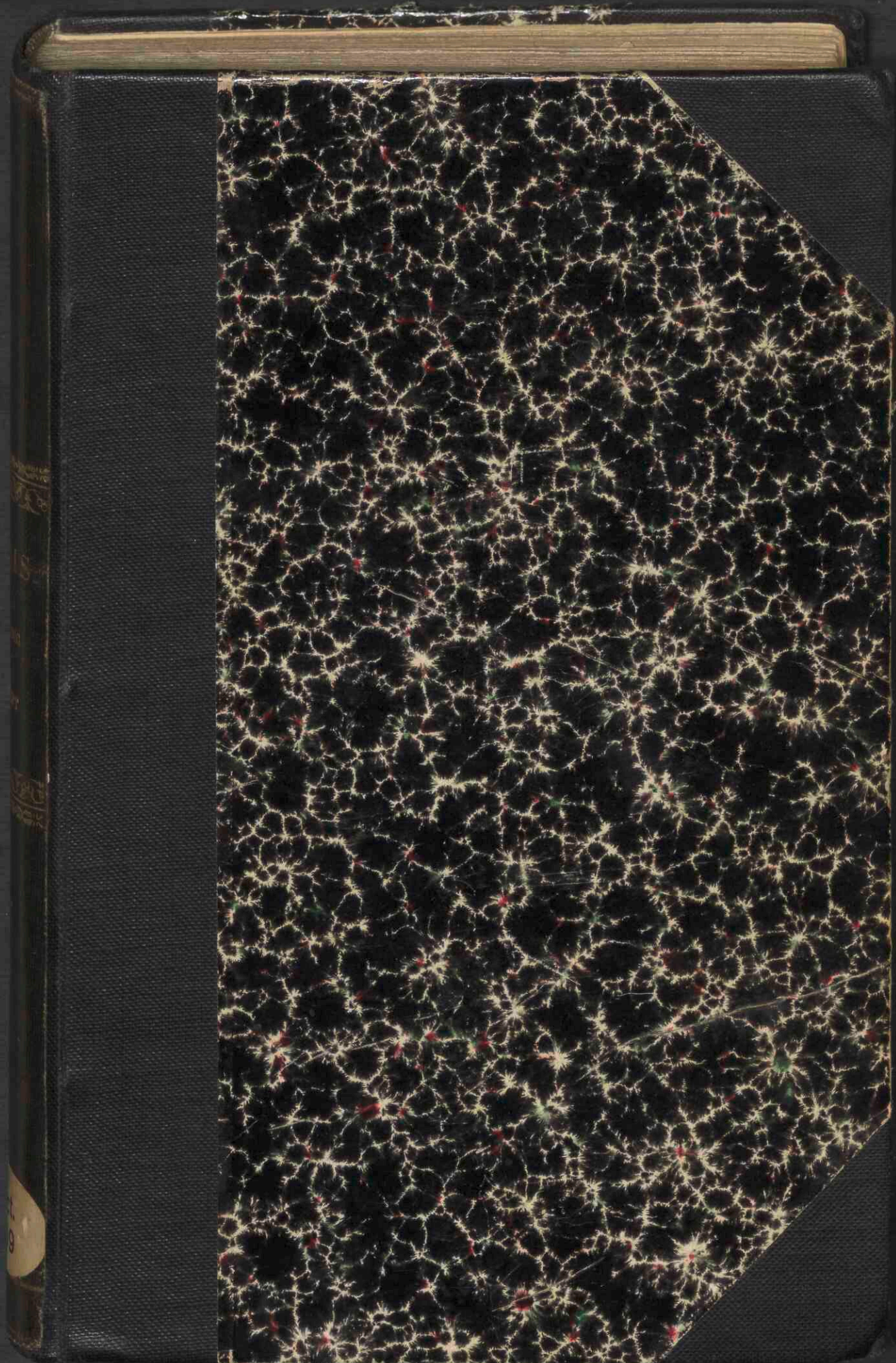
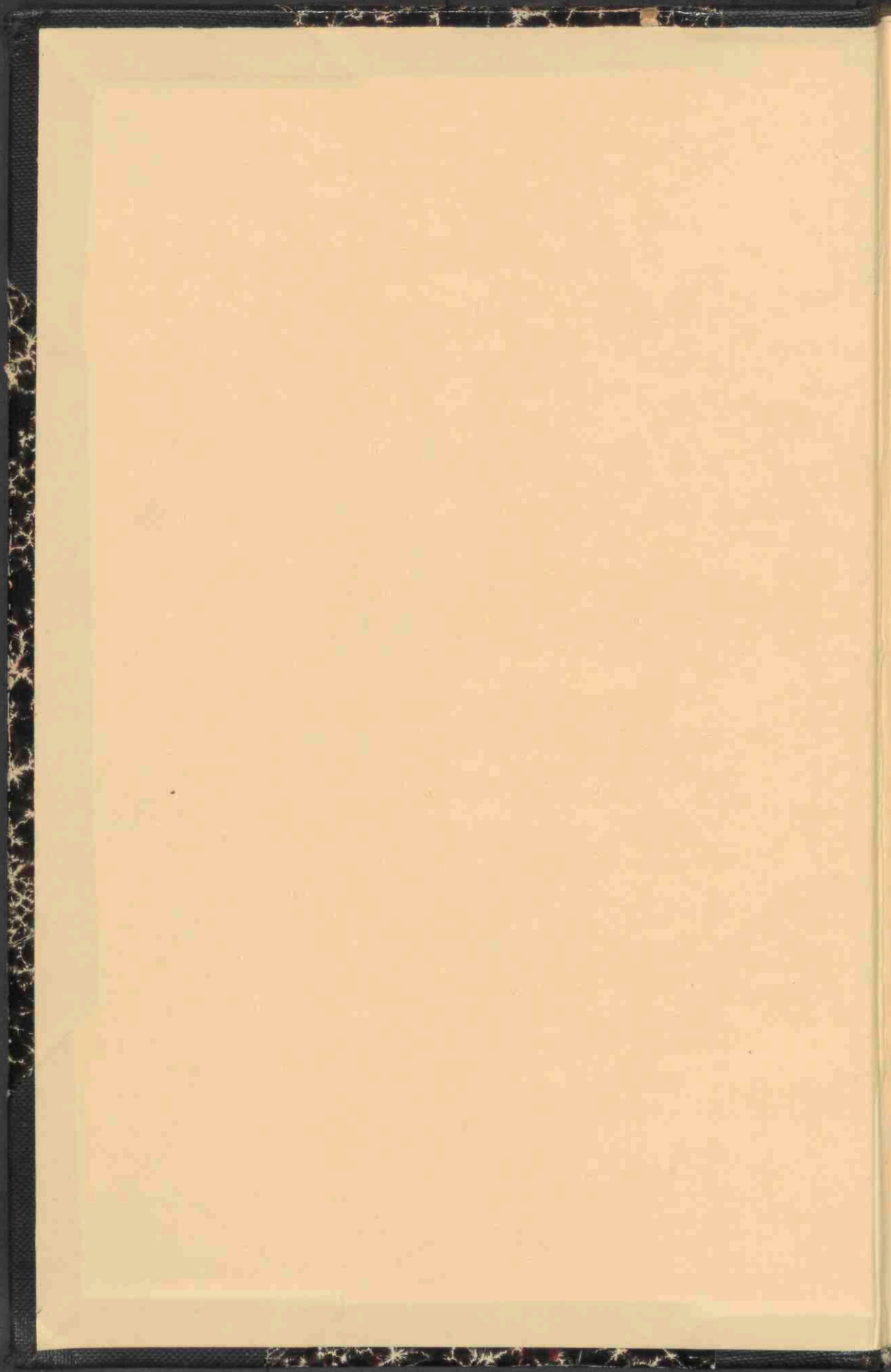




Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/451653>





THE

PROCEEDINGS OF THE

...

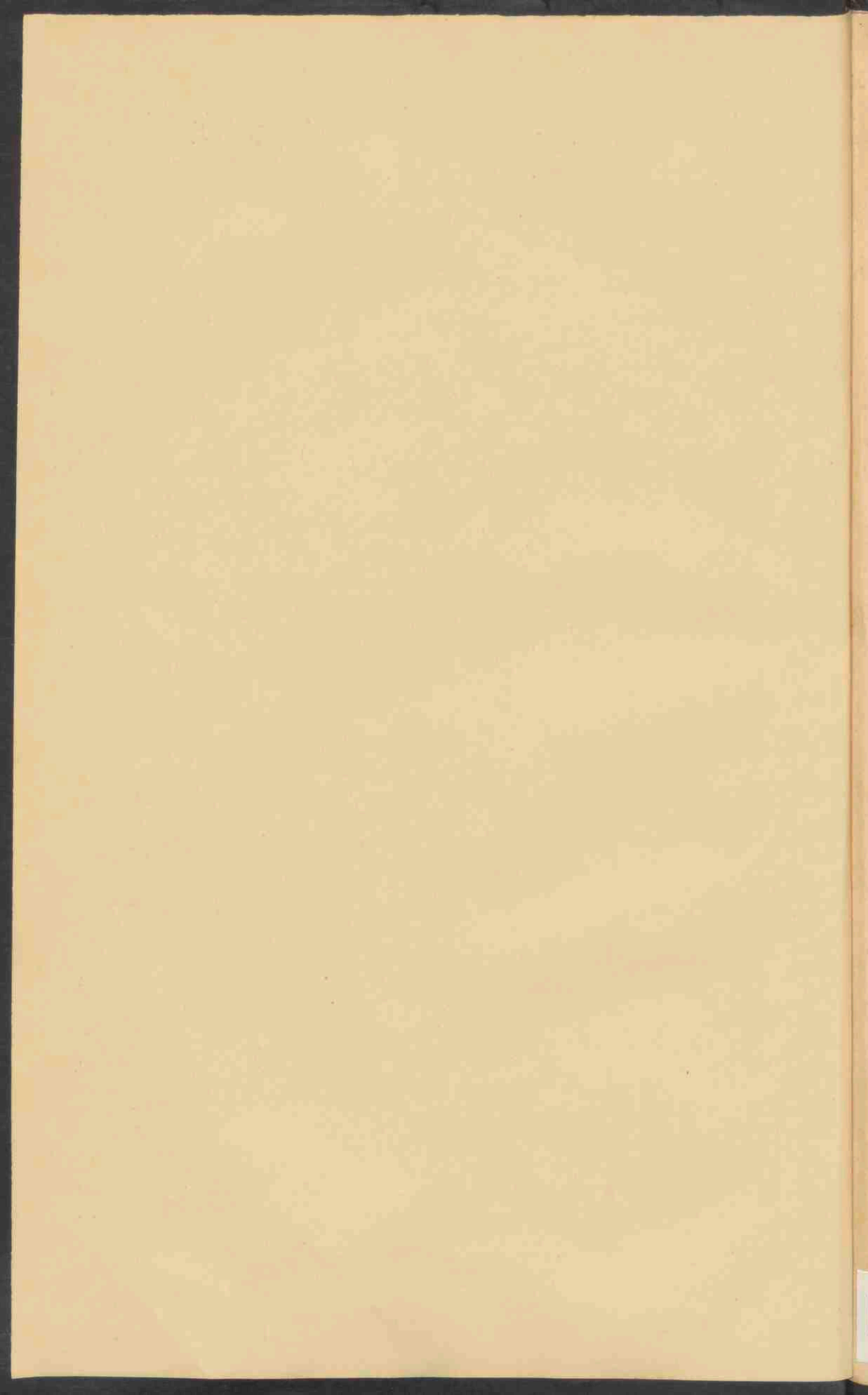
...

...

...

...

...



26 E
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.

NEGEN-EN-ZESTIGSTE DEEL

1908



's-GRAVENHAGE
BOEKHANDEL vH. GEBR. BELINFANTE

1908

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

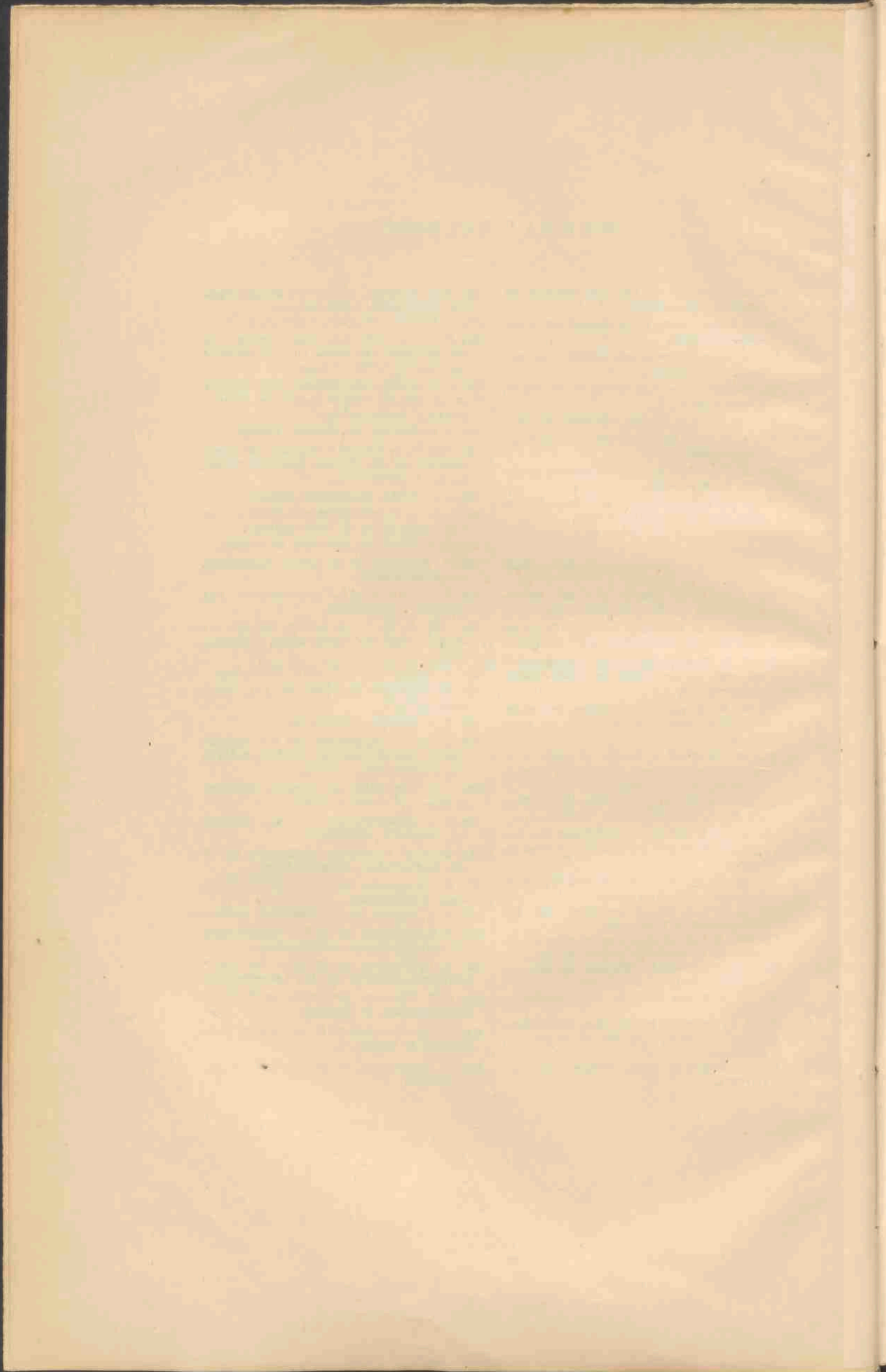


0341 2032

~~~~~  
Gedrukt bij F. J. BELINFANTE, voorheen A. D. SCHINKEL.  
~~~~~

MEDEARBEIDERS

- Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. J. Baron D'AULNIS DE BOUOUIILL, 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, lid der Prov. Staten van Noordholland, Amsterdam.
- Mr. W. L. A. COLLARD, referendaris bij het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, Gouvernements-Secretaris van Suriname, te Paramaribo.
- Jhr. Mr. W. Th. C. v. DOORN, advocaat, proc. en lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. A. P. TH. EYSELLE, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. P. R. FEITH, vice-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. R. FEITH, lid der Arrondissements-Rechtbank, te 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, president van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. J. J. GOCHINGA, president der Arrondissements-Rechtbank, te Leeuwarden.
- Mr. TH. HEEMSKERK, Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- Mr. H. VAN DER HOEVEN, oud-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. J. A. LEVY, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. W. A. COBT VAN DER LINDEN, lid van den Raad van State en oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LOEFF, oud-Minister van Justitie en lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DE LOUÏRE, hoogleeraar, Utrecht.
- Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, advocaat generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, '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, lid der Arrond.-Rechtbank, te 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. S. M. S. DE RANITZ, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. RÖMBACH, wethouder, Rotterdam.
- Mr. O. O. SEGBERS, president der Arr.-Rechtbank, te Breda.
- Mr. F. N. SICRENGA, Dordrecht.
- Mr. F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN WISSENKERKE, 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. W. THORBECKE, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. P. A. TICHELAAER, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. D. VERGENS, oud-Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel, 's-Gravenhage.
- Mr. F. F. VIEHOFF, ambtenaar O. M. bij 't Kantongerecht, te Zierikzee.
- Mr. H. Vos, advocaat en Lector aan de Universiteit te Leiden.
- Mr. G. WITTEWAALL, lid van het Gerechtshof, te Arnhem.



INHOUD.

Bladz.

In Memoriam.

<i>Eenige opmerkingen over het Nederlandsche budget-recht,</i> door Mr. W. C. MEES R.AZN., Advocaat en Procureur te Utrecht	1
<i>Tweeërlei Schuldregt?</i> door Mr. A. P. TH. EYSELL, president in den Hoogen Raad der Nederlanden te 's-Gravenhage. . .	36
<i>Interpretatie van artikel 986 al. 1 en 2 B. W. — Eene be- langrijke testamentaire quaestie,</i> toegelicht door Mr. GUSTAVE TRIPELS, Advocaat te Maastricht	63
<i>Toevoegsel aan «De oorzaak bij de overeenkomst»,</i> door Mr. G. WTTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem	133
<i>Artikel 1637n B. W.,</i> door Mr. A. NICOL-SPEYER, Advocaat- Procureur, te Rotterdam	197
<i>De eigenrichting in het oudste Romeinsche rechtsleven (III),</i> door Mr. J. M. NAP, Commies van Staat bij den Raad van State, te 's-Gravenhage	227
<i>De wetsontwerpen tot nadere wijziging en aanvulling van de Indische comptabiliteitswet en van het Indische Regeerings- reglement,</i> door X.	259
<i>Het weiderecht van de ingezetenen in de „Broeklanden van Ijsselham”</i> door Mr. T. BINNERTS, Advocaat te Heerenveen . .	315
<i>Wetgever en Rechter,</i> door Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN, President der Arrondissements-rechtbank te Groningen . .	386
<i>Beschouwingen over de Rechtsverhouding van de Luchtruimte tot den Staat, boven welks Grondgebied zij zich verheft,</i> door Mr. W. L. A. COLLARD, Hoofdcommies aan 't Depar- tement van Justitie te 's-Gravenhage	393

	Blz.
<i>Verborgten gebreken</i> , door Mr. LOD. S. BOAS, Advocaat en Procureur te Amsterdam	426
<i>Het Troonopvolgingsrecht van den vreemden Vorst</i> , door Mr. WILLEM BERGER, te Amsterdam	485
<i>Ons lijfswang-instituut in verband met het vraagstuk van den uitsluitend zedelijken rechtsdwang</i> , door Mr. H. L. A. VISSER, Advocaat-Procureur, te Amsterdam	508
<i>Proeve van eene regeling tot vervanging van het rotproces</i> , door Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, Advocaat en Procureur, te 's-Gravenhage	543
<i>Naar aanleiding van een oud arrest</i> , door Mr. A. P. TH. EYSELL, President van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage	565
<i>Misbruikte taalrijksdom</i> , door Mr. C. BAKE, Referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage	601
<i>Het normative karakter van internationale tractaten</i> , door Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, oud-Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, te 's-Gravenhage; beoordeeld door Prof. Mr. D. JOSEPHUS JITTA, Hoogleeraar te Amsterdam	144
<i>De Haagsche overeenkomst betreffende de vreedzame beslechting van internationale geschillen en het Permanente Hof van Arbitrage Deel I (Rhenen, B. VAN DE WATERING)</i> , beoordeeld door Mr. J. B. BREUKELMAN, Referendaris bij den Raad van State te 's-Gravenhage	153
<i>La Paix par le Droit</i> , door den Heer E. KEMPE te 's-Gravenhage ter beantwoording van door het Internationaal Vredesbureau te Bern in 1905 gestelde vragen, beoordeeld door denzelfden	166
<i>Toerekening van voordeel bij schadevergoeding</i> , academisch proefschrift van J. VAN WOUDEBERG HAMSTRA, beoordeeld door Mr. B. J. POLENAAR, Advocaat te Amsterdam	172
<i>Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht</i> , door Mr. G. A. VAN HAMEL, Hoogleeraar te Amsterdam. Tweede geheel herziene druk. Haarlem DE ERVEN F. BOHN. — 's-Gravenhage, Boekh. vh. GEBR. BELINFANTE 1907, beoordeelt door Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-Hoogleeraar, te 's-Gravenhage	271

- Eenige strafrechtelijke beschouwingen in verband met het beginsel van de wet van 12 Febr. 1901 (Stbl. n^o. 63)*, door R. KOPPE, Groningen, 1906; 184 blz., beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Substituut-Officier van Justitie, te 's-Gravenhage 280
- Winstbepaling in het Vennootschapsrecht.* — Proefschrift van N. GROENEWEGEN, Amsterdam 1907, beoordeeld door Mr. G. VAN SLOOTEN AZN., Advocaat-Procureur, te 's-Gravenhage . 292
- Praescriptiones und praescripta verba — wider die Schriftformel des römischen Formular-prozesses*, door Dr. STEGMUND SCHLOSSMANN a. o. Professor an der Universität Kiel. — Leipzig 1907, aangekondigd door Mr. J. HAMBURGER A. D. ZN., Advocaat-Procureur, te Utrecht. 302
- De waarde van het Romeinsche recht.* Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt aan de Universiteit van Amsterdam, op 7 October 1907, door Mr. PAUL SCHOLTEN, aangekondigd door denzelfden 307
- Verzameling van de sinds 1850 in het Staatsblad opgenomen Koninklijke Vernietigingsbesluiten in afdeelingen chronologisch geordend, toegelicht door korte weergave van den inhoud en analyseerende aantekeningen en voorzien van verschillende klappers.* Bewerkt door Mr. S. K. THODEN VAN VELZEN, Secretaris der gemeente Zwolle. Met Supplement, bijgehouden tot 1 Januari 1907. Arnhem, S. GOUDA QUINT, aangekondigd door Mr. C. BAKE, Referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage 311
- Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht*, door Mr. S. J. FOCKEMA ANDREÆ, Hoogleeraar te Leiden, beoordeeld door Mr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, Hoofdcommies bij het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid te 's-Gravenhage 438
- Bescherming van arbeidswilligen in de artikelen 284 en 426bis Wetboek van Strafrecht.* — Academisch proefschrift van J. H. MONNIK, beoordeeld door Mr. J. D. VEEGENS, Oud-Minister te 's-Gravenhage 455
- Modern Roman-Dutch Law; Sketch of its historical development.* — An inaugural lecture, by W. R. BISSCHOP, LL. D., of LINCOLN'S INN, Barrister at law, Lecturer on Roman-

	Blz.
<i>Dutch Law for the Council of Legal Education. — The Hague</i> , MARTHINUS NIJHOFF, beoordeeld door Mr. M. DE VILLIERS te Leiden	463
<i>Zeitschrift f. d. Gesamte Handelsrecht</i> , aangekondigd door Mr. A. HEEMSKERK te 's-Gravenhage.	476
<i>Waterschapswetgeving</i> door Mr. C. J. H. SCHEPEL. (<i>Groningen</i> 1906), beoordeeld door Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, oud-Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, te 's-Gravenhage	607
<i>Het karakter van het Internationaal Privaatrecht. — Rede</i> uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt te Groningen op 22 Februari 1908, door Mr. I. KOSTERS, aangekondigd door Mr. J. B. BREUKELMAN, Referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage	639
<i>Nederlandsche Pasicrisis</i> van Mrs. EUG. en LEO VAN OPPEN, voortgezet door Mr. AUG. SAVELBERG en Mr. L. B. J. VAN OPPEN. Zevende vervolg, bij VEERMAN: <i>Heusden</i> 1908, aangekondigd door Mr. A. P. TH. EYSSELL, President van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage	648

V A R I A.

Onderwerpen ter behandeling op de Vergadering der Nederlandsche Juristenvereniging in 1908.	313
De Statistiek over het Gevangeniswezen over het jaar 1906	477
De statistiek van het Rijkstucht- en Opvoedingswezen over 1906.	649

THEMIS.

LXIXste deel. — EERSTE STUK.

Eenige opmerkingen over het Nederlandsche budget-recht,

DOOR

Mr. W. C. MEES R.AZN.

«Door de wet worden de begrootingen van alle uitgaven des Rijks vastgesteld, en de middelen tot dekking aangewezen» (art. 123 Grondwet).

Geenszins is het mijne bedoeling hier een volledig overzicht te geven der verschillende quaesties, die zich ten aanzien van bovenstaand artikel hebben voorgedaan of kunnen voordoen. Ware dit mijn voornemen, de beperkte ruimte, waarover een tijdschrift noodzakelijkerwijze slechts de beschikking kan geven, zoude ten eenenmale onvoldoende zijn bij de veelomvattendheid van het gebied, waarop dit artikel betrekking heeft.

Voornamelijk zal ik mij dan ook bepalen tot hetgeen m. i. de hoofdquaestie uitmaakt van ons budget-recht, tot de vraag naar het juridisch karakter zoowel van de begrooting van uitgaven als van de middelenwet, om daarna

te onderzoeken, tot welke consequenties de zoo gevonden uitkomsten voor onze begrotingen in de praktijk leiden.

Daar ik meen, dat de opvattingen, die omtrent het wezen der begrooting heerschen, niet altijd den toets der critiek kunnen doorstaan, geloof ik, dat het niet van belang ontbloot is, nog eens zoo onbevooroordeeld mogelijk na te gaan, in hoeverre deze wijziging behoeven. Het begrootingsrecht toch raakt een der gewichtigste belangen van een volk en het is dus van het hoogste gewicht, dat er op een dergelijk gebied zoo veel mogelijk rechtszekerheid bestaat. Ontbreekt deze, zoo mist men tevens haast alle waarborgen, dat de financiëele belangen van een land voldoende worden behartigd. En juist op dit terrein van ons Staatsrecht wordt die zekerheid nog te weinig gevonden. Ieder legt in het begrip begrootingsrecht, wat hij op een gegeven oogenblik noodig oordeelt, dat er in zal liggen, terwijl er eigenlijk positief nog zoo weinig vast staat en naar wat vast staat nauwelijks wordt omgezien. Dit alles heeft tengevolge, dat er over dit onderwerp zóó vele uiteenloopende meeningen zijn verkondigd, dat het moeilijk is te zeggen, wat over iedere quaestie van ons budget-recht nu eigenlijk de communis opinio is. In enkele opzichten bestaat echter eene vrij groote eenstemmigheid. Laat ons dus aanvangen met te zien, in hoeverre de meeste schrijvers in hunne meeningen samengaan.

Vraagt men in het dagelijksch leven aan een leek: „Wat is eene begrooting?“, zoo zal deze, waarschijnlijk eenigszins verwonderd over die immers zoo eenvoudige vraag, antwoorden: „Eene begrooting is eene raming“.

Zullen nu zij, die zich met het juridisch karakter onzer staatsbegrootingen hebben beziggehouden, even grif voor deze met hetzelfde antwoord klaar staan? Waarschijnlijk niet. Wel zullen ook zij niet rondweg ontkennen, dat

eene begrooting eene raming is, maar zij zullen dit antwoord slechts geven met eenig voorbehoud: de staatsbegrooting is n.l. niet *alleen* eene raming, maar ze is nog *veel meer*.

De wetgever toch heeft met het vaststellen der begrootingen, niet alleen tot doel het tot stand brengen van die raming (eene administratieve werkzaamheid dus), maar tevens heeft hij eene taak van materiele wetgeving te vervullen.

Deze taak van wetgeving is eene andere bij de begrootingen van uitgaven dan bij de zoogenaamde middelenwet (begrooting van inkomsten).

Voor de *witgaven*: volgens ons staatsrecht moet elk dezer berusten op eene wet; voor zoover bij bijzondere wetten nog geene machtiging voor eene uitgave is verleend, moet dus bij de begrooting voor een wettelijken grondslag gezorgd worden: maar *slechts tot het daarin toegestane bedrag* wordt deze verleend. Uitgaven daarboven berusten niet op eene wet en zijn dus onwettig: het op de begrooting uitgetrokken bedrag is een *maximum*.

Voor de *inkomsten* is de taak van wetgeving eenigszins anders; wel moet ook hier de middelenwet een wettelijken grondslag vormen voor belastingen, die niet reeds op afzonderlijke wetten berusten, maar van het stellen van een maximum is hier geen sprake: het bij elken post vermelde bedrag (n.l. vermeld in eene bijlage op de middelenwet) is zuiver eene *raming*.

Hiermede heb ik getracht in grove trekken de meest geldende opvatting over wat onze begrootingen zijn zoo nauwkeurig mogelijk weer te geven. Wel bestaan er, ook reeds wat deze hoofdtrekken aangaat, afwijkende meeningen, maar ik poogde immers slechts de communis opinio zooveel mogelijk te benaderen, niet ieders opvatting mede te deelen.

Zooveel is in elk geval wel zeker, dat volgens de communis opinio in de begrooting van uitgaven, in tegenstelling met die van inkomsten, moet worden gezien het toestaan van gelden *tot* het bij elken post *gestelde* bedrag, het geven van eene machtiging tot het doen der uitgaven *tot dit bedrag als maximum* en juist deze opvatting meen ik in dit opstel te moeten bestrijden. Volgens mijne meening dus moet men in het op de begrooting bij elken post voorkomende bedrag *geen* maximum zien : ook wanneer de regeering boven dit bedrag gaat doet zij nog geene onwettige handeling.

Wij zagen dus, er worden aan de begrootingen zeer verschillende eischen gesteld. Ik geloof nu, dat men zich niet genoeg rekenschap er van geeft, dat die eischen zoo *verschillend* zijn. Beschouwt men ze n.l. in onderling verband, zoo zal blijken, dat zij niet altijd vereenigbaar zijn, zoodat in de boven omschreven communis opinio eene innerlijke tegenstrijdigheid aan het licht komt.

Welke nu waren deze eischen?

I. De begrooting moet zijn eene raming van inkomsten en uitgaven.

II. De begrooting moet een wettelijken grondslag verschaffen aan die inkomsten en uitgaven, die een zoodanigen grondslag nog missen.

III. De begrooting van *uitgaven* moet bevatten maxima van uitgaaf, waarboven de Regeering niet kan gaan zonder eene onwettige handeling te verrichten.

Wij moeten dus nagaan, of de Staatsbegrootingen aan alle drie eischen tegelijk kunnen beantwoorden en zoo niet, welke men moet laten vallen, welke moeten prae-

valeeren. Daarvoor zullen wij beginnen met de eerste twee eischen in onderling verband te beschouwen om daarna ook den derden eisch op gelijke wijze te zamen met eisch I en II te onderzoeken.

Vóór alles echter een woord over de vraag, hoe men tot het stellen dezer eischen is gekomen.

I. Dat de begrooting eene raming moet zijn (eisch I) vloeit eenvoudig voort uit de woorden van art. 123 Grondwet: „Door de wet worden de *begrootingen* van alle uitgaven des Rijks vastgesteld, en de middelen tot dekking aangewezen.”

Voorwaarde voor elke goede wetsuitlegging toch is, dat men begint met te vragen naar de taalkundige beteekenis der woorden. Uitgangspunt moet zijn de grammaticale interpretatie alvorens tot andere interpretaties over te gaan. Dus: wat is taalkundig eene begrooting? *Eene begrooting is eene schatting, eene raming, niets meer.* Door van begrootingen te spreken, stelt art. 123 Grondwet dus tevens den eisch, dat de begrooting werkelijk eene begrooting, d. i. eene raming moet zijn. Daarom wensch ik nu reeds voorop te stellen, dat men dezen eisch nooit mag laten vallen, tenzij de Grondwet zelve positieve argumenten voor eene beslissing in anderen zin aan de hand doet.

Maar zou deze eisch misschien *niet* gelden voor de begrooting van *inkomsten*, daar de Grondwet voor deze het woord begrooting niet noemt? Zij zegt n.l. van de begrootingen van uitgaven, dat zij door de wet moeten worden vastgesteld, en voor de vaststelling van die van inkomsten spreekt zij van: de middelen tot dekking moeten door de wet worden aangewezen. Dat de Grondwet bij deze twee soorten, waarin de begrootingen natuurlijk uitéén vallen, eene verschillende woordenkeus

heeft gedaan, brengt ons, meen ik, slechts in herinnering, dat de bepalingen over de begrotingen in onze Grondwet niet tot stand zijn gekomen, dan onder groot verschil van opvatting over het budget-recht (1): uit deze verschillende wijze van formuleeren zal men wel niets kunnen halen, dat zich verzet tegen de eenvoudige opvatting, dat de uitgaven, die men voor een jaar voorziet, in de begrooting, door de wet vast te stellen, moeten worden opgenomen, en dat hetzelfde met de inkomsten moet geschieden.

Ik meen dus, dat ook de middelenwet eenvoudig eene begrooting is. Trouwens juist voor de inkomsten is nimmer bezwaar gemaakt om in de vastgestelde bedragen eene *raming* te zien. Nooit tóch, voor zoover ik weet, heeft men getracht deze als maxima, of hier misschien als minima voor de regeering te doen beschouwen.

II. Van de beide andere boven gestelde eischen vindt men in de Grondwet zelve niets. Deze moet men uit de geschiedenis afleiden. Of die geschiedenis werkelijk het recht geeft deze eischen te stellen, zullen wij zien, als wij ze beschouwen in verband met den eersten, dat de begrooting eene *raming* moet zijn.

Daar echter de tweede eisch (dat de begrooting een wettelijken grondslag moet verschaffen aan vele uitgaven en inkomsten, n.l. aan die, welke eene dergelijke basis nog missen) uitgaat van eene premisse, moeten wij eerst de deugdelijkheid van deze onderzoeken. *Zijn n.l. geene inkomsten, geene uitgaven wettig, die niet op eene wet berusten?* Bij bevestigende beantwoording van deze vraag moet men haast wel aannemen, dat de begrooting machtigingen geeft; anders zouden zeer vele uitgaven onwettig

(1) Zie over de geschiedenis dezer bepalingen BULLS, De Grondwet I, p. 646 en volgende.

zijn, daar, indien de begrooting den wettelijken grondslag niet verschaft, er geene wet is, waarop de uitgaven dan wèl steunen.

Voor een deel der inkomsten is dit geene vraag: voor de belastingen spreekt de Grondwet zich uitdrukkelijk uit: „Geene belastingen kunnen ten behoeve van 's Rijks kas worden geheven, dan uit krachte van eene wet” (art. 174). Kan men nu a contrario redeneeren: dus die eisch geldt niet voor de andere inkomsten, niet voor de uitgaven? Met betrekking tot deze beide toch zwijgt de de Grondwet en, ten minste voor de eerste categorie, kan ook de geschiedenis geen licht geven (van de inkomsten zijn de belastingen een zoo overwegend deel, dat men haast altijd slechts die belastingen ter sprake bracht en over de verdere inkomsten zweeg). Voor de uitgaven echter is deze quaestie meer besproken en reeds THORBECKE nam aan, dat het een ongeschreven beginsel van ons Staatsrecht is, dat geene uitgave wettig kan geschieden, die niet op eene wet steunt (1). Dit blijkt dan ook steeds de communis opinio, zoo in als buiten de volksvertegenwoordiging te zijn geweest en nog te zijn. Ik ben echter eenigszins huiverig dergelijke beginselen te aanvaarden, wanneer ze nergens in de Grondwet zijn neergelegd, terwijl men toch mag veronderstellen, dat voor een zoo gewichtig principe wel een plaatsje in deze wet zou zijn gevonden, als men werkelijk voor de uitgaven hetzelfde wilde als voor de belastingen. Toch voel ik mij, op grond der geschiedenis van ons budgetrecht, geneigd te erkennen, dat dit beginsel aan ons Staatsrecht ten grondslag ligt, indien men, dit aanvaardend, geene enkele bepaling der Grondwet geweld behoeft aan te doen.

(1) Zie zijne rede van 19 Juni 1849.

Voor de inkomsten (andere dan belastingen, want voor deze geldt art. 174 Grondwet, zooals wij zagen) durf ik hetzelfde beginsel (n.l. dat zij alleen uit kracht eener wet mogen worden geïnd) echter niet aannemen: hier toch kan men eigenlijk geen enkel argument aanvoeren, noch uit de Grondwet, noch uit de geschiedenis, terwijl hier bij deze inkomsten, in tegenstelling met de uitgaven, zelfs de *reden* voor een dergelijk beginsel zich nauwelijks doet gevoelen. Bij de uitgaven toch is een dergelijke krachtige waarborg voor de geldelijke belangen van het land zeer gewenscht. Bij de inkomsten is dit echter geheel anders: hoe rijkelijker de regeering deze kan doen vloeien, hoe beter, weder tenzij het de belastingen zijn, waaruit die middelen worden geput.

De hier behandelde tweede eisch is meermalen nog scherper gesteld, zoodat men niet slechts vorderde: alle uitgaven, alle inkomsten moeten steunen op eene *wet*, maar zij moeten juist steunen op de *begrootingswet* van het jaar, waarvoor zij moeten worden verwezenlijkt. Ook voor deze meening pleit m. i. geen enkel voldoende argument. Vóór 1848 moest men dit voor de belastingen aannemen, omdat de Grondwet het uitdrukkelijk verklaarde, maar nu in dat jaar ook voor deze bron van inkomsten die bepaling is verdwenen, zie ik geen reden om iets dergelijks aan te nemen. Zou het feit, dat sommigen voor de belastingen altijd nog hieraan willen vasthouden, niet gedeeltelijk ook een gevolg kunnen zijn van de omstandigheid, dat, wat zij willen, zoowel in Frankrijk (1) als in België werkelijk bestaat? Daar

(1) In Frankrijk toch luidt het laatste artikel van de middelenwet steeds: «Toutes contributions directes et indirectes autres que celles qui sont autorisées par les lois de finances de l'exercice 19 . . . à quelque titre ou sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine, contre les autorités qui les

vooral Frankrijk altijd veel invloed op ons administratief recht heeft uitgeoefend, is het zeer verklaarbaar, dat men spoedig geneigd is, wat in Frankrijk op dit gebied geldt, ook voor ons land aan te nemen, zonder dat er bij ons deugdelijke redenen voor zijn aan te voeren.

De bewering, dat, wat ik hier bestrijd, een eisch zou zijn van de steeds meer ons regeeringsstelsel doordringende democratie, schijnt mij meer een scherm met een woord, dat in de laatste eeuw zelden naliet eenigen indruk te maken, dan een werkelijk argument.

III. De derde eisch, n.l. dat de begrooting van uitgaven moet bevatten maxima voor de regeering, is een uitvloeisel van het zelfde beginsel, als waarop de tweede eisch, dat de begrooting eene machtigingswet moet zijn, berust. Alle inkomsten, alle uitgaven dus zouden een wettelijken grondslag moeten hebben. Natuurlijk slechts voor zoover dit principe de uitgaven betreft komt het hier in aanmerking.

Deze derde eisch is eigenlijk slechts eene uitwerking van den tweeden: de begrooting moet zijn eene machtigingswet, en tevens de grenzen aanwijzen, tot hoe ver die machtiging gaat. En daar op de begrooting slechts één bedrag achter elken post wordt aangetroffen, kan het niet anders, of die grenzen moeten in dat bedrag zijn uitgedrukt: m. a. w. het bedrag achter elken post is een maximum.

Het beginsel dus, waarop deze derde eisch berust, is

ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et tarifs et ceux qui en feraient le recouvrement, d'être poursuivis comme concussionnaires, sans préjudice de l'action en répétition pendant trois années contre tous receveurs, percepteurs ou individus qui en auraient fait la perception». Zie STOURM: Cours de Finances: Le Budget, 5^{de} ed. 1906, pag. 269.

het zelfde als waarvan eisch II uitging, zoodat wij niet in een hernieuwd onderzoek naar de deugdelijkheid daarvan behoeven te treden. Laat ik slechts even herhalen, dat wij het voor de uitgaven als bestaande aannamen, maar dat wij het, wat de inkomsten aangaat, alleen voor de belastingen konden erkennen.

Wij hebben nu elk der drie eischen *op zich zelf* beschouwd. Thans zullen wij trachten ze *in onderling verband* met elkaar te brengen om te zien, of het mogelijk is ze te vereenigen, zoodat de begrooting aan alle zou kunnen beantwoorden.

Eisch II in verband met eisch III: Om de juist genoemde reden, dat deze beide uitvloeisel zijn van een zelfde beginsel, is het niet moeilijk de begrooting tegelijk aan ieder van hen te laten voldoen: geeft de begrooting machtigingen tot een zeker *bedrag* beperkt, zoo is tevens eisch II ingewilligd, die eveneens, maar alleen met betrekking tot den *aard* der uitgave, machtiging voorschrijft.

Wij kunnen nu dus overgaan tot de beschouwingen over het verband tusschen de begrooting als raming (eisch I) en de begrooting als machtiging (eisch II en III).

Eisch II in verband met eisch I: Bij de bespreking der vraag, of het juist is, dat bij ons geene uitgave wettig is, die niet op eene wet berust, kwamen wij tot de conclusie, dat wij dit als beginsel van ons Staatsrecht moesten aanvaarden, *indien men dit doende geene enkele bepaling der Grondwet geweld behoefde aan te doen*. Met dit laatste voorbehoud had ik n.l. op het oog art. 123 dezer wet, waarin ik immers lees, dat de begrooting eene raming moet zijn. M. a. w. wij staan voor de vraag: kan de Staatsbegrooting tegelijk aan eisch I en II beantwoorden? Ja, dit is mogelijk. Immers de

aangenomen begrootingspost kan aan de Regeering de machtiging geven om de daarin vermelde uitgaven te doen of inkomsten te beuren en tevens eene raming bevatten van de som, welke deze uitgaven en inkomsten vermoedelijk zullen bedragen.

Daar de opvatting, die in de begrooting eene machtiging ziet dus noch met eisch I (begrooting eene raming) noch met eisch III (begrooting een maximum) in strijd komt, geeft zij geen bezwaar. Slechts voor de uitgaven, die nog geen wettelijken grondslag hebben, heeft zij echter zin. Voor de andere uitgaven is de machtiging niet meer noodig en bestaat er dus geen reden in de begrooting eene herhaalde machtiging te zien. Bij afstemmen van eene begrooting kunnen dus alle uitgaven, die op eene wet berusten, eenvoudig doorgaan, zonder zich om het ontbreken dier begrooting te bekommeren. Wat de inkomsten betreft, kwamen wij tot het besluit, dat voor haar niet geldt de regel, dat zij steeds eene wettelijke basis moeten bezitten; slechts voor de belastingen was dit als vereischte te beschouwen.

De andere inkomsten kunnen dus ook zonder begrooting worden verwezenlijkt. De vraag, of de heffing van belastingen al dan niet afhankelijk is van hare opneming in de middelenwet, kunnen wij hier laten rusten.

Eisch III in verband met eisch I: Groote moeilijkheden doen zich echter voor, wanneer wij in de begrooting tegelijk eene raming (eisch I) en het stellen van maxima (eisch III) willen zien. Deze twee eischen blijken absoluut onvereinigbaar. Is de begrooting eene raming, zoo moet die raming toch zijn belichaamd in het bedrag achter elken begrootingspost vermeld, maar bij de bespreking van eisch III kwamen wij tot de conclusie, dat dit bedrag een maximum moest uitdrukken. Dit nu

kan niet samengaan: een bedrag kan niet tegelijk eene *raming* en een *maximum* uitdrukken. Bij eene *raming* toch moet men zich de kans, dat de werkelijkheid aan den eenen of aan den anderen kant der schatting uitvalt, voorstellen even groot te zijn. Anders is het geene *raming* meer. Moet de begrooting maxima bevatten, zoo dwingt men er toe om opzettelijk foutief te ramen, dus eigenlijk niet meer te ramen. Dan immers zal men bij het stellen van een bedrag moeten zorgen, dat men onder ongunstige omstandigheden er nog niet boven behoeft te gaan. Wij staan dus voor de keus, welken eisch wij moeten laten vallen, welke den doorslag moet geven. Volgens mij is de keuze niet twijfelachtig, daar de Grondwet zelve spreekt: de eerste eisch, dat de begrooting eene *raming* moet zijn, wordt door de woorden dezer wet zelve gesteld, terwijl men den anderen (III) slechts kan afleiden uit de geschiedenis, uit eene bedoeling van den Grondwetgever n.l., waardoor men echter aan het woord begrooting *zijn essentieel karakter zou ontnemen, het karakter van eene raming te zijn.*

Trouwens ook de eerste eisch vindt zijn steun in de geschiedenis. Zien wij b.v. wat de Negenmannen in 1844 in de memorie van toelichting op hun voorstel tot wijziging van art. 126 Grw. 1840 zeggen: „Begrooten is een plan ramen; de rekening beoordeelen is de uitvoering van dat plan keuren”. En ook latere schrijvers en staatslieden hebben het idee, dat de begrooting eene *raming* is, nooit geheel losgelaten: ik noem hier slechts BULLS en, om ook iemand uit den nieuwsten tijd aan te halen, PIERSON in zijn ontwerp-comptabiliteitswet (1): art. 29 van dit ontwerp schrijft voor, dat de rekeningen (bedoeld in artt. 27 en 28) o. a. zullen aanwijzen, zoowel voor de

(1) Handelingen der St.-Gen. 1899–1900, Bijlage No. 200.

uitgaven als voor de ontvangsten „het geraamde bedrag”, d. i. het bedrag, dat op de begrooting voorkwam. Dus ook de begrooting van uitgaven bevat eene raming.

Eene van het taalgebruik afwijkende beteekenis te hechten aan het woord begrooting komt mij dus voor stellig ongeoorloofd te zijn. Bij de historische interpretatie van een artikel (eene interpretatie, die trouwens steeds met de grootste voorzichtigheid moet worden toegepast) mag men nooit zóó ver gaan, dat men daarbij zou komen in strijd met de duidelijke woorden; hoogstens mag men, te rade gaande met de ondubbelzinnig gebleken bedoeling van den wetgever, in een artikel iets meer of iets minder lezen dan er *ipsis verbis* in staat uitgedrukt. Trouwens, men blijkt *twee*, niet te vereenigen, bedoelingen te hebben gehad: niet alleen, dat de begrooting van uitgaven maxima moet bevatten, maar ook, dat ze eene raming moet zijn. Met even veel grond kan men zich dus op de eene, als op de andere bedoeling beroepen.

Eén keer in de geschiedenis heeft men gevoeld, dat deze beide bedoelingen onvereinigbaar zijn, maar toen heeft men de moeilijkheid in verkeerden zin opgelost, door de bedoeling, die in eisch I (begrooting = raming) tot uitdrukking komt, te veronachtzamen. Bij de grondwetsherziening van 1848 had n.l. de Staatscommissie de volgende redactie voor ons tegenwoordig art. 123 voorgesteld: „De begrootingen van alle uitgaven, zoowel als van alle inkomsten des Rijks, worden vastgesteld bij de wet”. „De Regeering”, aldus BULS (1), „nam de redactie van de Staatscommissie over, maar in de afdeelingen van de Tweede Kamer rees daartegen bezwaar. Met de bedoeling van het artikel kon men zich volkomen vereenigen, maar die bedoeling was — dus meenden velen — niet

(1) De Grondwet I, pag. 647.

juist uitgedrukt. Immers de wet stelt wel maxima van uitgaven, maar geen maxima van inkomsten vast, aangezien de opbrengst van deze afhangt van omstandigheden, waarop de wetgever geenerlei invloed kan uitoefenen”.

Hier ging men dus uit van de gedachte, dat in het begrip begrooten het bepalen van maxima ligt, terwijl men het ramen uit het oog verloor; tegen eene bepaling, die raming voorschreef, zou zeker geen dergelijk bezwaar hebben bestaan.

BUIJS — en daarom juist heb ik de toedracht der zaak met diens eigen woorden weergegeven — komt terecht tegen dit in de afdeelingen gemaakte bezwaar op, maar gaat bij zijne verdediging van de redactie der Staatscommissie niet ver genoeg. Hij zegt n.l.: „De wet kan zeker geen maxima van inkomsten vaststellen, maar toch wel eene raming, en alleen daarvan maakte het ontwerp melding”. Hij erkent dus, dat eene begrooting, behalve het stellen van maxima, ook kan zijn eene raming en dat *slechts van dit laatste in de woorden begrootingen van uitgaven en inkomsten* in het ontwerp *wordt melding gemaakt*. Nu dus slechts het begrip raming en *niet* het stellen van maxima in de woorden: begrootingen van uitgaven en inkomsten ligt opgesloten — en het bedrag bij elken begrootingspost niet tegelijk maximum en raming kan zijn — had BUIJS dien eisch van maxima moeten loslaten en zich moeten bepalen tot het in eene begrooting zien van eene raming. Maar tot deze noodzakelijke consequentie van zijne eigen woorden komt hij, jammer genoeg, niet. Te meer zou dit van belang zijn geweest, omdat ook in onze tegenwoordige Grondwet diezelfde woorden: „begrootingen van uitgaven” voorkomen, juist als in bovengenoemd ontwerp-Staatscommissie, zoodat al het daarover gezegde tevens voor onze Grondwet geldt.

Wil men na al het boven betoogde toch aannemen, dat ons Staatsrecht dien derden eisch stelt — een eisch dus, die noodzakelijk medebrenge, dat de eerstgestelde, de begrooting eene raming, vervalt — geldt dan hetzelfde voor de uitgaven, die reeds op de wet berusten? Voor deze uitgaven echter laat zich het beginsel nog veel minder goed verdedigen: een wettelijken grondslag hebben deze reeds, zoodat de begrooting dien niet meer behoef te geven. Of zou men hier in de begrooting moeten zien eene, de speciale wet, waarop de uitgave steunt, beperkende, wetswijziging, die deze machtiging voor den tijd van een jaar tot een zeker bedrag begrenst? (1) Maar men geeft toch geene wettelijke regelen met de (niet uitgesproken) bedoeling, dat bij elke begrooting deze weder gedeeltelijk op zij zullen (ik zeg niet: kunnen) worden gezet! Daarom gaan velen ook niet zoo ver en willen voor de uitgaven, die reeds op de wet steunen, de vastgestelde som werkelijk als eene raming aannemen en het bedrag voor de andere uitgaven een maximum laten zijn. Zoo onderscheiden vele buitenlandsche schrijvers (STOURM (2), VON HECKEL (3)) crédits-limitatifs en crédits-évaluatifs; de eerste zijn credieten, waarbij de machtiging in de begrooting zelve ligt: dus de som een *maximum*; voor de andere daarentegen moet men in die som slechts zien eene *raming*: „Les crédits limitatifs déterminent, d'une manière définitive, la nature des services et la somme qui leur sera consacrée. Les crédits évaluatifs spécifient les services, en se bornant à évaluer

(1) Ook moet men dan de consequentie aanvaarden, dat bij niet aannemen van den begrootingspost tevens die beperking ontbreekt.

(2) STOURM: opere citato, pag. 191.

(3) Dr. MAX VON HECKEL: Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften: Das Budget (Leipzig 1898).

la somme que coutera leur exécution (1)". Afgezien van het feit, dat men, door deze crédits-limitatifs als bestaande aan te nemen, in strijd geraakt met de woorden der Grondwet, maakt men de begrooting zoo doende ook nog tot een tweeslachtig ding, waarop cijfers met geheel verschillende beteekenis onder elkaar worden geplaatst en worden samengeteld, als waren ze gelijkwaardig. Men wil de begrooting tegelijk aan eisch I (raming) en aan eisch III (maxima) doen beantwoorden, en daar dit niet tegelijk mogelijk is, geeft men nu eens aan den eenen, dan weer aan den anderen de voorkeur.

Ten slotte is het beginsel, dat men in ons Staatsrecht meent te ontdekken (de begrooting van uitgaven bevat maxima) in de praktijk niet altijd voor doorvoering vatbaar gebleken, hetgeen tot velerlei inconsequenties aanleiding geeft. Meermalen toch *moet* de Regeering wel boven de begrooting gaan, wil ze het land niet aan nadeelen bloot stellen. De geschiedenis heeft dit voldoende bewezen. Ook de praktijk dus pleit tegen een dergelijk beginsel. Als het met zoovele woorden in de Grondwet was neergelegd, zouden wij het natuurlijk moeten aangaarden, maar nu daarin ook geen spoor wordt aangetroffen, dat op zulk een principe wijst, moeten wij ons verheugen, dat het er niet in staat, daar dit tot overtredingen van deze wet zou uitlokken.

Nu wij, althans voor de uitgaven, aannamen (hoewel schoorvoetend, zooals ik boven zeide), dat deze steeds een wettelijken grondslag moeten hebben, heeft het ontbreken van eene begrooting voor die uitgaven, welke juist in die begrooting dezen grondslag moeten vinden, tengevolge, dat zij niet wettig kunnen worden gedaan. Is echter een post aangenomen, zoo kan overschrijding van het daarbij

(1) STROUM: opere citato, pag. 191.

bepaalde bedrag — eene zoogenaamde quantitatieve overschrijding der begrooting, in tegenstelling met de qualitatieve, dat zijn overschrijdingen, ontstaan door uitgaven, welke niet op eenen begrootingspost steunen — die uitgave niet tot eene onwettige stempelen. Anders toch gaat men in de begrooting weer maxima zien.

Toch kan het dikwijls zeer gewenscht zijn, dat aan de Regeering een maximum worde gesteld. Dit te ontkennen is dan ook zeker mijne bedoeling niet. Zoo is bij machtiging tot aanleg van publieke werken het bepalen van financieele grenzen haast noodzakelijk. Wij zagen, dat die machtiging kan geschieden òf bij eene speciale wet, òf in de begrootingswet zelve. In dezelfde wetten zou men dus ook een maximum kunnen stellen. Doet men dit in de begrootingswet zelve, zoo moet deze echter steeds *twee bedragen* bevatten: een als raming en een als maximum. Wordt er echter slechts één bedrag, zonder aanduiding der beteekenis, gevonden, zoo zagen wij, dat hierin een ramingsbedrag moet worden gezien. En stond er slechts één bedrag, maar met vermelding, dat het een maximum was, zoo zou dit ongrondwettig zijn, daar voor die uitgave dan de, door de Grondwet voorgeschreven, begrooting, de raming zou ontbreken.

Of het verkieselijk zal zijn de machtiging bij afzonderlijke wet of bij de begrootingswet te verleenen, moet voor elk geval door de omstandigheden worden beslist. Aan de eerste wijze van handelen (wanneer de speciale wet tenminste niet tegelijk met de begrooting tot stand komt) is echter het niet denkbeeldige bezwaar verbonden, dat de machtiging tot die uitgaven dan wordt verleend zonder dat de noodzakelijkheid van deze wordt beoordeeld in verband met andere behoeften, die op bevrediging wachten. Daarmede gaat het groote voordeel van *algemeene* begrootingswetten verloren, dat men de verschillende

behoefden tegen elkaar afweegt. Elke behoefte toch is slechts relatief, in verband met andere te beschouwen. Daar ook de middelen, waarover de Staat beschikt, niet onuitputtelijk zijn, zullen dikwijls uitgaven, hoezeer ook *gewenscht*, moeten worden uitgesteld, indien er andere zijn, waarvan de *noodzakelijkheid* in het oog springt.

Minder juist schijnt mij dan ook de meermalen gemaakte opmerking, dat men bij de Staatsfinanciën juist anders moet te werk gaan dan bij de geldmiddelen van een particulier. Deze laatste toch, zegt men, zal eerst moeten nagaan, hoeveel zijne inkomsten in het volgende jaar zullen bedragen en daarnaar zijne uitgaven moeten regelen; bij den Staat daarentegen moet men eerst vragen: wat is er noodig, en vervolgens moet gezorgd worden, dat de middelen, daarvoor vereischt, aanwezig zijn (1).

Werkelijk kan de Staat, tot op zekere hoogte, willekeurig zijne inkomsten uitbreiden, wat een particulier niet kan, en in zooverre bevindt zich deze in eene andere positie, maar in de praktijk zal men toch wel bij het vaststellen van de begroting van uitgaven steeds het oog gevestigd houden op de vermoedelijke inkomsten. Eerst wanneer de uitgaven, waarvoor geen gelden beschikbaar zijn, bepaald noodzakelijk blijken of tenminste aan den wetgever zoo schijnen, zal de Staat tot die uitbreiding zijner inkomsten overgaan. De bezwaren, aan het invoeren van nieuwe of het verhoogen van reeds bestaande belastingen verbonden, zijn te groot, dan dat men niet alle pogingen zal aanwenden om aan de noodzakelijkheid ervan te ontkomen.

Bij uitgaven, waarvan evident is, dat zij moeten worden gedaan, is het bezwaar, dat de machtiging buiten

(1) Verg. v. HECKEL, op. cit. pag. 75; Mr. DUMBAR: Nieuwe Bijdr. v. Rechtsg. en Wetg. II (1852) p. 265; Mr. SMIDT: Middelen tot dekking v. uitg. (Bijdr. t. d. kennis v. h. St.best. XIX, 1875) p. 14.

verband met de begrooting wordt verleend, dus niet ernstig. Immers, onafhankelijk van de vraag, of er andere behoeften zijn, die bevrediging vereischen, zal de uitgave dan niet achterwege kunnen blijven.

Ook schijnt mij het voordeel van eene speciale machtingswet overwegend, wanneer gelden moeten worden toegestaan voor werken, waarvan het tot stand brengen meer dan één jaar zal eischen, zooals dat b.v. nog niet lang geleden voor het herstel van het Groningsche Academiegebouw is voorgekomen. In dat geval moeten de uitgaven eene vastere basis hebben dan eenen begrootingspost, die immers een volgend jaar kan worden verworpen, zoodat het werk zou moeten worden gestaakt. En zoo men dit juist wenscht te bereiken, is het toch wel zoo regelmatig, dat men tracht eene wijzigingswet in dien geest te doen aannemen.

Is nu echter de bedoeling van artikel 123 der Grondwet in hoofdzaak (1) slechts voor te schrijven, dat er voor het Rijk nu en dan begrootingen, d. w. z. ramingen van inkomsten en uitgaven moeten worden opgemaakt? Ware dit het geval, zoo zou het artikel totaal overbodig zijn: geene regeering zal nalaten, zij het ook voor zich zelf alleen, telkens ramingen te maken van de noodzakelijke uitgaven der naaste toekomst, en tevens te overwegen, of de middelen voor deze uitgaven aanwezig zijn: regeeren zonder het oog te richten op de toekomst is onmogelijk. Het zwaartepunt van art. 123 ligt echter in het voorschrift, dat de begrootingen door de *wet* moeten worden vastgesteld (2).

(1) Immers afgescheiden van de mogelijkheid, dat de begrooting als grondslag voor het doen van bepaalde uitgaven wordt gebruikt.

(2) Vergel. *BUJS* I p. 646: « . . . het artikel is eenvoudig bestemd om aan te wijzen welke macht in Nederland bevoegdheid heeft

Nu echter de begrootingsbedragen ook voor de uitgaven geene maxima bleken te zijn en dus de regeering zich niet binnen de perken der begrooting behoeft te houden, wat is dan het nut van die bepaling, dat juist de wetgever de begrootingen moet vaststellen? Ook nu blijkt dit voorschrift van groote beteekenis te zijn, wanneer men slechts bedenkt, dat deze bepaling op de volgende overwegingen kan berusten, die wel onderling in nauw verband staan, maar op welke ik toch voor elk afzonderlijk de aandacht wensch te vestigen:

1^o. Het is beter, dat de Kamers van tevoren haar oordeel over allerlei quaesties uitspreken, dan wanneer zij voor een fait accompli staan.

2^o. De vastgestelde begrooting is voor beschouwingen achterna eene vaste basis, van groot belang zoowel voor regeering als parlement.

3^o. Het door de wet vaststellen van de begrooting is ten eerste in het belang van de regeering. Het parlement wordt gedwongen vooruit eene uitspraak te doen over de regeeringsplannen. Zijn deze goedgekeurd en treden de omstandigheden, zooals men die bij het begin van het jaar voorzag, werkelijk in en de regeering is binnen deze plannen gebleven, zoo is zij tegenover het parlement gedekt. Van een groot deel der ministerieele verantwoordelijkheid wordt de regeering reeds bij het begin van het jaar ontlast. Slechts weinig regeeringen zouden ook krachtig genoeg zijn om alleen de geheele verantwoordelijkheid van een afgelopen jaar te dragen.

over het budget te beslissen. De regelen, welke de regeering bij het aanbieden en de wetgever bij het vaststellen van de begrooting zullen hebben in acht te nemen, worden eerst in de art. 120 en en 121 (nu 124 en 125) genoemd; te dezer plaatse is het nog slechts om de toekenning van een attribuut te doen».

4°. Nu volgens ons Staatsrecht iedere uitgave op eene wet moet steunen, moet de begrooting door de wet worden vastgesteld om dezen grondslag aan die uitgaven te verleenen, die hem nog missen. Zooals ik boven zeide, ben ik tot de erkenning van deze premisse slechts aarzelend gekomen: is het een beginsel van ons Staatsrecht, dan is het toch altijd slechts een ongeschreven beginsel, slechts af te leiden uit de geschiedenis, die zelden absolute zekerheid oplevert. Is echter de premisse juist — en wij namen het aan — zoo is het gevolg van afstemmen der begrooting, dat de regeering slechts die uitgaven wettig kan doen, die reeds een wettelijken grondslag hebben, zoodat doorregeeren zonder begrooting wel feitelijk onmogelijk zal zijn zonder onwettige handelingen te verrichten.

Men ziet dus, dat ook bij de door mij verdedigde opvatting, de bepaling, die voorschrijft, dat de begrootingen juist door de wet moeten worden vastgesteld, geenszins hare beteekenis verliest: ze blijft voor het land een der grootste waarborgen tegen buitensporigheden der regeering.

Behalve dit ééne voorschrift — trouwens wel het voornaamste — bevat art. 123 nog een ander: het zegt ook, dat *alle* uitgaven des rijks in de begrootingswetten moeten voorkomen. Voor de inkomsten zal men hetzelfde wel moeten aannemen.

Hiermede veroordeelt de Grondwet dus ook zoogenaamde netto-begrootingen: indien de Staat een bedrijf, b.v. de post, exploiteert, zoo is het niet voldoende, dat het waarschijnlijk voor- of nadeelig saldo op de begrooting voorkomt; neen, zoowel de inkomsten als de uitgaven van het bedrijf moeten er in extenso in zijn uitgedrukt: de Grondwet wil dus eene bruto-begrooting. Houdt men niet aan dezen eisch vast, zoo krijgt men

geen volledig overzicht over het geheele Staatsbedrijf. Vooral onder het ancien régime werd dit in Frankrijk geheel uit het oog verloren (1), maar ook in ons land schijnt niet altijd de hand aan dit beginsel te worden gehouden (2).

De Begrooting van Inkomsten in de Praktijk. Het slot van art. 123 Grondwet luidt: „en (worden door de wet) de middelen tot dekking aangewezen”. Wat deze bepaling bedoelt? Zooals ik reeds betoogde, moet men hierin hetzelfde zien, wat voor de uitgaven is geëischt, n.l. een voorschrift tot het maken van eene begrooting, hier dus eene begrooting van inkomsten. De praktijk vat het echter anders op en noemt in de middelenwet slechts de bronnen, waaruit men de inkomsten hoopt te putten. Voor het bedrag, waarop men die inkomsten schat, moet men zoeken in eene bijlage. M. i. is deze praktijk alleszins af te keuren: waarom de begrooting van inkomsten op zoo eene andere wijze moet worden behandeld dan die van uitgaven, zie ik niet in. Eenheid van methode bij het opmaken der begrootingen is zeer gewenscht. Ook voor het oordeel, in hoeverre in de uitgaven is voorzien, is het, dunkt mij, aan te bevelen, dat ook de opbrengst der belastingen, enz. in de begrootingswet zelve voorkomt. Vrij dwaas is het, dat men daarvoor in eene bijlage moet gaan zoeken: de middelen-

(1) Zie STOURM: op. cit. p. 144: «Si nous consultons le document budgétaire le plus célèbre et, relativement, le plus parfait de cette période, le compte rendu de NECKER au roi de janvier 1781, nous y voyons les dépenses évaluées 253.954.000 livres, alors que leur véritable total dépassait 520 millions. Des sommes considérables se trouvaient donc dissimulées, supprimées, par contraction ou confusion».

(2) Zie C. F. RECHLIEN MORRA: *Losse Aanteeken. over somm. Art. v. d. wet v. 5 Oct. 1841, Stbl. 40* ('s-Grav. 1895) p. 55, 56.

wet is daardoor eene begrootingswet, waarin niets begroot wordt.

