plaatsen wel deed, en sloot zich dus bij hen aan.

Ook in het Rooms-Hollands-Regt van VAN LEEUWEN staat tusschen de overeenkomsten een hoofdstuk over: van schriftelijke verbintenis. Hij schreef: „schriftelijke verbintenis is eene handeling, dewelk alleen door het „schrift werd bekrachtigt”. Levendig gevoelde hij het verschil met een bewijsstuk: „Alle andre handelingen werden ook wel door een Notaris in schriftlyke Instrumenten verleden, maar het zelve geschied niet uit oorzaak dat „dat geschrift, sou zijn een wesentlyk deel van de handeling, gelijk als in dezen, maar alleen om geheugnis wil, „en om het gehandelde te beter te kunnen bewijzen”. (2) Is het niet, of men BÄHR leest!

(1) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, § 58.

(2) Boek IV Deel XV. VAN LEEUWEN voegt er nog aan toe: «maar «geensins omdat sonder dien de handelingen, gelijk als deze van «onwaarden souden zijn». Het heeft den schijn, alsof hij overeenkomsten op het oog had, die om geldig te zijn in geschrift moesten zijn gebracht, zooals in ons recht de dading. Dit kan echter zijne bedoeling niet geweest zijn.

De Zeeuw SCHORER schreef in zijne Aanteekeningen op de Inleiding niets over de voorstelling van DE GROOT, en dus mag veilig aangenomen worden, dat hij met hem mee ging.

De laatste getuige over het Oud-Hollandsche recht: VAN DEN KEESEL, die in 1800 zijne *Theses selectae* uitgaf, sloot zich bij DE GROOT aan, en maakte de juiste opmerking, dat deze de *litterarum obligatio* veel ruimer opvatte, dan de Romeinen. (1) Het Justinianeische recht gaf slechts dezen naam aan eene schuldbekentenis wegens *pecunia credita*, als de tijd verloopen was, waarin men de *exceptio non numeratae pecuniae* konde tegenwerpen. (2)

Evenals later BÄHR leerde VAN DEN KEESEL, dat in geval van twijfel eene betalingsbelofte wegens eene bestaande schuld niet schuldvernieuwing teweeg bracht. (3)

Wat Gelderland betreft, mag men uit de *Practicae Observationes* van SCHRASSERT aannemen, dat hij met de Hollanders overeenstemde. In Obs. 216 handelt hij over de oorzaak bij eene *actie uit eene schuldbekentenis*. In Obs. 412 leert hij, dat eene obligatie, die geene oorzaak bevat, nietig (*inutilis*) is, en beroept zich voor twee uitzonderingen op de Hollanders VAN LEEUWEN en GROENEWEGEN.

Daarentegen had de Fries ULRICH HUBER eene afwijkende meening.

Hij zag slechts eene schriftverbintens in „een verklaringe bij geschrifte voor twee jaren gedaen, waer in de „schrijver bekent, dat hem door een ander een seeckere „somma van penningen is verschooten ende geleverd” (4). Hij ging dus niet verder, dan de *litterarum obligatio* der Instituten.

(1) Theses D. XXI.

(2) Institute 3, 22.

(3) Theses D. XXII.

(4) Heedendaegse Rechts-Geleerdheijt Deel I Boek III Kapittel 20. N<sup>o</sup>. 1.

Vermoedelijk zoude de uitnemende Fries met DE GROOT zijn meegegaan, indien hij geweten had dat GAJUS in zijne Instituten (eerst in 1816 teruggevonden) voor de *peregini* eene schriftverbintenis uit „chirographis et syngraphis” erkende.

Ik neem dit te eerder aan, omdat HUBER in den grond der zaak m. i. weinig van de Hollanders verschilde. Uit de nummers 4 en 6 van Boek III Kapittel 21 blijkt, dat hij tot de overeenkomsten ook bracht betalingsbeloften, mits eene oorzaak werd aangetoond. Het geschrift was het bewijs dier overeenkomst.

Om de overheerschende positie van Holland ook in de rechtsgeleerdheid mag veilig aangenomen worden, dat de samenstellers van het wetboek Louis Napoléon de schriftverbintenis als bestaand recht aannamen.

Als algemeenen regel nemen alle schrijvers voor de geldigheid der schriftovereenkomst aan het vermelden van eene oorzaak. Van oudsher werden echter uitzonderingen op dien regel toegelaten. DAMHOUDER deelt mede, dat „te Bruggen, Antwerpen, ende andere steden daer stercken „koophandel gedreven wordt” de oorzaak niet behoefde vermeld te worden. (1) GROENEWEGEN ziet in de weglating geen bezwaar, wanneer uit de verhouding der personen mag vermoed worden, dat de zaak richtig is. Bijvoorbeeld bij eene schuldbekentenis van een student aan zijn leermeester, of van een soldaat aan een zwaardveger. (2)

In het Rooms-Hollands-Regt laat VAN LEEUWEN eene uitzondering toe voor „koopluyden, of andre personen, „welkers handling, en aansien, alle bedenkingen van „bedrog buyten sloot”. In zijne *Censura Forensis* be-

(1) T. a. p. G. 175.

(2) De legibus abrogatis. Lex 25 de probatione.



schouwde hij de verbintenis niet nietig, als de oorzaak bewezen wordt. (1)

SCHRASSERT sluit zich hierin bij hem aan en beroept zich voor de uitzondering uit de verhouding der personen op GROENEWEGEN. (2)

Met de meeste dezer uitzonderingen vereenigt zich VOET en hij voegt er eene belangrijke aan toe. (3) In Gelderland namelijk behoeften volgens GORIS schuldbekentenissen, ten overstaan van het Gerecht verleden, de oorzaak niet te vermelden. (4)

Dit laatste brengt mij op eene alleenstaande meening van VAN DEN KEESEL. Behelsde een geschrift slechts eene schulderkenning, zonder toevoeging van eene betalingsbelofte, dan zoude het niet eene schriftverbintenis zijn (Theses DXXI), Ware dit zoo, dan zoude GORIS allicht dit vereischte hebben doen uitkomen bij de vermelding van de uitzondering voor gerechtelijke schuldbekentenissen. Ook niet bij één der andere schrijvers heb ik dit gevoelen aangetroffen. Naar het schijnt vatte VAN DEN KEESEL: „toezegging”, te beperkt op. In eene schulderkenning ligt eene belofte om te betalen opgesloten. Men geeft de schuldbekentenis af om zich tot betaling te verbinden; althans dit moet in rechten aangenomen worden.

Meestal was de oorzaak eene schuld, doch de schriftelijke toezegging werd daartoe niet beperkt. Ook de toonder-papieren werden er onder gerekend.

Wat gold nu als eene voldoende vermelding van oorzaak?

Geen der schrijvers beantwoordt deze belangrijke vraag

(1) Lib. IV Cap. II 2.

(2) Practicae observationes 412.

(3) Commentarius ad Pandectas, Lib. XXII Tit. IV 17.

(4) Adversarium juris subcisivorum tractatus. IV § 19.

rechtstreeks. Het is mij ook niet gelukt een consultatie of vonnis te vinden, daarop betrekking hebbende. Wij zullen dus dienen te werken met vermoedens.

GORIS en VOET beschouwen de gerechtelijke schuldbekentenis, als eene uitzondering op den regel dat de oorzaak dient vermeld te worden. DAMHOUDER schreef: „Ende men verstaet dat obligatiën geen oorsaek en hebben, „als de waeromne van de obligatie daarinne niet uytgedrukt en wordt, te weten ofse van leenen is, of van „koop van wijn, of andere waren, ofte andere diergelijcke „oorsaken”. Hieruit volgt, dat de schulderkenning niet de oorzaak kan zijn. Trouwens eene andere opvatting was niet te verwachten. De schulderkenning maakt het wezenlijke uit van eene schuldbekentenis en de toegevoegde betalingsbelofte is een onnoodig aanhangsel.

HUBER schreef: „een handtschrift, waer bij men bekent „yets schuldig te weesen, met belofte van te zullen betalen, „zonder geblijk van de oorzake des schults heeft geen „kracht”. (1) Veilig mag aangenomen worden, dat in het Oud-Nederlandsche recht de schulderkenning niet beschouwd werd als de oorzaak van de betalingsbelofte.

Moet dan het geheele „*negotium*”, zooals VAN BEMMELEN zich uitdrukte, in het geschrift vermeld worden?

ZIMMERMAN gaf als voorbeeld de vier volgende schuldbekentenissen: 1°. *ich A bekenne, dem B für ein am heutigen Tage mir verkaufte Pferd den Kaufpreis mit 100 Ldor schuldig verblieben zu sein*; 2°. *ich A bekenne, dem B aus einem Pferdehandel 100 Ldor schuldig zu sein*; 3°. *ich A bekenne, dem B aus einem Kaufe 100 Ldor zu schulden*; 4°. *ich A bekenne, dass ich dem B 100 Ldor schuldig bin.* (2)

(1) T. a. p. Boek III Kapittel XXI 6.

(2) 9<sup>de</sup> Deutsche Juristendag Deel II, bl. 468.

Hij en VAN BEMMELN kennen slechts aan de eerste schuldbekentenis volledige kracht toe. Dit zoude blijkbaar niet de meening van VAN LEEUWEN en VOET geweest zijn. De eerste beschouwt het als eene voldoende aanwijzing van geleend geld, als in de schuldbekentenis „*acceptae pecuniae mentio facta sit*” (1); de laatste sluit zich bij deze opvatting aan (Lib. XXII Tit IV 17). Indien deze juristen meenden, dat het tusschen partijen verhandelde *in extenso* had moeten vermeld worden, dan hadden zij met deze vage uitdrukking geen genoegen genomen.

De schriftovereenkomst zoude hare reden van bestaan verliezen, als de oorzaak in bijzonderheden moest worden medegedeeld; als zij om met ZIMMERMAN te spreken, gespecialiseerd moest zijn. Dan zoude zij geenerlei voordeel opleveren en evengoed op grond van het *negotium* gedagvaard worden. Neen, zij geeft juist aan den schuldeischer het voordeel, dat de schuldenaar zich moet nederleggen bij den inhoud van het geschrift. Door het verloop van tijd verliest men de juiste herinnering van het gebeurde. De erfgenamen van den schuldeischer verkeerden in nog slechteren toestand. Vervolgens worden dikwerf verschillende *negotia* in de schuldbekentenis te zamen genomen. Zij kan ook het gevolg zijn eener schikking. Allemaal redenen om den schuldenaar aan den inhoud van het geschrift te houden.

Onze voorouders eischten de vermelding, om met DAMHOUDER te spreken, van „de waeromne van de obligatie”, maar als zij daaronder verstonden de vermelding van het *negotium* of van de *negotia*, dan zoude zij aan de schriftverbintenis iedere reden van bestaan ontnomen hebben. Er moest vermeld worden eene „redelijke oorzaak”. Men zag hierin een waarborg, dat niet zoude

(1) Censura Forensis Lib IV, Cap. IV 4.

schuldig erkend worden wegens eene ongeoorloofde oorzaak. Voor dit doel was het onverschillig of vermeld stond: koop, of leening, of onrechtmatig toegebrachte schade, dan wel de oorzaak gespecialiseerd werd opgegeven. Leugenaars zien er niet tegen op hunne leugens netjes in te kleeden ten einde er juist den schijn van waarheid aan te geven.

Van hun standpunt eischte ZIMMERMAN en VAN BEMMELEN te recht de vermelding van de oorzaak *in extenso*. Zij ontkenden het ontstaan van eene schriftovereenkomst en zagen in het geschrift slechts een bewijsstuk. Er moest uit het *negotium* gedagvaard worden, en dan konde slechts het gespecialiseerde geschrift volledig bewijs opleveren.

Evenals door de *stipulatio debiti* der Romeinen wordt door de schriftovereenkomst geabstraheerd van de voorafgaande oorzaak. Niet op grond van het verhandelde, doch van de schulderkenning wordt gedagvaard. Het al of niet vermelden van de oorzaak in de schuldbekentenis doet niets af. (1) Al stond het geheele *negotium* in het geschrift, indien daaruit werd gedagvaard, zoude noodzakelijker wijze niet uit het *negotium* geageerd zijn.

Hebben dus de Nederlanders de abstrakte overeenkomst eeuwen voor BÄHR gekend, omtrent het tegenbewijs verschilden zij m. i. van hem.

De *stipulatio debiti* konde niet krachteloos gemaakt worden door het bewijs, dat er niet eene voorafgaande schuld had bestaan, omdat wellicht de belover had willen schenken. Hij moest bewijzen in verschoonbare dwaling te hebben beloofd. Dit voorschrift uit het Romeinsche recht voor de stipulatie werd door BÄHR overgebracht op de schriftverbintenis. Werd beweerd dat de schuldbekentenis was afgegeven, zonder dat er eene schuld bestond,

(1) Zie BÄHR t. a. p. § 7.

dan moest de erkenner bewijzen in verschoonbare dwaling te hebben verkeerd. (1)

De oude schrijvers hebben ook het opkomen tegen de schuldbekentenis niet tot een bijzonder onderwerp van behandeling gemaakt, doch uit hunne uitlatingen ten opzichte van geleend geld, kan het recht opgemaakt worden. Volgens DE GROOT moest de eischer bij ontkenning gedurende twee jaar de uittelling bewijzen; daarna had ontkenning van de toezegging geen gevolg „t en waer „hij konde bewijzen dat de tellinge niet en waer geschied”. GROENEWEGEN, VAN LEEUWEN en anderen achtten de schuldbekentenis wegens geleend geld dadelijk van kracht, en schrijven, dat de toezegger het niet uittellen moet bewijzen (2).

Tegenbewijs was dus voldoende. Bewijs van verschoonbare dwaling werd niet verlangd.

VINNIUS (3) en het Hof van Friesland (4) namen aan dat het na twee jaren den belover niet vrijstond het niet uittellen te bewijzen. De bedoeling was niet dat hij zich dan, zooals BÄHR leert, op verschoonbare dwaling moest beroepen. Hem werd elk verdedigingsmiddel ter zake van gemis aan oorzaak ontzegd.

Uit een en ander mag veilig opgemaakt worden, dat het beperken van de verdediging tegen de schriftovereenkomst in het algemeen tot verschoonbare dwaling in het oud-Nederlandsche recht onbekend was en dat, evenals in Frankrijk (5), gewoon tegenbewijs werd toegelaten.

(1) T. a. p. § 61.

(2) Noot van GROENEWEGEN in zijne uitgaaf van DE GROOT. Rooms-Hollands-Regt, Boek IV, Deel XV.

(3) *Selectorum Juris Quaestionum*. Lib. I, Cap. 41.

(4) HUBER t. a. p. Boek III, Kap. XX, 8.

(5) Dit blijkt ten duidelijkste uit de oude jurisprudentie en uit de beraadslagingen in den Conseil d'Etat.

Wij gaan thans over tot de eerste codificatie. De Code Civil werd pasklaar gemaakt voor het Koninkrijk Holland. Zooals wij gezien hebben, had de Code 1<sup>o</sup>. de schriftovereenkomst onder de overeenkomsten opgenomen, en 2<sup>o</sup>. haar volle kracht gegeven, ook al was de oorzaak niet uitgedrukt. Het oud-Nederlandsche recht had het eerste met den Code gemeen, doch niet het tweede. Het zal geene bevreemding wekken, dat de Code overeenkomstig het oude recht gewijzigd werd.

In de plaats van art. 1132 kwam art. 1048: „Eene „overeenkomst is niettemin krachtig, waarvan de oorzaak wel bestaat, maar niet bij het contract is uitgedrukt.” Het woord „niettemin” wijst op eene uitzondering. De natuurlijke uitlegging schijnt mij te zijn, dat het artikel de uitzondering weergeeft, door VAN LEEUWEN en SCHASSERT vermeld. De schriftovereenkomst, wier oorzaak niet is uitgedrukt, is van kracht, als het bestaan van eene oorzaak bewezen wordt.

Deze uitzondering gaf aan den eischer minstens twee voordeelen. Vooreerst mocht op dit stuk, in afwachting van nader bewijs, bevel tot voorloopige betaling tegen zekerheidstelling gegeven worden. (1) Vervolgens werd het aanvullend bewijs uit den aard der zaak gemakkelijker geleverd, dan aangetoond het *negotium* of de *negotia*, waaruit de schuld voortsproot. Daar de vermelding van *koop* of *geldleening* voldoende was, mag toch aangenomen worden, dat de schuldeischer volstaan kon met het bestaan van eene schuld in het algemeen uit koop of uit geldleening te bewijzen. (2)

(1) Onder afwijking van DE GROOT's gevoelen werd in latere jaren op zulk een geschrift namptissement gegeven.

(2) HUBER was niet moeilijk met het aanvullend bewijs. «Evenwel zoude men uit *praesumptien* en omstandigheden d'oorzake lichtelijk «mogen vervullen; want wijze menschen niet *gacht* kunnen worden *«beloften* om niet te hebben gedaan». (Boek III, kap. XXI N<sup>o</sup>. 7.)

Het Ontwerp 1820, zich nauwer bij het Romeinsche recht aansluitende, kende de oorzaak, als vereischte voor de geldigheid der overeenkomst niet.

Het volgende ontwerp hield ter wille van de Belgen nauw verband met den Code. Art. 1132 werd dan ook onveranderd overgenomen.

In 1832 na de Belgische Revolutie, werden wijzigingen in de richting van het oude recht aangebracht. De Regeering stelde voor het artikel te lezen: „Indien er geene „oorzaak is uitgedrukt, of, indien er eene andere geoorloofde oorzaak dan de uitgedrukte bestaat, is niettemin „de overeenkomst van kracht.” Wat bedoelde men hiermede? Vermoedelijk las de Regeering art. 1132 C. C. in verband met art. 1131 als de Tribuun Favard: de schriftovereenkomst zonder vermelding van oorzaak is geldig, indien deze bewezen wordt. Zooals wij gezien hebben gold hetzelfde in het oud-Nederlandsche recht. Bij die opvatting krijgt de toevoeging zin: „of indien „er eene andere geoorloofde oorzaak dan de uitgedrukte „bestaat”. Er ontstond dan gevaar, dat men in zulk een geschrift, waarbij de *vereischte* oorzaak onjuist bleek te zijn, eene overeenkomst met eene valsche oorzaak zag, in het voorgaande artikel nietig verklaard. De eischer bleef met het bewijs belast.

Las men daarentegen het artikel zooals de drie Ontwerpers en het Hof van Cassatie, dan wordt de invoeging zonderling. Als er geene oorzaak behoeft uitgedrukt te worden, hoe zou men dan op het denkbeeld komen dat de opgave van eene onjuiste oorzaak nietigheid zoude tweebrengen. Vervolgens zoude de eischer niet mogen belast worden met bewijs, al was de onverplicht vermelde oorzaak onjuist gebleken.

Hoe het zij, de 4<sup>de</sup> Afdeeling wilde zeker bij niet-vermelding van oorzaak het bewijs op den eischer leggen:

„In de erkende verbetering van art. 1397 (B. W. 1830) „schijnt één geval overgeslagen, immers niet stellig be- „slist te zijn, d. i. wanneer *geene* oorzaak is *uitgedrukt* en „van derzelfver *bestaan* echter blijkt. Wellicht ware het „artikel beter op deze wijze te zamen gesteld: „Indien „er *geene* oorzaak is uitgedrukt en er echter eene ge- „oorloofde bestaat, of ook indien er eene andere geoor- „loofde oorzaak dan de uitgedrukte bestaat, is niettemin „de overeenkomst van kracht.””

Gehoor gevende aan den wensch der Afdeeling voegde de Regeering de woorden in: *en er echter eene geoorloofde aanwezig is*. Wat zij ook aanvankelijk bedoeld moge hebben, door deze wijziging sloot zij zich aan bij het gevoelen der Afdeeling, dat het bestaan eener oorzaak moet *blijken*.

ASSER, de Secretaris der Commissie van redactie der nationale wetgeving, schreef, dat art. 1372 eene strijd- vraag uit den weg ruimde, daar uit het artikel volgde dat bij niet-vermelding der oorzaak deze moest bewezen worden. Al kan men Mr. HAMAKER toegeven, dat ASSER niet schreef het gevoelen van de Regeering mede te deelen, en dat met diens uitlating wel wat veel geschermd is, hij gaat te ver, hem met ieder ander jurist gelijk te stellen. (1) ASSER had achter de schermen gekeken en zoude niet licht van het wegruimen van een twijfel spreken als hij niet het inzicht der Regeering vertolkte.

Neemt men de uitlegging van ASSER aan, dan geeft het artikel Oud-Nederlandsch recht weer. Blijkens de Koninklijke boodschap van 16 Februari 1832 en de Memorie van toelichting strekte de herziening om de nieuwe wetgeving meer in overeenstemming met dit recht te brengen.

Zelfs indien men niets anders wist van de geschiedenis

---

(1) W. v. N. R. N<sup>o</sup>. 1717.



van het recht en van de wet, dan art. 1132 C. C., zoude zijne uitlegging de voorkeur verdienen boven die van Mr. HAMAKER c. s. Volgens deze zegt onze wet slechts, dat eene oorzaak moet bestaan, doch rust het bewijs van het niet-bestaan op den belover.

Bij deze opvatting zoude art. 1132 C. C. geheel overbodig gewijzigd zijn. Aan de bevoegdheid van den belover om te bewijzen, dat er eene oorzaak niet aanwezig was, had niemand getwijfeld. (1) Hadde de wetgever het artikel willen verduidelijken, dan zoude hij beter hebben doen uitkomen, dat de bewijslast op den belover lag. Daarover bestond twijfel.

Door het woord „niettemin” kondigt zich art. 1372 als eene uitzondering aan. Het vermeldt een geval, waarin de schriftovereenkomst zonder vermelding van oorzaak geldig is. In art. 1371 moet dus onder overeenkomst ook verstaan worden eene schriftovereenkomst.

Hieruit volgt, dat, evenals in den Code, door *oorzaak* een begrip meer wordt uitgedrukt dan bij POTHIER. Bij die overeenkomsten beteekent in art. 1371 het woord: *vermelden van eene oorzaak*.

Het verschil tusschen de Fransche en de Nederlandsche wetgeving bestaat hierin, dat de uitzondering van art. 1132 C. C. ruimer is dan die van art. 1372 B. W.

De eigenlijke oorzaak van eene schuldbekentenis, in art. 1372 bedoeld, is de bestaande schuld.

DIEPHUIS (2) heeft art. 1915 te hulp geroepen en na hem Mrs. LEVY (3) en HAMAKER. (4) De redeneering

(1) Deze twijfel ontstond eerst, nadat BÄHR betoogd had, dat eene schulderkenning niet door simpel tegenbewijs konde ontzenuwd worden.

(2) Deel II, blz. 384.

(3) Vervolg OPZOOMER, Deel 12, bl. 153.

(4) W. v. N. R. N°. 1535.

is aldus. Het artikel bevat de vereischten, waaraan onderhandsche eenzijdige schuldverbintenissen tot voldoening van gereed geld of van eene zaak, welke op eene bepaalde waarde kon worden gesteld, moeten voldoen om volkomen kracht te bezitten. De vermelding van oorzaak werd daaronder niet opgenomen . . . . dus bestaat er eene volkomen rechtsgeldige schriftverbintenis, ook indien eene oorzaak niet vermeld wordt.

Art. 1915 stamt af van art. 1326 C. C. De bijzonderheden verschillen, doch het doel is hetzelfde, namelijk bescherming tegen misbruik maken van *blanc seing* en tegen onderteekening van biljetten zonder ze te lezen. Het artikel van den Code was overgenomen uit de *déclaration du roi* van 22 September 1733. Als het doel niet van zelf sprak, zou men zich kunnen beroepen op POTHIER (N<sup>o</sup>. 745).

Men wenschte waarborgen, dat de schulderkenning werkelijk door den onderteekenaar was afgelegd. De mededeeling van de oorzaak der erkenning konde daar nimmer toe gerekend en dus in art. 1915 nimmer geeischt worden.

Als het onderhandsche geschrift aan de vereischten van art. 1915 voldoet, dan mag aangenomen worden, dat de erkentenis door den onderteekenaar werd afgelegd. Of eene erkentenis zonder vermelding van oorzaak voldoende is tot toewijzing eener vordering, hangt af van de bepalingen van materieel recht. Op grond van art. 1132 C. C. moet het antwoord bevestigend luiden voor Frankrijk en op grond van art. 1371 in verband met art. 1372 B. W. ontkennend voor Nederland.

Of zoude de schulderkenning de oorzaak van de betalingsbelofte zijn?

Door deze achterdeur, reeds door MERLIN gewezen poogde de Hooge Raad bij arrest van 13 Februari 1870 (W. 3192) aan den druk van art. 1372 te ontsnappen.

Men mag aannemen dat het College bij arrest van 3 Februari 1899 (W. 7239) op deze leer terug is gekomen.

Het artikel is gesproken uit het Oud-Nederlandsche recht. Dus moet men aan *oorzaak* de beteekenis geven, die het daar had. Ik vlei mij boven aangetoond te hebben, dat de schulderkenning niet als oorzaak werd beschouwd.

Omdat toen eene algemeene aanduiding van de schuld-oorzaak voldoende was, is het thans nog zoo.

Men zal mij tegenwerpen: de gelijkstelling met het oude recht gaat niet op, want onze wet kent de schriftverbintenis uit overeenkomst niet. Mijn antwoord luidt: uit art. 1372 blijkt het tegendeel.

De kracht van de overeenkomst hangt volgens dit artikel af van het uitdrukken of bewijzen der oorzaak. Nam men niet aan, dat bedoeld werd vermelding der oorzaak in de schriftovereenkomst, dan zoude art. 1372 het overbodigste artikel van het wetboek zijn. In dien gedachtengang zoude het bepalen, dat eene overeenkomst niet nietig is, als in het bewijsstuk de oorzaak of de juiste oorzaak niet werd vermeld. Wie heeft het ooit in zijn hoofd gekregen eene geldleening nietig te verklaren, omdat in de schuldbekentenis van die leening geen gewag werd gemaakt!

Waarom zoude trouwens de wetgever de schriftovereenkomst op zijde hebben gezet, die hij zoowel in den Code als in het oude recht aantrof! Men zoude op de historische lijn moeten blijven, ook al had art. 1372 den schijn over een bewijsstuk te handelen.

Ik acht het een zonderling verschijnsel, dat een groot deel onzer juristen en daaronder mannen als VAN BEMMELÉN, CONINCK LIEFSTING, (1) A. A. DE PINTO, (2) in strijd met

(1) Zie vooral bl. 330 van Verbintenissen uit overeenkomst.

(2) Zie bij voorbeeld de aantekening op het stukje: *Allmaar in nood* van Mr. LEVY in W. 6557.

de geschiedenis van recht en wet, en met de wet zelve de schuldbekentenis slechts als een bewijsstuk beschouwen. Weinig minder vreemd is de houding der voorstanders van de schriftovereenkomst met Mr. LEVY aan het hoofd. Zij trachten de theorie van BÄHR geheel in Nederland over te planten, doch daarvoor is de juridische bodem ongeschikt. (1)

Naar mijne meening is onder de leeken het besef levendig gebleven, dat eene schuldbekentenis iets meer is dan een bewijsstuk. Men gevoelt zich te moeten houden aan hetgeen men vrijwillig onderteekend heeft. Het bewijs hiervoor acht ik gelegen in het zoo veelvuldig voorkomen van schuldbekentenissen met eene *onjuiste* oorzaak. In plaats van de werkelijk bestaande *geoorloofde* oorzaak wordt vermeld: geleend geld. Die zulk eene schuldbekentenis afgeeft wil niet een bewijsstuk maken, want, hetgeen bewezen zou worden, bestaat niet. Hij wil zich door zijn schrift verbinden. (2)

Hoe staat het in ons recht met de mondelinge schulderkenning?

Wordt deze als eene zelfstandige overeenkomst, waaruit gedagvaard kan worden, beschouwd, dan dient, waar de vermelding der oorzaak bij de schriftovereenkomst vereischt wordt, *a fortiori* hetzelfde plaats te hebben bij de mondelinge erkenning.

Er is moeilijk een geval te bedenken, waarbij de erkenner de bedoeling zoude gehad hebben van de oorzaak te abstraheeren. (3)

Er is ten dien opzichte een belangrijk verschil met de

(1) Ik schrijf maar, alsof ik de wijsheid in pacht had. De lezer gelieve zich te herinneren, dat ik mijn inzicht wantrouw.

(2) Zie BÄHR t. a. p. § 58.

(3) De mondelinge afrekening is, zooals wij later zullen zien, niet eene erkenning, maar eene zelfstandige overeenkomst.

schriftelijke erkenning. Van oudsher heeft op grond van de gedragingen der menschen de rechtsregel gegolden: die eene schuldbekentenis afgeeft, verbindt zich op grond van die erkenning te betalen. Er wordt niet gevraagd, of de erkenner wel bewust was, meer dan een bewijsmiddel af te geven. Evenmin kon de Romein, die zich door een *stipulatio debiti* verbonden had, beweren dat hij niet geweten had eene abstrakte verbintenis te sluiten. Zeker heeft de mondelinge erkenning niet zulk eene plaats in ons recht als de schriftelijke. Wil er van eene zelfstandige overeenkomst sprake zijn, dan dient bewezen te worden, dat partijen de *bedoeling* hadden van de schuld-oorzaak te abstraheeren. In tegenstelling met de Romeinen ligt het niet in de gewoonte der hedendaagsche menschen zich door eene mondelinge schulderkenning te willen verbinden. Meestal zal zelfs de bedoeling om bewijs te verschaffen niet bestaan. Het is schier immer eene bloote toestemming op de vraag of men schuldig is. De kracht van eene mondelinge bekentenis, buiten rechten gedaan, werd dus in art. 1965 terecht aan het oordeel van den rechter overgelaten. Evenwel dit artikel blijft een bewijsvoorschrift, dat op het materieele recht zonder invloed is. Het geeft trouwens aan den rechter alle speelruimte.

Ik acht het niet absoluut onmogelijk, dat partijen in een enkel geval de bedoeling hebben gehad door eene mondelinge belofte van de oorzaak te abstraheeren, doch dan dient dit, zijnde eene groote uitzondering, in de dagvaarding vermeld te worden. Een verbod om van de oorzaak te abstraheeren bestaat in ons recht niet.

Thans wensch ik nog eenige gevallen te behandelen, die zich in de praktijk hebben voorgedaan, waarbij de schulderkenning of de vermelding der oorzaak eene rol hebben gespeeld.

Menigmaal is gedagvaard, en met goeden uitslag, op grond van eene schulderkenning. Ofschoon de eischer eene schuldbekentenis in handen had, werd meestal niet vermeld, dat de erkenning *schriftelijk* had plaats gehad. Onder den invloed van BÄHR schijnt aan die bizonderheid weinig gewicht te zijn gehecht. De rechter verzette zich zelden. Eene uitzondering maakte de Alkmaarsche Rechtbank bij vonnis van 7 Juni 1894, (W. 6529), die uit de dagvaarding wenschte te zien, of de erkenning mondeling dan wel schriftelijk had plaats gehad. Dit verlangen komt mij rechtmatig voor. Alleen de schriftelijke erkentenis is verplichtingsgrond, behoudens zeer bijzondere gevallen. Dit neemt niet weg, dat al is in de dagvaarding niet uitdrukkelijk van schriftelijkheid gesproken, uit den inhoud kan blijken, dat de actie op een geschrift werd gebouwd.

Meer dan eens deed de rechter, alsof er uit het *negotium* was gedagvaard, ofschoon dit geschiedde op grond eener schulderkenning. Zoo de Rechtbank van Amsterdam bij vonnis van 25 Mei 1899 (W. 7390). Eischer had gesteld: „dat ged. op 1 Jan. 1898 heeft erkend aan „eischer wegens geleende gelden de som van f1000 „schuldig te zijn en zich heeft verbonden daarvoor rente „te betalen, berekend à 4 pCt. 'sjaars, te voldoen drie- „maandelijks met f10 en om de hoofdsom terug te betalen vóór of op 1 Juli 1898.” Gedaagde concludeerde in de eerste plaats tot niet-ontvankelijkheid, omdat niet een feit werd gesteld, waaruit de schuldpligtigheid zoude volgen. Aannemende, dat uit de omstandigheden genoegzaam bleek, dat hier uit eene schriftovereenkomst werd gedagvaard, zoude ik overwegen, dat deze is een door de wet erkende verplichtingsgrond. De Rechtbank echter, blijkbaar door Mr. LEVY niet bekeerd tot de theorie van BÄHR en blind voor de schriftovereenkomst der

wet, redeneerde alsof uit geldleening werd geageerd.

Voor de Rechtbank te Zutphen had de eischer gedagvaard ter zake: „dat ged. wegens op 9 Jan. en 26 Nov. „1897 aan contanten ontvangen gelden van eischer heeft „schuldig, erkend onderscheidenlijk f200 en f 758.58 $\frac{1}{2}$ .” De gedaagde wierp het bezwaar niet op, dat uit eene schulderkenning geageerd werd; hij beweerde alleen, dat de *causa debendi* noch in de dagvaarding, noch in de overgelegde schuldbekentenissen vermeld stond. Hieromtrent gaf de Rechtbank dezelfde beslissing, die wij bij VAN LEEUWEN en VOET aantreffen. De woorden: *aan contanten ontvangen gelden* duiden voldoende op de geoorloofde oorzaak van geleend geld. (1)

Schrijvers, die vermelding van oorzaak vorderen, nemen toch bijna allen genoegen met eene verkorte opgave. Terecht schreef C. ASSER (Deel III bl. 245): „De meesten „geven toe, dat eene overeenkomst, vervat in de woorden: „ik beloof u te betalen de som van f 300, of wel: ik „erken u f 300 schuldig te zijn, geene aanduiding van „oorzaak bevat. Maar niet zoodra voegt men er bij: wegens „geleend geld, als koopprijs van geleverde goederen, „wegens pacht van landerijen enz., of dezelfde zullen „gereedelijk erkennen dat de oorzaak genoemd is”.

Voorzeker een verblijdend verschijnsel. Evenwel kan men dergelijke uitdrukkingen slechts voldoende achten, als uit eene schuldovereenkomst wordt gedagvaard. Werd de economische handeling gesteld, dan dient tijd, plaats en andere bijzonderheden vermeld te worden. De schuldbekentenis met verkorte oorzaak levert in dit geval slechts onvolledig bewijs.

De schriftovereenkomst verwerpen en de verkorte oorzaak voldoende achten, kan niet samengaan.

---

(1) Vonnis van 11 Januari 1900. W. 7443.

Eene geoorloofde oorzaak moet aangeduid worden. Bedenklijk acht ik de uitdrukking: *waarde naar genoegen genoten*, die in verscheidene beslissingen, als voldoende beschouwd wordt. De woorden wijzen op eene genoten contra-prestatie, doch deze kan van den meest onzedelijken aard geweest zijn.

Het staat den eischer vrij op grond van zulk een geschrift te dagvaarden, maar hij moet de oorzaak, althans in algemeene bewoordingen vermelden. Wanneer de rechter niet de gegrondheid der vordering om de eene of andere reden wantrouwt, kan hij bij tegenspraak eischer den suppletoren eed opleggen. (1)

Men heeft betoogd, dat de wetgever dergelijke uitdrukkingen eene voldoende aanwijzing van oorzaak achtte, daar hij bij het orderpapier met erkenning van ontvangen waarde tevreden was. Hierbij werd over het hoofd gezien, dat vroeger op vele plaatsen ten behoeve van den handel van den eisch om de oorzaak te vermelden geheel werd afgezien. Onze wetgever is zoover niet gegaan, maar heeft bij de orderpapieren met een zeer algemeene opgave genoegen genomen. Deze vrijgevigheid van den wetgever geldt niet buiten de grenzen van dit rechtsinstituut.

Ten slotte het gewichtigste geval. De Hooge Raad besliste 27 Juni 1902 (W. 7778), dat eene liquidatie-overeenkomst op zich zelve beschouwd, niet heeft eene geoorloofde oorzaak, en dat niettegenstaande deze overeenkomst de eischer verplicht is de geoorloofdheid der verschillende posten te bewijzen.

Hiertegenover wensch ik te betoogen, dat afrekening is een *negotium*, en wel van geoorloofden aard.

Mr. LEVY schreef: Met den besten wil kunnen wij

---

(1) Het zal wel niet betoogd behoeven te worden, dat eene schrift-overeenkomst tevens een bewijsstuk is.



geen verschil ontdekken tusschen: „ik ben u 100 schuldig” en „ik ben, uithoofde van afrekening, u 100 „schuldig”. Uit het oogpunt van den feitelijken beweeg- „grond bezien is eene afrekening niet meer dan eene bepaalde uitkomst langs rekenkunstigen weg verkregen”. (1) Deze voorstelling, ook van BÄHR overgenomen (2), heeft, geloof ik, veel kwaad gedaan. Ware de afrekening niets anders dan eene optelling en aftrekking van posten, dan konde zij niet zijn eene *causa debendi*.

Afrekenen is niet samen een rekensommetje maken. Het is de geldelijke verhouding van partijen geheel of gedeeltelijk vaststellen.

Laat ons nu eene eenvoudige verhouding tot voorbeeld kiezen. Een kapitalist, die niet speculeert, krijgt van zijn kassier ter goedkeuring den staat van rekening-courant. Wanneer het nu eene rekensom ware, dan zoude hij zich bepalen tot het optellen der verschillende posten. Een goed financier doet meer: hij onderzoekt of de posten juist zijn. Daartoe moet hij vergelijken de cijfers van den staat met die zijner boeken. Hier wordt „de „rekenkunstige weg” reeds verlaten. Wellicht is zijne boeking niet geheel in orde, dan dient hij zijne toevlucht te nemen tot nota's van zijn kassier en tot andere geschriften. De kassier is wellicht belast met het innen van hypotheekrenten. Dan moet nagegaan worden, of al de vervallen renten verantwoord worden. De juistheid van de renten provisie-rekening behoort ten slotte onderzocht te worden. De kapitalist moet beslissen of hij genoeg neemt met den grondslag, waarop renten en provisie berekend zijn.

Heeft hij bezwaar tegen een of meer posten, dan volgt

(1) Rekening-Courant bl. 88.

(2) Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 65 (2<sup>de</sup> uitgaaf bl. 297).

eene gedachtenwisseling met den kassier. Hetzij de rekening-courant gewijzigd worde, dan wel gehandhaafd blijve, partijen verschilden niet over eene rekensom.

Handelaren en speculanten sluiten meer ingewikkelde transacties. Verschil van meening komt tusschen hen menigvuldiger voor. Vandaar wordt er bij de afrekening menigmaal schikkingen gesloten, of verrichte daden goedgekeurd.

Het is een vereischte van de rekening-courantverhouding op vaste tijdstippen af te rekenen. Juist het opschorten der afrekening, heeft tot gevolg, dat deze periodiek dient plaats te hebben. Het saldo moet vaststaan en den grondslag vormen van de nieuwe rekening.

Voor de kleine handelaren, die niet, of gebrekkig boekhouden, bestaat eene groote behoefte om zich te houden aan de afrekening. Met juistheid kan men niet lang de toedracht der zaken onthouden. Stel u voor een handelaartje, die van zijn gewezen compagnon eene schuldbekentenis wegens afrekening heeft bekomen en twee, drie jaren later bij het aanspreken van den schuldenaar verplicht zoude zijn al het gebeurde gedurende de compagnieschap zich te herinneren.

Men houde wel in het oog, dat, wanneer de afrekening niet als *causa debendi* erkend wordt, al de transacties van partijen, ingeval er niet afbetaling heeft plaats gehad, (1) in de dagvaarding in vollen omvang moeten vermeld worden, liepen zij ook over twintig jaren en langer.

Naar mijne meening dwingt de wet niet zoo tegen de eischen van het leven in te gaan.

Afrekenen, is zooals uithet bovenstaande betoog volgt, eene economische handeling, evengoed als koopen

(1) Zoolang de rekening-courantverhouding duurt, heeft er niet afbetalen maar remitteeren plaats.

Zie mijne Nederlandsche Rekening-Courant § 18.

of geld leenen. Het is niet eene eenzijdige handeling, als het afgeven van eene schuldbekentenis, maar strekt in het belang van beide partijen. Hoever deze twee daden van elkaar afstaan, toone het volgende voorbeeld. De kassier heeft primo Januari een saldobiljet ontvangen, meldende een saldo ten voordeele van den cliënt. Ultimo Juni heeft hij een saldo te vorderen, maar daar de cliënt niet betaalt, dagvaart hij hem. De eerste post van de rekening is het saldo van ultimo December. Als bewijs van afrekening legt hij over niet eene schuldbekentenis, doch het tegenovergestelde: eene verklaring van te goed hebben. (1)

Afrekening behoort tot de *negotia*. Gelijksoortige schuldbekentenissen zijn niet: „Ik ben u f100 schuldig” en „Ik ben u f100 schuldig uit afrekening” maar wel deze laatste en: „Ik ben u f100 schuldig uit geldleening tegen „4 pCt. rente 'sjaars”.

Eene schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak kan wel afgegeven worden tengevolge eener afrekening, doch dan bestaat er eene verborgen afrekening.

Afrekenen is nimmer eene ongeoorloofde handeling. Integendeel het mag eene prijzenswaardige daad genoemd worden in het belang van de finantieele orde.

Wij hebben gezien, dat eene overeenkomst met eene ongeoorloofde oorzaak er eene is met een ongeoorloofd gevolg. Daartoe is de afrekening niet te brengen.

Zeker bestaat de mogelijkheid, dat tot het saldo hebben medegewerkt posten met eene ongeoorloofde oorzaak. De afrekening is dan onjuist, maar heeft evenmin een onge-

---

(1) Men werpe mij niet tegen, dat de kassier de posten in zijn debet niet behoeft te bewijzen. Als hij het saldo-biljet niet overlag, zoude de cliënt volstaan met posten in des bankiers debet te bewijzen. Legt hij het wel over, dan dient de cliënt de onjuistheid der afrekening aan te toonen.

oorloofd gevolg, dan wanneer er een abuis was gemaakt.

Posten met eene ongeoorloofde oorzaak maken de afrekening niet ongeoorloofd, doch gedeeltelijk *zonder* oorzaak. Zulk een post valt uit de rekening weg. Geheel hetzelfde gevolg heeft plaats, als een post uit de rekening van A bij abuis in die van B geboekt werd.

Wie draagt den bewijslast, als de gedaagde beweert, dat tot het saldo posten met ongeoorloofde oorzaak hebben medegewerkt?

Meer dan de afrekening behoeft de eischer niet te bewijzen. Leidde men den bewijslast op hem, dan zoude ook de eischer, die uit geldleening gedagvaard en zijne vordering met eene schuldbekentenis bewezen heeft, na de bewering, dat een ontvangen bankbiljet naderhand bleek valsch te zijn, de echtheid moeten bewijzen.

De Hooge Raad konde er slechts toe komen den bewijslast op den eischer te leggen door aan te nemen dat de liquidatie-overeenkomst op zich zelve niet is eene geldige verbintenis. Ik vlei mij aangetoond te hebben, dat de afrekening is eene wettige overeenkomst, die echter, even als elke andere, geheel of gedeeltelijk hare kracht verliest, als de tegenspreker bewijst, dat zij geheel of gedeeltelijk zonder oorzaak was.

De afrekening kan op verschillende wijze blijken. Buiten de rekening-courantverhouding zal wel meestal eene schuldbekentenis afgegeven worden. De vermelding der afrekening is dan de aanwijzing van eene geoorloofde oorzaak. De afrekening is de oorzaak der schriftovereenkomst. Verliest de oorzaak geheel of gedeeltelijk hare kracht, dan vervalt ook de schriftovereenkomst geheel of gedeeltelijk.

Bestaat de rekening-courantverhouding tusschen partijen, dan wordt er m. i. zelden eene schuldbekentenis opge maakt. Het stuk, dat de persoon in handen heeft, die eene

som verschuldigd<sup>\*</sup> is, bewijst de afrekening, maar is natuurlijk onmogelijk eene schuldbekentenis. Het stuk, in bezit van de andere partij, kan eene schuldbekentenis zijn, doch is het meestal niet. Als de cliënt aan den kassier schrijft, dat hij den staat van rekening-courant, sluitende met een saldo te zijnen nadeele van f. . . ., accoord heeft bevonden, dan is die brief zeker niet eene schuldbekentenis. Het doel van het schrijven is zelfs niet om een bewijsstuk tegen zich af te geven, al kan het geschrift naderhand als zoodanig tegen hem gebruikt worden. Het doel is blijk te geven van wilsovereenstemming. Zelfs bij het teekenen van een saldo-biljet staat de accoordbevinning op den voorgrond.

Er bestaat ook geene aanleiding voor partijen om zich te binden door het geschrift. Aan de wilsovereenstemming wordt dadelijk gevolg gegeven door het boeken op nieuwe rekening, en het geschrift geeft niet een eenvoudiger vorm aan de overeenkomst. (1)

Voor de praktijk is de orderscheiding van belang. Wordt het geschrift niet beschouwd als eene schuldbekentenis, dan zijn de gevaarlijke bepalingen van art. 1915 B. W. niet toepasselijk

Het bizonder, rechtgevend karakter van de schuldbekentenis verklaart, waarom de wetgever alleen voor haar bijzondere bepalingen maakte.

Hoe vijandig men, voor het uitkomen van BÄHR's werk, in Duitschland ook gestemd ware tegen de *cautio indiscreta*, de jurisprudentie nam de geldigheid der afrekening aan. (2)

(1) Het volgende wordt speciaal aan Mr. LEVY ter overweging aangeboden. Als afrekening niet eene *causa debendi* ware, dan zoude, van zijn standpunt, al de posten, wellicht over jaren, moeten vermeld en bewezen worden, ingeval er niet eene schuldbekentenis werd afgegeven.

(2) BÄHR t. a. p. § 55; KOCH 8<sup>te</sup> Deutsche Juristen dag, Deel I, bl. 302; HAUSER, 9<sup>de</sup> Deutsche Juristen-dag. Deel III, bl. 67.

Het arrest vanden Hoogen Raad maakt wetswijziging urgent. Ik kan mij bezwaarlijk voorstellen, dat er iemand zoude bestaan, die het ongewenscht achtte de persoon, die uit eene afrekening ageert, van bewijs te ontslaan. Al moge sommigen in eene schulderkenning zonder vermelding van oorzaak iets onnatuurlijks en verdachts vinden, de saldo-bepaling bij rekening-courant en iedere andere afrekening is zeker noch ongewoon, noch verdacht, maar wel eene noodzakelijkheid van het leven.

Bij eene algemeene herziening van het B. W. kan aan het woord oorzaak niet de rol gelaten worden, die het thans speelt. De cameleontische beteekenis, een half dozijn begrippen omvattende, dient op te houden. Elk woord drukke slechts één begrip uit.

Moet met de oorzaak geheel gebroken worden? Zoo ja, wat dient er dan in de plaats te komen? Zoo neen, welke beteekenis late men haar en wat kome er in de plaats van de overige beteekenissen?

Gemakkelijk zijn deze vragen niet te beantwoorden. Nu er zelfs geene Commissie meer bestaat voor de herziening van het 3<sup>de</sup> Boek, en wij alzoo van eene algemeene herziening verder verwijderd zijn dan ooit, schijnt het mij onpraktisch toe mij in wijdloopige bespiegelingen te begeven. Dit is te minder noodzakelijk, omdat de cameleontische beteekenis van oorzaak weinig erger kwaad heeft gedaan, dan verwarring te stichten in het brein van uitleggers. Ik zal mij daarom er toe beperken de wijziging van art. 1372 te behandelen.

De rechtskracht der afrekening moet als een paal boven water vaststaan. Niet alleen de schriftelijke, ook de mondelinge.

Na het bovengeschrevene zal het wel duidelijk zijn, dat eene mondelinge afrekening niet is eene mondelinge betalingsbelofte met bindende kracht. Er bestaat niet eene

reden, waarom de mondelinge afrekening, onder de kleine lieden veelvuldig voorkomend, niet even goed van kracht zoude zijn, als ieder andere mondelinge overeenkomst.

In de tweede plaats dient de schriftverbintenis uit overeenkomst duidelijk erkend te worden.

Indien men zich hiertegen verzet, dan volgt daaruit, dat men wenscht de vermelding in de dagvaarding van het geheele *negotium*, dikwerf uit verschillende overeenkomsten bestaande. Dit zoude een stap achterwaarts zijn tot ver voorbij DE GROOT!

Verder wensch ik de geldigheid van de schuldbekentenis aan te nemen, ook al is de oorzaak niet vermeld.

De waarborg, dien men in het vermelden van eene oorzaak ziet voor het werkelijk bestaan van eene geoorloofde, is al uiterst zwak. Volgens ZIMMERMAN zouden de menschen niet licht liegen! (1) Van meer menschenkennis getuigt de volgende uitlating van Mr. CONINCK LIEFSTING: „Misbruik, dat men op die wijze aan toezeggingen, op „onredelijke en onrechtmatige gronden gedaan, uitvoering „zal geven, is daarbij mogelijk; maar dit misbruik is „thans onder de tegenwoordige wetgeving ook mogelijk. „Het is even gemakkelijk eene valsche schuldoorzaak, „b.v. *wegens geleend geld*, in de schuldbekentenis of acceptatie te vermelden, als die geheel weg te laten, waar „zij van dien aard is, dat men die niet durft te noemen.” (2)

ZIMMERMAN ziet nog twee andere gevaren: 1°. het belemmeren der verdediging; 2°. gevaar voor dubbel betalen. (3)

De schuldbekentenis wordt afgegeven juist met het

(1) T. a. p. bl. 487.

(2) T. a. p. bl. 341.

(3) T. a. p. bl. 480 volg.

doel om den schuldeischer processueel krachtiger te maken. Nu mag men er toch niet over jammeren, dat de toestand van den schuldenaar slechter werd.

Zeker, de mogelijkheid in enkele gevallen van dubbel betalen bestaat, doch de gevaren worden door ZIMMERMAN schromelijk overdreven. Aan al de geschetste bezwaren zijn ook onderhevig de order- en toonderpapieren, doch in de praktijk van het leven schijnt men daarvan weinig te bespeuren.

Had ZIMMERMAN zijn zin, dan zoude ook de schuldbekentenissen met vermelding van de oorzaak in algemeene bewoordingen slechts de kracht van een vermoeden bezitten. Het schijnt mij toe, dat deze bekwame praktikus uitsluitend oog had voor de belangen van de gedaagden. Naar mijne ondervinding verdienen deze lieden vooral niet meer bescherming, dan de eischers.

Wie zich schuldig erkent en niet betaalt, handelt in strijd met zijne eigene daad en dient te bewijzen, dat hij daartoe recht heeft.

De Commissie voor de herziening van het Bewijs wenschte aan de schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak te hulp te komen. Het oude art. 1915 werd beperkt tot schuldbekentenissen ter voldoening van gereed geld, terwijl daaraan de volgende alinea werd toegevoegd: „Het bewijs dat de schuld voortspuit uit eene overeenkomst zonder oorzaak of uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak aangegaan, moet geleverd worden door hem, die dit beweert”.

De Minister nam het artikel met de toelichting over. De Commissie ontkende, dat schulderkenning is verplichtingsgrond en plaatste zich „op het standpunt der jurisprudentie, dat de artt. 1371 en 1902 B. W. medebrengen de noodzakelijkheid, dat degeen, die eene overeenkomst inroept, ook de causa, die haar bestaanbaar



„maakt, ingeval van ontkenenis heeft waar te maken”.

De Commissie verwerpt blijkbaar ten eenemale de schriftvereenkomst en ziet in de schuldbekentenis slechts een bewijsstuk. Waarschijnlijk is dit de meening van den Hoogen Raad en zeker van zijn Voorzitter.

Nu wil zij „ondubbelzinnig” uitdrukken door de 2<sup>de</sup> alinea, dat plaats heeft „*omkeering van bewijslast*”. Duidelijk lijken mij de woorden allerminst. De Commissie wilde zeggen: *Al is eene oorzaak niet vermeld, wordt het bestaan van eene geoorloofde oorzaak vermoed.*

In ieder geval zoude dit vermoeden uitgebreid dienen te worden tot de andere onderhandsche en de authentieke schuldbekentenissen. Wenschelijker dan de alinea te verbeteren en uit te breiden schijnt het mij toe haar te schrappen. (1)

Op het standpunt der Commissie moet uit het negotium gedagvaard worden. Laat ons nu een zeer eenvoudig geval nemen. De eischer dagvaardt wegens geleend geld en de gedaagde antwoordt de gevraagde som door kaartspelen aan den eischer verloren te hebben. Tot bewijs legt de laatste eene schuldbekentenis zonder oorzaak over. Door zulk een stuk wordt het, in het algemeen gesproken, waarschijnlijk, dat de gedaagde uit eene wettige oorzaak schuldig is, omdat niet licht iemand betaling zal toezeggen, als hij niet wettig schuldig is. Maar het moet waarschijnlijk zijn, dat de gedaagde wegens *geleend geld* moet betalen. Men zoude moeten redeneeren: die vermoedelijk wettelijk te vorderen heeft, geeft vermoedelijk de juiste oorzaak op. Het bewijsmiddel wordt zodoende zwak.

Hoe ingewikkelder de vordering is, hoe geringer de

---

(1) Met Mr. MOLTZER zoude ik nog liever het geheele aardvaderlijke artikel schrappen.

bewijskracht der schuldbekentenis. Twee personen, niet ver gevorderd in het boekhouden, hebben gedurende geruimen tijd zaken gedaan voor gemeene rekening. Wellicht na veel geharrewar geeft als slot van rekening de een af eene schuldbekentenis zonder oorzaak, of, wat voor den Hoogen Raad hetzelfde is, met vermelding der afrekening. Een paar jaren later ziet de schuldeischer zich genoodzaakt te dagvaarden. Hoe de zaken zijn geloopt, wat er bij de afrekening voorviel, kan hij aan zijn advocaat niet met juistheid meer mededeelen. Nu wordt er eene dagvaarding in zee gezonden, die klopt met de schuldbekentenis, doch waarbij de onderdeelen op goed geluk worden vermeld.

Uit het voorgaande volgt tevens, dat het wetsvoorstel den eischer niet helpt uit de processueele moeilijkheden, waarin hij volgens het systeem van de Commissie beklemd zit. Ellenlange dagvaardingen en het gevaar om tot zijne schade en schande op onwaarheden te worden betrappt, ofschoon het recht aan zijn kant staat! (1)

De bezitter van eene schuldbekentenis zoude door de nieuwe alinea nog eeniger mate geholpen worden, maar de rekening-couranthouder, die ageert uit afrekening en niet in het bezit is van eene schuldbekentenis, zoude bij de jurisprudentie van den Hoogen Raad in zijne beklagenswaardigen toestand gelaten worden.

De verlossing moet komen niet door bewijsregelen, doch door het materieele recht.

Niet gewenscht daarentegen acht ik het aan elke schriftelijke belofte bindende kracht toe te kennen. Buiten de order- en toonderpapieren beschouwe men slechts de schuldbekentenissen als schriftverbintenissen.

---

(1) Deze bezwaren heb ik reeds geuit in Weekblad 7962. Mr. MOLTZER schreef in denzelfden geest.

Men dient uit een geschrift te kunnen zien of door de voldoening eene oude schuld gedelgd, dan wel eene nieuwe geschapen wordt. Als A belooft aan B hem f 1000 te betalen, dan is het niet zeker, of A dit belooft ter delging eener oude schuld, dan wel omdat hij van plan is B bijvoorbeeld die som te leenen. Het woord *betalen* is dubbelzinnig. Staat er in het geschrift: *witbetalen*, dan wordt het bestaan van eene oude schuld zelfs onwaarschijnlijk.

Nu heeft de gedaagde er groot belang bij niet tot betaling van eene oude schuld te worden veroordeeld, indien hij eene nieuwe had willen vestigen. Het kan ook bij het vonnis niet in het midden gelaten worden, welk karakter de betaling zal dragen.

Onder de tegenwoordige wet bestaat het gevaar niet de bedoeling van den belover onjuist op te vatten, omdat uit de toegevoegde oorzaak blijkt of door de betaling eene oude schuld gedelgd, dan wel bij voorbeeld eene leenschuld aangegaan worde.

Als het doel is eene nieuwe schuld te vestigen, heeft de persoon aan wien beloofd wordt er ook geen belang bij, dat het geschrift als rechtgevende worde beschouwd. De voordeelen van eene schriftovereenkomst bestaan slechts bij eene bestaande schuld.

De toestand is geheel anders op het gebied der orderen toonderpapieren. In normale gevallen betaalt de belover aan een ander persoon, dan waarmede hij gehandeld heeft. De acceptant betaalt niet den trekker, maar den houder van den wissel. De maker van een toonderpapier betaalt uit den aard der zaak slechts bij uitzondering aan den eersten houder. Gewoonlijk is er te voren niets tusschen den belover en den toonder voor gevallen en kan deze zich uitsluitend op een schriftverbintenis beroepen. Door de betaling wordt evenmin

eene oude schuld gedelgd als eene nieuwe aangegaan.

Het komt voor, dat de maker van het geschrift en de eerste houder tegenover elkaar staan; bij voorbeeld als de betrokkene niet heeft betaald en de wissel in handen van den nemer terugkeerde. Door de betaling door den maker ontstaat dan nimmer eene nieuwe schuld. Had de nemer eene schuldvordering op den trekker, of betaalde hij de waarde van den wissel, of werd hij door den trekker voor dat bedrag gedebiteerd, dan moet de trekker naarmate der omstandigheden den nemer schadeloos stellen. Heeft de trekker op geenerlei wijze eene contra-prestatie ontvangen, was de vermelding „waarde genomen” of „waarde inrekening” onjuist, maar werd afgesproken, dat in geval van niet-betaling door den betrokkene de trekker den wissel zoude terug ontvangen zonder meer, dan behoeft deze niet te betalen. (1)

Rechtsgeleerden als NABER en HAMAKER weigeren een principieel onderscheid te erkennen tusschen verbintenissen uit order- en toonderpapieren aan de eene, en schriftverbintenissen uit overeenkomst tusschen twee bepaalde personen aan de andere zijde. Luidde nu de wet zonder meer: *de aangenomen schriftelijke belofte, die niet eene schulderkenning inhoudt, doet eene verbintenis uit schrift niet ontstaan*, dan zoude van het standpunt der genoemde Geleerden hierdoor een gevaar voor de order- en toonderpapieren ontstaan. Het komt mij daarom wenschelijk voor er aan toe te voegen: *Deze bepaling is in geen geval toepasselijk op order- en toonderpapieren*. Strikt genomen, acht ik de bijvoeging onnoodig, omdat de verbintenissen uit die papieren niet behooren tot de verbintenissen uit overeenkomst, (2) waarover art. 1372 handelt.

(1) Zie arrest H. R. 11 April 1902 W. 7753, waarbij gelukkig gebroken werd met de leer van 15 Juni 1883. W. 4923.

(2) In een volgend opstel hoop ik deze stelling tegen Mr. NABER c. s. te verdedigen.

Of het geschrift eene schulderkenning inhoudt, hangt van de uitlegging af. Het bestaan van eene schuld behoeft niet uitdrukkelijk vermeld te worden. Beloofd iemand te betalen drie maanden na opzegging, dan is het volkomen duidelijk, dat de belover het bestaan eener schuld aanneemt. De belofte om te betalen over twee jaren acht ik ook eene schulderkenning, omdat het onaannemelijk zoude zijn, dat iemand zich de beschikking over een kapitaal wilde verzekeren na zulk een lang tijdsverloop.

Het dient den belover vrij te staan te bewijzen, dat er eene ongeoorloofde oorzaak bestaat. Hierover is geen verschil van gevoelen. Wel beweert Mr. LEVY, dat het bewijs van het *niet bestaan* eener oorzaak, dat wil zeggen: eener schuld onvoldoende is, maar dat de belover moet bewijzen in verschoonbare dwaling te hebben gehandeld. Zoolang evenwel volgens onze wet eene schenkingsbelofte om geldig te zijn bij notarieele akte moet worden afgelegd, kan die eisch Mr. LEVY ten opzichte van onderhandsche schuldbekentenissen niet volgen. De Romeinen waren bij de stipulatie met het bewijs van gemis aan oorzaak niet tevreden, omdat de handeling eene belofte tot schenking konde geweest zijn. Wat de onderhandsche schuldbekentenissen betreft, mogen wij niet meer verlangen, dan het bewijs van het niet bestaan eener schuld, daar het stuk als schenkingsbelofte nietig zoude zijn.

Ook tegen schulderkentenissen, bij notarieele akte afgelegd, acht ik bewijs van gemis aan oorzaak voldoende. Die schenken wil, verklare dit. Men behoeft verkapte schenkingen, waardoor de fiscus benadeelt wordt, niet aan te moedigen.

Naar mijne meening werken de artt. 1933 en 1934 B. W. belemmerend op dit tegenbewijs en toch dient het in vollenomvang te worden toegestaan. Derhalve

behooren deze artikelen buiten werking gesteld te worden.

Het tegenbewijs behoeft niet uitgestrekt te worden tot de andere vereischten voor de geldigheid der overeenkomsten. Wanneer de wet bepaalt: *de afrekening en de aangenomen schriftelijke schulderkenning doen eene verbintenis ontstaan*, dan is de toestemming van partijen in de woorden opgesloten. Dwang, dwaling of bedrog kunnen aanwezig zijn, doch zij verhinderen niet het tot stand komen eener verbintenis en vallen dus buiten het begrip: tegenbewijs. Dit zelfde is het geval met de onbekwaamheid. Een gebrek in het onderwerp voert tot nietigheid der verbintenis, maar het kan zich alleen bevinden in de overeenkomst, die de afrekening, of de schulderkenning veroorzaakte. Het gebrek maakt dan die oorzaak nietig, en valt dus te zamen met gemis aan oorzaak.

Ten slotte acht ik het wenschelijk te bepalen, dat door de mondelinge schulderkenning eene verbintenis niet ontstaat.

De Duitschers leggen den klemtoon op den *wil* van partijen om van de oorzaak te abstraheeren. BÄHR ging, door den nood gedwongen, hen hierin voor. Men mag veilig aannemen, dat het dezen practicus hoofdzakelijk te doen was om de schuldbekentenis, waarin de oorzaak niet of in algemeene bewoordingen werd vermeld, in veiligheid te brengen. De stipulatie der Romeinen stelde hij ten voorbeeld, hoe van de oorzaak werd geabstraheerd. Deze was echter verdwenen en de schuldbekentenis gold in Duitschland slechts als bewijsmiddel. (1) Had BÄHR daar de schriftovereenkomst gevonden, zooals die oudtijds en, m. i. thans nog in Nederland bestaat, dan zoude het hem weinig moeite hebben gekost het plooibare gewoonterecht er toe te brengen den eisch van vermelding der oorzaak te laten varen.

(1) Zie de verklaring van BÄHR zelf in § 58.

Hij had onder de gegeven omstandigheden geen ander aanknoopingspunt dan den wil van partijen om te abstraheeren van de oorzaak. Bij elke echte schulderkenning, zoowel mondeling als schriftelijk, achtte hij dien wil aanwezig. Deze opvatting vond vele aanhangers, doch ook vele tegenstanders. Tusschen de leer van BÄHR en het beperken van de erkenning tot bewijsmiddel ontstonden nog een paar middengevoelens. Deze verscheidenheid van meeningen gaf ZIMMERMAN aanleiding tot de snedige opmerking, hoe BÄHR c. s. zoo zeker waren van den wil van partijen, als onder de juristen zulk een groot verschil van meening bestond over den aard en de gevolgen harer daad. (1)

De wil om van de oorzaak te abstraheeren, om de verplichting tot betalen zelfstandig te grondvesten, wordt in het Duitsche wetboek als een vereischte voor het *Schuldversprechen* en de *Schuldanerkenntnis* gesteld. (2)

Dit schijnt mij eene onpractische bepaling toe. De oude strijd over de kracht der schriftelijke schulderkenning is niet beslist. Wordt iemand daaruit aangesproken, dan staat het hem vrij te antwoorden: ik heb slechts een bewijsje willen afgeven. Of hij in deze verwerping slaagt, zal in vele gevallen van het subjectieve gevoelen van den rechter afhangen. Volgt deze BÄHR dan verliest de gedaagde. Hij wint, als een geestverwant van ZIMMERMAN den rechterstoel inneemt.

Er werd in Duitschland te veel gehecht aan den wil van partijen. Voor de zekerheid van het verkeer kan het noodig zijn om de gevolgen van de daden der

(1) 9<sup>de</sup> Deutsche Juristendag. Deel II, bl. 466.

(2) Voor het *Schuldversprechen* is dit volkomen duidelijk. Ook voor de *Schuldanerkenntnis* schijnt het algemeen aangenomen te worden; in overeenstemming met de geschiedenis trouwens.

menschen te regelen, zonder te vragen of zij die hebben gewild. Krachtens art. 1375 B. W. verbinden overeenkomsten tot al, wat door de billijkheid, het gebruik of de wet wordt gevorderd. Zoo bepale de wet, dat, wie eene schriftelijke schulderkenning afgeeft, eene verbintenis sluit, ofschoon hij wellicht niet bewust ware, dat zijne daad dit gevolg zoude hebben. (1) Evenmin werd te Rome gevraagd, of de belover bij een *stipulatio debiti* wel geweten had eene abstrakte verbintenis aan te gaan.

Voor de rechtszekerheid bepale de wet omgekeerd, dat de mondelinge schulderkenning eene verbintenis niet doet ontstaan. Met onze zeden zoude de wil om er eene te sluiten slechts in een hoogst zeldzaam geval kunnen aangenomen worden. Met zulke witte raven houde de wet niet rekening. Werd de mogelijkheid erkend, dan zoude er uit mondelinge schulderkenningen gedagvaard worden en . . . , bijna zonder uitzondering ten onrechte. Zooals wij gezien hebben is immers een gedeelte der Balie zich van het groote verschil tusschen eene schriftelijke en eene mondelinge schulderkenning niet bewust.

Trouwens het Duitsche wetboek eischt voor de *Schuld-  
anerkennung* ook den schriftelijken vorm.

Als slotsom geef ik de volgende lezing van art. 1372.

*De afrekening doet eene verbintenis ontstaan, tenzij eene  
oorzaak niet besta.*

*De aangenomen schriftelijke schulderkenning, ook al is  
de oorzaak niet vermeld, doet eene verbintenis uit schrift  
ontstaan, tenzij eene geoorloofde oorzaak niet besta.*

*Op het tegenbewijs zijn de artt. 1933 en 1934 niet toe-  
passelijk.*

---

(1) Het geven en nemen van het geschrift is voldoende om deze schriftverbintenissen onder de overeenkomsten te rangschikken.



*De aangenomen schriftelijke betalingsbelofte, die niet is eene schulderkenning, doet eene verbintenis uit schrift niet ontstaan. Deze bepaling is in geen geval toepasselijk op order- en toonderpapieren.*

*De mondelinge schulderkenning doet eene verbintenis niet ontstaan.*

October 1904.

G. WTEWAALL.

**Bijdragen tot de kennis van het oud-Romeinsch proces.**

DOOR

Mr. J. M. NAP, te 's-Gravenhage.

Voor den jurist, die het historisch ontstaan van rechts- en Staatsinstellingen niet buiten zijn geestelijken horizon verbant, zijn weinig onderzoekingen even aantrekkelijk aan de wording van het proces en de verschillende fazen die het in den loop der eeuwen doorloopt. Oogenshijnlijk is niets eenvoudiger dan eene betrekking van oneenigheid en strijd tusschen partijen, die aan ééne Overheid zijn ondergeschikt en van haar een eindbeslissing verwachten. Toch is grooter rijkdom van vormen moeilijk denkbaar, dan bij het proces naar gelang van tijden en volken wordt aangetroffen. Belangwekkend is die ontwikkeling vooral, waar zij den stempel draagt der geestesgaven, waardoor het oude Rome nog altijd onder ons werkt en waaraan onverwelkbare roem is beschoren. Met machtigen eerbied naderen wij tot het werk dier ongenoemde rechts-formeers, wier scheppingen de ruwe naïeveteit van barbaarsche tijden paren aan eene diepzinnigheid, die vooralsnog onuitputtelijk schijnt.

De wensch, naar de mate mijner krachten onze kennis ten dezen te verrijken, leidde tot een drietal studiën, die zich om een gemeenschappelijk middelpunt bewegen. De

eerste betreft de subjecten der eigenrichting en zet uiteen dat daarbij in de oudste tijden het onderscheid tusschen partijen en getuigen oorspronkelijk onbekend was. In de tweede wordt over het karakter en de namen der oudste rechtsbetrekkingen gehandeld. De derde studie streeft naar eene *samenhangende* geschiedenis van het legisactie-proces; vergis ik mij niet, dan is de behoefte daaraan nog niet vervuld. Bij allen staat op den voorgrond het onderling verband der verspreide berichten over instellingen en wetsbepalingen en wordt gezocht naar de onmerkbaar voortschrijdende, doch onverbiddelijk consequente evolutie als sleutel voor alle begrip van het oud-Romeinsche recht.

#### I. *De identiteit van partijen en getuigen.*

Hetgeen ons bij de studie van het oudste proces in den weg staat is niet zoozeer zijne ingewikkelde inrichting — eenvoudiger instelling is moeilijk denkbaar — dan wel de neiging van den onderzoeker zelf, moderne voorstellingen en onderscheidingen bij primitieve toestanden ter sprake te brengen. Telkens behoort hij zich af te vragen of de begrippen, waarmede hij opereert, de onderscheidingen die hij aanneemt, hoe elementair deze hem toeschijnen, niet aan het tijdperk zijner onderzoekingen te veel eer aandoen. Zoo is het, voor zoover mij bekend, tot dusver onopgemerkt gebleven, dat in het oud-Romeinsche proces het verschil tusschen partijen en getuigen eeuwen lang onbekend is geweest. In de Twaalf Tafelen en de oudste rechtsformulieren is tusschen hen geen onderscheid te zien en deze identiteit heeft in meerdere of mindere mate verscheiden rechtsinstellingen beheerscht. Ten bewijze hiervan het volgende.

Dat in het oudste recht evenals partijen zelve, ook de

getuigen eigenrichting plegen, is een gemeenschappelijke trek, die ten dezen niet zonder belang is. Wat meer zegt: getuige en tegenpartij beiden worden op dezelfde wijze gesommeerd door den eischer, hem naar de Overheid te volgen. Naar oud-Romeinsch gebruik, en dat van sommige Germaansche stammen, (1) wordt men getuige of gedaagde — beide begrippen vallen in de toenmalige taal en denkwijze samen — wanneer de eischer door *manus iniectio* (2) of door het oor aan te raken (3) het bestaan zijner vordering doet constateeren. *Licetne antestari? Licet* — zoo luiden vraag en antwoord, onverschillig of de aangesproken persoon als getuige, dan als gedaagde in rechte zal optreden. (4) In beide gevallen wordt hij *testis*, — eene reduplicatie van den stam *sta* (5) — en dus hij, die zijn tegenstander „staat”.

(1) VON AMIRA in PAUL's *Grundriss der Germanischen Philologie* II, 2 bl. 195.

(2) Drieërlei beteekenis moet bij de *manus iniectio* worden onderscheiden. Oorspronkelijk is zij de aanval van den eischer op den gedaagde. Vervolgens kan zij geschieden ten opzichte van den getuige, dien de eischer sommeert getuigenis af te leggen. Zie POMPILIUS *ad Horatium* Sat. 1, 9, 76. *Adversarius . . . Horatium consulit an permittat se antestari, iniecta manu extracturus ad Praetorem*. Daar nu in deze sommatie de erkenning ligt opgesloten, dat de aangesproken persoon bevoegd is, eigenrichting te plegen, bestaat de derde beteekenis der *manus iniectio* hierin, dat door haar de aangesproken persoon wordt in vrijheid gesteld. Zoo wordt in het tweede tractaat tusschen Rome en Carthago de krijgsgevangene door *manus iniectio* bevrijd (POLYBIUS 3, 24, 6). In denzelfden zin LIVIUS 6, 14 (*Manlius*) *centurionem . . . iudicatum pecuniae cum duce vidisset . . . manum iniicit . . . Inde rem creditori palam solvit, libraque et aere liberatum emittit*.

(3) HORATUS Sat. 1, 9, 76: *oppono auriculam*.

(4) Bij PLAUTUS *Curculio* 629 vlg. luidt een dialoog tusschen den bestolene en den dief *Ambula in ius — Non eo. — Licet antestari? Non licet*. Bij HORATUS Sat. 1, 9, 76 wordt *antestari licet?* gevraagd aan den getuige.

(5) Met den stam *sta* staan behalve *testis* ook *antistes* en *superstites* in verband.

En zoo weinig mag hier *testis* beperkt worden tot den getuige in den modernen zin des woords, dat bij de litiscontestatie niet getuigen, maar partijen elkander aanspreken met de woorden *testes estote*, (1) dat bij de *mancipatio* alle aanwezigen — met uitzondering van den spreker en den *libripens* — als *testes* worden beschouwd; waarin noodzakelijkerwijs ook de vervreemder moet worden begrepen.

Tot een zelfde resultaat brengt ons het feit dat naar Germaansch en Romeinsch taaleigen „waar” doelt op hetgeen verweerd, verdedigd wordt. (2) De waarheid, waarvoor iemand opkomt, behoort zijne vuist aan het licht te brengen. Wordt deze taak — wat wel geen kenner van primitieve toestanden zal loochenen — door partijen en getuigen beiden ten uitvoer gelegd, dan moet noodzakelijk een tijdperk worden ondersteld, waarin tusschen deze twee begrippen geen onderscheid werd gekend. Te meer klemt dit, omdat destijds tusschen de stamgenooten een gemeenschap van eigendom bestond, die voor het maken der moderne onderscheiding niet de minste aanleiding bood: waar alle leden van de eene groep tegenover alle leden van een andere groep staan, kan van neutrale getuigen geen sprake zijn.

Merkwaardig mag het verder heeten dat bij sommige Germaansche stammen de getuigen aan dezelfde formeele regels als partijen zelf zijn gebonden. Bij beiden maakt het geringste verzuim in den vorm de in rechte uitgesproken bewering nietig, onverschillig of zij door partijen of getuigen is uitgesproken. Letterlijk, woord voor woord behoorde de handlanger te herhalen, wat de bewijs-

(1) Zie FESTUS in v. *contestari*.

(2) Zie IHERING. *Geist* I bl. 143 nool 54 (5e druk) «Waar» en *verus* stammen beide af van den Sanskrietwortel *wri* (bedekken, bewaren) waarvan o.a. het Gothische *varjan* (afweren).

voerende partij, de „Zeugenführer” zooals hij heette, hem voorzegde. (1)

Behalve *testis*, kent de oud-Romeinsche taal ook *auctor* — van *augere*, hij die eens anders eigenrichting bekrachtigt — ter aanduiding van den getuige. (2) *Auctor* is de handlanger, de mededader, die met den eischer de tegenpartij aanvalt. Zoo vraagt in de formule bij PROBUS de eischer: *quando te in iure conspicio, postulo anne fias auctor?* (4) „Nu ik in inrechte zie verschijnen, sommeer ik u, al of niet mijn handlanger te worden.” Aangezien deze woorden als *actio in auctorem praesentem* worden omschreven, onderstelt dit, dat ook aan den afwezigen *auctor*, d. i. aan hem die niet in rechte is verschenen, eene dergelijke vraag wordt gesteld. Inderdaad blijkt dit uit het fragment der Twaalf Tafelen (2, 3): *cui testimonium defuerit, is tertius diebus ob portum obvagulatam ito*. D. i. wie door het wegblijven van den *testis* (getuige of tegenpartij) niet verder kan procederen, moet op den derden dag (van elke *nundinae*) den afwezige gaan oproepen (*vagulare*) om in rechte te verschijnen. Omtrent den inhoud dezer oproeping lezen wij bij FESTUS (5), dat

(1) VON AMIRA l. c.

(2) Ook de *praes* is evenals *testis* en *auctor* een medewerker, die somtijds als getuige optreedt. Zie PLAUTUS *Menaechmi* 4, 2, 28 en *Persa* 2, 4, 17 (Themis 1903 bl. 213 vlg.). *Praes* is hij, die voor een ander gaat staan, dezen verdedigt. Terwijl echter *testis* en *auctor* doelen op den handlanger, die aanvallend optreedt, gaat de *praes* enkel verdedigend te werk: eigenrichting wordt door hem nooit gepleegd, doch enkel ondergaan.

(3) *Auctor* als eigenrichting plegend getuige b.v. bij LIVIUS 3, 44; waar het proces over Virginia wordt aanhangig gemaakt bij Appius Claudius en het heet: *auctoribus, qui aderant, ad tribunal Appii perventum est*.

(4) PROBUS (Bij HUSCHKE. *Jurispr. Anteiust* p. 69). CICERO *pro Caecina* 19,54: *Actio est in auctorem praesentem his verbis: quando te in iure conspicio*.

(5) FESTUS i.v. *vagulatio*: *in lege XII tabularum significat quaestionem cum convicio: cui testimonium defuerit...*

zij eene vraag (*quaestio*) bevatte, waarschijnlijk geene andere dan die of de aansproken persoon al of niet *auctor* wil worden.

Eene eigenaardige zinswendig der Twaalf Tafelen vindt in de identiteit van partijen en getuigen hare verklaring. Waar deze wet den onbetrouwbare getuige als *inprobus intestabilisque* brandmerkt, bezigt zij niet kortweg het woord *testis*, doch spreekt van hem, die vrijwillig *testis* is geworden (*qui se sieri testarier*). (1) Door de vraag *licetne antestari?* bevestigend te beantwoorden, geeft de Romein te kennen dat hij genegen is, in rechte te verschijnen, hetgeen in den regel wel bij den getuige, doch niet bij den gedaagde het geval zal zijn. Ook de latere verklaringen van het woord *intestabilis* dragen de sporen van het hier besproken verschijnsel. Want nog tijdens GAIUS (2) bracht volgens sommige schrijvers deze kwalificatie mede, dat de betrokken persoon noch als partij, noch als gedaagde in een proces kon fungeren.

## II. *Het karakter der oudste Romeinse rechtsbetrekkingen.*

Staat naar moderne opvatting het Recht tegenover de werkelijkheid als een steeds na te streven, doch nimmer te bereiken ideaal, in primitieve tijden fungeert het in de eerste plaats als dienaar der concrete werkelijkheid: daar is zijn oudste rol de lijdelijke, natuurgetrouwe afspiegeling van feitelijke machtsverhoudingen. Niet hetgeen *moet zijn*, doch hetgeen *waargenomen wordt* is het aanknooppingspunt der primitieve rechtsbeginselen. Naarmate dus de heerschappij van mensch over mensch

(1) Twaalf Tafelen 8, 22: *Qui se sieri testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur* (volgens sommigen *fariatur*) *inprobus intestabilisque esto*.

(2) GAIUS in l. 26 D. 28,1 *cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur, et eo amplius (ut quidam putant) neve ipsi testimonium dicatur*.

scherper geteekend is, zich met meer kracht aan de zintuigen opdringt, moest daarbij het woord *ius* eerder ter sprake komen.

Zoo is de oudste betrekking, die voor de juridische constructie in aanmerking kwam, de overmacht van de bovendrijvende over de onderliggende partij; hetzij deze verhouding voortsproot uit feitelijke meerderheid van de aanvallers, hetzij uit familiebanden, als tusschen vader en zoon. (1) Waar die overmacht door symbolen moet worden geconstateerd, vindt men banden en boeien, koord en stok in gebruik: reeds de naam *ius* wijst dan ook op den samenhang met *iungere* binden. (2) In de oud-Romeinsche rechtslegenden vindt men daarvan onmiskenbare sporen. Zoo heet bij LIVIUS 1,26 de moordenaar, wien de handen gebonden worden, *naar aanleiding daarvan indicatus*; (3) zoo is in het oudste volkenrecht *iusta deditio* slechts dan mogelijk, wanneer de uit te leveren persoon — al heeft hij de uitlevering zelf verzocht — zich in boeien bevindt. (4) Zoo ten slotte wordt

(1) Reeds in den Koningstijd wordt volgens de sage, de *patria potestas* te Rome met meer consequentie doorgevoerd dan bij andere volken. (LIVIUS 1, 50 i.f.)

(2) Van den Sanskrietwortel *ju* (verbinden) stamt behalve *ius*, ook *iumentum*, *jugum*, *jungere*, Ned. juk af. Uit dien wortel is verder te verklaren het merkwaardig samentreffen van *ius* (gebonden toestand van den mensch, later: rechtstoestand, nog later: subjectiefrecht) en *ius* vocht (gebonden vloeistof). Naar IHERING, *Geist* I bl. 218 noot 114 (5e uitg.) kent verder het Litthauwsch het woord *jaut*, d.i. meel in water roeren, verbinden, etymologisch met *ius* verwant.

(3) LIVIUS 1, 26. *P. Horati, inquit, perduellionem tibi iudico; lictor, colliga manus.* Vgl. ook FESTUS i. v. *exesto* de oude formule: *hostis, vincetus, mulier, virgo exesto.*

(4) De consul Postumius, die op zijn eigen voorstel na de ramp te Caudium aan de Samniten wordt overgeleverd, zegt aan den dienaar, die aarzelt hem in boeien te slaan: *Quin tu adducis lorum, ut iusta fiat deditio?* (LIVIUS 9, 10.) Vandaar dat de gijzelaar niet kon *testari* (l. 11 D. 28, 1), m. a. w. niet *testis* (partij of getuige bij eene rechtshandeling) zijn kon.



een der oudste acties wegens diefstal verkregen, wanneer de bestolene met weegschaal en koord en bijgestaan door getuigen, bij den vermoedelijke dief huiszoeking doet (*quacrerere lance et licio*). Blijkt de verdachte schuldig, doch genegen het vereischte zoengeld te betalen, dan wordt dit op de weegschaal afgewogen; bij wanbetaling wordt met het koord de schuldige geboeid en medegesleurd. (1)

Dat bij *ius* oorspronkelijk aan eene betrekking van parate executie moet worden gedacht, waarbij de eene partij aan de genade der andere is overgeleverd, staat dus vast; nog bij GAIUS IV 21, 24, 25 blijkt hoe gewichtig de rol is geweest der betrekkingen, waarin der zwakkere partij alle zelfverweer was afgesneden. Intusschen is daarmede de juiste beteekenis van het woord niet volledig weergegeven. Allicht zou men bij *ius* aan de actieve zijde dezer parate executie denken en dus het woord omschrijven als: de bevoegdheid, eigenrichting te plegen. Daartoe immers leidt ons modern spraakgebruik, dat b.v. de verbintenis wèl van de zijde des schuldeischers, doch niet van die des schuldenaars, „recht” noemt. De conclusie ligt voor de hand, dat reeds in het oudste spraakgebruik *ius* als subjectief recht moet worden opgevat, en wel als het recht, parate executie te plegen.

Tegen die conclusie willen wij hier waarschuwen. In tegenstelling met ons woord „recht”, dat wel eene bevoegdheid, doch niet de passieve zijde der rechtsbetrekking aangeeft en dus *niet* aansprakelijkheid, verplichting beteekent, moet bij *ius* juist aan die *passieve* zijde worden gedacht. *Ius* doelde oorspronkelijk niet op de handeling van hem die bindt, doch op *den toestand van den gebonden*

(1) GAIUS III, 192 vlg. KARLOWA *Röm. Rechtsgesch.* II bl. 779. In het Germaansche recht vindt men dezelfde opvattingen terug GRIMM. *Deutsche Rechtsalterthümer* bl. 182 vlg.

persoon en kan in deze passieve beteekenis nog het best met „rechtstoestand”, „objectief recht”, „aansprakelijkheid” worden teruggegeven. (1)

Hierop wijst, behalve de afleiding van het woord, de zin dien het heeft in de uitdrukking der Twaalf Tafelen: *ita ius esto*. Verder in *sui iuris, alieni iuris* (d. i. hij die zijn rechtstoestand ontleent aan zich zelf of aan een ander); in *ius gentium* (niet het subjectief recht der volkeren of Staten, maar de objectieve rechtstoestand, tusschen niet-medeburgers). In den zin van „rechtstoestand” vindt men verder b. v. *ius populi Romani* (Cic. *pro Caecina* 35, 103) en *ius liberorum*: GAIUS 1, 129: *pendet ius liberorum propter ius postliminii*; waarschijnlijk ook dit eene antieke zegswijze.

Te noodzakelijker schijnt ons die zienswijze, omdat dit zelfde begrip van „rechtstoestand” in de oudste taal telkens terugkomt. Wij vinden daarvoor *causa* in: *secundum suam causam, sicuti dixi, ecce tibi vindictam imposui* (GAIUS IV, 16). (2) Verder *auctoritas*; d. i. de toestand van den persoon of zaak, die door den aanvaller met diens handlangers (*auctores*) wordt overweldigd of bemachtigd. Zoo is in de Twaalf Tafelen (VI, 3) *auctoritas fundi* de rechtstoestand van onroerend goed; op dezelfde wijze kan het woord worden verdietscht in de bepaling der *lex Atinia: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas*. (3) Waar dus

(1) Evenals *ius*, doelen ook de meeste oud-Romeinsche rechtstermen meer op de onvrijheid, gebondenheid van den schuldenaar, dan op het recht van den schuldeischer. Zoo *nexus, licitor, obligatio, lex, licium*, (van *nectere, ligare*).

(2) Ook in de voorgaande woorden: *ius peregi sicuti vindictam imposui* komt *ius* in objectieve beteekenis voor. «Evenals ik met den staf eigenrichting heb gepleegd, zoo heb ik tevens den rechtstoestand (van de aangeraakte persoon of zaak) uiteengezet».

(3) Ik erken dan ook de onjuistheid mijner in Themis 1904

de Twaalf Tafelen de *auctoritas* van onroerend goed tot twee jaar, van andere zaken tot één jaar beperken, beteekent dit, dat de rechtstoestand van onroerende (c. q. roerende zaken) twee c. q. één jaar dezelfde blijft (nadat de rechthebbende daarvan het bezit heeft verloren). Wij komen op dit voorschrift aanstonds terug.

Vraagt men ten slotte, waarom in den loop der tijden deze passieve beteekenis van *ius* (rechtstoestand, aansprakelijkheid, verplichting) is verdrongen door de actieve (bevoegdheid, gezag, subjectief recht), dan meen ik te moeten wijzen op het feit, dat bij elke rechtsbetrekking de verplichting der eene partij geen zelfstandig bestaan heeft, doch veroorzaakt wordt, voortvloeit uit de bevoegdheid der tegenpartij. Alleen omdat ik gerechtigd ben te vorderen, is mijne tegenpartij verplicht te betalen; in het subjectief recht van den schuldeischer ligt hier dus het zwaartepunt. Dientengevolge heeft een onbewust of bewust spraakgebruik deze actieve zijde der rechtsbetrekking „recht” genoemd en is dit woord voor de passieve zijde in onbruik geraakt. Moge ook, ingevolge oudere opvattingen, de verplichting van den schuldenaar nog op den voorgrond staan b. v. in de bekende definitie der Inst. 3, 13: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate*

---

bl. 119 gegeven verklaring, voor zoover deze bijzonderheid betreft. Overigens blijf ik van meening, dat volgens de bepalingen der Twaalf Tafelen omtrent *auctoritas*, de eigendom van onroerend goed in twee jaar, van roerend goed in één jaar door *non-usus* verloren ging.

De overgang van «objectieve rechtstoestand» tot «subjectief recht» die bij *ius* en *auctoritas* zoo scherp geteekend is, komt eveneens een enkele maal voor bij *noxum*. In den regel doelt dit woord, overeenkomstig zijne etymologische afleiding, op aansprakelijkheid tegenover een schuldeischer, die parate executie kan plegen. Toch vindt men het waarschijnlijk als subjectief recht gedacht bij CICERO *pro Caecina* 35, 102. *Sulla ipse ita tulit de civitate, ut non sustulerit horum nexa atque hereditates.*

*adstringimur cet*; thans nemen wetenschap en taalgevoel een ander standpunt in: de eerste, door het subjectief recht van den eischer als het logisch *prius* der verbintenis te erkennen; (1) de tweede, door (voor zoover niet de rechtsorde in haar geheel, doch ééne concrete rechtsbetrekking ter sprake komt), recht in actieven zin op te vatten. (2)

Dat de oudste rechtsbetrekking als parate executie moet worden gedacht, werpt een eigenaardig licht op het voorschrift der Twaalf Tafelen, waarnaar *auctoritas* (behalve bij onroerend goed) één jaar duurt. Is *auctoritas* de rechtstoestand van den persoon of zaak, waarop parate executie wordt uitgeoefend, dan moet, ingevolge het bedoelde voorschrift, de op den mensch gerichte parate executie binnen het jaar worden uitgeoefend. (3) Den schuldeischer toe te staan, tot in lengte van dagen het zwaard der parate executie boven het hoofd van den weerloozen schuldenaar te laten hangen, zou indruischen niet alleen tegen de meest elementaire begrippen van billijkheid, maar ook tegen het karakter der barbaarsche

(1) Vgl. LAND. Verklaring van het B. W. III, 1, bl. 1 noot 2.

(2) Het bovenstaande ter beantwoording eener door Mr. A. A. H. STRUYCKEN (*Het Rechtsbegrip. Theoretische onderzoekingen* Diss. Leiden. 1903 bl. 235) gestelde vraag. «De gelijknamigheid van het objectieve en subjectieve recht in vele, niet alle talen», zoo lezen wij bij den diepzinnigen schrijver, «is voorzeker opmerkenswaardig en eischt hare historische, etymologische verklaring». Waarop de noot: «Die verklaring vond ik tot nog toe nergens, wel de noodige gissingen. Onopgelost blijft vooral, waarom alleen de actieve zijde «recht» wordt genoemd, niet de passieve, de verbintenis.»

(3) Wel is waar leest men bij GAIUS IV, 110: *eas quidem actiones, quae ex lege . . . . . proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare*. Daarmede wordt echter bedoeld op het geval, dat de schuldeischer geen recht van parate executie had, hetgeen sedert de *lex Vallia* (GAIUS IV, 25) in beginsel vaststond. Vgl. ook de uitdrukking: *ex empto perpetua actio* (l. 56 D. 21, 2).

tijden, waarin het recht met meer dan „bekwamen spoed” pleegt te worden gehandhaafd. (1)

Een spoor van dezen, waarschijnlijk door de *lex Julia iudiciaria* (2) afgeschaffen, éénjarigen termijn voor de geldigheid der parate executie vindt men terug in de *usureceptio fiduciae*. De herkomst dezer instelling ligt in een tijdperk, dat met de hypotheek nog onbekend was en zich met eigendomsoverdracht onder *persoonlijk* beding van teruggave behielp. Wie door *mancipatio* of *in iure cessio* eene zaak overdraagt, kan zich daarbij eene *actio fiduciae* voorbehouden; d. i. hij kan den verkrijger verplichten, de zaak terug te geven, b.v. zoodra ter leen opgenomen penningen betaald worden. Komt de verkrijger die verplichting niet na, draagt hij dus de verkregen zaak niet over aan den vorigen eigenaar, dan kan deze de tegenpartij met eene persoonlijke *actio fiduciae* aanvallen. Deze actie nu kan bij wijze van parate executie worden uitgeoefend, daar zij òf door de Overheid is bekrachtigd bij *in iure cessio* òf in tegenwoordigheid van getuigen, bij de *mancipatio* tot stand is gekomen. Dat die actie, overeenkomstig het voorschrift der Twaalf Tafelen aangaande *auctoritas* binnen het jaar moet worden uitgeoefend, blijkt uit het volgende. Heeft de verkrijger langer dan één jaar na deze handeling de verkregen zaak in het bezit van den vervreemder gelaten, dan zou deze, ten gevolge van het verzuim der tegenpartij, zijne actie met parate executie niet meer kunnen uitoefenen.

(1) Eene toespeling op den wettelijken regel, dat parate executie binnen het jaar moet worden uitgeoefend, vindt men bij DIONYSIUS HALICARNASSENSIS 6, 83, 4, waar Menenius Agrippa de vrijheid belooft aan de schuldenaren, die «binnen den wettelijken tijd» door de schuldeischers in hechtenis zijn genomen. (καὶ εἴ τινον ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων, ταῖς νομίμας προθεσμίαις κατέχευαι κ. τ. λ.)

(2) GAIUS IV, 104... *quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.*

De verkrijger zelf behoort daarom de gevolgen zijner nalatigheid te dragen: hij kan de zaak niet meer vindiceeren (1) ook al gold het onroerend goed, dat in den regel aan tweejarige *usucapio* en — althans naar Twaalf Tafelenrecht — aan tweejarigen *non-usus* is onderhevig. Beschouwt men de *usureceptio fiduciae* aldus — en deze beschouwing komt ons de eenige juiste voor — dan ligt daarin een overblijfsel van den ouden termijn van *auctoritas* bij persoonlijke acties met parate executie.

Keeren wij terug tot de formeele bestaansvoorwaarde der parate executie. Zij kon, behalve door de boeien van den schuldenaar, ook door de getuigen of handlangers van den schuldeischer worden geschapen en geconstateerd. Vandaar dat nog in historischen tijd parate executie slechts dan rechtmatig is, wanneer de eischer door getuigen wordt bijgestaan, althans wanneer hij die aanroept. (2) Wie zonder deze formaliteit den op heeterdaad betrapten dief doodt of verwondt, is zelf aan een misdrijf schuldig. Immers, door de Twaalf Tafelen werd dit vereischte niet afgeschafft, doch veeleer als voortbestaand ondersteld: met den *aeris confessus* bedoelt die wetgeving waarschijnlijk hem, wiens schuld onder getuigen is vastgesteld, zoodat van zelfverweer zijnerzijds geen sprake meer is. Bij de opvatting van den wetgever, dat parate executie zonder getuigen kortweg ondenkbaar zou zijn, kwam de noodzakelijkheid, de getuigen uitdrukkelijk hier te noemen, zelfs niet bij hem op.

Evenals het gewoonterecht, historisch aan het wettenrecht voorafgaand en nog voortdurend zijn plaats daarnaast innemend, beschouwt ook het wettenrecht oorspron-

(1) GAIUS II, 59: *qui rem alicui fiduciae dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam si soli sit.*

(2) CICERO *pro Tullio* 21, 50. FESTUS v. *endoplorato*; l. 4 § 1 D. 9, 2.

kelijk ieder *ius* als parate executie medebrengend. *Lex*, van *ligare*, is naar afleiding en oorspronkelijke beteekenis de uitspraak, waarbij parate executie wordt geconstateerd of gevestigd. Onjuist echter ware het, bij dit woord uitsluitend aan de wet in den modernen zin des woords te denken: het criterium der *lex* is niet de medewerking des volks, doch de parate executie. Vandaar dat in de oudere taal het volksbesluit niet kortweg als *lex*, doch als *lex publica* wordt aangeduid; dat aan den anderen kant eene overeenkomst waar parate executie ontbreekt in de Twaalf Tafelen niet *lex*, doch *pactio* (1) is. Zoo duidelijk mogelijk is het karakter der *lex* uiteengezet in eene redevoering die, hoewel LIVIUS ze aan den Griek MENIPPUS in den mond legt, toch specifiek Romeinsche denkbeelden verkondigt. Er bestaan, zoo heet het daar (2), drieërlei soort volkenrechtelijke verdragen: bij de eerste worden door de bovendrijvende aan de onderliggende partij *leges* opgelegd, zoodat de overwonnene in alle opzichte aan de genade van den overwinnaar is overgeleverd. Daarentegen bevatten de tweede en de derde categorieën verdragen, waarbij beide partijen gelijkgerechtigd zijn en van dezen heet het: *eos neque accipere, neque dicere leges; id enim victoris et victi esse.* (3)

Ongetwijfeld golden, toen deze redeneering door MENIPPUS, den vertegenwoordiger van Koning ANTIOCHUS in 193 v. Chr. werd gehouden, in het Romeinsche privaatrecht soortgelijke beginselen. In de erkenning, dat eene

(1) Vgl. GAIUS III, 174 *secundum legem publicam*; I. 47 D. 22, 4: *his (sc. sodalibus) potestatem facit lex (XII tabularum) pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.*

(2) LIVIUS 34, 57.

(3) Men zie verder over deze onderscheidingen bv. POLYBIUS 21, 1; 20, 9; 36, 2. MOMMSEN. *Röm. Gesch.* II bl. 247 noot (8e uitg.).

vordering op de wet steunde, bij de wet geregeld was, lag tevens opgesloten, dat de eischer, mits door getuigen bijgestaan, parate executie kon gebruiken.

Wettelijke regeling was dus rechtsgrond van parate executie, ook waar de wet zulks niet uitdrukkelijk meedeelde. Evenals publiekrechtelijk de Overheid aan de wet parate executie ontleende tegenover ieder burger, zoo was privaatrechtelijk de wet rechtsgrond van parate executie tusschen schuldeischer en schuldenaar.

Stelt men de vraag, of deze opvatting sporen heeft nagelaten, dan wijs ik vooreerst op het formulier der *solutio per aes et libram* bij GAIUS III, 174. (1) Steeds geschiedt deze handeling, zooals het heet, *secundum legem publicam*. En omdat uit de *lex publica* parate executie voortvloeit, geschiedt de *solutio per aes et libram* onder getuigen, die den betaler tegen de parate executie van den schuldeischer moeten verdedigen. Waar parate executie bestaat, is verder een *pactum* tusschen partijen onbestaanbaar; omgekeerd doelt de onbestaanbaarheid van een *pactum* bij de vorderingen, die uit de Twaalf Tafelen en uit de *lex Aquilia* voortvloeien, op parate executie. (2) Ten slotte wijs ik op de *lex Furia testamentaria*, wier *forma* — daargelaten wat daaronder moet worden verstaan — de woorden *pro iudicato* inhield, al ontbraken ze in de wet, omdat destijds daarmede niets anders werd bedoeld, dan hetgeen de wet implicite geacht werd toe te staan. (3)

Parate executie, naar gewoonterecht voortvloeiend uit feitelijke overmacht, werd dus door het *ius scriptum* aan wettelijke regeling vastgeknoopt. Dat de vermenging

(1) GAIUS III, 174 *hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*.

(2) PAULUS S. R. 1, 19, 2, jº 1.

(3) GAIUS IV, 24.



dezer beginselen onhoudbare rechtsonzekerheid moest scheppen, was te voorzien. Wel werd, om den voortgang der verwarring te stuiten, te Rome evenals elders (1), uitdrukkelijk door sommige speciale wetten vastgesteld, dat de schuldenaar *pro iudicato* zou gelden. Daarmede werd echter niets bepaald ten aanzien van de gevallen, waarin die woorden ontbraken, totdat bij de *lex Vallia* (2) eene blijvende regeling tot stand kwam; slechts in twee gevallen zou de schuldeischer recht van parate executie hebben: vooreerst tegen den *iudicatus*, waarbij aan den bij vonnis der Overheid veroordeelden schuldenaar moet worden gedacht; ten tweede aan den *depensus* d. i. hem voor wien een *sponsor* (of *praes*) had betaald. Buiten deze twee gevallen behield de schuldenaar het recht, zich te verdedigen.

Het tijdperk waarin de *lex Furia testamentaria* is tot stand gekomen, is uit een rechtshistorisch oogpunt hoogst merkwaardig. Blijkens de woorden *pro iudicato*, die in de *forma* dezer wet voorkwamen, werd destijds de band van oorzaak en gevolg tusschen wettelijke regeling en parate executie nog in beginsel erkend, al achtte men uitdrukkelijke constatacie van de strekking der wet ten dezen niet overbodig. Wij zijn dus gekomen tot den overgang van de primitieve tot de moderne opvatting. Bovendien vormt de wet, schoon zelf in het legisactietijdperk ontstaan, een der criteria van het in de naaste toekomst liggend formulierproces, waarop de *forma* doelt. Hiermede komt de chronologie voortreffelijk overeen. Blijkens GAIUS II, 226 is de *lex Furia testamentaria* ouder dan de *lex Voconia*, die zelve van 168 v. Chr. (3) dagteekent. Aan den anderen

(1) Inzonderheid te Luceria. Zie BRUNS *Fontes* p. 260 (6e uitg.) GAIUS IV, 22.

(2) GAIUS IV, 25.

(3) CICERO *de Senectute* 5, 14.

kant kunnen wij nagaan dat de *lex Furia testamentaria* jonger is dan de *lex Cincia*, die zelve van 203 v. Chr. dateert. (1) Beide wetten immers zonderen de *cognati* uit van verbodsbepalingen, die bij de *lex Furia* de legaten, bij de *lex Cincia* de schenkingen betreffen. Daarbij worden echter in de *lex Cincia* de grenzen nauwer genomen: zij erkende minder volledige vrijheid van schenking dan de *lex Furia*. Let men nu op den oud-Romeinschen spaarzamen koopmansgeest, waarbij de schenking, als opoffering zonder tegenpraestatie, in een vrij ongunstig daglicht werd beschouwd, dan duidt verzachting der verbodsbepaling van schenking een lateren leeftijd aan. Daarom wordt algemeen de *lex Furia testamentaria* als iets jonger beschouwd dan de *lex Cincia*, die kort voor het einde van den tweeden Punischen oorlog tot stand kwam. (2) Dus omstreeks het tijdstip, waarop de publieke opinie te Rome tijdens de onderhandelingen met ANTIOCHUS werd herinnerd aan het feit, dat bij eene *lex* de eene partij zich niet tegen de andere kan verdedigen, omstreeks dienzelfden tijd vond de Praetor het noodig, door in de *forma* der *lex Furia* de woorden *pro judicato* in te lasschen, deze zelfde waarheid op privaatrechtelijk gebied in te scherpen. Kort daarop echter werd door de *lex Vallia* in tegengestelden zin beslist, zooals hierboven werd aangegeven. Van deze wet weten wij uit chronologisch oogpunt enkel, dat zij ouder moet zijn dan de *lex Aebutia* — hierop wijst de samenhang waarin de wet bij GARUS tot het legisactiestelsel staat — en dus in alle geval vóór 124 v. Chr. moet zijn tot stand gekomen.

(1) CICERO *de oratore* 2, 71, 286. *de senectute* 4, 40.

(2) Vgl. GIRARD, *Manuel* p. 914 noot 2 (3e ed.)

### III. *De evolutie van het burgerproces sedert de Twaalf Tafelen tot het formulierproces.*

Dat de geschiedenis van het Romeinsche proces nog menige leemte in onze kennis aantoon, mag niet uitsluitend aan den gebrekkigen toestand onzer bronnen worden toegeschreven.

Zoekt men zooveel mogelijk naar den samenhang en het onderling verband der allerwege verspreide berichten, doordringt men zich zooveel mogelijk van het besef, dat het Romeinsche conservatisme formeel zoo weinig mogelijk het bestaande afschafte en het nieuwe liefst als eene voortzetting van het oude deed voorkomen, dan kan onze horizon in dezen belangrijk worden uitgebreid.

Ons uitgangspunt wordt ten dezen gevormd door drie in de Twaalf Tafelen vermelde handelingen, die partijen *in iure*, d.i. voor de Overheid voltrekken: het *sacramentum*, een eed waarin elke partij de Overheid trouw zweert, de *iudicis postulatio*, waarbij zij aan de Overheid de benoeming van een privaatspersoon als *iudex* aanvraagt, en de *detestatio* of *denunciatio*, waarbij zij hare vordering aan de tegenpartij kenbaar maakt en deze voor den *iudex* daagt. Met deze drie instellingen hebben wij voorloopig te doen: zij vormen de eerste schakels van een keten, die eerst in den keizertijd eindigt.

Zoolang in den aanvang der historische tijden een *bellum omnium contra omnes* aanhoudt, is ieder burger bevoegd, alleen of in vereeniging met medeburgers binnen of buiten de landsgrenzen op roof uit te gaan, zonder dat daarvoor de medewerking der Overheid wordt vereischt. Gaandeweg echter raken deze private ondernemingen van vrijbuiters, tijdens hun afsterven *militia non legitima* geheeten, in onbruik. De ruwe en oorspronkelijk theoretisch en praktisch onmisbare stelling, dat ieder burger

wanneer en zooals hem goeddunkt, den vreemdeling, d.i. den vijand mag aanvallen, wordt vervangen door meer moderne begrippen. Voortaan mag de Quiriet alleen onder bevel der Overheid den vijand te lijf gaan: eerst na den consul een *sacramentum* of eed te hebben gezworen, waarbij hij zich tot stipte gehoorzaamheid verbindt, mag de soldaat ten opzichte van den vijand feitelijkheden bedrijven.

Zoo wordt door CATO DEN OUDERE openlijk uitgesproken, dat alleen de *miles*, d.i. hij die een *sacramentum* heeft gezworen, tot oorlogvoeren bevoegd is. (1) Niet meer op eigen hand mocht de burger heldendaden verrichten; enkel ondergeschikt aan de Overheid mocht hij het zwaard hanteeren. Een verwijt tot de oudere opvatting door den aanhanger der nieuwe leer gericht, schemert door in de overlevering der driehonderd Fabiërs, die vrijwillig, zonder het kommando van den consul af te wachten, tegen de Etruriërs ten strijde trokken. Heeft de krijgsgod hen bij de Cremera een onnut graf doen vinden (2), zij hebben het slechts te wijten aan hun roekeloos verzuim.

Scheen met den vijand oorlog te voeren zonder voorafgaand *sacramentum* ongeoorloofd, à fortiori moest hetzelfde gelden ten aanzien van de veete met den medeburger. Ook wanneer hij dezen te lijf wil, moet de Quiriet zich eerst bij een *sacramentum* ter beschikking stellen van de Overheid, die hem na onderzoek de eigenrichting kan toestaan of ontzeggen. Stel dus dat twee Romeinen, — wij zullen ze naar juridisch spraakgebruik Aulus Agerius en Numerius Negidius noemen,

(1) CICERO *de officiis* 1, 11, 37. PLUTARCHUS *Quaestiones Romanae* 39. Vgl. LIVIUS 8, 34, 40.

(2) LIVIUS 2, 50. MOMMSEN *Röm. Forschungen* II bl. 247. Dat het *sacramentum* den soldaat tot gehoorzaamheid verplicht, blijkt uit POLYBIUS 6, 21, 2. Voor de letterlijke bewoordingen van den eed onder de Christelijke Keizers zie VEGETIUS 2, 5.

elkander een slaaf betwisten, dan leggen beide partijen in handen der Overheid een eed van trouw af.

Om verder de Overheid aan hare zijde te hebben in den rechtsstrijd, beweert elke partij in haar *sacramentum* dat de tegenpartij aan de Overheid eene bepaalde som schuldig is. Zodoende is de Overheid verzekerd van de gehoorzaamheid der beide partijen; tevens is voor haar een belang ontstaan, om het geding te beslissen; zonder echter dat beslissing in dezen of genen zin voor haar voordeelijker is. Begeert zij N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> in het gelijk, A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> in het ongelijk te stellen, dan luidt haar vonnis: *sacramentum Ni Ni iustum, sacramentum Ai Ai iniustum esse*. Hieruit volgt vooreerst dat, zooals N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> terecht heeft beweerd, A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> aan den Staat eene bepaalde som — *summa sacramenti* geheeten — schuldig is. Vervolgens dat het geschil, waarin de *sacramenta* zijn uitgesproken, ten gunste van N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> is beslist.

Tijdens de Twaalf Tafelen bedroeg de *summa sacramenti* 50 as, indien het onderwerp van het geschil minder dan 1000 as waard was; in het tegengestelde geval 500 as. Met dien verstande echter, dat waar de vrijheid van een mensch op het spel stond, de boete steeds 50 as bedroeg, al vertegenwoordigde de persoon in kwestie eene hoogere waarde dan 1000 as (GAIUS IV, 14). Eene bepaling, die natuurlijk ten doel had, den verdediger van den bevoerden onvrijen het procederen zoo gemakkelijk mogelijk te maken. Waarschijnlijk kwam de opbrengst dezer boete ten goede aan de kas der *pontifices*, die uit een sacraal oogpunt op de *sacramenta* toezicht konden uitoefenen (VARRO *de l.l.* V, 180).

In historischen tijd wordt de beslissing over de rechtmatigheid van het *sacramentum* door de Overheid overgelaten aan een *iudex*, dien zij op verzoek van de meest gereede partij benoemt. Daarom spreekt elke partij, na het afleg-

gen van haar *sacramentum*, deze woorden uit: *te Praetor iudicem arbitrumve postulo uti des.* (1)

De herkomst van den *iudex* of *arbiter* — beide woorden kunnen wij voorloopig als synoniem beschouwen — is te zoeken in den raad (*consilium*) van den rechtsprekenden Koning of consul. Daartegen heeft men opgemerkt, dat slechts één *iudex* of *arbiter* het geding onderzocht, terwijl in het oudste recht het *consilium* steeds meer dan één persoon bevat. Intusschen is bij den *iudex* of *arbiter* die pluraliteit niet geheel verdwenen, getuige het tot de Overheid gerichte bevel der Twaalf Tafelen (12, 3): *arbitros tres dato.* (2) Een spoor van den overgang van pluraliteit op eenheid vindt men bij de *lex Mamilia*: zij vergunde bij de actie tot grensscheiding de drie *arbitri*, welke de Twaalf Tafelen hadden ingesteld, door één *arbiter* te vervangen. (3) Merkwaardige gelijkenis vertoont de evolutie, die den *iudex* van raadsman tot zelfstandig handelend vertegenwoordiger der Overheid heeft gemaakt, met de geschiedenis van het modern ministersambt. Evenals zich ten onzent uit den onverantwoordelijken raadsman in den Raad van State een verantwoordelijk minister heeft ontwikkeld, zoo is te Rome — naar het heet kort na de verdrijving der Koningen — de regel ontstaan, dat de Overheid niet in persoon het geding mag beslissen. Zodoende verkreeg te Rome de betrekking tusschen Praetor en *iudex* een soortgelijk karakter als de betrekking tusschen den modernen Vorst en den minister, wiens contreseing aan 's Vorsten besluit rechtsgeldigheid verleent.