Het grootste deel onzer Staatsinkomsten wordt getrokken uit de belastingen. Behalve de meeste opcenten en de mijnrechten berusten deze alle, ook wat het bedrag van heffing betreft, niet op de middelenwet, waarin ze slechts worden opgesomd, maar zij zijn elk door eene speciale wet in het leven geroepen. Wat zal nu het gevolg zijn, als een dezer op eene wet berustende belastingen niet in de middelenwet voorkomt, b.v. doordat ze bij amendement er uit is gelicht? Men heeft beweerd, dat ze daardoor zou zijn vervallen, overeenkomstig de boven vermelde opvatting, dat elke belasting niet alleen op de wet, maar juist op de begrootingswet moet berusten. Wij zagen, dat deze meening geheel moest worden verworpen, daar eene dergelijke opvatting zich op geen positief argument kan beroepen. Machtiging tot het heffen der belasting is, althans in de bestaande belastingwetten, reeds door de wet verleend, niets wijst er op, dat deze voorwaardelijk was. Hoe kan men dan nog eene tweede machtiging eischen, nu de eerste machtigingswet nog bestaat? Deze toch is door het niet opnemen der belasting in de middelenwet niet teniet gedaan. Eene wet kan slechts door eene andere wet worden opgeheven: stilzwijgende afschaffing aan te nemen schijnt dus ongeoorloofd als van allen grond ontbloot. De Minister zal de wet, waarop de niet in de middelenwet genoemde belasting berust, niet alleen mogen, maar evenals elke andere vigeerende wet zelfs moeten toepassen: anders valt hij onder art. 355, 4°. Sr. Onze bestaande belastingwetten toch zijn niet alleen machtigingswetten, maar maken de heffing tot eene verplichting, die in genoemd artikel hare sanctie vindt. En indien de Minister opzettelijk de belasting niet in het ontwerp der algemeene begrootingswet heeft

opgenomen, zal hij zelfs reeds door dit feit alleen onder dit artikel vallen, daar hij opzettelijk heeft nagelaten uitvoering te geven aan art. 124 j^o. 123 Grondwet.

Voor de belastingbetalers zal weglaten van eene belasting uit de middelenwet dus geene gevolgen hebben. De Grondwet is daardoor echter geschonden, daar men moet aannemen, dat evenals alle uitgaven in de begrooting moeten voorkomen, ook alle inkomsten daarin moeten zijn opgenoemd. Zij, die beweren, dat eene eigenlijke begrooting van inkomsten niet bestaat, zullen hier waarschijnlijk anders over denken.

Ook zegt men: wèl moet de Regeering in dat geval de belasting heffen, maar gebruiken mag zij ze niet (1). Waarop eene dergelijke opvatting zou berusten is mij weder niet duidelijk; trouwens ook niet, waartoe zij zou leiden. Maar al vindt men al deze beginselen wenschelijk (welke wenschelijkheid echter nog ware te onderzoeken), waar dit de eenige grond is zonder steun in de wetgeving, kan men ze moeielijk als bestaande aannemen. Op het geheele gebied van het budget-recht komt men veel te veel aan met wenschelijkheidsargumenten en schijnt men te vergeten, dat deze, hoewel van groote beteekenis in jure constituendo, in jure constituto alle kracht missen.

Hoewel de quaestie vooral bij de belastingen is besproken, zal men hetzelfde moeten aannemen voor alle andere inkomsten. Zijn b.v. die, welke de Staat uit de Nederlandsche Bank trekt, niet in de middelenwet opgenomen, zoo zal deze instelling hare jaarlijksche uitkeeringen niet kunnen staken. Zelfs voor die inkomsten, welke haren grondslag niet in de wet vinden, geldt hetzelfde, nu wij niet durfden aanvaarden het beginsel, dat

(1) Zoo Mr. DUMBAR t. a. p. pag. 269; Mr. HEEMSKERK: De praktijk onzer Grondwet I, p. 206.

alle inkomsten wettelijken grondslag noodig hebben. De eenige uitzonderingen zijn dus die belastingen, die door de middelenwet in het leven worden geroepen: deze staan en vallen met die middelenwet.

Zal het gevolg van het niet opnemen van een bron van inkomsten in de middelenwet echter niet zijn, dat ze nu niet kunnen voorkomen in de rekening, in art. 126 Grondwet voorgeschreven? Art. 38, 2de lid van de wet op de Rekenkamer van 5 October 1841 (*Stbl.* 40) zegt nl.: „De posten van die rekening (1) zullen, wat derzelver volgorde en omschrijving betreft, in alle opzichten moeten beantwoorden aan de indeeling der begrooting van ontvangsten en aan de afdeelingen en artikelen der begrooting van uitgaven.” In de praktijk bevat art. 1 der middelenwet echter een post: „alle andere ontvangsten niet tot de vorengenoemde behoorend”. Onder dezen post zullen de uit de wet op de middelen gelichte inkomsten dus altijd nog in de rekening zijn te boeken. Slechts wanneer men (b.v. juist om dit te voorkomen) ook dezen post verwijderde, zou opneming in de rekening wel onmogelijk worden. Ook dan echter heeft het weglaten dus geene andere gevolgen, dan dat het eene hopelooze verwarring brengt in onze comptabiliteit. En daar niets meer tot misbruiken aanleiding geeft, dan zulk eene verwarring, wachte men zich voor het doen van een stap, waarvan deze het gevolg moet zijn.

Dat bij ons in den regel de belastingen bij bijzondere wetten en niet bij de begrootingen worden geregeld, is ongetwijfeld goed te keuren. Men voorkomt daardoor, dat belastinghervormingen steeds bij de begrootingen in

(1) Hoewel in deze wet de Grondwet van 1840 wordt bedoeld, zal dit toch zeker ook wel op de rekening volgens de Grondwet van 1887 van toepassing zijn.

behandeling komen, hetgeen het tot stand brengen van deze zeer vertraagt en ook aan de belastinghervormingen zelf geenszins ten goede komt. In Frankrijk wordt meer-malen dit onjuiste tijdstip voor zulke hervormingen aangegrepen. Gelukkig is ons land het op dien weg niet gevolgd.

De Begrooting van Uitgaven in de Praktijk. We zagen dus, dat ook de begrooting van uitgaven in de eerste plaats is eene raming. Wel was deze conclusie in strijd met de opvatting van velen, maar zoowel op theoretische als op praktische gronden bleek het onmogelijk hier de communis opinio te volgen.

Het zou echter mogelijk zijn, dat de juistheid van het boven betoogde moest worden erkend, maar dat tevens bleek, dat onze wetgeving verhinderde, dat de daar verdedigde beginselen in toepassing werden gebracht. Om dit te onderzoeken zullen wij de wet op de Rekenkamer raadplegen, daar het gebied, waarop we ons bewegen, voornamelijk door deze wet van 5 October 1841 (*Stbl.* 40) wordt beheerscht. Kan de regeering boven de in de begrooting bepaalde som gaan zonder die te schenden? Mocht de wet op de Rekenkamer dit onmogelijk maken, ik zou niet aarzelen hare bepalingen ongrondwettig te noemen, maar dit is gelukkig niet noodig. Gelukkig, zeg ik, want bleek het tegenovergestelde, zoo zou men allicht de bedoeling van den grondwetgever uit deze wet willen aantoonen en hoewel zelfs dat aantoonen niet in staat zou zijn de duidelijke woorden van de Grondwet omver te werpen, het zou toch weer steun verschaffen aan de door mij bestreden meening.

Art. 24 der wet op de Rekenkamer luidt: „De sommen bij ieder artikel der begrootingen uitgetrokken, zullen

worden beschouwd als maximum van uitgaaf, voor het onderwerp daarbij vermeld". Moet men nu in dit artikel lezen, dat de regeering niet bevoegd is boven de begrooting van uitgaven te gaan? Dat dergelijke handelingen onwettig zouden zijn? Ik geloof van niet. Behalve, dat het in strijd zou zijn met de Grondwet, zou eene dergelijke bepaling ook liggen geheel buiten het kader van deze wet. De wet op de Rekenkamer is eene contrôle-wet, niet eene wet, die aan de regeering bevoegdheden geeft of onthoudt. De bedoeling van dit artikel kan dus niet anders zijn, dan dat de Rekenkamer, in het belang van de contrôle, niet bevoegd is de uitgaven, waardoor de regeering boven de begrootingssom is gegaan, te verevenen en in de *rekening* op te nemen.

Art. 25 der zelfde wet zegt verder: „Alle uitgaven ten laste van het Rijk zullen, zooveel het nut der zake medebrenge, vóór de betaling bij de Algemeene Rekenkamer worden onderzocht, verëvend en geboekt”.

Regel is dus, volgens de wet (1), dat er verevening plaats heeft vóór de betaling. Bij de toepassing van dezen regel in verband met art. 27 der zelfde wet, dat voorschriften voor dit onderzoek geeft, zal dus de regeering onmogelijk boven het in de begrooting gestelde bedrag kunnen gaan. Telkens echter, wanneer zij het wenscht, kan ze een anderen weg inslaan: zij toch zal hebben te beoordeelen, of het nut der zake voorafgaande (of, zooals de praktijk ten onrechte zegt, voorloopige) verevening medebrengt: dat blijkt ook uit de woorden „zonder verwijl” in art. 26, 3de lid. Art. 26 geeft dien

(1) In de praktijk schijnt van dezen regel zeer veel te worden afgeweken: zie Mr. J. B. KAN, De Comptabiliteit in het Staatsbestuur (Ac. Proefschrift, Leiden 1896) p. 32, 50.

anderen weg aan: „Met voorkennis van de Algemeene Rekenkamer zullen er crediet-openingen en voorbetalingen kunnen plaats vinden, behoudens nadere verëvening der betrokkene schuldvorderingen

„De Algemeene Rekenkamer zal de gevraagde crediet-openingen, voorbetalingen of visa zonder verwijl verleen, ten behoeve en ter verantwoording van het hoofd van het Departement van algemeen bestuur, wien zulks aangaat”.

Die voorkennis van de Algemeene Rekenkamer bestaat in de praktijk daarin, dat de Minister een lijstje van de bedragen der te doene uitgaven aan de Rekenkamer zendt (1). Daar er hier nog geene verevening plaats heeft, kan overschrijding van het begrootingsbedrag geen reden zijn, waarom betaling mag worden geweigerd; wij zagen: het derde lid zegt: „zonder verwijl”.

Mocht echter de Rekenkamer er anders over denken en betaling weigeren, dan heeft de praktijk geleerd, dat de regeering nog andere, minder goed te keuren middelen bezit om toch betaling te verkrijgen. Het is dus, dunkt mij, ook daarom beter, dat de Rekenkamer zich niet tegen eene dergelijke, ten minste wettige, wijze van handelen verzet dan dat allerlei misbruiken insluipen, die het licht niet kunnen lijden en dus ook met zorg verborgen zullen worden gehouden. Trouwens, altijd ook is de voorbetaling „ter verantwoording van het hoofd van het Departement van Algemeen Bestuur, wien zulks aangaat”.

Op deze wijze de begrooting te overschrijden, blijft steeds eene vrij gewaagde handeling voor een Minister, daar de Rekenkamer ook achterna de uitgave niet zal kunnen verevenen en dus in elk geval de wetgevende

(1) Zie KAN, t. a. p. pag. 36; MORRA t. a. p. pag. 69.

macht tusschenbeide zal moeten treden om de zaak administratief in het reine te brengen. Dit telkens moeten optreden van de wetgevende macht heeft vele schaduwzijden. Ten eerste bestaat er kans op voortdurende conflicten tusschen Regeering en Staten-Generaal en in de tweede plaats misschien nog grootere kans, dat, wanneer zoo iets geregeld terugkeerde, dit geheele optreden der wetgevende macht tot eene loutere formaliteit zou worden verlaagd, waardoor de regeering, door de feiten op eene handige wijze in te kleeden, tot allerlei ongerechtigheid in staat zou worden gesteld. Daarom is het gelukkig, dat voor de meeste gevallen de begrootingswetten zelf aan deze moeilijkheid tegemoet komen. Elke begrootingswet bestaat uit drie artikelen. Het eerste, verdeeld in vele onde artikelen, bevat de verschillende posten der begrooting, terwijl het laatste onderartikel luidt: „onvoorziene uitgaven”. Vervolgens zegt art. 2: „Wanneer het bedrag, uitgetrokken bij een der artikelen (hier volgt een rijtje onderartikelen van art. 1: dus posten van de begrooting) van het bij deze wet vastgestelde hoofdstuk ontoereikend wordt bevonden, kan het, met in acht neming van het voorschrift van het 2^{de} lid van art. 24 der wet van den 5den October 1841 (*Stbl.* 40), door overschrijving uit art. (hier volgt het laatste onderartikel van art. 1: dus onvoorziene uitgaven) van dat hoofdstuk worden aangevuld.

„Uit dien post kan mede worden overgeschreven op de artikelen (weder eenige onderartikelen van art. 1, n.l. die memorieposten bevatten).”

Ten slotte art. 3: „Op artikel (het zelfde laatste onderartikel van art. 1: onvoorziene uitgaven) van het bij deze wet vastgestelde hoofdstuk worden aangewezen de tot het dienstjaar . . . behorende uitgaven, welke het departement van (benaming van het depart.) betreffen,

hare omschrijving niet vinden in eene der andere artikelen van dat hoofdstuk en moeten dienen ter voorziening in behoeften, die in den loop van het dienstjaar onverwacht opkomen.

„Die uitgaven worden voor elke soort afzonderlijk in de rekening gebracht en omschreven.”

Men ziet dus: in de meeste gevallen zal overschrijding van de begrooting niet noodig zijn: slechts bij de posten niet genoemd in artikel 2, of wanneer het laatste onder-artikel van artikel 1: onvoorziene uitgaven mocht zijn uitgeput, zal de Regeering boven de begrooting moeten gaan en ook dan nog zal een Minister, als het eenigszins kan, liever eene suppletoire begrooting aanbieden dan handelingen verrichten geheel op eigen verantwoording.

Uit het bovenstaande blijkt, dat tot op zekere hoogte ook voor ons Staatsrecht eene onderscheiding in crédits limitatifs en crédits évaluatifs wel kan worden aangenomen: tot de eerste behooren dan die posten der begrooting, welke niet in het tweede artikel genoemd worden, tot de laatste die, waarmede dat wel het geval is. Ik zeg echter: tot op zekere hoogte aannemen, want zelfs bij deze crédits limitatifs kan ik, wegens het ramingskarakter der begrooting, geen absoluut maximum gesteld zien, waarboven de Regeering onbevoegd zou zijn te gaan. Bij de crédits évaluatifs laat echter de begrooting zelve nog eenige speelruimte en bij de andere soort niet.

Het bestaan van crédits évaluatifs, in dezen zin opgevat, voorkomt dus, laat ik dat even herhalen, dat het parlement telkens zou moeten optreden, omdat de wet op de Rekenkamer aan dat college niet toestaat uitgaven boven het begrootingsbedrag in de rekening op te nemen.

Ik moet echter erkennen, dat het misschien eenigszins verwarrend is eene onderscheiding uit het Fransche

recht over te nemen, wanneer men niet in alle opzichten het Fransche Staatsrecht aanvaardt.

Tot dusverre hadden wij het slechts over de quantitative budget-overschrijdingen, over uitgaven dus, die wel op eenen begrootingspost berusten, maar het daarbij genoemde bedrag te boven gaan. Daarnaast bestaan echter ook (we wezen er reeds terloops op) kwalitatieve overschrijdingen, wanneer n.l. de uitgaven onder geen der begrootingsposten zijn te brengen. Als men aanneemt, dat elke uitgave een wettelijken grondslag noodig heeft, zal men uitgaven, die dergelijke overschrijdingen teweeg brengen als *onwettig* moeten beschouwen. Bij de tegenwoordige inrichting der begrootingen (zie het boven geciteerde art. 3) kunnen *onverwacht* opkomende behoeften nooit om deze reden onwettige uitgaven tengevolge hebben.

Laat ons na deze beschouwingen trachten een antwoord te vinden op de dikwijls gestelde vraag, of de Staat verbonden is, wanneer de Regeering, hoewel binnen haren gewonen werkkring blijvend, handelingen verricht, waaruit verbintenissen voortvloeien, die niet op de begrooting berusten of deze te boven gaan.

In het geval, dat de begrooting quantitatief wordt overschreden, gaat de Regeering, zooals wij zagen, hare bevoegdheid niet te buiten, zoodat geen reden tot ontkennde beantwoording der vraag bestaat. Er blijven dus nog over de gevallen van kwalitatieve overschrijding, dus wanneer òf de noodzakelijkheid der uitgave niet onverwacht is opgekomen òf de begrooting (of in elk geval art. 3 ervan) niet is tot stand gekomen.

Maar ook dan bestaat er, geloof ik, geene reden om absolute of relatieve nietigheid der verbintenissen aan te nemen en evenmin om den betrokken Minister persoonlijk jegens den mede-contractant verbonden te

rekenen. Een der sterkste argumenten voor eene tegenovergestelde meening komt mij voor te liggen in een beroep op art. 1693 B. W. (1), daar het geschiedkundig schijnt vast te staan, dat men bij het tot stand komen der wet werkelijk den Staat rekende te behooren tot de zedelijke lichamen van art. 1690. De uitwerking van de in dezen titel 10 behandelde stof wijst er echter, naar ik meen, voldoende op, dat men in de volgende artikelen niet langer ook den Staat op het oog heeft gehad met de daar gegeven regels. De Ministers met bestuurders van een zedelijk lichaam gelijk te stellen gaat dus niet aan.

Zijn de hier ontwikkelde beginselen echter niet gevaarlijk voor den Staat? Niet gevaarlijker dan alle andere, daar de geldelijke ministerieele verantwoordelijkheid toch nog ontbreekt. Eene meer beperkte opvatting van de bevoegdheid der Regeering, consequent doorgevoerd, is voor deze ook veel te zeer bindend en moet het bestuur juist in moeilijke tijden verlammen door de veel te zware verantwoordelijkheid, die dan op de Ministers zou rusten, als ze toch de begrooting te buiten gingen. Is de Regeering in geen geval bevoegd boven of buiten de begrooting te gaan, zoo kan men haar ook nooit verwijten, dat ze in tijden van nood ook werkelijk die onwettige handelingen heeft nagelaten. Men kan niet veronderstellen, dat Ministers menschen zijn, die, wetende, dat de handelingen, die ze noodig oordeelen, onwettig zijn, en ze daardoor hun persoonlijk vermogen op het spel zouden zetten en zich tevens nog aan eene strafrechtelijke vervolging zouden blootstellen (art. 355 Sr.) desniettegenstaande in het belang van het vaderland tot die onwettige handelingen zullen overgaan. Dat hun

(1) Zie KAN t. a. p. pag. 48.

persoonlijk vermogen nu nog vrij veilig is, ligt niet aan de Grondwet, maar slechts aan de onvolledigheid van onze gewone wetgeving, eene onvolledigheid, die slechts op aanvulling wacht, zoodat de gewone wetgever in staat is de positie van de Ministers hoogst bezwaarlijk te maken, indien men aanneemt, dat dergelijke handelingen als onwettig moeten worden beschouwd. Is toch de handeling onwettig, zoo kan de volksvertegenwoordiging altijd weigeren een act of indemnity te verleenen ook als de doelmatigheid blijkt. Maar, zal men zeggen, zulk eene weigering zal niet plaats hebben in een dergelijk geval. Het is echter reeds voldoende, dat de Staten-Generaal die bevoegdheid hebben en die bevoegdheid zou niet zijn te ontkennen. En omtrent de doelmatigheid kan men zoo verschillend oordeelen. Trouwens, eene handeling kan in een gegeven geval zich zelfs eerst als noodzakelijk voordoen en achteraf blijken ondoelmatig te zijn geweest.

Toch is het soms de hoogste plicht voor een Minister deze de begrooting te boven gaande handelingen te verrichten: ze nalaten zou misschien onberekenbare schade voor het land tengevolge hebben. (1) Nu is het, meen ik, ongeoorloofd in de Grondwet naar beginselen te zoeken, die meebrengen, dat het de hoogste plicht voor een Minister kan zijn onwettige handelingen te verrichten, tenminste wanneer het mogelijk is, dat de Grondwetgever eene andere of althans geene bepaalde bedoeling heeft gehad en deze mogelijkheid bestaat.

Volgens de boven door mij ontwikkelde beginselen, welke niet op bedoelingen, maar juist op de woorden

(1) Verg. § 2 der Algemeene Beschouwingen in de Mem. v. Toel. op het boven reeds aangehaalde ontwerp-Comptabiliteitswet van PIERSON.

der Grondwet zelve steunen, wordt die moeilijkheid ondervangen. Dit blijkt als wij nog even de conclusies samenvatten, waartoe wij kwamen bij ons onderzoek naar de bevoegdheid der Regeering met betrekking tot de begrooting van uitgaven.

Wij vonden, dat het bedrag, bij elken begrootingspost vermeld, geen maximum inhoudt: door daar boven te gaan doet de regeering niets onwettigs. Daar het echter wenschelijk kan zijn hare bevoegdheid in dezen eenigszins te beperken, meenden wij, dat het aanbeveling verdient, voor sommige gevallen eene grens te stellen. Maar het zou ongrondwettig zijn in de bedragen, die tegenwoordig op de begrooting voorkomen, zulke maxima te zien.

Uitgaven buiten de begrooting, dus uitgaven, die niet in eenigen post der begrooting zijn voorzien, kan de regeering daarentegen nimmer wettig verrichten dan voor zoover de machtiging daartoe elders, in eene wet, reeds te vinden is. Art. 3 van elke begrootingswet (alsmede Hoofdstuk XI: „Onvoorziene Uitgaven”) waakt er echter voor, dat zij daardoor niet in hare vrijheid van beweging wordt beperkt door voor alle uitgaven, die onverwacht opkomen een wettelijken grondslag te verschaffen. Deze zijn daardoor dus nooit uitgaven buiten de begrooting en dus nimmer als zoodanig onwettig. De onwettigheid is dus voor een speciaal geval opgeheven, en juist voor dat geval, waar onwettigheid niet mag bestaan. Zoo worden de belangen van den Staat zoowel als die van den Minister gewaarborgd. Acht men de waarborgen voor den Staat echter niet voldoende, men zoeke beveiliging van dezen in de eerste plaats in eene goede keuze van Ministers en verder in eene regeling van de comptabiliteit, waarbij contrôle en publiciteit zooveel mogelijk tot haar recht komen. Eene algemeene

contrôle uitoefenen is de werkzaamheid bij uitnemendheid, die tot de taak der volksvertegenwoordiging behoort; echter moet het regeeren zelve niet op haar overgaan (1). Waar zij zelf tot regeeren ingreep is zij steeds onbekwaam gebleken. Laat de regeering dus blijven aan hen, die daartoe geroepen zijn, maar laten zij het bewind voeren onder de strengste maatregelen tegen misbruik van den kant der geregeerden. De Staten-Generaal moeten zijn eene vertegenwoordiging des volks bij de regeering om voor de belangen van dat volk te waken; daarom moeten zij de verkeerde handelingen van de regeering opsporen, een helder daglicht werpen op de fouten van deze en waar het noodig is inlichtingen eischen: dit is de aangewezen weg om misbruiken te voorkomen en verbeteringen te verkrijgen, niet, dat de vertegenwoordiging zelf meeregeert, want regeeren door een niet verantwoordelijk lichaam is altijd gevaarlijk. Dat geene macht zou kunnen worden gevonden, waaraan de Staten-Generaal verantwoordelijk waren, daarin ligt niet het bezwaar; de kiezers zouden hier controleerend kunnen optreden; maar de talrijkheid der leden van de Staten-Generaal — ook Mr. W. H. DE BEAUFORT vestigt hierop de aandacht in zijne „Staatkundige Opstellen” (2) — sluit eene verantwoordelijkheid van dat lichaam geheel buiten.

(1) Anders komt men ten slotte weder tot een toestand als onder de werking der Fransche constitutie van 1791, toen de wetgever het recht had: de *fixer les dépenses*; Zie STOURM op. cit. p. 45.

(2) Pag. 198.

Tweëlei Schuldregt ?

De vraag aan het hoofd van dit opstel slaat terug op zijnen inhoud; had ik den titel willen ontleenen aan zijne aanleiding, dan had ik alligt „de geschiedenis van een vijeblaadje” daarboven geschreven. Doch zelfs met zoodanigen ondertitel had ik aan eene bloote aanleiding veel te veel beteekenis toegekend. Daarover dan ook niet meer regels dan noodig zijn om te verklaren, hoe ik er toe kwam om in de volgende bladzijden twee m. i. belangrijke vragen, de eene aan het hoofd van dit opstel geplaatst, te behandelen.

Toen haast drie jaren geleden het lid der Redactie van de „Vragen des Tijds”, Mr. C. J. M. WILDE, zich geroepen achtte om het wetsontwerp over de Arbeidsovereenkomst in de hoogte te steken, doch met aanbeveling om voor den werkman de gunsten daarvan nog wat aan te dikken en voor den patroon de verweermiddelen (o. a. door „staangeld” te kunnen bedingen) nog wat te verzwakken, vond hij daartoe dienstig zijne lezers in te wijden in den volgenden regel van ons burgerlijk regt: „tegenover wie niet bezit is de nakoming van civielrechtelijke verbindtenissen alleen gewaarborgd door de zedelijk dwingende kracht die van het privaatrecht uitgaat. Uit de *algemeene* beginselen van dat regt, zoo leerde hij, zou deze regel voortvloeijen.

Alzoo: voor de *bezittende* klassen zou ons burgerlijk regt al sinds lange jaren erkennen *dwangmiddelen*, dienstbaarmaking van des staats sterken arm om eene verbindtenis na te komen; de niet-bezittenden zouden (let

wel *regtens*) van dergelijken dwang vrij zijn en alleen zedelijk verplicht om een contractueel gegeven woord of andere gehoudenheid gestand te doen.

„Een vijgeblaadje” voor schrijvers banvonniss over staangelden heb ik in April 1905 [„Tijdspiegel” blz. 366 mijner Overpeinzingen van een onbekeerde] deze stelling genoemd. Want m. i. komt zij hierop neer dat bij ons (ja ik mag wel zeggen in Europa: want op dit punt zijn overal de algemeene beginselen vrij gelijk) het contractenrecht van oudsher is een klassenrecht, onderscheid makend tusschen rijken en armen en de laatsten voorttrekkend boven de eerste. Of deze zienswijs juist is blijke uit de volgende bladzijden; dat zij, juist of onjuist, *verrassend* behoort te heeten, lijdt bij maar vlugtig terugdenken geen twijfel. Want hoe fel hebben we niet sinds het laatste kwart der negentiende eeuw hier en elders dat overgeleverde recht hooren aanklagen als onsociaal, onaanvaardelijk voor de nooden van den niet-bezitter, ten zijnen nadeele den bezitter beschermend — en plotseling valt op die achterlijke fransch-hollandsche wetgevers van 1804 en 1838, dank zij een vooruitstrevend schrijver, een gansch ander licht! Haast ben ik dankbaar dat mijn ondeugende woord mij eene afstraffing wegens „verblindheid door anti-socialen ijver” op den hals heeft gehaald: want het bragt ons voor de tot dusver losse stelling (Vragen van Maart 1906) een gezet betoog, ten bewijze dat het „vijgeblaadje” er een is van een krachtigen boom, wijd vertakt in onze *bestaande* wetgeving. Zóó krachtig is de boom, dat voor Mr. WILDE het beroep op de artt. 447 en 448 W. v. Regtsvord. en art. 73 der Ongevallenwet 1901 slechts bijkomstig is: de Kortingswet van 24 Jan. 1815 (*Stbl.* no. 5) en art. 21 der nieuwe Faillissementswet staven voldoende de heerschappij van het verkondigde beginsel.

Mr. WILDE's betoog heb ik natuurlijk niet buiten onderzoek gelaten. En toen de geachte schrijver mij met een bezoek vereerde en den wensch uitsprak dat ik mijne bevindingen openbaar zou mededeelen, heb ik geen anderen spijt van die belofte gehad, dan dat ik haar wat lang onvervuld moest laten. Want ik heb meenen te bevinden dat WILDE's regtsstelling aanleiding geeft tot nog eene andere vraag dan die nopens hare juistheid: de tijdvraag namelijk of onze democratie, die ons materieel burgerlijk regt gewijzigd wil hebben en dat hier en daar al gewijzigd gekregen heeft, voor deze politiek niet te baat neemt een nieuw propagandamiddel: reconstructie van onze regtsgeschiedenis door middel van hetgeen de Engelschman *miconstruction* noemt? En blijkt zulks, dan zal het niemand verwonderen dat ik poog dit in het licht te stellen en tijdig te waarschuwen tegen dergelijke taktiek. Dááromtrent verwijs ik naar het slot van dit opstel, dat natuurlijk tot eerste en voornaamste bestanddeel heeft het onderzoek naar de *juistheid* van WILDE's regtsconstructie; de aanleiding tot mijn geschrijf kan verder blijven rusten.

I.

Al dadelijk, nog vóór het onderzoek van WILDE's afzonderlijke beweringen, zij ten aanzien van die juistheid verwezen tot den *lijfsdwang*, nog altijd bestanddeel van ons regt al is hij sinds veertig jaren fel bestookt. Dit aloude regtsinstituut werd door onze codificatie wel ingeperkt, doch daarin opgenomen *zonder aarzelen*, als voor een aantal gevallen van schuldpligtigheid en bepaaldelijk voor den handel vrijwel onmisbaar. Des koopmans wetenschap, dat wie niet beetgepakt kan worden in zijn goed blootstaat aan beetgepakt worden aan het lijf is

gedurende de eerste drievierden der vorige eeuw aangemerkt, en blijft in heel wat handelskringen aangemerkt als onontbeerlijk voor het crediet.

Welnu: in 1838 heeft de wet, wel verre van den niet-bezitter *buiten* het bereik van den lijfswang te stellen, niets meer voor dezen gedaan dan de toepassing van het middel beperken tot een vijfjarigen duur: art. 591 Rv., en zulks nog alleen om eene onbegrensde, misschien levenslange vrijheidsberoving uit te sluiten. Schuldverhaal mogt niet ontaarden in gevangenisstraf: vijf jaren gijzeling mag men wel aanmerken als bewijs dat zij tot *schuldverhaal* niet kan leiden. Overigens echter is de burgerlijke regel „*qui non habet in aere luat in pelle*” allereerst aan *zijn* adres en vormt eene schrille tegenstelling met wat WILDE uitvond: dat alleen de *zedelijk* dwingende kracht van dat recht de nakoming zijner verbindtenissen waarborgt. *Alle* handelsschuldenaars, inclusief vrouwen, en *alle* wisselschuldenaars onderwerpt art. 586 aan den lijfswang. En tot op de invoering, nu negen jaren geleden, van de Faillissementswet, kon na geregtelijke verklaring dat een koopman *buiten staat* is om zijne schuldeischers te betalen (vonnis van insolventverklaring) de lijfswang weder op hem worden toegepast: artt. 588, 589. Voorzeker geen blijk dat het schuldrecht van 1838 staat op WILDE'S standpunt.

Deze laatste verwijzing geeft mij aanleiding om de behandeling van speciale opmerkingen aan te vangen met hetgeen hij over de Faillissementswet zegt.

Zonderling alvast schijnt mij, de stelling dat onvermogens alleen *zedelijke* schuldenaarsverplichtingen hebben te gaan betoogen uit eene wet, die tegen onvermogene schuldenaars een zoo goed als algemeen vermogensbeslag, met opvolgende *uitwinning* van dat vermogen (behoudens de kans op een accoord met de schuldeischers) heeft

georganiseerd. Heeft WILDE zelf er een vaag gevoel van gehad? Haast zou men het denken, als men in zijn tweede opstel de bescheidener bewering aantreft dat inkomsten tot levensonderhoud, vooral indien door arbeid verkregen, eene regtens bevoorregte plaats innemen. Maar voor dit prijsje laat ik hem niet los: hij kwam uit met de bovenomschreven stelling „*geen regtsdwang*” en moet dáaraan gehouden worden, nu hij in zijn tweede opstel het *tweeërlei* schuldrecht opnieuw verkondigt, zeggende „mijne bewering (is) dat de regel van art. 1177 „B. W. *niet* geldt voor *alle* schuldenaars”, o. a. art. 21 der Faillissementswet daartoe bijbrengende.

Voor een rigtig oordeel over dat beroep dienen gezegd artikel en zijn voorganger gezien te worden in het kader dezer wet. Zij maakt van het faillissement een beslag op het gansche vermogen van iedereen, die buiten staat geraakt is om zijne schulden te voldoen: buiten staat niet maar eventjes, doch met intreden van eenen *toestand* van ophouden met betalen (1); een algemeen beslag strekkende om, blijkt zulks mogelijk, de onherstelbare slooping van het vermogen door partieele executiën met oneindigen nasleep van kosten te voorkomen en in allen gevalle om de ongelijkmatige bevrediging der schuldeischers tegen te gaan. Dat algemeen beslag kan leiden tot een akkoord met de gezamenlijke schuldeischers: als middel van afwikkeling is zulk een akkoord ongetwijfeld het doeltreffendste en ook het minst kostbare; wie in het lot van den failliet en de zijnen belang stelt

(1) Die *toestand* en het welbekende «*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*» regtvaardigen dat ik reeds straks gefailleerden heb gerangschikt onder de *onvermogenen*. De statistiek der accoorden en insolventiën levert daarvoor ook het praktisch bewijs: want hoeveel schuldafdoeningen met 100 pCt. wijst deze wel aan? In mijn lange juridische bestaan heb ik er maar één ontwaard.

kan bijdragen om, de aanbieding daarvan mogelijk helpende maken, den man op de been te houden. Geen wonder dus dat in de wet deze afdoening op den voorgrond staat, door verschillende bepalingen wordt bevorderd en de vereffening na insolvent-verklaring, als pis-aller, aldaar achteraan komt. Maar zal de schuldenaar zijne crediteurs kunnen overreden, en zijne vrienden in den arm nemen, *dan moet hij kunnen eten*, ten minste zoolang niet het beslag, maatregel van geregtelijke *bewaring* der goederen, plaats maakt òf voor teruggaaf van het vermogen aan den schuldenaar òf voor uitlevering ter executie. Reeds deze overweging verklaart dat, bij uitzondering op den regel van art. 20, die onder het faillissementsbeslag bracht het geheele vermogen tijdens de faillietverklaring en al hetgeen de schuldenaar in den duur daarvan veroverd, de twee eerste nummers van art. 21 daarbuiten houden sommige eerste levensbehoefden en de noodzakelijkste bedrijfsmiddelen van den schuldenaar als ook, geheel of gedeeltelijk, wat deze in den loop daarvan verkrijgt door persoonlijke werkzaamheid; het voortbestaan moet hem en het gezin, waarvoor hij heeft te zorgen, mogelijk worden gemaakt. Dat niet het ontbreken van het *regt* der schuldeischers op een gedeelte van het vermogen, hetwelk in het [door art. 20 Faill. *bevestigde*] art. 1177 B. W. onbeperkt tot hun onderpand wordt verklaard, grondslag van deze bepaling is, maar veeleer hun *belang* daarbij den doorslag gaf, leest men in de toelichting, waarin de ontwerpers der F op no. 2 het volgende aanteekenden: „de billijkheid en „het welbegrepen belang der schuldeischers vorderen, „dat men den schuldenaar de gelegenheid late in zijn „eigen onderhoud te voorzien. Kan en moet de curator, „zoals naar geldend *regt*, ten bate van den boedel beslag „leggen op alles wat de schuldenaar door zijne persoonlijke

„werkzaamheid verkrijgt, dan wordt deze feitelijk de „slaaf van zijne schuldeischers. Hij zal moeten toezien „hoe deze *alle* vruchten van zijnen arbeid wegnemen en „tevreden moeten zijn met eene alimentatie, die men „hem niet eens altijd zal kunnen of *mogen* toekennen. „Het behoeft geen betoog, en de ervaring leert het, dat „de schuldenaars, indien de curator van zijne *wettelijke* „*bevoegdheid* in deze (tot 1896) gebruik maakt, boven dien „toestand van wettelijke slavernij er de voorkeur aan „geeft niet te arbeiden, of, zoo hij werkt, het zooge- „naamd om niet te doen”.

Niet precies, men ziet het, de verklaring der wet door WILDE voorgestaan. Haar wordt een nog vrij wat krasser logenstraffing gegeven door art. 195F, den regtstoestand des insolventen schuldenaars na de vermogens-executie regelend. In WILDE's stelsel zou hij, krachtens diens „algemeen beginsel van ons burgerlijk regt”, dan vrij moeten wezen, minstens door eenen wetstekst vrij verklaard moeten worden, van anderen dwang dan de *zedelijke*, die uitgaat van het privaatrecht. Immers zoodra de verzilvering van al zijn hebben onvoldoend is gebleken om zijne schuldeischers te bevredigen, staat het als een paal boven water, dat deze man behoort tot de niet-bezitters: en nu komt art. 195 *het tegendeel* zeggen! dan geeft dit den schuldeischers, voor hetgeen hun niet volstaan is, hunne regten van executie op de goederen (1) van den schuldenaar terug.

Nu de beurt aan de zoogenaamde Kortingwet van 1815, naar haren considerans een stel van noodzakelijke bepalingen „tegen het leggen van arrest op objecten berustende

(1) Het regt van 1838, beweerde beligchaming van WILDE's beginsel, ging in de *negatie* daarvan zelfs zoover, dat het (K. art. 889 vgg.) toeliet den insolvent verklaarden schuldenaar te gijzelen.

„onder de algemeene 's lands administratiën en . . . objecten berustende onder administratiën over werken, „die uit derzelve aard van een dringend algemeen „belang zijn, ten einde de onbelemmerde loop dier administratiën te verzekeren”, bepalingen welke haar auteur „tevens in verband heeft willen brengen met de belangen „der individueele Ingezetenen”; — de Kortingwet, krachtens welcher twee eerste artikelen geenerhande arresten verleend of gedoogd worden op bedoelde „objecten” [waaronder bepaaldelijk ook *gelden* verstaan blijken te worden], met voorschrift om zich te dier zake te wenden tot de hoofden der betrokken Administratie, terwijl bij de volgende artikelen [en hierop beroept zich WILDE] arrest ook op officiers-tractementen en pensioenen wordt uitgesloten, doch gelegenheid wordt gegeven om ter voldoening van schulden boven f 25. — mits niet in koffie- of wijnhuizen gemaakt — op die tractementen en pensioenen korting te verkrijgen van hoogstens een vierde der tractementen beneden f 1600 en van een derde der hoogere.

Reeds de medegedeelde considerans geeft reden om te meenen dat het voor de kracht van Mr. WILDE's betoog niet ondienstig zou zijn geweest nog wat meer te kunnen bijbrengen voor zijne stelling dat die wet ook strekt „ter verzekering van het genot van arbeidsinkomsten”, dan alleen de uiting op blz. 28 der dissertatie van Mr. TH. A. FRUIN, waar deze wil aantoonen dat het verbod van beslag evenzeer kan worden ingeroepen door „ingezetenen”, als door de „administratiën”, zegge het openbaar gezag. Want dewijl tot „ingezetenen” de schuldeischer van den ambtenaar evengoed behoort als laatstgenoemde, is de wet dan evenzeer uitgevaardigd om op arbeidsinkomsten van den schuldenaar *verhaal* te verzekeren aan diens *schuldeischer*, als om den schuldenaar het grootste gedeelte dier inkomsten voortdurend te doen genieten.

Dat bijna honderd jaar geleden de wetgever, met zijne zorg voor den onbelemmerden loop der administratiën de individueele belangen in verband brengend, die zorg *gelijkelijk* heeft willen uitstrekken over schuldeischers en schuldenaars, strookt vrij wat beter met den toenmaligen tijdgeest dan dat hij al bedacht zou zijn geweest op sociale zorg voor arbeidsinkomsten. Immers dan zou die zorg onzen wetgever al bezield hebben eene vijf en twintig jaren vóór de wetboeken van 1838, en tegenwoordig weeklaagt men (straks werd het herinnerd) dat haast elk blijk van dergelijke zorg daarin wordt gemist; de tijdgenooten der Belgische revolutie zouden dus een *sociaal regtsomkeer* hebben gemaakt, zich omstreeks 1838 volkomen onverschillig toonende voor de economische stelling van den arbeid, nadat zij omstreeks Waterloo zich warm van hart daarvoor hadden gevoeld. Hun wetgevend hart, in 1815 eene wijle verteedord, zou met het invoeren eener nationale wetgeving gevallen zijn in vijftigjarige versteening. Alles zuivere fantasie, niet waar? Véeel meer voor de hand ligt eene andere verklaring, al verwerpt FRUIN haar: de makers der wet van 1815 wilden al het ongerief dier beslagen van schuldeischers ten laste van wanbetalers uit de wereld hebben zonder hun verhaal op den wanbetaler onmogelijk te maken; daarom werd den schuldeischers *in de plaats* van beslag eene administratieve gelegenheid tot het verkrijgen van korting verschaft; maar om de stremming van den staatsdienst, die door het beslag ontstond, niet uit de kortingen te zien voortkomen, beperkte men het korten binnen vrij enge grenzen. Dan is ratio legis een gansch afwijkend, althans een *ander* belang dan dat van den staatsdienaar: geenszins het beschermen van zijn arbeidsinkomen en nog veel minder de gedachte dat hem, blijkens zijne schulden economisch zwak, geen regtsdwang tot betaling mag

worden opgelegd; ratio legis is dan het belang van zijnen werkgever en Brotherr *den Staat* bij het praes-teeren van den ambtsdienst. Doch aan den kant met elke gissing, omdat haast tegelijk met het eerste stuk van Mr. WILDE over de wording der wet van 1815, naar de uitdrukking van Mr. ROLLIN COUQUERQUE eene wet van militairen huize, door de historische nasporingen van dezen schrijver (1) een licht is opgegaan zóó helder, dat noch WILDE noch ik meer hebben te gissen naar haren oorsprong of strekking. In 't kort weten wij nu het navolgende.

Zoolang de vorming der landmagt van onze republiek in hoofdzaak berustte op het bijeenbrengen van huurtroepen door regimentskommandanten, die zich als het ware bij abonnement daarmee belastten, een stelsel vaak gepaard met achterstand in de soldijbetaling door den bevelhebber, werd door diens troep vaak plunder-schade aangerigt en daartegen zocht men dan verhaal door arrest op de ordonnantiën van betaling aan die officieren of door het krijgen van kortingen. Toen de weg om hiertoe te geraken, aanvankelijk slechts voor slimmerds te vinden, meer bekend werd, gingen ook andere schuldeischers van officieren dien op. Hetzelfde deed zich voor bij het bouwen en onderhouden van militaire werken ten laste der publieke kas, zoodra ook op de doode weermiddelen het stelsel van aanbesteding werd toegepast. Het voortdurend toenemen van zoodanig schuldverhaal op het te goed bij den lande, langzamerhand ook op pensioenen, werd tot een bepaald gevaar voor den openbaren dienst, die aan stremming

(1) «De Kortingwet: geschiedenis en beginselen van de wet van 24 Jan. 1815. (*Sibl.* no. 5) en van aanverwante bepalingen» in 1906, bij NISHOFF alhier verschenen.

en desorganisatie ging blootstaan en om *dat* te keeren werden in den loop der achttiende eeuw beperkende publicatie-reglementen op dat stuk uitgevaardigd: voorschriften uitgaande van verschillende autoriteiten, die vaak uitwerking misten door hun verbrokkeling en in verband hiermede door de conflicten van competentie zoo onafscheidelijk van den toenmaligen Staatsvorm. Geen wonder dan ook dat men na 1795 eene nieuwe en thans algemeene regeling voor land- en zeemacht noodig vond en omstreeks Jan. 1799 aanvankelijk, nader in het begin van 1801 tot stand bragt: een derde van het traktement (evenals thans nimmer toegelaten voor schulden beneden f 25.— of voor koffiehuis schulden, tenzij voortkomend uit logies en tafel) zou maximum der inhouding wezen. Doch waarom slechts tot dat maximum? Zeker ook wel omdat men den officier zooveel traktement wilde laten dat hij *overeenkomstig zijnen rang* kon blijven leven: dat eischte het fatsoen *van den Staat*, hetwelk naar de uitspraak dd°. 1778 van eenen schrijver over militaire jurisdictie niet toeliet „executie van het krijgsvolk tot „op den laatsten quadrantpenning ten einde haar *eer en „staat* niet wierde bezwalkt door eene veragtelijke armoede”. Aan deze fatsoenszorg paarde zich echter een kras voorbehoedmiddel tegen het schandelijk misbruik bij officieren voorgekomen of te duchten van de voorwetenschap, dat twee-derden van hun traktement of pensioen onaantastbaar bleven: zij zouden, indien slecht gedrag en verkwisting de oorzaak hunner schulden bleek, in de voorvoost gaan en hun *gansche* traktement of pensioen, na aftrek slechts van het onontbeerlijke onderhoud, uitgekeerd worden aan de crediteurs. Reeds nu valt genoegzaam in het oog dat aan den historischen grondslag van ons kortingstelsel WILDE's sociale gedachte der verzekering van het arbeidsinkomen vrij wel vreemd is,

nog duidelijker evenwel, wanneer men aan ROLLIN COUQUERQUE's hand het spoor vervolgt tot Koning Lodewijk's wet van 3 Maart 1807 en hare met 1 Maart 1809 in werking getreden uitvoeringsbesluiten, welke wet de regeling van 1801 heeft vervangen en de onmiddelijke grondslag der Kortingswet is geweest. Immers is de Koninklijke Boodschap van 5 Febr. 1807, bij welke de wet werd ingediend, zoo goed als geheel ontleend aan een rapport drie dagen vroeger aan den Koning ingediend door de wetgevingsafdeeling van den Raad van State, waarin wordt voortgebouwd op de (zegt die sectie) sinds 1711 gebleken neiging van de landsregering om de arresten te beperken, in het begrip dat dezelve voor *de dienst van den Lande* nadeelig konden zijn; het is te doen om, met verhelping van enkele defecten en dubia van regtspleging, den onbelemmerden loop der administratie door geen arresten te doen stremmen; arrest op betalingsordonnantiën, a fortiori op landseigendommen, belemmert dien, kan den dienst van de armee of de vloot vertragen of verijdelen en scheidt dus vrijheid aan kwalijkgezinden om dien door regtsgeleerde chicanes te stremmen: zij moeten dus voor altijd worden voorkomen; ook de arresten of kortingen op ambtenaarstraktementen geven aanleiding tot *inconvenienten voor de dienst van de Schatkist of den Lande* en moeten dus zoodanig worden beperkt, dat de generale administratie geen gevaar loope in hare operatie daardoor vertraagd of belemmerd te worden. In dit alles moet, zooals reeds indertijd bij de Staten van Holland is begrepen, het algemeen belang praevaleren boven het bijzondere (1). Geheel op den voorgrond staat dus dat algemeene, de *verzekering van den openbaren dienst* eischende belang;

(1) Zie vooral blz. 40 van Mr. R. C.'s Kortingswet.

en zoo tegelijk wordt gezorgd dat een deel van het arbeidsinkomen vrij blijve, dan geschiedt het om *dezelfde* reden: beduchtheid dat anders het voor den Staat onmisbare ambtswerk niet zou worden verrigt: uitsluitend *hierom* wordt merkwaardigerwijs geadviseerd, de traktementen te velde buiten beslag te houden. We zien ons met de wet van 1807 *mylenver* van het aansturen op Staatsbescherming van de economisch zwakken, door schuld-eischers in hun arbeidsinkomen bedreigd. En is dit waar van de wet van 1807, dan is het ook waar van onze tegenwoordige Kortingswet, omdat de geschiedenis der eerste tevens als geschiedenis der laatste mag gelden. (1) Want WILLEM I, aan zijnen Raad van State een nieuw voorstel vragende, kreeg van dat ligchaam een ontwerp, weinig afwijkende van LODEWIJK's regeling; dat ontwerp ging onder de handen van C. F. v. MAANEN, wiens advies de Koning verlangde, nog meer op het bestaande lijken; en slaan we nu v. MAANEN's rapport Mr. R. C. bij na, dan hooren wij 's Konings raadsman de beginselen van 1807 zonder voorbehoud tot de zijne makend en vinden we den Koning zonder aarzelen hem volgend op dien weg: 9 Jan. 1815 de wet ingediend bij de Staten-Generaal, 24 Januarij

(1) Daarom diende te worden opgehaald wat onder Koning LODEWIJK voorviel. 1815 gaf in allerlei opzigt slechts eene nieuwe editie van 1807: wie nog twijfelt lette wijders op de opneming (artt. 6 en 8 van 1815) van 't verbod van korting voor wijnhuisschulden en op traktementen te velde.

Ten opzigte der opvattingen van Mr. WILDE is hoogst merkwaardig art. 10, aan officieren kortingsregt ten laste van eenen beroepsgenoot ontzeggend: daarbij stilstaand, zou ik te wijloopig worden.

In mijnen tekst heb ik WILLEM I korthedshalve als *Koning* betiteld, ofschoon hij nog maar als Kon. Hoogheid de Kortingswet uitvaardigde.

daar aangenomen, dien eigen dag geteekend en onder n^o. 5 in het Staatsblad geplaatst.

Eer we van de Kortingswet afstappen, nog eens scherp gekeken naar het punt van debat: want Mr. WILDE's travesti van hare geschiedenis leert mij, dat het zaak is goed toe te zien op het pakje, waarin zijne twee opstellen onzen wetgever willen steken. Een algemeen beginsel van onze burgerlijke wetgeving, een boom in die bestaande wetgeving wijd vertakt, zou zijn dat tegenover wie niet bezit de nakoming van civielrechtelijke verbindtenissen *alleen* gewaarborgd is door de *zedelijk* dwingende kracht die van het privaatrecht uitgaat; van *dien* wijdvertakten boom is de Kortingswet een blaadje. Laat ik met deze laatste beeldspraak een oogenblik meegaan en zeggen dat een boom onderkend wordt niet alleen aan zijn vruchten maar ook aan zijn blaren, en dat de Kortingswet dan een heel *zonderling* blaadje aan WILDE's boomgewas vormt. Want als krachtens haar een schuldeischer door middel van Staatsdwang een vierde of derde van schuldenaars arbeidsinkomen kan overhevelen in zijn zak, dan lijkt die Kortingswet toch al bitter weinig op een bloot *zedelijk* dwangmiddel om voldoening van privaatrechtelijke vorderingen te verkrijgen. Zou het niet beter zijn geweest om deze wet, die door het kortingsstelsel eene *uitdrukkelijke erkenning* bevat dat ook zwakke debiteurs *schuldpligtig* en aan *Staatsdwang* onderworpen zijn, buiten het geschil te laten? Ligt gaat iemand, die het debat volgt, nu denken dat WILDE's boom tot een *vijgeblaadje*, als waarvan ik mij verstout heb te spreken, vergroeid is.

Ofschoon Mr. WILDE verklaart geene behoefte te voelen aan beroep „op de artikelen van het Wetboek van Regts-
„vordering (447 en 448), waarbij m. i. te voegen art.

„757 (1) die sommige eerste levensbehoefden en de noodzakelijkste bedrijfsmiddelen van een schuldenaar aan „het verhaalsrecht van den schuldeischer onttrekken”, schijnen mij die bepalingen niet buiten behandeling te kunnen blijven, al was het maar omdat anderen alligt meenen dat het onderwerp niet zijnen ganschen eisch heeft gehad, misschien zelfs dat dan zijn voornaamste deel buiten alle bespreking is gebleven.

Zoo goed als onbehandeld blijve dan echter art. 448 en de daarmêe evenwijdig loopende nummers 2 en 3 van art. 757, omdat beide artikelen eene toevoeging bevatten, volgens welke in sommige gevallen de overigens daar verboden vermogensexecutie toelaatbaar is. Want die toevoeging staat gelijk met eene onttrekking aan het *principe* van WILDE's regtsopvatting: door de toevoeging blijft de nietbezitter onder den regtsdwang des gemeenen regts van art. 1177 B. W., al wordt zijne toepassing ten engste ingeperkt; tot principieele bespreking leent zich alleen het *volstreckte* executieverbod in art. 447 Rv. opgenomen.

Dat volstreckte verbod: waarin vindt het zijnen grond? Ontegenzeggelijk ook in humaniteitsoverwegingen. Tegen de mogelijkheid dat een schuldeischer hardvochtig genoeg zou wezen om zijnen schuldenaar ontbloot van *alle* kleeding, ligging, voeding aan den dijk te jagen, neemt de wetgever de voorzorg van een magtwoord: zulke „beestachtigheid duld ik niet”. Maar hebben wij in humaniteit den eenigen, althans den voornaamsten grond van verbieden te zien?

Naar den tekst en de geschiedenis van art. 448 Rv.,

(1) Niet echter art. 758, als slechts dienende om naar het wettelijke substituut voor vermogensexecutie, de administratieve korting, te verwijzen.

en nog meer van art. 592 Proc., hoofdbron van de Nederlandsche wetsbepaling, *stellig niet*; zelfs kon aan het einde van mijn onderzoek daaromtrent wel eens blijken, dat onder het humaniteitsmotief gansch wat anders een heel woord mêegesproken heeft.

Al dadelijk blijkt, zoodra men den tekst van art. 447 *volledig* leest, dat overwegingen van Staatsbeleid een niet gering aandeel in deze daad van wetgeving hebben gehad. Op ééne lijn met de kleeren, het bed, het voedsel van n^o. 2 en 5 stellen de nummers daar tusschen de toerusting van den militair en het gereedschap van den werkmán: kennelijk uit een oogpunt van *Staatsbelang*. De militair moet zijn krijgsdienst kunnen blijven verrigten en de ambachtsman zijn handwerk, anders zou het maatschappelijk organisme worden ondermijnd. Wel moet, opdat binnen de grenzen van het mogelijke de schuld-eischer op binnenkomst van tal zijner rekeningen kunne rekenen, de Staat dit groote (eveneens *algemeene*) belang verzekeren door een streng schuldregt — maar tot zijn uiterste gedreven kweekt het schuldregt *paupers*, nooit meer in staat om er op te komen, alligt zelfs een *criminal class*. Waartoe blindheid voor *deze* dingen leidt, heeft BUCKLE ons in zijne History of Civilisation verteld uit Spanje, waar men in de zeventiende en achttiende eeuw, het bed van den belasting-wanbetaler wegnam, zijn huis wegbrak en hem als bedelaar het land injoeg, daardoor het Koninkrijk overstromende met landloopers, ten eeuwigen dage improductief voor de schatkist, teerend op de gezeten bevolking en maar al te dikwijls verwordend tot gevaarlijk gespuis. De regtsgeschiedenis van Noordwest-Europa, die de historische verklaring van art. 447 Rv. moet verschaffen, biedt ons een tafereel dat, ofschoon nog verre van verkwikkelijk, meer inzicht in het Staatsbelang ver-toont: reeds blijkens de bepaling in de ordonnance sur

la procédure civile (T. XXXIII, art. 16), dat al wat buiten executie moest blijven *zelfs voor 's Konings belastingen* niet verkocht kon worden. En hoe nu verder?

Zelfs de gewone crediteur (met uitzondering van den onbetaalden verkooper dezer zaken en den verpachter van het goed) moest afblijven èn van zoowat het gansche beslag der boerenhofstede èn van de installatiën der weefindustrie, èn van de provisiën bestemd voor Parijs, èn van de koopmanschappen geladen in vaartuigen op de Loire. Waarom? Om redenen van *Staatkunde*: het land moest bebouwd kunnen blijven, de honderdduizenden van Parijs te eten hebben, de fabrieksnijverheid en de kwijnende schipperij niet tot stilstand gedoemd worden. Naast deze groote beslagsbeperkingen had men de kleinere nu nog in den C. d. Pr. en in ons W. v. Rv. voorkomende, maar in veel zwevender toestand: het was b.v. onzeker of het ambachtsgereedschap vrij was van beslag; en daarbij valt op dat zij, die dezen te Parijs geldenden regel in gansch Frankrijk wilden toepassen, hunne stelling niet zoozeer grondden op de humaniteit als op het belang van den *schuldeischer*: si le débiteur est dépouillé des moyens de travailler, *comment pourra-t-il s'acquitter?* Waarom, luidde het daarentegen uit anderer mond, zou men bij eene uitzetting van den huurder diens bed buiten executie houden: want verliest hij ztjn dak, wat heeft hij dan aan een bed?

Ziedaar het regt, waarop de scheppers van den Code de procédure en, in navolging daarvan, die van het Wetboek

(1) Zie over dit alles het vierde deel van het 2e Boek der Procédure civile du Châtelet van PIGEAU: de l'exécution du jugement, Titre II, chap 3 art. 2 (deel I, p. 609 der uitgaaf van 1787) des choses sujettes à la saisie-exécution.

van Regtsvordering (1) hebben voortgebouwd. Met belangrijke wijziging van beginselen of van dier uitwerking? Zij hebben sommige uitwinningsbeperkingen van vóór 1789 laten vallen en de overige vaak *enger*, altoos *scherper* omschreven: doch hebben zij, bij dit nuttige vastleggen van het overgeleverde regt, tevens de daarin overheerschende strekking van Staatsbeleid naar den achtergrond geschoven en de humanitaire strekking naar voren gebracht? Op die vraag antwoord ik met de weder-vraag, hoe dan, in ernst, en dat door corypheën onder de uitleggers van den Code, gevraagd is kunnen worden of niet *de openbare orde* betrokken is bij die begunstingen van den schuldenaar? dat wil zeggen of deze afmogt zien van het bij art. 592 Pr. bepaalde [CARRÉ-CHAUVEAU Q 2032]? Zulk eene vraag verraadt een zeker gevoel, dat bij de Napoleontische wetgevers, onder het medelijden met het individueele ongeluk, aardig wat motieven van openbare orde hebben doorgeloopt. En *rigtig* is dat gevoel geweest; de humaniteit van CAMBACÉRÈS, TREILHARD en consorten was niet weinig met *politiek* doortrokken. Aanstootelijk, in strijd met de aan eenen ordelijken staat passende *decentie* als het is de voorwerpen tot den openbaren eeredienst bestemd (les vases sacrés du curé in het spraakgebruik van het ancien régime) te laten executeren, is het binnen dien Staat evenzeer *aanstootelijk en indecent* — komt het daarbinnen héél na aan het volgens art. 14 A. B. ontoelaatbare handelen *tegen de goede zeden* — den arme naakt uit te schudden en zijne povere legerstede van onder hem weg te halen. Eene regtsbeschouwing, waarbij aan de

(1) Welke laatste scheppers, blijkens § 447 van het Handboek van v. D. HONERT, weinig behoefte gevoeld hebben aan diepe of zelfstandige bemoeijng met de stof.

wieg van art. 592 Pr. (dientengevolge ook van 447 Rv.) wel het medelijden als peter staat, maar met de staats-idée als meter daarnaast. Zij gaat als een roode draad door de Code-commentaren van hen (PIGEAU, DELAPORTE), die met de praktijk van het oude regt vertrouwd geweest en over de wetgeving van 1806 gehoord geworden waren, en die roode draad, de naar *harc* aanwijzing ondernomen verklaring der wetgeving van 1806, heeft in Frankrijk de heele negentiende eeuw stand gehouden. Leest CARRÉ en zijn vervolgers, Glasson en Garsonnet of slaat onder Saisie-exécution na wat in den oorspronkelijken en voortgezetten Dalloz aan leeringen van schrijvers en beslissingen van regters is opgezameld: wat vindt gij honderd jaren lang? Bij de hanteering van het executieverbod niet-humanitaire beschouwingen in 't gelid naast de humanitaire; in *beiderlei* rigting art. 592 Pr. beurtelings zóóver ingeperkt en uitgezet, als met de inkorting der oude verboden maar eenigszins te rijmen bleek — en deze vrijpostigheden gedekt . . . met JOUSSE en POTHIER, de groote verklaarders van het met de *Staatsidée* doortrokken vóór-Napoleontische regt. Waarom ook niet, nu in art. 593 het nieuwe wetboek zelf, door zelfs den Staat als schuldeischer te doen buigen voor het executieverbod, het *Staatsbelang* bij de handhaving daarvan betrokken verklaart? Maar dan zijn we ook mijlenver van de mogelijkheid om de Fransch-Nederlandsche executieverboden, evenals de Faillissements- en Kortingswet bloote *beperkingen* der uitwinning ten aanzien van een *klein stukje* vermogen, te verklaren als principieel vestigend een tweesoortig schuldregt; één *zonder* anderen dwang dan zedelijken voor den onbemiddelde, en één met regtsdwang voor den welgestelde; voor loten van WILDE'S „wijdvertakten boom” kunnen die verboden *onmogelijk* worden aangezien.

II.

Het tot hiertoe ingestelde onderzoek leidde tot de slotsom, dat noch de Faillissementswet noch de Kortingswet noch de executie-verboden van het Wetboek van Regtsvordering eenigen steun verschaffen aan deze splinternieuwe verklaring van ons burgerlijk regtsstelsel, terwijl de lijfswang, altoos een bestanddeel van dat stelsel, WILDE'S verklaring logenstrafft. En geen ernstigen regtsgeleerde zal in het hoofd komen om *zonder* bewijs eene wetsverklaring, tot nog toe door geen enkelen civilist zelfs maar vermoed, te huldigen als de juiste. Gelukkig hebben wij, zelfs op hoogst ondergeschikte punten, zulk een *laissez aller* nog niet.

De aanwijzing, dat we civilistisch zoowel als staatsburgerlijk, hier te doen hebben met eene *eerste-rangsvraag*, moge er toe bijdragen om strenger dan ooit te wezen met het vorderen van *bewijs*.

Allereerst dan dit. Civielrechtelijke verbindtenissen, ten aanzien harer nakoming alleen verzekerd door *zedelijken* dwang: wat voor verbindtenissen zijn dat regtens wel? Wij vinden in art. 1825 B. W. eene „schuld” vermeld, waarvoor de wet geene regtsvordering toekent, onder bijvoeging dat wanneer zulk eene speelschuld vrijwillig betaald is, het betaalde niet teruggevorderd kan worden; art. 1482 B. W. laat toe nietigverklaring der verbindtenis, aangegaan in strijd met art. 1356 n°. 2, en beperkt het regt om terug te vorderen wat ten gevolge dier verbindtenis aan den onbevoegde is uitgekeerd of betaald; art. 1395 bevat de algemeene bepaling, dat die terugvordering is uitgesloten bij iedere vrijwillige voldoening van eene „natuurlijke verbindtenis”. Dat deze wetsbepalingen, vooral de eerst- en laatstbedoelden, aanleiding hebben gegeven tot allerlei vragen, waaronder deze of dan de

speelschuld eene „natuurlijke verbindtenis” uitmaakt, voorts welk kenmerk zulk eene verbindtenis wel heeft en dat op deze laatste vraag het allen bevredigende antwoord zich nog steeds laat wachten — dat alles weet ons heele gild. WILDE's wetsverklaring komt thans ons een nieuw veld van glorious uncertainty of the Dutch law openen, door aan de orde van onderzoek te brengen of de verbindtenis van eenen onvermogene b.v. aan zijnen huisheer, zijnen leverancier van een zak aardappels of brandstof eene *natuurlijke* verbindtenis uitmaakt. Tot *verbindtenis* van *civiel* aard verklaart WILDE zelf een dergelijk negotium, al gaat tegen den niet-bezitter slechts *zedelijke* dwang tot het betalen van het civielregt uit: kwalijk kunnen wij dus haar, omdat regtsdwang tot de nakoming heet te ontbreken, *geen* verbindtenis noemen. Vrage echter thans of den betaler de bevoegdheid tot terugvorderen ontzegd, den crediteur de veiligheid tegen zulken overlast verzekerd zal wezen? Voor ontkenning onvatbaar dunkt mij dat, ingeval WILDE eens principieel gelijk had, we deze vraag van verre strekking zeer ernstig zullen hebben te onderzoeken.

Door de manier, waarop WILDE zijn stelsel tracht waar te maken, schijnt mij eene andere eveneens belangrijke vraag aan de orde gesteld te wezen. Wij zagen den geachten schrijver, toen ik hem noopte met bewijs voor de juistheid zijner stelling aan te komen, dat bewijs ontleenen aan *executiebeperkingen* door den wetgever vastgesteld: omdat de Faillissements-, de Kortingswet enz. den schuldeischer verbieden de hand te leggen op *sommige* vermogensbestanddeelen van economisch zwakke schuldenaars, onttrekt onze burgerlijke wet deze schuldenaars aan *allen* regtsdwang. Men zou geneigd zijn te vragen of deze redeneering, straks even onder de aandacht des lezers gebracht, wel voldoende *sluitend*, van hiaten en

sprongen vrij mag heeten; misschien echter behoort onze sociale zin zich door zulke angstvalligheden van logica niet te laten ophouden en komen wij logisch uit met te zeggen dat zoo'n executieverbod het verschijnsel is, waardoor het bestaan van den regel zich openbaart. Dan echter mag omtrent den *aard* der executiebeperking geen twijfel overblijven, vermits van dien *aard* komt af te hangen of het door WILDE gevonden beginsel werkelijk tot ons systeem van civielrecht behoort. En in dit opzigt leverde het historische onderzoek, straks omtrent iedere in het debat gebrachte beperking ingesteld, geen enkele hem gunstige uitkomst op: overal vonden wij den wetgever door een ander motief geleid. Reeds op zich zelf sluit dat bestaan van een *ander* motief de systematische noodzakelijkheid uit, om beperking van verhaal te verklaren als openbaring van den wil om dat verhaal uit te sluiten, terwijl bij nauwkeuriger bekijk zoodanige noodzakelijkheid ten eenenmale wordt gemist. Of laat het zich niet uitstekend hooren dat de wetgever principieele verhaalbaarheid van eene schuld aanneemt en toch, om bijzondere redenen, het verhaal *op zekere wijs* verbiedt? Het afdoend bewijs levert ons het verbod aan kinderen (art. 587 Rv.) om tegen adscendenten lijfswang toe te passen. Sluit dat verbod eene *onverhaalbaar* verklaring regtens in? Voorzeker niet: de civiele wet zegt niet tot den vader, schuldenaar van zijn zoon, dat alleen haar zedelijk dwangvermogen op hem zal werken en tegen hem regtswang tot betalen in elken vorm is uitgesloten. Systematisch heeft het *hoegenaamd niets* daarvan, en *precies zóó* staat het met de systematiek der executiebeperkingen straks behandeld.

Wat meer is: juist de systematiek doet een allerkrachtigsten grond ontwaren *tegen* de regtsopvatting dat principieel ons burgerlijk schuldrecht afhankelijk zou wezen van den vermogenstoestand des debiteurs. Dan immers

zou verandering van dien vermogenstoestand moeten meëbrengen verandering van het invorderingsregt. Op het oogenblik dat een welgestelde een obligo van f 10.000 op zich neemt (stel om zijne bedrijfsomzetten uit te breiden of zijn lokalen te vergrooten) zal hij aan het civiele dwang- en executieregt onderworpen wezen; hoe als hij op den betalingsdag eens onvermogend is: zal dan het executieregt plaats hebben gemaakt voor den bloot zedelijken dwang van het niet gedelgde vinculum juris? M. a. w. zal de als regtens *verhaalbaar* aangegane schuld regtens *onverhaalbaar* zijn geworden? Omgekeerd: als zeker iemand geen f 10.000 voor schulden in handen krijgt zal hij met zijn gezin schoon uitgekled de straat op moeten, maar een redder geeft hem die som tegen ongeclausuleerde schuldbekentenis: is de oorspronkelijke betekenis regtens van die schuldbekentenis dat er *geen* executieregt aan vast is? en zal in de plaats der „zedelijk dwingende kracht die van het privaatrecht uitgaat” plotseling een civiele regtsdwang treden, als eensklaps het fortuin den tobber eene ton gouds in den schoot werpt? Een allerwonderlijkste systeem dan, die van de Fransche en Hollandsche burgerlijke wetboeken! Bij die volken ziet het handelsregt, vooral hun faillietenregt (1) er volkomen anders uit. Het gansche handelsregt, met het wisselregt aan de spits, heeft eene physionomie van strengheid, die spreekt van de meening

(1) Op dit punt bij ons onveranderd gebleven, al maakte het derde boek van ons W. v. K. plaats voor de Faillissementswet.

Voor de argumentatie in mijnen tekst maakt het alweder geen onderscheid dat de laatstgemelde wet het faillissementsbeslag met al zijne regtsgevolgen — zoowel de mogelijkheid van een dwangaccoord wanneer de groote meerderheid der crediteurs dit wil verleenen, als de standhouding der executiebevoegdheden na insolventie — toepasselijk heeft verklaard op *ieder* schuldenaar.

dat men stevig dient gehouden te worden aan zijne obligo's, zoowel ten belang van zijn eigen crediet als voor de regtszekerheid van het handelsverkeer. Eene tempering van die strengheid, op gronden van algemeen belang, bevat slechts het faillietenregt, door de instelling van het dwangaccoord met zijn regtsgevolg van kwijting voor hetgeen aan de volle betaling der schulden te kort komt. Maar dit is ook het éénige gebied, waarop ons regt aan eenen ongunstigen vermogenstoestand ontheffing van den betalingsdwang verbindt en, zooals ik al aanstipte, hoofdzakelijk op gronden van *algemeen* belang. Dat die ontheffing niet wortelt in de door het faillissement gebleken economische zwakheid van debiteuren blijkt wel zonneklaar [ik zeide het reeds] uit het op nieuw in werking treden der uitwinningsbevoegdheden van den crediteur na de voltrekking der insolventie-maatregelen: eene werking ten eenenmale in *strijd* met WILDE's privaatrechtsconstructiën.

Onbesproken liet ik tot dusver de verwijzing, door WILDE in 't voorbijgaan gedaan tot art. 73 der Ongevallenwet, hetwelk de krachtens die wet toegekende renten verklaart onvervreemdbaar, alsook onvatbaar voor verpanding, beleening, executoriaal, conservatoir of faillissementsbeslag. Het korte woord, aan deze verwijzing te wijden, kan strekken tot geleidelijken overgang naar de tweede vraag, door mij hierboven blz. 38 omschreven als den niet-geestverwant van Mr. WILDE door diens rechtsconstructie voorgelegd.

Wettelijke verzekering van werklieden tegen de geldelijke gevolgen van ongevallen in sommige bedrijven, die naar het opschrift van evengemelde wet in 1901 werd tot stand gebracht, is een instituut meer dan vreemd aan ons regt van vóór de twintigste eeuw: het is, zooals ik bij

meer dan eene gelegenheid in bijzonderheden heb aangewezen, een instituut veelszins *strijdig* met de wetgeving van vroeger en met het *doel* van inbreuk daarop tot stand gebracht. Ook menige voorstander van dat instituut erkent het. Dat geeft mij een ondubbelzinnig regt om bij het onderzoek, of WILDE aan eene regtsinstelling der negentiende eeuw de juiste constructie heeft gegeven, dit instituut der twintigste eeuw gansch en al, dus ook in haar onderdeel, art. 73, buiten ons debat te stellen en te houden. Wil men desniettemin art. 73 volstrekt in de zaak betrekken, dan is een andere afdoende grond bij de hand om aan het beroep daarop geen beteekenis toe te kennen: een grond ongeveer gelijk aan dien op blz. 41 en 54 van dit opstel met beroep op art. 587 Rv. bijgebracht om een verbod van verhaal op *een enkel* vermogensbestanddeel niet aan te merken als bewijs, dat de wetgever den schuldenaar aan *elken* betalingsdwang heeft willen onttrekken. Immers nu deze wet is gemaakt om de arbeiders tegen de gevolgen van een bedrijfsongeval te waarborgen, hen zoogenaamd tegen broodsgebreke te *verzekeren*, dan is het niet zoo vreemd dat de maker dat „verzekeren” (door dik en dun, zooals de Onbekeerde in den Tijdspegel van 1900 aanwees) ook beproeft door de rente te verklaren onvatbaar voor beslagen: m. a. w. dan is eene natuurlijke verklaring *buiten* WILDE's stelsel om niet ver te zoeken.

Als *argument* hoort dus de Ongevallenwet in de bespreking van WILDE's stelsel niet thuis.

Doch wel staat zij tot het gansche vrijzinnig-democratische standpunt opzigtens ons civiel regt, waarvan WILDE's stelsel eene openbaring is, in een verband dat de grootste aandacht verdient van allen, die het standpunt zelf verwerpen.

De Ongevallenwet is eene *publiek-regtelijke* regeling

waarmed, al dan niet met voordacht, een heele bres in ons burgerlijk regtsstelsel geschoten wordt, door (zooals reeds is gezegd) aan het zuiver burgerlijke arbeids-contract voor den werkgever de verplichting te verbinden, dat hij zijne solvabiliteit waarborge ten behoeve van eenen eventueelen debiteur: den werknemer die tegen hem aanspraak op vergoeding van bedrijfsschade zou *kunnen* verkrijgen. En dat ten behoeve van eene enkele klasse doende *in strijd* met ons gansche regtsstelsel, waarin geen enkele „vooruitstrever” dien verwaarborgingsplicht zou willen opnemen, schept de Ongelukswet een zoo brutaal mogelijk *klassenregt*. In deze fatale ancien-régime-rigting, alleen ten aanzien der begunstigde *personen* verschillend van dat régime, beweegt zich alles wat, onder de leus van sociale maatregelen, aanhangig is of voorbereid of gepropageerd wordt om ons geldend, voor „antisociaal” uitgekreten civielregt uit zijne voegen te werken, en wat men om deze of gene reden niet wil of kan wringen in het privaatrechtelijke kader, moet publiekrechtelijk (vooral strafrechtelijk) verwezenlijkt worden, zoo wat gelijk hij, die in eene kast of kamer wil komen maar den sleutel niet heeft, het slot daarvan forceert.

Als bestanddeel van het regt der toekomst wordt zelfs aan het ruw geweld eene plaats ingeruimd. Want toen de wetten tegen de beweging van 1903, die de vlag van „het stakingsregt” (1) had geheschen, aanhangig waren, is van professorale zijde de theorie van dat regt uitgebreid tot de bevoegdheid, om aan werkwilligen het arbeiden

(1) Hoofdverplichting des werknemers is den overeengekomen arbeid te verrigten; hoofdverplichting des werkgevers is het overeengekomen loon te betalen, niet waar? heeft iemand ooit betwijfeld dat dit niet betalen is *contractbreuk* door den werkgever? Maar dezelfde democraat die briescht bij de bloote gedachte dat zulk niet nakomen *geen* contractbreuk zou wezen, vindt die regtsverkrachtende

handtastelijk onmogelijk te maken, omdat het „stakings-regt” onmogelijk kan triomfeeren als de staker zoogenaamd onderkropen wordt. Civilisten van welverdienden naam, die zich aan een stelsel van *algemeene* wetsverklaring naar zulk model niet wagen, alligt zelfs dat niet willen zouden, vinden geen sophisme te grof om beginselen, waarmee het gansche burgerlijk verkeersregt staat of valt, te ondermijnen bij deze of gene toepassing, zoo het belang hunner economisch zwakke clientèle maar met de terzijdestelling gediend schijnt. (1) Welnu, *even subversief* werkt het sophistisch vestigen van de meening, dat al eene eeuw lang den onbemiddelde het *regt* zou zijn gegeven om vrij te wezen van dwangverhaal voor zijne schulden. Want door die meening wordt de weg geëffend voor de advokaten van het moderne klassenregt. En daarom *opgepast* ook voor de regtshistorie, als zij in dienst van deze democratische propaganda wordt gesteld.

Sept. 1907.

A. P. TH. EYSSELL.

stelling de natuurlijkste zaak, als aan *arbeiderskant* de contractueele hoofdverplichting niet wordt nagekomen. Is ook dat niet eene regtstreeksche negatie van het burgerlijke contractsregt ter wille van naakt klassenregt?

(1) Zekeren tijd vóór de indiening onzer Woningwet verscheen een Duitsch geschrift o.a. betoogende dat het verhuren eener slechte woning, behalve strafwaardig, dient te gelden als nietig, omdat de toestemming van een huurder alleen eene *gezonde* woning zou gelden. Een ander hoogleeraar, dit geschrift aanprijzend, stuit op de bedenking of 't wel zoo staat wanneer de huurder het pand vooraf bezichtigd heeft, en meent haar op te lossen met de opmerking, dat de bezichtiging en contractsluiting zijn omgegaan buiten vrouw en kinderen, wier gezondheid toch ook op het spel staat. Ik betwijfel echter of Z.H.Gel. toen hij nog aan de regtspraak deel nam, den verkooper van dobbelfondsen zijne actie tot betaling zou hebben doen verliezen op de verwerking van den speculant: «even vóór mijnen dood heb ik nog een duitje willen verdienen voor mijne oude vrouw, die van ons boeltje heelemaal niet leven kan, en dat beetje moogt gij niet weghalen, nu mijne vrouw van de speculatie niet heeft geweten».

Interpretatie van artikel 986 al. 1 en 2 B. W.

Eene belangrijke testamentaire quaestie

TOEGELICHT DOOR

Mr. GUSTAVE TRIPELS

Advocaat te Maastricht.

INLEIDING.

Wanneer men, zooals schrijver dezes verplicht is geweest te doen, de nietigheid voorstelt van een testament, gemaakt door iemand die niet spreken kan, doch met inachtneming van alle notarieele formaliteiten voorgeschreven bij art. 988 B. W., enkel en alleen omdat het door dien erflater geheel *geschreven* en *ondertekend* stuk niet was *gedugteekend*, en men krijgt dan later een testament in handen van dienzelfden man die niet spreken kan, waaruit blijkt dat aan den Notaris een stukje papier is overhandigd, zullende zijn uitersten wil bevatten, dan zegt men a priori, en het rechtsgevoel noopt daartoe, dat zoodanig testament niet kan voldoen aan de eischen der wet.

Hoe! in het eerste geval had die niet spreken kunnende testateur zijn wil geheel *geschreven* en *geteekend*, hij had dat stuk aangeboden aan den Notaris in tegenwoordigheid van *vier* getuigen, hij had, bovendien, in tegenwoordigheid van *die vijf personen*, boven de akte van

superscriptie eigenhandig *geschreven* en *geteekend*, dat het papier, hetwelk hij hun aanbod, zijn uiterste wil is: na inachtneming van al die formaliteiten, had de Notaris de akte van superscriptie geschreven en daarbij verder al de formaliteiten opgevolgd, die de wet hem voorschrijft, en toch het Hof te 's-Hertogenbosch, bij zijn arrest van 19 December 1905, *W. v. h. R.* n^o. 8403, had dit testament vernietigd enkel op grond dat hetzelfde door den erflater niet *gedagteekend* was!

En het testament, door dienzelfden erflater die niet spreken kan, daags te voren opgemaakt, vermeldt alleen dat buiten tegenwoordigheid der twee getuigen de uiterste wil aan den Notaris *schriftelijk* is opgegeven, zonder aanwijzing wie het stuk geschreven heeft, zonder vermelding dat het door den erflater bovendien was gedagteekend en onderteekend en zoodanig testament zou geldig wezen!

Wij kunnen het niet gelooven en hebben daarom een nauwkeurig onderzoek ingesteld naar de bedoeling van den wetgever, daarbij vooral in acht nemende de vingerwijzing, die Prof. Mr. J. A. FRUIN gaf in zijne redevoering ter aanvaarding van het Hoogleeraarsambt, op 12 October 1859 uitgesproken over het nut der geschiedkundige beoefening van het Fransche recht voor de wetenschappelijke verklaring onzer burgerlijke wetgeving, in deze woorden:

„Ik aarzel niet mijne overtuiging uit te spreken, dat „uit het voortdurend verzuimen der geschiedkundige „beoefening van het Fransche regt voor het minst even „grooten nadeelen voortgesproten zijn.”

Dit verzuim heeft schier alle Nederlandsche schrijvers over het burgerlijk recht tot eene verkeerde opvatting gebracht van de twee eerste alinea's van art. 986 B. W.: zij hebben zich bepaald tot eene verklaring van het aldaar

geregeld rechtsinstituut uit de wet alleen, als of wetten niet waren producten van lang voorhanden begrippen. „Men zal daaruit, zegt HOLTJUS (1), de voorschriften „*weten*, zonder ze te *kennen*, omdat hun organisch wezen „historisch is, en de voorhanden wet alleen het laatste „phaenomenon.”

Juridieke interpretatie van al. 1 en 2 van art. 986 B. W.

Deze beide alinea's luiden aldus:

«De Notaris moet den wil des erflaters, zooals die zakelijk aan hem door den erflater is *opgegeven*, in duidelijke bewoordingen «schrijven of doen schrijven.

«Ingeval de *opgave* buiten de tegenwoordigheid der getuigen is «*gedaan*, en het opstel door den Notaris is gereed gemaakt, moet de «erflater, alvorens de voorlezing daarvan geschiede, zijnen wil nader «zakelijk, in tegenwoordigheid der getuigen *opgeven*.» (2)

Wat beteekenen die woorden *zakelijk opgeven*, *opgave doen*? Wat heeft de wetgever met die woorden bedoeld en als formaliteit voorgeschreven? Of met andere woorden, moet die *opgave mondeling* geschieden of kan zij ook wanneer de erflater niet spreken kan, bij geschriften, door teekenen of op iedere andere waarneembare wijze plaats vinden?

Deze vraag deed zich voor bij de Rechtbank te Roermond naar aanleiding van eene akte van uiterste wilsbeschikking blijkens dewelke de erflater buiten de tegenwoordigheid der getuigen zakelijke opgave van zijn uitersten wil gedaan had aan den Notaris, die daarvan het opstel

(1) Het Nederlandsche faillietenregt, Inleiding pag. VI.

(2) Zie voor wat betreft de interpretatie van al. 3 van dit artikel REELING KNAP Themis 1895, p. 493 en de bestrijding daarvan in SCHERMER's Ontwerpen door A. MOLL II 170-174.

gereed gemaakt en in schrift gebracht had, „*zijnde die zakelijke opgave door den comparant schriftelijk gedaan*”, aldus luidt de akte.

De erflater was korte dagen te voren zoo schrikkelijk in het aangezicht en op het hoofd verwond, *dat hij niet meer kon spreken* en was ook enkele dagen na het verlijden dier akte aan de gevolgen dier mishandeling overleden.

De akte van uiterste wilsbeschikking vermeldt verder: „Alvorens de voorlezing daarvan is geschied heeft de „comparant zijnen wil nader zakelijk in tegenwoordigheid „der getuigen *opgegeven*.”

Hier liet alzoo de instrumenteerende Notaris in het midden op welke wijze die nadere opgave in tegenwoordigheid der getuigen geschied is en het vermoeden lag dus voor de hand dat die opgave in tegenwoordigheid der getuigen evenmin *mondeling* is gedaan als de eerste opgave aan den Notaris, buiten tegenwoordigheid der getuigen, om de eenvoudige reden dat de man niet kon spreken.

De Rechtbank te Roermond besliste bij vonnis van 13 December 1906 (*W. v. h. R. n^o. 8545*) de aldus ten processe gestelde rechtsvraag in voege als volgt:

«Overwegende wat betreft het beweren van den gedaagde, dat de «ingeroepen in het geding gebrachte, bij openbare acte gemaakte «uiterste wil van 27 Maart 1904, als zijnde te dien opzichte niet in «acht genomen de bij de wet op straffe van nietigheid voorgeschreven «formaliteiten, zou zijn nietig en van onwaarde:

«dat de gedaagde tot staving dezer bewering aanvoert de navolgende gronden:

«1^o. dat de zakelijke opgave door den erflater buiten de tegenwoordigheid der getuigen aan den Notaris gedaan, blijkens den inhoud «van het ingeroepen testament is gedaan *schriftelijk* in stede van «*mondeling*;

«2^o. dat vermits blijkens den inhoud van het testament de opgave «is gedaan buiten de tegenwoordigheid van de getuigen en het opstel «door den Notaris is gereed gemaakt — de erflater, alvorens door

«den Notaris voorlezing is gedaan van het door hem gereed gemaakt «en in schrift gebrachte opstel, zijn wil niet *mondeling* nader zakelijk «in tegenwoordigheid der getuigen heeft opgegeven — wordende «toch voor die opgave eene mondelinge gevorderd — omdat hij die «opgave niet mondeling kon doen, daar hij door de nader omschreven «mishandeling niet kon spreken;

«3^o. enz. voor dit opstel zonder belang.

«Dat echter niet een dezer gronden, naar het oordeel der Rechtbank «kan leiden tot nietig- of van onwaarde verklaring van het ingeroepen «testament,

«de sub 1^o vermelde niet, omdat voor de in artikel 986 1^e lid van «het B. W. bedoelde opgave geen bepaalde vorm is voorgeschreven, «zoodat aan het voorschrift dezer wetsbepaling geheel is voldaan, «indien de daarin bedoelde wil van den erfflater aan den Notaris, «— zooals in deze is geschied — schriftelijk is opgegeven, hetgeen «ook steun vindt in de bewoordingen «zakelijk is opgegeven» dezer «wetsbepaling, *welke geheel afwijken van de bewoordingen van de «vroegere hier te lande op dit punt van kracht geweest zijnde wets- «voorschriften* (1), daar toch het woord «opgeven» zoowel in zijne «taalkundige beteekenis als in het spraakgebruik beteekent mede- «deelen of kenbaar maken op eene onbepaalde wijze, hetgeen niet «noodwendig medebrengt, dat dit mondeling moet geschieden, doch «evengoed medebrengt, dat dit schriftelijk of op eenige andere «duidelijk waarneembare wijze kan geschieden, terwijl uit de geschie- «denis (2) van deze wetsbepaling niet valt af te leiden, dat de wetgever «aan de uitdrukking «zakelijk opgeven» uitsluitend heeft willen «hechten de beteekenis van «*mondeling opgeven*»;

«de sub 2^o. vermelde niet, omdat op de zooveen vermelde gronden «welke hier, voor zooveel noodig, geacht moeten worden te zijn

(1) Welke voorschriften de Rechtbank hier bedoeld heeft en waar die voorschriften zijn te vinden heeft schrijver dezes niet kunnen ontdekken; de voorschriften door hem gevonden en hierna mede te deelen spreken allen van eene mondelinge opgave en sluiten dus voor *opgeven* iedere andere wijze uit.

(2) Wij zullen nader in een afzonderlijke § aantonen door de geschiedenis der wet dat de wetgever er niet aan gedacht heeft de mondelinge opgave te laten varen maar alleen het dieter der Fransche wet heeft prijsgegeven.

«overgenomen, ook de in artikel 986 2^{de} lid van gemeld Wetboek «bedoelde opgave zoowel schriftelijk als mondeling of op eenige «andere voor de getuigen duidelijk waarneembare wijze aan de «getuigen kon worden gedaan, die daarvan dan, indien de opgaaf «schriftelijk is geschied, inzage en kennis hebben te nemen om te «kunnen beoordeelen of de uitgedrukte wil overeenstemt met den «inhoud der voor te lezen acte, zoodat, al vermeldt het ingeroepen «testament niet, op welke wijze deze opgave heeft plaats gehad en «al zou met den gedaagde, die alleen beweert dat deze opgave niet «mondeling heeft plaats gehad, kunnen worden aangenomen dat deze «niet mondeling heeft kunnen geschieden en daarom niet mondeling «is geschied, aan het voorschrift dezer wetsbepaling is voldaan, al «is deze opgave schriftelijk, — hetgeen door den gedaagde zelfs niet «is weersproken — of op eenige andere duidelijk waarneembare wijze «gedaan, daar toch de in evengemelde wetsbepaling voorgeschreven «opgave geen ander doel heeft dan dat de Notaris en de getuigen «de zekerheid hebben, dat hetgeen in de openbare acte is opgenomen «werkelijk is de wil van den erflater, terwijl de gedaagde, die er «zich alleen op beroept, dat meerbedoelde opgave niet mondeling is «geschied en niet kon geschieden en alleen aanbiedt dit te bewijzen, «niet eens heeft weersproken, dat het in die acte opgenomene wer- «kelijk is de zakelijk opgegeven wil van den erflater».

Over dit laatste had de erfgenaam ex lege zich nog nimmer uitgelaten doch te dien aanzien reeds in het eerste geding alle rechten voorbehouden.

Dit vonnis is het eerste gewijsde in dien zin in Nederland gegeven: althans voor zoover ik heb kunnen nagaan, is nog door geen rechterlijk college uitgemaakt, dat de Nederlandsche wetgever bij art. 24 der wet van 29 Maart 1833 (*Stbl.* n^o. 25) zulk een sprong achteruit gemaakt heeft, dat hij niet alleen het stelsel, door hem nog overgenomen uit het Fransche recht bij art. 58 der wet van 28 Februari 1825 (*Stbl.* n^o. 13), verlaten doch bovendien voornaamsten waarborg voor de vrije uiting van den laatsten wil van ieder erflater verworpen heeft, die destijds en ook nu nog in alle andere wetgevingen van Europa

wordt gehandhaafd, te weten de *mondelinge verklaring* van hem die zijn laatste wil in schrift wil gebracht zien.

Want men bedenke het wel: hier ligt op zijn sterfbed een gruwelijk mishandelde, zieltogende man, met ingeslagen hersenpan en het aangezicht zoo doorkerfd, dat hij niet meer spreken kan: de Notaris wordt ontboden om diens testament te maken en in stede van hem op te geven wat hij na doode wil, overhandigt hij, of des noods iemand anders voor hem aan den Notaris een briefje, door wie geschreven wordt niet gezegd en daardoor zou voldaan wezen aan de strenge eischen die de Nederlandsche wetgever voor alle testaments in het algemeen gesteld heeft! Dan ware het eenvoudiger geweest in het Nederlandsche recht het olographisch testament zonder meer maar te behouden, zooals in het Fransche recht: dit geeft minstens nog eenigen waarborg voor de oprechtheid en onafhankelijkheid van den geuiten vrijen wil, die de erflater eigenhandig schrijft, dagteekent en onderteekent.

Blijkbaar is de rechtbank tot hare beslissing gekomen doordien, op enkele uitzonderingen na, schier alle schrijvers en onder hen de meest gezaghebbende, zonder eenig onderzoek en met terzijdestelling zoowel van de geschiedenis der wet als van de beweegredenen van den wetgever, zoo maar willekeurig hebben vooropgesteld dat de tweeledige opgave van den erflater aan den Notaris en de getuigen op elke denkbare wijze kan plaats vinden, omdat dit woord in taalkundigen zin die beteekenis ook heeft.

Voor de juistheid van mijn betoog is het dus noodzakelijk vooraf mede te deelen wat de rechtsgeleerden omtrent dit artikel leeraren, ten einde aan te toonen dat geen enkel hunner noch de beteekenis eerbiedigt die

de wetgever aan zijne bewoordingen heeft gegeven, noch rekening houdt met de geschiedenis en de beweegredenen der wet.

SCHULLER-WALLER teekent op art. 986 aan p. 195: *opgeven*: mondeling of schriftelijk.

OPZOOMER IV^{de} deel p. 206 zegt in noot 4:

De erfflater kan in zijne opgave zoo uitvoerig zijn als hij zelf verkiest. Ook kan hij ze mondeling of schriftelijk aan den Notaris *alleen* doen.

Daaruit zou dus volgen dat de geleerde schrijver aan eene schriftelijke opgave in tegenwoordigheid der getuigen niet heeft gedacht, omdat hij zich die niet voorstelde.

Opgeeft of heeft opgegeven. De manier van behandeling die in het eene geval te pas komt, moet vanzelf eenigermate afwijken van die, welke in het andere noodig is. Toch is de afwijking uiterst gering, en moet de vroegere opgave, als zij buiten tegenwoordigheid der getuigen gedaan is, altijd door eene oogenblikkelijke *opgave*, in hun tegenwoordigheid gedaan, worden gevolgd.

Doch wat de wetgever met de woorden *opgeven of heeft opgegeven* bedoeld heeft, zegt de schrijver niet, en zooals nader zal betoogd worden, daarop komt het vooral aan.

DE PINTO, Handleiding § 516 p. 259.

2. Volgens het Fransche recht moet dezelve aan den Notaris worden gedictieerd, en door dezen, zooals dezelve gedictieerd werd, opgeschreven, Art. 972 CN. — *Dictieeren* beteekent woord voor woord voorzeggen, zooals men wil, dat het letterlijk zal worden geschreven. — De moeielijkheid, die het had, om aan dat gebod te gehoorzamen, had hetzelfde meer dan eens doen verwaarloozen; en schijnt er dan ook alleen TOULLIER (V 449) toe gebracht te hebben, om te leeren, dat de Notaris niet de

woorden, hem door den erflater voorgezegt, behoeft op te schrijven, maar dat het genoeg is, als hij er met juistheid den zin van op schrift brengt. Met de woorden van art. 972: *il doit être écrit — tel qu'il est dicté*, was deze leer zeker moeielijk overeen te brengen. Zie Rechtsg. Bijdr. VI 256—261.

Geheel anders is het bij ons: de erflater *geeft* aan den Notaris vooraf zijnen uitersten wil *op*, die, na daarover te hebben nagedacht, of na daarop de noodige aanmerkingen te hebben gemaakt, denzelven zakelijk, zooals hem die is *opgegeven*, schrijft of doet schrijven. Het *dictamen* is alzoo afgeschafte en hieruit volgt dat 1^o de Notaris zich niet behoeft te bedienen van de woorden van den erflater, en 2^o dat hij niet eens de beschikkingen van den erflater *uit zijnen mond* dadelijk behoeft op te schrijven. VAN DER GRONDEN aang. Dis. 51 en 53.

3. Ook hiermede enz.

Moet de erflater. Maar wat, als de erflater stom is? — Dit *schijnt* geen beletsel te zijn om eenen openbaren uitersten wil te maken, mits hij op eene andere wijze, b.v. door teekenen, zijnen wil duidelijk aan den Notaris en de getuigen weet te verklaren.

Hier wordt wederom geene verklaring gegeven van het woord *opgeven*: wanneer eenerzijds de Notaris den uitersten wil *uit den mond* van den erflater moet vernemen, al behoeft hij dezen dan niet dadelijk op te schrijven, hoe is het dan aannemelijk dat een stomme aan de getuigen dien wil door teekens kan *opgeven*: ligt daarin niet eene tegenstrijdigheid?

DIEPHUIS IV^{de}: n^o. 918, pag. 540.

Er is beweerd, dat de wet eene mondelinge opgave vordert, en hieruit afgeleid dat iemand die niet kan spreken, ook geene uiterste wilsbeschikking bij openbare akte kan maken. Van eene zakelijke opgave, gelijk de wet vordert, *schijnt* dit echter eene te beperkte opvatting te zijn, want men kan zijnen wil niet slechts mondeling maar ook schriftelijk geven; dit laatste zal zelfs niet zelden geschieden, vooral wanneer de erflater onderscheidene beschikkingen maken wil, en bovenal wanneer

die opgave, gelijk de wet veroorlooft, buiten de tegenwoordigheid der getuigen geschiedt. Het komt mij daarom voor, dat de wijze waarop onverschillig is, zoo maar de wil zakelijk wordt opgegeven en dat dus ook stommen daardoor niet verhinderd worden, aldus hunnen uitersten wil te maken.

Wat men kan is niet de vraag maar wat de wet gewild heeft, vooral toen hij de formaliteiten der testamenten heeft geregeld: men kan zooveel anders daarbij doen, ook de getuigen het schrift doen inzien en lezen, maar dan blijft men niet getrouw aan de strenge voorschriften der wet.

DIEPHUIS zegt verder in n^o. 921, p. 542 ten aanzien der opgave in tegenwoordigheid der getuigen:

Deze opgave komt geheel in de plaats van die waarvan art. 986a B. W. spreekt; in beide gevallen wordt dus ook gelijkelijk eene zakelijke opgave gevorderd. Het dienaangaande gezegde is dus ook hier van toepassing, ook deze opgave kan op verschillende wijzen geschieden, en die niet spreken kan, kan haar op verschillende wijzen doen.

Men ziet het: steeds en aldoor eene onbetwistbare vooruitstelling, doch zonder eenig bewijs; wie niet kan spreken kan in den zin der wet niets in tegenwoordigheid der getuigen *opgeven*: POTHIER zegt zelfs, *qu'il est clair* que ceux, qui ne peuvent parler, ne peuvent faire de testament nuncupatif. *Traité des donations testamentaires* Chap. I § 2.

Of DIEPHUIS nader eenigszins van inzicht is veranderd, zou men mogen veronderstellen wanneer men zijne toelichting leest in deel VIII p. 233 van zijn *System*.

De beschikker moet dan hetgeen hij wil zakelijk aan den Notaris opgeven. Het woord «zakelijk» dat in art. 1014 van 1830 niet voorkwam, maar bij de herziening in het gewijzigd art. is

opgenomen, kan als eene tegenstelling beschouwd worden van: woordelijk. De wet laat toe, die opgave zoo beknopt en zoo omslagtig te doen, als den opgever schikt of goeddunkt, en bepaalt ook niets omtrent de wijze, waarop hij haar doen moet. En al veronderstelt zij dat het mondeling geschiedt, zooals het natuurlijk gewoonlijk zal geschieden. *al ligt die veronderstelling ook in hetgeen in art. 986b gezegd is omtrent de opgaven buiten en in de tegenwoordigheid der getuigen*, zij bepaalt niet dat de opgave mondeling moet, en niet op andere wijze, schriftelijk of ook door teekens kan geschieden. En men zal wel te meer zwaarigheid mogen maken om hier eene beperking aan te nemen, die de wet niet heeft uitgedrukt, wanneer men bedenkt, dat daardoor wel eens iemand, die, tengevolge eener verlamming of anders, niet behoorlijk spreken en ook niet schrijven kan, geheel verhinderd zou kunnen zijn een testament te maken, op deze zoowel als op eene andere wijze.

Zeer zeker de wet bepaalt niet dat de opgave *mondeling* behoort gedaan te worden, want anders zou het geene twistvraag wezen, maar zij spreekt van *opgeven* en was de bedoeling van den wetgever door dit woord *opgeven* niets anders aan te wijzen dan eene *mondellinge* opgave, zooals nader zal worden betoogd, dan kan het voor den commentator der wet geene reden wezen om ook andere wijzen van *opgeven* aan te nemen, omdat wellicht de een of andere, die niet spreken noch schrijven kan, van geheel de testamentifactie is uitgesloten: dit argument houdt dus geen steek. MABÉ in zijn Handboek voor Notarissen II p. 131 toont dit duidelijk aan ten aanzien van den doove die niet kan lezen:

Het is te betreuren, zegt hij, dat de wet daarin niet heeft voorzien en alzoo door het voorschrijven van formaliteiten den zoodanigen zijdelings een recht ontnemt, dat zij hem direct heeft toegekend, door hem daartoe niet uitdrukkelijk onbekwaam te verklaren. Art. 943 en Vlg.

Maar dan is het ook onbegrijpelijk, dat die schrijver

onmiddellijk daarop laat volgen dat de doofstomme, die niet kan lezen, toch een uitersten wil bij openbare akte kan maken, indien hij door teekenen, die door den Notaris en de getuigen verstaan kunnen worden (als met de wijze van zich uit te drukken, welke door de doofstommen geleerd wordt, bekend) zijn wil heeft bekend gemaakt, en de voorlezing op die wijze aan hem geschiedt, en van dat alles in de akte melding wordt gemaakt.

Houdt men zich niet streng, vooral bij testamenten, aan de formaliteiten die de wet voorschrijft, dan vervalt de een in die toegeeflijkheid, de andere in eene andere, zoodat van die formaliteiten weinig of niets terecht komt. Zoo wil VERNEDE in zijn Handboek pag. 460 in het oog houden dat nergens aan een doove bij de wet verboden wordt om zijn testament op deze wijze te doen opmaken, dat een doove, die niet onervaren is in het lezen, zelf den uitersten wil door den Notaris opgemaakt kan lezen en daarna te kennen geven, of het door hem gelezene zijnen uitersten wil bevat, terwijl volgens DE PINTO p. 517 n^o. 4, SCHULLER (1) ad art. een doove geen uitersten wil bij openbare akte kan verlijden. Ook VAN DEN BIESEN in: Belangrijke testamentaire quaestiën toegelicht, pag. 42 ontzegt aan den doove het recht om een testament bij openbare akte te maken,

(1) *Voorgelezen*: daar deze voorlezing en de daarop volgende afvraging nutteloos voor den doove zoude gedaan worden, blijkt hieruit dat de zoodanige op deze wijze geen uitersten wil kan verlijden. Vergelijkt DE GELDER, Adviezen deel IV pag. 321, die ook wil dat men de voorschriften der wet letterlijk moet opvolgen, zonder daarvan te mogen afwijken en daarom den doove niet toelaat tot het maken van een testament bij openbare akte. Zie ook Handboek I pag. 180—182.

doch LAND III p. 114 2^{de} druk, is wederom het gevoelen van VERNEDE togedaan. Ziet hier wat hij zegt:

Dat de erfflater het voorgelezene verstaat, wordt niet geëischt: hij kan doof, zelfs doofstom zijn. Het voorlezen dient ook niet bepaald voor den erfflater (1), maar evenzeer ook voor de getuigen. De erfgenaam kan overigens zelf lezen en zal eigenlijk altijd voorzichtig handelen door de akte na te lezen voordat hij haar teekent.

Houdt men zich nu aan de wet, die bepaalt, dat de Notaris de akte moet voorlezen en na die voorlezing aan den erfflater vragen of het voorgelezene zijnen uitersten wil bevat, dan is daarmede alles gezegd en kunnen deze formaliteiten om welke redenen ook niet vervuld worden, dan kan de erfflater zoodanig testament niet maken.

Doch zetten wij ons onderzoek der schrijvers voort.

VAN UYE PIETERSE in zijne Handleiding p. 239 zegt in eene noot:

Nota 1. De wet zegt niet op welke wijze. Die opgave kan dus ook door teekenen plaats hebben, mits de Notaris en de getuigen die teekenen verstaan.

Op dien grond kan men aan één doofstomme het regt teekenen zijnen uitersten wil bij openbare akte op te maken, hij zal echter moeten kunnen lezen.

Wij lezen verder in het Academisch Proefschrift over den uitersten wil bij openbare akte, door Mr. H. J. DIJKMEESTER op p. 38—39:

«De erfflater moet volgens art. 986a B. W. zijn wil aan den «Notaris opgeven, en deze moet dien, zooals hij zakelijk opge-

(1) Zie echter Arrest Hof van Toulouse 24 Novembre 1896, DALLOZ Rec. Pér. 1899 I p. 274 en de nota.

«geven is, in duidelijke bewoordingen schrijven of doen
«schrijven.

«Volgens art. 962 C. N. moet de uiterste wil door den erflater
«worden gedictieerd, en door een der Notarissen opgeschreven
«worden, zooals hij gedictieerd is.

«In de meeste gevallen is het eene onmogelijkheid voor den
«Notaris om woordelijk op het papier te brengen, wat de erflater
«hem gedictieerd heeft, en daarom waren ook vele Fransche
«schrijvers reeds vroeger van meening, dat dit voorschrift
«eenigszins vrij moest opgevolgd worden.

«Zij meenden dat het voldoende was, wanneer de Notaris den
«wil van den erflater zoo getrouw mogelijk in goed Fransch
«weder gaf (1).

«Thans is het genoegzaam, wanneer de erflater zijn wil zakelijk
«opgeeft, zoodat de Notaris weet, wat hij verlangt, en zoodoende
«zijn wil duidelijk op schrift kan brengen (2).

«Sommigen verlangen dat deze opgave mondeling moet ge-
«schied en, en leiden daaruit af, dat een stomme geen uitersten
«wil bij openbare akte kan maken (3).

«*Ik geloof* echter met DIEPHUIS (4) dat het nergens verboden
«is, en dat ook nergens staat voorgeschreven, dat deze opgave,
«en evenmin de nadere zakelijke opgave, mondeling moet ge-
«schied en, maar *stem* hem *toe*, dat het zeer goed schriftelijk of
«door teekens kan plaats hebben.»

Men ziet het, zoo schrijft de een den ander na, men
geloof, men stemt toe, doch men onderzoekt niet.

DE GELDER in zijn Handboek I p. 176 leert op n^o. 3
aldus:

(1) GRENIER n^o. 239 en v.v. II bl. 124 en v.v. TOULLIER V n^o. 419.
DURANTON IX n^o. 76 en v.v. MALLEVILLE, Anal, rais. II bl. 446
en v.v. ZACHARIAE III, § 670 2^o. 2, bl. 48. MARGADÉ IV n^o. 21 en v.v.
AUGAU pag. 261.

(2) VOORDUIN IV bl. 149—151. ASSER § 566. DE PINTO II § 566
en bl. 334.

(3) LOKE pag. 685.

(4) DIEPHUIS Dl. IV pag. 379 § 918.

Art. 986a B. W. zegt: «zoöals die door den erflater is opgegeven»; moet de opgave nu immer mondeling geschieden? *Dit vordert de wet niet*, zij verlangt niets meer dan eene zakelijke opgave en laat de wijze, waarop die opgave geschiedt, volkomen vrij; de opgave kan geschieden mondeling, maar ook door teekenen, vooral bij geschrifte; de wet die nu niets meer verlangt dan eene zakelijke opgave, zonder de wijze te bepalen, laat dan ook elk der drie wijzen toe, *laat dus ook den stomme toe om bij openbaar testament te beschikken*: men mag geene beperkingen in de wet zoeken, het is noodig dat de wetgever dit uitdrukt, en in het onderhavige geval zoude eene beperkende uitlegging van het woord «opgegeven» tot vele moeielijkheden daarbij aanleiding geven, die de wetgever door de algemeenheid zijner uitdrukking, *schijnt* te hebben willen vermijden: men denke, onder velen, maar eens naar eenen erflater, die een groot aantal beschikkingen wenscht te maken; deze zal die gewis in schrift stellen; om geen enkele te vergeten en dit geschrift den notaris ter hand stellen; de opgave zal dan gewis geschieden buiten tegenwoordigheid der getuigen, doch tevens eene zakelijke opgave zijn, en alleen deze vordert de wet, onverschillig op welke wijze de opgave plaats heeft.

En verder zegt die schrijver ten aanzien der opgave in tegenwoordigheid der getuigen op p. 178:

Deze opgave treedt nu in de plaats van die in art. 986a B. W. genoemd, en het te dien aanzien door ons opgemerkte is dus ook op deze opgave van toepassing, zij kan mitsdien evenzeer als de eerste op verschillende wijze geschieden.

Ook deze schrijvers stellen voorop, zonder het minste onderzoek, dat de wet geene mondelinge opgave vereischt en daarmede is dan het pleit beslist: de gevolgtrekkingen liggen voor de hand, ook hij die niet spreken kan, mag bij openbare akte testeeren: Ziet eens tot welke moeielijkheden eene beperkende uitlegging zoude leiden! wij komen daarop later uitvoerig terug.

LAND in zijne Verklaring van het B. W. II^{de} deel

2^{de} stuk, p. 102, III^{de} deel p. 113, 2^{de} uitgave teekent op art. 986 aan :

De erfflater moet zijn wil aan den Notaris «zakelijk» opgeven. Het is dus niet noodig dat hij hem woordelijk opgeeft, nog minder dat hij hem dicteert, zooals art. 972 c. civ. bepaalde; *hij kan schriftelijk, mondeling, desnoods door teekens zijn wil verklaren*. Daarna moet de notaris den wil, zooals die hem is opgegeven, in duidelijke woorden schrijven of doen schrijven. Hij kan den erfflater sprekende invoeren of niet, zooals hij verkiest; hij heeft alleen te zorgen duidelijk te schrijven of te doen schrijven.

En daarmee niet tevreden, herhaalt hij bij zijne nota 3 op p. 104 (p. 116 tweede editie) dat het *natuurlijk is* dat zulk een erfflater (die niet spreken kan) ook wel een anderen vorm van testament gebruiken mag. Welken anderen vorm? Het olographische of het besloten testament? bij openbare akte kan hij het wel, dat is reeds gezegd: de schrijver zegt het niet en zou ook moeilijk hebben kunnen aanwijzen op welke manier dusdanige erfflater de hem voorgeschrevene formaliteiten zou hebben kunnen vervullen. Voorshands bepalen wij ons tot deze opmerking: wanneer men bij zoo strenge formaliteiten als die voorgeschreven voor de geldigheid der testamenten ook nog aanneemt *wat natuurlijk is*, dan weet men wel waar men begint, doch niet waar men moet ophouden.

Zooals gezegd, de vraag of hij die niet spreken kan een testament bij openbare akte kan maken, werd tot dusverre nog nimmer door eenig rechtelijk college in Nederland beslist: de H. R. toch bij zijn arrest van 9 Maart 1855 (*W. v. h. R.* n^o. 1634) achtte het niet noodig om in een onderzoek te treden, of bij de aangehaalde artikelen eene mondelinge opgave wordt voorgeschreven.

Merkwaardig nochtans is de conclusie van den advocaat-generaal GREGORY, die aan dat arrest voorafgaat, omdat ook deze bekwame rechtsgeleerde het vonnis der Roermondsche Rechtbank nooit zou hebben onderschreven, omdat hij ook als eisch stelt, dat de erfflater in ieder geval *zal verklaren*, dat het den Notaris aangeboden geschrift, nader ook aan de getuigen ter lezing aangeboden, zakelijk zijnen uitersten wil bevat, hetgeen DE GELDER zelfs overbodig acht.

Ziet hier in welke bewoordingen het Openbaar Ministerie zich uitdrukt!

Door mannen die met betrekking tot hunne kennis van het notarisambt een zeker gezag in ons vaderland hebben wordt beweerd, dat de wet eene *mondelinge* opgave vordert. Wanneer men zich de bepalingen van het Fransche regt herinnert (art. 979 c. n.) volgens welke het testament door den erfflater moest worden gedictieerd en dus woord voor woord uitgesproken, en voorts bedenkt dat wegens de onuitvoerlijkheid van het voorschrift in vele, ja zelfs in de meeste gevallen, de Nederlandsche wetgever slechts eene opgave van den zakelijken inhoud van het testament heeft gevorderd, dan kan men niet zeggen, dat die opvatting zoo geheel ongegrond zoude zijn.

Intusschen kan ik er mij niet mede vereenigen. De Nederlandsche wetgever toch heeft het woord *dicter*, *voorzeggen*, niet gebezigd, maar het woord *opgeven*. Voorzeggen, (dicter) geeft eene bepaalde wijze van mededeelen of kenbaar maken, en wel eene *mondelinge* te kennen; *opgeven* eene onbepaalde. Wanneer dus de wetgever voorschrijft dat de erfflater den zakelijken inhoud van zijnen wil moet opgeven, zonder aan te duiden, op welke wijze die wil moet worden medegedeeld, dan kan zulks niet alleen mondeling maar ook schriftelijk, ja zelfs door bekende teekenen geschieden. (1)

(1) MABÉ, Handboek voor Notarissen II, p. 132:

47 d). Een doofstomme die niet lezen kan, gelooven wij dat een uiterste wil bij openbare akte kan maken, indien hij door teekenen, die door den Notaris en de getuigen verstaan kunnen worden (al

Naar mijne beschouwing kan dus de erflater zijnen wil zakelijk *bij geschrifte* aan den notaris bekend maken, en kan hij, wanneer die opgave buiten de tegenwoordigheid der getuigen is gedaan, zijnen wil nader, zakelijk, evenzeer *bij geschrifte*, aan de getuigen mededeelen, om daarvan inzage en kennis te nemen, ten einde zodoende te kunnen beoordeelen of die uitgedrukte wil met den inhoud der voor te lezen akte overeenstemt. De uitdrukking, *in tegenwoordigheid der getuigen*, staat aan die beschouwing niet in den weg. Wanneer toch de erflater bij het overhandigen van het geschrift aan de getuigen VERKLAART, dat dit stuk zijnen wil bevat, geeft hij werkelijk zijnen wil in tegenwoordigheid der getuigen op.

Evenzeer, kan naar mijn inzien, de erflater door bekende teekenen zijnen wil zakelijk mededeelen, wanneer namelijk die teekenen door den Notaris en de getuigen verstaan worden.

Deze wijze van zien is dan ook in volkomen overeenstemming met het doel van het voorschrift van art. 986. Dit doel is toch geen ander dan dat en de notaris en de getuigen de zekerheid hebben, dat hetgeen in de notarieele akte wordt opgenomen, werkelijk is de wil van den erflater.

Zal het testament dus de uitdrukking zijn van den vrijen en wel overwogen wil van den erflater, zullen en de Notaris en de getuigen daarvan de zekerheid verkrijgen, dan dunkt mij is iets meer noodig dan het aanwezig zijn van een papiertje, waarop iemand, men weet niet wie, geschreven heeft: Ik herroep alle vroeger door mij gemaakte testamenten: ik benoem tot erfgename, van alles wat ik bij mijn overlijden zal nalaten mijne echtgenoot. Wij zullen straks aantoonen, met de wet in de hand, wat daartoe door den wetgever vereischt wordt.

met de wijze van zich uit te drukken, welke de doofstommen geleerd wordt, bekend) zijn wil heeft bekend en de voorlezing door den Notaris op die wijze aan hem geschiedt en dat van dit alles in de akte melding gemaakt wordt. Wij althans zouden hem zoodanig recht niet willen betwisten. Zie ook VAN UYE PIETERSE, Handleiding p. 240, nota.

Rest ons eindelijk en om geheel volledig te zijn in de mededeeling der litteratuur over de vraag die ons bezighoudt, een woord te zeggen over de bekende procedure in de testamentsquaestie van W. GLIZEN in 1868, 1869 en 1870 bij de Rechtbank te Utrecht, het Provinciaal Gerechtshof en den Hoogen Raad gevoerd. SPRENGER VAN EYK behandelt dezelve in Regt en Wet XXII p. 254—298. VAN DEN BIESEN heeft daarover onder den titel „Belangrijke testamentaire quaestiën” in 1870 eene brochure uitgegeven, die door VAN BONEVAL FAURE in het Rechtsgeleerd Bijblad van 1870, deel 20 p. 701—704 werd gerencenseerd.

Zoo lezen wij, voor wat de hier behandelde vraag betreft, op p. 297 in Regt en Wet;

Uit het voorafgaande kan blijken, dat bij de beoordeeling van de vraag, of de gestelde feiten in strijd zijn met het gerelateerde, van groot gewicht is te weten, hoe de opgaaf van den wil kan plaats hebben. Dat eene schriftelijke opgaaf voldoende is werd herhaaldelijk betoogd, o. a. door den advocaat-generaal GREGORY in zijne conclusie voor het arrest van 9 Maart 1855.

Ook Mr. VAN DEN BIESEN nam die stelling aan en m. i. teregt.

Bovendien — evenmin als in de praktijk de opgaaf van den geheelen wil vlak achter elkander geschiedt, maar de kennis van den wil vaak door vragen en antwoorden, soms gedeeltelijk door een enkel ja of neen van den testateur wordt verkregen — evenmin heeft de wet gevorderd, dat alleen de testateur bij de opgaaf sprekende zal optreden en niet door vragen op den weg kan worden gebracht.

Een algemeenen regel te stellen, wat wel en wat niet tot eene aan den eisch der wet voldoende opgaaf gevorderd wordt is niet mogelijk. 't Komt er maar op aan, dat er voor den notaris en de getuigen niet de minste twijfel overblijft omtrent hetgeen de testateur wil. Kan hij 't hun niet duidelijk genoeg maken, er kan geen testament verleden worden. (1)

(1) Conf: De wet op het Notaris-ambt door S. V. E. uitgave 1863 p. 104 en 105, II^e druk bijgewerkt door VROOM p. 125: «Sommige

Curiositeitshalve en omdat wellicht menig lezer niet in het bezit is der brochure van Mr. VAN DEN BIESEN deelen wij daaruit nog mede, wat hij omtrent de gestelde vraag aanvoert.

Ziehier wat wij op p. 39 lezen :

Mannen van gezag als LOKE, DE PINTO en meer anderen, beweren, dat ook volgens onze wetgeving, de testateur aan den notaris in mondelinge opgave zijnen uitersten wil moet kenbaar maken. Zij beroepen zich op de rechtsgeschiedenis, dat namelijk de Nederl. Wetgever, wegens de onuitvoerbaarheid der Fransche wet, wat aangaat 't woord voor woord voorzeggen en 't letterlijk opschrijven door den notaris, slechts vorderde eene zakelijke opgave van den uitersten wil, zonder daarom het mondelings mededeelen af te schaffen.

Er moge al eenigen grond voor deze bewering bestaan, wij echter moeten ons aan de Wet houden, zooals zij geschreven is.

Er staat nu in plaats van *voorzeggen* (1) opgeven. Volgens zuivere *taalkunde* geeft voorzeggen eene bepaalde wijze van mededeelen of kenbaar maken aan; en wel eene *mondelinge*, — opgeven daarentegen eene onbepaalde wijze van mededeelen; men kan bijv. evengoed iets mondelings als schriftelijk opgeven.

Het voorschrift dus dat de erfflater zakelijk zijnen wil moet opgeven, zonder aan te duiden op welke wijze die opgave moet geschieden, kan opgevolgd worden niet alleen mondeling maar ook schriftelijk en zelfs door bekende teekenen.

Wat moet men echter onder bekende teekenen verstaan, waardoor men ook zijnen uitersten wil kan kenbaar maken?

«meenen, dat de opgave ook die in al. 2 bedoeld mondeling moet geschieden, zoodat een stomme geen uitersten wil bij openbare akte zou kunnen maken.

«Wij gelooven met DIEPHUIS (deel IV 918 en 921), VAN UYE PIETERSE «bl. 232 en DYCKMEESTER (bl. 39) dat men het voorschrift van eene «zakelijke opgave te beperkt opvat, en dat het nergens verboden is, «de opgaven van al. 1 en 2, ook anders dan mondeling te doen.»

(1) Dit woord is door den wetgever nimmer gebezigd; zie hierna art. 58 waarin gesproken wordt van *verklaren* en schrijven *zoodat het hem wordt opgegeven*, en de officieele vertaling van art. 972 C. civ.

Ik geloof dat hier alleen *de vingerspraak* in aanmerking kan komen, en hier is niets tegen, indien de notaris en de getuigen die vingerspraak verstaan (1), want hen zijn die teekenen dan even goed bekend, als de klanken of letters waarmede de testateur zijnen uitersten wil mondelings of schriftelijk had kunnen opgeven.

Verder moet men echter niet gaan, daar men anders door wie weet wat *dwaasheden* zijnen uitersten wil zou kunnen kenbaar maken en zodoende zou het beroemde kloptestament, onlangs te Delft gemaakt, nog van kracht kunnen zijn. Dit geval is niet onwaardig: Eene oude schatrijke juffrouw te Delft, die met haar nichtje samenwoonde, werd plotseling ongesteld: de notaris werd ontboden, maar helaas! de juffrouw had haar spraak verloren. Dit was echter geen beletsel voor onzen notaris: hij beduidde haar, dat hij haar vragen zoude stellen, en als zij geneigd was op die vragen toestemmend te antwoorden, zij dan tegen de beddeplank moest kloppen. Zoo gezegd, zoo gedaan. De notaris zet zich neer. Na eenige vragen, of zij haar testament wilde maken, enz., waarop kloppend werd geantwoord, noemde de Notaris eenige personen op en vraagt of zij die erfgenaam wilde maken.

Doodsche stilte; eindelijk noemt de notaris den naam van het nichtje en, ja wel, nu werd er op de beddeplank geklopt. Nadat zij nog eenige malen geklopt had, om aan de verdere formaliteiten te voldoen, hield haar hart op met kloppen en zij liet haar nichtje een kolossaal fortuin na.

Tegen deze beschikking, die zooals men zegt, over tonnen gouds loopt, is men tot dusverre nog niet in rechten opgekomen.

Een ieder zal 't mij toegeven, dat 't kant noch wal raakt, om door zulke teekenen zijnen uitersten wil bekend te maken.

Dit is geene zakelijke opgave, geene mededeeling, kloppen krijgt eerst eene beteekenis na de vraag van een ander en is dus meer antwoord dan opgave.

In alle gevallen kon zij zodoende slechts eenen universeelen erfgenaam benoemen, daar de notaris anders de namen van alle

(1) Hoeveel notarissen zouden er wel in den lande zijn die de hierbedoelde vingerspraak verstaan: ik, die toch met een groot aantal notarissen in relatie geweest ben en ook thans nog ben, ik heb er nooit één gekend die de bewuste vingerspraak had geleerd.

menschen, gestichten of kerken had moeten afroepen, hetgeen onmogelijk is. (1)

Om dus niet tot dwaasheden te vervallen, moet men zich alleen bepalen tot vingerspraak ten minste wat aangaat de zakelijke opgave. Niets belet echter, dat men *door ja of neen te schudden* (2) niet kan antwoorden.

Ja, zoo vervalt men tot dwaasheden, wanneer men zich niet stipt aan de voorschriften der wet houdt, en gezaghebbende schrijvers, als: DE PINTO, DIEPHUIS, LAND, DE GELDER, enz. leeraren dat men ook door teekens zijn uitersten wil kan *opgeven*: waar is dan de grens? moet men die met VAN DEN BIESEN aannemen tot en met de vingerspraak der doofstommen en zoo ja, op welken juridieken grond? Wanneer het voorgestaan doch dezerzijds met klem bestreden systeem van opgave door teeken in den geest en de bedoeling van den Ned. Wetgever mocht kunnen gelegen hebben of met de voorgeschreven formaliteiten zoude vereenigbaar wezen, dan kan ik het den laatstgenoemden schrijver volstrekt niet toegeven, dat het Delftsche klopsysteem noch kant noch wal raakt: Of de erfflater, op de hem gestelde vraag van den Notaris of hij bijv. zijne echtgenoot tot universeele erfgename benoemt, met het hoofd schudt of met de vuist tegen de bedplanken slaat, noch de eene, noch de andere wijze kan eene opgave van den uitersten wil door den erfflater

(1) Maar hoe dan, als de juffrouw op de vraag van den Notaris of zij nog iemand anders harer familieleden, vrienden of bekenden tot erfgenaam wilde benoemen, niet meer had geklopt: dan ook had die notaris de quasi-zekerheid dat niemand anders door haar zou bedacht worden!

(2) Ik zie daarin weinig verschil met het klopstelsel van den Delftschen notaris: of men nu met zijne handen of met het hoofd een teeken geeft: vaak geschiedt bij de opbiedingen het teeken door het opsteken van den vinger.

genoemd worden en beide wijzen van testeeren zijn eveneens bij de wet verboden.

Het is dan ook geen wonder dat na al deze mededeelingen een overigens zeer gewaardeerd schrijver, die nog thans voor de akte van in bewaringgeving van den olographischen wil, zie SCHERMER, ontwerpen van notarieele akten III^{de} deel eerste gedeelte p. 141 en p. 142 nota 3, eene *verklaring* van den erflater eischt, het verkeerde pad door schier al zijne voorgangers ingeslagen, heeft opgevolgd, allerlei voorbeelden van openbare testamenten heeft ontworpen voor hem die geheel doof is, die geheel doof is en niet kan lezen, enz. enz. Wij onderschrijven gaarne wat de Notaris A. MOLL in zijn tweede deel, derde druk, p. 219 zegt in deze woorden:

Al die onderscheidingen zijn buiten de wet, en wat er nu ook te zeggen moge zijn voor speciale wettelijke bepalingen omtrent den vorm van testamenten in de aangewezen gevallen, 't is m. i. niet de taak van den uitlegger noch van den ambtenaar belast met de toepassing der wet, om hare voorschriften aan te vullen of te verbeteren.

Volkomen terecht waarschuwen beide schrijvers, zie b.v. p. 164, tegen het gebruik maken in de z.g. openbare testamenten van andere uitdrukkingen, dan die waarin de wetgever zijn wil heeft te kennen gegeven: het is zeker raadzaam en voorzichtig om zooveel mogelijk letterlijk de bepalingen van de wet te volgen, die in art. 1000 de straf van nietigheid bedreigt tegen het niet in acht nemen der voorgeschreven formaliteiten: waar nu hier voor ligt een testament, houdende dat de erflater zijne opgave schriftelijk heeft gedaan, wordt iets geconstateerd wat de wetgever niet heeft voorgeschreven.

Op p. 214 leest men dan verder:

De erflater moet zijn uitersten wil aan den notaris *opgeven*: hij kan dit mondeling, schriftelijk, zelfs door teekens doen; hij kan ook zijn wil aan den Notaris dicteeren.

Meer niet: alwederom, een onderzoek naar de beteekenis van het woord opgeven ontbreekt ten eenenmale.

Zoo hebben wij dan kennis gemaakt met geheel de Nederlandsche rechtslitteratuur betrekkelijk de vraag die ons bezighoudt en men zal daaruit ontwaard hebben dat geen enkele schrijver op dogmatische wijze, door de geschiedenis der wet, hare beweegredenen en de noodzakelijkheid heeft aangetoond, dat het woord *opgeven* in art. 986 B. W. iets anders kan beteekenen dan *verklaren*, *mondeling mededeelen*.

„Het is niet genoeg, zegt Prof. FRUIN l. c. p. 27, dat „wij de voorschriften van den Code *weten*, wij moeten ze „*kennen*, en wij kennen hen alleen dan, wanneer wij hen „in de oorzaak van hun bestaan, in de bronnen, waaruit „zij zijn voortgevloeid, hebben opgespoord” en uit alle vorenstaande citaten blijkt dat die schrijvers zulks hebben verzuimd.

Wij gaan thans over tot ons betoog, dat de erfplater zoowel aan den Notaris als aan de getuigen zijn wil *mondeling* moet opgeven en dat dierhalve hij, die niet spreken kan, ook geen testament bij openbare akte kan doen opmaken en voor zooverre hij kan schrijven de eenigste weg voor hem door artikel 988 B. W. is aangewezen om een geldig testament tot stand te brengen.

Bij dit betoog zullen wij in de eerste plaats onderzoeken de wetgeving waaraan onze Ned. wetgever de door hem bij het testament voorgeschrevene formaliteiten ontleend heeft, in verband met eene vergelijkende opgave der andere voornaamste wetgevingen van andere landen.

In de tweede plaats ontwikkelen de rechtsgronden, waarop schier alle wetgevingen hun voorschrift van mondelinge opgave steunen.

En in de derde plaats door den tekst onzer wetsbepalingen in verband met hare geschiedenis aantonen, dat

de Nederlandsche wetgever aan de oude traditiën getrouw is gebleven en bij geen mogelijkheid de mondelinge opgave kan hebben willen prijs geven.

§ 1.

Het is bekend, dat ons artikel 986 ontleend is aan art. 972 en 973 van den Franschen code, luidende:

972 Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté.

S'il n'y a qu'un, notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

973 Ce testament doit être signé par le testateur: s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

En die formaliteiten zelf ontleende de code aan het oude Fransche recht. DEMOLOMBE n^o. 242 leert ons dat reeds art. 289 van het costumierrecht van Orleans en art. 5 van de ordonnantie van 1735 het dicter voorschreven en de jurisprudentie was zoo streng, dat wanneer de akte niet vermeldde dat de uiterste wil was geschreven onder het dictée van den erflater, het testament werd nietig verklaard. Zie bij GRENIER *Traité des Donations et des Testaments* I n^o. 230 en vlg. (1)

Wat was het doel van dat voorschrift, wat beoogde men? DEMOLOMBE leerde het ons aldus:

(1) In nummer 233 p. 412 wordt aangehaald een arrest van 16 Februari 1617 waarbij een testament werd nietig verklaard omdat de Notaris deze uitdrukking had gebruikt: *Proféré par sa propre bouche* in plaats van *dicté*. Het Hof van Riom, arrest van 26 Maart 1810, heeft deze uitlegging niet gevolgd omdat in het testament vermeld was: *qu'elle le dictera*.

La législateur de notre code, en la maintenant, a considéré qu'elle est, en effet, le meilleur moyen de prévenir les erreurs, les suggestions et les surprises et qu'aucune formalité ne peut être plus propre à constater:

d'une part, que les dispositions du testateur seront bien comprises par lui, bien conformes à sa volonté personnelle, à sa volonté libre et spontanée;

d'autre part, qu'elles seront aussi bien comprises par les notaires et par les témoins qui, après avoir entendu les paroles du testateur peuvent apprécier si la rédaction y est exactement conforme.

Vandaar dan ook dat, overeenkomstig art. 2 van de ordonnantie van 1735, die alle beschikkingen uitdrukkelijk nietig verklaarde *qui ne seraient faites que par signes*, encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes, dit testament bij openbare akte tot grondslag heeft de *mondelinge verklaring*, zoodat de zieke die niet meer kan spreken op die wijze geen testament kan maken, evenmin als de stomme en de doofstomme; vandaar dan ook dat het zoogenaamd testament par interrogat, ad alterius interrogationem, le procédé le plus dangereux et le plus de nature à favoriser les surprises et les suggestions, in het oude recht uitdrukkelijk verboden, onder de code is onbestaanbaar, zooals alle schrijvers en eene constante jurisprudentie leeren: de geheele beschikking moet door den mond van den erflater geopenbaard worden. Dit is dus de grondgedachte van den Franschen wetgever en van schier alle overige destijds bestaande wetgevingen van Europa, zooals thans zal worden medegedeeld.

Het Burgerlijk recht van *Sicilië*, art. 842—297 = art. 967—972, van het Groot-Hertogdom *Baden* 776—779 = 967—980, behoudens enkele wijzigingen van ondergeschikt belang, van *Haïti* 776—779 = 967—980, is geheel en al getrouw gebleven aan het Fransche stelsel door overname van dezelfde bepalingen.

Het wetboek van *Sardinië* zegt: art. 766.

Le notaire doit connaître le testateur ou certifier son identité, recevoir sa *déclaration* en présence des témoins et lui en donner lecture.

Wetboek van *Beijeren* Livr. III Ch. 3. De la forme des testaments, art. 364.

Le testament écrit doit être fait en présence de sept témoins par le testateur, ou clos, ou ouvert, et signé par lui en présence de les mêmes témoins.

Après déclaration expresse que cet écrit contient sa dernière volonté, tous les témoins signeront.

On ne pourra désemparer ou divertir à d'autres actes.

Le notaire devra par sa présence donner de l'authenticité aux signatures des sept témoins.

Art. 6. Le testament *nuncupatif* est celui par lequel le testateur *déclare* avec les formalités ci-dessus devant sept témoins et *de vive voix* sa dernière volonté.

Wetboek van *Oostenrijk* art. 587.

Devant les tribunaux on peut de même tester par écrit ou de vive voix. Le testament par écrit doit être signé par le testateur et remis par lui en personne au tribunal.

Art. 588. Quant au testament *de vive voix*, le tribunal en dresse procès-verbal, le cachète et le dépose au greffe.

Art. 589. Le tribunal qui reçoit un testament, doit être composé de deux juges assermentés ou d'un juge et de deux témoins.

Wetboek van *Pruissen*:

66—82. En général un testament ou un codicille doit être fait devant un tribunal ou devant une commission nommée à cet effet. Cette commission doit se composer au moins d'un juge assermenté et d'un greffier également assermenté, ou de deux hommes probes ayant prêté serment à défaut de greffier. Cette commission est nommée par le président du tribunal.