(1) VALERIUS PROBUS (HUSCHKE *Jurispr. Anteiustin* p. 69).

(2) Tw. Taf. XII, 3: *Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato; eorum arbitrio . . . fructus duplione decidito.*

(3) CICERO *de legibus* 1, 24, 55. Vgl. WLASSAK. *Röm. Prozessgesetze* II bl. 294 vlg.

Behalve den gewonen *iudex*, kent het oudere recht ook *iudices decemviri*, die wij kort na de Twaalf Tafelen, waarschijnlijk voor het eerst in de *lex Valeria Horatia* (1) zien vermeld. Feitelijk fungeerden zij vooral in vrijheidsprocessen; zij werden verkozen door het plebs, dat in hen een waarborg zag tegen patriciërs, die er niet tegen opzagen nu en dan een plebeïer tot slaaf te maken. Vergis ik mij niet, dan doelt op hunne instelling de sage van Appius Claudius, wiens baatzuchtige rechtspraak, zooals bekend de revolutie zou hebben uitgelokt. De willekeur van den absoluten heerscher, zijn begeerlijke wellust, waarvoor de plebeïsche Virginia in den dood redding zocht, de dienstvaardige hoorige: dat alles zijn de welbekende trekken van het antiek tyrannenbeeld. Geschiedenis wel is waar is dat niet, al valt er geschiedenis uit af te leiden. Zoo toont de rechtspraak van Appius Claudius in persoon, zonder *iudex*, hoe het recht van den plebeïer werd verkracht, vóórdat deze bij de door hem gekozen *iudices decemviri* zijne zaak kon bepleiten.

Op de benoeming van den *iudex* volgde eene afspraak van partijen, aangaande den dag, waarop het geding zou worden bepleit. Deze uitdaging (*detestatio* in de Twaalf Tafelen, *conductio* of *denunciatio* in het latere spraakgebruik geheeten) (2) hangt historisch samen met het overoud

(1) LIVIUS 3, 55.

(2) Al worden ons de juiste bewoordingen dezer handeling niet medegedeeld, toch weten wij dat zij eene uitnoodiging inhield, om voor den *iudex* te verschijnen: *postea tamen quam iudex datus esset, conperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denunciabant* (GAIUS IV, 15). Bovendien vermeldde zij het onderwerp der vordering: CICERO *pro Caecina* 7, 19: *homini in foro denunciat fundum illum de quo ante dixi . . . suum esse seque sibi emisse*. Dat in de Twaalf Tafelen het woord *detestari* in den zin van *denunciare* voorkwam, blijkt uit l. l. 39, 40, 238 D. 50, 16.

krijgsgebruik, dat twee strijdende partijen elkander uitdagen tegen een bepaalden dag, waarop zij zelven of hun vertegenwoordigers het pleit zullen beslechten. Zoo lezen wij, om ons tot de klassieke oudheid te bepalen, dat de Argiven en Spartanen, toen zij elkander eene landstreek betwistten, het eens werden dat van weerszijden driehonderd man zouden strijden. (1) Op dezelfde wijze werd tusschen Romeinen en Albanen de strijd om de heerschappij uitgevochten door de twee broederparen der Horatiërs en der Curiatiërs: de zegepraal van een der paren zou den politieken voorrang van hun volk ten gevolge hebben. (2) Een naklank van het oude gebruik werd vernomen, toen eeuwen later MARIUS op uitnoodiging der Cimbren den dag en de plaats van den slag bij Vercellae vaststelde. (3)

Doordat deze uitdaging partijen verplichtte, op den volgende dag (*dies perennis*) (4) te zamen te komen, heet de handeling ook *comperendinatio*. Telt men den dag zelf der handeling mede, (5) en bedenkt men dat waarschijnlijk krachtens wet of gewoonterecht ten minste één dag moest verlopen tusschen uitdaging en de behandeling der zaak, (6) dan is het duidelijk waarom in later tijd *dies comperendinatus* als synoniem van *dies tertius* werd be-

(1) HERODOTUS 1, 82.

(2) LIVIUS 1, 23 vlg.

(3) MOMMSEN *Röm. Gesch.* II bl. 186 (6e uitg.). Vgl. verder LIVIUS 5, 49: kort na de belegering van Rome door de Galliërs heet het van Camillus: *denunciat Gallis, ut se ad praelium expeditant.*

(4) Vgl. PLAUTUS *Trinummus* V, 2, 64: *Les: Numquid causa est quin uicorem cras domum ducam? Ch.: Optimumst: Tu in perendinum paratus sis.*

(5) Zooals bekend geschiedt dit in Latijn dikwijls, doch niet altijd. SAVIGNY. *System* IV bl. 602 vlg.

(6) Zie KARLOWA *Römischer Civilprozess* bl. 363. CICERO *Brutus* 22, 87 *unum quasi comperendinatus medium diem fuisse.*



schouwd. (1) De uitdaging splitst het geding in twee termijnen: op den eersten geschieden de *sacramenta*, de aanvraag en de benoeming van een *iudex* en de uitdaging. (2) Eerst op den tweeden termijn werd de zaak bepleit en beslist.

Reeds in dit oudste stadium van het proces zien wij de belangrijke onderscheiding tusschen persoonlijke en zakelijke acties opkomen. Zij bestaat hierin, dat het voorwerp der *vindicatio* door de Overheid, vóórdat het onderzoek aanvangt, wordt toegewezen aan een der partijen die door *praedes litis et vindiciarum* daarvoor zekerheid stelt aan de tegenpartij. Wordt de voorloopige bezitter in het ongelijk gesteld, dan zijn de door hem gestelde *praedes litis et v.* verplicht, den overwinnaar het dubbel bedrag van kosten, schaden en interessen te vergoeden, — behoudens regres op hun gewaarborgde. Zoo doende werd der partij, waaraan het voorloopig bezit der zaak niet was toegekend, voldoende zekerheid gesteld en tevens eene regeling getroffen, wier noodzakelijkheid geen betoog behoeft.

#### *De lex Poetelia Papiria.*

De bepalingen der Twaalf Tafelen, waarnaar de insolvente schuldenaar door de Overheid aan den schuldeischer

(1) Zoo bij PROBUS I. D. T. S. P. = *in diem tertium sive perendinum*. CICERO *pro Murena* 12, 97.

(2) Zooals hieronder bij de behandeling der *lex Pinaria* zal blijken, was het *sacramentum* de voorwaarde, die vervuld moest worden vóórdat de Overheid den *iudex* benoemde. Verder vermeldt GAIUS IV, 15 dat vóór deze wet de *iudex* dadelijk (na de *iudicis postulatio*) door de Overheid werd benoemd (*statim dabatur iudex*). Op die benoeming dan volgde de *denunciatio*: *postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denunciabant*. (G. IV, 15). Zoo komen wij tot deze volgorde: a) *sacramenta*; b) *iudicis postulatio*; c) benoeming van den *iudex*; d) *detestatio* of *denunciatio*.

wordt toegewezen en door dezen gevankelijk naar huis wordt gesleurd, behooren tot de meest bekende teksten van Rome's oudste wetgeving. Zooals ieder verder weet, wordt de schuldenaar ten huize van zijn nieuwen paterfamilias in boeien geslagen. (1) Bevreemdend is het echter daarbij dat blijkens de woorden *vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore aut si volet, maiore*, de Twaalf Tafelen eene zachte behandeling van den schuldenaar tegengaan: de boeien immers mogen wel zwaarder, doch niet lichter dan vijftien pond zijn. Reeds door PUCHTA (*Inst* § 179 noot *i*) is dit reeds verklaard in dien zin, dat de schuldeischer, wil hij zijn recht op den schuldenaar behouden, maatregelen behoort te nemen, die elke poging tot ontvluchting verijdelen. Bovendien is naar oud-Romeinsche opvatting de insolvente schuldenaar niet een misschien onschuldige failliet in den modernen zin des woord, doch een gevaarlijk sujet, die door wanhoop en moedeloosheid allicht van kwaad tot erger zou vervallen, indien de schuldeischer, als orgaan van den Staat, hem niet van zijn vrijheid beroofde. Zoo verklaart het strafrechtelijk karakter der *ductio* de anders moeilijk te motiveeren hardheid der wet, die overigens den schuldeischer op het hart drukt, zijn gevangene het noodige voedsel niet te onthouden. Hoe dit zij, de bepaling liet maar al te groote ruimte voor misbruik van de zijde des schuldeischers.

In de volgende regelen hopen wij aan te toonen, dat de bekende *lex Poetelia Papiria* niets anders was dan een amendement van de woorden: *secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus*, hierin bestaande dat deze bevoegdheid van den schuldeischer aan eene bepaalde voorwaarde werd vastgeknoopt.

(1) Twaalf Tafelen III, 3 *Ne iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito.*

De jeugdige C. PUBLILIUS, zoo lezen wij bij LIVIUS 8, 28, wiens vader in schulden stak, had zich als *nexus* of pandeling overgegeven in de macht van den schuldeischer L. Papirius. Duur kwam den jongeling zijn edelmoe-digheid te staan: de schuldeischer, wien noch de kinder-liefde, noch het ongeluk van zijn hoorige mededoogen inboezemde, stelde alle pogingen in het werk om hetzij door belofte, hetzij door bedreigingen, Publilius tot het plegen van ontucht over te halen — een trek die bijna karakteristiek is voor de Romeinsche rechtslegende. (1) Alles te vergeefs, en toen de schuldeischer tot de over-tuiging kwam dat Publilius volhardde in zijn verzet en zich op zijn vrije geboorte meer liet voorstaan dan met 's meesters verlangen strookte, (2) liet deze Publilius ont-kleeden en ten bloede toe geeselen. Woede en pijn jagen den jongeling het huis uit, de straat op. Verontwaardigd, misschien ook beducht voor eene behandeling, waaraan de wet ieder insolvent schuldenaar bloot stelde, spoeden de burgers zich naar het raadhuis, vallen de senatoren te voet en wijzen hen op den mishandelde Publilius, wiens toestand elken commentaar op de bestaande wet-geving overbodig maakte. Naar aanleiding hiervan ver-zoeken de Senatoren den consuls, een wetsvoorstel in te dienen, waarvan de inhoud bij LIVIUS aldus luidt: *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitorum, non corpus obnoxium esse*. Door aanneming van dit voorstel kwam de *lex Poetelia Papiria* tot stand.

(1) Men denke b.v. ook aan de verdrijving der Tarquini en der *decemviri legibus scribundis*. MOMMSEN. *Röm. Forschungen* I bl. 299.

(2) LIVIUS 8, 28: *quam ingenuitatis magis, quam praesentis con-ditionis memorem videret*. Toespeling op de maar al te vaak voor-komende onzedelijke verhouding, waartoe de slavernij aanleiding gaf. Zie b.v. MARTIALIS 1, 84 (85).

Meer dan de namen der voorstellers dezer wet of het jaar waarvan zij dateert, (1) is voor ons doel haar inhoud van belang. Afgaande op de woorden van LIVIUS heeft men dikwijls gemeend dat de *lex Poetelia Papiria* de *ductio* verbood, althans uitdrukkelijk het lichaam van den schuldenaar aan de willekeur van den schuldeischer onttrok. Toch blijkt het tegendeel uit GAIUS IV, 25 . . . . *itaque indicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem (Valliam) vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur*. Verder blijkt uit de tegenstelling dezer plaats met GAIUS IV, 21: *qui vindicem non dabat, domum ducebatur et vinciebatur*, dat aan het eind van het legisactietijdperk de *ductio* in stand was gebleven; nopens het *vincire* moest echter eene beperkende bepaling destijds bestaan.

Bevestigd wordt dit vermoeden door de woorden van LIVIUS 8, 28: *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*. Noodzakelijk moeten zij, blijkens hun archaïstisch karakter, min of meer nauwkeurig correspondeeren met den tekst der *lex Poetelia Papiria*; tevens vertoonen zij analogie met de woorden der Twaalf Tafelen: *vincito aut nervo aut compedibus*. Hetgeen LIVIUS 8, 28 *ius mutatum* noemt, moet dus wel een amendement van den tekst der Twaalf Tafelen zijn geweest. Zonder ons in te beelden, de letterlijke bewoordingen der *lex Poetelia* te kunnen reconstrueeren, kunnen wij ons toch den gewijzigden tekst b.v. als volgt voorstellen: *Ni iudicatum facit aut quis endo eum iure vindicit, secum ducito. Si*

(1) Zie daarover MOMMSEN *Röm. Forschungen* II bl. 244 vlg. KARLOWA *Röm. Rechtsgeschichte* II bl. 559.

*noxiam noxii*, (1) *donecum poenas luat, vincito aut nervo aut compedibus*.

Bleef dus, ook na de *lex Poetelia Papiria*, de *ductio* in gebruik, de bevoegdheid van den schuldeischer, om den schuldenaar in boeien te slaan, werd beperkt tot het geval dat de schuldenaar *noxam meruisset*, m.a.w. eene lijfstraf verdiende.

Van deze regeling verdween het eerste element, de *ductio*, spoedig uit het verkeer. Immers, welk voordeel was er voor den schuldeischer in gelegen, een schuldenaar bij zich in huis te nemen, dien hij den kost moest geven, zonder dat het hem vergund was, den onvrij geworden schuldenaar aan den lijve te straffen? (2) Wel kon de schuldeischer den kostganger, als ware deze een slaaf, tot den arbeid dwingen, doch van arbeid voor zijn natuurlijken vijand behoort men zich bij den schuldenaar na de *ductio* geene overdreven voorstelling te maken. Niets lag dus meer in den aard der zaak dan dat de toegewezen schuldenaar feitelijk in vrijheid bleef, mits

(1) Vgl. Twaalf Tafelen XII, 2: *Si servus furtum facit noxiamve noxii*. Andere voorbeelden van amendementen op de Twaalf Tafelen, of althans van wetten die eene bepaling der Twaalf Tafelen herhalen, om daaraan iets toe te voegen, ontbreken allerminst. Zoo is door SCHIRMER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abth.* XIX bl. 361, uiteengezet dat de *lex Pinaria* van GAIUS IV, 15 de benoeming van den *iudex* na dertig dagen afhankelijk maakte van het *sacramentum quingenarium* der Twaalf Tafelen, en dus de bepaling dezer laatste wetgeving omtrent dit *sacramentum* herhaalde. Eveneens bij de *lex Atinia*. Zoowel deze wet als de Twaalf Tafelen hielden de woorden: «*quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas*» in; doch terwijl in de Twaalf Tafelen dit beginsel onbeperkt gold, zoodat «ter zake van hetgeen gestolen is, ten allen tijde eene actie kan worden ingesteld» (Vgl. THEMIS 1904 bl. 119) werd door de *lex Atinia* deze bepaling wel is waar herhaald, doch daaraan de beperking toegevoegd: *nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur* (l. 4 § 6 D. 41, 3). Hetzelfde stelsel gold bij de edikten van de praetoren en van de censoren; zie CICERO in *Verrem* II. 1 c. 55, 143.

(2) MOMMSEN *Röm. Forschungen* I bl. 337 noot 17; bl. 370.

hij den schuldeischer onder eede had verzekerd, dat zijn vermogen tot dekking der schuld kon strekken. In dezen gedachtengang past dan ook volkomen VARRO de l. l. 7, 105. *Hoc (sc. nexum) C. Poetelio Libone dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.*

Dat de *ductio* na de *lex Poetelia Papiria* rechtens in stand bleef, al verviel zij feitelijk in onbruik, verklaart den bij VARRO l. c. bedoelden eed. Immers in het oudere recht is de eed het kenmerk der overeenkomst, gesloten door personen waarvan de eene rechtens onder de *potestas* der andere staat (1).

Zoo bij den vrijgelatene: oorspronkelijk blijft deze rechtens slaaf en dus onder de *potestas* van den *manumittens*; al is feitelijk de vrijgelatene in vrijheid, de oorspronkelijke toestand werkt nog in zoover na, dat hij onder eede (2) de *operarum promissio* aangaat. Zoo ook bij het *sacramentum*, waarbij de burger onder eede trouw belooft aan de Overheid, onder wier *potestas* hij staat. Zoo ten slotte bij den insolventen schuldenaar: al is hij feitelijk vrij, rechtens bleef hij oorspronkelijk onder de heerschappij van den schuldeischer. Daarom moest ook de insolvente schuldenaar onder eede zijne tot den schuldeischer gerichte belofte bekrachtigen.

#### *De lex Pinaria.*

Met het *sacramentum* van 500 *as* hangt bovenstaande

(1) Anders natuurlijk wanneer de schuldenaar, zoo LIVIUS het uitdrukt *noxam meruisset* en dus *ex delicto* werd aangesproken. In dat geval bleven *nerves et compedes* nog eeuwen na de *lex Poetelia Papiria* in gebruik. Zie bv. CATO den oudere bij GELLIUS 11, 18, 18: *fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt.*

(2) Vgl. bv. GAIUS III 82, *operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est.*

wet, wier inhoud slechts bij gevolgtrekking kan worden nagegaan, ten nauwste samen. Onze eenige tekst, GAIUS IV, 15 is hier fragmentair. Wij lezen:

... *ad iudicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur. Ut autem die XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex. Illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam M. aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse.*

Nu is het onderscheid tusschen *sacramentum quinquagenarium* en *s. quingenarium* reeds bij G. IV § 14 uiteengezet. Wordt hierop bij G. IV § 15 teruggekomen, dan moet de *lex Pinaria* daartoe aanleiding hebben gegeven en dus op een bepaald *sacramentum* betrekking hebben gehad. Wij kunnen zelfs een stap verder gaan. De woorden „*quinquagenario sacramento, non quingenario*” duiden aan dat GAIUS zooeven gesproken heeft van het *sacramentum quingenarium*. Brengen wij dit resultaat in verband met de *lex Pinaria*, dan volgt uit een en ander, dat deze wet alleen het *sacramentum quingenarium* betrof. Hadden partijen een *sacramentum* van 500 *as* aangegaan, dan moest de *iudex* niet, zooals voorheen, onmiddellijk doch na dertig dagen door den Praetor worden voorgesteld aan partijen. Op dien dertigsten dag voltrokken partijen eene *denunciatio*, waarbij zij overeenkwamen, over twee dagen voor den *iudex* te verschijnen. (1)

De beteekenis der dertig dagen in de *lex Pinaria* valt niet moeilijk te gissen. Naarmate het voorwerp van het geding meer waard is, hebben partijen bij een onpartijdig en kundig rechter meer belang. Daarom werd, indien het *sacramentum* 500 *as*, de zaak zelve dus minstens 1000 *as*

(1) Zie SCHIRMER Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Rom. Abth. XIX bl. 361.

bedroeg, aan partijen een termijn van dertig dagen toegestaan om onderling en met den Praetor over de keus van den *iudex* te beraadslagen. Waren partijen het eens over den te benoemen persoon en opperde de Overheid daartegen geen bezwaar, dan hadden partijen feitelijk, zooal niet rechtens, de benoeming van den *iudex* in handen.

Nu blijkt uit alles, dat onder den invloed der *lex Pinaria* het *sacramentum* van 50 *as* in onbruik geraakte. De Romeinen leefden in de overtuiging, dat der partijen ernst en oprechtheid aan geen beter toetssteen kon worden beproefd, dan daardoor, dat zij het geding omzetten in eene weddenschap door *sacramentum* of *sponsio*; naar Romeinsche opvatting kon bij den eerlijken gedaagde tegen verhooging der processueele boete geen bezwaar bestaan. (1) Te wenschelijker moest de verhooging der *summa sacramenti* van 50 tot 500 *as* zijn, waar die verhooging partijen het middel aan de hand gaf, uitstel te verkrijgen en zoodoende het over den *iudex* onderling eens te worden. „Onze voorouders”, zegt CICERO *pro Cluentio* 43, 120 „wildens slechts hem, over wien partijen zijn overeengekomen, als *iudex* erkennen, zelfs al liep de strijd over de kleinste geldsom”. Alles wat ten dezen de keuze van partijen ruimer veld liet, moest dus *ceteris paribus* voorkeur genieten.

Om het bewijs te leveren, dat na de *lex Pinaria* het *sacramentum* van 50 *as* in onbruik is geraakt, wijs ik eerst op eene uitlating van PSEUDO ASCONIUS, waar gesproken wordt over de procedure met den termijn van dertig dagen (en dus met een *sacramentum* van 500 *as*) als was alleen deze in gebruik. (2) Dat rechtens ook de

(1) KAPPEYNE VAN DE COPPELLO. *Abhandlungen* II bl. 235 vlg.

(2) *Pseudo-Asconius*: (*Verz. ad Ciceronem* II, 1 c. 9) *poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem: quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicium venirent, denunciabant.*



*summa sacramenti* van 50 as was blijven bestaan, boezemde niemand belang in. Vandaar dan ook de eigenaardige wijze waarop VARRO de l. l. V, 180 zich uitdrukt: *de aliis rebus utriusque quingenos aeris ad pontem deponabant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum.* Het getal vijftig zelf vindt VARRO niet eens vermeldenswaard.

Verschaftte de termijn van dertig dagen, die tusschen het aanhangig maken der zaak en de benoeming van den *iudex* verliep aan partijen eene welkome gelegenheid zich met de Overheid en onderling over de benoeming van den *iudex* te verstaan, daarin lag niettemin een omslag, dien het oudere proces niet kende, in zoover daarbij de rechter aanstonds werd benoemd. Immers, krachtens de *lex Pinaria* moesten partijen driemaal samenkomen. Eerst om de *sacramenta* te zweren, en de benoeming van den *iudex* aan te vragen. Dertig dagen daarna werd de *iudex* door de Overheid benoemd en aan partijen voorgesteld (*iudicem dare*); bij deze tweede verschijning spraken partijen ook de *denunciatio* uit. Op den derden dag na deze *denunciatio* of gerechtelijke uitdaging, dus op de derde verschijning, werd de zaak bepleit. In hoever en wanneer vereenvoudiging tot stand kwam, zal hieronder blijken.

#### *De lex Crepereia.*

De uiterst schaarsche mededeelingen over deze wet bij GAIUS (1) IV, 95 hebben meer dan eens bij den tegen-

---

Daar het *Pseudo-Asconius* alleen te doen is, om het woord *compendinus* te verklaren, kon hij volstaan met te spreken over het geval dat de *iudex* na 30 dagen werd benoemd. Benoeming van den *iudex* terstond na de aanvraag kwam dus in de praktijk van CICERO's tijd niet meer voor.

(1) GAIUS IV, 95: *ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsonis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento enim reum provocamus eaque sponsio sestertium CXXV nummum fit, scilicet propter legem Crepereiam.*

woordigen toestand onzer bronnen, haar inhoud als een onoplosbaar raadsel doen beschouwen. (1) Toch is naar mijn bescheiden meening de zaak niet zoo wanhopig als zij schijnt. Vooraf herinneren wij, dat, zooals hierboven aannemelijk werd gemaakt, na de *lex Pinaria* het *sacramentum* van 50 as in onbruik is geraakt, zoodat de *lex Crepereia* alleen een *sacramentum* van 500 as in zwang aantrof. Tot vóór de totstandkoming van laatgenoemde wet werd dus door de Overheid een *iudex* benoemd, nadat partijen *sacramenta* van 500 as, *iudicis postulatio* en *denunciatio* hadden voltrokken. Nu legde de *lex Crepereia* de Overheid de verplichting op, een *iudex* te benoemen, wanneer partijen behalve de bovengenoemde formaliteiten, ook *sponsiones* van 125 sestertii hadden aangegaan. (2) Dit bedrag van 125 *sestertii* verving de 500 as, zoodat de *sacramenta* wel in stand bleven, doch de processueele boete van 500 as niet meer inhielden. Bovendien verschilden 125 *sestertii* der *lex Crepereia* in zoover van de 500 as der Twaalf Tafelen, dat de laatste boete aan den Staat, de eerste daarentegen aan de overwinnende partij ten goede kwam. Stellen wij ons nauwkeurig voor, hoe bij deze *sponsiones* de gang van zaken was: A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> en N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> betwisten elkander een slaaf. Voor dat de *iudex* de zaak behandelt, worden de volgende vragen en antwoorden gewisseld:

(1) Aldus bv. Wlassak. *Römische Prozessgesetze* I bl. 240 noot.

(2) Zooals hieronder zal blijken, is de *lex Crepereia* ± 200 v. Chr. tot stand gekomen. Wat natuurlijk niet wegneemt, dat reeds vóór dien tijd de *sponsio* in het rechtsleven gebruikelijk was om den bewijslast in een geschil vast te stellen. Een bekend voorbeeld hiervan vindt men in de bekende anecdote bij VALERIUS MAXIMUS 2, 8, 2. Over de vraag of de overwinning over de Carthagers bij de Arginusische eilanden te danken is aan Valerius of aan Lutatius, wordt door deze beide veldheeren eene *sponsio* aangegaan (241 v. Chr.)

N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>: *Si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios CXXV nummos dare spondes?* A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>: *spondeo.*

A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>: *Si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios CXXV nummos dare spondes?* N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>: *spondeo.*

Werd door de *lex Crepereia* in schijn het procedeeren niet gemakkelijk gemaakt, daar zij behalve aan de reeds gebruikelijke formaliteiten, de benoeming van een *iudex* bond aan *sponsiones*, die tot dusver nog niet in de rechtspleging verplichtend waren, feitelijk waren die *sponsiones* eene gunst door den Staat verleend aan de overwinnende partij; deze laatste, niet meer de Staatskas, werd door de processueele boete verrijkt. Doch ook de verliezende partij werd door de *lex Crepereia* bevoordeeld; want de som van 125 *sestertii* was minder waard dan 500 *as*. Aan de toelichting dezer laatste stelling behooren eenige opmerkingen omtrent het Romeinsche muntwezen vooraf te gaan.

Zonder in te gaan op de vraag, op welke wijze tijdens de Twaalf Tafelen en kort daarna de aanmunting geschiedde, kunnen wij als vaststaande aannemen, dat de munteenheid destijds een Romeinsch pond koper was, het *as*. Zooals de naam *as* (van  $\epsilon\acute{\epsilon}\varsigma$ , dorisch  $\acute{\alpha}\varsigma$ , aeolisch  $\acute{\alpha}\varsigma$ ) aanduidt was het *as* eene eenheid, die oorspronkelijk naar het twaalftalig stelsel, 12, spoedig daarna slechts 10 *unciae* telde.

Eene nieuwe verzwakking vond plaats in 268 v. Chr.: naast den *as libralis* van 12 of 10 *unciae* werd een *as* van 4 *unciae* geslagen die, als derde deel der oorspronkelijke munteenheid, *as trientalis* heette. Nu was deze *as trientalis* de munteenheid tijdens de invoering van den zilveren *sestertius*. De *sestertius* (samen getrokken uit *semis tertius*) was  $2\frac{1}{2}$  *as trientalis* waard, zoodat de schuldenaar eene

schuld van 500 as kon delgen door 200 *sestertii* te betalen. (1)

Voortdurend echter werd de waarde van het *as* verzwakt: tijdens den eersten Punischen oorlog werd zijn gewicht op twee, tijdens den Hannibalsoorlog op ééne *uncia* vastgesteld. (2) Tegelijk met dezen laatsten maatregel werd — en dit inzonderheid is voor ons van belang — bepaald, dat één *sestertius* gold voor vier *asses*, in plaats van  $2\frac{1}{2}$ . Zoo verordende het de *lex Flaminia* van 217 v. Chr. (3) Terwijl dus oorspronkelijk de *sestertius* gelijk stond met  $2\frac{1}{2}$  *as*, werd bij bedoelde wet zijne waarde tot 4 *as* verhoogd of, wat natuurlijk op hetzelfde neerkwam, de waarde van het *as* tot  $\frac{1}{4}$  *sestertius* verlaagd. Beide maatregelen dragen het teeken van hun ontstaan tijdens de crisis na de ramp bij het Trasimenische meer. Zou, naar men meende, de verzwakking in kopergehalte van de *as* aan de schatkist ten goede komen, aan den anderen kant werden de schuldenaren bevoorreed ten koste der schuldeischers: de *sestertius*, dien zij schuldig waren, delgde meer dan zij hadden verwacht.

Nog eene derde bijzonderheid teekent het exceptioneel karakter der *lex Flaminia*. De Staat, inzonderheid de krijgskas, mocht door de hervorming niet worden benadeeld. Daarom werd de nieuwe waardeverhouding tusschen *as* en *sestertius* buiten rekening gelaten bij de betaling van het *stipendium* of krijgsbelasting. Waar de

(1) Vgl. PAULY'S *Real-Lexicon der klassischen Altertumswissenschaft* in v: *as*.

(2) PLINIUS *h. n.* 33, 13. *Postea Hannibale urgente, Q. Fabio Maximo dictatore, asses unciales facti, placuitque denarium sedecim assibus permutari, quinarium octonis, sestertium quaternis. Ita respublica dimidium lucrata est.*

(3) FESTUS i. v. *sesterti* (eener zeer corrupte plaats) . . . . (*auctor*) *est numerum aeris perduct(um) esse ad XVI in denario lege Flaminia, e(um) Hannibalis bello preneret(ur) populus Romanus.*

Staat *stipendium* hief en soldij uitbetaalde — beide handelingen hingen ten nauwste samen — werd de *sestertius* niet naar vier, doch naar  $2\frac{1}{2}$  as berekend. (1)

Nu was naar alle waarschijnlijkheid de processueele *summa sacramenti* oorspronkelijk identiek met het *stipendium*. Beide belastingen, oorspronkelijk door de Overheid geïnd vóórdát de buiten- of binnenlandsche vijand werd aangevallen, werden later teruggegeven, het *stipendium* aan den soldaat, de gestorte *summa sacramenti* aan de overwinnende partij. Bij dien samenhang tusschen beide belastingen kan men veilig aannemen, dat de *lex Flaminia* evenmin op de *summa sacramenti* als op het *stipendium* van toepassing werd. Na deze wet bleef dus de *sestertius*, schoon hij in andere betrekkingen 4 as gold, bij de berekening der *summa sacramenti*  $2\frac{1}{2}$  as gelden, zoodat ook na deze wet de *summa sacramenti* van 500 as met 200 *sestertii* moest worden voldaan.

Wat echter de *lex Flaminia* had nagelaten, werd door de *lex Crepereia* van GAIUS IV, 95 aangevuld. Om den economisch zwakkeren schuldenaar te beschermen, moest de processueele boete, die vaker nog den insolventen dan den onwilligen debiteur treft, worden verminderd. (2) Bij het verbleeken der herinnering aan het verband tusschen oorlog en proces, bestond er verder geen bezwaar, een scheidsmuur op te trekken tusschen het *stipendium* of krijgsbelasting en de *summa sacramenti* of processueele boete. Evenals de *lex Flaminia* den schuldenaar buiten proces had vergund één *sestertius* voor vier as in reke-

(1) PLINIUS l. c. *In militari tamen stipendio semper denarius pro decem assibus datus.* (Is de *denarius*, die steeds vier *sestertii* gold, equivalent aan 10 *asses*, dan is één *sestertius* =  $2\frac{1}{2}$  as). TACITUS *Annales* 1, 17.

(2) Werd daarentegen de eisch ontzegd, dan kon natuurlijk de gedaagde 125 sest. van den eischer vorderen.

ning te brengen, zoo vergunde de *lex Crepereia* den veroordeelden schuldenaar, te volstaan met eene processueele boete van  $\frac{500}{4} = 125$  *sestertii*. En niet alleen deze verlagings der processueele boete begunstigde den insolventen schuldenaar. Zijn crediet werd bovendien verhoogd doordat de overwinnende schuldeischer, niet de Staat, de processueele boete inde. Het besef, dat ingeval de betaling achterwege bleef, de vordering met 125 *sestertii* zou worden verhoogd, moest ongetwijfeld menig kapitalist prikkelen, als geldschietter op te treden.

In het bovenstaande is uitgegaan van de onderstelling, dat tijdens de totstandkoming der *lex Crepereia* het *iudicium centumvirale* nog niet bestond, zoodat deze wet de *sponsiones* van 125 *sestertii* niet tot dit *iudicium* heeft beperkt. De juistheid dezer onderstelling kan eerst hieronder bewezen of althans waarschijnlijk worden gemaakt. Reeds hier echter kunnen wij er op wijzen dat, wanneer niet alle aanwijzingen bedriegen, de *lex Crepereia* kort na 217 v. Chr., dus  $\pm$  200 v. Chr. tot stand kwam; terwijl het *iudicium centumvirale* door de *lex Aebutia*, dus  $\pm$  130 v. Chr. is ingesteld. (1) Wanneer dus GAIUS IV, 95 zegt: *ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsonis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummum fit, scilicet propter legem Crepereiam;* staat de *lex Crepereia* wel met het *sacramentum* en met de *sponsio*, doch niet met de *centumvirri* in verband. De inhoud der *lex Crepereia* had GAIUS aldus kunnen teruggeven, dat deze wet den *Practor urbanus* dwong, een *iudex* te benemen, wanneer partijen *sacramenta* en *spon-*

(1) De voornaamste aanwijzing geeft GELLIUS 16, 40 § 8: *cum omnis illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviratum causarum, lege Aebutia lata, consopita sit.*

*siones* van 125 sest. hadden uitgesproken. Eerst latere gebeurtenissen zouden deze procedure beperken tot de *centumviri*.

De *leges Silia* en *Calpurnia*.

Sedert de *lex Pinaria* geschiedde de *legisactio sacramento* in drie termijnen: op den eersten werden de *sacramenta* en de *iudicis postulatio* uitgesproken; op den tweeden werd de *iudex* benoemd en geschiedde de uitdaging (*detestatio* of *denunciatio*) waarbij partijen elkander dagvaardden, voor den *iudex* te verschijnen. Eerst op den derden termijn, die door een en dertig dagen van den eersten was gescheiden, werd de zaak bepleit.

Eene nieuwe procedure, *legisactio per condictionem* geheeten, werd voor sommige vorderingen ingesteld door de *lex Silia*. Haar naam ontleende deze legisactie aan de omstandigheid, dat daarbij het *sacramentum* ontbrak. Verder was de nieuwe procedure minder omslachtig dan de procedure der *lex Pinaria*: in plaats van drie, kende zij slechts twee termijnen, door dertig dagen gescheiden. Op den eersten termijn werd onmiddellijk de benoeming van een *iudex* aangevraagd en daarna de *condicio* of *denunciatio* uitgesproken, die dus van den tweeden termijn naar den eersten werd verschoven. Dertig dagen daarna, dus op den tweeden termijn, werd de zaak bepleit, zoodat de procedure der *lex Silia* in de eerste plaats door eenvoud werd gekenmerkt. Niet echter alsof de oude *legisactio sacramento* afgeschafft werd: zij bleef naast de oude procedure voortbestaan. Te noodzakelijker was dit behoud, omdat, zooals gezegd, niet in alle geschillen *per condictionem* kon worden geprocedeerd.

Ten bewijze van een en ander wijzen wij op de tegenstelling tusschen de uitdrukkingen: *legis actio sacramento* en *l. a. per condictionem*: in het eerste geval wordt de

rechter benoemd op grond der *sacramenta*, in het tweede op grond der *condictio*. (1) Verder hangen ongetwijfeld de dertig dagen der *lex Silia* samen met de dertig dagen der *lex Pinaria*; (2) naar deze laatste wet wordt de *iudex* benoemd omdat partijen *sacramenta* van 500 *as* hebben uitgesproken; naar de *lex Silia*, omdat zij elkander tegen den dertigsten dag voor den *iudex* hebben gedaagd. Doordat in de procedure der *lex Silia* de *condictio* op den eersten termijn, de benoeming van den *iudex* op den tweeden termijn plaats vond, kon de derde termijn komen te vervallen. Wat meer is, feitelijk geraakte ook de *denunciatio* zelf spoedig in onbruik en benoemde de Overheid den *iudex*, alsof partijen eene *denunciatio* hadden voltrokken. Ook op de verhouding tusschen partijen onderling bleef die weglating zonder invloed: dat zij dertig dagen na de eerste verschijning de zaak zouden hebben te bepleiten, wisten partijen ook zonder formeele aanzegging. (3)

Behalve dat de *lex Silia* eene eenvoudiger procedure tot stand bracht, hervormde zij eveneens de processueele boete, die aan het voorwerp der vordering nauwkeurig evenredig werd. Had die boete onder de Twaalf Tafelen 50 of 500 *as* bedragen, had de *lex Crepereia* beide sommen vervangen door een niet minder plomp *fixum* van 125 *sestertii*, de *lex Silia* bereikte in dezen den hoogsten

(1) GAIUS IV, 48, 49.

(2) De oorsprong dezer dertig dagen ligt in de dertig (of drie en dertig) dagen, die naar oud-Romeensch krijgsgebruik verlopen moesten tusschen het vertrek van den *fetialis*, d. i. de oorlogsverklaring, en het begin der vijandelijkheden. LIVIUS 1, 22: *Romani . . . bellum in tricesimum diem indixerant*. MOMMSEN, *Röm. Staatsr.* III bl. 387 noot 3 (3e uitg.)

(3) Daarmede is niet in strijd GAIUS IV, 33, *nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur*: de daar genoemde ficties betreffen de betrekkingen tusschen partijen onderling, niet tusschen den eischer en de Overheid.



trap van evenredigheid die te bereiken viel, door de boete te stellen op een derde (of op de helft) (1) van het voorwerp der vordering. Immers zij verplichtte den Praetor, een *iudex* te benoemen mits de partijen behalve de *condictio*, ook *sponsiones* hadden aangegaan, waarbij zij elkander een derde (of de helft) der gevorderde hoeveelheid hadden beloofd. Stel dus dat A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> van N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> 300 *sestertii* eischt, dan komen ten naasten bij de volgende *sponsiones* tot stand:

A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>: *Si paret te mihi sestertios CCC nummos dare oportere, sestertios mihi dari spondes?* N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>: *Spondeo.*

N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>: *Si paret me tibi sestertios CCC nummos dare non oportere, sestertios C mihi dari spondes?* A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>: *Spondeo.*

Met de belangrijke verbeteringen, die de *lex Silia* invoerde, ging echter samen dat zij niet bij elke vordering, maar slechts daar toepasselijk was, waar *pecunia certa credita* werd geëischt. Bij *pecunia* mag in dit verband niet alleen aan geld worden gedacht: *pecunia* is in de oudere rechtstaal elke *res quae numero pondere mensura consistit*, m. a. w. elke zaak die kwantitatief te bepalen is, of, zooals wij zouden zeggen, elke deelbare zaak. (2)

(1) GAIUS IV, 171, i.f. *ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur; veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae*. Onder *pecunia constituta* is te verstaan het geval dat de schuldenaar uitdrukkelijk belooft op een bepaalden dag eene reeds bestaande schuld te betalen; hetgeen onderstelt dat de schuldeischer reeds herhaaldelijk op betaling heeft aangedrongen. De nieuwe overeenkomst heet dan *constituere pecuniam*. Om den schuldenaar, die deze nieuwe vordering van den schuldeischer niet betaalt, zwaarder te straffen, wordt in dat geval de boete van één derde tot de helft der vordering verhoogd. Zie KAPPEYNE v. D. COPPELLO *Abhandlungen* II bl. 245.

(2) GAIUS III, 122, 175; l.l. 178, 222 D. 50, 16; c. 2 C. 4, 18.

De oorsprong van het dogma dat als *pecunia* beschouwt elke *res quae numero pondere mensura constat*, moet worden gezocht in den verkoop van den schuldenaar. Zooals het oudste verbintenissenrecht

Immers, juist hierin bestaat het karakter der deelbaarheid, dat de verschillende zaken of hoeveelheid alleen kwantitatief verschillen.

Verder doelt de uitdrukking (*pecunia*) *certa* op het feit dat de gevorderde hoeveelheid à priori vaststaat. Een *arbitrium liti aestimandae* (1) kon dus niet meer door den eischer worden verzocht; hij moest nauwkeurig weten hoeveel hij vorderen wil. Was zijne vordering ook maar één penning te hoog opgevoerd, dan verloor hij onherroepelijk het proces. Nu kon een à priori vaststaand bedrag alleen uit eene rechtshandeling (betaling, mondelinge of schriftelijke wilsverklaring) voortvloeien; (2) bij

---

het meebracht, geschiedde die verkoop in het openbaar en — hierop vooral komt het ten deze aan — aan den meestbiedende. Op deze laatste bijzonderheid doelt PLAUTUS *Captivus* 1, 2, 76 vlg. waar de *parasitus*, door Hegio ten middagmaal genoodigd, bij wijze van scherts zich zelf aan den meestbiedende verkoopt en door zijne voorgenomen raadpleging van een *consilium amicorum* de zaak nog bespottelijker maakt. Hegio: *age sis rogo. Erg. emptum nisi qui meliorem afferet quae mihi atque amicis placeat conditio magis quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.*

Oorspronkelijk is de koopprijs bij dien verkoop niet gemunt geld — vóór de Twaalf Tafelen was daarvan te Rome nog geen sprake — doch het voorwerp der verbintenis, die tot den verkoop van den schuldenaar aanleiding geeft. Heeft de schuldeischer b.v. honderd maat koren te vorderen, dan zal de koopprijs in maten koren worden uitgedrukt; kooper wordt hij, die voor den schuldenaar het grootst aantal maten koren biedt. Bij dezen stand van zaken is natuurlijk slechts dan de verkoop mogelijk, wanneer het voorwerp der vordering eene bepaalde kwantiteit, eene ieder bekende hoeveelheid is, — Romeinsch uitgedrukt: een *certum*, eene *res*, *quae numero pondere mensura constat*. Alleen voor zoover de koopprijs eene vervangbare en deelbare zaak is, kan hooger of lager geboden worden.

(1) D. i. een geding, waarin de beweringen van partijen niet lijnrecht tegenover elkander staan. Type van zoodanig geding is de actie tot grensscheiding, waar de *arbiter* noch de eene, noch de andere partij in alle opzichten in het gelijk behoeft te stellen, doch den eisch gedeeltelijk kan toewijzen.

(2) Vgl. CICERO *pro Roscio comoedo* 4, 13 waar het van den eischer heet: *adnumerasse sese negat; expensum tulisse non dicit, cum*

een delikt kon het cijfer der schadevordering eerst na onderzoek worden uitgemaakt. Daarom onderstelde de *legisactio per condictionem* feitelijk altijd eene rechts-handeling in den zoeven aangeduiden zin des woords.

Wat ten slotte betreft het woord (*pecunia certa*) *credita*, het doelt op het geval dat de eischer aan den gedaagde iets heeft *toevertrouwd* en dus van dat goed niet meer bezitter is, zoodat hij niet eene zakelijke, doch eene persoonlijke actie kan instellen. Vandaar dat *condictio*, de handeling waarmede de nieuwe procedure begon en *actio in personam* synoniem werden.

Ontbrak in de procedure der *lex Silia* het *sacramentum*, naar alle waarschijnlijkheid werd door haar een andere eed ingesteld: de eischer kon nl. den gedaagde voor het alternatief stellen, te zweren, dat de vordering ongegrond was, of den eed aan den eischer terug te wijzen. Deze beslissende eed in zake *certa pecunia* komt reeds bij PLAUTUS (1) voor en moet dus door eene oude wet — ongetwijfeld de *lex Silia* — zijn ingesteld. Waaruit tevens kan worden opgemaakt, dat deze wet vóór PLAUTUS' sterfjaar (184 v. Chr.) tot stand moet zijn gekomen.

Vergelijken wij met het proces der *lex Silia* de procedure der *lex Crepereia*. In deze laatste worden de volgende formaliteiten aangetroffen: a) de *sacramenta*, die den grondslag uitmaken voor 's rechtters onderzoek; b) *iudicis postulatio*; c) *detestatio* of *condictio*; d) *sponsiones* van 125 *sestertii*, waardoor eene processueele boete wordt gevestigd ten nadeele van de verliezende partij; e) de *sponsio pro praede litis et vindiciarum*, die de *praedes l. et v.* verving en, evenals deze, alleen bij zakelijke vorderingen

---

*tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.*

(1) PLAUTUS *Rudens* 14. *Persa* 4, 3, 9. *Curculio* 4, 2, 10.

voorkwam. In de procedure der *lex Silia*, die altijd persoonlijke vorderingen betreft, ontbreekt natuurlijk de *sponsio pro pr. l. et v.* en worden bovendien de *sacramenta* met de *sponsiones* van 125 sest. vervangen door *sponsiones legitimae partis*, zooals zij heeten. Van deze laatste *sponsiones* onderscheiden zich dus de *sponsiones* van 125 sest. der *lex Crepereia* niet alleen in bedrag, doch ook in rechtskarakter. De *sponsio* van 125 scheidt alleen een processueele boete, doch vormt niet den grondslag van 's rechters onderzoek; (1) hetgeen wel bij de *sponsio legitimae partis* het geval is. Romeinsch uitgedrukt: de *sponsio* der *lex Crepereia* is eene *sponsio poenalis*; de *sponsio* der *lex Silia* is eene *sponsio poenalis et praeiudicialis*. De eerste gaat alleen partijen aan, de tweede ook den rechter.

Hoewel oorspronkelijk alleen bij *pecunia certa credita* in zwang, werd de procedure per *condictionem* blijkens GAIUS IV, 19 later en wel bij de *lex Calpurnia* tot elke *res certa* uitgebreid. M.a.w. iedere zakelijke actie, waarvan het objekt tusschen partijen vaststond en dus niet nader behoefde te worden bepaald, kon door *condictio* en *sponsio* bij den *iudex* aanhangig worden gemaakt. Bij zakelijke acties echter behoefde deze *sponsio* niet *poenalis*, doch alleen *praeiudicialis* te zijn. Immers, eene processueele boete werd daarbij ten behoeve van den eischer geschapen door de *sponsio pro praede l. et v.* die de *lex Calpurnia* reeds als bestaand aantrof: de bezitter der zaak, werd hij in het ongelijk gesteld, werd bij die *sponsio* verplicht het dubbel bedrag der kosten, schaden en interessen aan den overwinnaar te vergoeden. Daar de *sponsio pro praede l. et v.* reeds in zekeren zin als *sponsio poenalis* kon gelden, doch het onderwerp van het geschil niet aanduidde — daartoe dienden van oudsher de *sacramenta* — moest in

(1) Tot dit laatste doel strekken immers de *sacramenta*.

de procedure der *lex Calpurnia* eene *sponsio praeiudicialis* zooals zij heette, worden gesloten. Uit dit karakter der *sponsio* vloeide verder voort, dat zij, in tegenstelling met de *sponsio poenalis*, niet twee, doch slechts éénmaal behoefde te worden uitgesproken. Immers, bij de *sponsio poenalis* behooren in den regel beide partijen met eene processueele straf te worden bedreigd, zoodat twee *sponsiones* daarbij noodzakelijk zijn. Voor zoover echter de *sponsio* alleen *praeiudicialis* is, en dus alleen dient om de zaak bij den *iudex* aanhangig te maken, kan met ééne *sponsio* worden volstaan. Op deze *sponsio* nu doelen GAIUS' woorden (IV, 94) *non tamen haec summa sponsionis exigitur, non enim poenalis est, sed praeiudiciales, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is quocum agitur non restipulatur.* (1)

Tot goed verstand van deze woorden ontbreekt nog eenige toelichting van GAIUS' opmerking dat het bedrag der *sponsio praeiudicialis* nooit wordt ingevorderd. Onderstellen wij dat A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> eene zaak vindiceert, die in het bezit is van N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>. Nu gaat N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> met A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> eene *sponsio pro pr. l. et v.* aan, waarbij de bezitter zich verbindt, ingeval hij het proces verliest, het tweevoudig bedrag der kosten, schaden en interessen aan A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> uit te keeren. Vervolgens wordt de *sponsio praeiudicialis* aangegaan. A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> vraagt N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>: *si res (homo, fundus etc.) q. d. a. ex iure qu. meus est, sestertios XXV nummos dare*

(1) De volgende woorden: *Ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio* staan met de *sponsio praeiudicialis* niet in verband. Beide zinsneden moeten dus niet (zooals bij GNEIST) door twee, doch door één punt worden gescheiden. Immers de *sponsio pro pr. l. v.* houdt geene *summa sponsionis* in, doch verzekert den eischer *duplos fructus* (PAULUS S. R. V. 9, 1); m.a.w. het dubbel bedrag der kosten, schaden en interessen. Allermint passen dan ook op de *sponsio pro pr. l. et v.* de woorden van GAIUS IV, 94: *nec enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur.*

*spondes?* (1) waarop N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> antwoordt: *spondeo*. Heeft nu de uitspraak ten gunste van A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> geluid, dan zou A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> formeel bevoegd zijn de 25 sest. van N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> in te vorderen; doch aan den anderen kant zou N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> deze som in compensatie kunnen brengen op de vordering die A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> aan *sponsio pr. pr. l. et v.* ontleent. Om die reden had de overwinnende partij geen belang het bedrag der *summa sponsionis praeiudicialis* te eischen. De *summa sponsionis* was hier praktisch zonder eenige beteekenis.

Door *per sponsionem* te procederen, geven partijen te kennen, dat de gevorderde zaak eene *res certa* is. Waarin tweeelei ligt opgesloten. Vooreerst, dat de identiteit der gevorderde zaak tusschen partijen vaststaat en dus niet nader behoeft te worden uitgemaakt. Iets wat in primitieve toestanden — inzonderheid bij onroerend goed — geenszins altijd het geval is. Waar kaarten, plans en kadastrale inlichtingen ontbreken, zijn de beweringen van partijen misschien alleen schijnbaar tegenstrijdig of slechts gedeeltelijk juist, zoodat de *iudex* noch de eene, noch de andere partij volkomen in het gelijk kan stellen. In het proces *per sponsionem* nu komen dergelijke vragen niet ter sprake: in haar geheel moet de vordering worden toegewezen of ontzegd, *tertium non datur*.

Nog eene tweede omstandigheid ligt in deze procedure opgesloten. Zij onderstelt dat partijen in der minne, zonder tusschenkomst der Overheid, de *sponsio pro praede l. et v.* (2) hebben aangegaan en kan dus slechts daar plaats vinden, waar het bezit gedurende het proces niet door de Overheid behoeft te worden geregeld. Zijn partijen daarover niet eens geworden, dan behoort de oude

(1) GAIUS IV 93.

(2) Vgl. GAIUS IV, 91 i.f.

*legisactio sacramento* te worden aangewend. Hierop doelt CICERO *Verr.* II, 1, 45, 115. *Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis vindictiarum quum satis accepisset, sponsionem faceret; ita de hereditate certaret.* Tweeërlei weg van rechten kan dus worden ingeslagen door hem die zich beroept op een voor het oogenblik nog niet aanwezig testament. Hij kan vooreerst de *legisactio*, d.i. de *legisactio sacramento* instellen, om zodoende tegen zekerheidsstelling voorloopig in het bezit der nalatenschap te worden gesteld. Is hij echter genegen, in afwachting van de einduitspraak, de tegenpartij in het bezit der nalatenschap te laten, dan gaat hij de *sponsio pro pr. l. et v.* aan (waaraan hij eene vordering ontleent voor het dubbel bedrag der kosten, schaden en interessen ingeval hij overwint) en daarna eene *sponsio praeiudicialis*. Alleen deze laatste wordt bij den rechter aanhangig gemaakt.

Reeds uit de eerste woorden van GAIUS IV (1) blijkt de groote beteekenis der procedure *per sponsionem*: daar wordt eene algemeene verdeeling der acties in vieren naar de *sponsio* waarbij zij aanhangig kunnen worden gemaakt, afgekeurd, omdat daarbij sommige acties, die juridisch een geheel uitmaken, tusschen verschillende *sponsiones* worden verdeeld. Welke die vier soorten *sponsiones* waren, valt uit het bovenstaande gemakkelijk af te leiden. Men onderscheide:

a) de *sponsiones poenales* der *lex Crepercia*. Zij bedroegen steeds 125 sest. en werden uitgesproken en beantwoord door elke partij. Daar zij voorafgegaan worden door de *sacramenta*, waarover de *iudex* te beslissen heeft, zijn zij

(1) *Si quaeritur, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse: in rem et in personam; nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt, quosdam species actionum inter genera se rettulisse.*

nooit praejudicieel, doch vestigen enkel eene processueele boete. Zij kunnen persoonlijke en zakelijke acties betreffen.

b) de *sponsiones* der *lex Silia*. Zij bedroegen een evenredig deel der gevorderde hoeveelheid, werden evenals de vorigen uitgesproken en beantwoord door elke partij, doch werden niet voorafgegaan door *sacramenta*. Daar zij behalve de processueele boete, ook den grondslag van 's rechters onderzoek inhielden, heeten zij *sponsiones poenales et praeiudiciales*. Zij kunnen enkel persoonlijke acties betreffen.

c) de *sponsio* der *lex Calpurnia*. Steeds gaat zij gepaard met eene *sponsio pro pr. l. et v.*; vandaar dat haar bedrag nooit wordt ingevorderd; zij is eene *sponsio non poenalis, sed praeiudicialis* en dient alleen om zakelijke acties ahangig te maken.

d) de *sponsio pro pr. l. et v.* die bij zakelijke acties plaats vindt en eene eventueele vordering schept ten behoeve van den eischer tegen den bezitter-gedaagde.

#### De *lex Aebutia*.

Eene procedure die logisch en historisch den overgang aanduidt van de procedure *per sponsionem* naar het formulierproces wordt vermeld bij GAIUS IV, 93 *Per sponsionem vero hoc modo agimus; provocamus adversarium tali sponsione: si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?; deinde formulam edimus qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere. Qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

Na het uitspreken der *sponsio* werd dus door den eischer aan den gedaagde een geschrift, de *formula* overhandigd, welke den naam van den *iudex* en diens door den Praetor opgestelde instructie inhoudt.



Wij willen nagaan hoe in het gestelde geval die instructie moet hebben geluid. Allereerst denken wij aan de bekende *formula petitoria* b.v. als volgt: *Titius iudex esto. Si paret rem q. d. a. ex iure Quiritium A' A' esse, quanti ea res erit, tanti N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> condemna*. Intusschen kan, waar partijen eene *sponsio praeiudicialis* hebben aangegaan, de formula onmogelijk eene *f. petitoria* zijn geweest. Bij GAIUS IV, 91 vlg. wordt immers eene scherpe tegenstelling gemaakt tusschen de procedure *per formulam petitoriam* en de procedure *per sponsionem* met eene andere, daarbij aansluitende *formula*. (1) Reeds de naam der *sponsio praeiudicialis* wijst er op, dat zij gevolgd wordt door eene *formula praeiudicialis*, (2) d. i. eene formula, waarin den rechter niet wordt opgedragen een vonnis uit te spreken, maar enkel zijn advies over eene praejudicieele kwestie wordt gevraagd. Vandaar dan ook dat bij GAIUS IV, 93 de *formula*, die op de *sponsio* volgt, den *iudex* formeel gelast te onderzoeken of de eischer van den gedaagde de *summa sponsionis* heeft te vorderen; hetgeen in casu — GAIUS zegt het zelf — enkel en alleen afhangt van de vraag, welke partij eigenaar is.

De *lex Aebutia*, die de procedure *per formulam* regelde, schijnt deze met de woorden *litigare per concepta verba* (3) te hebben aangeduid; waarmede bedoeld wordt op het feit, dat daarbij de Praetor, niet partijen de vraag opstelde, die den *iudex* ter beantwoording werd voorgelegd. Aan partijen bleef alleen overgelaten, het geschil in zoo-

(1) GAIUS IV 91: *aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem. . . 93 per sponsionem vero hoc modo agimus. Provo-  
camus adversarium tali sponsione. . . deinde formulam edimus  
qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere.*

(2) GAIUS IV, 44 j<sup>o</sup> 94.

(3) GAIUS IV, 30.

danige bewoordingen in te kleeden, (1) dat de *iudex*, door de formula te beantwoorden, tevens het geschil besliste. Zoo stelde dus de invoering dezer procedure partijen voor het volgende alternatief: begeerden zij als van ouds zelf den grondslag van 's rechters onderzoek uit te spreken, dan konden zij gebruik maken van de *legis actio sacramento* zooals deze laatstelijk bij de *lex Crepereia* was gewijzigd; als *iudices* fungeerden in dat geval de bij de *lex Aebutia* ingestelde *centumviri*. (2) Wenschten zij daarentegen dat de Praetor den *iudex* instrueerde, dan konden zij eene *sponsio* aangaan, waarnaar de door den Praetor opgestelde *formula* verwees; juist het feit, dat de inhoud der *formula* door den Praetor was aangegeven, maakte de beteekenis der nieuwe regeling uit. Mochten oorspronkelijk partijen zelf in *sacramenta* of *sponsiones* ten behoeve van den *iudex* den grondslag van het proces vaststellen, — voortaan moest die grondslag aan het Edikt van den *praetor urbanus* worden ontleend. Daarmede is echter niet gezegd, dat dit edikt aan de *lex Aebutia* zijn ontstaan dankt. Uit GAIUS' woorden: *quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur* (IV, 11) volgt veeleer het tegendeel: ook vóór de *lex Aebutia* bestond het edikt. Alleen werden daarbij geene nieuwe acties ingevoerd of „geïntroduceerd”.

On dubbeltzinnige kenteekenen wijzen er op, dat reeds in de oudste tijden de rechtspraak in edikten werd geregeld door den Praetor, of door diens voorganger ten dezen, den consul. Kort na de verdrijving der Koningen — zoo wil het althans de sage, die op alles een antwoord weet — werd door de consuls een edikt uitgevaardigd, waarbij

(1) Vgl. CICERO *pro Q. Roscio* 8, 24: *expressae sunt . . . a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.*

(2) GELLIUS 16, 10, 8.

den schuldeischer verboden werd, de goederen van den schuldenaar, zoolang deze zich onder de wapenen bevond, in beslag te nemen of te verkoopen. (1) Voorts werd, waarschijnlijk reeds naar aanleiding van de *lex Silia*, door den Praetor in zijn edikt eene bepaling uitgevaardigd aangaande den bij deze wet geregelden eed. (2) Op een soortgelijk edikt van den *Praetor urbanus* wijst verder bij GAIUS IV, 24 de *forma* der *lex Furia testamentaria*: zonder twijfel eene ediktsbepaling, kort na deze wet, dus vóór de *lex Aebutia* tot stand gekomen. Naar alle waarschijnlijkheid kunnen wij dus, bij de historische continuïteit, die onze geheele stof beheerscht, den volgenden gang van zaken aannemen. Vóór de *lex Aebutia* vaardigde de Praetor, mits partijen het verlangden, schriftelijke instructies voor den *iudex* uit. Het model (*forma*) dezer instructies, in het edikt van den Praetor vervat, ontleende echter aan de *lex Aebutia* dwingende kracht. Vóór die wet *konden*, na die wet *moesten* partijen, wilden zij voor den *unus iudex* procederen, eene formula aanvragen. (3)

Nu regelden de wetten en het edikt van den *Praetor urbanus* alleen de gedingen tusschen burgers onderling. Gedingen tusschen vreemdelingen en burgers en vreemdelingen onderling werden geregeld in het edikt van den Praetor voor vreemdelingen. Wij willen de noodza-

(1) LIVIUS 2, 24.

(2) GELLIUS 10, 15, 31; 1. 34, 6 D. 12, 2. Vgl. GIRARD in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1897 p. 262 noot.

(3) Daar de ediktsbepalingen, die den tekst der formula aangaven, in den regel eindigden met de woorden: *iudicium dabo*, werd *iudicium* synoniem van *formula*. Houdt men dit in het oog, dan blijkt de groote invloed, door de *lex Aebutia* aan den Praetor toegerekend, uit CICERO *Verr.* II, 2, 12, 30: *Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia (= formulas) dant, et in eorum, qui iudicant.* Vgl. WLASSAK *Römische Prozessgesetze* I bl. 85.

kelijkheid dezer onderscheiding eenigszins toelichten.

In beginsel ziet het antiek Staatsleven in den vreemdeling, verstoken als deze is van de gemeenschap der volksvergadering, een volkomen rechteloos wezen, — voor zoover hij niet, krachtens een door zijn vaderstad gesloten verdrag, aanspraak op rechtsbescherming kan doen gelden. Neemt die volkenrechtelijke rechtsbescherming in de praktijk der oudheid de meest uiteenloopende vormen aan, (1) in de Grieksch-Romeinsche wereld is zij meestal belichaamd in processen voor vreemdelingen, naast de burgerprocessen staande en daarvan streng onderscheiden. De regeling dezer processen, in den regel voorafgegaan door een vredesverdrag, dat op zijn beurt een oorlog onderstelde, wordt gewoonlijk toevertrouwd aan den veldheer als zoodanig. Deze immers is met de strekking van het verdrag, dat hij namens den Staat gesloten heeft, het best bekend. Vandaar dat te Athene het proces voor vreemdelingen geregeld wordt door den archon polemarchos; dat te Rome uit het krijgsgeslag of *imperium* het geding voor vreemdelingen (*iudicium imperio continens*) is ontstaan. (2)

---

(1) Merkwaardig is in dit opzicht de bepaling van het eerste verdrag tusschen Rome en Carthago bij POLYBIUS III, 22. Op Carthaagsch grondgebied in Africa en Sardinië kan de Romeinsche koopman ten overstaan van een heraut of Staatsbeambte zijne waren verkoopen. Voor de betaling van den koopprijs staat de Carthaagsche Staat hem borg; een proces tusschen den Romein en den Carthager komt hier dus niet ter sprake.

(2) ARISTOTELES. *Athen. Politeia*, c. 58 (col. 29) aan het slot: καὶ τὰλλ' ὅσα τοῖς πολίταις ὁ ἄρχων, ταῦτα τοῖς μετοίκους ὁ πολέμαρχος. De vrij talrijke uizonderingen op dit beginsel kunnen hier buiten beschouwing worden gelaten.

Zooals hieronder zal blijken, is in het *iudicium imperio continens* de processueele *formula* ontstaan. Oorspronkelijk beteekent dit woord het «model», waarnaar alle door Rome gesloten volkenrechtelijke verdragen worden gesloten, en waarin de namen van Rome's bond-

De regels waarnaar dit vreemdelingenproces wordt gevoerd zijn niet de Twaalf Tafelen of andere wetten. Immers, in de antieke wereld is de wet in de eerste plaats volkswet (*lex publica*): zij is alleen voor burgers, niet voor *peregrini* geschreven. Het vreemdelingenproces kent dus geene legisactie, doch slechts zoodanige vorderingen, als in het edikt van den Praetor voor vreemdelingen staan vermeld. Naar eene uiterst gelukkige conjectuur van Wlassak (1) worden die vorderingen *schriftelijk* ahangig gemaakt door den eischer, die wellicht de Latijnsche taal niet altijd even machtig was. Zoo is in het *iudicium imperio continens* het formulierproces ontstaan; de tekst der formula is ontleend aan het *album* van den praetor voor vreemdelingen en aan diens edikt, totdat door de *lex Aebutia* de formula rechtens op civielen bodem wordt overgebracht. Hetgeen aan de waarschijnlijkheid, dat zij *feitelijk* daar reeds vóór de *lex Aebutia* in gebruik was, natuurlijk niet afdoet. Hoe dit zij, in den eersten tijd sloot de formula in het civiel geding zich ten nauwste aan bij de *sponsio praeiudicialis* der *lex Calpurnia*.

Door een toeval, dat met de logica volkomen overeenstemt, betreffen de oudste getuigenissen omtrent de procedure der *lex Aebutia* inzonderheid het recht van den Praetor *urbanus*, zelf en bij uitsluiting van partijen, de door den *iudex* te onderzoeken vraag vast te stellen. Het hoogst belangrijk onderzoek van Girard (2) heeft aan het licht gebracht, dat de bedoelde bevoegdheid vóór

---

genooten worden ingelascht (bv. Livius 43, 6 (8) *Lampsacenos in sociorum formulam referre*). Toen nu *litigare ex formula* beteekende: procederen krachtens het verdrag, en dat proces bij geschrifte werd ahangig gemaakt, lag het voor de hand, het geschrift zelf eveneens *formula* te noemen.

(1) *Röm. Prozessgesetze* II. bl. 301 vlg.

(2) *Nouvelle revue hist.* 1897 p. 270 vlg.

126 v. Chr. moet zijn tot stand gekomen; zooals blijkt uit CICERO *de oratore* I, 36, 166 vlg., (1) waar een geschil tusschen den oud-consul Cn. Octavius en Hypsaeus ter sprake komt. Dit geschil kan niet vóór 126 v. Chr. plaats hebben gevonden, daar bij CICERO Cn. Octavius, consul in 127, als *consularis* wordt vermeld. Aan den anderen kant moet het proces vóór of althans in 125 zijn voorgevallen, aangezien Hypsaeus, consul in 124, de benaming *consularis* mist. Wat nu betreft den samenhang van dit geding met de *lex Aebutia*, deze wordt bewezen doordat Hypsaeus bij den Praëtor het recht *aanvraagt*, eene actie in te stellen, hetgeen slechts dan verklaarbaar is, wanneer deze ambtenaar bevoegd is, de actie (juister: de formula) te weigeren. Wij mogen zelfs een stap verder gaan: de tot standkoming der *lex Aebutia* moet zeer kort vóór 126 v. Chr. liggen. Anders immers zou het ondenkbaar zijn dat in het bedoelde geding de strekking der wet ten eenenmale aan Cn. Octavius blijkt te ontgaan: naar hij vreest, zou de uitvaardiging eener formula door den Praetor van rechtswege de overwinning van den eischer medebrengen.

Vraagt men ten slotte, door welke eenheidsgedachten de hier uiteengezette evolutie van het oud-Romeinsche proces wordt beheerscht, dan wijzen wij inzonderheid op de volgende beginselen, wier nadere uitwerking achterwege moet blijven. Het proces, zooals dit te Rome wordt opgevat, eischt dat partijen bij de Overheid niet het geschil zelf aanhangig maken, doch eene nieuwe rechts-

---

(1) CICERO *de oratore* I, 36, 167. . . . . *alter plus lege agendo petebat quam quantum lex in XII tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet; alter uniuquam putabat plus secum agi, quam quod erat in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem aduersarium perditurum.* Al is hier nog de terminologie van de legisactie in gebruik, de zaak zelf onderstelt het bestaan der *lex Aebutia*.

betrekking, waarvan het bestaan of niet bestaan afhankelijk is van de litigieuze rechtsbetrekking en daaruit voortvloeit. Om bij het stereotype voorbeeld te blijven, onderstellen wij dat A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> en N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> elkander een slaaf betwisten. Deze litigieuze betrekking noopt partijen tot het aangaan van nieuwe rechtsbanden, oorspronkelijk de *sacramenta*, later de *sponsio*, nog later de *formula*. Over deze processueele rechtsbetrekking wordt in het vonnis formeel een oordeel uitgesproken; materieel wordt daarbij tevens de vraag beslist, welke partij eigenaar is.

De technische naam dezer processueele rechtsbetrekking is *intentio*, d.i. datgene wat (uit een formeel oogpunt) de eischer in rechten volhoudt. (1) Zoo ligt eene *intentio* in de *sponsio praeiudicialis* (2) en eveneens in de *formula praeiudicialis* (3); hetzelfde moet natuurlijk gelden bij het *sacramentum*. Deze *intentio* is de rechtsbetrekking die door partijen wordt aangegaan ter zake van hunne feitelijke betrekking, welke in het geschil is belichaamd. Naast de *intentio* dus staat de *demonstratio*, die de feitelijke kwestie, het geschil zelf aanduidt. (4) Wanneer dus A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> in rechte eerst beweert: *hunc hominem ex i. Q. meum esse aio*, en daarna door *sacramentum*, *sponsio* of *formula* deze bewering staaft, ligt de *demonstratio* in de bewering: *hunc hominem ex i. Q. cet.*; de *intentio* in *sacramentum*, *sponsio* of *formula*. Formeel wordt dan over de *intentio*, materieel tevens over de *demonstratio* recht gesproken.

Het onderzoek naar de gegrondheid der *intentio* ge-

(1) GAIUS IV, 41. *Intentio est pars formulae qua actor desiderium suum includit.*

(2) G. IV, 18 *conditionem dicimus actionem in personam esse qua intendimus dari nobis oportere.*

(3) G. IV. 93: *formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis oportere.*

(4) G. IV. 40. *demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur.*

schiedt door den *iudex*. Door vast te stellen, aan welke voorwaarden de *intentio* moet voldoen, zoodat deze als *sacramentum*, *sponsio* of *formula* geldig is, geeft de wetgever tevens aan, in welke gevallen de *intentio* bij den *iudex* kan worden aanhangig gemaakt. Vandaar dat formeel de Romeische proceswetten zich voordoen als regelingen der gevallen, waarin partijen bij de Overheid de benoeming van een *iudex* kunnen aanvragen. (1)

---

(1) Vgl. inzonderheid *lex Julia municipalis* regel 44, 45. WLASSAK Röm. Prozessgesetze II bl. 337.



*Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*,  
von Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN, o. Professor  
a. d. Universität Kiel, Leipzig 1904,

*Nexum. Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht*,  
von Dr. S. SCHLOSSMANN, Leipzig  
1904,

*In iure cessio und Mancipatio eine rechts- und  
sprachgeschichtliche Untersuchung*, von SIEG-  
MUND SCHLOSSMANN, Leipzig 1904,

*Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, von Dr. SIEGMUND  
SCHLOSSMANN, o. Prof. a. d. U. Kiel, Leipzig 1904.

In den laatsten tijd heeft het *nexum* de aandacht der meest gezaghebbende romanisten getrokken. Wie zich tot de geschiedenis van het Romeinsche Recht, van de wijze, waarop het in het leven verwerkelijkt werd, aangehouden gevoelt, moet te eeniger tijd bij zijne studiën op het *nexum* stuiten; immers, het *nexum* staat zooal niet aan het hoofd dan toch aan het begin van den ontwikkelingsgang, dien het verbintenissenrecht bij de Romeinen afgelegd heeft.

De strijd over het oud-romeinsche schuldrecht, waaraan von SAVIGNY, von SCHEURL en BACHOFEN deelgenomen hadden, werd geacht te zijn uitgetreden, nadat HUSCHKE zijne denkbeelden ontvouwd had. Van zijn rechtshistorisch

onderzoek, neergelegd in zijn werk getiteld: *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, ging een zoo machtigen en overtuigenden invloed uit, dat niemand zich waagde aan zijne resultaten te tornen. Gedachtig aan GOETHE'S woord:

Ein stiller Geist ist Jahre lang geschäftig  
Die Zeit nur macht die feine Gährung kräftig,

stond voor korten tijd MITTEIS op, die HUSCHKE's leer kwam aantasten. Hij kan zich niet langer bedwingen HUSCHKE's theorie onbestreden te laten; met alle bewondering voor diens geleerdheid en combinatievermogen moet hij de hand slaan aan een van HUSCHKE's meest verbreide leeringen.

Volgens HUSCHKE beteekent het nexum „eine publicistische Verpflichtung” en is „der eigentliche Hauptfall des nexum das Darlehn per aes et libram”. Het bewijs en de beteekenis van het „publicistische” uiteenzettende, zegt hij, in verband met het feit, dat de ouden het nexum met quod per aes et libram geritur verklaren d. i. dat 't nexum tot stand kwam door het wegen van erts door een libripens in tegenwoordigheid van vijf als getuigen daarbij aanwezig zijnde romeinsche burgers; Die Bedeutung jener fünf Zeugen ist nun aber unläugbar das Römische Volk nach seinen fünf Classen vorzustellen. Mithin besteht das Eigenthümliche des nexum oder per aes et libram gestum ausser der Zuwägung von Erz in einer Erhebung dieses Acts aus der blos privatrechtlichen in die publicistische Sphäre und hiermit eröffnet sich uns der erste Blick in den wahren Grund der eigenthümlich strengen Verpflichtung des nexum. Denn wenn die Parteien das Geschäft nicht als blosse Privaten eingingen, sondern so dass der, welcher das Recht erwarb, als pars populi, mit der Gewähr des Volks ausgerüstet,

contrahierte, und der Andere das Recht eben so gegen sich gelten liess, so erklärt es sich, dass der erstere eine eben solche höhere Berechtigung gegen den Andern erlangen konnte, wie sie sonst nur dem *populus* gegen seine Bürger zusteht und z. B. in dem Recht *ex publicis criminibus* den Angeklagten sofort in Fesseln schlagen zu lassen sich ausspricht.

Prof MITTEIS zegt, (1) dat 't hem tegenstaat — hoe verdrietig 't hem ook is — diesen hohlen und niemals durchdachten Begriff (d. i. den Begriff des publicistisch-tischen Rechtsgeschäfts) seit 50 Jahren in allen möglichen Variationen in der Litteratur wiederkehren zu sehn — derartige Windmühlen ernstlich zu bekämpfen. Ich denke vielmehr, dass solche Luftschlösser von selbst zusammenstürzen, wenn man die scheinbaren quellenmässigen Stützen unter ihnen wegzieht etc. Naar MITTEIS kwam de rechtshandeling in tegenwoordigheid van getuigen tot stand, omdat de oude tijd vormlooze rechtshandelingen niet kende; erts en weegschaal waren noodig, omdat de beide oudste rechtsfeiten — leening en koop — „stets Barzahlung verlangen“ en ten tijde van het ongemunte geld eene weegschaal bezwaarlijk konde worden gemist; „alles was man sonst darüber gesagt hat, ist Spielerei“ zoo eindigt hij. Volgens hem is das *Nexum* lediglijk eine Selbstverpfändung des Schuldners für das ihm gegebene Darlehn.

Niet lang nadat Prof. MITTEIS deze zijne meening ontwikkeld had, verklaart Prof. LENEL (2) dat, hoezeer ook naar zijn oordeel „in der Anerkennung der Möglichkeit der

(1) Zeitschrift der SAVIGNY-Stiftung für Rechtsgeschichte 1901. p. 97 vlg.

(2) Zeitschr. d. SAVIGNY-Stiftung 1902. p. 84 vlg. «Von einem Gelddarlehen *per aes et libram* aber ist im historischen römischen Obligationenrecht weder hier noch sonst wo eine Spur zu finden» en verder «so bleibt in der Entwicklungsgeschichte des römischen Obligationenrecht für ein Darlehen *per aes et libram* kein Raum.

Selbstverpfändung wir den Ausgangspunkt des römischen wie des deutschen Kontraktsrecht zu suchen hätten", en „diese Selbstverpfändung mit dem Darlehn per aes et libram nichts das Geringste zu thun hat", die „Selbstverpfändung" niet door mancipatio, gelijk MITTEIS 't zich denkt, voltrokken kan zijn.

Prof. BEKKER kan zich evenmin met MITTEIS' meening vereenigen. Nach namhaften Vorgängern — zoo zegt hij (1) — bezeichnet MITTEIS das Geschäft als Selbstverpfändung. Die Römer kennen keinen diesem entsprechenden Ausdruck; nach aller Wahrscheinlichkeit auch den Begriff selber nicht.

Prof. SCHLOSSMANN beoogt met zijn bovengemeld geschrift nader bewijs bij te brengen, dat HUSCHKE's meening, als zoude het nexum eene geldleening, voorzien met het recht van executie, zijn, door de bronnen niet gerechtvaardigd wordt niet alleen, maar ook, dat zij innerlijk onmogelijk juist kan wezen en voorts, dat de werkingen van het nexum op een zelfverkoop van den schuldenaar berusten. De algemeen aangenomen leer — eene leer, die nog onomwonden ook door GIRARD (2) gehuldigd wordt — is, dat de nexus, zonder dat tegen hem een vonnis uitgesproken is, door den schuldeischer voor het gerecht geleid wordt en als hij de door zijn schuldeischer beweerde schuld niet betaalt, diens gevangene wordt, tenzij iemand zich als vindex voor hem opdoet und — om met VON IHERING te spreken — die rechtliche Statthaftigkeit der manus iniectio zum Gegenstand rechtlicher Entscheidung machte. (3) Mit welchem Rechte,

(1) Zeitschr. d. SAVIGNY-Stiftung 1902. p. 21 vlg.

(2) GIRARD. Manuel de droit romain élémentaire 1901 p. 975  
Cf. mijn opstel in Themis 1902 N<sup>o</sup>. 3.

(3) VON IHERING. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1852 I. p. 149.

vraagt Prof. SCHLOSSMANN, will man eine derartige Ordnung als eine Rechtsordnung, ein solches Verfahren noch als ein Rechtsverfahren bezeichnen? Stel eens, dat de woorden „damnas esto” bij het tot stand komen van het nexum uitgesproken, eene veroordeeling inhielden, dan mag toch niet worden voorbijgezien, dat de wettelijke bepalingen hypothetisch en algemeen gesteld zijn en mitsdien vóór alles behoort te worden vastgesteld, of de feiten in casu voorhanden zijn, waaraan de wetten de daarin omschreven gevolgen verbinden. Dat uit de woorden „damnas esto” een recht van executie niet kan volgen, blijkt reeds daaruit, dat in de meeste wetten de bepaling is bijgevoegd, dat aan hem, die eene aanspraak kan doen gelden, *actis, petitio, persecutio* toekomt, zoodat vaststelling van die aanspraak in rechte voorondersteld wordt. *Manus iniectio* is niet anders mogelijk dan uit krachte van een vonnis; de eischer moet het bewijs leveren van een formeel geldig vonnis, waarna de magistraat (1), zoo hem dit bewijs voldoende voorkomt, tot de *legisactio* zal toelaten. Es hiesse die elementarsten Erfordernisse — zoo heet 't bij SCHLOSSMANN — eines prozessualischen Verfahrens geradezu auf den Kopf stellen, wollte man etwa erst und nur im Falle der Stellung eines *Vindex* ein Streitverfahren über die Frage, ob ein *Judikat* ergangen sei als zugelassen annehmen. Nooit en nergens ter wereld is de wetgeving zoo ver gegaan om den eischer van elk bewijs zijner vordering vrij te stellen. En strijdt 't niet met alle gerechtigheid om op den nexus de hand te mogen leggen alleen op grond van een bloot beweerd recht des eischers, terwijl het bewijs, dat de nexus tot die schuld niet verplicht was

(1) Cf. M. WLASSAK: Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren (Zeitschr. der SAVIGNY Stift. 1904, p. 83).

aan bijzondere bezwarende bepalingen gebonden zoude geweest zijn, vraagt de schrijver. Hoe treurig zoude het niet met de vrijheid der burgers gesteld zijn geweest!

Was man hier in das alte römische Schuldrecht und Schuldverfahren hineingetragen, wäre, um einen milden Ausdruck zu gebrauchen, eine Absonderlichkeit gewesen, die wir einem Volke, dessen weitere, stetige Rechtsentwicklung allmählich zu der Ausgestaltung des bewunderenswerten klassischen Rechts geführt hat zu zutrauen durch nichts berechtigt sind. Der Unterbau dieses Rechts kann nicht so geartet gewesen sein, wie man es allenfalls bei halbwildten Volksstämmen erklärlich finden könne. Aus einem Eulenei konnte kein Adler auskriechen.

Prof. SCHLOSSMANN construeert inderdaad een anderen onderbouw als tot heden werd aangenomen. Het „nexum” in den regel der XII tafelen: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset ita ius esto* beteekent naar den schrijver de afspraak der zelfverpanding, verpanding evenwel niet in den zin als bij ons gebruikelijk is maar „in ganz allgemeinem Sinne, in dem es nicht nur die Bestellung von Hypothek oder Faustpfand, sondern auch die fiduziarische Verpfändung, ferner nicht nur die Bestellung eines accessorischen Pfandrechts zur Sicherung eines danebenstehenden persönlichen Anspruchs, sondern auch die Bestellung eines selbständigen Rechts an der Sache, vermöge dessen jemand wegen einer ihm gebührenden Leistung derart auf eine Sache angewiesen ist, dass er die Leistung sich entweder durch Verkauf der Sache verschaffen und *nur* aus ihr verschaffen kann oder dass ihm, wenn der Anspruch nicht erfüllt wird, die Sache an Stelle der Leistung verfallen ist.

Die afspraak wordt gemaakt bij de mancipatio en vormt daarmede één geheel. Mancipatio zonder gelijktijdig nexum zoude koop zijn. Evenals de volle uitdrukking

van het consensueel contract niet „emptio” alleen en niet „venditio” alleen is maar emptio venditio, zoo is de uitdrukking van de verpanding „nexum mancipiumque”.

Nu moge 't waar zijn, dat „nexum” niet per aes et libram tot stand komt, maar 't staat met de mancipatio in zoo eng verband, dat men wel van het nexum mag zeggen, dat het per aes et libram geritur. Nexus is de meest gebruikelijke term, volledig zou hij heeten: nexus mancipatusque.

Niet alleen zaken maar ook personen konden geneeteerd worden. De oude Romeinen gaven niet van hun vermogen zonder tegenpraestatie of zekerheid, dat die tegenpraestatie volgen zou. Bij het zaken-nexum was de zaak, die aan den crediteur gemancipeerd werd tegelijkertijd als de debiteur praestatie ontving, het eenige voorwerp, waarmede de crediteur zich kon bevredigen. Het personen-nexum werd eerst dan gesloten, als de debiteur al zijne goederen geneeteerd had en nog crediet noodig had, als hij wel is waar voldoende had om zijne schulden te betalen, maar toch in zoo'n toestand verkeerde, dat zijne goederen niet gerealiseerd konden worden. Die Selbstpfändung des Schuldners, zoo besluit Prof. SCHLOSSMANN, is der freiwillige Akkord der alten Zeit.

Om 't nexum beter te leeren kennen, onderzoekt schrijver de wijze, waarop het nexum te niet ging: de solutio per aes et libram, bij FESTUS genoemd: de nexu liberatio. Het geheel der formaliteiten der solutio nagaande, acht hij het afwegen, aanvankelijk onmisbaar, ten tijde van 't gemunte geld doelloos en tot een schijnvertoon — imaginaria solutio — te zijn vervallen; ook het uitspreken van de certa et solemnia verba is niet meer dan een overblijfsel uit vroeger tijden, waaraan op zich zelf geen intrinsieke waarde meer toekomt. De tegenwoordigheid van de vijf getuigen heeft hare volle beteekenis behouden,

opdat, voor het geval tusschen partijen verschil mocht ontstaan, het bewijs in rechte zoude kunnen worden geleverd. In drie gevallen, waartoe behoort: *si quid eo nomine debetur, quod per aes et libram gestum erit*, zoo bericht ons CAJUS, was de *solutio per aes et libram* noodzakelijk, niet omdat het *nexum* met de *mancipatio per aes et libram* afgesloten is — de meening, dat er correspondentie tusschen de wijze van ontstaan en tenietgaan der schuld zij, dit principe is volgens Prof. S. niets weiter als eine unrichtig verallgemeinerte Abstraction aus gewisser richtigen Beobachtungen, maar omdat de op te heffen schuld de volgende eigenschappen bezit:

1<sup>e</sup>. certum als Gegenstand, 2<sup>e</sup>. ein in einem zeitlich konzentrierten und von einer causa unabhängigen Tatbestande gegebenes Klagefundament, 3<sup>e</sup>. (weil) der Gläubiger im Streitfalle in der Lage (sein würde) seinen Anspruch sofort liquide zu machen, alle eigenschappen, die ook in het *nexum* worden aangetroffen.

Werd de schuld niet voldaan, dan hing den debiteur executie boven het hoofd, dan werd hij geëxecuteerd, tenzij een *vindex* zich voor hem in de bres stelde. Naar Prof. S. konde die executie slechts uit kracht van een vonnis plaats grijpen. Slechts eene vraag zij mij geoorloofd. Hoe kan de schrijver dezen eisch stellen, nu hij op zoo tal van bladzijden (1) spreekt, dat de *nexus*, die reeds door *mancipatio* in den eigendom van de crediteur overgegaan was, hem „vervallen” zoude zijn. Het vonnis addiceerde den gedaagde aan den eischer onder voorwaarde dat de gedaagde binnen den wettelijken termijn niet had betaald; immers de XII tafelen bepalen: *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*, op welke plaats door Prof. S. de navolgende emendatie wordt

(1) Cf. p. 28, 43, 47, 52, 56, 57, 63, 73, 147, 199.



voorgesteld: *aeris confessi nexique iure iudicatis* enz. Volgens Prof. S. zal de vertaling moeten luiden. Voor een op overeenkomst steunende geldschuld wordt aan den gedaagde, zoo er over de zaak uitspraak gedaan wordt, dertig dagen van rechtswege toegekend. Werd binnen dien tijd de betaling niet gedaan, dan werd den gedaagde andermaal een respijt van dertig dagen toegekend, waarna tertiis nundinis waarschijnlijk de onvoorwaardelijke en definitieve addictie volgde. Tertiis nundinis partis secanto. Prof. S. zal zich geene moeite geven om den zin dier bepaling trachten op te sporen, omdat hij aan hare echtheid twijfelt. Aber müssen wir dann, zoo vraagt hij, allen Unsinn glauben, der uns von römischen Schriftstellern darunter einem so beschränkten Geist wie GELLIUS, über eine um mehr als ein halbes Jahrtausend hinter ihnen liegende Zeit berichtet wird, von der sie selbst gar nichts Sicheres wissen konnten?

En het recht van executie uit het personen-nexum konde slecht aan één persoon toekomen. Ware 't ons bekend, waar Prof. SCHLOSSMAN'S twijfel ophield, dan zoude 't mogelijk wezen deze bewering aan de bronnen te toetsen. GELLIUS doet 't voorkomen, dat meerdere crediteuren het executierecht op den persoon mogen uitoefenen. *Si plus minusve secuerint, se fraude esto.*

De executie werd gestuit door het optreden van een vindex. Werd hij als iemand beschouwd, die zich daardoor van eene eerschuld tegenover zijn familielid of vriend kweet, door Prof. S. wordt hij van zijn voetstuk neergehaald; volgens den schrijver is hij een speculant, die er zijn voordeel in ziet zich met den debiteur te verstaan — en dit zoude de beteekenis der woorden zijn: *erat autem ius interea paciscendi* — om hem, wel is waar aan de executie van den crediteur te onttrekken, maar tevens om hem des te beter in zijn eigen macht

te hebben. De vindex voert niet het proces voor den debiteur, maar doet 't in zijn eigen belang; hij behandelt zijn eigen zaak. Was de debiteur grondeigenaar dan konde slechts een grondeigenaar voor hem zich als vindex opdoen een middel volgens schrijver om het grondbezit binnen den kring van grondeigenaren te houden, een middel om hun eigen gronden af te ronden. De lex Vallia, die den debiteur zoude hebben vergund: *manum sibi depellere et pro se agere* maakte de *manus iniectio pura* tot eene „zweckloser Akt”, „eine blosser Farce ohne alle Konsequenzen”.

Het zoude het doel van deze aankondiging voorbijstreven het betoog van den schrijver meer systematisch critisch te behandelen. Dat critiek uitblijven zal, van 't tegendeel houd ik mij veeleer verzekerd en ik zoude haast durven zeggen, dat 't ook den schrijver niet verwonderen zal, indien hij op menig punt harde aanvallen zal hebben te verduren. (1) Hij geeft zelfs toe, dat al mogen zijne resultaten nog zoo onafwijsbaar schijnen, 't nochtans mogelijk is, dat de aan de regelen der logica niet gebonden geschiedkundige ontwikkeling der dingen geheel andere vruchten heeft doen rijpen. Aber, zegt hij, es ist schon nicht ganz ohne Wert wenigstens bestimmte Fragen formuliert zu haben um sie, wenn nicht Besseres möglich, auch nur mit Hypothesen zu beantworten. Wanneer de schrijver zich bij 't opstellen zijner hypothesen alleen en uitsluitend door de bronnen had laten leiden, dan zouden zijne resultaten aan de waardeering der bronnen ten goede hebben kunnen komen; doch waar

(1) O. LENEL: Der Vindex bei der *in ius vocatio* en zijne aankondiging van SCHLOSMANN'S werk in het Zeitschr. d. SAV. Stift.

B. KÜBLER: Kritische Bemerkungen zum Nexum, (in Zeitschr. d. SAVIGNY-Stiftung Romanistische Abteilung 1904, pagg. 232 vlg. 254 vlg., 395 vlg.).

hij zoo menigmaal de oude rechtstoestanden beziet door de bril van onze moderne begrippen, daar vergat hij de woorden van VON IHERING: und wir müssen unsere ganze heutige Vorstellungsweise von Staat und Rechtsordnung daheim lassen, wenn wir altrömischen Grund und Boden betreten.

*Nexum. Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht* von Dr. S. SCHLOSSMANN, Leipzig 1904. 90 blz.

Dit boekje dankt zijn ontstaan aan de critiek, die KÜBLER op schrijver's *Altrömisches Schuldrecht* geoeffend heeft. SCHLOSSMANN houdt zijne emendaties op VARRO, *de lingua latina* VII 105 en op de XII tafelen tegenover KÜBLER's aanvallen staande en handhaaft het door hem ingenomen standpunt omtrent het nexum tegenover de theorie van HUSCHKE, die door KÜBLER verdedigd wordt. In dit geschrift zegt SCHLOSSMANN met zoovele woorden, dat ook voor den oudsten tijd de confessio in iure als een „Surrogat des Urteils“ moet worden beschouwd, eene meening, bereids door VON IHERING met beslistheid teruggewezen. Allein, zegt hij, ich halte es für grundfalsch eine solche Auffassung ins ältere römische Recht hinüber zu tragen (GEIST I 12).

Evenwel erkent Prof SCHLOSSMANN, dat zijne theorieën op tal van punten op hypothesen berusten, doch hij voegt daaraan toe, dat de thans meest aangenomen en met eene zekere taaigheid vastgehouden leeringen geen hechteren grondslag bezitten. Die hypothesen voeren hem langs nieuwe wegen, die, naar hij hoopt, tot betere kennis van het oude romeinsche schuldrecht zullen leiden. Für ein Fortschreiten aber, merkt Prof. SCHLOSSMANN met juistheid op, ist doch die erste unumgängliche Voraussetzung, dass man schreitet maar Prof. S. zal 't mij

willen toegeven, dat niet elke „Schritt” een „Fortschritt” is en dat hij, waar hij zich ten doel stel den gezichtskring in het oud-romeinsche schuldrecht te verruimen den philoloog a limine litis niet een brevet van onvermogen had mogen uitreiken omdat hij geen jurist van beroep is; ich glaube, zoo leest men op bl. 22 en 23 van dit geschrift, dass wer nicht ein geltendes Recht beherrscht und in seiner praktischen Anwendung studirt hat — abgesehen von einer ihm etwa innewohnenden genialen Intuition, vollkommen unfähig zu rechtshistorischer Forschung ist. Zoo ergens, dan kunnen in deze materie de jurist en de philoloog elkander van groot nut zijn.

*In iure cessio und mancipatio, eine rechts- und sprachgeschichtliche Untersuchung* von SIEGMUND SCHLOSSMANN (Kieler Universitätsprogramm 1904.)

Voor Prof. SCHLOSSMANN's stelling, in zijn geschrift over 't nexum (Nachträgliches) uitgesproken: und es ist nicht unwahrscheinlich, dass, was in dem Gesetze „mancipium” heisst, mit der in iure cessio, deren Ritual ja wie dieses ein manucapere, adprehendere, tenere erheischte, identisch war” wordt in deze monographie nader bewijs bijgebracht. Schrijver waarschuwt er tegen, onder mancipium niet per se de mancipatio te verstaan, ook al mocht PAULUS daartoe eenige aanleiding geven (Vat. fragm. 50); möglicherweise fassten sie (die Zwölftäfel) unter dem Ausdruck (mancipium) beide den Handgriff enthaltenden Rechtsakte, in iure cessio und mancipatio zusammen. Prof. S. is van meening, dat de in iure cessio eene navolging is van de rei vindicatio, de mancipatio eene onvolkomen afbeelding van de in iure cessio; de mancipatio is eene imiginaire in iure cessio, zooals deze eene imiginaire vindicatio is doch bij de in iure cessio

wil de schrijver aan een proces niet gedacht hebben. 't Wekt bevreemding, dat de vraag des Praetors aan den cedent: an contra vindicet (C. II 24) Prof. S. niet opgevallen is; de beteekenis, die Prof. EISELE (1) daaraan geeft nl. „Die Frage hatte wohl den Zweck zu constatiren, dass die Rechtsbehauptung gesprochen war und dass der Eigenthümer sie vernommen hatte”, komt mij weinig bevredigend voor. De in jure cessio heeft men te beschouwen als een proces, waarin de rechter uitspraak doet en verschilt mitsdien in karakter van de mancipatio. Van 't standpunt uitgaande, dat de mancipatio jonger is dan de in jure cessio — een standpunt dat m. i. terecht door GIRARD e. a. (2) verworpen wordt — en aan haar is ontleend, vergelijkt de schrijver CAJUS, Inst. I 119 met CAJUS, Inst. II 24 en meent te mogen besluiten, dat *aes tenens ita dicit* in C. I 119, (ed. KRÜGER Studemund) zal moeten worden vervangen door *rem tenens ita dicit*, zooals C. II 24 luidt (3). De zin in C. I 119, isque mihi emptus esto etc. acht hij op den bodem der emptio venditio te zijn ontstaan en door de Pontifices noodig geacht om het bewijs van den koop en verkoop in hun geheel te verzekeren. Hoezeer deze usurpatie van de Pontifices in fraudem legis agere was, zoo handelden zij onder goedkeuring van partijen en droegen bij tot ontwikkeling van het recht.

Utrecht, October 1904. Mr. J. HAMBURGER A.DZN.

(1) Dr. FRIDOLIN EISELE. Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte 1896, p. 260.

(2) Cf. GIRARD: Manuel p. 289. MIURHEAD: Introduction historique au droit privé de Rome traduit par G. BOURCART 1889 p. 186. E. COSTA: Corso di storia del Diritto romano 1903, II, p. 15.

(3) Cf. GIRARD, textes de droit romain 1903, p. 222. Noot 1.

LÉON's *Rechtspraak*, 3<sup>e</sup> druk, deel III, afl. 2.  
*De Rechtspraak en de administratieve beslissingen*  
*op de wet op de Personeele Belasting*, door  
P. A. DE KLERCK, Rijksontvanger te Avereest.  
Bijgewerkt tot omstreeks half Januari 1904.  
's-Gravenhage, Boekh. vh. GEBR. BELINFANTE,  
1904, 298 blz.

Het valt moeilijk van LÉON's *Rechtspraak* iets nieuws, en meer goeds te zeggen dan er zoo dikwijls van gezegd is. Sinds in 1850 de bekwame Mr. D. LÉON, advocaat bij den Hoogen Raad, deze verzameling, uitgegeven bij de Gebroeders BELINFANTE, op touw zette, en inleidde met eene eerbiedige opdracht aan den toenmaligen President van den Hoogen Raad Mr. W. B. DONKER CURTUS VAN TIENHOVEN, is meer dan eene halve eeuw verstreken. Gedurende al die jaren is de verzameling uitgebreid en vermeerderd, en beleeft zij nu bij dezelfde uitgevers, wier naam aan zulk een groot deel van de rechtsgeleerde uitgaven gedurende de vorige eeuw in Nederland is verbonden, haar derden druk. Zij neemt eene eervolle, en in hare tegenwoordige uitgebreidheid eerbiedwaardige plaats in in de boekenkast van ieder practisch jurist, en wordt zeker dagelijks ter hand genomen door ieder die er belang in stelt om te weten hoe de vaderen eene of andere rechtsvraag beslist hebben, en hoe het tegenwoordige geslacht er over denkt. Steeds heeft de „*Rechtspraak*” uitgemunt door nauwkeurige, degelijke, ook waar het pas had, systematische bewerking, en is het, na het heengaan van den vader van het werk, aan de uitgevers

gelukt onder de jongere rechtsgeleerden bekwame mannen te vinden, door wie de arbeid voortgezet en de verschillende onderdeelen van openbaar en bijzonder recht werden bewerkt. Op deze wijze geeft deze verzameling een beeld van den tegenwoordigen stand der Nederlandsche rechtspraak in haar geheelen omvang.

De uitvoerige aflevering die voor mij ligt — die opvolgt aan of vervangt de „Rechtspraak op de (vorige) wet op de personeele belasting door H. G. W. BRIEDÉ, Commies bij het Departement van Financiën, LÉON's Rechtspraak, 2<sup>e</sup> druk, dl. III, afl. 2, 1878”, en waardoor wordt aangevuld de „Rechtspraak in zake de personeele belasting door R. VAN DER FEEN, ontvanger der dir. bel. enz. te Eindhoven, Maastricht, LEITER-NYPELS, 1900”, — doet niet voor de vorige onder. De bewerker is door den aard van zijne betrekking specialiteit op het gebied der rijksbelastingen, en is in de daartoe betrekkelijke verzamelingen, beslissingen en resoluties te huis. Hij vermeldt dan ook bij de betrekkelijke artikelen van de tegenwoordige wet op de personeele belasting van 16 April 1896, (*Stbl.* no. 72), zooals die bij de wetten van 14 Juli 1898, (*Stbl.* no. 181), en 2 Juni 1900, (*Stbl.* no. 77) gewijzigd is, niet alleen de eigenlijke rechtspraak van de rechterlijke colleges, maar ook de uitspraken van de Raden van beroep, en tal van administratieve beslissingen en voorschriften. Ook de oudere rechtspraak van den Hoogen Raad en andere rechterlijke colleges en de administratieve resoluties naar aanleiding van de vorige wet op de personeele belasting zijn, voor zoover nog toepasselijk, aangehaald. Behalve den tekst der wet, waardoor het gebruik zeker wordt vergemakkelijkt, houdt deze aflevering ook in de tabel van verdeling der gemeenten in klassen, bedoeld in art. 5 der wet, zooals die achter-eenvolgens is gewijzigd, het formulier van het beschrijvings-

biljet voor de personeele belasting, en het Kon. besluit van 31 December 1896, (*Stbl.* no. 266), houdende aanwijzing van de Raden van beroep en van hunne standplaatsen, benevens een uitvoerig alphabetisch register.

Voor zoover kan nagegaan worden, is een en ander met zorg en nauwkeurigheid geschied, en schijnt ook de aanhaling van de rechterlijke en administratieve beslissingen vrij volledig. Bij het register zijn de Commissaris der Koningin, de Minister van Financiën, de Raad van State en de Koningin in de pen gebleven. Bij de „paarden” (art. 25 v.v. der wet) hadden nog vermeld kunnen worden de arresten van den Hoogen Raad van 21 October 1856, N. Rspr. 54, § 13, blz. 62, en 5 December 1866, N. Rspr. 84, § 38, blz. 341; item bij art. 9 § 1 onder nr. 2 eene uitspraak van den Raad van beroep te Haarlem, Weekbl. v. burg. adm. no. 2543; item bij art. 11 § 1 R. v. B. 's-Gravenhage, 19 Dec. 1898, W. B. A. no. 2589, beide ook bij VAN DER FEEN, blz. 108 en 116, en misschien enkele andere.

Omtrent de beteekenis van de Raden van beroep en het rechtsgevolg van hunne uitspraken is belangrijk een bij art. 72 § 1 onder nr. 12 aangehaald vonnis van de arr. rechtbank te Rotterdam van 2 Maart 1899, W. v. h. R., no. 7291.

Inderdaad zijn die Raden van beroep, bij de directe belastingen vrij wel eene nieuwigheid, eene merkwaardige instelling, aanvankelijk bij de vermogensbelasting, daarna bij de bedrijfs- en bij de personeele belasting. Zij werken bescheiden en in stilte, en kosten den lande vrij wat minder dan de Raden van beroep voor de ongevallenverzekering. De namen van de leden prijken niet in den Staatsalmanak. Evenmin als hunne zittingen openbaar zijn, worden hunne uitspraken in den regel openbaar gemaakt. Maar tal van bezwaarschriften, voor



een groot deel betreffende schattingen van huurwaarde en mobilair, maar ook over vele andere, soms zeer belangrijke, questies, zijn achtereenvolgens bij de Raden van beroep aanhangig gemaakt en is daarop beslist, en dat hunne uitspraken bijgedragen hebben tot eene juiste en billijke toepassing van de diep in het volksleven ingrijpende wet op de personeele belasting, schijnt niet te veel gezegd. De Minister zag juist toen hij in de memorie van toelichting van het wetsontwerp schreef: „de wijze, waarop de rechtsmiddelen der aangeslagenen zijn geregeld, zal, naar vertrouwd wordt, eenvoudig en doelmatig worden bevonden.”

Dat er bij de 22 Raden van beroep, samengesteld uit wel eenigszins verschillende elementen, omtrent sommige punten uiteenlopende opvatting bestaat, is niet vreemd, en is ook in de uitspraken, vermeld in de tegenwoordige aflevering, merkbaar, b.v. bij de belangrijke vraag of de gebouwen van gemeentelijke gasfabrieken, waterleidingen en dergelijke inrichtingen onder de vrijstelling van art. 4 § 1 b der wet vallen, bij welke vraag de Minister zich ten slotte bij de bevestigende beantwoording er van heeft neêrgelegd.

Ook ten aanzien van de sterk betwiste vraag omtrent den aanslag van R. K. pastorieën heeft de Minister zich, in zijn bij de Tweede Kamer aanhangig wetsontwerp tot herziening van de wet op de personeele belasting, met de bij art. 32 § 2 der wet onder nrs. 13 en 14 vermelde uitspraken van de Raden van beroep te 's-Gravenhage en te Tiel vereenigd. (Hand. Staten-Gen. 1903/4, Bijlagen, onder nr. 115).

Uithoofde, zooals reeds werd opgemerkt, de uitspraken van de Raden van beroep slechts bij uitzondering openbaar worden gemaakt, hebben in deze aflevering slechts betrekkelijk weinige uitspraken van die Raden kunnen

worden vermeld, ook omtrent veelvuldig voorkomende zaken. Zoo leveren de kinderjuffrouwen of bonnes een geliefkoosd onderwerp voor ontduiking en reclame bij de Raden van beroep op voor menigen huisvader, die zich verbeeldt, dat als de juf wat met de kinderen fröbelt of hun een mondje Fransch leert, zijn uil een valk, dat is „gouvernante”, is. Van dergelijke gemakkelijke incidenten geeft deze aflevering niet dan eene flauwe weerspiegeling.

Het is treffend zooveel autoriteiten als bij de toepassing van de wet op de personeele belasting te pas komen: behalve commiezen, deurwaarders en deskundigen, de inspecteur der directe belastingen, het college van zettters, de ontvanger, de Directeur der directe belastingen, invoerrechten en accijnzen, de Raden van beroep, de Minister van Financiën met zijn staf, de Commissaris der Koningin, Gedeputeerde Staten, de Raad van State, de Koningin, eindelijk, bij strafvervolging, de Rijks-advocaat, de arrondissements-rechtbanken en de Hooge Raad. Dat daarbij niet alles even vlug gaat, en dat er wel eens verschil van meening en toepassing is, is te begrijpen. Toch zou ik meenen dat nog één schakel ontbreekt. Boven de Raden van beroep schijnt, ter bevordering van rechts-eenheid en zekerheid, een Centrale Raad van Beroep wenschelijk, die, zonder terug te komen op de feitelijke beslissingen van de Raden van beroep omtrent schattingen van huurwaarde, mobilair en dergelijke, de rechtsvragen in hoogste instantie zou beslissen.

Met genoegen merk ik op, dat in deze aflevering de sedert 1839 door de opvolgende Griffiers bij den Hoogen Raad bij de Gebr. VAN CLEEF te 's-Gravenhage uitgegeven, thans 194 deelen tellende, „*Nederlandsche Rechtspraak*”, en VAN DEN HONERT's eerwaardige, steeds jeugdige, verzameling van arresten van den Hoogen

Raad in eer zijn hersteld, dat is, geregeld aangehaald, zeker tot genoegen van de bezitters dier verdienstelijke verzamelingen, die in de afleveringen van „LÉON'S Rechtspraak” van de laatste jaren, bij afwijking van de vroegere, meerendeels, m. i. ten onrechte, zijn genegeerd.

's-Gravenhage,  
September 1904.

Mr. S. M. S. DE RANTZ.

*Nog eens: De Koelie-ordonnantie enz. in de residentie Oostkust van Sumatra*, door P. J. KOOREMAN, Oud-Resident der Oostkust van Sumatra, Amsterdam, J. H. DE BUSSY 1903.

De koelie-ordonnantien — of, zooals de officieele omschrijving luidt, de gewestelijke ordonnantiën tot regeling van de onderlinge rechten en verplichtingen der werkgevers en der van elders afkomstige werklieden op de ondernemingen van land- of mijnbouw of nijverheid — vormden het onderwerp van bespreking in de vergadering van het Indisch Genootschap van 23 Februari 1892. Het gold toen de vraag of het stelsel om door strafbaarstelling van contractbreuk de nakoming te verzekeren van de dienstverbintenis, ten behoeve van ondernemingen door vreemde arbeiders aangegaan, proefhoudend was gebleken, en voor invoering op Java vatbaar was. Prof. Mr. G. A. VAN HAMEL, die het onderwerp inleidde, meende tot een toestemmend antwoord te mogen besluiten. Hij verdedigde de stelling dat het stelsel, in 1880 voor de Oostkust van Sumatra aanvaard, en later ingevoerd in alle gewesten buiten Java, waar voor het drijven van exploitatie-ondernemingen de behoefte aan vreemde werkkrachten bleek te bestaan, uit theoretisch en practisch oogpunt uitnemend geslaagd mocht heeten; voor uitbreiding zijner toepassing, naar gelang der behoefte, was dit jus speciale alleszins geschikt, en in de richting van zoodanige uitbreiding lag een invoering op Java, waar echter — omdat voor den koeliearbeid op de cultuurondernemingen uitsluitend inheemsche werklieden

worden gebezigd — de beperking van de toepasselijkheid der koelie-ordonnantien tot „van elders afkomstige” werklieden zou moeten vervallen; het gevaar van verkeerde werking, van slechte behandeling van het werkvolk door de ondernemers of het toezicht houdend personeel, was niet denkbeeldig, maar, zoo noodig, zouden tegen misbruik wel verschillende waarborgen te vinden zijn.

In de vergadering, door den inleider genoemd „een kring van mannen, die in Nederlandsch-Indië een groot deel van hun leven (hadden) doorgebracht en gewerkt, die van daar teruggekeerd (waren) met een schat van kennis en ervaring”, mochten de denkbeelden, zooals de Voorzitter constateerde, algemeene instemming verwerven.

Toch bleek de Indische Regeering van hunne juistheid niet overtuigd. Immers zijn nog de koelie-ordonnantien alleen van kracht in tot de Buitenbezittingen behorende gewesten, en is ook de beperking harer toepasselijkheid tot werklieden, over zee aangebracht in de streek, waar de dienstverbintenis moet worden vervuld, gehandhaafd gebleven.

Opnieuw was de koelie-ordonnantie — nu speciaal die, geldende in de residentie Oostkust van Sumatra — het onderwerp eener lezing in de den 22<sup>en</sup> December 1902 gehouden vergadering der vereeniging „Moederland en Koloniën.” Als spreker trad op de heer P. J. KOOREMAN, Oud-Resident van het genoemde gewest. Het doel der lezing was echter niet de redelijkheid eener uitbreiding van het stelsel aan te toonen, maar de practijk der regeling te verdedigen tegen de aanvallen, waaraan die bloot stond. In de onder den titel: „De millioenen uit Deli” verschenen brochure van den te Medan gevestigden rechtsgeleerde Mr. J. VAN DEN BRAND, was de koelie-ordonnantie „een gruwel” genoemd, een instelling „in strijd met de eere Gods, in strijd met de menschelijkheid.”

„Uit een ethisch oogpunt beschouwd,” zoo luidde Mr. VAN DEN BRAND'S stelling, „is de vigeerende koelie-ordonnantie onverdedigbaar, daar zij, door in te grijpen in de burgerlijke vrijheid van den werknemer, een toestand schept van slavernij . . . De toestand, zooals die ten huidigen dage is, geeft den werkgever rechten, die den mensch over zijn medemensch niet toekomen, en is oorzaak van afstomping van het zedelijkheidsgevoel bij werkgever en werknemer beide, en leidt tot de verdorring van de edelste gevoelens in den mensch.”

De brochure baarde opzien. Reeds eenigen tijd voor hare verschijning had de Indische Regeering zich genoopt gezien een onderzoek te gelasten naar op sommige ondernemingen op Sumatra heerschende toestanden, naar aanleiding van ernstige klachten over onvoldoende zorg voor de huisvesting en de behandeling van zieke werklieden. En thans werden in de brochure zoo ergerlijke en weerzinwekkende tooneelen beschreven, ten bewijze van willekeur bij de behandeling van koelies op de ondernemingen ter Oostkust, en gebrekkig toezicht van de besturende ambtenaren, dat het vertrouwen in de deugdelijkheid der regeling van de arbeiderstoestanden moest worden geschokt.

Herstel van dat vertrouwen was de taak, die de heer KOOREMAN zich stelde. In de critiek, waaraan hij de brochure van M. VAN DEN BRAND onderwierp, beijverde hij zich de onjuistheid aan te toonen van verscheidene aangevoerde feiten, en de overdrijving in de voorstelling van gewraakte verhoudingen en toestanden. Met gebruikmaking van historische gegevens betoogde de heer KOOREMAN dat in verloop van tijd de Delische toestanden in plaats van slechter, beter waren geworden, dank zij juist de in 1880 vastgestelde koelie-ordonnantie, die een einde maakte aan het stelsel van eigen richting,

vóór dien tijd in de Oostkust van Sumatra gevolgd. Te ontkennen viel niet dat nog meermalen ter handhaving van de tucht onder de koelies en eigenmachtige bestraffing van contractbreuk aan den kant van den werkman, door werkgevers op zeer laakbare wijze wordt gehandeld. Niet aan het stelsel der koelie-ordonnantie echter was het voortduren dier misstanden toe te schrijven, noch aan plichtverzuim van de bestuurs-ambtenaren, maar aan onvoldoende organisatie van het met het toezicht belaste ambtelijk personeel, dat onmachtig was, niet alleen represief, maar ook preventief, naar behooren op te treden.