96—100. On peut aussi remettre son testament scellé aux tribunaux, qui alors n'ont d'autre question à adresser au testateur que de savoir s'il l'a écrit et signé lui-même.

113—115. Les aveugles et ceux qui ne peuvent pas lire ou écrire ne peuvent tester que de *vive voix*.

145—148. Il doit se convaincre, au moyen de quelques questions que le testateur est sain d'esprit, surtout dans le cas où il aurait eu quelques absences mentales; et alors il doit se faire assister d'un expert.

Wetboek van het kanton *Vaud*:

Art. 650. Le notaire doit connaître le testateur ou s'assurer de l'identité de sa personne. Il doit le voir pendant qu'il teste.

Le testateur *énonce sa volonté* au notaire, article par article en présence des témoins.

Il doit être donné lecture du testament au testateur en présence des témoins.

Le testateur doit *ratifier* article par article.

Wetboek van het kanton *Berne*:

Art. 557. Un acte de dernière volonté doit être fait par écrit en présence de deux témoins.

560. Les hommes peuvent écrire leur disposition eux-mêmes ou la *dicter* au notaire; les femmes doivent toujours la *dicter* à un notaire.

661. La disposition doit, dans le premier cas, être écrite en entier par la personne même, contenir une date et être signée de ses noms de baptême et de famille.

562. Tout acte de dernière volonté, reçu par un notaire, doit être signé et l'exactitude en être attestée par le disposant; s'il n'est pas en état de signer, lecture doit lui en être faite par un des témoins.

Wetboek van *Louisiana*:

Art. 1574. Le testament nuncupatif par acte public doit être reçu par un Notaire public en présence de trois témoins, résidant au lieu où se passe le testament ou de cinq témoins non résidants au même lieu.

Ce testament doit être *dicté* par le testateur et écrit par le Notaire *tel qu'il est dicté*.

Il doit ensuite en être donné lecture au testateur en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse, en observant que toutes

ces formalités doivent être remplies de suite, sans interruption et sans divertir à d'autres actes.

Al deze bepalingen ontleenen wij aan het werk van ANTOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le code français*: DALLOZ voce *Dispositions entre vifs et testamentaires* resumeert deze wetgevingen in de nummers 77, 79, 80 en 81, terwijl men in nummer 75 het *Engelsche* en in nummer 78 het *Zweedsche* recht geresumeerd vindt en wanneer het waar is wat TROPLONG zegt, dat de studie van het vergelijkend recht de beste wijze is om de gewichtige vragen te doorgronden die de wetenschap van het recht oplevert, wanneer wij dan overal elders in alle landen, voor zoverre wij hebben kunnen nagaan, en wellicht ook in de overige landen waarvan de wetgeving niet onder ons bereik is, eenparig de eisch gesteld zien, dat de erfflater, wanneer hij niet een geschreven testament wil maken, zijn wil steeds mondeling moet *opgeven*, *déclarer*, kan men dan zoo maar zonder eenigen grond aannemen, dat de Nederlandsche wetgever in 1833 dien waarborg voor een oprechten en vrijen uitersten wil geheel klakkeloos zou hebben prijs gegeven, zóódat zonder den erfflater te hooren spreken, notaris en getuigen, afgaande op een geschreven stukje papier, waaromtrent de erfflater niets kan zeggen of verklaren, de zekerheid hebben dat hetgeen op dat stukje papier staat, wellicht door een ander belanghebbende geschreven, in ieder geval door hem geïnspireerd, de uiterste wil is van hem wiens testament gaat verleden worden? En kan men dat vooral aannemen, waar blijkbaar de Nederlandsche wetgever alleen het *dicter*, het woordelijk *opgeven* heeft willen vervangen door eene zakelijke opgave, vrij aan den Notaris om alsdan het opgegevene in duidelijke bewoordingen te redigeeren?

Want men verlieze niet uit het oog dat vooral ten aanzien van article 972 en meer in 't bijzonder van het *dicté* waar is wat de Voorzitter van het Hof van Cassatie, de Heer BALLOT-BEAUPRÉ in de plechtige vergadering van 29 October 1904, ter viering van het eeuwfeest van den Code Civil en in tegenwoordigheid van den President der Fransche Republiek gezegd heeft, toen deze hooggeplaatste magistraat betoogde, waarom die Code een honderdjarig bestaan had kunnen beleven.

Lorsque le texte, zeide hij, sous une forme impérative, est clair et précis, ne prêtant à aucune équivoque, le juge est obligé de s'incliner et d'obéir; s'il ne le faisait pas, il manquerait à un devoir élémentaire et de pareils abus, en se généralisant, produiraient une véritable anarchie.

Mais, lorsque le texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification *et sa portée*, lorsque rapproché d'un autre, il peut, dans une certaine mesure, être, où contredit ou restreint, ou, à l'inverse, *développé*, j'estime que le juge alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendues; il ne doit s'attarder à rechercher obstinément qu'elle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux; il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne.

Het woord *dicté*, voorzegen is absoluut en aan het *dictée* mag geen jota worden veranderd, zal het nog den naam van *dictée* verdienen: is dat de bedoeling van den wetgever geweest?

Dit zou eene door niets gerechtvaardigde overdrijving wezen.

Zoo zal de Notaris den erflater kunnen inlichten over het karakter der beschikkingen die hij maken wil, hem er

opmerkzaam op kunnen maken, dat deze of gene beschikking of nietig is als strijdig met de wet of in de uitvoering tot moeielijkheden kan aanleiding geven. Is de Notaris meer als de Secretaris van den erflater te beschouwen, dan blijft hij toch ook diens ontwikkelde en van rechtskennis niet verstoken raadsman, die den erflater kan inlichtingen vragen over de aanwijzing der legatarissen, die hem kan vragen of hij geen andere beschikkingen te maken heeft, of hij dit of dat familielid niet wil begunstigen, of hij niet vroegere testamenten herroepen wil.

Dat het testament nietig is, wanneer de Notaris het geschreven heeft enkel op nota's die de erflater hem overhandigt, is boven allen twijfel (1): doch dat de erflater, vooral wanneer hij talrijke beschikkingen te maken heeft zich niet van geschreven nota's, ja van een geheel door hem, door zijn notaris of zijn advocaat vervaardigd ontwerp zou mogen bedienen, mits hij het maar aan

(1) DURANTON, Cours de Droit civil V n^o. 69 p. 35.

Aussi, point de testament par signes: le muet ne peut donc tester par acte public.

Le vœu de la loi ne serait pas non plus rempli, si le testateur répondait aux interrogations qui lui seraient faites: c'est lui, et lui seul, qui doit énoncer ses dispositions; en sorte que le notaire ne peut écrire que celles qui lui sont entièrement dictées par le testateur, c. a. d. *prononcées de vive voix* par celui-ci.

Il ne pourrait se borner à copier un projet écrit que lui remettrait le testateur; il faudrait que ce dernier dictât lui-même les dispositions qu'il aurait préparées et rédigées d'avance.

ZACHARIAE, Cours de droit civil français par AUBRY et RAU. V. p. 99.

Le testament doit être dicté par le testateur. Il serait nul, si le testateur n'avait manifesté ses volontés que par signes, ou à l'aide de notes remises au notaire, ou par forme de relation à un autre acte, comme aussi si le testateur n'avait fait que répondre à des interrogations, qui lui auraient été adressées.

DELVINCOURT, Cours de code civil IV, p. 218.

Les formalités de ces testaments sont:

den notaris voorzegt of dicteert, wordt door alle schrijvers en ook door de Jurisprudentie aangenomen.

Er moet dus steeds wezen een dictée, dat is woord voor woord opzeggen, dit vorderde de oude ordonnantie, dit vordert nog het artikel 972: *le testament doit être écrit par le notaire, tel qu'il est dicté.*

Hierop heeft men de vraag gesteld: Is dat mogelijk en wanneer de erflater taalfouten maakt, wanneer de beschikkingen zijn duister, zonder volgorde, zonder samenhang, moet dan de notaris die barbarismes, die duistere en onsamenhangende beschikkingen zoo maar neerschrijven?

En hier is nu waar, wat de Voorzitter van het hof van Cassatie zeide: *la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie humaine*: dit heeft de jurisprudentie, dit hebben de commentatoren gedaan door een slaafsch dictée, woord voor woord, gelijk dat van een onderwijzer, te verwerpen: le notaire, zegt DEMANTE, *est sans doute le secrétaire du testateur, mais il doit être un secrétaire habile et intelligent*: de wet, die het dictée voorschrijft moet in een redelijken zin uitgelegd worden, overeenkomstig de gebruiken der praktijk, de noodzakelijkheid der zaken en het blijkbaar belang der erfaters zelf.

Zoo behoeft de Notaris noch de taalfouten van den erflater, noch diens duistere en verkeerde zinnen neer te schrijven, zoo kan hij eene betere volgorde in de beschikkingen stellen en meer helderheid en klaarheid daarin aanbrengen, mits hij maar geheel en al met de grootste

49. Qu'il soit dicté par le testateur aux deux notaires ou au notaire, s'il n'y en a qu'un seul.

Donc l'individu qui est muet ne peut tester par acte public. Mais s'il sait écrire, il peut faire un testament olographe, et même lui donner la forme mystique (art. 979);

S'il ne sait pas écrire il ne peut tester d'aucune manière.

nauwkeurigheid de beschikking terug geeft, zooals dezelve door den erflater is *opgegeven*.

Men heeft ook nog de vraag gesteld hoe de Notaris moet handelen wanneer de erflater de Fransche taal niet machtig is en zich alleen in zijn eigen dialekt, bijv. het Alsatise, Bretons, Provençaals kan uitdrukken of wanneer een Engelschman of een Duitscher een testament wil maken.

Het spreekt van zelf dat de notaris en de getuigen de taal moeten verstaan en dat geen tolk daarbij kan dienst doen: want de beschikking moet uit den mond van den erflater genotuleerd worden.

Welnu, vermits in Frankrijk voor de openbare akten de Fransche taal moest gebezigd worden, zal de Notaris het testament in 't Fransch stellen, hij zal dus terstond het gesprokene van dat dialekt in het Fransch vertalen en bij de voorlezing daarvan de gebruikte taal van den erflater herhalen: men zal toegeven dat men nu juist niet meer de dictée heeft maar en doctrine en jurisprudentie hebben deze wijze van handelen van den Notaris goedgekeurd ter wille van de noodzakelijkheid.

Ziet daar dus de stand der wetenschap, zooals deze zich door de noodzakelijkheid had ontwikkeld in Frankrijk, toen men in Nederland begon met de herziening van het Burgerlijk Wetboek, doch over de geschiedenis daarvan zullen wij later uitwijden in § 3.

Eene *mondelijke verklaring* alzoo van den erflater, als grondslag, fundament van het testament: alle de nieuwere wetgevingen die wij hebben kunnen raadplegen, behielden dezen grondslag: ten bewijze daarvan deze mededeeling nog.

Het Burgerlijk Wetboek van het kanton *Zurich* van 1887, zie de vertaling van ERNEST LEHR, p. 245 bepaalt in zijn art. 998 aldus:

Le testament public est valable à condition:

1^o. Que le testateur ait *énoncé de vive voix* ses dernières volontés en présence d'un Notaire et d'au moins deux témoins à ce requis;

2^o. que les dites volontés aient été immédiatement consignées par écrit en présence des témoins;

3^o. qu'aussitôt après avoir été rédigé, l'acte ait été lu au testateur et aux témoins, reconnu par eux comme exact et signé de leur propres mains par le testateur, les témoins et le Notaire.

Het Burgerlijk Wetboek van *Spanje* van 24 Juli 1889, zie de vertaling van LEVÉ, p. 143 houdt de navolgende bepalingen in:

Art. 695. Le testateur *déclarera* sa dernière volonté au Notaire et aux témoins. Le testament, rédigé conformément et avec mention du lieu, de l'année, du mois, du jour et de l'heure de sa réception, sera lu à haute voix pour que le testateur *déclare* s'il est conforme à sa volonté. S'il l'est, l'acte sera signé par le testateur et les témoins, qui peuvent le faire.

Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera signé, à sa place et sur sa demande, par un des témoins ou par une autre personne, le notaire attestera le fait. On fera la même chose, si un des témoins ne peut signer.

Art. 696. Lorsque le testateur, qui se propose de faire un testament public, présente par écrit des dispositions testamentaires, le notaire rédigera le testament conforme et le lira à haute voix, en présence des témoins, pour que le testateur *déclare* si son contenu est l'expression de sa dernière volonté.

En eindelijk het Deutsche wetboek van 1900 in art. 2238:

Die Errichtung des Testaments erfolgt in der Weise, dass der Erblasser dem Richter oder dem Notar seinen letzten Willen *mündlich* erklärt oder eine Schrift, mit der *mündliche Erklärung* übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden. Sie kann von dem Erblasser oder von einer anderen Person geschrieben sein. Wer minderjährig ist oder geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch *mündliche Erklärung* errichten.

(1) Zietdaar dus de nieuwste wetgevingen van den laatsten tijd, doch tevergeefs zal men eene enkele wetgeving kunnen aanwijzen, waarin de mondelinge verklaring van den uitersten wil door den erflater wordt prijs gegeven.

(1) Mijn geachte collega, de Secretaris der Société de législation comparée, de heer F. DAGUIN, advocaat te Parijs, deelt mij nog de volgende wetgevingen mede:

1^o. Code Civil *Portugais* du 1^{er} Juillet 1867. (Traduction de M. M. LANEGRIE ET DUBOIS):

Art. 1912. La personne qui veut faire son testament en cette forme (par acte public) doit *déclarer* ses dernières volontés devant cinq témoins.

2^a. Code civil de *Chili*, Traduction de M. H. PRUDHOMME:

Art. 1017. Le testament solennel est reçu par un notaire. Il peut être dicté à cet officier ministeriel ou lui être remis par écrit; dans tous les cas, il doit être lu à haute voix par le notaire.

3^o. Code civil d' *Italie*, Traduction de M. H. PRUDHOMME:

Art. 777. Le testament public est reçu par un notaire, en présence de quatre témoins ou par deux notaires en présence de deux témoins.

Art. 779. Le testateur doit *déclarer* au notaire, en présence des témoins sa volonté.

4^o. Code civil du Canton de *Genève*:

Art. 787. Lorsqu' une personne veut tester par acte public, elle est tenue *d'énoncer* sa volonté au notaire en présence des témoins.

5^o. Code civil de *la République de l'Equateur*:

Art. 1007. Le testament solennel est reçu par un notaire (escribano), assisté de témoins. Il peut être dicté ou présenté par écrit; mais dans l'un et l'autre cas, il doit être lu à haute voix par le notaire ou par un des témoins.

§ 2.

En waarom? Waarop is de eisch der wet gegrond dat de erflater zijn uitersten wil zal *mondeling* verklaren? Wat maakt die *mondelinge* verklaring noodzakelijk, ja onmisbaar?

Die vraag moet eenigszins uitvoerig beantwoord worden, waar degelijke rechtsgeleerden niet kunnen inzien dat door het toelaten eener schriftelijke opgave, zonder dat zelfs de erflater kan spreken, de weg geopend wordt voor bedrog en suggestie bij de openbare akte van uiterste wilsbeschikking, en zulks onder vigueur van eene wetgeving, die zoo zeer gegrond is op eene *mondelinge* verklaring van den erflater op solemneele wijze afgelegd voor den Notaris en de getuigen, dat zij, met uitzondering van enkele beschikkingen van zeer ondergeschikten en weinig belangrijken aard (zie art. 982 B. W.) het olographisch testament niet toelaat, zoo dit niet door den erflater bij den Notaris in bewaring is gesteld! (979 B. W.)

Een door den erflater geheel en eigenhandig geschreven, gedagteekend en onderteekend testament is voor den Nederlandschen wetgever van nul en geenerlei waarde, zelfs wanneer de Nederlander dit in den vreemde opmaakt, alwaar het olographisch testament zonder meer geldig is, indien dit zijne bekrachtiging niet heeft bekomen door eene verklaring voor den Notaris bijgestaan door twee getuigen afgelegd? Want men vergete het niet, het testament is eene akte, houdende *de verklaring* van hetgeen iemand wil dat na zijnen dood zal geschieden (art. 922 B. W.): kan de erflater die *verklaring* niet afleggen, met

6°. Code civil du *Vénézuëla* de 1904: .

Art. 751. Le testament ouvert est reçu par l'officier public chargé de la réception des actes (registrator), assisté de trois témoins.

Art. 753. Le testateur est tenu de *déclarer* ses volontés, qui sont mises par écrit, sous la direction de l'officier public.

inachtneming der bij de wet vastgestelde formaliteiten, dan voorziet art. 998 B. W. door verscherping der formaliteiten in de wijze waarop de mondelinge verklaring nu door eene schriftelijke zal kunnen vervangen worden.

En waarom is dit alles zoo geordend? ASSER § 496 p. 333—336 leert het ons uitvoerig en daar vinden wij dat het olographisch testament oudtijds in de Nederlanden niet alleen niet in gebruik doch zelfuitdrukkelijk verboden was, dat het door den wettelijken erfgenaam gemakkelijk is te verduisteren, het geschrift gemakkelijk kan worden nagebootst en dan ten slotte dat een vleijer of fortuinzoeker den erflater in een oogenblik van zwakheid, van verstandsverbijstering of zelfs van onmatig gebruik van sterken drank kan overhalen om blootelijk op een papier te schrijven, *dat hij zijn vroeger testament herroept*, ten einde een onwaardigen persoon te verrijken: terwijl de erflater, na het ophouden der bedwelming, niet eens weet of vergeten heeft hetgeen er gebeurd is.

Dit laatste vooral rechtvaardigt alleszins de strenge voorschriften van den Nederlandschen wetgever, die voor elke der drie wijzen, waarop een testament gemaakt kan worden, bepaalde formaliteiten voorgeschreven heeft, in de opvolging waarvan hij een waarborg vond voor de deugdelijkheid van het testament, als de *ware uitdrukking* van den werkelijk *vrijen* en wel overwogen wil. DIEPHUIS VIII p. 223.

En wat kan dan meer waarborg opleveren voor die vereischten, voor een vrijen wil, ontdaan van elke mogelijke captatie of suggestie, voor een wel overwogen en niet door een ander geïnspireerden wil dan de verklaring bij monde afgelegd voor een ambtenaar met zijne *twee* getuigen? Ziet hier mijn testament dat ik u in bewaring geef, door mij geschreven en door mijne handteekening bekrachtigd (art. 979 B. W.), ik verklaar dat ik die en die benoem

tot mijne eenige en universeele erfgenamen en legateer aan X. . . . de som van vrij van successierecht (art. 986 B. W.), en verder in tegenwoordigheid van vier getuigen de verklaring voor den notaris; in dezen omslag is het door mij onderteevend testament ingesloten, hetwelk door X. was geschreven en ik bied u dit als zoodanig aan (art. 987 B. W.) waarna volgen de overige formaliteiten.

Zoo vinden wij dan ook in een arrest van het Hof van Orleans van 17 Juli 1847 Journal du Palais 1847 II. p. 492 al deze beginselen samengevat in de navolgende overwegingen:

Attendu que les diverses formalités exigées pour chaque mode de tester ont toutes pour but d'arriver à la certitude que l'acte de disposition invoqué est bien *l'expression de la volonté propre et éclairée du testateur*;

Attendu que l'art 976 (987 B. W.) fait pour les cas les plus ordinaires, permettant au testateur de ne pas écrire lui-même ses dispositions, de les tenir secrètes, et cependant de les faire solenniser et authentifier par un officier public assisté de six témoins (vier getuigen bij ons), a dû exiger certaines formalités de nature à garantir la réalité de l'acte, et, autant que possible, la capacité morale du testateur;

qu'une première garantie se rencontre dans la signature du testateur, laquelle cependant, aux termes de l'art. 977, peut-être suppléée, au cas prévu, par l'assistance d'un septième témoin; *mais que la principale de ces garanties est ÉVIDEMMENT la déclaration orale et solennelle faite par le testateur devant le notaire et les témoins et constatée par l'acte de suscription*;

Attendu que cette déclaration orale a pour but de remplacer, sous une forme résumée, la dictée détaillée que doit contenir le testament public proprement dit; *qu'elle emporte certainement et nécessairement l'obligation pour le testateur de pouvoir parler au moment de la présentation de son testament.*

En slaat men dan de schrijvers na, dan vinden wij overal en bij ieder hunner dezelfde motieven van den wetgever ontwikkeld: behalve Demolombe hierboven aangehaald zijn nog eenige citaten onmisbaar.

LAURENT XIII n^o. 303, pag. 346:

Les actes notariés en général ne sont pas dictés par les parties, le notaire ou son clerc les rédige d'après les indications qu'ils reçoivent, les parties ne figurent dans l'acte que par leur signature; tandis que dans le testament le testateur dicte et le notaire écrit sous sa dictée.

Quel est le motif de cette exception?

Le testament doit être l'expression libre, spontanée de la volonté du défunt; une des garanties que la loi a établies pour assurer que l'acte soit en réalité, ce qu'il doit être, est que le testateur dicte ses dispositions. C'est lui qui en est l'auteur direct et exclusif; le notaire n'intervient que comme secrétaire, pour donner l'authenticité aux dispositions qu'il écrit sous la dictée du testateur.

MARCADÉ IV p. 13 op art. 972:

Et d'abord c'est le testateur lui-même qui doit dicter son testament, de telle façon que le notaire n'ait qu'à copier ses paroles.

La loi évite scrupuleusement tout ce qui pourrait faire craindre que le testament ne fût pas l'oeuvre du testateur seul.

TROPLONG. Des donations et testaments II n^o. 1521 p. 33.

Passons à la dictée: Comme on ne saurait trop se tenir en garde contre les suggestions qui peuvent assiéger les testateurs, la loi voulant que le testament contienne la volonté précise du testateur (justa mentis nostrae testatio), exige que le testateur dicte ses intentions, et qu'il en soit le seul et unique interprète.

Zie ook BAUDRY-LACANTINERIE, Des Donations et testaments II A. de la dictée nos 2019—2024 p. 86—87.

Ten slotte verwijzen wij nog naar DALLOZ, Voce Dispositions entre vifs et testamentaires n^o. 2840 en vlg^{de} tot 2865 en kunnen dus, zonder vrees van tegenspraak, als ratio legis vooropstellen de wil van den wetgever dat door de mondelinge verklaring van den erflater zijn *eigen* wil, door niemand ingeblazen of verkregen, in de akte zal worden opgenomen.

Maar wanneer de erflater niet kan spreken, doch wel schrijven, dan kan hij volgens het Fransche recht voor-

eerst een olographisch testament maken; wil hij daaraan echter authenticiteit geven, dan zijn weer speciale formaliteiten voorgeschreven, waarin de wetgever heeft meenen de door hem verlangde zekerheid te vinden van de realiteit van den uitersten wil.

Attendu que dans le même cas, vervolgt het Hof van Orleans l. c. le législateur eût pu, sans doute, ne pas exiger que l'acte présenté fût écrit, daté et signé par le testateur; mais *qu'abandonnant*, en faveur de celui-ci, *la déclaration ORALE*, dans laquelle, à tort ou à raison, il plaçait une garantie d'un ordre supérieur, il a voulu et pu vouloir, à titre de compensation de la facilité exceptionnelle qu'il accordait, chercher un supplément de garantie de la réalité de l'acte testamentaire et de la capacité morale du testateur, dans le mode de rédaction de l'acte de disposition.

En wanneer wij dan zien dat art. 988 van ons wetboek letterlijk is overgenomen uit den Franschen Code, dat wij al die formaliteiten behouden hebben die in de plaats komen van de mondelinge verklaring van den erflater, is het dan gewaagd voorop te stellen dat ook onze wetgever als grondgedachte bij de daarstelling der formaliteiten is uitgegaan van de veronderstelling dat de erflater kan spreken.

Immers ware dit niet het geval, konden wij niet en door de geschiedenis en den tekst der wet aantoonen dat dit wel het geval is, dat onze wetgever, niet minder dan de Fransche aan wien hij zijne formaliteiten grootendeels ontleend, grootendeels gecopieerd heeft, en hij inderdaad de mondelinge opgave heeft laten varen als *conditio sine qua non* en ook schriftelijke opgave, zelfs door teekens heeft toegelaten, dan is het behoud van art. 988 B. W. = art. 979 C. C. voor ons een raadsel: dan is dat artikel eene superfetatie in de wet, vermits veel eenvoudiger overeenkomstig art. 986 B. W. een strookje papier, n'importe door wien gesteld, zou kunnen

dienst doen bij den Notaris en zijne twee getuigen, in stede van vier getuigen, en een eigenhandig geschreven, gedagteekend en onderteekend stuk waarop de erflater nog zijne schriftelijke verklaring zal hebben te stellen dat het aangeboden papier zijn uiterste wil is en die verklaring bovendien onderteekenen.

Voelt men niet a priori dat al deze laatste formaliteiten de mondelinge verklaring vervangen, dan zal de volgende § dit helderder dan de zon aantoonen.

§ 3.

A. *Geschiedenis der wet.*

In art. 638 van het Wetboek van Koning Lodewijk lezen wij dat de erflater zijn uitersten wil mondeling moest *opgeven* in deze bewoordingen:

De testateur zijn testament, *bij monde*, duidelijk aan de gerechtsleden en den secretaris, of aan den notaris en de getuigen *opgegeven hebbende* om dadelijk en zonder interruptie ontworpen en gepasseerd te worden doch gedurende dit ontwerpen of passeeren komende te overlijden en dus niet kunnende teekenen, geldt evenwel deze dispositie, enz.

Men wil uit deze bewoordingen, *bij monde opgeven*, de gevolgtrekking maken dat waar thans onze wet enkel gewaagt van *opgeven*, zonder meer, daardoor zou moeten verstaan worden elke wijze van opgave; zoowel *de mondelinge*, *de schriftelijke* als iedere andere door teekens waarneembare: doch niets is minder waar en deze wijze van argumenteeren moet tot scheve gevolgtrekkingen leiden, waar het geldt een fundamenteel beginsel, ontleend aan het Fransche recht, dat door die wet is ingevoerd.

Voor den commentator staat het dus vast dat zelfs

vóór de invoering van artikel 972 C. C. het hier te lande regel was dat de erfflater zijn uitersten wil mondeling moest opgeven: die mondelinge opgave werd echter verscherpt door de invoering van art. 972 C. C. die het dictée voorschreef. Dit artikel werd, even als geheel de Code Civil in het Nederlandsch officieel vertaald: en hoe luidt nu die vertaling? Zie hier zooals wij dezelve gevonden hebben in het

WETBOEK NAPOLEON

Iste deel (1) Art. 1—1581.

Officieele uitgave op de Keizerlijke drukkerij voor rekening van JOHANNES ALLART te Amsterdam.

Pagina 470.

1811.

Pagina 471.

ART. 972.

Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté.

S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur, et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

ART. 972.

Zoo het testament gepasseerd wordt voor twee Notarissen, moet het aan hen door den testateur *opgegeven*, en door één van die Notarissen, zoodanig als het *opgegeven* is, in geschrift gebracht worden.

Zoo er slechts één Notaris is, moet het insgelijks door den testateur *opgegeven*, en door den notaris geschreven worden.

In beide gevallen, moet hetzelfde aan den testateur, in tegenwoordigheid der getuigen, worden voorgelezen.

Van alles moet uitdrukkelijk melding worden gemaakt.

(1) Dit boek werd ons welwillend door de Rijks Universiteits-Bibliotheek ter inzage verstrekt.

Men vergelijke ook Burgerlijk Wetboek vertaald, nieuwe uitgaaf te Brussel, 1823, p. 243.

Daar wordt dus het woord dieter driemaal weergegeven door *opgeven* evenals in het Wetboek van Koning Lodewijk en nu zal men toch zeker niet beweren, dat hier aan eene schriftelijke opgave of aan eene opgave door teekens kan gedacht worden.

Maar wat vooral opmerkelijk is en als het ware het pleit beslist, dat is dat hier geen enkele maal het woord *voorzeggen* gebezigd is geworden: alle de hierboven aangehaalde schrijvers hebben derhalve dat woord gezocht in een Woordenboek doch stellig niet in een legislatieven tekst en aan hunne geheele redeneering, ontleend aan het woord *voorzeggen* ontvalt dus iedere grond, omdat de wetgever ook in 1823 nog het woord *opgeven* herhaalt: niet de taalkundige beteekenis van het woord *opgeven* en het verschil tusschen dit woord en het woord *voorzeggen* zal in deze den doorslag geven, maar de zin en de beteekenis die de wetgever aan het door hem gebezigd woord *opgeven* gehecht heeft.

In het ontwerp van 1820, hoewel in art. 1674, p. 184 voorschrijvende dat de Nederlander buiten 's lands alleen bij authentieke acte zijne uiterste wilsbeschikkingen kan maken, werd als sprekende van zelve uitgegaan van de gedachte dat de erfflater zijnen uitersten wil aan den Notaris *verklaart*, en het door den Notaris voorgelezene zal goedkeuren (art. 1658): indien de erfflater zijn spraakvermogen mocht missen (art. 1663) en dus niet kan *verklaren* dat in den verzegelden omslag zijn testament is begrepen, zooals art. 1662 voorschrijft, dan moet hij die verklaring in schrift doen in tegenwoordigheid van notaris en getuigen: dat deze onze opvatting ook juist is, blijkt uit art. 1659, waarbij is voorgeschreven dat zoo de testateur *verklaart* zijnen naam niet te kunnen

schrijven, hij volstaan kan met een merk te stellen.

Wanneer de wetsontwerpers enkel voor de al of niet onderteekening der akte, dus eene meer ondergeschikte en bijkomende formaliteit eene mondelinge verklaring eischen, mag men dan niet veilig en a fortiori als axioma stellen, dat zij voor het principaal gedeelte van het testament, voor de beschikkingen zelve insgelijks eene mondelinge uiting van den wil hebben gevorderd; dit argument zullen wij hierna uitvoerig behandelen bij de bespreking van art. 986 B. W. in zijn tekst.

In de ophelderende memorie die het ontwerp voorafgaat, zie p. 12, wordt alleen ontwikkeld waarom met de olographische testaments, zonder meer, gebroken wordt en men art. 625 van het Wetboek Koning Lodewijk heeft overgenomen, waarbij alleen het testament bij openbare akte werd toegelaten:

«Behalve toch, dat zij meenden eene zoo gewigtige zaak, als de «beschikking over eene nalatenschap is, niet zoo gemakkelijk aan «eenen dikwijls voorbijgaanden luim te moeten overlaten, leverden «de onuitputtelijke geschillen, waarvan deze uiterste willen uit «haren aard de bron zijn, zoowel als de gemakkelijheid van onder- «schuiving of verdonkering derzelve, even zoo vele zwarigheden op «tegen het behouden eener bepaling, waarvan de noodzakelijkheid «of het nut uit niets gebleken is; terwijl daarentegen het bezwaar «om van iedere kleinigheid verplicht te zijn tot het maken van «kosten in het veranderen van een uitersten wil, door de ologra- «phische codicillen is weggenomen».

En waar nu de ontwerpers nog slechts enkele woorden wijden aan den XIX^{den} titel omtrent fidei-commissaire beschikkingen, is het dan gewaagd de veronderstelling te uiten, dat zoo die ontwerpers een zoo gewichtig beginsel als de mondelinge verklaring van den erfflater voor den Notaris en de getuigen hadden willen prijs geven, zij daarvan minstens de redenen zouden hebben medegedeeld en nu zij dit niet gedaan hebben, de mon-

delinge verklaring van den erflater door hen ook als grondslag van het testament behouden is.

Doch genoeg daarover; het ontwerp van 1820 vond bij de Edel Mogende Heeren, vooral van het Zuiden, geen gunstig onthaal en wij moeten nu enkel aan de hand der geschiedenis van artikel 986 B. W., zooals dit thans luidt, aantoonen dat geen enkel lid der wetgevende macht er aan gedacht heeft of wel aan heeft kunnen denken, bij dat artikel de mondelinge opgave van den erflater te laten vervangen door eene schriftelijke of door andere waarneembare teekens van welken aard ook.

Wij vangen dus aan met het ontwerp van den XII^{den} titel. (Nadere Redactie) zooals wij dit vinden bij NOORDZIEK Deel I, Bijl. vel 97 en schrijven daaruit art. 58 over; p. 390.

De erflater zal zijnen wil aan den notaris moeten *verklaren* welke denzelven zal schrijven zooals het hem wordt *opgegeven* en aan den erflater voorlezen.

De *verklaring* van den erflater, de opstelling van den uitersten wil en de voorlezing daarvan aan den erflater, moeten geschieden in tegenwoordigheid van de getuigen.

Van dit alles moet uitdrukkelijk melding worden gemaakt.

De uiterste wil moet door den erflater, den notaris en de getuigen worden onderteekend. Indien de erflater *verklaart*, dat hij niet kan schrijven of belet wordt te onderteekenen, zal van zijne *verklaring*, alsmede van de oorzaak die hem belet te teekenen in de akte uitdrukkelijk melding gemaakt worden.

Al het bovenstaande zal gedaan worden, achter elkander, zonder intusschen tot eenige andere acte over te gaan.

Hier vindt men dus wat de wetgever bedoelt met *opgeven*, dat geheel synoniem is aan *verklaren*: zoo daaromtrent de minste twijfel bestond, zou de er naast afgedrukte Fransche tekst allen twijfel ontnemen: le testateur *déclarera* sa volonté au notaire, qui l'écrira telle qu'elle lui est *déclarée* et en donnera lecture au testateur.

Déclarer is synoniem van *manifesten*, *révéler*: LITTRÉ leert het ons aldus: faire connaître ce qui était ignoré est la signification commune de ces mots. Quand on *déclare* ses intentions, on les fait connaître d'une manière expresse *de sorte que la personne à qui on les déclare soit bien avertie*; quand on *manifeste* ses intentions, on les fait voir, on les montre, de manière qu'elles seront aperçues; quand on *révèle* ses intentions, on les fait connaître, en indiquant qu'elles étaient jusque là un secret, ce qui n'est pas impliqué dans déclarer.

De wetgever eischt niet meer dieter maar déclarer, verklaren of opgeven: wel moet de notaris evenals in het Fransche recht den uitersten wil zelf schrijven zoo als hem deze is opgegeven, een en ander in tegenwoordigheid der getuigen, en met uitzondering dat er niet meer vier getuigen bij één Notaris behoeven tegenwoordig te wezen, zijn overigens alle de formaliteiten der Fransche wet behouden. Bij de beraadslagingen over dat ontwerp beschouwde men het in de afdeelingen als eene ongerijmdheid „dat de notaris de juiste bewoordingen zoude „moeten opschrijven van hetgeen de testateur hem „opgeeft” en de Regeering was het volkomen eens met de afdeeling, welke deze aanmerking gemaakt heeft en dit is de reden, welke aanleiding heeft gegeven, dat men niet heeft overgenomen de bewoordingen van art. 972 van het Fransche Wetboek: il leur est dicté par le testateur, maar alleen heeft gesproken van de wilsverklaring van den erflater. VOORDUIN IV p. 151.

Mocht nu iemand nog de geringste twijfel hebben dat men bij de *wilsverklaring* aan niets anders gedacht heeft dan aan eene mondelinge, dan leze men de redevoering van den Heer VAN CROMBURGHE, die in de zitting van 15 Februari 1825 zeide:

La forme du testament par acte public, a subi quelques modifications justifiées par l'expérience: of zou men meenen dat zoo die gewichtige verandering, opgave

bij geschrift of door teekens, in de bedoeling van den wetgever gelegen had, daarvan bij de beraadslagingen met geen enkel woord zou zijn gerept? Trouwens die redenaar zeide het in een adem: Le testateur doit *déclarer*. En wanneer men dan leest eendeels de door meerdere leden aangevoerde redenen (pag. 148) waarom zij wenschen het aantal van vier getuigen te behouden, anderdeels dat de vijfde afdeeling teneinde het olographisch testament te behouden, had voorgesteld, dat de erfflater zich met zijn testament zoude vervoegen bij eenen Notaris welke, (na *verklaring* van den erfflater omtrent het eigenhandig geschreven en verteekend testament), zonder die beschikking te lezen, deswege daaronder eene verklaring zoude schrijven en met twee getuigen verteekenen en na zulks het testament teruggeven, dan is het stellige zekerheid dat de Nederlandsche wetgever enkel en alleen het Fransche dieter in verklaren, opgeven heeft willen veranderen, en daarbij de hierboven medegedeelde vertaling opgevolgd heeft.

Die afdeeling had nog voorgesteld dat de Notaris het testament kon schrijven buiten de tegenwoordigheid der getuigen, maar dan moest de erfflater, na duidelijke voorlezing in tegenwoordigheid der getuigen *verklaren dat het voorgelezene naar zijne opgaven volkomen was vastgesteld en dat hetzelfde zijnen uitersten wil behelsde*. NOORDZIEK I Verslag der Handelingen vel 46, p. 121 n°. V, doch blijktens het Verslag der Centrale Afdeeling, zie p. 189, is op dat alles niet geantwoord.

Al mocht dit voorstel niet in goede aarde vallen doch later eenigszins gewijzigd in ons art. 986 B. W. overgenomen worden, historisch wordt daardoor bewezen dat verklaren en *opgeven*, verklaring en *opgave*, promiscue doch met dezelfde beteekenis door den wetgever van 1825 zijn gebruikt.

Zoo is het art. 58 der wet van 28 Februari 1825 (*Stbl.* n^o. 13) tot stand gekomen en art. 1014 geworden van het wetboek van 1830: wij schrijven dit hieronder in nota over, zooals wij dat vonden in de recueil des lois et actes généraux du gouvernement en vigueur dans le royaume des Pays-Bas in deel (1) p. 94—95, met de Fransche vertaling er naast, omdat wij daardoor de beteekenis van *opgeven* op legislatieve wijze aantoonen en deze niets anders is dan *verklaren*.

(1) Art. 58 der wet van 26 Februari 1825.

De erflater zal zijnen uitersten wil aan den Notaris moeten verklaren, welke denzelven zal schrijven zooals het hem wordt *opgegeven*, en aan den erflater voorlezen.

De verklaring van den erflater, de opstelling van den uitersten wil en de voorlezing daarvan aan den erflater moet geschieden in tegenwoordigheid van de getuigen.

Van dit alles moet uitdrukkelijk melding worden gemaakt.

De uiterste wil moet door den erflater, den notaris en de getuigen worden onderteekend. Indien de erflater verklaart dat hij niet kan schrijven of belet wordt te onderteekenen, zal van zijne verklaring, alsmede van de oorzaak die hem belet te teekenen, in de akte uitdrukkelijk melding gemaakt worden.

Al het bovenstaande zal gedaan worden achter elkander, zonder intusschen tot eenige andere akte over te gaan.

Le testateur *déclarera* sa volonté au notaire qui l'écrira telle qu'elle lui est déclarée et en donnera lecture au testateur.

La déclaration du testateur, la rédaction du testament et la lecture qui en sera faite au testateur, auront lieu en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

Le testament doit être signé par le testateur, le notaire et les témoins. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Le tout sans divertir à d'autres actes.

En eindelijk zijn wij gekomen tot het ontwerp van 26 October 1832 ten aanzien waarvan wij, bij gemis der handelingen van die jaren, ons moeten bepalen tot hetgeen VOORDUIN te dien opzichte aanteekent: daaruit blijkt dat het door den wetgever van 1825 gebezigd woord *opgeven* in zijne beteekenis van *verklaren* volstrekt geene verandering heeft ondergaan, want anders zouden daarvan wel de redenen zijn medegedeeld.

Behalve dat in de derde afdeeling wederom de tegenwoordigheid van twee notarissen en twee getuigen of één notaris en vier getuigen was gevraagd en de Regeering bij haar reeds gegeven antwoord was blijven volharden, leveren de discussiën voor de vraag die ons bezig houdt niets bijzonders op: het voorstel liet thans toe dat het testament aan den notaris buiten tegenwoordigheid der getuigen kon worden gedaan en niet meer door hem zelf behoefde te worden geschreven, mits dan maar vóór de voorlezing de erflater zijnen wil nader zakelijk in tegenwoordigheid der getuigen herhale, de redenen daarvan vindt men in de memorie van toelichting: opmerkelijk is het dat daarbij uitdrukkelijk wordt gezegd dat de wijzigingen die de notariële testamente hebben ondergaan, *wat derzelver opmaking betreft*, zich bepalen tot de twee reeds medegedeelde, daarbij met de ondervinding te rade gaande, dat in vele gevallen de notaris niet in staat is, om dadelijk eene akte op te maken, welke uit hoofde van derzelver bepalingen of van de menigte en het gewigt der beschikkingen, overleg, studie en het raadplegen der wetten kon vereischen; weshalve men niet de mogelijkheid heeft uitgesloten om den uitersten wil dadelijk op te maken, doch ook zulks niet als eene *conditio sine qua non*, heeft willen voorschrijven; terwijl men ook niet heeft gevorderd, dat de akte door den Notaris zelven zal moeten worden op het papier gebracht,

daar zulks een groot bezwaar oplevert voor notarissen, die hoog in jaren zijn, of geen duidelijke hand schrijven, waardoor soms twistgedingen kunnen ontstaan.

Zietdaar dus een officieel staatstuk waarin niet het minste gewag gemaakt wordt dat het dieter van art. 972 C. Civ., reeds in de officieele vertaling weergegeven door *opgeven*, de verklaring van art. 1014 W. v. 1830 bij de opmaking van het notarieel testament zou uitgebreid worden tot eene, volgens het gewoon spraakgebruik, aanwijzing bij geschrift of door teekens: en men zou dan tot zulke verregaande wetswijziging willen komen *alleen* door interpretatie van een woord, waardoor geheel het fundament der testamenten wordt omvergeworpen, zonder dat daarvan het geringste uit de geschiedenis der wet blijkt! dit moet een ieder onaannemelijk voorkomen.

Wel heeft men bij het voorstel de formaliteiten nog willen verscherpen, doch de storm die dat voorstel uitlokte tengevolge van het wantrouwen in de notarissen gesteld, die men wilde beletten bedrog en verschalking te plegen, heeft de formaliteiten doen verwerpen: van de nalezing van de akte door den erflater of door een der getuigen, daartoe door hem verzocht, *ten einde te onderzoeken of het geschrevene, met het door den Notaris voorgelezene overeenstemt*, wilde men niets weten, men wilde de fides publica aan den Notaris niet ontnemen en de geheele orde der notarissen niet beleedigen en de Regeering trok die formaliteiten bij de nieuwe redactie in 1833 in.

De openbare beraadslagingen, 2 en 9 Maart 1833 bepaalden zich dan ook, volgens VOORDUIN, tot het voor de Notarissen beleedigend gedeelte van het ontwerp; de heer QUINTUS vond het onschadelijk, de heer OP DEN HOOFF was er voor, de heer FRETTS er tegen, doch geen woord over de verandering van *dieter* en *verklaren*, die mondeling moeten geschieden in een manifeste,

kenbaar maken bij geschrift of door teekens; *opgeven* en *opgave* is dus gebleven wat het was: *verklaren-verklaring, déclarer*.

En dit is zoo waar dat artikel 29 der wet op het Notarisambt den Notaris voorschrijft den uitersten wil bij openbare akte, de akte van bewaargeving van eenen olographischen uitersten wil en de akte van superscriptie van een besloten testament op te stellen in de taal, waarin de erflater zijnen wil *verklaard*, de bewaarneming *verzocht*, of het besloten testament *aangeboden* zal hebben.

Die bepaling is een gevolg, zegt de memorie van Toelichting, van de beginselen, welke bij de artikelen 979, 986, 987 en 991 B. W. zijn aangenomen. Zie VROOM p. 201.

Wanneer dus de wetgever zelf, korte jaren na de in werking treding van die artikelen, gewaagt van beginselen door hem aangenomen en dan spreekt van eene *taal* waarin de wil wordt *verklaard*, laat zich daarbij dan nog denken aan een geschrift, aan teekens waardoor die wil wordt geopenbaard?

Wij meenen dus reeds door de geschiedenis der wet, in verband met deze laatste wetsbepaling, luce clarius te hebben aangetoond dat de laatste vraag niet anders dan ontkennend kan beantwoord worden.

B. *De tekst der wet.*

Wat in de 4^{de} afdeeling van Titel II, III^{de} boek omtrent de uitlegging van overeenkomsten is voorgescreven, zal wel voor den commentator regel wezen bij de uitlegging der wet, en een woord dat voor onderscheidene opvattingen vatbaar is moet veeleer opgevat worden in den zin die met den aard van het voorschrift het meest

overeenstemt en door geheel den tekst wordt aangetoond en duidelijk gemaakt (1).

(1) Wanneer men het woord *opgeven* hier, zooals de Rechtbank te Roermond doet, in navolging van de meeste schrijvers, interpreteeren wil, wanneer men dat woord, zoowel in zijne taalkundige beteekenis als in het spraakgebruik beschouwt als te beteekenen mededeelen of kenbaar maken op eene onbepaalde wijze, hetgeen niet noodwendig medebrengt dat dit *mondeling* moet geschieden, doch even goed medebrengt, dat dit *schriftelijk* of *op eenige andere duidelijk waarneembare wijze* kan geschieden, zonder het doel en de beteekenis nategaan, die de wetgever aan dat woord heeft willen geven, dan vervalt men in een chaos, die alleen te overzien is als men op dat woord naslaat het Woordenboek der Nederlandsche taal door Dr. BOEKENOOGEN XI p. 734-750. Daar vindt men niet ééne, maar honderde verschillende beteekenissen van datzelfde woord en onder anderen: schriftelijk of mondeling bekend maken, ter kennis van een ander brengen, opnoemen, aanwijzen, mededeeling doen van zaken of feiten: is het dat wat de wet imperatief gebiedt dat de erflater zal doen? *Iemand iets opgeven*, hem iets opdragen, op de schouders leggen, tot taak stellen, eene schooltaak te verrichten, raadsels of vraagstukken of prijsopgaven op te lossen enz. enz. Het wil ons voorkomen dat wanneer de wetgever den erflater de verplichting oplegt aan den Notaris zijn uitersten wil op te geven en daarna die opgave in tegenwoordigheid der getuigen te herhalen, dit taalkundig noch logisch kan bedoelen door middel van een geschrift doch noodwendig eene *mondelinge* opgave veronderstelt voor de beide keeren, anders zou de wetgever die woorden niet herhaald hebben, en heeft de tweede schriftelijke opgave geen zin en geen reden van bestaan.

Doch zoo als die geleerde schrijver en zeker uitmuntende taalkundige in een particulieren brief aan schrijver van dit opstel mededeelt:

«Verschillende wetsartikelen worden op een *overeengekomen* wijze, naar aanleiding van een rechtelijke uitspraak, de geschiedenis der wet of de beweegredenen van den wetgever geïnterpreteerd, waarbij dan aan een woord of handeling in een bepaald artikel een bepaalde opvatting wordt toegekend, hetzij dan eene beperking of eene verruiming, zonder dat uit een taalkundig oogpunt een dergelijke opvatting noodig is. In zulke (dikwijls dubieuse) juridische kwesties, die met de geschie-

Indien *opgeven* niet moet aangenomen worden in den zin van *verklaren*, men legge dan eens uit waarom de erflater volgens de wet moet *verklaren*, dat is dus mondeling mededeelen, dat hij niet schrijven kan! Waarom is een schudden met het hoofd, een schouderophaling niet voldoende, wanneer de Notaris of iemand anders den erflater de pen toereikt? Hier staat toch uitdrukkelijk bepaald dat de erflater *verklaren* moet dat hij niet kan ondertekenen en de stomme, hij die niet spreken doch ook zijn naam niet stellen kan, zal dus onmogelijk zijn testament bij openbare akte kunnen doen opmaken: Wel kunnen beiden door allerlei teekens, volgens enkelen hunnen wil opgeven aan den Notaris en dezen later herhalen in tegenwoordigheid der getuigen, doch door teekens kenbaar maken dat zij niet schrijven kunnen, dit verbiedt de wet hun uitdrukkelijk! Wie ziet die tegenstrijdigheid niet helder in? Wie kan zulks van een wetgever gelooven? Hoe, het voornaamste gedeelte van den uitersten wil, de beschikking zelve zou niet behoeven mondeling te geschieden, doch bij geschrift of door teekens kunnen plaats hebben en diezelfde wetgever, die zulks in strijd met de geschiedenis der wet en het te bereiken doel zou hebben toegelaten, zou voor een heele bijkomende formaliteit, de handteekening, eene uitdrukkelijke verklaring van den erflater hebben voorgeschreven? Dergelijken onzin mag men niet lichtvaardig den uitgever toedichten.

«denis onzer taal en het woordgebruik niets te maken hebben, geeft «het Woordenboek der Nederl. Taal natuurlijk geen uitsluitel.»

Waar zoo een degelijk taalkenner, voor de uitlegging der wet niet veel waarde hecht aan de taalkundige beteekenis of het spraakgebruik daar moet vooral de commentator der wet zich meer doordringen, van hetgeen de wetgever gewild en het doel dat hij beoogd heeft: het argument uit de beteekenis van het woord geput, mag men dus veilig ter zijde stellen.

Zeer zeker, de handteekening is een niet te verwerpen bekrachtiging van het geschrevene, maar wanneer art. 1915 B. W. aan de enkele handteekening, in het aldaar voorzien geval, slechts de kracht van het begin van bewijs toekent, wat moet men dan zeggen van eene akte van uiterste wilsbeschikking die enkel berust op de handteekening van den beweerden erflater, zonder meer! Men verlieze toch niet uit het oog, dat, waar de erflater niet kan spreken en enkel een geschrift tot het opmaken van het testament wordt gebezigd, zonder dat blijkt wie dit geschreven, wie het aan den Notaris overhandigd heeft, zonder dat blijkt dat iets in tegenwoordigheid der getuigen anders heeft plaats gehad dan de inzage van dat geschrift door die getuigen, soortgelijke erflater totaliter aan het opmaken der akte van uitersten wil is vreemd gebleven en niets anders dan zijne handteekening heeft geplaatst, dus niets anders heeft gedaan dan medewerken tot eene in fine voorgeschreven formaliteit.

De wetgever heeft geen bepaalden vorm voorgeschreven voor de bij art. 986 B. W. bedoelde opgave, hij heeft het dieter, dat is woord voor woord opzeggen, overeenkomstig de Fransche jurisprudentie en in navolging daarvan niet meer gewild, en zich tevreden gesteld met de zakelijke opgave, wanneer deze door den Notaris in duidelijke bewoordingen wordt weergegeven, maar volgt daar nu uit dat zij niet behoeft mondeling plaats te vinden en ook *schriftelijk* kan geschieden?

Ja, zegt men, want als de bedoelde wil *schriftelijk* is opgegeven, is geheel aan het voorschrift van art. 986a B. W. voldaan: doch men ziet over het hoofd dat men willekeurig iets in dat voorschrift bijvoegt: En hier kan niet genoeg de nadruk er op gelegd worden, dat art. 1000 B. W. voorschrijft dat de formaliteiten, waaraan de onderscheidene uiterste willen onderworpen

zijn, moeten in acht genomen worden, op straffe van nietigheid.

Er is dus sprake van *formeel* recht en daaraan is niet voldaan, wanneer de notaris meer constateert dan dat hem de uiterste wil zakelijk door den erflater is opgegeven, dat hem de opgave is gedaan met een stukje papier, met hoofd schudden en ja knikken op zijne vragen, door middel van het alfabet der doofstommen of door op de bedplanken te kloppen; dat alles laat de wetgever niet toe; de notaris mag geen jota afwijken van de strenge formaliteiten hem voorgeschreven; wijkt hij daarvan maar in het geringste af, dan is zijne akte nietig: zoo bijv. zou de akte nietig zijn indien de opgave in tegenwoordigheid der getuigen geschiedde na de voorlezing: dan ook zou au fond aan het voorschrift voldaan zijn, alles wat moest geschieden, is geschied, doch niet in de voorgeschreven volgorde en alleen reeds daarom is de akte nietig. Zoo achtte het Hof, bij zijn voormeld arrest van 19 Dec. 1905, eene akte van depot, verleden in tegenwoordigheid van vier getuigen, waar de wet slechts *twee* getuigen toelaat, geheel informeel, ofschoon men zou kunnen zeggen: quod abundat non nocet: zoo eischt de wet voor het besloten olographisch testament eene afzonderlijke akte van in bewaaring en wanneer de Notaris toch de akte van depot op den besloten uitersten wil schrijft, acht het Hof de formaliteiten geschonden en niet letterlijk nageleefd: daar valt niet bij te redeneeren en te zeggen: aan het voorschrift der wet is geheel en al voldaan; woordelijk, slaafsch, letterlijk moeten de formaliteiten gevolgd worden, in dien zin heeft zich ook de jurisprudentie gevestigd.

Opgeven kan ook doelen, zegt men verder, op eene schriftelijke opgave in het gewoon taalgebruik: bijv. een advocaat schrijft bij brief aan zijn confrère: geef mij eens de kosten op in die zaak, en de andere voldoet daaraan

insgelijks bij brief; als de schoolmeester op het bord de sommen begint te schrijven, zal hij aan zijne leerlingen zeggen: ik ga het huiswerk van dezen avond opgeven, maar dan blijft het toch altijd eene opgave bij brief, eene opgave door middel van het bord en zoo de wetgever zijn woord in dien zin heeft verstaan of die beteekenis daaraan heeft gehecht, niets belet dan den erflater een brief aan zijn notaris te richten waarin hij hem zijne uiterste wilsbeschikkingen *opgeeft*. De Notaris laat de openbare akte in gereedheid brengen, vervoegt zich ten huize van den erflater, laat den brief aan de getuigen lezen en na voorlezing en onderteekening der akte is alles klaar. En dit zou de solemneele akte van uiterste wilsbeschikking zijn volgens de aangehaalde schrijvers en het vonnis der Rechtbank te Roermond!

Interpreteeren wij de wet *humainement et libéralement*, voegen wij ze aan de realiteit en de eischen van het menschelijk leven, dan belet niets dat de erflater *verklare*, dat hij zijn uitersten wil met een geschreven stuk in de hand opgeve, zoowel aan den notaris als aan de getuigen en dat zal zeker in vele gevallen zeer voorzichtig wezen, maar dan geeft hij op, verklaart hij, *il déclare*: maar welk doel zou het hebben, indien de notaris dat geschrift eerst akteert en het daarna aan de getuigen overreikt ter inzage of lezing? Zou de wetgever dan zoo een wantrouwen in die openbare ambtenaren gesteld hebben, dat hij uitgaat van de veronderstelling dat een hunner in staat is niet getrouw, zoo niet woordelijk en letterlijk, dan toch steeds zakelijk dat schrift in zijn acte over te nemen?

En dan die schriftelijke opgave aan de getuigen! daarbij vergeet men dat de wet nergens voorschrijft, dat de getuigen moeten kunnen lezen, art. 23 der wet op het notaris-ambt eischt slechts dat zij hunnen naam moeten kunnen teekenen, en dus geen merk mogen plaatsen:

hoeveel menschen waren er vooral destijds die alleen geleerd hadden en dan nog hoe gebrekkig, hun naam te schrijven zonder meer? en de wetgever zou vergeten hebben daarin te voorzien, als hij zich met een schriftelijke opgave had tevreden gesteld!

Men verbeelde zich slechts een testament vermeldende: „Alvorens de voorlezing daarvan geschied is, heeft de „comparant of iemand anders voor hem zijne schriftelijke „opgave overhandigd aan de getuigen, die daarvan inzage „en kennis hebben genomen en daardoor konden beoor„deelen dat het geschrift overeenstemt met den inhoud „der voor te lezen akte”, welke rechter in Nederland zou dergelijk testament valideeren?

De tekst der wet, de gestrengheid der formaliteiten en de nietigheid tegen de niet stipte opvolging daarvan bedreigd, de geschiedenis en het door den wetgever beoogde doel, alles verzet er zich tegen dat men in jure iets anders kan verstaan door het woord *opgeven*, dan eene *mondelijke verklaring* en eindelijk de economie der wet!

De Nederlandsche wetgever kent drie soorten van testamenten, — daarbij laten wij buiten bespreking de codicillen van art. 982, de testamenten in tijd van oorlog, art. 993, op reis, art. 994, en in plaatsen van alle gemeenschap met elders verstoken, art. 995.—;

1^o. het olographisch testament bij een notaris in bewaring gegeven, art. 979;

2^o. het openbaar testament, artt. 985 en 986;

3^o. a) het geheim testament van hem die spreken kan, art. 987 en b) dat van hem die niet kan spreken, art. 986.

Vergelijkt men nu de formaliteiten van deze verschillende soorten van testament, dan ontwaart men dat die vermeld onder 1^o., 2^o. en 3^o. a alle drie uitgaan van de veronderstelling dat de erfflater kan spreken, alleen

bij het laatste sub 3°. *b* vermeld wordt het testament geregeld van hem die niet kan spreken.

Stelt men zich die vormen regelmatig voor oogen, dan ziet men dat het olographisch testament geheel door den erflater geschreven en geteekend moet zijn en door hem zelf bij een notaris, bijgestaan door twee getuigen in bewaring moet worden gegeven.

Daar zal hij dus hebben te *verklaren* dat het overhandigd schrift, door hem eigenhandig geschreven en geteekend, zijn uitersten wil bevat, waarna de notaris de akte van depot opmaakt.

In dat geschrift, opgevolgd door de solemneele in bewaring geving, vindt de wet de zekerheid dat de erflater aldus wil en niet anders, dat na zijn dood zal geschieden.

Is er geen geschrift voorhanden, voldoende aan de gestelde eischen, dan wordt dit vervangen door de mondelinge opgave van den erflater aan den notaris in tegenwoordigheid van de getuigen, van hetgeen hij wil dat na doode zal geschieden en zulks met inachtneming van alle daar opgegeven formaliteiten.

Is er een geschrift voorhanden, dat niet voldoet aan de eischen van het olographisch testament, dus niet door den erflater zelf geschreven, doch alleen door hem ondertekend, dan worden de formaliteiten verscherpt; de aanwezigheid van vier getuigen wordt vereischt, als wanneer hij het testament gesloten en verzegeld aanbiedt of het in hunne tegenwoordigheid doet sluiten en verzegelen; doch dat is niet voldoende, dan moet hij nog *verklaren* dat in dit gemelde papier zijn uiterste wil is begrepen en opgeven wie dien uitersten wil heeft geschreven, hetzij hij zelf, hetzij een ander.

Doch kan hij die verklaring niet mondeling afleggen, kan hij niet spreken, dan worden de formaliteiten ten

aanzien van zoodanigen erflater al wederom verscherpt, dan kan hij niet volstaan met een geschrift van een ander, dan is het niet voldoende dat hij den uitersten wil zelf schrijve en onderteekene, dan moet hij denzelven bovendien nog dagteekenen en hoe wordt dan voorzien in zijne mondelinge verklaring? dan moet hij in plaats van mondeling verklaren, zelf, in tegenwoordigheid van den notaris en de vier getuigen, schrijven en door zijne handteekening bekrachtigen, dat het papier hetwelk hij hun aanbiedt zijn uiterste wil is.

Ziet daar hoe de wetgever de mondelinge verklaring van den erflater, die niet spreken kan, vervangt; ziet daar welke voorzorgsmaatregelen hij neemt om te behoeden, dat van zoo iemand misbruik gemaakt en hem een testament opgedrongen wordt dat niet de uiting is van zijn vrijen en wel overwogen wil?

Kan nu in zoo een kader eene geschrevene opgave passen, zonder te weten wie ze heeft geschreven, zonder dagteekening noch onderteekening, zonder vier getuigen, zonder mondelinge of schriftelijke verklaring van den erflater, dat het geschrevene zijn uiterste wil is. Blijkbaar heeft geen enkel der aangehaalde schrijvers aan de economie der wet en haar stelsel gedacht: anders zouden zij stellig met mij de schriftelijke opgave en de opgave door teekens even krachtig als ik onaannemelijk geacht hebben in het stelsel onzer wet, evenals het dit is in dat der Fransche wet ten aanzien van testamenten bij openbare akten.

En al hebben wij nu een zeer groot aantal schrijvers uit de Nederlandsche rechtslitteratuur aangehaald die het stelsel der schriftelijke opgave bij de openbare akte zijn toegedaan, die zelfs niet terugdeinzen voor eene opgave door teekens, dan zijn wij het toch niet alleen die zuiver het Fransche stelsel met uitzondering van het dictée zijn toegedaan.

Zoo leert toch LOKE, Handboek voor Notarissen § 145 p. 685:

«Eindelijk merken wij op, dat de opgave door den erflater, in het «bijzijn der getuigen *volstrekt mondeling* schijnt te moeten geschieden, «en dat bij gevolg de erflater, die zijnen wil op zoodanige wijze «niet kan uitdrukken, dat is niet spreken kan, in dezen vorm niet «testeeren kan.

«De voorlezing van een eigenhandig, (1) door den erflater, ge- «schreven opstel, hetzij door den Notaris, hetzij door een derden, «devert geenszins dien waarborg op, welken men bij het vorderen «eener opzettelijke verklaring op het oog had; en de rechtsge- «schiedenis bevestigt daarenboven, dat zoodanig de bedoeling van «den wetgever zal geweest zijn».

Zie hier wat PLIESTER: Aanteekeningen op de Nederl. Wetgeving, Arnhem 1840, op art. 986 B. W. schrijft:

«Door opgave verstaat de wet *mondelinge* opgave: diensvolgens «kan het testament in den vorm, bij dit art. vermeld, niet worden «gemaakt door iemand, die niet spreken kan, art. 988 B. W.»

Deden wij hierboven uitkomen, dat de rechtsgeleerden die door *opgeven* elke wijze van mededeeling aannemen, niet alleen de *mondelinge* doch ook de schriftelijke of door teekens waarneembare, geen dogmatisch onderzoek instelden om de beteekenis van het woord *opgeven* op te sporen, erkennen moeten wij van de andere zijde dat LOKE en PLIESTER dit evenmin deden, om hunne opvatting te staven en zich dus bepaalden tot eene vrij sobere argumentatie, die veel meer heeft van eene affirmatie, dan van een juridiek betoog, en het is wellicht daaraan toe te schrijven, dat deze rechtsvraag tot dusverre nog nimmer grondig onderzocht is, te meer waar het geval van een erflater die niet spreken kan tot de groote zeldzaamheden behoort.

(1) Dit eischt de wet in geen geval; het zou dan ook door een ander kunnen geschreven zijn!

Wij deelen ten slotte nog mede, zie noot (1), de beide vertalingen van dat artikel in de fransche taal, om aan te toonen dat beide schrijvers het woord *opgeven* begrijpen als *verklaren, déclarer* en niet daarvoor schrijven: *manifestester d'une manière quelconque*.

De jurisprudentie op dit gebied, — en wij schrijven zulks voornamelijk toe aan de erkende voorzichtigheid van alle Notarissen in het algemeen bij het verlijden der akten van uiterste wilsbeschikkingen, — de jurisprudentie levert ons slechts enkele gewijsden.

Zoo vinden wij het vonnis der Haagsche Rechtbank van 29 October 1861, *W. v. h. R. n.º. 2327*, dat wij niet gaarne zouden onderschrijven: de erflater, overleden 12 Augustus 1860, is in den laten avond van 9 Augustus bevorens omstreeks 11 uren door eene hersenberoerte overvallen, zoodat hij in zijn spraakvermogen belemmerd en de rechterarm en het rechterbeen verlamd was: in diezelfde nacht omstreeks twee uren wordt de Notaris geroepen om diens testament te maken en omstreeks half drie uren kwam de Notaris die de vraag stelt: wie

(1) Vertaling van ANTOINE DE ST. JOSEPH, p. 80.

986. Le Notaire doit écrire ou faire écrire en substance la volonté du testateur telle qu'elle lui aura été *déclarée* et la rédiger clairement. Si cette *déclaration* avait été faite avant que les témoins ne fussent présents, et si le notaire l'avait déjà rédigée, le testateur devra la *répéter* avant la lecture que le notaire doit donner de sa rédaction.

Vertaling van Mr. G. TRIPELS p. 191.

986. Le notaire écrira ou fera écrire en termes clairs et en substance la volonté du testateur, telle que celui-ci la lui *déclarera*. Si la déclaration est faite hors de la présence des témoins et que l'écrit a été fait par le notaire, le testateur, avant qu'il en soit donné lecture, *déclarera* de nouveau en substance sa volonté en présence des témoins.

zijne erfgenamen moesten zijn, waarop hij wel eenigszins belemmerd doch verstaanbaar heeft geantwoord „*mijn nicht*” en op haar wijzende — zij was in de kamer aanwezig — daarbij voegende: Mie: zijnde deze de voornaam dier nicht; een der getuigen het bed genaderd vroeg aan den erflater, op haar wijzende: *is dat je nicht?* welke vraag, even als de volgende van dien getuige: *moet zij dan eenige erfgename zijn*, de erflater beide keeren met ja heeft beantwoord.

Hier hebben wij dus eene zuivere opgave par interrogat, doch de rechtbank beslist dat de wet niet vordert dat een erflater dien uitersten wil geheel voorzegge zoo als hij in geschrift moet gesteld worden en die opgave evenzeer kan geschieden met korte antwoorden op door den Notaris aan den erflater gedane vragen.

Na het in schrift brengen en de voorlezing vraagt de Notaris of het voorgelezene diens uitersten wil bevat en de erflater beantwoordt die vraag met „ja”. Om nog meer zekerheid te hebben —, want de Notaris was toch zelf huisverig, — dat het in geschrift gestelde werkelijk bevatte den uitersten wil van den erflater, bracht hij de nicht bij den erflater, en verzocht hij hem, als deze de erfgenaam was, haar op den pols te tikken, hetgeen hij heeft gedaan.