Mr. VAN DEN BRAND heeft getracht in een tweede brochure: „Nog eens: de millioenen uit Deli” de juistheid zijner schildering der Delische toestanden in het licht te stellen en de bestrijding van den heer KOOREMAN te weêrleggen. Het antwoord gaf de Oud-Resident in: „Nog eens de koelie-ordonnantie enz. in de residentie Oostkust van Sumatra.”

Van hoeveel belang dit verweerschrift moge zijn voor de beoordeeling van de gegrondheid der tegen werkgevers en ambtenaren in Deli ingebrachte beschuldigingen, tot het besef van de noodzakelijkheid der handhaving van het stelsel der koelie-ordonnantie draagt het slechts in geringe mate bij.

Inderdaad is een verzet tegen dit stelsel, opgevat als enkel de strekking hebbende om door bijzondere strafbepalingen de land- en mijnbouwondernemers te beschermen tegen de gevolgen van willekeurige contractbreuk aan de zijde der koelies, — zelfs na een pleidooi als dat van Prof. VAN HAMEL in de vergadering van het Indisch genootschap van 23 Februari 1892 — allerminst als onredelijk te beschouwen.

Bij de beoordeeling van het stelsel zal echter in het oog gehouden moeten worden dat het niet alleen dient

tot regeling van de rechtsverhouding tussehen werkgever en arbeider, maar ook tot bescherming van den maatschappelijken kring, waarin beiden zich bevinden, tegen de gevolgen, welke voortvloeien kunnen uit den aanbreng van een groot getal werklieden in een gebied, waar zij niet thuis behooren, en wel van werklieden, wier eenig middel van bestaan juist is de dienstverbintenis welke zij hebben aangegaan. Het is niet uitsluitend in het belang van den *werkgever*, dat het den werkman verboden is — behalve op vrije dagen, en wanneer hij wegens slechte behandeling klachten tegen den werkgever of diens personeel gaat inbrengen — zich van de onderneming, waar hij werkzaam is, te verwijderen zonder schriftelijke vergunning; niet uitsluitend in het belang van den *werkman* dat den werkgever de verplichting is opgelegd om op zijne kosten te voorzien in de huisvesting en geneeskundige behandeling van den werkman en zijn gezin, en om de werklieden, die wegens het eindigen van het werkcontract zijn ontslagen, of ten aanzien van wie het contract door den werkgever niet is nagekomen, op zijne kosten naar de plaats hunner aanwerving terug te zenden. Wat deze verplichtingen beteekenen voor het gewest, waar de onderneming wordt gedreven, is af te leiden uit de mededeeling van den heer KOOREMAN dat „in eigenlijk Deli, Langkat en Serdang op de 139 tabaks-ondernemingen (gewerkt wordt) met 72892 vaste werklieden, op 29 koffieondernemingen met 4343, en 3 petroleumondernemingen met 1553 vaste werklieden, ongerekend de arbeiders in contract werkend bij de Deli-Spoorweg Maatschappij.” Hier is van bijkomstige verplichtingen dan ook geen sprake, maar van een element, zonder hetwelk de invoering der koelie-ordonnantie naar de opvatting der Indische Regeering niet gemotiveerd is, getuige Hare weigering tot toepasselijkverklaring in een



gewest, waar de werkgever niet genoodzaakt is te werken met „van elders afkomstige” werklieden. In die verplichtingen vindt de Staat een vrijwaring voor de nadeelige gevolgen van overstroming van een gedeelte van zijn gebied door aldaar niet thuis behorende personen zonder genoegzaam middel van bestaan, wier verblijf gevaar kan opleveren voor de openbare orde, en wier terugzending naar de plaats, waar zij thuis behooren aanzienlijke kosten meebrengt.

Aan den anderen kant is het duidelijk dat de werkgever, ten einde zich van zijne verplichtingen naar behooren te kunnen kwijten, zijnerzijds een waarborg behoeft dat de daaruit voortvloeiende kosten bestreden kunnen worden uit de opbrengst van den arbeid der aangebrachte werklieden, dien waarborg namelijk, welken de Staat hem vermag te geven: strenge sanctie der na behoorlijk onderzoek gebleken vrijwillig aangegane dienstverbintenis, handhaving van het werkcontract met bestraffing van willekeurige contractbreuk en politiedwang. Zoo is de nakoming van het werkcontract zoowel vereischte voor het welslagen van ondernemingen tot ontginning van een gebied, welks inheemsche bevolking voor den arbeid ongeschikt of ongenegen is, als noodzakelijke voorwaarde van toelating in een gebied, waar de werkman niet thuis behoort.

Dit element der koelie-ordonnantie zal wellicht geen gewicht in de schaal leggen bij hen, die, zooals Mr. VAN DEN BRAND, in dwang tot nakoming van het werkcontract een in beginsel ongeoorloofde inbreuk zien op de persoonlijke vrijheid van den werkman, een overtreding van Gods ordinantiën.

Wie echter dit dogmatische standpunt niet inneemt en erkent dat ook een dergelijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid geoorloofd is, ter handhaving en bevordering van

het algemeen belang, zal zijn oordeel afhankelijk stellen van de genoegzaamheid der waarborgen voor den werkman tegen machtsmisbruik aan de zijde van den werkgever. Waarborgen dat geen uitvoering wordt gegeven aan een werkcontract, waarin door den koelie onder den invloed van geweld of misleiding is toegestemd; dat de werkgever zich van de hem opgedragen zorg voor den werkman naar behooren kwijt, dat de koelie niet gedwongen wordt eenige wederrechtelijke handeling van den werkgever te dulden, en eindelijk dat, na afloop van den duur van het contract, de koelie in de vrije beschikking over zijn arbeidsvermogen wordt hersteld.

Dat naar verschaffing van die waarborgen in de ordonnantie is gestreefd, kan niet worden ontkend, ofschoon wellicht de uitspraak van Prof. VAN HAMEL te stellig luidde, dat zij „zorgt voor de vrijwilligheid van de overeenkomst, voor eene goede omschrijving der wederzijdsche verplichtingen, voor toezicht op de nakoming, voor strenge handhaving van de nakoming en voor ontbinding bij ernstige niet-nakoming”. Maar ligt niet de erkenning van de aanwezigheid van waarborgen opgesloten in het door Mr. VAN DEN BRAND aan de planters gemaakte verwijt van serviliteit jegens de ambtenaren, om zich van hunne toegevendheid te verzekeren, en in zijn bewering dat bij herhaling door planters getuigen van een strafbaar feit „verduisterd” worden, om eene veroordeeling te ontgaan?

De gevolgtrekking ligt voor de hand, dat niet in de eerste plaats in de bepalingen der koelie-ordonnantie, niet in haar stelsel de oorzaak moet gezocht worden van misstanden, maar in de gebrekkige uitvoering der gegeven voorschriften, in de onvoldoendheid der maatregelen, genomen om de praktijk der ordonnantie met hare strekking in overeenstemming te doen zijn.

Die gevolgtrekking is door den heer KOOREMAN gemaakt, onder protest echter tegen de beschuldiging dat aan de bestuursambtenaren eenig plichtverzuim kan worden ten laste gelegd. Voor den onbevredigenden toestand wordt de Regeering aansprakelijk gesteld, die, ofschoon bij herhaling op de noodzakelijkheid van versterking van personeel geweest, in gebreke bleef in de behoefte aan een betere organisatie te voorzien.

De gegrondheid dezer bewering in het midden gelaten mag met ingenomenheid geweest worden op het bericht dat in Juli l.l. de Indische Regeering — zij het dan ook voorloopig bij wijze van tijdelijken maatregel — tot de aanstelling van een Inspecteur voor den Arbeid is overgegaan.

De zorg voor de handhaving der koelie-ordonnantie stelt aan het gewestelijk bestuur zware eischen; maar verwacht mag worden dat het, in samenwerking met den Inspecteur, voor de taak berekend zal zijn.

3 September 1904.

W. DE ROO DE LA FAILLE.

**Naschrift.** Op het belangrijke debat over de werking der koelie-ordonnantie in de Oostkust van Sumatra in de vergaderingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 29 en 30 November 1904 gevoerd, kan hier niet worden ingegaan. Verzwegen mag echter niet worden de door den Minister van Koloniën afgelegde verklaring dat eerst door en naar aanleiding van de brochure van Mr. VAN DEN BRAND de Regeering over den omvang der misbruiken volledig is ingelicht geworden, en dat — behalve instelling eener arbeidsinspectie — nog andere maatregelen tot wering der misbruiken, waaronder verbetering der gewestelijke politie, in ernstige overweging zijn genomen.

*Beschouwingen over het Rijksfiscaal Strafrecht.*  
*Academisch proefschrift* door Mr. J. H. R.  
SINNINGHE DAMSTÉ, te Leiden verdedigd.  
Den Haag 1904.

\*Bestond er een vijftiental jaren geleden, buiten enkele verspreide opstellen, zoo goed als geen literatuur over ons Rijksfiscaal straf- en strafprocesrecht, sinds dien kan dit onderdeel der strafrechtswetenschap niet over gebrek aan belangstelling klagen. In 1891 verscheen van de hand van den bekenden Rijksadvocaat te Maastricht Mr. L. A. D. NYPELS het uitnemend werk: „het Rijksfiscaal strafprocesrecht” (1), voornamelijk voor juristen geschreven; daarna in 1899: „het Fiscale Strafrecht en de fiscale strafactie voor ambtenaren der belastingen geschetst” door den Inspecteur dier middelen J. F. VAN NIEUWKUIJK en op het eind van het vorige jaar de dissertatie, waarvan de titel boven dit opstel is afgedrukt en welke ik bij de lezers van *Themis* wil inleiden.

Was er, mag men vragen, naast de beide eerstgemelde werken behoefte aan een nieuw boek op hetzelfde gebied, al is het dan ook in den vorm van eene dissertatie? De schrijver heeft zich die vraag natuurlijk zelf ook gesteld en, zooals blijkt, voor zich bevestigend beantwoord. M. i. terecht. Het werk van Mr. NYPELS is eenigszins verouderd, er zijn sinds de verschijning daarvan verscheidene belangrijke belastingwetten ingevoerd en het strekt niet om te dienen bij eene eventueele herziening, terwijl het boek van den

---

(1) In dit Tijdschrift dl. 53, blz. 330 vlg. door mij aangekondigd.

heer VAN NIEUWKUIJK, behalve het gemis ook van de laatstgemelde hoedanigheid, weinig critiek geeft. Aan al die schaduwzijden wil de heer DAMSTÉ tegemoetkomen. Hij maakt (bl. 6) zijne verontschuldiging dat zijn werk niet op ervaring is gebouwd wat betreft de practijk, zoolwel der belastingen als des rechts, maar dit excuus, verklaarbaar bij een promovendus, heeft over het algemeen geen reden van bestaan. Integendeel, men staat verwonderd eerst over den moed van den jeugdigen schrijver om een tak van wetenschap te behandelen, die zoo vol doornen zit, maar later over den helderen, juist blik waarvan de schrijver bij de behandeling van lastige rechtsyragen niet zelden blijken geeft, zoodat men hem een enkelen overmoedigen uitval (1) gaarne vergeeft.

In verband hiermede zij een enkel woord gezegd over het buitengewoon groot vertrouwen, hetwelk de schrijver heeft „in de opvoedende kracht van wettelijke voorschriften”. Deze meening wordt zeker door weinigen gedeeld en van verschillende, ook bevoegde, zijde wordt steeds verzet aangeteekend tegen het immer grooter wordend aantal overtredingen, in één woord tegen de „keuromanie,” waaraan ten onzent de wetgever lijdende is. (2) En ik deel geenszins de verwachting van den schrijver dat „het zien van de herhaalde toepassing eener strafbepaling wel tot nadenken over dat strafbaar feit, over zijne strafwaardigheid en onrechtmatigheid stemmen moet.” Veeleer zou ik vreezen dat het publiek gaat vertrouwd raken met die strafbepalingen en dat de een er niets in vinden zal gestraft te worden waar een ander reeds gestraft is, terwijl, wat even erg is, de afschrikking voor de gevangenisstraf, want tot deze straf

(1) «Voor de zooveelste maal herhaal ik» blz. 103.

(2) Zie nog Voorl. Verslag 1<sup>e</sup> Kamer Begrooting Justitie 1905 in Weekbl. no. 8161.

zal het ten slotte volgens den schrijver toch moeten komen (blz. 233), geheel verdwijnen zal, wat hij trouwens op eene andere plaats (blz. 89) ook zelf toegeeft. (1)

De heer DAMSTÉ heeft zijn werk, buiten eene inleiding en een slotwoord, verdeeld in 9 hoofdstukken, n.l. omschrijving van het fiscale strafrecht, geschiedenis daarvan, opzet en schuld, straffen, uitsluiting en vermindering der strafbaarheid, poging, deelneming aan strafbare feiten, verval van het recht tot strafvordering en van de straf en de speciale delicten van het fiscale strafrecht.

Na eerst eenige opmerkingen te hebben gemaakt omtrent de behandelde stof, zal ik eenige oogenblikken stilstaan bij de verschillende wenschen, die de schrijver, trouwens in opbouwenden zin, voor eene eventueele herziening ten beste geeft.

In het eerste hoofdstuk stelt hij, met vermelding van enkele definities van het begrip „belastingdelict” de volgende eigene omschrijving voor: „belastingdelicten zijn de strafbare overtredingen der rechtsnormen, strekkende om de richtige heffing en invordering der belastingen te verzekeren en om te voorkomen dat de belastingheffer ter zake van belasting onverschuldigde uitkeeringen doe”. Zouden we niet kortweg kunnen zeggen: „belastingdelict is elke strafbare overtreding van wettelijke voorschriften, die tot verzekering van eenigen belastingplicht zijn vastgesteld”? Hieronder zouden m. i. vallen bepalingen zoowel omtrent heffing en invordering als omtrent de zoogenaamde „drawbacks.”

Over de benadering, die thans geregeld is bij de wet

---

(1) Schrijver klaagt er over dat de fiscale delicten veelal als minder strafwaardig worden beschouwd. Dit is waar; maar zou dit niet voor een groot deel ook te wijten zijn aan het ingewikkeld systeem van menige belastingwet, welke omgeven is van talloze formaliteiten, die vervuld moeten worden.

van 20 April. 1895 (*Stbl.* no. 54) is de schrijver kort (blz. 57 vlg.) omdat hij ze, m. i. terecht, noch als eene verbeurdverklaring noch in het algemeen als eene straf beschouwt, al werkt ze wel als zoodanig. In zoover kan men er zich meê vereenigen dat de benadering niet wordt behandeld; anders ware het wel interessant geweest om te onderzoeken wat voor instituut ze eigenlijk is. Was ze vroeger eene toeëigening met het oog op art 254 A. W.? Neen, de goederen zijn immers geen *res nullius*. Was ze dan eene levering ten gevolge van een rechtstitel met het oog op het „toewijzen” in artt. 258, 263, 264, 266 A. W.? Volgens de wet van 1895, art. 5, 1e en 2e lid, vervangt de betaling de overgave der goederen en doet zij den eigendom overgaan aan de benaderaars. Hier schijnt dus te denken aan eigendomsovergang evenals b.v. bij erfopvolging, niet aan eigendoms-overdracht. Zooals hieronder zal blijken, wil de schrijver de benadering doen vervallen (zie blz. 111 vlg.)

Ik ben niet door hem overtuigd geworden dat bij niet-betaling van geldboeten en lijfswang en subsidiaire gevangenisstraf (thans hechtenis) mag worden toegepast (zie mijn opstel in *Weekbl.* no. 5162), noch dat, blijkens art. 208 A. W., (1) over het opleggen van de gevangenisstraf van art. 205 zou kunnen worden getransigeerd (zie *Themis* dl. 53 blz. 332), al is hij het met mij eens dat over de andere gevangenisstraffen geen transactie kan worden gesloten. Ik zal op beide punten hier niet ingaan, om niet in eene anti-critiek te vervallen.

Bij zijne dikwijls juiste critiek stelt de schrijver zich soms te veel op het standpunt van het hedendaagsche strafrecht. Zoo in het 3e hoofdstuk ten betooge dat voor

---

(1) Men lette op dat art. 208 wel van boete gewaagt, waar deze niet bepaalt! Dus dan toch maar boete opleggen! Welke?

de strafbaarheid van de belastingdelicten geen opzet wordt gevorderd. Hiervoor wordt als argument aangevoerd dat bij nagenoeg al die delicten het woord „opzettelijk” of eene dergelijke uitdrukking wordt gemist. Dit nu is niet juist. De omschrijving van die delicten in verband met andere omstandigheden (bevoegdheid tot transactie enz.) bewijzen het voldoende, zooals ook mr. NYPELS (blz. 18) terecht aantoot. Hoe zou ook de Algemeene wet van 1822 de terminologie kunnen voeren van het tegenwoordige Strafwetboek!

Soms is de schrijver wel wat al te theoretisch. Op blz. 120 leest men: „Dit strafrecht (n.l. het fiscale) houdt er zich alleen mee bezig hoe strafbare feiten in belastingzaken gestraft moeten worden; hoe de Staat de aan hem verschuldigde belasting binnenkrijgt, daar heeft het niets mee uit te staan”, en op blz. 232/3: „daar de aan den Staat toegebrachte schade met de meerdere of mindere strafwaardigheid van den delinquent in geen enkel opzicht in betrekking staat”.

Alsof het streven van den wetgever om eene belasting tr innen en het slagen daarvan in een bepaald geval niet in het allernauwste verband staan eenerzijds met de formulering van het als strafbaar gestempeld feit en anderzijds met de daartegen vast te stellen straf!

De schrijver wil niets weten van het indemniteitskarakter der fiscale geldboeten d. w. z. in de toekomst; wat het tegenwoordige fiscale strafrecht betreft, zegt hij (blz. 231) terecht: „En wat de verdere eigenaardigheden (van dat recht) aangaat, bijna stuk voor stuk vinden ze haar oorsprong in één zelfde grondbeginsel n.l. dat in belastingzaken het doel der geldboete niet is het straffen van den delinquent, doch het schadeloosstellen van den staat.” (1)

(1) Zoo ook blz. 52, 53, 87, 194.



Dus een civielrechtelijk karakter, onderscheiden van dat der geldboeten in het gewone strafrecht. Ik ben het met den schr. eens dat dit karakter thans bestaat en heb dit meermalen gezegd (zie W. no. 5832, *Themis* dl. 53, blz. 330.) Hoe zouden ook anders te verklaren zijn : het aanbrengen der zaken door andere ambtenaren dan het O. M. (art. 141, 2<sup>o</sup>. Sv., art. 75 personeele-, art. 50 bedrijfsbelasting), conclusie nemen O. M. (art. 201 Sv.), aanvang termijn appèl na beteekening vonnis (art. 251 Sv.), verplichting tot vergoeding van schade, bij verkeerde visitatie of aanhaling door ambtenaren (artt. 181, 192, 244 A. W.), verbeurdverklaring of aansprakelijkheid van goederen, niet behoorende aan den overtreder (artt. 205, 226 A. W.), executie niet door O. M. (art. 225 A. W.), bevoegdheid tot transactie (artt. 229, 230 A. W., 51 bedrijfs-, 76 personeele belasting), dagvaardingen van onbekende daders (artt. 251, 252 A. W.). Trouwens uit de geschiedenis van het Wetb. v. Sv. bij VOORDUIN dl. VII blz. 211, 213 vlg., 695—703 blijkt ten duidelijkste dat de wetgever de meening was toegedaan dat de fiscale geldboeten en verbeurdverklaringen het karakter droegen van eene burgerlijke schadevergoeding en de gedingen daartoe ook een burgerrechtelijken stempel droegen. Bovendien vergete men niet dat de geldboeten, bepaald bij de zegel-, registratie- en successiewetten, (1) welke toch ook belastingwetten zijn, bij dwangbevel worden ingevorderd, waarover, bij verzet daartegen, wordt recht gedaan bij den burgerlijken rechter. Nu kan men het met bovenvermelde zienswijze niet eens zijn en haar in jure constituendo verwerpen, toch zal men eerst wettelijk

(1) Art. 35 der zegelwet van 3 Oct. 1843 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 47) art. 64 der registratiewet van 22 Frimaire an VII en art. 62 der successiewet van 13 Mei 1859 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 36.)

moeten uitmaken dat dit beginsel moet worden prijsgegeven en alsdan de bovenbedoelde, en wellicht nog andere, bepalingen moeten herzien. Wat mij betreft, zou ik willen vragen of, waar de vordering tot betaling van eene belasting eene civiele is (vgl. art. 249 Alg. Wet, H. R. 16 Oct. 1876, W. 4045), de straf (boete) op de niet-voldoening van de belasting in theorie niet overeenkomt met, althans zeer nabij grenst, aan de straf of poenaliteit, die vooraf bedongen kan worden bij niet-nakoming van eene gewone verbintenis (art. 1340 vlg. B. W.)? (1)

Wat de wenschen van den schrijver omtrent eene herziening van het fiscale strafrecht betreft, deze komen in hoofdzaak op het volgende neer.

1°. Een algemeen minimum moet voor de geldboeten worden vastgesteld (blz. 86).

2°. Geldboeten moeten, zoo mogelijk, geëxecuteerd worden en, met afschaffing van den lijfswang, bij onvermogen om de opgelegde boete te betalen, vervangen worden door hechtenis (blz. 88 vlg.). Bij de reële executie moet ook beslag onder den schuldenaar en ook onder derden kunnen worden gelegd, en vóór het vonnis ook conservatoir arrest met verlof van den voorzitter der rechtbank (blz. 93 vlg.).

3°. Er moet verhouding zijn tusschen boete en vervangende hechtenis (blz. 98).

4°. De duur dezer hechtenis moet worden verlengd (blz. 100).

5°. De betaling der geheele boete is onnoodig om weêr uit de hechtenis te geraken (blz. 100).

6°. Omtrent de verbeurdverklaring moeten nieuwe

---

(1) De wet van 27 April 1904 (*Stbl.* no. 80) laat den erfgenaam, ingeval van navordering van vermogensbelasting, het viervoud van den naderen aanslag als verhooging betalen (art. 45 B.).

bepalingen worden gemaakt b.v. ook deze dat de voorwerpen aan den veroordeelde moeten toebehooren (blz. 103).

7°. De benadering moet verdwijnen en vervangen worden door bevoegdheid der ambtenaren tot verhooging der aangegeven waarde, zooals nu ook kan geschieden volgens de wet van 1895 (blz. 111).

8°. De poging, bedoeld bij art. 205 A. W., moet herzien worden in verband met art. 45 Sr. (blz. 126).

9°. Art. 231 A. W. moet worden gewijzigd (blz. 178).

10°. Art. 207 A. W. moet vervallen naast art. 47 2°. Sr. (blz. 182).

11°. De artt. 410 vlgg. Sv. moeten vervallen behalve art. 415 Sv., dat verhuizen moet naar het Strafwetboek in titel 8 boek I (blz. 185 vlgg.).

12°. Eene menigte gelijksoortige strafbepalingen uit tal van wetten moet worden ingedeeld in eenige artikelen en wel naar den aard der delicten (verzwijgings-, valscheidsdelicten enz.) (blz. 214 vlg.) en wel met onderscheiding tusschen doleuse en culpose delicten, met geen groot verschil van straf (blz. 41 vlg.).

13°. De transactie moet afgeschaft worden (blz. 208).

Uit deze opsomming kan men zien hoe de herziening er uit zou zien als die aan den schrijver werd opgedragen. Het zou mij veel te ver voeren deze wijzigingen alle te bespreken. Alléén dit zij gezegd: met de nrs. 1, 3, 4, 5, 8 en 10 zou ik mij onvoorwaardelijk kunnen vereenigen; wat nr. 2 betreft, zou ik bezwaar hebben tegen de afschaffing van den lijfswang en tegen het beslag vóór het vonnis; wat nr. 6 aangaat, zou ik verbeurdverklaring van aan anderen toebehoorende voorwerpen niet willen schrappen, maar facultatief bepalen; wat nr. 7 betreft, zou de practijk nà de wet van 1895 moeten beslissen, waaromtrent ik niet op de hoogte ben, wat nr. 9 aangaat zou ik, met handhaving van de artt. 47 en 48 Sr., de

woorden „mede als dader” in des schrijvers ontworpen art. 231 willen vervangen door „als medeplichtige”; ten aanzien van nrs. 11 en 13 zou vooraf moeten gaan eene principieele beslissing omtrent het karakter van geldboete en verbeurdverklaring in belastingzaken, op hetwelk boven is gewezen; eindelijk zou ik in beginsel zeer goed kunnen medegaan met eene rangschikking der delicten in algemeene bepalingen en wel naar hunnen aard en met onderscheiding naar den schuldgraad.

Indien de wetgever eens, na afwerking van al zijne sociale voornemens, de herziening van het fiscale strafrecht ter hand neemt, dan zal hij zeker een dankbaar gebruik kunnen maken van deze studie van den schrijver.

Gelijk uit het vorenstaande reeds kan blijken, heeft de schrijver alleen het materieele gedeelte van het Rijksfiscaal strafrecht behandeld en, m. i. gelijk gezegd, met succes. Wij willen dan ook eindigen met den wensch uit te spreken dat hij tijd en lust moge vinden zijne op blz. 18 gedane toezegging om ook het formeele gedeelte te behandelen gestand te doen, op welk gebied hij reeds een uitstap deed (blz. 90—97 en 144) (1)

*Leeuwarden*, 9 Februari 1905.

J. J. GOCKINGA.

---

(1) Den schr. zij aanbevolen dan, zoo hij het nog niet deed, ook kennis te nemen van het in meer dan één opzicht zeer interessante werk, getit.: *Histoire des origines, des développements et du rôle des Officiers fiscaux près les conseils de Justice dans les anciens Pays-Bas* par LOUIS TIERENTYIN, avocat près la cour d'appel de Gand. Bruxelles 1891.

The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the origin of life is a problem of the first importance, and that it is one which has attracted the attention of many of the greatest minds of the world. The author then proceeds to discuss the various theories which have been advanced to explain the origin of life, and to show that the most reasonable of these is the theory of spontaneous generation.

The second part of the paper is devoted to a discussion of the various forms of life which have been discovered on the earth. It is shown that life is everywhere, and that it is of many different kinds. The author then proceeds to discuss the various theories which have been advanced to explain the origin of the different forms of life, and to show that the most reasonable of these is the theory of evolution.

The third part of the paper is devoted to a discussion of the various theories which have been advanced to explain the origin of the human race. It is shown that the human race is of many different kinds, and that the most reasonable of these is the theory of evolution. The author then proceeds to discuss the various theories which have been advanced to explain the origin of the human mind, and to show that the most reasonable of these is the theory of evolution.

# THEMIS.

---

LXViste deel. — DERDE STUK.

---

**Eenige opmerkingen over de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf,**

DOOR

Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN,  
*President der Arrondissements-Rechtbank te Groningen.*

---

In *Ons Tijdschrift*, 1901, D. V, p. 507 en v.v. schreef ik een opstel, getiteld PROTAGORAS REDIVIVUS, waarin ik er de aandacht op vestigde, dat de zoogenaamde nieuwere leer op strafrechtelijk gebied niets is dan eene wederop-rakeling van de leer van den sofist PROTAGORAS. Ik heb daar ter plaatse er op gewezen, dat die sofist leerde dat de mensch de maatstaf voor alles is, dat er geen onderscheid is tusschen goed en kwaad, dat ziekte en misdrijf identisch zijn. Ik heb daar duidelijk in het licht gesteld, dat de hedendaagsche geleerden, welke de zoogenaamde nieuwere leer op strafrechtelijk gebied verdedigen, zijn mannen der reactie, die willen terugkeeren tot een tijd, die ongeveer 24 eeuwen achter ons ligt en dat zij met de eischen der praktijk geen rekening houden.

*Themis*, LXViste deel 3de stuk (1905).

20\*

In een artikel van mijne hand, geplaatst in *Themis*, 1902, D. LXIII p. 1 en v.v., besprak ik de in het *Archiv für Strafrecht*, 1901, D. XLVIII, p. 67 en v.v., opgenomen rede door den hoogleeraar BIRKMEIJER te München gehouden in de vergadering van de Juristen-vereening aldaar op 22 Februari 1901 en getiteld *Gedanken zur bevorstehenden Reform der Deutschen Strafgesetzgebung*, welke spreker in beginsel geheel aan mijne zijde staat.

In dat artikel merkte ik op, dat die zoogenaamde nieuwe leer mede te onzent wordt gehuldigd in de wet van 12 Februari 1901 (*Staatsblad* no. 63), houdende wijziging in de bepalingen betreffende het straffen en de strafrechtspleging ten aanzien van jeugdige personen.

Aan het slot van mijn betoog zeide ik onder anderen het volgende: „Mocht het tot die invoering nimmer komen. Eenige hoop schenkt mij de groote moeilijkheid om voldoende gelden te vinden voor het bouwen van tuchtscholen. Er dreigt echter in de verte nog een ander gevaar, *dit*, dat ons Strafwetboek zal worden herzien op den grondslag der onlangs ingediende novelle. Dit ware nog bedenkelijker dan de invoering der bovengenoemde wet”.

Eindelijk beloofde ik later nog op dit onderwerp te zullen terugkomen. Die belofte vervulde ik door daarover in het breede te handelen in mijne *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, 1903, T. V., p. 167—280, waarnaar ik, om herhalingen te voorkomen en niet te uitvoerig te worden, hier kan verwijzen.

Gelijk ik in mijn bovenvermeld artikel in *Themis* opmerkte, dreigde *toen* in de verte (en dreigt *thans* van nabij) het gevaar eener herziening van ons Strafwetboek op den grondslag der destijds door den toenmaligen

Minister van Justitie Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN ingediende novelle. Immers zijn opvolger Mr. J. A. LOEFF trok wel de voorstellen van zijn ambtsvoorganger in, maar volgde die veelal woordelijk, blijkens het bij Koninklijke Boodschap van 19 September 1904 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangeboden *Ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht*.

De tegenwoordige Minister van Justitie heeft dan ook uitdrukkelijk verklaard dat hij menige bepaling woordelijk uit het ontwerp van zijn ambtsvoorganger heeft overgenomen en met dezelfde bewoordingen als deze heeft toegelicht, maar er tevens op gewezen dat hij ook op vele punten van het vorige ontwerp is afgeweken en alleen die wijzigingen heeft voorgesteld, welke hem persoonlijk noodzakelijk voorkwamen.

Eene vergelijking tusschen beide ontwerpen omtrent het onderwerp, dat mij thans bezighoudt, toont aan, dat er onderscheidene punten van verschil bestaan tusschen de voorgestelde artikelen 14*bis* tot en met *sexies* van het *vorige* ontwerp en de voorgestelde artikelen 14*bis* tot en met *sexies* van *dit* ontwerp, verschilpunten welke echter het beginsel niet raken. Tevens blijkt uit die vergelijking dat ook in menig opzicht het vorige ontwerp is gevolgd. Nu evenwel het vorige ontwerp is ingetrokken, is het ten eenenmale overbodig mede te deelen in hoever die beide ontwerpen met elkander overeenstemmen en in hoever zij van elkander verschillen en moet ik mij bepalen tot de behandeling, voor zooveel noodig, van het tweede ontwerp. Ik zeg voor zooveel noodig, omdat eene woordelijke mededeeling der voorgestelde bepalingen en der daarbij behoorende memorie van toelichting voor het doel, dat ik met de bespreking dier voorstellen beoog, overbodig is, voornamelijk op dezen grond, omdat ik



die voorgestelde bepalingen absoluut verwerpelijk acht.

Als bekend mag worden verondersteld, dat het systeem der voorwaardelijke veroordeeling of der voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf, uitdrukkingen waarmede hetzelfde bedoeld wordt, is gehuldigd in de meermalen aangehaalde wet van 1901 en derhalve voor personen beneden den achttienjarigen leeftijd in onze wet is aangenomen. Deze eerste stap op een verkeerden weg zal nu door een tweeden, beslissenden stap op dien weg worden gevolgd, wanneer althans de voorgestelde artikelen *wet* worden.

Nu men eenmaal in de Kamers onzer volksvertegenwoordiging, ondanks de daartegen van verschillende zijden geopperde, gegronde bezwaren, zoover is gegaan, zal men verder gaan en ook deze voorstellen aannemen. Het *principiis obsta* scheen bij de behandeling der meergemelde wet in onze Kamers voor de meerderheid niet te bestaan. Een raadsel blijft het echter, hoe het mogelijk was, dat leden dier Kamers, welke de beginselen van het klassieke strafrecht huldigen, vóór die wet konden stemmen, tenzij, wat ik niet kan en dus ook niet wil uitmaken, de politiek hierbij weder haren noodlottigen invloed hebbe doen gelden. Hoe dit ook zij, hiervan ben en blijf ik vast overtuigd, dat die wet niet aan de verwachting, die men er van koestert, kan en zal beantwoorden.

Doch ik ga thans over tot de bespreking, voor zooveel noodig, van de voorgestelde artikelen en daarna van de daarbij behorende memorie van toelichting.

Artikel 14*bis*. De voorwaardelijke veroordeeling wordt alleen toegelaten als de persoon, die een strafbaar feit beging, op dat tijdstip reeds den leeftijd van achttien jaren had bereikt en zoo hij werd veroordeeld tot eene vrijheidsstraf van zes maanden of minder. Zij wordt uit-

gesloten bij veroordeeling ter zake van bedelarij en landlooperij, maar toegelaten ingeval van veroordeeling ter zake van eenig misdrijf en van alle overtredingen, strafbaar gesteld bij het Wetboek van Strafrecht of eenige andere wet, tenzij de veroordeelde binnen een door den rechter in de veroordeelende uitspraak te stellen termijn, voor misdrijven van ten minste twee en ten hoogste vijf jaren en voor overtredingen van ten minste zes maanden en ten hoogste één jaar na den dag waarop die uitspraak onherroepelijk zal zijn geworden, opnieuw bij onherroepelijke uitspraak wegens een gelijksoortig strafbaar feit zij veroordeeld of de rechter die tenuitvoerlegging binnen dien termijn nader mocht bevelen op grond, dat de veroordeelde zich slecht gedraagt.

De overige artikelen, welke zijn voorgesteld, regelen grootendeels de procedure en kunnen hier dus onbesproken blijven.

Alleen dient derhalve nog de aandacht gevestigd te worden op artikel 14<sup>ter</sup>, lid 2, waarin is vermeld wat onder gelijksoortige strafbare feiten moet worden verstaan. Als gelijksoortig worden daar genoemd twee strafbare feiten indien zij beide zijn genoemd in hetzelfde artikel van den laatsten titel van het tweede boek, houdende *bepalingen over herhaling van misdrijf aan verschillende titels gemeen*, of beide zijn omschreven in een van de in hetzelfde artikel van dien titel vermelde artikelen of in hetzelfde artikel van het derde boek en op artikel 14<sup>sexies</sup>, lid 4, hetwelk bepaalt, dat, ingeval van een bevel van voorloopige aanhouding, de tijd door den veroordeelde dientengevolge vóór de tenuitvoerlegging der straf in verzekerde bewaring doorgebracht, bij die tenuitvoerlegging in mindering wordt gebracht.

Over de alleen volledigheidshalve medegedeelde bepa-

lingen van de artikelen 14<sup>ter</sup>, lid 2 en 14<sup>sexies</sup>, lid 4, kan ik verder het stilzwijgen bewaren.

Het is niet mijn voornemen bij de memorie van toelichting in het breede stil te staan, maar ik wensch alleen op de hoofdzaken te wijzen.

Dat de uitdrukking: *voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf* de bedoeling juister wedergeeft dan de meer gebruikelijke: *voorwaardelijke veroordeeling* kan moeilijk worden betwist, maar is voor mij, die een tegenstander ben van het geheele stelsel, van geen gewicht.

Voornamelijk wordt de invoering van het stelsel aanbevolen ter *beperking van de veelvuldige toepassing der korte vrijheidsstraffen* en ten bewijze van de gunstige werking van het stelsel ten aanzien der recidive in Frankrijk de door niets gestaafde bewering van één Lyonsch advocaat-generaal aangehaald, dat de vermindering der recidive daar te lande aan de invoering van dat stelsel moet worden toegeschreven.

Al moge het nu waar zijn dat in Frankrijk de vermindering der recidive is waargenomen sedert de invoering der zoogenaamde Wet BÉRENGER, dan geldt hier zeer stellig dat *post* en *propter* niet zijn woorden van gelijke beteekenis. Die te veel wil bewijzen, bewijst niets, geldt ook hier.

De Minister acht de korte vrijheidsstraffen in meer dan één opzicht verwerpelijk en verderfelijk. Hij voert voor zijne meening de volgende gronden aan: „Voor eerst oefenen zij een dikwerf noodlottigen invloed uit op den delinquent, inzonderheid wanneer hij jong is, niet minder zoo hij voor de eerste maal wordt gestraft, in welke beide gevallen, afzonderlijk of vereenigd, het contact met medegevangenen, dat zelfs bij afzonderlijke opsluiting niet geheel is te keeren, de noodlottigste

gevolgen kan hebben. Vervolgens heeft de eerste korte vrijheidsstraf den delinquent met de gevangenis vertrouwd gemaakt en bestaat bij hem niet meer hetzij de vrees voor het onbekende, hetzij dat altijd eerbiedwaardige schaamtegevoel, die in vele gevallen nog van den misstap terughouden; de afschrikkende kracht van de straf gaat verloren. Bovendien blijft, ondanks de mogelijke geringe beteekenis van het gepleegde feit, op den veroordeelde, die eenmaal „gezetten” heeft, in de volksmeening voor altijd min of meer eene smet rusten en, hoewel de bestrijding ook van dit dwaalbegrip op den weg van den wetgever ligt, mag de plicht daartoe niet terughouden van een maatregel, die zóó heilzaam kan werken als de ondergeteekende hoopt ten aanzien van het op te nemen instituut te kunnen aantonen: het werkelijk belang van zoovelen en ten slotte van de geheele samenleving mag niet worden opgeofferd aan eene doctrine. Terugkeer in de maatschappij na een verblijf in de gevangenis wordt nu eenmaal door het hier bedoelde vooroordeel aan talloos velen moeilijk gemaakt, waardoor residive, ook in verband met het verloren gaan van de afschrikkende kracht der straf voor de hand ligt. Eindelijk, baat eene korte vrijheidsstraf iets uit het oogpunt van verbetering? Hiertegen is de korte duur op zich zelf een bezwaar.” Tot dusverre de Minister.

Met alle bescheidenheid merk ik op dat naar mijne overtuiging van deze geheele redeneering niets opgaat. Dit zal ik trachten te staven. Al aangenomen voor een oogenblik dat al de aangevoerde bezwaren gegrond waren, dan zouden zij nog absoluut niets bewijzen tegen de *korte* vrijheidsstraffen, om de eenvoudige, voor de hand liggende reden, dat zij evengoed kunnen worden aangevoerd tegen de *langdurige* vrijheidsstraffen, met uitzondering natuurlijk van de levenslange. Maar er is meer.

Gelijk *omne nimium nocet*, zoo kan men ook den tegenzin tegen ontslagen gevangenen overdrijven en dus te ver gaan. Het is echter natuurlijk dat men liever iemand die niet gezeten heeft, dan een ontslagen gevangene in zijn dienst neemt, omdat men met den laatstgemelden meestal bedrogen uitkomt, waarvan mij tal van voorbeelden bekend zijn. En waarom eene korte vrijheidsstraf *niet* en eene langdurige *wel* verbeteren kan, is eene stelling, die zonder bewijs niet voor waar en juist kan worden aangenomen. Doch ik ga verder. Mijne meer dan 37-jarige ervaring als lid der rechterlijke macht heeft mij geleerd, dat korte vrijheidsstraffen in den regel uitstekend werken en nu hecht ik meer aan mijne langdurige persoonlijke ondervinding dan aan tal van zoogenaamde wetenschappelijke betoogen. Maar hiermede is nog niet genoeg gezegd. Wanneer in de straf een afschrikkend karakter wordt gezien, wat inderdaad juist is, dan behoorde men niet tot hare voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging te besluiten, maar aan te dringen op de toepassing van langdurige vrijheidsstraffen. De mode doet hier blijkbaar haren invloed gelden, volgens welke men zich minder om het slachtoffer bekommert, maar er op uit is toch vooral den misdadiger genadig te behandelen. Slap, toegefelijk tegenover den misdadiger en derhalve ook slap ten aanzien van de handhaving des rechts. En, hoewel het niet uitdrukkelijk wordt uitgesproken, zoo ligt toch in de bewering dat korte vrijheidsstraffen verbetering uitsluiten, de meening opgesloten, dat verbetering is het doel der straf. Nu heeft naar mijne overtuiging de wetgever niet naar het doel der straf te vragen, maar heeft hij slechts op hare werking te letten, doch, al ware dit niet zóó en al moest het doel in het oog worden gehouden, dan zoude dat nooit

kunnen zijn de verbetering van den misdadiger, maar de handhaving der rechtsorde.

De Minister zegt verder, dat de genoemde gebreken der korte vrijheidsstraf deden uitzien naar een equivalent, hetwelk men meent gevonden te hebben in de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging van straf.

Ik deel die meening niet. Reeds zonder equivalent is het mogelijk de toepassing der korte vrijheidsstraffen te beperken, door, wanneer dat maar eenigszins kan, eene geldboete op te leggen, wat dan ook bij de Groningsche rechtbank veelvuldig geschiedt.

Maar wil men een equivalent, dan is er een veel beter te vinden dan het door den Minister voorgestelde.

Dat equivalent ware te vinden in zoogenaamde vermaning of berisping, welke hierin bestaat, dat de delinquent door den sterken arm ter terechtzitting wordt gebracht en de voorzitter tot hem eene vermaning of berisping richt ter zake van het door hem gepleegde misdrijf. Men spreekt dan geene straf uit, die niet wordt uitgevoerd en waardoor men de veroordeeling eigenlijk veelal tot eene eenvoudige formaliteit verlaagt, maar de straf bestaat in het uitspreken dier berisping of vermaning. Het is bekend, dat deze straf in verschillende landen b.v. in Zwitserland en Noord-Amerika zeer gunstige resultaten heeft opgeleverd. Natuurlijk moet deze straf niet worden toegepast, waar het ernstige misdrijven geldt. Door de vermaning onder de straffen op te nemen voorkomt men ook de miskennis van de waardigheid van den magistraat, door hem niet de gelegenheid te openen tot het opleggen eener straf, waarvan hij weet dat zij niet zal worden uitgevoerd, ja nog sterker, wier niet-tenuitvoerlegging hij zelf gelast.

Het verder betoog van den Minister luidt: „Eene theoretische bedenking, ook hier te lande tegen het

instituut aangevoerd, is deze, dat door het wegblijven der straf het misdrijf niet wordt geboet. Men vergeet daarbij echter, dat het leed dat den schuldige door het veroordeelend vonnis wordt aangedaan, waar men niet te doen heeft met boosdoeners van aanleg of gewoonte, zeer wel intenser kan zijn dan het verblijf in de gevangenis. Het is eene krenking van de ieder mensch aangeboren schaamte, eene ontneming van de achting zijner medemenschen, waaraan hij als maatschappelijk wezen behoefte heeft.

Het uitspreken van het vonnis geeft reeds zonder het bijkomende fysieke leed een groot moreel leed, en dit te dragen is, met behoud van de beste drijfveeren des menschen, eene waarachtige boete, een prikkel tot berouw, een middel tot verzoening met de zedelijke orde, die de schuldige had verstoord."

Dit betoog gaat in geen enkel opzicht op. Ik zal trachten deze mijne stelling te bewijzen. Om het groote gewicht der zaak moet ik hier uitvoerig zijn.

Het is niet slechts eene theoretische bedenking, die tegen het niet-tenuitvoerleggen eener uitgesproken straf wordt aangevoerd, maar eene quaestie van beginsel. De werking der straf is, gelijk ik in mijne *Esquisse* in het breede heb aangetoond, eene uitwissching van het ideeel nadeel door het misdrijf veroorzaakt en de straf moet evenredig zijn aan het misdrijf.

Dit laatste erkent de Minister zelf. Immers hij bepaalt straffen in de gevallen waarin hij die niet wil doen uitvoeren en zegt dus implicite, dat het misdrijf niet wordt geboet, tenzij de straf worde ondergaan, doch weder spreekt dit later weder, door te beweren, dat door het uitspreken der straf het misdrijf veelal voldoende is geboet. Een en ander is met elkander in flagranten strijd. Wat nu dat boeten eenvoudig door het uitspreken der

straf betreft, mijne langdurige ervaring heeft mij het tegendeel geleerd. Bij het uitspreken der straf is de op vrije voeten gelaten veroordeelde bijna nimmer tegenwoordig en hoe kan dan die uitspraak eenigen invloed uitoefenen?

Bovendien worden bijna nimmer de namen der veroordeelden in de nieuwsbladen vermeld. Hierbij komt nog dat de meeste veroordeelden niets geven om eene veroordeeling, maar alleen om de straf. Voor ieder, die de strafrechtspleging uit ervaring kent, is een en ander eenvoudig een axioma. Maar er is meer. De Minister spreekt van *boosdoeners van aanleg* en huldigt hier derhalve met zoovele woorden de leer van LOMBROSO, eene leer, welke zelfs door de voorstanders van de zoogenaamde nieuwere theorie reeds veroordeeld is. Hij gaat verder met de voorstanders dier theorie mede, als hij gewaagt van *gewoonte-misdadigers*. Ook hier staat mijne langdurige ervaring als rechterlijk ambtenaar tegenover des Ministers bewering.

Wie als *gewoonte-misdadiger* moet worden beschouwd is bovendien niet uit te maken. Maar ik wil nu eens aannemen dat als zoodanig moet worden aangemerkt iemand (het is trouwens een greep in het wilde) die drie vonnissen te zijnen laste heeft.

Slechts bij hooge uitzondering kan men zelfs in dien zin van een *gewoonte-misdadiger* spreken en voor die hooge uitzondering algemeene voorschriften in de wet op te nemen is ten stelligste af te keuren. Wanneer ik op dit punt mijne ervaring raadpleeg, dan ken ik slechts *een* zoogenaamden *gewoonte-misdadiger*. Wel is het mij bekend dat enkele personen gedurende een zeker tijdperk van hun leven herhaaldelijk een misdrijf begaan en meermalen te dier zake veroordeeld worden. Alleen waar het geldt bedelaars en landloopers kan men van *gewoonte-*



misdadigers spreken, wanneer men die personen namelijk als misdadigers beschouwt, wat onze wet echter niet doet.

Derhalve mag naar onze wet voor de leer van den gewoonte-misdadiger geen beroep op deze personen worden gedaan.

Zeer belangrijk is de vraag, die ik thans te beantwoorden heb, hoe het geheele betoog van den Minister, dat ik bestreed, kan worden verklaard. Die vraag is belangrijk in de hoogste mate en toch zeer gemakkelijk te beantwoorden. De Minister hinkt op twee gedachten en tracht twee onvereinigbare levensbeschouwingen, twee tegenover elkander staande rechtsbeschouwingen te vereenigen, wat nu eenmaal onmogelijk is.

Van huis uit, indien het mij geoorloofd is die uitdrukking te bezigen, is hij een voorstander van de leer van het klassieke strafrecht en erkent hij den gezegenden invloed van het Canonieke recht, waaraan het te danken is, dat het beginsel der schuld op strafrechtelijk gebied werd erkend. Om echter het stelsel van de niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf te kunnen aanbevelen, dat in strijd is met de leer van het klassieke strafrecht, moest hij zich plaatsen op het standpunt der zoogenaamde nieuwe theorie, op dat der aanhangers van de leer van PROTAGORAS en derhalve het determinisme in absoluten zin huldigen. Daaraan nu zijn zijne verschillende in beginsel met elkander onvereinigbare beschouwingen toe te schrijven. Men moet nu eenmaal kiezen of deelen en dan kan de keuze niet twijfelachtig zijn. Het klassieke strafrecht sluit zich aan aan de historisch geworden toestanden, het zoogenaamde moderne, in den grond der zaak reactionnaire strafrecht breekt daarmede. Dit laatste stelt alles op losse schroeven, erkent geen onderscheid tusschen goed en kwaad, beschouwt misdrijf als ziekte, wil van des menschen persoonlijke verantwoordelijkheid niets weten.

De Minister betoogt voorts dat het stelsel, door hem aanbevolen, *met verstand* moet worden toegepast en dus niet zooals in België, maar gelijk in Frankrijk.

Het is zeer gemakkelijk te zeggen, dat men het stelsel *met verstand* moet toepassen, maar het is niet de vraag wat men *moet*, doch wat men *zal* doen. En dan staat het naar mijn oordeel vast, dat hier te lande het voorbeeld van België zal worden gevolgd, omdat de vrees niet ongegrond is, dat onder hen, die tot leden onzer rechterlijke collegiën zullen worden benoemd, steeds meer tegenstanders zullen worden gevonden van de leer van het klassieke strafrecht.

Daarvan zal het noodlottig en onvermijdelijk gevolg zijn, dat het aantal dergenen, die zich aan een misdrijf schuldig maken, zeer zal toenemen en dat het tegendeel van hetgeen men dacht te bereiken het resultaat zal zijn van de invoering van het hier besprokene verderfelijke stelsel.

De Minister geeft vervolgens een historisch overzicht van het stelsel der voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf, waarbij hij er op wijst dat naar zijn oordeel de oorsprong daarvan in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika moet worden gezocht en voorts het volgende opmerkt:

„Het instituut heeft zich onder verschillende benamingen volgens tweeërlei stelsel ontwikkeld:

1o. het Engelsch-Amerikaansch proefstelsel, waarvan het hoofdkenmerk is, dat de veroordeelde gedurende den proeftijd hetzij onder toezicht van een daartoe aangesteld ambtenaar (*probation officer*) staat, hetzij door een borgtocht (*recognisance*), welken hij, bij recidive binnen den proeftijd verbeurt, is gebonden.

2o. Het Belgische—Fransche, volgens hetwelk den veroordeelde gedurende den proeftijd geen enkele band wordt aangelegd.

De uit eerstgenoemd stelsel voortvloeiende regelingen zijn zoo specifiek Engelsch-Amerikaansch, dat bij eene keuze tusschen beide voor de in de Nederlandsche strafwetgeving in te voegen artikelen in hoofdzaak vrij wel uitsluitend het tweede stelsel is gevolgd; de wetgeving van Frankrijk en België is bovendien in meer dan één opzicht nauw aan de Nederlandsche verwant”.

De overname van het stelsel der voorwaardelijke niet-uitvoering der opgelegde straf van Noord-Amerika en Engeland in verschillende landen van het Europeesche vasteland, met belangrijke wijzigingen, is weder een voorbeeld van navolging van buitenlandsche wetgevingen, dat geene aanbeveling verdient. Op dit punt ware de ondervinding de beste leermeesteres geweest, doch men heeft daaraan zelfs niet gedacht. Wanneer ik dit zeg, dan heb ik het oog op de jury, ongeveer eene eeuw geleden in de meeste landen van het Europeesche vasteland in het strafproces ingevoerd op het voorbeeld van Engeland, maar gewijzigd. Men kende het Engelsche strafproces niet en nam het stelsel gewijzigd over. In de eerste plaats paste het niet in het strafproces van genoemde landen en in de tweede plaats bedierf men het nog door het te wijzigen. En wat was hiervan het gevolg? Dat men nergens meer met het stelsel is ingenomen, dat deskundigen in Pruisen het afkeuren en dat men in Frankrijk door bevoegde personen, met het oog op de jury, de overtuiging hoort uitspreken: „Il „n’y plus de droit en France”. Ik besprak het systeem der jury uitvoerig in mijne in 1873 te Groningen verschenen brochure, getiteld: *Het leekenelement in de strafrechtspleging*. De treurige resultaten van de invoering van het stelsel der jury in de meeste landen van het Europeesche vasteland hadden tot omzichtigheid moeten leiden, alvorens weder eene poging te wagen in den-

zelfden geest. Doch men liet dit gewichtig punt buiten beschouwing. Wellicht was men volstrekt niet op de hoogte van dat onderwerp. En nu bewandelt men weder denzelfden weg en neemt uit het Engelsch-Noord-Amerikaansche strafrecht het door mij gewraakte stelsel van de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der straf, zij het ook gewijzigd, over. Tot dusver ging ik van de veronderstelling uit, mij op het standpunt van den Minister plaatsende, die op dit punt de meening deelt der wetgevers van verschillende landen op het Europeesche vasteland, waar het stelsel dat ik bespreek werd ingevoerd, dat men hier te doen heeft met eene gewijzigde navolging van het Noord-Amerikaansche stelsel. Dit is echter het geval niet en derhalve worden de omtrent dit onderwerp voorgestelde wetsbepalingen nog onaannemelijker. Waar het de jury gold, nam men het Engelsch-Amerikaansche stelsel, wat het strafproces betreft, zij het dan ook gewijzigd over, maar hier doet men gansch iets anders. Men neemt ongeveer niets over van het Engelsch-Amerikaansche stelsel, maar voert een stelsel in, dat met het eerstvermelde niet veel meer dan den naam gemeen heeft. Om dit aan te toonen, is het voldoende op de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, waaraan het systeem heet ontleend te zijn, de aandacht te vestigen. Ziehier in korte trekken het Noord-Amerikaansche stelsel, dat aanvankelijk alleen op jeugdige delinquenten werd toegepast, maar later ook tot volwassenen werd uitgebreid.

Men brengt den delinquent voor den rechter. Deze vermaant hem en heeft het recht om hem na die vermaning te laten gaan, maar als hij het noodig oordeelt, wat hij in elk bijzonder geval te beoordeelen heeft, kan hij hem ook, zooals men dat noemt, op de proef stellen. In het laatste geval spreekt de rechter over den delinquent

geene veroordeeling uit en legt hem dan ook geene straf op. Deze gunst wordt door den rechter verleend aan elken delinquent, die daarop naar zijn oordeel aanspraak heeft, zonder dat behoeft te worden aangetoond, dat de delinquent een vlekkeloos verleden had en zonder dat de rechter verplicht is op de meerdere of mindere zwaarte van het misdrijf te letten. De rechter bepaalt zich er toe den duur van den proeftijd op twee tot twaalf maanden te bepalen; wanneer de delinquent zich gedurende dien tijd goed gedraagt, dan wordt hij geacht gelijk te staan met iemand die nimmer terecht stond. Voorts werd een bijzonder ambt voor dit geval ingesteld. Er werd namelijk een bepaald ambtenaar aangesteld, onder den naam van *probation officer*, die met de meest uitgestrekte macht bekleed werd. Zijne betrekking omvat de volgende verplichtingen: zich op de hoogte te houden van de aankondigingen die dagelijks plaats hebben, de preventieve gevangenen te bezoeken, over hen als het ware met een oogopslag zich een oordeel te vormen, een onderzoek in te stellen naar de maatschappelijke positie, de inkomsten, de antecedenten van hen, die eene bijzondere behandeling schijnen te verdienen; voorts de zittingen der rechtbanken bij te wonen, en, op grond der aldus verkregen inlichtingen, een praeadvies, desvereischt, uit te brengen omtrent het op de proef stellen; eindelijk en vooral, zich bezig te houden met de losgelaten voorloopig aangehoudene delinquenten, over hen een verstandig toezicht uit te oefenen, hun arbeid te verschaffen om op eerlijke wijze in hunne behoeften te voorzien, hen geregeld te bezoeken, hun zoo noodig bepaalde verplichtingen op te leggen, b.v. verbod om herbergen te bezoeken, om zich schriftelijk tot matigheid te verbinden, over hen te waken in één woord, en, zoo hun gedrag verdacht schijnt, hen op zijn eigen gezag te doen aanhouden, en hen

wederom terug te doen brengen naar den rechter, hen voor dezen weder te doen terechtstaan, als wanneer deze verplicht is hen te veroordeelen, natuurlijk wanneer het het bewijs geleverd is.

Uit de korte uiteenzetting van het Noord-Amerikaansche stelsel kan ieder onbevooroordeelde zien dat dit stelsel en het in vele landen van Europa's vasteland ingevoerde en door den Minister aanbevolen systeem hemelsbreed verschillen, ja nog sterker uitgedrukt, ongeveer tegenover elkander staan. Immers eerstgemeld stelsel eischt: 1o. *verplichte verschijning van den delinquent voor den rechter*; 2o. *vermaning van den delinquent door den rechter*; 3o. *geene veroordeeling*, juist dus het door mij boven aanbevolen stelsel, terwijl het in de tweede plaats genoemde vordert: 1o. *veroordeeling*; 2o. *voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging der opgelegde straf*.

Uit een en ander volgt *lucè clarius*, dat een beroep op het Noord-Amerikaansche stelsel ter aanbeveling van het gedane voorstel elken grond mist en derhalve met de meeste beslistheid moet worden gewraakt. Zonder fondamente is het nu eenmaal onmogelijk een gebouw te stichten en, het is door mij aangetoond, die fondamente ontbreken hier.

De Minister wijst ter aanbeveling van zijn stelsel op de statistiek in Frankrijk, België en Duitschland. Aan die statistiek kan echter geen de minste waarde worden toegekend ter aanbeveling van het stelsel voor Nederland, omdat het de vraag is wat de statistiek in Nederland, als het stelsel was ingevoerd, zoude aantoonen en omdat het Openbaar Ministerie in Nederland een zeer groot aantal der misdrijven, waarvoor het bewijs zoude zijn te leveren niet vervolgt en derhalve voor Nederland eene gunstige statistiek nog zeer weinig gewicht in de schaal zoude werpen.

De Minister wil zijn stelsel slechts zien toegepast bij veroordeeling tot eene vrijheidsstraf van zes maanden of minder.

Ik merkte boven reeds op, dat het te verwachten is, dat dan alle tot straffen van dien duur veroordeelden straffeloos zullen blijven.

Doch genoeg, want ik wil hier niet herhalen wat ik in mijne *Esquisse* op verschillende plaatsen uitvoerig betoogd heb. Mochten mijne opmerkingen er maar iets toe bijdragen om de invoering van het door den Minister aanbevolen stelsel bij ons te lande te voorkomen, dan zoude ik mij daarover zeer verheugen.

Caveant consules ne quid respublica nostra detrimenti capiat.

---

## Preventieve hechtenis,

DOOR

Mr. B. GEWIN,  
*Advocaat te Utrecht.*

---

Wanneer we eenige opmerkingen gaan maken over de preventieve hechtenis, kunnen we veel, dat anders volledigheidshalve en ter opheldering zou moeten worden aangeroerd, laten rusten, dank zij de uitnemende voorlichting ons in de praeadviezen voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging door Mrs. ROOYAARDS en VAN RAALTE (1) geschonken, alsmede door de debatten dien-aangaande op de vergadering van voornoemde vereeniging, Augustus 1897, gehouden; verder door een belangrijk artikel van Mr. ASSCHER in *Themis* (2) en wat speciaal betreft de historie, de buitenlandsche wetgeving, alsmede het memoreeren van een aantal voorbeelden uit de praktijk der preventieve hechtenis, door de onlangs verschenen dissertatie van den Heer DU QUESNE VAN BRUCHEM. (3)

Daar bij de preventieve hechtenis als domineerend vraagstuk mag worden beschouwd het verband tusschen persoonlijke vrijheid en algemeen belang, in casu de rechtszekerheid, hierover eerst een enkel woord.

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1897. Praeadviezen van Mr. A. J. ROOYAARDS en Mr. JOS. VAN RAALTE.

(2) Mr. B. E. ASSCHER: Eenige opmerkingen over de Preventieve hechtenis, *Themis* 1897, pag. 545 v.v.

(3) L. J. A. DU QUESNE VAN BRUCHEM: De Preventieve Hechtenis, Utrecht, 1904.



Het is vanouds een van de voornaamste bestanddeelen van de Overheidstaak geweest om het recht te handhaven, op te treden ter bescherming van persoon en goed. Aanranding van die persoonlijke vrijheid is daarom echter niet onmogelijk. Naar elke constitutie heeft de Overheid de vrijheid inbreuk te maken zoowel op het leven en het goed als op de vrijheid van het individu, wanneer zij dat tot verwezenlijking van het staatsdoel noodig acht. De begrenzing van de taak der Overheid toch wordt bepaald door hare roeping. Waar nu die roeping b.v. ter bevordering der rechtszekerheid inbreuk op de persoonlijke vrijheid noodig maakt, is die inbreuk echter alleen geoorloofd *ultima conditione* en bij gebleken noodzakelijkheid. Zoodra het dus onomstootelijk vaststaat, dat de rechtszekerheid het offer der persoonlijke vrijheid vordert, is de Overheid, hoewel in het algemeen tot handhaving er van geroepen, tot het inbreuk maken op die vrijheid alleszins gerechtigd.

De Grondwet zelve, als bolwerk der persoonlijke vrijheid art. 157 stellend, gedooft als regel alleen inbreuk onder bepaalde voorwaarden, n.l. dat geene gevangenneming plaats hebbe, tenzij dat ze gelast worde bij formeel en gemotiveerd rechterlijk bevel, welk bevel zoo spoedig mogelijk bij of na de aanhouding behoort beteekend te worden aan dengene tegen wien het is gericht, terwijl de wet den tijd moet bepalen binnen welken de aangehoudene moet worden verhoord.

Hier ter plaatse zij er op gewezen, dat van de, met inachtneming van de in bovengenoemd artikel genoemde waarborgen, gedoogde preventieve hechtenis wel dient onderscheiden te worden, de zgn. voorloopige bewaring door de politie b.v. van een wegens openbare dronkenschap gearresteerde. Deze bevoegdheid valt niet onder en is niet in strijd met artikel 157. Ze is te beschouwen

als een noodzakelijk postulaat der repressieve politie.

Zooals gezegd, mag en moet somtijds op de persoonlijke vrijheid inbreuk worden gemaakt, doch alleen ultima conditione, bij gebleken noodzakelijkheid en onder voldoende waarborgen.

We staan hier zeker voor eene uiterst epineuze kwestie, bij wier regeling men wel nooit ten volle voldaan zal zijn, zooals dat doorgaans het geval is bij een belangenstrijd. Voor het individu toch is zijne persoonlijke vrijheid een kostbaar goed, terwijl voor den Staat tot een van zijne gewichtigste functies behoort, de handhaving van het recht, in casu het voorkomen dat de rechtsorde wordt geschonden. Beide stellen gebieden, hunne eischen. Geen van beide kan zonder ernstige schade geschonden worden.

Voor het individu is de preventieve hechtenis een ernstig leed. Reeds in het breede is op de bezwaren die ze voor hem meebrengt gewezen, zoodat wij met eene korte resumptie kunnen volstaan.

Voor hem die ze treft is ze een ernstig leed, niet alleen omdat ze hem treft als gevolg en ter zake van een bloot *vermoeden*, zonder dat alsnog van schuldbewijs sprake is, doch ook vooral omdat ze hem plaatst in eene uitermate ongunstige positie, als gevolg van het feit dat hij plotseling, vaak geheel onvoorbereid, onttrokken wordt aan werkzaamheden en gezin, wat inzonderheid, wanneer hij kostwinner voor de zijnen is, een zeer ernstige zaak is. Mr. HOUWING (1) vraagt zelfs of men hierdoor (door de toepassing der preventieve hechtenis) de misdaad niet eer zal bevorderen.

Verder bedenke men dat de preventieve hechtenis is

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 115.

te beschouwen als iets infamants, waarop Mr. J. A. LEVY op de vergadering van de Juristen-Vereeniging (1) wees en wel niet alleen qua hechtenis, d. i. opsluiting, maar ook wegens den banvloek dien het publiek over zulk eenen uitspreekt.

We spraken van opsluiting. Hoewel preventieve hechtenis juridisch niet is te beschouwen als eene straf, stemt ze toch feitelijk geheel met de gevangenisstraf overeen, in zooverre beide met vrijheidsberoving gepaard gaan en het den preventief gedetineerde al bitter weinig zal kunnen schelen, krachtens welken titel hij zit. Hij zit opgesloten, en dat is voor hem het leed.

We spraken ook van den banvloek van het publiek. Het is nu eenmaal niet anders, doch hij die hechtenis of gevangenisstraf heeft ondergaan wordt door het publiek gebrandmerkt als misdadiger, met alle gevolgen die deze treurige gewoonte met zich brengt. (2) We kunnen volkomen instemmen met de verzuchting van Mr. JOS. VAN RAALTE (3), dat als de preventieve hechtenis ten onrechte wordt toegepast het nadeel veel grooter is dan wanneer blijkt, dat ze verkeerdelijk achterwege bleef.

Het is zeker buiten twijfel dat de preventieve hechtenis voor hem die er mee bedeed wordt van hoogst ernstige beteekenis en gevolgen is. Evenzeer is ze echter voor den Staat onmisbaar ter volbrenging van een deel van zijn taak.

Zoo toch de Overheid heeft op te treden als handhaafster

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 170.

(2) Mr. B. GEWIN: Plaatsing van ontslagen gevangenen, 1899, p. 3 v.v.

(3) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. I, p. 119.

der gerechtigheid en wreekster van het kwaad is het duidelijk, dat de overtreder van de strafwet door haar behoort te worden gestraft en dat ter vervulling van die taak alle middelen aan haar ten dienste behooren te staan die noodig zijn, niet alleen om een behoorlijke voltrekking van de straf te waarborgen, maar ook om het onderzoek mogelijk te maken. Onder die middelen nu behoort de preventieve hechtenis.

Dat haar recht van bestaan dus niet kan worden geloochend is buiten twijfel. De vraag is echter, of de regeling betreffende die preventieve hechtenis en de waarborgen die daarbij aan het individu worden geschonken voldoende zijn; want immers alleen bij voldoende waarborgen is inbreuk geoorloofd.

Men is het er nu geloof ik in het algemeen vrijwel over eens, dat de wijze waarop men ten onzent tot preventieve hechtenis overgaat, de vraag doet rijzen of men hier wel altijd de billijkheid en de noodzakelijkheid aan zijn zijde heeft. De reeks voorbeelden uit de praktijk der preventieve hechtenis ontleend, voorkomend in de dissertatie van den heer DU QUESNE VAN BRUCHEM (1), leveren, geloof ik, het bewijs dat dit niet het geval is. Betere waarborgen dienen dus in de wet te worden opgenomen. Dat deze zullen moeten gezocht worden in de wijze waarop tot preventieve hechtenis wordt overgegaan en niet in maatregelen die men ter voorkoming of als surrogaat voor die hechtenis wenscht aan te wenden, als n.l. de cautie of in die welke men a posteriori ter leniging van de geslagen wonden neemt, als het in mindering brengen van den tijd in preventieve hechtenis doorgebracht, alsmede het verleenen van schadevergoeding, zal blijken.

In onze opvatting dat laatstgenoemde middelen van

---

(1) L. J. A. DU QUESNE VAN BRUCHEM, t. a. p. 70 v.v.

weinig of geen beteekenis zijn te beschouwen, vinden we Mr. LEVY tegenover ons, die van juist tegenovergestelde meening is en er beperking van de noodlottige gevolgen der preventieve hechtenis mee denkt te bereiken. (1)

In de eerste plaats dan een woord over de *cautie*, welke zooals men weet, ten onzent bestaat bij de consulaire rechtspreking en volgens de faillissementswet ook in geval van faillissement, doch die ons Wetboek van Strafvordering niet kent. Men wil nu ook ten aanzien van de preventieve hechtenis dat deze zou kunnen worden afgekocht door betaling eener geldsom onder het stellen van borgtocht. Verschil van meening bestaat er evenwel over de vraag of ze bij elk voorkomend geval van verdenking, de ontheffing van de hechtenis moet mogelijk maken dan wel slechts in bijzondere gevallen.

In het algemeen wordt de toepassing alleen verdedigd, wanneer vrees voor vlucht de grond voor vrijheidsbeneming zou zijn. Sommigen willen de mogelijkheid echter ook in andere gevallen zien erkend. Mr. ROOYAARDS (2) verdedigt o. a. de meening, dat als den rechter eenmaal de bevoegdheid is verleend talrijke handelingen onmogelijk te maken door den man aan te houden, hij ook gerechtigd dient te zijn van diezelfde handelingen terug te houden door zekerheidstelling. Mr. ASSCHER (3) is van gevoelen, dat de *cautie* niet alleen een waarborg moet zijn, dat de beklaagde na zijne veroordeeling zijne straf zal ondergaan, doch ook dat zij den beklaagde gedurende het proces binde en zijne verschijning bevordere

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 173.

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. I, p. 52.

(3) Mr. B. E. ASSCHER, t. a. p. p. 577.

ter plaatse waar en ten tijde dat hij gedurende de instructie zal worden opgeroepen om gehoord en met getuigen te worden geconfronteerd.

We zeiden boven, dat men weinig van de cautie als middel ter voorkoming of liever als surrogaat der preventieve hechtenis heeft te verwachten. Nu, we gelooven dat men zich in het algemeen, ten minste voor de praktijk, geen te hooge illusies van hare invoering maakt. Voor dat men ons bij eventueele herziening van ons Wetboek van Strafvordering uit onze in deze „splendit isolation” (naar ik meen zijn we een van de weinige naties die het instituut der cautie nog niet in hunne strafwetgeving hebben opgenomen) rukt, is het, meenen we, toch niet ongewenscht om nog eens op enkele bezwaren die tegen het cautiestelsel bestaan de aandacht te vestigen.

Het ontslag tegen cautie berust op het denkbeeld dat het tijdelijke verlies van vrijheid te verkiezen is boven blijvend verlies van vermogen. De cautie is dus gebouwd op het vermoeden van een sterke gehechtheid aan het vermogen. Nu is het eene onbetwistbare waarheid, dat de mensch over het algemeen sterk aan zijn vermogen hecht, het moge evenwel twijfelachtig worden genoemd, of die gehechtheid, ingeval men staat voor het verlies van zijne vrijheid, wel zoo sterk is, vooral voor hem die met middelen gezegend is. Wel is waar berust de boete als straf ook op dit vermoeden, doch niemand zal willen beweren, dat boete voor den niet bepaald onbemiddelde een ernstig leed is.

We veroorloven ons verder de vrijheid de vraag te stellen of men inderdaad meent, dat in het algemeen de mogelijkheid bestaat, dat de *judex facti* met eenige kans op succes er in zal slagen de juiste verhouding te schatten tusschen de affectie-waarde ten opzichte van het vermogen en de waarde die het betrokken

individu in het gegeven geval aan zijne persoonlijke vrijheid hecht. Niet oneigenaardig is in deze de bemerking van Mr. ASSCHER, die hoewel er zich weinig warm over makend, toch geen tegenstander is van de cautie. In zijn meergenoemd Themis-artikel (1) toch heet het: „Wil men echter zeker zijn, dat de beklagde aldus zijne keuze uitbrengt, dan moet het dreigend vermogensnadeel inderdaad belangrijk zijn, dan moet m. a. w. de cautie zoo hoog gesteld worden, dat zij . . . in de meeste gevallen niet gesteld wordt”.

Waar het verder mogelijk is, dat de vereischte geldsom, niet uit eigen vermogen wordt gefourneerd, vervalt voor een groot deel de grond waarop de geheele cautie rust, tenzij men mocht hechten aan den grooten moreelen band, die door sommigen verondersteld wordt te bestaan tusschen den geldschieder en hem die de cautie aanbiedt.

Waar Mr. ROOYAARDS (2) zegt, dat wij den man niet meer bij de jas houden, maar hem laten vasthouden door zijn vriend die het misschien niet stevig genoeg zal doen, gelooven we, dat in het laatste een onbetwistbare waarheid gelegen is. Ditzelfde geldt ook voor den borgtocht, die, naar het model van het Engelsche stelsel, ook wel bij ons zal worden gevorderd. Wanneer men nu bedenkt, dat men er veelal, helaas, niet veel bezwaar in vindt, zijne borgen te laten zitten, zal dit zeker te meer het geval zijn waar men hier voor de keus van voldoening of vrijheidsbeneming wordt gesteld. Het gevolg zou dan zijn, dat anderen er in vlogen (*sit venia verbo*) en het doel der cautie geheel werd gemist.

Men vergete verder niet, dat het zoovele malen aan-

(1) Mr. B. E. ASSCHER, t. a. p. 176.

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. I, p. 54.

gevoerde argument der rechtsongelijkheid toch niet van allen grond is ontbloot. Reeds bij de behandeling van het vraagstuk in de Juristen-vereeniging in 1871, werd het argument der ongelijkheid, die de cautie zou scheppen tusschen bemiddelden en onbemiddelden van verscheiden zijden gehoord. Bij de behandeling in 1897 vestigde men er opnieuw de aandacht op. De tegenwerping (1) is gemaakt, dat de rechtsgelijkheid steeds bestaat waar de voorwaarden door de wet gewild aan allen gelijkelijk worden gesteld en dat of allen aan die voorwaarden feitelijk kunnen voldoen niet eene rechtsvraag, maar eene feitelijke is. De heer MODDERMAN maakte in 1871 de opmerking, dat er daarom van ongelijkheid geen sprake zou zijn, omdat die ongelijkheid niet door den Staat in het leven werd geroepen, maar werd gevonden. Men vergeete echter niet dat er alsdan wel eenig gevaar bestaat, dat door het cautiestelsel deze ongelijkheid opzettelijk naar voren gebracht wordt en er consequenties aan verbonden worden die men, dient te vermijden. Men bedenke ook, en dat zal toch wel door een ieder worden toegestemd, dat de cautie zeker den schijn van rechtsongelijkheid scheidt, wat reeds een ernstig kwaad moet worden geacht.

Ten slotte verdient de vraag gesteld of er geen grond is voor de vrees door Mr. LEVY (2) geuit, dat men, nu de mogelijkheid op cautie bestaat, er maar op los zal hechtenissen, alsmede voor het gevaar waarop door Mr. ASSCHER (3) is gewezen, dat, na invoering der cautiestel-

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 173.

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 169.

(3) Mr. B. E. ASSCHER: t. a. p. p. 130.



ling, preventieve hechtenis zal worden toegepast met de gedachte dat de beklagde zich wel door cautie zal doen in vrijheid stellen. De beklagde, die daartoe niet bij machte is, zal hierdoor ernstig benadeeld zijn, terwijl wanneer hij het wel kan doen, de voorloopige aanhouding ontardt in eene kunstgreep om cautie los te krijgen.

Zou het dus niet wenschelijk zijn de verschillende bezwaren nog eens onder de oogen te zien alvorens tot invoering over te gaan van iets waarvan voor de praktijk toch niet veel is te verwachten?

Na de bovenstaande beschouwing betreffende de cautie, komt nu de beurt aan de middelen die ter verzachting van het leed der preventieve hechtenis worden aanbevolen. Men heeft zoowel voor hem die na ondergane preventieve hechtenis wordt veroordeeld, als voor hem die na afloop van die hechtenis zonder vonnis vrij uitgaat, een pleister op de wonde gereed. Het eene is reeds voorhanden, terwijl het andere nog op de verlanglijst staat.

Wat het eerste betreft kent ons Wetboek van Strafvordering den rechter de bevoegdheid toe ten aanzien van den *veroordeelde* de preventieve hechtenis met de opgelegde straf te *compenseeren*. De kwestie van het theoretische bezwaar tegen de compensatie van ongelijksoortige grootheden als preventieve hechtenis (juridisch geen straf) en de opgelegde vrijheidsstraf, zullen we hier laten rusten. Boven wezen we er op, dat *facto* preventieve hechtenis evenzeer een straf is en dat het voor den delinquent van zeer weinig belang is of hij in naam van preventieve hechtenis of op grond van een veroordeelend strafvonnis zit. We vragen nu of deze geheele compensatiekwestie, wanneer men ze beschouwt uit het oogpunt van tegemoetkoming aan eenen veroordeelde, niet is een doekje voor het bloeden, daar toch de rechter uit kracht

van zijn recht tot straftoemeting 't belang eener compensatie ten eenenmale kan doen te loor gaan. De zaak der in-minderung-brenging komt ons voor voor den betrokkene eene uiterst schrale troost te zijn.

Thans een woord over de *vergoeding* die men hetzij aan alle hetzij aan sommige *niet-veroordeelden* wenscht toe te kennen. Op het oogenblik zwijgt onze wetgever dienaangaande nog.

Om na te gaan wat de voorstanders dezer schadevergoeding zoo ongeveer willen, late men als proeve het oog vallen op de Deutsche wet van 14 Juli 1904 betreffende „die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft”, waarover we voor ons hebben een artikel van Mr. SIMONS (1), dat dient ter toelichting en beoordeeling van de voorwaarden waarop genoemde wet schadevergoeding wenscht uit te keeren. Ter verduidelijking memoreeren we hier die voorwaarden:

a. De schadevergoeding wordt niet toegekend aan allen die zonder te zijn veroordeeld uit de preventieve hechtenis worden ontslagen, doch alleen aan diegenen onder hen, wier onschuld is gebleken of tegen wie althans eenig ernstig vermoeden van schuld niet meer bestaat.

b. Ook de zoodanigen hebben op vergoeding geen recht, wanneer de toepassing van de preventieve hechtenis aan hun opzet of schuld te wijten is; de vergoeding kan hun worden onthouden wanneer de door hen gepleegde handeling wel niet strafbaar doch zedelijk afkeurenswaardig is of wanneer zij ongunstig bekend staan ten gevolge van vroegere veroordeelingen.

c. De schadevergoeding wordt alleen gegeven wan-

---

(1) Mr. D. SIMONS: Preventieve hechtenis en schadevergoeding, Tijdschrift voor Strafrecht, XVI p. 482 v.v.

neer het ontslag uit de preventieve hechtenis geschiedt krachtens rechterlijke beschikking, niet wanneer nog slechts een voorbereidend onderzoek vanwege het O. M. heeft plaats gegrepen.

*d.* De vergoeding betreft uitsluitend vermogensschade, zuiver ideëele schade komt niet in aanmerking.

*e.* De rechter beslist of vergoeding zal worden gegeven, het bedrag der vergoeding wordt bepaald door eene administratieve autoriteit, van wier uitspraak beroep is op den rechter.

Bij het lezen van het bovenstaande moet men onwillekeurig een indruk van groote benepenheid krijgen.

Waarom al deze restricties, waarom niet aan allen die preventieve hechtenis hebben ondergaan, schadevergoeding toegekend? Dit vloeit toch logisch voort uit den grond dien de voorstanders algemeen voor die schadevergoeding schijnen aan te voeren en dien Mr. ASSCHER (1) aldus typisch aangeeft, n.l. dat zij van den Staat vergoeding voor het ondergane leed moeten ontvangen, die het offer *hunner* vrijheid brachten in *zijn* belang.

Wat ons betreft, we zouden in geen geval schadevergoeding willen toekennen.

Bij het ondergaan van preventieve hechtenis toch is het leed tweërlei, materieel en moreel. Nu wil men het materieele leed trachten te vergoeden. Zal in de praktijk dat materieele leed doorgaans wel zijn te berekenen en zal men er in slagen het ten naasten te vergoeden, in aanmerking genomen de luttele sommetjes die men van Staatswege voor schadevergoeding pleegt uit te keeren? Hoe zal men b.v. de schade kunnen nagaan en willen vergoeden, die het verlies van eene betrekking of het verlopen eener zaak meebrengt?

---

(1) Mr. B. E. ASSCHER, t. a. p. p. 578.

De moreele schade, die vaak van den ernstigsten aard zal zijn, als verlies van naam en reputatie, wordt ganschelijk niet vergoed. Wanneer dat moreele nadeel, zooals Mr. SIMONS (1) opmerkt, vaak belangrijke materieele gevolgen meebrengt, geldt de bovenstaande bedenking ook hier.

De geheele zaak der schadevergoeding zal hierop neerkomen, dat men een middeltje heeft gevonden om zijn rechtsbewustzijn te bevredigen, zonder dat hiervoor in werkelijkheid reden bestaat. De ongelukkige, die thans nog wellicht op eenig medelijden en eenigen steun van het publiek kon rekenen, zal nu naar huis worden gezonden met de bewering: „ge zijt immers schadeloos gesteld”. Het zal in deze gaan als met den man, die door een bordje aan zijne deur te slaan, waarop te lezen staat, dat hij lid is van eene vereeniging tot armenverzorging, zich ontslagen acht van elke zedelijke verplichting, iets verder voor armenverzorging te doen.

Van het toekennen eener schadevergoeding verwachtte men dus niet veel en men lette vooral op de schaduwzijden.

Uit al het bovenstaande is voldoende gebleken, dat er geen reden bestaat die de hoop wettigt, dat, afgescheiden van de bezwaren, de middelen ter remplaceering of leniging van het leed der preventieve hechtenis iets zullen baten. Men zoeke daarom zijn heil in het scheppen van betere waarborgen bij de wijze waarop men tot vrijheidsbeneming overgaat.

Alvorens dit nader te behandelen, worde eerst nagegaan *wanneer* toepassing mogelijk behoort te zijn.

---

(1) Mr. D. SIMONS, t. a. p. p. 493.

We zouden in deze zoo liberaal mogelijk willen wezen door de opsomming van *de gevallen waarin*, alsmede *de misdrijven waarbij* niet, zooals thans geschiedt, in de wet op te nemen.

Wat aangaat het laatste punt, zijn o.a. op de vergadering der Juristen-Vereeniging verschillende meeningen geuit. Door sommigen zooals Mr. ROOYAARDS (1), wordt de zwaarte van het misdrijf waarbij de toepassing der preventieve hechtenis mogelijk moet zijn, als levensvoorwaarde beschouwd. Mr. HOUWING (2) wenscht de delicten met name in de wet te zien genoemd, terwijl Mr. VON BAUMHAUER (3) verlangt dat het maximum verlaagd worde.

Zoo de preventieve hechtenis krachtens den rechtsgrond waarop ze steunt bij alle strafbare feiten is te wettigen, wat ik geloof dat men wel niet zal betwisten, waarom ze dan tot een aantal zware vergrijpen beperkt? Die rechtsgrond zal toch ook wel bij lichtere vergrijpen bestaan? Zal men b.v. wanneer men met een gevaarlijk sujet te doen heeft, die zich herhaaldelijk aan kleine vergrijpen schuldig maakt niet vaak veel meer behoefte hebben aan de toepassing der preventieve hechtenis, dan bij menigeen die een zwaar misdrijf begaat. Men late daarom den rechter in deze geheel vrij.

Wat betreft de *gevallen waarin* tot toepassing kan worden overgegaan, men lette hierbij op de Belgische wet, die alleen spreekt van „sûreté publique”, welke zich

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 19.

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 115.

(3) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 142.

natuurlijk op velerlei wijzen kan openbaren, en onthoude zich van verdere omschrijving.

Naast de in de wet genoemde vlucht en andere redenen van maatschappelijke veiligheid spreekt o.a. Mr. VAN HAMEL (1) nog als grond voor preventieve hechtenis van de eigen veiligheid van het individu, wegens de verontwaardiging van het publiek. We zouden willen vragen of dit geval wel iets met preventieve hechtenis te maken heeft en niet meer te beschouwen is als politie maatregel. Het is toch hier niet zoozeer het justitieele belang dat door de toepassing van het lynchrecht zou worden geschaad als in het bijzonder de persoonlijke veiligheid, die bij de politie bescherming vindt.

Mr. VON BAUMHAUER (2) wil de preventieve hechtenis ook zien aangewend in het belang der instructie, dus als middel om den verdachte tot bekentenis te brengen. Eene dusdanige inquisitoriale aanwending der preventieve hechtenis zal toch zeker buiten de bedoeling des wetgevers hebben gelegen, anders ware dit wel afzonderlijk vermeld.

Juist het geval met zooveel woorden in de wet genoemd, n.l. gevaar voor *vlucht* doet zich in de praktijk weinig voor, waarop trouwens reeds herhaaldelijk is gewezen en wat ook zeer duidelijk is. Men denke slechts aan de groote kosten, de vrij hooge mate van kennis en vernuft voor zulk een onderneming noodwendig vereischt, alsmede het zeer ingrijpende van den maatregel, als gevolg van de onvermijdelijke opoffering van positie en het in den steek laten van familie en vrienden en last

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 130.

(2) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 147.

not least, de meestentijds luttele kans op succes, ten minste bij voldoende aanwijzing omtrent den persoon, als gevolg van de steeds beter werkende internationale recherche en de uitbreiding, die aan het instituut der uitlevering, wat betreft de gevallen waarin als de Staten waarmee, gegeven wordt.

Wat aangaat de gronden die men doorgaans als de gewichtige redenen van maatschappelijke veiligheid aanwijst, n.l. *vrees voor het herhaling* en *collusie*-gevaar, ook een enkel woord.

Wat het eerste betreft zij hier gewezen, wat Mr. VAN HAMEL op de vergadering van de Juristen-Vereeniging (1) reeds deed, op het feit dat men hier niet zoozeer staat voor de vrees van herhaling (speciale recidive) (2) maar voor het gevaar dat *nieuwe misdrijven* zullen worden gepleegd, waartoe zeker gevaar bestaat, daar men vaak te doen heeft met gevaarlijke sujetten, die van het plegen van vergrijpen hun beroep maken. Ter verduidelijking halen we hier de woorden van Mr. SIMONS (3) aan. „Over de vraag, of vrees voor herhaling een grond voor het toepassen van de preventieve hechtenis kan zijn, zou in theorie zeker veel te zeggen zijn ter bestrijding van dat gevoelen, maar ik erken met den heer VAN HAMEL, dat er tal van gevallen kunnen zijn waarin de onmiddellijke inhechtenisneming met het oog op den persoon van den beklagde inderdaad gewettigd en noodzakelijk kan zijn.

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 129.

(2) We zouden hier een uitzondering willen maken voor het geval van vermogensdelicten. Hierbij toch zal, zoo men met iemand te doen heeft, die zonder middel van bestaan is, wel degelijk gevaar zijn, voor speciale recidive.

(3) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 157.

Maar dan zou ik liefst die zonderlinge uitdrukking: „vrees voor herhaling, voor nu en later uit de rechterlijke beschikkingen zien verdwijnen en daarvoor in de plaats zien gesteld de volkomen juiste uitdrukking die nauwkeurig wedergeeft wat men bedoelt, namelijk dat de preventieve hechtenis kan worden toegepast met het oog op het gevaarlijke karakter van den persoon die verdacht is het misdrijf te hebben gepleegd”.

Theoretisch is er ongetwijfeld veel te zeggen voor het betoog van Mr. MODDERMAN in 1871 en van Mr. HOUWING op de laatste Vergadering der Nederlandsche Juristen-Vereeniging n.l. dat men te doen heeft met iemand van wien men vermoedt dat hij een misdrijf gepleegd heeft en dien men opsluit omdat men vermoedt dat hij wederom een misdrijf zal plegen, of zooals Mr. HOUWING (1) het uitdrukt: „zijn schuld aan het eerste misdrijf is nog niet bewezen en het tweede wordt slechts vermoed te kunnen geschieden op grond van die twee vermoedens, zal men dus den man kerkeren, dat gaat te ver.” Moge deze redeneering in theorie nog zoo juist zijn; voor de praktijk is het juist een onloochenbaar feit, dat men voortdurend te doen heeft met recidivisten, ten aanzien van wie groote vrees bestaat voor het plegen van nieuwe misdrijven. Al is het dan op grond van vermoedens, zoo dienen, waar die vermoedens zoo aan redelijke zekerheid grenzen, de waarborgen bij de wijze van vrijheidsbeneming voldoende te zijn om preventieve hechtenis mogelijk te maken.

En nu het *collusie*-gevaar, waarbij we aanstonds onderscheid dienen te maken tusschen een tweetal gevallen.

Sommigen wenschen de preventieve hechtenis ter ver-

---

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. II, p. 116.



krijging van de medewerking van den verdachte, ter bevordering van de instructie en tot het afdwingen eener bekentenis. Dat men hiermee zou komen tot een bedenkelijken inquisitorialen maatregel, een surrogaat soms voor de pijnbank, is buiten twijfel en boven reeds gezegd.

Anderen meenen dat de preventieve hechtenis o.a. hare rechtvaardiging vindt in dat collusie-gevaar, dat bestaat in actieve tegenwerking, b.v. door het verbergen van instrumenten en corpora delicti, het uitwisschen van sporen, het maken van bedenkelijke afspraken enz. Zou dit echter wel te voorkomen zijn, zal men hiermee wel wachten tot het eventueel tot preventieve hechtenis gekomen is, zal men niet reeds te voren verborgen hebben, zoo er iets te verbergen was, zal men niet onmiddellijk of zeer kort na het plegen van het misdrijf de sporen uitwisschen en niet steeds het onderzoek en verhoor belemmerende afspraken kunnen maken? Het een en ander ligt nog al voor de hand.

Wanneer men echter meent, dat de preventieve hechtenis op grond van dit collusie-gevaar toch van eenig nut kan zijn, dan zal, zoo men zijn vermoeden aannemelijk maakt, er wel geen bezwaar zijn ze toe te passen. We kunnen het echter niet helpen in deze eenigszins sceptisch te wezen.

Noch vrees voor vlucht, noch die voor herhaling (in den zin van speciale recidive), noch die voor collusie zullen in den regel dus redelijkerwijs grond voor preventieve hechtenis kunnen opleveren. De beoordeeling van de gevallen waarin, late men dus geheel aan den *judex facti* over, waarbij alleen het maatschappelijke belang tot richtsnoer zij.

We zagen boven, dat men noch in cautie, noch in het in mindering brengen van den tijd in preventieve

hechtenis doorgebracht, noch in de toekenning van schadevergoeding, een middel heeft te zoeken ter verbetering van het instituut der preventieve hechtenis en dat evenmin is aan te bevelen de betere waarborgen te zoeken in het limiteeren van den rechter in de keus der misdrijven waarbij en de gevallen waarin hij tot de toepassing der preventieve hechtenis zou kunnen overgaan.

Men zoeke daarom, zooals is gezegd, de verbetering van den huidige toestand uitsluitend in de *wijze waarop* men tot de preventieve hechtenis geraakt. Hierin zijn onzes inziens, zonder de rechtspleging te schaden alleen de waarborgen voor de persoonlijke vrijheid te zoeken.

Hoe is het thans met de procedure bij de verzekerde bewaring gesteld?

Men onderscheide hierbij op het voetspoor van ons Wetboek van Strafrecht tweeërlei gevallen n.l. *a.* voorloopige aanhouding door Rechtbank, Hof, Rechter-Commissaris en Openbaar Ministerie voor den duur van 6 dagen en *b.* gevangenneming en gevangenhouding door Rechtbank en Hof voor den duur van 30 dagen, beide zonder verhoor, motiveering of appèl.

Welke veranderingen zouden nu in deze regeling dienen te worden gebracht?

In sommige gevallen kan de voorloopige aanhouding door den Rechter-Commissaris en het Openbare Ministerie geschieden, door den Rechter-Commissaris n.l. volgens de artikelen 45, 80 en 98 zonder en in de gevallen van artikel 79 en 104 met medewerking van het O. M. Het O. M. is alleen er toe bevoegd in geval van artikel 45.

We zouden nu in de eerste plaats, de bevoegdheid tot voorloopige aanhouding, aan de genoemde autoriteiten willen ontnemen, niet alleen omdat in de hand van een enkel persoon, voor de persoonlijke vrijheid geene genoegzame waarborgen zijn te vinden, maar vooral omdat de

aard der werkzaamheden van de bovengenoemde rechterlijke ambtenaren geheel contrair is aan wat eene behoorlijke vrijheidsbeneming vordert. De Rechter-Commissaris toch draagt een specifiek eenzijdig inquisitoriaal karakter, terwijl het ernstig de vraag is of de positie van het O. M. als opsporings-ambtenaar en partij in het aanstaande geding wel voldoende waarborgen biedt voor eene onpartijdige vrijheidsbeneming. Wat in het bijzonder de hulp-Officieren betreft, aan wien mede ingeval van ontdekking op heeterdaad, de bevoegdheid tot voorloopige aanhouding is geschonken, komt het ons voor, dat deze taak allermint strookt met hunne positie en gewone werkzaamheden, die toch grootendeels liggen op het gebied van administratie en politie. Daarbij is het gevaar, dat de zaak, alvorens bij den Officier en verdere rechterlijke autoriteiten beland te zijn reeds geprejudiceerd is, op welk gevaar Mr. 't Hoort, (1) vergezeld van eene illustratie der bezwaren aan de werkzaamheid van hulp-Officieren in deze verbonden, op de Juristen-Vereeniging wees.

Wat in het algemeen de arrestatie-bevoegdheid in geval van het betrappen op heeterdaad betreft, er zij hier ter plaatse toch eens gewezen op het onwenschelijke en het absoluut onnoodige dezer bevoegdheid.

Ware het nog dat in artikel 40 van ons Wetboek van Strafvordering alleen sprake was van betrapting op het feit, *terwijl het gepleegd wordt*; er zou alsdan misschien minder bezwaar bestaan. Nu echter de wet dat begrip uitbreidt tot ontdekking van het feit *terstond nadat het gepleegd is*, of wanneer iemand *terstond daarna als dader door het openbaar gerucht wordt vervolgd*, of bij hem *goederen enz. worden gevonden*, welke aanduiden dat hij

(1) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, II, p. 442.

dader of medeplichtige is, daar kenmerken de begrippen terstond, vervolging door het openbaar gerucht en het vinden van wapenen die een aanduiding moeten geven, zich wel wat al te zeer door vaagheid en rekbaarheid om aan het zich voordoen van genoemde omstandigheden eene zoo ingrijpende bevoegdheid als die tot onverwijldde arrestatie te verbinden, vooral wanneer deze wordt toegekend aan personen die doorgaans niet met dat juridische onderscheidingsvermogen zullen begiftigd zijn als voor deze taak toch bepaald vereischt wordt. Men bedenke bovendien, en dit geldt voor allen die het recht tot arrestatie in geval van artikel 40 bezitten, dat al wordt het feit zgn. op heeterdaad ontdekt, er allerminst eenige aanwijzing bestaat voor het schuldverband. Hoe kan bij de *littigheid* van eene ontdekking op heeterdaad beoordeeld worden of niet een van de vele rechtvaardigingsgronden (overmacht, noodstand, wettelijk bevel enz. of eenige bijzondere rechtvaardigingsgrond) aanwezig zijn?

We vragen ons af waarom men toch eigenlijk ten allen tijde en overal bij ontdekking op heeterdaad de mogelijkheid van onmiddellijke arrestatie heeft meenen te moeten regelen. Is er alsdan meerdere aanwijzing van schuld, staat het alsdan zoo vast (vooral bij de uitbreiding aan het begrip gegeven) dat het feit werkelijk door den te arresteerenden persoon gepleegd is, zijn indien de arrestatie niet onmiddellijk geschiedt, de waarborgen, dat de Justitie op den dader beslag zal kunnen leggen, minder? Is de vrees voor herhaling soms grooter, of welke reden bestaat er den vermoedelijken pleger onverwijld aan te houden?

Het voordeel gelegen in ontdekking op heeterdaad bestaat, dunkt ons, hierin, dat men het bewijs der feiten in menig opzicht gemakkelijker kan leveren dan in andere gevallen. Dit is alles! Voor exceptioneele be-

voegdheden als voorloopige aanhouding bestaat, meenen we, niet de minste reden.

Het recht van arrestatie aldus ontnemende aan Rechter-commissaris, Openbaar Ministerie en hulp-Officieren, zouden we het onder alle omstandigheden alleen willen zien toevertrouwd aan den collegialen rechter. Zijne positie mist namelijk het inquisitoriale karakter, dat aan die van den R.-C. en het O. M. zoo bij uitstek eigen is. De collegiale rechter is bovendien door zijn ambt gewend aan het in praktijk brengen van den regel „*audiator et altera pars*”, welke in afwijking van den tegenwoordigen toestand in volle waarde bij de voorloopige vrijheidsbeneming dient te gelden. Men vergete verder niet, dat in ons recht alle belangrijke beslissingen in handen zijn gelegd van den collegialen rechter.

De waarborg tegen onnoodige en willekeurige vrijheidsbeneming behoort dan gelegen te zijn behalve: *a. in den persoon*, die namens den Staat tot de vrijheidsbeneming overgaat, d. i. de collegiale rechter; *b. in de wijze waarop de vrijheidsbeneming geschiedt*.

Wat het laatste punt betreft, behoort er in de eerste plaats te bestaan *eene voldoende aanwijzing van schuld*.

Zonder dat de schuldvraag au fond behoeft te worden onderzocht, moet door het O. M. de schuld van den verdachte voldoende aannemelijk worden gemaakt. Het bestaan van schuld aan het gepleegde feit dient de grondslag te zijn, waarop bij gebleken noodzakelijkheid, de vrijheidsbeneming rust. Aan het einde van de procedure, na de behandeling ter openbare terechtzitting, moet volgens artikel 211 van het Wetboek van Strafvordering door de raadkamer vierderlei overwogen worden, nl.: 1°. is het ten laste gelegde feit bewezen? 2°. is dat feit een strafbaar feit en zoo ja, welk? 3°. is de schuld van den beklaagde gebleken? 4°. welke straf

moet den schuldig verklaarde worden opgelegd? De onder 1 en 3 genoemde vragen dienen *alsdan* hunne beantwoording te vinden in een voorafgaand wettig en overtuigend *bewijs*, terwijl *thans* in plaats van dat bewijs in elk geval eene voldoende *aanwijzing* van de schuld behoort te treden.

Verder dient bij het onderzoek naar de noodzakelijkheid der preventieve hechtenis niet alleen de verdachte maar ook het O. M. tegenwoordig te zijn, ten einde de eisch tot voorloopige aanhouding, gevangenhouding of gevangenneming toe te kunnen lichten. Hij die de preventieve hechtenis moet vorderen, al of niet mede namens den R.-C., is bovendien de eerst aangewezen persoon, die over de noodzakelijkheid van den te nemen maatregel oordeelen kan.

Bij deze tegenwoordigheid ook van den verdachte zal bij het contradictoire debat, dat wel plaats zal hebben, die verdachte evenmin als bij verder vóór- en eindonderzoek de assistentie van eenen raadsman mogen derven.

Tot onze groote verbazing is noch in de prae-adviezen (1) voor de Juristen-Vereeniging, noch in het meergenoemde artikel van Mr. ASSCHER (2), noch op de vergadering der Juristen-Vereeniging over de tegenwoordigheid van een advocaat bij de behandeling der preventieve hechtenis gesproken, behalve met een enkel woord door Mr. HOUWING (3). De wenschelijkheid der toelating bij het *vooronderzoek* werd daarentegen wel betoogd (4).

Gelden voor de toelating van een raadsman bij de

(1) Praeadvies van Mr. ROOYAARDS: t. a. p. I p. 31 en van Mr. JOS. VAN RAALTE: t. a. p. I pag. 129.

(2) Mr. ASSCHER: t. a. p. p. 570.

(3) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, t. a. p. p. 118.

(4) Mrs. VON BAUMHAUER, SIMONS en DE RANITZ: t. a. p. p. 150-161 en 181.

behandeling der vrijheidsbeneming dan niet dezelfde overwegingen die aangevoerd worden ten opzichte van de toelating tijdens de instructie? Bij de behandeling der vrijheidsbeneming geldt het toch evenzeer een contradictoir debat, behalve over de noodzakelijkheid der vrijheidsbeneming eveneens over de schuldvraag. Zou er eenige reden bestaan waarom de behoefte aan eenen raadsman voor den verdachte thans minder is? Zijn de gevaren die men van de toelating van een raadsman vóór de openbare behandeling verwacht thans grooter? Het is waar, de balie zou allicht hare pro-Deo-werkzaamheden vermeerderd zien. Dit kan echter nimmer een argument zijn tegen de door ons gewenschte toelating ook bij de behandeling der vrijheidsbeneming, doch hoogstens eene aansporing te meer om over te gaan tot de benoeming van bezoldigde armenadvocaten. Van af het oogenblik dat de Justitie beslag op iemand legt, anders dan voor bloote informatie, dient die persoon in de gelegenheid te zijn zich door een rechtsgeleerden raadsman bij te doen staan.

Dat na behandeling der zaak in raadkamer de rechtbank hare beslissing feitelijk en juridisch  *motiveert*, behoeft nauwelijks betoog. Waarom zou hiertoe minder noodzaak bestaan dan bij het eindvonnis?

Ten slotte een woord over het *appél*. Dat dit *appél* bezwaarlijk kan worden gemist om niet de behandeling in raadkamer tot een noodelooze fraaiigheid te maken is evident. Bij alle eenigszins belangrijke beslissing toch, zoowel in straf-, civiele en administratieve zaken, is van de genomen beslissing hooger beroep toegestaan. Zeker kan die dus ook niet worden gemist bij eene zoo belangrijke beslissing als de voorloopige vrijheidsbeneming.

Nu doet zich bij de tenuitvoerlegging echter eene moeielijkheid voor. Theoretisch zou de beslissing door de

rechtbank in zake de preventieve hechtenis genomen niet uitvoerbaar moeten zijn, alvorens het Hof (ingeval van appèl) heeft beslist. Wij stuiten hier echter op een niet gering praktisch bezwaar n.l., dat, zoo deze uitvoering bij voorraad niet is toegelaten, ieder tot preventieve hechtenis veroordeelde, al of niet met kans op succes, in hooger beroep zou gaan, waardoor niet alleen het Hof noodeloos met werkzaamheden zou worden overladen, maar ook groot gevaar zou ontstaan dat hiermede het doel der preventieve hechtenis geheel zou worden voorbijgestreefd.

Wanneer men toch, en dat zal wel meestentijds het geval zijn, een zgn. gevaarlijk sujet achter slot en grendel sluit omdat men vreest voor nieuw misdrijf of wel voor eenige speciale recidive, zoo zou, ware het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad, de geheele preventieve hechtenis wel achterwege kunnen blijven. Daar nu dit praktische bezwaar zwaarder weegt dan de theoretische overwegingen, zijn we hier tegen wil en dank genoodzaakt een maatregel toe te laten die overigens uit juridisch oogpunt bedenkelijk te achten is.

Resumeerend, zou dus de noodzakelijke verbetering in het instituut der preventieve hechtenis gezocht moeten worden in het besluit daartoe en in wat daaraan vooraf gaat, d. w. z. noodig is een *gemotiveerd* vonnis van den *collegialen* rechter, berustend op *voldoende aanwijzing van schuld* en bij gebleken *noodzakelijkheid*, het een en ander op *requisitoir van den Officier van Justitie*, waartegen de verdachte, bijgestaan door eenen *raadsman*, in contradictoir mondeling debat zijne *bezwaren aanvoert*, terwijl de genomen beslissing onmiddellijk uitvoerbaar behoort te zijn ondanks *appèl*.



**De „collectieve arbeidsovereenkomst”:  
eene nalezing.**

---

Op de toezending van mijn einde 1904 in Themis verschenen opstel over de Collectieve Arbeidsovereenkomst verblijdde een onzer eerste civilisten, dien ik in deze bladzijden met Q zal aanduiden, mij met de onder volgende kritische beschouwing. Verblijd was ik omdat daaruit bleek hoe groote aandacht aan mijnen arbeid was geschonken; tevens omdat zulk eene kritiek opwekt tot nieuwe overweging en rijping van oordeel. Herziening van mijne uitkomsten zeide ik dan ook aanstonds toe en mededeeling mijner bevinding: welligt in het openbaar, welligt bij de behandeling van het onderwerp in de aanstaande Juristenvergadering. Doch eene bittere beproeving kon wel eens den moed om daar heen te gaan, althans de opgewektheid en slagvaardigheid, vereischt voor de deelneming aan het debat, doen ontbreken; en toch zou dat debat zeer aan beteekenis verliezen, zoo het verliep buiten kennismeming van bedoelde kritiek. Daarom geef ik haar weder, onder mededeeling van het bescheid, dat s. m. daarop past.

„Scherpzinnig en afdoend schijnt mij uw betoog, dat die „overeenkomst — of om niets te prejudiciëren die handeling — niet valt binnen het begrip, dat den wetgever in „artt. 1349 vgg. voor den geest zweefde. Maar uwe conclusie dat het nu op den naam van overeenkomst in het

„geheel geen aanspraak heeft, en zelfs niet op dien van „regtsinstituut, beaam ik in geenen deele.

„Dat er in ons B. W. niet slechts, maar in het 3e B. „zelf overeenkomsten voorkomen, die aan de definitie van „art. 1349 niet beantwoorden, schijnt mij ontwijfelbaar. Ik „denk hier in de eerste plaats aan de overeenkomst tot „oprigting van eene vereeniging, maar voorts ook aan die „van maatschap en elke andere, waarbij partijen zich jegens „elkander tot de inachtneming van eenen regel van doen „en laten verplichten, onverschillig of zij al dan niet tevens „de verbindtenis tot eenige praestatie op zich nemen: elke „overeenkomst dus waarbij partijen, om de uitdrukking van „art. 1374 te gebruiken, zich eene *wet* stellen.

„Neem het voorbeeld der maatschap: partijen beloven „elkander wederkeerig eene bepaalde, voor uitvoering vat- inwendig  
„bare, praestatie, en tot zoover valt deze handeling onder „het gangbare begrip „overeenkomst”. Tevens echter onder- „werpen zij zich tegenover elkander aan regelen van doen „en laten, die wellicht jarenlang haar leven beheerschen „zullen, haar banden aanleggende véél nauwer, véél meer „hare vrije beweging belemmerende, dan eenige wet in den „eigenlijken zin. Zij stellen zich eene wet, welker verbin- „dende kracht door een ieder wordt erkend, al heeft (gelijk „ik met U aanneem) de wetgever zich *deze* werking van „overeenkomsten niet heeft voorgesteld, toen hij art. 1349 „neerschreef.

„En ziedaar nu juist wat partijen in eene C. A. doen. „Zij stellen zich met onderling goedvinden regelen van „objectief regt, regelen namelijk waardoor hare toekomstige „overeenkomsten zullen worden beheerscht. Partijen: dat „zijn de werklieden en patroons, die persoonlijk of door „hunne vertegenwoordigers tot de vaststelling medewerken „en die andere die er zich later, uitdrukkelijk of stilzwij- „gend, aan onderwerpen. Zij vestigen geene verbindtenissen,

„maar regelen van objectief regt. Uit de C. A. zelve vloeien „dus geen regten of verplichtingen voort, evenmin als uit „eenige wet, in den meest eigenlijken zin, zoo maar rechten „en verplichtingen voortvloeien. Maar de rechten en ver- „plichtingen, uit de bijzondere arbeidscontracten voort- „vloeiende, worden er door bepaald.

„Ziehier hoe ik mij de C. A. voorstel: zij is in mijn oog „eene regtsfiguur, die ook daarom groote beteekenis heeft, „omdat zij wel in staat is onze oogen te openen voor eene „zijde van het wezen der overeenkomst, waarvoor zij anders „maar al te licht gesloten zouden blijven.”

Voor eene vruchtbare gedachtenwisseling over dit alles moet ik enkele preliminaria doen vaststaan. Aanstonds dat deze kritiek zich stelt op den bodem van ons *geldende* contractregt. Q. komt niet op voor eene wijziging daarvan, moetende strekken om naast de verbindtenisscheppende bevoegdheid, die twee of meer personen aan art. 1349 ontleenen, voor hen te *verkrijgen* de magt om te scheppen „regelen van objectief regt (*leges privatae*) waardoor toekomstige overeenkomsten tusschen hen zullen worden beheerscht”; neen, in ons *bestaande* verbindtenissenregt, met art. 1269 B. W. aan het hoofd, acht hij die bevoegdheid al begrepen. En onontwikkbaar is dan de navolgende consequentie: daar volgens gezegd artikel ons regt als bronnen van verbindtenis uitsluitend erkent de overeenkomst en de (voor *allen* geldende) wet, en daar de obligatoire regelen van doen en laten, door Q. bedoeld, voormelde wet *juist niet* tot oorsprong hebben, moet hunne bron zijn een *overeenkomst*, zooals deze georganiseerd is *door ons Burgerlijk Wetboek*.

Op deze vaststelling van Q's standpunt volge, *héél eventjes*, eene opmerking van principieelen aard aangaande zijne opvattingen. Hij grondt zijne stelling, dat voor de accordanten eene *lex privata* zal geboren wezen, dáárop, dat zij

bij het *accoord partijen* zijn; *geene* lex dus, tenzij zulk *PARTIJ* zijn wordt aangetoond. (1) Zelfs in Q's stelsel is dus onontbeerlijk *dat* aantetoonen; maar stoot hij dan niet aanstands op al hetgeen ik in mijn eerste stuk ontwikkeld (en volgens Q *zelven terecht* ontwikkeld) heb? Heeft hij gelijk in de meening dat hij eene stelling daar *naast* kan innemen? Deze vraag te stellen, schijnt mij voldoende om het goede regt van mijnen twijfel op dit punt te motiveren, en eene verdere ontwikkeling dier dubia zou mij onwillekeurig brengen tot herhalingen van wat ik al schreef.

Onder verwijzing naar mijn opstel en beneficie van voorbehoud op het aangestipte punt kan ik nu, tot verder onderzoek van Q's opvattingen, gaan meevaren in zijn schuitje, dat door de C. A. is vastgesteld een regel beheerschend het werkcontract, dat gesloten staat te worden tusschen zekeren patroon en eenen arbeider, — dezen hetzij tijdens de C. A. lid der accorderende vakvereniging, hetzij later tot het *accoord* toegetreden. Een regel naar Q's voorstelling van gelijk *regtsgevolg* als het een of ander artikel, voor dat werkcontract neergeschreven in het burgerlijk wetboek.