Zonderlinge wijze van opgave en werkelijk het Delftsche kloptestament waardig! Maar nu verder: op de vragen van den Notaris of hij diens uitersten wil kon onderteekenen, heeft de erflater niet *mondeling* geantwoord maar alleen ontkenkend met het hoofd geschud; terwijl de Notaris door de rechterhand van den erflater op te lichten, zich heeft overtuigd, dat die hand verlamd was en de erflater daardoor verhinderd werd te teekenen;

De rechtbank beslist nu :

dat de wet ten deze onderscheid maakt of een erflater zelf verklaart niet te kunnen onderteekenen of wel dat hij daarin

verhinderd wordt, in welk laatste geval de notaris verplicht is, de oorzaak dier verhindering in de akte te vermelden;

dat de wet geenszins vordert, dat die verklaring altijd *mondeling* moet plaats hebben, en zij derhalve evenzeer door teekens of zooals in casu, met een ontkenkend hoofdschudden op de vraag des Notaris kan geschieden, weshalve de notaris, door ten overvloede in de acte de oorzaak der verhindering te vermelden heeft gehandeld overeenkomstig de wet. (1)

Neen, de wet zegt niet uitdrukkelijk dat de erfflater *mondeling* moet verklaren dat hij niet kan teekenen, maar ze zegt ook niet dat hij door het schudden van zijn hoofd in bevestigenden of ontkenhenden zin kan *verklaren*; en wanneer nu het schudden met het hoofd nooit kan genoemd worden eene *verklaring*, doch is en blijft een teeken geven, dan dunkt ons, is aan den eisch der wet niet voldaan en zoude o. a. dusdanig testament daarom reeds nietig moeten verklaard wezen, waar het testament vermeldde, zie het vonnis in *W. v. h. R.* n^o. 2270, „dat „de testateur *verklaarde* niet te kunnen schrijven, als „daarin door verlamming verhinderd aan zijne rechter- „hand”.

Waar dus bleek dat de erfflater van dat alles niets had *verklaard* doch enkel met het hoofd had geschud, mocht

(1) Dit vonnis werd door de Redactie van het Tijdschrift, Reg. enz. bestreden hoofdzakelijk op grond van het eerste lid van art. 986 dat «met zoovele woorden voorschrijft dat de Notaris den wil «des erflaters in schrift stelle, zoo als hem die zakelijk *door den «erflater is opgegeven*: dus naar eene *opgave*, niet als antwoorden «op vragen, moet de uiterste wil worden daargesteld». OPZOOMER echter meent, pag. 207 noot 3 dat het onverschillig is hoe dat antwoord — en *hetzelfde moet van de zakelijke wilsverklaring gelden* — gegeven wordt, als het maar zinnelijk waarneembaar is. Het behoeft juist niet hoorbaar te zijn.

Zie arr. Hof van cassatie 10 Mei 1887. DALLOZ. Rec. Per. 1887 I p. 397.

dergelijk testament niet gevalideerd worden, zoo men aan de strenge formaliteiten der wet eenige kracht wil toekennen.

Ik kan mij dan ook veel gereeder, op de hiervoren ontwikkelde gronden, vereenigen met het vonnis der Rechtbank van Nijmegen van 29 Juli 1873, *W. v. h. R.* n^o. 3629, waarin de door mij zoo uitvoerig medegedeelde gronden en motieven, om de leer der Rechtbank te Roermond te verwerpen, op meesterlijke wijze zijn geresumeerd.

Het gold hier eene erflaatster die weinige uren voor het verlijden van haar testament werd aangetast door eene hevige beroerte, ten gevolge waarvan zij dadelijk buiten staat is geworden en verder is gebleven om te schrijven, en haar spraakvermogen zoo zeer is belemmerd, dat zij tijdens haar testament niet, gelijk de wet dit vereischt, in staat is geweest om zakelijk aan den Notaris buiten tegenwoordigheid der getuigen haren uitersten wil te kunnen opgeven, noch om dien wil nader zakelijk in tegenwoordigheid der getuigen te herhalen.

Uit de enquête bleek dat alles par interrogat was tot stand gekomen, nadat de hemiplegie door aderlating en bloedzuigers was geweken en voor eene betrekkelijke opgewektheid en helderheid van geest had plaats gemaakt; voor de details verwijzen wij naar het vonnis, maar nu de overwegingen in rechte, waar het ons op aankomt bij de beantwoording der vraag of een testament op die wijze en onder die omstandigheden opgemaakt voldoet aan de zakelijke opgave in artikel 986 B. W. vermeld.

Ziehier wat de rechtbank daaromtrent zegt, en wij schrijven woordelijk over:

«dat het steeds eene bijzondere zorg geweest is van alle opvolgende wetgevingen, dat de testamenten zouden zijn de vrije wil des erflaters, door geenerlei bij het passeeren der acte aangewenden invloed gedetermineerd; dat reeds in het Romeinsche regt. volgens

de *lex 21 ff. qui test. fac. poss.* bij nuncupatieve testamenten de «naam van den erfgenaam *hard op* door den testateur moest worden «genoemd, zoodat die door het vereischte getal getuigen kon worden «gehoord; dat in het oud-Hollandsche regt, volgens de getuigenis «van Voet, ad. tit. cit. numero 11 en 36, testamenten, bij wijze «van ondervraging gemaakt, als krachteloos worden aangemerkt;

«dat èn de oudere Fransche costumen èn de ordonnantie van 1735 «èn art. 972 van den Code Civil bijzondere voorzorgen hebben «genomen tegen suggestie, niet alleen tegen de zoodanige waarbij «kwade trouw of ook maar laakbare overtreding in het spel komt, «maar ook tegen die van suggestie, die vooral bij zware zieken en «zieltogenden ook door den meest gemoedelijken notaris kan worden «aangewend, door de keus van zijne woorden en zelfs door den «klemtoon, dien hij er oplegt; en dat daarom die wetgevingen vor- «derden, dat het testament moest worden gedictieerd en dat de «notaris het aldus gedictieerde zou opschrijven, zooals het gedictieerd «was; dat intusschen die strenge bepaling in de practijk in zeer «vele, zoo niet de meeste gevallen, onuitvoerlijk is bevonden en tot «vele rechtsgedingen aanleiding heeft gegeven; en dat zoodoende de «Fransche regts-auteurs en de Fransche jurisprudentie om der nood- «zakelijkheidswille er toe gekomen zijn om den notaris eene vrijheid «van redactie te veroorlooven, die niet lag in de woorden der wet, «hetgeen echter niet wegneemt, dat èn doctrine, èn jurisprudentie «het steeds als eene onomstootelijke waarheid hebben beschouwd, «dat ieder testament behoorde te zijn de spontane, doorgeen invloed «van buiten geleide, wil des erflaters;

«Overwegende dat ook onze wetgever dit karakter van spontaniteit bij zijne openbare testamenten heeft willen handhaven; en dat hij «daarom in art. 986 B. W. heeft gevorderd, dat dáár, waar, zoo als, «hier, de opgave aan den notaris buiten tegenwoordigheid van de «getuigen is gedaan, de testateur beginnen moest met zijn wil nader «zakelijk in tegenwoordigheid der getuigen op te geven, opdat ook «zij zich zouden kunnen overtuigen, dat hetgeen zoo even zal worden «voorgelezen de uitdrukking is van den wil des testateurs; dat de «wet al verder vordert, dat die nadere zakelijke opgave zal plaats «hebben «alvorens de voorlezing van het gereed gemaakte opstel «geschiedde», blijkbaar met het doel, *dat de getuigen hunnen eersten «indruk zouden ontvangen uit den mond van den testateur zelven,* «ook de testateur buiten den invloed van het voorgelezene blijven «zou en ook de notaris, die in zijne eerste opvatting kan hebben

«gedwaald, zich zou kunnen overtuigen, dat het geschrevene de «getrouwe weérklank is van de hem gedane wilsverklaring;

«Overwegende nu, dat dit doel ten eenenmale wordt gemist, waar, «zoöals hier, aan eene doodzieke vrouw, die niet anders dan met «een enkel met moeite uitgebragt woord kan antwoorden, vragen «worden voorgelegd, waarbij veronderstellender wijze wordt aange- «nomen, wat men meent haar uiterste wil te zijn; en het niet aan «te nemen is, dat dezelfde wetgever, die in art. 99 Strafverd. die «wijze van ondervragen als strikvragen beschouwt en daarom ver- «biedt, iets dergelijks zou hebben geduld bij het verlijden van zulk «eene gewigtige acte als een testament»;

Dit laatste argument hadden wij niet eens gebezigd, doch kan men in kortere bewoordingen de geheele argumentatie samenvatten die wij hierboven breedvoerig hebben uiteengezet?

Nadat de rechtbank door een tiental feiten en omstandigheden heeft aangetoond, dat het doel, hetwelk de wetgever zich voor oogen gesteld heeft met de zakelijke opgave, ten eenemale door die vragen miskend wordt, ontwikkelt zij nu verder den tekst van art. 986 B. W. in voege als volgt:

«Overwegende dat hetgeen hierboven met betrekking tot de bedoeling des wetgevers gezegd is, volkomen in overeenstemming is met «de woorden van de wet en den gedachtengang, door den wetgever «bij het redigeeren van art. 986 gevolgd;

«Overwegende toch, dat de uitdrukking, «aan iemand iets opgeven» «(volgens WEILAND, «ter aantekening bekend maken», waar die, «zoöals in art. 986, gebruikt wordt tegenover «antwoorden op eene «gedane afvraag», volgens het gewone spraakgebruik in zich sluit «het denkbeeld van spontaneiteit, iets, wat de laatste uitdrukking «ten eenemale mist; en dat juist die tegenstelling aantoon, dat de «wetgever niet gewild heeft twee afvragingen, maar eerst eene opgave, «dan de voorlezing en eerst dan de afvraging, alzoo EERST eene «zelfstandige wilsverklaring en eerst later de bevestiging daarvan:

«Overwegende dat hiertegen niets afdoet, dat onze wetgever de «opgave aan geen bepaalden vorm gebonden en ook daarvan geene «definitie gegeven heeft, omdat hier geen geschil is over den vorm,

«maar over de opgave zelve, en de definitie daarvan behoort gezocht te worden in het doel, wat hij zich voorstelde, en de wetgevingen, waarop hij voortbouwde;

«Overwegende dat evenzeer ten onrechte beweerd is, dat de Nederlandsche wetgever, nu hij het dicteeren niet meer vordert, gebroken zou hebben met de Fransche wet en alles zou hebben overgelaten aan den Notaris, om al naar mate van den fysieken toestand van den testateur, zijn ministerie te verleen of te weigeren, omdat juist de omstandigheid, dat onze wetgever eene voorafgaande in tegenwoordigheid van de getuigen gedane opgave (nuncupatio) vordert, aantoot, dat de wetgever niet alles heeft willen overlaten aan de goede trouw en de opvatting van den notaris; en dat «buitendien de bewering dat onze wetgever met de Fransche wet zoude hebben gebroken, onjuist is, om hare algemeenheid, en op eene minder juiste opvatting van de geschiedenis van art. 986 berust;

«Overwegende toch, dat onze wetgever wist, tot welke rechtsgedingen het woord dicter (reeds in de officieele vertaling van den C. C. door «opgeven» vertolkt) had aanleiding gegeven, dat hij evenzeer wist, dat regtsauteurs en jurisprudentie dit woord hadden opgevat in een meer vrijgevig zinn dan de gewone en natuurlijke beteekenis van het woord toeliet, en dat hij nu, de noodzakelijkheid dier mildere uitlegging erkennende, eenvoudig de woorden «zakelijk opgeven» gebruikt heeft, om de letter van de wet met hetgeen reeds als hare bedoeling aangenomen was in overeenstemming te brengen; waaruit volgt dat, zoo hier iets veranderd is, die verandering moet worden gezocht eenig en alleen in de meerdere vrijheid van redactie, den notaris toegekend, doch geenszins in de wijze, waarop de testateur zijn wil moet verklaren, vermits die wilsverklaring, even goed als onder de vroegere wetgevingen, moet zijn vrij, zelfstandig en spontaan;

«Overwegende dat uit deze beschouwingen volgt, dat hier geene «zakelijke opgave in den zin der wet heeft plaats gehad, en de «notaris alzoo (zij het dan ook geheel ter goeder trouw) gedwaald heeft, toen hij in zijn testament vermeldde, dat de testatrice haren «wil nader zakelijk in tegenwoordigheid der getuigen opgegeven heeft; dat reeds om dit formeele gebrek, volgens art. 1000 B. W., «dit testament zal behooren nietig verklaard te worden, en het «alzo onnoodig is in een nader onderzoek te treden van de eerste «door eischers opgeworpen vraag, namelijk of de testatrice in het

«algemeen in het bezit was van die verstandelijke vermogens, die, «volgens art. 982 B. W., tot het maken van een uitersten wil gevorderd «worden, en van deze andere, of zij al of niet geacht kon worden «verklaard te hebben niet te kunnen schrijven.» (1)

Moet men ook hier nu niet aannemen dat de Notaris, — zij het dan ook geheel ter goeder trouw — gedwaald heeft toen hij in zijn testament vermeldde, dat de testateur zijnen wil nader zakelijk in tegenwoordigheid der getuigen opgegeven heeft, in stede van te vermelden dat die testateur, waarvan het vast staat dat hij niet kon spreken, in tegenwoordigheid der getuigen evenmin iets mondeling heeft kunnen opgeven, als hij dit een oogenblik te voren gedaan heeft aan den Notaris.

Is dit zoo, dan ligt voor ons een testament waarvan de erflater niets heeft *opgegeven* mondeling, doch dat geheel en al ontleend is aan en zijn ontstaan gevonden heeft in het stukje beschreven papier hetwelk door den Notaris is gebezigd, zonder dat de erflater een woord heeft kunnen spreken.

Kan men nu in ernst nog volhouden, na al hetgeen is voorafgegaan, dat bij ons art. 986 B. W. de wetgever zich daarmede tevreden heeft kunnen stellen, wanneer reeds het woord dieter uit den code civil bij de Nederlandsche vertaling geworden is het hier besproken „*opgegeven*”?

Wij meenen dus te kunnen besluiten met deze stelling: dat zoowel in ons recht als onder *vigueur* van den franschen code steeds bij de openbare akte eene mondelinge verklaring van den erflater het eerste en fundamenteele vereischte is voor de geldigheid van dat testament; dat evenmin bij ons een doofstomme, een stomme, een doove,

(1) Notaris MOLL l. pag. 216 teekent op dit vonnis aan: «De »beslissing der Rechtbank komt mij voor goed gemotiveerd te zijn.»

ook hij die momentaan zijn spraakvermogen verloren heeft kan testeeren bij openbare akte als onder vigueur der Fransche wet waaraan ons artikel is ontleend;

dat de talrijke schrijvers en ook de Rechtbank te 's-Gravenhage eenvoudig op gezag af van het woord „opgeven” in zijne taalkundige beteekenis en het spraakgebruik tot de erroneuse stelling zijn gekomen dat onze wetgever het fundament van de uiterste wilsverklaring — de mondelinge opgave van den wil — zou hebben prijs gegeven, zonder het minste rekening te houden noch met de geschiedenis der wet noch met de beweegredenen van den wetgever en wellicht zullen de Nederlandsche juristen, die dit opstel lezen, tot eene gezondere uitlegging der wet gebracht worden; dan is het ook te voorzien dat zij niet meer, zoo als tot nu, aan den wetgever, zoo maar klakkeloos, afdwalingen fouten, gedachtenlooze navolging van den code Napoleon verwijten. — SCHERMER meent zelfs, dat art. 979 C. C. gedachteloos is overgenomen uit art. 12 der ordonnantie van 1735 — doch alles in verband brengen met de grondgedachte van den wetgever — mondelinge opgave van den erflater — doch is deze onmogelijk, dan eene alleen daardoor verklaarbare verscherping van alle formaliteiten, voor de schriftelijke opgave noodzakelijk geacht, zoo als deze in art. 988 B. W. zijn neergelegd.

Zoo geïnterpreteerd is dat artikel in volkomen harmonie met de drievoudige wijze van testeeren die de Ned. wet toelaat aan hem die spreken kan; die voorgeschrevene formaliteiten uitbreiden tot hem die niet spreken kan, enkel en alleen op gezag van een woord, waarvan men de beteekenis willens en wetens niet eerbiedigt, is eene afdwaling waarvan de gevolgen niet zijn te overzien. DIEPHUIS VIII p. 261 zegt dat men uit den tekst van

art. 988 B. W. niet moet afleiden dat hij die niet spreken maar wel schrijven kan alleen een besloten testament kan maken, en geen ander, en Notaris MOLL voegt daarbij nog, dat dit zeer juist is maar natuurlijk medebrengt, dat art. 988 hoogst zelden toepassing zal vinden, en de testateur, die niet spreken maar wel schrijven kan, eerder een olograpisch testament zal maken, p. 277 l. c.

Zeer zeker altijd onder vigueur van den Code Napoleon: daar volstaat men met het olographisch testament dat men in zijn coffrefort of secrétaire neer zal leggen. Maar bij ons, waar de erflater volgens art. 979 heeft te *verklaren* ten overstaan van den Notaris en de getuigen, dat hij het ongezegeld vel papier (p. 228 l. c.) waarop hij zijnen uitersten wil eigenhandig geheel geschreven en geteekend heeft, aan den Notaris in bewaring geeft, hoe zal die erflater zich er uittrekken om die verklaring af te leggen: door teekens bijv. simuleerende dood te zijn, of een handbeweging, een gebaar zullende aantoonen, dat als straks de schikgodin Atropos de draden zijns levens zal hebben doorgesneden, dat papier moest dienst doen als zijn testament? Het spijt ons dat SCHERMER voor dat soort van testament niet ook een formulier heeft ontworpen!

Wil men dus redelijk en logisch de wet interpreteeren, zoo als zij voor ons ligt, dan is geen andere conclusie mogelijk dan dat hij, die niet spreken kan, in het Fransche recht de keuze had tusschen een zuiver olographisch testament of het authentiek testament met inachtneming der vormen voorgeschreven bij art. 979 C. C. doch volgens het Nederl. recht alleen kan testeeren op de wijze bij art. 988 B. W. bepaald.

Maastricht, 19 Februari 1907.

G. T.

Toevoegsel aan „De oorzaak bij de overeenkomst”.

Aan mijn opstel in den jaargang 1905 van dit Tijdschrift wensch ik het een en ander toe te voegen naar aanleiding van het geding, eindigende met het arrest van den Hoogen Raad van 9 Januari 1903 (W. 7866). Men beschouwe opstel en toevoegsel als een geheel. Wat daar betoogd werd, wordt hier als vaststaande aangenomen.

De Hooge Raad besliste, dat de overeenkomst tusschen een zoon en den schuldeischer zijner moeder om te betalen hare schuld, voortspruitende uit een saldo van rekening, niet aanwijzing eener oorzaak bevatte. Het bezwaar lag niet in de schuld der moeder. De woorden „saldo van rekening” werden niet eene onvoldoende vermelding van de oorzaak harer schuld geacht. Neen, het beloven eens anders vaststaande schuld te betalen ware niet voldoende. Er zoude nog iets meer moeten blijken, bijvoorbeeld of de zoon door schuldvernieuwing in de plaats zijner moeder ware getreden.

Voor het Hof te Arnhem werd verleden jaar dezelfde vraag behandeld. (1) Iemand had beloofd de schuld van zijne van tafel en bed gescheiden echtgenoot te betalen. Mij was het eene aanleiding mij nogmaals in de oorzaak te verdiepen.

(1) Zie arrest van 9 Mei 1906 W. 8522.

Eischer dagvaardde voor de Rechtbank te Groningen tot terugbetaling van f 600.— met renten ter zake van geldleening. Na ontkentenis van den gedaagde legde hij ten bewijze over eene schuldbekentenis van geldleening. Daarop bleef gedaagde ontkennen geld te hebben geleend. Hij gaf op beloofd te hebben de schuld zijner moeder te betalen; ontkende echter, dat zij f 600.— uit saldo van rekening-courant schuldig was gebleven en beweerde, dat de afgifte der schuldbekentenis door pressie was gekregen. Hij verzocht ten slotte het verhoor van eischer op vraagpunten. Deze gaf toe, dat de schuldbekentenis eene onware oorzaak bevatte onder bijvoeging „dat inderdaad de verbintenis van den gedaagde hare „oorzaak vindt in eene schuld van f 600.— ten laste „van diens moeder en ten bate van eischer ter zake „van een dezen van gene competeerend saldo van „rekening”.

De Rechtbank oordeelde, dat de schuld der moeder de oorzaak niet was van de overeenkomst, tusschen den zoon en den eischer gesloten, „daar toch eene beweerde „schuld van de moeder voor den zoon wel kon zijn eene „beweegreden (causa impulsiva) voor het aangaan eener „overeenkomst met den beweerden schuldeischer der „moeder om deze te ontlasten, als zij werkelijk belast is, „maar in die schuld de oorzaak (causa obligationis) der „overeenkomst tusschen schuldeischer en zoon niet kon „worden gevonden”. De eisch werd ontzegd.

Het Hof te Leeuwarden sloot zich bij deze redeneering aan onder bijvoeging, dat het bestaan van de schuld der moeder alleen, „zonder eene daarnevens gestelde „strekking der overeenkomst, naar de bedoeling van „beide partijen, om daarmede verandering te brengen in „de rechtsverhouding tusschen de moeder en haren schuldeischer wegens die schuld, niet kan gezegd worden

„haren oorsprong in die rechtsverhouding te hebben,
„m. a. w. haar oorzaak te zijn”. (1)

De Hooge Raad verwierp de voorziening in cassatie onder overneming van 's Hof's redeneering er bij voegende:
„dat immers voor de voldoende aanwijzing van eene
„oorzaak of rechtsgrond van eene verbintenis, bij overeen-
„komst aangegaan, wordt gevorderd, dat de aangegeven
„oorzaak of rechtsgrond het karakter bepale van de bij
„overeenkomst aangegane verbintenis, wat in geval van
„het op zich nemen eener verbintenis met het oog op
„eene bestaande verbintenis van een derde o. a. zijn kan
„de overeenstemmende wil van partijen om de schuld
„van dien derde te kwijten of te vernietigen met in de
„plaatsstelling van de nieuwe schuld, waartoe zich de eene
„partij verbindt tegenover de andere, of ook de wil, dat
„de partij, die zich bij de overeenkomst verbindt, de
„schuld van den derde erkennend en latend bestaan, de
„verbintenis op zich neemt tot betaling daarvan, hetzij
„als medeschuldenaar, hetzij als borg voor zoover de
„derde ingebreke mocht blijven, in welke verschillende
„gevallen de te bewijzen schuldoorzaak den aard en de
„strekking der te bewijzen verbintenis aanwijst, naar welker
„omvang de rechter, oordeelende over eene bepaalde, uit
„de verbintenis voortvloeiende verplichting heeft te
„beslissen; dat dergelijke bepaalde aanwijzing bij de
„geheel vage bewering, in de bovenvermelde bijvoeging
„tot de erkenntenis vervat, geheel en al ontbreekt, vermits
„daarin alles ontbreekt, wat hetzij op kwijting (krachtens
„volmacht of bij wijze van zaakwaarneming voor eene
„afwezige), hetzij op schuldvernieuwing, hetzij op borg-
„stelling wijzen zou en al wat een bepaald karakter en

(1) Vonnis Rechtbank van 21 Juni 1901 en arrest Hof van 7 Mei 1902. Beiden te vinden in P. v. J. 1902 n^o. 140.

„eene bepaalde strekking van eene op zich genomen „verbintenis geven zou”.

In drie instantiën werd alzoo uitgemaakt, dat de belofte door den zoon aan den schuldeischer van zijne moeder gedaan, om hare schuld te voldoen, krachteloos is. Met Mr. HAMAKER (1) ben ik van oordeel, dat deze beslissing in strijd is met het rechtsgevoel. Of de wet is gebrekkig, of de rechter heeft haar onjuist toegepast. Ik geloof het laatste.

Het staat vast, dat de eischer en de zoon waren overeengekomen, dat de laatste de schuld van zijne moeder zoude betalen. Hier mag niets aan toegevoegd worden. Het is bijvoorbeeld niet geoorloofd de mogelijkheid aan te nemen, dat aan deze overeenkomst eene voorwaarde was verbonden. Dientengevolge was de Hooge Raad niet gerechtigd ook aan borgtocht te denken.

Terecht nam het College de mogelijkheid aan van schuldvernieuwing en van medeschuldenaarschap. Ik wensch er zelfs nog één aan toe te voegen: namelijk schuldoverneming. Hieronder verstaat men het in dier voege overnemen eener schuld, dat de oude schuldenaar wordt ontslagen en er toch geene schuldvernieuwing plaats heeft. (2)

Wat het medeschuldenaarschap betreft, merk ik op, dat alleen aan hoofdelijkheid kan gedacht worden. De zoon belooft niet met zijne moeder te betalen, noch om

(1) Zie zijn opstel: Nog eens de oorzaak eener overeenkomst. *Weekblad v. P. N. en R.* n^o. 1738—1740.

De theorie van den Schrijver over de oorzaak deel ik niet en evenmin de gronden, die hij tegen de beslissing van den H. R. aanvoert. Even als in mijn eerste opstel onthoud ik mij echter van bestrijding van de schrijvers.

(2) Zie de dissertatie van Mr. S. G. CANES: Schuldoverneming.

slechts de helft der schuld te voldoen. Hij belooft de schuld, dat is de geheele schuld te betalen.

Er kan dus plaats hebben gehad schuldvernieuwing, schuldoverneming, hoofdelijke medeschuldnaarschap. Voor de betalingsplicht van den zoon is het echter volmaakt onverschillig, welk dezer rechtsfiguren aanwezig was.

Anders ware het, als de mogelijkheid van borgstelling bestond. Dan konde de zoon er zich op beroepen, dat de moeder niet ingebreke was; ja zelfs konde hij voorafgaande uitwinning vorderen.

Voor den schuldeischer was het daarentegen van gewicht met welk der drie rechtsfiguren hij te doen had. Bij hoofdelijke medeschuldnaarschap behield hij zijne vordering tegen de moeder benevens de *accessoria* der verbintenis. Deze behield hij eveneens bij schuldoverneming, doch verloor dan zijne vordering tegen de moeder. Had er schuldvernieuwing plaats gehad, dan verloor hij deze vordering en ook de *accessoria*, behoudens het voorbehoud van art. 1457 B. W.

Het al of niet gewijzigd zijn der verhouding tusschen den schuldeischer en de moeder heeft niets te maken met de betalingsplicht van den zoon. Hoe zoude dan, zooals Hof en Hooge Raad doen, de oorzaak van deze plicht in verband kunnen gebracht worden met de werking van de nieuwe overeenkomst op de oude schuld? De wet dwingt zeker niet tot zulk eene zonderlinge opvatting.

De bepaling van onze wet (artt. 1356 en 1371), dat voor de bestaanbaarheid der overeenkomst wordt vereischt eene oorzaak, en wel eene wettige, is ontleend aan den Code, die POTHIER volgde. (1)

(1) Zie *Themis* 1905 bl. 174 en 181.

De overeenkomst, waarbij de zoon zich verbindt om de schuld van zijne moeder te betalen, wordt aangegaan om niet, zoolang althans niet blijkt, dat ook de zoon eenig voordeel bekommt. Volgens POTHIER is de oorzaak van zulk eene overeenkomst liberaliteit. Hieruit volgt, dat de besproken overeenkomst reeds één wettige oorzaak heeft.

POTHIER zweeg over de kracht van eene schuldbekentenis. De Code bepaalde, dat als eene overeenkomst gesloten was door het geven en nemen van eene schuldbekentenis, deze geldig zoude zijn, al ware de oorzaak van de schuld niet in de schuldbekentenis vermeld. (1) Het woord „cause” kreeg derhalve in art. 1132 eene beteekenis, die het bij POTHIER niet had, namelijk van de schuld, waarvoor de schuldbekentenis wordt afgegeven.

Onze wetgever nam art. 1132 niet over, doch gaf in art. 1372 het oud-Hollandsch recht weer. Als eene overeenkomst gesloten is door het geven en nemen van eene schuldbekentenis, dan is die van kracht, al is geene oorzaak uitgedrukt of de uitgedrukte niet de eigenlijke oorzaak, indien er maar eene geoorloofde aanwezig is. (2) Ook hier wordt met „oorzaak” bedoeld de schuld, waarvoor de schuldbekentenis werd afgegeven.

Wat nu, als de schuldbekentenis werd afgegeven niet voor eigen schuld, maar voor schuld van een derde?

Indien men art. 1372 niet analogisch wil toepassen door als oorzaak aan te nemen de schuld van den derde, dan blijft er niets over dan de oorzaak van POTHIER,

(1) Zie *Themis* 1905 bl. 175 volg. en bl. 219 noot.

(2) Zie *Themis* 1905 bl. 183 volg. Zoowel art. 1132 C. C. als art. 1372 B. W. neemt als bekend aan het ontstaan van eene overeenkomst door het geven en nemen van eene schuldbekentenis. Over de kracht dier overeenkomst handelen de artikelen, Deze elliptische vorm heeft de ware beteekenis voor velen onverstaanbaar gemaakt.

namelijk liberaliteit. Men wane niet, dat dan elk verband met de schuld van den derde verbroken ware. Als het blijkt, dat de schuld van de moeder om de eene of andere reden niet bestaat, behoeft de zoon niet te betalen, zonder eenig beroep op gemis van oorzaak, alleen reeds, omdat eene schuld, die niet bestaat, niet kan betaald worden. De overeenkomst verliest haar inhoud of, om met art. 1356 te spreken, heeft geen voorwerp.

Naar mijne meening behoort echter art. 1372 analogisch toegepast te worden. De schuld van den derde is de oorzaak der schuldbekentenis. Men kan echter niet volstaan met een cijfer te vermelden. De wijze waarop die schuld ontstaan is, dient aangeduid te worden. Eene volledige schuldbekentenis zoude aldus luiden : ik, ondergeteekende, beloof te betalen aan A de schuld mijner moeder aan hem, groot f 600.—, bijvoorbeeld ter zake van geleend geld. Zoo wordt, wat de wetgever wilde, het oorspronkelijk *negotium* in de schuldbekentenis vermeld.

Werd er niet eene schuldbekentenis afgegeven, dan moet de schuldeischer op andere wijze bewijzen, wat in bovenstaande schuldbekentenis wordt vermeld.

Uit dit betoog volgt, dat de eischer volkomen terecht beweerde, dat de oorzaak van des zoon's verbintenis was gelegen in de schuld der moeder.

Bestond hare schuld niet, bijvoorbeeld omdat de door haar gesloten overeenkomst in strijd met de goede zeden was, dan is de schuld van den zoon zonder oorzaak.

Het geding geeft aanleiding tot de bespreking van een tweede onderwerp.

Er werd gedagvaard uit geldleening; niet uit het afgeven van eene schuldbekentenis ter zake van geldleening. Daarna bracht de eischer ten bewijze eene schuldbekentenis van geleend geld in het geding. Later erkende

hij, dat deze oorzaak *onwaar* was, en de Rechtbank gebruikte dezelfde uitdrukking.

Als het onwaar ware, dat er geld geleend werd, dan kon het gestelde nimmer bewezen worden, en hadden reeds op dien grond Rechtbank en Hof den eisch moeten ontzeggen, zonder te vragen of de bijvoeging eene andere wettige oorzaak in de plaats gaf. Het schijnt, dat Mr. HAMAKER dezen afloop juist zoude geacht hebben. (1) Een beroep op het bepaalde in art. 1372, dat de verbintenis van kracht blijft, als er eene andere geoorloofde oorzaak bestaat, konde niet baten, omdat niet uit de in dat artikel bedoelde schriftovereenkomst werd gedagvaard.

Volgens de bedoeling van partijen echter heeft er wel degelijk geldleening plaats gehad. Zij namen aan, dat dit geschied was.

Eene der wijzen van schuldvernieuwing is het aangaan van eene nieuwe schuldverbintenis, welke in de plaats der oude gesteld wordt. Het *nieuwe* kan zeer goed bestaan in de verandering van oorzaak. Bijvoorbeeld wat schuldig was uit koop, wordt schuldig uit geldleening. Het koopcontract kan niet meer ontbonden worden. De verkooper verliest het voorrecht op de opbrengst van de onbetaalde roerende goederen. Daarentegen zijn de bepalingen van verbruikleen toepasselijk. Die nieuwe oorzaak mag in geenen deele als onwaar behandeld worden. (2)

Er blijft een band bestaan tusschen de oude en de nieuwe verbintenis. Is de eerste nietig, dan noodzakelijkerwijze ook de tweede.

(1) *Weekblad v. P. N. en R.* n^o. 1736. Ik kon althans aan de «opmerking» van bl. 166 geene andere uitlegging geven.

(2) H. R. 10 Januari 1896 W. 6762. DIEPHUIS deel X. bl. 622. LAURENT deel XVII n^o. 273.

LAND (deel III, 1ste stuk bl. 348 noot 4) heeft in navolging van WINDSCHEID eene eenigszins andere constructie.

Onze wetgever beschouwt de oude als de oorzaak van de nieuwe. Dit blijkt wederom uit art. 1372.

Indien bij eene schriftovereenkomst er eene andere geoorloofde oorzaak dan de uitgedrukte in de schuldbekentenis bestaat, is niettemin de overeenkomst van kracht. Als de eigenlijke oorzaak neemt de wetgever dus aan de oude schuld.

Nu nog iets over den bewijslast. Rationeel zoude het zijn, als de gedaagde ter ontzenuwing van zijne schuldbekentenis, niet alleen behoefde te bewijzen, dat de oorspronkelijke schuld niet uit geldleening ontsproot, doch tevens dat die schuld in werkelijkheid niet bestond. Hiertegen verzet zich echter art. 1372, in het licht der geschiedenis gezien. (1) Het bestaan van eene wettige oorzaak moet door den eischer bewezen worden.

Schuldvernieuwing beschouwde de wetgever niet als eene voldoende oorzaak. De oorspronkelijke schuldoorzaak dient aangetoond te worden.

Het derde en laatste punt van behandeling geldt de afrekening.

De schuldeischer gaf op, dat de moeder hem schuldig was f 600.— wegens „saldo van rekening”. Indien de loop van het geding er toe had geleid, dat de schuldeischer het bewijs dezer bewering diende te leveren, had hij dan kunnen volstaan te bewijzen, dat de moeder dit bedrag als saldo van rekening schuldig had erkend?

In strijd met het gevoelen van den Hoogen Raad heb ik deze vraag bevestigend beantwoord. (2) Ik be-
toogde, dat afrekening is een *negotium* en wel van geoorloofden aard, en maakte hieruit de gevolgtrekking,

(1) Zie *Themis* 1905 bl. 187 volg.

(2) *Themis* 1905 bl. 203 volg. H. R. 27 Juni 1902 W. 7778.

dat deze is een *causa debendi*, even goed als geldleening. Had er afrekening plaats gehad, dan behoefde de eischer bij tegenspraak slechts deze te bewijzen en niet zijne creditposten. Deze redeneering behoeft aanvulling.

Zeker afrekening is een *negotium*, maar verandering van het object der verbintenis kan het ook zijn. Als de eene boer van den andere te vorderen heeft f200.—, en zij komen overeen, dat in de plaats van het geld eene koe zal geleverd worden, dan staat deze handeling, economisch gesproken, volkomen gelijk met den koop van de koe voor f 200. Toch is volgens art. 1372 dit *negotium* niet eene voldoende oorzaak, maar moet de eischer bewijzen, dat de som werkelijk verschuldigd was.

Nu ontstaat er gevaar voor toepassing van art. 1372 ook op de afrekening. Wanneer bij verandering van object de schuldeischer ingeval van tegenspraak moet teruggaan tot de oorspronkelijke schuld, dan schijnt de *ratio legis* te vorderen, dat dit ook geschiede bij afrekening. Het is echter slechts schijn.

Het doel van de afrekening is te bepalen, hoeveel de een aan den ander schuldig is. Ontkent de gedaagde het overeengekomen bedrag schuldig te zijn, dan handelt hij rechtstreeks in strijd met de overeenkomst. Dit is hem geoorloofd, mits hij bewijze dat de grondslag onjuist was. Wil hij evenwel den eischer noodzaken de creditposten te bewijzen, dan antwoordt de laatste terecht: wij hebben juist afgesproken, dat ik dit niet behoefde te doen.

Toen de twee boeren overeenkwamen, dat in plaats van f200.— eene koe zoude geleverd worden, gingen zij van de *onderstelling* uit, dat die som verschuldigd was. Deze onderstelling achtte de wetgever niet voldoende om den eischer van verder bewijs te ontslaan. Het doel van

de overeenkomst is niet, zooals bij afrekening, vast te stellen, dat f 200.— verschuldigd was.

Ook bij het afgeven van eene schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak, gaan partijen van de onderstelling uit, dat de schuld werkelijk bestaat, (1) doch evenmin heeft deze overeenkomst, op zich zelve, ten doel vast te stellen, dat men schuldig is en hoeveel.

Het doel is verstrekken van een titel. —

De afspraak, gericht op het bedrag van het schuldig zijn, keert noodzakelijkerwijze de bewijslast om. Men zal toch niet beweren, dat deze overeenkomst in strijd is met de openbare orde of de goede zeden!

De overeenkomst, waarbij afstand werd gedaan van een beroep op ongeoorloofde oorzaak, zoude zeker op grond van art. 14 A. B. nietig zijn, doch dit geschiedt bij de afrekening niet. Men raakt niet aan de artt. 1356 4^o. en 1373. Men wijkt af van den bewijslast, zooals die uit art. 1372 volgt. De gedaagde kan van de bescherming, hem in dat artikel gegeven, *implicite* afstand gedaan hebben. Er is zoo weinig van openbare orde sprake, dat het eigenlijk eene dwaasheid zoude zijn, als de afrekening geen juridisch gevolg had.

Ik eindig met er nogmaals aan te herinneren, dat, hoe vijandig de Duitschers vóór het uitkomen van BÄHR'S werk ook gestemd waren tegen de *cautio indiscreta*, zij de geldigheid der afrekening aannamen. (2) Ik vlei mij thans de ware rechtvaardiging van deze afwijking gevonden te hebben.

Arnhem, 11 Augustus 1907.

G. WITTEWAALL.

(1) Zie daaromtrent het praeadvies van MOLTZER in de Handelingen der N. J. V. 1889 deel I bl. 192 volg.

(2) BÄHR: Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 55; KOCH 8ste Deutsche Juristen-dag deel I bl. 302; HAUSER 9de D. Juristen-dag deel III bl. 67.

**Het normative karakter van internationale
tractaten,**

DOOR

MR. J. C. DE MAREZ OYENS,

oud-Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, Den Haag, 1907.

Het arrest van den Hoogen Raad, d.d. 25 Mei 1906 (W. n^o. 8383) heeft den Heer DE M. O. aanleiding gegeven tot beschouwingen, die een hoogst belangrijke vraag betreffen.

Men weet dat in den laatsten tijd, door ons land, vele tractaten zijn gesloten over onderwerpen van internationaal procesrecht en internationaal familierecht. Bedoelde tractaten zijn collectieve tractaten; een aantal Staten heeft medegewerkt. Die tractaten hebben niet uitsluitend ten doel, volgens de classieke maar m. i. verouderde begripsbepaling van het internationaal privaatrecht, conflicten op te lossen door aanwijzing der toepasselijke wet in geval van twijfel. Zij gaan veel verder. Zij spreken in de taal van eene verordening over formeel of materieel recht, b.v.:

„In burgerlijke of handelszaken zullen de beteekeningen „van voor het buitenland bestemde stukken geschieden . . . enz.”

„Lijfswang . . . zal niet kunnen worden toegepast op „vreemdelingen behoorende tot een der contracteerende Staten . . . enz.”

„Vreemdelingen moeten, om een huwelijk aan te gaan, „bewijzen dat zij voldoen aan de vereischten . . . enz.”

„De echtscheiding en de scheiding van tafel en bed, uitgesproken door den rechter, bevoegd ingevolge de bepalingen van art. 5, worden overal erkend . . . enz.”

„Het bewind van den voogd strekt zich uit over den persoon en het geheele vermogen van den minderjarige, waar de tot dit vermogen behoorende goederen zich ook mogen bevinden.”

Die tractaten hebben meer in 't bijzonder aanleiding gegeven tot de vraag of door dergelijke bepalingen alleen de Staten — de contracteerende Staten, zooals de tractaten zeggen — verbonden zijn, dan wel of die bepalingen, zoodra het tractaat in kracht is getreden, ook de landzaten verbinden en door den rechter moeten worden toegepast, zonder dat een locale wet of Koninklijk besluit het bevel heeft herhaald.

De Hooge Raad heeft uitspraak gedaan in laatstgemelden zin.

Die beslissing acht de Heer DE M. O. bedenkelijk. Zonder bepaald te willen reageeren of napleiten, geeft hij toch te kennen welke zijne bedenkingen zijn. In elk geval wijst hij op de gevolgen van de leer van den Hoogen Raad. Eenigermate sluit zijn betoog zich aan bij zijne recensie van het academisch proefschrift van den Heer VAN EYSINGA, in dit tijdschrift opgenomen.

Hijzelf verdeelt zijn werk in drie afdeelingen:

- 1^o. de strijdige gevoelens;
- 2^o. het dictum daaromtrent van ons hoogst rechtscollege;
- 3^o. de gevolgen dezer rechterlijke beslissing voor ons positief staatsrecht.

De Heer DE M. O. acht het onnoodig in het breede te ontwikkelen (pag. 4), wat ieder, die onze rechts- of parlementaire geschiedenis ook maar eenigszins gevolgd

heeft, volkomen bekend is. De „strijdige gevoelens” worden door hem alleen aangestipt. Eenerzijds, zegt hij, heeft men de leer van het gezag van het tractaat als zelfstandig gezag, boven of naast, maar in elk geval, onafhankelijk van het landsrecht; anderzijds de leer, die aan het tractaat tegenover den burger direct gezag ontzegt.

Hoewel het de bedoeling is van den Heer DE M. O. eenvoudig gevoelens aan te stippen, zoo verdeelt hij toch de rechtsbeoefenaars in twee groepen, die elk een verschillend grondaxioma hebben. De eerste groep bestaat uit hen die gelooven aan een wereldstaat, of althans aan eene rechtsgemeenschap hooger dan de Staten, de tweede groep uit hen die daaraan niet gelooven. Het woord „geloof” komt op pag. 4 voor. De Heer DE M. O. tracht dan ook zijne tegenstanders niet te overtuigen. Hij treedt alleen in eene gedachtenwisseling met zijne medestanders, o. a. met Buys, die in de wet, houdende goedkeuring van een tractaat, de bron ziet, waaruit wettelijke verplichtingen voor de landzaten voortvloeien. Hij staat verder stil bij een practisch gewichtige, maar de grondaxioma's niet rakende, bedenking, in de Staten-Generaal geopperd tegen de leer die telkens eene uitvoeringswet voor tractaten eischt. Onze tractaten omtrent de tarieven zouden op losse schroeven staan! De Heer DE M. O. toont aan dat die bedenking elken feitelijken grondslag mist; er zijn uitvoeringswetten.

Waar aldus, door een Schrijver, de strijd over de grondstellingen wordt vermeden, doet een recensent wellicht beter dat voorbeeld te volgen. Toch veroorloof ik mij een paar opmerkingen. Is die tegenstelling van geloovigen wel juist, zoodat pogingen om elkaar te overtuigen afstuiten moeten op het gemis van eene gemeenschappelijke grondwaarheid, en een woordenstrijd noodzakelijk

moet uitloopen op een wisseling van onaangename woorden? De S. noemt HAMAKER een geleerde die de Staten, vergelijkenderwijs, wil doen afdalen tot de rol van provinciën in een wereldstaat. Wil dat zeggen dat HAMAKER een cosmopoliet is, in de slechte beteekenis van dat woord? Ik zelf verschijn als voorstander der heerschappij van de Rechtsorde, met een groote R. Wil dat zeggen dat ik een wijsgeerig-getinte dreamer ben, geleid door de waanvoorstelling van eene godin „Rechtsorde”, die den Staten bevelen geeft? Zou het billijk zijn wanneer ik antwoordde dat de Heer DE M. O., die in het nationale leven zoo hoog staat als staatsman, rechtsgeleerde en burger, in het internationale leven vergelijkenderwijs een anarchist is, voorstander der Onrechtswanorde?

Ik ben bereid op al die vragen het antwoord te geven, dat de lezer vermoedt. Maar ik zie ook, bij dit bijzonder onderwerp, de diepe kloof niet, welke de S. graaft. Even sta ik stil bij het begrip „rechtsorde”. Ik ontken de uitvinder van dat begrip te zijn. Het recht is de redelijke orde der samenleving, en geen samenleving is menschwaardig zonder rechtsorde. Uit het bestaan der algemeen-menschelijke samenleving — en dat bestaan kan men evenmin ontkennen als het licht der zon — volgt dat die samenleving rechts-eischen stelt. Wie zal die bevredigen? Een georganiseerd centraal gezag bestaat in die samenleving niet. De Staten, individueel binnen de grenzen hunner territoriale macht, en de collectiviteit der Staten, zoodra het rechtsregels geldt die over meerdere territoriale gebieden hebben te werken, hebben mitsdien den plicht, en daarom het recht, op te treden als handhavers der rechtsorde. Hoe zullen zij optreden? Een internationaal wetgevend gezag bestaat niet. De Staten moeten derhalve, om hun plicht als collectiviteit te vervullen, zich bedienen van middelen, die ik surrogaten der internationale verordening genoemd

heb, dat is van tractaten en van eensluitende wetten. Die surrogaten vergelijk ik nu niet met elkaar. Maar vast staat als een muur, dat een tractaat, evenmin als een in Nederland geldende eensluitende wet, noch Nederland noch Nederlanders kan binden zonder medewerking van het Nederlandsche gezag, en bepaaldelijk, wanneer het wettelijke rechten geldt, zonder goedkeuring der Staten-Generaal. Is er iemand die dat ontkent? Welnu, dan kan de quaestie herleid worden tot een quaestie van vorm. De Heer DE M. O. wil, behalve de goedkeuring van de Kroon en van de Staten-Generaal, nog eene invoeringwet; BUUS, zijn principiëele medestander, acht dat een overdreven formalisme. Het is een quaestie van vorm. Nationale gevoeligheid vindt hier geen aanleiding om zich te vertoonen. Juist dat, en niets dan dat, wilde ik bewijzen.

De Hooge Raad heeft in het bedoelde arrest een vorm gevonden, die naar de meening van het Hooge College, het territoriale gezag niet aantast en voor de collectiviteit der Staten het tractaat, als surrogaat der internationale verordening, bruikbaar maakt.

De Heer DE M. O. wil aan het gezag van het dictum niet te kort doen (pag. 19) maar oppert eene bedenking tegen een der overwegingen.

Die overweging bevat de volgende zinsnede:

„dat die voorafgaande goedkeuring geen zin zou hebben, indien het de bedoeling van art. 59 was, dat slechts door wetswijziging ten gevolge van verdragen met vreemde mogendheden en dienovereenkomstig veranderingen in wettelijke rechten der onderdanen zouden kunnen worden gebracht”.

Geen zin! Hoe dan, zegt de Heer DE M. O., te denken over den zin, die door Minister LOEFF in de zitting der 2^e Kamer van 24 Juni 1903 is gegeven? Mr. LOEFF ziet

in de goedkeuringswet eene voorwaarde der bekrachtiging, gesteld ten einde te voorkomen dat de Koning, tegenover het buitenland, de vrijheid van beslissing der Staten-Generaal zou praejudicieeren.

Inderdaad, — het zij met allen eerbied gezegd — indien de Hooge Raad aan het gezegde van Mr. LOEFF heeft gedacht, dan is de uitdrukking „geen zin” minder parlementair. Er is een zin. Maar de uitlegging van den Hoogen Raad is ook niet zinloos of onzinnig.

Het zij mij vergund door een voorbeeld de tegenstelling der twee zinnen beter te doen uitkomen.

Gesteld een in werking getreden tractaat zegt:

„Het bewind van den voogd strekt zich uit over den „persoon en het geheele vermogen van den minderjarige, waar de tot dit vermogen behoorende goederen zich ook mogen bevinden”.

Deze bepaling bindt, volgens rechtsgeleerden van naam, den (Nederlandschen) Staat. Als die rechtsgeleerden dat zeggen, heeft dat zeker een zin. Best. Maar wanneer de voogd toch eerst zijne bevoegdheid verkrijgt, nadat een zevental invoeringswetten even zoovele veranderingen in even zooveel burgerlijke wetboeken zullen hebben gebracht, dan zegt het tractaat niet wat het bedoelt. Het had behooren te zeggen: „de Staten verbinden zich eensluidende voorstellen van wet te doen.” Maar dan komt weer een andere „maar”. Want als het tractaat dat zoude zeggen, zou de parlementaire goedkeuring of niet noodig zijn of weinig zin hebben. Het tractaat bevat eigenlijk geene bepaling, wettelijke rechten betreffende. Althans het brengt in die rechten niet de minste verandering. Het praejudicieert niets. Waarom zou het Parlement de verplichting, welke de Staat op zich neemt, moeten goedkeuren en daarna nog eens het voorstel?

De Hooge Raad had dus te kiezen tusschen twee

opvattingen, en mocht de meest redelijke of de minst onredelijke nemen.

De opmerking van den Heer DE M. O. raakt dus alleen de uitdrukking. Trouwens, indien ik mij niet bedrieg, dan keurt hij de uitleggingswijze, door den Hoogen Raad gevolgd, geenszins absoluut af. „*Waar het leven zich ontwikkelt*”, zegt hij op pag. 26, „*moet zich de wet tot springens toe voegen*”. De Hooge Raad, heet het verder, heeft *het internationale rechtsleven medegeleefd, zooals het wordt geschilderd in de Memorie van Antwoord.* (Gedrukte stukken 1905/6 72, 2.)

In het derde gedeelte gaat de S. de z. i. bedenkelijke gevolgen na van het stelsel van den Hoogen Raad. Hij wijst op het gemis van de mogelijkheid om goedkeuringsvoorstellen te amendeeren. Hij toont aan dat de nieuwe vorm van codificatie voor het privaatrecht zich slecht aansluit bij de codificatievormen, die, althans voor normale gevallen, door art. 150 der Grondwet worden geëischt. Behalve de wetboeken en de afzonderlijke wetten, komen er nu nog tractaten. Volkomen juist is zijne weerlegging van eene opmerking, in de Tweede Kamer gemaakt, dat de gesloten tractaten voor het grootste deel conflicten van wetgevingen zouden betreffen. Aan het slot van zijn werk noemt hij nog drie punten, waaromtrent z. i. ten spoedigste door de Regeering behoort te worden voorzien, namelijk het hooren van den Raad van State, de regeling van de wijze van afkondiging en van het tijdstip der in-werking-treding van tractaten en eindelijk de taal van die tractaten.

De bedenkingen van den Heer DE M. O. zijn van groot gewicht, maar zij treffen niet zoozeer het stelsel van den Hoogen Raad als het stelsel dat voor de codificatie van het internationaal privaatrecht gebruik maakt van trac-

taten, terwijl het andere surrogaat der internationale verordening, de eensluidende wet, gebruikt zou kunnen worden. Of dit laatste reeds thans het geval is, hangt niet uitsluitend van ons land af; het is een punt van diplomatiek beleid, maar het is nuttig er op te wijzen dat het tractaat maar een surrogaat is, en dat het bezigen van dat middel eigenaardige bezwaren medebrengt. Vele der bedenkingen van den Heer DE M. O. zouden blijven bestaan of vervangen worden door niet minder gewichtige bedenkingen indien men zijn stelsel volgde.

Het hooren van den Raad van State, vóór dat een tractaat wordt gesloten, is wenschelijk bij elk stelsel, maar hoogst bezwaarlijk als leidende tot groote vertraging, vooral op conferentiën. En het hooren of op nieuw hooren van bedoeld staatslichaam, nà de sluiting, goedkeuring en bekrachtiging van een tractaat, bij gelegenheid van de uitvoeringswet, heeft toch weinig zin, omdat die uitvoeringswet niet veel anders kan bevatten dan een herhaling van de voorschriften van het tractaat.

Zeker is het gewenscht de uitvaardiging en afkondiging, het juiste tijdstip der werking en der opheffing van tractaten nauwkeurig te regelen. Maar, indien de werking der rechtsvoorschriften, in een tractaat vervat, voor de landzaten afhangt van even zoovele invoeringswetten als er contracteerende Staten zijn, dan komt er een andere bron van rechtsonzekerheid in het internationale leven, en wordt per slot van rekening het doel van den tractaatsvorm, het gelijktijdig in werking brengen van gelijkkluidende voorschriften, niet bereikt.

Ongetwijfeld is het zonderling bevelen, tot de landzaten gericht, in een vreemde taal te geven. De ambtelijke, niet-officieele, vertaling, neemt dat zonderlinge niet geheel weg. Men moet het bezwaar wegen, maar er toch niet meer gewicht aan toekennen, dan het in het inter-

nationale leven heeft. De gedachtenwisseling in een bijeenkomst van internationale gedelegeerden — men denke aan de jongste vredesconferentie — kan niet wel geschieden in een veertigtal talen, en de Heeren „volksvertegenwoordigers” zouden van verveling sterven indien men elke redevoering en elk stuk in \pm negen en dertig andere talen moest vertalen. Voor een officieele vertaling van de besluiten, wettelijke rechten betreffende, zou intusschen gezorgd kunnen worden. Aan den anderen kant is het afkondigen van een groot aantal landstalige uitvoeringswetten ook niet zonder bedenking. Afwijkingen tusschen die teksten zijn mogelijk, en de bijzondere personen, die aan het internationale leven deelnemen, hebben er niet alleen belang bij te weten wat de eigen wetgever gezegd heeft, maar ook wat in andere landen geldt. Het taalbezwaar, tot zijn juist gewicht teruggebracht, zal wel onder elk stelsel blijven bestaan, zoolang niet een internationale taal voldoende ingang zal hebben gevonden.

In elk geval mogen zoowel de tegenstanders als de voorstanders van het stelsel van den Heer DE M. O. hem dankbaar zijn voor de keurige en heldere uiteenzetting van zijne denkbeelden.

Amsterdam, September 1907.

JITTA.

De Haagsche overeenkomst betreffende de vreedzame beslechting van internationale geschillen en het Permanente Hof van Arbitrage
Deel I (Rhenen, B. VAN DE WATERING.)

Onder bovenstaanden titel heeft de heer EDGAR DE MELVILLE een, zooals hij op den omslag drukt, beschrijvende critische en historische studie naar officieele en officieuse bronnen van de eerste der in 1899 gesloten Haagsche overeenkomst bewerkt. Het boek is opgedragen aan den oud-Minister van Buitenlandsche Zaken, Mr. W. H. DE BEAUFORT, als eere-voorzitter der Vredesconferentie in 1899.

Uit den aard der zaak geeft het boek echter meer dan men uit den titel zou verwachten. Immers, de pagina's 26—126 (1) bevatten een helder geschreven overzicht van de geschiedenis der eerste Vredesconferentie. Nadat op de beide circulaires van graaf MURAWIEFF van Augustus 1898 en Januari 1899 is gewezen, wordt uitvoerig stil gestaan bij de vraag, welke Staten vertegenwoordigd hadden moeten worden. Men weet, dat over deze vraag in het voorjaar van 1899 langen tijd van gedachten gewisseld is. De schrijver herinnert hier o. a. aan de interpellatie van Dr. KUYPER in de zitting der Tweede Kamer op 2 Mei van genoemd jaar en aan het antwoord van den Minister van Buitenlandsche Zaken, waaruit bleek, dat

(1) Wat aan pag. 26 voorafgaat, is eene inleiding, benevens de tekst van het Arbitrage-verdrag.

deze vraag een belangrijk punt van onderhandeling tusschen de kabinetten had uitgemaakt.

Waarom toch, zoo vraagt de schrijver, zijn Bulgarijè — nogal een semi-souvereine Staat — en Luxemburg, dat niet eens een leger van beteekenis heeft, toegelaten, en zijn de meest ontwikkelde van de Zuid-Amerikaansche Republieken vergeten?

Doch dit daargelaten, meent de schrijver, dat in casu bij de uitnoodigingen voor de Vredesconferentie twee verzuimen gepleegd zijn, die vóór alles de aandacht hebben getrokken. Hij bedoelt de uitsluiting der voormalige Hollandsche republieken in Zuid-Afrika en die van den Paus. In het breede schetst de schrijver hetgeen hieromtrent is voorgevallen, altijd, laat me er bijvoegen, voorzoover het bekend geworden is. Ten slotte is alles afgestuit op Englands onwil om de Boeren-republiek naast zich aan de groene tafel in het Huis Ten Bosch te zien; het is trouwens vrijwel aan te nemen, dat reeds toen tot de annexatie dezer beide Staten besloten was. Bij vergissing blijkbaar gewaagt de schrijver hier tot driemaal toe (bl. 55) van het tractaat tusschen Engeland en Transvaal van 1885, terwijl het toch bekend is, dat bedoeld wordt de Londensche conventie van 27 Februari 1884. Intusschen, de schrijver komt tot dezelfde conclusie, als de meesten die van dit onderwerp studie hebben gemaakt, dat namelijk Nederland wèl gedaan heeft zich niet tegen de bijeenkomst der Conferentie op zijn gebied te verzetten, zelfs nu de beide Republieken niet werden uitgenoodigd. In nauw verband hiermee staat, het is boven reeds opgemerkt, de door Dr. KUYPER gehouden interpellatie op 2 Mei 1899 in de Tweede Kamer (bl. 54) en het naspel dezer interpellatie, zooals de schrijver dit noemt, namelijk den open brief van den toenmaligen Nederlandschen gezant te St. Petersburg, die zich door

de opmerkingen van den afgevaardigde beleedigd gevoelde (bl. 56 vlg.).

Daarna wordt over de andere preliminaire quaestie, de uitsluiting van den Heiligen Stoel, door den schrijver gehandeld en hij merkt op, dat te dezen opzichte Engeland aan de zijde van Italië stond, welk laatste land tegen 's Pausen toelating was, omdat de Italiaansche diplomatie vreesde, dat de Pauselijke vertegenwoordiger de quaestie van het herstel der wereldlijke macht op het tapijt zou brengen en zijn eventueel wegslepende taal tot voor Italië gevaarlijke manifestaties zou kunnen leiden.

Vervolgens bespreekt de schrijver den arbeid der Conferentie en behandelt achtereenvolgens de verschillende artikelen van het arbitrageverdrag. In dit deel worden nagegaan de goede diensten, de bemiddeling en de internationale commissie van enquête; hij komt nog niet tot de eigenlijke arbitrage.

Het is natuurlijk ondoenlijk om hier al deze onderwerpen in bijzonderheden te behandelen. Een enkele greep uit hetgeen de schrijver over de bemiddeling en de internationale enquête-commissie mededeelt.

Op bl. 141 bespreekt de schrijver den tweeden titel van het z.g. Arbitrageverdrag, tot opschrift voerende: „van de goede diensten en de bemiddeling”, waar hij ook zeer uitvoerig misschien wel wat te wijdloopig de verschillende besprekingen herinnert, die te dezen opzichte in het Huis ten Bosch gevoerd zijn. Na het karakter van goede diensten en bemiddeling te hebben uiteengezet, wijst hij op sommige gevallen, waarin vroeger reeds deze middelen om een aanhangig geschil te beëindigen zijn gebruikt. Hij had er kunnen bijvoegen, dat het vroeger eigenlijk bijna altijd gewoonte was bij een grooten strijd van bemiddelaars gebruik te maken. Zoo

waren Venetië en de Paus bemiddelaars te Munster en Osnabrück, Engeland te Nijmegen (1678), Zweden te Rijswijk (1697). Maar men onderscheide. Deze soort van bemiddeling diende om een reeds gerezen geschil te beëindigen, terwijl het eigenlijk karakter van bemiddeling als vredelievend middel gelegen is hierin dat het den strijd voorkomt. Van dien aard is de bemiddeling, welke toegepast is in het geschil tusschen den Koning van Pruisen en Neuchâtel, hetwelk door Frankrijks diensten is geschikt; tusschen Spanje en Duitschland in 1885, waar de Paus als mediator is opgetreden.

De schrijver zegt terecht, dat niet alle bemiddelingen met succes zijn bekroond; de geschiedenis van den Spaansch-Amerikaanschen strijd (1898) en van den Transvaalschen oorlog (begin 1902) bewijzen zulks.

Volkomen terecht wijst de schrijver er vervolgens op, dat een bemiddeling nooit aanleiding mag geven tot een gewapende tusschenkomst, ofschoon, het blijkt voldoende uit de o. a. op bl. 157 aangehaalde voorbeelden, de geschiedenis dikwijls het tegendeel heeft geleerd. De schrijver waarschuwt er ook voor om een interventie met mediatie te verwarren, wat menigmaal geschiedt. Hij vindt naar aanleiding hiervan gelegenheid om in het bijzonder op het karakter der interventie te wijzen. Wat dit punt betreft, één opmerking. Op bl. 161 wordt gezegd, dat het verschil tusschen mediatie en interventie hierin gelegen is, dat een mediatie onmogelijk is zonder voorafgaand ernstig verschil tusschen twee Staten en een interventie dikwerf niet naar zoodanig conflict vraagt en immer tegen den wil van minstens één der partijen is. Zoo gezegd, moge dit niet onjuist zijn, maar ligt niet — juist daarom — volkenrechtelijk het groote onderscheid tusschen mediatie en interventie — in de omstandigheid, dat mediatie geoorloofd en interventie

ongeeoorloofd is? Dit klemt te meer, omdat — de schrijver herinnert er later aan — in drie hoogst exceptioneele gevallen de schrijvers noode er toe komen, om een interventie als gewettigd te beschouwen (1).

Waar trouwens de schrijver op bl. 162 en vlg. er toe komt, op de misbruiken van het zoogenaamde interventierecht de aandacht te vestigen, spreekt hij steeds zooals overigens te doen gebruikelijk is, van de „tyrannie“, die de pentarchie, de „vijfhoofdige regeering“ over Europa uitoefende (bl. 164 i. f.). Ter adstructie wordt gewezen op de houding der Londensche Conferentie, op de omstandigheid, dat de vijf mogendheden jarenlang, ook bij den „Italiaanschen opstand“ (2) van 1830, zich als rechters „geïnstalleerd“ hebben zonder dat zij eenig mandaat bezaten en dat eerst de geweldige revolutie van 1848 het systeem voor goed ten val bracht. Een en ander acht ik minder juist. Vooreerst heeft Engeland bij die z.g. pentarchie nooit een actieve rol gespeeld, zoowel te Laibach als te Verona heeft de Engelsche regeering tegen de interventie partij getrokken en de befaamde Monroeleer, waarvan Engeland later — in de Venezuelaansche quaestie (3) — zooveel last heeft onderhouden, is in zekeren zin het gevolg van het standpunt door Engeland's Minister van Buitenlandsche Zaken

(1) Namelijk, wanneer zulks bij tractaat overeengekomen is; wanneer de levensbelangen van een mogendheid op het spel staan en wanneer het politiek evenwicht er bij betrokken is.

(2) De spatieering is van mij.

(3) Men weet, dat, nadat in Cleveland's Bondsschap van 17 December 1895 de grensquaestie, welke toen Engeland en Venezuela verdeeld hield, ter sprake was gekomen, Engeland er noode toe gebracht werd om in 1897 een tractaat met de Unie te sluiten, waarbij deze aangelegenheid, waarmede Amerika eigenlijk niets te maken had, aan een scheidsrechtelijke beslissing zou worden onderworpen.

GEORGE CANNING na het congres van Verona aangenomen, toen tusschen Spanje en Frankrijk onderhandelingen gevoerd werden om ook de opgestane Spaansche Koloniën in Zuid-Amerika aan Spanje's gezag te onderwerpen. De Londensche conferentie kan men evenmin het werk der pentarchie noemen; daar gingen Engeland en Frankrijk samen tegen Nederland en was zelfs dikwijls hunne verhouding tot de andere groote mogendheden verre van vriendschappelijk. Later bleek uit de samenkomsten van München-Grätz en Töplitz dat zeker tusschen Frankrijk aan den eenen kant, en de z.g. conservatieve mogendheden aan den anderen kant dikwijls het tegendeel van overeenstemming bestond. Oostenrijk, Rusland en Pruisen waren allesbehalve ingenomen met de hardhandige wijze, waarop Engeland en Frankrijk de Belgische quaestie trachtten te regelen en wanneer zij niet actief optraden was het deels de zucht om den vrede te bewaren, deels de omstandigheid dat ze meer de oogen naar het Oosten, dan naar het Westen gericht hadden (1). Beslist onjuist is dan ook, dat de pentarchie tot 1848 zou geduurd hebben. Veeleer kan men zeggen, dat ze na 1823 haar beteekenis heeft verloren en na 1830 voor geheel andere combinaties plaats gemaakt heeft. Van 1830—1846 toch berust Europa's evenwicht op het antagonisme tusschen Engeland en Frankrijk aan de eene zijde, Oostenrijk, Rusland en Pruisen aan de andere zijde. De

(1) In 1832 begon de Egyptische pacha den krijg tegen Turkije en deze liep aanvankelijk zoo, dat eerst Frankrijk, toen Rusland den Grooten Heer moesten bijspringen; van het laatste is het veelbesproken tractaat van HUNKIAR SKELESSI van 1833 het bewijs. Men herinnert zich ook, dat in 1839, toen opnieuw een Turksch-Egyptisch conflict uitbrak Rusland daarvan gebruik maakte om de Westersche alliantie te verbreken en Frankrijk te isoleeren.