Bij die uitdrukking *regtsgevolg* dient te worden stilgestaan: zij voert tot het tweede der straks bedoelde preliminaria. Want alle verdere bespreking tusschen Q en mij zou in spraakverwarring verlopen, indien niet vaststond dat hij, evengoed als ik, aan den „regel” verknocht wil

---

(1) Voorzigtigheidshalve hier eene vraag. Als „partij” duidt Q ook hen aan, die zich *later*, uitdrukkelijk of stilzwijgend, onderwerpen aan de „regels van objectief regt”, door de samenwerking van (andere) werklieden en patroons alreeds tot stand gebragt. Is deze uitspraak te verstaan als aanneming van LOTMAR's „Volmachtlose Vertretung beim Abschluss”, de vorige maal door mij bestreden?

hebben een *regtsgevolg*. Trouwens wat anders zou Q kunnen bedoelen, als hij daarin eene *wet* en *objectief regt* voor de „partijen” ziet? Regel dus, dit lijde geen twijfel, *die regtsgevolgen voortbrengt*. En daarom ook, die vatbaar is voor eene of andere *handhaving* naar regte. Indien toch *alle hoegenaamde* mogelijkheid van geldigmaking — al ware het eene geldigmaking zóó zwak en zóó onvolkomen als bij het tweede lid van art. 1395 B. W. verleend wordt — bij den regter zal zijn uitgesloten ..... *welk regtsgevolg* verblijft dan wel aan den regel? M. a. w. in het een of ander hoekje, nog zoo bescheiden, moet zijn verschoolen een aan den regel verbonden *regtsdwang*. Want ging die ontbreken, dan zou de aangelegenheid van het terrein der wet en des objectieven regts verhuisd zijn naar dat der betamelijkheid, zedelijkheid enz.; niet-inacht nemen, zegge het niet „naar den zich gestelden regel leven”, ware alligt zoo onbehoorlijk mogelijk, en toch is het dan uit met de *verbindende* kracht in den zin van Q's schrijven. Wel is waar leven in onze maatschappij allen, die zich door hun gedrag niet buiten die maatschappij stellen, naar een aantal „wetten” onvoorzien van regtsdwang (ofschoon vaak straffer gesanctioneerd dan door dezen: de vrees eener „doodverklaring” b.v.), maar die wetten zijn vreemd aan het *regtsleven* en tot het *regtsleven* behoort de stof waarmede Q en ik bezig zijn. Verbindende kracht *regtens* kan alleen eenen regel, als waarover wij het zamen hebben, tot *lex privata* maken. Niet wat zedelijk, maatschappelijk enz. dient te gelden, komt in aanmerking bij het door mij gestelde en door mijnen vriend als stoffe van onderzoek aanvaarde dilemma: de C. A. een *regtsinstituut* of een economisch verschijnsel?

Dat hij niet minder dan ik slechts naar het *regtens* verbindende moet vragen, blijkt m. i. ook zonneklaar uit zijn woorden.

Onverschillig toch (zegt hij) of de partijen eenige praestatie op zich genomen hebben, hebben zij zich eene „wet” naar de uitdrukking van art. 1374 gesteld, zoodra zij zich tegenover elkander onderwerpen aan zekere regelen van doen en laten: dat ziet men b.v. bij hetgeen eene overeenkomst van maatschap *buiten* alle voor invordering vatbare praestatie met zich brengt; want zijn dan voor de vennoten geen normen ontstaan, welligt jaren lang hun leven beheerschend, hun doen en laten bindend? *Bindend, beheerschend*: hoe? immers alleen wanneer op zeker oogenblik eene regterlijke uitspraak die heerschappij kan verzekeren door middelen, geschikt om het „daarnaar leven” af te dwingen en het tegendeel hiervan te keeren. Waar (vraag ik nogmaals) is, zonder dit, de verbindende kracht der ontstane *lex privata*, die volgens Q door iedereen wordt erkend, wanneer men buiten bereik van allen dwang *anders* leven kan? Allerminst heeft zich Q in onze jarenlange bekendheid, hetzij als persoon, hetzij als uitnemend civilist, vertoond in de gedaante van iemand tevreden met *verba vocesque*; toch veroorloof ik mij de bescheiden vraag, of hier het bij art. 1374 B. W. geborgde *woord* van „wet” niet bezig is hem zulk eene poets te spelen? (1)

Laat ik, om aangaande dat punt tusschen ons klaarheid te scheppen, evenals hij, tot een paar voorbeelden de toevlugt nemen.

Stel hij en ik sleten ons leven, in dagelijksch verkeer, terzelfde stede — we waren overtuigd van de gehoudenheid om onze gezondheid naarstig te verzorgen en van de noodzakelijkheid om daartoe geregeld morgenwandelingen

---

(1) Tegen de bedenkelijkheden, waartoe dat woord aanleiding kan geven, heeft ons OPZOOMER VI, p. 146, noot 2, op Duitsch voetspoor niet ten onrechte gewaarschuwd.

te doen en ons vegetarisch te voeden — dientengevolge spreken wij, zoo ernstig en nadrukkelijk mogelijk, af gezamenlijk op *dien* voet te leven. Dan hebben we, dunkt mij, ons in den door hem bedoelden zin eene „wet” gesteld; toch, verbeeld ik mij, zoo weinig de *regtens verbindende* wet die art. 1374 B. W. op het oog heeft, dat ook Q eene zoodanige *niet* aanwezig zal achten. Een ander voorbeeld zij het huwelijk van M(an) met V(rouw) gesloten pour le bon motif: niet uit nevenbedoelingen, maar uit begeerte naar het consortium omnis vitae. Zeer zeker hebben die twee, daarom trouwende, zich over en weder o.a. tot „wet” gesteld elkanders gebreken te verdragen; ik mag, dunkt mij, te stelliger aldus spreken, omdat zonder dergelijke gedragslijn weinig op den duur zou teregtkomen van de „hulp en bijstand”, die de echtgenooten naar eenen uitdrukkelijken wetstekst (158 B. W.) elkander *verschuldigd* zijn. Doch is deze „wet” *regtens* verbindend? Mijn antwoord is: eerst wanneer aan hare naleving zóóveel te kort komt, dat „buitensporigheden, mishandelingen en grove beleedigingen” eene vordering tot scheiding van tafel en bed wettigen. Want eerst dan is mogelijkheid van eenen *regtsdwang* ontstaan. — Genoeg gezegd over dit punt, eigenlijk eene ad casum concretum gevoerde demonstratie van het algemeene (ook in mijn vorig opstel ter sprake gekomen) beginsel, dat niet elk accoord tehuis behoort bij het contractenregt, maar alleen de *obligatoire*, de aan verbondenheden *regtens* aanzijn gevende overeenkomst. 't Zou zijn „uilen naar Athene brengen”, daarover nog meer uit te weiden; bovenal ten aanzien van Q, die misschien al grond heeft om te meenen dat ik hem niet onthalen moest op zóóveel als waarmede ik reeds aankwam. Maar dan zij mijne verontschuldiging, dat voor ons debat van beslissend gewigt is, preliminair ook te doen vaststaan, dat *sanctie* van den inhoud eener C. A. noodig is om die te maken tot regtsfiguur, daarentegen

gemis van elken mogelijken regtsdwang haar *buiten* het regtsleven brengt; tevens bedenke hij dat ik hem in *publieken* geschrifte beantwoord, en dat nog niet voor *iedereen* overbodig is, eens te herinneren aan dingen, hem minstens even goed bekend als mij.

Bij zamenvatting van het tot hiertoe ontwikkelde en aanpassing daarvan aan de gedaante van C. A. in mijn vorig opstel behandeld, vind ik alsnu de volgende casuspositie door Q's kritiek ten onderzoek gesteld: wanneer eene werkliedenvereniging-regtspersoon met eenen patroon accordeert omtrent zekere bedingen, waarop nog te sluiten werkcontracten van individueele arbeiders met dien patroon zullen berusten, dan is ontstaan eene regtsfiguur, vallend *binnen het contractskader van het Burg. Wetboek*, al is deze C. A. nu juist geene overeenkomst geheel beantwoordend aan art. 1349, zulks omdat de wetgever, toen hij dit artikel neerschreef, voornamelijk dacht aan regten en verplichtingen voor de contractanten onmiddellijk voortvloeiende uit hun getroffen accoord. Dat gezegd accoord nu juist niet *zulke* regtsgevolgen heeft geschapen, daar waar het voor de accordanten schiep regelen van objectief regt, hen bindend voor eventueel later door hen op te rigten werkcontracten; dat deze leges *privatae* voor die latere contracten hebben zulk eene hen bindende kracht, het berust daarop dat ontstaan is eene *overeenkomst* als bedoeld bij art. 1269, zulks al heeft de wetgever van 1838 misschien maar half doorzien dat hij toen ook aan dergelijke leges *contractueel regtsgevolg* verleenen ging. En dan schijnt mij het oordeel over die casuspositie afhankelijk van de twee volgende punten: is de ruimte, die in ons contractenregt voor zulk eene casuspositie gezocht wordt, hic et nunc daar te vinden? zijn in ons regtsstelsel de middelen aanwezig, om uit te oefenen regtsdwang voor een accoord van bovenvermelden



inhoud, omdat alleen dan zulk een accoord kan gelden als regtsinstituut? (1)

Op beide punten is mijn zorgvuldig overwogen antwoord *ontkennend*, zoodat Q — zoolang stand houdt de vereerende uitspraak, dat hij mijne toetsing van de C. A. aan art. 1349 B. W. afdoend bevindt — mij niet kan brengen tot eene andere slotsom dan die van mijn eerste onderzoek: naar huidig Nederlandsch regt is de C. A. *geen* regtsinstituut.

Dat de eerste, de *ruimte*-vraag, een ontkennend antwoord verdert, blijkt aanstonds, dunkt me, bij aandachtige beschouwing van den hoeksteen (art. 1269), waarop het B. W. zijn verbindtenissenregt optrekt: 's wetgevers uitspraak dat *alle* verbindtenissen ontstaan (dus *uitsluitend*) of uit overeenkomst of uit de wet.

Geen twijfel lijdt, dat de door Q bedoelde regels van doen en laten ontleend worden niet aan de algemeene wet, maar aan eene overeenkomst tusschen zekere personen;

geen twijfel lijdt ook m. i. dat het B. W. in art. 1269 met „overeenkomst” niet anders *kan* bedoelen dan die regts-handelingen, welke bij titel II van het boek „Verbindtenissen” worden geregeld en in het aanvangsartikel van dien titel omschreven;

en als nu naar Q's eigen uitspraak het *afdoend* betoog geleverd is dat de C. A. valt **BUITEN** evenbedoelde wetsbepaling, hoe kan zij *desniettemin* regtskrachtig aanzijn schen-

---

(1) Welligt zou ik de vraag „regtsinstituut of niet”? al beslist mogen achten, zoodra het antwoord op punt 1 negatief moet uitvallen. Want waar anders dan in het *contractenregt* is eene plaats te vinden voor algemeene voorwaarden van het arbeidscontract, vastgesteld bij onderlinge afspraak? Doch het beantwoorden ook van de tweede vraag, blijkt die een negatief bescheid te vorderen, zal eene versterking zijn van de eindbeslissing: *geen* regtsinstituut.

ken aan regels van doen en laten, voor de accorderende partijen *wet* in den zin van art. 1374: *leges privatae*, welker „verbindende kracht door een ieder wordt erkend”? Haast zou ik zeggen dat zulk een beweren nog buiten iets anders omgaat dan het stelsel der wet: dat het geen voldoende rekening houdt met *logische* rigtigheid. Voor accorderende personen verklaart het B. W. eene afspraak dáárom obligatoir, omdat zij jegens elkander iets hebben aangegaan, wat het wetboek als eene *overeenkomst* aanmerkt. Anders uitgedrukt: dat zekere afspraak eenen regel van doen en laten vormt, door den wetgever voorzien van bindende kracht, berust juist hierop, dat zij de *wettelijke kenmerken* eener overeenkomst in zich draagt. Dan is ook logisch ontoelaatbaar te stellen, dat hetgeen die wettelijke kenmerken *ontbeert*, zulk eene kracht van dien wetgever ontvangen heeft.

In verband met het evengezegde komt m. i. groot gewigt toe aan het eerste lid der wetsbepaling omtrent „het gevolg der overeenkomsten”, waaraan Q zijne stelling der *leges privatae* ontleent: „Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot „wet”. Het zijn hier de *overeenkomsten* waaraan het B. W. 't gevolg verbindt, dat zij aan hare oprigters tot wet zullen strekken: dus *die* overeenkomsten, welke voldoen aan de vooropgezette „algemeene bepalingen”, allereerst aan de bepaling van art. 1349. Is er *buiten* het kader van laatstgenoemde bepaling ruimte voor dergelijke wetten?

Niet geringer steun bieden me hier verschillende opmerkingen van OPZOOMER bij zijne aantekening (V blz. 20 vgg.) op art. 1269 B. W. Ten eerste diens uitspraak dat, al laat naar logischen gedachtengang de formule van art. 1269 als grondslag van art. 1374 te wenschen over, 1269 ons op de vraag: van waar de regten voor den een, de pligten voor den ander, die eene verbindtenis vormen? *dít* antwoord wil

geven: slechts op twee wijzen kan dat: òf doordat er tusschen die bepaalde personen eene zóó eigenaardige feitelijke betrekking bestaat, dat daaruit noodwendig, krachtens den wil der wet, eenerzijds een regt, anderzijds een pligt opgroeit, òf doordat die twee eene daarop gerigte overeenkomst gesloten hebben; waar zulk eene feitelijke betrekking, waaruit de wil der wet eene verbindtenis verwekt, niet bestaat, daar kan een regtsband tusschen twee personen alleen geknoopt worden door onderling overeenkomen. Breng met deze uitspraak in verband hetgeen hij blz. 27 zegt — dat ook waar *der partijen* wil den regtsband vormt, dit alleen krachtens den wil der *wet* geschiedt — en gij vindt m. i. noodwendig als OPZOOMER's gevoelen: naar Nederlandsch regt bestaat geene verbindtenis, buiten de gevallen waar zij, naar de uitdrukking van art. 1269 „ontstaat uit de wet”, ook dan (doch *slechts* dan), ingeval twee of meer personen eene op het voortbrengen daarvan gerigte „overeenkomst” gesloten hebben; dit laatste MITS hun „overeenkomen” beantwoorde aan 's *wetgevers* contractsbegrip. Zijn zij „overeengekomen” *in dier voege*, dan merkt de wetgever hunne afspraak aan als *lex privata*, m. a. w. bekleedt haar met dezelfde verbindende kracht als zijn eigen voorschrift; maar dit regtsgevolg *reikt nimmer verder* dan het wettelijk contractsbegrip; slechts *binnen de grenzen van art. 1349* kan een regtskrachtige „regel van doen en laten” voor accordanten ontstaan. Waaruit volgt dat de in het slot van Q's brief bedoelde, door hem *buiten* die grenzen ontwaarde „zijde van het wezen der overeenkomst”, waarvoor volgens den geëerden schrijver de C. A. zoo goed onze oogen kan openen, *in ons geldend regt niet is te vinden*; dat ik door OPZOOMER gesterkt word als ik, tegen zijn gevoelen in, aan dergelijk accoord het karakter van regtsfiguur blijf *ontzeggen*.

Tot dezelfde uitkomst m. i. voert een nader onderzoek

van de door Q bedoelde, naar zijn oordeel in het kader van 't B. W. passende „regels”.

Ik meen op zijne instemming te mogen rekenen, wanneer ik daarbij uitga van de stelling dat zij ten aanzien van hun rechtsgevolg — dat is, naar het blz. 359 vgg. ontvouwde, ten aanzien van den *regtsdwang* die hun „verbindende kracht” sanctionneert — op ééne lijn moeten gesteld worden met de *wettelijke* regels van doen en laten, die het B. W. den contractanten stelt. Wanneer b.v. B. iets koopt van A, dan moet B naar art. 1550 die zaak betalen, ten tijde en ter plaatse waar hare levering geschieden moet, en A kan, wanneer zijn koper daarin te kort schiet, hem de vervulling dier verplichting afdwingen; hebben A en B ten dezen opzichte eenen afwijkenden „regel van doen en laten” vastgesteld, dan staan *dezelfde* dwangmiddelen aan A ten dienste om B tot naleving dezer *lex privata* te noodzaken. En ook hierin staat die *contractsregel* gelijk met den *wetsregel* van art. 1550, dat beide de bij dezen koop betrokkenen *net zóóveel* binden, als die dwangmiddelen voortbrengen *gehoudenheid* (natuurlijk *regtens*, niet in de *feitelijke* uitkomst naar het spreekwoord „waar niets is, verliest de Keizer zijn regt”) (1) tot dit naleven.

Nu wijst ons Q op eene werking b.v. van het maatschapscontract en van de C. A., hierin zullende bestaan, dat deze *niet zelve* regten en verplichtingen voortbrengen, doch bepalen het regt en den pligt *zullende* voortvloeien uit een later (bij de C. A. een individueel werk-)contract.

Valt niet al dadelijk in deze voorstelling eene onoplosbare tegenstrijdigheid op? De werking der C. A. zal zijn een

---

(1) Dat dit spreekwoord door onze wet zou zijn verheven tot eenen *regtsregel* voor minvermogenden, betwistte ik aan mr. C. J. M. WILDE in Tijdspeigel van April II., p. 366, en blijf dat betwisten ook na diens repliek. Maar te *dezer* plaatse voegt dupliek niet.

*pligt* om het latere werkcontract zoo en niet anders in te rigten; dan brengt toch immers *die C. A.* een regt (stel voor den werkman en een pligt voor den patroon tot *dusdanige* inrigting voort? Laat deze gevolgtrekking zich niet afwijzen, dan komen Q en ik terug op het terrein van onderzoek, de vorige maal door mij doorkruist, het onderzoek naar de bestaanbaarheid van zoodanige werking — en de resultaten van dat onderzoek werden door hem *aanvaard*. Doch zien wij verder.

Als eisch voor de gehoudenheid regtens ingevolge eene C. A., dat het latere werkcontract beantwoorde aan den inhoud van het collectieve accoord, vonden wij blz. 359 vgg. de aanwezigheid eener *sanctie*. Welke sanctie (altoos naar *geldend* regt) laat zich aanwijzen?

Geene andere zie ik mogelijk, dan de *nietigheid* van wat partijen in strijd met de C. A. bepaalden in hun werkcontract. Eene sanctie, welke ook volgens Q's schrijven daarop moet rusten, dat die patroon en die werkman zijn geweest *partijen* bij de C. A.: want *als zoodanig* hebben zij bij dit accoord eene *lex privata* voor hun onderling doen en laten tot stand gebragt.

Maar *juist deze zelfde* personen hebben het werkcontract met die *afwijkende* bedingen tot stand gebragt — hebben zij het regt verloren om *contrario consensu* een gewijzigd convenu te stellen in de plaats van het oude? Eene dergelijke verbeurdverklaring voor *deze* twee burgers van het algemeen burgerlijk regt om aldus te handelen zal Q wel evenmin ontdekken als ik, ja waarschijnlijk zal hij in het tweede lid van Let artikel, waarop hij zijne *leges privatae* doet steunen, met mij lezen de *erkenning* van die algemeene herroepingsbevoegdheid: „de contractswetten van art. 1374 (zegt het tweede lid daarvan) kunnen niet herroepen worden dan *met wederzijdsche toestemming*”, en het regt om hier het argumentum a contrario toe te passen volgt uit de

slotwoorden „of uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart”. De sanctie van nietigheid der afwijkende bedingen in een later werkcontract is dus *in strijd* met het bestaande burgerlijke regt. (1)

Dat de verbindende kracht, door Q voor eene C. A. opgeëischt, noodwendig op die *nietigverklaring* van afwijkende bedingen moet uitloopen, laat zich nog aldus staven. Overeenkomsten zijn naar art. 1269 bron van *verbindtenis*, en deze regel van ons regt brengt mede, dat, waar een in unum placitum consensus *geen zweem* van verbindtenis voortbrengt, dat placitum naar onze wetgeving niet kan aangemerkt worden als een *contract*. Nu strekt naar art. 1270 B. W. eene verbindtenis altoos tot geven, tot doen of tot laten, en vermits eene C. A. zich rigt op werkcontracten welke *nog niet* bestaan en welke patroons en arbeiders wel kunnen, doch ingevolge de C. A. niet behoeven aan te gaan, kan de verbindtenis uit eene C. A. alleen betreffen een *doen of laten*? d. w. z. verbindtenis om bij zulk een toekomstig werkcontract 1°. overeen te komen *conform* en 2°. na te laten overeen te komen *contrair* aan de regels der C. A. Kan hieraan eene andere beteekenis gegeven worden dan een *verbod* van al hetgeen niet overeenstemmend met den inhoud der C. A. mogt zijn bepaald, zegge eene *nietigheid* van het afwijkend beding? Wanneer nu in ons regtsstelsel die sanctie de éénig mogelijke is en *tevens met dat stelsel* STRIJDT, dan brengt het gemis van allen zweem sanctie der *lex privata* — der regeling van doen en laten, die volgens Q uit de C. A. voor de „partijen” daarbij ge-

(1) Maar hier is verandering aan de lucht: namelijk als het nieuwe artikel 1637m bis, hetwelk de minister van justitie zich op het allerlaatste oogenblik heeft laten afpersen, eene plaats vindt in de voorgestelde aanvulling van het B. W. ten aanzien der Arbeidsovereenkomst. Wat ik over dit brokje van sociaal wetgeven denk, kan men vinden in t. a. p. Tijdspeigel van April 1905.

boren zou zijn — mede, dat eene C. A. zulke „regels” *niet* voortbrengt en, overigens niet passend in het kader van art. 1349, dus niet kan zijn eene „overeenkomst”. Onvatbaar voor classificatie elders, vormt zij dan ten onzent ook geen regtsinstituut.

Ten slotte een woord over de voorbeelden uit ons contractenregt, door Q als illustratie van zijne zienswijze gebezigd, wijl het toepassen van mijn betoog op diezelfde twee figuren kan dienen om de juistheid daarvan te toetsen en m. i. te staven.

Het vennootschapscontract scheidt voorzeker, gelijk Q zegt, voor iederen deelgenoot regelen van doen of laten vaak kras en lang ingrijpend in hun gansche leven, hunne vrijheid van beweging erg aan banden leggend. Wanneer b.v. een hunner geen materieele vermogensbestanddeelen inbrengt, maar zijnen arbeid en vlijt moet aanbrengen, dan is hij naar art. 1664 B. W. aan zijne compagnons rekening verschuldigd van alle winsten, verkregen door zoodanige nijverheid als het onderwerp der maatschap uitmaakt; heeft hij voor eigen rekening eene opeisbare som te vorderen van iemand die evenzoo schuldenaar is van de maatschap, dan moet hij (art. 1665) het van zijnen schuldenaar ontvangen geld proportioneel deelen met de maatschap; is bij het contract een der vennoten belast met beheer, dan is de zorg van een goed huisvader daarbij zijn geboden regel van doen en laten. Doch kan men deze den vennoot bindende regelen *onderscheiden*, zooals Q in zijnen aanhef doet, van de bij het maatschapscontract wederkeerig beloofde voor invordering vatbare praestatiën, welke onder het gangbare begrip „overeenkomst” vallen en het maatschapscontract onder het bereik van art. 1349 brengen? Vormen niet de drie items, zooeven door mij aangestipt, drie grondslagen voor eene societaire actie (*grosso modo*) tot rekening

en verantwoording — d. w. z. zijn ze niet, precies als eene actie ex art. 1662 tot storten tegen den nalatigen inbrenger, gehoudenheden tot „eene voor invordering vatbare praestatie”? Ik acht het niet vermetel, van Q te vragen aanwijzing van eene enkele wettelijke of contractueele (voor art. 1374 lid 1 op ééne lijn gestelde) gehoudenheid van eenigen socius, die, wanneer ze wezenlijk *gehoudenheid* is, het karakter van zoodanige praestatie zou ontberen; onder bijvoeging mijnerzijds dat, wanneer blijkt dat een voorschrift van doen en laten voor dien vennoot zich *niet* laat omzetten in regtsdwang tot zulk eene praestatie, het voorschrift ligt *buiten* de vennootschappelijke contractsfiguur. Een treffend bewijs voor mijne stelling vind ik in de bepalingen omtrent ontbinding van de maatschappen. Aangegaan voor eenen onbepaalden tijd, zijn maatschappen vatbaar voor opzegging (art. 1686) mits te goeder trouw en niet ontijdig: van tekortkoming in beiderlei opzigt geeft art. 1687 een voorbeeld. Zal een gedrag in strijd met dezen regel van doen en laten de medevennooten niet geven een vorderingsregt, waarvan de gevolgen voor den delinquent ten slotte voelbaar zullen zijn *in zijne beurs*, d. w. z. zullen uitmaken eene „voor invordering vatbare praestatie”? Omgekeerd kunnen de vennoten zich tot *lex privata* gesteld hebben *onopzegbaarheid* gedurende zeker aantal jaren: art. 1684. Maar 't kan gebeuren dat een hunner tekort schiet in *andere* „regelen van doen en laten”; dat hij, zooals dit artikel het uitdrukt, „niet aan zijne verplichtingen voldoet”, — ook *onwillekeurig*: „als eene „aanhoudende ongesteldheid hem onbekwaam maakt om „de zaken der maatschap waar te nemen”. Wat dan? Naar 's registers bevind van zaken, antwoordt art. 1684, *mogelijkheid van regtsdwang*: m. a. w. *actie*. Dan immers kunnen de andere vennoten toegewezen krijgen opheffing der *lex privata* van termijnsbepaling, krijgen *ontbinding* binnen dien termijn: zulks in laatstbedoeld geval purè en in het



eerste met gehoudenverklaring van den zondaar tot schadevergoeding. Maar altijd een dictum van „voor uitvoering vatbare praestatie”, al bestaat de praestatie slechts in het zich laten welgevallen van opheffing der *lex privata*, die hun het met gedaagde zamenblijven in vennootschappelijk verband gebod. Daarentegen is voor den vennootschappelijken regel van „doen en laten” geenerlei mogelijkheid van zulk eene sanctie denkbaar (zooals ik, in den aanvang van dit opstel, dit aantoonde voor heel wat tekortkoming aan art. 158 B. W.), dan geraakt men buiten het gebied van het *regtsleven*.

Thans Q's beroep op: „de overeenkomst tot oprigting „van eene vereeniging”. Ik ga dat voorbeeld splitsen in twee gevallen, en vind het dan, voor de toetsing van het voorgaande bescheid aan mijnen vriend, haast nog leerzamer dan het eerste. Iemand, warm voor de politiek, vindt nuttig dat in zeker district eene kiesvereeniging van zijne kleur tot stand kome: hij stelt zich in betrekking tot eenige personen van lokalen invloed en van b.v. tien hunner verkrijgt hij de stellige toezegging om zoodanige vereeniging te vormen. Maar aan den vooravond der oprigting, terwijl daarvoor *alles* geregeld was, verklaart X zich ongezind om mee te doen en zijne weigering heeft ten gevolge, dat ook de overigen zich terugtrekken: zoo komt van de zaak niets. Hier was voor de tien een „regel van doen en laten” geboren, maar die paste niet in het kader van art. 1349 B. W., want eene *necessitas praestationis* (naar VOET's uitdrukking, op blz. 75 van mijn vorig artikel aangehaald) ontbreekt: de regel ontbeert Q's „verbindende kracht”. Doch laten we nu eens stellen dat Rusland eenige honderde millioenen noodig heeft en zich tot zijnen ouden Amsterdamschen bankier wendt. HORE en Cie worden het met den Czaar eens over alle voorwaarden der leening, maar zeggen: ons alleen is de zaak te magtig en we moeten een syndicaat vormen.

De kantoren A, B, C enz. laten zich tot de combinatie vinden, zeggen elk het nemen of plaatsen van X millioentjes der aanstaande leening toe en HOPE en Cie, op de stellige toezegging vertrouwend, garanderen persoonlijk te Petersburg de emissie. Daar springt onverwacht de politieke bom van het beschieten der Hullsche visschers, noopt Engeland tot eene oorlogsverklaring, die wederom Frankrijk voor het casus foederis met Rusland stelt: in deze beroering zien HOPE en Cie hun syndicaat uiteenspatten. Wat, zoo hun desniettemin te Petersburg gezegd wordt: persoonlijk en onvoorwaardelijk hebt gij de emissie aangenomen en we eischen dat gij uwe toezegging vervult? Mij dunkt dat de „overeenkomst tot het vormen van een syndicaat” regt zal geven tot regres van het Amsterdamsche huis op de collega's A, B, C: dat tegen hen *regtsdwang* zal worden ondernomen en dat HOPE en Cie alle kans hebben om te verkrijgen een vonnis tot naleving der tot stand gekomen *lex privata*, omdat die *binnen* het kader van art. 1349 valt.

De ontleding der voorbeelden van mijnen kundigen vriend schijnt alzoo te *bevestigen* de door mij ondernomen demonstratie dat contractuele regelen van doen en laten, zullen zij hebben regtens verbindende kracht, onder onze voormelde wettelijke bepaling van eene overeenkomst te brengen moeten zijn; dus dat Q, zoolang hij mijn eerste betoog afdoende vindt, er toe zal moeten komen om toe te geven dat ik op goeden grond toen aan de collectieve arbeidsovereenkomst de aanspraak op de hoedanigheid van overeenkomst en van regtsinstituut *ontzegd* heb.

## II.

Half Maart werd het bovenstaande voltooid en aan de redactie van dit tijdschrift toegezonden in de (toen ook bij haar bestaande) verwachting, dat de eerste aflevering voor 1905 plaats daarvoor zou bieden. Van de omstandigheid dat

dit niet geschied is, maak ik gebruik om de kern van mijn eerste betoog te handhaven tegen den (waarlijk al te bescheiden) twijfel, die in n<sup>o</sup>. 1832 van het W. v. Privaatrecht, notarisrecht en registratie door prof. mr. J. F. HOUWING daartegen is ingebracht. (1)

Twijfel aan mijne meening dat (aldus de hoogleeraar) „een werkgever, die met eene vakvereeniging zekere voorwaarden vaststelt voor het geval dat hij hare leden zal in „dienst nemen, zich feitelijk tot niets verbindt.”

Wie evenwel blz. 75 van mijn artikel met de aanhalingen van VOET en MARCADÉ opslaat, zal een demonstrandum vinden, die niet onbelangrijk afwijkt van bovenstaande formulering. De (zich als *overeenkomst* aandienende) C. A. is — stelde ik daar — alleen dan bestaanbaar, wanneer kan worden aangewezen eene aanvaarde, voor regtsdwang indien noodig vatbare, praestatie minstens van den patroon aan de vereeniging of van deze aan den patroon, *door die C. A. tweegebracht tusschen hen beide*”; en de slotsom van mijn onderzoek was, dat ik *tusschen deze twee* niet kan vinden zulk eene *gehoudenheid regtens*, m. i. onmisbaar voor het bestaan eener obligatoire overeenkomst. Laat ik, dewijl het hiermede gaat om het beslissende punt van den regtsstrijd, dat zoo mogelijk nóg duidelijker omschrijven door aanhaling van de inleiding tot POTHIER's Obligations. „Engagemens personnels (zegt daar n<sup>o</sup>. I deze nooit onduidelijke grondlegger van het Fransch-Nederlandsche obligatierecht) qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés le droit d'en exiger de nous l'accomplissement”; zegge engagements *in rechte* (met beroep op de bekende uitspraken Inst.

(1) Ik bepaal mij tot hetgeen ik, eenigen tijd na de verschijning van dit nummer over mijn opstel vond, al vereert de uitnemende civilist ook in de volgende mijnen arbeid met kritische aantekeningen. Want hier raakt zijne beschouwing de hoofdvraag. Zie voorts den aanhef van mijn onderdeel III.

III 13 § 1 en L 3 pr. Dig. XIIV, 7), te definieeren als „un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose.” De afspraak tusschen twee contractanten, gerigt op het teweegbrengen van zulk een lien de droit, is dus alleen dan eene obligatoire overeenkomst, wanneer zij knoopt een regtsband tusschen *die* twee, aan minstens één van die beiden scheppende een regt van *vorderen*, den tweeden opleggende eene desnoods *af te dwingen* gehoudenheid tot geven, doen of laten. En nu stelde ik den eisch: wijs mij, die haar niet kan vinden, eene gehoudenheid van de Vakvereniging jegens den Patroon of van dezen tot eerstgenoemde, *gegrond* op hunne afspraak omtrent algemeene arbeidsvoorwaarden (1) en zich leenende tot *regtsdwang* van V. tegen P. of van P. tegen V. Want is er *geene* necessitas praestationis van *den een jegens den ander*, voortkomend uit *hunne* C. A. — dan heeft zulk eene C. A. *geen contractueel regtsbestaan*.

En nu valt toch aanstonds in het oog dat bovenvermelde formule van HOUWING in gewigtige onderdeelen verschilt van de mijne. Wie den omvang van dat verschil nog niet volkomen waarneemt, zal daarover volle klaarheid verkrijgen zoodra hij de scherpte van zijnen kijk rigt op des hoogleeraars voorbeeld, waar deze onmiddellijk komt met de vraag: of er geene onvrijheid van handelen geboren is voor eene suikerraffinaderij, die met eene stoomvaartmaatschappij overeenkwam dat zij al hare suikers, ingekocht of verkocht, met schepen dier maatschappij zal vervoeren (2), zulks of-

(1) Ook prof. HOUWING neemt tot uitgang zijner bespreking, dat de C. A. zich houdt buiten de werkcontracten, die tusschen *individuele* arbeiders en den patroon *later* gesloten worden.

(2) Ik ben gewis in den geest des hoogleeraars, als ik mij veroorloof deze zijne casuspositie aan te vullen met de onderstelling, dat tegelijkertijd de *voorwaarden* van vervoer zullen zijn vastgesteld

schoon voor de raffinaderij van eene verpligting om te koopen of te verkoopen hoegenaamd geen sprake is?

Zeker, antwoordde ik, ontstond er *onvrijheid*: want zoo dikwijls voor een inslag of uitslag eene verscheping van of naar de fabriek noodig is, zal de raffinadeur geenen anderen vervoerder dan de stoomvaartmaatschappij mogen gebruiken op straffe van schadevergoeding aan deze: *necessitas praestationis*, ontstaan uit de conventie tusschen deze contractanten. Maar juist hier komt het *ontbreken* der door HOUWING beweerde analogie aan het licht, omdat deze *niet verder* reikt dan de omstandigheid dat, evenals de C. A. slechts strekt voor het geval dat werkcontracten worden gesloten, het accoord van raffinadeur en vervoerder eerst werkt indien vervoerd wordt: toezegging si in Capitolium adscenderim, onder vrijheid om den berg *niet* op te gaan. Wijs mij het obligo van den patroon, die eene C. A. heeft tot uitbetaling van 28 cent uurloon, doch met vakvereenigingsleden klaarkwam voor 27, *jegens de vakvereeniging*; wijs mij omgekeerd *haar* obligo, wanneer de patroon, geene werklui kunnende vinden buiten de vereenigingsleden en deze laatste ongenegen vindend om te arbeiden voor 28 cent, hun, noodgedrongen, 29 cent heeft toegezegd. De C. A., principieel blijvend *buiten* de individueele werkcontracten en éénige bron van gehoudendheid tusschen den regtspersoon de vereeniging en hare contractspartij den patroon, scheidt tusschen hen beide *even weinig* eene *necessitas praestationis* ter zake van die werkcontracten buiten het accoordskader, als *volkomen stellig* is de noodzakelijkheid *krachtens*

---

tusschen partijen: de vervoerder zal ter beschikking van den fabrikant *scheepsruimte* stellen, en deze zal voor die ruimte eenen bepaalden prijs betalen. Want HOUWING kan met zijn voorbeeld niet bedoeld hebben dat de fabrikant zou hebben toegestemd in een monopolie van vervoer tegen elken prijs, dien de stoomvaartmaatschappij zou gelieven te eischen.

*hun accoord* van schadebetaling door den raffinadeur, zoodra hij zijne vervoerstoezegging uitsluitend aan de stoomvaartmaatschappij overtreedt.

Om aanstonds te blijken redenen vat ik HOUWING's analogie-beweren nog aan bij eenen anderen kant. Zijn contract bevat (voor het geval van vervoer) een wederkeerig obligo: verschaffing van scheepsruimte en betaling van vracht, over en weder te praesteren *door den medecontractant*. Maar eene C. A., ook voor het geval de patroon arbeiders zoekt: gaat dan de *vereeniging* den hem noodigen arbeid verrigten en stort hij het arbeidsloon in *hare* kas? Reeds hier stuiten we op gemis van analogie; doch zetten wij, zonder hierbij nog stil te staan, de uitwerking voort, vragend of althans de vereeniging zich door hare C. A. heeft verbonden om uit hare leden de begeerde arbeidskracht aan den patroon te verschaffen? Het antwoord is een *stellig neen*: de C. A., die principieel *buiten* het tot stand komen van individueele werkcontracten om gaat, bevat geen enkel element tot contractueele verschaffing of bekoming van werklui; evenmin bevat zij iets., medebrengend gehoudenheid van individueele leden der vakvereeniging om zich op de bedongen voorwaarden te verhuren bij den patroon, noch omgekeerd gehoudenheid van den patroon om het werk, dat hij verrigt wil hebben, juist aan een vereenigingslid op te dragen. (1)

Op des hoogleeraars eerste dubium antwoord ik dus dat welbezien zijn voorbeeld niet kan geacht worden analoog te zijn aan den casus der C. A. en niet kan strekken om eenen contractueelen regtsband uit C. A. te doen aannemen.

En evenmin kan ik op dit beslissende punt wijken voor zijne tweede opmerking, aldus luidend: Wat omgekeerd de vakvereeniging betreft, waarom zou deze zich niet tegenover den werkgever kunnen sterk maken dat hare leden zich

(1) Zie noot op blz. 379.

aan de afgesproken voorwaarden zullen houden, zoodat — indien zij afwijkende voorwaarden maken — de vereeniging daarvoor aansprakelijk is? Indien (gelijk EYSSELL deed opmerken) de vakvereenigingen tot zoo iets ongenegen zijn, bewijst dit niet de onbestaanbaarheid van collectieve arbeids-overeenkomsten, doch alleen hare ondoelmatigheid.”

Ondoelmatigheid (ook nu begin ik met een rondweg toegeven van zeker punt) is voorzeker geen bewijs van *onbestaanbaarheid*. Doch laat ons eens nagaan waarop, gegeven eene *wezenlijke* C. A., het instaan en wel *door de vakvereeniging* zou neerkomen: nagaan of we bij zulk eene clause ons nog binnen het kader van DIE soort convenu's bewegen. *Kan* het convenu neerkomen op datgene wat HOUWING onderstelt: eene garantie, met aansprakelijkstelling der vereeniging voor het tegendeel, dat hare leden „zich zullen houden” aan de bepaalde arbeidsvoorwaarden? Mij dunkt, *stellig niet*, zoolang men (gelijk algemeen geschiedt) vasthoudt aan het criterium der C. A. met eene V(akvereeniging), dat de vrijheid harer leden om met P(atroon) al dan niet een werkcontract te sluiten daarbij ongerept blijft. Immers wat gebeurt, als aan W(erkman) de accoordbedingen niet aanstaan? *Hij weigert* te contracteren — en welke feitelijke beteekenis rest dan aan de zoogenaamde *garantie* door V., dat hare leden „zich zullen houden” aan het accoord? *garanderen dat zij voor 28 cent zullen komen* heeft zij immers niet gedaan. Dus *evenmin* dat zij niet zullen zeggen: om te komen eischen we 29 cent. Hoe omgekeerd met den patroon, die noodgedrongen *wijkt* voor den verhoogden eisch? Toegestaan heeft hij dien eenmaal — eene garantie der V. dat hij (onder hare leden) arbeiders tegen 28 cent zal vinden, bezit hij niet — welk *regres* tegen haar heeft hij ter zake van zijne (onverpligte) hoogere toezegging? *Coactus voluit, sed tamen voluit*. Genoeg m. i. ten betooget dat, als de C. A. tot nog toe niet bevatte de elemen-

*heeft zij niet gedaan*

ten voor een *vinculum juris* *tusschen Vakvereeniging en Patroon*, die elementen haar niet over de brug van art. 1352 B. W. zullen worden toegevoerd door in haar vervat te achten een „zich sterk maken” van den regtspersoon voor zijne leden.

Maar als nu V eens zoover ging, dat zij aan P. garandeerde *het vinden* van werklui, arbeidend voor 28 cent? Ja, dan ware het *vinculum juris*, dat ik tot nog toe niet vermogt te ontdekken, tusschen haar en P. geboren, omdat dan V. in *eigen* regtspersoonlijk vermogen aansprakelijk zou worden voor de schade, uit het weigeren van arbeid op de accoordconditiën voor P. ontstaan. (1) Maar dan zouden wij tevens belanden op *gansch ander* contractsterrein dan dat der C. A. Want dan schept dergelijk „instaan” een contract, in waarheid strekkende om (op zekere voorwaarden) *arbeidskrachten te verschaffen*, bijna het *tegendeel* van eene C. A. die principieel *vreemd* blijft aan het individueele werkcontract, hetzij van hare leden hetzij van andere arbeiders.

Ook de „twijfelingen” van den gezaghebbenden Amsterdamschen civilist hebben mij dus niet kunnen doen wankelen in de meening dat bij eene *wezenlijke* C. A. het hapert aan een *essentiale* der obligatoire overeenkomst.

### III.

Het spreekt wel van zelf dat ik, door den belangrijken brief van Q. verleid om het nog eens over de C. A. te hebben en van die gelegenheid gebruik makend om aan prof. HOUWING bescheid te doen, dat bescheid heb willen

---

(1) Evenals, in HOUWING's eerste voorbeeld, de schadeactie der stoomvaartmaatschappij ter zake van het haar ontgaan vervoer.



beperken tot zijne — trouwens de *kern* van mijn vorig betoog rakende — „twijfelingen”: ik mag niet ten tweeden male tachtig bladen Themis volschrijven. Misschien zelfs schijnt dat beperkte bescheid reeds te uitvoerig. Maar dan vinde de uitvoerigheid regtvaardiging in de omstandigheid dat ik, als bestuurslid der Juristenvereëning, al vóór de ronddeeling der praeadviezen aan hare leden, kennis heb gekregen aan die stukken en in het opstel van mr. J. B. WILLEUMIER (p. 177) de verklaring aantrof dat hij niet alleen mijne bezwaren, maar zelfs mijn betoog *niet begrepen* heeft. Misschien dat daarover het bovengezegde voor hem eenig licht verspreidt; dat zou mij genoeg doen, te meer omdat ik geen kans zie om duidelijker te wezen. Zeker is echter, dat blijkbaar en mijn vriend Q en prof. HOUWING en de tweede praeadviseur niet in het duister verkeerden omtrent den inhoud en de strekking van mijn artikel.

Aan dat artikel mag ik zelf ééne verdienste toekennen: die van onmiskenbaar te leiden tot een levendig debat. Want na Q (ofschoon gedeeltelijk mijn medestander) en HOUWING, heeft, in zijn praeadvies, nu ook mijn ambtgenoot NELISSEN zich daartegen gekeerd.

Ik denk er natuurlijk niet aan, hier volledig te gaan ontvouwen waarom ook hij mij niet bekeerd heeft. Maar in het belang der klaarheid van het debat zij de gelegenheid benut om het mijne te zeggen van eene voorstelling, die in zijn scherpzinnige beschouwingen, gelijk in die van VAN ZANTEN en, met eenige nuance, (1) een aantal Fransche

---

(1) Nuance, omdat de Franschen partij trekken van de bevoegdverklaring tot *défense des intérêts professionnels*, door hunne half publiekrechtelijke syndicaatswet verleend. Maar naar 't gebied des *publieken* regts wil NELISSEN (zie b.v. blz. 289) de C. A. niet overgebracht hebben, en ook de minister van justitie verzet zich bij zijne M. v. B. daartegen.

bearbeiders van ons niet gemakkelijk onderwerp, eene haast beheerschende plaats inneemt. De voorstelling namelijk dat door en in de arbeiders-vakvereniging hun vakbelang wordt „gecollectiveerd”. Door zijn gansche betoog heen treffen wij haar aan, haast als de kalk die de overige materialen zijner constructie moet bijeen houden; mogt hare ondeugdzaamheid blijken, het zou bedenkelijk gesteld zijn met de hechtheid van den bouw in zijn geheel.

Niet overal blijft, naar mij voorkomt, deze metselspecie volkomen *homogeen*: misschien wel omdat die „collectiveering” op haast ontelbare plaatsen en in het meest uiteenlopend redeneerverband het betoog moet steunen. Deze bevinding, die ik niet begeer te hanteeren als wapen tegen het praeadvies (1), eischt, dat ik allereerst resumeer datgeen wat hetgeen ik, mij die voorstelling trachtende uit te

---

(1) Eene ongelijkmatigheid moet ik, om haar overwegend gewigt, even ter sprake brengen. Met warmen regtvaardigheidszin betoogt NELISSEN dat de „vastzetting” van regten des arbeiders op de vakvereniging zich ook behoort uit te strekken tot diens pligten. Maar hoe is met dit standpunt te rijmen dat hij (p. 256 seqq.) eene constructie bedenkt die zou toelaten de pligten jegens den patroon te laten bij den (meestal insolventen) arbeider — de vakvereniging dan dus buiten schot te houden — maar zijne regten wel over te brengen op deze laatste? Dat die constructie mij volstrekt niet gelukt voorkomt, spreek ik bovendien uit: *waarom* ik aldus oordeel zou mij thans te ver voeren — maar de al of niet juistheid van dat oordeel laat ongerept mijne hoofdkritiek: dat voor zulk eene uitvinding geene ruimte kan wezen waar beaamd wordt (blz. 232) PLANIOL's uitspraak: *si le contrat permet au syndicat ouvrier d'agir comme demandeur, il faut qu'il l'oblige aussi à subir l'action des patrons comme défendeur: autrement l'équilibre serait rompu.*

Voorts: al ware de constructie onberispelijk, zij leidt tot niets, wanneer de collectivisering niet opgaat. Want gaat zulk eene „amalgamatie” niet op, dan is het ook met de amalgamatie van *regten* uit.

beelden, als hoofdlijnen daarvan overhield: mijne kritische beschouwing moet van een *vast* punt kunnen uitgaan.

De totstandkoming van eene als contract geldige C. A. eischt aan den kant der werkmanscontractspartij eene vakvereeniging; eene vakvereeniging die (omdat anders de volstrekt noodzakelijke „collectiveering” der vakbelangen onmogelijk zou zijn) bekleed is met *regtspersoonlijkheid* op den voet dër wet van 22 April 1855, Sb. 32; dientengevolge een *zelfstandig* van de individueele leden onderscheiden regtssubject. Naar uitwijzen der statuten (die immers, om goedgekeurd te worden, de aanwijzing van dat doel moeten bevatten: art. 6 der wet) heeft die (zeggen wij timmermans-)vereeniging de bevordering van het vakbelang der timmerlieden ten doel. Dit vakbelang zij o.a. na door C. A<sup>n</sup> tot stand te brengen: want die overeenkomsten hebben ten doel om, ter wegneming van den brooddwang tot aanneming van de allerongelukkigste arbeidsvoorwaarden, aan den economisch zwakken individueelen arbeider te substitueeren eene individualiteit, even krachtig als de werkgever, welke op den grondslag van economische gelijkheid met dezen de regelen voor het individueele arbeidscontract vaststelt (p. 248, 245, 249, 261, 248, 215). Zulk eene C. A. laat voor NELISSEN evenals voor mij geheel in het midden *of* met den patroon zulk een individueel contract later zal gesloten worden — is dus dáárvan ten eenenmale onderscheiden — en stelt *voor het geval* der totstandkoming alleen vast, voor eenen bepaalden kring en dito tijd, welke arbeidsvoorwaarden daarin zullen worden opgenomen (p. 225). Zoodra echter dergelijke individueele contracten tot stand komen, brengt de C. A. teweeg dat, ten aanzien der hierbij vastgestelde arbeidsvoorwaarden, *op de vakvereeniging* de regten harer individueele leden worden vastgezet; en in dier voege „collectiveert” zij niet alleen die regten, maar ook de correlatieve pligten harer leden: ook deze laatste neemt zij

naar buiten op zich. (1) Eene „collectiveering” die ten gevolge heeft dat, als de patroon-timmerman, die met de vereeniging 28 cent uurloon convenieerde, voor slechts 27 cent een harer leden in dienst neemt, hij *aan de vereeniging* schuldig is schadevergoeding, omdat het in haar gecollectiveerde vakbelang harer overige leden daardoor geschonden is (p. 255, 259). Evenzeer als de individueele arbeider, voor 27 cent te werk komend, de C. A. schendt, omdat hij door deze jegens zijne vakvereeniging, collectiviteit zijner medearbeiders, tot inachtneming der daarbij vastgestelde voorwaarden was gehouden en, op afwijkenden voet gaande werken, het vakbelang heeft geschaad. Omgekeerd is de vakvereeniging, *en zij uitsluitend*, aansprakelijk voor hare de C. A. overtredende leden: die op geld waardeerbare verplichting moge zwaar wezen, de gelijkheid der partijen bij de C. A. eischt de zorg dat ook van den kant harer leden de arbeidsvoorwaarden worden in stand gehouden, eischt belofte harerzijds dat deze er niet van zullen afwijken (p. 263, 261, 264, 235, 241).

Deze constructie, volgens NELISSEN *niet* botsend met de grondslagen van ons contractenrecht, zal daarin volkomen passen, wanneer (p. 305), worden opgenomen twee wijzigingen van *geringen* omvang. De eene aan te brengen in de bijzondere regelen voor het arbeidscontract: te weten dat, wanneer zulk een contract is aangegaan tusschen eenen individueelen arbeider en eenen patroon, die beide (de arbeider door lidmaatschap der vakvereeniging) betrokken zijn bij eene C. A. tusschen dien patroon en de vakvereeniging, het door de C. A. bepaalde 28 cents uurloon geacht wordt

---

(1) „Aan de eenheid der vakvereeniging worden (zoo heet het „blz. 246) alle collectieve regten en alle collectieve pligten der „vakgenooten vastgebonden.” Men vergelijkte de noot op blz. 386 van dit opstel.

te zijn bedongen in de arbeidsovereenkomst, tenzij deze laatste *uitdrukkelijk* een uurloon van 27 cent inhoudt. (1) De tweede wijziging betreft het *algemeene* obligatierecht (p. 305 j°. 274) door uitbreiding van art. 1276 B. W. Het recht van den crediteur eener obligatie op een vonnis tot vernietiging van schuldenaars materiele verrigtingen in strijd met diens obligo — desnoods magtiging om zelf tot vernietigen over te gaan — moet worden uitgebreid tot vernietiging van *overeenkomsten*, welke die schuldenaar in strijd met zijn obligo aan den eischer gesloten heeft.

Voor een doeltreffend oordeel over dit stelsel acht ik onmisbaar scherp te vatten, waarin die wel verschilt van HOUWING's straks onderzochte voorbeeld der stoomvaartmaatschappij, die uit *haar* contract met den fabrikant eene schadeactie put, als laatstgenoemde aan eene andere maatschappij vervoer opdraagt. Sustineert NELISSEN slechts dit: de C. A. is eene contractueele toezegging van den patroon aan de vakvereniging, dat hij, casu quo uit hare leden werklui aannemend, dezen niet minder dan 28 cent uurloon zal geven? Dan zou ik haast geneigd zijn om, ter vereenvoudiging van het onderzoek naar zijn collectiveeringsbegrip, dáárbij (dus tijdelijk en *voorwaardelijk*) mijne bedenkingen tegen het erkennen van de C. A. op zij te zetten, alzoo for argument's sake mijnen ambtgenoot toe te geven dat het werkcontract van den patroon met een vereenigingslid, maar 27 cent per uur stipulerend, kan worden opgevat als schending van een bestaanbaar convenu tusschen de twee rechtssubjecten V(akvereniging) en P(atroon); mijne voorwaarde is dat bewijsbaar zij het beloopen *door de vakvereniging zelve* van eene *materiele op geld waardeerbare*

---

(1) Met dit voorstel wordt alzoo — dit kan m. i. geen twijfel lijden — niet beoogd *een nieuw rechtsinstituut* te scheppen.

schade (1), gelijkewijs als de stoomvaartmaatschappij van HOUWING *eigen* schade van *materieelen* aard kan bewijzen, wanneer een *haar* toegezegd *betalend* vervoer wordt opgedragen aan haren concurrent.

NELISSEN echter construeert iets *heel anders* en dat veel *verder* reikt. Bij hem worden, krachtens zijne „collectiveering”, de regten en pligten, welke den inhoud vormen van het na de C. A. tot stand gekomen werkcontract, tot *actieve en passieve obligatiën* DER VAKVEREENIGING: op deze, die *geen* partij was bij het werkcontract, wordt krachtens de C. A. de inhoud van dat werkcontract „vastgezet”. In de casuspositie HOUWING zijn er twee contracten die volkomen gaaf voortloopen *naast* elkander, want de latere vervoersopdracht heeft voor de vroegere monopoliebelofte aan de stoomvaartmaatschappij geene andere beteekenis dan die van het *feit* dat de fabrikant monopolieschennis heeft gepleegd; in de constructie NELISSEN ontstaat er *amalgamatie* van zekere bestanddeelen der beide (2) overeenkomsten uithoofde der collectiveeringsmagt, eigen aan het collectieve arbeidsaccord tot stand gebracht door eene vakverenigingsregtspersoon. Ik herzeg, bepaeld ten aanzien van het individueele contract: *zekere bestanddeelen*. Want de vastbinding op de vakvereniging of vastzetting van haren inhoud vind ik uitdrukkelijk beperkt tot de *collectieve* regten en

(1) Levering van dat bewijs acht ook NELISSEN noodig, doch poogt aan te toonen dat dit voorhanden is. M. i. is hij daarvan *ver* af, doch ontwikkeling van mijn legio bezwaren ligt buiten den kring van mijn onderzoek der collectieveeringsidée. Slechts dit. Door NELISSEN worden in het veld gebracht belangen niet materieel maar *ideeel*, die hij toeschrijft aan *het vak*, aan *de timmerlieden*; wie het slot van mijn opstel naleest, bekomt ook eenen kleinen kijk op enkele van mijne zooveen bedoelde bezwaren.

(2) In mijnen tekst heb ik niet meer gezegd omtrent de voorhet contract patroon-regtspersoon *regtgeldig* ingevolge de voor deze discussie voor mij aanvaarde onderstelling.

pligten der vakgenooten. Doch waar in de wet vinden wij eenen grondslag voor die scheiding?

Als eene gedeeltelijke „vastzetting” op de vakvereeniging, partij slechts bij de C. A., *ipso jure* ontstaat, dan moet ook de scheidslijn in het wetboek hare aanwijzing hebben: hetzij uitdrukkelijk, hetzij uit het verband zijner bepalingen. (1)

Laten we thans die „collectiveering” toetsen aan eenige regtsregelen, die ongetwijfeld voor NELISSEN gelijk voor mij zijn *waar* en *fundamenteel*: waarmee dus de collectiveering moet zijn overeen te brengen, zal door zijn praeadvies, (zooals wij hem zagen beweren) zijn aangetoond dat, met slechts

---

(1) Het contract patroon-individu *regtsgeeldig* ook in mijne oogen; stelling dan mij salvo errore ontwijfelbaar schijnt. Want veel daarin is mij niet heel duidelijk.

Op de vakvereeniging, contractspartij der C. A., worden volgens blz. 246 vastgebonden alle (collectieve) regten en alle (collectieve) pligten der vakgenooten. Dan moeten, dunkt me, dit zijn regten en pligten uit hunne individueele werkcontracten: want alleen die worden *door hen* aangegaan. Zijn daaronder *collectieve* regten of pligten? Dat een aantal van die individueele contracten bedingen van gelijken inhoud bevatten, maakt die bedingen niet collectief: want het werkcontract met den patroon wordt door iederen timmerman *afzonderlijk* aangegaan, zonder dat bovendien die timmerlui onderling contracteren. Doch collectief of niet, bedoeld schijnt daar ter plaatse dat op de *vereeniging* individueele obligo's worden vastgezet. Krachtens de door haar gesloten C. A.? Dan schijnt aan deze overeenkomst, die buiten de individu's der leden omgaat, invloed te worden toegeschreven op het vinculum juris dat een lid knoopt met den patroon. Afwijkend echter van blz. 246 schijnt mij de voorstelling op blz. 255, dat de regten en pligten *uit de collectieve arbeidsovereenkomst* voortvloeiend zijn „gecollectiveerd” op de als rechtspersoon erkende vereeniging vastgezet. Ik waag mij in deze onzekerheid niet aan eene keus en bepaal mij in den tekst tot de uitspraak dat de collectiveeringsidée bevat eene amalgamatie van beide contracten die, voor zoover den inhoud van het werkcontract betreft, zich slechts uitstrekt over een *deel* der daaruit ontspruitende regten en pligten (de als *collectief* aangeduide).

twee wijzigingen van geringen omvang, *in het B. W.* plaats is voor het collectief contract.

Zoodra op de statuten eener vakvereeniging goedkeuring is verkregen, is ontstaan een nieuw regtssubject, drager van vermogensregtelijke aanspraken en verplichtingen die evenzeer onderscheiden zijn (artt. 1691, 1698 B. W.) van hetgeen uitmaakt het vermogen van haar lid A, als A's vermogen onderscheiden is van hetgeen medelid B aan debita en credita heeft. Is dus de C. A. (zooals NELISSEN aanneemt) van de vakvereeniging met eenen patroon eene met dezen gesloten wederkeerige overeenkomst, bij welke de vereeniging handelt op eigen naam en niet als, op welke wijze ook, vertegenwoordigend *een ander* regtssubject, dan raakt het daaruit geboren samenstel van regten en pligten alleen *haar* en blijft volstrekt vreemd aan het vermogen van ieder lid; eveneens zijn, wanneer later eenig lid op zijn eigen naam met bedoelden patroon een werkcontract aangaat, de daaruit voortkomende vincula juris met den patroon baten en lasten van den individueelen werkman, bestanddeelen van *zijn* vermogen. Eveneens zijn de geldelijke aangelegenheden van den werkman (b.v. aanspraak op een ziekingeld of gehoudenheid om eene boete te betalen) met zijne vakvereeniging aangelegenheden die *zijn* vermogen raken. Eene waarheid even elementair als de grondstelling waarop zij rust: voormelde financieele verhouding van individuen en vereeniging berust op de regtsbetrekking (lidmaatschap) onderling tusschen *hen*; de contractueele regtsbetrekking van den een of den ander met eenen *derde* — patroon, in de C. A. contractant met de vereeniging, in het werkcontract met den individueelen timmerman — ondervindt dáárvan nimmer den invloed: art. 1376. Allerelementairst: maar het elementaire *geen oogenblik uit het oog te verliezen* is ten deze hoofdzaak.

Nu kan wel ontstaan een *overgang* van vermogensbestand-



deelen, daaronder actieve of passieve obligatien, tusschen twee regtssubjecten, bepaaldelijk ook tusschen eene vereeniging en haar individueel lid — daarvoor kent het civiel regt meer dan een middel — maar dan moet zich voordoen een nieuw regtsfeit, bijzonderlijk voor overgang titulo singulari: nooit gebeurt dat eo ipso, *klakkeloos*. Wanneer dus twee regtssubjecten, eene vakvereeniging en een werkman, ieder op eigen naam achtereenvolgens met eenen patroon een contract hebben gesloten, is voor overgang van obligatoire verhoudingen daaruit noodig het intreden van een of ander nieuw feit, waaraan stellige wetsbepaling zulk eene regtswerking verzekeren: aanwijzing dáárvan is noodig om de artt. 1351 en 1376 B. W. *buiten werking* te stellen. M. a. w. men heeft waar te maken dat „collectiveering” uitmaakt een van die *erkende* middelen; dat zij met cessie, subrogatie en meer van dien aard staat op éene lijn ten opzichte van de regtswerking, dat contractueele regten en verplichtingen ten aanzien van eenen patroon, opgekomen aan de *afzonderlijke* regtssubjecten timmerman en timmermansvereeniging, van den een worden *overgebracht* in het vermogen van den ander.

Het goed regt van dezen eisch worde, omdat het daarop zoo aankomt, bevestigd door het volgende.

Wanneer eene novatie of eene contractueele subrogatie tot stand worden gebracht, zien wij de daarbij betrokkenen optreden *handelend*; overeenkomstig artt. 1437 en 1451 B. W. gaan uitdrukkelijke wilsverklaringen van hen uit: geen *klakkelooze* overgang. Doch bij art. 1438 verleent *de wet zelve* in vier gevallen subrogatie. Wel vindt men daar de verleening gebonden aan een nieuw intredend regtsfeit — de in art. 1436 vermelde betaling — maar als die geschiedt onder de bijzondere omstandigheden in de vier nummers van art. 1438 aangeduid en somwijlen (artt. 1246 of 1887 B. W.) uitgewerkt elders, verkrijgt de derde bij

vervulling van die vereischten *ipso jure* het actieve obligatierecht desgenen, wiens passieve verbindtenis door hem is vervuld. Is ooit een gezaghebbend verklaarder van onze burgerlijke wetgeving aangekomen met de bewering dat in eenig ander geval *dan die vier* indeplaatsstelling door de wet bestaat? Mij is geene „constructie” van dien aard bekend; als NELISSEN dat beproefde, zou hij voor zoover ik weet de eerste zijn. Wanneer ons van hem eene verklaring van art. 1438 te beurt viel: zou hij (vraag ik) haar niet inleiden met de waarschuwing dat voor *ipso jure* subrogatie *geen* andere gevallen in aanmerking komen, omdat zulk eene „indeplaatsstelling” het uitdrukkelijk magtwoord des wetgevers vereischt? Maar hoe kan hij dan beproeven om, zeggende te willen blijven *binnen* de hoofdlijnen van het geldend recht, te construeeren eene „collectiveering” zonder *zweem* van erkenning in de positieve wet? een amalgamatie-instituut in *strijd* met elk daarin erkend middel om obligaties, ontstaan uit afzonderlijk contract van twee rechtssubjecten met eenen derde (patroon) over te brengen van 't vermogen des eenen in dat des anderen? Construeeren kan bijdragen om ons civielrecht te verklaren en te ontwikkelen, doch alleen als daarbij *binnen het kader* zijner instellingen gebleven wordt; door middel van constructie er een onbekend instituut *inschuiven*, is eene daad van excès de pouvoir, en inschuiving van een instituut *in strijd* met de economie van het wetboek is eene daad van verwoesting.

Zou degeen, die mijnen eisch van eene wettelijke erkenning der collectiveerende werking principieel erkent, het aanwezig zijn dezer erkenning kunnen aantoonen door de volgende redenering: als doel der timmermansvereeniging, ingevolge art. 6 der wet van 1855 in de statuten aangewezen, vind ik geschreven dat zij beoogt het vakbelang harer leden (of der timmerlieden in den Haag) te bevor-

deren; de op die statuten in opdracht des wetgevers door den Koning verleende goedkeuring omvat ook *die doelbepaling*; ziedaar gevonden wat gij teregt U aangewezen verlangt?

Dan zou ik antwoorden: liefde maakt vindingrijk, vriend! dat blijkt uit uwe sympathieke begeerte om een sociaal zoo belangrijk verschijnsel als de C. A. aan eenen regtsgrondslag te helpen; maar kijk nog eens goed, vooral op de vereenigingswet, en gij zult mij vermoedelijk toegeven dat deze weg niet voert tot het doel, *integendeel*.

Wanneer de organieke wet van 1855, in hoofdzaak van de *politieke* strekking om aan art. 9 (toenmaals 10) der Grondwet uitvoering te geven, voor goedkeuring van statuten den eisch stelt, dat daarin ook het doel der vereeniging worde omschreven, dan is dit hoogstwaarschijnlijk gedaan ten einde mogelijk te maken het onderzoek of dit doel ook indruischt tegen de *verbodsbepalingen* van art. 2 seqq: het „goedkeuren” laat zich bezwaarlijk opvatten als een staatsmerk van verdienstelijkheid, aan dit *onderdeel* der statuten verleend. Maar al ware regtens zulk eene bonne marque aan het doel vervat in de op de statuten verkregen overheidssanctie, nimmer kan zij meer dan *goedkeuren* medebrengen; en nu bedenke men toch eens welk een *veel meer* niet wezen zou de geïmpliceerde inbezitstelling van civiele faculteiten, *onbekend* aan de algemeene (1) burgerlijke regtsordering! De wet, bestemd om „in het belang der openbare orde het vereenigingsregt te „regelen en te beperken” is stellig *niet* gemaakt om het Burgerlijk Wetboek aan te vullen met nieuwe regtsinstututen, nog veel minder met eene collectieveering die *indruischt*

---

(1) De „algemeene wetboeken o.a. van burgerlijk regt, voorgeschreven in art. 150 Grondwet. Zie daarover nog beneden.

tegen de straksgenoemde, zoo cardinale artt. 1351, 1376, 1691, 1698. Wat meer is: de wet van 1855 bevat m. i. eene virtueele *uitsluiting* van het „collectiveeren”. Want de toekenning van regtspersoonlijkheid, die zij aan eene volgens artt. 5 en 6 verleende erkenning verbindt, bevat noodwendig *toepasselijkverklaring* op de vereeniging van ons burgerlijk corporatierecht, van B. W. III titel 11: daarmede dus van de bepaling dat het vermogen der leden *afgezonderd* blijft van dat der vereeniging: alzoo ook de actieve en passieve obligatien *hier* geboren uit het individueele werkcontract.

Mijn schijnt nog meer, *en van niet gering belang*, op te merken in verband met eene statutaire doelbepaling „bevordering van het vakbelang der leden”. Hiertoe geve men zich nauwkeurig rekenschap omtrent de beteekenis van dat *vakbelang*. Kan daaronder wel anders verstaan worden dan die van regten en pligten in verband tot de uitoefening van het *beroep* der leden? dus van nature evenzeer *individueele* belangen als ieders vermogensbelang met opzigt tot zijn wonen, zich voeden of kleeden, medische zorg bekomen enz.? individueele belangen echter die tevens zijn *gelijksoortig* en bij *ieder* lid aanwezig, omdat zij allen *timmerman* zijn, zoodat door deze zuiver *feitelijke* omstandigheid, zoo men wil een economisch doch niet van juridisch karakter, deze belangen zich leenen tot behartiging gezamenlijk, *massaal, en bloc*? Desniettemin blijft dit beroepsbelang een belang van elk afzonderlijk, omdat het daarin wortelt dat *hij* zijn bestaan zoekt in timmeren en geenszins daarin dat, *nevens hem*, andere burgers aan hetzelfde bedrijf hun levensonderhoud ontleenen. Wanneer b.v. zich, uit welken hoofde ook, voordoet eene algemeene verhooging van het timmermans-uurloon, eene verhooging dus in „het vak”, dan is dit verschijnsel voor de timmerlieden niet van belang daarom dat *allen* daarvan profiteren, maar hierom dat de

algemeenheid der verhooging ten gevolge heeft dat elk afzonderlijk *individu* in dit buitenkansje deelt. Dat dit individu niet de éénige is die in den Haag timmert — dat daardoor b.v. aanleiding ontstaat tot aansluiting onder de vakgenooten en als gevolg daarvan tot economische magtsontwikkeling — het moge van groote beteekenis zijn op voorzegd of op het staatkundig gebied (1), op het regtskundige terrein is die beteekenis *nul*.

Heb ik hierin gelijk, dan volgt er uit dat wanneer de statutaire doelbepaling, in plaats van te luiden „bevorde-„ring van het vakbelang *der leden*”, luidt „bevordering der belangen van *het vak*” of „van de belangen *der timmerlieden*”, zij is onnauwkeurig ja zinledig, onbruikbaar alzoo tot grondslag voor gevolgtrekkingen (2) en, desniettemin daartoe (b.v. door VAN ZANTEN) gebruikt wordende, oefent eene heillooze werking. (3) Immers wat beteekent voor

---

(1) Bereidheid om zich, zooals de economische of politieke leider der arbeidersklasse van haar verlangt, zich „te organiseren”; vatbaarheid voor wachtwoorden als „eendragt maakt magt” of „loon-trekkers, vereenigt u” — hoe kan zoo iets dienst doen om te betoogen dat zekere civiele regtsregel of regtsopvatting deel uitmaakt van het B. W.?

(2) B.v. de bewering dat, als een patroon en een timmerman, beide bij de C. A. betrokken, een werkcontract aangingen beneden den vastgestelden loonstandaard, zij te kort hebben gedaan aan de *onder hoede der vakvereeniging* staande belangen van *het vak* of *de timmerlieden*; dan kan zij al evenmin hulpmiddel zijn bij het betoog dat die beschadiging *aan de vakvereeniging*, partij bij de C. A., eene actie kan scheppen — dat voor *haar* een schützwürdiges Interesse aanwezig is — dat zij (zie boven, blz. 384 noot) bij de be-weerde schending heeft een op geld waardeerbaar belang. Maar bij al deze door NELISSEN behandelde punten mag ik thans niet stilstaan.

(3) Dat de gewraakte doelbepaling *kwaad* sticht in onze materie, komt o.a. sterk uit door haren invloed op LOTMAR's „vollmachtlose Vertretung beim Abschluss”, in de oogen van NELISSEN niet minder dan van mij een monstrum juridicum.

't afbakenen van regtsposities wel de abstractie „het vak”, en welke belangen, bepaald *regtsbelangen*, kan zulk een ding wel hebben? En staat het veel beter met de belangen-behartiging *der*, dus van *alle* timmerlieden? Eene Haagsche timmermansvereeniging zal wel nooit *alle* timmerende Hagenaars tot leden hebben; en al ware, o wonder! dat wèl zoo, nog zou zij, voor het vakbelang dier allen opkomend, niet ter hand nemen een organisch voor splitsing onvatbaar interest, maar slechts bevorderen de grootst mogelijke bijeenstelling van zekere *individueele* vermogensbelangen, door gelijkheid van bestaansmiddel zich voordoeende bij *ieder* lid. Als bruikbare, rationeele doelbepaling kan dus alleen in aanmerking komen „bevordering van het vakbelang *der leden*”. Maar dan wordt in haar ook zoo ondubbelzinnig mogelijk *uitgedrukt* wat voor mijn onderzoek den doorslag geeft: dat die groep vermogensbelangen van de vereenigde *individu's* nooit vormt een bestanddeel van het vermogen der *vereeniging*: zij beligehaamt dan de *negatie* der „collectiveering”.

Of al de *bedoelingen* der vakvereeniging op het „collectiveeren” gerigt zijn — of deze een levensbelang voor haar uitmaakt en daarom moet worden toegelaten — of de staat, die regtspersoonlijkheid voor haar verkrijgbaar stelde ten behoeve van haar streven, in dezen stand van zaken zijne bescherming niet kan hiertoe bepalen? Dat alles neemt bij NELISSEN (b.v. blz. 243) eene groote plaats in; in het antwoord daarop tracht ik, deels in verband met mijn vorig opstel, deels omdat het tegenwoordige anders dreigt de perken eener „nalezing” ver te overschrijden, naar groote kortheid.

Gelijk ik aan VAN ZANTEN antwoordde, dat de bedoeling van regtssubjecten, om een contract te sluiten, hen niet kan helpen om hunne handeling regtsgeldig te maken, wanneer de voorwaarden daarvoor ontbreken en aan dezen

eisch de toepassing van art. 1379 of 1375 ondergeschikt is, antwoord ik aan NELISSEN: bedoelingen *in strijd* met de hoofdlijnen van ons verbindtenissenregt zijn niet vatbaar voor verwezenlijking en een beweerd levensbelang van het regtssubject is ongenoegzaam om het verlangen te wettigen dat ten zijnen behoeve de Staat eene organisatie van *burgerlijk regt*, dien hij voor de algemeenheid der burgerij aanmerkt als doelmatig voor hun burgerlijk verkeersleven, *omverhale*. Want wie fundamenteen aantast, maakt den ganschen bouw wrak. Ten dezen aanzien hebben de door mij aan mijnen ambtgenoot voorgelegde bedenkingen veel van een appèl ad Papam melius informatum, omdat hij (p. 305) uitging op eene regeling van het collectief contract, die *niet* in botsing komt met de grondslagen van ons verbindtenissenregt. En zijne vraag: als deze soort vereenigingen, er op uit om door C. A<sup>n</sup> te komen tot eene zoo wenschelijke zaak als vaststelling van algemeene arbeidsvoorwaarden en bevordering van grootere economische gelijkheid tusschen arbeider en wetgever, niet genoeg heeft aan regtspersoonlijkheid, moet de Staat dan hare civiele bevoegdheden niet uitbreiden? dringt mij — behalve tot herhaling der vraag of ook hiermede niet gegaan wordt buiten het voormelde *zelf* getrokken kader — tot de volgende opmerking: hetzij het praeadvies hierbij de wet van 1855 of het B. W. tot punt van uitgang neemt, wordt in dezer voege niet voor eene enkele categorie van regtspersonen, in strijd met beider economie, opgeëischt eene *bevoorregte stelling*?

Immers wil de wet van 1855, uitgevaardigd tot regeling van een *algemeen* grondwettig regt, aan *elke* vereeniging van personen die „erkenning” vraagt, toekennen regtspersoonlijkheid op den voet (zie boven) van art. 1690 seqq. B. W. Met dit gronddenkbeeld des wetgevers laat zich niet rijmen dat, op grond van beweerde behoefte aan meer regtsbescherming, aan *sommige* van die vereenigingen een

*bijzonder en verder strekkend* corporatierecht zou worden verleend; straks toch toonde ik aan dat de „collectiveering” die grenzen overschrijdt.

En gaan we uit van het B. W., dan geldt, nevens het bezwaar van die overschrijding, nog eene ernstige bedenking ontleend aan art. 150 der Grondwet. Dat verlangt *algemeene* wetboeken: alleen in den zin der in 1887 bijgevoegde woorden, voor zoover deze den twijfel beslissen of enkele onderwerpen (in casu van burgerlijk recht) afzonderlijk geregeld mogen worden? Ik versta het voorschrift ook aldus, dat het Burgerlijk Wetboek voor de rechtspositie van de *algemeenheid* des volks wet moet wezen. De regeling, daarin voor het corporatierecht gegeven, moet gelden voor *alle* vereenigingen van personen die dat deelachtig zijn. *Allerminst echter* acht ik door de Grondwet toegelaten een stelsel, hierop nederkomend: uit gunstige consideratie wordt aan zekere soort van die vereenigingen verleend eene rechtsbevoegdheid, reikende niet alleen *verder* dan die der overige, maar bevattende OMKEERING van wat krachtens de artt. 1691 en 1698 voor de laatsten geldt. Een privilegium, onverschillig odiosum dan wel favorabile, van dien *subversieven* aard laat zich naar mijn bescheiden meening in geen geval rijmen met de grondwettelijk voorgeschreven *algemeenheid* der burgerlijke rechtsinstellingen.

Nog deze opmerking: laat de rechtsbescherming die, op grond van bedoelingen of levensbelangen der vakvereening, wordt opgeëischt voor de C. A. door haar gesloten, zich rijmen met art. 14 A. B., wanneer die convenu's zouden moeten leiden hetzij tot toekenning van effect aan accoorden *strijdig* met het algemeene verbindtenissen- of corporatierecht, hetzij tenderend om het aanzijn te geven aan rechtsinstututen *niet* erkend door het burgerlijk rechtsstelsel? Het wil mij voorkomen, dat als de Nederlandsche Staat zegt:



„binnen mijne landpalen zal geen convenu obligatoire kracht hebben, dus geene sanctie door regtsdwang van mij verkrijgen *tenzij* het beantwoordt aan art. 1349 B. W.”; zegt: „binnen die landpalen zullen de *eenige* regtsinstituten, „teweegbrengend overgang van vermogensregten, zijn de „navolgende” — dat daarmee die Staat aan het verkeersregt regelen van *publieke orde* stelt. En wat vermag dáártegen de conventie van private personen? dus ook de conventie C. A. gedoopt?

Ten slotte. Zeer betwist op allerlei gebied is de uitspraak dat het goede doel de middelen heiligt: onbetwistbaar echter schijnt de stelling, dat *door ons geldend civielregt* de rang van regtsregel, basis dus voor *regtsgevolgen*, aan die spreuk niet wordt toegekend. Behoort desniettemin de lofwaardigheid van het doel, waarmee eene arbeidsorganisatie haar vakbelang „collectiveert”, ons heentehelpen over de civiele onbestaanbaarheden der collectiviteitsidee, dan *verkrijgt* gezegde spreuk *revera* dien rang van civielen regtsregel, en hebben wij daarmee een middel tot dekking van bijna elke contrabande ingevoerd.

Den Haag, Mei 1905.

A. P. TH. EYSSELL.

## Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen. (1)

### I.

Het bijzondere kunnen brengen onder algemeene juridische gezichtpunten, ziedaar het groote verschil tusschen den rechtsgeleerde en den leek, die beiden zich bezighouden met de vraag, hoe eene verhouding door het recht dient geregeld te worden. Dit te kunnen, is onbetwist een voordeel aan de zijde van den jurist, echter niet steeds wordt een juist gebruik van dit voordeel gemaakt. Brengt een jurist alleen de in de wet belichaamde beginselen in aanmerking, gebruikt hij deze als toetssteen voor het al of niet wenschelijke van eene voorgestelde regeling, alsdan ver-

---

(1) Verkort aangehaalde litteratuur en wetgeving betreffende het collectieve arbeidscontract:

J. H. VAN ZANTEN. De zoogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst R. M. XXII (1903) blz. 447 vlg. A. P. TH. EYSSELL. De collectieve arbeidsovereenkomst; regtsinstituut of sociaal verschijnsel? Themis 1905, blz. 60 vlg.; dezelfde, Overpeinzingen van een onbekeerde, de Tijdspiegel, April 1905, blz. 367 vlg.; J. F. HOUWING. Het arbeidscontract bij de Tweede Kamer, Weekblad voor P., N. en R. n<sup>o</sup>. 1832 en 1833.

B. en S. WEBB. Industrial Democracy. London, New-York en Bombay, 1897.

B. RAYNAUD. Le contrat collectif de travail, Paris 1901. F. MOISENET. Étude sur les contrats collectifs en matière de conditions du travail. Paris 1903.

P. LOTMAR. Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902, 6er Abschnitt, der Tarifvertrag, blz. 755 vlg. FANNY IMLE. Gewerbliche Friedensdoku-

dwijnt het aanvankelijke voordeel geheel, ja zet zich zelfs om in een beslist nadeel. Het nut, dat de jurist van datgene, wat hij op den leek voor heeft, trekken kan, moet in eene gansch andere richting gezocht worden.

Zeer zeker kan een leek dikwijls even juist, soms zelfs juister dan een rechtsgeleerde, de hoofdlijnen aangeven, volgens welke eene verhouding waarmede hij uit ervaring goed bekend is, dient geregeld te worden, maar hij kan dat slechts voor *die* verhouding doen, terwijl er wellicht andere verhoudingen bestaan, waarvoor volkomen dezelfde motieven eene gelijke regeling wenschelijk maken. Waar plaats is voor *algemeene* rechtsvoorschriften, worden dan slechts *bijzondere* voorgesteld. Men zegge niet: dat is geen nadeel van eenige beteekenis; zoodra andere verhoudingen dit blijken te eischen, kan men ook voor deze gelijke regeling treffen. Immers behalve dat reeds ter wille van de een-

---

mente. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Tarifgemeinschaften in Deutschland. Jena 1905.

G. SULZER. Die kollektive Vertragsschliessung zwischen Arbeitern und Arbeitgebern. Bern 1900.

J. ROSNER. Der Kollektivvertrag. Wien 1903.

Loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles (België). Loi fixant le mode d'établissement des tarifs d'usage entre ouvriers et patrons et réglant les conflits relatifs aux conditions de leurs engagements (26 Maart 1904, Genève). The industrial conciliation and arbitration act 1900 (gewijzigd 1901 en 1903; N.-Zeeland). The industrial arbitration act 1901 (N. S. Wales). The industrial conciliation and arbitration act 1902 (W.-Australië).

Ontwerp van wet en gewijzigd ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het B. W. omtrent huur van dienstboden en werklieden (uitgave H. D. TJEENK WILLINK en ZOON, Haarlem 1904 en 1905). Voorloopig verslag op het oorspronkelijk ontwerp. Gedr. St. 1904/1905 n<sup>o</sup>. 23. 1. Entwurf einer gesetzlichen Regelung des kollektiven Arbeitsvertrags van G. SULZER en P. LOMAR. Soz. Praxis XI, 349.

voudigheid eene algemeene bepaling verre te verkiezen is boven eene reeks bijzondere, zal toch ook een algemeen voorschrift steeds meer omvattend zijn en derhalve meer volledig dan een aantal zijner bijzondere toepassingen. Maar daarenboven, bij onze tegenwoordige wijze van wetgeving komt men er niet zoo spoedig toe, indien men bij een of meer bijzondere gevallen in de hoog noodige regeling voorzien heeft, die bepalingen ook tot andere analoge gevallen uit te breiden en aldus houdt dikwijls dientengevolge de regeling van één verhouding, die van andere, die evengoed eene regeling behoeven, tegen.

Treffende voorbeelden hiervan levert ons het Handelsrecht. Door te veel zijne aandacht te concentreeren op vereenigingen, die zich met „zaken van koophandel” bezighouden, heeft onze wetgever alleen deze geregeld en geheel over het hoofd gezien, dat er tal van vereenigingen zijn, die zich de exploitatie van andere bedrijven ten doel stellen, maar toch in menig opzicht gelijke regeling behoeven als de vennootschappen van koophandel, b.v. wat betreft het aannemen van den rechtsvorm eener naamlooze vennootschap. Nog heden ten dage is deze leemte, hoewel algemeen erkend, niet aangevuld. Bij het order- en toonderpapier heeft men precies hetzelfde verschijnsel; slechts enkele soorten zijn in het wetboek van koophandel geregeld, voor de overige ontbreken nog steeds de meest elementaire bepalingen.

Uit deze voorbeelden blijkt het nadeel van speciale voorschriften te geven, waar plaats voor algemeene is. Laten wij derhalve steeds bij de regeling eener verhouding beginnen met haar zooveel mogelijk onder algemeene juridische gezichtspunten te brengen. Vooral bij onderwerpen uit het Arbeidsrecht is dit hoog noodig, omdat daar, evenals indertijd bij het Handelsrecht, een krachtige impuls tot de vorming van nieuwe voorschriften van leekenzijde komt. Het

zelfstandige bestaan van een Handelsrecht als een jus civile speciale, wordt door de meeste auteurs van den tegenwoordigen tijd niet meer gebillijkt, slechts historisch verklaard. Welnu, laten wij de les, ons door het Handelsrecht gegeven, ter harte nemen, laat niet om gelijke redenen waarom zich eenmaal een Handelsrecht als een jus speciale van het overige burgerlijke recht afgescheiden heeft, zich nu een Arbeidsrecht van uit het overige contractenrecht emancipeeren, *laat het Arbeidsrecht niet meer bevatten dan door de eigenaardigheden, die men alleen op dit gebied aantreft, wordt noodzakelijk gemaakt.* Van dit standpunt wensch ik uit te gaan en te onderzoeken in hoever eene regeling van het collectieve arbeidscontract gewenscht is.

## II.

Vóór alles is steeds in de Rechtswetenschap wenschelijk, dat er geen misverstand omtrent de beteekenis van woorden bestaat. Waar ik dan ook in het vervolg herhaaldelijk de uitdrukkingen *reglementeering* en *collectief contract* gebruik en daaraan wellicht een anderen zin dan de een of andere lezer hecht, daar acht ik het raadzaam te beginnen met te verklaren wat ik met deze uitdrukkingen wensch te kennen te geven.

Ik spreek van eene *reglementeering*, indien voor eene bepaalde soort van overeenkomsten — in het algemeen of binnen zekeren kring — regelen bestaan, die ook, zonder dat zij deel uitmaken van het overeengekomene, toch de rechten of verplichtingen der contractanten bepalen. Het ontwerp-arbeidscontract, het algemeene reglement voor het vervoer op de spoorwegen, fabrieksreglementen met bindende kracht, ziedaar verschillende voorbeelden van reglementeeringen.

Eene dergelijke reglementeering heeft een regelend of een dwingend karakter; een regelend, wanneer zij slechts

dan de rechten of verplichtingen van partijen bepaalt, indien dezen niet uitdrukkelijk anders overeengekomen zijn, een dwingend daarentegen, wanneer het niet in de macht van partijen staat zich bij overeenkomst aan de uit de reglementeering voortvloeiende verplichtingen te onttrekken.

Niet alleen de kracht, ook de oorsprong der reglementeeringen is verschillend; deze kan namelijk publiekrechtelijk of privaatrechtelijk zijn. Een publiekrechtelijken oorsprong heeft eene reglementeering in de eerste plaats, indien zij haar ontstaan aan een wettelijk voorschrift of aan een gewoonterecht dankt (art. 1383 B. W.). In de tweede plaats hebben somtijds, behalve de eigenlijke wetgevende organen, ook andere lichamen de bevoegdheid reglementeeringen op publiekrechtelijken bodem in het leven te roepen. In vroegere eeuwen hadden de gilden deze macht, thans hebben in enkele landen de vakverenigingen of de vereenigde vertegenwoordigers van werkgevers en werklieden in een bedrijf gelijke bevoegdheid. Aldus b.v. in Genève krachtens de wet van 26 Maart 1904, volgens welke de in het handelsregister ingeschreven patroons- en werkliedenverenigingen in onderling overleg voor hun bedrijf eene reglementeering met regelend gezag kunnen in het leven roepen. Het publiekrechtelijke karakter dezer reglementeering is daarin gelegen, dat ze ook voor personen geldt die in geenerlei betrekking staan tot de contracteerende personen of vereenigingen: de niet-leden der vakverenigingen. Eene reglementeering, waarvan men om dezelfde reden dient te erkennen, dat zij haar ontstaan meer aan eene handeling van publiekrechtelijken dan van privaatrechtelijken aard dankt, is het eenzijdige door den werkgever voor zijne fabriek of werkplaats vastgestelde fabrieksreglement, gelijk b.v. de Belgische wet van 15 Juni 1896 dit kent. (1)

(1) De reden, waarom men een fabrieksreglement een publiekrechtelijk karakter toekent, wordt door de M. v. T. bij het ontwerp-

Slechts dan is eene reglementeering in haar oorsprong zuiver privaatrechtelijk, wanneer zij haar ontstaan aan eene overeenkomst met uitsluitend privaatrechtelijk karakter dankt.

Eene dergelijke reglementeerende overeenkomst (in het vervolg afgekort: R. O.) kan in de eerste plaats afgesloten zijn tusschen iemand, die ten opzichte van de gereglementeerde overeenkomst als derde is aan te merken en iemand, die daarbij partij zal zijn. Tot deze R. O. behoort o.a. de overeenkomst tusschen aannemer en aanbesteder, waarbij bepalingen omtrent loon en arbeidsduur, die bij de uit te voeren werken zullen gelden, worden vastgesteld.

In de tweede plaats kan eene R. O. aangegaan worden tusschen twee of meer personen, die allen ten opzichte van de gereglementeerde overeenkomst als partij zijn aan te merken en tot eenzelfde rubriek van belanghebbenden behooren. Tot deze soort van R. O. behoort b.v. de onderlinge overeenkomst in April 1903 tusschen de werkgevers op scheepvaartgebied te Amsterdam gesloten, waarbij zij de voorwaarden vaststelden waarop zij vast en los werkvolk in dienst zouden nemen.

In de derde plaats kan een R. O. tot stand komen tusschen twee of meer personen, die allen ten opzichte van de gereglementeerde overeenkomst als partij zijn aan te merken, maar tot verschillende rubrieken van belanghebbenden behooren. Was het voorbeeld van de eerste soort van R. O. eene overeenkomst tusschen een werkgever en iemand, die ten opzichte van het arbeidscontract een derde

---

arbeidscontract miskend. (Gedr. St. 1903/1904, 137. 3, blz. 18). Niet volgens zijn inhoud, die steeds zuiver privaatrechtelijk is, maar alleen in zijn oorsprong is een zoodanig reglement publiekrechtelijk. Evenzoo wordt het burgerlijk wetboek wegens zijn inhoud tot het privaatrecht gerekend, maar dit neemt niet weg, dat het zijn ontstaan aan eene publiekrechtelijke daad dankt.

is, het voorbeeld van de tweede soort eene overeenkomst tusschen enkel werkgevers, als voorbeeld van de derde soort van R. O. kan dienen, de R. O., aangegaan tusschen één of meer werkgevers eenerzijds en een of meer werklieden anderzijds. Het is deze derde soort van R. O. die hieronder uitvoerig zal worden besproken.

### III.

Behalve den term reglementeering, is er nog een andere, waarbij het niet ongewenscht is, alvorens mijn eigenlijk betoog te beginnen, eene beknopte toelichting te geven; het is de uitdrukking *collectief contract*.

Wijst het bijvoegelijke naamwoord „reglementeërend” op het gevolg van de overeenkomst, het woordje „collectief” wijst op een bijzonderen oorsprong van het contract. Waar meerdere personen zich vereenigen om door gezamenlijk optreden betere contractueele voorwaarden te bedingen en aldus aaneengesloten met een of meer personen van wie zij deze betere contractsvoorwaarden verlangen, eene reglementeering overeenkomen, daar spreek ik van een collectief contract. Al naar de overeenkomst, die partijen aldus willen reglementeeren, het arbeidscontract, het koopcontract, het huurcontract, enz., betreft, spreek ik dan van een collectief arbeidscontract, een collectief koopcontract, een collectief huurecontract enz.

Deze benamingen collectief contract en collectief arbeidscontract, zijn op weg zich burgerrecht te verschaffen en daarom zal ook ik ze in het vervolg gebruiken, hoewel deze benamingen gevaren opleveren, waarvoor gewaarschuid dient te worden. Dat een collectief arbeidscontract, een collectief koopcontract enz. geen arbeidscontract, geen koopcontract enz. is, ja zelfs contractanten niet eens tot het afsluiten dezer overeenkomsten verplicht, maar slechts eene reglementeering van eventueel af te sluiten arbeids- en



koopcontracten beoogt, is iets, dat niemand na het uitvoerige en heldere betoog van EYSSELL op dit punt meer uit het oog zal verliezen. (1) Wat echter nog wel een gevaar is, is het volgende: De benaming, collectief contract, zal er een jurist allicht toe brengen daaronder niet een bijzonder sociaal verschijnsel, maar eene bijzondere privaatrechtelijke rechtsverhouding te verstaan. Doet hij dit en houdt hij deze beteekenis consequent vol, dan is daartegen niet veel in te brengen, maar hij wete dan wel, dat, zoo hij eene verhandeling schrijft over het collectieve contract of over het collectieve arbeidscontract, hij slechts voor een klein gedeelte een hoogst belangrijk maatschappelijk verschijnsel bespreekt. Of dit verschijnsel niet soms eene publiekrechtelijke regeling in plaats van een uitsluitend privaatrechtelijke verlangt, valt buiten zijn bestek, dat slechts binnen het privaatrecht ligt. Ook de gevallen, waarin de collectiviteit niet als rechtspersoon optreedt, zullen door hem niet besproken worden, daar hij alsdan volgens zijne opvatting niet van een *collec-*

---

(1) Zie EYSSELL t. a. p. blz. 68 vlg. Geheel hiermede in overeenstemming is eene beslissing van the Court of Arbitration, District Westland, N. Zeeland van 25 Februari 1904: wanneer een ondernemer om voordeel te trekken uit het loonverschil, dat een collectief arbeidscontract scheidt voor arbeiders boven en onder de 21 jaar, al zijne arbeiders boven de 21 jaar ontslaat en dezen door werklieden onder de 21 jaar vervangt, is dat geen schennis van het C. A. — Hetzelfde beginsel, dat een C. A. niet verplicht tot het afsluiten van arbeidsovereenkomsten, maar slechts bepalingen bevat, die zullen gelden, *indien* arbeidsovereenkomsten aangegaan worden, wordt in tal van C. A. in Amerika uitdrukkelijk op de volgende wijze geconstateerd:

.....to carrying out this agreement the parties hereto agree to sustain the principle that absolute personal independence of the individual to work or not to work, to employ or not to employ is fundamental and should never be questioned or assailed; for upon that independence the security of our whole social fabric and business prosperity rests and employers and workmen should be equally interested in its defence and preservation.

*tief* contract kan spreken; van een juridisch standpunt heeft men in deze gevallen immers niet één contract van eene collectiviteit, maar een groot aantal naast elkaar staande eensluidende contracten van verschillende individuen; men heeft van uit een juridisch standpunt alleen dan een collectief contract, wanneer de collectiviteit als rechtspersoon optreedt.

Wat men ook onder een collectief contract wil verstaan, de wenschelijkheid zal steeds blijven bestaan om het zoo even geschetste maatschappelijke verschijnsel, hetgeen het spraakgebruik met de benaming collectief arbeidscontract aanduidt, in zijn geheel te beschouwen en te onderzoeken, niet dit onderzoek kunstmatig of willekeurig te beperken. Vanzelf zal men er dan toe komen dit verschijnsel ook met een naam te voorzien. Ik voor mij heb er geen bezwaar in gezien mij in dezen bij het spraakgebruik aan te sluiten.

#### IV.

Het op den voorgrond stellen van de algemeene begrippen, reglementeerende overeenkomst en collectief contract, in plaats van de meer bijzondere arbeidsvoorwaardenovereenkomst en collectief arbeidscontract, is niet alleen eene theoretische Prinzipienreiteri, maar wel degelijk ook van practisch belang. Hetzelfde verschijnsel immers hetgeen men aantreft bij het arbeidscontract en daar aanleiding heeft gegeven tot het opstellen der begrippen C. A. (collectief arbeidscontract) en arbeidsvoorwaardenovereenkomst, treft men in de werkelijkheid ook bij andere contracten aan. Met eenige voorbeelden wensch ik dit nader aan te toonen.

*Het koopcontract.* Overeenkomsten, die zich ten opzichte van het koopcontract volkomen gelijk verhouden als het C. A. ten opzichte van het arbeidscontract, worden meestal afgesloten door vereenigingen, die zich ten doel stellen, door gemeenschappelijk optreden voordeeliger te kunnen inkoo-

pen. Menige inkoopsvereeniging — zijn juridische vorm is in dezen onverschillig — slaat een bepaald artikel niet zelf in, maar stelt met een leverancier van dat artikel de voorwaarden vast, waarop de verkoop aan de leden der vereeniging zal geschieden. Gelijk eene werkliedenorganisatie met een patroon voorwaarden vaststelt voor de eventueel af te sluiten arbeidscontracten, zoo geschiedt hier hetzelfde door eene koopersorganisatie ten aanzien van de eventueel af te sluiten koopcontracten (1). Het Bestuur der afdeeling Amsterdam der Vereeniging „Eigen Hulp” heeft niet minder dan 19 van deze contracten afgesloten, de vereeniging van ambtenaren ter gemeente-secretarie van Amsterdam zelfs 29.

Deze contracten bepalen zich meestal tot de vaststelling van een kortings-percentagc of van den prijs der koopwaren, echter soms worden de contractsvoorwaarden uitvoeriger geregeld. De collectieve koopcontracten door de Coöperatieve Winkelvereeniging „Eigen Hulp” te Amsterdam afgesloten met de Naamlooze Vennootschap „Nederland” voor de levering van melk en met de Maatschappij voor Meelen Broodfabrieken te Amsterdam voor de levering van brood, bevatten naast eene vaststelling van den prijs ook eene regeling van de wijze van levering en van de wijze van betaling.

*Het huurcontract.* Waarschijnlijk zullen slechts weinige collectieve contracten betreffende het huurcontract te vinden zijn, dat zij echter wel degelijk voorkomen, bewijst de overeenkomst tusschen de Algemeene Nederlandsche Diamantbewerkerbond en de vereeniging van Eigenaren van Diamantslijperijen gesloten, betreffende den tijd gedurende welken de fabriekseigenaren iederen dag de plaatsen in hun fabrieken zullen verhuren (2). Deze overeenkomst dient als

(1) Evenzoo HOUWING t. a. p. blz. 58 noot.

(2) Deze regeling is aldus:  
Israëlitische en gemengde fabrieken:

contrôlemiddel op de naleving van het C. A. tusschen de A. N. D. B. en de Algemeene Juweliersvereniging aangegaan, waarbij de 9 uren werkdag werd ingevoerd. Doordat ten gevolge van dit collectieve huurcontract de fabrieken nu niet langer dan 54 uur per week geopend zijn en stoomkracht leveren, is het eene onmogelijkheid, dat er langer dan 54 uur per week in deze fabrieken gewerkt wordt. Ontbrak dit collectieve huurcontract, dan was het niet mogelijk na te gaan of de 9-uur werkdag, bij het C. A. ingevoerd, gehandhaafd werd, daar de meeste diamantbewerkers zelfstandig werken en zij volstrekt jegens hun patroons, de juweliers, niet gehouden zijn gelijk te beginnen. Moge nu al het motief, waaraan dit collectieve huurcontract zijn ontstaan dankt, een ander zijn dan van de meeste overige collectieve contracten, dit neemt niet weg, dat het alle kenmerken van een collectief contract bezit en van economisch standpunt eene hoogst belangrijke overeenkomst is.

*De overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.*

Naast de arbeidsovereenkomst wordt door het ontwerp-arbeidscontract terecht de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten als eene zelfstandige soort van over-

---

Zomerdienst. Van 7 tot 12 en van  $1\frac{1}{2}$  tot 6. Des Vrijdags zooveel uren als noodig zijn om de 54 vol te maken.

Winterdienst dito.

Christenfabrieken:

Zomerdienst. Van  $6\frac{1}{2}$  tot  $11\frac{1}{2}$  en van  $1\frac{1}{2}$  tot 6. Des Zaterdag zooveel uren als noodig zijn om de 54 vol te maken.

Winterdienst. Van 7 tot  $11\frac{1}{2}$  en van  $1\frac{1}{2}$  tot  $6\frac{1}{2}$ . Des Zaterdag als boven.

Op den laatsten dag der week is er een schafttijd van een half uur, en wel van  $10\frac{1}{2}$  tot 11 uur.

Deze regeling wordt ingevoerd op Zondag 5 Februari 1905 en wel bij wijze van proef tot 31 December 1905. Eventueele bezwaren van den kant van werkgevers, werklieden of fabriekseigenaren zullen vóór het verstrijken van dien termijn overwogen worden.

einkomsten geplaatst (art. 1637). Ook op het gebied van deze soort van overeenkomsten worden tegenwoordig tal van collectieve contracten afgesloten. In iedere groote gemeente kent men vereenigingen, die voor hare leden een verminderden prijs bij tooneeluitvoeringen, concerten en andere inrichtingen tot vermaak en ontspanning weten te bedingen; het geven van voorbeelden is hier geheel overbodig.

Maar behalve op het gebied van het gezellig verkeer worden collectieve contracten ook ten aanzien van het verrichten van diensten van geheel anderen aard afgesloten. Er zijn vereenigingen, die voor hun leden met medische specialiteiten contracten afsluiten, bevattende een verminderden prijs, waarvoor dezen de leden zullen helpen, badinrichtingen, die de leden van sommige vereenigingen volgens overeenkomst tegen een goedkooper tarief bedienen enz. (1)

*Aanneming van werk.* Ook op dit gebied komen collectieve contracten voor. Zoo sluiten scheikundige laboratoria met vakbonden overeenkomsten, waarbij zij zich verbinden tegen een vast tarief de ingrediënten, die de leden der vakbonden voor hun bedrijf noodig hebben, te onderzoeken. Soms waarborgt de vakbond hierbij een minimum aantal onderzoekingen.

*Verbruikleasing.* Wat de overeenkomst van verbruikleasing betreft, zoo is mij op dit gebied geen collectief contract bekend. Echter op mijne desbetreffende vraag is mij door eene bekende instelling van volkscrediet te Amsterdam geantwoord, dat men juist met eene vereeniging in onderhandeling was over het afsluiten van een collectief

---

(1) Zoo b.v. de vereeniging van ambtenaren ter gemeentesecretarie van Amsterdam. Zie verder het Nutsrapport: „De ziekenfondsen in Nederland”, blz. 21 en het rapport over de ziekenfondsen te Amsterdam 1900, blz. 119.

leencontract; onderling zou men de voorwaarden vaststellen waarop leden der vereeniging bij de credietinstelling geld zouden kunnen opnemen; bovendien zou de vereeniging zich borg stellen voor de door de leden opgenomen gelden.

Naast al deze soorten van collectieve contracten staat een andere vorm van collectief optreden, die men, gelijk reeds gezegd, wel van het collectieve contract moet gescheiden houden: de collectiviteit bedingt niet contractvoorwaarden voor hare leden, maar sluit zelf op eigen naam de contracten af. Zoo staat naast het geval, dat eene inkoopsvereeniging voorwaarden bedingt, waarop hare leden kunnen koopen, het geval, dat zij zelve inkoopt en daarna het gekochte weder aan de leden verkoopt, dus als coöperatieve winkelvereeniging optreedt. Zoo heeft men eenerzijds enkele ziekenfondsen, die met medici de voorwaarden overeenkomen, waarop hare leden bij dezen hulp kunnen krijgen, anderzijds zijn er fondsen, die zelve hun medici aanstellen en betalen en het betaalde op de leden verhalen door het vorderen van eene contributie. Zoo ook staat naast de vereeniging, die leenvoorwaarden voor hare leden bedingt, de coöperatieve credietvereeniging, die op eigen naam geld opneemt en dat wederom aan de leden ter leen verstrekt. Evenzoo nu staat naast de vereeniging, die een collectief arbeidscontract afsluit, de vereeniging, die zelf arbeidscontracten aangaat en deze door hare leden laat uitvoeren, de zoogenaamde productieve coöperatie.

Zoo ziet men, dat men bij iedere bijzondere soort van overeenkomsten een vorm van coöperatie en een vorm van collectief contract kan opstellen en dat bij vele soorten van overeenkomsten beide vormen in de practijk voorkomen.

Evenmin nu als men de wettelijke regeling der productieve coöperatie geheel afgescheiden van de regeling der coöperatieve vereenigingen in het algemeen zal bespreken,

evenmin dient men de wettelijke regeling van het collectieve arbeidscontract afgescheiden van de regeling der collectieve contracten in het algemeen te behandelen.

## V.

In de bovenstaande hoofdstukken is niet veel meer gedaan dan de tafel gedekt. Thans kan ik overgaan tot de opdiening der spijzen, de vermelding der verschillende desiderata ten aanzien van het collectieve arbeidscontract.

De wenschen der voorstanders van eene wettelijke regeling van het collectieve arbeidscontract loopen zeer uiteen en betreffen verschillende punten. Voor eene verdere ordelijke behandeling van het onderwerp is het dan ook gewenscht een gesystemiseerd overzicht van de voornaamste desiderata te geven. (1)

Sommigen wenschen eene uitsluitend privaatrechtelijke, anderen ook eene publiekrechtelijke regeling.

Op privaatrechtelijk terrein verlangt men:

- 1°. ten opzichte van de contracteerende collectiviteiten:
  - a. de collectiviteit diene op eigen naam een C. A. te kunnen aangaan, in rechte nakoming te kunnen vorderen en aangesproken te kunnen worden;
  - b. de schadevergoeding, die de collectiviteit op eigen naam bij wanpraestatie kan vorderen, omvatte ook de door de afzonderlijke individuen geleden schade;
- 2°. ten opzichte van de individuen, die tot de collectiviteit behooren:

---

(1) Dit overzicht is ontleend aan de volgende schrijvers en wetten: VAN ZANTEN, RAYNAUD, MOISSENET, LOTMAR, het voorloopig verslag op het ontwerp arbeidscontract, het gewijzigde ontwerp, het ontwerp van SULZER en LOTMAR, de Belgische wet van 31 Maart 1898, de wet van het kanton Genève en de wetten van Nieuw-Zeeland en Nieuw-Zuid-Wales.

de voorwaarden van het C. A. dienen een deel van de individueele contracten uit te maken, volgens sommigen alleen, indien de individueele contracten geen afwijkende bedingen bevatten, volgens anderen ook in dit laatste geval, daar afwijkende bedingen door de wet nietig moeten worden verklaard.

Op publiekrechtelijk terrein verlangt men:

1°. De voorwaarden van het C. A. dienen niet alleen een deel uit te maken van de contracten der personen, die tot de contracteerende collectiviteiten behooren, maar van alle personen, die gelijk bedrijf uitoefenen en wel:

a. volgens sommigen, indien de individueele contracten geen afwijkende bedingen bevatten;

b. volgens anderen, in alle gevallen, daar afwijkende bedingen door de wet nietig dienen verklaard te worden;

2°. Een C. A. met een publiekrechtelijk karakter als sub 1 worde ook publiekrechtelijk gehandhaafd.

Punt voor punt zal ik in de hier volgende hoofdstukken deze verschillende wenschen bespreken en daarbij steeds nagaan wat ten aanzien van het collectieve contract in het algemeen rechtens is en rechtens dient te zijn.

## VI.

*De collectiviteit diene op eigen naam een C. A. te kunnen aangaan en bij wanpraestatie op eigen naam nakoming te kunnen vorderen of aangesproken te kunnen worden.*

Dit punt is bijna steeds door de verschillende auteurs bij de bespreking van het C. A. op den voorgrond geplaatst en terecht. Immers zij, die verlangen, dat het doel, hetwelk de arbeiders en de werkgevers zich met een C. A. stellen, volledig in de wetgeving tot zijn recht zal komen, moeten wel den nadruk leggen op het *op eigen naam kunnen*



*handelen der collectiviteit.* Ongetwijfeld zou men, indien men de bepalingen betreffende lastgeving op het optreden der collectiviteit toepasselijk verklaarde, in vele opzichten tot gelijke resultaten komen als indien men de collectiviteit de bevoegdheid gaf om op eigen naam te handelen; de afsluiting van het contract zou door het bestuur eener vakvereeniging als vertegenwoordiger van de leden kunnen geschieden, zelfs het eischen van nakoming of schadevergoeding bij wanpraestatie zou door het bestuur als vertegenwoordiger der leden kunnen gevraagd worden (1), echter niettegenstaande dit alles zou er één verschilpunt — en een zeer gewichtig — steeds blijven bestaan. Indien een lid der collectiviteit een van het C. A. afwijkend individueel contract zou aangaan en daarmee bij voortduring genoegen zou nemen, daar zou, wanneer men het optreden der collectiviteit slechts door de gewone regelen van lastgeving wist te rechtvaardigen, er geheel geen grond tot het instellen eener rechtsvordering tegen den werkgever zijn. Juist in dit geval nu is een optreden der vakvereeniging, om op grond van schennis van het C. A. den werkgever tot nakoming te dwingen, van het hoogste belang. Het C. A. dankt juist daaraan zijn ontstaan, dat de werklieden zich individueel tegenover den patroon te zwak gevoelen om gunstige arbeidsvoorwaarden te verkrijgen. Had nu wel de vakvereeniging de macht om door collectief optreden betere arbeidsvoorwaarden te bedingen, maar kon de patroon wederom bij het afsluiten der individueele contracten zonder eenig bezwaar van zijn sterkere positie tegenover de individuen gebruik maken om naar hartelust van het C. A. af te wijken, dan was de waarde van het gansche C. A. gelijk nihil. Wil men dan ook het C. A. niet uitsluitend als een

(1) Dat de regel „nul ne plaide par procureur que le roi” in ons recht niet bestaat, zie daarvoor H. R. 7 Mei 1852, W. 1350.

moreel, maar ook als een rechtens bindende afspraak beschouwd zien, dan is het volkomen te billijken dat men op den voorgrond stelt, dat de collectiviteit als zoodanig de bevoegdheid hebbe een C. A. af te sluiten en zonder daartoe gemachtigd te zijn, op eigen naam nakoming kan vorderen.

Men kan zich afvragen of de vakvereenigingen volgens ons tegenwoordig recht niet reeds deze bevoegdheid bezitten, zoodat voor dit eerste punt van de lijst der desiderata geen wetswijziging noodzakelijk is. De bevoegdheid toch eene collectiviteit toegekend om op eigen naam een contract af te sluiten en daarvan nakoming te vorderen, involveert het bezitten van rechtspersoonlijkheid. En nu zou men wellicht daarover kunnen redeneeren of het niet wenschelijk is het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid voor vakvereenigingen te vergemakkelijken, maar dat eene vereeniging van werklieden of werkgevers, eenmaal rechtspersoonlijkheid bezittende, op eigen naam een contract, genaamd het C. A., kan aangaan en daarvan op eigen naam nakoming kan vorderen, *schijnt* vanzelf sprekend.

Ik schrijf hier „*schijnt* vanzelf sprekend”, want terwijl de Minister van Justitie, VAN ZANTEN en HOUWING de geldigheid van een dergelijk contract voor onze wet aannemen, is deze in een uitvoerig betoog door EYSSELL betwist. Een meer diepgaand onderzoek is derhalve hier gewenscht, waarbij ik niet het C. A., maar het collectieve contract in het algemeen op den voorgrond zal stellen.

Dat eene vereeniging met rechtspersoonlijkheid in het belang harer leden volgens ons recht eene reglementeerende overeenkomst kan aangaan, is door EYSSELL ontkend, omdat men hier met een ongeldig beding ten behoeve van derden te doen zou hebben. (1)

(1) EYSSELL stelt ons voor de volgende keuze (blz. 80): of het C. A. is eene voorwaarde, of het is een beding ten behoeve van

Om na te gaan of deze bewering juist is, dient eerst onderzocht te worden wat een beding ten behoeve van derden eigenlijk is, daarna of een collectief contract inderdaad een beding ten behoeve van derden is, vervolgens zoo deze vraag bevestigend beantwoord is, in welke gevallen een beding ten behoeve van derden volgens ons recht ongeldig is, en ten slotte of men bij een collectief contract met een dezer gevallen te doen heeft.

## VII.

Het beding ten behoeve van een derde verschilt, volgens de meest verspreide opvatting, zoowel wat het rechtsfeit als wat het rechtsgevolg betreft, van het handelen op eigen naam ten behoeve van zich zelf en van het handelen op naam van een ander. Het verschil in rechtsgevolgen is dan het navolgende: Handelt men rechtsgeldig op eigen naam ten behoeve van zich zelf, zoo krijgt alleen de handelende persoon een recht uit de overeenkomst, handelt men rechtsgeldig op naam van een ander, zoo ontstaat alleen voor den derde, op wiens naam men handelt, een recht, sluit men ten slotte een rechtsgeldig beding ten behoeve van een derde af, dan ontleent zoowel de handelende persoon als de derde een recht aan dat beding.

Het feitelijke verschil tusschen de drie genoemde rechtsfiguren schijnt, afgaande op de beknopte en eenstemmige

---

derden. Dat iemand niet de clause: „Indien ik een werkman in mijn dienst zal nemen”, maar den ganschen inhoud van het C. A.: „indien ik een werkman in mijn dienst zal nemen, zal ik hem 28 cent per uur geven”, als eene voorwaarde zal aanmerken, lijkt mij zoo onwaarschijnlijk, dat ik meen, dat ik daar niet behoef op in te gaan. Een ieder zal toegeven, dat de inhoud van het C. A. eene voorwaardelijke verplichting is, maar dat de inhoud zelf niets dan eene voorwaarde is, waarbij N.B. het voorwaardelijke geheel zou ontbreken, zal toch niemand in ernst volhouden.

beantwoording dezer vraag door onze auteurs, even eenvoudig vast te stellen als het verschil in rechtsgevolgen. Of alleen de handelende persoon, een derde, of wel beiden een recht aan de overeenkomst zullen ontleenen, wordt geheel bepaald door wat de handelende personen te dien aanzien gewild hebben, ziedaar de heerschende leer. (1) Volgens deze opvatting zou het dus van den wil der contractanten afhankelijk zijn of eene door eene vereeniging met rechts-persoonlijkheid afgesloten regimenteerende overeenkomst een beding ten behoeve van derden is. Zou de bedoeling van partijen zijn dat ook de leden individueel een recht aan deze overeenkomst zouden ontleenen, dan zou het een beding ten behoeve van derden zijn; zou daarentegen de bedoeling zijn, dat alleen de vereeniging nakoming zou kunnen vorderen, dan had men niet een beding ten behoeve van derden, maar ontwijfelbaar eene geldige overeenkomst. (2)

Mijns inziens is nu de theorie, die van een beding ten behoeve van een derde spreekt, indien partijen voor een derde een zelfstandig recht hebben willen scheppen, zoowel de lege ferenda als de lege lata onhoudbaar. (3)

Wanneer heeft iemand bij eene overeenkomst den wil alleen voor zich en wanneer tevens voor een ander een recht te scheppen? Den eersten wil heeft men slechts dan,

---

(1) J. P. MOLTZER. De overeenkomst ten behoeve van derden, Amsterdam 1876, blz. 4; J. J. VAN TROOSTENBURG DE BRUYN, De Ned. rechtspraak omtrent overeenkomsten ten behoeve van derden. Leiden 1892, blz. 1.

(2) EYSSELL, die zich voor de interpretatie van art. 1353 geheel bij MOLTZER aansluit (t. a. p. blz. 99) kan dan ook onmogelijk met MOLTZER's opvatting van een beding ten behoeve van een derde meegaan, wil hij het C. A. steeds voor ons positief recht als een juridisch niets aangemerkt zien.

(3) Hetzelfde standpunt neemt in O. BÄHR: Ueber die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Arch. f. d. civ. Praxis 1884, blz. 157 vlg.

indien men wil, dat men zelf alleen den medecontractant tot nakoming zal kunnen dwingen, den tweeden wil, indien men wenscht, dat ook de derde zelfstandig van den medecontractant in rechte nakoming kan vorderen. Indien nu in alle overeenkomsten, waarin de praestatie in een geven aan een derde of een doen ten voordeele van een derde bestaat, uitdrukkelijk bepaald werd, wie bij wanpraestatie nakoming in rechte zou kunnen vorderen, dan zou zeker den wil van partijen een bruikbaar criterium zijn. Echter in bijna alle deze overeenkomsten ontbreekt iedere bepaling hieromtrent. Men ziet zich dan ook genoodzaakt met eene stilzwijgende wilsverklaring of hetgeen partijen vermoedelijk gewild hebben genoeg te nemen. (1) Geeft men zich nu rekenschap wat partijen meestal, indien zij niets uitdrukkelijk daaromtrent bepaald hebben, vermoedelijk gewild hebben, dan komt men tot dit resultaat: hoogst vermoedelijk *niets*. Slechts weinige contractanten denken immers bij het afsluiten van eene overeenkomst na over wat zij zouden willen dat geschieden zou, indien de medecontractant eens zijne verplichtingen niet nakwam; men is tevreden met de verklaring van zijn medecontractant, dat hij zich tot dit of dat verbindt. Men kent dengene, met wie men contracteert, als een coulant persoon, men twijfelt dus niet er aan, dat hij zijne verplichtingen zal nakomen. En zelfs al twijfelt men daaraan, dan nog vormt men zich niet altijd geprecieeerde voorstellingen van hetgeen geschieden moet, indien de debiteur in gebreke blijft aan zijne verplichtingen te voldoen.

Het is met het zelfstandige recht van een derde bij eene overeenkomst geheel hetzelfde als met de schadevergoeding bij wanpraestatie. Wat zou men wel van eene wetgeving

---

(1) Zie MOLTZER t. a. p. blz. 64; DE BRUYN t. a. p. blz. 3.

zeggen, die betreffende de contractuele schadevergoeding slechts dezen regel zou geven: de schadevergoeding wordt bepaald door hetgeen partijen te dien aanzien gewild hebben? Juist omdat partijen in den regel niets ten aanzien van de schadevergoeding gewild hebben, maar slechts een normalen loop der praestatie voor oogen gehad hebben, hoogstens misschien wel even aan wanpraestatie gedacht, maar toch niet tot in details doorgedacht hebben wat dan geschieden moet, juist daarom regelt de wet de schadevergoeding, geeft zij aan, waarin die bestaan zal als niets daaromtrent overeengekomen is.

Schadevergoeding ziet nu nog op het materieele gevolg van de wanpraestatie; wie echter bij wanpraestatie het juridische machtmiddel in handen zal hebben, is iets zuiver formeels. (1) Is het dan ook te verwonderen dat partijen nog minder aan deze formeele quaestie denken dan aan de materieele van de schadevergoeding en dat de wet nog minder dan bij de schadevergoeding met eene regeling kan volstaan, die niets anders zegt dan: of een derde al of niet een zelfstandig recht zal verkrijgen, wordt bepaald door hetgeen partijen te dien aanzien gewild hebben?

Men neme juist eens het geval, dat ons tot deze uitweiding gebracht heeft: eene vakvereniging, die met een patroon een C. A. afsluit. Is er bij het afsluiten van het C. A. bij de vakvereniging nu een wil geweest om alleen zelf nakoming van het contract in rechte te kunnen vorderen, of is er een wil geweest om ook den leden der vakvereniging dit recht in te ruimen?

---

(1) Materieel en formeel genomen in gelijken zin als men meermalen in de rechtswetenschap het beschermde belang, als het materieele criterium tegenover het zuiver formeele machts-criterium plaatst. Zie HEGEL, Grundlinien § 37 en HOLD v. FERNECK, die Rechtswidrigkeit, blz. 20 en vlg.

Men legge deze vraag eens den bestuursleden van eene vakvereniging, die een C. A. afgesloten heeft, voor; hun antwoord zou zijn: daaraan hebben wij geheel niet gedacht. Eerst door een jurist er op opmerkzaam gemaakt, zouden zij er over gaan nadenken en zouden misschien tot onderling verschillende resultaten komen; de een zou er geen bezwaar in zien, dat ook de leden voor hun belangen zelfstandig konden optreden, een ander daarentegen zou de handhaving van het contract geheel in handen van de collectiviteit willen zien, enz. Het is wellicht een weinig overdreven — maar eene dergelijke overdrijving is soms noodig — als BÄHR, zich richtend tegen dezen wil van partijen bij het beding ten behoeve van derden opmerkt: eine solche Absicht wird — wenn die Handelnden nicht etwa Juristen sind, welche die angeregte Kontroverse im Kopfe haben — niemals vorhanden sein. (1)

De schrapping van den wil van partijen om den derde een zelfstandig recht te geven, als het beslissende moment voor het beding ten behoeve van derden, doet volstrekt niet te kort aan den invloed, die mer den wil, of zoo men wenscht, de wilsverklaring der partijen moet toekennen op het rechtsgevolg der overeenkomsten. Het is met het zelfstandige recht van den derde wederom als met de schadevergoeding. Waar de overeenkomst te dien aanzien uitdrukkelijke bepalingen bevat, behooren deze toegepast te worden; voor de gevallen echter, waarin partijen zelfs niets stilzwijgend overeengekomen zijn, moet de wet eene regeling geven. En de wet kan aan deze regeling geen beter beginsel ten grondslag leggen, dan hetgeen partijen vermoedelijk gewild zouden hebben, *indien zij aan de zaak gedacht zouden hebben*. Bij de schadevergoeding heeft dit beginsel er onzen wetgever toe geleid, de schadevergoeding

(1) BÄHR t. a. p. blz. 162.

te doen bestaan in de vergoeding van het werkelijk geleden verlies en van de gedorven winst. Bij het beding ten behoeve van een derde, voert ditzelfde beginsel tot de conclusie, daar een recht van den derde aan te nemen, waar de overeenkomst niet uitsluitend is aangegaan in het belang van dengene, die iets ten behoeve van den derde bedingt, maar ook in het belang van dezen derde zelve (1); zij toch, die iets bedingen in het belang van een derde, zullen desgevraagd in den regel ook dezen derde zelf wel het middel willen toekennen om het beding te verwezenlijken.

De theorie, dat men daar een beding ten behoeve van een derde heeft, waar men iets in het belang van een derde stipuleert, schijnt één bezwaar te hebben, een bezwaar, dat MOLTZER ernstig genoeg leek, om de gansche theorie te verwerpen. Of door den stipulator iets in het belang van een derde bedongen wordt, is voor den debiteur, — juist den persoon, die er het meest bij betrokken is — een ondoorgrondelijk iets. Niet alleen „zou men eerst geheel en al bekend moeten zijn met de verhouding, waarin de stipulator tot den derde staat”, (MOLTZER) maar zelfs dan nog is het mogelijk dat hetgeen, wat in het belang van een derde schijnt bedongen te zijn, uit een zuiver egoïstisch principe voortkomt. (2) Men denke slechts aan den bekenden schoenmaker van LAFONTAINE, die door zijn rijken buur eene som geld werd gegeven, niet om hem daardoor gelukkig, maar juist om hem ongelukkig te maken.

De opmerking, dat de debiteur slechts bij benadering — en dikwijls geheel verkeerd — de gedachten van zijn mede-

---

(1) Natuurlijk gevallen, waarin de wet om bepaalde redenen ieder recht een derde ontzegt buiten beschouwing gelaten, gelijk er immers ook gevallen zijn, waarin de wet den benadeelde ieder recht tot schadevergoeding ontzegt. (Art. 1351 en 1353 eenerzijds, art. 1281 anderzijds.)

(2) MOLTZER t. a. p. blz. 19.



contractant kan doorgronden, is volkomen juist, maar dat is een gebrek, waarmee men de gansche leer der overeenkomsten door mede rekening moet houden. Het correctief voor dit gebrek is te vinden in de vertrouwenstheorie: de debiteur behoeft met niets anders rekening te houden dan met hetgeen hij redelijkerwijze bij het aangaan der overeenkomst had kunnen weten. Wederom staan hier schadevergoeding en het beding ten behoeve van een derde op één lijn. (1) Gelijk de debiteur voor geen verdere schade instaat dan voor degene, die hij redelijkerwijze bij het aangaan der overeenkomst had kunnen voorzien (art. 1283 B. W.), zoo ook is hij slechts jegens dien derde verbonden, van wien hij redelijkerwijze bij het afsluiten der overeenkomst had kunnen weten, dat de overeenkomst in diens belang werd aangegaan. Om dit met eenige voorbeelden toe te lichten: een levensverzekeringscontract, met uitkeering van de verzekerde som aan een derde, een strafbeding om bij wanpraestatie eene zekere som aan de diaconie te geven, zijn bedingen ten behoeve van een derde; de belofte aan den trekker gedaan een wissel te accepteren, de belofte om aan een *solutionis causa adjectus* te betalen, echter niet.

Tot hiertoe heb ik het beding ten behoeve van een derde los van eenig positiefrechtelijk verband besproken, echter ook voor ons burgerlijk recht meen ik, dat men vrijwel tot eenzelfde resultaat moet komen: niet de wil om eene for-

---

(1) MOLTZER's bezwaar tegen de door mij voorgestane opvatting van het beding ten behoeve van een derde, kan men dan ook op volkomen dezelfde wijze tegen de opvatting der schadevergoeding als vergoeding van werkelijk geleden verlies en gedorven winst doen gelden. Vast te stellen, hoe groot inderdaad het geleden verlies en de gedorven winst is, is slechts mogelijk, indien men alle omstandigheden van hem, die het verlies treft of de winst ontgaat, kent en zelfs dan nog is het onmogelijk het werkelijke verlies, d. w. z. de subjectieve waarde van het verlorene geheel juist te bepalen.

meele macht te scheppen, maar het materieele belang is het kenmerk van het beding ten behoeve van een derde in ons recht, het zelfstandige recht van den derde wordt slechts incidenteel door onze wet in art. 1353, 2e lid, B. W. daarmede vereenigd. Wij staan in deze nog op volkomen hetzelfde standpunt als het Romeinsche recht in 1 38 § 17 D. 45. 1, en POTHIER: *Traité des Obligations* § 53 en § 54; aan dezen laatste is de gansche regeling van het beding t. b. v. d. in ons recht ontleend. (1)

Het verschil tusschen de door mij voorgestane opvatting van het beding ten behoeve van een derde en de opvatting van MOLTZER, uit zich practisch daarin, dat men in ons recht volgens MOLTZER niet van een beding ten behoeve van een derde kan spreken, indien uitdrukkelijk overeengekomen zou zijn, dat de derde aan de overeenkomst geen

---

(1) MOLTZER ontkent dit en beroept zich er voornamelijk op dat het beding ten behoeve van een derde bij POTHIER onder het „*objet des contrats*”, in den Code Civil daarentegen onder het hoofd „*du consentement*” behandelt wordt (t. a. p. blz. 294 vlg.). Tegen dit argument zij opgemerkt: 1°. dat waar men uitdrukkelijk iets anders wil te kennen geven, men dit toch bezwaarlijk alleen door eene verandering van plaats te kennen geeft, terwijl men de woorden zelf geheel onveranderd laat; 2°. dat de regel van 1119 C. C. (1351 B. W.) niet alleen spreekt van *stipuler*, maar ook van *promettre pour autrui* en dat ook reeds POTHIER aan dit laatste ieder rechtsgevolg ontzeide op grond van *gemis van den wil* om voor zich een verbintenis in het leyen te roepen; 3°. dat, terwijl POTHIER den regel van art. 1119 C. C. formuleert als „*on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi*”, de code het „*promettre*” op de eerste plaats vermeldt en dientengevolge ook het *gemis* aan wilsovereenstemming meer op den voorgrond heeft geplaatst; 4°. dat in ons Burgerlijk Wetboek de artt. 1351 en vlg. juist op eene andere plaats dan in den Code gezet zijn, omdat men vond, dat deze artikelen niets met de toestemming van partijen te maken hadden (ASSER, Het Ned. B. W. vergeleken met het Wetboek Napoleon § 700).

recht zal ontleenen, terwijl volgens de door mij verdedigde opvatting dit nog zeer wel mogelijk is. (1)

Heeft men echter te doen met bedingen, die niets meer zeggen dan: gij, B, zal aan C f 100.— geven, dan is iedere interpretator er wel op aangewezen na te gaan, of dit al of niet in het belang van C bedongen is, al doet de eene uitlegger dit wellicht omdat hij — hoewel ten onrechte — meent, dat daaruit af te leiden valt, of partijen den wil hebben gehad, een zelfstandig recht voor den derde te gronden, eene andere, omdat hij dit belang van den derde op zich zelf reeds het criterium van een beding ten behoeve van een derde vindt.

Is ten slotte den derde uitdrukkelijk een recht ingeruimd, ook dan zullen beide opvattingen meestal tot eenzelfde resultaat leiden, n.l. een beding t. b. v. d. aannemen, volgens de eene omdat den derde een recht gegeven is, volgens de andere, omdat men hier in de meeste gevallen redelijkerwijze zal moeten aannemen, dat in het belang van den derde gestipuleerd is.

---

(1) Vooral voor hen, die met DE BRUYN, OPZOOMER EN DIEPHTIS in het algemeen de overeenkomst ten behoeve van een derde ook *tusschen partijen* werking ontzeggen, is het wenschelijk op dit geval te wijzen. Had men immers hier geen beding ten behoeve van een derde, was art. 1351 op eene dergelijke overeenkomst nooit toepasselijk, dan had men deze allerzonderlingste consequentie: dat, wanneer partijen A en B overeenkwamen: „gij, A, zult aan C f 100.— geven”, er absoluut geen rechtsbetrekking tusschen A en B zou ontstaan, maar bepaalden zij daarenboven nog: „C zal aan deze overeenkomst geen recht ontleenen”, iets geheel overbodigs, daar dit reeds door de wet uitgesloten is, dan zou dit levenlooze aanhangsel ten gevolge hebben, dat er op eens wel een recht van A tegen B ontstond. Ja, men zou wellicht feitelijk nooit een ongeldig beding ten behoeve van een derde mogen aannemen, daar partijen moeten geacht worden liever eenig dan geheel geen rechtsgevolg in het leven te hebben willen roepen en dus in dergelijke gevallen den derde nimmer een recht te hebben willen inruimen.

## VIII.

Heb ik in het vorige hoofdstuk aangegeven hetgeen men onder een beding ten behoeve van een derde dient te verstaan, thans kan ik de vraag nader treden of een door eene vereeniging met rechtspersoonlijkheid afgesloten collectief contract al of niet een beding ten behoeve van een derde is. Deze vraag is uitvoerig gemotiveerd door MOISSENET en VAN ZANTEN ontkennend beantwoord. (1)

Wanneer wij de door beide auteurs gebruikte argumenten nagaan, dan treft ons één merkwaardig verschijnsel: zij zijn zoodanig van het goede recht van het C. A. overtuigd, dat zij er vrijwel als axioma van uitgaan, dat ook door het tegenwoordige recht het C. A. als rechtsverschijnsel erkend wordt.

VAN ZANTEN zal onderzoeken of het C. A. soms een beding ten behoeve van derden is. Welken maatstaf legt hij daarvoor aan? Art. 1353 B. W.!! Evenzoo handelt MOISSENET. Zoowel het onderzoek van VAN ZANTEN als van MOISSENET beperkt zich uitsluitend tot deze vraag: „of het C. A. in ons recht een *geldig* beding ten behoeve van derden is”?

Het axioma van MOISSENET en VAN ZANTEN is niet het mijne; ik zie mij dan ook genoodzaakt niet alleen na te gaan of het door eene rechtspersoon afgesloten collectieve contract een *geldig* beding ten behoeve van derden, maar in het algemeen eerst te onderzoeken of het contract al of niet als een beding ten behoeve van derden moet aangemerkt worden. En als ik van dit standpunt de argumenten der tegenstanders naga, dan kan ik er niet één steekhou-

---

(1) MOISSENET, t. a. p. blz. 173 en vlg.; VAN ZANTEN, t. a. p. blz. 462 en vlg. Evenzoo ook, zij het met een ander resultaat, RAYNAUD t. a. p. blz. 277.

dend bemerken, maar ben het volmondig met EYSELL eens, dat men hier met een beding ten behoeve van derden te doen heeft.

Dat de vereeniging, die een collectief contract afsluit, zelf geen verplichting op zich neemt, is, daargelaten de feitelijke juistheid, van niet het minste belang voor de vraag of het door de vereeniging bedongene voor zich of voor een derde bedongen is. Evenzoo verhoudt het zich met een tweede argument; „de derde zou slechts eene actie krijgen, *indien* een arbeidscontract door hem wordt aangegaan, maar aangezien het niet zeker is, of dit geschieden zal, is dit eene actie waarvan de mogelijkheid om haar geldig te maken, geheel afhangt van den vrijen wil van hen, tegen wie zij wordt ingesteld..... Men mag wel als zeker aannemen, dat dit geen bevoordeeling is in den zin van art. 1353 B. W.” (1)

Ik vraag slechts, is het al of niet een beding ten behoeve van derden in den zin van art. 1351 B. W. en dan is het van geheel geen belang, dat de derde eerst een vorderingsrecht zou krijgen, indien de debiteur eene zekere daad zou verrichten. Is het beding, hetwelk een werkman met een werkgever afsluit, dat, wanneer de werkgever ooit den werkman in zijn dienst mocht nemen, hij hem een weeklaan van f 10.— zal betalen, niet een beding ten behoeve van zich zelf? En stel nu, dat de werkman met den patroon overeenkwam, dat, indien de patroon een derde, C, in dienst zou nemen, hij dezen derde f 10.— per week zal betalen, zou ook dat een beding ten behoeve van zich zelf zijn? Wie zal dat volhouden? Maar als dat geen beding voor zich zelf is, dan moet het wel een beding ten behoeve van een derde zijn, *tertium non datur*. Men neme mijn voorbeeld een weinig concreter: een aannemer en een aanbe-

---

(1) VAN ZANTEN, blz. 464.

steder komen in de bestekken van een bouwwerk eenige bepalingen betreffende minimum loon en maximum arbeidsduur overeen, bepalingen, die tegenwoordig door menig aanbesteder in het belang der werklieden gemaakt worden. Maakt hier de aanbesteder een beding voor zich zelf? Nog niemand die dit ooit beweerd heeft. (1) Welnu, hier heeft men een volkomen gelijken inhoud als bij een collectief contract, ook hier „zou de derde slechts een actie krijgen, indien een arbeidcontract door hem wordt aangegaan; is dit niet zeker of dit geschieden zal”, enz.

Het eenige argument, dat men tegen het door de rechtspersoon gesloten collectieve contract als een beding ten behoeve van derden zou kunnen laten gelden, en waarbij het noodzakelijk is eenigszins langer stil te staan, is het navolgende: de vereeniging, die een collectief contract afsluit, behartigt niet belangen van anderen, maar uitsluitend eigen belangen: de belangen der leden zijn in dit opzicht identiek en één met die der vereeniging. Hier heeft men feitelijk het hart van de quaestie, *maar eene quaestie, die veel verder reikt dan het C. A. of het collectieve contract in het algemeen*. Welke is toch de vraag, waarom het hier gaat? *Deze: Is eene door eene vereeniging met rechtspersoonlijkheid afgesloten overeenkomst, die niet indirect, via het vermogen der vereeniging, den leden te goede komt; maar direct de bevordering van het welzijn der leden behartigt, eene overeenkomst ten behoeve van derden?*

De vraag naar de rechtsgeldigheid van het C. A. en van het collectieve contract is vastgeklonken aan eene vraag, die de rechtsgeldigheid van tal van andere belangrijke overeenkomsten betreft. Plaatst men een door eene vereeniging met rechtspersoonlijkheid aangegaan C. A. op het voetstuk

---

(1) Zie MOISSENET zelf, blz. 201, die dit contract als een beding ten behoeve van derden aanmerkt.

van de bedingen ten behoeve van derden, dan wete men wel, dat op ditzelfde voetstuk niet alleen alle andere door rechtspersonen afgesloten R. O. staan, waarvan ik boven voorbeelden gegeven heb, maar nog eene gansche reeks van overeenkomsten, door de meest uiteenlopende rechtspersonen afgesloten: van de gemeente, die met den eigenaar van een particulieren weg contracteert, dat hij dien weg voor het publiek zal openstellen, of met eene spoorwegmaatschappij, dat deze hare overwegen behoorlijk van sluitboomen zal voorzien, tot de societeit toe, die iemand tot portier voor haar societeitsgebouw benoemt. (1) Deze alle behooren, met de door eene rechtspersoon afgesloten R. O. tot één rubriek van contracten, welke ik in het vervolg zal noemen: de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut. (2)

Dat in ons recht, hetwelk in eene rechtspersoon eene zelfstandige persoon ziet met een eigen, van dat der leden afgescheiden vermogen, de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut bedingen ten behoeve van derden zijn, is m. i. moeilijk voor betwisting vatbaar. In wiens belang eene overeenkomst is aangegaan, dit komt steeds het beste uit bij wanpraestatie. Heb ik belang bij eene overeenkomst, dan kan het niet anders of ik lijd schade, wanneer aan de overeenkomst niet voldaan wordt, heeft een ander er belang bij, dan lijdt deze de schade. Welnu, lijden de *afzonderlijke individuen* bij wanpraestatie niet in de eerste plaats de

---

(1) Doordat een beding te brengen is onder de in de wet geregelde soorten van overeenkomsten als koop, huur, enz., is nog niet uitgesloten, dat men met een beding ten behoeve van een derde te doen heeft. Men denke slechts aan de levensverzekering ten behoeve van een derde.

(2) Deze overeenkomsten zijn voor een deel reeds afzonderlijk besproken door Sainctelette in zijn: „Contrats d'utilité publique”, *Revue de droit international* 1888, blz. 425 en vlg.

schade, ondergaat niet bij eene afwijking van een bij collectief contract vastgesteld standaardloon, in de eerste plaats het vermogen der *individuen* eene vermindering en niet dat der rechtspersoon? En is de gansche schade door eene afwijking van een standaardloon veroorzaakt, niet wederom geheel hersteld, indien het tekort in de kassen der *individuen* angezuiverd is?

De overeenkomst van gemeenschappelijk nut is een beding in het belang van afzonderlijke individuen, zoowel bestaande als toekomstige. Ons recht ziet in de vorming van eene rechtspersoon de vorming van eene nieuwe persoon *naast* de fysieke personen. Contracten, door eene rechtspersoon in het belang van fysieke personen afgesloten, zijn dan ook contracten ten behoeve van derden.

Dat eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut volgens ons recht een beding ten behoeve van derden is, dit kan ook als volgt blijken. Tegenover eene door eene vereeniging van werklieden gesloten overeenkomst, waarbij deze een standaardloon van 28 cent per uur bedingt, staat eene door eene vereeniging van werkgevers gesloten overeenkomst, waarbij deze een loonstandaard van 28 cent per uur toestaat. Zou het eerste niet een beding ten behoeve van derden (de leden der werkliedenvereeniging) maar een voor zich zelf bedongen recht zijn, dan zou het tweede geen beding ten laste van derden (de leden der werkgeversvereeniging) maar eene door de vereeniging zelf op zich genomen verplichting zijn. Echter indien de vereeniging eene van de leden afgescheiden persoon is, kan men dan in het beding van de werkgeversvereeniging iets anders zien dan een beding ten laste van derden of wel een instaan voor de daden van derden? Tusschen de vereeniging van werkgevers en de werklieden zal nooit eene arbeidsovereenkomst worden afgesloten, alleen tusschen de individueele



werkgevers en de werklieden; deze eersten alleen kunnen de in het C. A. vermelde praestatie verrichten. (1)

Ons resultaat is dus: overeenkomsten van gemeenschappelijk nut en, dientengevolge, een collectief contract en een C. A. door een vereeniging met rechtspersoonlijkheid in het belang harer leden gesloten, zijn bedingen ten behoeve van derden.

Geheel hiermede in overeenstemming zijn de bekende arresten van den Cour de Bruxelles en den Cour de Belgique tusschen de société gazière Robert et Co. en de gemeente Bergen geweest. (2) Bij deze arresten werd beslist, dat eene gemeente, die met eene gasfabriek eene overeenkomst betreffende den prijs van het gas sluit, een beding ten behoeve van derden maakt, voor zoover dit in het belang der inwoners bedongen is. (3)

---

(1) Men kan met het hier in de tekst besproken geval niet op een lijn stellen de bekende rechtszaak tusschen de Maatschappij het Paleis v. Volksvlijt en de gemeente Amsterdam betreffende de overeenkomst, waarbij eerstgenoemde zich tegen eene bepaalde jaarlijksche vergoeding verbond de gemeente Amsterdam ten behoeve der schutterij een kapel te leveren. Terecht heeft het Hof van Amsterdam en de Hooge Raad in dezen beslist, dat men hier niet te doen had met een instaan voor de daden van derden (de muzikanten), maar met eene eigen verplichting van de maatschappij. (Hof Amsterdam 17 Dec. 1897, W. 7110; H. R. 6 Jan. 1899, W. 7229). Niets verzet zich er tegen dat eene rechtspersoon zich tot het verrichten van enkele diensten verbindt, als het recht het verrichten van diensten in naam van een ander toelaat; de rechtspersoon praesteert dan den arbeid door personen, door haar daartoe in dienst genomen, gelijk een timmermansbaas zijne knechten op karwei stuurt. In het in de tekst besproken geval kan echter de nakoming der overeenkomst *alleen door de leden der vereeniging, op eigen naam handelend*, geschieden.

(2) Arr. Cour de Bruxelles 7 Dec. 1886, P. B. 1888, II, blz. 214. Arr. Cour de Belgique 21 Juli 1888, P. B. 1888, I, blz. 316.

(3) Tegen deze opvatting is met veel vuur SAINTELETTE opgekomen in zijn artikel: Des contrats d'utilité publique, Revue de

Hoewel het mijns inziens buiten eenigen twijfel is, dat overeenkomsten van gemeenschappelijk nut volgens ons geldend recht bedingen ten behoeve van derden zijn, zoo is de oppositie tegen deze stelling volkomen begrijpelijk. De bewering immers, dat eene vereeniging, die in overeenstemming met hare statuten de belangen harer leden behartigt, of dat eene gemeente, die opkomt voor de belangen van de gemeentenaren, iets ten behoeve van derden bedingt, is eene absurditeit, waartegen het gezond verstand in verzet komt, maar tevens eene absurditeit, waaraan niet te ontkomen is, indien men de rechtspersoon het gansche vermogensrecht door als eene zelfstandige persoon beschouwt, een eigen bestaan hebbend naast de fysieke personen. Dit laatste is eene nog veel grootere absurditeit, welke echter onvoorwaardelijk door onze wet aanvaard is. Daarom moet

---

Droit international 1888, blz. 425: „Il est impossible que, pour le gouvernant, le gouverné soit autrui; il est impossible que, ce que fait le gouvernant, stipulation ou promesse, soit indifférent au gouverné, que celui-ci ne recueille aucun avantage de stipulations et ne subisse aucune charge de promesses, faites exclusivement par considération de ses intérêts.

Quelle est donc entre le gouverné et le gouvernant la relation de droit civil?

Nous pensons que c'est une relation *sui generis*, un quasi-rapport d'ayant-cause à auteur" (blz. 433 en 434).

Ik geloof dat niet velen met deze opvatting van een quasi-rapport d'ayant-cause en dientengevolge eene toepassing van art. 1354 in plaats van de artt. 1351 en 1353 B. W. zullen meegaan. Een ayant-cause, een rechtverkrijgende volgens de Nederlandsche vertaling, is niets anders dan een rechtsopvolger.

In Nederland bestaan, voor zoover mij bekend, geen rechterlijke beslissingen omtrent de vraag of overeenkomsten van algemeen nut bedingen ten behoeve van derden zijn. Wel is de rechtsgeldigheid van sommige dezer overeenkomsten een onderwerp van een proces geweest, zonder dat echter ooit hun geldigheid op grond van art. 1351 B. W. betwist is. (Verg. H. R. 31 Maart 1882, W. no. 4765 en Hof van Noord-Holland 15 Jan. 1874, W. 3707.)

men ook voor ons positief recht met de kleinere absurditeit, die daarin opgesloten ligt, genoegen nemen. De wet wil nu eenmaal, dat de voorschriften van het vermogensrecht op de rechtspersonen toegepast worden, alsof men daarbij met personen met een eigen bestaan te doen heeft; ik zie geen mogelijkheid hoe men zich aan de consequenties van deze door de wet bevolen gelijkstelling zou kunnen onttrekken. (1)

## IX.

De conclusie van het vorige hoofdstuk was: overeenkomsten van gemeenschappelijk nut zijn in ons recht bedingen ten behoeve van derden. Blijft de vraag: zijn het nu volgens ons hedendaagsch recht geldige of ongeldige bedingen ten behoeve van derden? Tot dit onderzoek ga ik thans over.

De vraag, of eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut een geldig beding ten behoeve van derden is, is, zoover mij bekend, nooit in het algemeen besproken. Echter in hun verhandelingen over het C. A. zijn door VAN ZANTEN en

(1) De quaestie, die aan de rechtsgeldigheid van een C. A., door eene vakvereeniging met rechtspersoonlijkheid afgesloten, ten grondslag ligt, blijkt derhalve niet eene quaestie te zijn, die alleen het C. A. betreft, ook niet het collectieve contract, zelfs niet de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut, maar de rechtspersoon in het algemeen. Oorspronkelijk was dan ook mijne bedoeling, mijn gezichtskring nog een weinig te verruimen, maar aangezien het C. A. aldus te veel op den achtergrond kwam en mijne beschouwingen betreffende de rechtspersoon mij weder tot de leer der ficties in het algemeen voerden, zoo heb ik mij genoodzaakt gezien dit gedeelte van mijn betoog uit te schakelen en hoop dit binnenkort als afzonderlijk opstel te publiceeren. De juistheid van het in de tekst betoogde, dat overeenkomsten van gemeenschappelijk nut volgens ons recht bedingen ten behoeve van derden zijn, staat in ieder geval afgescheiden van de opvatting, die men van eene rechtspersoon heeft; dit zal het geval blijven, zoolang onze wet — zij het dan door fictie of zonder fictie — de rechtspersoon als zelfstandig persoon naast de fysieke personen plaatst.

EYSSELL bezwaren tegen de geldigheid van het C. A. ontwikkeld, welke met evenveel recht tegen alle overeenkomsten van gemeenschappelijk nut of ten minste tegen alle zoodanige, wier inhoud eene reglementeering is, kunnen geoperd worden.

VAN ZANTEN betwist de geldigheid van het C. A. als beding ten behoeve van derden, omdat de wetgever bij art. 1353 nooit aan eene bevoordeeling zou gedacht hebben, die voor den derde eerst waarde heeft, indien deze met den debiteur een contract afsluit. Deze redeneering heeft ten gevolge, dat ook de bedingen door een aanbesteder ten bate der werklieden van den aannemer in de bestekken opgenomen, ongeldig zouden zijn. (1)

EYSSELL betwist de geldigheid van het C. A. als beding ten behoeve van derden, o. a. omdat volgens hem de derden van art. 1353 individueel moeten aangewezen zijn, niet „wellicht nooit te verschijnende persoonlijkheden als de Crawfords uit het proces Humbert”. Deze stelling is van nog veel verder reikende consequenties dan die van VAN ZANTEN. Alle overeenkomsten van gemeenschappelijk nut zouden dientengevolge ongeldig zijn, van af de overeenkomsten door eene gemeente in het belang van de veiligheid der ingezetenen gemaakt (2) tot aan de benoeming door eene sociëteit van een bediende tot gemak van hare leden

(1) Anders beslist bij vonnis Rb. Leeuwarden 2 Juni 1892, W. 6309, en Rb. Almelo 8 Jan. 1902, W. 7824.

(2) Dergelijke privaatrechtelijke bedingen van gemeenten in het belang van de veiligheid der ingezetenen zijn vrij talrijk. Als voorbeelden kunnen de twee volgende contracten van de gemeente Amsterdam dienen. Ten eerste eene overeenkomst, dd. 5 November 1900, waarbij de gemeente Amsterdam aan de Maatschappij voor Zwavelzuurbereiding, voorheen G. T. KETJEN en Co., een terrein in erfpacht gaf en daarbij o. a. bedong:

„De erfpachter verklaart zich te verbinden om, indien de uitoefening van de op het terrein gedreven industrie ten gevolge van

toe. Maar meer nog, behalve ook weer de zooeven vermelde bedingen uit de bestekken van aannemingscontracten zouden nog nietig zijn overeenkomsten als: de collectieve verzekering van werklieden tegen ongelukken of het beding aan eene schenking van een fonds verbonden, om uit dat fonds jaarliks zekere som aan de beantwoorders van prijsvragen uit te keeren, enz.

Zoowel de meening van VAN ZANTEN als die van EYSSELL schijnen mij beide onjuist. Naast de vereischten in art. 1353 voor de geldigheid van een beding ten behoeve van een derde gesteld, nog andere, niet aan de wet ontleende, vereischten te stellen, schijnt mij ongeoorloofd. Het eenige vereischte voor de geldigheid van een beding ten behoeve van een derde is, dat het „de voorwaarde voor een beding, hetwelk men voor zich zelf maakt of eene gift, die men aan een ander doet” zij. (1)

Bekend is het, dat deze woorden van art. 1353 B. W. tegenwoordig aldus worden geïnterpreteerd, dat een beding ten behoeve van een derde dan geldig is, „wanneer de stipulator zich jegens den promittens tot eene contra-praestatie

---

een ongeval schade toebrengt aan de omgeving, die schade te vergoeden.”

Ten tweede eene overeenkomst, dd. 2 Augustus 1892, tusschen de gemeente en de Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen gesloten, waarbij in art. 4 bepaald werd:

„Door en op kosten der Maatschappij (tot exploitatie van Staatsspoorwegen) zullen behoorlijk beweegbare afsluitingen — geen treksluitboomen — worden gemaakt, onderhouden en ter plaatse bediend voor een openbaren overweg, breed ten minste 7 meter in het Oetgenspad (1e Parkstraat).”

(1) Dit vereischte is zoowel het criterium voor de geldigheid der overeenkomst ten aanzien van partijen als ten aanzien van den derde. Zie DE BRUYN, blz. 11 vlg., DIEPHUIS X, blz. 425, OPZOOMER VI, blz. 43. Anders MOLTZER, blz. 294. Ook op dit punt moet EYSSELL noodzakelijk van MOLTZER afwijken, wil hij het C. A. niet als rechtsfiguur aangemerkt zien.

heeft verbonden". Men komt tot deze interpretatie door onder een beding, hetwelk men voor zich zelf maakt, te verstaan „eene overeenkomst, waarbij men voor zich zelve eene verbintenis scheidt". (MOLTZER blz. 339); „het woord beding (stipulation) heeft in art. 1353, eerste lid, eene uitsluitend passieve beteekenis" (MOLTZER blz. 321 en 322). (1)

Met deze interpretatie van art. 1353 kan ik mij in geenen deele vereenigen. Interpreteert men art. 1353, eerste lid, gelijk MOLTZER, dan is men genoodzaakt te erkennen:

- 1°. dat de wetgever iets zeer eenvoudigs op eene ondoordringelijke wijze heeft uitgedrukt;
  - 2°. dat het woord „beding" in het eerste lid van art. 1353 precies het tegenovergestelde beteekent als het woord „beding" in het tweede lid van hetzelfde artikel;
  - 3°. dat de woorden „of eene gift, die men aan een ander doet", geheel overbodig zijn;
  - 4°. dat, niettegenstaande art. 1351 vooropstelt, dat in het algemeen niemand iets ten behoeve van een derde kan bedingen, feitelijk zoo goed als ieder beding ten behoeve van een derde geldig is, daar in de praktijk zich bijna nooit bedingen voordoen, waarbij A zonder contra-praestatie zich jegens B verbindt om iets aan C te geven;
  - 5°. dat van eene „voorwaarde" zoo goed als niets overblijft, waar men praestatie en contra-praestatie heeft;
- in het kort, dat men eene interpretatie geeft, waarvan zelfs de warmste voorstander getuigde, dat hij niet geloofde dat zijne explicatie in de bedoeling van den wetgever heeft gelegen (MOLTZER blz. 339).

Wat de bewuste woorden dan wel beteekenen? De lezer

---

(1) Zie verder DE BRUYN blz. 19 vlg., OPZOOMER VI, blz. 62, noot 1, ASSER III blz. 261.

veroorloove mij deze vraag met eenige wedervragen te beantwoorden. Wie gebruikt men voor de interpretatie van art. 1353, 2e lid? POTHIER, *Traité des Obligations*. (1) Wie gebruikt men zelfs voor de interpretatie der woorden, „eene gift die men aan een ander doet”, in het eerste lid van art. 1353? POTHIER, *Traité des Obligations*. (2) Maar wie wordt bij de interpretatie van de woorden van art. 1353, „een beding, hetgeen men voor zich zelf maakt”, steeds genegeerd? POTHIER, *Traité des Obligations*. Toch is het, geloof ik, niet verder noodzakelijk dan hetgeen POTHIER in zijne *Traité des Obligations* over dit onderwerp schreef, hier af te drukken, om duidelijk te maken waaraan de samenstellers van den Code Civil hun „condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même”, ontleend hebben en wat deze woorden beteekenen:

§ III. *Que ce qui concerne une autre personne que les parties contractantes peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puisse pas en être l'objet.*

70. Donner à un tiers, faire quelque chose pour un tiers, et généralement tout ce qui ne concerne point l'intérêt personnel de la partie qui le stipule, ne peut à la vérité être l'objet du contrat, *mais cela peut être in conditione aut in modo.*

Ainsi je ne puis pas, à la vérité, stipuler utilement en mon nom, que vous ferez présent à Jacques du Thesaurus de Meerman, parce que c'est stipuler pour autrui, c'est stipuler une chose à laquelle je n'ai aucun intérêt; mais je peux utilement stipuler que si, dans un tel temps, vous ne

(1) MOLTZER blz. 327: Het *Traité des Obligations* van POTHIER n<sup>o</sup>. 73, waaraan het tweede lid van dat artikel zijn ontstaan te danken heeft.

(2) MOLTZER blz. 317: „Die bepaling is in den Code gekomen door overneming uit POTHIER.”

faites pas présent à Jacques du Thesaurus de Meerman, vous me paierez vingt pistoles pour le pot-de-vin d'un marché que nous faisons ensemble; car, en ce cas, le présent, que vous devez faire à Jacques, *n'est qu'une condition*; l'objet de la *stipulation* est que vous me donnerez la somme de vingt pistoles, et cette somme que je stipule est une chose *que je stipule pour moi*, et que j'ai intérêt d'avoir. Cela est conforme à ce qu'enseigne Justinien, tit. de inut. stipul. § 19. Alteri stipulari nemo potest..... Planè si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit ut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest.

71. Ce qui concerne l'intérêt d'un tiers peut *aussi* être in modo, c'est-à-dire que, quoique je ne puisse pas directement stipuler ce qui concerne, l'intérêt d'un tiers, néanmoins je puis *aliéner ma chose, à la charge que celui, à qui je la donne, fera quelque chose qui concerne l'intérêt d'un tiers*. Par exemple, quoique je ne puisse pas stipuler en mon nom directement, que vous ferez présent du Thesaurus de Meerman à Jacques, je puis vous donner utilement une somme ou toute autre chose, à la charge que vous ferez à Jacques ce présent."

Met gelijke woorden en in gelijke volgorde vindt men dus de twee gevallen van art. 1121 C. N. (1353 B. W.) bij POTHIER terug. (1)

De woorden „de voorwaarden van een beding, hetgeen men voor zich zelve maakt”, heeft men aanvankelijk bij ons geheel in overeenstemming met POTHIER opgevat; DE PINTO geeft als voorbeeld van een zoodanig beding een volkomen gelijk geval als POTHIER en vindt het zoo van

(1) Ook POTHIER gebruikt mode en condition door elkaar. Zie n°. 71 al. 2.



zelf sprekend, dat dit met de bewuste woorden bedoeld is, dat hij het geen eens noodzakelijk vindt, dat nader te motiveeren. (1)

Eerst toen het verkeer eene meer uitgebreide erkenning van bedingen ten behoeve van derden verlangde, is men bij ons naar eene andere interpretatie gaan zoeken. (2) Men vond toen steun in het tweede lid van art. 1353 B. W., dat moeilijk met de oude uitlegging te vereenigen was. In plaats van nu na te gaan hoe onze wetgever tot de opneming van dit tweede lid gekomen was en daarin eene verklaring van de moeilijkheden te zoeken, ging men er veel liever toe over voor het eerste lid van art. 1353 B. W. eene andere interpretatie te zoeken, die wel theoretisch minder aannemelijk, maar practisch veel bruikbaar was. (3)

---

(1) DE PINTO II, 777. Zie ook TOULLIER III, 2, 152, en den Advocaat-Generaal bij den H. R. 3 Maart 1905, W. 8195; „ten behoeve van een ander iets bedingen bij een beding, dat men voor zich zelve maakt (art. 1353), is toch zeker ook niets anders dan voor een ander dan den medecontractant een voordeel verwerven bij een voordeel dat men zich zelve verzekert.”

(2) Een merkwaardig staaltje van deze evolutie geeft DIEPHUIS in zijn N. B. R. Terwijl hij in zijn 3de druk, (X 429), als typisch voorbeeld van een beding t. b. v. e. d. dat de voorwaarde is van een beding hetwelk men voor zich zelf maakt, het geval vermeldt, dat men een strafbeding ten behoeve van de diaconie maakt, bestrijdt hij juist in zijn 2de druk (VI, blz. 146) dat een dergelijk beding de voorwaarde is voor een beding, hetwelk men voor zich zelf maakt, maar toont aan, dat men hier juist met het omgekeerde geval, een beding ten behoeve van zich zelf, dat voorwaarde is van een beding ten behoeve van een derde, te doen heeft, eene opvatting, die geheel in overeenstemming is met POTHIER.

(3) POTHIER behandelt, gelijk de Code Civil in art. 1121 en ons B. W. in art. 1353, de herroepelijkheid aan het slot van zijne beschouwingen over de geldige bedingen ten behoeve van derden. Hij behandelt deze herroepelijkheid echter alleen in verband met het tweede geval, waarin hij een geldig beding ten behoeve van een derde erkent, het als modus aan eene gifte verbonden beding. Den

## X.

In het voorgaande hoofdstuk hebben wij lang genoeg stil gestaan bij de vraag, wanneer men een geldig beding ten behoeve van derden heeft, om zonder nadere argumentatie te kunnen constateeren, dat, volgens ons recht, eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut slechts hoogst zelden, en een door een rechtspersoon ten behoeve van hare leden afgesloten C. A., zonder strafbeding ten bate van de kas der vereeniging, nooit een geldig contract is; het bedongene is hier noch de voorwaarde van een beding, hetgeen men voor zich zelf maakt, noch de modus van eene gift.

In mijne conclusie betreffende de geldigheid van dergelijke collectieve arbeidscontracten voor ons positief recht, stem ik dus geheel met EYSELL overeen, die hen ook ieder rechtsgevolg ontzegt. Wat echter de vraag betreft of deze regeling ook de lege ferenda de meest gewenschte is, kan ik mij niet met de bevestigende beantwoording van EYSELL vereenigen.

Ik hoop duidelijk gemaakt te hebben, dat het lot van de geldigheid van deze collectieve arbeidscontracten ten nauwste samenhangt met dat van de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut in het algemeen. Wat nu ook de meening moge zijn, die men over de geldigheid van overeenkomsten van gemeenschappelijk nut voor ons tegenwoordig burgerlijk recht hebbe, dit zal niemand, geloof ik, in twijfel stellen, dat het wenschelijk is, dat ondubbelzinnig in ons recht worde uitgesproken, dat eene organisatie met rechtspersoonlijkheid binnen den kring harer bevoegdheid

---

ontwerpers van den Code Civil is dit echter ontgaan en dientengevolge geeft de Code Civil den regel der herroepelijkheid in het algemeen voor alle geldige bedingen ten behoeve van derden, hoewel zij slechts met het laatste geval van art. 1121 C. C., 1e lid, in verband gebracht kan worden.

ook rechtens geldige handelingen in het directe belang harer leden kan verrichten. De regeling dezer handelingen is de in ons recht ontbrekende helft van de regeling van de rechtspersoon in het algemeen. Onze wet heeft bij de regeling der rechtspersonen voorschriften gegeven voor het geval, dat het collectief optreden een voor een bijzonder doel bijeengebracht vermogen betreft, echter geheel over het hoofd gezien, dat een collectief optreden ook het behartigen van andere belangen van de leden dezer collectiviteit ten doel kan hebben, belangen, die niet zoo gemakkelijk door eene fictie van de personen te scheiden zijn als waar het een bijeengebracht vermogen betreft. Nochtans behoeft deze zijde van het vereenigingsleven, gelijk reeds gedeeltelijk is gebleken en verder op nog nader zal blijken, evengoed eene zelfstandige wettelijke regeling als de andere zijde.

Het C. A. door eene vakvereeniging met rechtspersoonlijkheid aangegaan, ik herhaal het nog eens, is slechts een bijzonder geval van eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut. Een dergelijk C. A. buiten het recht te plaatsen, is dan ook niet, gelijk EYSSELL meent, een streng vasthouden aan onze algemeene rechtsbeginselen, *maar juist een zonder goed motief afwijken van onze algemeene rechtsbeginselen.* Volkomen stem ik dan ook in met het eerste desideratum van het hierboven opgestelde program: *de collectiviteit diene op eigen naam een C. A. te kunnen aangaan en bij wanpraestatie in rechte nakoming te kunnen vorderen, of aangesproken te kunnen worden.* Echter deze wensch moet door den wetgever niet vervuld worden door het geven van bijzondere voorschriften bij de regeling van het arbeidscontract, maar door het opstellen van een algemeen voorschrift, *dat iedere rechtspersoon de bevoegdheid geeft op eigen naam rechtens bindende overeenkomsten af te sluiten in het belang der personen, wier belangen zij ten doel heeft te behartigen, ook al staat dit contract in geen*

*enkel verband met haar eigen vermogen, mits het slechts valt binnen den kring van hare door de wet of statuten aangegeven werkzaamheden.*

## XI.

Bij de bespreking van de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut in de voorgaande bladzijden, is bijna voortdurend op den voorgrond gesteld de rechtspersoon, die iets in het belang van haar leden *stipuleert*, echter ook de rechtspersoon, die *belooft*, dat iets door haar leden geschieden zal, is met het oog op het C. A. van belang.

Vooreerst heeft men het geval, dat eene patroonsvereeniging zich tot een minimum-loon, een maximum arbeidstijd of andere arbeidsvoorwaarden verbindt; ook wel verplicht zich eene werkliedenvereeniging met een maximum loon genoeg te nemen. (1) Daarnaast worden echter door patroons- en werkliedenvereenigingen dikwijls nog andere verplichtingen op zich genomen. Herhaaldelijk neemt eene patroonsvereeniging de verplichting op zich, alle bij eene staking ontslagen werklieden wederom in dienst te nemen. In vele landen verplichten de corporaties zich geschillen betreffende het collectieve contract aan arbitrage te onderwerpen. In Amerika komen partijen meermalen uitdrukkelijk overeen, dat gedurende den tijd, dat het C. A. geldt, geen staking of uitsluiting zal plaats grijpen. Evenzoo wanneer partijen overeenkomen, dat bezwaren tegen het C. A. slechts kunnen kenbaar gemaakt worden gedurende een zekeren termijn vóór het tijdstip, waarop over de verlenging

---

(1) Een voorbeeld van dit laatste geeft het C. A. tusschen de Alg. Patroonsvereeniging tot vaststelling en handhaving van arbeidsvoorwaarden te Amsterdam eenerzijds en drie opperliedenvereenigingen anderzijds afgesloten.

of wijziging van het contract door partijen onderhandeld zal worden, ligt daarin eene belofte opgesloten niet te zullen staken of uit te sluiten om veranderingen in het C. A. te krijgen gedurende den tijd waarin het C. A. van kracht is. (1)

Ten slotte is er nog een hoogst belangrijk geval van eene verplichting, door eene patroonsvereeniging op zich genomen, te vermelden: de belofte alleen georganiseerde werklieden in dienst te zullen nemen, een beding, dat door de Amerikanen „the closed shop” genoemd wordt. Soms komt deze verplichting gecombineerd met eene verplichting van werkmanszijde voor, om alleen voor de aangesloten werkgevers werk te verrichten, eene overeenkomst, die in Engeland in sommige bedrijven beproefd is en ook in Duitschland niet onbekend is. (2)

Niet al deze verplichtingen behooren tot het gebied van

---

(1) Aldus b.v. in Duitschland, in het bedrijf der boekdrukkers, der boekbinders, der goud- en zilverslagers enz. Zie FANNY IMLE, *Gewerbliche Friedensdokumente*, Jena 1905. In Nederland in het bootwerkersbedrijf te Zaandam; zie ook blz. 406 noot 2.

De bedoeling van een dergelijk contract is geen andere dan: wij patroons zullen gedurende den overeengekomen tijd niet minder dan 28 cent per uur betalen, en wij werklieden zullen gedurende den overeengekomen tijd niet meer dan 28 cent per uur eischen. Iedere weigering van arbeiders om te werken, op grond dat zij een hooger standaardloon verlangen, is dan een contractbreuk.

Kan men dus MOISSENET en daarmee in overeenstemming VAN ZANTEN en EYSELL toegeven, dat het overeenkomen van een standaardloon op zich zelf geen verplichting aan arbeiderszijde met zich brengt, zoo kunnen echter de bijeenkomende omstandigheden van dien aard zijn, dat er wel degelijk ook aan die zijde op volkomen gelijke wijze als aan patroonszijde eene verplichting op zich genomen wordt.

(2) Zie E. J. SMITH, *The new trades combination movement*, London 1899. R. LIEFMAN, *Die Allianzen gemeinsame monopolistische Vereinigungen der Unternehmer und Arbeiter in England*. *Jahrb. für Nationalök.* III, Bd. 20 (1900) blz. 433 en III, Bd. 22 (1901) blz. 144. F. IMLE t. a. p. blz. 111 en vlg.

het C. A. Indien eene werkgeversvereniging met eene werkliedenvereniging overeenkomt, dat de werkgevers geen andere dan georganiseerde werklieden in dienst zullen nemen, zoo heeft eene dergelijke overeenkomst met eene reglementeering of eene regeling van arbeidsvoorwaarden, (VAN ZANTEN) niets uit te staan. Toch wenschen bijna alle auteurs dergelijke contracten rechtens geheel met het C. A. gelijk gesteld te zien, ja, worden door sommigen uitdrukkelijk als C. A. aangemerkt. Men heeft hier wederom een bewijs dat de wettelijke regeling, die hier noodig is, zich niet tot de C. A. moet beperken, maar op de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut in het algemeen moet betrekking hebben.

Wat is nu rechtens ten aanzien van dergelijke verplichtingen door eene collectiviteit met een anderen persoon overeengekomen en waarvan de nakoming alleen door de leden individueel kan geschieden? Zoo goed als allen, die eene vereniging met rechtspersoonlijkheid het recht toekennen om op eigen naam een C. A. aan te gaan en deze vraag beantwoord hebben, beschouwen het als van zelf sprekend, dat, indien een lid der collectiviteit in strijd met het contract handelt, de collectiviteit tot schadevergoeding aan de tegenpartij verplicht is. (1)

Men ziet dus in de verplichting van de collectiviteit niet anders dan het in art. 1352 B. W. geregelde geval, een zich sterk maken voor de daden van derden, daarmee den weg betredend, die onvermijdelijk tot de ongeldigheid van het C. A. voor ons positief recht leidt.

Voor ons tegenwoordig recht, dat de rechtspersoon eene plaats aanwijst naast de fysieke personen, ben ik het met deze opvatting eens; de lege ferenda niet. De collectiviteit

---

(1) Zie b.v. VAN ZANTEN blz. 483. Het ontwerp van SULZER en LOTMAR, art. IV.

aansprakelijk te stellen voor iedere overtreding van het contract door een lid der collectiviteit is eene grove onbillijkheid. Zeker kan eene werklieden-organisatie, die zich verbindt alleen voor bepaalde patroons te werken, uitdrukkelijk zich voor iedere afwijking van dit beding door een lid der organisatie aansprakelijk stellen. Waar zij echter zonder meer overeenkomt, dat de leden van hare vereeniging bij geen andere patroons dan bij de aangeslotenen zullen werken, is het nimmer de bedoeling van partijen, gelijk hieronder nog met voorbeelden zal aangetoond worden, dat voor eene verbreking van het contract door een individu het collectieve vermogen aansprakelijk zal zijn. Dit aan te nemen, is slechts een gevolg van de verkeerde opvatting, die in eene associatie een zelfstandig individu meent te zien in plaats van een bijzonderen vorm van gemeenschappelijk optreden. (1)

Dergelijke overeenkomsten tusschen collectiviteiten dragen in dit opzicht een volkomen gelijk karakter als de tractaten in het volkenrecht. Wanneer een staat in het belang van zijne onderdanen met eene andere mogendheid een tractaat sluit, waaruit verplichtingen van zijne onderdanen voortvloeien, dan is het geenszins de bedoeling en ook niet het gevolg van het tractaat, dat de staat voor iedere schennis van de overeenkomst aansprakelijk zal zijn. Leest men in de spoorwegconventie van 1890: „En cas d'avarie le chemin de fer aura à payer le montant intégral de la dépréciation subie par la marchandise”, (art. 37); leest men in het slotprotocol op het Verdrag van 25 September 1867 tusschen Pruisen en Nederland, betreffende de oprichting van gebouwen binnen een zekeren afstand van den grens: „De gebouwen mogen slechts voor den landbouw worden gebezigd (§ 2, 2°.); of leest men in de Haagsche conventie van 29 Juli 1899: „Chaque prisonnier de guerre est tenu

---

(1) Het nadere hieromtrent in mijn volgend opstel.

de déclarer, s'il est interrogé à ce sujet, ses véritables noms et grade" (art. 9), dan is van geen dezer bepalingen de bedoeling of het gevolg, dat de Nederlandsche staat aansprakelijk zal zijn, indien eene Nederlandsche spoorwegmaatschappij eene schadevergoeding weigert, indien een Nederl. ndsch onderdaan in de overeengekomen strook een verboden bedrijf uitoefent of indien een Nederlandsch krijgsgevangene zijn waren naam niet opgeeft. Slechts dat de staat het overeengekomene door zijne organen zal doen naleven, en voor zoover het rechten en verplichtingen van zijne onderdanen betreft, als een ook dezen bindend besluit zal proclameeren en handhaven, is de bedoeling en het gevolg van een zoodanig tractaat. (1)

De bedoeling nu van eene bepaling als b.v. in de overeenkomst tusschen den Algemeenen Nederlandschen Diamantbewerdersbond en de Amsterdamsche Juweliers-Vereeniging opgenomen: „De werkgevers zullen boort leveren bij het werk, naar den maatstaf van de volgende tabel", is geen andere dan waar men in de Berner conventie leest: „En cas d'avarie le chemin de fer aura à payer le montant intégral de la dépréciation subie par la marchandise". In geen van beide gevallen beoogen partijen eene aansprakelijkheid van de geheele organisatie voor de daden van de afzonderlijke individuen in het leven te roepen.

Geen collectieve aansprakelijkheid zonder collectief verzuim zij bij de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut,

---

(1) Verg. v. LISZT, *das Völkerrecht* 1898, blz. 126 en 127. Zie het principe met eene kleine afwijking, gerechtvaardigd door het bijzondere van het geval, ook verwezenlijkt in art. 41 van de Haagsche conventie: „La violation des clauses d'armistices par des particuliers agissant de leur propre initiative donne droit seulement à réclamer la punition des coupables et, s'il y a lieu, aux indemnités pour les pertes éprouvés."



gelijk in het volkenrecht, de regel. (1) Wordt in strijd met de overeenkomst gehandeld ten gevolge van een besluit van de algemeene vergadering, of een ander orgaan, dat bevoegd is in dezen de rechtspersoon te vertegenwoordigen, dan is voor de contractbreuk de rechtspersoon aansprakelijk. Heeft men daarentegen eene schennis van de overeenkomst door een lid der vereeniging, dat geheel op eigen verantwoordelijkheid handelt, dan zal men moeten onderscheiden. Blijft de vereeniging in gebreke met straffend tegen den overtreders op te treden, waar zij daartoe de macht heeft, b.v. door schrapping of schorsing van het lidmaatschap, oplegging van eene boete, enz. of wel steunt zij het lid in zijn onrechtmatig handelen, dan zal men de vereeniging kunnen aanspreken, in andere gevallen echter niet.

Dat partijen bij het afsluiten van een C. A. nimmer bedoelen eene meer uitgebreide aansprakelijkheid van de collectiviteit in het leven te roepen dan hier geschetst is, blijkt ten duidelijkste, indien men de tekst der verschillende C. A. nagaat, die sinds September 1902 in the Bulletin of the Bureau of Labor en sinds November 1903 in The Labor Bulletin of the Commonwealth of Massachusetts worden opgenomen.

Deze Amerikaansche C. A. zijn voor het meerendeel zeer zorgvuldig opgesteld en verschillende bevatten voorschriften

---

(1) Dit beginsel dient niet alleen zijne toepassing te vinden bij eene contractbreuk, maar bij iedere onrechtmatige daad der leden, die op het terrein der werkzaamheden der vereeniging plaats vindt. In zooverre is de beslissing van de King's Bench in de bekende Taff-Vale zaak (19 December 1902) volkomen juist, wat men ook overigens daarop moge aanmerken. Ook bij de onrechtmatige daad gaat de analogie met het volkenrecht op. Men vergelijkte art. 50 van de Haagsche conventie van 29 Juli 1899: *Aucune peine collective, pécuniaire ou autre, ne pourra être édictée contre les populations à raison de faits individuels dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables.*

betreffende eene mogelijke contractbreuk door leden der collectiviteit. Echter in geen enkele is de aansprakelijkheid der collectiviteit voor de handelingen door een of meer leden op eigen verantwoordelijkheid verricht, opgenomen. Welke vereeniging zou ook eene dergelijke aansprakelijkheid op zich kunnen nemen, waar de vereeniging honderd-, ja duizendtallen van leden heeft?

Somtijds vindt men aan het slot der overeenkomst bepaald: „The above parties hereto pledge their best efforts to carry out this agreement in good faith”. Zeer dikwijls vindt men ook in de overeenkomst eene boete vastgesteld, die de vereeniging van haar lid, dat de overeenkomst schendt, moet heffen. Eene enkele maal vindt men daarbij de bepaling, dat deze boete onder geen voorwendsel mag teruggegeven worden (huis- en decoratieschilders te Boston). Meer gebruikelijk is, dat de geïnde boete aan de benadeelde partij moet afgedragen worden; blijft het lid in gebreke de boete te voldoen, dan heeft de vereeniging de keus den overtreder als lid te schrappen of zelf de boete te voldoen. (1) Het schrappen als lid vindt men ook in contracten, waarin geene boete is vastgesteld, als de eenige daad,

---

(1) In Chicago vindt men in zeer vele C. A. de volgende bepaling: Any member or members affiliated with either of the two parties hereto violating any part of this agreement or working rules established by the joint arbitration board shall be subject to a fine of from ten to two hundred dollars, which fine shall be collected by the president of the association or union to which the offending member or members belong and by him paid to the treasurer of the joint arbitration board not later than thirty days after the date of the levying of the fine.

If the fine is not paid by the offender or offenders it shall be paid out of the treasury of the association or union of which the offender or offenders were members at the time the fine was levied against him or them, and within sixty days of date of levying same; or in lieu there of the association or union to which he or they belonged shall suspend the offender or offenders and officially

die bij individueele overtreding van de vereeniging geëischt wordt. De typografen in de Ver. Staten hebben eene geheel bijzondere regeling: beide partijen zijn verplicht den overtreder in geen enkel opzicht te steunen; verder zal de vereeniging, waartoe de overtreder behoort, openlijk hare afkeuring over diens gedrag uitspreken en daarvan de tegenpartij een officieel bewijs geven. Ten slotte zijn er sommige C. A., waarin eenvoudig volstaan wordt met de verplichting van beide partijen om het C. A. in hare statuten op te nemen (b.v. in de bouwbedrijven te Boston).

Wat de wetgeving betreft, de aansprakelijkheid van eene vereeniging voor de daden van hare leden is tot nu toe, zoover mij bekend, slechts in één staat uitdrukkelijk geregeld: in Britsch-Columbia (wet van 21 Juni 1902). Ook deze wettelijke regeling is in hoofdzaak in overeenstemming met het door mij ontwikkelde beginsel. Het desbetreffende artikel luidt: „Geen Trade-Union of vereeniging van arbeiders of

---

certify such suspension to the joint arbitration board within sixty days from the time of fining, and the joint arbitration board shall cause the suspension decree to be read by the presidents of both the association and union at their next regular meeting and then post said decree for sixty days in meeting rooms of the association and union. No one who has been suspended from membership in the association or union for neglect or refusal to abide by the decisions of the joint arbitration board can be again admitted to membership except by paying his fine or by unanimous consent of the joint arbitration board.

All fines assessed by the joint arbitration board and collected during the year shall be equally divided between the two parties hereto by the joint arbitration board at the last regular meeting in December.

Merkwaardig is nog de boeteregeling bij het C. A. van de mijnwerkers, district 13. Daar wordt de boete, bij contractbreuk door een werkman, door de maatschappij van het loon afgehouden en alsdan aan den penningmeester van de vakvereeniging ter hand gesteld.

beambten in Britsch-Columbia, noch de trustees van eene zoodanige Trade-Union of vereeniging in hun qualiteit van vertegenwoordigers, zullen voor de nadeelen, die het gevolg zijn van een met eene werkstaking, uitsluiting of industrieel arbeidsgeschil samenhangend, doen of laten aansprakelijk zijn, tenzij deze handeling is goedgekeurd door of verricht met medewerking van de leden van eene zoodanige Trade-Union of vereeniging of wel het bestuur, uitvoerend comité of andere organen, *die handelen binnen de perken hunner bevoegdheden en rechten, hun door de voorschriften, bepalingen of statuten der Trade-Union of vereeniging of de besluiten of beslissingen van de leden der locale afdeeling of de meerderheid van deze gesteld.*" (1)

## XII.

In de hoofdstukken VI—XI hoop ik het eerste punt betreffende het C. A. — de afsluiting en de nakoming van een C. A. door eene collectiviteit op eigen naam — voldoende toegelicht te hebben en ga thans over tot het tweede punt:

*De schadevergoeding, die de collectiviteit op eigen naam bij wanpraestatie kan vorderen, omvatte ook de door de afzonderlijke individuen geleden schade.* (2)

(1) Dit artikel, gelijk de overige der genoemde wet, dankt blijkbaar zijn ontstaan aan de beslissingen in de bekende Taff-Vale zaak.

(2) Dit is het systeem van de Belgische wet van 31 Maart 1898 (art. 10); het ontwerp van LOTMAR en SULZER, alsmede de schets in het voorloopig verslag, zwijgen geheel over den omvang van de schadevergoeding door de collectiviteit te vorderen, terwijl VAN ZANTEN, als ik hem goed begrepen heb, de collectiviteit geen andere schadevergoeding wil toegekend zien dan een aequivalent voor de schade (intellectueele en materieele), die de collectiviteit zelve geleden heeft.

Ik wensch de bespreking van dit punt in te leiden met na te gaan, wat uit ons positief recht betreffende de schadevergoeding zou volgen, en ook hier dient men wederom het C. A. niet op zich zelf te beschouwen, maar als eene bijzondere soort van overeenkomsten van gemeenschappelijk nut in het algemeen.

Hij, die in ons recht bij wanpraestatie schadevergoeding verlangt, moet steeds zelf een belang bij de praestatie hebben; of dit belang een materieel moet zijn of dat ook een zoogenaamd idieel belang voldoende is, daarover wordt getwist, maar dit staat in ieder geval vast, er moet een belang van den persoon zelf, die schadevergoeding vraagt, aanwezig zijn. Is dit nu bij een C. A. of bij een overeenkomst van gemeenschappelijk nut aanwezig?

Dat alle overeenkomsten van gemeenschappelijk nut volgens ons positief recht, bedingen ten behoeve van derden zijn, d. w. z. dat zij worden aangegaan in het belang van derden, brengt nog niet met zich mede, dat de rechtspersoon zelf geheel geen belang, zelfs niet een ondergeschikt, bij de overeenkomst zou kunnen hebben. VAN ZANTEN meent dan ook inderdaad een zoodanig bijkomend belang van de rechtspersoon bij het door haar afgesloten C. A. te kunnen aantoonen; dat belang bestaat volgens hem daarin, „dat geschillen tusschen patroons en werklieden vermeden, dat werkstakingen voorkomen worden en dat de scherpe concurrentie der werklieden onderling, die de loonen doet dalen, wordt opgeheven. (1)

Indien dit al een belang der vakvereeniging, en niet van de leden individueel is, is het al een zeer ondergeschikt belang. Immers dit belang raakt absoluut niet den inhoud van het C. A., dit belang is reeds behartigd, indien er maar

---

(1) VAN ZANTEN t. a. p. blz. 462.

een C. A. is, onverschillig of daarbij een uurloon van 5 cent of van 25 cent, een arbeidstijd van 16 of 8 uur wordt vastgesteld. Zoo dan ook een werkgever ooit van een loonstandaard af zou wijken, zou men op grond van dit veronderstelde belang van de vakvereeniging nooit het aan de arbeiders te weinig uitbetaalde als schadevergoeding kunnen vorderen. Dit te weinig uitbetaalde is de schade van de leden individueel, maar niet eene schade van de vakvereeniging.

Bij de overeenkomsten van gemeenschappelijk nut is het nu juist wenschelijk, dat de vereeniging deze, door hare leden individueel geleden, schade in rechte kan opeischen. Anders zou men bij weigering van de tegenpartij, om die schade uit te betalen, in een ontelbaar aantal processen over dezelfde zaak vervallen, vele personen zouden bovendien, hetzij wegens de te maken kosten, hetzij wegens het te geringe bedrag of uit ongewoonte om den gerechtelijken weg in te slaan, niet tot een proces besluiten en hun schade niet vergoed krijgen. Men geve daarom de rechtspersoon de bevoegdheid de schade, door de leden individueel geleden, bij niet nakoming van eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut, op eigen naam te kunnen opeischen; dit is daarenboven volkomen in overeenstemming met eene juiste opvatting van de rechtspersoon, gelijk in mijn volgend opstel nog nader zal aangetoond worden.

Echter met het geven van deze bevoegdheid aan de rechtspersoon zal men niet kunnen volstaan. Eene vakvereeniging die een C. A. afsluit, komt nooit met een patroon overeen, dat deze alleen aan de leden der vakvereeniging een standaardloon zal betalen, maar aan *al zijne werklieden*, georganiseerde zoowel als niet-georganiseerde. Dit geschiedt niet in het belang van de niet-georganiseerden, maar uitsluitend opdat degenen, die tegen het standaardloon werken, geen concurrentie van anderen, die de patroon tegen geringer

loon zou mogen in dienst nemen, zullen hebben. Indien nu echter een patroon, die een C. A. met eene vakvereeniging met rechtspersoonlijkheid heeft afgesloten, een werkmán, niet-lid, een te laag loon uitbetaald of in een ander opzicht ten aanzien van deze het C. A. niet naleeft, kan de vakvereeniging alsdan schadevergoeding eischen?

Zoo dit volgens onze tegenwoordige wet mogelijk ware, dan zou men hier moeten doen gelden de benadeeling der belangen van VAN ZANTEN: de vermijding van geschillen, de voorkoming van werkstakingen, de opheffing der scherpe concurrentie enz. Echter hier doet zich de vraag voor, is dit eene schade, die volgens ons Burgerlijk Wetboek vergoed wordt?

Men kent de strijdvraag of in ons recht alleen materieele schade of ook idieele schade vergoed wordt, een strijd, waarbij men veelvuldig begripsverwarring aantreft. Vele schrijvers doen het immers voorkomen of idieele schade veel hogere belangen dan materieele schade betreft, bij idieele schade zouden belangen in het spel zijn, die men alleen foro morali kan doen gelden. (1) Deze beteekenis der woorden idieele en materieele schade wordt echter nimmer consequent volgehouden en heeft ook voor de rechtswetenschap niet de minste waarde. De schade, veroorzaakt doordat eene kerk niet volgens belofte eene reliquie van groote waarde ontvangt of doordat een beroemd schilder in gebreke blijft een museum volgens belofte een schilderij te verschaffen, betreft veel hogere belangen dan de schade, die het gevolg is van het in gebreke blijven van een barbier om iemands baard te knippen of van een gids om iemand de merkwaardigheden van eene stad te laten zien; toch zijn de eerste

(1) Zie b.v. GOUDSMIT, Pand. Syst. II, blz. 4 en C. ASSER, Handleiding III, blz. 7.

gevallen bij alle schrijvers gevallen van materieele schade, de tweede van idieele schade.

De eenige bruikbare zin, dien men aan de termen idieele schade en materieele schade kan hechten, is de volgende: idieele schade is de schade, aangebracht ten opzichte van de bevrediging van onze behoeften of de voorkoming van leed, onverschillig welke behoeften of welk leed dit betreft (physiek, intellectueel of moreel); materieele schade is de schade, aangebracht ten opzichte van vermogensrechtelijke objectief in staat om onze behoeften te bevredigen of leed te voorkomen.

Indien een barbier ons niet scheert, lijdt men alleen idieele en geen materieele schade, omdat eene behoefte van ons niet bevredigd wordt zonder dat wij echter eene schade kunnen aantoonen ten aanzien van vermogensrechtelijke objecten. Blijft daarentegen een schilder in gebreke ons een schilderij te leveren, dan lijden wij idieele schade, in zoover wij een voorgesteld genot moeten ontberen, maar daarenboven materieele schade, in zoover ons een vermogensrechtelijk object ontgaat, in staat om ons dat genot te verschaffen. Materieele is dus vermogensrechtelijke schade.

Zoolang in ons B. W. art. 1282, dat in het algemeen de schadevergoeding in het werkelijk geleden verlies en de gedorven winst doet bestaan, onveranderd blijft, zoolang kan slechts van vergoeding van materieele schade sprake zijn. Van geleden verlies en gedorven winst kan men immers niet spreken ten aanzien van de bevrediging van behoeften en de voorkoming van leed, maar alleen ten aanzien van objecten in staat om ons dat te verschaffen. Indien een draaiorgel in strijd met eene overeenkomst voor mijn huis speelt, indien de barbier in gebreke blijft mij te scheren, is daar verlies geleden of winst gedorven? Het zijn onoplosbare puzzles.

Dat in ons recht alleen vermogensrechtelijke schade ver-



goed wordt, volgt ook nog daaruit, dat art. 1282 B. W. de schadevergoeding niet doet bestaan uit een *aequivalent* voor het geleden verlies of de gedorven winst, maar in eene vergoeding van het *geleden verlies en de gedorven winst zelve*. Dit nu is alleen mogelijk, indien men de schade afleidt uit eene *vermogensrechtelijke* balans, niet als men met onbevredigde behoeften of getroffen leed werkt.

Kan men in ons tegenwoordig recht bij wanpraestatie geen andere schadevergoeding krijgen dan van vermogensrechtelijke schade, daarmede is volstrekt niet gezegd, dat het, de lege ferenda, zoo blijven moet. Na de klemmende betoogen van JHERING en DRUCKER zullen weinigen het beginsel van onze wet meer verdedigen. (1) Dat voor schadevergoeding een verschil gemaakt wordt tusschen een scheerabonnement en den verkoop van een scheermes; tusschen de verplichting om een lied op eene soirée voor te dragen en de verplichting om hetzelfde lied in eene fonograaf te zingen; tusschen de verplichting van den apotheker om een drankje te leveren en de verplichting van een dokter om langs chirurgischen weg precies hetzelfde te bewerkstelligen als de drank van den apotheker ten doel heeft, is niet te rechtvaardigen. De opvatting, dat de schade, die geen vermogensrechtelijke is, hooge idieele belangen betreft, waarbij het vernederend is, deze belangen in geld te schatten, is ten eenenmale onjuist. Gewoonlijk heeft men, zoo de wanpraestatie geen materieele schade oplevert, met volkomen gelijke benadeelde belangen te doen, als die de vermogensrechtelijke objecten hun geldswaarde geven. Ik geloof dan ook, dat, indien men zich maar eenmaal precies rekenschap geeft van hetgeen materieele en idieele schade zeggen wil, het weinig tegen-

---

(1) R. JHERING, *Jahrb. für Dogm.* XVIII, blz. 41; H. L. DRUCKER, *Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn* (III), R. M. 1892, bz. 176 vlg.

spraak zal ondervinden, dat met het stelsel, dat uitsluitend vermogensrechtelijke schade vergoedt, moet gebroken worden. Evenals men in de economie niet de productie als einddoel moet beschouwen, maar de consumtie, zoo ook moet men in de rechtswetenschap het vermogen niet als Selbstzweck aanmerken, maar slechts als middel om onze verschillende behoeften te bevredigen; men dient te beseffen, dat iedere schade ten slotte slechts daarom schade is, omdat zij eene verminderde behoeften-bevrediging met zich brengt, dat er feitelijk geen andere schade dan idieele schade bestaat en vergoed behoeft te worden; ook stoffelijk verlies is slechts dan en slechts in zooverre schade, als daarbij idieele schade geleden wordt. (1)

---

(1) Gewoonlijk wijst men op het bezwaarlijke om bij idieele schade het aequivalent van de schade in geld vast te stellen. Echter het is niet ondienstig er op te wijzen, dat bij de vaststelling der idieele schade zich geen moeilijkheden voordoen, die men niet bij de materieele schade evenzoo aantreft. Of men met grootere of kleinere zekerheid het juiste aequivalent van de geleden schade kan vaststellen, hangt geheel daarvan af, of in het maatschappelijk verkeer een meer of minder uitgebreide vraag en aanbod van gelijke praestaties bestaat. Bestaat eene zoodanige vraag en aanbod op eenigszins ruime schaal, — men neme maar het leveren van een boek eenerzijds, het scheren van een baard anderzijds, — dan kan men zeer nauwkeurig in geld de objectieve waarde van de praestatie aangeven. Is dit niet het geval, — men denke aan een Rembrandt eenerzijds, eene uitvoering van een beroemd violist anderzijds, — dan wordt het vaststellen van een geldelijk aequivalent van zelf eene willekeurige daad. Materieele en op geld waardeerbare schade zijn derhalve volstrekt niet synoniem.

Toegegeven kan nochtans worden, dat in de gevallen, waarin geen materieele schade geleden wordt, veelvuldiger willekeurig moet te werk gegaan worden, dan in die, waarin wel materieele schade aanwezig is. Echter men bedenke steeds dat de schadevergoeding niet alleen dient om den crediteur een aequivalent te geven voor wat hij bij behoorlijke praestatie zou gehad hebben, maar dat zij tevens in de gevallen waarin reële executie verboden of onmogelijk is,

Brengt men de door mij voorgestelde wijziging in het hoofdstuk der schadevergoeding aan, bindt men deze niet meer aan eene materieele schade, dan is daarmede tevens voldoende in de regeling van het geval voorzien, dat een werkgever ten aanzien van de niet-leden der vakvereniging, met wie hij gecontracteerd heeft, het C. A. schendt. De schade, die de leden der vakvereniging door eene zoodanige wanpraestatie ondervinden, is niet eene vermogensrechtelijke, ten minste niet eene direct nawijsbare, maar dat hier idieele benadeeling geleden wordt, kan niet ontkend worden.

Ook ten aanzien van de schadevergoeding blijkt derhalve, dat men hier niet staat voor quaesties, die zich speciaal bij het C. A. voordoen, maar voor algemeene vragen, die eene algemeene oplossing verlangen. Wanneer men bepaald heeft, dat eene rechtspersoon, die eene overeenkomst van gemeenschappelijk nut heeft afgesloten, bij wanpraestatie eene vergoeding, voor de schade door hare leden geleden, kan opeischen en wanneer bovendien niet alleen bij vermogensrechtelijke schade, maar bij *iedere* schade het geven van een geldelijk equivalent verplichtend is, dan is in alle opzichten bij het C. A. ook in de quaestie der schadevergoeding voorzien.

---

de gewichtige rol van sanctie van de verbintenis vervult. Hierom niet het minst is het gewenscht, dat de rechter eenige vrijheid bij de vaststelling der schadevergoeding wordt gelaten, opdat iedere crediteur wete, dat hij niet straffeloos zijne wettelijke verplichtingen overtreden kan.

Ten slotte, het niet meer binden der schadevergoeding aan materieele schade wil nog niet zeggen, dat men ook verbintenissen op het gebied der liefde, wellevendheid en godsdienst eene wettelijke sanctie moet geven. Zeker is het gewenscht de wet steeds zoo te formuleeren, dat deze verplichtingen buiten het recht blijven.

## XIII.

In de voorafgaande bladzijden hebben wij de rechtsgevolgen van een C. A. ten aanzien van de contracteerende collectiviteiten nagegaan en trachtten aan te toonen, dat alle vragen, die zich daarbij voordeden, van uit meer algemeen juridische gezichtspunten bezien moesten worden. Ons betoog is dientengevolge tot nu toe een bij uitstek juridisch betoog geweest. De overige bovenvermelde desiderata ten aanzien van het C. A. (blz. 410) daarentegen kunnen, voor zoover zij niet reeds in onze wet hun verwezenlijking gevonden hebben, slechts als een bijzonder recht voor het C. A. gewenscht worden en hetgeen reeds PAULUS op zijne wijze uitdrukt in zijne definitie, *jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, zal ook hierbij gelden: een betoog over de al of niet wenschelijkheid van deze jura singularia beweegt zich bijna uitsluitend op algemeen economisch en maatschappelijk terrein, het juridische element wordt naar achteren gedrongen.

Van het verleenen van eene bijzondere rechtsbescherming aan het C. A. kan geen sprake zijn, indien men niet overtuigd is van deze twee zaken: de gunstige maatschappelijke werking van het C. A. en de behoefte, die aan eene zoodanige bijzondere bescherming bestaat.

Ik twijfel er aan of in ons land velen te vinden zullen zijn, die de gunstige werking van collectieve arbeidscontracten zullen ontkennen; de grootere macht, die de arbeiders aldus kunnen ontwikkelen, de orde en regelmaat in het bedrijf, de vermindering der werkstakingen en uitsluitingen, zijn te onmiskenbare voordeelen van het C. A. Sinds VAN HOUTEN in 1870 zijn „Regtstoestand der werklieden in Nederland” schreef, is dit bij ons nooit ernstig betwist geworden. Zelfs EYSSELL, dien toch niemand van te radicale

neigingen beschuldigen zal, voert hiertegen geen oppositie (blz. 135 en 136). (1)

Wat de behoefte aan rechtsbescherming betreft, zoo kan gereedelijk toegegeven worden dat deze behoefte voor krachtige organisaties, gelijk b.v. de Engelsche en Amerikaansche vakvereenigingen, lang niet in die mate bestaat als voor zwakkere vereenigingen. Hieruit kan ook gedeeltelijk verklaard worden, dat de meeste buitenlandsche vakvereenigingen weinig op het bezit van rechtspersoonlijkheid gesteld zijn, hoewel voornamelijk daarvan de oorzaak is, dat men bij het bezit van rechtspersoonlijkheid een ingrijpen van overheid en rechter in interne aangelegenheden vreest. (2) Dat deze vrees in het buitenland veel meer reden van bestaan heeft dan in ons land is maar al te waar. Om slechts eenige voorbeelden hiervan te geven: In Pruisen werd eene vakvereeniging ontbonden en haar voorzitter tot eene boete veroordeeld, omdat zij een verzoekschrift aan den Rijksdag betreffende de wettelijke regeling van den arbeidstijd en andere arbeidsvoorwaarden had ingediend en het ver-

---

(1) Men vergelijke overigens VAN ZANTEN t. a. p., blz. 494 vlg. en de Memorie van Toelichting op het ontwerp-arbeidscontract blz. 32. Zeer uitvoerig ook RAYNAUD, t. a. p. blz. 175 vlg.

(2) Zie b.v. het voor de meening der Amerikaansche arbeiders gezaghebbende werk van J. MITCHELL, president van de „United Mine Workers of America”: „Organisierte Arbeit”, vertaling van H. HASSE, Leipzig 1904, blz. 114: „Von Arbeitern und Unternehmern ist aber anerkannt, dass die bestehenden Gesetze für eine Eintragung der Gewerkschaften nicht geeignet sind. Um zur Eintragung zu ermutigen, müsste eine neue Gesellschaftsform geschaffen werden, die einen Schutz des Kollektiv-Vertrags und das Streikrecht gewähre, dabei nicht den Einzelnen verantwortlich mache, sondern nur von beiden Parteien im Falle des Vertragsbruchs gleichmässig Schadenersatz verlange.

Nicht Verfolgung im Falle von Gesetzesverletzung haben die Gewerkschaften zu fürchten, sondern Einmischung in ihre innere Verwaltung.”

zoekschrift geheel gelijkloidend was met dat van eene andere vakvereeniging. Men had hier volgens politie en rechterlijke macht te doen met eene „verbinding” van twee politieke vereenigingen, hetgeen de Pruisische wet verbood. (1) Eene andere vakvereeniging, wier voorzitter eenige malen openbare vergaderingen had belegd, werd ontbonden omdat zij vrouwen als leden aannam. Deze vergaderingen, waarop politieke onderwerpen besproken waren, waren bijna uitsluitend door leden van de vereeniging bezocht. Hieruit bleek het politieke karakter van de vereeniging en vrouwen mochten geen lid zijn van politieke vereenigingen volgens de Pruisische wet. (2)

In Saksen werd het zelfs niet geduld, dat het bestuur van eene vakvereeniging voor de werklieden eene geheel zelfstandige turnvereeniging oprichtte, waarbij minderjarigen als leden werden toegelaten. De vakvereeniging werd als eene politieke vereeniging aangemerkt, de turnvereeniging als een onderdeel der vakvereeniging beschouwd en minderjarigen mogen geen lid zijn van eene politieke vereeniging. (3)

In Engeland werden de bestuursleden van een Trade-Union tot schadevergoeding aan twee werklieden veroordeeld, omdat zij bij den patroon hadden weten te bewerken, dat deze de twee ontsloeg, niettegenstaande de patroon daarbij den vereischten opzeggingstermijn had inacht genomen. (4) Een rechter verbood bij wijze van injonction (rechterlijk verbod, door straf te handhaven) den leden van eene

(1) J. SCHMÖLE, Die Sozialdemokratischen Gewerkschaften in Deutschland, Jena 1896, I, blz. 155.

(2) F. TÖNNIES, Vereins- und Versammlungsrecht wider die Koalitionsfreiheit. Jena 1902, blz. 17.

(3) F. TÖNNIES t. a. p., blz. 33 en vlg. In de werken van J. SCHMÖLE en F. TÖNNIES kan men nog tal van dergelijke staaltjes vinden.

(4) FLOOD v. ALLEN 1893. WEBB t. a. p. blz. 859.

Trade-Union om te surveilleeren bij de landingsplaats van een boot, die onderkruipers aanvoerde, hoewel deze landingsplaats op 20 mijl afstand van de plaats der staking was gelegen. (1)

In Amerika werd zelfs bij injonction de uitbetaling van geld door eene vakvereeniging aan stakers verboden (2) MITCHELL, die overigens zeer gematigd is, begint zijn hoofdstuk over de „Injonction bij arbeidsconflicten” aldus:

„Geen wapen is tegen de vakvereenigingen met zulk eene onheilvolle werking benut als de rechterlijke injonction. Daarmede zijn zij door zware straffen belet hare rechten uit te oefenen en gedwongen geworden datgene te doen, wat zij een recht hadden te weigeren. Het valt moeilijk, op rustigen toon van de giftige gemeenheid te spreken, die in zulke aanvallen opgesloten ligt en de arbeidende klassen kunnen, gelijk ieder rechtgeaard mensch, in hen niets anders dan eene gerechtelijke misdaad zien.” (3)

Dit alles zijn dingen, die in ons land totaal onbekend zijn. Het is noodzakelijk, daar eenigszins den nadruk op te leggen, omdat door EYSSELL beslist eene te groote waarde aan het gemis van rechtspersoonlijkheid der buitenlandsche vakvereenigingen wordt gehecht. (4) In ons land, waar de

(1) Charnock v. Court 1899. Zie P. MANTOUX en M. ALFASSA, *La crise du Trade-Unionisme*. Paris 1903, blz. 29.

(2) MITCHELL t. a. p. blz. 161.

(3) MITCHELL t. a. p. blz. 156.

(4) EYSSELL t. a. p. blz. 136. Daarenboven zijn niet alle door EYSSELL medegedeelde feiten geheel juist. Zoo vertelt EYSSELL ons van Engeland op gezag van twee Fransche schrijvers, MOISSENET en GUYOT, dat in dat land rechtspersoonlijkheid het onmisbare vereischte is voor het tot stand komen van een in rechte gefundeerd C. A., dat slechts weinige vakvereenigingen aldaar rechtspersoonlijkheid bezitten en dat, toen de groote Labour Commission van voor eenige jaren den voorslag behandelde om die persoonlijkheid algemeen te verleenen aan de vereenigingen, de Trade-Unions

vrijheid van vereeniging en vergadering noch door de overheid, noch door den rechter wordt aangetast, waar de rechter zich niet met het streven en doen der vakvereeniging inlaat

---

adviseerden tot en verkregen de verwerping van dat denkbeeld. Verder wordt in eene noot nog verteld, dat deze oppositie, behalve uit het gemis aan behoefte naar wettelijke bescherming, voorkomt uit vrees voor executie op de Bondskas. „Men herinnere zich de verbolgenheid over de uitspraak in het Taff-Vale proces, waarbij het Hoogerhuis die aansprakelijkheid aannam”, voegt EYSELL daaraan toe (blz. 137 en 138).

Wat van deze voorstelling van zaken juist is, kan uit het navolgende blijken: De Engelsche Trade-Unions kunnen door registratie van hare statuten slechts in hoogst beperkte mate rechtspersoonlijkheid verkrijgen; *tot het afsluiten van bindende C. A. geeft registratie nooit de bevoegdheid*. Art. 4 van de Trade Union Act verbiedt dit; vergelijk de Observations appended to the rapport of the Royal Commission of Labour 1894 sect. 6, blz. 116: „The objects of this act appears to have been ..... (2) to prevent the entering of Trade Unions into any legally enforceable contracts as bodies with each other or with outside individuals, except with regard to the management of their own funds and real estate.” Zie verder WEBB t. a. p. blz. 531. Ook MOISSENET t. a. p. blz. 88: „Mais aucune d'elles (= Trade Unions) ne peut être objet ou sujet de droits à la suite et comme consequence du marchandage collectif.”

In de bekende Taff-Vale zaak is dan ook de Trade-Union aansprakelijk gesteld niet voor de niet-nakoming van een C. A., maar voor eene overtreding van The Conspiracy Act, voor eene onrechtmatige daad derhalve.

Dat verder bij de Labour Commission het voorstel behandeld is om alle vakvereenigingen rechtspersoonlijkheid te verleen en dat dit verworpen is door toedoen van de vakvereenigingen, is ook onjuist. Men vindt betreffende de rechtspersoonlijkheid der vakvereenigingen slechts een aan het algemeen rapport der commissie toegevoegd minderheidsrapport van de democratische commissieleden en een door de commissie niet aanvaard voorstel der conservatieve leden. Maar zoo verre was zelfs dezen laatsten het idee van eene algemeene aansprakelijkheid der Trade-Unions, dat het in hun voorstel heet: „We are anxious to make it clear that we propose nothing of a compulsory character, but that we merely desire that existing or future Trade Associations should have the liberty, *if they desire it*, of acquiring a larger legal personality



of er zou een strafbaar feit moeten geschieden, daar blijken de meeste vakverenigingen wel degelijk prijs op het bezitten van rechtspersoonlijkheid te stellen.

Met uitzondering van de anarchistische hebben de meeste vakverenigingen van eenige beteekenis in ons land

---

and corporate character than that which they can at present possess. It must be added that even if Trade Associations were thus clothed with a legal personality, it would be open to them by express stipulation to provide that any special agreement between them should not be enforceable at law."

Wel verklaarde de democratische minderheid zich in haar rapport tegen iedere wijziging van de Trade-Union Act, maar dit was voor een groot deel eene reactie tegen het door sommige getuigen in overweging gegeven idee om de Trade-Unions voor iedere contractbreuk van een lid of lokaal bestuurslid aansprakelijk te stellen. Het betoog vangt dan ook aldus aan: „One proposal made to the Commission by several witnesses appears to us open to the gravest objections." Bovendien wordt deze meening van 1894 nu volstrekt niet meer algemeen door Trade-Unionisten gedeeld. Men leze slechts de bladzijden 535 en vlg. van *Industrial Democracy*, het bekende werk van de WEBBS, personen, die, naar ik geloof, in de eerste plaats voor citeering in aanmerking komen, indien men toestanden uit het Engelsche vakverenigingsleven wil mededeelen.

Wat ten slotte de verontwaardiging betreft, waartoe de Taff-Vale zaak aanleiding gegeven heeft, hieruit kan volstrekt niet geconcludeerd worden, dat de Engelsche vakverenigingen afkeerig zijn van iedere aansprakelijkheid. De beslissing in deze zaak, of juist de beslissingen in deze zaak, hebben verontwaardiging gewekt: in de eerste plaats omdat, waar eenerzijds de vakvereniging de rechtspersoonlijkheid ontzegd wordt om nakoming van collectieve contracten te vorderen of om de contributie van hare leden te kunnen opeischen, anderzijds deze wel voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden aangenomen werd; in de tweede plaats, omdat hier feitelijk eene groote nationale vakvereniging aansprakelijk werd gesteld voor de daden, door een bestuurslid van eene locale afdeeling verricht tegen den uitdrukkelijken wil van het centrale bestuur. Dat Engelsche vakverenigingen volstrekt niet tegen iedere aansprakelijkheid zijn, kan blijken uit het wetsontwerp door de vertegenwoordigers van de drie groote commissies der Engelsche vakverenigingen (*The Labour Representation Committee, the Committee of the General Federation of Trade Unions and the Parlia-*

rechtspersoonlijkheid. Vele locale lichamen van advies, tot zelfs de sociaal-democratische bestuurdersbond te Amsterdam toe, stellen uitdrukkelijk als vereischte voor toetreding van vakvereeningen, het bezitten van rechtspersoonlijkheid. (1)

mentary Committee) in 1903 naar aanleiding van de Taff-Vale zaak opgesteld, waarvan het derde artikel luidt:

Geen proces kan een Trade-Union of andere bovenvermelde vereeniging aangedaan worden tot vergoeding der schade, die een of meer personen ten gevolge van de handelingen van een of meer leden van de genoemde Trade-Union of vereeniging geleden hebben, tenzij bewezen is, dat het genoemde lid of de genoemde leden met de uitdrukkelijke toestemming en in overeenstemming met de reglementen van de Trade-Union gehandeld hebben.

(1) Waar door EYSELL verschillende mededeelingen zijn gedaan betreffende het bezitten van rechtspersoonlijkheid door buitenlandse vakvereeningen, daar is niet ongewenscht deze mededeelingen aan te vullen met eenige gegevens betreffende ons land.

Van de 98 mij bekende landelijke (nationale) vakvereeningen hadden de navolgende 68 de Koninklijke goedkeuring:

Alg. Apothekersbediendenbond (1890), Ned. Bakkersgezellenbond (1900), Ned. Banketbakkersbediendenvereeniging (1895), Ned. Behangers- Stoffeerders- en Beddenmakersbond (1896), Alg. Ned. Bierbrouwersgezellenbond (1903), Alg. Ned. Boekbindersgezellenbond (1902), Bond van Ned. Boekverkoopersbedienden (1898), Ned. Bond van Confectiebedienden (1902), Ned. Coupeursvereeniging (1898), Alg. Ned. Diamantbewerkersbond (1896), Bond van Ned. Gemeentewerklieden (1902), Ned. Glasblazersbond (1903), Nat. Bond van Handels- en Kantoorbedienden in Nederland (1897), Vereeniging van Handelsbedienden „Mercurius” (1882), Ned. Bond van Handelsreizigers (1875), Ned. Bond van Horlogemakers (1900), Ned. Bond van Hotel-, Restaurant-, Café- en Societeit-geëmployeerden (1898), Alg. Ned. Kleermakersbond (1896), Bond van Mannel. en Vrouwel. arbeiders in de Kleedingindustrie en aanverwante vakken (1903), Katoenbewerkersvereeniging „de Eendracht” (1901), Alg. Ned. Kuipersgezellenbond (1902), Ned. Kokksvereeniging (1891), Kokksvereeniging „la Résidence” (1895), Ned. Litho-fotografische Bond (1904), Bond van Machinisten en Stokers in Nederland (1898), Vakvereeniging van Machinisten „Eendracht maakt Macht” (1897), Alg. Magazijn- en winkelbediendenbond in Nederland (1903), Alg. Meubelma-

Meer waarde dan aan de weinige belangstelling is met het oog op de behoefte aan wettelijke bescherming van het C. A. aan een ander feit, dat men in het buitenland waarneemt, te hechten. Iedere vakvereniging van eenige betekenis streeft er naar in het C. A. bepaald te zien, dat geschillen omtrent de toepassing van het C. A. door een

---

kersbond (1893), Ned. Opperliedenbond (1895), Broederschap van notarisklerken in Nederland (?), Alg. Ned. Politiebond (?), Bond van Procureurs- en Deurwaardersklerken in Nederland (1903), Rijkswerkliedenvereniging „de Rijkswerkman” (1897), Alg. Ned. Rijkswerkliedenbond (?), Vereeniging van Ambtenaren en Beambten in dienst van den Rijkswaterstaat in Nederland (1898), Ned. Bond van Post- en Telegraafbeambten „de Post” (1893), Ned. Post- en Telegraafbond (1895), Alg. Bond van Rijkstelephonisten (1900), Ned. Bond van assistenten der posterijen en telegrafie (?), Vereeniging van Lijnwachters bij de Telegrafie (1904), Scheepmakersvereniging „Eendracht” (1896), Ned. Ver. van Spoor- en Tramwegpersoneel (1890), De Anti Soc-Democratische Bond van Ned. Spoorwegpersoneel „Recht en Plicht” (1895), Bond van Staatsspoorwegpersoneel (1903), Bond van Orde van personeel in dienst der H. IJ. S.-M. (1903), Bond van Spoorwegpersoneel der afdeling Tractie van de Ned. Spoor- en Tramwegen „Ons Aller Belang” (1898), Bond van Goederenklerken S.S. (1904), Alg. Binnenschippersbond (1900), Ned. Binnenschippersbond (1903), Vereeniging van gem. telefonisten (1902), Alg. Ned. Bond van Textielarbeiders „Eendracht” (1897), Alg. Ned. Timmerliedenbond (1894), Alg. Ned. Typografenbond (1867), Alg. Ned. Zeemansbond (1904), Bond van Zuivelfabrieksarbeiders (1904), Prot. Chr. Bond van IJzer- en metaalbewerkers en aanverwante vakken in Nederland (1903), Ned. Ver. van Chr. Kantoor- en handelsbedienden (1895), Ned. Ver. van Chr. Post- en Telegraafbeambten (1904), Chr. Bond van Sigarenmakers en Tabakbewerkers in Nederland (1901, Prot. Chr. Ver. van Spoor- en Trampersoneel in Nederland (1903), Chr. Bond van de gezellen der steen-, pan- en tegelindustrie in Nederland (1903), Ned. Chr. Textielarbeidersbond „Unitas” (1904), Chr. Bond van Timmerlieden (1901), R.-K. Handelsreizigersvereniging (1904), Ned. R.-K. Kalken Steenbewerkersecretariaat (1905), Ned. R.-K. Tabakbewerkerbond (1900), Ned. R.-K. Textielarbeiderssecretariaat (1904), Ned. R.-K. Typografenbond (1902).

Door de 7 navolgende vakverenigingen is of wordt eerstdaags

scheidsgerecht beslist zullen worden, en derhalve onttrokken worden aan de rechterlijke macht.

Wanneer men het zorgvuldig samengestelde werk van FANNY IMLE, Gewerbliche Friedensdokumente, doorleest, dan ziet men, dat bij bijna alle belangrijke C. A. in Duitschland een scheidsgerecht is ingesteld. In het boekdrukkers-, alsmede in het boekbindersbedrijf heeft men zelfs eene arbitrale uitspraak in twee instanties. Naast de locale scheidsgerechten staat als tweede en hoogste instantie „das Tarifamt”. Alleen in Berlijn kenden van de 64 in 1904 aldaar bestaande C. A. er 52 een scheidsgerecht, in 7 gevallen was het onbekend, terwijl van de overige 5 eene opgave ontbreekt. (1)

---

de K. G. aangevraagd: Ned. R.-K. Brood-, Koek- en Banketbakers, Chocolade- en Suikerbewerkersecretariaat, Ned. R.-K. Metaalbewerkersecretariaat, Chr. Bond van Schildersgezellen, Prot. Chr. Bond van Glasblazers, de Ned. Slagersgezellenbond, de Alg. Ned. Dienstbodenbond en de Ned. Koper- en Blikbewerkerbond.

Zoover mij bekend, zijn nog zonder K. G. de navolgende 23 vakverenigingen: Ned. Beeldhouwersbond, Ned. Borstelmakersbond, Ned. Cartonbewerkerbond, Ned. Glazenwasschersbond, Ned. Bond van Landarbeiders, Ned. Machinistenbond, Ned. Mand- en Rietbewerkerbond, Alg. Ned. Metaalbewerkerbond, Ned. Metselaarsbond, Ned. Scheeps- en bootwerkersbond, Ned. Schildersgezellenbond, Ned. Int. Sigarenmakers- en Tabakbewerkerbond, Federatie van Sigarenmakers en Tabakbewerker(sters) in Nederland, Ned. Steenhouwersbond, Ned. Bond van werklieden in het steentransportbedrijf, Landelijke Timmerliedenfederatie, Ned. Houtverwerkersbond, Prot. Chr. Bond van Land-, Tuinbouw- en Veldarbeiders in Nederland, Chr. Bond van Typografen, Chr. Bakkersgezellenbond, Ned. R.-K. Timmerliedensecretariaat „St. Joseph”, Ned. R.-K. Vaksecretariaat Handels-, Kantoor-, Winkel- en Magazijnbedienden, Ned. R.-K. Tuinbouwerssecretariaat.

In deze opgave zijn niet begrepen de niet eigenlijke vakverenigingen als Bestuurdersbonden, organisaties als Patrimonium en de R.-K. Volksbond, internationale vakverenigingen en vereenigingen van onderwijzers, commiezen en hogere ambtenaren.

(1) Zie das Gewerbebericht van Februari 1905.

Wat Engeland betreft, de Webbs beschouwen een C. A. zonder de instelling van een scheidsgerecht als een C. A. van lagere orde en geven verschillende voorbeelden van machtige arbeiders- en patroonsorganisaties, die scheidsrechterlijke commissies hebben ingesteld. (1) Ook in Amerika is bij de C. A. de arbitrage-clausule de algemeene regel. (2)

Hoe ook de wetgeving ten aanzien van het C. A., hoe ook het standpunt der vakvereeningen ten aanzien van wettelijke bescherming moge zijn, steeds zullen de arbeiders aan arbitrage de voorkeur blijven geven boven rechterlijke tusschenkomst. Twee krachtige gronden zijn er immers, die de instelling van eene arbitragecommissie wenschelijk maken.

In de eerste plaats zijn, gelijk de Webbs terecht opmerken, bijna alle geschillen betreffende de interpretatie van een C. A. van hoogst technischen aard, waarbij de rechter toch op de voorlichting van deskundigen zou moeten afgaan. In de katoenindustrie in Engeland heeft dit technische karakter der interpretatiegeschillen er zelfs toe geleid, dat èn de arbeidersorganisaties èn de patroonsvereeningen hun vaste deskundigen salarieeren, wier eenige taak het is, gezamenlijk scheidsrechterlijke uitspraken te geven bij quaesties omtrent de berekening van het stukloon. (3)

In de tweede plaats is eene scheidsrechterlijke uitspraak meer in overeenstemming met het democratische karakter van vakorganisaties dan rechterlijke tusschenkomst. Al hebben de arbeiders geen bepaald wantrouwen tegen de

---

(1) WEBB t. a. p. blz. 185 vlg.

(2) MITCHELL t. a. p. blz. 168. Persoonlijk kan men zich hiervan overtuigen door de C. A., in The Bulletin of the Bureau of Labor en The Labor Bulletin of the Commonwealth of Massachusetts vermeld, na te gaan.

(3) WEBB t. a. p. blz. 195 vlg.

rechterlijke macht, toch zullen zij bij arbeidsconflicten meer vertrouwen stellen in uitspraken, waartoe zij zelf door hun vertegenwoordigers op voet van gelijkheid met de patroons hebben medegewerkt, dan in die van een rechter. Voor de meeste arbeiders is hun organisatie een staat op zich zelf; hoe minder men daarbij vreemde hulp of tusschenkomst noodig heeft, des te beter.

Het is deze voorkeur der arbeiders voor een scheidsgerecht, die G. SULZER, president van het Hof van Cassatie te Zürich, er voornamelijk toe gebracht heeft de noodzakelijkheid van eene wettelijke regeling te ontkennen (1), m. i. echter ten onrechte. Mogen de sterke vakvereeningen geen behoefte hebben aan eene wettelijke bescherming om hare mede-contractanten tot nakoming te dwingen, deze behoefte bestaat wel degelijk bij de zwakkere arbeidersorganisaties. Bij de collectieve contracten van dezen ontbreekt veelal de arbitrage-clausule of houden de patroons zich eenvoudig niet aan het contract of het door het scheidsgerecht besliste. (2) Gelijk de Webbs terecht opmerken, kunnen de arbeiders in slecht georganiseerde bedrijven als het bakkers-, het dokwerkers-, het kleermakersbedrijf enz. soms wel plotseling door eene werkstaking en de hulp van de publieke opinie zich eenige voordeelen verzekeren, maar den dag, nadat de overeenkomst getroffen is, begint reeds het behaalde voordeel weg te zinken. Iedere ondernemer legt de overeenkomst op zijn manier uit, de werklieden onderwerpen zich dikwijls

(1) SULZER t. a. p. blz. 20 vlg. SULZER schijnt echter in 1902 blijkens het door hem met LOTMAR opgestelde ontwerp (*Soziale Praxis* XI 349) van meening veranderd te zijn. Misschien verandert evenzoo een ander lid van een hoog rechtscollege nog van meening.

(2) Wat minstens evenveel bij gebrekkige organisaties van werklieden voorkomt, is, dat de arbeiders en hun organisaties contractbreuk plegen. Ook den patroons zal in deze gevallen eene wettelijke bescherming van het C. A. ten goede komen.

door nood gedwongen en na eenigen tijd is de gansche overeenkomst in het vergeetboek (WEBB blz. 535). Hier is bij gemis aan een doelmatig middel, waarmede zich de organisatie door eigen macht van nakoming kan verzekeren, wettelijke bescherming noodzakelijk.

Niet alleen voor zwakke vereenigingen, ook voor sterkere organisaties bestaat behoefte aan wettelijke bescherming, zij het dan ook eene andere soort bescherming dan de zwakere behoeven, n.l. eene bescherming op publiekrechtelijken grondslag. Al kan eene sterke vakvereeniging door eigen kracht en door middel van een scheidsgerecht in zekere mate het buiten wettelijke bescherming stellen, zij kan dit slechts alleen ten aanzien van die patroons, met wier organisatie of met wie persoonlijk zij gecontracteerd heeft. Echter waar de overgrootte meerderheid van patroons en werklieden onderling eene reglementeering van het arbeidscontract hebben vastgesteld, verlangt de rust van het bedrijf en de mogelijkheid deze reglementeering te kunnen handhaven, dat alle patroons en werklieden uit dat bedrijf daaraan onderworpen zijn en tot hare nakoming gedwongen kunnen worden. Zoo het b.v. niet-aangesloten patroons vrij staat lagere loonen dan de aangesloten patroons te betalen, wordt het voortbestaan van het C. A. steeds ernstig door de concurrentie, die deze patroons den door het C. A. gebondenen kan aandoen, bedreigd. Het is daarmede volkomen gelijk als met de vervroegde winkelsluiting. Gelijk één concurrent soms al zijne medewinkeliers heeft weten te beletten om tegen een onderling afgesproken uur hun winkel 's avonds te sluiten, zoo ook kunnen één of meer buiten het C. A. staande patroons door hun concurrentie het gansche C. A. onhoudbaar maken.

Dat in dergelijke gevallen tusschenkomst van de overheid nuttig en gewenscht is, dat men niet de belangen van eene groote groep van personen aan eene verondersteld onaan-

tastbare vrijheid der individuen mag opofferen, zal bij ons waarschijnlijk weinig principieele bestrijding vinden. Zelfs een conservatief orgaan als het Algemeen Handelsblad, een dergelijk ingrijpen van de overheid — hoewel ten onrechte — in het nieuwe artikel 1637<sup>m</sup> bis lezende, juichte dit systeem van ganscher harte toe. (1) Met de opneming van bepalingen van dwingend recht in het ontwerp-arbeidscontract, met het geven van voorschriften betreffende de arbeidsvoorwaarden voor volwassen arbeiders in het ontwerp arbeidswet, heeft ook onze Regeering zich reeds op gelijk standpunt gesteld, terwijl blijkens de memorie van antwoord op het ontwerp arbeidscontract de minister van justitie geen principieele bezwaren tegen het verbindend verklaren door de overheid van een C. A. voor een gansch bedrijf bleek te hebben.