Belgische opstand heeft een samengaan van de beide Westersche mogendheden ingeleid, welk samengaan, hoewel even in 1840—41 verbroken, daarna tot 1846 — gedurende de jaren 1841—1846 zelfs, hoewel wellicht ten onrechte, *entente cordiale* genoemd — heeft voortgeduurd, toen de quaestie der Spaansche huwelijken een groote verkoeling tusschen Engeland en Frankrijk deed ontstaan; ja zelfs laatstgenoemde mogendheid tot het conservatieve Oostenrijk, dat Pruisen steeds aan den leiband had, deed toenaderen. (1) Engeland steunde in 1848 overal de radicale neigingen, èn in Italië èn in Zwitserland èn in Spanje.

De schrijver beweert, dat door deze houding der vijf mogendheden, zooals hij die opvat, het begrip van bemiddeling overheerscht wordt door arbitrage, hetgeen hier te meer gevaar opleverde, daar de mogendheden zich niet ontzagen door hare meerdere kracht ontzag in te boezemen en de uitspraak door de macht der wapenen te doen aanvaarden, gelijk dit jegens Koning WILLEM I geschiedde door represaille-maatregelen als embargo op de handelsvloot en een vreedzame blokkade. Ik geloof wel te begrijpen, wat de schrijver hier bedoelt, maar kan men hier eigenlijk wel van arbitrage spreken, welk middel toch onderstelt, dat twee partijen geheel *vrijwillig* hun geschil of het punt, dat hun verdeeld houdt aan een onpartijdig scheidsrechter onderwerpen? Een arbitrage, gerugsteund door represailles, zijn dit niet twee begrippen, welke elkander uitsluiten? Trouwens, in het geval, hetwelk de schrijver ter adstructie aanhaalt, kan, dunkt mij, van geen arbitrage sprake zijn. Immers bij het tractaat der vier en twintig artikelen van 15 Oct.

(1) Men herinnert zich, dat de bezetting van Krakau door Oostenrijk in 1846 het direct gevolg was van de verkoeling tusschen Engeland en Frankrijk.

1831 werden, zooals DE BOSCH KEMPER (1) het uitdrukt, België en Nederland gesommeerd om het tusschen Engeland en Frankrijk overeengekomene te teekenen, hoogstens zou men van een geforceerde arbitrage kunnen spreken, wanneer deze uitdrukking geen *contradictio in terminis* ware. Beter zou men hier kunnen denken aan een verplichte bemiddeling en het aan souvereine Staten opdringen van een daarmee verband houdend advies; dat de schrijver zoo iets bedoelt blijkt ook uit hetgeen hij op bl. 164 zeer juist mededeelt, dat, toen lord CLARENDON op het Parijsche congres voorstelde een wensch ten gunste van goede diensten en bemiddeling uit te spreken, o. a. graaf WALEWSKI, Frankrijks vertegenwoordiger, daarmede instemming betuigde „onder reserve evenwel van de absolute „vrijheid van handelen hunner respectieve gouvernementen „tegenover den bemiddelaar en zijn advies, een reserve, „die overbodig kon heeten, indien ook practisch steeds „het facultatief principe der mediatie gehandhaafd was „geworden en die dan ook minder tegen het stelsel was „gericht dan wel tegen het karakter dat men daaraan „meermalen had toegekend.” Wat daarna volgt — o. a. bl. 168—170 — zou de schrijver ook bij arbitrage kunnen behandelen.

Daarna deelt hij uitvoerig mede, wat over de artikelen van het hoofdstuk is voorgevallen en daarbij valt op te merken. Het zou zelfs de aankondiging in een tijdschrift te buiten gaan, wanneer ik bij elk artikel opmerkingen maakte, indien daartoe al aanleiding bestond. Hier zij nog herinnerd aan de belangrijkste bepalingen, welke in het tractaat van 1899 over bemiddeling voorkomen, deze zijn: Vooreerst dat het geschil

(1) *Staatkundige Geschiedenis van Nederland na 1830*, 1ste deel, bl. 180.

van ernstigen aard moet zijn en dat de bemiddeling altijd facultatief zij voor de Staten, tusschen welke het verschil bestaat (art. 2 van genoemd tractaat); in de tweede plaats dat een aanbod van bemiddeling gedaan aan Staten, tusschen welke reeds een conflict bestaat, nooit als een min vriendschappelijke handeling mag beschouwd worden (art. 3), en in de derde plaats, dat blijkens art. 8 der conventie ook de zoogenaamde *médiation bilatérale* bestaanbaar is inzoover, dat twee Staten in een geval, hetwelk den vrede bedreigt, ieder een mogendheid kiezen, waaraan zij de taak opdragen om zich met de door den anderen Staat gekozen mogendheid in betrekking te stellen en trachten een breuk te voorkomen.

Gedurende den tijd, dat deze bemiddelende mogendheden aan het werk zijn, wordt alle betrekking tusschen de geschilhebbende Staten geschorst.

Vooral over het laatste artikel, dat door den Amerikaanschen gedelegeerde HOLLIS werd voorgesteld — zonder ingrijpende wijziging aangenomen — zijn schrijvers beschouwingen van belang. Hij herinnert daarbij aan verschillende belangrijke feiten van den laatsten tijd.

Zoo is het Zwitsersch-Italiaansch geschil betreffende het optreden van den ambassadeur SILVESTRELLI te Bern geschikt door de goede diensten van den Duitschen Rijkskanselier in Juli 1902 en toen Chili en Argentinië in het later door arbitrage van Koning EDUARD VII terecht geschil gewapend tegenover elkander stonden, hadden zoowel Brazilië als de Unie bemiddeling aangeboden. In het geschil tusschen Venezuela en Columbia hebben en Chili en de Unie hunne bemiddeling aangeboden en — de schrijver herinnert tevens — dat het aan de goede diensten van den Amerikaanschen gezant te Caracas, BOWEN, te danken is, dat de quaestie der Venezuelaansche schuldvorderingen aan arbitrale eene

commissie werd opgedragen. In het voorbijgaan zij opgemerkt, dat het Haagsche Hof alleen de quaestie ter beoordeeling kreeg of de blokkeerende mogendheden een preferentierecht boven de niet geblokkeerd hebbende mogendheden hadden, een vraag, die door de arbitrale rechtbank toestemmend is beantwoord, welke decisie heel wat geschrijf heeft uitgelokt.

Op bl. 282 en vlg. behandelt de schrijver de internationale commissiën van enquête. Hier nu heeft de Conferentie iets geheel nieuws geleverd, waarvan de toestandkoming echter niet gemakkelijk geweest is. Uitvoerig wordt ons aan de hand der officieele stukken de wording dezer instelling geschetst. Het voorstel ging van Rusland uit en was breedvoerig toegelicht, waarbij er o. a. op gewezen is, dat het middel reeds vroeger in zaken van weinig belang is toegepast. Namens de Balkan-Statē werd intusschen de nieuwe instelling ten hevigste bestreden door den Rumeenschen gedelegeerde, den heer BELDIMAN, die tegen het verplicht zijn dezer commissiën groote bezwaren had. Hij vreesde namelijk, dat de groote Statē aan de kleine tegen hun wil dergelijke commissiën zouden opdringen en deze dus in strijd zouden zijn met de soevereiniteit der Statē. De Rumeensche vertegenwoordiger meende, dat juist deze commissiën en de in verband daarmede zich voordoende nevenvragen de zaken onnoodig ingewikkeld zouden maken. Zelfs aan de clause van de eer en de levensbelangen kon men geen practische beteekenis toekennen.

„Nog daargelaten dat het voor een rijk zeker niet gewenscht is, elk oogenblik dit voorbehoud op te werpen, achtte men het duidelijk, dat tal van gevallen zich konden voordoen, waarin te goeder trouw de eer en de levensbelangen niet gezegd mochten worden, onmiddellijk in het spel te zijn, maar waarin het niettemin

voor de staatkundige belangen van den Staat nadeelig zou zijn, om een onderzoek in het leven te roepen, zulks uit beweegredenen, die voor openbare discussie niet vatbaar zijn (bl. 333 vlg.)."

De schrijver herinnert nog, dat ook Nederlands gedelegeerde Mr. T. M. C. ASSER een werkzaam aandeel heeft genomen aan de totstandkoming der artikelen 9 en 10 van het verdrag. Wat bijv. eerstgenoemd artikel betreft, zooals het geredigeerd was door het comité d'examen, kwam daarin eene omschrijving van het woord *faits* voor in dien zin, dat men daarmee bedoelde feiten van plaatselijken aard.

Het artikel luidde toen als volgt: „Dans les litiges d'ordre international provenant d'une divergence d'appréciation sur des faits qui peuvent être l'objet d'une constatation locale et n'engageant d'ailleurs ni l'honneur ni les intérêts vitaux des puissances intéressées, ces puissances pour le cas où elles ne pourraient se mettre d'accord par les voies diplomatiques ordinaires, conviennent de recourir en tant que les circonstances le permettent, à l'institution de Commissions internationales d'enquête afin d'éclaircir *sur place*, par un examen impartial et consciencieux toutes les questions de fait" (1).

Er werd bij de discussie op gewezen, dat ophelderingen ter plaatse niet altijd mogelijk zijn, zéker niet, wanneer het een incident betreft, hetwelk zich midden op zee of in een woeste bergstreek heeft afgespeeld (bl. 332). Het zoogenaamde Noordzee-incident, waaraan de schrijver een aantal bladzijden wijdt, had nooit op de wijze bij art. 9 en vlg. van het verdrag van 1899 kunnen worden

(1) Vgl. de officieele uitgave «Conférence de la Paix» 3e deel bl. 134, 1e deel bl. 108.

uit den weg geruimd, wanneer de redactie niet gewijzigd ware zooals deze thans luidt (1).

Men weet, deze commissiën zijn het eerst toegepast bij de oplossing of minnelijke schikking van dit incident, hetwelk bijna tot een Engelsch-Russischen krijg had aanleiding gegeven. De schrijver behandelt de geheele historie er van vrij uitvoerig, en wel op twee plaatsen. Een deel wordt behandeld bij art. 9 (bl. 376 vlg.), waar o. a. het Russisch-Engelsch protocol van 25 November 1904 is afgedrukt, en een ander deel op bl. 495 vlg., waar een feitelijk overzicht van het conflict wordt gegeven.

Uit hetgeen de schrijver ook aan deze eerste toepassing van deze instelling meedeelt, blijkt, dat ze eigenlijk niet zóó gewerkt heeft, als wel de bedoeling geweest is. Immers, artikel 14 van het verdrag van 1899 zegt, dat het verslag der commissiën beperkt blijve tot vaststellen der feiten en geenszins het karakter eener arbitrale uitspraak mag hebben. Daarmede is nu wel in overeenstemming art. 7 van het protocol van 25 November 1904, doch of dit artikel juist is toegepast, kan de vraag genoemd worden. De bedoeling van het verdrag van 1899 was om een geheel kleurloos rapport te leveren hetwelk aan de betrokken mogendheden ter overweging had moeten zijn aangeboden, zooals uit het 2e lid van art. 14 blijkt. In stede daarvan heeft de conclusie van het rapport het karakter eener arbitrale uitspraak (2).

(1) «Dans les litiges d'ordre international engageant ni l'honneur ni les intérêts essentiels et provenant d'une divergence d'appréciation sur des points de fait les Puissances signataires jugent utile, que les Parties qui n'auraient pu se mettre d'accord par les votes diplomatiques, instituent, en tant que les circonstances le permettront une commission internationale d'enquête, chargée de faciliter la solution de ces litiges en éclaircissant par un examen impartial et consciencieux les questions de fait.»

(2) Vgl. bl. 431 en vlg.

Terecht kon dan ook de adviseur der Russische regeering bij de commissie *Mandelstam* schrijven: „C'est en définitive . . . d'une création hybride que la déclaration de St. Pétersbourg a doté la vie internationale (1).

De enquête-commissie heeft zich als Hof van Arbitrage ontpopt, door als jury een internationale censuur uit te spreken. Intusschen is het niet te ontkennen, dat ze daardoor aan het arbitrage denkbeeld zelve weder een grooten dienst heeft bewezen in zoover zij den grondslag heeft gelegd tot de internationale arbitrage in strafzaken.

Zoo beschouwd kon de Britsche adviseur Sir EDWARD FRY, tot de commissie het woord richtende en haar dankende voor de wijze waarop ze haar taak had opgevat, zeggen: „Dans les travaux de votre Commission je vois le commencement d'une des grandes victoires de la paix dans l'avenir”.

Hiermede neem ik afscheid van het werk van den Heer DE MELVILLE met den wensch dat het veel lezers moge vinden.

J. B. BREUKELMAN.

(1) Vgl. twee artikelen van zijne hand over het Doggersbank-incident in de *Revue de droit international public* 1905, bl. 161—190 en 351—416.

La Paix par le Droit.

Onder bovenstaanden titel heeft de Heer E. KEMPE een in de Fransche taal gesteld geschrift het licht doen zien, ter beantwoording van drie vragen in 1905 door het Internationaal vredesbureau te Bern gedaan, en waarbij hij het geluk had een eervolle vermelding met medaille *Pax* te verkrijgen.

De eerste vraag luidt: Welke zijn de voorwaarden door de Internationale Arbitrage te vervullen om een volledig stelsel van gerechtigheid tusschen de Staten in het leven te roepen; de tweede: Welk zijn de te sluiten internationale tractaten opdat dit stelsel op alle Staten toepasselijk zij. Op beide vragen is het antwoord: teekenen van het Hollandsch-Deensch verdrag van 12 Februari 1904 (1), krachtens hetwelk de landen overeenkomen *alle* geschillen aan de beslissing van het Arbitragehof te onderwerpen.

Hetzelfde antwoord moet ten deele ook op de 3^{de} vraag gegeven worden luidende: Hoe komt men zoo spoedig mogelijk tot de sluiting dezer conventiën? Ten deele door het teekenen van genoemd tractaat en ten deele door een tweede vredesconferentie, waar men volgens de schrijver beraadslagen moet over de inrichting van een wetgevend

(1) De schrijver zegt ten onrechte 14 Februari. Het verdrag is te vinden in LAGEMANS *Recueil des traités* etc. onder n^o. 942 dl. XV.

lichaam bestaande uit eminente juristen van alle landen ten einde een Wetboek van Internationaal Recht in het leven te roepen.

De schrijver hecht, zooals blijkt, groote beteekenis aan het Deensch-Nederlandsch tractaat van 1904 en terecht; dit is zeker een der belangrijkste voorbeelden van een algemeen onbeperkt arbitragetractaat. Immers, in de meeste conventiën worden geschillen betreffende de eer en de wezenlijke belangen uitgezonderd van die, waarover scheidsrechtelijke uitspraak mogelijk is. Een stap verder was o. a. hetgeen voorkomt in het tractaat tusschen Mexico en Argentinië, waarin in art. 2 bepaald wordt in welke gevallen de eer en het wezenlijk belang niet kunnen geacht worden betrokken te zijn. Het tractaat met Denemarken heeft nu de kroon op het werk gezet door de bepaling, dat alle geschillen zonder onderscheid aan scheidsrechtelijke beslissing zullen worden onderworpen. Men weet, art. 3 dezer overeenkomst heeft tot verschillende moeilijkheden aanleiding gegeven, omdat dit bepaalt, dat alle andere mogendheden zich kunnen aansluiten en dan te hunnen opzichte dezelfde rechten en verplichtingen gelden. Hoe zeer ook de algemeene arbitrage clause van meergenoemd tractaat is toe te juichen, het is toch niet altijd wenschelijk, wanneer derde Staten een onbeperkt recht hebben zich bij deze conventie te voegen, zonder de toestemming af te wachten van de contracteerende Staten; deze kunnen daardoor tegen hun zin te veel gebonden zijn. En opmerkelijk; in het arbitrage-tractaat tusschen Italië en Denemarken komt zulk een clause niet voor (1).

Een belangrijk onderdeel van schrijvers geschrift is gewijd aan de behandeling der vraag of de volksvertegen-

(1) O. a. te vinden in de *Revue générale de droit international public*: deel van 1906 onder Documents bl. 35.

woordiging bij de oorlogsverklaring behoort gekend te worden, een vraag, die zeer oud en herhaaldelijk is ter sprake gekomen (1). De heer KEMPE bespreekt deze quaestie zeer uitvoerig en wijst erop, dat een aantal oorlogen door oorlogzuchtige vorsten of eierzuchtige Ministers ontstaan zijn.

Zoo is de oorlog van 1870 ontstaan onder invloed van een hofcamarilla; die van 1899 door de eierzucht van CHAMBERLAIN, gesteund door RHODES en de groote geldmannen van London. In het breede betoogt de schrijver, dat er groote voordeelen aan verbonden zijn om voortaan de Volksvertegenwoordigers de oorlogsverklaring te laten goedkeuren.

Of nu echter inderdaad, zooals deze stelling te kennen geeft, de oorlogsverklaringen moeilijker, de oorlog zelve in een aantal gevallen onmogelijk zal worden, indien de bedoelde verandering in de verschillende constitutiën gemaakt wordt, is een vraag, welke reeds dikwijls besproken en waarvan het voor en tegen herhaaldelijk behandeld geworden is. De schrijver zegt, dat een aantal oorlogen zijn voorbereid en verklaard door de Staats-hoofden en hunne Ministers en dat het volk juist geen oorlog wilde. Daargelaten of op de gegeven voorbeelden niet een of ander zou zijn af te dingen, mag daartegenover de vraag wel gedaan worden of het niet even denkbaar is dat het volk oorlogzuchtig is en dat de regeering op instigatie van dat volk den oorlog verklaart.

Wilde bijv. het Engelsche volk den oorlog tegen den Transvaal niet en heeft, toen het bekende Doggersbank-incident zich voordeed niet de Engelsche regeering tegen de publieke opinie van het volk in, de vredelievende

(1) O. a. in de eerste Jaarboekjes (van 1872—74) van den Nederlandsche Vredesbond.

oplossing van het conflict voorbereid? Is op het oogenblik de opgewondenheid bij het Amerikaansche volk tegen den Japanees niet van dien aard, dat de President zelfs gematigdheid moet prediken? (1)

Men gaat altijd uit van het denkbeeld, dat een vorst een onzinnige daad zal doen en een oorlog verklaren, waartoe het volk niet voorbereid zou wezen. Maar men bedenke, dat, komt het eenmaal zoover, de volksvertegenwoordiging door het goedkeuren van credieten, het bijeenroepen van de militie, misschien door de verklaring van den staat van oorlog en van beleg in deze aangelegenheid gekend wordt. Daarom, een absoluut bezwaar bestaat er niet om deze verandering in de Grondwet aan te brengen, maar of zij aan de verwachting van den schrijver zal beantwoorden is een andere vraag. Aan het slot zijner brochure komt de schrijver nog op dit punt terug (bl. 37) en hoopt, dat er op de Vredesconferentie tijd zal overblijven om ook deze stelling, dat voortaan geen oorlog zal verklaard worden zonder toestemming der volksvertegenwoordiging te bespreken.

Het zij echter opgemerkt, dat het hier geldt een vraag van intern staatsrecht niet van volkenrecht, welke moeielijk op een conferentie over volkenrechtelijke onderwerpen kan uitgemaakt worden.

Men kan slechts een wensch voteeren, dat de verschillende constitutiën in dien zin herzien worden.

In het Internationaal Strafwetboek moeten ook straffen bepaald worden tegen de misdrijven der volken tegenover elkander, waaronder men verstaat die handelingen, die de rust der volken verstoren en tot oorlog kunnen leiden. De Schrijver meent, dat deze straffen moeten zijn boete en verbanning, waarvan de eerste

(1) Deze regelen zijn in September 1907 geschreven.

bestaan zou in een groote som, die betaald zou moeten worden: de tweede in een algemeenen *boycot*, namelijk het verbod van de andere volken — die niet in oorlog zijn — om eenig artikel, welke ook, aan een oorlogvoerenden Staat toe te voeren. Zoo komt de schrijver tot zijn tweede hoofdstelling, inhoudende, dat geen der neutrale mogendheden voor de oorlogvoerende partijen moet bewerken of verkoopen, zenden, leenen, geven of in huur geven artikelen, welke van direkte of indirekte nuttigheid voor den oorlog zijn, uitgenomen het geval van gevaar of „*force majeure*”.

Ter toelichting wijst de Schrijver er op, dat de oorlogvoerende mogendheden, zoolang ze elkander beoorlogden, uitgesloten moeten zijn van alle gemeenschap met de andere Staten. Alleen de correspondentie kan geschieden onder strenge contrôle; natuurlijk met schending van het postgeheim voegt de Schrijver erbij.

Hij herinnert hier, dat op het programma der tweede vredesconferentie staat een betere bepaling van het begrip contrabande. (1) Nadat President ROOSEVELT de uitnoodiging daartoe had gedaan, is de Russisch-Japansche oorlog tusschenbeide gekomen, waarin gebleken is, dat de beide mogendheden niet alleen de artikelen tot den oorlog dienend, doch een aantal andere, waaronder zelfs levensmiddelen, materieel van spoorwegen, steenkolen, geld als contrabande-artikelen hebben beschouwd.

Te dezen opzichte merkt de Schrijver op dat, wanneer een neutrale mogendheid werkelijk neutraal wil blijven, het noodig is, dat ze zich onthoude van geld te leenen en van elken handel met de oorlogvoerenden.

De neutrale Staten moeten er dan van afzien omjuist

(1) Deze zaak schijnt wel besproken te zijn, doch een tractaat is over dit onderwerp niet tot stand gekomen.

in oorlogstijd van dezen exceptioneelen toestand voordeel te trekken en niet doen, zooals in den Boerenkrijg, toen een Engelsche fabriek enorme quantiteiten geweren aan de Boeren verkocht. Zeer juist is, wat daarna wordt opgemerkt, dat de mogendheden het nog heelemaal niet eens zijn hoever het begrip contrabande reikt en ik zou er nog willen bijvoegen, dat door deze onbepaaldheid van dit begrip de 2e en 3e regel der Parijsche declaratie alle beteekenis kan verliezen. Doch ik moet eindigen. Ik hoop, dat de lezer een denkbeeld van Schrijver's geschrift heeft gekregen en het verlangen gevoelt daarmede kennis te maken. Dat zal mede bevorderlijk zijn aan de ontwikkeling der vrede-denkbeelden.

J. B. BREUKELMAN.

Toerekening van voordeel bij schadevergoeding.

Het academisch proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de rechtswetenschap, waarvan wij hierboven den titel neerschreven, werd door den Heer Mr. J. VAN WOUDEBERG HAMSTRA voor de juridische faculteit der hoogeschool te Amsterdam verdedigd den 14^{en} December 1904.

Het is dan ook een reeds oude schuld tegenover de redactie van *Themis*, welke ik thans met de bespreking van dit in vele opzichten verdienstelijk geschrift ga vervullen. De vertraging van de door mij aanvaarde taak werd vooral veroorzaakt door gebrek aan tijd mijnerzijds te midden van de beslommingen der praktijk. Toch mag ik niet ontveinzen, dat ook de aard van het werk tot die vertraging mede aanleiding heeft gegeven. Het laat zich niet overal gemakkelijk lezen, omdat niet altijd de gedachtengang even duidelijk is. Het wil mij voorkomen, dat in dit opzicht de schrijver zijnen lezers moeite zoude hebben bespaard, indien hij zich de moeite had willen getroosten, het geheel nog eens om te werken. Doch laat ik niet deze bespreking openen met een verwijt omtrent den vorm, zonder er dadelijk een woord van m. i. wel verdienen lof aan toe te voegen over den inhoud. Niet slechts bevat het werk op tal van vragen met betrekking tot het recht van schadevergoeding een antwoord, getuigende van scherp

verstand, gezond oordeel en juist gevoel, maar de geheele inhoud er van is zeer belangwekkend, zoowel om het onderwerp als om de wijze der beschouwing.

De schrijver gaat uit van het denkbeeld, dat het wenschelijk is een vasten regel te hebben voor de al of niet toelaatbaarheid der *compensatio lucri cum damno*. In onze wet vinden wij hier en daar eene enkele bepaling, waarin, bij een eisch tot schadevergoeding, de vergelijking van het voordeel met het nadeel, beide door den gedaagde aan den eischer verschaft, wordt toegelaten, of ook wordt verboden.

De schrijver wijst op de bepaling van art. 826, al. 2 B. W., voor de toelating, op art. 1667 B. W., voor het verbod.

Bij de algemeene leer der vergoeding van kosten, schade en interessen wordt van dit rechtsverschijnsel door de Nederlandsche schrijvers niet gesproken, evenmin als onze wet er van spreekt in artt. 1279 vlg.

Omtrent de vraag of art. 1667 B. W. analoog moet worden toegepast bij lastgeving of zaakwaarneming zijn de schrijvers het oneens.

In Duitschland echter is dit anders; ofschoon ook dáár geen algemeene bepaling in het B. G. B. werd opgenomen, wordt toch de vraag bij de algemeene leer door de schrijvers behandeld en zijn er ook monografiën over die kwestie verschenen. Zulk een monografie heeft de schrijver nu voor het Nederlandsche recht geleverd.

In het werk vinden we voor de juistheid van schr's opvatting, dat tot de leer der schadevergoeding in het algemeen ook dit punt behoort, geen streng bewijs. Deze staat veeleer a priori bij hem vast. Op dezen grondslag voortredeneerende, zocht hij naar de voorwaarden, waaronder in het algemeen van dergelijke verrekening sprake mag zijn.

Hij vraagt daarom naar het doel der schadevergoeding en met de l. 15 § 7 D. 43,24 „*officio autem judicis ita opertere fieri restitutionem judicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus de quo actum est, neque vi neque clam factum esset*”, ziet hij dit daarin, dat de tot schadevergoeding verplichte te zorgen heeft, dat de toestand van den benadeelde ten slotte niet slechter zij dan het geval zou geweest zijn, indien de gebeurtenis, waarvoor hij moet instaan, niet ware ingetreden.

Heeft de gedaagde nu den eischer ook voordeel bezorgd en mocht hij dat niet in rekening brengen, dan zoude de laatstgenoemde ten zijnen koste verrijkt worden. Men zoude derhalve onrecht doen en het doel der schadevergoeding voorbij streven.

Het spreekt echter van zelf, dat niet elk voordeel, dat door den gedaagde den eischer te eeniger tijd bezorgd is, in verrekening kan worden gebracht; zelfs kan het niet van belang zijn, dat voordeel en nadeel tezelfder tijd of op dezelfde plaats ontstaan; er moet een samenhang zijn. Die samenhang is de gemeenschappelijke oorsprong; de schade en het voordeel moeten door dezelfde gebeurtenis veroorzaakt zijn, en wel moet die gebeurtenis de werkelijke oorzaak zijn, niet enkel *conditio sine qua non*, of aanleiding.

Stelt men iemand aansprakelijk voor de gevolgen eener gebeurtenis, dan moet men niet gaan onderscheiden tusschen de gevolgen, welke voordeelig en die welke nadeelig zijn, en hem met het nadeel belasten, terwijl men den ander het voordeel laat behouden. Al de gevolgen te zamen moeten in aanmerking worden genomen, mits het maar werkelijk gevolgen zijn, zoo wat het nadeel als wat het voordeel betreft, wil men geen onrecht plegen.

Vraagt men, welke die gebeurtenis in het algemeen is, zoo is het antwoord, waar de verbintenis tot schadevergoeding ontstaat uit de wet is het dát feit, waaraan door de wet de verbintenis wordt vastgeknoopt, bij schadevergoeding wegens niet-nakoming eener overeenkomst, de wanpraestatie, bestaande in niet tijdige of onvoldoende nakoming der overeenkomst, of ook de handeling die tegen het contract indruischt.

Het verband van oorzaak en gevolg moet op dezelfde wijze worden gezocht bij de bevoordeeling als bij de benadeeling.

Eene bijzondere toepassing van dit beginsel wordt door schrijver nog ampel besproken bij de onteigening ten algemeenen nutte, waarbij hij dan komt tot bestrijding der opvatting, herhaaldelijk door den Hoogen Raad gehuldigd, dat de schade door den aanleg van het werk veroorzaakt, ook zoude mogen worden vergoed, niet enkel de schade der onteigening zelve; en op dezelfde wijze dan ook wil hij niet toelaten, dat voordeelen die voor den onteigende het gevolg van het uitgevoerde werk zullen zijn, zouden kunnen strekken tot vermindering der hem toe te kennen schadevergoeding.

Schrijver ziet dan ook in art. 1667 B. W. slechts eene toepassing van het door hem gevonden beginsel. Argumento a contrario kon men besluiten, dat geen bezwaar is tegen de vergelijking van voordeel en nadeel, indien het betreft de gevolgen van ééne zaak. Maar de schrijver vindt de redeneering a contrario gevaarlijk; want wat heeft men te verstaan onder één zaak? Indien de vennoot voor verzuimen, gepleegd bij den verkoop van een gedeelte eener partij waren, slechts beperkt aansprakelijk zoude zijn, omdat hij bij den verkoop van het andere gedeelte zijn plicht waarnam, dan is er evenveel reden hem in het algemeen de bevoegdheid te geven, de bij

de eene daad van beheer veroorzaakte schade te vergelijken met de voordeelige uitkomsten van andere verichtingen, m. a. w. het resultaat der redeneering zou in strijd komen met den regel door de wet uitgesproken.

Anders echter is de beslissing, waar — zooals soms bij lastgeving en zaakwaarneming — bekrachtiging vereischt zoude worden, vóór dat de handeling rechtsgevolgen voor een bepaald persoon medebrengt. In dit geval kan men verlangen, dat de bekrachtiging aan alle geweigerd of aan alle verleend wordt.

Welke voordeelen verrekend kunnen worden? Niet-materieele schade kan toch aanleiding geven tot genoegdoening. Kunnen ook niet-oeconomische voordeelen in compensatie worden gebracht? Bij *materieel* nadeel niet, evenmin als niet-oeconomisch nadeel kan worden verrekend met materieele voordeelen; alléén gelijksoortige grootheden kunnen verrekend worden. Voordeel en nadeel moeten beide op het vermogen betrekking hebben. Dan echter is het voordeel *damnum cessans* en *lucrum positivum*, zooals het nadeel is *damnum emergens* en *lucrum cessans*. Hieraan knoopt schrijver eene beslissing omtrent de vraag, wat op dit gebied rechtens is, indien door iemand in noodtoestand aan een ander schade wordt toegebracht. Al neemt men de onrechtmatigheid der handeling aan, de beslissing, of schadevergoeding verschuldigd is en tot welk bedrag, zal afhangen van de waarde van het opgeofferde rechtsbelang, vergeleken met die van het behouden goed. Heeft men nu het geval, dat iemand tot afwering van schade, die door een ander zoude moeten worden vergoed, dezen van zijn kant schade berokkent, zoo is de beslissing niet moeielijk. „Zijn de strijdige belangen tegen elkaar opgewogen of is het beschermde belang van meer gewicht dan het opgeofferde, dan heeft de benadeelde, doordat zijne verplichting tot schadever-

goeding afgeweerd is, een voordeel genoten, dat grooter is dan, tenminste even groot is als zijn schade”.

De schrijver heeft zijn werk genoemd „toerekening van voordeel bij schadevergoeding”, in plaats van te spreken van verrekening of vergelijking van voordeel en nadeel, *compensatio lucri cum damno*, zooals de historisch geijkte benaming van het rechtsverschijnsel is, niet zoozeer omdat verwarring met de schuldvergelijking dikwijls door die benaming in het leven wordt geroepen, maar omdat verrekening niet de eenige wijze is, waarop hetgeen in het recht daarmede beoogd wordt, kan worden bereikt. Er zijn gevallen, waarin eene andere regeling meer gewenscht is.

Evenals bij uitgesloten schuldvergelijking beide vorderingen integraal moeten worden voldaan, zoo zal in zoodanig geval, waar nadeel en voordeel praktisch niet met elkander kunnen worden verrekend, het voordeel moeten worden afgestaan aan den tot schadevergoeding verplichte, die het nadeel vergoedt of herstelt, althans waar die afstand mogelijk is. Dat onze wet dit niet kent is geen reden om, wanneer bijv. de eischer een zaak heeft verkregen, die objectief wel waarde heeft, maar niet voor hem, den gedaagde niet te veroordeelen de schade aan den eischer te vergoeden tegen afgifte der zaak. Ook over de vergelijking bevat onze wet geene voorschriften en toch zal men uit het stilzwijgen der wet niet afleiden, dat verrekening ongeoorloofd is. Men heeft in het assurantierecht de regeling van het *abandonnement*, en bij gedeeltelijke onteigening (art. 38 *Ont eig.wet*) het recht van den eigenaar de algeheele onteigening van het goed te eischen. Zoo wordt ook bij niet behoorlijke praestatie in de praktijk de verbintenis als in het geheel niet vervuld beschouwd; de schuldeischer behoeft zich dus niet tevreden te stellen met

gedeeltelijke vervulling en aanvullende schadevergoeding.

Een geval, waarin vergelijking niet gewenscht is, zien we, waar het voordeel bestaat in een vorderingsrecht tegen een derde. Inplaats van het vorderingsrecht naar de waarde te taxeeren en van de som der schadevergoeding het bedrag af te trekken, doet men dan beter de volle schadevergoeding toe te kennen tegen overdracht van 't vorderingsrecht (Vergel. de subrogatie van art. 284 k. en art. 84 Ongev. w.)

Bij herstel in den vroegeren toestand zullen inmiddels genoten voordeelen moeten worden uitgekeerd.

Ziedaar als in vogelvlucht de hoofdpunten van het werk.

Indien ik nu mijne meening zal zeggen over het werk als geheel, zoo spijt het mij te moeten verklaren, dat ik met de grondgedachte er van niet kan meegaan. De bekoring der Duitsche logica bij de behandeling van juridieke onderwerpen heeft den jongen schrijver m. i. op een dwaalweg gevoerd. Beter zou hij m. i. hebben gedaan, wanneer hij zich had laten leiden door het gevoelen der samenstellers van het B. G. B., in de motieven uitgesproken en door hem (blz. 27) aldus geciteerd: „De oplossing „der vraag, of schade en voordeel mogen vergeleken „worden” — heet het bij hem — hängt wesentlich mit „der Feststellung des Schadenbegriffs zusammen, welche „ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen „auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz „erfolgen kann”.

De schrijver citeert de woorden om ze te bestrijden en wel omdat hij voor de theorie der verrekening van voordeel met nadeel het juister vindt uit te gaan van het begrip der *schadevergoeding*. Ik weet niet of de samenstellers van het B. G. B. aan die tegenstelling gedacht hebben en of zij niet enkel hebben willen aangeven, waarom zij die heele leer niet in het Wetboek zelf heb-

ben willen opnemen. Zij hebben m. i. bedoeld, dat de rechter, telkens wanneer hij over schadevergoeding heeft te oordeelen, zich van de schade, den aard en den omvang daarvan (den Schadenbegriff) een juiste voorstelling heeft te maken. Hoe het zij, mij lijkt dit het eenig juiste standpunt, dat men geen leerstelligen regel omtrent de schadevergoeding kan geven, daar op dit stuk met volle kracht geldt het jus in causa positum. Waar is slechts, dat in het algemeen de rechter met alle gevolgen der schadeveroorzakende handeling of omissie („gebeurtenis” zooals de schrijver zich uitdrukt) heeft rekening te houden. De schrijver citeert in den aanvang van zijn werk twee vonnissen, één van de rechtbank te Amsterdam en een van die te Zwolle. Hij meent, dat een van beide onjuist moet zijn geweest. Ik geloof, dat beide vonnissen goed zijn en dat de fout aan hem ligt door de abstract logische constructie van iets, dat zoo scherp logisch niet kan worden opgevat.

Het is volkomen waar, dat het doel der schadevergoeding voorbij gestreefd zoude worden, en dat men zich aan onrechtvaardigheid zoude schuldig maken, indien men, wanneer het schadebrengende feit, rechtstreeks of middellijk, als werkelijke causa, tevens een voordeel voor den benadeelde medebracht, dat voordeel buiten beschouwing liet. Doch deze verhouding van het voordeel en het nadeel strekt zich niet verder uit dan tot de begroting der schade door den rechter. Het voorbeeld der Zwolsche rechtspraak zal dat duidelijk doen gevoelen. Geëischt was ontbinding met schadevergoeding door een verkooper van aardappelen tegen den koper, op grond van wanpraestatie. Op den schadestaat was een zeker bedrag voor winstderving gebracht. En nu overweegt de rechtbank: „Wat de begroting van dien post aangaat, dat in de eerste plaats daarvan moet worden afgetrokken

de vracht van Rheine tot Zwolle, welke de requirant heeft uitgespaard, doordat niet alle wagens tot Zwolle zijn doorgegaan, daar het cijfer door requirant is berekend evenals of de wagens tot Zwolle waren gekomen en het niet aangaat, nu de winstderving geheel in rekening gebracht is, den requirant ook nog het voordeel te laten genieten van de uitgespaarde vracht, waardoor een winstcijfer zoude ontstaan, grooter dan requirant had kunnen genieten, wanneer het contract geheel was uitgevoerd."

De overweging laat aan duidelijkheid niets te wenschen. Ofschoon de rechtbank echter spreekt van „een voordeel laten genieten”, staat de beslissing toch geheel buiten de *compensatio lucri cum damno*. Wat de rechtbank hier doet en met juistheid doet, is de schade vaststellen. Daar deze bestond in *lucrum cessans*, moest worden berekend de *netto-winst* en niet de *bruto-winst*, welke eventueel, bij nakoming der overeenkomst door den verkooper zoude zijn behaald.

Laat ons nu ook eens het geval beschouwen, door de Amsterdamsche rechtbank behandeld.

De schrijver verhaalt het ons aldus: „De gemeente Amsterdam was veroordeeld tot vergoeding der schade, die tengevolge van de demping der Zaagmolensloot door den eigenaar van een daaraan grenzend erf was geleden, terwijl die demping geschiedde in strijd met een dien-aangaande tusschen dien eigenaar en de gemeente bestaande overeenkomst. Partijen konden niet tot overeenstemming geraken omtrent het bedrag der schade en wendden zich tot den rechter.

Bij de verschillende schadeposten door eischer op den staat van vereffening geplaatst, kwam er een voor, welke inhield een vergoeding voor de waardevermindering, die zijn perceel ondergaan had.

Gedaagde antwoordde hierop, dat genoemde post ge-

heel moest vervallen, aangezien de waarde van het erf niet gedaald, maar integendeel gestegen was; dit aan den eischer bezorgde voordeel wilde hij in mindering gebracht zien op de overigens te betalen som. Zonder zich verder in te laten met een onderzoek of de door den gedaagde gestelde waardevermeerdering werkelijk had plaats gehad, overwoog de rechtbank:

„ten aanzien van het door gedeclareerde voorgedragen compensatiestelsel: dat gedeclareerde wel verplicht is schade te vergoeden, maar, dat aan declaranten nergens de plicht is opgelegd, indien zij door de onrechtmatige handeling van gedeclareerde voordeel behalen, daarvan afstand te doen.”

Op dezen enkelen grond dus, dat de wet voor het geval, dat de benadeeler aan den benadeelde tevens een voordeel bezorgt geen bijzondere regeling geeft, werd hier de beweerde waardevermeerdering geheel buiten beschouwing gelaten.”

Geheel juist wordt de overweging der rechtbank niet weergegeven. Zij luidt aldus: „O., ten aanzien van het door gedeclareerde voorgedragen compensatiestelsel: dat gedeclareerde stelt, tegenover de schade, door declaranten door de demping geleden, eene berekening omtrent de waardevermeerdering van het perceel, vervolgens berekent, dat de schade wordt opgewogen door het voordeel en zodoende tot de conclusie komt, dat declaranten niets voor vergoeding van kosten, schade en interessen te vorderen hebben; dat deze redeneering daarom faalt, omdat vergoed moeten worden kosten, schade en interessen, door de demping geleden en nog te lijden, en de som, die tot dat einde door den rechter wordt bepaald, nimmer kan worden gecompenseerd met een geheel onzeker, onmogelijk thans reeds vast te stellen bedrag; dat gedeclareerde daarenboven wel verplicht is schade te

vergoeden, maar aan declaranten nergens de plicht is opgelegd, indien zij door de onrechtmatige handeling van gedeclareerde voordeel behalen, daarvan afstand te doen." Het laatste motief is wetenschappelijk stellig niet geheel juist; stond werkelijk het voordeel vast, zoo ware minder schade geleden en behoefde de schadevergoeding òf in 't geheel niet, òf slechts tot een minder bedrag te worden gegeven, niet omdat aan declaranten door de wet eene verplichting is opgelegd, om van voordeelen afstand te doen, maar omdat het schadebrengende feit dan zooveel schade, als waarvoor zij vergoeding vroegen, niet had veroorzaakt.

Men kan derhalve zeggen, dat het argument door den rechter ex superabundanti toegevoegd, niet juist was. Maar de beslissing was juist. De declaranten, die daar ter plaatse eene industriele inrichting hadden, konden met geen mogelijkheid profiteeren van de problematieke waardevermeerdering van het terrein.

Zij zouden dan eerst hebben moeten het etablissement voor afbraak verkoopen en elders naar een geschikte plaats zoeken en eene nieuwe inrichting bouwen. Het is meer dan twijfelachtig, of op deze wijze voor hen uit de prijsstijging van den grond eenig voordeel zoude voortspruiten. Daarmede kon dus bij die schadebecijfering geen rekening worden gehouden en de toekomst kan niemand voorzien. Dit laatste, het niet kunnen vooruitloopen op de toekomst, heeft de rechtbank misschien bedoeld met die overweging, dat, wanneer declaranten nog eens voordeel zouden gaan genieten, dit in elk geval den gedeclareerde van zijne verplichting tot vergoeding niet kon bevrijden, daar die niet te voorziene winst dan geheel toevallig ware, welke zij niet verplicht waren uit te keeren.

Het komt dus in deze Amsterdamsche, evenals in de

Zwolsche zaak, aan op eene juiste waardeering van alle omstandigheden. Geheel zoo is het ook in het geval, dat iemand schade heeft geleden door het dooden van een hem behoorend beest of het omhouwen van zijn boomgaard; ik kon ook daar, wat betreft de vaststelling dier schade, bij de schadevergoeding geen principiëel onderscheid zien, gelijk de schrijver het ziet. De rechter zal de schade, ten aanzien van het gedoode dier vaststellen, door in mindering te brengen de waarde van het vleesch, den huid en andere overblijfselen, ten aanzien van de schade, in den boomgaard geleden, door de waarde der gevelde boomen af te trekken. Evenals in de Zwolsche zaak de rechter er voor gezorgd heeft, dat het *lucrum cessans* niet hooger dan de netto-winst werd begroot, zoo zoude in deze gevallen de rechter, bij schadeactie uit onrechtmatige daad, er voor moeten waken, dat het netto *dammum emergens* werd vergoed. De schrijver scheidt dergelijke gevallen uit van zijn onderzoek en hij bestrijdt daarbij Duitsche geleerden, die beweren, dat hier ook aan den benadeelde voordeel zoude zijn bezorgd. Die bestrijding dunkt mij juist. De eigenaar krijgt immers niets, wat hij niet reeds bezeten heeft, maar de afscheiding voert tot onderscheidingen, welke geen rechtsgevolgen hebben. Dit komt er van, als men zich op het standpunt van logische abstracties plaatst en niet tevreden is met den eenvoudigen regel in ons B. W. gegeven: „de vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke de schuldenaar recht heeft te vorderen, bestaat, in het algemeen, in het verlies hetwelk hij heeft geleden, en de winst welke hij heeft moeten derven”, het aan den rechter overlatende, dat verlies of die winstderving met rechtvaardigheid vast te stellen.

In het stelsel van den schr. ligt het de toerekening van het voordeel bij de berekening der schadevergoeding

slechts dan toe te laten, indien tusschen het voordeel en de gebeurtenis, die den eisch tot schadeloosstelling wettigt, een causaal verband bestaat. Dit geeft hem aanleiding tot zeer interessante en scherpzinnige onderzoekingen omtrent de gevolgen van handelingen door een derde of den schadeplichtige of den benadeelde verricht na het schadebrengende feit, voor zoover die gevolgen een voordeel voor den benadeelde bevatten. Het geheele onderzoek (blz. 58 tot en met blz. 77) is der lezing en overdenking zeer waard. Met de beslissingen voor de verschillende gevallen kan ik mij ook wel vereenigen, maar ik merk daarbij op, alleen dáárom op alle punten, omdat ten slotte de schr. bij zijn redeneeringen zich *niet* houdt aan het „adaequaat causaal verband”, door hem als alles beheerschend beginsel vooropgesteld. Het behoeft toch geen groot betoog, om te doen inzien, dat indien een persoon aan een ander schade heeft berokkend en nu hij zelf of de benadeelde iets doet of laat, waardoor de benadeelde een voordeel krijgt, dit voordeel niet in causaal verband en nog minder in adaequaat causaal verband staat tot de handeling, welke de schade veroorzaakt heeft. Zoo verdedigt de schrijver, en terecht, eene beslissing van de rechtbank te Groningen, waarbij de schadevergoeding ten laste van een huurder van een huis, die zijn huurcontract had verbroken, was vastgesteld op het verschil tusschen het bedrag van den huurprijs, in het verbroken huurcontract genoemd, en berekend over den nog loopenden huurtijd, en dat van den lageren huurprijs, dien de eigenaar van een anderen huurder voor dienzelfden tijd had weten te bedingen. Schrijver merkt daarbij op: „Slechts komt „het er op aan na te gaan, of de benadeelde met de „noodige zorg gehandeld heeft; doet hij dat niet, dan „behoeft hem de door zijn eigen zorgeloosheid geleden

„schade niet vergoed te worden, daar hij die aan zich „zelf te wijten heeft.”

Volkomen juist, maar onjuist is het gezichtspunt der adaequate veroorzaking, waaruit de toerekening van het voordeel hier wordt gezien. Er komen bij de waardeering der schade nog allerlei omstandigheden in aanmerking.

De schrijver voelt dit zelf, waar hij de gevolgen eener verbroken dienstbetrekking bespreekt ten aanzien van den werkman, die van zijne vrij geworden arbeidskracht gebruik maakt of kan maken, om zich een voordeel te verschaffen. Hij schrijft (blz. 70):

„Indien men hier de causaliteitsvraag stelt, komt men misschien tot een ontkennend antwoord, immers het voordeel wordt door een eigen handeling behaald en die handeling, het aangaan van een nieuwe dienstbetrekking, is voor den werkman niet noodzakelijk; hier is dus nog eerder twijfel mogelijk dan in het geval, dat de verhuurder van een huis de overeenkomst verbreekt, omdat het daar voor den huurder wel noodzakelijk is een nieuwe woning te zoeken.

„Toch meen ik dat ook hier de vergelijking geoorloofd is. Immers, indien we vragen of een handeling het gevolg is van een bepaalde gebeurtenis, dan komt niet alleen de vraag te pas of die handeling door die gebeurtenis noodzakelijk werd, maar tevens deze of die handeling zoodanig was als we van een normaal mensch mogen verwachten in dezelfde omstandigheden; is dit het geval, dan kan men het causaal verband aanwezig achten. En nu is het zeker normaal, dat een arbeider zal trachten een nieuwe dienstbetrekking te vinden als de oude verbroken is; mogen dus aan den eenen kant zijn rechten door de eigenmachtige verbreking van den werkgever niet worden verkort en zal hem dus, als het niet mogelijk was elders te verdienen, het volle bedongen loon moeten

worden uitbetaald, aan den anderen kant moet het den werkgever ten goede komen, zoo de arbeider wel in staat was zijn arbeid elders te plaatsen, want anders zou het kunnen gebeuren, dat hij het voordeel eener dubbele verdienste genoot.

„Maar nu moeten we, eenmaal op dezen weg, nog verder gaan en niet alleen in vergelijking brengen het bedrag van het loon, dat de werkmán werkelijk verdiend heeft, maar ook datgene, wat hij had kunnen verdienen; wordt hij door het eindigen der dienstbetrekking in staat gesteld elders te verdienen, dan heeft hij het aan zich zelf te wijten; indien hem, doordat hij van die mogelijkheid geen gebruik maken wil, een voordeel ontgaat en moet hij daarvan zelf de gevolgen dragen.”

Ook hier wederom is des schr.'s conclusie ongetwijfeld juist, zoowel de primaire, wanneer de werkmán na het onrechtmatig ontslag werk heeft gevonden, als de secundaire, wanneer na die gebeurtenis de werkmán niet getracht heeft iets te verdienen. Wat ik reeds boven heb opgemerkt, dat des schr.'s beslissingen omtrent de op dit gebied rijzende rechtsvragen, de blijken dragen van een gezond oordeel en juist gevoel, meen ik door deze voorbeelden te hebben bewezen. Maar tevens geloof ik, dat, wie onbevangen oordeelt, zal moeten erkennen, dat onhoudbaar is de motiveering der beslissing, alsof causaal verband zoude bestaan tusschen de onrechtmatige verbreking van het dienstcontract en het door den arbeider sedert verdiende loon. De eigen vrije daad of de omissie van den benadeelde breekt immers dit causaal verband.

De grond van de zeer juiste beslissingen is dan ook een andere. De rechter, die de artt. 1282, 1283 en 1284 B. W. heeft toe te passen en in aanmerking neemt, dat de vergoeding der kosten, schaden en interessen ten

opzichte van de door den schuldeischer geledene schade en de winstderving, alleen dat moet bevatten, hetwelk een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet-nakomen der verbintenis, zal in de gevallen, als in de geciteerde voorbeelden zijn gesteld, dienen te zeggen, dat de schade voor den werkman alleen bestaan heeft in het niet ontvangen van het bedongen loon voor zijn arbeid, voor zoover hij geen nieuw emplooi voor zijn arbeidskracht en vrijen tijd heeft *kunnen* vinden. Daaruit volgt, dat indien hij na eenige weken een even goed betalenden werkkring wel heeft gevonden en hij derhalve van dat oogenblik af geen schade meer heeft, hij ook geen schadevergoeding voor het vervolg kan vorderen en voorts, dat indien hij dien goed betalenden werkkring niet heeft willen zoeken, hij die schade zich zelf heeft berokkend en derhalve daarvoor niet van zijn vroegeren patroon de vergoeding kan vragen. De schade is immers dan niet meer een dadelijk gevolg van de onrechtmatig afgebroken dienstbetrekking.

Men heeft dus m. i. bij de schadevergoeding altijd te letten alléén op de schade, d. w. z. den aanvang daarvan, hare oorzaken, de al of niet bestaande mogelijkheid die schade te voorzien, de omstandigheden, die haar doen ophouden, kortom de op dat punt door de wet gegeven voorschriften, en ook alle die bijzonderheden, welke bij een juiste waardeering der aangebrachte schade van invloed kunnen zijn.

Een leerstuk als dat van de *compensatio lucri cum damno* brengt ons op dit terrein niet verder, in tegendeel, het geeft slechts aanleiding tot verwarring en misverstand.

Er zijn gevallen, waarin die verrekening ter sprake komt, maar juist bij deze kan het causaal verband tusschen het de schade veroorzakende feit en het ge-

schapen voordeel geen dienst doen. De door den schrijver besproken artikelen van het B. W., waarin door den wetgever van die verrekening wordt gesproken, mogen daarvan tot bewijs strekken. Art. 826 B. W. bepaalt: „De vruchtgebruiker kan bij het eindigen van het vruchtgebruik geene schadeloosstelling vorderen, wegens verbeteringen die hij mogt beweren gemaakt te hebben, al ware het dat de waarde van het goed daardoor mogt zijn vermeerderd.

„Desniettegenstaande kunnen die verbeteringen in aanmerking worden genomen bij de waardeering der schaden, welke aan het goed mogten zijn aangebragt.”

De vruchtgebruiker, die voor alle schade door hem aan het goed toegebracht, tegenover den eigenaar verantwoordelijk is, kan in het algemeen geen vordering tegen den eigenaar instellen wegens verbeteringen door hem aangebracht, al mocht daardoor de waarde van het goed zijn verhoogd; maar, zoo zegt de wet, indien hij tot schadevergoeding wordt aangesproken, kan, bij de waardeering der toegebrachte schade, rekening worden gehouden met de door hem aangebrachte verbeteringen. Dat die verbeteringen in eenig verband zouden moeten staan tot de handeling, waardoor de beschadiging van het goed is veroorzaakt, laat staan, dat tusschen die handeling en de verbetering een causaal verband zou moeten heerschen, zal toch wel niemand willen beweren. De schrijver zegt dan ook van die bepaling (pag. 137): „Tegenover het Fransche recht, waar zelfs dit voorschrift niet bestond, zeker een verbetering, maar toch is het een gebrekkige wijze om tegemoet te komen aan de onbillijkheid, welke het eerste lid behelst. Bestond echter de bepaling van 826, 2e lid niet, zoo ware de vergelijking niet geoorloofd, evenmin als in andere gevallen, waar de wet uitdrukkelijk of stil-

„zwijgend eene vordering wegens aangebrachte verbeteringen ontzegt.”

De vraag is, hoe de wetgever er wel toe gekomen is, die bepaling in de wet op te nemen. In ieder geval echter kan geconstateerd worden, dat hier de verrekening van voordeel en nadeel is toegelaten, zelfs zonder dat gedacht kan worden aan toepassing van den regel door den schrijver (blz. 138) geformuleerd: „wil bij meerdere handelingen vergelijking geoorloofd zijn, die handelingen als een eenheid moeten kunnen beschouwd worden.”

Art. 1667 B. W. = 1850 C. C. is, zooals de schrijver met juistheid aantoont door POTHIER aan het Romeinsche recht ontleend, met name aan l. 25 en 26, D. 17, II.

De regel is niet zonder strijd in het Romeinsche recht aangenomen (blz. 142).

Ik meen te kunnen aanwijzen, hoe men er toe gekomen is bij de schadevergoeding ook de toelaatbaarheid der verrekening te verdedigen. In de Instituten wordt door JUSTIANUS op het voorbeeld van GAJUS gesproken van een strijd tusschen twee oude rechtsgeleerden over de vraag, of ongelijke deelen van winst en verlies door de vennoten voor hunne verhouding mogen worden bepaald. SERVIUS SULPICIUS achtte eene dergelijke regeling geldig, Q. MUCIUS daarentegen achtte haar in strijd met het wezen der maatschap, en nu wordt (I. III, 25 § 2) gezegd, dat men ook mag bepalen, dat een der vennoten wel een winstaandeel zal genieten, maar geen schade zal dragen, „quod tamen ita intellegi oportet, ut si in aliqua „re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse.” De verrekening van winst en verlies tusschen vennoten bij ongelijke verdeling van een en ander zou dan ook tot absurditeiten voeren, indien men de verschillende

ondernemingen, waarin winst en verlies was behaald of geleden, en waarvan de vennoten de resultaten zullen verrekenen, niet als eene eenheid beschouwde. Is nu verlies geleden door de daad of het verzuim van een der vennoten en heeft diezelfde vennoot in andere ondernemingen winsten aan de vennootschap bezorgd, zoo schijnt diezelfde beschouwing, dat men al zijne handelingen ten bate en schade der vennootschap als één geheel heeft aan te merken, volstrekt niet ongerijmd. Integendeel, menig advocaat zal het wel eens gebeurd zijn, dat hij de klacht had aan te hooren van een cliënt, die het als een onrechtvaardigheid van zijn vennoot beschouwde, dat deze hem voor een door hem veroorzaakt verlies aansprakelijk stelde, terwijl hij toch de grootere werkkraft was en door zijn ijver de vennootschap zoo veel en zooveel winst had bezorgd.

Waarom ten slotte men van het beginsel der eenheid tusschen de verschillende posten van rekening is afgeweken dáár, waar bij een schadepost verantwoordelijk makende schuld van den eenen vennoot de oorzaak der belooopen schade was, is door POTHIER m. i. zeer duidelijk en juist uiteengezet. De vennoot kan zich niet beroepen op de voordeelen, die hij door zijn werkkraft aan de vennootschap heeft bezorgd, om zich aan de aansprakelijkheid zijner schuld te onttrekken, omdat hij niets dan zijn plicht gedaan heeft door voor de vennootschap werkzaam te zijn. Deze beschouwing heeft niets te maken met de eenheid der rekening en vergelijking van voordeel en nadeel door de vennootschap geleden en verkregen buiten schuld van een der vennoten, maar het heeft ook niets te maken met het gemis aan eenheid van oorzaak door den schrijver hier ontdekt.

Terloops zij opgemerkt, dat ik ook niet kan vinden, dat POTHIER hier de compensatie of schuldvergelijking

zoude verwarren met de *compensatio lucri cum damno* zooals de schr. wil (pag. 14). Wel kan worden toegegeven, dat LAURENT zich daaraan schuldig heeft gemaakt, waar deze den twijfel uitspreekt, of bij een en dezelfde zaak die verrekening wel mag plaats hebben. Overigens, dat LAURENT en verschillende andere schrijvers, naar aanleiding van de woorden van het artikel „in andere zaken” („dans d'autres affaires”) de vraag bespreken, of *argumento a contrario* de verrekening geoorloofd is, indien het de gevolgen van ééne zaak betreft, is niet te begrijpen. Ook schrijver wijdt daaraan zijn aandacht (blz. 139 vlg.). Men verliest daarbij uit het oog, dat bij één zaak van vergelijking geen sprake kan zijn. Stel bijv. dat een vennoot een schaap verkoopt voor f 50.— en dat hij, ofschoon hij den koper volstrekt niet kent, het verkochte afgeeft tegen contante betaling van de helft en belofte van betaling van de andere helft, terwijl blijkt dat van den koper geen betaling is te verkrijgen. Vraag: hoeveel schade is door dit misplaatst vertrouwen geleden? Het antwoord kan niet anders zijn dan f 25.— Wat valt hier te verrekenen?

Wilde men niet zoowel verrekenen — want dit is onmogelijk — maar toch rekening houden met de *bedongen* winst, en het verlies derhalve zooveel lager stellen als de bepaalde verkoopprijs den kostenden prijs overtrof, zoo zoude men de eenheid van de handeling kunstmatig vernietigen, zonder dat daarvoor een enkele reden kan worden opgegeven.

De in de wet uitgedrukte regel is een gezonde toepassing van het groote grondbeginsel van alle recht „*sum cuique*”, de voordeelen voor gemeenschappelijke rekening behaald, worden gemeenschappelijk genoten, de gevolgen van persoonlijke schuld individueel gedragen en niet weggemoffeld door de gedachte eenheid van inderdaad

niet te zamen behorende resultaten. Het argumentum a contrario daarentegen zoude het gemeenschappelijk voordeel doen strekken tot vermindering der nadeelige gevolgen van de individueele schuld van den dader, door uiteen te scheuren hetgeen van nature te zamen behoort. Dit strijdt tegen elke logica en tegen het recht.

Er is nog een artikel in onze wet (art. 1533 B. W.), waarin bij oppervlakkige beschouwing eene regeling kan worden gevonden als van eene *compensatio lucri cum damno*. Het behandelt de verplichting van den verkooper tot teruggave van den koopprijs, indien het door hem verkochte goed op het oogenblik der uitwinning in waarde is verminderd of zelfs aanmerkelijk vervallen blijkt, zelfs al heeft de koper die waardevermindering of dat verval veroorzaakt, met deze beperking: „Doch „indien de koper voordeel heeft genoten van de door „hem toegebrachte schade, heeft de verkooper de bevoegdheid om eene met dat voordeel gelijkstaande som van „den koopprijs af te trekken.” Hier heeft men dus eene verrekening, terwijl er sprake is van voordeel en schade. Ondertusschen de verrekening heeft niet plaats op de schade, maar op den van de schade onafhankelijken koopprijs. Het motief voor de wetsbepaling ligt voor de hand. De koper moet zooveel mogelijk gebracht worden in den toestand, waarin hij vóór den koop is geweest en, daar hij te goeder trouw heeft gemeend eigenaar te zijn geworden, kan de verkooper zich niet beklagen over handelingen door hem gepleegd als eigenaar, al zoude daardoor het goed in waarde zijn verminderd. Maar heeft gene van de aan het goed toegebrachte schade voordeel genoten en krijgt hij buitendien den koopprijs terug, zoo zoude hij op kosten van den verkooper worden verrijkt, wat onrechtvaardig zoude zijn.

De schr. spreekt bij de afbakening van het terrein van

onderzoek in den aanvang van zijn werk, niet van deze wetsbepaling onder de gevallen, „waarin men om het „bedrag, dat een persoon verplicht is aan een ander te „betalen, vast te stellen, wel moet beginnen met eene „vergelijking tusschen twee grootheden, maar welke ge- „vallen toch niet tot het hier te behandelen onderwerp „behooren.”

Daarentegen wordt daar ter plaatse (blz. 11) wel gewezen „op het verschil met de veronderstelde verbetering van „oud tot nieuw, die we in het verzekeringsrecht kennen.” Schr. beschrijft de desbetreffende wettelijke regeling en gaat dan voort: „Waarin ligt nu het verschil met het „onderwerp, dat ons bezighoudt? We hebben hier te „doen met schadevergoeding en tevens met een voordeel „van den benadeelde; maar, en hierin bestaat het onder- „scheid, dat voordeel is nog niet behaald, en kan dus „bij de bepaling van het bedrag der vergoeding niet als „zoodanig in rekening worden gebracht, het bedrag der „vergoeding wordt niet beperkt, omdat er een voordeel „is, maar opdat er niet een voordeel ontsta.”

Geheel juist lijkt mij die beschouwing niet. De tegen brand- of zeeschade verzekerde moge vergoeding van door hem geleden brand- of zeeschade krijgen, hij krijgt die niet als schadevergoeding van hem, die haar berokrend heeft of die er voor aansprakelijk is, maar de assuradeur komt de uit overeenkomst voor hem voortspuitende verbintenis na, hierin bestaande, dat hij de gevolgen van een sinister zal dragen, meer bepaaldelijk in dat geval, dat hij de kosten van reparatie zal lijden. Deze mogen nu echter, volgens stellige wetsbepaling, niet volledig vergoed worden, omdat de wet, misschien overdreven, angstig was, dat het assurantiecontract zoude worden een vorm van spel of weddenschap. Het is daarom, dat het na het ongeval door den assuradeur uit

te betalen bedrag nooit het door het sinister beschadigde *belang* mag overtreffen.

Ik betwijfel dan ook, of waar is wat de schr. op de aangehaalde woorden laat volgen: „Natuurlijk kan zich „hetzelfde ook buiten het verzekeringsrecht voordoen: „onze wet bevat daarover geene bepaling, maar wij zullen „het bij iedere andere vordering tot schadevergoeding „moeten toepassen, bijv. als hij, die een zaak beschadigt „heeft ex. art. 1401 wordt veroordeeld, om de voor het „herstel gedane uitgaven te vergoeden”. Uit de analogie met het bepaalde in de artt. 289 al. 3 en 619 init. en 1^o. K. kan stellig niet geredeneerd worden. Het zijn toch geheel onderscheiden onderwerpen, schadevergoeding ex. art 1401 B. W. en bij assurantie stemmen, zooals wij zooeyen hebben doen opmerken, slechts overeen in naam. Naar algemeene rechtsbeginselen zal de rechter bij de waardeering der schade voor de begroting der verschuldigde vergoeding op de omstandigheden hebben te letten. Waar zooals in het geval, waarop de schr. wijst, een bedrag van f 200.— gevraagd werd voor kosten van reparatie van een door schuld beschadigde brug, die vóór de beschadiging reeds in verregaanden staat van verwaarloozing had verkeerd en nu, naar aanleiding der beschadiging, eens flink was hersteld, kan ik volkomen begrijpen, dat de kantonrechter (te Alkmaar, 30 April 1902 *W.* 7838) de vordering heeft ontzegd. Het bedrag der schade was niet gejustificeerd. Maar indien bijv. het schilderwerk van den gevel van mijn huis, dat in nog voldoende toestand is, zóó wordt beschadigd, dat dadelijke en algeheele reparatie noodig is, zoude het stellig zeer onrechtvaardig zijn, mij slechts een gedeelte van de daartoe noodige kosten toe te kennen, op grond, dat de gevel nu geheel nieuw zal worden geschilderd, terwijl het beschadigde werk reeds eenige jaren oud was. Een

algemeene regel laat zich m. i. ook hier niet opstellen.

Dit is hetgeen ik tegen het geschrift van Mr. VAN Woudenberg Hamstra heb, dat de schr., te zeer onder den invloed van de Duitsche wetenschap, naar algemeene beginselen gezocht heeft. Het recht is *justi atque injusti scientia*, maar *ars boni et aequi*. Waar het er op aankomt naar billijkheid het gestoorde evenwicht in de samenleving te herstellen, daar kan niet geopereerd worden met wetenschappelijk geconstrueerde begrippen. Het doel zal daar slechts kunnen worden bereikt door taktvol toe te passen de wetsvoorschriften, die, zullen zij als middel kunnen worden gebruikt, niet in te veel *détails* moeten afdalen.

Mr. VAN Woudenberg Hamstra heeft in zijn proefschrift m. i. getoond voor de uitoefening der *ars* de noodige geschiktheid te bezitten; op den duur zal hij zich stellig wel vrijmaken van m. i. verkeerd gezochte wetenschappelijkheid.

Amsterdam, Augustus 1907.

B. J. POLENAAR.



IN MEMORIAM.

Is het steeds eene treurige zaak, wanneer bij het opnieuw opmaken van de lijst der medewerkers ten gevolge van den onverbiddelijken dood daarvan namen moeten worden weggelaten, hoeveel te meer is dit het geval, wanneer het geldt namen van personen in de kracht des levens, die daarop gedurende een reeks van jaren pleegden voor te komen en die wegens de door hen betoonde levendige belangstelling en welwillenden steun daarop noode door ons zullen gemist worden.

Dat dit een en ander in hooge mate geldt van de zoo terecht ook in breederen kring zoo zeer betreurde juristen Mrs. J. P. MOLTZER en A. TELTING, die beide gedurende tal van jaren, (eerstgenoemde van 1878 en laatstgenoemde van 1890 af) aan 't tijdschrift verbonden waren; het is ons eene behoefte des harten dit hier openlijk te verklaren en daaraan een woord van innigen dank en groote waardeering toe te voegen met oprechte hulde aan hunne nagedachtenis, die steeds in eere bij ons zal bewaard blijven.

RED.

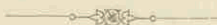
THE MEMORIAL

The first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the

the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the
the thirteenth is the fact that the
the fourteenth is the fact that the
the fifteenth is the fact that the

THEMIS



LXIXste deel — TWEEDE STUK

Artikel 1637n B. W.

Er staat in ons burgerlijk wetboek een artikel te worden opgenomen, hetwelk in ons gemeene recht een instituut zal introduceeren, dat zoowel in wezen als in naam een novum mag genoemd worden. Ik bedoel het artikel 1637n, deel uitmakende van de wet op het arbeidscontract, welke bestemd is de bepalingen der artt. 1637—1640 van het burgerlijk wetboek te vervangen. Dit artikel toch maakt in onze wetgeving voor het eerst gewag van eene „collectieve overeenkomst,” meer bijzonderlijk van de „collectieve arbeidsovereenkomst.” En niet alleen dat in dit artikel van eene dergelijke overeenkomst melding wordt gemaakt, het knoopt er tevens rechtsgevolgen aan vast, die, gelijk wij aanstonds zien zullen, daaraan bij uitstek eigenaardig zijn.

Dat onze wetgevende macht, meer in het bijzonder onze Tweede Kamer, van dit dubbel innoveerend karakter van het nieuwe artikel, dat bovendien in zijne huidige gedaante ter elfder ure bij haar werd ingediend, naar behooren doordrongen was, kan nu juist niet gezegd worden, in aanmerking genomen het feit, dat het gewicht

dezer innovatie bij de openbare beraadslagingen slechts door enkele kamerleden en dan nog terloops op den voorgrond werd gebracht. Zoo mag reeds ernstig in twijfel worden getrokken of de bezwaren, tegen den naam van het nieuwe rechtsinstituut geopperd, genoegzaam weerlegd kunnen worden geacht door het citaat van den minister „what is in a name?” een groot woord, dat echter niet geldt voor de groote massa, voor wie een naam alles is. Datgene, waarop men ten aanzien van de aanneming van dit artikel gezinspeeld heeft, is dan ook werkelijkheid geworden: men heeft een „leap in the dark” aangedurfd.

Toen ik voor de eerste maal de bewuste wet ter hand nam en in haar geheel doorlas, stiet ik op dit artikel als op een waren steen des aanstoots. Niet alleen, dat het buiten den overigens welgeordenden gedachtengang der wet zelf stond; het brak bovendien met iets, dat ik in mijn rechtsbewustzijn — en, laat ik er terstond bijvoegen, velen met mij — tot nu toe als iets onaan-tastbaars had beschouwd. Bewust, dat een dergelijk gevoelen slechts subjectieve waarde mag worden toegekend, heb ik toch met intieme vreugde kennis genomen van de bij gelegenheid der beraadslagingen in de Tweede Kamer uitgesproken meening van niemand minder dan VAN DSINGA. Maar bij het vergelijken der niet altijd even heldere apologieën, door de voorstanders van dit artikel bij die gelegenheid voorgedragen, met de klare en kernachtige betoogen, waarmede het werd aangevallen, en vooral bij een nader toetsen der argumenten, die beide partijen voor hunne meening in het veld brachten, stond bij mij de overtuiging vast, dat deze sprong in het duister tevens eene regelrechte fout is geweest. Nu wij echter staan voor het feit, dat deze bepaling tot wet is verheven, die alleen nog maar op hare inwerking-

trekking wacht, meen ik, dat het niet geheel overbodig is de overwegingen, welke tot deze overtuiging geleid hebben, nog eenmaal ampel uiteen te zetten.

Bij deze uiteenzetting ben ik indachtig geweest, dat, gelijk elk maatschappelijk instituut, ook het onderhavige zich van twee zijden laat bezien: de eene, naar binnen gekeerd en abstract van aard, de *juridische* constructieve, en de andere naar buiten, naar de stroom van het concrete leven gewend, de *sociale* zijde. En aangezien men zich van die eerste zijde volkomen rekenschap behoort te hebben gegeven alvorens men de andere in haar volle werking zal kunnen overzien, heb ik de juridische behandeling van ons rechtsinstituut laten voorafgaan aan die, waarin ik de sociale werking ervan beschrijven wil.

Die eerste behandeling zal ik inmiddels ter wille van het overzicht op haar beurt in tweeën splitsen: nl. in eene, welke het *wezen* (vorm en inhoud) en eene, welke het *rechtsgevolg* van het instituut in quaestie ten onderwerp zal hebben. Derhalve zal ik achtereenvolgens hebben na te gaan:

- a. het *wezen* (vorm en inhoud) der C. A.
- b. het *rechtsgevolg*, d. i. de *actie* uit de C. A.
- c. de *sociale werking* der C. A.

a. *Het wezen (vorm en inhoud) der C. A.*

Toen artikel 1637n door de regeering in zijne huidige gedaante bij de Kamers was ingediend, was men het erover eens, dat door dit artikel onze voorraad „*contractus nominati*” met de C. A. zou worden verrijkt. Juist om die reden wenschte dan ook de minister het in de wet opgenomen te zien, teneinde de vraag naar de rechtsgeldigheid eener dergelijke overeenkomst — eene vraag,

die volgens hem anders open zou zijn gebleven — eens voor al van autoritatieve zijde uit te maken.

Intusschen: rechtsgeldig en rechtsgeldig zijn twee. Wij, die elk stelsel van *contractus nominati* en *innominati* verlaten hebben, behoeven ons niet bezorgd te maken, dat een contract geene rechtsgeldigheid zou hebben, omdat de wet het niet met name noemt. Immers hetzij deze „collectieve arbeidsovereenkomst” onder een of ander type van overeenkomst zou kunnen worden gebracht, hetzij zij een geheel op zichzelf staand type mocht vertegenwoordigen, altijd blijft het eene overeenkomst, die volgens het bekende art. 1374 B. W. als zoodanig reeds „partijen tot wet strekt” en dien-tengevolge nimmer van alle rechtsgevolg verstoken behoeft te zijn. Daarom had dan ook de minister met misschien minder staatsmanswijsheid, doch in alle geval juridisch juister, moeten opmerken, dat het hier niet ging om de vraag of het volgens het gemeene recht mogelijk zou zijn uit eene dergelijke overeenkomst eenig rechtsgevolg af te leiden, maar of uit het gemeene recht dit bijzondere rechtsgevolg zou kunnen voortvloeien, hetwelk men, of liever, hetwelk eene bepaalde partij daaraan verbonden wenschte te zien.

x Dat derhalve de C. A. eene definitie in de wet heeft gevonden, geschiedde meer uit zucht om het wezen der overeenkomst aan het begeerde rechtsgevolg aan te passen, dan omgekeerd. Of men in die poging geslaagd is, zal uit het vervolg blijken. Voor mij echter, die meer natuurlijk het rechtsgevolg zal trachten af te leiden uit het wezen der overeenkomst biedt de omschrijving, welke ons artikel van de C. A. in zijne eerste alinea geeft, een welkom uitgangspunt aan.

Deze alinea luidt aldus:

„Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan

eene regeling, getroffen door een of meer werkgevers of eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van werkgevers met eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van arbeiders omtrent arbeidsvoorwaarden bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten in acht te nemen."

Vergelijken wij de aldus omschreven overeenkomst met die, welke haar naar den naam het meeste verwant is, het individueele arbeidscontract, dan vallen terstond twee frappante verschilpunten op. Het eerste treedt aan den dag in de *subjekten* der overeenkomst, in het feit, dat hier niet één werkgever tegenover één arbeider, maar een of meer werkgevers tegenover meerdere arbeiders staan, kortom in de *collectiviteit* der contracteerende partijen. Het tweede verschilpunt schuilt in het *objekt* der overeenkomst, in het feit, dat de individueele arbeidsovereenkomst tot inhoud heeft: „het verrichten van arbeid tegen loon gedurende zekeren tijd," de collectieve daarentegen: „het in acht nemen van zekere arbeidsvoorwaarden bij het aangaan van individueele arbeidscontracten."

Op den naam afgaande zou men allicht de meening kunnen zijn toegedaan, dat het eerste verschilpunt, dat hetwelk in de subjekten gelegen is, het eigenaardig kenmerk der C. A. uitmaakt. Dit is intusschen niet waar.

Ons artikel toch verklaart dat de C. A. eene regeling is, getroffen door één of meer werkgevers of werkgeversvereenigingen eener- en één of meer arbeidersvereenigingen anderzijds. *Eén of meer*: en hiermede is de collectiviteit van partijen als mogelijk voorondersteld, doch geenszins als noodzakelijk vereischt. Immers in geval één werkgever (1) of werkgeversvereeniging met

(1) In het vervolg zal ik, waar het hier enkel vragen van constructieven aard geldt, gemakshalve het geval vooronderstellen, dat

éene arbeidersvereeniging zulk eene „collectieve” arbeids-overeenkomst aangaat, zijn er inderdaad twee partijen en niet meer. Maar daarmee heeft ook het eerste, in de subjecten gelegen verschilpunt tusschen „individueele” en „collectieve” arbeidsovereenkomst zijn essentieel karakter verloren.

In deze beschouwingwijze wordt echter volstrekt niet algemeen gedeeld. Ofschoon eventueel slechts éene vakvereeniging bij de C. A. partij kan zijn — aldus redeneert men — blijven het toch de individueele leden dier vakvereeniging, die de eigenlijke belanghebbenden bij de C. A. zijn, en die zich alleen aaneengesloten hebben, teneinde door deze concentratie zich krachtiger te kunnen doen gelden. Daarom moet de vakvereeniging niet als eene op zichzelf staande corporatie worden beschouwd, maar als de vertegenwoordiger der gezamenlijke leden, die aldus de bepalingen der C. A. voor zich zelve aanvaarden. Derhalve is deze overeenkomst, ook wanneer zij door slechts éene vakvereeniging wederzijds wordt afgesloten, materieel en inderdaad collectief, al is zij het misschien niet formeel en logisch.

Dit nu, ik behoef het nauwelijks te vermelden, is eene schromelijke begripsverwarring. Ditmaal zijn het de begrippen „individu” en „collectie”, „enkeling” en „verzameling”, die zich in het woord „vereeniging”

het een of meer werkgeversvereenigingen zijn, die tegenover een of meer arbeidersvereenigingen staan en niet een of meer individueele werkgevers. Immers voor de constructie komt zulks, gelijk ook blijken zal uit het vervolg, op hetzelfde neer en omdat van de zijde der arbeiders wettelijk alleen *vereenigingen* als partij bij eenen C. A. kunnen optreden, is het ook het regelmatigst soortgelijke partij aan de zijde der werkgevers te onderstellen. Door telkens met de andere mogelijkheid rekening te houden, zou ik slechts in onnoodige herhalingen vervallen.

verward hebben. En nu is voor een zuiver theoretisch inzicht niet alleen, maar ook voor de practische gevolgtrekkingen niets zoo gevaarlijk als eene dergelijke kortsluiting van begrippen op woorden. Eenmaal gedeveieerd glijdt de gedachte stil en snel voort op de verkeerde baan. Zoo laat ook hier de logica niet ongestraft met zich spelen. Immers verliest men eenmaal het theoretische onderscheid tusschen eene *vereeniging* en eene *verzameling* uit het oog, gelieft men de overeenkomst, aangegaan door eene vereeniging en als zoodanig eene eenheid, collectief te noemen, alleen omdat die vereeniging, de hoogere eenheid, is samengesteld uit de vereenigingsleden, de lagere eenheden, dan rijzen onvermijdelijk nieuwe en wel practische moeilijkheden. Hoe toch de voorstelling, dat de vereeniging identiek zou zijn aan en derhalve naar willekeur in de plaats te stellen van de gezamenlijke individueele leden, te handhaven in het waarlijk niet zeldzame geval, dat het besluit der vereeniging steunt op eene meerderheid, die eene minderheid overstemd heeft? Wie moet dan de „collectie” in quaestie uitmaken: de meerderheid, of de meerderheid + de minderheid? Het laatste zou misschien het meest consequente zijn en moet wel aanvaard worden, aangezien het eerste niet alleen het minst voordeelig maar ook practisch meestal niet wel doenlijk is. Maar tegelijk zou het door en door valsch zijn, omdat juist uit de overstemming gebleken is dat de vereeniging niet alleen logisch maar ook inderdaad iets anders is dan de collectie der vereenigingsleden.

En met name wijs ik er op, hoe dit feit afbrekende is voor elke theorie, die zich, gelijk de bovenbedoelde, op eene stilzwijgende of niet-stilzwijgende lastgeving beroept, waarbij dan de vereeniging als vertegenwoordiger van de vereenigingsleden zou kunnen worden beschouwd.

Afgescheiden van alle logische bezwaren kan daarvan reeds daarom geen sprake zijn, omdat lastgeving uitteraard herroepelijk is en het tegenstemmen tegen een besluit eener vereeniging toch wel duidelijk blijk geeft van den wil van het tegenstemmend lid de vereeniging niet als zijn lasthebber beschouwd te zien.

Om kort te gaan: het is eene schromelijke misvatting eene overeenkomst, welke de eene vereeniging met de andere afsluit, *collectief* te noemen op grond dat het feitelijk altijd de vereenigingsleden zouden zijn, die met elkander gecontracteerd hebben. Collectief is eene overeenkomst alleen dan te noemen, wanneer *ieder* van meerdere individuen *voor zich* hetzij hetzelfde gezamenlijk bedongen of beloofd hebben, hetzij omtrent hetzelfde het onderling eens zijn geworden; eerst dan kunnen zij als *partijen* worden beschouwd, die rechten of plichten uit die overeenkomst bedongen of op zich genomen hebben. Men denke een oogenblik aan de onoverzienbare gevolgtrekkingen waartoe de stelling, dat uit elke, door eene vereeniging aangegane overeenkomst, als zijnde collectief van aard, voor elk lid persoonlijk rechtsgevolgen konden voortvloeien, in eene samenleving als de onze, waarin zoo ontelbaar vele vereenigingen als rechtspersonen plegen op te treden zou moeten leiden om het onhoudbare van die stelling ten volle te beseffen.

Niet in het eerste, in de subjecten der overeenkomst gelegen verschil, maar in het tweede, dat hetwelk den inhoud der overeenkomst raakt en haar zodoende inhaerent is, schuilt het essentiele kenmerk der C. A. De C. A. bekleedt daarom zulk eene geheel eenige plaats, omdat haar objekt zoo geheel eenig is: niet de eene of andere arbeidspraestatie, maar de gehoudenheid tot het in acht nemen van zekere arbeidsvoorwaarden bij later eventueel aan te gane overeenkomsten is haar

onderwerp. Ook in dit opzicht is de naam misleidend: het is ten slotte geene arbeids-, maar eene arbeidsvoorwaarden-overeenkomst, die collectief kan, maar niet behoeft te zijn.

De C. A. is wezentlijk eene arbeidsvoorwaarden-overeenkomst, m. a. w. het is geen contract in dien zin, dat ééne der partijen of beiden over en weer zich verbinden om iets te geven, te doen of niet te doen, gelijk de beide eerste artikelen over ons verbintenissenrecht: B. W. 1269 en 1270 de verbintenissen zoo algemeen mogelijk indeelen. Van dit eigenaardig karakter was de wetgever zich zonder twijfel ook min of meer bewust, toen hij haar omschreef als „eene *regeling* omtrent arbeidsvoorwaarden”, in stede van de overeenkomst als gewoonlijk te definieeren door middel eener omschrijving der verplichtingen, die uit haar voor de contracteerende partijen voortvloeien. Er staat slechts geschreven: „de C. A. is eene *regeling* omtrent arbeidsvoorwaarden bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten in acht te nemen”; geen spoor van eene welomschreven eenzijdige of wederkeerige verplichting voor partijen.

En men denke niet, dat eene verbintenis voor partijen zou schuilen in de woorden „bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten *in acht te nemen*”. Zij toch — en ik zal aanstonds gelegenheid hebben hierop nader terug te komen — die de bewuste voorwaarden in acht zullen hebben te nemen, zijn niet de partijen bij de C. A., maar de partijen, die de latere individueele arbeidsovereenkomst zullen aangaan. En die partijen zijn niet identiek. Immers wij zagen zooeven dat de werkgevers- of arbeidersvereniging(en), dien de C. A. aangaan — wij zullen ze korthedshalve in 't vervolg met groote W. en groote A. aanduiden — niet zonder meer gelijk te stellen zijn met den werkgever en den arbeider — naar

analogie door kleine w. en kleine a. voor te stellen —, die later eene individueele arbeidsovereenkomst sluiten.

De inhoud eener C. A. komt dus feitelijk hierop neer, dat twee partijen bij overeenkomst verbintenissen in 't leven roepen . . . niet voor zichzelf, maar voor derden. Strikt genomen is dus eene dergelijke overeenkomst onbestaanbaar en wel in de allereerste plaats bij gebrek aan „de toestemming van degenen, die zich verbinden”. Wanneer ik met u, lezer, het eens word omtrent eene regeling van het loon dat de timmerlieden in de stad onzer inwoning voor hun arbeid in redelijkheid kunnen eischen, en een van ons beiden gaat met dit welonderteekend en welgeregistreerd contract in den zak een van de heeren timmerlieden dagvaarden wegens overtreding onzer regeling, dan zal hij zonder eenige twijfel door den rechter naar huis gestuurd worden. En waarom zou dit anders moeten zijn, wanneer niet gij en ik, maar W. of A. een w. en a. gingen dagvaarden wegens overtreding eener regeling, welke de eischers goedgevonden hebben te treffen?

Maar buitendien, wanneer eene C. A. tot stand is gekomen, waartoe kunnen de partijen bij die overeenkomst dan derden bij mogelijkheid verplichten? Tot het inacht nemen van voorwaarden; maar toch alleen *indien* er later een individueel arbeidscontract inderdaad gesloten wordt. En nu ware deze verplichting wel te klassificeeren onder die groep praestaties, welke bestaan in een *niet-doen*, maar toch weer alleen dan, wanneer ook de arbeidsvoorwaarde een negatief karakter draagt, zooals b. v. de vaak voorkomende bepaling niet meer halfwas arbeiders in dienst te nemen, dan in eene zekere verhouding tot het aantal volwassen werklui. Doch veelal zal de arbeidsvoorwaardenregeling positieve voorwaarden inhouden b. v. de vaststelling van een zeker

loon, en dan kan men geenszins omgekeerd beweren, dat nu de gehoudenheid der derden zou bestaan in een *doen*. Want die positieve praestatie is voorwaardelijk en wel voorwaardelijk in dien oneigenlijken zin, dat het in de macht van den verplichte zelf gelegen is zijne verplichting al dan niet in het leven te roepen. Derhalve zal de C. A. meestal reeds onbestaanbaar zijn op grond van het gemis aan een ander essentiale van rechtsgeldige overeenkomsten, n.l. het ontbreken van een *bepaald onderwerp*.

Slotsom van een en ander is dit, dat eene C. A., gelijk zij in de wet omschreven staat, rechtsongeldig is, niet omdat eene haar toekomende rechtsgeldigheid door eene positieve wetsbepaling haar is ontnomen, maar eenvoudig, omdat zij *uit zich zelf* rechtens krachteloos is. Of, juister nog, de C. A. is geene overeenkomst in de juridische beteekenis van het woord, maar een door belanghebbende kringen uitgesproken gevoelen omtrent arbeidsvoorwaarden en als zoodanig komt zij rechtens al evenmin in aanmerking als eenige andere meeningsuiting van wien ook omtrent den een of anderen maatschappelijken toestand.

Dit nu wist de wetgever ook wel, toen hij tegen zijne gewoonte, in eene bijzondere bepaling de actie neerlegde, welke partijen uit de bovenomschreven overeenkomst zou toekomen. Daaruit zullen wij dus verder den naderen aard van het contract zelf hebben te onderzoeken. En als een klein, maar sprekend bewijs, hoezeer de actie hier hoofdzaak is, de overeenkomst, bron voor de actie, daarentegen als bijzaak wordt beschouwd, diene het feit, dat die actie in de eerste, de overeenkomst daarentegen in de tweede alinea van ons artikel eene plaats heeft mogen vinden.

b. *De actie uit de C. A.*

„Elk bij overeenkomst of reglement gemaakt beding tusschen den werkgever en den arbeider, strijdig met eene collectieve arbeidsovereenkomst, door welke zij beiden gebonden zijn, zal op de daartoe strekkende vordering van ieder dergenen, die bij de collectieve arbeidsovereenkomst partij waren, met uitsluiting evenwel van den werkgever zelven, worden nietig verklaard.”

Aldus de tekst van alinea I van ons artikel 1637n. M. a. w. hierbij wordt aan W. (1) of A., partijen bij eene C. A., eene actie toegekend tegen w. en a. tot nietigverklaring eener door deze beide laatsten onderling gesloten overeenkomst, voor zoover zij in strijd is met de genoemde C. A. In deze actie nu treedt de breuk met de beginselen van ons algemeen verbintenissenrecht onomwonden aan den dag.

Immers door W. en A. eene actie tegenover w. en a. toe te kennen, wil de wet blijk geven van het bestaan eener verbintenis, welke w. en a. tegenover W. en A. tot het een of ander zou verplichten. En, waar de actie in casu strekt tot nietigverklaring eener bepaalde soort overeenkomsten, n.l. dezulke welke in strijd zijn met eene regeling, in eene C. A. neergelegd, zou dientengevolge die verbintenis moeten bestaan in een zich onthouden van het aangaan van dergelijke overeenkomsten. Voorts: waaruit beschouwt de wet deze verbintenis van w. en a. tegenover W. en A. te zijn afgeleid? Blijkens de woorden: „door welke zij gebonden zijn”, uit dezelfde C. A., welke W. en A. met elkander gesloten hebben.

M. a. w. W. en A., die als partijen bij eene overeenkomst volgens ons algemeen verbintenissenrecht, met

(1) Ik herinner ook hier aan de noot vermeld op pag. 201.

name volgens de artt. 1351 j°. 1353 B. W., tot nu toe daarbij òf *zichzelf* over en weer tot iets hadden kunnen *verbinden* òf voor *zichzelf* of voor *een derde* iets hadden kunnen *bedingen*, kunnen voortaan krachtens B. W. 1637n I ook *derden*, n.l. w. en a. tot iets *verbinden* en wel tot niet meer en niet minder dan een zich beperken in hunne vrijheid om overeenkomsten aan te gaan, of, gelijk de Duitschers het in één woord noemen, in hunne „Vertragsvrijheid”. Had ik niet reden, hier van een inbreuk te spreken?

En toch wil men van andere zijde beweren, dat hier van geen inbreuk op het adagium van B. W. 1351 j°. 1353 sprake is, al moge het er misschien eenigszins den schijn van hebben. In het afgetrokkene zou men dit beweren op tweeërlei wijze kunnen staven en wel, òf door aan te toonen, dat de bewuste overeenkomst schijnbaar ten laste van een *derde*, doch inderdaad ten laste van eene wezentlijke *partij* is gesloten, òf door aan te toonen, dat de bewuste overeenkomst schijnbaar *ten laste* van een derde, doch inderdaad *ten zijnen behoefte* is aangegaan. Op beide wijzen heeft men dan ook getracht onze bepaling met het algemeen verbintenissenrecht te verzoenen.

Op de laatste redeneering, die a priori niet wel vol te houden is, aangezien eene inperking van iemands „Vertragsvrijheid” waarlijk eerder een nadeel dan een voordeel mag genoemd worden en bijna altijd inderdaad ook zijn zal, zal ik later gelegenheid hebben terug te komen. De eerste redeneering wordt intusschen als volgt in elkaar gebouwd: „Gij stelt het voor”, zoo heet het van de wederzijde, „alsof W. en A. een recht zouden hebben om de nietigverklaring te vorderen van een in strijd met eene C. A. gemaakt beding, hetwelk *iedere willekeurige* w. en a. onderling hebben aangegaan, maar

de wet spreekt alleen van die w's. en a's, welke, „door de C. A. gebonden zijn” en die dus eigenlijk geen derden, maar partijen bij die overeenkomst waren. Zoudt gij in het andere geval recht hebben te spreken van een breuk met onze rechtsbeginselen, nu echter is blijkens de eigen woorden, welke de wet bezigt, uwe aantijging misplaatst’.

Dat nu eene dergelijke redeneering, die den wetgever blijkbaar ook door het hoofd heeft gespeeld, niets anders is dan eene onvervalschte *petitio principii*, behoeft voor velen misschien niet eenmaal te worden aangetoond. Daartoe heeft men tegenover het argument, dat alleen tegen die w's. en a's. eene actie is toegekend, welke door de C. A. gebonden zijn en dus bij die overeenkomst partij moeten zijn geweest, slechts de stelling te handhaven, dat bij eene door W. en A. onderling gesloten overeenkomst, onmogelijk w. en a. a posteriori als partij kunnen fungeeren en dientengevolge ook nimmer uit die overeenkomst gehouden kunnen zijn. Want het gaat toch niet aan om op grond van den regel dat uit eene overeenkomst alleen voor partijen verbintenissen kunnen voortvloeien nu ook het omgekeerde te deduceeren, dat in een geval als dit, waar de wet aan een derde eene verbintenis oplegt tengevolge eener door anderen gesloten overeenkomst, die derde daarom mede als partij bij die overeenkomst zou moeten worden beschouwd! En nog veel minder gaat het aan, de breede sfeer van „outsiders”, die behalve de contracteerende partijen zelf bij elke denkbare overeenkomst aanwezig zijn, in meerdere smallere kringen te versnijden, naarmate die outsiders meer, minder of in 't geheel niet bij het onderwerp der overeenkomst in quaestie betrokken zijn, om ten slotte den kring der meest betrokkenen op dien grond zonder meer stoutweg van „outsider” tot „partij” te bevorderen.

Om kort te gaan: men kan verbonden zijn uit eene overeenkomst alleen wanneer men er partij bij geweest is, en partij is men alleen dan, wanneer men haar mede gesloten heeft of er naderhand bij toegetreden is. En aangezien, naar ik vermeen, boven genoegzaam is aangetoond, dat het volstrekt niet hetzelfde is of W. met A. eene overeenkomst sluit, dan wel w. met a., heb ik hier slechts de gevolgtrekking te maken, dat er nimmer een w. of a. gevonden zullen worden, welke onder de termen van ons artikel kunnen vallen.

Dit bezwaar moet ook de wetgever in meerdere of mindere mate gevoeld hebben, getuige het gebruik van den term „gebonden zijn” inplaats van te spreken van „verbonden zijn”, gelijk men in den stijl der wetgeving en der wetenschap zou verwachten en hetgeen daarom minder dubbelzinnig ware geweest. Doch blijkens de dienaangaande gevoerde beraadslagingen in de Tweede Kamer heeft de wetgever met beide termen niet hetzelfde willen uitdrukken. „Gebonden zijn”, zou n.l. minder streng moeten beschouwd worden dan „verbonden zijn”, of liever, zou moeten doelen op eene meer verwijderde verbintenis als gevolg van eene andere, en zoo zou in casu die „gebondenheid” moeten wijzen op eene rechtsband, welke er tusschen w. en a. zou bestaan tengevolge van hun beider deel uitmaken resp. van W. en A., die onder elkander de collectieve arbeidsovereenkomst hebben aangegaan. Eene verbintenis van lagere orde als 't ware, omdat zij de reflex is van een samentreffen van verbintenissen tusschen W. en A., alsmede tusschen W. en w. en A. en a. Nu had onze wetgever, die trouwens slechts rechtsgeldige of onrechtsgeldige verbintenissen kent en zeker geen heel-, half- of kwartgeldige, moeten inzien, dat, zoolang over eene overeenkomst tusschen W. en A. zonder meer gehandeld wordt, geen sprake

mag zijn van eene andere tusschen W. en w. of A. en a., en derhalve ook geen denken kan zijn aan eene tusschen w. en a. Had hij zijne bedoeling willen kenbaar maken, dan had hij beter gedaan eene ronde en ondubbelzinnige redactie te kiezen, die het kind bij zijn naam durfde noemen, b.v.:

„Elk in strijd met eene collectieve arbeidsovereenkomst bij reglement of overeenkomst gemaakt beding tusschen den werkgever en den arbeider, die òf zelve de collectieve arbeidsovereenkomst hebben aangegaan, òf tijdens het sluiten van dezelve *lid waren van vakvereenigingen*, die haar hebben aangegaan, zal, op de daartoe strekkende vordering van ieder dergenen, die bij de collectieve arbeidsovereenkomst partij waren, met uitsluiting evenwel van den werkgever zelve, worden nietig verklaard”.

Nu is het niet zoo moeilijk te begrijpen, waarom de wetgever zijne redactie aan eene dergelijke als bovenstaand den voorkeur heeft gegeven. Door van „gebonden zijn” te spreken heeft hij de voorstelling trachten te wekken, alsof w. en a. zich wezentlijk als partij bij de C. A. verbonden hadden, teneinde met dezen rechtsgrond eene anders hoogst zonderlinge actie te rechtvaardigen. Maar door van „gebonden” en niet van „verbonden” te spreken, is hij op dien weg halverwege blijven steken uit begrijpelijke vrees, dat, wanneer het onware van dien rechtsgrond in elk concreet geval te zeer aan het licht zou komen, de rechter het wel eens in zijn hoofd zou kunnen krijgen, in al die gevallen ook de actie kort en bondig af te wijzen. Zelfs zou het mij niets verwonderen, wanneer reeds bij deze halfslachtige dubbelzinnige redactie, die niet zeggen durft, wat zij eigenlijk bedoelt en niet bedoelt, wat zij feitelijk zegt, menig rechter termen zal vinden, de uit dit artikel ageerende partij in zijnen eisch niet-ontvankelijk te verklaren.

Om kort te gaan: het anomale karakter van de hier door de wet toegekende actie is niet goed te praten, noch te bemantelen. En dit zal des te scheller in het oog springen, wanneer men het recht, waarmee partijen bij eene C. A. door een machtspreuk des wetgevers worden begiftigd, gaan vergelijken met dat, waarop zij volgens de beginselen van het gemeene recht aanspraak zouden hebben kunnen maken. Wanneer wij daarvoor moeten nagaan tot welke verbintenissen w. en a. tegenover W. en A. gebonden zijn, dienen wij ons te wenden tot die zelfde rechtsbron, als waarop wij den wetgever boven een aarzelend beroep zagen doen: t. w. de toetreding van w. en a. tot het lidmaatschap der vakvereenigingen W. en A., aangezien dit het eenigste rechtsfeit is, dat w. en a. aan W. en A. kan binden.

Waartoe verbinden w. en a. zich, wanneer zij lid worden van de vakvereenigingen W. en A.? Die vraag is, in 't algemeen, niet voor beantwoording vatbaar. Immers over het recht van vereenigingen van privaatrechtelijk standpunt bezien, is de wet slecht te spreken en niet geheel zonder reden: het antwoord toch zal moeten en waarschijnlijk ook kunnen worden gevonden in de statuten en het huishoudelijk reglement der betreffende vereeniging. Deze nu kunnen meer of minder streng luiden. In casu stel ik het geval dat de vakvereeniging aan het lidmaatschap de voorwaarde heeft vastgeknoopt, dat het nieuwe lid zich onvoorwaardelijk zal hebben te houden aan alle collectieve arbeidsovereenkomsten, bestaande en toekomstige, welke de bewuste vakvereeniging heeft aangegaan of zal aangaan. Dit is al eene zeer strenge casuspositie, welke trouwens ook het meeste zal strooken met de voorstelling, die den wetgever bij het stellen van ons artikel kennelijk voor oogen moet hebben gezweefd.

In dit strengst mogelijke geval nu staat de actie, die uit deze rechtsverhouding gemeenrechtelijk kan voortvloeien in drie opzichten aanmerkelijk achter bij de actie, in B. W. 1637n I neergelegd: nl. ten opzichte van den tijdsduur dat geageerd kan worden, van het aantal personen, die ageeren kunnen, en van den eisch waartoe de actie strekt; drie punten, die even zooveel anomaliën uitmaken.

Ten eerste, wat betreft den tijd dat geageerd kan worden. Dat W. of A. eene actie hebben tegen w. en a. wanneer deze bij de toetreding tot het lidmaatschap verplichtingen op zich hebben genomen, die zij niet nagekomen zijn, ligt in de rede. Maar zij kunnen ook alleen dan nalatig worden geacht zoolang zij verplicht zijn en aangezien hunne verplichting met en door hunne toetreding tot het lidmaatschap is ontstaan, zijn zij alleen verplicht zoolang zij lid der vakvereeniging zijn. Bedanken zij derhalve, dan houdt van stonde af aan elke rechtsband tusschen hen als leden en de vereeniging op. Een w. of a. die niet wenscht verbonden te zijn aan de regeling eener C. A., door zijne vereeniging aangegaan, heeft eenvoudig zijn lidmaatschap op te zeggen om tegen elke actie ter zake van „overtreding” dier C. A. gevrijwaard te zijn. Hij zal alleen den tijd in acht hebben te nemen, welke de statuten als termijn voor de uittreding gesteld hebben, een termijn, die wel nimmer ontbreken zal en, zoo hij mocht ontbreken, ook niet wel gevorderd zal kunnen worden. Ons artikel daarentegen rept van geen tijd en uit de beraadslagingen valt niet op te maken of men eenstemmig was omtrent de vraag of uittreding uit de vakvereeniging ook hier van de verplichting om de regeling der C. A. na te leven ontslaat. Uit de beraadslagingen, zeg ik, want het artikel zelf is, juist door de dubbelzinnigheid van het

woord „gebonden”, op dit punt zeer onduidelijk geworden. Bij het overigens zoo exceptieve en rigoreuse karakter der gansche bepaling zal men wel dienen aan te nemen dat ook in dit opzicht het artikel zijn eigen weg heeft willen gaan en dat de w. of a. aan de bepalingen der C. A. zullen „gebonden” blijven ook *na* hunne uittreding uit de vakvereeniging, te meer waar het hier niet de toetreding als lid is, die den w. of a. verbintenissen oplegt, maar geheel zelfstandig het sluiten eener C. A. door eene vakvereeniging, *terwijl* zij er lid van zijn. Bovendien, wanneer men dit niet zou willen aannemen, zou de gansche actie door eene uittreding krachteloos kunnen gemaakt worden en de bepaling vrijwel geheel haar waarde verliezen.

Ten tweede, wat betreft het aantal der tot ageeren bevoegde partijen. Ik herhaal: dat W. of A. eene actie hebben tegen w. en a. wanneer deze bij de toetreding tot het lidmaatschap verplichtingen op zich hebben genomen die zij niet zijn nagekomen, ligt in de rede. Maar tevens ligt in de rede dat alsdan W. tegen w. en A. tegen a. kan ageeren, doch niet kruiswijs naar willekeur. Want de toetreding is de levenwekkende bron voor deze actie en w. is niet als lid toetreden tot A., noch a. tot W. Veel minder derhalve kunnen een W_2 of een W_3 enz., een A_2 of een A_3 enz. een recht ontleenen aan die toetreding, noch tegen w. noch tegen a., aangezien w. lid is geworden van W., en niet van W_2 of van W_3 , evenmin als van A_1 , en a. lid is geworden van A_1 , en niet van A_2 of van A_3 , evenmin als van W_1 . Desondanks gunt ons artikel zonder meer eene actie toe aan „*ieder dergenen*, die bij de collectieve arbeidsovereenkomst partij waren”, eene uitbreiding die derhalve grond noch zin heeft.

Maar ten derde en in de voornaamste plaats: wat

betreft den inhoud der in te stellen actie. Waartoe zal W. tegen w., A. tegen a. kunnen ageeren wanneer zij, lid zijnde, de regeling eener C. A., die zij op zich hadde genomen na te leven, verzuimen op te volgen? Soms tot nietigverklaring hunner individueel onderling gesloten overeenkomst, die in strijd is met de regeling der C. A., gelijk onze bepaling het decreeteert? In geen geval.

„Alle verbintenissen om iets te doen, of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, in geval de schuldenaar niet aan zijne verplichting voldoet”.

Aldus art. 1275 B. W. Wat W. van w. en A. van a. in het gegeven geval kan vorderen is dus niets anders dan eene vergoeding van kosten, schaden en interessen. Maar daartoe dienen er ook kosten, schaden en interessen inderdaad te zijn geleden. En dat W. of A. in dit zijn bewijs zal slagen — en ik wijs er op, dat W. of A. schade, die zij zelve als vereeniging en niet schade, die andere mede-leden eventueel hebben geleden, zal dienen aan te toonen — lijkt mij in elk geval hoogst twijfelachtig. Alleen door een beding van straf uitdrukkelijk in de statuten op te nemen zou W. of A. zich van deze bewijslast kunnen bevrijden.

Een en ander moge voldoende zijn om duidelijk te maken, hoe geweldig de breuk is welke ons artikel van het overige algemeene verbintenissenrecht scheidt, hoe luchtig hier wordt geleefd met juridische grondbegrippen die waarlijk niet in één dag zijn opgegroeid. Dit artikel 1637n is op zichzelf eene kleine, partieele, maar daarom niet minder diep ingrijpende revolutie, welke verbazing wekt bij hen, die in hunne beoordeeling op hun aangeboren rechtsgevoel zijn aangewezen, afkeuring echter bij hen, die voor hun oordeel bij de dogmatiek ter schole zijn gegaan. Dat die afkeuring niet van allen

grond ontbloot is, hoop ik in het volgende beknopt aan te toonen.

c. *De Sociale Werking der C. A.*

Wij hebben gezien dat het instituut der „collectieve arbeidsovereenkomst”, gelijk het voortaan in onze wet is opgenomen, een novum mag worden genoemd, een novum in naam, in wezen en in werking. De rechtsnorm toch, dienaangaande in B. W. 1637n neergelegd, druischt dwars tegen andere normen uit datzelfde wetboek in, oude en beproefde rechtsregels, die bestemd zijn het gansche verbintenissenrecht te bestrijken.

Nu is dit, op zichzelf genomen, noch vreemd, noch verkeerd. Het behoeft in 't geheel geene verwondering, laat staan bezorgdheid te wekken, wanneer een gisteren nog als onaantastbaar beschouwde rechtsregel heden ongerijmd en verwerpelijk wordt geacht. Met de maatschappij en de naar tijd en plaats zoozeer betrekkelijke sociale inzichten vervormt zich ook de formulering dier inzichten, d. i. het recht. En die vervorming is volstrekt geene uiterlijke of oppervlakkige: even fundamenteel als de beschouwingen omtrent maatschappelijke verhoudingen, private zoo goed als publieke, thans en vroeger plegen te verschillen, even diepgaand is ook het onderscheid tusschen rechtsnormen van nu en weleer.

In die vervormingen heeft de dogmatiek het recht niet den weg te wijzen, veel minder te versperren, maar het in zijn natuurlijken groei te volgen. Zij, die zich op juridisch gebied tegen imovaties verzetten, alleen op grond dat zij innovaties zijn, juridische ketterijen, die zich niet laten plooiën naar de bestaande logische figuren, begaan de kortzichtigheidsfout van alle ketterijbezweerdere, die de functie en bestemming van al dergelijke dogmatische constructies als hulpmiddel voor

ons denken miskennen en haar zodoende eene realiteit en eene onvergankelijkheid toekennen, die zij niet bezitten en uitteraard ook nooit bezitten kunnen. Zoo zal elke juridische constructie altijd een bloot hulpmiddel blijven om het bonte en ongedurige maatschappelijk leven te kunnen overzien en het daardoor beter te kunnen beheerschen. Kan de kunstmatige norm, de doode formule het natuurlijke, bontvertakte en altijd wisselende leven niet volgen — en zij kan dit op den duur nimmer —, dan moet zij hoe eerder hoe beter plaats maken voor eene andere, even kunstmatig, doch moderner van snit.

Maar al mogen dergelijke constructieve normen van algemeene strekking de gezonde ontwikkeling van het rechtsleven nimmer in den weg staan, juist door hare starheid en kernachtigheid leenen zij zich er bij uitstek toe om aan haar de strekking en draagwijdte van nieuwe, nog warme en vloeibare denkbeelden op de juiste waarde te schatten en het min of meer gezonde, d. i. het min of meer regelmatige dier ontwikkeling te toetsen. Oude, beproefde, in weinige maar wichtige woorden neergelegde ervaringen en inzichten zijn niet voor niets als een kostbare have van geslacht op geslacht overgedragen en geëerbiedigd. Van den innovator wordt niet te veel gevergd, wanneer men op hem den bewijslast legt om aan te toonen, dat zijn inzicht juist en de overlevering onjuist is. En bij die bewijsvoering wordt hij dan tevens gedwongen vóór alles zichzelf rekenschap af te leggen, waarin en in hoeverre het begeerde van het bestaande afwijkt.

Dat nu dit laatste ten aanzien van het onderhavige onderwerp is geschied, ben ik zoo vrij in twijfel te trekken. Zij, die geroepen waren het nieuwe maatschappelijke verschijnsel der „collectieve arbeidsovereenkomst” eene juridische gedaante te geven, hebben

hun aandacht verre van voldoende gewijd aan de kloof, welke het nieuwe recht van het oude, gemeene vereemdde. Hoe is het anders te verklaren, dat bij de beraadslaging over het amendement SCHAPER, die eene *nietigheid van rechtswege* in stede van eene actie tot nietigverklaring, aan de partijen bij de C. A. toegekend, in de wet wenschte opgenomen te zien, er feitelijk geene enkele stem is opgegaan ter waarschuwing dat hier niet alleen zou worden gebroken met ons algemeen verbintenissenrecht, maar tevens met ons gansche stelsel van wetgeving en derhalve met de eerste beginselen van ons staatsrecht. Had men toen, toen die laatstbedoelde breuk zoo duidelijk aan den dag kwam, beter overwogen, waarin en in hoeverre het nieuwe recht strijdig was met de algemeene normen, waaronder de te regelen verhoudingen zonder meer hadden behooren te vallen, dan zou men ook bij de nu aangenomen redactie indachtig geworden zijn, dat ook zij, schoon minder frappant als bij de lezing van SCHAPER, inbreuk op onze eigen grondwet maakte en reeds daarom alleen de gansche bepaling uit de wet hebben geweerd.

Immers wij zagen, hoe met het nieuw opgenomen artikel elke W. en elke A. het recht is toegekend zekere, door een w. en a. gesloten overeenkomsten, zoodra en in zooverre zij maar in strijd geraken met eene regeling waaromtrent zij het onderelkander eens zijn geworden, nietig te doen verklaren. Waar komt dit nu feitelijk op neer? Dat eene handeling van twee private personen rechtsongeldig kan worden verklaard op grond dat twee andere private personen hebben goedgevonden en verstaan dergelijke handelingen rechtskracht te ontzeggen. In één woord: dat twee private personen de macht hebben om andere private personen in een bepaald opzicht de wet voor te schrijven.

Ware het amendement SCHAPER tot wet verheven, dan zou uithoofde eener door eene zekere W. en A. getroffen regeling elk en een iegelijk, die aan de Nederlandsche wetgeving justiciabel is, zich op de immers van rechtswege ingetreden nietigheid van elk daarmee in strijd gesloten contract tusschen w. en a. kunnen beroepen. Niet anders dus, als had de wetgever die regeling zelf getroffen. Nu kunnen dit alleen elke W. of A., die bij de C. A. partij waren. Maar men late zich door dit privaatrechtelijke woord *partij* niet misleiden, als ware nu de zaak van beginsel veranderd. Zouden in het eerste geval gij en ik en iedereen een recht kunnen ontleenen aan de C. A., geheel zelfstandig en onverschillig of wij bij die overeenkomst als partij betrokken waren, zoo kunnen het nu alleen de partijen bij die overeenkomst, maar . . . niet omdat zij partij zijn. Immers die qualiteit van partij is niet daarom in de wet vermeld teneinde den rechtsgrond aan te geven van een recht, dat toch niet uit de overeenkomst zou hebben kunnen voortvloeien, doch eenvoudig om het aantal gerechtigden tot een kleine schare van eigenlijk belanghebbenden in te krimpen. Eene bepaling dus van bloot quantitatieve strekking, die aan den aard van het recht geen verandering kan brengen: het recht blijft in beide gevallen even zelfstandig. Is derhalve, volgens de aangenomen redactie zoo goed als volgens de verworpene, het sluiten eener C. A. anders te noemen dan een daad van wetgeving?

Een recht toch ontstaat òf uit de overeenkomst òf uit de wet. Wanneer het uit overeenkomst ontstaat, kan het worden geldend gemaakt alleen tusschen degenen, welke bij die overeenkomst partij waren. Wil het recht ook tegenover anderen geldende kracht hebben, dan kan het alleen door de wet worden verleend, aangezien de justiciabelen niets hebben te gehoorzamen dan de wet en de

wet alleen. Zulk een ander geval is hier aanwezig: een recht ontstaat ten laste van iemand, zonder diens toestemming bij de overeenkomst, waarbij het in 't leven wordt geroepen. En toch is het niet de wet, die bron is voor dat recht; het is de wet in verband met eene C. A., die aldus geroepen is de blanco-wet aan te vullen. Zodoende moge het sluiten eener C. A. geene formeele daad van wetgeving zijn, materieel is het dit wel degelijk.

Nu is onze grondwet en ons gansche staatsrecht doorbrongen van de negentiendeëeuwsche gedachte, of liever die van 1789, dat de macht om in eene gemeenschap rechtsgeldende normen uit te vaardigen, d. i. het stellen van normen, die bestemd zijn om door anderen dan den steller zelf te worden nageleefd, in één woord: dat de wetgevende macht bij den staatswetgever gemonopoliseerd is. Veel is er te doen geweest over de vraag of wetgevende macht in de staatsgemeenschap eenig ander lichaam toekwam als datgene, wat in de grondwet formeel als wetgever stond omschreven. Veel is er zelfs te doen geweest over de vraag of en in hoeverre (vrijwillige) delegatie van die wetgevende macht geoorloofd was. Desniettegenstaande, of juister gezegd „dessenungeachtet” zien wij nu de wet op het arbeidscontract, als ware het de eenvoudigste zaak ter wereld, eene groep van werkgevers of werkgevers- en arbeidersverenigingen zonder meer met eene macht bekleeden, die van onmiskenbaar wetgevend karakter is, zij het ook op een bescheiden gebied: de regeling van de arbeidsvoorwaarden in een bepaald vak. (1)

(1) Inmiddels ontbreekt in ons gansche artikel elke aanwijzing dat de door de verschillende werkgevers of werkgevers- en arbeidersverenigingen te treffen C. C. A. A. regelingen moeten inhouden, die het vak betreffen, waartoe de leden dier verenigingen behooren, ja zelfs, dat het vakverenigingen moeten zijn die geldende C. C. A. A.

Hiermede wordt dus eene dergelijke groep naast koning, provincie, gemeente en waterschap in de rij onzer publiekrechtelijke lichamen ingelijfd. En al tracht de wetgever door plaats en inkleeding van den nieuwen rechtsregel zich zelf en anderen te verschalken, als bewoog hij zich hierbij geheel en al binnen privaatrechtelijke grenzen, in wezen is de nieuwe norm eene van zuiver publiek recht.

Intusschen ik herhaal het: ook 1789 behoeft voor ons geen axioma te zijn. Maar wel dienen de argumenten van hen, die de toen zoo duur gekochte ervaringen als verouderd willen verwerpen, van eene innerlijk overtuigende kracht te zijn. En wat is nu de quintessenz van hetgeen de voorstanders van ons artikel ter rechtvaardiging hunner meening weten aan te voeren?

Alleen dit: dat men wel gedwongen is tot zulke middelen zijn toevlucht te nemen ter wille van de economisch zwakkeren, die slechts door eene tot het uiterste toe doorgevoerde concentratie in hun optreden tegenover de overmachtige werkgevers, zich kunnen doen gelden. En om die concentratie inderdaad tot het uiterste toe door te voeren is het zelfs geoorloofd dwang te gebruiken, aangezien die dwang ten slotte de gedwongenene zelve tot voordeel strekt. Hieraan is dan ook de argumentatie ontleend, waarop boven door mij gezinspeeld werd, waarmede men civiliter de actie uit de C. A. wilde goedpraten, nl. als eene actie uit eene overeenkomst ten behoeve van een derde, ofschoon ik niet behoef te zeggen dat eene dergelijke actie in de handen van den stipulator als ongevraagd vertegenwoordiger van dien derde en dan

kunnen aangaan. Wel een bewijs te meer hoe weinig doordacht en zorgvuldig deze bepaling is vastgesteld en, de onrijpheid van het gansche instituut in aanmerking genomen, niet anders had kunnen worden vastgesteld.

wel liefst gericht tegen dien derde zelf, het civiele recht vreemd is en wel voor immer vreemd zal blijven. Wat hiervan zij, men acht het verwijderd en onbegrepen belang van de gedwongen en voldoende om in dit geval den dwang te rechtvaardigen; de rechtsgrond voor wetgevende macht in het algemeen, het „legibus paremus ut liberi esse possimus” acht men ook hier aanwezig.

Maar dit alles is geen antwoord op het hier geopperde bezwaar. Niet tegen wetgeving in 't algemeen is mijn grief gericht en dus ook niet ten aanzien van gevallen als deze, waarin oëconomisch zwakkeren volgens veler oordeel en misschien terecht rechtens beschermd dienen te worden in het belang van het algemeen. Maar tegen wetgeving door iets of iemand anders dan den staatswetgever. Het eeuwenoude probleem in eene gemeenschap een volmaakten wetgever te construeeren, die tegelijk billijk en rechtvaardig, verstandig en wijs, vlug en omzichtig is, daarbij vol volkszin en toch onpartijdig, ware geen probleem meer, wanneer het dien wetgever vrij stond zijne taak af te wentelen op personen, die misschien technisch op de hoogte mogen zijn van het te regelen gebied, overigens echter voor hunne taak in de verste verte niet berekend zijn.

We weten het wel — en het zou te verwonderen zijn, wanneer het anders ware — : vakvereenigingen missen veelal de eerste vereischen noodig voor rechtvaardig, verstandig en omzichtig handelen en vooral en altijd de noodige onpartijdigheid. En, gelijk ik zeide, dit is niets verwonderlijks, waar zij als vertegenwoordigers juist van partijbelangen hebben op te treden. De vakvereeniging staat bovendien niet hoog genoeg boven den enkeling om dezen objectief te kunnen behandelen; allerlei kleine persoonlijke belangen en belangetjes verstrikken de leden aan de leiders en de leiders aan hunne volgelingen.

Gelijk tyrannie in 't algemeen van kleinheid van ziel en bekrompenheid van geest getuigt, zijn kleine tyrannen zooveel giftiger dan groote en tot zulke kleine dwingelanden moeten vakvereenigingen worden opgekweekt, wanneer haar de gelegenheid tot uitoefening van eene macht, zoo exorbitant als wetgevende is, gereedelijk geschonken wordt. Dit kan niet uitblijven: reeds nu wordt het den enkelen arbeider of werkgever dikwijls feitelijk onmogelijk gemaakt zich overeenkomstig zijnen wensch aan het vakverbond te onttrekken door de niettoetreding tot of de bedanking voor het lidmaatschap eener vakvereeniging en wordt hem zodoende het theoretisch zoo krachtige wapen uit de hand geslagen dat, naar wij boven zagen, hem volgens het gemeene recht toekomt: t. w. zich te ontslaan van de gehoudenheid tot inachtneming der bepalingen eener C. A. door als lid der vakvereeniging die bij de C. A. partij was, te bedanken.

Nu is het wel opmerkelijk, hoe de voorstanders van onze bepaling, die zich uitgeven voor vooruitstrevende en vrijzinnige geesten en die in deze hunne constructie van een naar hunne meening hoogst modern maatschappelijk verschijnsel een goeden stap op den weg der vooruitgang willen zien, onbewust op weg zijn naar eene gansch verouderde en verlaten instelling, die bovendien verre van vrijzinnig mag worden geheeten, zoodat zij ten slotte op reactionair gebied plus royaliste que le roi zijn. Met die gansch verouderde en sinds lang verlaten instelling bedoel ik de *gilden*, de *kasten*, of welke namen deze instellingen hier en elders hebben gedragen. Ook dit waren georganiseerde vakvereenigingen, ook hierbij bestonden in waarheid „collectieve arbeids-overeenkomsten” tusschen werkgevers en werknemers, die voor elk lid van het gilde van bindende kracht waren. Alleen behoefden in den bloeitijd der gilden,

deze hun kracht niet te ontleenen aan den gewestelijken wetgever, eensdeels omdat die wetgever heel wat minder machtig dan de tegenwoordige placht te zijn, anderdeels omdat juist van het gilde daarentegen meer macht kon uitgaan in de toenmalige beperkte, meer op zichzelf staande gemeenschappen, waarin de een op de ander oneindig meer was aangewezen dan in de huidige maatschappij. Bovendien had het gilde nog eene andere taak naast de regeling der arbeidsvoorwaarden in een bepaald ambacht, het droeg tevens de zorg voor de deugdelijkheid van den arbeid die geleverd moest worden: het zorgde in één woord voor geschoolde arbeid. Maar tot die laatste, waarlijk niet overbodige taak voelen de huidige vakvereeningen zich niet geroepen!

Waar ik mij hier alleen tot de behandeling van ons wetsartikel heb willen bepalen behoef ik — en ik zou zulks in dit bestek trouwens niet kunnen — geen uitvoerig onderzoek in te stellen naar de oorzaken, die tot het verval en de uitsterving der gilden hebben meegewerkt, hoezeer zulk een onderzoek van het hoogste belang mag worden geacht voor hen, die nu zoo met de „collectieve arbeidsovereenkomsten” plegen weg te loopen. Veel toch zou er uit te leeren vallen ten aanzien van den invloed, dien eene dergelijke instelling op den huidigen gang van zaken naar alle waarschijnlijkheid weder zou uitoefenen. Dit eene is echter zeker, dat men den *dwang*, welke de ziel en de kracht van alle gildewezen uitmaakte, sinds dien uit den booze is gaan beschouwen. En wel om de eenvoudige reden dat vrije ontwikkeling a priori boven dwang is te stellen en dwang alleen daar te pas mag komen waar die vrijheid geene gezonde ontwikkeling, maar ongezonde of algeheele stilstand tengevolge zou hebben. Want de tijden en landen van individueele vrijheid, die zulk een intensieven

bloei en welvaart vermogen aan te wijzen in tegenstelling tot de tijden en landen van dwang, zijn de onvergankelijke en telkens zich herhalende getuigenissen van de waarachtigheid dezer historische ervaring.

Het is tegen volkomen gelijksoortigen dwang, welke het onvermijdelijk gevolg is van arbeidsvoorwaarden regelende vakverenigingen, dat dit gansche betoog ten slotte is gericht. De wetenschap, dat met deze bepaling dien kanker voor eene frissche en krachtige gemeenschap wordt binnengeropen, heeft bij mij de innerlijke overtuiging gevestigd, dat ons artikel niet alleen een leap in the dark, maar tevens een regelrechte en ernstige fout is geweest. Want de vrijheid van het individu tegenover de gemeenschap is niet hoog genoeg te houden, aangezien alleen het individu de volkomen natuurlijke, daarentegen elke gemeenschap van individuen eene min of meer kunstmatige eenheid is, die alleen ten behoeve van de eerste in 't aanzien is geroepen en uit hem haar kracht moet putten. Het volgen van dit adagium heeft de groote emancipatiën der 16^e en 19^e eeuw tot stand gebracht en het Westen zijn fysiek en moreel overwicht op het Oosten gegeven. En dat de wetgever van een land, dat zich ten koste van heel veel menscheijk geluk tot zulk eene vrijheid van het individu heeft weten op te werken, nu, meegesleurd door den onstuimigen stroom, dien men met den naam „Tijdgeest” pleegt te bedekken, zich liet verleiden tot eene tegengestelde politiek, die alleen hare plumpe bevattelijkheid vóór, doch alles anders tegen zich heeft, moet als een betreurenswaardige „lapsus” worden beschouwd, die hoe eerder hoe beter dient te worden weggesneden en in geen geval verdere gevolgen na zich zal mogen slepen.

Rotterdam, Januari 1908.

Mr. A. NICOL-SPEYER.

**De eigenrichting in het oudste Romeinsche
rechtsleven (III), 1)**

DOOR

Mr. J. M. NAP,

commies van Staat bij den Raad van State, te 's-Gravenhage.

§ 5. *De eigenrichting bij iniuria.*

In tegenstelling met *furtum*, dat in de oudste rechts-taal doelt op het „steelsgewijze”, dus in het verborgen gepleegde onrecht, is *iniuria* — het woord heeft in den loop der eeuwen, die de geschiedenis voor het bestaan van het Romeinsche recht heeft aan te wijzen, zeer uiteenlopende begrippen aangeduid — oorspronkelijk de „verkeerde” eigenrichting, waaraan geen *ius* ten grondslag ligt, m. a. w. de (onrechtmatige) mishandeling. Zooals is aangetoond door HUVELIN (2), wiens doorwrochte studiën op dit gebied een dichten nevel hebben opgeklaard, moet *iniuria* in de Twaalf Tafelen en in het algemeen in de oudste Romeinsche literatuur als mishandeling worden opgevat; kenmerkend is b.v. de opsomming bij CATO (3): *insignitas iniurias, plagas, verbera, vibices*. En, waar ook elders *iniuria* gezegd wordt van onwettige vrijheidsberooving, van schaking, misschien ook van verkrachting, in elk geval van den on-

(1) Zie *Themis* 1907 bl. 335 vlg.; 413 vlg.

(2) HUVELIN. *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain.* (Mélanges Ch. Appleton. Lyon—Paris 1903) p. 369 vlg.

(3) CATO. *Oratio in Q. Minucium Thermum de falsis pugnis.* (Ed. JORDAN p. 41.)

wettigen dwang, om openbare werken tot stand te brengen (1), steeds ligt aan het woord ten grondslag het begrip van lichamelijke aanranding, van onrechtmatige eigenrichting. Onrecht in den modernen zin des woords, krenking van recht en zedelijkheid, treedt daarbij minder op den voorgrond. Veelmin is krenking van eer of goeden naam, b.v. door het hekel-dicht (*famosum carmen*) onder de oudere Republiek als *iniuria* opgevat; zulks werd, zooals HUVELIN op afdoende gronden betoogt, destijds zelfs niet als verboden handeling beschouwd. Evenmin valt onder *iniuria* in de oudste beteekenis des woords, het misdrijf gepleegd door het zingen van tooverliederen (*mala carmina*) die in het leven en in de verbeelding van primitieve volken een zoo groote rol spelen; alleen later opgekomen misverstand heeft de desbetreffende bepalingen der Twaalf Tafelen met *iniuria* in verband gebracht.

Voor ons doel intusschen komt in de eerste plaats de als straf op *iniuria* uitgeoefende eigenrichting in aanmerking.

Is het verschil tusschen *furtum* en *iniuria* hierin gelegen, dat het eerste delict oorspronkelijk steeds *clam*, het tweede daarentegen altijd *vi* wordt gepleegd, niet minder loopen de straffen uiteen. De geeseling, bij *furtum* toegepast, is een plomp *fixum*, dat met den aard van het delict geen rekening houdt, en daarentegen naar gelang van andere omstandigheden, scherpere of zachtere vormen aanneemt. Bij *iniuria* bestond de mogelijkheid, den schuldige het leed te doen gevoelen, dat hijzelf had berokkend en kon krachtiger dan elders de sacrale opvatting zich doen gelden, dat ieder gestraft wordt aan

(1) PLAUTUS *Epidicus* 715—716 (V, 2, 50—51) *Cistellaria* 177—181 (1, 3, 29—33). SERVIUS in *Aeneidem* 12, 603. Zie verder talrijke teksten bij HUVELIN bl. 477 vlg.

hetzelfde lid, als waar hij een ander heeft gekwetst. (1) Doch al is bij *iniuria* de lichaamsstraf te Rome stellig tot in een betrekkelijk gevorderd stadium in zwang gebleven, toch wijst ook hier de weg, waarlangs *talio* door zoengeld is vervangen, zich vanzelf aan; de Overheid gelast den schuldige, òf *praedes* te stellen voor de betaling van het zoengeld, òf anders *talio* te ondergaan. De schuldige, die niet onmiddellijk den *praes* of borg stelt, wordt op staanden voet aan den lijve gestraft. (2)

Uit den aard der zaak was in dit overgangstijdperk, waar eigenrichting en zoengeld afwisselend voorkomen, aanvankelijk *talio* de regel, zoengeld eene uitzondering, die, juist omdat zij zelden voorkwam, de aandacht trok en wettelijke vermelding had verdiend, terwijl de *talio*, als van ouds bekende instelling, die wettelijke sanctie niet behoefde. Wij zien hier iets dergelijks als in den aanvang der Middeleeuwen, toen bij de Germanen langen tijd volgens de wet op ieder vergriep eene boete stond,

(1) Afgescheiden van *iniuria* vindt men toepassing der *talio* in het voorschrift der Twaalf Tafelen, waarnaar in sommige gevallen de brandstichter levend verbrand werd (l. 9 D. de incendio ruina 47, 9). Daarentegen behoort niet aan *talio* te worden gedacht bij de doodstraf door verbranding wegens tooverij (*magia*, PAULUS S. R. 5, 23, 17). Naam en praktijken der *magi* zijn te Rome eerst tegen het einde der Republiek doorgedrongen.

(2) GELLIUS 20, 1, 36 vlg. *Praesertim cum habeas facultatem paciscendi, et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris. Quod edictum autem praetorium de aestimandis iniuriis probabilius esse his potest? Nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui deprecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat atque ita, si reo et pacto gravis, et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae mulctam redibat.* — Een dergelijk alternatief in Inst. 4, 17, 1: *Publium Maevium Lucio Tatio decem condemno, aut noxae dedere.*

terwijl in de praktijk lichaamsstraffen nagenoeg uitsluitend voorkwamen. Niemand onzer zal, op grond van wetsbepalingen, die bij de Franken doodslag straffen met een geldboete van 25 tot 1500 gouden solidi, in iederen Germaan een welgesteld kapitalist zien. Mutatis mutandis moet te Rome hetzelfde hebben gegolden: ook daar bleef in de praktijk de *talio* overheerschen, nadat de wet geldboete had voorgeschreven.

Wanneer dus de Twaalf Tafelen (8, 4) een voorschrift inhielden: *si iniuria faxsit, quinque et viginti poenae sunt* (1) behoort daaraan in gedachten te worden geassocieerd eene sanctie, welke in *talio* bestond en bij gebreke van borgstelling of betaling, onmiddellijk ten uitvoer kon worden gelegd. Door dit alternatief: geldboete en *talio* worden eveneens twee in de wet (8, 2, 3) bijzonder vermelde gevallen van *iniuria* (2) beheerscht:

Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto. Manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subito.

Wel wordt alleen bij *membrum ruptum* (of, zooals wij aanstonds zullen zien: juister *raptum*) de *talio* uitdrukkelijk vermeld, zoodat het er den schijn van heeft, alsof bij *os fractum* de *talio* door de wet is uitgesloten. Dat echter

(1) Bij BRUNS-MOMMSEN *Fontes* p. 29 luidt de tekst: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*. Bij GELLIUS 20, 1, 12 heet het: *Si iniuria faxsit*. Terecht betoogt HUVELIN bl. 460 vlg., dat de lezing van GELLIUS de voorkeur verdient; in de oudere rechtstaal is *iniuria facere* de gebruikelijke uitdrukking; aldus nog ULPIANUS in l. 1 § 3 D. si quadrupes pauperiem 9, 1. *nec enim potest animal iniuria fecisse*.

(2) Dat *os fractum* een bijzonder geval van *iniuria* uitmaakt, blijkt uit GELLIUS 20, 1, 32. *Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, . . . impensiore damno vindicaverunt*. Eveneens gold *oculus percussus* als *iniuria atroc*; l. 8 D. de iniuriis et famosis libellis 47, 10.

in werkelijkheid bij beide misdrijven de *talio* in de praktijk zich eeuwen lang bleef handhaven, blijkt uit het fragment van CATO (1):

Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.

Wie bedenkt, dat de *talio*, als algemeen erkende rechtsinstelling, gebruikelijk was en bleef ook waar zulks niet uitdrukkelijk in de wet was vermeld, behoeft in het aangehaalde fragment van CATO allerminst eene beschrijving te lezen van rechtsgebruiken, ouder dan de Twaalf Tafelen. Wat aan gene zijde dier wetgeving lag, trok zoo weinig de aandacht der juristen, lag in een zoo kleurloos verleden en had voor een practicus als CATO zoo weinig belangwekkends, dat de opvatting, waarnaar het aangehaalde fragment zou doelen op vóórdecemvirale tijden (2) niets voor en alles tegen zich heeft. (3)

Naast deze opmerking betreffende den zin, waarin de aangehaalde fragmenten der Twaalf Tafelen behooren te worden opgevat, zij het volgende in herinnering gebracht ten aanzien der afzonderlijke uitdrukkingen. Zooals door HUVELIN is opgemerkt, omvat de Latijnsche taal onder *membrum* elk lichaamsdeel, ook b.v. hart of tong (4) en

(1) Ed. JORDAN p. 17.