Wettelijke bescherming van het C. A. op privaatrechtelijken grondslag ten dienste der zwakkere vakorganisaties, wettelijke bescherming van het C. A. op publiekrechtelijken grondslag ten dienste der sterkere vereenigingen, ziedaar wat nuttig en wenschelijk is. Hoe deze bescherming nader dient geregeld te worden en in hoeverre men met de bescherming door de boven ontwikkelde algemeene rechtsbeginselen gegeven, volstaan kan, zal in de volgende hoofdstukken onderzocht worden. Wij hervatten daartoe wederom de puntsgewijze bespreking van het door ons opgestelde program.

#### XIV.

*De voorwaarden van het C. A. dienen een deel van de individueele contracten uit te maken, volgens sommigen alleen, indien de individueele contracten geen afwijkende bedingen bevatten, volgens anderen ook in dat geval, daar afwijkende bedingen door de wet nietig moeten verklaard worden.* art. 1637 n.

(1) Zie Alg. Handelsblad van 19 Maart 1905 (ochtendblad).



Om te beginnen wederom, wat is volgens onze wet in dezen rechtens? Dat wanneer tusschen partijen geen afwijkende bedingen zijn gemaakt, het C. A. moet geacht worden in de individueele contracten van de personen opgenomen te zijn, die het C. A. afgesloten hebben of tot de contracteerende collectiviteit behooren, zal men VAN ZANTEN (1) en HOUWING (2) volmondig moeten toegeven. Terecht wordt dit als eene consequentie van art. 1375 B. W. aangemerkt. Verder kan men echter voor ons recht niet gaan. Om, gelijk LOTMAR doet, het C. A. ten aanzien van de individueele contracten niet alleen eene regelende, maar ook eene dwingende macht toe te schrijven, zoodat afwijkende bedingen eo ipso nietig zijn, daarvoor ontbreekt iedere rechtsgrond. Zelfs indien het C. A. door eene collectiviteit met rechtspersoonlijkheid is afgesloten en men dit C. A. als eene rechtsgeldige overeenkomst zou beschouwen, dan nog mist het C. A. dit dwingende karakter, gelijk EYSSELL zeer scherp heeft doen uitkomen (blz. 116). (3)

Kan men derhalve volgens onze wet bij individueele contracten steeds van het C. A. afwijken, eene andere vraag is, of dit de lege ferenda zoo blijven moet, en daarop is mijn antwoord: beslist neen. Het is een collectief arbeidscontract iedere wettelijke bescherming ontnemen, als een patroon straffeloos door zijn overwicht op de individuen uit te oefenen het door collectief optreden gewonnene kan waardeloos maken. Ik wil gaarne gelooven, dat er weinige patroons zullen zijn, die aldus hun woord zullen breken, maar, gelijk bij ieder ander contract, zoo is het juist met

(1) VAN ZANTEN t. a. p. blz. 475.

(2) HOUWING t. a. p. blz. 75.

(3) Anders, behalve LOTMAR, H. BAIL, *Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer*, Berlin 1904, blz. 73, en ROSNER, t. a. p. blz. 12.

het oog op die weinige woordbrekers, dat wettelijke bescherming wenschelijk is.

Maar zal men opmerken: onze vakverenigingen hebben weinig bezwaar tegen het aannemen van rechtspersoonlijkheid; welnu, door het bezit daarvan worden zij reeds volgens de algemeene rechtsbeginselen betreffende corporaties beschermd tegen iedere afwijking van het C. A., die niet met toestemming van de gansche collectiviteit geschied is. Waarom is het nog noodzakelijk door bijzondere wetsvoorschriften het C. A. te beschermen? (1)

Als antwoord op deze opmerking diene het navolgende. De bescherming van het C. A. door de boven ontwikkelde algemeene rechtsvoorschriften is om twee redenen onvolgende.

In de eerste plaats al mogen de werkliedenorganisaties bereid zijn de noodige stappen te doen om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen, wie waarborgt ons eene gelijke bereidwilligheid aan patroonszijde? Mist de patroonsvereniging rechtspersoonlijkheid, dan zouden de arbeiders alleen die patroons kunnen aanspreken, die het C. A. onderteekend hebben, en wat beteekent zoo een C. A. bij beroepen als kleermakers, koetsiers, barbiers enz., beroepen, in welke de bestuursleden der patroonsvereniging slechts een klein percentage vormen van het totaal aantal leden der patroons-

---

(1) VAN ZANTEN, blz. 498, heeft nog een ander bezwaar tegen het verleenen van rechtsgevolgen aan een C. A. buiten het geval dat de vereniging rechtspersoonlijkheid bezit: er is geen juridischen vorm te vinden, waaronder anders collectiviteiten aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Maar eene bescherming van het C. A. behoeft toch niet alleen te bestaan in het scheppen van rechten en verplichtingen der collectiviteiten: bij patroonsverenigingen b.v. heeft men aan deze aansprakelijkheid zoo goed als niets.

vereeniging? En juist deze bedrijven zijn het, waar wetsbescherming het meest noodig is.

Maar verder, zelfs indien de patroonsvereeniging wel rechtspersoonlijkheid bezit, helpt dan de aansprakelijkheid van deze vereeniging de arbeiders veel, waar eene patroonsvereeniging, in tegenstelling met eene arbeidersvereeniging, nooit een vette kas heeft? Hoogstens zullen de arbeiders het faillissement van de patroonsvereeniging kunnen bewerkstelligen, maar dat deert noch de patroons, noch de vereeniging. Daarenboven, indien de patroons- of werkliedenvereeniging zich van hare verplichtingen wenscht te ontslaan, wat zou eenvoudiger zijn dan de vereeniging te ontbinden en eene geheel nieuwe op te richten? Slechts een jurist, wiens brein door eene onjuiste theorie van de rechtspersonen verward is, zal in dat geval de wenschelijkheid van de aansprakelijkheid der leden van de oude vereeniging ontkennen; de werklieden of patroons zelf denken er gansch anders over; zij zien in het C. A. door eene patroons- of werkliedenvereeniging met hen gesloten, wel degelijk eene verplichting van individueele patroons of werklieden jegens hen en een verstandige wetgever dient zich bij het C. A. op hetzelfde standpunt te stellen: het C. A. ook met dwingende kracht beslissend te doen zijn voor de individueele contracten.

Het tweede argument voor deze stelling is, dat, hoe men ook het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid vergemakkelijkt, er steeds nog een groot aantal C. A. afgesloten zal worden door werkliedenorganisaties zonder rechtspersoonlijkheid en juist in gevallen, waarin het meest behoefte aan wetsbescherming bestaat. Hoe dikwijls komt niet een C. A. tusschen een patroon en zijne werklieden tot stand, zonder dat deze laatsten eene werkliedenvereeniging vormen; de patroon onderhandelt dan met eenige vertegenwoordigers door de werklieden buiten eenig vereenigingsband om geko-

zen (1), of wel de werklieden staken om betere arbeidsvoorwaarden te verkrijgen en de staking eindigt met de inwilgiging door den patroon van de eischen der werklieden. Deze meest rudimentaire wijze van totstandkoming van C. A. is in ons land nog de verreweg meest voorkomende en zal dit nog langen tijd blijven. Iemand, die met de feitelijke verhoudingen in ons land rekening houdt, zal dan ook, zoo men de noodzakelijkheid van wettelijke bescherming erkent, in de eerste plaats er op bedacht zijn, dergelijke C. A. rechtsgevolgen te verleenen. Het is dan ook m. i. volkomen terecht, dat onze Regeering in haar gewijzigd ontwerp arbeidscontract, gelijk LOTMAR en SULZER in het hunne, de dwingende kracht van een afgesloten C. A. voor de daarbij betrokken individuen erkend heeft en deze werking van een C. A. niet aan het vereischte van rechtspersoonlijkheid vastgekoppeld heeft. Bij eene dergelijke wettelijke regeling zal een patroon niet licht van zijne overmacht tegenover den werkmán individueel gebruik maken, om met diens toestemming van het C. A. af te wijken, daar de werkmán nog steeds de bevoegdheid blijft behouden nakoming van het arbeidscontract in overeenstemming met het C. A. te vorderen.

Wenscht men een dergelijken invloed van het C. A. op de individueele contracten in de wet op te nemen, dan kan men echter niet met een voorschrift, gelijk art. 1637*m* bis van het gewijzigde Regeeringsontwerp, dat zonder meer het C. A. dezen invloed toekent, volstaan. (2) Verschillende

---

(1) Men denke ook aan den „kern” der Gist- en Spiritusfabriek te Delft en van sommige fabrieken in Twenthe.

(2) Art. 1637*m* bis: „Elk beding, strijdig met de bepalingen van eene algemeene overeenkomst omtrent arbeidsvoorwaarden, gelijk bedoeld bij art. 1637*k*, welke op den werkgever of den arbeider van toepassing is, is nietig.” Art. 1637*k* spreekt van „eene algemeene

punten zullen noodzakelijkerwijze daarbij nog geregeld dienen te worden, in de eerste plaats de personen, voor wie en den tijd, gedurende welken het C. A. geldt.

Wat de personen betreft, voor wie het C. A. geldt, zoo is reeds hierboven op de noodzakelijkheid gewezen, het C. A. voor de leden der vereeniging, die het C. A. afgesloten heeft, niet alleen verbindend te verklaren *gedurende hun lidmaatschap, maar ook daarna*. Degene, die eenmaal tot het C. A. toegetreden is, dient gedurende den ganschen tijd, waarvoor het C. A. aangegaan is, zich daaraan te onderwerpen; anders kan men door een algemeen bedanken voor het lidmaatschap het gansche C. A. waardeloos maken. Deze bepaling roept echter eene hardheid in 't leven voor die leden eener vereeniging, die tegen het aangaan van een C. A. gestemd hebben of die bij het nemen van het besluit afwezig waren. Ieder lid van eene vereeniging moet de bevoegdheid hebben om, wanneer de

---

overeenkomst omtrent arbeidsvoorwaarden, gesloten door een of meer werkgevers, of eene vereeniging van werkgevers, met eene vereeniging van arbeiders in het bedrijf, waarin de arbeider werkzaam is."

EYSSELL (Tijdspegel) merkt naar aanleiding van art. 1637m bis op, dat eene zoodanige overeenkomst bijna nooit op een werkgever of een arbeider toepasselijk is; dit zou alleen dan het geval zijn wanneer de werkgever of arbeider als bestuurslid van eene vereeniging zonder rechtspersoonlijkheid het C. A. afgesloten heeft. Ik betwijfel, of deze opmerking van EYSSELL juist is; EYSSELL verwaarloost hier geheel de interne werking van vereenigingsbesluiten, welke zelfs bij niet-goedgekeurde vereenigingen intreedt (art. 13 van de wet van 1855). In ieder geval, zoo de opmerking van EYSSELL juist is, zoo is dit slechts eene fout in de *formuleering* van het artikel. Wat den inhoud betreft, zoo gaat art. 1637m bis eenerzijds te ver, anderzijds niet ver genoeg. Te ver gaat het door eene overeenkomst reeds nietig te verklaren, indien het C. A. op één van beide partijen toepasselijk is. Niet ver genoeg gaat het door alleen een C. A. te erkennen, wanneer aan arbeiderszijde eene vereeniging optreedt.

vereeniging een koers in slaat, die hem niet bevalt, door voor het lidmaatschap te bedanken, zich aan dien koers te onttrekken. De juiste oplossing in dezen is de door het ontwerp van LOTMAR en SULZER aangegevene, die ook in de schets van het voorloopig verslag te vinden is: de leden der vereeniging, die tegen het C. A. gestemd hebben of aan de stemming geen deel genomen hebben, behouden de bevoegdheid binnen een termijn na de bekendmaking van het C. A., door opzegging van hun lidmaatschap zich aan het C. A. te onttrekken. (1)

Ook nog in een ander opzicht dient de opgave van de personen, voor wie het C. A. geldt, aangevuld te worden. Ook zij, die bij de totstandkoming van het C. A. daaraan niet onderworpen zijn, maar later tot het C. A. wenschen toe te treden, moet de wet de mogelijkheid openen door

---

(1) Tegen deze regeling zijn door EYSSELL (blz. 120 en vlg.) verschillende bezwaren ontwikkeld, alle daaraan ontleend, dat deze regeling in directen strijd zou zijn met verschillende artikelen van het B. W. Een collectief contract met eene werking als in de tekst omschreven, is niet anders dan eene lastgeving ten aanzien van de voorstemmers en eene zaakwaarneming ten aanzien van de tegenstemmers en de wegblijvers, die zich niet aan het C. A. onttrekken. Men heeft dus slechts een bundel individueele overeenkomsten, niet één collectief contract. Wat nu door overeenkomst is tot stand gekomen, kan steeds door een contrarius consensus van de verbonden partijen te niet gedaan worden. Van het C. A. afwijkende bedingen zouden dus steeds geoorloofd zijn — aldus EYSSELL — behalve, wensch ik op te merken, wanneer men de noodzakelijkheid inziet, dit in de wet te verbieden. Dat ook dit niet iets absoluut nieuws voor ons recht, in strijd met al onze overgeleverde rechtsbeginselen, is, hiervoor zie ik mij weer genoodzaakt naar mijn volgend opstel te verwijzen, waarin ik hoop aan te toonen, dat ieder handelen van eene vereeniging met rechtspersoonlijkheid niet anders is dan eene vertegenwoordiging van afzonderlijke individuen met deze zelfde eigenaardigheid, dat wat collectief is tot stand gebracht, niet door individueel handelen kan gewijzigd of vernietigd worden.

eene eenzijdige wilsverklaring daartoe te kunnen komen, indien het C. A. als algemeen voor een bedrijf bedoeld is.

Wat verder den tijd betreft, waarvoor C. A. kunnen aangegaan worden, zoo kan men daarin partijen niet geheel vrij laten, gelijk ook door LOTMAR en SULZER in hun ontwerp erkend is. De eene partij mag niet van eene oogenblikkelijke verlegenheid of zwakte van de andere gebruik kunnen maken om voor een te lang tijdbestek gunstige voorwaarden te bedingen. De invloeden, waaraan arbeidersloonen enz. onderhevig zijn, ondergaan ook te dikwijls en te ingrijpende veranderingen, dan dat het economisch gewenscht zou zijn, C. A. voor lange perioden af te sluiten.

Behalve een maximum tijd, waarvoor C. A. aangegaan kunnen worden (in het Sulzer-Lotmarsche ontwerp op 5 jaren gesteld) dient men ook in het geval te voorzien, dat het C. A. zwijgt omtrent den duur, waarvoor het geldt. De beste wettelijke regeling schijnt mij hier te zijn, het C. A. zonder tijdsbepaling aangegaan, voor onbepaalden tijd verbindend te verklaren, terwijl ieder der partijen ten allen tijde bevoegd is het C. A. met inachtneming van een opzeggingstermijn van 6 weken te doen eindigen.

Tot de verdere voorschriften, die voor eene goede regeling van het C. A. ten aanzien van zijne werking op de individuen nog wenschelijk zijn, behooren de twee navolgende:

In de eerste plaats den patroon-lid niet alleen jegens den werkman-lid, den werkman-lid jegens den patroon-lid gebonden te doen zijn tot nakoming van het C. A., maar ook jegens die werklieden- of patroonsvereniging, die het C. A. afgesloten heeft en rechtspersoonlijkheid bezit. (Zie het Sulzer-Lotmarsche ontwerp art. I.).

In de tweede plaats den termijn, binnen welken de afzonderlijke individuen zich aan het C. A. kunnen onttrekken, niet te doen aanvangen, voordat het op bepaalde wijze door de meest gereede partij, gepubliceerd is, b.v. deponering

bij eene Kamer van Arbeid, indien voor dat bedrijf bestaande, en publiceering in eenige locale bladen. (1)

## XV.

Wij hebben onze beschouwingen omtrent eene wettelijke bescherming van het C. A. op privaatrechtelijken grondslag voltooid en gaan thans over tot de bespreking der publiekrechtelijke bescherming.

Het eerste hier te bespreken desideratum luidt aldus:

*De voorwaarden van het C. A. dienen niet alleen een deel uit te maken van de contracten der personen, die tot de contracteerende collectiviteiten behooren, maar van alle personen, die gelijk bedrijf uitoefenen en wel:*

- a. *volgens sommigen, indien de individueele contracten geen afwijkende bedingen bevatten;*
- b. *volgens anderen, in alle gevallen, daar afwijkende bedingen door de wet nietig dienen verklaard te worden. (2)*

(1) Het verplichtend stellen van een schriftelijken vorm, schijnt mij niet noodzakelijk toe. De wijze, waarop in de praktijk C. A. tot stand komen, maakt het bijna onmogelijk, dat er quaesties kunnen komen omtrent wat eigenlijk overeergekomen is. Heeft men den meest primitieven vorm van een C. A., de inwilliging na eene staking door een patroon van de eischen der werklieden of het na eene staking genoegen nemen met schikkingsvoorstellen van den patroon door de arbeiders, dan zijn de eischen of het voorstel in den regel behoorlijk ter kennis van den patroon of de werklieden gebracht, zoodat daaromtrent later bezwaarlijk strijd kan ontstaan. Bij C. A. van meerdere vastheid en bij goed georganiseerde patroons- en werkliedenverenigingen is de schriftelijke vorm reeds nu gebruikelijk of bevestigen beide partijen schriftelijk het door hen mondeling overeengekomene. M. i. kan men dan ook ongetwijfeld met art. 1933 voor het bewijs van C. A. volstaan.

(2) Eene dergelijke werking voor ons positief recht aan te nemen, lijkt mij zoo geheel onjuist, dat ik deze meening geloof buiten beschouwing te kunnen laten. Zij is trouwens reeds afdoende weerlegd. Zie VAN ZANTEN, blz. 475, EYSELL, blz. 108.



Eene wettelijke regeling als sub *a* bestaat in Genève, eene wettelijke regeling als sub *b* in N.-Zeeland, N.-S.-Wales en West-Australië. In al deze landen is het onderwerp geregeld in wetten, die zich op veel ruimer gebied bewegen dan het C. A. De totstandkoming van C. A. en hun werking worden steeds vereenigd met de quaestie van de tusschenkomst der overheid bij arbeidersgeschillen behandeld. Deze tusschenkomst van overheidswege bij arbeidsgeschillen — hetzij zonder bindende kracht (*conciliation*), hetzij met bindende kracht (*arbitration*) — is een onderwerp, dat eene studie op zich zelf vereischt en niet in een paar bladzijden kan besproken worden. Wij zullen het dan ook, aangezien het slechts zijdelings met het C. A. in verband staat, buiten beschouwing laten en de genoemde wetten slechts bespreken voor zoover zij op het C. A. betrekking hebben.

De wet van Genève (26 Maart 1904) is, wat het C. A. betreft, eene wet, die, zonder bepaald eenig kwaad te kunnen stichten, nimmer ook eenig goed zal doen. Het is eene dier onschadelijke, tamme wetten, waaraan onze tegenwoordige tijd hoe langer hoe rijker wordt, nu men meer en meer de behoefte aan sociale wetten gaat gevoelen, daarbij echter bang is, te diep in eigen vleesch te snijden. De bedoelde wet dan voert een zeer omslachtig apparaat in, met behulp waarvan de werklieden in overleg met de werkgevers in den een of anderen tak van bedrijf zich in het bezit kunnen stellen van eene reglementeering met *regelend karakter*. (1)

Het bestaan van eene reglementeering met regelend

---

(1) De beschrijving van deze wet vindt men bij VAN ZANTEN, blz. 485. Wel gold toen ter tijd nog niet de wet van 1904, maar een van 1900, echter wat de totstandkoming van de reglementeering betreft, verschillen beide wetten slechts op ondergeschikte punten.

karakter is zeker niet van belang ontbloot: het bevordert de rechtszekerheid. Echter het zal nog langen tijd duren eer werkgevers of werklieden zich voor iets dergelijks als de rechtszekerheid warm zullen maken. Een direct voordeel kan het hun bezwaarlijk opleveren. Is er b.v. in eene zoodanige reglementeering eene bepaling, die de patroon ook maar in geringe mate voor zijne belangen schadelijk acht, welnu, dan zal hij er misschien eene eerste maal door onbekendheid met de reglementeering inloopen, maar eene tweede maal zal hij er wel voor zorgen, zoo hij het al niet schriftelijk bedingt, tegen den werkman te zeggen: „je begrijpt wel, van dit of dat komt bij mij niets in.”

Wil een werkman zich blijvend van een voordeel tegenover een werkgever verzekeren, hij kan dit slechts doen door individueele of collectieve kracht, eene reglementeering met regelend karakter helpt hem daarbij niets. (1)

Het idée, dat men deze reglementeeringen aan de stroeve handen van den wetgever onttrekken moet en de betrokken personen zelf in handen geven, welke meer rekening kunnen houden met détails van bedrijf of plaats en die gemakkelijker de noodige verbeteringen in de eens bestaande reglementeering kunnen aanbrengen, is volkomen juist. Het ware wenschelijk, dat dit idée niet alleen bij het arbeidscontract, maar ook bij de overige verkeerscontracten verwezenlijkt werd. Echter met enkele uitzonderingen, als b.v. bij de vereeniging voor den Effectenhandel te

---

(1) De kracht van de sleur, die anders eene reglementeering met regelend karakter nog wel eens bezit, ontbreekt bij het arbeidscontract zoo goed als geheel. Terecht is dit door de Regeering bij het ontwerp-arbeidscontract ingezien. Bijna ieder voorschrift van eenige beteekenis voor den werkman of werkgever is daar dwingend recht.

Amsterdam, ontbreekt ieder initiatief daartoe bij de betrokken personen zelf. Is dan ook een Staat van de nuttigheid en de noodzakelijkheid van dergelijke reglementeeringen voor sommige contracten overtuigd, dan dient het initiatief tot het in het leven roepen van eene commissie, om zoodanig regelend recht te ontwerpen, van den Staat zelve uit te gaan. Een eersten stap in deze richting doet de wet van Genève reeds, door in „dringende gevallen” den regeeringsraad de bevoegdheid te geven het initiatief te nemen tot het in het leven roepen der algemeene arbeidsvoorwaarden, echter dit is nog geheel onvoldoende.

Van meer gewicht dan de regeling in Genève zijn de Australische wetten voor werkgevers en werklieden. Uit art. 87 van de industrial conciliation and arbitration act van Nieuw-Zeeland (1900) volgt de bevoegdheid van het Hof van Arbitrage om een C. A. ook voor personen verbindend te verklaren, die privaatrechtelijk niets met het C. A. te maken hebben; eene dergelijke aanwijzing van personen moet in N.-Zeeland steeds nominatim zijn, kan niet in eens voor het geheele bedrijf plaats hebben. Anders is dat in N. S.-Wales (art. 37 1<sup>o</sup>. van the industrial arbitration act van 1901) en W.-Australië (art. 84 van the industrial conciliation and arbitration act 1902). Hier hebben de vereenigingen van patroons en werklieden — in N. S.-Wales ook een staatsambtenaar, de registrar —, de bevoegdheid eene beslissing van het Hof van Arbitrage uit te lokken, waardoor een C. A. voor een gansch bedrijf in den ganschen staat of binnen zekeren lokalen kring verbindend wordt. Het Hof kan bij zijne beslissing of daarna bepaalde uitzonderingen toestaan en kan ten allen tijde het C. A. wijzigen of herroepen. In alle drie de staten wordt het handelen in strijd met de beslissing van het Hof door straffen gehandhaafd. Vooral in N. S.-Wales is eene

dergelijke uitbreiding van het C. A. door het Hof van Arbitrage reeds vaste practijk. (1)

Gelijke regeling als in N. S.-Wales lijkt mij om de reeds hierboven uiteengezette redenen ook voor ons land wenschelijk, echter met de wijzigingen die door het scheiden van de regeling van het C. A. van de regeling der minnelijke schikking en arbitrage noodzakelijk worden. De

(1) Om deze practijk met eenige voorbeelden toe te lichten, volgen hier eenige beslissingen van het Hof van Arbitrage in N. S.-Wales:

*28 Juni 1904*: Wanneer tusschen een patroon en eene werklieven-vereening een C. A. is afgesloten met de clause dat het contract niet in werking zal treden, vóórdát zijn inhoud door het Hof tot algemeenen regel is verklaard, is ieder der partijen bevoegd zich met zoodanig verzoek tot het Hof te wenden. Het Hof moet echter in dit geval nog ernstiger dan in andere gevallen zich overtuigen van de billijkheid der voorwaarden en den invloed van het C. A. op het bedrijf der ondernemers, vóórdát het het contract in eenen algemeenen regel mag omzetten.

*9 Mei 1904*: Een verzoek door beide partijen bij een C. A. gezamenlijk gedaan, om het C. A. tot algemeenen regel te verklaren, werd geweigerd, daar de verzoekende ondernemers ten gevolge van de hooge bij het C. A. toegestane loonen met verlies of geringe winst werkten en van eene verhooging der arbeidsvoorwaarden bij de overige ondernemers ook verlies voor dezen en hoogstwaarschijnlijk eene aanzienlijke vermindering van arbeidskrachten te verwachten zou zijn.

*9 Mei 1904*: Een verzoek van eenige werkgevers om buiten een C. A. te mogen blijven, werd afgewezen, omdat de overgrootte meerderheid der werkgevers geneigd was het C. A. als algemeenen regel te aanvaarden.

*27 Februari 1903*: Niet-ontvankelijk werd verklaard een verzoek van eenige werkgevers om buiten het C. A. geplaatst te worden, voor zoover deze werkgevers lid waren van de vereening, die het C. A. afgesloten had. Wat de werkgevers betrof, die niet lid waren, zoo werd hun verzoek ontvankelijk verklaard. Echter tot fundeering van een zoodanig verzoek is het niet voldoende, dat men

uitbreiding van het C. A. tot een gansch bedrijf — al of niet binnen een zekeren lokalen kring — moet bij ons niet geschieden door eene uitspraak van een Hof van Arbitrage, maar bij algemeenen maatregel van bestuur, na advies van de desbetreffende Kamer van Arbeid, of, waar die ontbreekt, van eene daartoe te benoemen commissie, gelijkelijk uit werkgevers en werklieden samengesteld, met een onpartijdigen voorzitter. De wet dient verder algemeene regelen te stellen, ten eerste betreffende de vereischten, waaraan eene vereeniging moet voldoen, wil zij de bevoegdheid hebben eene dergelijke uitbreiding van het C. A. aan te vragen, ten tweede betreffende de wijze, waarop het advies van de Kamer van Arbeid of de commissie moet ingewonnen worden en hoe deze laatste dient gekozen te worden, ten derde de uitzonderingen, die tegelijk met of na het uitvaardigen van het K. B. kunnen gemaakt worden, ten vierde den tijd, gedurende welchen de maatregel van kracht zal zijn, ten vijfde in welke gevallen eene tusschentijdsche intrekking geoorloofd is en ten zesde voorschriften betreffende de handhaving van den algemeenen maatregel van bestuur. Deze handhaving geeft nog tot verschillende beschouwingen aanleiding. Het is daarom gewenscht haar in een afzonderlijk hoofdstuk te bespreken.

---

aantoont door het C. A. eenig nadeel ondervonden te hebben. In zoodanig geval moet rekening gehouden worden met het aantal niet aangesloten patroons, met de omstandigheden, die het Hof er toe gebracht hebben het C. A. tot algemeenen regel te verklaren, en met de bijzonderheden van het bedrijf der verzoekers, dit alles met vooropstelling van den regel, dat geringe individueele nadeelen moeten achterstaan bij het algemeene voordeel van eene klasse. Waar nu door de verkorting van den arbeidsdag volgens het C. A. de bruto ontvangsten van de verzoekers slechts met 3 % verminderd waren, bestond er geen grond om voor hen eene uitzondering te maken.

## XVI.

*De nakoming van een C. A. met een publiekrechtelijk karakter dient ook publiekrechtelijk gehandhaafd te worden. (1)*

Ook dit desideratum, ontleend aan de Australische wetten, onderschrijf ik volkomen. Eene dwingende reglementeering met publiekrechtelijk karakter kan alleen op publiekrechtelijken grondslag afdoende gehandhaafd worden. Men zal hier-met de bedreiging van eene boete kunnen volstaan, slechts zou bij herhaling den rechter de keus tusschen boete en hechtenis kunnen gelaten worden.

Eene bijzondere moeilijkheid levert hier nog de aansprakelijkheid der patroons- en werkliedenverenigingen op, vooral waar in ons recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen bekend is. Ook hier geloof ik, dat men in Australië den juisten weg gekozen heeft. De wetten van N.-Zeeland en W.-Australië stellen op het overtreden door verenigingen van beslissingen van het Hof van Arbitrage geldboete van ten hoogste £ 500.—; voor het geval dat de kas der vereeniging ontoereikend is om de boete te betalen, zijn de leden voor het ontoereikende aansprakelijk, echter ieder lid voor hoogstens £ 10.—.

Zou men ditzelfde principe in ons recht willen verwezenlijken, dan zou men in de reeds in het vorige hoofdstuk vermelde wet, ook nog dienen aan te geven de gevallen, waarin eene vereeniging met haar vermogen voor eene overtreding wordt aansprakelijk gesteld, en verder de bepaling,

---

(1) ROSNER t. a. p. blz. 15 geeft de handhaving van ieder C. A. door de strafwet in overweging. Dit gaat m. i. te ver. Wanneer een C. A. slechts een klein deel van de in een bedrijf werkzame ondernemers en werklieden omvat, heeft men niet met een zoodanig belang te doen, dat eene bescherming door de strafwet noodzakelijk is.

dat, indien het vermogen der vereeniging ontoereikend is om de boete te betalen of de vereeniging geen rechtspersoonlijkheid bezit, degenen der leden, die tot het plegen van de overtreding hebben medegewerkt, tot een bepaald bedrag aansprakelijk zullen zijn. Overweging verdient ook op recidive eener vereeniging alternatief hare ontbinding te stellen.

Ten slotte nog een enkel woord over dengene, wie de strafvordering zal kunnen instellen en te wiens bate de boete zal strekken. In Australië heeft men de civielrechtelijke procedure van de beleedigde partij geheel doen samensmelten met de strafprocedure. Het proces kan aanhangig gemaakt worden door een staatsambtenaar („the registrar”) door den benadeelde of door eene vakvereeniging van werkgevers of werklieden. De rechter is in zijn vonnis geheel vrij in het aanwijzen van aan wie de boete betaald moet worden.

Ook wat ons recht betreft, valt er zeer veel voor te zeggen, het vervolgingsrecht niet alleen aan het O. M., maar ook aan vereenigingen van patroons en werklieden, die aan bepaalde vereischen voldoen, te geven. De vakvereenigingen moeten de bevoegdheid hebben om, wanneer zij in strijd met den inspecteur van den arbeid en het O. M. meenen, dat eene overtreding heeft plaats gehad, eene beslissing van den strafrechter te kunnen uitlokken; haar belang is daarbij te na betrokken. Trouwens dat de inspecteurs van den arbeid van particulieren eenige kulp bij het verrichten van hun omvangrijke taak krijgen, is zeer wenschelijk, en wie zijn daartoe meer aangewezen dan de vakvereenigingen?

Een totale samensmelting van de civiele actie met de strafrechtelijke lijkt mij niet wenschelijk, mits men de voegingsprocedure in het strafproces maar op ruimere basis vestigt, gelijk dit verleden jaar in de vergadering der Nederlandsche Juristenvereeniging betoogd en aangenomen

is. Zoo het strafproces door eene vereeniging aanhangig gemaakt wordt, dan dient deze evenzoo de bevoegdheid te hebben, naast de boete ook schadevergoeding te kunnen vorderen. Om ongemotiveerde strafprocedures te voorkomen, moet natuurlijk de vereeniging, wier eisch ontzegd wordt, in de kosten veroordeeld kunnen worden.

## XVII.

Wij zijn hiermede aan het einde van onze beschouwingen betreffende het C. A. gekomen. Wij kunnen onze resultaten in het kort samenvatten als volgt: De veranderingen, die eene doelmatige wettelijke regeling van het C. A. in ons recht eischt, zijn drieledig:

In de eerste plaats eene herziening van ons bestaand recht betreffende de rechtspersonen:

In de tweede plaats een reeks bepalingen in de wet op het arbeidscontract betreffende den invloed van een C. A. op de individueele contracten der daarbij betrokken personen op gelijke wijze als art. 1637*m* bis van het aanhangige ontwerp reeds geeft, alleen meer uitgebreid en gepreciseerd.

In de derde plaats eene afzonderlijke wet, regelende de wijze, waarop men een bestaand C. A. algemeen verbindend voor een bepaald bedrijf in geheel Nederland of in een of meer gemeenten kan maken.

Amsterdam, April 1905.

E. M. MELJERS.



Mr. R. VAN DER MEY. *Een studie over de grondslagen der zoogenaamde „nieuwe richting” in de strafrechtswetenschap.* — Leiden, 1904 (89 blz.).

De fout van dit geschrift is wel voornamelijk hierin gelegen, dat de schrijver in een geheel van 79 bladzijden (en een naschrift) heeft willen geven eene „studie” over de grondslagen der zg. nieuwe richting in de strafrechtswetenschap. De drie hoofdpunten, waarin de nieuwe richting verschilt van de oude, worden bij den aanvang van het geschrift op den voorgrond gesteld: de ontkenning van zedelijke vrijheid en van schuld; de straf slechts een maatregel tot beveiliging en handhaving van de rechtsorde; de bijzondere aandacht, gewijd aan den *misdadiger*, en in het bijzonder de ontdekking van den „geboren misdadiger”. Het kon wel niet anders, of de behandeling van deze punten in een betrekkelijk klein bestek — eene behandeling, leidende tot de slotsom, dat wat er deugt in de „nieuwe richting” niet nieuw is, en dat wat er nieuw in is niet deugt — moest ’t den schrijver onmogelijk maken diep genoeg door te dringen in de onderdeelen van het omvangrijk door hem gekozen onderwerp. Daardoor maakt het werkje — ook door den eigenaardigen toon waarin het geschreven is — meer den indruk van een populair vlugschrift dan van een wetenschappelijk arbeid.

Het sterkst komt dit karakter uit bij de bespreking van het *laatste* der drie bovengenoemde punten, zijnde wat de schrijver familiaarweg noemt de „boevenstudies der crimineel-anthropologen” (blz. 72—79). In dit gedeelte behandelt hij de uitkomsten van de ontdekkingen der crimineel-anthropologen

(als van hoegenaamd geen belang voor de strafrechtswetenschap gequalificeerd), en noemt hij de grondfout der crimineele anthropologie deze, dat zij den misdadiger te veel als een apart soort mensch beschouwt, eene fout welke zich het duidelijkst openbaart in hare ontdekking van den „criminelne”. Als proeve van min of meer populaire, niet onverdienstelijke dillettantistische bespreking moge dit gedeelte eenige waarde hebben, — als deel van eene „studie” over de grondslagen der nieuwe richting kan het als waardeloos worden beschouwd.

Van beter gehalte is ongetwijfeld de behandeling van het eerste der drie bovengenoemde punten, de grondstelling der „positieve school”: de loochening van de menschelijke vrijheid en van de zedelijke schuld (blz. 2—24). Hier is althans een pogen om in korte en duidelijke formuleering de bedoelde grondstelling weer te geven en aan deugdelijke critiek te onderwerpen.

Centrum van schrijver's beschouwing is de deterministische uitspraak, dat de mensch wel tusschen velerlei kiezen kan, maar in die keuze onvrij is, dat er dus wel is handlingsvrijheid, maar tevens eene onweerstaanbare inwendige macht, waardoor het individu bij zijne gedragingen wordt bestuurd, eene uitspraak, waartegenover schrijver zijne meening verdedigt, dat bedoelde slavernij slechts als pathologisch verschijnsel, maar niet als regel moet worden beschouwd. „'t Feit — zoo schrijft hij op blz. 15 — dat een onzedelijke begeerte op een gegeven oogenblik den mensch meesleepte, bewijst *wel* dat die begeerte toen geen voldoende tegenstand vond, doch *geenszins* dat die begeerte toen geen voldoende tegenstand *kon* vinden en 't individu dus *ook* door haar zou zijn meegesleept, wanneer het alle hem ter beschikking staande bestrijdingsmiddelen had aangewend”. In de behandeling van dit gedeelte, ingeleid door aanhalingen uit nieuwere deterministische schrijvers, (FERRI, GAROFALO,

VAN HOUTEN, WIJNAENDTS FRANCKEN, JELGERSMA, ALETRINO, VON LISZT) en besloten met de uitspraak dat „de positieve crimineele-anthropologische wetenschap 't met de volstreckte ontkenning der zedelijke vrijheid en schuld, met de stelling dat iedereen door overgeërfde neigingen en milieu onweerstaanbaar beheerscht wordt, 't *positief* aan 't verkeerde eind heeft”, is schrijver over 't algemeen niet ongelukkig geweest.

Toch kon hij ook hier — door te groote beknoptheid en schetsmatigheid — er niet in slagen om aan het gewichtige en zwaarwichtige onderwerp — mijns inziens een der moeilijkste wetenschappelijke problemen — voldoende recht te doen wedervaren. Zoo trof 't mij, dat schrijver geene aandacht heeft gewijd aan de leer van de „betrekkelijke vrijheid” van ADOLPHE PRINS, toch zeker een van de woordvoerders van de nieuwe richting, volgens welke leer ieder mensch in zich heeft een element van vrijheid en een element van noodzakelijkheid, *eenerzijds* „la possibilité de choisir entre des motifs et de vouloir”, *anderzijds* „l’empreinte que sa famille, sa race, son milieu, son époque donnent à son caractère et qui détermine la direction de son choix.” (1) Dit is immers m. i. de verdienste van de nieuwe richting, dat zij aangetoond heeft dat de leer van de absolute wilsvrijheid haren tijd heeft gehad, en getracht heeft aan te geven de verschillende factoren, zoowel inwendig als uitwendig, welke den wil van den mensch bepalen. Dat daarom

---

(1) „Science pénale et droit positif” 1899, bl. 162. Dat PRINS geen aanhanger is van de leer van de „onweerstaanbare inwendige macht”, waarmede ik mij evenmin als Mr. VAN DER MELJ kan vereenigen, blijkt duidelijk uit de uitspraak op bl.z. 161: „Or, puisqu'à côté de la notion d'un monde sensible où règne la causalité, nous possédons, avec KANT, l'intuition d'un monde intelligible où règne la liberté, nous devons nous rapprocher du monde intelligible et, tout en admettant en fait le lien de causalité, fortifier en nous le sentiment de notre liberté.”

de nieuwe richting als eene volstrekt deterministische zou moeten beschouwd worden, is eene dwaling, waarop ik gelegenheid had reeds vroeger — bij de aankondiging van het proefschrift van Mr. DE ROOS (1) — de aandacht te vestigen en welke ook aan het geschrift van Mr. VAN DER MEIJ niet geheel en al vreemd is.

Wij gaan nu over tot de behandeling van het *middelste* der drie bovengenoemde punten (het karakter van de straf en de vraag van de evenredigheid tusschen de zwaarte der schuld en de strengheid der straf), waarbij wij èn om het overwegend belang van dit punt voor de bestaansreden van de nieuwe richting èn omdat dit in schrijver's geschrift meer dan de andere tot zijn recht is gekomen, iets langer willen stilstaan.

In de nieuwe richting valt 't volgens schrijver te prijzen, dat zij inziet, dat de vergelding van kwaad met kwaad, door het leed dat zij veroorzaakt, zedelijk verwerpelijk is als zij geen grooter kwaad voorkomt. In den schrijver is 't m. i. te prijzen, dat hij op deze waarheid het volle licht laat vallen en aan de bespreking van de vraag, wààrdoor uit bovenstaand oogpunt de straf wordt gerechtvaardigd, eenige lezenswaardige beschouwingen heeft gewijd. Verworpen wordt de leer, dat het leed, den onrechtpleger op zijn beurt aangedaan, is eene „vereffening van een verstoord evenwicht”. Verworpen wordt de leer van het „gevoel”, hetwelk nu eenmaal dringt om onrecht te wreken. Verworpen wordt de leer van de „logische noodzakelijkheid”, de leer volgens welke er eene denknoodzakelijkheid is, dat op onrecht het Recht met *straf* reageert. Gevonden wordt de rechtvaardiging van de straf in hare *onmisbaarheid* in dien zin „dat uit de straffeloosheid grooter nadeelen voortvloeien dan de

---

(1) W. v. h. R. van 7 December 1900 (n<sup>o</sup>. 7515).

vrijheidsbeperking en de leedveroorzaking rechtstreeks of middellijk met zich brengen" (blz. 43), en verdedigd wordt deze leer èn tegen de meening dat zij als „utilistische" theorie reeds op dien grond als veroordeeld moet worden beschouwd, èn tegen de bedenking, dat op den genoemden grond alleen de *strafbedreiging*, maar niet de uitvoering van de bedreiging gerechtvaardigd zou zijn.

Eene beschouwing over de evenredigheid tusschen de strengheid der straf en de grootte der schuld en over de door von LISZT verlangde onschadelijkmaking van „unverbesserliche Zustandsverbrecher" brengt schrijver vervolgens tot de *lijfstraffen*, welke — gematigd toegepast — zijns inziens op vrijheidsberoving en geldboete dit voor hebben, dat zij veel rechtvaardiger werken, en welker wederinvoering bij mishandeling, baldadigheid, straatschenderij, wederspannigheid enz. hij aanbeveelt. „Misschien met uitzondering der bedenking, dat 't toedienen van geesels straf een ruwmakenden invloed zal uitoefenen (welke bedenking door eene machinale uitvoering der bestraffing gemakkelijk is weg te nemen) — schrijft hij op blz. 55 — zijn dan ook alle bezwaren tegen de vervanging van een deel der kortere vrijheidsstraffen door lichamelijke tuchtiging, onder geneeskundig toezicht, van onredelijk-sentimenteelen aard".

En thans komen wij met schrijver aan de „onbepaalde vonnissen". Herinnerd wordt door hem aan de bekende bezwaren tegen deze instelling, geconcentreerd in deze stelling (blz. 61) „dat op weinige uitzonderingen na de verbetering der gevangenen zich alleen met zekerheid laat opmaken uit hun gedrag *na het ontslag* uit de gevangenis". Als gevolgen van het „willekeur in de plaats van rechtvaardigheid stellende" systeem der onbepaalde vonnissen, noemt hij aan den éénen kant, dat vele personen langer van hunne vrijheid zullen beroofd blijven dan in overeenstemming is met de zwaarte hunner schuld, aan den anderen kant, dat

vele groote misdadigers, dank zij hun voorbeeldig gedrag en het tentoongespreid berouw, spoediger vrijgelaten zullen worden dan onder het tegenwoordig stelsel der bepaalde vonnissen zou geschieden. Daarna wijst hij er op, dat de voorstanders van de onbepaalde vonnissen reeds water in hun wijn gaan doen, in zooverre: 1°. sommigen hunner in het vonnis het maximum van den straftijd willen zien bepaald, 2°. zij de voorwaardelijke vrijlating met het stelsel willen verbinden, zoodat zich goed gedragende gevangenen bij wijze van proef in vrijheid zullen worden gesteld, 3°. enkelen hunner de onbepaalde vonnissen slechts willen zien uitgesproken tegen verbeterlijke plegers van zwaardere vergrijpen. Ten slotte, zich herinnerende hoe de voorstanders van de onbepaalde vonnissen, „de gelukzaligste oogenblikken beleven, als zij zich verkwikken aan de „„schitterende”” resultaten, welke hun systeem reeds in de practijk gevonden heeft”, staat hij even stil bij de ervaringen van het Elmira-instituut, welke hij *niet* zoo schitterend acht.

Ik heb in het voorafgaande getracht de denkbeelden van den schrijver zoo objectief mogelijk weer te geven en bied weerstand aan de verleiding om in de velerlei door hem behandelde onderwerpen dieper door te dringen en rekening te geven van mijne in menig opzicht afwijkende gevoelens; slechts eene algemeene opmerking wil ik mij veroorloven.

Het wil mij voorkomen, dat schrijver de nieuwe richting beter begrepen en waarschijnlijk ook meer gewaardeerd zou hebben, wanneer hij zich dieper hiervan doordrongen had, dat zij 't is, die den persoon van den misdadiger op den voorgrond heeft geplaatst en den nadruk er op gelegd heeft, dat de strafwetgever den rechter bij de oplegging van de straf eene groote ruimte van beweging moet laten (een weg, waarop *ons* strafwetboek een flinken stap heeft gedaan, maar

naar mijne meening niet ver genoeg is gegaan), en de strafrechter bij de bepaling van de strafmate rekening moet houden niet minder met den persoon van den misdadiger dan met het gepleegde feit. (1) Dit is m. i. een der grootste verdiensten van de nieuwe richting. Eene verdienste wel is waar het *meest* tastbaar voor hem, die evenals ondergeteekende voortdurend met de strafrechtspraak in aanraking komt en telkens de gelegenheid heeft in zich vaster te voelen worden de overtuiging, dat de nieuwe denkbeelden allerm minst vooropgezette theorieën zijn, in het studeervertrek uitgedacht, maar de levenwekkende kracht, welke, aan de strafrechtspraak haar mechanisch karakter ontnemende, haar moeilijker en tevens mooier maakt. Maar eene verdienste, die toch ook merkbaar moet zijn voor hem, die — zich verder van de strafrechtspraak verwijderd houdende — eene bijdrage levert tot de kennis van de wetenschappelijke beteekenis der nieuwe richting.

Dat de nieuwe richting bij haar streven ook *oude* denkbeelden tot nieuw leven heeft weten op te wekken, zooals ten aanzien van de schadeloosstelling aan de benadeelde partij — een oeroud instituut, waaraan zij een nieuw aanzijn geschonken heeft, worde hier volledigheidshalve in herinnering gebracht naar aanleiding van Mr. VAN DER MEIJ'S conclusie, dat wat er deugt in de nieuwe richting, niet nieuw is en dat wat er nieuw in is niet deugt. Tot de beteekenis van haar optreden doet dit echter niets af. Evenmin als het door schrijver gesignaleerde feit, dat door velen

---

(1) Blijkens eene mededeeling in het W. v. h. R. van heden, 28 April (n<sup>o</sup>. 8201), heeft de Fransche afdeeling van de Internationale Strafrechtsvereëninging voor haar eerstvolgend congres aan de orde gesteld „het voor bepaalde groepen van recidivisten meer rekening houden met de persoonlijke gevaarlijkheid van den dader dan met de vervolgde daad.”

van hare woordvoerders de resultaten van de crimineele anthropologie te hoog zijn aangeslagen, en de maatregelen, welke de nieuwe richting tot eene meer afdoende bestrijding der misdadigheid genomen wenscht te zien, niet op die resultaten steunen. Het blijft de eer van de nieuwe richting, dat zij het vraagstuk van die meer afdoende bestrijding der criminaliteit ernstig heeft ter hand genomen, de geesten te dien aanzien heeft wakker geschud en — ook al ziet zij in de straf slechts één van de middelen tot bestrijding, ook al roept zij daartoe op niet alleen den Staat, maar niet minder de maatschappij (1) — de beteekenis van het strafrecht en de strafrechtspraak heeft verhoogd.

Ten slotte nog eene opmerking, welke mij hier van 't hart moet. Meer dan eens bij het lezen van het geschrift van Mr. VAN DER MELJ werd ik onaangenaam getroffen door den aanmatigenden toon, waarop schrijver tegen zijne wetenschappelijke tegenstanders polemiseert, een toon, welke nimmer, en allerminst bij een jeugdig auteur, te verdedigen is.

---

(1) Wer sich einmal daran gewöhnt hat Verbrechen und Strafe kausal zu betrachten, der weisz auch, dasz die Bekämpfung des Verbrechens nicht nur Aufgabe des Staates, sondern auch der Gesellschaft ist, nicht nur der Strafe sondern auch der Menschenliebe und des Christensinns" (von LISZT, intreedede aan de Berlijnsche universiteit, den 27 October 1899, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XX, blz. 173, 174). En dan volgt dit pakkende slot, hetwelk ik den lezer niet wil onthouden, omdat het blijk geeft van den practischen en nationalen zin van den sympathieken Duitschen geleerde: „Wenn, wie ich in meiner öffentlichen Vorlesung zu zeigen haben werde, die Kriminalität im Deutschen Reich eine so besorgniserregende Gestaltung angenommen hat, wenn gerade die pathologische Seite ihrer Entwicklung immer schärfer sich accentuiert, dann ist die Mitarbeit an der *Erkenntniss* der Ursachen, die zu dieser Gestaltung geführt haben, und an ihrer *Beseitigung* die Pflicht eines Jeden, der mit thatbereiter Liebe an unserm deutschen Vaterland hängt."



Zeker! het is niet te ontkennen, dat de „nieuwe richting” — evenals elke jongere school op gebied van wetenschap en kunst — blijken heeft gegeven van zelfoverschatting; dit ontheft echter hem, die de grondslagen van die richting aan critiek onderwerpt, niet van de verplichting om zijnerzijds ook bij afwijkend gevoelen den gepasten toon in het debat te bewaren.

Mijn slotoordeel over het werkje van Mr. VAN DER MEIJ is dus dit. Het geeft blijk van nadenken en scherpzinnigheid, maar is als poging om de beteekenis van de nieuwe richting in de strafrechtswetenschap te verkleinen niet geslaagd. Bovendien getuigt het hier en daar meer van zucht naar effectbejag dan van streng wetenschappelijken zin. Bij eene volgende proeve streve de schrijver naar zelfbeperking en zelfbeheersching: wat den *inhoud* aangaat naar concentratie, wat den *vorm* aangaat naar bescheidenheid.

Den Haag, 1 Mei 1905.

S. J. M. VAN GEUNS.

**Vraagpunten der vijf-en-dertigste Algemeene  
Vergadering van de Nederlandsche Juristen-  
vereniging, te houden te Haarlem op  
30 Juni en 1 Juli 1905.**

---

ONDERWERP I: *Collectieve Arbeidsovereenkomst.*

1. Behoort in het B. W. als rechtsgeldig te worden erkend de Collectieve Arbeidsovereenkomst, opgevat als afspraak tusschen een wettelijk erkende werkmansvereniging met een patroon (of wettelijk erkende patroonsvereniging) omtrent de voorwaarden, waarop gedurende een bepaalden tijd leden der vereeniging met de wederpartij arbeidsovereenkomsten kunnen aangaan?
2. Behoort het rechtsgevolg dier Collectieve Arbeidsovereenkomst te zijn, dat die vereeniging in haar vermogen aansprakelijk is voor de nakoming, zoo door haar zelve als door hare individueele leden?
3. Behoort de rechtsgeldige Collectieve Arbeidsovereenkomst voor alle deelnemers ten gevolge te hebben verplichte conformiteit in te sluiten individueele arbeidscontracten, op straffe van:
  - a. op den overtreder door zijn vereeniging te verhalen boete;
  - b. nietigheid van het afwijkende beding;
  - c. vernietiging daarvan, door zijn vereeniging uit te lokken?

4. Behoort te worden bepaald dat de Collectieve Arbeids-overeenkomst voor den tijd van haren duur hare werking doet gelden ook tegen uitgetreden leden der vereeniging?
5. Moet ter bevordering van het aangaan van Collectieve Arbeidsovereenkomsten het verkrijgen van rechts-persoonlijkheid door de vakvereeniging gemakkelijker worden gemaakt?
6. Behooren bovendien als rechtsgeldig te worden erkend Collectieve Arbeidsovereenkomsten, die verbindend zullen zijn, ook tegenover arbeiders of patroons die niet waren betrokken bij zoodanige overeenkomst?

ONDERWERP II: *Is nadere regeling van het ambts- en beroepsgeheim wenschelijk?*

### V R A A G P U N T E N .

#### A. Algemeene.

1. Behoort de wet de groepen van personen ten aanzien van wie zij een beroepsgeheim erkent, aan te wijzen?
2. Behoort de wet een dergelijke aanwijzing te bevatten ten aanzien van het ambtsgeheim?
3. Moet de wet als ambts- en beroepsgeheim omschrijven:
  - a. wat hem die het ambt of beroep uitoefent, in die uitoefening als geheim is toevertrouwd;
  - b. wat in die uitoefening als geheim tot zijne kennis is gekomen;
  - c. alles wat in die uitoefening tot zijne kennis gekomen is?

### B. Strafbare schending van geheimen.

4. Behoort bij het misdrijf van schending van geheimen de strafbaarheid te worden uitgesloten, voor zoover de dader redelijkerwijze heeft gehandeld in het algemeen belang?
5. Behoort naast de opzettelijke bekendmaking van ambts- en beroepsgeheimen de culpose even algemeen te worden strafbaar gesteld?

### C. De plicht tot bewaring en de plicht tot bekendmaking van geheimen.

6. Moet als algemeen rechtsbeginsel gelden, dat, wanneer een hooger belang redelijkerwijze geacht moet worden bekendmaking van een ambts- of beroepsgeheim te vorderen,
  - a. de verplichting tot geheimhouding vervalt;
  - b. de bekendmaking plicht wordt?
7. Behoort de erkenning van het recht om op grond van den aan ambt of beroep verbonden plicht tot geheimhouding, zich van het afleggen van getuigenis te verschoonen, door wettelijke uitsluiting van die getuigenissen te worden vervangen?
8. Houdt de verplichting tot bewaring van het beroepsgeheim op, zoodra hij dien het betreft, van die verplichting ontheffing verleent?

### D. Het medisch geheim in het bijzonder.

9. Behoort bij behoud van den artseneed:
  - a. de uitdrukkelijke belofte van geheimhouding daaruit te worden geschrapd;

- b. het voorbehoud aan het slot „tenzij” enz. te vervallen;
- c. bij behoud van dat slot, het laatste gedeelte aldus te worden gelezen: „door de wet verplicht of bevoegd verklaard worde”?
- 10.** Behoort — bij levensverzekering — weigering der uitbetaling van het verzekerd bedrag op grond van het ontbreken der geneeskundige opgave van de doodsoorzaak, door de wet te worden verboden?
- 11.** Behoort — bij levensverzekering — de wet de geneeskundigen uitdrukkelijk „bevoegd te verklaren, om, op schriftelijke machtiging van den overledene of den rechthebbende op de polis, van de doodsoorzaak aan den verzekeraar opgaaf te doen”?
- 12.** Behoort de wetgever er voor te waken, dat bij het spoorweg- en soortgelijk verkeer, met het oog op ziekten of kwalen bij het personeel, de eischen der openbare veiligheid den doorslag geven boven die van het medisch geheim?
- 13.** Behooren uit de wet regelende de uitoefening der geneeskunst en de wet tot voorziening tegen besmettelijke ziekten de bepalingen te vervallen die den geneeskundige verplichten om aan de overheid opgave te doen omtrent ziekten en omtrent de oorzaak van den dood hunner patiënten?

# THEMIS.

LXVIste deel. — VIERDE STUK.

**De algemeene beginselen van strafrecht  
en  
De hervorming van strafrecht tot verbeteringsrecht.**

## INLEIDING.

De navolgende studiën stel ik mij voor te behandelen volgens eene viervoudige verdeeling.

Ten eerste wensch ik stil te staan bij het ouderwetsche thans meestal nog geldende strafrecht, er op te wijzen van welke beginselen het uitgaat, in hoeverre daarbij sprake kan zijn van juristerij, in den zin van het onnoodig maken van fijne onderscheidingen, en welke hoofdbezwaren tegen het bestaande kunnen worden aangevoerd.

Ten tweede wil ik uiteenzetten wat door mij wordt verstaan onder verbeteringsrecht, en hoe dit in de plaats kan treden van het bijna overal geldende strafrecht.

Ten derde zal ik een hoofdstuk wijden aan de gebrekkig meestal zoo genoemde crimineele anthropologie, omdat in die studiën toch de kern ligt waarvan moet worden uitgegaan tot algeheele en grondige hervorming van alle strafrecht.

Ten vierde zal een afzonderlijk hoofdstuk worden gewijd aan hetgeen men onder de rechtsgeleerden noemt het Elmira-stelsel, in het algemeen aan strafrechtshervormingen in Amerika; in verband daarmede zal moeten

worden onderzocht, in hoever zulk een stelsel ook in Nederland kan worden toegepast, als overgang van strafrecht tot verbeteringsrecht.

Ik vlei mij, op zulk eene wijze de hoofdbeginselen van het geheele strafrecht stelselmatig allengs te kunnen uitwerken en behandelen; mijne geheele uiteenzetting zal meer een algemeene en wijsgeerige dan in den strikten zin des woords uitsluitend-juridische moeten zijn.

## HOOFDSTUK I.

### *Het ouderwetsche strafrecht.*

Onder het ouderwetsche strafrecht versta ik zoowel alle heden ten dage overal geldende strafwetten, buiten en in Europa, als ook de volksbegrippen omtrent strafrecht, waarop die wetten in zekeren zin berusten. Verreweg de groote meerderheid dier strafwetten immers gaat van hetzelfde beginsel, de wraak, de vergelding, de boetedoening, zij het ook getemperd, uit. En de volksbegrippen steunen dat beginsel, of maken dat mogelijk, omdat zij voor het meerendeel, waar het afwijkingen of misdaden geldt, tot wraak en vergelding kunnen worden teruggebracht. Dat alles noem ik het ouderwetsche strafrecht. Want ik schrijf niet alleen voor het heden, maar ook voor eene, zij 't ook verre, toekomst. En ongetwijfeld zal de tijd komen, waarin men dat alles als ouderwetsch, als verwerpelijk, als ontoepasselijk, ja zelfs als schadelijk kenmerken zal. De redenen, waarom ik die overtuiging koester, zal ik vooral uiteenzetten in dit en het volgend hoofdstuk. (1) Tegenover dit geheele ouderwetsche straf-

(1) Als een soort legger, als een soort algemeen overzicht van alle bestaande strafwetgevingen kan men gebruiken het groote Duitsche werk, uitgegeven door den Berl. hoogleeraar von LISST (met een staf medewerkers), alsmede de: *Esquisse du droit pénal actuel dans*

recht, het opheffende en geheel vervangende, stel ik voor mij het verbeteringsrecht, dat is het recht der maatschappij, en harer overheid, tot verbetering van hem of haar, die zich aan misdaad of euveldaad heeft schuldig gemaakt.

De geschiedenis van het strafrecht is de geschiedenis der geheele maatschappij, ja tot zekere hoogte bevat zij de geheele geschiedenis onzer beschaving. Duidelijk leert zij ons, hoe er het nauwste verband bestaat tusschen den aard en de mate der straffen en den omvang der verlichting en beschaving des volks, immers pas met de geleidelijke vrijmaking van het onderwijs, met het terugdringen van de macht en den invloed der geestelijkheid, met grootere verspreiding van kennis onder alle, ook de lagere volksklassen, vooral samenvallende met de tijden voorafgaande aan en volgende op de groote Fransche omwenteling, is de reactie begonnen tegen de wreede en onteerende lijfstraffen van vroeger dagen, is in 't algemeen een zachtere en mildere geest de geheele strafwetgeving beginnen te beheerschen, en al is het waar, dat de theorie der afschrikking nog thans verreweg het grootste deel van het strafstelsel in de wereld beheerscht, evenzeer is het juist, dat dit stelsel in de meeste beschaafde landen der wereld gezegd kan worden zijn laatste, zijn meest verzacht tijdperk, te zijn ingetreden. (1)

les Pays-Bas et à l'étranger, van O. Q. VAN SWINDEREN, te Groningen in 3 deelen verschenen 1891—1894.

Voor Nederland is verder een der uitvoerigste werken:

Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Door H. J. SMIDT, 2e druk, herzien door J. W. SMIDT, Dl. I—V. Haarlem 1891—1901, gr. 8<sup>o</sup>.

(1) Men vindt hiervoor vele gegevens in het voortreffelijk werk van LECKY, Geschiedenis van het rationalisme in Europa, vert. door J. G. TEN BOKKEL, Amst. 1894, vooral in het 3e hoofdstuk. Vgl.



Hetgeen wel eens wordt genoemd de strijd tusschen godsdienst en wetenschap (hoewel het eerste woord dubbelzinnig is en gereedelijk aanleiding kan geven tot misverstand) valt ongeveer samen met de geschiedenis van het strafrecht. Hoe meer de wetenschap vrij werd, zich losmaakte van de banden der kerk en der geestelijkheid, zich verbreidde en doordrong tot de meerderheid des volks, des te meer zijn die verlichte begrippen ook merkbaar in de strafwetgeving, in de behandeling der misdadigers, evengoed als dit het geval is geweest met de behandeling der krankzinnigen, die vroeger aan allerlei wreedheid en martelingen werden onderworpen. Van verlichte menschenvrienden, van beschaafde geneeskundigen, van denkers, die zich durfden los te maken van de knellende banden der theologie, ging meestal de stoot ter verbetering uit. Dit is leerrijk, omdat het ons toont dat ook in de toekomst de invloed der leerstellige godgeleerdheid buiten de wetgeving behoort te worden gehouden, en alle hervorming en verbetering zal moeten afhangen van eene algemeene verspreiding van kennis en telkens meer verlichte begrippen.

Zoo werd, vooral in den loop der 18<sup>de</sup> eeuw, van alle

---

blz. 293: Eerst tegen het einde der vorige en het begin van deze eeuw kwam er verandering in dien stand van zaken (in Engeland b.v. was het aantal misdrijven, waarop de doodstraf was gesteld, bij het begin van ROMILLY's optreden niet minder dan 230). Zoowel in Engeland als in het overig Europa moet men de oorzaak hiervan zoeken in die Voltairiaansche leer, wier vertegenwoordiger BECCARIA was. Maar VOLTAIRE en BECCARIA deden weer niets anders dan op juiste en geestige wijze de denkbeelden uitspreken en verspreiden, die nog sluimerden in de groote massa. — Merkwaardige feiten uit de geschiedenis van het strafrecht vindt men ook medegedeeld in KOLB's *Culturgeschichte*, Leipzig 1870, II, 485—486, en C. CANTÙ, *BECCARIA et le droit pénal*. Trad. par J. LACONTA en C. DELPECH. Paris 1885, blz. 6—14.

zijden de hervorming voorbereid, welke ondanks den fellen tegenstand der nog bij het oude recht zwerende juristen niet meer was tegen te houden. (1) Het is beter, zegt BECCARIA in zijn beroemd geschrift, de misdaad te voorkomen dan haar te bestraffen. Dit is het hoofddoel van alle goede wetgeving, die niets anders is dan de kunst, de menschen tot het grootst mogelijke geluk te brengen, of tot den geringst mogelijken graad van ongeluk (om alle berekeningen van leed en vreugde des levens in één zin uit te drukken). (2) Dergelijke verlichte denkbeelden vonden reeds toen veel ingang, al is hunne verwezenlijking in de praktijk der wetgeving nog niet gelukt. Immers de meerderheid bleef nog steeds vasthouden aan de theorie der afschrikking, die ook het best overeenkomt met een lagere graad van verstandelijke ontwikkeling, zooals de massa nog heden bezit. In de 18<sup>de</sup> en in de vorige eeuw zijn telkens stemmen opgegaan van verlichte geesten en edele mannen, op het voetspoor van BECCARIA en VOLTAIRE, maar de hervorming is nog volstrekt niet doorgevoerd en het schijnt twijfelachtig of (om van de massa des volks te zwijgen) reeds de meerderheid der parlementen en volksvertegenwoordigers heden ten dage een algeheele hervorming der

---

(1) Woorden van D. SIMONS in zijn vrij lezenswaard Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken. Groningen 1904, blz. 31. In de verschillende hoofdstukken van dit werk vindt men ook een groot deel der zoo rijke strafrechtswetenschap aangehaald.

(2) C. BECCARIA, Ueber Verbrechen und Strafen. Wien 1851, blz. 102. — A. D. WHITE, A history of the warfare of science with theology in Christendom, Lond. 1896, II 134; Pinel and Tuke . . . . the place of these two men in history is secure. They stand with GROTIUS, THOMASIIUS and BECCARIA — the men who in modern times have done most to prevent unmerited sorrow.

beginselen van het strafrecht is toegedaan. De begrippen moeten veranderen voordat de wetgeving verandert. Het is zelfs gevaarlijk, proefnemingen van wetgeving toe te passen, die niet wortelen in de volksovertuiging, in de openbare meening. Daarom moet dan ook voortdurend alles worden gedaan om die verlichte en meer humane denkbeelden tot ruime kringen des volks te laten doordringen, volksonderwijs en uitbreiding van hooger onderwijs in en buiten de hoogeschole is ook hier alweer een der krachtigste middelen om te geraken tot algeheele hervorming van het strafrecht.

Het voorbeeld van Nederland is leerrijk, maar het moet telkens worden getoetst aan de voorbeelden van het buitenland. De geschiedenis onzer wetgeving, zoo lezen wij reeds bij VAN DEINSE, leert dat het verbeteringssysteem ten eenenmale werd op zijde gesteld, en dat men is uitgegaan van het beginsel van exemplaire afschrikking (1). Tot zekere hoogte kan men zeggen dat dit nog heden ten dage het geval is, hoewel het nieuwe strafwetboek vergeleken met de vroegere het zeker in zachtheid wint en een betrekkelijke vooruitgang kan worden genoemd. Wel is waar heeft het thans in ons land geldende gevangenisstelsel aanleiding gegeven tot ernstige kritiek (2), maar wie de geschiedenis bestudeert zal nooit ontkennen dat

---

(1) A. J. VAN DEINSE, De algemeene beginselen van strafrecht, 1860, blz. 444. Een voortreffelijke en leerrijke verzameling.

(2) D. SIMONS, t. a. p. blz. 261, die vervolgt: «Ook de vraag, in hoeverre het te Elmira gegeven voorbeeld navolging verdient, komt hier in aanmerking». Ik zal die vraag uitvoerig behandelen in mijn 4e hoofdstuk. In zekeren zin betreur ik het dat zowel het leerboek van den hoogleeraar S. als andere dgl. boeken zich uitsluitend tot het jus constitutum beperken. Het Elmira-stelsel kan men beschouwen als jus constituendum. Wat ware er tegen te zeggen beide standpunten volledig recht te doen wedervaren?

er een geleidelijke ontwikkeling en verzachting waar te nemen is.

Het beginsel evenwel van straf als leed, als leedaandoening, is nagenoeg onaangetast gebleven, en juist dat beginsel acht ik volslagen onjuist. Nog altijd is de straf, ook hier te lande, het leed door de strafwet als gevolg aan de overtreding van den norm verbonden, dat aan den schuldige bij rechterlijk vonnis wordt opgelegd. (1) Met eenigszins andere woorden wordt hetzelfde gezegd door een vroeger gezaghebbend Nederlandsch rechtsgeleerde. Hoewel de straf geen werktuig van wraakoefening mag zijn, is het echter even rechtskundig waar (zoo beweerde hij) dat zij, ongeacht de daarmede verbundene bijoogmerken van verbetering, altijd toch een werkelijk kwaad zijn moet, een lijden, waardoor de schuldige de droevige gevolgen gevoelt zijner misdaad, een *malum passionis*, een kwaad, dat altijd het voordeel, hetwelk de misdadiger uit zijne daad zou kunnen trekken, physice en moraliter moet overtreffen. (2) Op dat beginsel zijn evenwel sedert lang in de praktijk, maar ook in de theorie, allerlei aanvallen gericht. Men heeft er van gezaghebbende zijde op gewezen dat de wetgever de strafrechtelijke verantwoordelijkheid niet op de onbewezen vooronderstelling, niet op de hypothese der volstreckte wilsvrijheid mag doen steunen (3), en door de voortdurend

---

(1) D. SIMONS, t. a. p. blz. 244.

(2) A. J. VAN DEINSE, t. a. p. blz. 417. Zooals men weet is het *malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*, ontleend aan H. DE GROOT'S *De Jure Belli ac Pacis*, het is evenwel meer scherpzinnig gezegd dan wijsgeerig gedacht, want het is niets dan een geestig huldigen der aloude vergeldingsleer, die eindelijk door een nieuwe verbeteringsleer (nieuw, want het verbeteringsdenkbeeld is zoo oud als de wereld) moet worden vervangen.

(3) Zie D. SIMONS, t. a. p. blz. 119—120.

toenemende onderzoeken over dit moeilijke vraagstuk worden tot zekere hoogte ook de grondslagen ondermijnd, waarop het geheele ouderwetsche strafrecht is opgebouwd. Men heeft van allerlei kant het moderne celstelsel aan een grondige kritiek onderworpen, dat wel is waar een groote verbetering schijnt tegenover de gemeenschappelijke afzondering van en met dikwijls zeer bedorven elementen onzer samenleving (1), maar dat aan den anderen kant een wreede straf is tegenover velen, meer geschikt tot verbittering dan tot verbetering, en hoogst bedenkelijk wat de gezondheid betreft, vooral wanneer men zich op het, mijns inziens volkomen juiste, standpunt plaatst dat het belang der gemeenschap vordert, de minderwaardige bestanddeelen onzer samenleving stoffelijk en zedelijk met alle macht te verbeteren, hetgeen door eene langdurige eenzame opsluiting, blijkens de ervaring, niet schijnt te worden bereikt. (2) Men

---

(1) Zie b.v. J. R. B. DE ROOS in Tijdschr. v. Strafr. XIV 1901 blz. 308, die na eene kritiek op het celregime aldus voortgaat: Wanneer een dokter zijn patient voorschreef precies 3 weken in bed te blijven en dan, genezen of niet, weer uit te gaan, terwijl hij, zoo de genezing al na 3 dagen kwam, toch de volle 3 weken in bed te blijven, dan zou men met redenen twifelen aan het gezond verstand van dien medicus. De Staat handelt niet anders met den misdadiger», enz. enz. — De hoogleeraar POLS, Redevoering over de nieuwe richtingen in het strafrecht, 12 April 1894, blz. 36, meende dat de heftige aanvallen tegen de gevangenisstraf als strafmiddel het weldadige werk der penitentiaire hervorming ernstig zouden belemmeren». Ik deel die vrees niet, omdat de aanvallen niet heftig en de overgangen geleidelijk kunnen zijn.

(2) Hoe weinig bevredigende uitkomsten het cellulaire gevangenisstelsel ook te Berlijn heeft opgeleverd, blijkt daaruit..... dat in de gevangenis te Moabit, naar dat stelsel gebouwd, in de laatste 5 jaren meer dan 50 gevallen van krankzinnigheid en 22 zelfmoorden of pogingen daartoe hebben plaats gehad», enz. enz. A. J. VAN DEINSE

heeft vooral gewezen op de statistieken en resultaten der zoogenaamde recidieve, misschien wel het grootste brandend vraagstuk van het geheele strafrecht, omdat de toeneming dier recidieve in de meeste landen (naar het schijnt ook in Nederland) heeft geleerd, dat de bestaande voorschriften de maatschappij niet voldoende beveiligen tegen de zoogenaamde gewoonte-misdadigers, tegen hetgeen men noemt de gewoonte-criminaliteit. Door dit alles en nog zooveel meer, dat in de rijke literatuur van tijdschriften en boeken over het strafrecht verspreid ligt, worden langzaam maar zeker de grondslagen, waarop de geldende wetgeving berust, zoo al niet afgebroken, dan toch zeker gedeeltelijk gesloopt. Voeg daarbij vrijzinnige opvattingen in de praktijk, zooals nog onlangs het aanprijzen van het beginsel om aan den rechter de bevoegdheid te verleen, bij gebleken goede trouw den beklagde van rechtsvervolging te ontslaan. (1) Met het oog op dit alles kan men zeker zeggen dat aan den eenen kant het geldende strafrecht nog geheel ouderwetsch is, maar dat tegelijkertijd de tijden rijp zijn geworden voor eene grondige hervorming, voor eene herziening der beginselen, waarop het geheele gebouw berust.

Zal echter die herziening uitgaan van de juristen, dit woord opgevat in den bijzonderen en engeren zin des woords? Het staat te betwijfelen.

Men behoeft volstrekt niet in alles mede te gaan met

---

t. a. p. blz. 447. — Omtrent de recidive zie men o. a. M. S. POLS, Over de nieuwe richtingen in het strafrecht, Utrecht 1894, blz. 30, D. SIMONS t. a. p. blz. 287.

(1) Bij D. SIMONS, t. a. p. blz. 161—162, een specialist die trouwens reeds bij meer gelegenheid van meer onbekrompen en vrijzinnige opvattingen blijk gaf.

den vinnigen alles afbrekenden diepdenker SCHOPENHAUER (1) om toch duidelijk in te zien dat de formalistische richting van studie, die meestal de opleiding der juristen kenmerkt, het vaak opgaan in kleinigheden en scherpe doch kleine onderscheidingen, dat men dan in afkeurenden zin met den naam van juristerij betitelt, zonder dat een tegenwicht wordt gevonden in breede en alomvattende studie ook van andere takken van wetenschap, en zonder een breedden wijsgeerigen grondslag, die allereerst voor juristen dringend noodzakelijk schijnt — dat die den vorm boven den inhoud stellende richting vooral bij geesten van minder aanleg, en daaruit bestaat de meerderheid der menschen, aanleiding kan geven tot hoogst bedenkelijke gevolgen en tot uiterst bekrompen opvattingen, zoowel wat het recht in 't algemeen als wat in het bijzonder het strafrecht aangaat. De menschen van zulk een zuurdeesem doortrokken zullen zelden den stoot geven tot ingrijpende hervormingen, en dikwijls zelfs die tegenhouden. Op het gebied van het recht en het strafrecht moet vooral ook gebroken worden met de zucht tot het maken van allerlei kleine en willekeurige onderscheidingen, die aanleiding geven tot het tentoonstellen van scherpzinnigheid, maar die maar al te vaak

---

(1) Ik herinner hier aan het potjeslatijn «*jurita nequista*», zeker uit de middeleeuwen afkomstig, en aan den: Briefwissel zwischen A. SCHOPENHAUER und J. A. BECKER, Leipzig 1883, blz. 75: Es darf doch nicht übersehen werden, dass die Juristen eine Species der Gelehrten sind, dass also von Ihnen Alles gilt, was Sie selbst (Parerga § 258 in fine und § 261) dem Genus Uebles nachreden, und zwar gerade im Vergleiche zu dem «gesunden Verstande, richtigen Urtheile und praktischen Takte vieler Ungelehrten» (Hat doch schon Kanzler BACO gesagt: *purus putus jurista est purus putus asinus*).

den blik voor het groote geheel schijnen te benevelen. (1) Ik kan mij dan ook volstrekt niet vereenigen zoowel met de geheel ouderwetsche richtingen in het strafrecht als met die nieuwere stroomingen, die wel is waar geneigd zijn, eenigen invloed toe te kennen aan de resultaten der geneeskundige en psychiatrische wetenschap, doch overigens aan zulke vraagstukken als b.v. de toerekenbaarheid een uitsluitend juridisch karakter toekennen. (2) De mensch is één en ondeelbaar. Hij kan

(1) Vgl. Il codice penale Zurighese entrato in vigore il 10 Febr. 1871. Venezia 1873. 8º. 265 pp. — C'est à juste titre que M. BRUSA appelle l'attention sur le code pénal de Zurich. Sans en approuver toutes les dispositions, nous pensons qu'il l'emporte sur toutes les législations publiées jusqu'ici en matière criminelle (N.B.). Il n'y en a pas une qui porte davantage l'empreinte de l'esprit scientifique étranger aux passions qui altèrent l'idée du vrai et du juste. Trois qualités le distinguent à notre avis: absence de distinctions arbitraires (N.B.), douceur de pénalités, latitude laissée aux juges». — Revue de droit internat. VI (1874), blz. 335. Voorwaar drie voortreffelijke desiderata voor alle strafwetgeving.

(2) D. SIMONS, t. a. p. blz. 128. Volkomen daarentegen ga ik mede met een psychiater als H. KURELLA, die terecht uitroept: Zahlreiche Zeichen in ganz Europa deuten darauf hin, dass die Gesellschaft des gehaltlosen Spiels mit Abstraktionen im Strafrecht müde ist [ik cursiveer], und dass sie an den Staat die Forderung stellt, sie vor dem berufsmässigen Mörder, Diebe und Schwindler zu schützen, Naturgeschichte des Verbrechers. Stuttgart 1893, blz. 7. In mijn memorie over het Elmirastelsel, ingediend aan Z. E. den Min. van Justitie, ben ik dan ook zoover gegaan dat ik ieder art. der strafwet aan wijziging wil onderwerpen, dat niet den toets kan doorstaan van een nauwkeurig onderzoek door eene vrijzinnige commissie van psychiaters én juristen. Ik herinner nog aan OPZOOMER'S voorstel, onze wetgeving voortdurend te onderwerpen aan de contrôle van eenige wijsgeerige mannen. Wijsgeerig inzicht wordt slechts verkregen door de beoefening en vergelijking van alle wetenschappen, op strafrechtelijk gebied allereerst door een nauwe verbinding van rechtsgeleerde en geneeskundige studiën.



niet verdeeld worden in een stuk rechtsgeleerdheid, een stuk psychiatrie of psychologie, en zooveel andere stukken als het specialiseerend detail-onderzoek onzer dagen wel gelieft aan te nemen. Hij mag niet de speelpop worden van juridische of andere formules. Alleen een voortdurend samengaan van medicus en jurist, alleen een breken met de formalistische richting in de rechtsgeleerdheid, zal in staat zijn het strafrecht te herleiden tot het voorkomen van misdaden en misdrijven, tot verbeteringsrecht, het recht der meerderheid tot verbetering der misdadige minderheid.

Van de hoewel kleine doch nauwkeurig gemaakte, maar altijd min of meer willekeurige onderscheidingen, die op den leek den indruk maken van juristerij, zijn ook uit het strafrecht honderden voorbeelden aan te halen. Ik wil echter met enkele volstaan, en wijs in 't algemeen ook op de vaktaal, die dikwijls meer geschikt is om de zaak voor het groote publiek duister, of duisterder, te maken dan om een helder beeld te geven van eenvoudig en onkreukbaar recht. Niet alle splitsing en onderscheiding is echter af te keuren, geheel kunnen wij haar nooit ontberen. Zoo maakt ons wetboek een hoogst gewichtige onderscheiding tusschen *misdrijven* en *overtredingen*. Naar in de M. v. T. wordt uiteengezet, wordt uitgegaan van het beginsel, dat er feiten zijn, welke onrecht inhouden en dus strafwaardig zijn, ook voordat de wet ze strafbaar heeft gesteld, andere die hun onrechtmatig karakter en dus hunne strafwaardigheid eerst aan de wet ontleenen. De eerste zijn *rechtsdelicten*, omdat zij ook indruischen tegen het ongeschreven recht, het recht in den hoogereren rechtswijsgeerigen zin; de andere *wetsdelicten*, omdat zij alleen strafwaardig zijn door het voorschrift van de wet. Met deze tegenstelling wordt dan de grenslijn aangegeven tusschen de twee

soorten van strafbare feiten, de *misdrijven* en de *overtredingen*. (1) Aangenomen het beginsel van straf als leed-aandoening, als vergelding, kan men natuurlijk niet op alle verkeerde daden dezelfde straf toepassen, men heeft reeds sedert eeuwen een reeks van trappen, om 't zoo uit te drukken: van opklimmende straffen gemaakt. De taal tracht dit uit te drukken door overtredingen te onderscheiden van misdrijven, en ook andere talen hebben dergelijke onderscheidende woorden.

Maar men is bij zulke onderscheidingen niet blijven stilstaan, het menschelijk vernuft is (evenals dit b.v. in de theologie het geval is, en door MULTATULI met den naam „splitvezel” is gehegeld) gaan afdalen tot nog veel kleinere en fijnere onderscheidingen. Op dit terrein nu loopt men weldra gevaar van te stranden op de klippen der juristerij. Zoo heeft men van deskundige zijde terecht betwijfeld, of het der wetenschap (maar is dit wel een wetenschap te noemen?) gelukken zal, een objectief criterium te vinden voor de onderscheiding van het crimineele en het politie-onrecht. (2) Zoo kan ik herinneren

---

(1) Woorden van D. SIMONS, t. a. p. blz. 78 vlg.

(2) D. SIMONS, t. a. p. blz. 80. Men vergeet echter nooit dat de splitsing der eigenlijke misdrijven in (twee) klassen overoud is, en nagenoeg in alle tijden en bij alle volken gevonden wordt. Die splitsing had oorspronkelijk een strafrechtelijken grond, daar zij een gevolg was van de trapsgewijze ontwikkeling van het publiekrechtelijke karakter van misdrijf en straf, M. S. POLS in T. v. S. I blz. 225 vlg. Zie ook het proefschrift van K. F. CREUTZBERG, *Misdrijf en Overtreding*, Utrecht 1904, blz. 131: Wanneer het juist is, dat er een volksovertuiging bestaat, die weet te onderscheiden tusschen rechtstreeksche en niet rechtstreeksche aanranding van het recht, dan ligt het in de rede dat in dit alledaagsche voorstellingsbewustzijn dit onderscheid als dat van hevig en minder hevig onrecht verschijnt», enz. enz. Zonderling is het op zijn minst genomen dat

aan allerlei vraagstukken, waarover strijd bestaat of gemaakt is. Men heeft b.v. gesproken van de causaliteit van het niet-doen, en daarbij is het vraagstuk opgeworpen of men het niet-verhinderen van het gevolg met veroorzaken gelijk stellen, het als een causaliteit sui generis moet beschouwen, dan wel of men er een gewone veroorzaking in moet zien. Is dit nu slechts een terminologische, of ook een juridische strijd? Is hier wel een scherpe grenslijn te bewaren tusschen scherpzinnigheid en hare tweelingzuster spitsvondigheid? — Een tweede voorbeeld levert de leer van de poging (in Deutsche theorie: Versuchslehre) omdat de mindere strafbaarheid van de poging, vooral van de voleindigde poging, door sommigen verdedigd, door anderen weer ernstig bestreden wordt. — Verder kan men aanhalen de leer van het opzet, waartoe de kwestie behoort, die zoowel theoretisch als practisch groote bezwaren biedt, de kwestie van het dusgenoemd voorwaardelijk opzet, van den dolus eventualis; de theorie van de daderschap en mede-daderschap, waaromtrent vooral Deutsche theoristen allerlei stelsels hebben opgebouwd; de grenzen waarbij ten onzent de rechter gebonden is bij het opleggen van geldboete, als een der hoofdstraffen in ons strafstelsel; de leer van den samenloop der strafbare feiten, waarbij b.v. de vraag is gedaan of onze wetgever heeft erkend het zoogenaamde delictum continuatum, het voortgezette delict, en dus heeft willen uitspreken dat verschillende handelingen als eene kunstmatige eenheid beschouwd en meerdere

---

volgens dezen jeugdigen rechtsgeleerde «alle ware wetenschap, en «niet het minst de ware rechtswetenschap, naar HEGEL terug, van «HEGEL uit moet gaan», t. a. p. blz. 151. De verwarring zou in dit geval nog grooter worden.

Que le bon sens nous en préserve.

strafbare feiten tot één strafbaar feit vereenigd kunnen worden. Deze geheele leer is tot rechtsdogmatiek en tot een der meest ingewikkelde onderwerpen gemaakt. De rechtsdogmatiek heeft weer aanleiding gegeven tot het opstellen van eene bijzondere Latijnsche terminologie, waarbij aan de termen *concursum idealis*, (eendaadsche samenloop) *concursum idealis homogenius* (gelijksoortige samenloop), en *concursum realis* (meerdaadsche samenloop) — maar deze omschrijving is gebrekkig), herinnerd kan worden. In de leerboeken van het strafrecht en in tal van dissertaties en vaktijdschriften vindt men deze en dgl. theorieën natuurlijk volledig uitgewerkt. Men kan als voorbeeld ook aanhalen de leer van de recidieve, of herhaling van strafbare feiten; bij de wettelijke regeling van de gevolgen der herhaling kunnen twee stelsels worden onderscheiden. Bij het eene leidt elke vroegere veroordeeling tot strafverzwaring, zonder dat het nieuwe feit hetzelfde behoeft te zijn als of analoog aan het vroeger gepleegde; naar het tweede stelsel wordt gevorderd gelijksoortigheid tusschen de verschillende strafbare feiten. (1)

---

(1) Zie uitvoeriger omtrent al deze theorieën D. SIMONS, t. a. p. blz. 94, 117, 148, 203, 263, 278—279, 284, 287 vlg. en O. Q. VAN SWINDEREN, *Het hedendaagsche strafrecht*, enz. 2e deel, Gron. 1889, blz. 308 vlg. (samenloop van strafbare feiten). Dat de verlichte en vooruitstrevende rechtsgeleerden ook in het buitenland de schaduwzijde van hunne vakstudiën duidelijk inzien, kan o. a. blijken uit de navolgende woorden van F. von LISST: *Je mehr wir uns darüber klar werden, dass die Ueberladung des besonderen Teils unserer Strafgesetzbücher, diese endlose Unterscheidung von schwereren und leichteren Fällen desselben Verbrechens wertlose Spielerei ist, desto geringeres Gewicht werden wir all diesen ehrwürdigen Ueberlieferungen der nationalen Gesetzgebung beimessen*», enz. enz. *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart*. I. Bd. Berlin 1894, blz. XXI. Zie ook

Het zij er verre van dat ik de groote scherpzinnigheid en het fijne onderscheidingsvermogen niet zoude waardeeren, door tal van juristen in binnen- en buitenland aan de uitwerking van zulke vraagstukken hetzij in geleerde werken hetzij in pleitzaal, raadkamer of adviezen ten koste gelegd. Doch het groote gevaar is en blijft hier, dat vaak willekeurige onderscheidingen worden gemaakt, dat het rijke en veelzijdige leven spot met velerlei grauwe theorieën, dat zeer dikwijls de hoofdzaak uit het oog wordt verloren en kleinigheden haar geheel verdringen, en dat de bestudeering en behandeling van de daad niet hand aan hand gaat met de bestudeering en behandeling van de persoon. Zeer blijft het de vraag, of dit geheele stelsel ooit zal kunnen leiden tot voorkomen van misdaad en verbetering van den misdadiger, in den meest uitgestrekten zin des woords.

Kan men bij het ouderwetsche strafrecht wel van een theorie, van een stelsel spreken? Tot zekere hoogte ja. Wel wordt zelfs door deskundigen, zelfs door een hoogleeraar in het strafrecht wiens taak het dus is de leerstukken te onderwijzen en in een stelsel te vereenigen, toegegeven dat op 't geheele gebied van het strafrecht er bezwaarlijk één leerstuk aan te wijzen is, waarover de criminalisten het onderling eens zijn, (1) en geeft zulk eene uitspraak aan den leek geen hoog denkbeeld van den methodischen opbouw eener wetenschap — immers de grondslagen moeten onwrikbaar vaststaan,

---

de kritiek van M. S. POLS over Binding's Handbuch, «als systeem «van strafrecht een achteruitgang in de strafrechtswetenschap, die, «zoo het navolgers vond, haar weder tot een kunst van spitsvondige «haarkloverij en schoolsch vernuft zou verlagen», in *Rechtsg. Mag.* 1887, blz. 11 van den overdruk.

(1) Zie H. v. D. HOEVEN, in *Rechtsg. Mag.* Haarlem, 1893, XII, 342.

wil men van eene stellige wetenschap spreken, en dit moet ook bij de verschillende leerstukken zichtbaar zijn — maar wij moeten niet vergeten dat de fijne onderscheidingsgeest, die den rechtsgeleerde kenmerkt, al heel spoedig tot verschil van meeningen zal leiden, ook waar men misschien onbewust op denzelfden grondslag staat, en verder kunnen wij aannemen dat de theorie, of het stelsel, van afschrikking nog steeds in hoofdzaak de geest is die alle strafwetten doordringt. Dit is trouwens voor Nederland uitdrukkelijk toegegeven door den minister MODDERMAN, vader der tegenwoordige strafwet. Hoeveel verschil tusschen het alleroudste strafrecht en het tegenwoordige bestaan moge, zoo lezen wij in zijne bekende redevoering, steeds was straf, wat zij altijd blijven zal, een den schuldige opzettelijk aangedaan leed. Met verwerping der theorieën van HEGEL, van RICHTER, van FICHTE en anderen, had hij toch ook behoefte aan eene theorie, en als zoodanig vereenigde hij zich met hetgeen wij kunnen noemen de leedaandoening (1) Dit stelsel nu kunnen wij beschouwen op zich zelf, en in zijne gevolgen.

Hoe het opzettelijk aandoen van leed in de meeste gevallen tot verbetering zal kunnen leiden, blijft op zijn

---

(1) MODDERMAN, De methode der wet v. h. strafrecht, Leiden 1871, blz. 22, blz. 27. Vgl. mijne art. in Themis 1903, No. 1, blz. 65 van den overdruk.

Een der bekwaamste rechtsgeleerden ten onzent, O. Q. VAN SWINDEREN, betoont zich uitdrukkelijk een voorstander van de theorie der afschrikking en leedaandoening. Althans dit schijnt te blijken, waar hij over de afzonderlijke opsluiting zegt: Al is dat doel niet verbetering en evenmin bevordering van het algemeen belang, gelijk de nuttigheidsleeraars beweren, toch moet worden erkend, dat de afzonderlijke opsluiting tot verbetering kan leiden», enz. enz. Het hedend. strafrecht, enz. 1e deel, Gron. 1889, blz. 435.

minst genomen raadselachtig. Hoogstens kan het door angst en vrees leiden tot onthouding van misdaad. Hoogstens kan het dus een negatieve werking hebben. Nooit een stellige, een positieve. En een positief resultaat is toch bij alle strafwetgeving gewenscht.

Beschouwen wij het stelsel in zijne gevolgen, dan zijn de juristen, de criminalisten daar zelf om, vaak met luider stemme, ons het geheel onvoldoende voor oogen te stellen. In Duitschland werd dit nog onlangs, vooral wat tuchthuis en recidieve betreft, in 't openbaar gedaan door von LISST. Nemen wij één enkel geval uit de praktijk in Nederland. Het is eenvoudig onzinnig (zoo roept de de hoogleeraar SIMONS uit) om, gelijk ik nog dezer dagen hoorde, tegen een man, die een vijftiental veroordeelingen achter zich had, en de laatste nog onderging, opnieuw een jaar gevangenisstraf te vorderen, alsof kon worden verwacht dat hij nu, na nog eens een jaar in afzondering te hebben geleefd, als een verbeterd mensch de wereld zal intreden en zich, als hij niet weet hoe anders aan den kost te komen, toch van misdrijf zal onthouden. Voor zulk een man is dat jaar gevangenisstraf zonder nut (en ik voeg er bij: misschien van groot nadeel, door hem lichamelijk, zedelijk derhalve ook, minderwaardiger te maken), en daarom ook uit een maatschappelijk oogpunt ongerechtvaardigd. Het belang der gemeenschap eischt hier geheel andere maatregelen. (1) Door zulke feiten wordt het geheele stelsel wel degelijk veroordeeld. Tevens veroordeelen zij mijns inziens ook de volstrekte gebondenheid des rechters aan de wet.

De meeste, zoo niet alle, feiten wijzen er op, dat met

---

(1) D. SIMONS in Tijdschr. v. Strafr. X (1897) blz. 27. De gevallen zijn natuurlijk met honderden te vermeerderen. Ik neem hier ter plaatse slechts één voor vele.

de ouderwetsche theorie geheel en al moet worden gebroken. Zij berust ook te veel op het denkbeeld van onderlingen strijd. De maatschappij is, of moet worden, één organisch geheel. Het beginsel, waarop zij berust, moet worden onderling dienstbetoon, liefderijke en vreedzame samenwerking, organisatie of regeling van den arbeid, aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van één voor allen, en van allen voor één. Zoodra men uitgaat van zulke grondslagen, is het ouderwetsche strafrecht in zijn geheel en onderbouw veroordeeld. Vormen wij allen één organisch geheel, dan vloeit daaruit voort een collectieve verantwoordelijkheid. Dan verdwijnt allengs ook het denkbeeld van absolute schuld van den eenling, van algeheele wilsvrijheid, trouwens ook met de resultaten van wetenschap en statistiek ten eenenmale in strijd. Dan vloeit verder uit die praemissen voort de collectieve verplichting tot opvoeding en verbetering der minderwaardige bestanddeelen, die zich in ons midden bevinden. Door langdurige afzondering, zonder veel meer, kan dit laatste — zoo leert de ervaring — niet worden bereikt. Uit dit alles volgt met onverbidde logica de noodwendigheid eener geheele hervorming van gevangeniswezen en strafrecht.

Maar de moeielijkheden aan zulk eene grondige hervorming verbonden zijn bijna ontelbaar. Vooreerst heeft men wel te onderscheiden tusschen de theorie en de praktijk; wel is waar zijn advokaten, rechters en rechtbanken gebonden aan de wet (mijns inziens moest aan rechters in 't algemeen een veel grootere vrijheid worden toegekend), maar wetsartikel en wetswijziging zijn twee, en in de praktijk van het strafrecht is soms een mildere, ook wel eens een strengere, geest merkbaar dan die welken het betrokken wetsartikel ingaf. Een bekend voorbeeld hiervan is het gratierecht bij de doodstraf, die ten



onzent eerst in 1870 werd opgeheven. Nadat de wet van 29 Juni 1854 het aantal gevallen beperkt had, waarin de doodstraf zou kunnen worden opgelegd, werd sedert dat jaar door bijna regelmatige toepassing van het gratierecht de toepassing van de doodstraf meer en meer zeldzaam. (1) Men heeft dus bij eene hervorming vóór alles te vragen wat de praktijk heeft geleerd, wat de resultaten zijn geweest van de toepassing der verschillende artikelen, en daaraan ieder artikel in het bijzonder te toetsen. — Maar er is veel meer. Elke wet moet in den grond steunen op de volksmeening, de volksovertuiging, hoe vaag zich deze soms ook moge uitspreken. Om één voorbeeld te geven, in verschillende lagen der maatschappij, zoowel in de hoogste (vooral bij personen, die godsdienstig en clericale beginselen zijn toegedaan) als in de allerlaagste zijn de begrippen van wraak, van oog om oog, tand om tand, van vergelding op wreede wijze, nog algemeen verbreid. Wil men het vergeldingsbeginsel bestrijden en aan de leer van verbetering algemeen ingang verschaffen, dan zal men ook in Nederland nog gedurende tal van jaren met de volksovertuiging der meerderheid hebben te strijden, men

---

(1) Zie D. SIMONS t. a. p. blz. 246. Zelfs in het altijd min of meer barbaarsche Rusland is er onderscheid tusschen theorie en praktijk van het strafrecht, zie b.v. over de vergripen tegen den «godsdienst» (staatsgodsdienst) de mededeelingen in: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart*, I. Bd., Berlin 1894, blz. 300. Dit laatste te vgl. met de hoogst merkwaardige mededeelingen over Russisch strafrecht in het algemeen, t. a. p. blz. 311—312. Rusland is in vele opzichten het land der tegenstellingen. Tegenover een nog vaak barbaarsch strafstelsel staat de meening van een Christen-anarchist als Tolstoï, die in zijn «Opstanding» eigenlijk alle recht van straffen aan den staat ontzegt. Zie daarover F. von Lissr, *Bulletin de l'Union Internat. de Droit Pénal*. XI, 4. Berlin 1903, blz. 268.

zal zich vooral hebben te wenden tot de meer verlichte, zachter oordeelende minderheid. En dit hangt weer nauw samen met volksonderwijs en ware volksontwikkeling. De begrippen moeten veranderen, opdat de wetgeving grondig kunne worden veranderd.

Gesteld dat het mogelijk zal wezen de meer verlichte begrippen van verbeteringsrecht, dus van gedwongen verbetering door staat en maatschappij, evenwel zonder opzettelijke leedaandoening en afschrikking, algemeen ingang te doen vinden, dan rijst de moeielijke vraag, hoe b.v. in Nederland een geheel hervormd stelsel in te voeren? Hier en elders heerscht een vrij ingewikkeld stelsel van wetgeving, en de wensch o.a. door OPZOOMER geuit, dat de wetgeving doorlopend onderworpen zou zijn aan de contrôle van eenige wijze en geleerde mannen, een wensch welks vervulling er toe zou leiden, dat voortdurend naar verbetering kon worden gestreefd, buiten oppervlakkige partijpolitiek om en alleen uitgaande van het meest verlichte gedeelte des volks — die wensch behoort nog altijd tot de vrome wenschen. Wij zijn dus aangewezen op de log werkende staatsmachine. Aangenomen zelfs dat een nieuw wetboek, goed overdacht en voorbereid door één uitstekend deskundige, kan worden ingediend, dan is dit weer onderhevig aan beoordeeling en wijziging en verminking door allerlei commissies, verder aan allerlei vooruit niet te berekenen stemmingen in de beide Kamers der Volksvertegenwoordiging, en natuurlijk daarna aan de goedkeuring der Kroon. Men zal toegeven dat deze wijze van doen een zeer omslachtige is, en nu heb ik slechts de hoofzaak genoemd. In ieder geval is het bij deze wijze van werken zeer goed mogelijk dat het wetsontwerp (tenzij vóór de stemming ingetrokken) op een zoo verminkte wijze uit de discussiën te voorschijn komt, dat de hoofd-

beginselen er van, het karakter der wet, niet meer zijn te herkennen. (1)

Dat het ouderwetsche strafrecht nog geen aanspraak kan maken op den naam eener stellige en strenge wetenschap, is door mij vroeger reeds herhaaldelijk betoogd. Het draagt nog veel te veel uitsluitend een beschrijvend karakter, en al wordt nu wel door vooruitstrevende geesten toegegeven dat zulk eene beschrijving van het jus constitutum samen moet gaan met een onderzoek naar het jus constituendum (2), toch is dit

(1) Ik verwijs hierbij vooral naar de verschillende verhandelingen van OPZOOMER over de achterlijkheid onzer wetgeving, die nog heden ten dage actueel zijn, als algemeene kritiek op onze wetten en op de praktijk onzer wetgeving. Uitvoerige cursussen over wijsbegeerte en wijsbegeerte van het recht dunken mij allereerst broodnoodig voor aanstaande juristen, ook als tegenwicht tegen het formalistische dat de rechtsstudiën aankleeft. Verder vooral cursussen in geneeskunde en psychiatrie, niet alleen als medicina forensis, enz. maar als algemeene opleiding. Derhalve eigenlijk een algeheele hervorming van het juridisch hooger onderwijs. Misschien zou de specialiseering, die later toch terstond in de praktijk optreedt, geheel achterwege kunnen blijven; maar dit brengt weer een geheele hervorming der z.g. faculteiten mee. Deze zouden haar karakter van vakscholen moeten verliezen, natuurlijk niet alleen wat de rechtsgeleerde maar wat alle studiën betreft. Een groot deel mijner geschriften is aan de uitwerking dezer denkbeelden gewijd.

(2) De wetenschap van het strafrecht heeft allereerst ten doel de beoefening en de verklaring van het geldende strafrecht. Zij moet daartoe de algemeene beginselen opsporen, welke aan de wettelijke voorschriften ten grondslag liggen, zoowel ten opzichte van de algemeene leerstukken als bij de bijzondere misdrijven; zij moet de gevonden beginselen formuleeren, tusschen de verschillende bepalingen het verband zoeken en deze in een systeem vereenigen om vervolgens in dat systeem aan de onderscheidene bepalingen hare plaats te geven . . . . . Doch de strafrechtswetenschap mag zich tot deze eng omschreven taak niet beperken. Niet alleen het geldende recht, maar ook het wordende recht behoort tot haar terrein, enz. enz. D. SIMONS t. a. p. blz. 3.

niet algemeen het geval en wordt ook dit jus constituendum nog te veel als een bijzaak beschouwd, terwijl men het, en dit is het ergste, nog lang niet over de grondbeginselen daarvan ééns is. Het wordt ook veel te veel beschouwd als een onderafdeeling, als een bijzonder gedeelte van de rechtsstudiën, terwijl het toch in geheel zijn geschiedenis en ontwikkeling niet kan worden gescheiden van alle andere takken van studie, ten nauwste samenhangt met onze geheele levens- en wereldbeschouwing, en ten eenenmale afhankelijk is van de maatschappelijke en staatkundige toestanden, van de economische factoren bovenal, die onze maatschappij in 't algemeen en de verschillende natiën in het bijzonder beheerschen. Het mist een opbouwend karakter, het is bijna geheel van negatieven aard, en kan hoogstens worden genoemd een hier goed, elders minder goed, weer elders bijna geheel ongeordend (1) stel van wettelijke voorschriften, waardoor in den loop der tijden de maatschappij en hare uitvoerende machten zich hebben trachten te beveiligen tegen overtredingen van hetgeen men, met een al te vleienden naam, de rechtsorde noemt. De invloed der statistiek, en het optreden van geneeskundigen en menschevrienden, niet het minst in Italië, heeft nu allengs het ouderwetsche strafrecht ver-

---

(1) Zie b.v. in het meermalen aangehaalde werk over Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, I. Bd. blz. 659 de beschrijving der strafbare handelingen tegen vermogensrechten in Engeland, waar wij lezen: Kein Teil des englischen St. R. befindet sich in einem so chaotischen Zustande wie die Bestimmungen über Diebstahl und Unterschlagung (larceny). Een betere codificatie en internationale regeling ook van het Engelsche meestal niet gecodificeerde recht dunkt mij een eisch des tijds. Ik zal dit vraagstuk in een afzonderlijk Engelsch werk over volkenrecht en internationaal recht behandelen. Hier kan het niet worden uitgewerkt.

anderd in een soort van wetenschappelijk studieveld, maar het einddoel van deze beweging is nog lang niet bereikt. Vooral moet worden gebroken met eene afzonderlijke behandeling van het strafrecht. De dwang immers is bij alle recht aanwezig; zonder een zekeren dwang is het strenge recht niet mogelijk of bestaanbaar (1), en wat men strafrecht noemt kan men misschien beter beschouwen als de keerzijde, als de noodwendige aanvulling van alle recht, van elk wettelijk voorschrift. Het recht is te veel, dikwijls kunstmatig, in onderdeelen uiteengerukt, en zijne beoefening zal winnen zoodra men het meer dan tot dusver zal gaan beschouwen en bestudeeren als één, onverbrekkelijk geheel. Toegepast op Nederland, zal men vooral ook te rade moeten gaan met de waarschuwingen, herhaaldelijk door een rechtsgeleerde en wijsgeer als OPZOOMER geuit, die niet ophield te wijzen op den gebrekkigen en onsamenhangenden toestand van een groot gedeelte onzer wetgeving. Aan onze achterlijkheid in de kunst van wetgeving is door hem zelfs een afzonderlijk geschrift gewijd. Nu is dit wellicht overdreven omdat eene vergelijking met het buitenland leert, dat wij volstrekt niet in elk opzicht achterlijk zijn; zelfs is het voorbeeld van Nederland wel eens aangehaald door gezaghebbende buitenlandsche

---

(1) Recht, definieert SALKOWSKI, ist der Inbegriff der mit äusserem Zwange ausgestatteten Regeln für das Zusammenleben der Einzelnen und deren äussere Handlungen in einem Gemeinwesen», Lehrbuch der Institutionen, Leipz. 1880, § 2. Zooals men weet onderscheiden GAJUS en de Instituten als volgt: Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Actio, zeggen de Instituten, nihil aliud est, quam jus persequendi iudicio, quod sibi debetur. In zulke definities ligt reeds de nauwe samenhang tusschen strafrecht en alle ander recht opgesloten.

deskundigen. (1) En ook moet, wat het strafrecht aangaat, worden erkend, dat onze nieuwste strafwet en strafwetgeving in het algemeen een zeer degelijk, ernstig en weldoordacht stuk werk is geweest, waaraan jarenlang met groote kennis en toewijding is gearbeid. Maar daarom rust wellicht nog des te meer op ons de plicht om de beginselen te herzien, nu zij ondoeltreffend zijn gebleken.

## HOOFDSTUK II.

### *Verbeteringsrecht.*

Wanneer ik in dit hoofdstuk het verbeteringsrecht wil stellen tegenover het thans nog geldende strafrecht, dan wil ik daarmee volstrekt niet beweren, dat dit een uitvinding zoude zijn van den nieuweren tijd. Integendeel, het denkbeeld zelf is altijd voorgestaan door verlichte rechtsgeleerden en wijsgeeren. Zoo door HUGO DE GROOT, ofschoon met groote gematigdheid. Als doel van de straf wordt door hem uitdrukkelijk uitgesloten wraak of vergelding, als zijnde wel eene maatschappelijke neiging, maar geen maatschappelijke, en bovendien voor veredeling

---

(1) Holland is one of the countries, zegt E. C. WINES, which has felt most strongly the impulse recently given to penal and penitentiary reform, and has shown herself most active in pushing forward the work within her domain. The work has been carried forward in two directions, namely, the reform of the penal code and the reform of the penitentiary system», The state of prisons etc. etc. Cambridge 1880, blz. 392. — Het Ned. strafwetboek is, met dat van Hongarije, de hoofdbron geworden voor de strafwethervorming in Bulgarije, zie: Die Strafgesetzgebung der Gegenwart. II. Bd. Berlin 1899, blz. 485. En zoo zou men veel meer kunnen aanhalen.

door de rede onvatbaar. (1) GROTIUS drukt zich evenwel vaak aarzelend en voorzichtig uit, en dit is ook merkbaar in zijne beroemde definitie van de straf als een *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, die later veel herhaald is en waaruit men tot zekere hoogte zou kunnen afleiden dat hij de theorie der vergelding is toegedaan. Hoe dit zij, in elk geval was hij voor zijn tijd ook op dit bijzonder terrein een hervormer en ging hij zeker niet mede met het toen nog zoo barbaarsche strafrecht, dat de afschrikkingstheorie toepaste op een wijze duidelijk in de jaarboeken der geschiedenis vermeld.

Nog uitdrukkelijker dan H. DE GROOT kunnen wij den edelen C. BECCARIA een voorstander noemen van verbeteringsrecht, en een voorlooper der door ons voorgestane hervormingen. In zijn uitmuntend geschrift zegt hij woordelijk: Opdat de straf niet een gewelddaad zij, die één enkele of velen aan een burger begaan, moet zij ten eerste openbaar, ten tweede snelwerkend, ten derde noodzakelijk, ten vierde zoo zacht als de omstandigheden het toelaten, ten vijfde in overeenstemming met het misdrijf, ten zesde door de wet voorgeschreven zijn. (2) Dit is wel niet volledig wat wij wenschen, maar in hoofdzaak komt dit alles, goed uitgevoerd, op verbetering neer. Toch werd vóór zoowel als na de Fransche omwenteling en hare verstrekkende gevolgen volstrekt nog niet het recht, nog veel minder de plicht, van staat en overheid om den misdadiger te verbeteren ingezien.

---

(1) Zie Mr. S. POLS, Leiddraad bij de voorl. over strafrecht, 's-Gravenhage 1889, blz. XVI, vgl. evenwel de opmerkingen van v. KIRCHMANN, Des H. GROTIUS drei Bücher, u. s. w. II. Bd. Berlin 1869, blz. 40.

(2) Ueber Verbrechen und Strafen. Uebers. von J. GLASER, Wien 1851, blz. 108. Zie ook de inleiding blz. XXII, over BECCARIA's strijd tegen de doodstraf.

Men trad bijna uitsluitend van particuliere zijde op. Aan de zedelijke verbetering van de gevangenen werd van regeeringswege weinig of niets gedaan. Het in 1823 opgerichte Genootschap tot zed. verb. van gevangenen belastte zich met de zorg o.a. voor onderwijs en lectuur, welke eerst later door de regeering werd overgenomen. (1) Hoe kan dit ook anders? De algemeen heerschende opinie was toen zeer zeker dat het alleen door den zedelijken dwang der strafwetten is, dat de mensch van het misdoen kan worden teruggehouden. Met verwondering vertelt ons nog in 1860 VAN DEINSE dat er personen zijn, die in den misdadiger niets anders zien dan een zedelijk gevallen natuurgenoot, die medelijden verdient, ja die recht heeft te vorderen, door den staat te worden verbeterd. Zulke denkbeelden, thans door velen gedeeld en met ijver in Amerika en Europa verkondigd, werden een halve eeuw geleden algemeen voor zeer zonderling gehouden (2).

Sedert een halve eeuw vooral zijn de begrippen veranderd, maar tegelijk met het optreden der verbeteringstheorieën, als het ware in nieuwen vorm gekleed, trad

(1) D. SIMONS t. a. p. blz. 250.

(2) A. J. VAN DEINSE, De algemeene beginselen van strafregt. Middelburg 1860, blz. 25—26: Dit stelsel werd voorgedragen door EDUARD LIVINGSTON, in zijn Rapport sur le projet d'un code pénal, etc., nader verdedigd door CH. LUCAS, en ijverig voorgestaan door VARRENTRAP, CHRISTOPHE MOREAU en zoo vele anderen. Zie ook t. a. p. blz. 403. Dat het afschrikkingsstelsel in landen zooals Ecuador, onder den invloed der Jezuitenorde, ten toppunt is gedreven, zoodat b.v. de voorschriften over de doodstraf «an die Blütezeit der Inquisition erinnern», geeft stof tot nadenken. Zie hierover in bijzonderheden G. CRUSEN, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart. II. Bd. Berlin 1899, blz. 25 vlg. Men ziet hieruit dat Amerika volstrekt niet in elk opzicht Europa vooruit is.



de levendige en bewegelijke Italiaansche school op, die wel is waar niet hetzelfde program verkondigde, maar toch door haar bestrijden van de afschrikkingstheorie mede den stoot gaf tot allerlei hervormingen. LOMBROSO kreeg veel invloed. Volgens hem heeft een zekere klasse van misdadigers geen sympathische gevoelens. Medelijden is het sterkste van deze gevoelens. De echte, de geboren misdadiger voelt geen medelijden. Zulke theorieën, door een macht van feiten gesteund, brachten reeds veel hervorming teweeg. Toch zijn zij misschien niet vrij te pleiten van eenzijdigheid en overdrijving. Men heeft nog niet kunnen bewijzen dat verbetering volstrekt geen vat heeft op de schijnbaar meest bedorven gemoederen. (1)

Men moet dus voorzichtig wezen, en wanneer men het recht tot verbetering als algemeenen grondslag wil stellen, reeds bij voorbaat aannemen dat, gegeven de velerlei klassen onzer maatschappij en de groote verscheidenheid en ontaarding der menschen, die verbetering in tal van graden zal moeten worden verdeeld en opgevat. Vele min of meer vooruitstrevende criminalisten schijnen huiverachtig om hier partij te kiezen, om zich beslist

---

(1) Die Abschreckungstheorie rechnet nicht mit den Hauptthatsachen der Kriminalpsychologie. Wenn die Vorstellung eigener künftiger Leiden und Freuden nicht hemmend auf die begehrliehen oder wilden Instinkte des Verbrechers wirkt, so bestimmen ihn noch weniger sympathische Gefühle . . . . . das Mitleid ist das stärkste dieser Gefühle . . . Der Verbrecher fühlt kein Mitleid», enz. enz. enz.

H. KURELLA, Naturgeschichte des Verbrechers, Stuttgart 1893, blz. 231 vlg. Een uitmuntend werk, waaruit meer te leeren is dan uit honderden van schematische en formalistische strafwetten. De behandeling b.v. van den staatkundigen, van den letterkundigen misdadiger, om 't zoo uit te drukken, is dikwijls verrassend, ik herinner aan hetgeen in dit boek gezegd wordt over de Commune, over PAUL VERLAINE, en zooveel meer.

uit te laten over verbetering als eenig en uitsluitend einddoel. Een bekend deskundige, wiens werk ik reeds meermalen aanhaalde, erkent dat onze gevangenisstraffen, een volkomen ondoeltreffend middel zijn om de maatschappij tegen anti-maatschappelijke gedragingen te beschermen, en een volkomen ongeschikte maatregel tegenover de personen zelf. Hij wenscht dus een werkelijk doelmatige en tegelijkertijd humaner strafrechtspleging. (1) Maar dan is het toch een hinken op twee gedachten wanneer dezelfde schrijver, op een andere plaats van zijn werk, waar hij over een goede straf handelt, betoogt, dat zulk een doeltreffende straf, al ligt haar eerste doel niet in verbetering, toch, indien eenigszins mogelijk, ook aan dat doel moet worden dienstbaar gemaakt. Verbetering zou zoodoende als een onbeteekenend bijzaakje kunnen worden beschouwd, in plaats van als hoofdzaak. (2) Het is waar dat men zich steeds voorzichtig moet uitlaten, waar het de praktijk der hervormingen betreft, dat de verschillende landen groote verschillen opleveren (b.v. in klimaat, temperament, enz.), en dat men niet kan afbreken zonder in bijzonderheden den weg aan te geven, waarlangs kan worden opgebouwd, Omtrent negatieve resultaten bestaat ook veel grooter

---

(1) D. SIMONS t. a. p. blz. 136. Zie ook het art. van denzelfde in T. v. S. «naar aanleiding van het Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch».

(2) D. SIMONS, t. a. p. blz. 243. Vgl. in hetzelfde werk blz. 135 noot, waar de strijd over gewoon gesticht, bijzonder gesticht, en annexen aan krankzinnigengesticht of gevangenis, misschien te veel als bijzaak behandeld wordt. Men zal zeggen dat dit alles behoort tot het jus constituendum. Hiertegenover stel ik dan weer dat vooral de hoogeschole veel meer dan thans geschiedt den stoot moeten geven tot algeheele hervorming zoowel van strafrecht als van alle ander recht.

overeenstemming dan omtrent positieve maatregelen. Zoo bestaat er vrij wel eene communis opinio over het ondoel-treffende en schadelijke eener langdurige vrijheidsbe-rooving. Nog onlangs werd dit door een Amerikaan luide verkondigd. Hij beschuldigt de criminologen, dat zij zich den verderfelijken invloed niet duidelijk hebben gemaakt, dien een lange vrijheidsstraf op de constitutie van den misdadiger uitoefent. Hij toont aan, hoe de misdadiger door de gevangenis ziek wordt gemaakt, hoe langdurige afzondering van een krachtig en gezond persoon een ellendig wrak kan maken; in het kort, hoe volkomen ondoelmatig en schadelijk het is, een groote categorie van personen gedurende een langen termijn in gevangnissen te isoleeren. Uit dit alles en nog zoo-veel meer volgt dat het ook in het welbegrepen belang der maatschappij is, een volledig stelsel van verbetering zoo spoedig mogelijk in te voeren. (1) Wil men nu in plaats van verbetering spreken van opvoeden, dan is dit meer een verschil van woorden dan van de zaak zelve. Immers alle goede opvoeding moet verbetering beoogen. En alle verbetering moet een paedagogisch, een opvoedend karakter dragen. Wie dus opvoeding van gevangenen wenscht is een voorstander van het verbe-teringsrecht der maatschappij. (2)

---

(1) Men zie het belangrijke art. van M. J. FLYNT «Tramping with Tramps», in Ztschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, XXIV, 1. Berlin 1903, blz. 136, blz. 145, passim. Met andere woorden wordt hetzelfde beweerd door een bekwaam deskundige ten onzent, wanneer hij er op wijst hoe bedroevend de fysieke, intellectuele en moreele achteruitgang is, welke veelal bij aanvankelijk gezonde krachtvolle en opgewekte individuen, na een langdurig verblijf in de cel, wordt geconstateerd, zie D. O. ENGELEN in Rechtsg. Mag. XIX (1900), blz. 280.

(2) Naar mijn meening, zegt A. DE GRAAF, die door zijne uitmun-tende Ned. bewerking van het Elmira-stelsel, onder den titel van

Verbetering en opvoeding. Dit zijn dus de twee beginselen, nog liever het eene beginsel, dat in plaats van het ouderwetsche thans vrij wel overal (met uitzondering van enkele plaatsen in Amerika) heerschende strafrecht moet worden gesteld. In een ideaal strafwetboek moeten, zooals het reeds door de anthropologen der Italiaansche school is uitgesproken, eigenlijk de woorden „schuldig” en „straf” niet meer voorkomen. Men kan dit ook zóó formuleeren dat er alleen moet worden uitgemaakt, welken verdedigingsmaatregel de staat door middel van den rechter op den bedrijver van een feit zal moeten toepassen; doch het is beter van opvoeding en verbetering te spreken, omdat dit positieve begrippen zijn, en wij verder moeten gaan dan alleen aan te nemen een soort van verdedigingsrecht der maatschappij. (1) Men geloove echter niet dat het vraagstuk nu gemakkelijker geworden is, dat de naam verbeteringsrecht in plaats van strafrecht nu als door een tooverslag alle moeielijkheden opheft. Volstrekt niet. De moeielijkheden worden verplaatst, maar niet opgeheven. Wanneer men b.v. voor zekere categorieën van personen, in het bijzonder sexueele misdadigers, daders van misdrijven tegen de zeden, volgens de in menig opzicht verouderde en ondoeltreffende

---

«Opvoeding van gevangenen», zulk een nuttigen stoot gaf — heeft men bij het straffen de keuze tusschen: straf = marteling, of straf = opvoeding. Een derde is er niet. — *Vragen des Tijds*, Juli 1899, blz. 28. Dit is bondig en afdoende gezegd, en bevat eigenlijk in nucleo het geheele vraagstuk.

(1) Volgens hem (FRANCIS WAYLAND) moet men de grondstelling volgen: the character of the offender, not the character of the offence, should determine the duration of the imprisonment. In die stelling ligt de nieuwe opvatting van het strafrecht opgesloten», enz. enz. J. DOMELA NIEUWENHUIS, *De studiereis van den Amtsrechter Dr. ASCHROTT*, in: *T. v. S.* IV (1890), blz. 43—44.

bepalingen onzer strafwetboeken, een stelselmatige behandeling in streng geleide ziekenhuizen voor zenuwzieken in plaats van gevangenisstraf noodig acht, (1) dan zijn reeds daardoor de moeielijkheden verdubbeld of verdriedubbeld, tenzij men kan aannemen, dat in de opvoedingsgestichten der toekomst afzonderlijke afdeelingen voor geneeskundige behandeling van dergelijke zieken kunnen worden aangebracht. Dit is een der moeielijkste onderafdeelingen van ons geheele vraagstuk.

Het recht van straffen der maatschappij, dat is der overheid die haar vervangt, dat is van ons allen, want in eene goedgeordende maatschappij wordt de overheid door allen aangewezen of gekozen, vervalt derhalve omdat het opzettelijk aandoen van leed niet verbetert, omdat wij eigenlijk ook ons zelf bestraffen door anderen te straffen (en welk een dwaasheid ware dit), omdat de maatschappij niets anders is dan een organisch geheel, welks meerderwaardige leden het recht en den plicht hebben, de minderwaardige leden op te voeden en te verbeteren. Recht en plicht vallen hier samen. Want absolute vrijheid, iets als STIRNER'S Der Einzige, moge in het verward brein van zoogenaamde anarchisten als

---

(1) Als één voorbeeld, uit duizenden, leze men het rapport van A. COUVÉE en C. WINKLER in de Psych. en Neurol. Bladen, Amst. Maart, April 1903, blz. 185, waar de volgende conclusie wordt medegedeeld: van geneeskundig standpunt uit gezien, is verbetering van dien toestand niet onmogelijk te achten. Maar die verbetering is niet te verwachten van een gevangenis-régime, evenmin van behandeling in een krankzinnigengesticht, maar van behandeling in een streng geleid ziekenhuis voor zenuwzieken, waar een flinke koudwaterbehandeling, krachtige voeding, gymnastiek, . . . . . eenige kans zou bieden om zijn neurasthenie en daarmee zijn willoosheid te verbeteren», enz. enz. Ook de studie der werken van KRAFFT—EBING e. a. is in dit opzicht onmisbaar.

droombeeld kunnen voortwoekeren, het is voorshands een onding, dat wij nooit kunnen bereiken. Het is hoogstens een ideaal, dat wij kunnen benaderen. De georganiseerde maatschappij, of staat (om hier tegelijk sociologisch en politiek te spreken) legt dus de hand op het minderwaardige individu, en dwingt hem of haar, zich aan een stelsel van verbetering te onderwerpen. Hieruit volgt: vrijheidsberooving, gevangenneming. Dit moet voorafgaan, wil er daarna sprake zijn van verbetering. Wij kunnen ons een toestand denken, waarin de meeste misdaden worden voorkomen, maar dit is slechts een einddoel, voorloopig onbereikbaar. Dus nemen wij als regel het bedwingen der misdaad, en het verhinderen en voorkomen van volgende misdaden. De verbeterde misdadiger zal zich, negatief, van misdaad onthouden, en tevens als het eenigszins mogelijk is, positief, door zijne opvoeding in staat zijn gesteld, voortaan op maatschappelijke wijze te arbeiden en te leven.

Uit het recht en de plicht der maatschappij tot dwangopvoeding, tot dwangverbetering, zal op den duur ook moeten voortvloeien, dat uit onze en uit andere wetboeken (die meer en meer moeten overeenkomen, om eindelijk te komen tot een zuiver internationaal verbeteringsrecht) allerlei thans nog geldende vrij willekeurige en in den grond der zaak zeer onwetenschappelijke indeelingen van de „strafbare feiten” verdwijnen. Wanneer wij de definitie van een „strafbaar feit” lezen als een „door de wet verbonden en strafbaar gesteld, met schuld „in verband staand handelen of nalaten van een toe- „rekeningsvatbaar persoon”, dan is dit heel scherpzinnig geformuleerd, maar een dieper inzicht leert ons, dat bijna elk woord van deze definitie geen stand kan houden voor een grondige en diepzinnige, wijsgeerige kritiek. Datzelfde geldt van de verdeling der strafbare

feiten. De vroegere juristen hebben onderscheiden: crimina atrocissima, atrocita en levia. De Code Pénal maakte een indeeling in crimes, délits, contraventions, misdrijven, wanbedrijven en eenvoudige overtredingen. De Code Pénal Belge en het Duitsche Strafwetboek, evenals het Oostenrijksche van 1852, kent eene drieledige verdeeling. Ten onzent is, zooals men weet, een tweeledige verdeeling ingevoerd tusschen misdrijven en overtredingen, (1) maar er kan geen sprake zijn van eene werkelijk verkregen overeenstemming, en op goede gronden kan vaak worden aangetoond dat deze geheele kunstmatige indeeling vrij willekeurig is en alleen een betrekkelijke en praktische, maar geen volstreckte en wetenschappelijke waarde heeft. Het gebouw op een dergelijken grondslag opgetrokken heeft dus ook slechts een zeer betrekkelijke waarde. Bij de veroordeeling en beoordeeling van minderjarigen en kinderen begint men dit reeds ten onzent en elders, hoewel op bescheiden schaal en uiterst voorzichtig, in te zien. Zoodra echter het alleenheerschende beginsel zal worden: opvoeding en verbetering van allen, zal ook op alle zoogenaamde misdadigers, op alle meerderjarigen, een stelsel van verbetering moeten worden toegepast. (2)

---

(1) Zie over dit alles uitvoeriger D. SIMONS t. a. p. blz. 76 en vlg. «Het beginsel (zegt hij) waarvan bij de onderscheiding is uitgegaan is dus onjuist, en de met haar in verband gebrachte praktische gevolgen kunnen door dat beginsel, dat slechts de moreele, niet de rechtskundige waardeering van het strafbare feit raakt, allermint worden gerechtvaardigd», enz. enz. t. a. p. blz. 79.

(2) Door de wet worde aan het openbaar gezag de bevoegdheid gegeven, zegt D. O. ENGELEN, verwaarloosde kinderen (ook buiten veroordeeling) te dwingen, aan eene opvoeding van anderen dan de ouders zich te onderwerpen», Rechtsg. Mag. XIV blz. 409. Ten onzent nam de Minister CORT VAN DER LINDEN de zaak ter hand, en onder zijn bewind werd vastgesteld de wet van 12 Februari 1901,

Dat men van minderjarigen moet uitgaan is volkomen juist, omdat de misdadige jeugd later kan leiden tot een misdadig geslacht. Maar men mag zich allerm minst daartoe bepalen. Vele volwassenen in lichaam zijn kinderen in het verstand. Een juiste grens is eigenlijk nooit te trekken. In den diepsten en meest wijsgeerigen zin des woords zijn alle daders van wanbedrijven en misdaden zieken, die door de gemeenschap moeten worden behandeld, tot gezonde menschen opgevoed, zooveel mogelijk verbeterd.

Nu zegt evenwel een gedeelte der anthropologische school, wier methode ik later zal bespreken, dat er eene bepaalde categorie van personen is, voor wie verbetering onmogelijk moet worden geacht. Onze theorie komt zodoende in botsing met de theorie van den geboren misdadiger. Zijn de feiten en redeneeringen van geleerden als LOMBROSO, KURELLA en hunne aanhangers, schrijvers eener reeks van voortreffelijke geschriften, volkomen juist, dan zou de verbeteringstheorie, hoe goed overigens in 't algemeen, voor die bepaalde categorie van personen onbruikbaar zijn.

Volgens zeer nauwkeurige onderzoekingen, o. a. van KURELLA, hebben wij bij de „onverbeterlijken” te doen met een soort van „type”, een soort van „variëteit”. Ik haal een belangrijke plaats uit zijn Duitsch werk on-

---

*Stbl.* 63. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van het kind is dus geheel afhankelijk gesteld van de vrije appreciatie van den rechter, in deze slechts gebonden aan zijn eigen oordeel. De vraag der toerekenbaarheid is vervangen door deze andere: «welke is de voor het kind gewenschte maatregel», D. SIMONS t. a. p. blz. 143—144. Daarna zijn onder Minister LOEFF de tuchtscholen aangenomen, allen pogingen en stappen in eene betere richting, die evenwel gepaard moet gaan met eene algeheele hervorming der gevangenen tot verbeterings- en opleidingsgestichten.



vertaald aan. Auch nach Ausschaltung aller Irren, Epileptiker, Hysteriker, Idioten und Imbecillen aus den Strafanstalten (zegt hij) bleibt eine grosse Zahl von Verbrechern übrig, die den ererbten oder erworbenen Keim der Geistesstörung in sich tragen, die, nach dem Ausdruck Kochs, psychopathisch belastet oder disponiert sind. Die Kenntniss dieser Zustände ist durch den Einfluss der kritiklos überlieferten Entartungstheorie so sehr in ihrer Entwicklung gehemmt worden, dass eine Grenzbestimmung zwischen dem Gebiet des gebornen Verbrechertums und ihrem Gebiet der Zukunft überlassen bleiben muss. So schwierig eine Abgrenzung auch ist, identisch sind beide Erscheinungsgruppen keineswegs. Der Kern des Gewohnheitsverbrechertums entspricht dem von LOMBROSO aufgestellten Typus, der sich als eine Varietät der heutigen europäischen Bevölkerung darstellt, charakterisiert durch ein unter der Norm liegendes Volumen von Schädelhöhle und Gehirn, namentlich durch geringe Entwicklung des Stirnlappens, und pithecoïde Eigentümlichkeiten der Windungsanordnung, ferner durch eine Reihe zum Teil verborgener Varietäten, die ich als primatoid zusammengefasst habe, und durch eine Reihe biologischer und psychologischer Eigentümlichkeiten aus angeborener Disposition, die in ihrer Gesamtheit ein charakteristisches, von den Erscheinungsformen erblicher psychopathischer Degeneration durchaus verschiedenes Bild ergeben. (1)

---

(1) H. KURELLA, Naturgeschichte des Verbrechers, Stuttgart 1893, blz. 260—261. Het oordeel van CH. FÉRÉ is zeer voorzichtig geformuleerd: «Les seuls faits positifs que nous ayons eu à relever jusqu'à présent sont les suivants: 1<sup>o</sup>. La criminalité est souvent associée aux dégénérescences physiques et psychiques. 2<sup>o</sup>. La criminalité et les dégénérescences ont souvent une hérédité commune. On peut ajouter que certaines conditions en apparence accidentelles des géné-

Op een andere wijze uitgedrukt en geformuleerd, behoort de theorie van den geboren misdadiger, den delinquente nato, dat is ongeveer gelijk met den onverbeterlijke, tot de misdadigerszielkunde of crimineele psychologie. Als kenmerken heeft men gewezen op het parasitisme (vagabondage) van deze kategorie van personen, op de eerloosheid en den leugengeest die reeds van kindsbeen af bemerkbaar is, op de beroepsmisdadigers met hun traditie, hun techniek en hun bijzondere taal (bargoensch, jargon, enz.), op het ontbreken van alle moreele begrippen en het gebrek aan sympathische gevoelens, en dgl. meer. Zooals men weet heeft zich over dit vraagstuk en aanverwante problemen een geheele literatuur ontwikkeld, wier hoofdresultaten ieder beoefenaar van het strafrecht nauwkeurig kennen moet.

Maar de verbeteringstheorie, en daarop komt het in dit hoofdstuk uitsluitend aan, wordt door deze resultaten volstrekt niet omvergestooten. Integendeel, zij kan zeer goed een *modus vivendi* vinden met de theorieën en resultaten van LOMBROSO, KURELLA, BENEDIKT, FÉRÉ, FERRI, MITTELSTÄDT, GAROFALO, en zoovele andere buiten-

rateurs peuvent donner naissance soit à des dégénérés, soit à des criminels, par exemple l'alcoolisme, l'âge avancé au moment de la conception (MARRO), les mauvaises conditions hygiéniques de toutes sortes», enz. enz. Dégénérescence et criminalité. Essai physiologique. Paris 1888, blz. 70. Een Belgisch deskundige op het gebied van het gevangeniswezen velt het volgende algemeene oordeel: «que la masse des délinquants se recrute dans cette classe de la société où la misère a pour cause, tantôt un développement physique et moral défectueux, tantôt l'inconduite..... Vient ensuite une autre catégorie entraînée au mal par l'affaiblissement ou l'oubli des principes religieux et moraux..... Il est une troisième catégorie qui comprend les êtres pervers, ce sont les plus dangereux mais aussi les moins nombreux..... Ainsi l'immense majorité comprend des «hommes faibles, des incapables, des pauvres», J. STEVENS, Les prisons cellulaires en Belgique, Brux. 1878, blz. 238—239.

landers, die zich òf uitsluitend op psychiatrisch standpunt hebben geplaatst òf aan dat standpunt een overwegende plaats hebben toegekend in hunne overwegingen.

Ook ten onzent komen de psychiaters, zij het ook uit den aard der zaak veel te langzaam, meer en meer den rechtsgeleerden tegemoet, en is geen scherpe grenslijn meer tusschen de vooruitstrevende criminalisten ter eene zijde en de geneeskundige specialiteiten ter andere. Op de grenslijn tusschen het oude stelsel: afschrikking, en het nieuwe: verbetering, ligt een derde mogelijkheid: onschadelijkmaking. Welk voorstander der verbeteringstheorie zal aan een woord blijven hangen? Wie zal ontkennen, dat onschadelijkmaking, eventueel door levenslange opsluiting of afzondering, als noodzakelijk kwaad, het eenige is dat er overblijft bij die personen, van wie werkelijk gebleken is dat zij voor de gemeenschap onduldbaar en voor alle verbetering onvatbaar zijn?

Juist wanneer men eene nauwkeurige studie maakt van de geschriften van hen, die zoowel theoretisch als practisch hun leven hebben gesleten met de studie der criminaliteit (en daartoe behoort de meermalen aangehaalde KURELLA in hooge mate), zal men ontwaren dat de psychiaters en psychologen, mits zij consequent doorredeneeren, in beginsel met de verbeteringstheorie zullen kunnen meegaan. Wanneer men de duizenderlei factoren bestudeert, die leiden tot misdadigheid, de overerving, de praedispositie, het misdadige milieu, en zooveel meer (waartoe ook behoort hetgeen men tegenwoordig met een Franschen term la psychologie des masses noemt), dan zal men juist daaruit de conclusie trekken, dat verbetering op groote schaal, en door allerlei middelen, het doel is, dat moet worden nagestreefd.

Immers, zelfs bij de diepstgevallen en meestontaarde individuen, zal toch misschien door doelmatige behande-

ling eenige, zij het ook geringe verbetering kunnen worden aangebracht. Hunne misdadigheid, hunne onverbeterlijkheid, is toch altijd terug te brengen tot twee hoofdoorzaken; vooreerst hunne geestelijke en lichamelijke constitutie, van een monistisch standpunt één, en ten tweede het milieu dat hun veroorlooft toe te geven aan hunne slechte neigingen, of hoe men ook hunne meest door recidieve gekenmerkte misdadigheid wil betitelen. Welnu, wie zal a priori willen beweren dat de staat en maatschappij der toekomst door gedwongen verbeteringsmaatregelen daarin niets zal kunnen wijzigen? Door een reeks van goede geneeskundige handelingen zal het lichaam ook der meest ontaarden kunnen worden verbeterd, aan orde en reinheid gewend, tot geregeld en arbeidzaam leven opgewekt kunnen worden (1), terwijl tegelijkertijd gedwongen maar doelmatige en ontwikkelende arbeid onder goed toezicht en in een niet geestdoodend en geestverstompd milieu het overige zal kunnen doen. Voorzeker zal men ook bij langdurige behandeling van zulke meestontaarde natuurgenoeten nog geen normale en edele menschen kunnen maken. Maar dat er eene klasse van absoluut onverbeterlijken, in alle landen, zou bestaan is reeds daarom nog geen wiskundig vast-

---

(1) Verrassende resultaten levert o. a. de behandeling te Elmira op, waaromtrent ik verwijs naar de jaarlijksche rapporten, vooral die van de medici. Daartegenover moet weer gesteld het oordeel van een man als KURELLA, die uitdrukkelijk zegt: *Der Optimismus, mit dem einige moderne, von edler Humanität erfüllte Juristen eine Abnahme der Kriminalität von einer öffentlichen Fürsorge für verwahrloste Kinder erwarten, dürfte an der Unüberwindlichkeit der angeborenen Veranlagung in den meisten Fällen scheitern*», t. a. p. blz. 152. De waarheid zal hier wel in het midden liggen, en verder zal de praktijk der toekomst en de statistiek moeten aantoonen wie hier het meest de waarheid benadert. Zie nog KURELLA, t. a. p. blz. 135 en blz. 199.

staand feit, omdat de verbetering van die allen, in den zin zooals wij dat bedoelen, vroeger bijna nimmer beproefd is. Het ouderwetsche strafrecht heeft die individuen onschadelijk gemaakt, maar hoogst zelden zelfs gedacht aan de mogelijkheid hunner verbetering.

Het nieuwerwetsche strafrecht, of verbeteringsrecht, heeft eigenlijk nog nergens officieel zijn intrede gedaan, behalve in de Elmira-gevangenis of liever het ELMIRA-verbeterhuis in den staat New-York, en in de Amerikaanse verbeterhuizen die naar het model van ELMIRA zijn ingericht. In een later hoofdstuk zal ik dit onderwerp opzettelijk behandelen; hier vermeld ik alleen dat diegenen die men in het Elmira-stelsel voor onverbeterlijken houdt, een betrekkelijk zeer klein aantal, uit de verbeterinrichtingen worden verwijderd en naar gevangnissen overgebracht. Ik laat deze maatregel buiten bespreking, maar het dunkt mij niet vreemd dat zelfs het bestbedoelde stelsel zal falen tegenover enkelen. Ook vergete men niet dat het verbeteringstelsel nog geen halve eeuw oud is (1). Trouwens, uitzonderingen zullen altijd blijven

(1) Practically, the Elmira System needs to be supplemented by a finality of perpetual imprisonment for a small class of incorrigibles, who, for various reasons, cannot safely be restored to social life in the community. At present, these incorrigibles, if found in reformatories of the Elmira type, are sent to prisons like ours at Charlestown, or the old one at Auburn, N. Y., whence they may go out at the end of their maximum time. . . . But within the limits of the corrigible, Elmira would seem to have reached almost the attainable. . . . it has secured for twenty years past the astonishing percentage of more than seven reformations out of every ten persons properly subjected to its reformatory discipline; whereas, formerly, no prison could honestly claim to have reformed three out of every ten. And it has received. . . . the sincere flattery of imitation in all the regions of this country, and in many parts of Europe (? dit laatste mij onbekend). — 5th Series, Papers in penology. February 1900, published by N. York State Reformatory, ELMIRA N. Y., bl. 29.

bestaan. De hoofdvraag is en blijft, of niet voor de meerderheid in plaats van het thans bestaande strafstelsel een weldoordacht stelsel van rationeele verbetering kan worden ingevoerd. Omtrent die hoofdvraag bestaat geen twijfel meer, na de ondervinding in Amerika opgedaan.

Wanneer instellingen door alle weldenkende en vooruitstrevende geesten als onvoldoende en schadelijk zijn erkend, dan rust op die vooruitstrevenden de plicht niet te rusten voordat die instellingen zijn afgeschaft en door betere vervangen. Welnu, dit geldt van de gemeenschappelijke opsluiting, zooals die meestal wordt toegepast, zoowel als van de isoleerende langdurige celstraf. Een volgend tijdperk zal die instellingen als wreed en ondoelmatig luidkeels veroordeelen.

Omtrent de schadelijkheid van gemeenschappelijke opsluiting, als straf bedoeld, is reeds zooveel gezegd en geschreven, dat ik hier wil volstaan met het oordeel aan te halen van een gezaghebbende specialiteit, die zóóver gaat in zijne afkeuring, dat hij het volgende zegt: Straf in gemeenschap beteekent, den rechtsverbreker daardoor straffen voor zijn rechtsbreuk, dat men hem op staatskosten verder in de misdaad opleidt. Mij dunkt dat er geen meer vernietigende kritiek op het geheele stelsel gegeven kan worden (1).

---

(1) Strafvollzug in gemeinsamer Haft heisst, den Rechtsbrecher dadurch für seinen Rechtsbruch strafen, dass man ihn auf Staatskosten weiter in Verbrechen ausbildet. Jeder Versuch, dieses Strafvollzugssystem von den ihm anhaftenden Mängeln zu befreien, ist gescheitert», K. KROHNE, Lehrbuch der Gefängniskunde. Stuttgart 1889, blz. 246. «C'est dans ces lieux maudits où elle (la société) rassemble les malfaiteurs, q'un grand nombre de ces crimes se commettent, et pourtant ce mal règne encore dans la plupart des Etats de l'Europe, excepté la Hollande, la Belgique, l'Angleterre et l'Irlande; même aux Etats-Unis cette plaie hideuse de l'emprisonnement en

Wanneer nu evenzeer de schadelijkheid vaststaat van langdurige eenzame opsluiting, als straf bedoeld, dan is er maar één derde mogelijk, verbetering. Welnu, in Amerika vooral heeft men dit reeds sedert lang ingezien. De tijd zal komen, aldus redeneert men daar, dat elke strafgevangenis in de wereld zal worden vervangen door plaatsen, bestemd voor doelmatige behandeling van misdaad, n.l. hospitalen, scholen, werkplaatsen en verbeterhuizen. Wat is verbetering? Voor zoover het de behoeften en belangen der maatschappij aangaat, is het van een individu, vijandig aan den vrede en de welvaart der gemeenschap waartoe hij behoort, een wezen te maken, dat in harmonie leeft met het sociale werk dat om hem heen gedaan wordt. Hoe kan nu deze harmonie worden bereikt voor de massa, voor een groote klasse van personen? Alleen door industrieele samenwerking. Leer den misdadige voldoening: dat is het groote beginsel van verbetering (1). De wetgeving van onzen tijd, de strafwet van onze dagen kan niet ongedaan maken wat vroeger gebeurd is. Dat is de vrucht, het resultaat van vroegere tijden. Maar wèl is zij in staat de daden der toekomst te regelen. Zij is aan volgende geslachten verplicht dit te doen. Het is de misdadiger, niet de misdaad, die de maatregelen moet aangeven, te nemen door onze wetgevers. Het doel van alle strafwetgeving moet niet: straf zijn, maar wèl rechtskundig herstel, en vooral maatschappelijke bescherming (2).

*commun s'étale à tous les yeux*», zegt RENÉ RÖLAND, *De l'esprit du droit criminel*. Paris 1880, blz. 451—452. Merkwaardig is ook het art. van J. DOMELA NIEUWENHUIS, *Een ontslagen gevangene over cel of gemeenschap*, T. v. S. XVI (1904), blz. 153 vlg.

(1) N. York State Reformatory, ELMIRA 1893.

(2) N. York State Reformatory, ELMIRA 1893, waar verder te lezen staat: «If the capacity cannot be attained, if the moral strength

Nu spreekt het wel vanzelf, dat met deze verbetering bij de jeugd moet worden begonnen. De kiem van verkeerde neigingen moet worden uitgeroeid en door betere vervangen. Het is niet zonder reden dat in de Elmira-inrichting, die door velen als een model wordt beschouwd, in den regel individuen van 16 tot 30 jaar worden opgenomen. De mogelijkheid van algeheele verbetering is dan nog aanwezig. Op later leeftijd is dit meestal niet het geval, evenals dan ook het lichaam niet meer onderhevig is aan algeheele verandering. Staat dit beginsel vast, en is dus het hoofddoel van alle strafwetgeving der toekomst de stelselmatige verbetering der misdadige jeugd, dan moet hieraan een tweede beginsel onafscheidelijk worden verbonden. Wij hebben er reeds op gewezen, dat het sociale milieu, waarin de jeugdige deliquent verkeert, zoo al niet de aanleiding is geweest tot zijn misdoen, dan toch zijne afdwalingen heeft aangemoedigd. Tot dat maatschappelijk milieu behoort in de eerste plaats zijn onreinheid, zijn gemis aan lichamelijken regel en lichamelijke ontwikkeling, zijn lichamelijke of fysieke minderwaardigheid in één woord, die hem gemaakt heeft tot hetgeen hij nu is geworden: een maatschappelijk ontaarde. Geen zedelijke levensregel, geen verstandelijke opvoeding

---

cannot be developed, then the well-being of the commonwealth requires that the transgressor of the laws *be held forever in detention.*» (ik cursiveer). Met de in deze rapporten neergelegde beginselen vereenig ik mij ten volle.

Op andere wijze uitgedrukt, wordt hetzelfde voorgestaan door CH. FÉRÉ, waar hij zegt: «Tous ceux qui ont paru devant les tribunaux et dont le crime a été prouvé matériellement, qu'ils aient été condamnés ou excusés pour cause de folie, devraient être placés dans des établissements spéciaux, d'où ils ne pourraient sortir que sous caution, *leur guérison étant toujours incertaine, d'aucuns disent même impossible* (Esquirol)», *Dégénérescence et criminalité*, Paris 1888, blz. 176.



zal helpen zoolang als deze fysieke defecten blijven bestaan. Zeer terecht gaan dan ook de moderne paedagogen en criminalisten van een monisme uit, dat alleen in staat zal wezen, grondige verbetering aan te brengen.

En dit beginsel is daarom zoo gewichtig omdat het niet alleen op de klasse van misdadigers maar op geheel onze maatschappij en op al onze sociale maatregelen kan worden toegepast. Dit beginsel moest meer ter harte worden genomen door al onze hervormers, door onze volksleiders, maar al te vaak volksmenners, door allen, die zoo dikwijls oppervlakkig spreken en schrijven over volksrechten, over volkswelvaart, en al wat daarmee samenhangt. Zeer zeker moeten de volksrechten worden uitgebreid, en moet door voortdurende uitbreiding van kiesrecht het volk staatkundig worden ontwikkeld. Zeer zeker moet de wetgeving tot zekere hoogte een sociale worden. De opvoeding en ontwikkeling des volks, allereerst van de lagere klassen, moet ernstiger dan ooit ter hand worden genomen. Maar evenals geen opvoeding mogelijk is zonder voldoende voeding, zoo moeten ook eerst de fysieke defecten worden tegengegaan, weggenomen als het mogelijk is, die de lagere klassen kenmerken. Volksbaden en lichaamsreinheid is, in zeker opzicht, datgene, waarvan alle verbetering zal moeten uitgaan. (1)

---

(1) «After 10 years practical work among thousands of convicted males, I beg to be permitted to express my opinion that the first step towards renovating and reforming any class lies in the scientific treatment of the *physical conditions* (ik cursiveer), through properly supervised exercise, diet and bath treatment. No other educational factors should be applied until the germ of the physical disease is exterminated or brought to the surface for medical and surgical treatment», 23d Year Book of the N. Y. State Reformatory. ELMIRA 1899, blz. 121. Vgl. hiermede: A. DE GRAAF, Opvoeding van gevan-

Men heeft in ons bedachtzaam Nederland een zeer strenge kritiek uitgeoefend op de theorie en praktijk der verbetering, zooals zij met name in het Elmira-stelsel is voortgestaan. Zoo is er over geklaagd, dat de vorige directeur, eigenlijk de grondlegger, BROCKWAY, eenvoudig allen, die gedurende de 6 (of ten hoogste 8) maanden van hun proeftijd zich goed hebben gedragen en na hun verlaten van het verbeterhuis regelmatig berichten inzonden, *als verbeterden beschouwde*. Dit is, niet geheel ten onrechte, een onbetrouwbare maatstaf genoemd. Daarenboven nam men aan, dat de helft van hen, die niets meer van zich lieten hooren, ook wel verbeterd zou zijn. Met de statistiek werd dus wel eens vreemd omgesprongen. (1) Maar is deze kritiek wel geheel gerechtvaardigd? Is niet alle crimineele statistiek tot dusver, tot zekere hoogte, onbetrouwbaar? Men vergete ook niet, dat volgens het bedoelde stelsel de op hun eerewoord ontslagen gevangenen (die ook niet eens „gevangenen”

---

genen, Amst. 1899, blz. 14, blz. 142. Zonderling klinkt het wanneer wij in het lezenswaardige boek van J. STEVENS, *Les prisons cellulaires en Belgique. Leur hygiène physique et morale*, Brux. 1878, blz. 64 lezen: «Une fois par mois, le détenu sera conduit au bain». Geloofde de schr. werkelijk dat een éénmaandelijksch bad uit het oogpunt van physische en moreele hygiëne voldoende is? Ik voor mij ga zoover met te beweren dat lichaamsreinheid dagelijksch baden vereischt, en misschien wel de eerste stap kan worden genoemd tot physische (en dus psychische) verbetering.

(1) Zie uitvoeriger D. J. MOM VISCH in T. v. S. 1904, blz. 127—128. Waarmede te vgl. J. DOMELA NIEUWENHUIS in T. v. S. XII blz. 419: «Indien het bestaande strafrecht als verouderd door opvoedingsstelsels der gestraften behoort te worden vervangen, zijn studiereizen naar Noord-Amerika zeker aan te bevelen. Misschien zal de aandrang daartoe een punt van overweging worden bij de voorstanders van die nieuwe denkbeelden, en zou een rijkssubsidie daarvoor kunnen worden aangevraagd».

maar „inmates” worden genoemd, zoodat alle uiterlijke schijn van strafstelsel wordt vermeden) toch gedurende korter of langeren tijd aan eene stelselmatige behandeling onderworpen zijn geweest. Deze moet toch in ieder geval een verbeterenden invloed hebben gehad. Ook is alle verbeteringsgedachte uit den aard der zaak iets subjectiefs en onzekers. Eerst door uitwendige handelingen komt men in botsing met de wet. Het zich onthouden van die uitwendige handelingen kan als verbeterd worden aangemerkt, mits aan zulk een oordeel dan ook geen absolute waarde worde gehecht. De motieven kunnen toch niet worden onderzocht, die menigeen er toe brengen, zich van zulke handelingen te onthouden.

Een hervorming der strafwetboeken zal naar mijne meening ook een hervorming moeten zijn van onze geheele indeeling in misdrijven, overtredingen, of hoe men verder de zaken noemen wil; van ons geheele stelsel van streng wettelijke veroordeeling voor een bepaalden tijd; natuurlijk ook van ons geheele rechts- en gevangeniswezen. Over het vraagstuk van voorwaardelijke en van geheel onbepaalde veroordeeling heerscht ook alweer levendige strijd („indeterminate sentence”). Men heeft er op gewezen, dat de voorwaardelijke veroordeeling in de meeste gevallen dezelfde diensten kan bewijzen als het geheel onbepaalde vonnis, zooals dat in de Vereenigde Staten, in verband met het Elmira-stelsel, wordt toegepast. In vele opzichten dunkt mij die strijd een strijd van woorden, en grauwe theorie. De praktische Amerikanen hebben te recht ingezien, dat vóór alles met een praktische proefneming moest worden begonnen. Het ware te wenschen, dat dit voorbeeld in Europa overal werd nagevolgd. Veel zoude reeds zijn gewonnen, wanneer aan de rechtbanken veel meer vrijheid werd gelaten, en wanneer veroordeeling en vonnis vooral door genees-

kundigen werd ingeleid en toegepast, wanneer rekening werd gehouden met ieders verleden en omgeving, en de doode letter van de wet tot een levende studie van den misdadiger werd gemaakt. *Summum jus summa injuria*. *Duo quum faciunt idem non est idem*. In die spreuken schuilt veel waarheid. De oneindige verscheidenheid der menschelijke natuur spot met elke wetenschappelijke classificatie van misdrijven. (1)

De hervormingen, door mij voorgestaan, moeten zoo geleidelijk mogelijk worden ingevoerd. Vooral in Nederland is dit wenschelijk, in verband met onzen eigenaardigen volksaard, en ook wanneer men rekening wil houden met het feit, dat onze achterlijkheid op allerlei gebied, ook op dat van het strafrecht, geen absolute maar een relatieve is. Niet zonder reden is somtijds door buitenlanders ons gevangenisstelsel, zooals het reeds vroeger was geregeld, als voorbeeld aangehaald; daaruit is zeker de les te trekken, dat de toestand bij ons te lande, vergeleken met die in het buitenland, niet zoo slecht was te noemen. De Nederlanders, zoo betoogt een deskundige op het gebied van het gevangeniswezen, hebben

---

(1) «Je comprends — zegt A. PRINS — la sentence indéterminée telle qu'elle est conçue à ELMIRA, où il ne s'agit pas d'un régime pénal, mais d'un régime d'éducation et de protection appliqué à de jeunes détenus d'élite, auxquels on procure une situation honorable à la sortie de l'établissement. . . . Je la comprends enfin dans le domaine pathologique, pour les aliénés et les buveurs d'habitude. . . . En dehors de ces conditions, je ne vois pas qu'elle puisse rendre des services qui ne seraient pas rendus par la libération conditionnelle», in «Bulletin», *Mitteilungen* etc. Berlin 1895, blz. 84. Vgl. daarmede 23d Year Book etc. ELMIRA 1899, blz. 120. Natuurlijk moet met elke hervorming een stelsel tot werkverschaffing aan ontslagen gevangenen (verbeterden) worden verbonden. Zie daaromtrent de opmerkingen van A. DE GRAAF, t. a. p. bl. 39. Dit mag volstrekt niet blijven overgelaten aan particulier initiatief.

van alle moderne volken het eerst ingezien, dat de misdaad niet alleen aan den slechten wil van het individu, maar ook aan maatschappelijke wantoestanden te wijten is; hunne tucht- en spinhuizen waren modellen van reinheid, orde en vlijtigen arbeid. (1)

Maar aan den anderen kant is het een Nederlandsche eigenaardigheid, dat men al te veel, vaak in den blinde weg, het buitenland navolgt. Wanneer van ons strafwetboek wordt beweerd dat het den indruk maakt vervaardigd te zijn alsof het louter een meubel gold, in eene nette staatshuishouding nu eenmaal niet mogende ontbreken, hetwelk zonder bezwaar naar vreemd, meest Duitsch model kon worden vervaardigd, dan is zulk een oordeel niet geheel onjuist. Zonder twijfel is het een prachtig stuk werk, maar de geest die het bezielt is toch de zuivere afschrikkingsidee. (2)

Men kan de achterlijkheid van het strafrecht vergelijken met de achterlijkheid der geneeskunde, speciaal

---

(1) «Nur ein einziger Staat macht in betreff seiner Strafrechtspflege eine rühmliche Ausnahme. . . . Die Holländer haben zuerst unter allen modernen Staaten erkannt, dass das Verbrechen nicht bloss seinen Ursprung habe in dem bösen Willen des Individuums, sondern auch in den sozialen Schäden. . . . ihre Zucht- und Spinnhäuser waren Muster von Sauberkeit, Zucht, Ordnung und fleissiger Arbeit», zegt K. KROHNE t. a. p. bl. 26—27. Een dergelijk oordeel wordt ook geveld door E. C. WINES, in het hierboven aangehaalde Engelsche werk van 1880. Zie ook in 't algemeen: M. S. POLS, Het bestaan, de ontwikkeling en de tegenwoordige toestand van het Nederlandsche strafrecht, Utrecht 1879, blz. 26 en vlg.

(2) «Nog minder, zegt M. C. PIEPERS in een lezenswaarde verhandeling, ben ik een bewonderaar van het Nederlandsch strafwetboek. Naar mijn oordeel is het bovenal een product van boekengeleerdheid, in geen een deele van een helder inzicht in de behoeften van de hedendaagsche maatschappij», enz. enz. T. v. S. XIII (1900), blz. 224.

van de diagnostiek, de therapie en de pathologie of ziekteleer. Evenals het strafstelsel en het strafwetboek uiterlijk beschouwd een prachtig stelsel is, logisch in elkaar gezet, consequent opgebouwd, tot in de fijnste bijzonderheden geregeld, zoo levert ook eene oppervlakkige beschouwing van de ziektekunde een prachtige indruk, met hare classificatie van de meeste ziekten en hare geregelde en vooruitbepaalde wijze van behandeling. Maar een geneesheer die op de in aard meest verschillende ziekten, zonder op de voorgeschiedenis en de omgeving van den zieke te letten, volkomen dezelfde wijze van genezing zou toepassen, en die zulk een vreemde gedragslijn zou motiveeren door het feit dat de leerboeken der ziektekunde nu eenmaal zulk een behandeling voorschrijven — zulk een medicus zou toch stuiten op algemeen wantrouwen. (1) Welnu, iets dergelijks doet voortdurend de staat, doet de strafwetgeving, doet het geheele gevangenisstelsel. Maar evenmin als de geneesheer in de meeste gevallen vooruit kan bepalen hoe lang eene ziekte zal duren, hoelang de kranke onder zijne behandeling zal moeten blijven, het bed zal moeten houden, enz., evenmin kan de gemeenschap, en haar vertegenwoordiger de rechter, vooruit in een strafwetboek, in een vonnis vaststellen hoelang het recht en de plicht der maatschappij om den misdadiger te verbeteren duurt, hoeveel tijd die verbetering zal kosten. Is daarmee niet het stelsel onzer strafwet voor goed veroordeeld?

(Wordt vervolgd.)

(1) «Reeds wees ik, zegt D. J. MOM VISCH die waarlijk niet als een radicaal hervormer op het gebied van het strafrecht kan worden beschouwd, ook omdat zijn oordeel hoogst gematigd en voorzichtig is, — o. a. op de te groote eenvormigheid van het stelsel, waarvan het gevolg is dat op de in aard meest verschillende misdrijven, zonder op de beweegredenen der daders te letten, volkomen dezelfde wijze van bestraffing, alleen onderscheiden wat den duur der opsluiting betreft, wordt toegepast», enz. enz. T. v. S. XIV (1901) blz. 138. Vgl. het hierboven aangehaalde oordeel van J. R. B. DE ROOS in T. v. S. XIV (1901) blz. 308.

### **De vierde Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht.**

In het begin van den zomer van het jaar 1904 van 16 Mei tot 7 Juni, is te 's-Gravenhage gehouden de vierde conferentie voor het internationaal privaatrecht en opnieuw zijn eenige ontwerp-overeenkomsten aangenomen, die hoogstwaarschijnlijk spoedig ter goedkeuring aan de wetgevende macht zullen worden aangeboden.

Men weet hoever het hiermede stond.

Nadat als vrucht der conferentiën van 1893 en 1894 het tractaat van 14 November 1896 over eenige punten van procedure was tot stand gekomen, zagen op de bijeenkomst van 1900 de ontwerp-tractaten over het huwelijk, de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed, de voogdij en het erfrecht, het licht, die alle, behalve het laatste, waaromtrent nog moeilijkheden waren gerezen, thans door de wet zijn goedgekeurd. (1)

Intusschen bleven de verschillende commissiën, die in een aantal landen waren opgericht, diligent en het is in groote mate aan de werkkraft der Nederlandsche te danken, dat het werk, dat in 1904 weër zou worden ter hand genomen, zoo goed gevlot is.

In de rede, waarmeê de President, Mr. T. M. C. ASSER deze vierde conferentie opende, gaf hij reeds in hoofd-

---

(1) Zie Stbl. 231 van 1903. Vgl. LAGEMANS *Recueil des traités etc.* nos. 925—27 (laatste deel).

zaak aan wat volgens hem de taak dezer bijeenkomst zoude moeten zijn.

Vooreerst achtte hij noodig de overweging der herziening van de bovengenoemde overeenkomst van 1896 — in 1899 in werking getreden — in de tweede plaats meende hij, dat ook het faillietenrecht rijp was voor een nadere behandeling; in de derde plaats was hij van oordeel, dat de in 1900 gevoteerde ontwerp-overeenkomst over het erfrecht, waarover boven, opnieuw zou kunnen worden ter hand genomen; ten slotte zouden twee andere ontwerpen, die ook op de derde conferentie reeds tot een voorloopige discussie hadden aanleiding gegeven — namelijk dat betreffende de gevolgen van huwelijk en echtscheiding ten opzichte van de personen en de goederen der echtgenooten en dat betreffende de curateele aan de orde kunnen gesteld worden.

Daarna zouden desnoods andere onderwerpen — Mr. ASSER noemde o. a. de *certificats de lois* (waaromtrent zie ook de derde conferentie) ter tafel kunnen worden gebracht.

De conferentie heeft zich met de voorstellen van haar President vereenigd. Het werk is over vijf commissiën verdeeld. Aan de eerste, bestaande uit de gedelegeerden KRIEGE, TÖRY, VAN DEN BULCKE, RENAULT, KAWAMURA, BEICHMANN, ROCHUSSEN, DE MARTENS en MEILI werd opgedragen de herziening van het tractaat van 1896 voortebereiden; de tweede, bestaande uit de gedelegeerden DUNGS, VAN CLEEMPUTTE, RENAULT, LAINÉ, BUZZATI, BEICHMANN, ASSER, MISSIR, WEREVKINE, HELLNER en MEILI zou het ontwerp-tractaat over het erfrecht behandelen; de derde, waarin zitting hadden de gedelegeerden DUNGS, DE LA VALLEÉ POUSSIN, LAINÉ, PIERANTONI, HEEMSKERK, DE HAMMARSKJÖLD en ROGUIN zou een ontwerp over het huwelijksgoederenrecht enz. ter tafel brengen;



de vierde, bestaande uit de gedelegeerden KRIEGE, SCHUMACHER, TÖRY, BUZZATI, DE VILLERS, MISSIR en WEREVKINE zou der conferentie een ontwerp-tractaat over de curateele en de vijfde, samengesteld uit de gedelegeerden SCHUMACHER, VAN DEN BULCKE, PIERANTONI, RAHUSEN en ROGUIN, een over het faillietenrecht aanbieden.

Wat nu de werkzaamheden der Eerste commissie betreft, zij opgemerkt, dat deze een hoogst belangrijk rapport heeft uitgebracht over de in de overeenkomst van 1896 aan te brengen wijzigingen (1). Na hulde te hebben gebracht aan de Nederlandsche Regeering, die gemeend heeft dit onderwerp op het programma der conferentie te moeten plaatsen en na verworpen te hebben het denkbeeld, dat de verschillende onderwerpen in verschillende tractaten moesten worden belichaamd, komt zij er toe om aan te geven welke veranderingen zij in de conventie van 1896 noodig acht.

Gelijk men weet handelt het eerste onderwerp over de mededeeling van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken. Volgens de bepaling van art. 1 van den in 1896 aangenomen tekst geschiedt de beteekening van stukken, die bestemd zijn naar een ander land op aanvraag van de ambtenaren van het Openbaar Ministerie of van de rechtbanken van den Staat gericht aan de competente autoriteiten van een anderen Staat langs diplomatieken weg.

Ten opzichte van dit punt heeft nu de Hongaarsche delegatie eene wijziging voorgesteld, die, naar de commissie meende, van groot belang is. De strekking dezer wijziging was nu om den consul van den Staat, die de aanvraag doet, te belasten met de taak te dezen aanzien

---

(1) Zie Actes de la quatrième conférence bl. 81.

een verzoek te richten tot de bevoegde autoriteit van het land, waar hij verblijf houdt. Hoe het te beteekenen stuk aan den consul wordt gezonden, moet natuurlijk door de binnenlandsche wetgeving worden bepaald. Op zulk eene wijze zal de overbrenging van stukken op oneindig veel gemakkelijker wijze kunnen geschieden dan thans. De consul moet zich wenden tot de bevoegde autoriteit, die in het algemeen zal worden aangewezen door den aangezochten Staat; wie deze autoriteit is zal door den binnenlandschen rechter moeten worden bepaald. De aanvraag behoort voorts de noodige inlichtingen te bevatten, welke onmisbaar zijn, opdat de consul de hem bij deze conventie opgelegde taak goed volbrengt.

Op Italie's voorstel heeft de commissie besloten om te bepalen, dat de aanvraag moet gesteld zijn in de taal van de autoriteit, tot welke het verzoek gericht wordt, wat natuurlijk geen moeielijkheid kan geven, omdat de consul in deze taal met deze autoriteit van gedachten moet kunnen wisselen. Mochten er moeielijkheden ontstaan tusschen den consul en de bedoelde autoriteit, dan zal deze moeielijkheid langs diplomatieken weg worden opgelost.

Intusschen heeft de commissie begrepen, dat in het algemeen elke Staat vrij moet blijven en kunnen verklaren dat hij bij het mededeelen van dagvaardingen enz. den diplomatieken weg verkiest. Maar van den anderen kant heeft zij ook begrepen te moeten toelaten, dat twee Staten, die zulks verlangen, overeenkomen om de directe mededeeling van stukken tusschen de respectieve autoriteiten der beide landen te doen plaats hebben. In dien zin is nu artikel 1 geredigeerd; hetwelk als volgt luidt:

En matière civile ou commerciale, les significations

d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront dans les Etats contractants sur une demande du consul de l'état requérant, adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis. La demande contenant l'indication de l'autorité de qui émane l'acte transmis, le nom et la qualité des parties, l'adresse du destinataire, la nature de l'acte dont il s'agit doit être rédigée dans la langue de l'autorité requise. Cette autorité enverra au consul la pièce prouvant la signification, ou indiquant le fait, qui l'a empêchée. Toutes les difficultés, qui s'élèveraient à l'occasion de la demande du consul seront réglées par la voie diplomatique. Chaque Etat contractant peut déclarer par une communication adressée aux autres états contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1<sup>er</sup> lui soit adressée par la voie diplomatique.

Les dispositions, qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives."

Art. 2 bepaalt dat en hoe de beteekening door de autoriteit van den aangezochten Staat behoort te geschieden. In beginsel wordt aangenomen, dat — uitgenomen het geval, hetwelk in art. 3 besproken wordt, — deze autoriteit het stuk zendt aan hem voor wien het bestemd is, die het vrijwillig aanneemt.

Intusschen, de zaken kunnen niet zoo eenvoudig gaan. Onderstel, dat hij, voor wien het stuk bestemd is, weigert een ontvangbewijs af te geven. In dat geval zal de aangezochte Staat het document aan den Staat, die het verzoek gedaan heeft, teruggeven; de betrokken autoriteit is tot niets anders verplicht. De Deutsche delegatie meende, dat ook in dit punt voorzien behoorde te worden,

omdat het noodzakelijk kan zijn, dat, kan de *vrijwillige* overgave niet plaats hebben, de *gedwongen* overgave moet geschieden en evenals in een aantal landen de beteekening plaats hebbe door een publiek ambtenaar, meestal een deurwaarder.

De commissie vereenigde zich met deze zienswijze, maar ze erkende tevens, dat de zaak nu niet zoo geheel eenvoudig is, omdat in het geval, dat men hier op het oog heeft, de ambtenaar het document, dat hij moet beteekenen, moet kennen en het de vraag kan zijn, welke taal behoort gebruikt te worden. Is het stuk gesteld, in de taal van den Staat, tot welken het verzoek gericht wordt, of in een taal, waaromtrent door partijen is overeengekomen, dan zal dit voldoende zijn. Anders moet er eene vertaling van gemaakt worden, de juistheid waarvan dan natuurlijk door een diplomatieken of consulairen ambtenaar zal moeten worden gestaafd.

Wat den hierboven bedoelden dwang betreft, het kan ook, dat in de aanvraag een formeel verzoek werd gericht om bijvoorbeeld spoedshalve dezen weg te bewandelen. Ten slotte is nog op verzoek van de Italiaansche delegatie de bepaling opgenomen, dat hier een bepaalde vorm kan gebezigd worden, afwijkend van de wet van het land, wanneer deze zich niet daartegen verzet.

Zoo luiden thans de artt. 2 en 3 van het ontwerptractaat:

ART. 2. La signification se fera par les soins de l'autorité compétente de l'Etat requis. Cette autorité, sauf les cas prévus dans l'article 3 pourra se borner à effectuer la signification par la remise de l'acte au destinataire, qui l'accepte volontairement.

ART. 3. Si l'acte à signifier est rédigé soit dans la langue de l'autorité requise soit dans la langue convenue

entre les deux Etats intéressés ou s'il est accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues l'autorité requise au cas où le désir lui en serait exprimé dans la demande, ferait signifier l'acte dans la forme prescrite par sa législation intérieure pour l'exécution de significations analogues ou dans une forme spéciale, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à cette législation. Si un pareil désir n'est pas exprimé l'autorité requise cherchera d'abord à effectuer la remise dans les termes de l'article 2.

Sauf entente contraire la traduction prévue dans l'annexé précédent sera certifiée conforme par l'agent diplomatique ou consulaire de l'état requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis".

Het recht van den Staat, tot wien het verzoek gericht wordt om de uitvoering van dit verzoek te weigeren, zooals dit in art. 4 der tegenwoordige conventie is opgenomen, is eenigszins verduidelijkt, maar het beginsel is onveranderd gebleven.

Artikel 5 der ontwerp-conventie komt in hoofdzaak overeen met art. 3 van het tegenwoordig verdrag; het bevat eene bepaling over het bewijs der beteekening. Alleen is duidelijker aangegeven, dat het gebruik van eene dubbele beteekening facultatief is.

Artikel 6 komt overeen met art. 4 der conventie en geeft de drie wijzen van mededeeling weer, maar het voorbehoud aan het slot van het artikel wordt op twee punten gewijzigd. Volgens het tegenwoordig artikel bestaat de bedoelde bevoegdheid alleen, wanneer de wetten der belanghebbende Staten of de tusschen deze gesloten overeenkomsten het toelaten. Thans wordt in de ontwerp-conventie voorgesteld er bij te voegen, dat deze bevoegdheid ook bestaat, wanneer de Staat, op welks territoir de beteekening gedaan wordt, er zich niet tegen

verzet. De Staat kan er zich niet tegen verzetten, wanneer de beteekeningen zonder dwang door diplomatieke of consulaire ambtenaren in het buitenland aan hunne bestemming worden bezorgd.

Wat de quaestie der kosten betreft, welke in het tractaat van 1896 niet geregeld is, stelde de Deutsche delegatie voor om te bepalen, dat de beteekeningen niet kunnen leiden tot teruggave der kosten. Ook Hongarije had iets dergelijks voorgesteld. Ter adstructie werd o. a. aangevoerd: het groote voordeel om de ingewikkelde betrekkingen door reclames over weinig belangrijke sommen te vereenvoudigen; de noodzakelijkheid om eene zekere reciprociteit, die thans niet bestaat, te verzekeren.

De meeste andere Staten waren er echter tegen; van hunnentwege werd aangevoerd, dat er geen enkele reden bestond, waarom de particulieren niet de kosten der beteekeningen in hun belang gedaan zouden betalen. Zoo is men tot een transactie gekomen, neêrgelegd in art. 7, waarbij bepaald is, dat de beteekeningen in het algemeen gratis zullen plaats hebben, maar dat, behoudens beding van het tegendeel, de Staat, tot wien het verzoek gericht wordt, van den verzoekenden staat de kosten moet teruggeischen, veroorzaakt door de tusschenkomst van een rechterlijken ambtenaar of het gebruik van een speciaal vorm in het geval van art. 3 bovengenoemd.

De veranderingen, welke in zake de *rogatoire commissies* worden voorgesteld, zijn van zeer eenvoudigen aard.

Artikel 8 der ontwerp-conventie geeft in hoofdzaak weer art. 5 der conventie van 1896; en art. 9 bepaalt naar analogie wat bij de overgave van de dagvaardingen is aangenomen en boven is uiteengezet, dat ook de rogatoire commissiën kunnen worden overgebracht door consulaire ambtenaren. En evenals bij de dagvaardingen is bepaald, kan elke Staat te kennen geven, dat hij de

rogatoire commissie, op zijn territoir uit te voeren, langs diplomatieken weg wil gedaan hebben.

Wat de taal betreft, bepaalt nu art. 10, dat, behoudens overeenkomst van het tegendeel, de rogatoire commissie geredigeerd behoort te worden òf in de taal van de aangezochte mogendheid, òf in die, welke tusschen de twee Staten is overeengekomen of wel moet zij vergezeld zijn van eene vertaling in een dier talen en gewaarmerkt door een diplomatieken of consulairen ambtenaar van den Staat, die de rogatoire commissie verzocht heeft of door een beëdigd vertaler van den aangezochten Staat.

Bij art. 7 der overeenkomst van 1896 wordt bepaald, dat de rechterlijke autoriteit, waaraan de commissie geadresseerd is, verplicht zal zijn daaraan gevolg te geven.

Op voorstel van den Duitschen gedelegeerde is eene bepaling opgenomen om te voorkomen, dat onwil de uitvoering der internationale bepaling beletten zou. Uitdrukkelijk is nu gestipuleerd, dat de rechterlijke autoriteit, die verplicht is aan de rogatoire commissie gevolg te geven, dezelfde dwangmiddelen moet te baat nemen als voor de uitvoering eener commissie van de autoriteiten van den Staat, tot wien het verzoek gericht is of van een aanvrage te dien effekte door een belanghebbende partij gedaan. Deze dwangmiddelen behoeven niet noodzakelijk gevolgd te worden wanneer het geldt de verschijning van getuigen. Ten slotte worden in art 7 de gevallen opgenoemd, waarin de uitvoering der commissie niet kan worden geweigerd, gevallen welke dezelfde zijn als het tractaat van 1896 bepaalt.

Terwijl de artikelen 12, 13 en 14 der ontwerp-conventie gelijkkluidend zijn met de artikelen 8, 9 en 10 van de bestaande overeenkomst, bepaalt art. 15, en dit op voorstel van de Fransche delegatie, — dat elke Staat bevoegd is, om de rogatoire commissie's ook door zijne diploma-

tieke of consulaire ambtenaren te doen uitvoeren, wanneer daaromtrent overeenkomsten tusschen de Staten zijn gesloten of wanneer de Staat, op welks territorium de commissie moet worden uitgevoerd, zich daartegen niet verzet, maar dit moet dan zonder dwang geschieden.

Artikel 16 handelt over de kosten. Evenals bij de verzending van dagvaardingen het geval is, is de regel, dat de uitvoering van de rogatoire commissie niet kan aanleiding geven tot kosten van eenigen aard. Intusschen, ten opzichte van dit punt is ook bepaald, dat, behoudens beding van het tegendeel, de Staat, aan welke de rogatoire commissie verzocht wordt, het recht heeft om van den verzoekenden Staat terug te eischen de schadeloosstelling aan de getuigen en deskundigen, evenals de kosten veroorzaakt door de tusschenkomst van een publieken ambtenaar, noodig geworden doordat de getuigen niet vrijwillig zijn verschenen of de kosten, veroorzaakt door bijomstandigheden, zooals in art. 14 worden genoemd.

De wijzigingen, welke in de bepalingen van de *cautio judicatum solvi* gemaakt zijn, zijn mede van hoogst eenvoudigen aard, maar daarom niet minder belangrijk. Bij de toepassing van art. 11 der conventie, dat met de toe te lichten wijziging art. 17 is geworden, heeft men voortaan rekening gehouden met een specialen toestand, waarin Duitschland te dezen opzichte verkeert. De schatkist aldaar heft niet zooals elders doorgaans het geval is, bij elke akte een recht, maar een bepaalde som wordt bij wijze van proceskosten ten laste gebracht van hem, die zijn proces verliest.

Ten einde nu, ten minste in zekere mate de betaling dezer som te waarborgen, wordt van den eischer eene storting verlangd, welke storting trouwens veel minder is dan de kosten werkelijk bedragen. Volgens de wet



nu bedraagt voor de vreemdelingen deze storting driemaal zooveel als voor landgenooten. Reeds dadelijk nadat de conventie van 1896 in werking was getreden is de vraag gerezen of art. 11 op deze storting toepasselijk is; de aarzeling was verklaarbaar, omdat het bij deze storting om geheel iets anders ging dan bij de *cautio*. Intusschen is de jurisprudentie vrijwel in dien zin gevestigd dat men de conventie erop toepaste. De Duitsche delegatie vroeg nu aan de Conferentie om deze interpretatie te wettigen en aan artikel 11 een tweede lid toe te voegen, bepalende, dat het 1e lid ook op dergelijke stortingen van toepassing is.

De tweede wijziging in dit artikel houdt verband met hetgeen reeds bij het protocol van 22 Mei 1897 in de overeenkomst van 1896 was ingevoegd. In 1894 was namelijk op voorstel van Zwitserland in het artikel opgenomen de voorwaarde dat de eischer domicilie had in een der contracteerende Staten. Italië is eerst later tot de conventie toegetreden en onder voorwaarde, dat het niet zou verliezen het voordeel der vroegere overeenkomsten, krachtens welke de Italianen vrijgesteld waren van de *cautio* zonder dat de voorwaarde van domicilie gesteld zou worden. Eene dergelijke bepaling is nu als derde lid in art. 11 — thans art. 17 — ingevoegd.

In de commissie is ook van gedachten gewisseld over wat zij en terecht noemt het „système ingénieux” van Mr. T. M. C. AssER. Men herinnert zich, dat in 1894 een van den voorzitter der conferentie uitgegaan voorstel is aangenomen, bestemd om de tegenstanders van de afschaffing der *cautio* te ontwapenen, een voorstel dat, zooals bekend is, bepaalt, dat de eischer, die zijn proces wint, het vonnis ook in andere Staten kan doen tenuitvoer leggen. Ten einde dit nu gemakkelijk te doen geschieden — de tenuitvoerlegging gaat thans in vele Staten met kosten gepaard,

zoodat het in 1896 aangenomen stelsel weinig helpt — is in 1904 aangenomen, dat deze tenuitvoerlegging *gratis* zal plaats hebben. De kosten, noodig opdat de titel zijn effect hebbe, zijn natuurlijk voor rekening van den eischer, die het vonnis ten uitvoer doet leggen. De vraag over het *exequatur* moet langs diplomatieken weg opgelost worden. Tevens is voorzien in het geval, dat twee Staten overeenkomen om de aanvraag van *exequatur* direkt van den eenen Staat tot den anderen te richten.

In dien zin is art. 12 — thans art. 18 — gewijzigd en in art. 19 is er bijgevoegd, dat deze beslissingen *executoir* verklaard worden zonder partijen gehoord te hebben, maar behoudens voorziening van de veroordeelde partij ingevolge de wetgeving van het land waar de tenuitvoerlegging gevorderd wordt.

Art. 13 der conventie bepaalt, dat ten einde te beslissen over het *exequatur* de competente autoriteit slechts heeft te onderzoeken: 1e of volgens de wet van het land, waar de veroordeeling is uitgesproken, de expeditie der beslissing de noodige vereischten bevat voor haar authenticiteit en 2e of volgens dezelfde wet, het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

Ten opzichte van het tweede punt bestond de moeilijkheid hierin, dat het niet altijd gemakkelijk is te weten, wanneer een vonnis in kracht van gewijsde gegaan is. De Deutsche gedelegeerde stelde daarom in 1904 voor om het vonnis altijd te doen vergezeld gaan van een declaratie der competente autoriteit, constateerende, dat het vonnis in kracht van gewijsde gegaan is. Dit voorstel stuitte nu echter af op principieele bezwaren; verschillende gedelegeerden beweerden, dat in hun land geen competente autoriteit was om een dergelijk certificaat af te geven. Na eenige discussie, kwam het tot een soort van transactie, neêrgelegd in art. 19,

al: 2 van het ontwerp-verdrag. Elk land zal nu doen, zooals het zelf het beste acht of zooals zijne wetgeving het voorschrijft; het zal dus al of niet het vonnis vergezeld doen gaan van eene verklaring, dat het in kracht van gewijsde is gegaan.

De autoriteit, belast met het beslissen over het *exequatur* zal deze verklaring aannemen, die slechts door den belanghebbende kan worden tegengesproken, wanneer hij meent, dat het stuk niet authentiek is. De verklaring van de vreemde autoriteit zal dan de kracht hebben van een *presumptio juris tantum*. In de gevallen, waarin eene dergelijke verklaring niet geleverd wordt, doet de zaak zich evenzoo voor als thans het geval is.

Ook de vertaalquaestie is geregeld evenals bij art. 3 bovengenoemd. De vertaling betreft, zoo zegt het rapport, slechts het dispositief van het eindvonnis en latere beslissing over de kosten. Er bestaat geen reden om de de vertaling der motieven te eischen.

De bepalingen over den kosteloozen rechtsbijstand zijn in hoofdzaak onveranderd gebleven. Alleen is aan het 1e lid van art. 15 — art. 21 der ontwerp-conventie — een voorschrift toegevoegd, strekkende om te bepalen, dat, in het geval, waarin de autoriteiten van de tegenwoordige verblijfplaats niet tot een der contracteerende Staten behooren en geen certificaten of dergelijke stukken afgeven, men zal kunnen volstaan met eene verklaring, afgegeven door een diplomatiek of consulaire ambtenaar van den Staat, waartoe de vreemdeling behoort.

Op voorstel van Italië is in de overeenkomst thans een artikel opgenomen, regelende de internationale gevolgen van den kosteloozen rechtsbijstand. Bepaald is, dat, wanneer dit voorrecht is toegekend aan een inwoner van een der contracteerende Staten, de beteekeningen

betrekkelijk dit proces, die in een anderen Staat moeten gedaan worden, slechts aanleiding kunnen geven tot terugbetaling door den verzoekenden Staat aan den Staat tot welken het verzoek gericht is van de kosten, veroorzaakt door het gebruik van een bijzonderen vorm in het geval van art. 3. In hetzelfde geval kan de uitvoering eener rogatoire commissie slechts aanleiding geven tot terugbetaling door den verzoekenden Staat aan den Staat waartoe het verzoek gericht is, voor schadeloosstellingen aan getuigen of deskundigen betaald.

Wat den lijfswang aangaat, komt in de redactie der ontwerp-conventie duidelijker uit, dat wanneer bijv. in een land lijfswang tegen de nationalen kon worden toegepast, dit middel natuurlijk ook tegen de vreemdelingen kan worden ingeroepen, wat trouwens altijd de bedoeling geweest is. Tevens is er bijgevoegd, dat een feit, hetwelk door een inwoner van een land kan worden ingeroepen om de opheffing van den lijfswang te verkrijgen, hetzelfde effect moet hebben ten opzichte van een inwoner van een anderen contracteerenden Staat, zelfs indien dit feit zich in den vreemde mocht hebben voorgedaan.

De Conferentie heeft zich met het voorstel der commissie in hoofdzaak vereenigd. In het slotprotocol is nog een wensch uitgedrukt, waarover een enkel woord.

Het eerste gedeelte van de conventie van 14 November 1896 heeft hier te lande de vraag doen rijzen of de bij ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalde wijze van dagvaarding en beteekening van andere exploiten aan personen, die zich in het buitenland bevinden, door de conventie als vervallen behoort beschouwd te worden. Het spreekt echter vanzelf, dat deze vraag ontkennend moet beantwoord worden. De conferentie

legt alleen eene verplichting op, waar vroeger slechts internationale welwillendheid bestond. Of het exploit van dagvaarding op rechtsgeldige wijze geacht moet worden gedaan te zijn op het oogenblik, dat het aan een door de vreemde wet aangewezen ambtenaar (hier te lande den ambtenaar van het O. M.) is ter hand gesteld, dan wel eerst bij de beteekening van den persoon of de woonplaats van hem, tot wien het exploit gericht is, is een vraag, die geen onderwerp is van internationale regeling, maar aan de nationale wet behoort te worden getoetst.

Met het oog hierop is nu in het laatste gedeelte van het slotprotocol met algemeene stemmen een wensch opgenomen; hiertoe strekkende dat, hetzij door wijziging der nationale wetten, hetzij door eene internationale regeling een rechtstoestand worde in het leven geroepen volgens welken het exploit, bestemd voor iemand, die zich in een ander land bevindt, alleen dan geacht wordt op rechtsgeldige wijze gedaan te zijn, als het aan den persoon of het domicilie van dengene, voor wien het bestemd is, afgegeven is overeenkomstig de artikelen 1, 2, 3, 5 en 6 van het ontwerp-tractaat.

Het tweede ontwerp-tractaat, hetwelk door de conferentie aangenomen is, betreft het Erfrecht. Hoe moeielijk deze materie is, blijkt daaruit, dat op alle conferenties, die reeds over het internationaal privaatrecht gehouden zijn, in 1893, 1894, 1900 en 1904 het erfrecht een onderwerp van behandeling heeft uitgemaakt. De commissie, die in 1904 dit onderwerp in een rapport heeft behandeld, heeft uitvoerig haar standpunt uiteengezet en haar betoog in drie hoofdpunten verdeeld: 1<sup>o</sup>. wettelijk erfrecht; 2<sup>o</sup>. testamentair erfrecht; 3<sup>o</sup>. bepalingen die beide stelsels van erfrecht gemeen hebben.

De hoofdquaestie bij het eerste onderwerp was natuurlijk

weër de vraag of de eenheid der erfopvolging, moet worden erkend, een vraag die — ik heb er hier meermalen op gewezen — weder op elke conferentie is ter sprake gekomen, welke vraag trouwens èn door het Instituut van Internationaal recht in 1887 èn door verschillende wetgevingen o. a. door het Duitsch Burgerlijk Wetboek van 1896 bevestigend is beantwoord (1) Een aantal staten: Rusland, Hongarije o. a. bleven echter bezwaren maken met het gevolg, dat het beginsel van eenheid van erfopvolging aangenomen is door Duitschland, Oostenrijk, Spanje, Frankrijk, Italië, Nederland, Portugal, Rumenië en Zweden. België heeft zich nog niet uitgesproken, en Noorwegen en Zwitserland nemen hetzelfde beginsel ook aan, maar maken voorbehoud, wat betreft de toepassing der nationale wet. (2)

Een andere vraag was nu echter hoe dit beginsel zóó in een internationale conventie op te nemen, dat de meerderheid der Staten zich ook daarmede kon vereenigen? Twee wegen stonden daarbij open. Den eersten weg heeft de conferentie van 1900 gevolgd; deze bestond hierin dat men den regel als algemeen vooropstelde, en daarna een reeks van uitzonderingen daarop aannam. De Fransche delegatie zag hierin een groot gevaar, omdat door dat stelsel aan te nemen de rechter in een moeilijke positie kon geraken, wat de niet genoemde punten betreft. Welke waarborg bestond er, zoo vroeg men, dat men, zoodoende bij de toepassing niet tegen den geest der overeenkomst zou handelen? Deze en andere bezwaren van praktischen aard bracht de Fransche

(1) Ook de Italiaansche *Code Civil* van 1865; de Spaansche van 1869 en het ontwerp van den Belgischen *Code Civil* hebben allen de eenheid der successie erkend.

(2) Vgl. Actes bl. 122—124.

delegatie er toe, om een andere methode voor te stellen, hierin bestaande, dat men de grenzen binnen welke het beginsel toegepast zou worden, nader omschreef door middel eener formule, die aangevende de materie uit het erfrecht, welke aan de nationale wet moest onderworpen worden, aan den rechter de bevoegdheid zoude laten onder den regel te brengen, wat er zijn inziens logisch toe behoort en er niet onder te doen vallen, wat er vreemd aan is.

De meerderheid in 1900 wilde echter dit stelsel niet en zoo behaalde het eerste stelsel de zege. Daarop heeft de Nederlandsche commissie voor het internationaal privaatrecht een transactie voorgesteld, in hoofdzaak zich aan het Fransche stelsel aansluitende; de gebruikte formule is ontleend aan de Italiaansche Code van 1865. Daartegen hadden — blijkens de schriftelijke gedachtenwisseling met de Nederlandsche regeering — een aantal Staten bezwaar. En toen de zaak nu in de commissie der conferentie ter sprake kwam, stelde Duitschland voor den tekst van 1900 te herstellen. Dit werd echter verworpen en met zes stemmen tegen vier nam zij den door de Fransche delegatie nog gewijzigden tekst van het Nederlandsche transactie-voorstel aan.

Hiermede heeft de conferentie zich vereenigd en zoo luidt het 1e lid van art. 1 van het concept-verdrag: „Les successions en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts, qui leur sont attribués, les rapports, la quotité disponible et la réserve sont soumises à la loi nationale du défunt, quelsque soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent”.

Toen eenmaal dit beginsel geformuleerd was, ging de rest gemakkelijker. De artikelen 5 en 9 — art. 5 bepaalde, dat de onroerende goederen beheerscht worden door de

wet der plaats van ligging, wat betreft de formaliteiten en de voorwaarden van publiciteit welke deze wet eischt voor het in het leven roepen, de overdracht en de vernietiging van zakelijke rechten — van het Nederlandsch transactie-project zijn geschrapt en over het testamentaire erfrecht was de commissie het spoedig eens. Met een korte redactiewijziging werd art. 1, 2e lid door de commissie en later ook door de conferentie aangenomen. Dit bepaalt nu, dat dezelfde regel (nationale wet) ook toepasselijk is op de „validité intrinsèque” en op de gevolgen der testamentaire beschikkingen.

Wat den vorm der testamenten aangaat, bepaalt het ontwerp, dat de testamenten geldig zijn, wanneer ze beantwoorden aan de bepalingen hetzij van de wet der plaats, waar zij gemaakt zijn, hetzij van de wet van het land, waartoe de erflater behoorde op het oogenblik, dat hij het testament maakte.

Wat nu betreft de testamenten in het buitenland gemaakt, bepaalde het Nederlandsche transactie-ontwerp, dat, eischt de nationale wet dat de akte een bepaalden vorm hebbe, het testament niet in een anderen vorm kan worden verleden. Deze bepaling was gemaakt om tegemoet te komen aan het voorschrift van sommige wetgevingen, o. a. de Nederlandsche. In art. 992 van het B. W. is toch bepaald, dat een Nederlander in het buitenland slechts een authentiek testament zal kunnen maken. De Fransche gedelegeerden achtten deze bepaling echter te veel in strijd met den regel *locus regit actum*; een dezer, de bekende RENAULT, kwam met een transactie-voorstel voor den dag, krachtens hetwelk het testament dan toch geldig is in het land, waar het gemaakt is, wanneer de de vormen, daar voorgeschreven, zijn in acht genomen.

Bij meerderheid van stemmen is dit voorstel aangenomen, waarmede na eenig debat de conferentie zich



ook vereenigd heeft. Ten slotte is nog een lid ingelascht betreffende de testamenten, verleden door diplomatieke en consulaire ambtenaren.

Zoo luidt thans art. 3 der ontwerp-conventie:

„Les testaments sont valables quant à la forme s'ils satisfont aux prescriptions soit de la loi du lieu, où ils sont faits, soit de la loi du pays, auquel appartenait le défunt au moment où il disposait.

Néanmoins, lorsque pour le testament fait par une personne hors de son pays sa loi nationale exige ou défend une forme déterminée l'inobservation de cette règle peut entraîner la nullité du testament dans le pays dont le testateur est le sujet, sans empêcher, d'ailleurs, si le testament est conforme à la loi du lieu, où il a été fait, que là et dans les autres pays, il soit valable.

Sont valables quant à la forme, les testaments des étrangers, s'ils ont été reçus conformément à leur loi nationale par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat, dont ces étrangers étaient les ressortissants.”

Artikel 6 noemt de reserven op, welke elke Staat ten opzichte van genoemde regelen mag stellen. Dit punt heeft reeds èn in 1893 èn in 1894 tot lange debatten aanleiding gegeven. Trouwens, het is toch altijd moeilijk te bepalen wat onder *ordre public* moet worden verstaan. Thans is het door een van Duitschlands gedelegeerden gegeven advies gevolgd om hier het enumeratiestelsel aan te nemen.

Voorbehouden wordt thans de toepassing der territoriale wetten, die uitsluitend ten doel hebben te beletten, de verdeeling der landelijke eigendommen, evenals de toepassing der wetten over de onroerende goederen, die onder een bepaald regime gesteld zijn. Mede wordt

voorbehouden in elken Staat de toepassing der wetten van imperatieven of prohibitieven aard betrekkelijk de onderwerpen, die in gemeen overleg door de Staten in een protocol zullen worden geregeld, hetwelk tegelijkertijd met deze conventie zal bekrachtigd worden. Ten einde van deze reserve gebruik te maken moet elke regeering aan de Nederlandsche mededeeling doen van de bepalingen der wet van zijn land, die bij derogatie aan de regels der conventie toepasselijk zullen zijn op alle erfenissen, zelfs op die aan inwoners der andere contracteerende Staten. Op deze mededeeling kan telken keere ten verzoeke van elke regeering worden teruggekomen; daarvan krijgt onze regeering bericht. De bepalingen, waarover het voorbehoud zich krachtens de bovenstaande regels uitstrekt, zullen slechts toepasselijk zijn op de erfenissen in de andere contracteerende Staten, welke openvallen zestig dagen na mededeeling aan de Nederlandsche regeering. Uitdrukkelijk wordt in § 5 nog vermeld, dat door die regelen nooit aan de toepassing der nationale wet van den erf-later kunnen worden onttrokken de onroerende goederen, welke niet begrepen zijn onder die in § 1 (zie boven) genoemd, en evenmin kunnen deze bepalingen te kort doen aan de bepaling van het na te noemen art. 7.

Ook de discussie over dit artikel was in de commissie niet van belang ontbloot. Het door de Nederlandsche regeering uitgewerkt transactie-voorstel bepaalde; „A l'égard des successions ouvertes dans un des états contractants, les étrangers qui sont les ressortissants d'un de ces états sont entièrement assimilés aux regnicoles”.

Dit artikel is voorgesteld ten einde een hinderpaal voor de toepassing der nationale wet, hoofdbeginsel der overeenkomst, weg te nemen in verband met de Fransche wet van 14 Juli 1819, de Belgische van 25 April 1865, de Nederlandsche van 7 April 1869, de Luxemburgsche

van 29 Februari 1872 en art. 31 der wet tot invoering van het Burgerlijk Wetboek in Duitschland. Zoo bevat bijvoorbeeld de genoemde Fransche wet van 1819 de bepaling, dat vreemdelingen het recht hebben om te erven evenals Franschen, en dat indien een nalatenschap waartoe zoowel goederen in Frankrijk als buitenslands behooren, gedeeld wordt tusschen vreemdelingen en Franschen, deze een waarde vooruit nemen evenredig naar de mate van hun erfdeel met de waarde der goederen, van welker eigendomsverkrijging zij door buitenlandsche wetten of gewoonten zijn uitgesloten. Onze geciteerde wet van 1869 bevat eene dergelijke bepaling. Men begrijpt, dat nu deze wet en art. 2 van de Fransche wet in strijd is met het beginsel van de toepassing van de nationale wet des erflaters, bij deze conventie door de contracteerende Staten erkend. Sinds 1900 heeft men nu naar eene formule gezocht. Bij de redactie, welke thans wordt voorgesteld in de ontwerp-conventie heeft men met genoemde wetten rekening gehouden. Er is voor gewaakt, dat voortaan buiten toepassing zullen blijven de bepalingen, waarbij ten voordeele van de nationalen zekere rechten op de nalatenschap zouden erkend worden, die in strijd zouden zijn met het beginsel der ontwerp-conventie, maar dat, mocht ten gevolge van eenig in art. 6 genoemd voorbehoud de nationale wet op zijde zijn gezet, de staten volkomen vrij zouden zijn, om te doen, wat zij te dezen opzichte meenen, dat in het belang hunner landgenooten zal wezen. Worden dan de nationalen van één staat in den anderen slechter behandeld, dan kunnen zij ook op hun territoir het recht van den vreemden erflater beperken.

Ziedaar de belangrijkste bepalingen, welke op de vierde conferentie ten aanzien van het erfrecht zijn tot stand gekomen. Het is van harte te hopen, dat het ontwerp-

tractaat spoedig door de verschillende Staten worde goedgekeurd; dan zou de kroon gezet zijn op het werk, waarmede men reeds in 1893 is begonnen.

Wat het erfrecht betreft, rest ons nog te wijzen op een belangrijke wensch, die aan het slotprotocol is toegevoegd, hierin bestaande, dat zoo spoedig mogelijk door de Nederlandsche regeering een nieuwe conferentie worde bijeengeroepen, die tot mandaat zal hebben om het „*protocole additionnel*”, bedoeld bij art. 6 § 2 van het ontwerp-tractaat over het erfrecht, vast te stellen en die tevens regelen zal geven voor de competentie in zake erfopvolging en testamenten.

Deze competentie-quaestie is inderdaad hoogst belangrijk. Als regel wordt door de meeste schrijvers aangenomen, dat alle acties betreffende erfrecht door één rechter behooren te worden beslist (1) en dit is ook rationeel, omdat men zodoende tijdverlies en kosten bespaart, gezwegen nog van de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen in zaken, welke met elkander samenhangen. De competente rechter is de rechter van de plaats, waar de erfenis is opengevallen, waar de erflater zijn laatste domicilie had. Het Italiaansche wetboek van 1865 huldigt dezen regel (art. 94).

In de praktijk en de jurisprudentie is het nu meestal anders; geldt het vorderingen betreffende onroerende goederen der nalatenschap, dan is competent de rechter binnen wiens ressort die goederen gelegen zijn; geldt het acties over roerende zaken, dan is de rechter van het laatste domicilie van den overledene competent. Voor het overige moet naar de bijzondere wetgevingen verwezen worden.

---

(1) Zie o. a. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, editie van 1904, bl. 740—741.

Reeds is de competentie-quaestie in sommige tractaten, geregeld. In de tractaten tusschen Oostenrijk en Frankrijk van 11 December 1866 (hernieuwd 18 Februari 1884) en tusschen Rusland en Frankrijk van 1 April 1874 wordt competent verklaard de rechtbank binnen welker ressort de onroerende goederen gelegen zijn, wanneer het die soort van goederen betreft; en de rechtsvorderingen over de roerende goederen der nalatenschap worden berecht door den bevoegden rechter van den Staat, waartoe de overledene krachtens zijn nationaliteit behoort. Dus wordt hier de nationale wet toegepast. Had echter de gestorven vreemdeling in Frankrijk zijn domicilie gevestigd ingevolge art. 13 C. C., dan zal de rechter, van dit domicilie competent zijn. Het Fransch-Russisch tractaat van 1874 bepaalt intusschen, dat, wanneer een nationale van het land, waar de nalatenschap is opengevallen belanghebbende is bij de erfenis, de rechtsvorderingen betrekkelijk de roerende goederen der nalatenschap zullen aangebracht worden bij den rechter van de plaats, waar deze nalatenschap is opengevallen, wanneer die nationale binnen acht maanden, gerekend van het openvallen der erfenis zijn aanspraak daarop laat gelden. Het tractaat voegt er bij, dat de erfopvolging in roerende goederen beheerscht wordt door de wet van het land, waar zij opengevallen is, ten minste om het gedeelte vast te stellen, hetwelk toekomt aan den nationale van het land, waar de erfenis is opengevallen; de rest wordt verdeeld door den consul volgens de nationale wet van den overledene; dit laatste vindt DESPAGNET een onverklaarbare derogatie aan het eenmaal gehuldigd beginsel. Het beginsel van eenheid van competentie wordt gehuldigd in art. 7 § 1 van de Fransch-Belgische conventie van 8 Juli 1899, een hoogst belangrijk tractaat uit een oogpunt van procesrecht,

waarnaar ook de conferentie bij het faillietenrecht dikwijls verwezen heeft. Bij art. 7 § 1 dezer overeenkomst wordt toch bepaald: Seront dans chaque pays portées devant le juge du lieu de l'ouverture du pays de succession, les actions en petition d'hérédité, les actions en partage et toutes autres entre cohéritiers jusqu'au partage, les actions contre l'exécuteur testamentaire, les actions en nullité ou en rescision de partage et en garantie des lots, les actions des légataires et des créanciers contre les héritiers ou l'un d'eux." DESPAGNET merkt hierbij op, dat de conventie van 8 Juli 1899 niet regelt welke wet toepasselijk is op de erfopvolging, omdat het voorstel der Fransche delegatie om het stelsel, dat in dit opzicht in Frankrijk en België geldt — wet van de plaats van ligging voor de onroerende goederen, wet van de laatste woonplaats voor de roerende — niet is aangenomen, waarschijnlijk omdat in België een herziening van den Code Civil wordt voorbereid, waarbij de nationale wet voor de geheele nalatenschap wordt voorgesteld.

Wat de andere ontwerp-overeenkomsten betreft, dienaangaande kunnen wij iets korter zijn dan over de beide voorafgaande. De eerste handelt over de wetsconflicten betrekkelijk de gevolgen van het huwelijk op de rechten en plichten der echtgenooten in hunne persoonlijke betrekkingen en op de goederen der echtgenooten.

Ook hier wordt getrouw aan het tot nog toe gevolgde stelsel, alles zooveel mogelijk teruggebracht tot de nationale wet.

Het rapport der derde commissie over de in deze ontwerp-conventie behandelde onderwerpen is mede hoogst belangrijk (1). Wat het huwelijksgoederenrecht

(1) Vgl. Actes t. a. p. bl. 178 vlg.

betreft, is de commissie en op haar voetspoor de conferentie uitgegaan van het denkbeeld, dat, wanneer de echtgenooten geen huwelijkscontract gemaakt hebben, de bedoeling moet worden ondersteld, dat het beheer der goederen a. h. w. een accessio, aanhangsel vormt van het huwelijk, dus dat ook op dat beheer de nationale wet behoort te worden toegepast. Reeds in 1900 had men dit stelsel aangenomen. Men verhele zich niet, dat, bij algemeene aanneming van dit stelsel een aantal landen aan een eeuwenoude jurisprudentie zullen moeten vaarwel zeggen. In Frankrijk bijvoorbeeld wordt weliswaar de vermoedelijke bedoeling van partijen ook afgeleid uit de nationaliteit der echtgenooten, maar ook uit een aantal andere bijomstandigheden, zooals de woonplaats der echtgenooten op het oogenblik van het huwelijk en de woonplaats die ze zich voorstellen te kiezen, wanneer ze getrouwd zijn. Dat onder al die presumpties die der nationale wet, welke thans wordt voorgesteld, de meest waarschijnlijke is, wordt door de meeste beoefenaars van het internationaal privaatrecht erkend. DESPAGNET noemt het ook het meest rationeele vermoeden (1).

Een andere vraag is deze: naar welke wet moet beoordeeld worden de geldigheid van een huwelijkscontract, wat betreft de bekwaamheid van elk der echtgenooten om een huwelijk te sluiten? De ontwerp-overeenkomst neemt daarvoor de nationale wet aan, van elk der beide echtgenooten op het oogenblik, dat het huwelijk gesloten wordt. Aangezien de vrouw eerst de nationaliteit van den man aanneemt na het huwelijk, behoort men haar bekwaamheid te beoordeelen naar de wet van het land, waartoe zij vóór haar huwelijk behoorde. Deze bepaling

(1) T. a. p. blz. 676.

is in overeenstemming met hetgeen de schrijvers te dezen opzichte leeren; zoo ook het bepaalde bij art. 4 der ontwerp-conventie, dat de nationale wet der echtgenooten beslist of het mogelijk is gedurende het huwelijk òf een nieuw huwelijkscontract te maken òf te wijzigen resp. te vernietigen hetgeen daaromtrent bij het sluiten van het huwelijk overeengekomen is. De verandering intusschen, welke in het beheer der goederen gemaakt wordt, kan geen terugwerkende kracht ten nadeele van derden hebben.

Ook artikel 5 is een belangrijk artikel. Het bepaalt, dat de intrinsieke waarde van een huwelijkscontract en de gevolgen daarvan geregeld worden door de nationale wet van den man op het oogenblik van het sluiten des huwelijks, of wanneer het contract in den loop van het huwelijk gesloten is, door de nationale wet op dit oogenblik.

Dezelfde wet bepaalt in welk opzicht de echtgenooten de vrijheid hebben zich aan een andere wet te refereren; wanneer dit geschied is, dan zal die andere wet de gevolgen van het huwelijkscontract regelen.

Wat den vorm aangaat, treft men ook hier aan de toepassing van den regel: „Locus regit actum”.

Art. 6 bepaalt, dat het huwelijkscontract van waarde is, wanneer het gesloten is òf overeenkomstig de wet van het land, waar het is tot stand gekomen òf overeenkomstig de nationale wet van ieder der echtgenooten op het oogenblik van de sluiting des huwelijks of, wanneer het gesloten is gedurende het huwelijk, overeenkomstig de nationale wet van elk der echtgenooten. Eischen echter deze wetten, dat het contract een bepaalden vorm hebbe, zelfs wanneer het in den vreemde gesloten is, dan moeten de bepalingen dezer wet in acht genomen worden. Ook hier wordt overigens weêr dezelfde uitzon-



dering gemaakt voor onroerende goederen, die onder een afzonderlijk *régime foncier* staan.

Ziedaar de belangrijkste bepalingen over het huwelijks-goederenrecht, zooals ze door de conferentie zijn aangenomen.

Thans een enkel woord over de ontwerp-conventie betreffende de curateele.

Het tractaat over dit onderwerp sluit zich, als natuurlijk bij dat over de voogdij aan, dat in 1902 is gearresteerd.

Als algemeene regel wordt dan ook hier gesteld, dat in alle gevallen de curateele beheerscht wordt door de nationale wet van den onder curateele gestelde, behoudens de uitzonderingen hierna te vermelden. Zoo wordt onder dit voorbehoud de onder-curateele-stelling uitgesproken door de competente autoriteiten van den Staat, waartoe de onder curateele gestelde krachtens zijn nationaliteit behoort.

De groote moeielijkheid, men begrijpt het, houdt verband met de vraag, wat moet geschieden, wanneer de onder-curateele-stelling wordt uitgesproken van een persoon, die zich in den vreemde bevindt. Te dezen opzichte is in de vierde commissie, die met het praeadvies over dit onderwerp belast was, uitvoerig van gedachten gewisseld. Algemeen is men overeengekomen over het in deze te huldigen beginsel, dat namelijk de lokale autoriteiten van het land, waar de vreemdeling verblijf houdt, in de allereerste plaats geroepen zijn, om in de onder-curateele-stelling te voorzien in de plaats van de nationale autoriteiten. Daaruit volgt nu:

1<sup>o</sup>. dat de lokale autoriteiten de urgente maatregelen moeten nemen, welke den toestand eischen;

2<sup>o</sup>. dat de lokale autoriteiten direkt de nationale moeten waarschuwen;

3<sup>o</sup>. dat alle procedures enz., moeten worden uitgesteld

om tijd te laten aan de nationale autoriteiten om zelve de zaak ter hand te nemen.

Deze mededeelingen moeten langs diplomatieken weg plaats hebben. Verklaart de nationale justitie zich incompetent, om welke reden ook, dan moeten de lokale autoriteiten voor persoon en goederen van den onder curateele gestelde zorgen.

Wat de provisioneele maatregelen betreft, welke de lokale autoriteiten moeten nemen ten opzichte van een vreemdeling, verblijf houdende onder hunne jurisdictie, getrouw aan het eenmaal aangenomen stelsel heeft de commissie en op haar voetspoor de conferentie besloten, dat deze maatregelen door de lokale autoriteiten alleen dan genomen worden, wanneer de persoon ook in de termen valt om volgens zijn eigen nationale wet onder curateele gesteld te worden. Deze maatregelen zullen ophouden door een vonnis van de autoriteiten van den Staat, waartoe de persoon behoort, evenals in het geval, dat deze autoriteiten mededeeling zullen doen, dat door hen provisioneele maatregelen genomen zijn.

Belangrijk is de bepaling van art. 9, krachtens welke de onder-curateele-stelling, uitgesproken door de competente autoriteiten, overeenkomstig het bovengezegde, wat de bekwaamheid van de onder curateele gestelden betreft en alle contracteerende Staten gevolgen zal hebben zonder voorafgaand *exequatur*. De maatregelen van openbaarheid, voorgeschreven door de lokale wet voor de onder-curateele-stelling door de autoriteiten van het land kunnen door deze gelijkelijk toepasselijk verklaard worden op de curateele, uitgesproken door een vreemde autoriteit. De verschillende Staten zullen de bepalingen, welke daaromtrent gemaakt worden, aan de Nederlandsche regeering mededeelen.

In art. 11 wordt nog het geval voorzien, dat de cura-

teele, uitgesproken door de autoriteiten der gewone verblijfplaats kan worden opgeheven door de nationale autoriteiten overeenkomstig hare wet. Ook de lokale autoriteiten die de curateele hebben uitgesproken, kunnen èn ingevolge de nationale wet èn ingevolge hunne eigene wet haar opheffen.

Deze beslissingen zullen in de contracteerende Staten hun effect hebben zonder exequatur.

Tusschen roerende en onroerende goederen wordt geen onderscheid gemaakt, behalve, waar het betreft onroerende goederen, die onder een speciaal „régime foncier” staan.

Wat eindelijk het ontwerp over het faillietenrecht aangaat, al dadelijk zij opgemerkt, dat de tekst niet als ontwerp-conventie behoort te worden beschouwd, maar bestemd is tot basis te dienen voor later te sluiten overeenkomsten.

Men zal zich herinneren, dat op de tweede conferentie reeds de moeilijkheden zijn gebleken, welke een regeling van deze materie met zich brengt. (1)

Ook in 1900 is ze ter sprake gekomen (2), maar ook nu nog achtte men de zaak niet rijp voor een ontwerp-traktaat.

Uit het rapport van de vijfde commissie, welke in 1904 belast was met het voorloopig onderzoek, blijkt, dat ook thans nog tegen het voorstellen van een ontwerp-overeenkomst te groote bezwaren zijn gerezen.

In de eerste plaats vestigde de rapporteur Mr. RAHUSEN de aandacht op de omstandigheid, dat sommige wetgevingen slechts het faillissement kennen van kooplieden, terwijl andere daarentegen, zooals b.v. onze wet van 1893 het rechtsmiddel ook toepassen op niet-kooplieden.

(1) Vgl. Actes 1894 bl. 59—66.

(2) Actes 1900 bl. 138—140, 157—160.

Daarbij kwam dat wel door de Nederlandsche commissie een voorstel gedaan was, maar dat een aantal landen, zooals Rumenië en Duitschland daarop nog niet hadden geantwoord. Toch achtte men het wel mogelijk, dat de zaak behandeld werd door de conferentie, juist omdat de handel een bij uitnemendheid internationaal karakter heeft en een faillissement uitgesproken in een bepaald land, noodzakelijk ook in een ander land gevolgen moet medebrengen. Immers, thans komt het voor, dat, nu het vonnis van faillietverklaring niet executabel is in een ander land, schuldeischers zonder eer of goede trouw in dat andere land te hunnen bate op de goederen van den failliet beslag leggen, waartegen de curator in het eerste land absoluut niets kan doen. Terecht zegt dan ook DESPAGNET (1) „Pour couper court à toutes les difficultés en matière de faillite, le seul moyen pratique est d'établir une entente entre les Etats au moyen de traités.” Maar zooals gezegd voor een algemeen tractaat is de materie nog niet rijp genoeg en na het ontwerp der Nederlandsche commissie tot grondslag genomen te hebben heeft het rapport zich tevreden gesteld met een ontwerp-tractaat — de rapporteur spreekt van *traité type* — te formuleeren, hetwelk tot model voor tusschen de mogelijkheden te sluiten overeenkomsten zal kunnen dienen.

De Nederlandsche commissie, van wie het voorstel is uitgegaan, dat tot basis gestrekt heeft, had reeds een aantal voorbeelden, waarvan zij met vrucht gebruik kon maken. Bij de bespreking van de conferentie van 1894 is er de aandacht op gevestigd, dat toen reeds twee ontwerpen tot regeling dezer aangelegenheid het licht hadden gezien; namelijk de besluiten, door het congres van Turijn in September 1880 genomen en de

(1) T. a. p. bl. 815.

„Règles”, die in 1893 door het *Institut de droit International* waren aanbevolen (1). Daarenboven had ook Mr. ASSER in genoemd jaar een „*Avant projet d'une convention internationale*” betrekkelijk het faillietenrecht uitgewerkt. In 1900 werd door de toen benoemde commissie nog gewezen op het tractaat van 8 Juli 1899 tusschen Frankrijk en België gesloten. Dit is een hoogst belangrijke conventie over het procesrecht, die ook regelen geeft over het faillietenrecht. Eindelijk kon die conferentie van 1904 nog gebruik maken van het uitstekend rapport door een van Zwitserlands gedelegeerden ROGUIN ter conferentie uitgebracht in het *Institut de Droit International* en de discussie daarover in dit geleerd lichaam gedurende zijn te Brussel gehouden zitting in 1902 (2).

Een enkel woord over de hoofdbeginselen welke ten deze bij de conferentie van 1904 hebben voorgezeten.

Vooreerst handelt het ontwerp alleen over het faillissement van kooplieden en in de tweede plaats is aangenomen, dat de faillietverklaring in een der Staten uitgesproken door de daartoe bevoegde macht ook gevolgen zal hebben in de andere contracteerende Staten (Art. 1). In het volgend artikel wordt gezegd, welke de bevoegde autoriteit is, namelijk, die van het land, waar de debiteur de hoofdzetel van zijn zaken heeft (*principal établissement commercial*). Deze regel wordt thans in alle ontwerpen gehuldigd; zoo in de Règles (art. 2) van het Instituut: in het project van Turijn, en ook de schrijvers gaan met deze opvatting mede (3).

(1) Vgl. Annexes nos. 1 en 2, annexés au procès-verbal no. 5 van de conferentie van 1894.

(2) Aangehaald in Mr. RAHUSEN'S rapport, Actes 1904 bl. 55.

(3) Vgl. o. a. DESPAGNET t. a. p. bl. 813.

Omvat het faillissement in een der contracteerende Staten verklaard, een succursale of een inrichting in een ander dezer Staten, dan zullen de formaliteiten voor de afkondiging, geëischt door de wetgeving van dezen laatsten Staat, moeten worden nagekomen; daarvoor zorgt dan de curator.

In het stelsel der „Unité de la faillite” past ook de bepaling, dat tusschen de schuldeischers, in de verschillende contracteerende Staten wonende, geen onderscheid gemaakt zal worden.

Vervolgens is de vraag ter sprake gekomen, in hoever aan een vonnis van faillietverklaring in een der Staten gewezen, kracht in de andere Staten kan worden toegekend.

Daarvoor is een *exequatur* noodig in den anderen Staat en dit *exequatur* wordt verleend, wanneer de aanvrager bewijst:

1°. dat de faillietverklaring is uitgesproken door de bevoegde autoriteit;

2°. dat het vonnis in den Staat waarin het gewezen is, uitvoerbaar is;

3°. dat de expeditie van het vonnis volgens de wet van den Staat, waar het gewezen is, alle voorwaarden van authenticiteit bevat, en dat de débiteur behoorlijk opgeroepen is, vertegenwoordigd of verklaard is in gebreke te zijn gebleven om zijn schulden te betalen.

De procedure van *exequatur* wordt natuurlijk geregeld door de wet van den Staat, waar de aanvraag geschied is. Het *exequatur* kan niet alleen door den curator gevraagd worden, maar ook door iederen persoon, die dit volgens de wet van zijn land kan doen.

Ook het accord zal in de contracteerende Staten gevolgen hebben, wanneer het door de schuldeischers is aangenomen, gehomologeerd door de competente

autoriteit met inachtneming der formaliteiten, welke de wet van den Staat, waar de faillietverklaring is geopend, eischt.

Tot zoover het internationale faillietenrecht.

Ten slotte vinde eene algemeene opmerking nog hare plaats.

In de tractaten van 12 Juni 1902 was bepaald, dat deze slechts zouden toegepast worden op het Europeesch territoir der contracteerende Staten. Ten gevolge van de toetreding van Japan is nu in de door de conferentie van 1904 ontworpen verdragen het voorschrift opgenomen, dat de overeenkomsten van rechtswege zullen gelden voor het Europeesch gebied der contracteerende Staten en dat, indien een Staat wensch, dat zij rechtskracht zullen erlangen voor zijn grondgebied buiten Europa, hij dezen wensch door tusschenkomst der Nederlandsche regeering aan de andere vertegenwoordigende mogendheden zal te kennen geven.

Tusschen den Staat, die een dergelijken wensch heeft te kennen gegeven en den Staat, welke daarop toestemmend heeft geantwoord zal de overeenkomst dan ook gelden voor het bedoelde buiten Europa gelegen grondgebied.

In de ontwerp-conventies vindt men ook de bepaling, dat de conventies geratificeerd zullen worden en de ratificatiën te 's-Gravenhage nedergelegd, zoodra zes mogendheden in staat zijn dit te doen. De Staten, die op de vierde conferentie vertegenwoordigd geweest zijn, zullen de conventies kunnen teekenen tot de ratificatiën zullen worden nedergelegd. Daarna zullen ze altijd kunnen toetreden; daartoe is slechts noodig eene mededeeling aan de Nederlandsche regeering, die in de archieven zal worden gelegd; deze geeft dan van die toetreding langs diplomatieken weg kennis aan de andere mogendheden.

Zij zullen in hoofdzaak in werking treden op den zestigsten dag te rekenen van het nederleggen der ratificaties en van af dit tijdstip zullen ze vijf jaar duren; deze termijn zal beginnen te loopen, ook voor de Staten, die later zijn toetreden; en mede wat betreft de toepasselijkverklaring op buiten-Europeesche territoriën. Zij zullen stilzwijgend van vijf tot vijf jaar worden verlengd, behoudens opzegging, waarvan ten minste zes maanden vóór het vervallen van bovenbedoelden termijn aan de Nederlandsche regeering zal worden kennis gegeven, die er aan de andere Staten mededeeling van zal doen.

J. B. BREUKELMAN.



**Behoort in burgerlijke zaken de rechter ook zelf  
personen te kunnen aanwijzen, die door hem als  
getuigen of deskundigen zullen worden gehoord?**

*Hoe meer door een getuigenverhoor de werkelijke  
waarheid aan het licht komt, des te meer  
beantwoordt het aan de bedoeling, waarmede  
het gehouden wordt.*

(Uit de memorie van toelichting  
op het Bewijs-ontwerp.)

Ten gunste eener toestemmende beantwoording der aan het hoofd van dit opstel geplaatste vraag, kon bij de gedachtenwisseling, welke daarover in den boezem der Staatscommissie plaats vond, (1) door den voorstander van de hierbedoelde bevoegdheid des rechters, behalve op art. 190 jct. art. 212 Wetb. v. Strafv., als voorschriften van gelijke strekking, toen nog slechts worden gewezen op de artt. 46, 49, 64 en 65 van het Ontwerp tot regeling der rechtspraak in administratieve twistgedingen, dat in 1894 door de daarvoor ingestelde Staatscommissie aan de Koningin-Weduwe Regentes werd ingediend. Sedert echter is door het voorlaatste lid van art. 102 jct. art. 120 (2) der Wet van 8 December 1902, *Stbl.* n°. 208, tot uitvoering van art. 75 der Ongevallenwet, zoodanige bevoegdheid uitdrukkelijk

---

(1) Zie bl. 147 van het bij Gebrs. BELINFANTE in 1901 uitgegeven Verslag der Staatscommissie tot herziening van de eerste zes titels van Boek IV Burg. Wetb. en bl. 80 der memorie van toelichting op het daartoe strekkend Regeeringsontwerp.

(2) «De Voorzitter is bevoegd ambtshalve getuigen en deskundigen «door den griffier te doen oproepen, om ter terechtzitting te verschijnen.»

toegekend, zoowel aan den Voorzitter van den Raad van Beroep, als aan dien van den Centralen Raad.

Volgens de meerderheid der Staatscommissie tot herziening van ons burgerlijk bewijsrecht, wier zienswijze door Minister LOEFF bij de samenstelling van het door hem ingediende Regeeringsontwerp geheel werd gedeeld, mag intusschen voor de regeling van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken volstrekt geen beroep worden gedaan op deze bepalingen, welker navolging al dadelijk „in strijd zoude zijn met het hoofdbeginsel, dat in het „voorgestelde art. 1902 is uitgesproken. (1) In admini-

---

(1) Dit artikel strekt tot bestendiging der tot dusver in onze rechtspraak gehuldigde opvatting van het *actori incumbit onus probandi*, als een tegenover den eischer aan den gedaagde toekomend recht, om den rechtsfeitelijken grondslag der vordering uitsluitend door eerstgenoemde bewezen te zien. De wenschelijkheid eener hernieuwde wettelijke erkenning van dit traditioneele uitgangspunt onzer bestaande bewijswetgeving werd evenwel nadrukkelijk door mij bestreden, zoowel in de THEMIS van het vorige jaar (1904), bladz. 238—248, als in het RECHTSGELEERD MAGAZIJN Deel XXII (Jaargang 1903), bladz. 518—541. En nog steeds is het bepaalde in art. 1902 Burg. Weth. voor mij het *Carthago delenda*, aan welks verderfelijken invloed de thans ondernomen herziening van ons burgerlijk bewijsrecht met beslistheid behoort te worden onttrokken, ten einde aan onze rechterlijke macht, bij de berechting ook van het privaatrechtelijk vermogensgeding — onder volkomen eerbiediging van der partijen beschikkingsbevoegdheid over de hun toekomende litigieuse rechtsaanspraken — toch eene meer gezaghebbende en aan hare overheidstaak beter beantwoordende plaats te verzekeren, dan haar tot dusver te onzent kon worden toegekend, zoowel met het oog op het bepaalde bij de artt. 1961—63 Burg. Weth. omtrent de gerechtelijke beken-  
tenis, als in verband met het volstrekt gemis aan eenige wettelijke erkenning van der partijen gehoudenheid tot openbaring van hetgeen deze weten of onder zich hebben en den rechter tot een juiste feitelijke beslissing van het tusschen hen gevoerd geding zou kunnen in staat stellen.

„stratieve zaken toch” — zoo luidt het ter plaatse, op de vorige bladzijde in noot 1, hierboven aangehaald — „moge de rechter zelfstandig onderzoekend optreden, om „dat daarbij veelal de overheid of de openbare orde „betrokken zijn; in burgerlijke gedingen blijve de „leiding, ook wat het leveren van bewijs betreft, aan „partijen.”

Het komt mij voor, dat deze tegenwerping het tegendeel van overtuigend of steekhoudend mag worden genoemd.

Zelfs ten aanzien van het privaatrechtelijk vermogensgeding, kan toch bezwaarlijk worden volgehouden, dat bij de feitelijke juistheid van het daarin door den rechter uit te spreken vonnis slechts de bijzondere geldelijke belangen der gedingvoerende partijen, en niet ook de openbare orde zouden betrokken zijn. Door de kracht van het rechterlijk gewijsde zal immers de geheele overmacht van het Staatsgezag zijn verzekerd aan de besteding of verwezenlijking *voor altijd* van zoodanige verhouding tusschen partijen, als bij dat vonnis voor rechtmatig mocht worden erkend.

Evenmin kan voor ons land zonder groote onnauwkeurigheid worden verklaard, dat „in burgerlijke gedingen „de leiding, ook wat het leveren van bewijs „betreft, aan de partijen (behoort te) blijven”, waar reeds thans in ons geldend recht de bevoegdheid tot een *ambts halve* optreden den rechter op dit gebied door menige wetsbepaling (1) is toegekend, en die bevoegdheid bij de nieuw voorgestelde artt. 150 en 151 A-C van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nog aanmerkelijk staat te worden uitgebreid.

---

(1) Zie de artt. 49, 199, 219, 222 Weth. v. Burg. Rechtsv.; art. 1977 Burgerlijk Weth. en art. 42 Weth. v. Kooph.

Toegegeven kan alleen worden, dat bij de regeling der bewijsvoering in administratieve gedingen, des rechters inquisitoriale roeping en macht meer op den voorgrond behooren te worden gesteld, dan in het civiel-proces, waarin uitteraard aan de gedingvoerende partijen de hoofdwerkzaamheid dient te worden gelaten tot het bijeenbrengen der gegevens, welke den rechter tot een juiste feitelijke beslissing kunnen in staat stellen.

Vandaar, dat het onlangs bij de Staten-Generaal ingediend Ontwerp-Wetboek van administratieve rechtsvordering zich in artt. 127—129 zeer te recht op het standpunt heeft gesteld, dat de aanwijzing der personen, die in het administratief geding als getuigen en deskundigen dienen gehoord te worden, in de eerste plaats van den administratieven rechter behoort uit te gaan, en de belanghebbende partijen daartoe eerst zullen hebben over te gaan, voor zooverre deze ook nog andere personen door den rechter mochten willen doen hooren.

Doch evenzeer als deze subsidiaire bevoegdheid in het administratief geding aan de belanghebbende partij behoort toe te komen, zal ook in het civiel-proces gelijke subsidiaire bevoegdheid tot het ambts-halve voor zich doen verschijnen van personen, die niet door partij als getuigen zijn gedagvaard, onzen burgerlijken rechter voortaan niet langer onthouden mogen worden.

Deze hier door mij voorgestane opvatting omtrent der partijen verhouding tot den rechter in het privaatrechtelijk vermogensgeding vond ik, als zuivere consequentie van den tweeledigen — ten deele privaatrechtelijken, ten deele publiekrechtelijken — aard, welke aan dit geding eigen is, nergens zóó kort en klemmend

ontwikkeld, dan in de rede, welke door Dr. JOSEPH UNGER in het Oostenrijkschê Hoogerhuis werd gehouden (1) ter gelegenheid van de behandeling der nieuwe Civilprocessordnung, welke sedert 1898 in dat rijk is in werking getreden. Enkele regels uit dit voortreffelijk stuk mogen hier ter overtuiging mijner lezers volgen.

Na, als een der meest kenmerkende hoofdbeginselen der nieuwe procesregeling, te hebben vooropgesteld des rechters daarbij erkende verplichting „zur Erforschung „der sogenannten materiellen Wahrheit selbstthätig (2) „mitzuwirken”, gaat de gezaghebbende schrijver t. a. p. op bladzijde 6 aldus voort: „Es ist allerdings zunächst „Sache der Parteien, welche die Hilfe des Staates „in Anspruch nehmen, die Thatsachen anzuführen, auf „welche Sie ihren Anspruch auf Rechtsschutz gründen, „und dem Richter die Ueberzeugung von der „Wahrheit ihrer Behauptungen zu verschaffen. Aber „es ist nicht minder Sache des Richters, der die „erbetene Hilfe gewähren soll, der Angelegenheit auf den „Grund zu gehen und sich die Ueberzeugung von der „wahren Beschaffenheit des Sachverhaltes zu verschaffen. „Denn der Staat hat als Hüter und Schirmer der „Rechtsordnung die Aufgabe, das wirkliche Recht, nicht „das scheinbare Recht zu schützen; er hat der wahren „Wahrheit, nicht dem falschen Schein der Wahrheit

---

(1) Of liever, zou zijn gehouden, indien eene onverwachts opgekomen ongesteldheid hem daarin niet had verhinderd. Zij werd later, als «Rede über die Civilprocessordnung von Prof. JOSEPH UNGER» in 1895 te Weenen uitgegeven.

(2) Dienovereenkomstig is, volgens § 183 der nieuwe Oostenrijksche C. P. O., de voorzitter van het rechterlijk college, onder meer, dan ook bevoegd «Personen als Zeugen zu laden, von welchen, nach der «Klage oder dem Gange der Verhandlung, Aufklärung über erhebliche «Thatsachen zu erwarten ist.»

„zum Siege zu verhelfen. Die Parteien sind die Herren  
 „ihrer Ansprüche, nicht aber die Herren des  
 „Processtoffes. Der Kläger mag auf den erhobenen  
 „Anspruch ganz oder theilweise verzichten; der Beklagte  
 „mag den geltend gemachten Anspruch ganz oder theil-  
 „weise anerkennen; verlangen Sie aber vom Richter die  
 „Entscheidung ihres Rechtsstreites, so müssen Sie sich  
 „auch gefallen lassen, dass der Richter die Sache  
 „untersuche.“

Wat van dit alles intusschen ook zijn moge, ja al mocht het hier tot dusver ontwikkelde even ongegrond wezen, als het mij voorkomt juist en onwederlegbaar te zijn, dan nog valt, ook van het standpunt der Ontwerpers, toch waarlijk niet in te zien, waarom in burgerlijke gedingen de rechter niet zou mogen besluiten tot het verhoor van zekere bepaalde personen, zoo vaak hij de van hen verwachte mededeelingen te zijner voorlichting noodig mocht achten, ten einde beter te kunnen beoordeelen de bewijskracht van hetgeen door partijen ten bewijze harer wederzijdsche feitelijke beweringen is bijgebracht.

Aan de uitdrukkelijke erkenning zijner bevoegdheid daartoe zal de burgerlijke rechter, vooral te onzent, vaak behoefte gevoelen, omdat in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (zie art. 231 jct. art. 235) slechts de *schriftelijke* voorlichting van deskundigen bekend en geregeld is.

Reeds uit het bepaalde aan het slot van art. 219 eerste lid, jct. art. 101 Wetb. v. Burg. Rechtsv., blijkt dat de burgerlijke rechter, bij het doen eener gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging, den *mondeling* verleenden bijstand van deskundigen soms niet zal kunnen missen. Ook in menig ander geval zal het voor de juiste waardeering van het door partijen bijeengebrachte strijd-

en bewijsmateriaal van groot belang kunnen zijn, dat onze rechters voortaan ook *mondeling* de inlichting en opheldering kunnen verkrijgen, welke zij van door hen aangewezen deskundigen mochten verlangen. En dat aan het verhoor van een deskundige als getuige het thans daartegen geldende, wettelijke en doctrinaire bezwaar, ook volgens de Ontwerpers, voortaan niet langer in den weg behoort te staan, volgt duidelijk uit hetgeen, in paragraaf 4 der Algemeene Toelichting op de door hen voorgestelde regeling van het getuigenbewijs, ter bestrijding van het bepaalde bij het tweede lid van art. 1944 B. W., zoo helder en overtuigend wordt betoogd.

Tegen des rechters bevoegdheid, om ambtshalve als getuigen op te roepen de niet als zoodanig door partijen gedagvaarde personen, wier verhoor door hem noodig mocht worden geacht, wordt — in den aanbeveling der toelichting op de in het Ontwerp voorgestelde wijziging der artikelen van het Wetb. van Burg. Rechtsv. omtrent het getuigenverhoor — als overwegend practisch bezwaar voorts nog de bedenking aangevoerd, dat, nevens het recht der partijen tot aanwijzing der te hooren getuigen, het toekennen eener gelijke subsidiaire bevoegdheid aan den rechter „niet denkbaar is, zonder in de „meeste gevallen verwarring en vertraging te veroorzaken.”

Immers, eerst na afloop van het door partijen bezorgd getuigenverhoor, zal de rechter kunnen bepalen, van welke andere personen het verhoor hem nog noodig voorkomt. Opent men nu daartoe aan den rechter de gelegenheid, dan moet dit volgens de Ontwerpers voortaan leiden tot een oponthoud „dat slechts zelden door de „uitkomst gerechtvaardigd zal worden.”

Waarom van zulk een verhoor „slechts zelden” een

nuttige uitkomst zou zijn te verwachten, wordt echter niet aangetoond, noch in eenig opzicht aannemelijk gemaakt.

Niets belet bovendien, dat aan partijen voortaan de verplichting worde opgelegd, om de namen der door hen gedagvaarde getuigen, behalve aan de tegenpartij, aanstonds ook aan den rechter op te geven, ten einde dezen in de gelegenheid te stellen, tegen den voor het getuigenverhoor bepaalden dag, degenen te doen oproepen, die hij nog als getuigen mocht wenschen te hooren.

En waarom zou de rechter het na de enquête soms nog door hem noodig geachte nader verhoor der door hem gewenschte personen niet in den regel vóór of op den dag der contra-enquête kunnen doen plaats vinden? Vrees voor „het veroorzaken van verwarring en vertragen” zal den rechter dan voorzeker niet, van het door hem noodig geachte verhoor behoeven te weerhouden.

Op grond van het bovenstaande kom ik alzoo tot het besluit, dat noch het principieel bezwaar, door de Ontwerpers aan den aard van het privaatrechtelijk geding ontleend, noch de door hen aangevoerde praktische bedenkingen voldoende grond opleveren, om onzen burgerlijken rechter voortaan de bevoegdheid te onthouden tot een ambtshalve verhoor van hen, wier mededeelingen of mondelinge voorlichting hij voor eene juiste beslissing der aan zijn oordeel onderworpen zaak van belang acht. Ik zou daarom wenschen, dat aan het voorgestelde 2de lid van het nieuwe art. 214 Wetb. v. Burg. Rechtsv. eene tweede zinsnede werd toegevoegd van den volgende inhoud:

*Ook andere personen kunnen ambtshalve door haar tot het verstrekken van mondelinge inlichting als getuigen of des-*



*kundigen worden opgeroepen, indien zij voor de beslissing der zaak zulks noodig acht.*

Het voorgestelde 3<sup>de</sup> lid zou dan aldus kunnen worden gelezen:

*Zoowel in het eene, als in het andere geval, geschiedt de oproeping alsdan door den griffier bij brief, waarvan afschrift door dezen aan partijen wordt toegezonden.*

Den Haag, Maart 1905.

J. P. MOLTZER.

**Eene verjongingskuur der Nederlandsche  
magistratuur.**

---

*Het wetsvoorstel tot het ontslaan van rechtsprekende ambtenaren bij het bereiken van een bepaalden leeftijd getoetst aan de Grondwet, door Mr. G. WTEWAAL, Lid van het Gerechtshof te Arnhem. — Arnhem, S. GOUDA QUINT, 1905.*

§ 14 der algemeene beschouwingen van de memorie van toelichting der bij Koninklijke Boodschap van 17 Februari 1905 aan de Tweede Kamer aangeboden drie wetsontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak draagt het omineuse opschrift: „misstanden in de bestaande rechterlijke organisatie”.

Gelijk het meer gaat met „den vriend, die mij mijne feilen toont”, laat de steller der memorie van toelichting, het kan zijn om een gereeder oor te vinden voor zijne klachten over den tegenwoordigen toestand der Nederlandsche magistratuur, daaraan voorafgaan een lofspraak aan haar adres.

„De rechterlijke macht” — zoo luidt het — „heeft tot „heden hare moeilijke en hooge taak op alleszins loffelijke „wijze vervuld. Over hare onkreukbaarheid en haren ijver „gaat maar één roep. Met onmiskenbare onpartijdigheid „doet zij recht, waar haar uitspraak wordt ingeroepen.

„Met prijzenswaardige opgewektheid verricht zij den „arbeid, hoe omvattend ook, dien de rechtzoekenden „van haar vergen. En onder hare leden telt zij juristen, „wier naam ook over onze grenzen met eerbied wordt „genoemd”.

Men zou bijna zeggen: *Des Guten zu viel*. Maar nadat onze rechters zoo schitterend in het zonnetje zijn gezet, wordt gewezen op eene donkere schaduwzijde.

De Nederlandsche magistratuur heeft volgens den Minister van Justitie, die zijn naam schreef onder de memorie van toelichting, behoefte aan eene verjongingskuur. Wat is het kwaad, dat nu reeds bestaat en dagelijks erger dreigt te worden? „Jonge juristen, die „beloven, keeren zich niet zelden van haar af. Zij „wenden zich vaak of naar de balie of kiezen een „(ander) vrij beroep, waarin kennis en ervaring pas- „sender belooning vinden”. Daarbij komt, dat de heeren, die eens zitten, te stoelvast zijn. „Leden van parket, „en griffie, rechters en raadsheeren plegen hunne functiën „tot op zeer vergevorderden leeftijd te bekleeden. Regel- „matige opschuiving heeft dientengevolge niet plaats”. De vrees, dat de rechtspraak daaronder zal gaan lijden, heeft reden van bestaan. „De inspanning, „van de rechterlijke macht gevorderd, wordt toch” — volgens den Minister — „met den dag grooter. De „arbeid wordt omvangrijker niet alleen, maar ook moeilijker. Bovendien leeft men tegenwoordig ook in de „rechtswereld snel. Nieuwe opvattingen breken zich „telkens baan en de inwerking van vreemde rechten „doet zich sterker gevoelen”. De „voeling met het leven” is dus vooral in onzen tijd voor den rechter onontbeerlijk, zal hij zich behoorlijk van zijne taak kwijten. „In doorsnee” nu begint een man van om de 65 of 70 jaren die „volledige voeling met het

leven" te verliezen. „Hij begint langzamerhand zijn „gedachtenkring te sluiten voor hetgeen jongere generaties bezig zijn voort te brengen. De ouderdom wordt „eene remmende kracht, en het weerstandsvermogen, „voor de vlugge afdoening van zwaren arbeid vereischt, „neemt doorgaans in evenredigheid met de jaren af”.

Een verjongingskuur der Nederlandsche magistratuur is om al deze redenen dringend noodig. Hoe daarbij te werk te gaan? Volgens den Minister zijn er twee geneesmiddelen: „salarisverhooving" en „verplichte pensionneering" voor het personeel van den Hoogen Raad op den leeftijd van 70, voor alle andere rechterlijke ambtenaren op dien van 65 jaren. De zaak wordt daarmede gezond. Hoor de memorie van toelichting: „De salarisverhooving maakt de rechterlijke betrekkingen aantrekkelijker. De verplichte pensionneering verjongt de „colleges regelmatig en verbetert tevens de kans op „promotie. Het dreigend gevaar voor het aanzien der „rechterlijke macht is daarmede gekeerd”.

Wat betreft de salarisverhooving veroorloof ik mij tweeërlei opmerking. Onder de „jonge juristen, die beloven" zijn er altijd nog velen, zoo niet de meerderheid, wier neiging gericht is op plaatsing in de magistratuur. Indien dus, waar het geldt eerste benoemingen, bij het Departement van Justitie op den duur meer gelet werd op de talenten der jeugdige rechtsdoctoren dan op den datum hunner promotie, dan ware ook zonder salarisverhooving reeds veel gewonnen voor het blijvend goed gehalte onzer rechterlijke macht. Salarisverhooving kan echter gewenscht zijn om mannen van rijperen leeftijd, die hunne sporen reeds verdiend hebben bij de balie of in een anderen juridischen werkkring, te bewegen om te dingen naar een zetel in de magistratuur, maar ter bereiking van dat doel moet die verhooving

ver worden uitgestrekt buiten de in de artt. 1—13 van het Ontw. III gestelde grenzen. Immers waarop komt deze neder? Hierop, dat behalve door den president van en den procureur-generaal bij den hoogen raad, de presidenten, vice-presidenten, rechters en leden der parketten bij de rechtbanken te Amsterdam en te Rotterdam benevens de kantongerechten aldaar (1), de thans door alle rechterlijke ambtenaren genoten jaarwedden worden vermeerderd met vijf tweejaarlijksche verhoogingen van f 200 tot een maximum van f 1000, dat dus eerst na verloop van tien dienstjaren bereikt wordt (2). Door den Minister van Justitie wordt uitgerekend, dat deze salarisverhoogingen waarschijnlijk na 10 jaar het budget met een constant bedrag van meer dan f 250.000 zullen bezwaren. Naar mijne zienswijze zouden, wat er overigens zij van de wenschelijkheid en billijkheid om de jaarwedden der rechterlijke ambtenaren te verhoogen, deze 2½ ton *à pure perte* worden uitgegeven, wanneer dit mocht geschieden om mannen van positie in de balie of in een anderen werkring, die zich thans om financiële redenen onthouden van te dingen naar eene rechters- of raadsheersplaats, daartoe te bewegen. De luttelijke tweejaarlijksche tractementsverhoogingen tot een maximum van f 1000 zullen hen daartoe te minder nopen, omdat, terwijl zij nu althans kunnen rekenen op eene jaarwedde van 3, 4, 5 duizend gulden tot hun dood, zij volgens de nieuwe regeling zich na het bereiken van den leeftijd van 65 (H. R. 70) jaren tevreden zouden moeten stellen met een pensioen van een veel minder bedrag.

En nu het tweede middel, waardoor volgens den

(1) Art. 13 Ontw. III in verband met de wet van 21 Juli 1903, Stbl. no. 234.

(2) Artt. 10—12 Ontw. III, M. v. T. bl. 29, 30.

Minister LOEFF het dreigend gevaar voor het aanzien van de rechterlijke macht zal worden gekeerd, de leeftijdsgrens (3). In het algemeen gevoel ik daarvoor veel, al zijn er, zooals bij het hooger onderwijs sedert 1815 is gebleken, ook nadeelen aan verbonden, mits zij niet te vroeg intrede en voor allen dezelfde zij. Het kan den Minister van Justitie worden toegegeven, dat voor hen, die niet jong sterven, er in den regel een tijd komt, waarin de ouderdom zich als eene „remmende kracht” doet gevoelen. Wat ik echter den Minister niet toegeef, is dat die remmende kracht zich „in doorsnee” reeds openbaart in vermindering van werkkracht en trage ontvankelijkheid voor nieuwe denkbeelden bij magistraten, die niet meer dan 65 levensjaren tellen. Intusschen, denkt men daarover anders, dan moeten allen, die dezen leeftijd bereikt hebben, tegen wil en dank uit de magistratuur gebannen worden, om verder met een schraal pensioen te vegeteeren.

De uitzondering, in het ontwerp gemaakt voor het personeel van den Hoogen Raad, mist allen redelijken grond. Er wordt in de M. v. T. geen reden gegeven, en het zou ook moeilijk zijn dit te doen, waarom de rechter in eene kleine rechtbank of een plattelandskantonrechter alléén omdat hij 65 jaar oud is, als krachtens het vermoeden der wet verder onbruikbaar voor zijn ambt, daaruit moet worden ontslagen, terwijl de leden van het hoogste rechterlijk college hunne functie vrij en onverlet mogen blijven uitoefenen totdat zij den vollen ouderdom

---

(3) Art. 12a Ontw. II. De bezoldigde leden der rechterlijke magt, die voor hun leven of tot wederopzeggens benoemd zijn, worden door Ons ontslagen, zoodra zij den vollen ouderdom van 65 en, voor zoover de leden van den hoogen raad, den procureur-generaal, de advocaten-generaal, den griffier en de substituut-griffiers bij dezen raad betreft, dien van 70 jaren bereikt hebben.

van 70 jaren bereikt hebben. Mij dunkt, de consequentie is hier geheel zoek geraakt.

Dit alles raakt de inwendige waarde van het voorstel tot invoering der leeftijdsgrens bij de rechterlijke macht. Meer echter dan op die inwendige waarde komt het voor het oogenblik aan op de vraag, of de invoering der leeftijdsgrens bij de magistratuur, hoe en met welke onderscheidingen ook, te rijmen is met art. 166 der Grondwet. Deze vraag behalve in het W. v. h. R. (4) reeds in verschillenden zin besproken in *Land en Volk* (5), de *Nieuwe Rotterdamsche Courant* van 26 Maart, de *Arnhemsche Courant* van 15 April en 3 Mei jl., het *Weekbl. voor de Burg. Administratie* (6) en wellicht nog in andere dagbladen, die niet onder mijne oogen zijn gekomen, wordt opnieuw gesteld en ontkenkend beantwoord door den heer WTTWAAL in de brochure, welke titel hierboven is afgeschreven.

Dat ik mij geheel vereenig met de slotsom, waartoe de geachte schrijver komt, behoef ik nauwlijks te zeggen. Ik heb mij reeds herhaaldelijk, met tusschenpoozen van vele jaren, in gelijken zin uitgelaten (7), en blijf bij deze meening. Intusschen, waar ik het geheel eens ben met de conclusie van den heer WTTWAAL, maak ik eene enkele reserve met betrekking tot zijne argumentatie. Het komt mij voor, dat de schrijver het hoofdargument

(4) Zie de nummers 8185, 8188, 8190, 8200, 8210, 8216.

(5) Dit dagblad besprak, bedrieg ik mij niet, voor alle anderen de quaestie in zijn nummer van 23 Februari 1905 onder het opschrift *Grondwet-schending*.

(6) Zie de nummers 2916 en 2917.

(7) In de tweede door mij bewerkte uitgave van A. DE PINTO'S *Handl. R. Org.* II, bl. 69 (1880), in het hoofdartikel van W. 7041, en onder een correspondentie-artikel in W. 7044 (1897), nu onlangs ook in W. 8188.

in onzen gemeenschappelijke strijd tegen het W. v. h. R., de N. R. C. en het Wbl. v. d. B. A., het beroep op de duidelijke, ondubbelzinnige, voor geene tweeledige uitlegging vatbare woorden van art. 166 Gw. (8), vrijwel cadeau geeft, althans dit niet op voldoende prijs houdt, waar hij (bl. 9) niet onduidelijk te kennen geeft, dat, ware hij het eens met de redactie van het W. v. h. R., dat de grondwetgever niet anders wilde dan de onafzetbaarheid der rechters en daardoor, langs welken weg, door welke middelen ook, hunne onafhankelijkheid verzekeren, hij zich aan hare zijde zoude scharen.

Ik denk er anders over. De wet is naar mijne zienswijze wat haar tekst zegt, uitdrukt, inhoudt. Over de vraag, wat zij zegt, welke de kracht of beteekenis harer uitdrukkingen is, bestaat menigmaal verschil van gevoelen. Dan is het de taak van den rechter — geldt het de grondwet, die van den gewonen wetgever — uit het stelsel en de geschiedenis der wet op te sporen, welke gedachte de wetgever in zijne voor verschillende opvattingen vatbare voorschriften heeft willen uitspreken. Inzooover is zeker waar wat VON SAVIGNY leert (9), dat uitlegging der wet is „die Reconstruction des dem „Gesetze inwohnenden Gedankens“. Van die reconstructie, een moeilijk en vaak gevaarlijk werk, zoude ik echter meenen, heeft de rechter zich te onthouden als hij geroepen wordt tot de toepassing van een naar zijn oordeel — ook daarover is natuurlijk verschil

---

(8) Dit wordt door de verdedigers der grondwettigheid van het voorstel volkomen toegegeven. Het kon ook niet wel anders. Ik zet het den knapsten sofist te betoogen, dat «voor hun leven» ook beteekent: «voor zoolang zij een door de wet te bepalen leeftijd «zullen hebben bereikt».

(9) System, I, S. 213.



van gevoelen niet uitgesloten (10) — volkomen duidelijk en ondubbelzinnig voorschrift (11).

In deze richting, die bij de uitlegging der wet aan hare woorden een overwegenden invloed toekent, heeft de rechtspraak van den Hoogen Raad zich, althans in de laatste jaren, steeds bewogen. Met tal van voorbeelden wordt dit aangetoond in het voortreffelijke academische proefschrift van Mr. J. P. FOCKEMA ANDREAE (12).

Het meest sprekend in de aangewezen richting is wel 's raads arrest van 12 November 1900, W. 7525, waarin wordt vooropgesteld deze daarna in het algemeen en met het oog op het concrete geval nader uitgewerkte stelling: „dat de wet is de in haar tekst uitgedrukte wil „des wetgevers” (13). Prof HAMAKER noemt deze woorden niet zeer duidelijk (14). Ik kan er niets onduidelijks in ontdekken, maar het kan toch zijn, dat de proc.-gen. POLIS in zijne reeds aangehaalde conclusie het begrip, waarop het hier aankomt, nog duidelijker teruggaf in deze woorden: „Waar de tekst en de bedoeling der wet

(10) Vgl. b.v. 's Hoogen Raads arrest van 19 April 1901 met de daaraan voorafgegane conclusie van den proc.-gen. POLIS, beiden in W. 7593.

(11) Art. 49 Ontw. B. W. 1820. Wanneer de woorden eener wet een zoo duidelijken zin hebben, dat de onderstelde meening zich op geenerlei wijze met die woorden kan laten overeenbrengen, staat het den regter niet vrij, op grond dezer meening . . . . tegen de duidelijke letter der wet uitspraak te doen.

In gelijken zin § 22 van het Burg. Wb., dat van 1 Maart 1865 tot 31 December 1899 in het Koninkrijk Saksen gold: «Die Gesetze «sind nach ihrem Wortsinne und wenn die Worte Zweifel lassen «nach der auf andere Weise sich kundgebenden Absicht des Gesetzgebers auszulegen».

(12) *Tien jaren rechtspraak van den Hoogen Raad. Bijdrage tot de leer der wetsuitlegging*, (Leiden, 1904).

(13) Het arrest wordt door Mr. ANDREAE besproken op bl. 34, 35 en verder *passim*.

(14) *Wbl. voor priv. recht, notaris-ambt en registratie*, no. 1625.

„niet met elkander overeenkomen, (is) recht de wet en „niet de bedoeling van den wetgever” (15).

Is dit juist, wat ik niet betwijfel, dan wordt de invoering der leeftijdsgrens bij de magistratuur reeds door de woorden alléén van art. 166 Gw. zonder meer onherroepelijk buitengesloten.

Daarbij komt nu nog, dat de duidelijke zin der woorden hier volkomen wordt bevestigd door de uit de geschiedenis blijkbare bedoeling des grondwetgevers, die stellig in art. 166 niets anders heeft willen schrijven dan er met de woorden „voor hun leven” in geschreven staat.

Voor de naaste geschiedenis van het artikel, die deel uitmaakt van de grondwetsherziening van 1887, is dit reeds herhaaldelijk aangetoond en niet weersproken. De heer WTEWAAL sluit zich aan bij dit betoog en hij versterkt het in niet geringe mate door ook te wijzen op de geschiedenis van art. 163 Gw. 1848. Wat is de zaak? Reeds in de grondwetten van 1814 en 1815 (1840) was resp. in de artt. 113 en 186 (184) de aanstelling voor het leven aangenomen, doch alleen ten aanzien van „de leden en ministers” van den Hoogen raad en de gerechtshoven (16), terwijl de tijd der bediening van alle andere rechters door de wet zou worden bepaald (17) en voorts werd verstaan, dat geen rechter gedurende den tijd zijner bediening van zijn post mocht worden ontheven dan op eigen verzoek of bij rechterlijk vonnis. Door

(15) Vgl. ANDREAE, bl. 155.

(16) In de Gw. van 1815 werden met de gerechtshoven gelijk gesteld de crimineele rechtbanken, gelijk wij er werkelijk een tijdlang, toen de provincie Holland nog ongesplitst was en nog kort daarna (van 1 Oct. 1838 tot 1 Januari 1842), een hadden te Amsterdam.

(17) Art. 51 der op 1 Oct. 1838 ingevoerde R. Org. bepaalde, dat de leden der rechtbanken voor hun leven, art. 39 dat de kantonrechters en hunne plaatsvervangers voor vijf jaren werden aangesteld, wat nu in strijd met de grondwet nog geldt voor de plaatsvervangers.

THORBECKE in zijne Aanteekening op de Grondwet (18) wordt aangenomen, zooals de heer WTEWAAL van oordeel is en ook ik meen terecht, dat onder „regterlijk vonnis” hier alleen te verstaan is een „strafvonnis”, alzoo niet eene disciplinaire uitspraak. Omdat hij dit zeker niet zonder grond verkeerd vond en omdat hij verder 's rechters onafhankelijkheid genoegzaam gewaarborgd achtte door in de Grondwet vast te stellen, dat geen rechter (of ambtenaar van het O. M. binnen den tijd, waarvoor hij volgens de wet is aangesteld, door den Koning anders dan op eigen verzoek kan worden ontslagen, maar dat zij in de gevallen, bij de wet te bepalen, bij rechterlijke uitspraak kunnen worden afgezet of ontslagen, stelde hij voor het artikel aldus te lezen:

Geen regter of ambtenaar van het openbaar Ministerie kan binnen den tijd, waarvoor hij volgens de wet is aangesteld, door den Koning van zijne betrekking worden ontslagen, dan op eigen verzoek. Zij kunnen worden afgezet of ontslagen bij regterlijke uitspraak, in de gevallen bij de wet te bepalen.

Eene bepaling, woordelijk in dezen zin ontworpen, werd opgenomen in het voorstel tot grondwetsherziening der negen mannen (1844). De staatscommissie van 1848, door THORBECKE gepresideerd, sloot zich daarbij aan, wat betreft het ontslag of de afzetting, maar behield de aanstelling voor het leven, nu uitgebreid tot de rechtbanken van eersten aanleg (19). De regeering volgde haar op dien weg, alleen met beperking van het door haar voorgestelde artikel, dat ongewijzigd werd vastgesteld als art. 163 der herziene grondwet van 1848, wat het O. M.

---

(18) II, 2e druk. bl. 202.

(19) Handelingen over de herziening der Grondwet. 's-Gravenhage, Gebr. BELINFANTE, 1848, I art. 155, bl. 187, toelichting, bl. 220.

betreft tot den procureur-generaal bij den Hoogen Raad (20). In de memorie van toelichting legde de regeering op het voetspoor der staatscommissie er nog eens den nadruk op, dat zij meende „de aanstelling voor het leven als grondwettig gebod, als waarborg voor onafhankelijke regtspraak te moeten uitbreiden tot de leden der regtbanken”. Wanneer men er nu op let, dat deze „grondwettige waarborg” in de constituties van 1814 en 1815 zoo streng werd opgevat, dat zij zelfs geen ruimte lieten voor ontslag of ontzetting van den rechter uit zijn ambt bij disciplinaire rechterlijke uitspraak, dat de staatscommissie van 1848 en op haar voetspoor de regeering het noodig achtten, die leemte aan te vullen, aldus, met voorziening in „eene lang gevoelde behoefte”, overnemende een deel van THORBECKE's, reeds in zijne „Aanteekening” geformuleerd, voorstel, maar dat zij het andere deel niet in het nieuwe artikel opnamen, dan is het waarlijk niet gewaagd daaruit met den heer WITTEWAAL af te leiden, dat ook in art. 163 der Grondwet van 1848 met de woorden „voor hun leven” niets anders is bedoeld te zeggen dan wat zij werkelijk zeggen, dus zoomin aanstelling tot een door de wet te bepalen leeftijd als aanstelling voor een bij de wet te bepalen tijd. De redactie van THORBECKE werd hier niet overgenomen, niet zooals het W. v. h. R. het onder de Berichten en Mededeelingen van nummer 8216 schijnt te willen doen voorkomen, omdat men deze minder correct achtte, maar blijkbaar omdat men niet wilde ingaan op zijn denkbeeld om den gewonen wetgever vrij te laten in de bepaling van den tijd, waarvoor de rechter wordt aangesteld (21).

(20) Art. 184 nieuw, Hand. I, bl. 367, toelichting, bl. 369.

(21) Dat THORBECKE, waar hij in het door hem geformuleerde

Wat hiervan echter zij, gesteld zelfs de geschiedenis der grondwetsherziening van 1848 verspreidt hoegenaamd geen licht over de bedoeling der op en uit zich zelve volkomen duidelijke woorden „voor hun leven” in art. 163, in elk geval laat de geschiedenis der grondwetsherziening van 1887 geen twijfel over aangaande den volgens hunne taalkundige beteekenis op te vatten zin dezer woorden in het thans geldende art. 166, waarmede wij ten slotte alleen te doen hebben. Dit wordt niet betwist door het W. v. h. R. en door de N. R. C., ofschoon deze laatste, vreemd genoeg, het in de afdeelingen der Tweede Kamer door verscheidene leden uitgesproken, door niemand tegengesproken en door de Regeering gedeelde gevoelen, dat art. 166 de leeftijdsgrens uitsluit, niet opvat als een historisch argument, maar als „een meening van gezaghebbende mannen”, wat overigens moeilijk is uit te maken zoolang wij de namen dezer mannen, die bij het openbaar debat de quaestie lieten rusten, niet kennen.

Uit het slot van het hoofdartikel der N. R. C. schijnt nog te blijken, dat zij voor de „grondwetsuitlegging” andere regels huldigt dan die in het algemeen voor de wetsuitlegging gelden. Het bedoelde slot luidt aldus:

En al klinkt het nu wat vreemd, dat men aanstelling voor het leven opvat alsof er stond aanstelling tot een bepaalde leeftijdsgrens, d. i. dus niet voor het geheele leven, naar de regelen van historische en systematische uitlegging, die voor

---

artikel (Aant. t. a. p.) spreekt van «binnen den tijd, waarvoor hij «volgens de wet is aangesteld», eigenlijk alleen op het oog had de bepaling «van een zeker levensjaar, met welks vervulling hunne (der rechters) dienst van regtswege eindigt», blijkt uit de op dezelfde bladzijde aan het artikel voorafgaande toelichting.

Hieruit blijkt ook overtuigend, hoe onjuist de bewering is van de N. R. C., dat de leeftijdsgrens zou zijn een betrekkelijk nieuw denkbeeld, dat nog in de dagen van 1848 niemand voor oogen stond.

grondwetsuitlegging — een grondwet omschrijft vooral beginselen — onbetwist is, schijnt ons de opvatting van den minister LOEFF niet alleen verdedigbaar, maar juist.

Naar mijne bescheiden meening gelden voor alle wetten, de grondwet inclus, dezelfde regels van interpretatie. Alleen zal men bij de toepassing der strafwet, voorzoover het geldt de vraag strafbaar of niet, moeten afzien van de analogie, waartoe ook de burgerlijke rechter niet dan met groote behoedzaamheid zijne toevlucht moet nemen, al kan hij er zich met het oog op art. 13 Alg. Bep. niet altijd geheel van onthouden. Verder zou ik meenen, dat de „historische en systematische uitlegging” (22) bij de Grondwet niet minder, maar ook niet meer in aanmerking komt dan bij andere wetten, waar de grammatische in verband met de logische interpretatie (23) ons in den steek laat. Eene grondwet, onze grondwet althans, heeft tweëerlei doel, omlijning der organisatie van den staat en vaststelling van algemeene beginselen van wetgeving (zoo b.v. de artt. 4, 7, 9, 151, 161, 166, 175, 192). Met de formulering dier beginselen moet de grondwetgever spaarzaam zijn, en waar hij ze formuleert geschiede dit in zoo ruime termen, dat den gewonen wetgever bij hunne uitwerking de handen niet te zeer gebonden worden. Dit belet niet, dat waar het grondwettelijk voorschrift ondubbelzinnig is geformuleerd, nog wel in overeenstemming met den ook van elders bekenden wil van hen, die het in het leven riepen, het voor den gewonen wetgever een ongeoorloofd bedrijf is de gedachte van den grondwetgever met behulp van zoogenaamde historische en rationeele gronden te recon-

(22) v. SAVIGNY, Syst. I, bl. 213, 214.

(23) MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 353.

stitueeren in dien zin, dat deze reconstructie met de wilsuïting, zooals deze te lezen staat in den tekst der Grondwet, in open strijd geraakt. Anders echter dacht de geleerde redacteur van het *Wbl. voor de Burg. Adm.* daarover, waar hij in nommer 2917 van dat blad schreef:

Niettegenstaande..... het feit, dat vaststaat, dat de grondwetgever in 1887 de vraag uitdrukkelijk onder de oogen heeft gezien en niet in den door ons verdedigden zin heeft willen beslissen (24) hebben toch voor ons de woorden van art. 166 «voor het leven» èn historisch èn rationeel zóó duidelijk de strekking, die wij hierboven aantoonde (25), dat eene bepaling in de wet die die strekking volkomen onaangetast laat, voor ons niet het minst bezwaar kan opleveren.

Het is niet wel mogelijk zich meer *cavalièrement* heen te zetten over den tekst der wet en den daarin, gelijk ruiterslijk erkend wordt, uitgedrukten wil des wetgevers dan hier geschiedt door een eenvoudig beroep op „de strekking” der wet, waarmede bedoeld wordt haar grond (Grund des Gesetzes, ratio legis (26)). Men zoude daarin desnoods nog kunnen berusten, indien men door streng vast te houden aan de woorden der wet in strijd kwam met haar grond (ratio), maar niets daarvan. Het behoeft toch waarlijk geen betoog, dat de leeftijds-grens niet is een vereischte van 's rechters onafhankelijkheid van het politiek gezag, al maakt zij daarop geen inbreuk. Wat men beweert is alléén, dat de grondwetgever zijn doel heeft voorbijgestreefd door de aanstelling voor het leven te decreteren, vermits dit doel ook had

(24) Ik spatieer.

(25) Dat is onbetwistbaar en onbetwist, zooals THORBECKE (Aant. II, bl. 201, 2e dr.) het reeds voor meer dan 60 jaren op de hem eigene wijze kort en kernachtig uitdrukte: der rechters «onafhankelijkheid van het politisch gezag te verzekeren».

(26) V. SAVIGNY, t. a. p., S. 217.

kunnen zijn bereikt door het stellen, althans het vrijlaten van de leeftijdsgrens. Wat men nu wil is herstel van de vermeende fout des grondwetgevers door aan het constitutioneele voorschrift den grond (ratio), waarop dit berust, eenvoudig te substitueeren. Door dit te doen treedt echter de gewone wetgever buiten den kring zijner bevoegdheid. Dat men dit tracht te vergoelijken door eene zoogenaamde uitlegging van art. 166 Gw., bewijst eenmaal te meer hoezeer terecht VON SAVIGNY (27) heeft gewaarschuwd tegen het bedenkelijke misbruik, dat vaak bij de uitlegging der wet wordt gemaakt van een beroep op haar grond (ratio).

Juli 1905.

A. A. DE PINTO.

---

(27) T. a. p., S. 222, 225.



*De Wetgeving op het recht van successie  
en de rechten van overgang bij overlijden,*  
door K. WIERSUM, 's-Gravenhage, Boekh.  
v/h. GEERS. BELINFANTE, Afl. 1, 2, 3.

Een kenmerk van onzen tijd is, dat we meer dan vroeger belang stellen in zaken buiten onze eigen kleine omgeving, dat we meer medeleven in en met de gemeenschap waarvan we ons leden gevoelen, dat we ook hogere eischen gaan stellen dan vroeger, aan ons zelf en aan de gemeenschap waarin wij leven. Niet alleen naar wat bestaat vragen we, maar ook waarom het, zoo en niet anders, bestaat. En al kunnen we ons ook niet altijd rekenschap geven van wat bestaat, toch zoeken wij, voor zoover we dat kunnen, waar misstanden blijken, toestanden, verhoudingen die verbetering behoeven, naar den weg die tot die verbetering kan leiden.

Ook op belastinggebied, al is het dáár niet juist in de eerste plaats, getuigen daarvan onze dagbladen en tijdschriften, onze openbare vergaderingen, de Handelingen onzer Volksvertegenwoordiging — en onze wetgeving van vóór eenige jaren.

Niet altijd overigens wordt vrucht gezien van den arbeid. Na jaren van vruchteloos pogen kwamen eindelijk een Vermogens- en een Bedrijfsbelasting tot stand, nadat reeds eenige jaren geleden vooraf was gegaan eene uit-

breiding van het Successierecht tot de verkrijging door ouders en grootouders en tot het *ouderlijk erfdeel*. Sedert werd door denzelfden staatsman (Mr. N. G. PIERSON), aan wien wij de Vermogens- en de Bedrijfsbelastingen te danken hebben, een bescheiden proeve gewaagd (1894) tot verbetering der wetgeving op successie- en overgangsrechten -- helaas afgebroken door het aftreden van den Minister. Mr. J. P. SPRENGER VAN EYK, zijn opvolger, nam forscher die taak weder op (1895), stelde strenger bepalingen voor tot verzekering van de werkelijke opbrengst, die zóer veel te wenschen bleek over te laten, en eene verhooging der belastingen zelve (tenzij wederom voor de nedergaande lijn), doch stuitte op tegenstand, en mocht niet verder slagen dan inzoover eene strengere verzekering der belasting tot stand kwam en eene verhooging althans van het overgangsrecht op vast goed. Als een vrucht van transactie traden zoo in werking de wetten van 24 Mei 1897 (*Stbl.* no. 154) en van 29 Januari 1898 (*Stbl.* no. 35). — Werd met die herziening althans het beperkte doel bereikt eener afdoende verzekering van de werkelijk bedoelde opbrengst dezer belastingen?

Met belangstelling nemen we het boek ter hand, dat „na een ruim zesjarige toepassing” eene bewerking dezer nieuwe wetgeving bedoelt. Schrijver, Ontvanger der Registratie, met de praktijk dus vertrouwd, belooft iets goeds, naar het voorbeeld van het bekend werk van Mr. J. P. SPRENGER VAN ELJK, *Toelichting der Successiewetgeving*, van vóór de herziening, waaraan deze uitgaaf naar vorm en inhoud herinnert. Doch niet alleen van die nieuwe wetten, van geheel de wetgeving op successie- en overgangsrechten wordt eene „verklaring” toegezegd. Een handboek wordt aangeboden, voor den ambtenaar allereerst, maar ook voor anderen van groot belang.

Een zelfstandige arbeid is het, leidende nu en dan tot

uitkomsten, in strijd met het oordeel van het Bestuur der Registratie, van den rechter, van den wetgever. Niet alleen de ambtenaar, maar ook de zelfstandige schrijver spreekt uit dit werk. Toch weegt ook het oordeel van het Bestuur als zoodanig, en wel eens schijnt de ambtenaar-schrijver noode te buigen voor de beteekenis van een hoogste rechterlijke uitspraak.

Zoo houdt schrijver vast aan de leer, dat eene belooning, bij uitersten wil aan den executeur toegekend, is een „belastbare verkrijging uit de nalatenschap”, al besliste de Hooge Raad bij Arrest van 8 Januari 1869 anders, en al laat sedert het Bestuur de belooning onbelast, voor zoover zij niet het gewone executeursloon te boven gaat. En hetzelfde geldt van eene belooning aan voogden toegekend. Het Bestuur legde ook hier zich neer bij de rechterlijke uitspraak voor zoover het „gewone loon” betreft, en paste die behandeling ook toe op de belooning van raadslieden in de voogdij en bewindvoerders. Maar die toepassing, volgens schrijver alleen gevolgd om „toe te geven aan de leer van den Hoogen Raad”, wordt toch nog eens aan eene scherpe critiek onderworpen. Het criterium van belastbaarheid wordt, zegt schrijver, door den Hoogen Raad gezocht in de liberaliteit van den erflater, maar de wet leert geen ander criterium dan dit: of iets „uit de nalatenschap wordt verkregen” (no. 68, bl. 77 noot 3). Bij alle waardeering voor het onafhankelijk oordeel van den schrijver, heeft het in dit Handboek voor den ambtenaar toch zijn bedenkelijke zijde voor belastingplichtigen. Men bedenke toch, dat, ook bij procedure, partijen in belastingzaken nimmer gelijk staan, en dat des te meer de sterkste partij in eerbied voor een rechterlijke uitspraak moet voorgaan.

Dat criterium van belastbaarheid: *ver verkrijging uit de nalatenschap*, wordt door schrijver uitvoerig ontwikkeld,

en beheerscht vrij wel den inhoud althans der twee eerste Afleveringen. Als het eigenlijk belastingobject geldt voor hem „de zuivere waarde van ieders verkrijging uit de nalatenschap van een ingezetenen des Rijks”. Hoewel alleen toelichting, „geen critiek op den materieelen inhoud der wet” bedoelend (no. 22), stelt hij toch deze bepaling boven die der wet, belastend „de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt uit den boedel van een ingezetenen des Rijks door zijn overlijden”. Veel quaesties toch in de praktijk, meent hij, zijn eenvoudig gevolg van „een minder juiste, of liever van het weinig vaste in de formuleering van het beginsel” in de wet. Maar iedere bepaling is moeilijk, en ook deze, door schrijver voorgedragen, heeft, dunkt mij, haar bezwaren. Zoo wordt met „ieders verkrijging” bedoeld ieders *persoonlijke* verkrijging: worden daarmee niet uitgesloten beschikkingen aan stichtingen en rechtspersonen? en zou anderzijds niet *onder* de bepaling vallen ook de „verkrijging” van het hem verschuldigde door den schuldeischer der nalatenschap? Dat noemen van „ieders” verkrijging zou bovendien wel een weinig kunnen klinken als eene bespotting voor de zeer velen, voor de groote meerderheid der menschen, die in dezen zin nimmer verkrijgen. Toch is er wel iets in de voorgedragen bepaling, dat tot een verbeterde redactie van het bestaande artikel zou kunnen leiden.

Evenwel wordt dat begrip „verkrijgen” door schrijver wel wat heel ver uitgestrekt. Een voorbeeld ten bewijze. Het betreft eene nalatenschap ter waarde van f 8000, terwijl aan legaten beschikt is over f 8500. Nu wordt door het Bestuur belasting berekend over f 8000, d. i. volgens schrijver over f 500 te weinig (no. 59). De erfgenaam toch heeft volgens hem, met de nalatenschap, den last tot uitkeering aanvaard, en de legataris heeft

eene vordering tegenover den erfgenaam uit de nalatenschap. Mogelijk heeft ook de erfgenaam, of zelfs de erflater zelf, de nalatenschap hooger geschat dan de later blijkende f 8000. Jurisprudentie ter zake is schrijver niet bekend, en zal, vreest hij, ook wel niet spoedig voorkomen, waar het Bestuur blijkbaar handelt in „het voordeel der belastingschuldigen”. Laat ons vertrouwen, dat het Bestuur niet te eeniger tijde bezwijke voor deze verleiding!

Nog eene andere wetswijziging dan de reeds besprokene wordt door schrijver bepleit. Zij betreft de omschrijving van het belastingobject *effecten*. De wet noemt als zoodanig allerlei soort van fondsen en besluit dan met een samenvatting nog eens van „alle stukken, die, onder welke benaming ook, gerangschikt kunnen worden onder de publieke fondsen”. Daarmede blijft dus ten slotte het spraakgebruik beslissende factor. Evenwel wenscht de schrijver eene meer principieele omschrijving (no. 93): *effect* volgens hem is ieder „bewijsstuk, dat een exemplaar is van een geheel van samenstellende gelijkvormige stukken, dat tot geldbelegging strekt en alleen bestemd is tot titel van het recht van den houder”. Van den „houder”? Maar wat dan b.v. van Aandeelen op naam? Ook deze proeve bewijst zelf weer de moeilijkheid van iedere bepaling, van een woord dat in het spraakgebruik nu eenmaal vrij wel eene vaste beteekenis heeft verkregen.

Een bij de successiewetgeving veel besproken punt wordt nog door den schrijver ter sprake gebracht: *de witkeering krachtens levensverzekering*. Het Bestuur der Registratie begon indertijd met toepassing der wet ook op deze, maar kwam daarvan terug na herhaalde rechterlijke uitspraken in tegenovergestelden zin. Schrijver verdedigt thans nog eens in beginsel (no. 77) die belast-

baarheid, althans voor zoover betreft de verzekering op eigen leven ten behoeve van erfgenamen of rechtverkrijgenden. De bewijsvoering is mij niet geheel duidelijk: verzekerde, meent hij, had bij zijn leven eene vordering, een recht „latent in wording”, dat evenwel door zijn overlijden „zich lost en volmaakt”, en dan deel gaat uitmaken van zijne nalatenschap, en dus onder de belasting valt (?). Intusschen acht ook schrijver eene opzettelijke wettelijke regeling toch wel gewenscht. Zelf belooft hij nog eens op het onderwerp terug te komen bij behandeling der bepalingen van de wet van 1897.

Wij komen hier en elders onwillekeurig wel eens op het terrein van het burgerlijk recht. Zoo b.v. ook bij de beschouwing van een legaat van een bepaald stuk goed. Eene verkrijging is dat, meent schrijver, van eigendom door overlijden („door erfopvolging dus”! no. 65, en noot), in plaats van eene vordering tot afgifte tegenover de erfgenamen. Maar die beschouwing komt, dunkt mij, lijnrecht in strijd met de leer van ons burgerlijk recht, en vindt bij schrijver alleen hare verklaring in zijne theorie van verkrijging uit de nalatenschap als criterium van belastbaarheid.

Die scherpzinnige bewijsvoeringen schijnen wel eens meer verleidelijk. Zoo stelt de wet eerst, in artikel 2, het beginsel, dat de belasting door de verkrijgers gedragen wordt, en regelt in volgende artikelen wie *aansprakelijk* zijn voor de belasting: dat zijn, behalve de legatarissen voor hun legaten, de erfgenamen ieder voor zijn erfdeel, maar bovendien allen gezamenlijk en hoofdelijk voor de verkrijging door buitenslands wonenden, en voor al wat aan het overgangsrecht op vast goed onderworpen is. Overigens doet die regeling der aansprakelijkheid niet te kort aan den algemeenen regel dat de belasting *gedragen* wordt door ieder verkrijger. Toch, meent schrijver, zou

daaromtrent wel eens twijfel kunnen rijzen, en hij beroept zich dan onder meer op een taalkundig argument (no. 116), waarvan de beteekenis moeilijk te vatten schijnt (1).

De behandeling der wetten van 1897 en '98 moet nog volgen. Wanneer? De wetgever zelf, de moeilijkheid inziende eener indeeling dier bepalingen onder die der bestaande wet, voegde ze goeddeels eenvoudig als een aanhangsel daaraan toe, zonder samenhang of verband. Schrijver tracht ze in te deelen, maar blijft op zijn beurt met een „aanhangel” over. Maar ook met die indeeling, voor zooverre beproefd, kan ik mij nog niet geheel vereenigen. Mij dunkt, wij hadden na art. 1*bis* der oude, mogen verwachten de behandeling der artikelen 3 en 6 tot 12 der nieuwe wet, betreffende de omschrijving van het belastingobject, terwijl dan de artikelen 4 en 5, zooals ook schrijver wil, eigenaardig hun plaats vinden bij behandeling der aangifte voor de belasting (art. 10 vlgg.).

Behalve die aanwijzing omtrent de volgorde gaan nog aan de behandeling der artikelen vooraf een *Voorwoord*, eene *Inleiding* en eene *Geschiedenis*. Over 't geheel zijn die beide laatste, *Geschiedenis* en *Inleiding*, te kort van bestek voor de stof die zij behandelen. Zoo waagt de laatste b.v. eene schrede op het gebied van het internationaal recht. Een uitgebreid terrein, waar verder strekkende beginselen dan voor deze belastingen alleen moeten ter sprake komen. Maar beter ware daarvan niet

(1) In «aansprakelijk» verklaart hij «lijk» als «gelijkend op»! — De taal is bij schrijver niet overal zuiver of volkomen duidelijk. Zoo wordt ergens (bl. 211) iemand «den» last opgelegd, wordt (bl. 213) gesproken van «nevengeschikte zelfstandige verplichtingen», en heet het elders weer (bl. 170): «zoo werd opgemerkt», voor «zooals werd opgemerkt» (bl. 177).

gesproken dan op deze oppervlakkige wijze: „Hoewel er iets voor te zeggen valt de Successiebelasting uit te breiden tot de zuivere verkrijgingen door ingezetenen ten gevolge van 't overlijden van niet-ingezetenen, blijft deze hier en elders, om overwegende praktische redenen, beperkt tot die uit binnenslands opengevallen nalatenschappen”.

Wat de *Geschiedenis* aangaat, wordt o.a. niet geheel juist medegedeeld, dat vóór 1795 in sommige der Vereenigde Provinciën een recht van successie, in andere rechten van overgang werden geheven, en dat volgens de Ordonnantie van het jaar 1805 alleen het erfdeel ab intestato in de rechte *nederdalende* lijn was vrijgesteld van belasting.

Om de financieele beteekenis dezer belastingen aan te geven, wordt er op gewezen dat de opbrengst over de laatste tien jaren in hoofdsom gemiddeld bijna tien millioen gulden bedroeg; maar eene kleine aanvulling en toelichting van dat cijfer ware toch niet overbodig. Juist in die tien jaren toch valt de invoering (met 1 April 1898) van de wetten van 1897 en '98, met haar veel verhoogde opbrengst, vergeleken met vroeger: over het laatst bekende jaar 1903 b.v. bedragend in hoofdsom f 11,283,000, in totaal f 15,570,000. Niet alléén die financieele uitkomst, maar meer nog het slagen (of niet-slagen) der nieuwe wetgeving in andere opzichten moge in volgende Afleveringen door den schrijver voor ons duidelijk worden gemaakt!

Ook bij deze opmerkingen en vragen, waartoe een studie als die van schrijver als vanzelf aanleiding geeft, blijft groote waardeering voor wat ons gegeven werd, eene goede verwachting voor wat nog zal volgen.

Dordrecht, Juni 1905.

Mr. F. N. SICKENGA.



*De Positie van het Privaatrecht in onzen Tijd.* Rede gehouden bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar in de Faculteit der rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit van Amsterdam, door Mr. ANNE ANEMA.

Onder dezen titel gaf Mr. A. ANEMA de redevoering in het licht die hij more majorum bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt aan de Vrije Universiteit den 28sten October 1904 te Amsterdam gehouden heeft. Wanneer nu deze oratie eerst thans door den ondergeteekende wordt aangekondigd verzoekt hij den lezer van dit Tijdschrift daarvoor om versooning. Verschillende omstandigheden maakten het hem niet mogelijk om dadelijk aan de trouwens eerst in het voorjaar door de redactie gegeven opdracht te voldoen.

Te meer spijt het mij, dat ik niet dadelijk het verlangen der redactie kon vervullen, omdat de rede niet verdient, dat men haar ongelezen ter zijde legt of doodzwijgt. Zeker, niet alles wat de schrijver mededeelt is nieuw, maar dit ligt voor een groot deel aan de keus van zijn onderwerp. En in de omstandigheden waarin hij verkeerde, na alles wat in de laatste jaren, door bevoegden maar ook door onbevoegden over ons onderwijs in de rechtswetenschap in en buiten de Staten-Generaal is gezegd, kon de heer A., optredende aan de zoo verschillend beoordeelde Vrije Universiteit, wel niet anders dan met een onderwerp van zeer algemeene

strekking voor den dag komen. En wanneer men zulks doet is men wel genoodzaakt om veel te zeggen wat ook reeds door anderen is medegedeeld.

Wanneer de lezing der redevoering toch eenigszins te leur stelt, dan is het niet zoozeer om hetgeen daarin gezegd is, dan wel om hetgeen daarin is verzwegen. Waar toch de auteur wil aanwijzen welke beginselen hem bij zijn werkzaamheden zullen leiden, bespreekt hij bloot „den wetenschappelijken kant” van zijn taak, „niet omdat ik de paedagogische helft geringer „schat, maar omdat ik haar als zoo vanzelf sprekend „vooropstel, dat deze verder te accentueeren eenvoudig „zou zijn uilen naar Athene te dragen.”

Ben ik onbillijk, wanneer ik oordeel, dat de schrijver die als docent aan de Vrije Universiteit optreedt zich hier wat gemakkelijk van zijn taak afmaakte? Waar nog niet zooveel jaren geleden juist in dit Tijdschrift de wijze waarop ten onzent de rechtswetenschap gedoceerd wordt aan eene zoo scherpe kritiek is onderworpen, zou men gaarne geweten hebben hoe deze schrijver daaromtrent dacht.

Maar misschien zou hij om dit kunnen doen een ander onderwerp hebben moeten kiezen en niets lijkt onbillijker dan op de keuze van het onderwerp eener rede kritiek uit te oefenen. Slechts dit mag wellicht gezegd, dat waar de schrijver een zòò omvangrijk onderwerp koos, een diep doordringen niet wel mogelijk was. Waar men bijv. in zeven bladzijden de geschiedenis van ons privaatrecht uiteenzet, moet men zich wel tot enkele houtkoolstrepen bepalen.

Of die nu altijd juist zijn aangebracht? Hierover kan men licht van oordeel verschillen.

Zoo schijnt mij de opmerking, dat de periode der codificatie op het einde der XVIII<sup>de</sup> eeuw in Duitschland

gevolgd zou zijn „de reactie der historische school met „haar roep om levend volksrecht, met haar afkeer van „abstracte principes en daarop berustende algemeene „codificatie” toch geen juiste waardeering van het streven van VON SAVIGNY en zijne volgelingen. Wat de groote meester bestreed was niet zoozeer de gedachte der codificatie als het feit, dat men in het tweede decennium der XIX<sup>de</sup> eeuw eene goede codificatie zou kunnen tot stand brengen. Met recht mag naar mijne meening ENDEMANN in de inleiding van zijn leerboek van het Duitsche Burgerlijkrecht over VON SAVIGNY schrijven: „Ihn völlig verkennen heiszt „es, wenn man ihm zuschreibt er habe, und zwar aus „blinder Bewunderung für das Römische Recht und mit „rein auf die Vergangenheit gerichteter Sinn uns über- „haupt den Beruf zur Gesetzgebung abgesprochen. Auch „er hat der offenen Blick für die Schäden und für die „Reformbedürftigkeit des gemeinen Rechtes besessen und „besser als Viele hat er „das Recht das mit uns geboren”, „so weil diese Sentenz Sinn und Berechtigung hat, be- „griffen”. Neen, SAVIGNY, PUCHTA en om van de jongere schrijvers een te noemen, GLASSON, hebben toch nog iets anders gedaan dan gereageerd tegen het natuurrecht en het voorbeeld gegeven van historische studiën. Zij hebben ons geleerd, dat men het recht niet kan maken, maar het moet vinden, vinden niet, gelijk onze alwijze journalisten meenen, in de bureaux van een dagblad, maar in het werkelijke leven, in de praktijk.

Heeft daarenboven de historische school hier te lande wel ooit grooten invloed uitgeoefend? Voorzeker, er zijn voortreffelijke juristen geweest, die men ook hier te lande onder haar aanhangers mag rangschikken en stellig waren dit geen reactionnaires — men denke slechts aan den schrijver van het standaardwerk over onze Burgerlijke Rechtsvordering — maar waren OPZOOMER

en DIEPHUIS, die in de XIX<sup>de</sup> eeuw ten onzent de studie van het civielrecht beheerscht hebben wel in realiteit doordrongen van den geest van VON SAVIGNY? Zoo kwamen mij bij de lezing van dit overzicht telkens vragen voor den geest die plaatsgebrek verhindert nader aan te duiden.

In het tweede gedeelte zijner rede gaat de schrijver na in hoeverre het rechtsbewustzijn zich in onzen tijd bevredigd gevoelt door de heerscheride codificatie. Achtereenvolgens passeeren huwelijksrecht, de civielrechterlijke positie der vrouw, de ouderlijke macht, de leer der rechts-persoonlijkheid, de eigendom, het erfrecht, het obligatierecht, het vereenigingsrecht en vele andere rechts-instituten de revue. De bekende grieven worden opgesomd en schoon niet alle deelende is toch ook de schrijver allesbehalve tevreden. Het is waar, hij onthoudt zich van een rechtstreeksch oordeel, maar hij zegt toch, dat niet slechts het materieele, maar ook het formeele recht om herziening „roept”. En waar men zich op zulk een standpunt stelt is het zeker van belang te weten op welke wijze men zich voorstelt verbetering aan te brengen.

En dan trekt het dadelijk de aandacht, dat de schrijver van hen, die de wet los willen maken van haar onderbouw niet wil weten. Als afschrikwekkend voorbeeld wijst hij naar *Frankrijk*; waar men de wet zou rekken en plooien zoodat ze voor den onbevooroordeelden nauwelijks meer kenbaar zou zijn. Is de heer A. hier echter wel billijk? Ik erken onmiddellijk, dat niets gevaarlijker is dan de gelukkig door bijkans geen enkel magistraat, ten onzent gehuldigde meening „judex legibus solutus est”. Niets toch is zoo geschikt om het geloof aan eene billijke en rechtvaardige rechtspraak te ondermijnen dan dat hij, die volgens de wet luce clarius in zijn recht is,

toch zijne vordering ziet ontzegd, omdat de rechter nu eenmaal het dogma van Prof. X, of publicist Y huldigt al laat dat dogma zich met de wet moeilijk rijmen. Maar is het, eene enkele uitzondering nu daargelaten, wel waar, dat dit in Frankrijk geschiedt? Ik moet eerlijk erkennen, dat de kennismaking met de Fransche jurisprudentie mij dien indruk niet gaf of geeft. Zeker, te Chateau-Thierry zetelt „le bon juge”, maar deze is toch evenmin het type van den Franschen magistraat als twee welbekende politieke wandelleeraars ten onzent het type vormen van den beheerder eener Nederlandsche griffie.

Ongetwijfeld is de Fransche rechter vrij van letterknechterij en huldigt hij wel eens eene meening die de makers van den Code niet zouden geduld hebben, maar niet wat die makers wilden, maar wat zij hebben nedergeschreven in den Code is recht. En is het nu zoo verkeerd, dat men binnen de grenzen der wet zooveel mogelijk let op de rechtsovertuiging van den eerlijken fatsoenlijken burger, hij zij rijk of arm? Verwringt men werkelijk tot onkenbaar toe de geschreven norm, wanneer men deloyale concurrentie onder de onrechtmatige daad van art. 1401 B. W. doet vallen; wanneer men aan de ongehuwde moeder eene actie toekent aan hem, die bij haar een kind verwekt heeft, al geschiedde dat met haar toestemming? Ik geloof het niet, ik begrijp volkomen, dat men anders jugeert, doch dat men jugeerende, gelijk de Belgische en Fransche rechter, de wet zou gering-schatten schijnt mij niet juist.

Intusschen neemt dit niet weg, dat de schrijver volkomen gelijk heeft, wanneer hij meent, dat de rechtspraak niet in staat is de moeilijkheden waarvoor wij staan op te heffen. „Interpretatie, als ze binnen haar „grenzen blijft, kan de hoofdbegrippen niet wijzigen en „juist daar zit de moeilijkheid”.

Maar wat moet dan uitkomst geven? De wetenschap?  
 „De rechtshistorie en de vergelijkende rechtswetenschap, hoe  
 „nuttig ook, kunnen geen afdoende hulp bieden. Wel daar-  
 „entegen de rechtswetenschap die als uitgangspunt neemt  
 „Gods ordinantiën, zooals natuur en *Schriftuur* die geven”.

„Het Christendom in zijn zuiversten vorm, het Calvi-  
 „nisme, komt zich opmaken om ook voor het rechts-  
 „leven nieuwe banen te zoeken”.

De schrijver verwacht hier veel van „vooral om de  
 „merkwaardige wijze waarop de herleving van het Cal-  
 „vinisme vat heeft gekregen op de geesten in ons vader-  
 „land en de nieuwe aspecten die daardoor geopend zijn”.  
 De Calvinistische wetenschap heeft „voor ons land,  
 „voor Europa, voor de wereld eene roeping; en is  
 „die roeping niet de beste grond van hope voor  
 „de toekomst. Als ze eene roeping heeft voor heel de  
 „wereld, dan heeft ze ook eene wereldroeping”. Zou de  
 geachte schrijver hier niet al te enthousiast zijn? Daar-  
 gelaten, dat hij, die eene roeping heeft of meent te  
 hebben, daarom nog niet de toekomst heeft, lijkt het mij  
 vooralsnog twijfelachtig of de mannen der wetenschap  
 aan de Vrije Universiteit of aan welke universiteit ook  
 ooit het privaatrecht zouden kunnen hervormen. Men  
 overschat ten onzent den invloed van het onderwijs  
 geweldig en in de laatste vijftig jaren is ook op dit punt  
 veel veranderd.

Niet meer de wetenschap, de periodieke pers oefent  
 heden ten dage den grootsten invloed uit. Nu is dit  
 zeker te betreuren, omdat daardoor maar al te veel als  
 leiders optreden personen, die in hun vak onbruikbaar,  
 ten slotte in de bureaux van een dagbladredactie een  
 toevlucht vinden en het gevoel van verantwoordelijkheid  
 dat ieder leider moet bezitten, maar al te dikwerf missen,  
 maar men mag zich toch afvragen of eene heerschappij

der wetenschap of correcter van wetenschappelijke mannen, der „intellectueelen” meer heil zou bieden.

Daarvoor missen deze, de uitzonderingen natuurlijk daargelaten, helaas maar al te zeer het gevoel van verdraagzaamheid en de mogelijkheid zich in eens anders gedachtengang te kunnen verplaatsen. Trouwens wat in 1848 te Frankfort geschied is, doet niet naar eene herhaling verlangen. Zoude nu de Calvinistische wetenschap op dit punt zooveel beter zijn dan die der „vrije gedachte”? Het is mogelijk, maar zeker lijkt het mij toch niet. Bedrieg ik mij, wanneer de schrijver zelf ook reeds een eenigszins ander standpunt inneemt, wanneer hij op bladz. 36 en vgl. schrijft: „Welnu dan ook, voor de breuk in het rechts-  
 „leven van onzen tijd biedt het Christendom naar zijne  
 „gereformeerde opvatting afdoende heeling. Onze begin-  
 „selen hebben ruimte voor de Souvereiniteit in eigen  
 „kring van het individu niet alleen, maar ze waken  
 „voor alle inbreuk op die sfeer, ook van de zijde van  
 „den Staat. GIERKE schreef terecht, dat het het Christen-  
 „dom is, dat de onvergelijke en onvergankelijke waarde  
 „van eene zedelijke souvereine rechtsfeer voor den enkelen  
 „mensch heeft veroverd. En dat nergens zooals in het  
 „Christendom ruimte is en waarborg tevens voor den  
 „socialen trek in ons menschelijk leven betuigt het u  
 „niet dag aan dag het beroep van den vijand zelf juist  
 „op het sociale karakter van dat Christendom, dat ook  
 „op het terrein der geopenbaarde waarheid zelf door  
 „gereformeerde en Roomsche kenners dier beginselen  
 „voor het eerst op den voorgrond wordt gesteld. Is het  
 „niet teekenend dat de Christus toen Hij de jongeren op  
 „hun vraag hoe zij bidden moesten, het Onze Vader op  
 „de lippen legde, zelf in het plurale van dit possessivum  
 „het menschelijk pleit bij den Vader deed aanvangen  
 „met de belijdenis van ons aller eenheid”?

Wordt in deze zinsnede niet minder van de Calvinistische wetenschap dan wel van het Christendom zelve het heil verwacht? En inderdaad, wanneer men bedenkt, dat reeds tweemaal eens in het Romeinsche rijk en later in de Germaansche wereld wèl de Christelijke levensbeschouwing, maar niet de Christelijke wetenschap op de rechtsontwikkeling grooten invloed heeft uitgeoefend, schijnt het ook meer aannemelijk, dat daarvan ook in de toekomst meer is te verwachten.

Intusschen, waar de schrijver toch ook van de Calvinistische wetenschap heil verwacht, schijnt het mij eene leemte in zijne redevoering dat hij niet, zij het ook in losse trekken en op een enkel punt, heeft aangeduid hoe inderdaad die wetenschap beterschap kan brengen. Dit doet hij echter niet, hij hoopt, verwacht, vertrouwt — en men mag hem daarin benijden — maar een voorbeeld geeft hij niet. Hier is eene lacune, die intusschen wellicht spoedig zal aangevuld worden, want van iemand, zoo vol vuur voor zijn standpunt, zoo enthousiast als mr. ANEMA mag men zeker nog menige studie ook op het gebied van het vermogensrecht verwachten. Ook hier zal men dan aan de vruchten den boom leeren kennen. En eerst dan zal een oordeel mogelijk zijn. Misschien dat dan ook aan het Romeinsche recht een billijker beoordeeling te beurt zal vallen dan thans in de intree-rede is geschied. Zou werkelijk het begrip van verbintenis, zooals het Romeinsche recht dat construeert, wezenlijke wijziging moeten ondergaan, omdat de dienstovereenkomst niet zoozeer te huis behoort bij de obligaties als onder de „rights in private relation, saam „met huwelijk, afstamming en voogdij”? En is voor de eigendomstoestanden van onzen tijd op de Romeinsche rechterlijke grondslagen geen vorm te vinden die aan ons rechtsleven de benoodigde ontwikkeling geeft? Mij



dunkt en de Fransche jurisprudentie en de §§ 930 en vgl. van het Duitsche Burgerlijk Wetboek leeren, toch anders.

Daarenboven, dit toch kunnen alle phrases van GIERKE niet wegnemen, dat het Romeinsche recht in zijn duizendjarige ontwikkeling het duidelijkste voorbeeld geeft hoe het mogelijk is een privaatrecht te doen aanpassen aan de werkelijke behoeften eener natie. Zou nu dit recht, voor zooverre het ten onzent is gerecipieerd, niet meer voor verdere ontwikkeling vatbaar zijn? Het wordt beweerd, maar alles wat beweerd wordt is nog niet bewezen.

Te bedenkelijker lijkt mij deze veroordeeling van het Romeinsche recht, omdat het nu eenmaal ten onzent voor een goed deel inheemsch is geworden. Waar nu eene duurzame vooruitgang bloot is te verkrijgen door aansluiting aan het bestaande zal men daarmede wel rekening hebben te houden.

Juist aan de omstandigheid dat men dat maar al te weinig gedaan heeft, toen in de XV en XVI<sup>de</sup> eeuw nieuwe omstandigheden een nieuw recht eischten heeft de receptie van het Romeinsche, de verdringing, soms afsterving van het inheemsche en canonische recht ten gevolge gehad. Gelukkig, dat men, althans in Frankrijk, in de praktijk niet al te radicaal was. Het is waar, men trachtte later in de revolutie-periode in te halen wat men vroeger had verzuimd, maar wat is overgebleven van het droit intermédiaire? Is de populariteit van den Code waarvan het honderdjarig bestaan, in het welbekende Livre du Centenaire zoo waardig is herdacht niet juist te danken geweest aan het feit, dat men met het oude recht niet brak, maar dit hervormde?

Zouden wij thans anders moeten doen? Men meent het, zoowel in Frankrijk als ten onzent. Maar heeft men daarom gelijk? Van de Calvinistische rechtswetenschap,

aangenomen, dat men van eene specifiek Calvinistische wetenschap spreken kan, wat ik betwijfel, heb ik te goede verwachting dan dat ik zou meenen, dat zij op dit punt zou medegaan met hen, die de denkbeelden der encyclopaedisten in nieuwen vorm weder algemeen ingang willen doen vinden.

Juni 1905.

SEGERS.

*De Tariefwet*, door Mr. H. W. Hovy.  
Overgedrukt uit „BOAZ”, Orgaan van de  
Vereeniging van Nederlandsche Patroons  
*Boaz*. — *Amsterdam* 1904. — 69 bladz.

Deze brochure, overdruk van eenige artikelen in eene courant, is een strijdschrift, dat geene aanspraak maakt op wetenschappelijke waarde. In de inleiding wordt dit duidelijk gezegd. De bedoeling is slechts kortelijk te bespreken de aanhangige ontwerp-Tariefwet en enkele hier en daar gerezen misverstanden uit den weg te ruimen, niet te geven eene wetenschappelijke uiteenzetting van het vraagstuk van vrijhandel en bescherming.

Het geschrift zelf is in drie paragrafen verdeeld, waarvan de opschriften luiden: de toestand nu; het ontwerp; slotbeschouwingen. Het wordt besloten met eenige conclusiën in den vorm van stellingen.

In § 1 wordt aangetoond, dat nu reeds vele beperkingen der handelsvrijheid bestaan, en dat de ontwerp-Tariefwet de formaliteiten, aan in- en doorvoer verbonden, niet verzwaart, maar juist meer faciliteiten verschaft.

In § 2 wordt er op gewezen, dat het ontworpen Tarief tot hoofddoel heeft in 's Rijks schatkist het geld te brengen, benoodigd voor hervormingen op sociaal gebied en op dat van het onderwijs en voor voorziening in de financieele nooden der gemeenten, en daarnevens strekt om, met inachtneming zooveel mogelijk van de belangen van den handel, de ontwikkeling van de nationale nijverheid en van den arbeid te bevorderen. Ook wordt de aandacht gevestigd op de technische verbeteringen,

die het ontwerp bevat. Aan het slot dezer paragraaf worden eenige bezwaren van leden van „Boaz” tegen onderdeelen van het Tarief vermeld en besproken.

In § 3 wordt de leer van den vrijen handel bestreden en die der bescherming verdedigd. Eene daaraan toegevoegde bijlage geeft een staatje van de opbrengst van invoerrechten in een aantal landen in verband met de bevolking.

De conclusiën strekken deels tot verdediging van het ontwerp-Tarief in zijn tweeledig karakter, deels tot bestrijding der theorie van den internationalen vrijhandel en tot aanprijzing van verhooging van invoerrechten.

Naar mijne overtuiging is het stelsel van het ontwerp-Tarief zeer onbillijk jegens de minder gegoede klassen der bevolking, en is het protectionisme ten zeerste in strijd met de belangen van een land van de ligging en gesteldheid en van de grootte van Nederland. Ik kan mij dan ook volstrekt niet vereenigen met de strekking dezer brochure, waarvan de Schr. wel nu en dan juiste opmerkingen maakt, maar aan den anderen kant den aanleg verraadt van een protectionist *à outrance*.

Met een enkel staaltje tot toelichting hiervan wensch ik deze beknopte aankondiging te besluiten.

Ten opzichte der visscherij telt „Boaz” blijkbaar een werkelijken deskundige in zijn midden, die bij de bespreking van de daarop betrekking hebbende onderdeelen van het ontwerp-Tarief aantoonde dat die bij uitstek nationale tak van nijverheid aan niets meer behoefte heeft dan aan vrijdom van invoerrecht voor zijne onderscheidene grondstoffen, en voorts verklaart in eene belasting op den invoer van buitenlandsche visch weinig nut te zien, omdat wij die concurrentie niet behoeven te vreezen. Toch zou volgens hem een flink recht op gezouten haring dit voordeel bieden, dat niet meer door den

aanvoer van minderwaardig buitenlandsch product, na nieuwe verpakking, aan ons beter product eene oneerlijke concurrentie onder hollandsche vlag werd aangedaan.

Dit laatste is niet zeer consequent, maar toch begrijpelijk; een industrieel, uit ervaring voorstander van vrijen handel, bezwijkt allicht voor de verzoeking om, als hij het maar voor het zeggen heeft, uitsluitend voor zijn eigen product een meer of minder flink invoerrecht te verlangen. Intusschen wordt dit denkbeeld door Schr. aanstonds welwillend ontvangen. Maar overigens is de kennis van zaken, waarvan de bedoelde deskundige op het gebied der visscherij deed blijken, bij Schr. slechts boter aan de galg gesmeerd. Vrije invoer van de grondstoffen der visscherij? Maar waar blijft dan het stelsel van bescherming ten opzichte der belangrijke takken van nijverheid, die die grondstoffen leveren? Op die wijze zou men een bloeiende visscherij behouden, maar... naar de noodlottige beginselen van den internationalen vrijhandel. Schr. is dan ook over de alleszins juiste denkbeelden van den deskundige van „Boaz” zeer slecht te spreken. „Slechts zoo aangetoond kan worden”, zoo schrijft hij, „dat eene zóó belangrijke afwijking van het stelsel der wet als de geopperde vrijstelling inhoudt, hoog noodig is en dat de voordeelen de nadeelen overtreffen, zal men er toe moeten overgaan”.

Dit is nu wel niet: Leve de bescherming, al verga de nijverheid. Maar het nadert toch tot een dergelijke leer, waarvoor ons land bewaard moge blijven.

*Den Haag*, Mei 1905.

J. D. VEEGENS.

*Landbouw-Ongevallenverzekering. Rapport*  
uitgebracht door R. DOJES te Meeden  
S. K. WESTERDIJK te Usquert en Mr. F.  
JANSEN te Appingedam, aan het hoofd-  
bestuur der Groninger Maatschappij van  
Landbouw en Nijverheid. — *Groningen*,  
I. B. WOLTERS, 1904.

Landbouw en nijverheid onder één verzekering te vangen is indertijd voorgesteld bij de behandeling der Ongevallenwet 1901; het mag te betreuren zijn om de landarbeiders, dat het daartoe strekkende amendement werd verworpen, de zaak zelf is er zeker bij gebaat geweest. De tegenwoordige regeling voor de nijverheid zou al heel slecht gepast hebben voor den landbouw; daarover zijn allen het nu wel eens, geloof ik.

Wie er nog niet van overtuigd is, leze dit rapport, waarin de praktijk van den landbouw aan het woord is en een regeling wordt verdedigd, ook elders aan de hand gedaan, geheel verschillend van die der Ongevallenwet 1901. Geen loonlijsten maar schadeloosstelling naar geschat loon, en premiebetaling naar getaxeerde arbeidsbehoefte. Deze groote vereenvoudigingen, onmogelijk bij de industrie, waar de loonen en de gevarenkansen zoozeer uit elkander loopen, zelfs in dezelfde bedrijven en dezelfde gemeenten, zullen de regeling voor den landbouw belangrijk vereenvoudigen. En dat is gelukkig, niet alleen omdat de verzekering zodoende meer kans heeft op populariteit, maar ook omdat eenvoud beteekent: weinig administratiekosten.

Aan den anderen kant heeft het rapport zich op dien eenvoud niet blind getuurd en zodoende de billijkheid uit het oog verloren, gelijk m. i. het bestuur van het Ned. Landbouw-Comité deed, toen het voorstelde opcenten te heffen op grondbelasting. Het gaat niet aan, landbouw en veeteelt, groot- en kleinbedrijf, bedrijven met en zonder machines, alles naar één maat te meten.

Onmogelijk is het in een boekbeschouwing als deze een zoo omvangrijk onderwerp als de landbouw-ongevallenverzekering te behandelen. Dat wij van deze belangrijke brochure hier niet meer zeggen, het is slechts daaraan te wijten en aan de omstandigheid, dat wij het met den inhoud vrijwel geheel eens zijn. Een criticus heeft over 't algemeen meer stof dan een laudator.

*Dordrecht.*

J. VAN DROOGE.

## V A R I A.

*De Nieuwe Drankwet* is een in 1905 bij H. D. TJEENK WILLINK & ZOON, te Haarlem, uitgekomen boekje, waarvan Mr. H. P. MARCHANT, lid van de Tweede Kamer voor Deventer, de schrijver is. Het telt, behalve een goed explicieerende Inleiding (blz. I—XVI), ook een alphabetisch register (blz. 116—123), waarin heel wat uit de wetten wordt opgegeven. De wetsartikelen worden daar vermeld. De blz. 1—115 geven den tekst der wet van 28 Juni 1881, *Stbl.* n<sup>o</sup>. 97, zooals die thans luidt, met bijvoeging der wijzigingen, aangebracht door de wetten dd. 23 April 1884 n<sup>o</sup>. 54 *S.*, 16 April 1885, n<sup>o</sup>. 78 *S.*, 15 April 1886, n<sup>o</sup>. 64 *S.*; art. 2 wet 31 Dec. 1887, n<sup>o</sup>. 265 *S.*; wet 27 April 1901, n<sup>o</sup>. 85 *S.*, en wet 12 Oct. 1904, n<sup>o</sup>. 230 *S.*

In veel beoordeeling treedt Schr. niet, maar zijn werk is een gemakkelijk hulpmiddel voor wie in zake de wetgeving op het drankverbruik heeft te arbeiden.

H.

Te Groningen, bij J. B. WOLTERS, kwam in 1904 uit de *Drankwet 1904 met Aanteekeningen*, bewerkt door Mrs. L. PEERBOLTE, hoofdcommies bij Binnenl. Zaken, en H. BLAUPOT TEN CATE, direct. *Bureau voor Staats- en Administratiefrechtel. Adviezen te 's-Gravenhage.*

Nog enkel het Eerste Deel verscheen; het tweede gedeelte krijgen de intekenaars gratis, als zij voor 't ingebonden Eerste Deel hun *f* 2.50 hebben betaald.

Het werk is aan de *Drankwet* van 12 Oct. 1904, *Stbl.* n<sup>o</sup>. 230, die 15 Oct. 1904 in werking trad, gewijd en bevat den tekst der wet van 1881, zooals die thans luidt, de artikelen der wijzigingsontwerpen van 1903 en



1904 daarnevens aanhalend. Er is nog al wat herziening geweest. Op blz. 137 beginnend en blz. 171 eindigend, volgt een *Inleiding*, die, zooveel mogelijk, tracht de nieuwe wet en haar bedoeling toe te lichten. De tekstveranderingen der nieuwe wet waren soms enkel verduidelijking; zij trad 15 Oct. 1904 in werking en Schr.'s vermelden hier ook de geschiedenis en behandeling der wet van 1881, *Stbl.* n°. 97, met die der wetten van 1884, 23 April, *Stbl.* n°. 54, en 1885, 16 April, *Stbl.* n°. 78, van welke laatste wet Schr.'s geen maand en geen n°. *Stbl.* aanhalen. Den inhoud bespreken zij nogal goed, vooral waar de overgangsbepaling tegen optredende *nieuwe* houders, waar het maximum van vergunningen reeds bereikt is of overschreden bleef, door hen wordt aangehaald (blz. 147, e. v.). Zij bespreken ook nog (blz. 150/151) de in 1900 voorgestelde, maar eerst 1 Mei 1904, krachtens wet 27 April 1901, *Stbl.* n°. 85, van kracht geworden mogelijkheid der intrekking van vergunningen om tot niet-overschrijding van 't wettelijk maximum te geraken, nl. door de erfgenamen van den tapper. Tot nogtoe wordt h. i., blz. 156, de clandestiene verkoop te veel toegelaten. Te recht eindigt hun beschouwing met de verklaring, dat het lot der wet sedert 15 Oct. 1904 nog moeilijk te voorzeggén is. Het groote publiek, zeggen zij, heeft weinig sympathie er voor. Maar dat beslist m. i. nog niet omtrent de mogelijkheid van eenige beperking van het drankverbruik.

De statistiek toont ook wel éenige vermindering sedert 1881 aan, nl. per hoofd der bevolking. Maar een maximum der vergunningen geeft altijd wel wat aan eenigen een voorrecht, nl. de beperking van aantal der vergunningen. Daartegenover staat dan ook 't vergunningsrecht!

H.

## De Statistiek van het Gevangeniswezen over het jaar 1903.

Aan deze statistiek, waarvan de inleiding wederom door Mr. I. R. R. DE ROOS is bewerkt, ontleenen wij het volgende.

*Gebouwen.* Het aantal gestichten is bij vergelijking met het voorafgaande jaar verminderd met 5 en bedroeg 71, daar er van de 10 huizen van bewaring buiten de arrondissements-hoofdplaatsen 4 en ook het hulphuis van bewaring te 's-Gravenhage, waartoe de gewone strafgevangenis diende, zijn opgeheven. Bij dit aantal 71 zijn de gestichten met dubbele bestemming dubbel geteld; 2 gewone strafgevangenen waren tevens hulphuis van bewaring. Het aantal huizen van bewaring in arrondissements-hoofdplaatsen, die tevens hulp-strafgevangenen waren, bleef onveranderd en bedroeg 11.

Door uitbreiding echter van bestaande of door het in gebruik nemen van nieuwe inrichtingen was er voor 36 personen plaatsruimte meer dan in het voorafgaande jaar. Er was plaats voor 9305 mannen en 846 vrouwen of in het geheel voor 10 151 personen; 3011 voor eenzame en 7140 voor gemeenschappelijke opsluiting.

Het *personeel* der gestichten, waartoe ook directeuren, onderwijzers en geneesheeren gerekend worden, bedroeg 11 meer dan in het voorafgaande jaar namelijk 986, waaronder 360 bewaarders en 45 bewaarsters.

*Bevolking.* In den loop van het jaar zijn nieuw opgenomen 41 044 mannen en 2789 vrouwen of totaal 43 833 personen, zijnde 2457 personen minder dan in 1902, nl. 2295 mannen en 162 vrouwen minder. Deze opgave komt voor in de inleiding. In de tabel III betreffende de

beweging der bevolking wordt van de nieuw-aangekomenen opgave gedaan gestichtsgewijze, zoodat degenen, die verplaatst worden van het eene gesticht naar het andere, in die categorie worden opgenomen, maar dientengevolge in het totaalcijfer meer dan eenmaal voorkomen. Van deze nieuw-opgenomenen werden er geplaatst in de bijzondere strafgevangenissen 3 mannen, in de gewone strafgevangenissen 7689 mannen en 535 vrouwen, te zamen 8224 personen; in de huizen van bewaring 31 651 mannen en 2178 vrouwen, te zamen 33 829 personen; in de Rijksopvoedingsgestichten 108 jongens en 23 meisjes en in de Rijkswerkinrichtingen 1593 mannen en 53 vrouwen of in het geheel 1646 personen.

In den loop van het jaar werden de gestichten verlaten door 47 842 personen (44 873 m. en 2969 vr.).

Van dezen werden er ontslagen wegens het verstrijken van hun straftijd 35 100 m. en 2429 vr. te zamen 37 529 personen. Wegens *voorwaardelijke invrijheidstelling* verlieten de bijzondere strafgevangenis 1 man en de gewone strafgevangenissen 6 mannen en 1 vrouw van de 83 personen die in de termen vielen.

Om over de grenzen gebracht te worden werden uit de gestichten ontslagen 2041 vreemdelingen, waarvan 1913 m. en 128 vr.

Op den 31 Dec. 1903 bevonden zich in de gestichten 7740 m. en 334 vr. in het geheel dus 8074 personen, zijnde 105 minder dan op 31 Dec. 1902. Van hen waren er 6578 veroordeelde mannen en 216 veroordeelde vrouwen; zijnde 204 m. en 25 vr. *minder* en 1091 onveroordeelde mannen en 110 onveroordeelde vrouwen, zijnde 63 m. en 18 vr. *meer* dan op 31 Dec. 1902. Voorts waren er 5 mannen gegijzeld en een jongen en twee meisjes vastgezet wegens wangedrag.

Bij vergelijking van de bevolking der gezamenlijke

gestichten aanwezig op 31 Dec. met de bevolking van Nederland op dien datum blijkt, dat het aantal mannen in de gestichten 2,88 per duizend (in 1902 2,95) uitmaakte van de geheele mannelijke bevolking van het Rijk en het aantal vrouwen 0,12 per duizend (vorig jaar 0,14) van de geheele vrouwelijke en te zamen 1,49 per duizend der geheele bevolking. 124 kinderen werden in den loop van het jaar met hunne moeders opgenomen. Van deze kinderen bevonden zich in de gestichten nog 7 op 31 Dec. 1903.

Aan de inleiding worde nog de bijzonderheid ontleend, dat van alle veroordeelden, die in den loop van een jaar in de gezamenlijke gevangenis kon worden opgenomen, meer dan de helft (over de jaren 1900/1902 53,57 procent der gevangenen) subsidiair dus eigenlijk niet tot vrijheidstraf is veroordeeld.

De op 31 Dec. 1903 aanwezigen waren aldus over de verschillende gestichten verdeeld: in de bijzondere strafgevangnissen 178 mannen en 13 vrouwen (vorige jaar 192 m., 14 vr.), in de gewone strafgevangnissen 2021 mannen en 100 vrouwen (2082 m., 109 vr.), in de huizen van bewaring 863 personen n.l. 297 veroordeelde en 536 niet-veroordeelde (vorig jaar 344 en 441) mannen en 9 veroordeelde en 23 niet-veroordeelde vrouwen (19 en 37 vorig jaar); in de Rijksopvoedingsgestichten 555 jongens en 87 meisjes (in 1902 587 jongens en 91 meisjes) en in de Rijkswerkinrichtingen 4082 mannen en 94 vrouwen (82 mannen en 5 vrouwen minder dan in 1902). 61 gevangenen werden op hun verzoek in afzondering geplaatst; daarentegen werden 148 gevangenen als ongeschikt voor afzonderlijke opsluiting in gemeenschap met anderen geplaatst.

Het aantal *verblijfdagen* (tabel IV) bedroeg 2 854 911 zijnde 25 221 meer dan in het voorafgaande jaar. Elke plaats in de gestichten werd in den loop van het jaar

bijna  $5\frac{1}{2}$  maal bezet, hetgeen eveneens in de twee voorafgaande jaren het geval is geweest.

Van de totale bevolking der gestichten behoorden 26 267 tot de Nederduitsch-Hervormden, 24 692 tot de Roomsch-Katholieken, 833 tot de Israëlieten, 1220 tot de Lutherschen, 1653 tot de Gereformeerden, terwijl er 643 waren die tot geen kerkgenootschap behoorden of waarvan dit niet bekend was (tabel V).

De mededeelingen betreffende den *gezondheidstoestand* en de *sterfte* hebben eene belangrijke uitbreiding ondergaan. De staten echter komen thans niet meer voor onder de nummers VI en VII maar worden gevonden als tabellen XII en XIII. Gelijk ten vorigen jare reeds was toegezegd (1) heeft blijkens de mededeeling in de inleiding de bewerking der ziektestatistiek op juister grondslag plaats gehad dan tot nu toe en wel door de invoering van het telkaarten-stelsel.

De grondgedachte is deze, dat in de statistiek worden opgenomen als zieken allen, die onder behandeling van den geneesheer zijn geweest, en als ziekte-dagen de dag van het eerste en die van het laatste bezoek van den dokter en alle daartusschen liggende dagen. Van de nieuwe methode is stijging der cijfers het gevolg, omdat elke ziekte, hoe onbeduidend ook, die behandeld is, op de telkaart wordt opgenomen. Bovendien worden in de inleiding nog onderscheiden nieuwe staten gegeven zooals van de dagen waarop de patiënt bedlegerig was; niet-bedlegerig, maar niet tot arbeiden in staat enz., terwijl de staten thans niet minder dan vijftien ziektegevallen bevatten tegen acht in het voorafgaande jaar. Hoogst belangrijk zijn ook de opgaven van het voorkomen der gevallen naarmate van den duur der vrijheidsberoving.

In 1903 heeft het getal der zieken, die eens of meer-

(1) Zie Themis 1904, bl. 358.

malen onder behandeling van den geneesheer zijn geweest, bedragen 7010 zijnde ruim 12 $\frac{1}{2}$  procent der bevolking.

Het aantal zieken aan spijsverteringsorganen bedroeg 2459, van wie geen enkel is overleden. Onder de rubriek ziekten der ademhalingswerktuigen komen 2607 personen voor, van wie 19 overleden; 114 gevallen van tuberculose, waarvan de behandeling begonnen werd, kwamen voor; het aantal overledenen onder deze rubriek bedroeg 35. Eene der nieuwe rubrieken voorgewende ziekten geeft een cijfer aan van slechts 9, wat men bij het groot aantal behandelde ziektegevallen zeker niet zoude verwacht hebben. Het geheele aantal overledenen bedroeg 120, van wie 5 door zelfmoord. In het vorige jaar was dat aantal 122, van wie eveneens 5 door zelfmoord.

Uit de gestichten werden 53 mannen en 3 vrouwen naar een krankzinnigengesticht gebracht. In de inleiding is als bijlage opgenomen een tabel bevattende bijzonderheden betreffende deze gevallen, waarin o. a. zijn opgenomen de vroeger ondergane straffen, de straffen waartoe veroordeeld en de tijd in de strafinrichting doorgebracht, toen de krankzinnigheid zich openbaarde. Aan zielsziekten overleden er in de gestichten 2 personen en aan ziekten van het zenuwstelsel 8 personen.

De opgaven betreffende het in de gestichten, met uitzondering dus van de Rijksopvoedingsgestichten, gegeven *onderwijs* worden thans gevonden in staat VI. In de inleiding worden staten aangetroffen, welke verschillende uitkomsten percentsgewijze aangeven. Het blijkt, dat in voornoemde gestichten onderwijs werd verstrekt aan 4329 of nog geen 8 percent van de totale bevolking, daar de overgrootste meerderheid der gevangenen te kort in de strafinrichting verbleef om voor het ontvangen van onderwijs in aanmerking te komen.

Van het geheele aantal, 54 872, in de gestichten aanwezig geweest, konden 46 896 lezen en schrijven, 578 alleen lezen, 166 alleen schrijven en 7232 noch lezen noch schrijven.

Van hen, die tot het onderwijs werden toegelaten, konden 385 niet lezen en 516 niet schrijven, terwijl 3813 konden schrijven en 3944 lezen. Van deze onderwezenen konden bij het einde van het jaar of bij hun ontslag goed lezen 3116, goed schrijven 2498 en 177 in 't geheel niet lezen en 240 in het geheel niet schrijven.

Vakonderwijs of meer uitgebreid onderwijs werd gegeven aan 95 personen, of 10 meer dan in het voorafgaande jaar.

Het aantal boeken was 31 595, waarvan door 37 224 lezers werd gebruik gemaakt.

Opgaven omtrent het *gedrag*, niet de bevolking der opvoedingsgestichten betreffende, worden gevonden in staat VII.

Evenals in de voorafgaande jaren zijn ook dit jaar veel meer disciplinair gestraften onder de eenzaam dan de onder de in gemeenschap opgesloten. Van de in cellen geplaatsten toch werden 1745 of 10,3 percent gestraft tegen 806 of 2,1 percent van de in gemeenschap geplaatsten. Van de eerstgenoemde categorie van gestraften behoorden er 301 tot de onveroordeelde mannen en 11 tot de onveroordeelde vrouwen en 1408 mannen en 25 vrouwen tot de veroordeelden. Van de 33 846 in gemeenschap opgesloten veroordeelden werden er 710 mannen en 16 vrouwen gestraft en van de 4105 onveroordeelden 80 mannen.

Poging tot verboden instandhouding bleef uit den aard der zaak het meest voorkomen, n.l. 1368 maal in de gewone cellulaire gevangnissen en slechts 2 maal in de bijzondere strafgevangnissen en 141 maal in de huizen van bewaring, waar dan ook gemeenschap regel is.

Verstoring der orde kwam voor 559 maal, waarvan slechts 48 in de Rijkswerkinrichtingen, insubordinatie 202 maal, waarvan 76 in de Rijkswerkinrichtingen en vernieling of beschadiging 485, waarvan niet minder dan 282 maal in de gewone strafgevangenissen. Er waren 241 gevallen van ontvluchting of poging daartoe, alle uit de werkinrichtingen. Wegens luiheid hadden er 165 bestraffingen plaats, waarvan 11 in Veenhuizen en 5 in Hoorn.

In de zes huizen van bewaring buiten de arrondissements-hoofdplaatsen met 2088 bewoners werden, evenals ten vorigen jare, geene bestraffingen uitgedeeld.

Het meest werd als straf toegepast de oplegging van het water en brood-régime, n.l. in 2240 gevallen. Lijfstraf werd niet toegepast.

In 19 gevallen werden verpleegden van Veenhuizen overgeplaatst naar Hoorn.

In staat VIII en in staat IX worden gevonden de opgaven van den *arbeid* door den gevangenen en verpleegden verricht.

Het aantal verplichte werkdagen was 2 202 075, maar de feitelijke arbeidsdagen bedroegen 2 005 517. Het aantal dagen dat niet kon gewerkt worden wegens ziekte of lichaamsgebreken, bedroeg 83 491; wegens gebrek aan werk 8.78½ zijnde 0,4 procent van de verplichte arbeidsdagen. Het gebrek aan werk als beletsel voor arbeiden neemt niet onbelangrijk af.

De arbeid verricht voor het Rijk, voor de gestichten zelf en voor de Departementen van algemeen bestuur is toenemende. In 1900 werd 71,1 procent van de werkdagen besteed aan genoemden arbeid tegen 75,9 procent, 1 522 421 dagen, in 1903.

*Arbeidsloonen.* Staat X. en *gegevens betreffende den economischen toestand der ontslagenen.* Staat XI.



Het arbeidsloon, dat over 1903 in de gestichten, met uitzondering van de opvoedingsgestichten, verdiend werd, bedroeg 245 147,81<sup>s</sup> gulden of 10 181,42 gulden meer dan in het voorafgaande jaar. Als uitgaanskas werd van dit loon bewaard 88 471,62 gulden en werd 156 676,19<sup>s</sup> gulden voor zakgeld bestemd. Evenals sedert 1900 het geval is geweest was het gemiddeld loon per dag 12 centen. Het gemiddeld loon was het hoogst in de bijzondere strafgevangenissen 16½ cent tegen 15½ cent in het voorafgaande jaar en het laagst in de huizen van bewaring namelijk 8 centen tegen 9 in 1902. In de Rijkswerkinrichtingen steeg het gemiddeld loon sedert het voorafgaande jaar met een halve cent en bedroeg het 13½ ct.

De staten XV, XVI, XVII en XVIII bevatten de opgaven betreffende het *onderwijs, gedrag, arbeidsloon en den economischen toestand* van de bevolking *der Rijksopvoedingsgestichten*. In het voorwoord wordt er aan herinnerd, dat terwijl het onderwijs in de strafinrichtingen slechts een zeer ondergeschikte plaats inneemt, dit anders is in de opvoedingsgestichten. Slechts 5 jongens te Alkmaar van de 700 in de drie gestichten namen niet aan het onderwijs deel. De meisjes te Montfoort, ten getale van 114, genoten allen onderwijs. Het gedrag der jongens bij het schoolonderwijs was goed van 69,6 procent, redelijk van 25,5 en slecht van 4,9 procent, dat der meisjes goed van 77,2 redelijk van 18,4 en slecht van 4,4 procent. Bij het vakonderwijs bedroeg genoemd percentage bij de jongens respectievelijk 60,6, 32,9 en 6,6 en bij de meisjes 47,4, 48,2 en 4,4 procent. Er werden 11 vakken onderwezen; in landbouw, veeteelt, tuin- en boschbouw wordt te Doetichem en Avereest onderricht gegeven.

Aan de opgaven omtrent de algemeene ontwikkeling in verband met de voorziening in eigen onderhoud worde ontleend, dat van de meisjes bij ontslag 13 meer dan

voldoende ontwikkeld waren, 9 voldoende en 4 onvoldoende.

Van de ontslagen jongens was de mate van ontwikkeling in het vakonderwijs bij 55 goed, bij 55 redelijk en bij 15 slecht; in het schoolonderwijs bij 80 goed, bij 40 redelijk en bij 18 slecht.

*Gedrag.* Het aantal der gestrafte jongens bedroeg 454 en der gestrafte meisjes 28. Misdragingen worden gevonden 896 maal bij de jongens en slechts 9 maal bij de meisjes. Evenals ten vorigen jare vielen de meeste misdragingen voor te Avereest 550 malen, waarvan 266 bij de recreatie. Bij de jongens komt het meest als vergrijp voor verstoring der orde; 430 maal, waarvan 338 maal in Avereest, terwijl bij de meisjes slechts driemaal dit vergrijp plaats vond.

Als disciplinaire straf vond het water en brood-régime 283 maal toepassing en wel uitsluitend in Doetinchem, waar de plaatsing in een strafcel met water en brood 70 maal geschiedde. Deze laatste bestraffing werd 133 maal in Alkmaar en 265 maal in Avereest toegepast maar niet in Montfoort. Daar werd echter 47 maal de plaatsing in eene strafcel toegepast, die voor de jongens slechts te Doetinchem en wel 18 maal toepassing vond.

In Avereest kwamen drie gevallen voor van mishandeling van ambtenaren en in Alkmaar een geval van diefstal door de verpleegden.

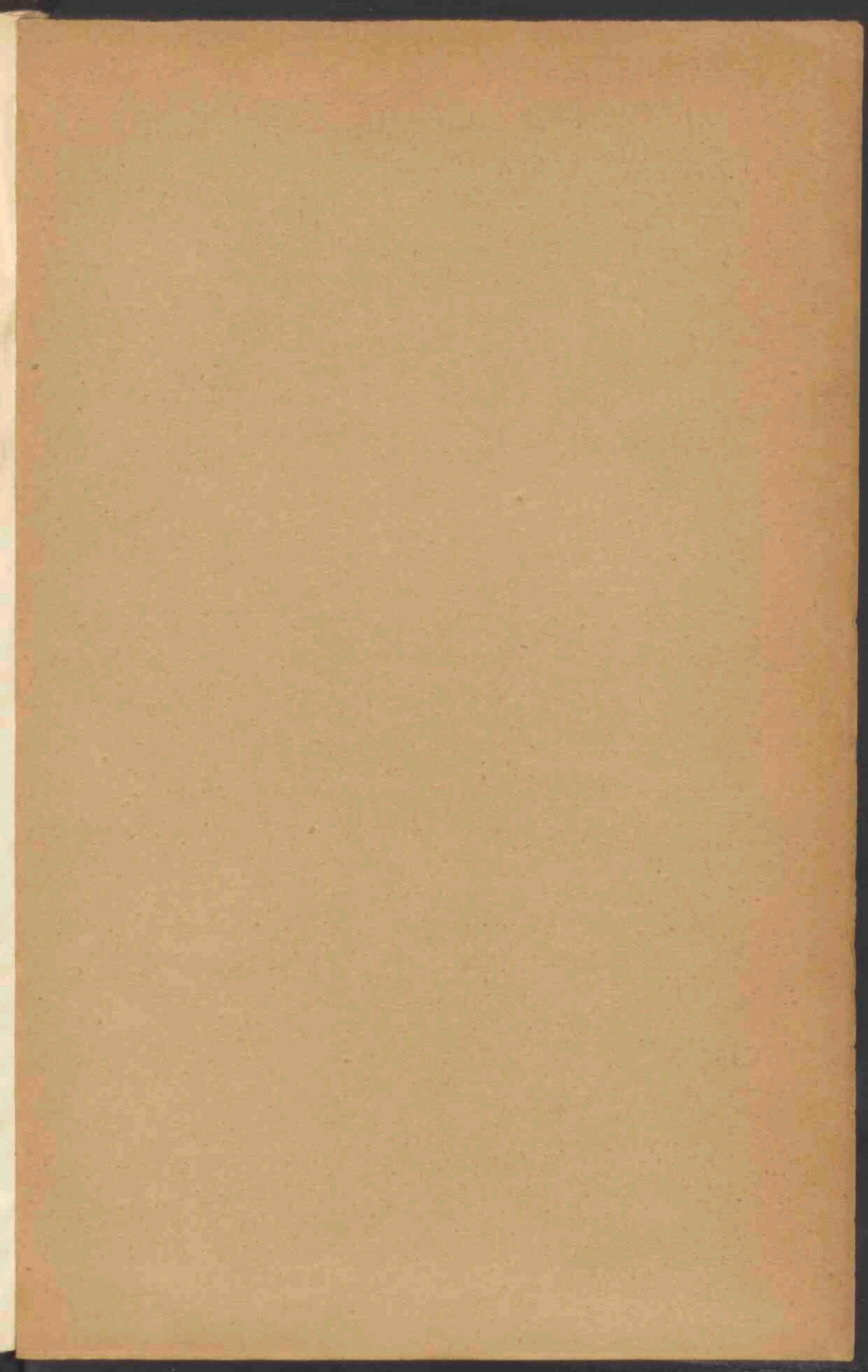
Uit de jongensgestichten hadden 30 ontvluchtelingen plaats, waarvan 15 uit Avereest, 13 uit Alkmaar en 12 uit Doetinchem, alle ontvluchten werden echter teruggebracht.

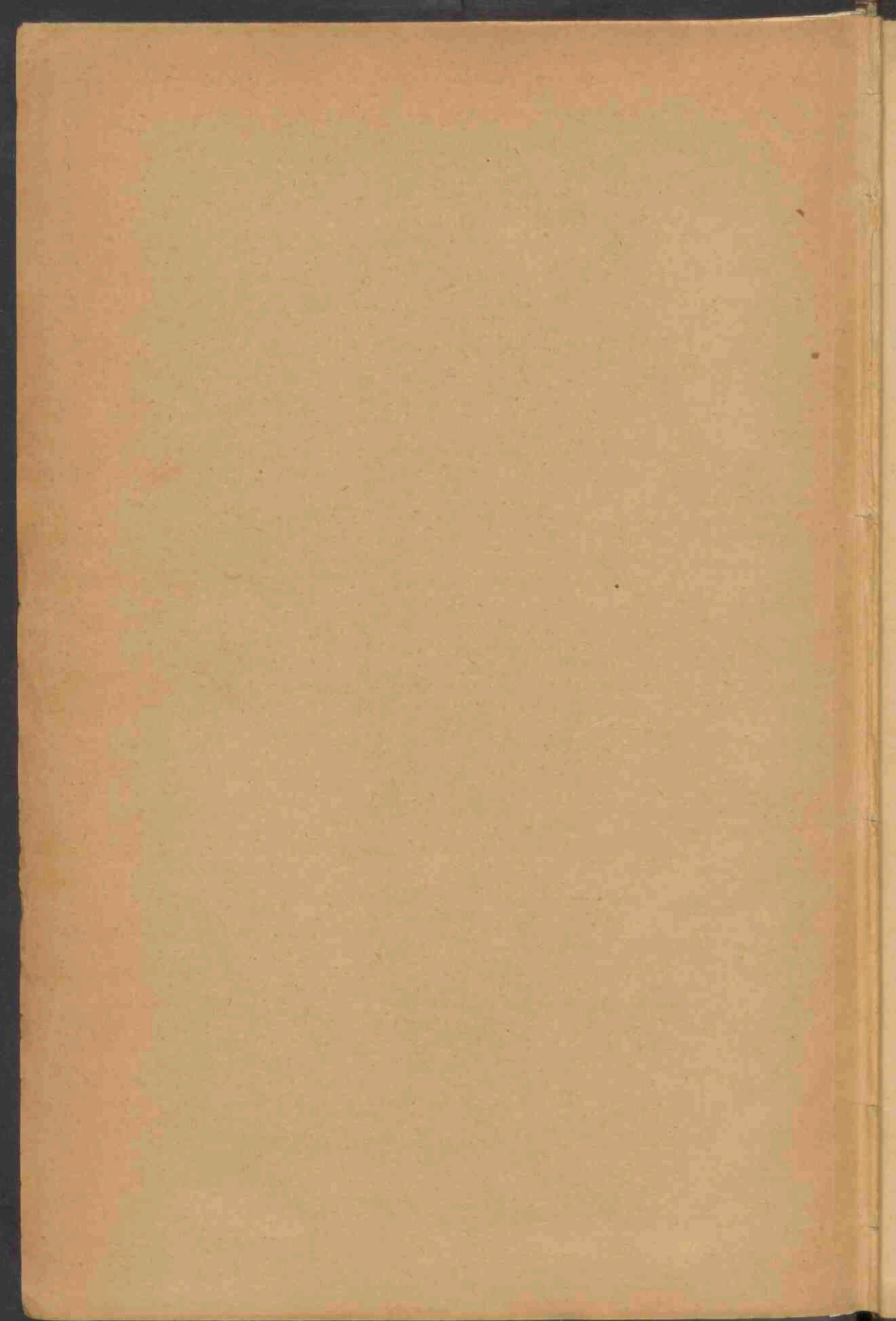
Uit den staat der arbeidsloonen aan de opvoedelingen uitgekeerd blijkt, dat het aantal arbeidsdagen voor de jongens bedroeg 103 433, waarin 3689,10 gulden aan loon werd verdiend. Het loon verdiend door de meisjes was 495,05 gulden in 13 054 feitelijke arbeidsdagen.

Bij ontslag werd uitbetaald 3685,54<sup>5</sup> gulden, waarvan 587,66 gulden aan meisjes. Van de 164 ontslagenen waren er 162 tusschen 16 en 18 jaren en 2 beneden 14 jaar. Van de ontslagenen hadden een vermoedelijk verzekerd bestaan 87 door uitzicht op plaatsing en 9 door vermogen of persoonlijke hulpbronnen. Deze 9 waren allen meisjes.

Omtrent de *gijzeling* wordt gevonden in staat XIV, dat er gedurende den loop van het jaar zijn opgenomen 76 mannen en 6 vrouwen, terwijl er 71 mannen en 6 vrouwen werden ontslagen. De langste tijd der gijzeling was van drie tot zes maanden; slechts één persoon werd gedurende die periode gehouden. 12 werden den dag hunner opneming reeds ontslagen. De meeste gevallen (35) betroffen schulden van 100 tot 200 gulden. In 26 gevallen geschiedde het ontslag op grond van toestemming van den schuldenaar, waarvan tienmaal zonder eenige betaling.

In de inleiding wordt evenals in den vorigen jaargang eene opgave gevonden van de kosten van onderhoud der gevangenen, ditmaal over 1902. De totale kosten voor de bevolking en het plaatselijk beheer bedroegen voor de gevangenen en Rijksopvoedingsgestichten 1 658 767,94<sup>5</sup> gulden en voor de Rijkswerkinrichtingen 797 376,41 gulden. Hiertegenover staan als baten, die eerstgenoemde gestichten hebben opgeleverd, 518 844,37 en de in de tweede plaats genoemde 298 203,48 gulden, zoodat de netto kosten bedroegen respectievelijk 1 139 923,57<sup>5</sup> gulden en 499 172,93 gulden, of per persoon en per dag voor de gevangenen en Rijksopvoedingsgestichten evenveel als in 1901 0,82<sup>5</sup> gulden en voor de Rijkswerkinrichtingen 5 centen minder dan in 1901 namelijk 0,33<sup>5</sup> gulden.





SGA

24 SEP. 1935