(2) In dien zin KARLOWA *Röm. Rechtsgeschichte* II, bl. 789; HUVELIN, l. c. p. 380 noot 3.

(3) Wie de bepalingen der Twaalf Tafelen buiten hun verband ruikt, en dan tot de slotsom komt, dat bij wanbetaling *talio* wel bij *membrum raptum*, doch niet bij *os fractum* voorkomt, moet in dit laatste geval, bij niet-voldoening der opgelegde boete, de *ductio*, dus levensberooving toepasselijk achten. Zijne redeneering leidt echter in dat geval tot de ongewenschte slotsom, dat *os fractum*, hoewel minder zwaar delikt dan *membrum raptum* — amputatie van een lichaamsdeel is immers ernstiger vergrijp dan breking van een been — toch zwaarder dan *membrum raptum* wordt gestraft.

(4) HUVELIN l. c. bl. 384 vlg.

heeft dus verder strekkende beteekenis dan Fr. *membre*, waardoor men geneigd is, het te vertalen. Voorts is, in de oudere Latijnsche taal, *rumpere* niet synoniem met *frangere*; veeleer moet de wortel *rup*, die afrukken, rooven, wegnemen beteekent, in verband worden gebracht met zijn nevenvorm *rap*, zoodat oorspronkelijk *rumpere* en *rapere* beiden in beteekenis overeenkwamen met ons: rooven. Eerst later heeft *rumpere* de gewijzigde beteekenis van *breken* verkregen. (1) Zelfs verdient het wellicht de voorkeur: in den tekst der Twaalf Tafelen te lezen: *si membrum rapit*, al wordt tegen het eenstemmig getuigenis der handschriften in, sedert Scaliger geheel willekeurig *rupit* of *rupsit* gerestitueerd. (2)

Wat *frangere* betreft, dit woord beteekent eenvoudig: breken, doch wekt niet de gedachte aan wegnemen. (3)

Dat in het aangehaalde fragment der Twaalf Tafelen *pacere* (een oudere nevenvorm van *pacisci*) doelt op het stellen van borgen, die den aanval van den mishandelde of van diens aanhang stuiten en voor de betaling van het zoengeld instaan, zal hieronder aannemelijk worden gemaakt.

(1) HUVELIN l. c. bl. 377.

(2) De juiste lezing bij FESTUS Ed. THEWREWK DE PONOR p. 550. *Si membrum rapit, ni cum eo pacit, talio esto*. Eene soortgelijke weifeling tusschen *subripere* en *subrumpere* in de verschillende lezingen der *lex Atinia*; GELLIUS 17, 7; l. 4 § 6 D. de usucapionibus 41, 3.

(3) *Frangere* (vlg. Gr. *ῥήγνμι* van *ῥήγνμι*) heeft wellicht tot grondslag een wortel *var*, *vrag*, waarvan een nevenvorm *vlak* het woord *lacerare* heeft doen ontstaan. HUVELIN bl. 377 noot 1. De beteekenis van het woord is dus: breken, zonder weg te nemen.

§ 6. *De oudste stuiting der eigenrichting.*

Stuiting der eigenrichting, waarvoor de Twaalf Tafelen *pacere*, een oudere nevenvorm voor *pacisci* bezigen (1), komt in het oudste rechtsleven tot stand door tusschenkomst van derden, die hetzij als *vindex* aanvallend, hetzij als *vas* of *praes* enkel verdedigend optreden, doch in elk geval den oorspronkelijk aangevallene onttrekken aan de eigenrichting der tegenpartij. Daarvoor is vooreerst noodig, dat de aangevallene uitdrukkelijk den intervenient als zoodanig aanstelt (*vindicem, vadem, praedem, dare*). Ten andere, dat de intervenient uitdrukkelijk die functie op zich neemt. Wij behooren ons dus den gang van zaken aldus ongeveer voor te stellen, dat de aangevallene zegt tot den aanvaller: *quia tu mecum agere vis, in eam rem Lm Tm vindicem (vadem, praedem) do.* (2) Vervolgens vraagt de aanvaller den intervenient of deze inderdaad als *vindex, vas* of *praes* optreedt. (3) Door het uitspreken van een bevestigend antwoord brengt de intervenient eene scheiding te weeg tusschen de oorspronkelijke partijen: hij en hij alleen is aansprakelijk tegenover den aanvaller, behoudens regres op den ge-waarborgde.

Van af het oogenblik, dat de *in ius vocatio* is uitge- Vindex.
sproken, m. a. w. : zoodra een aanval plaats vindt, tot op het oogenblik der *ductio*, is de aangevallene bevoegd,

(1) Twaalf Tafelen 1, 6, 7; 8, 2.

(2) Vgl. GAIUS IV, 83, *quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do.*

(3) Bij wijze van analogie kome in aanmerking FESTUS s. v. *praes* (Ed. Thewrewk de Ponor p. 279) . . . *interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondet: praes.*

een *vindex* te stellen, die voor hem intreedt en den aanval neutraliseert. (1)

De *vindex* treedt aanvallend op tegenover den oorspronkelijken aanvaller, doch niet tegenover de Overheid: een aanval op de Overheid immers zou nooit als rechtsfiguur ingang kunnen vinden. Veeleer is de *vindex*, evenals de oorspronkelijke aanvaller, aan de Overheid ondergeschikt; zijn optreden is dan ook zonder invloed op de betrekking tusschen de Overheid en den aangevallene. Ook na het optreden van den *vindex* kan de Overheid de verschijning van den aangevallene gelasten. (2) Doch niet de aanvaller behoefde hem op te sporen; de Overheid verstrekke dien last aan den *vindex* en kon dezen, bij niet-verschijning van den aangevallene, tot schadevergoeding veroordeelen. (3)

De *vindex* treedt aanvallend op; door zijn optreden ontstaat een rechtstrijd tusschen aanvaller en *vindex*. Delft de laatste daarbij het onderspit, dan is hij verplicht, den aanvaller het tweevoud van diens oorspronkelijke

(1) GAIUS IV, 46. LENEL, *Der Vindex bei der in ius vocatio*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. R. A. XXV (1904) bl. 232 vlg.

(2) Na het optreden van den *vindex* moest dus de aangevallene ter beschikking der Overheid blijven (*sui potestatem facere*, l. 2. pr. D. quibus ex causis in possessionem 42, 4).

(3) l. 2 § 5 D, qui satisdare cogantur 2, 8, waarvan, volgens LENEL l. c. bl. 251, de niet-geïnterpoleerde tekst moet geluid hebben als volgt: *In vindicem tanti, quanti ea res erit actionem dat praetor, quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus. Et melius erit, ut in veram quantitatem vindex teneatur*. (De in de Pandekten daarop volgende woorden: *nisi pro certa quantitate accessit* zijn volgens LENEL geïnterpoleerd). M. a. w. de actie, welke de Praetor tegen den *vindex* verleent, heeft tot voorwerp niet die geldsom, welke de aanvaller zonder bewijs bij te brengen opgeeft (*quantitas*) doch veeleer dat bedrag, waarop naar waarheid (*veritas rei*) het onderwerp van het geding moet worden getaxeerd.

vordering te voldoen. (1) Zijn optreden heeft den aanvaller in moeilijkheden gewikkeld, waarvoor vergoeding behoort te worden gegeven, natuurlijk behoudens regres van den *vindex* op den aangevallene.

In de omstandigheid, dat de *vindex* aanvallend optreedt, ligt het verschil opgesloten tusschen hem en den *vas*, met wien de *praes* (samengetrokken uit *prae* en *vas*) ten nauwste verwant is. (2) *Vas* en *praes* treden alleen verdedigend, nooit aanvallend op, vandaar dat wel zij, doch niet de *vindex*, den aangevallene beschermen tegen volk of Overheid, waartegen geen aanval rechtens gericht kan worden. Waar volk of Overheid den burger aanvallen, kan deze zich door *vades* of *praedes* (3) laten beschermen, waarmede samenhangt, dat hij bij deze borgen in verzekerde bewaring kan worden gehouden. Immers, bij gebreke aan een voldoende aantal gevangnissen, — Rome heeft, zoolang de Republiek duurde, slechts ééne Staats-

Vasen praes.

(1) Twaalf Tafelen 12, 3. *Lex Ursonensis LXI, i. f. Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto* (BRUNS-MOMMSEN *Fontes* p. 124). Dit *duplum* bleef in stand, toen in plaats van den *vindex*, de schuldenaar zelf bevoegd was te procedeeren. Daar hij, om zoo te zeggen, als *vindex* van zichzelf optrad, moest hij, bij verlies van het geding, het dubbele betalen (Cic. *pro Flacco* 21, 49). Evenmin kon hij het in dwaling betaalde terugvorderen. Ware dit geoorloofd geweest, dan had ieder aan de *poena dupli* kunnen ontkomen door te betalen en vervolgens het betaalde terug te vorderen, terwijl zonder betaling de tusschenkomst van een *vindex* en het aan diens optreden verbonden *periculum dupli* noodzakelijk was. Vandaar, dat in de gevallen *ubi lis inficiendo crescit in duplum*, de *condictio indebiti* uitgesloten was. *Inst.* 3, 27, 7.

(2) De meervoudsvorm *praevides* komt nog voor in *lex agraria* regel 46 en 100.

(3) Bij LIVIUS ep. 48 *Publilia et Licinia nobiles feminae, quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, eum praetori praedes vades dedissent, cognatorum decreto necatae sunt* komt *praedes vades* voor als eene technische uitdrukking, waar *praedes* als eene variëteit van *vades* wordt beschouwd.

gevangenis gekend (1), — moest veelvuldig gebruik worden gemaakt van verzekerde bewaring bij particulieren, die voor den in hechtenis genomene borg bleven. (2) Natuurlijk werd dikwijls die hechtenis verzwakt tot enkel toezicht; naarmate de borg den gewaarborgde beter of minder goed vertrouwde, nam de betrekking tusschen beiden zachter of strenger vormen aan.

Komen *vas* en *praes* hierin overeen, dat beiden alleen afwerend, niet aanvallend optreden en dus in het proces niet meespreken, doch alleen de persoon van den aangevallene tegen feitelijkheden beschermen, terwijl zij diens ontvluchting verhinderen, — zij verschillen in zooverre, dat de *vas* alleen dan *praes* heet, wanneer hij door de Overheid wordt erkend: in dat geval kan zoowel door als tegen hem parate executie worden aangewend. Wij behooren ons den gang van zaken aldus voor te stellen. Om eene of andere reden, b.v. ter verzekering van de betaling eener boete, beveelt de Overheid den burger een *praes* te stellen. (3) Hierop wijst de aangesproken persoon den *praes* (of de *praedes*) aan. Ten slotte vraagt de Overheid den aldus aangewezene, of hij inderdaad *praes* is. Door het uitspreken van een bevestigend antwoord verkrijgt de *praes* als het ware een publiek-

(1) JUVENALIS 3, 342. MOMMSEN: *Röm. Strafrecht* bl. 303 noot 4.

(2) Vgl. l. 28 § 1 D. *ex quibus causis maiores* 4, 6 *item si quis nec in custodia nec in vinculis sit, sed sub fideiussorum satisfactione et dum propter hoc recedere non potest.* l. 1 D. *De cust. reorum* 48, 3... *an militi tradenda vel fideiussoribus committenda (persona)*; l. 3 § 7 D. *de bonis eorum* 48, 21 *si in vinculis vel sub fideiussoribus decesserit.* Nog in den laatsten Keizertijd handhaaft zich dit gebruik. SYMMACHUS *ep.* 10, 23, 40 *ut Felix vadibus . . . traderetur.*

(3) GELLIUS 7, 19, 5 . . . *praedesque eum ob eam rem dare cogat.* GAIUS IV, 16; *iubebat praedes adversario dare. Iubere praedes dare* is synoniem met *iubere pacisci*; b.v. in l. 6 § 3 D. *de his qui notantur* 3, 2 *Qui iussu praetoris . . . pactus erit, non notatur.*

rechtelijk karakter in dien zin, dat volk en Overheid hem als zoodanig erkennen, zoodat zoowel zijne aansprakelijkheid als zijne vordering bij wijze van parate executie kunnen worden geldig gemaakt. Eene *actio indicati* van den aanvaller, eene *actio depensi* van den borg passen zoozeer op den *praes*, dat de bij GAIUS IV, 186 vermelde *vas*, die bij de *actio indicati depensive* voorkomt, wel niet anders dan een *praes* kan zijn.

Praes (samengesteld uit *prae* en *vas*) is de naam van *vas*. wanneer hij door de Overheid is erkend; doordat de Overheid hem gevraagd heeft, of hij intervenueert, en hij daarop toestemmend heeft geantwoord. Eene duidelijke omschrijving van zijn wezen is de uitdrukking van *vas publicus*, zooals deze voorkomt in de rechtslegende bij LIVIUS 3, 13.

Het verhaal, dat zich klaarblijkelijk ten doel stelt, de opkomst der borgstelling in het strafproces te verklaren, luidt als volgt. CAESO, van doodslag beschuldigd, wordt in afwachting dat het volk over zijne schuld of onschuld uitspraak doet, door een volkstribuun in hechtenis genomen. Op grond dat hij, als nog niet veroordeeld, voor onschuldig moet gelden, roept hij de tusschenkomst in der andere volkstribunen, die tusschen hun ambtgenoot en den beschuldigde een vergelijk tot stand brengen. Tegen borgstelling wordt CAESO op vrije voeten gesteld en het strafproces geschorst. Daar nu naar antieke zeden het proces in het openbaar plaats vindt (1), en het strafproces formeel een aanklacht is, door het volk ingesteld,

(1) Dat de rechtspraak steeds in tegenwoordigheid van het volk plaats greep, weet ieder, die met Romeinsche toestanden bekend is. Vgl. b.v. *de viris ill.* 73, 1 waar een volkstribuun een praetor straft, *quod is eo die, quo ipse contionem habebat, ius dicendo partem populi avocasset.*

heeten deze borgen *vades publici*; naar een later spraakgebruik zouden zij *praedes* heeten.

Ter loops zij de ontknooping van het verhaal medegedeeld: CAESO, die in afwachting van den affoop van het strafgeding, op het forum in gijzeling wordt gehouden, weet reeds den volgenden nacht te ontvluchten. Voor ons onderwerp echter is deze rechtslegende slechts in zoover van belang, dat zij in de woorden: *vades publici* eene onmiskenbare omschrijving van *praedes* geeft.

Waar de Overheid den burger het stellen van *praedes* gelast, kan niet-opvolging van dit bevel verschillende rechtsgevolgen hebben, naar gelang de *praes* bestemd is, eene bepaalde zaak onder zich te houden, dan wel voor de *persoon* des burgers borg staat. Men voelt hier den oorsprong van de onderscheiding tusschen persoonlijke en zakelijke acties. De koper eener door het volk verkochte zaak is verplicht *praedes* aan te wijzen, die voor de betaling van den koopprijs aansprakelijk zijn en geacht worden, de zaak in bezit te nemen: worden de noodige *praedes* niet gesteld, dan is geen koop tot stand gekomen; de zaak wordt opnieuw verkocht. (1) In het eigendomsproces moet de bezitter, die geen *praedes litis et vindiciarum* stelt, afstand doen van de betwiste zaak. Naast deze gevallen, waar de *praes* gesteld wordt om het bezit eener zaak te verzekeren, staat de mogelijkheid, dat hij een aanval op den persoon moet afweren: men denke b.v. aan een burger, die tot zekerheid van de betaling eener boete een *praes* moet stellen.

In dit geval staat de *praes* niet alleen borg voor den schuldige, zijn optreden is ook uit het oogpunt der eigenrichting van gewicht. De Overheid toch beveelt den schuldige, of *praedes* te stellen, of anders de *ductio* te

(1) *Lex agraria* regel 72 vlg. (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes* bl. 86.)

ondergaan; de gestelde *praes* (of *praedes*) houdt de *ductio* tegen, waaruit blijkt dat de gewaarborgde, die den *praes* heeft gesteld, niet bij machte is, zich zelf te verdedigen. Voor dezen rechtstoestand nu van hem, die niet zich zelf kan verweren en eens anders tusschenkomst behoeft, bezigt de oudere rechtstaal den technischen term *iudicatus*, Iudicatus. waarvan de eigenaardige beteekenis ten aanzien der eigenrichting blijkt uit GAIUS IV, 25: *nec licebat iudicatio manum depellere et pro se agere*. De *iudicatus*, onder voortdurend toezicht zijner bewakers gesteld, (1) was rechtens onbevoegd, voor zich zelf op te treden. GAIUS' bedoeling kunnen wij dus als volgt teruggeven: als *iudicatus* gold hij, die niet bevoegd was zich te verdedigen (*manum depellere*) of aan te vallen (*pro se agere*). Het eerste deed voor hem een *praes*, het tweede een *vindex*.

Het Overheidsbevel, waarbij den *iudicatus* de borgstelling werd opgelegd, bedreigde tevens met de *ductio*: de schulddige moest òf *praedes dare*, òf *duci*. (2)

(1) Vandaar daar onttrekking van een *iudicatus* aan de macht zijner bewakers als *furtum* gold. GAIUS III, 199.

(2) Het duidelijkst blijkt dit uit het besluit der volkstribunen, betreffende het beroep, ingesteld door L. Scipio tegen de oplegging eener boete door den volkstribuun C. Minucius Augurinus, van wien het heet: *cum... multamque nullo exemplo irrogaverit praedesque eum ob eam rem dare cogat, aut, si non det, in vincula duci iubeat* (GELLIUS 7, 19, 5). Waarschijnlijk is dit bericht, hoewel onhistorisch, afkomstig van Q. Claudius Quadrigarius (MOMMSEN *Röm. Forschungen* II, bl. 446), tijdgenoot van Sulla en dus nog goed bekend met het legisactieproces. Vgl. ook DIONYSIUS HAL, 7, 17, waar als inhoud van het *plebiscitum Icilium* wordt aangegeven: *ἂν δὲ τις παρὰ ταῦτα ποιῆσῃ, δίδωτω τοῖς δημόχοις ἰγγυητὰς* (*praedes*; KARLOWA *Röm. Rechtsgeschichte* I bl. 101); . . . ὁ δὲ μὴ δίδους ἰγγυητὴν θανάτῳ ζήμιοςθω, καὶ τὰ χρήματ' αὐτοῦ ἐπὶ ἔσω. — Een overblijfsel der borgstelling is te vinden in *lex Rubria* c. XXI i. f. De wet verleent aan de plaatselijke Overheid de bevoegdheid, de *ductio* te bevelen (regel 19 vlg. . . . *duci iubeto*; *queique eorum*

Brengen wij nu dit vaststaand feit in verband met de plaats der Twaalf Tafelen (III, 3). *Ni iudicatum facit aut quis endo eum iure vindicit, secum ducito*: volgens deze bepaling kan de *ductio* worden afgewend door een *vindex*, maar ook doordat de aangevallene *iudicatum facit*, waaronder wel niet anders kan worden verstaan dan opvolging van het Overheidsbevel, dat het stellen van *praedes* gelastte. *Iudicatum facere* en *praedes dare* doelen dus ongetwijfeld op dezelfde handeling, het stellen van persoonlijke zekerheid, zooals ten overvloede blijkt uit CICERO pro Flacco 20, 47 vlg. Daar wordt medegedeeld, dat Hermippus door de gebroeders Fufii en Heraclides door Hermippus voor eene zelfde som worden aangesproken. Nadat Hermippus een borg heeft gesteld aan de Fufii (*Fufiis satisfecit absentibus*) eischt hij de som terug van Heraclides en van dezen heet het: *quum iudicatum non faceret, addictus Hermippo et ab eo ductus est. Satisfacere* en *iudicatum facere* kunnen hier niet anders dan synoniem worden opgevat.

Vermelding verdient voorts in dit verband het bekende adagium (GAIUS III, 180) *ante litem contestatam dare debi-*

quem, ad quem ea res pertinebit, duxerit, id ei fraudi poenaevne esto). Is de *ductio* bevolen, dan kan, blijkens het vervolg der wetsbepaling, een *vadimonium Romam* worden beloofd; m. a. w. de schuldenaar kan, door een *vas* te stellen, of zijn eigen *vas* te worden, de *ductio* ontgaan, met dien verstande dat het proces opnieuw te Rome zal worden behandeld. Met dit *vadimonium* wordt gelijk gesteld het geval, dat na het bevel der *ductio* een *vindex* optreedt (regel 21 vlg. . . . *quo minus in eum, qui ita* [bij het bevel der *ductio*] *vadimonium Romam . . . non promiseerit aut vindicem locupletem ita* [bij het bevel der *ductio*] *non dederit, ob e(am) r(em) iudicium recuperationem . . . det, . . . ex h. l. n(ihilum) r(ogatur)*). (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes* p. 101). — De identiteit der procedure bij GELLIUS 7, 19, 5 met de *addictio* is reeds opgemerkt door MOMMSEN *Röm. Forsch.* II bl. 473, noot 111.

torem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Wanneer hier niet de *ductio* afzonderlijk wordt genoemd, is dit waarschijnlijk zoo op te vatten dat, evenals de Overheid, zoo ook de eischer in één adem den eisch stelde, dat de aangevallene òf *iudicatum faceret*, òf de *ductio* onderging, zoodat beide elementen als het ware onafscheidelijk verbonden waren.

Door de borgstelling te gelasten, beveelt de Overheid Vindiciae. de *vis* te staken, want de voornaamste functie van den borg is juist het afweren van den aanval der tegenpartij. De Overheid geeft hier dus een uitspraak over de *vis* en zoo rijst als vanzelf het vermoeden, dat *vindicias dicere* — eigenlijk eene tautologie, want in *vindiciae* ligt *dicere* al opgesloten — de naam is voor het bevel, waarbij de Overheid het stellen van een *praes* gelast.

Bevestigd wordt dit vermoeden door GAIUS IV, 16:

Postea Praetor secundum aliquem eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum; alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti.

Denkbaar is hier vooreerst, dat *vindicias dicere* doelt op eene uitspraak, waarbij zonder meer een der partijen tot possessor wordt verklaard. Eene tweede opvatting is deze, dat bij *vindicias dicere* de nadruk moet worden gelegd op het stellen van *praedes*, zoodat wel is waar in het eigendomsproces *vindicias dicere* eene regeling van het bezit in zich sloot, maar het bevel zijn naam en rechtskarakter ontleent aan het stellen van *praedes*, die aan de *vis* een einde maken.

Ongetwijfeld is deze laatste opvatting de juiste: veilig kan men aannemen, dat hier de Praetor tot eene der strijdende partijen zegt: ik verklaar U tot *possessor* en gelast U mitsdien, *praedes litis et vindiciarum* te stellen,

zoodat dit bevel alleen wegens de *praedes litis et vindiciarum* kan worden aangeduid als *vindicias dicere*.

Wie oplettend de aangehaalde woorden van GAIUS leest, maakt daaruit op dat, zooals trouwens in den aard der zaak ligt, *secundum aliquem vindicias dicere* beteekent: ten behoeve van iemand borgstelling gelasten.

Wanneer GAIUS zegt: *secundum aliquem eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat*, dan doelen beide keeren *aliquem* verschillende personen aan; anders immers had GAIUS gezegd: *id est interim eum possessorem constituebat*. *Vindicias dicere secundum populum*, hetgeen voorkomt bij CATO MAIOR (1) in de zinsnede: *Praetores secundum populum vindicias dicunt*, beteekent dus: iemand bevelen, een borg te stellen aan het Romeinsche volk. Onmogelijk kan deze zinsnede bedoeld hebben, zooals dikwijls wordt beweerd, op een proces, waarbij het Romeinsche volk en een burger elkander het bezit eener zaak betwisten. Te Rome is, althans onder de Republiek, een geding tusschen volk en burger rechtens ondenkbaar. Doch in zooverre kan *vindicias dicere secundum populum* behooren tot de taak van den Praetor, dat hij — men denke b.v. aan de *praedes sacramenti* — één of beide partijen kan gelasten, een borg te stellen tot zekerheid eener vordering van den Staat, b.v. eener boete.

Te aannemelijker schijnt dit vermoeden, omdat het fragment ontleend is aan eene redevoering, die blijkens haar titel *de multa*, eene boete tot onderwerp had.

Eveneens kunnen wij, uit de hierboven aangehaalde woorden van GAIUS IV, 16 met groote waarschijnlijkheid concludeeren, dat het daar bedoelde bevel ongeveer aldus luidde: *Quod As As possessor est, ob eam rem*

(1) Ed. JORDAN bl. 50.

secundum Nm Nm vindicias dico. Dat de laatste woorden doelden op het stellen van *praedes* was misschien niet den tijdgenoot van GAIUS, maar stellig dien van CATO bekend. (1)

Na het bovenstaande behoeft het logisch verband tusschen *vindicias dicere*, als uitspraak der Overheid en *pacisci* of *praedes dare*, als handeling van den aangevallene, geene uitvoerige uiteenzetting. Wat de aangevallene verricht, geschiedt ter opvolging van het Overheidsbevel. (2) Is volgens GELLIUS (3) het *ius paciscendi*, volgens GAIUS (4) het stellen van *praedes* een integreerend bestanddeel der legisactie, zoo kan ongetwijfeld hetzelfde van *vindicias dicere* worden beweerd. Brengen wij thans deze uitdrukking in verband met het bekende adagium, waarnaar in het legisactieproces de Overheid telkens één

(1) Vgl. ook hieronder bl. 244.

(2) Vgl. l. 6 § 3 D. de his qui notantur 3, 2 (aangehaald bl. 236, noot 3).

(3) GELLIUS 20, 1, 46. *Erat autem ius interea paciscendi, ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.*

(4) GAIUS 4, 94 *in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, . . . dabantur*. Hetzelfde verband tusschen *lege agere* en *praedes dare* bij CICERO in *Verrem* II, 1 c. 45 § 115. *Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, . . . lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis (et) vindiciarum quum satis accepisset, sponsonem faceret*. Ook hier eischt de analogie tusschen beide rechtsplegingen, dat *lege agere* gepaard gaat met het stellen van *praedes l. et v.* Het stellen van *praedes* op bevel van den volkstribuun, zooals dit uitdrukkelijk blijkt uit het proces van Scipio bij GELLIUS 6, 19, is niets anders dan hetgeen TACITUS *lege agere* noemt (*ann.* 13, 28 *prohibiti tribuni ius praetorum et consulum praeripere aut vocare ex Italia cum quibus lege agi posset*). Dat ook bij *damnum infectum* (GAIUS IV, 31) de legisactie in het stellen van *praedes* bestond, werd reeds betoogd door IHERING, Geist des R. R. III, 1, Vorrede zur vierten Auflage. S. XXIII.

der woorden *do dico addico* (1) bezigt. De zin hiervan is duidelijk: de eerste term (*do*) duidt op eene instantie van het proces welke, als later ontstaan, eerst hieronder ter sprake kan komen; te weten de benoeming van een *iudex* (*iudicem dare*). Eerst dus begeven de strijdende partijen zich naar de Overheid en verzoeken de benoeming van een *iudex*; waarop de Overheid zegt: *Titium iudicem do*. Vervolgens onderzoekt de *iudex* het geschil en stelt een van partijen in het ongelijk, waarop de Overheid deze gelast, *praedes* te stellen; Romeinsch uitgedrukt *vindicias dicit*. Worden de vereischte *praedes* niet gesteld, dan beveelt de Overheid de *ductio*; m. a. w. *addicit*. (2)

De hardheid eener rechtspleging, waarbij de Overheid den aangevallene gelast, onmiddellijk *praedes* te stellen of anders de *ductio* te ondergaan, heeft — zooals wij zien zullen, reeds vóór de Twaalf Tafelen — er toe geleid, dat aan het bedoelde Overheidsbevel eene waarschuwing kan voorafgaan. Bij die waarschuwing beperkte de Overheid zich tot het gebod, *praedes* te stellen; met de *ductio* bedreigde zij niet. Werd dit bevel niet opgevolgd, dan werd het herhaald, doch tevens de *ductio* bedreigd. Hoewel de schuldige na uitvaardiging van het eerste bevel toch op vrije voeten bleef, al verzuimde hij *praedes* te stellen, na het tweede bevel waren de rollen omgekeerd: wil de schuldige nu aan de *ductio* ontkomen, dan moet hij onmiddellijk *praedes* stellen.

Wij meenen aannemelijk te kunnen maken dat de *Damnatus* schuldige door het eerste bevel tot *damnatus* wordt ge-

* (1) VARRO de l. l. 6, 30. MACROBIUS Sat. 1, 16, 16.

(2) *Addicere* is kenmerkend voor het toewijzen der vordering door den Praetor, zoo bij de *in iure cessio*, GAIUS 2, 24 en bij de *manu-missio vindicta*. Zie WLASSAK. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. R. A. 28 (1907) bl. 42 vlg.

stempeld. Dat het tweede bevel hem tot *iudicatus* maakt, is hierboven opgemerkt. Reeds dadelijk blijkt uit GAIUS IV, 21, dat beide termen scherp worden onderscheiden; GAIUS stelt naast elkander twee formulieren, waarvan het eene aanvangt met de woorden: *quod tu mihi damnatus es sestertium X milia*; het andere met de woorden: *quod tu mihi iudicatus es sestertium X milia*. De *damnatus* is dus, althans naar de oudste rechtstaal, niet *iudicatus*, Integendeel, hij bevindt zich op vrije voeten en heeft gedurende een zekeren termijn de gelegenheid om *praedes* te zoeken. (1) Ook in het sacrale rechtsleven is *damnatus*

(1) Wanneer de *damnatus* onmiddellijk *praedes* stelt, trekt dit de aandacht. LIVIUS 38, 58, 1. *Iudiciis a Q. Terentio praetore perfectis, Hostilius et Furius damnati praedes eodem die quaestoribus dederunt*. Andere teksten, ten bewijze dat de *damnatus* (of *condemnatus*) *praedes* moet stellen: *lex latina tabulae Bantinae* regel 10 vlg. . . . *iubetque eum . . . condemnari popul(o), facitque iudicetur*. *Sei condemnatus (erit, quanti condemnatus erit, praedes) ad q(uaestorem) urb(anum) det, aut bona eius poplice possideantur facito*. De gang van zaken in deze procedure is deze: nadat de praetor *recuperatores* heeft benoemd, onderzoeken dezen de zaak. Blijkt de beschuldigde schuldig, dan wordt hij door de *recuperatores* gecondemneerd en moet dientengevolge *praedes* stellen bij den daarvoor aangewezen gemeente-ontvanger, den *quaestor urbanus*. Worden geen *praedes* gesteld, dan herhaalt de praetor het bevel, *praedes* te stellen, en bedreigt bij niet-opvolging, inbeslagneming van het vermogen. Op dit bevel doelt: *facitque iudicetur*; daarbij wordt het alternatief gesteld, *praedes* te stellen ten bedrage der *condemnatio*, of anders inbeslagneming van het vermogen te ondergaan. Eveneens moeten in *lex Acilia repetundarum* regel 57 (BRUNS-MOMMSEN *Fontes* p. 68) *praedes* worden gesteld ten bedrage der *condemnatio*, waarop volgt: *sei ita praedes datei non erunt, bona eius facito puplice possideantur*. Men lette op het futurum exactum: *datei non erunt*, hetgeen onderstelt dat gedurende een bepaalden termijn de schuldenaar in de gelegenheid is geweest, *praedes* te stellen. Anders bij GELLIUS 7, 19, 5: *praedesque eum ob eam rem*

technisch ter aanduiding van een schuldenaar, die op vrije voeten is, zooals blijkt bij den *vote damnas*, den geloovige, wiens gelofte aan de Godheid in vervulling is geraakt, zoodat hij verplicht is, de beloofde praestatie te verrichten. (1) *Damnatus* wordt voorts gezegd wanneer de schuldenaar bij *confessio in iure* zijne schuldplichtigheid erkent, en deswege veroordeeld wordt tot het stellen van zekerheid, maar niettemin voorloopig in vrijheid blijft. (2) Vooral op dit laatste komt het hier aan: de talrijke wetten der latere Republiek, waarin de schuldenaar tot *damnatus* of *damnas* wordt verklaard, geven met dit woord te kennen, dat de hierboven uiteengezette rechtspleging in twee termijnen op hem toepasselijk is. Zelfs al is de schuldige geboeid, — de *lex Ursonensis* geeft het ondubbelzinnig te kennen (3) — toch mag hij, omdat hij rechtens *damnas* is, niet gesteld worden voor het alternatief: *praedes* te stellen of anders onmiddellijk de *ductio* te ondergaan. Aan dit bevel behoort eene waarschuwing als boven bedoeld, gevolgd door een zekeren termijn, vooraf te gaan.

Deze waarschuwing en die termijn, historisch later ontstaan dan het begrip *iudicatus*, gaan feitelijk aan den

dare cogat, aut, si non det (niet: dederit) in vincula duci iubeat, waar de aangevallene niet *damnatus*, doch *iudicatus* is.

(1) Bv. NEPOS, TIMOLEON V: *dixit nunc demum se voti esse damnatum*. LIVIUS 5, 25; 7, 28; 10, 37; 27, 45. VERGILIUS *Ecl.* 5, 80.

(2) l. 3 D. de confessis, 42, 2 *Julianus ait confessum certum se debere omni modo damnandum etiam si in rerum natura non fuisset, etsi iam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem eius damnetur, quia confessus pro iudicato habetur*. (De laatste rechtsspreuk is opgekomen, toen het verschil tusschen *damnatus* en *iudicatus* uit het oog werd verloren).

(3) *lex Ursonensis* LXI regel 6 *Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto*. (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes* p. 123 vlg.)

rechtstoestand van den *iudicatus* vooraf en vormen den laatsten schakel aan den keten der eenzijdige eigenrichting.

Op de vraag naar den duur van den termijn ligt het antwoord in de bekende woorden der Twaalf Tafelen:

aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt.

Daargelaten de vraag, waarom juist de twee in het fragment genoemde gevallen daar ter sprake komen, — zooveel is zeker, dat den *damnatus* ten minste dertig dagen worden gelaten om *praedes* te stellen. (1) Aangezien verder het bedrag der geldsom, waarvoor de *praedes* aansprakelijk zouden zijn, den schuldenaar bekend moet zijn, was het volkomen verklaarbaar, dat alleen geldschulden, niet b.v. verplichtingen tot levering van koren, door *confessio in iure* tot *damnatio* aanleiding gaven.

Dezelfde rechtspleging en dezelfde termijn keeren terug in de *lex Julia municipalis* regel 41 vlg. Binnen dertig dagen, nadat de aedilis den onderhoudsplichtige aansprakelijk heeft gesteld, moet deze zekerheid stellen — waarbij oorspronkelijk aan *praedes* moet worden gedacht — of betalen. Wel is waar kan volgens de wet, indien noch het eene noch het andere geschiedt, het oorspronkelijk bedrag, met de helft vermeerderd, worden ingevorderd. (2) Doch stellig is die verhooging der verschuldigde som eene latere vervanging der oorspronkelijke parate executie. In de oudere rechtspleging werd ongetwijfeld de *damnatus*,

(1) Over den oorsprong van dien termijn zie MOMMSEN *R. Staatsrecht* III bl. 387 noot 3.

(2) *Lex Julia municipalis* regel 41 vlg. (BRUNS-MOMMSEN *Fontes* p. 106 vlg.) *Sei is quei adtributus erit eam pecuniam diebus XXX proximeis, quibus ipse aut procurator eius sciet adtributionem factam esse ei, quoi adtributus erit, non solverit neque satis fecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto.*

bij wanpraestatie, tot *iudicatus* en werd de *manus iniectio iudicati* geoorloofd.

Het bovenstaande resumeerende, kunnen wij tevens de plaats der *manus iniectio iudicati* in het oudste rechtssysteem aanwijzen. Is de strekking dezer legisactie, den schuldenaar te stempelen tot *iudicatus*; heeft zij ten doel, de heerschappij van den aanvaller, de onmacht der tegenpartij, te symboliseeren in den handslag, overblijfsel van geeseling en boeien; haar rechtsgrond kan verschillend zijn. Denkbaar is het vooreerst, dat de aanvaller zich er op beroept, dat de tegenpartij als *damnatus* verplicht was te betalen, doch den termijn heeft laten voorbijgaan. Hij zegt dan: *quod tu mihi damnatus es*. Mogelijk is het echter ook, dat de aanvaller, zonder zich op eene *damnatio* te beroepen, de tegenpartij *iudicatus* noemt, zoodat hij haar alle recht van tegenweer ontzegt. De formule begint dan met de woorden: *quod tu mihi iudicatus es*. Door de *lex Vallia* (GAIUS IV, 25) is deze laatste procedure afgeschaff *excepto iudicato et eo pro quo dependum est*. M. a. w. na deze wet bleef de oudere en strengere procedure slechts daar toepasselijk, waar de Overheid onmiddellijke borgstelling had gelast, of het stellen van *praedes* had geconstateerd en tevens recht van parate executie had verleend. In die gevallen dus, waarbij de Overheid het recht van zelfverweer uitdrukkelijk of stilzwijgend had ontnomen, verviel het door de *lex Vallia* gestelde beginsel dat *omnibus cum quibus per manus iniectioem agebatur permissum est sibi manum depellere et pro se agere*.

§ 7. De lex Poetelia Papiria.

In den bekenden tekst der Twaalf Tafelen: *ni suo vivit, qui cum vinctum habebit, libras farris endo dies dato,*

worden tweërlei categorieën schuldenaren naast elkander gesteld. Vooreerst zij, die in hun eigen onderhoud voorzien en niet in boeien gekneveld worden; daarnaast staan zij, die worden onderhouden door *qui eum vinctum habebit*; wij hebben dus te doen met geboeiden.

Het ontstaan dezer onderscheiding valt gereedelijk te verklaren. (1) Waarschijnlijk reeds in de oudste tijden kon de *addictus* aan de gemeente kenbaar maken, of hij al dan niet in staat was, zichzelf te onderhouden. De eed, in elk dier gevallen afgelegd, heette *bonam copiam iurare* of *bonam copiam eiurare*. (2) De schuldenaar, die zich bereid verklaarde, in zijn eigen onderhoud te voorzien, kon billijkerwijze aanspraak maken op zachter behandeling, hij kon verwachten, niet buiten noodzaak in boeien te worden geslagen. Immers, was in beginsel de *pater familias* verplicht tot onderhoud van alle huisgenooten, (3) vrijen of slaven, bij den onvrije, die onverlet in en uit mag loopen kon met meer recht of schijn van recht dan bij den geboeide geëischt worden, dat hij zelf, zoo goed en zoo kwaad, zoo eerlijk of oneerlijk als het ging, zich lijftocht en kleederen verschafte. Op de middelen, daartoe aangewend, werd niet al te nauwkeurig gelet: het verhaal van den meester, die zijn slaaf, toen deze hem om kleeeren vroeg, antwoordde met de wedervraag, of de

(1) Vgl. *Themis* 1907 bl. 423 vlg.

(2) VARRO de l. l. 7, 105. *Lex Julia municipalis* regel 113. Duidelijke toespeling bij CICERO *ad fam.* 9, 16, 7. *Hirtium ego et Dolabellam dicendi discipulos habeo; cenandi magistros; puto enim te audisse, si forte ad vos omnia perferuntur, illos apud me declamitare, me apud eos cenitare. Tu autem quod mihi bonam copiam eiures, nihil est . . . nec tamen eas cenas quaero, ut magnae reliquiae fiant; quod erit, magnificum sit et lautum.*

(3) TERENTIUS *Phormio* 2, 2, 20 (334) vlg. PETRONIUS 57. PLAUTUS *Persa* IV, 3, 1.

reizigers dan naakt liepen, (1) is stellig uit het leven gegrepen. Daar nu het belang van den schuldenaar — betrekkelijke vrijheid — en dat van den schuldeischer — beperkte onderhoudsplicht — parallel liepen, zal reeds zeer vroeg eene categorie onvrijen zijn opgekomen, die door *bonam copiam iurare* afstand hadden gedaan van alle aanspraak op levensonderhoud, doch daartegenover niet in boeien werden geklonken.

Niet altijd echter stond den schuldenaar de keus vrij. Waar het den meester te doen is, niet om zijn vermogen te vermeerderen, (2) doch om den *addictus* te tuchtigen wegens werkelijke of vermeende euveldeeden, zal hij den schuldenaar, al is deze bereid tot het afleggen van den hierboven bedoelden eed, toch in boeien sluiten. Zoo komen wij tot de alleszins gewettigde onderstelling, dat *nervus et compedes* — reeds vóór de *lex Poetelia Papiria* — het kenmerk waren van den pandeling, die geen onschuldig failliet, doch een misdadiger is.

Met het bovenstaande is het terrein geëffend voor de interpretatie van den tekst van bovengenoemde wet, zooals LIVIUS 8, 28 haar omschrijft: *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur.*

Ongetwijfeld is deze tekst, waarvan de authenticiteit wordt gewaarborgd door de archaïstische uitdrukkingen (*noxam merere, poenam luere*) een weerslag op de bepalingen der Twaalf Tafelen :

(1) MOMMSEN. *Röm. Gesch.* II bl. 79 (8e uitg.)

(2) Had de *iudicatus* door zijn arbeid de schuld afgelost, dan moest hij, althans in later tijd, worden vrijgelaten. PAPINIANUS *libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis* (*Collatio* 2, 3) *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit.*

ni iudicatum facit aut quis endo eum iure vindicet, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus.

In beginsel werd dus den schuldeischer verboden, den schuldenaar in boeien te slaan. Op de afschaffing van dit gebruik wordt eene toespeling aangetroffen bij GAIUS in de tegenstelling tusschen den ouderen toestand in het legisactie-proces, waarin *qui vindicem non dabit, domum ducebatur et vinciebatur* (IV, 21 i. f.) en den lateren, waarin *nisi darent (vindicem) domum ducebantur* (IV, 25). Opzettelijk worden in de laatste woorden de boeien onvermeld gelaten.

Inzoover de wet den schuldenaar slechts dan in boeien liet slaan, wanneer hij eene lijfstraf (*noxam*) — natuurlijk geeseling — had verdiend, voerde zij in de wetgeving de onderscheiding in tusschen het delikt en de enkele insolventie. Aan deze wettelijke onderscheiding zal stellig een gewoonterecht zijn voorafgegaan, waarnaar de aanvaller, òf wel, onder het voltrekken der *manus iniectio*, verklaart dat de aangevallene *noxam meruit*, en, de daad bij het woord voegende, de geeseling voltrok, — òf wel die verklaring en de corresponderende handeling achterwege liet. Door de wet werd die feitelijk bestaande onderscheiding rechtens ingevoerd: dat vóór de wet ook de onschuldige schuldenaar kon worden gegeeseld, blijkt uit rechtslegenden, waarop wij aanstonds terugkomen.

Een zwakke, doch onmiskenbare naklank van de leer, dat de boeien, dus persoonlijke onvrijheid, het kenmerk zijn der delictueele actie, valt waar te nemen bij het leerstuk, dat in het algemeen en behoudens uitzondering, het delict *ignominia* te weeg brengt, in dien zin, dat de schuldige niet voor derden in rechten kan optreden en evenmin door derden kan worden verdedigd. (1) Stellig

(1) GAIUS IV, 482 . . . *furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut*

vindt die leer haar ontstaan in de omstandigheid, dat bij het delict, de schuldlige, in boeien geslagen, zich niet naar de Overheid kan begeven om een *praes* te stellen of zelf als zoodanig op te treden.

Hebben wij in de hierboven aangehaalde woorden van LIVIUS 8, 28 hoogstwaarschijnlijk den vrij authentieken tekst der wet te zien, hetgeen daarop volgt: *pecuniae debitae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* is ongetwijfeld een commentaar van LIVIUS of van diens voorganger. De *actio pecuniae creditae* heeft, naar algemeen — en m. i. terecht — wordt aangenomen, in eene *sponsio tertiae partis* bestaan en deze *sponsio* werd historisch voorafgegaan door eene *sponsio* van eene vaste, onveranderlijke som. Bij deze laatste *sponsio* werd de som als 125 *sestertii* geformuleerd, (1) waardoor de *summa sacramenti* van 500 as werd vervangen. (2)

Daar nu de *sestertius* eene zilveren munt is en eerst in 486 a. U c. (268 v. Chr.) te Rome de aanmuntung van zilver is aangevangen, moet de *sponsio* van 125 *sestertii* jonger zijn dan laatstgenoemd jaartal. En a fortiori moet dit gelden van de nog later ontstane *actio creditae pecuniae*: deze kan onmogelijk tegelijk met de ruwere en dus oudere procedure der *lex Poetelia Papiria* zijn opgekomen. Wij willen het wordingsjaar dezer wet, welke in elk geval in de tijden der Samnietische oorlogen thuis hoort, zoo nauwkeurig mogelijk zien te bepalen.

Weinig sagen der oudere Republiek zijn in de Oudheid en

in edicto praetoris scriptum est. Et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. Nam illa parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, pactum quoque ignominiosum fieri, qua prohibetur pro aliis postulare, vel procurator, vel procuratorem adhibere, cognitoremve vel cognitorio nomine iudicio intervenire.

(1) GAIUS IV, 95.

(2) Vgl. Themis 1905 bl. 258 vlg.

in de moderne wetenschap even bekend als die der totstandkoming van de *lex Poetelia Papiria*. Zij komt feitelijk hierop neer, dat een jeugdig en arm plebeier, Veturius of volgens anderen Publilius geheeten, als *nexus* in handen van den rijken patriciër Papirius of Plotius geraakt, die eerst door vleierij, later, waar dit zonder uitwerking blijft, door bedreigingen den jongeling tot het plegen van ontucht wil brengen. Alles te vergeefs, totdat de wulpsche tyran, in woede ontstoken, zijn slachtoffer ten bloede toe laat geeselen. Angst en pijn jagen den ongelukkige het huis uit, de straat op. De burgers loopen te hoop en, verontwaardigd over het gebeurde, spoeden zij zich naar het raadhuis om aan te dringen op wetsverandering. De Senaat betuigt zijne instemming met de wenschen der burgerij en draagt de consuls op, een wetsvoorstel in te dienen, dat na bekrachtiging als *lex Poetelia Papiria* van kracht is geworden. (1)

Dat hier niet de geschiedenis, doch de legende aan het woord is, zal wel niet worden tegengesproken. Wanneer de oudste Romeinsche annalen door patriciërs geordend en in patricischen geest opgesteld zijn, moet de legende van den plebeïschen *nexus*, wiens reinheid van zeden wordt verheerlijkt, als een plebeïsch tusschenvoegsel worden beschouwd, dateerende uit de tijden toen de tegenstelling tusschen patriciër en plebeier niet meer als die tusschen burger en niet-burger, maar als een strijd tusschen den kapitalist en den economisch zwakken werd beschouwd. Een andere trek, die het onhistorisch karakter der sage verraadt, is de samenkoppeling van wreedheid en wulpschheid bij den dwingeland: men weet hoe dezelfde stereotype eigenschappen terugkeeren in de sagen

(1) LIVIUS 8, 28. VARRO de l. l. 7, 105. VALERIUS MAXIMUS 6, 1, 9. DIONYSIUS HALICARNASSENSIS 16, 5.

van Lucretia en van Virginia. Daarentegen geeft de sage volkomen juist te kennen, dat het misdrijf van den patriciër ongestraft blijft: eerst later wordt de aanslag op de eerbaarheid onder *iniuria* gesubsumeerd. In verband met de lichamelijke weinig beteekenende krenking wordt het misdrijf tegen de zeden onder de Republiek nog niet gestraft.

Doch wanneer de ontuchtige neigingen van Papirius — of hoe anders de schuldeischer moge heeten — evenmin als die van Appius Claudius den decemvir tot het gebied der geschiedenis behooren, bezitten wij in de geeseling van den *nexus* een historisch gegeven. Zij is niets anders dan eene herinnering aan het overoude gebruik, waarnaar de insolvente schuldenaar op het *forum* in tegenwoordigheid van den Praetor door den schuldenaar gegeeseld werd. (1) En wanneer naar de sage niet de schuldenaar, doch diens zoon gegeeseld wordt, wil zij daarmede de tegenwerping afsnijden: wie den schuldeischer onthoudt wat hem toekomt, moet met zijn lichaam daarvoor boeten. De verdiende kastijding van den schuldenaar zelf werpt op de misstanden van het oudere recht een minder schril licht dan de geeseling van den onschuldigen jonkman.

Historische critiek werkt in den regel enkel afbrekend, hier echter werkt zij tevens opbouwend, want de legende verschafft ons den sleutel voor de juiste dateering der wet, doordat zij deze kort na de nederlaag bij Caudium (433 a. U. e., 321 v. Chr.) laat tot stand komen. Immers, bij VALERIUS MAXIMUS (6, 1, 9) is de mishandelde plebeier de zoon van den bij Caudium commandeerenden

(1) Een spoor van hetzelfde gebruik vindt in de rechtslegende bij LIVIUS 2, 23, waar de schuldenaar klaagt: «*ductum se ab creditore, non in servitium, sed in ergastulum et carnisicinam*». *Inde ostentare tergum, foedum recentibus vestigiis verberum*.

consul T. Veturius; bij DIONYSIUS HALICARNASSENSIS (16, 5) is het de zoon van den bij Caudium betrokken krijgstribuun L. Publilius.

Waar evenwel onze bronnen uitdrukkelijk het jaar van de totstandkoming dezer wet aangeven, valt eene belangrijke weifeling waar te nemen. LIVIUS 8, 28 plaatst de wet in het derde consulaat van C. Poetelius, dus in het jaar 428 a. U. c. (326 v. Chr.), VARRO (de l. l. 7, 105) daarentegen onder de dictatuur van diens zoon, dus in 441 a. U. c. (313 v. Chr.) DIODORUS SICULUS, onze voornaamste bron voor de oudste Romeinsche geschiedenis, somt (boek 17 en 18) wel de Romeinsche consuls op voor de jaren 416—435 a. U. c. (338—319 v. Chr.) doch vermeldt over die jaren geen historisch voorval, voor Rome van belang en geeft dus hier geen licht.

Over de dateering van VARRO kunnen wij kort zijn; na hetgeen MOMMSEN daarover heeft geschreven, (1) is het niet mogelijk, haar beter te weerleggen. Alvorens echter eene keuze te doen tusschen de dateeringen van LIVIUS en van DIONYSIUS, willen wij onderzoeken, welk verband tusschen Caudium en de wet kan hebben bestaan.

Nooit verlieze de beoefenaar van het oudste Romeinsche recht uit het oog, dat in primitieve tijden juridische en militaire instellingen elkander wederkeerig toelichten en aanvullen in dien zin, dat de belangen van den veldheer en van den schuldenaar hand aan hand gaan. Naarmate de buitenlandsche vijand op succes kan buigen, wordt in de stad met meer klem de eisch gesteld, dat bij insolventie de *ductio* bemoeilijkt, de schuldenaar voor het leger behouden blijve. Niets is dus natuurlijker dan dat bij LIVIUS 2, 24 uit vrees voor een aanval der Volsken, het schuldrecht tijdelijk wordt verzacht en later

(1) *Röm. Forschungen* II bl. 243 vlg.

zelfs (LIVIVS 6, 31) het plebs de toezegging afperst, dat gedurende den oorlog geen ambtenaar *ius de pecunia credita diceret*. De omstandigheid, dat wij hier met onhistorische tijden te doen hebben, pleit natuurlijk allerm minst tegen onze redeneering: datgene, wat in het werkelijke leven als logische redeneering geldt, wordt in de sage aan vervlogen tijden toegedicht. Een historischen tegenhanger trouwens van de zooeven bedoelde maatregelen vormt het edict van den dictator M. Junius Pera, die kort na de nederlaag bij Cannae kwijtschelding van straf en schuld toezegde aan ieder burger, die onder hem in krijgsveld wilde treden. In dit edict worden twee categorieën op den voorgrond gesteld: vooreerst zij, die wegens een misdrijf (*fraus*) de *poena capitis* hebben ondergaan; vervolgens zij die zich *in vinculis* bevinden — dus eveneens een misdrijf hebben gepleegd — doch tegen betaling eener door den Praetor vastgestelde som kunnen worden vrijgekocht. (1) Naast deze twee categorieën van personen, die in strijd met den wil van den machthebber niet in het leger kunnen worden ingelijfd, staat eene derde soort, die het edict niet vermeldt, en niet behoefde te vermelden, te weten zij, die enkel de *ductio* hebben ondergaan, doch niet in boeien zijn gesloten. Door deze manschappen, in den regel schuldenaren *ex contractu*, aan de boeien te onttrekken heeft de *lex Poetelia Papiria* ze tevens voor het leger behouden. (2)

Want het ontstaan dezer wet staat met militaire ge-

(1) LIVIVS' 23, 14: *qui capitalem fraudem ausi, quique pecuniae iudicati in vinculis essent, qui eorum apud se milites fierent, eos nova pecuniaque se exsolvi iussurum.*

(2) Nog bij QUINCTILLIANUS 7, 3, waar het heet dat de *addictus* in eene *tribus* kan worden ingeschreven (en dus *miles* is) blijkt dat de *addictus* in het leger dienst kan nemen, altijd mits hij niet *in vinculis* is.

beurtenissen in het nauwste verband. De aanleiding, die voor het edict van M. Junius Pera in de slag bij Cannae was gelegen, is bij de *lex Poetelia Papiria* te zoeken in de nederlaag bij Caudium. Is bij VALERIUS MAXIMUS en DIONYSIUS het verband tusschen Caudium en de wet een dramatisch gekleurd, doch half begrepen bestanddeel der overlevering, bij LIVIUS is het verband minder in het oog loopend, doch juist daarom te merkwaardiger: de namen der personen in de sage-L. Papirius en C. Publilius- zijn zoo goed als identiek aan de namen der consuls van het jaar volgende op Caudium: in 434 a. U. c. (320 v. Chr.) valt het tweede consulaat van L. Papirius en het derde van Q. Publilius Philo. (1)

Niets ligt dus meer voor de hand, dan zich als volgt den loop der gebeurtenissen voor te stellen. Onder den indruk der nederlaag bij Caudium ontstond de behoefte aan verzachting van het schuldrecht, waardoor, naar men hoopte, de gedunde gelederen van het leger weder zouden worden aangevuld. De naar aanleiding daarvan genomen wettelijke maatregel sloot zich ten nauwste aan bij eene onderscheiding, die reeds feitelijk in de praktijk was ontstaan: de splitsing tusschen schuldenaren *ex contractu* en *ex delicto*. Dat die wet tot stand kwam in het jaar na Caudium, dus in het tweede consulaat van L. Papirius en het derde van Q. Publilius Philo, werd in den loop der eeuwen vergeten. Eensdeels — bij LIVIUS — werd de samenhang tusschen Caudium en de wet uit het oog verloren; anderdeels — bij VALERIUS MAXIMUS en DIONYSIUS HALICARNASSENSIS — werden met behoud van dien samenhang de namen der voorstellers van de wet door andere vervangen. Wie echter waarheid en dwaling wil onderscheiden, komt tot de slotsom dat,

(1) MOMMSEN. *Röm. Forschungen* II bl. 234.

indien niet alle kenteekenen bedriegen, de zgn. *lex Poetelia Papiria* in het jaar na Caudium, dus in 434 a. U. c. (320 v. Chr.) tot stand moet zijn gekomen en dus met meer recht *lex Publilia Papiria* zou heeten. Evenals in dit tijdvak de patricische Papirii en de plebeische Publilii telkens op den voorgrond treden, zoo is bij LIVIUS de strijd der partijen belichaamd in de voor juristen en historici beiden merkwaardige veete tusschen den patriciër Papirius en den plebeier Publilius.

(Wordt vervolgd).

De wetsontwerpen tot nadere wijziging en aanvulling van de Indische comptabiliteitswet en van het Indische Regeeringsreglement.

I.

„Waar het thans op aankomt” — zegt de Memorie van Toelichting van deze ontwerpen — „is, dat vooruitstrevende politiek eischt het doel niet uit het oog te verliezen en eene ontwikkeling van de koloniale regeering in de richting van zelfstandigheid te bevorderen.” Wie deze verklaring goed leest, zal gemakkelijk zien, dat hier geen sprake is van bevordering der zelfstandigheid van Indië — wat eene belangrijke zaak zou zijn — maar alleen van bevordering der zelfstandigheid van de Indische regeering, wat eene zaak van veel minder beteekenis is. Aan de vraag, of de voorgenomen vergrooting van de macht der Europeesche bestuurders van Indië inderdaad gewenscht is, worden in de volgende bladzijden eenige beschouwingen gewijd.

De voorstellen des Ministers betreffen in de eerste plaats de wijze van vaststelling der Indische begrooting. Hierbij wordt aan de inlandsche bevolking volstrekt geen, aan de Europeesche bevolking van Indië slechts luttel invloed toegekend. De voorbereidende werkzaamheid van den met vier buitenleden versterkten Raad van Indië zal voortaan geschieden in het licht der openbaarheid en de directeuren der departementen zullen onder datzelfde licht door den Raad onder verhoor genomen kunnen

worden. Zij, die in de vergaderingen van den Raad het woord voeren, zullen door de vensters kunnen spreken en men zal daarvan in de Staten-Generaal de echo's of den terugslag vernemen.

Voorts zullen de vier hoofdstukken der begrooting vastgesteld worden door den Gouverneur-Generaal, bij ordonnanties, en die ordonnanties zullen aan de goedkeuring van den Nederlandschen wetgever onderworpen worden. Op dezen regel worden intusschen ver strekkende uitzonderingen gemaakt. De begrooting zal namelijk bij de wet vastgesteld worden, als de ordonnantie niet is vastgesteld op 1 Juli van het jaar, aan het begrootingsjaar voorafgaande; als de Koningin bezwaar heeft de ordonnantie aan de goedkeuring van den wetgever te onderwerpen; als een van de Kamers der Staten-Generaal het wetsontwerp tot goedkeuring verwerpt; als — hetgeen wel zeer ver gaat — de Gouverneur-Generaal zich niet vereenigt met het advies van den Raad van Indië over het ontwerp der ordonnantie.

Dit is eene halfslachtige regeling, die aan de Tweede Kamer de macht geeft om zoo dikwijls zij de begrooting verlangt te amendeeren, dat te doen. Daarvoor is toch niets anders noodig, dan dat zij het goedkeurings-ontwerp verwerpt. (1) De regeling zal telken jare onzekerheid met zich brengen aangaande de vraag, of de begrooting bij de wet dan wel bij ordonnantie zal worden vastgesteld en tot grooten omslag leiden, als de Minister of de Staten-Generaal zich niet vereenigen met de ordon-

(1) De Minister meent, dat de regeling het debat in de Tweede Kamer zal doen beperken tot de hoofdzaken. Waarop berust deze meening? Waarom zou de Kamer minder uitvoerig debatteeren over een ontwerp tot goedkeuring dan over een ontwerp tot vaststelling? In kleinigheden verdiept zij zich ook thans niet.

nanties van de regeering in Indië. De voornaamste vraag is echter of de wijziging, die het voorstel wenscht te brengen in de verhouding tusschen den Minister en den Gouverneur-Generaal, instemming verdient. „Het zwaartepunt van de verantwoordelijkheid voor de cijfers der begrooting wordt” — zegt de toelichting „gelegd, waar het in de eerste plaats behoort te zijn, nl. op de Indische regeering.” Is het juist, dat deze verantwoordelijkheid in de eerste plaats op de Indische regeering behoort te rusten?

Het wordt hier boudweg gezegd, maar motieven worden niet aangevoerd. Of het goed is een deel der verantwoordelijkheid over te brengen van den thans onder contrôle van de Staten-Generaal werkenden Minister naar den Gouverneur-Generaal met een versterkten Raad van Indië, mag echter betwijfeld worden. Zal aanneming van een met zulk eene toelichting aangenomen voorstel niet groot gevaar doen ontstaan voor allerlei botsingen tusschen den Minister en den Indischen Landvoogd? In de Memorie van Toelichting wordt als vaststaande aangenomen, „dat de in Indië vastgestelde begrooting geen nieuwe maatregelen van eenige beteekenis zal kunnen behelzen, waaromtrent niet te voren overeenstemming is verkregen tusschen de Indische regeering en de Regeering in Nederland”. Wanneer men den Gouverneur-Generaal opdraagt de begrooting vast te stellen en de verantwoordelijkheid voor de cijfers in de eerste plaats wil laden op de schouders van de regeering in Indië, is het dan echter niet duidelijk, dat die regeering de begrooting zal inrichten gelijk zij en niet gelijk de Minister verlangt? Het spreekt vanzelf — zou men zeggen — dat de Gouverneur-Generaal in de begrooting voorstellen kan en zal opnemen omtrent tal van onderwerpen, zooals bijvoorbeeld de organisatie van het binnenlandsch bestuur, de

opiumpolitiek, de regie der pandhuizen, het beleid in Atjeh, de invoering van rechtstreeksch bestuur, welke de Minister nog niet kende en waarmede hij zich niet kan vereenigen. Het is bekend, dat de Ministers van Koloniën niet zelden Indische voorstellen verworpen. Zal dit anders worden, wanneer het ontwerp wordt aangenomen?

Gedeelde verantwoordelijkheid geeft allicht tot verschil van meening aanleiding tusschen hen, die haar deelen en dit is te meer te vreezen, waar de verdeeling geldt personen, waarvan de een staat boven den anderen, als men den laatste zelfstandig wil maken. De Minister zal in geval van verschil van meening de Indische voorstellen minder gemakkelijk ter zijde kunnen stellen dan thans, want zij zijn reeds openbaar gemaakt en als hij weigert mede te gaan, moet vaststelling van de begroting bij de wet volgen. Toch zal hij dezen weg moeten opgaan, als hij bezwaren van beteekenis heeft, daar hij verantwoordelijk blijft.

De nieuwe regeling zal ook gelden voor de hoofdstukken, betrekking hebbende op de uitgaven en inkomsten in Nederland. Hier betreft het, althans ten deele, zaken, waarmede de Gouverneur-Generaal, de leden en buitenleden van den Raad van Indië onbekend zijn. Zij kunnen wellicht beoordeelen wat op de begroting moet worden uitgetrokken voor in het moederland ten behoeve van Indië aan te schaffen artikelen, maar hoe kunnen zij bij voorbeeld uitmaken wat noodig is voor de Koloniale Reserve? Zal de Gouverneur-Generaal moeten beoordeelen, of de kazerne te Nijmegen zal worden overgeplaatst naar Utrecht, Harderwijk of elders? Zal hij in eerste instantie hebben te beslissen, of die reserve, welke gezegd wordt ook voor het moederland van belang te zijn, al dan niet zal blijven bestaan; of de kosten daarvan voortdurend geheel uit

Indische middelen zullen worden betaald? Men kan wel zeggen, dat de Indische regeering op de begrooting zal brengen wat de Minister haar dicteert, maar dan mag toch gevraagd worden, of zulk eene rol past in een stelsel, dat ten doel heeft de verantwoordelijkheid in de eerste plaats op hare schouders over te brengen.

Het voorstel om den Raad van Indië met niet-ambtelijke leden te versterken, schijnt weinig belangrijk. Het zal natuurlijk wel eens voorkomen, dat een buitenlid in staat is goede wenken te geven. Het kan ook voorkomen, dat een buitenlid veel praat en weinig zegt. Maar minder gelukkig schijnt de voorgestelde invoering van openbaarheid der beraadslagingen. De Raad van Indië is nu eenmaal een adviseerend college, geen parlement. Wat zou men zeggen van een voorstel om den toegang open te stellen tot de vergaderingen, waarin de Raad van State zich bezig houdt met het samenstellen van zijn advies over bestuursaangelegenheden? Gasten laat men niet in de keuken. Bij de behandeling van de Indische begrooting kunnen tal van zaken ter sprake komen, en het is niet wenschelijk alles, wat in de vergadering van den Raad, ook door op vraagpunten gehoorde hoofden van departementen, gezegd wordt, te brengen ter kennis van iedereen, ook van buitenlandsche mogendheden, inlandsche hoofden, fanatieke elementen onder de bevolking of op gepeperde artikelen beluste Indische journalisten. Een ander gevaar van openbaarheid is, dat zij wel eens verleidt tot het houden van redevoeringen, die niet het belang der zaak, maar het succes van de sprekers zelven beoogen.

Intusschen heel erg zoude het zeker niet zijn, als men deze vergaderingen tot openbare maakte, mits men dan bepale, dat de deuren gesloten kunnen worden, als daartoe aanleiding bestaat, en dat de behandeling binnen

een bepaald aantal dagen moet zijn afgeloopen. Oratorische triumpfen mogen immers aan den goeden gang van zaken niet in den weg staan.

II.

Een tweede belangrijk voorstel betreft de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan Indië of beter gezegd — want dit is de bedoeling — de erkenning van die rechtspersoonlijkheid.

Over de financieele verhouding tusschen Nederland en Indië is sedert 1848 in ons parlement vaak gehandeld en dit onderwerp werd daarbij steeds meer uit zakelijke, staatkundige oogpunten, dan van juridisch standpunt beschouwd. Van rechtspersoonlijkheid van Indië was eerst in de latere jaren sprake. Bij de beraadslagingen over de Indische begrooting voor 1882 zeide de heer W. K. VAN DEDEM in antwoord op het betoog, dat financieele scheiding illusoir is, zoolang Nederland voor Indië leenen moet en dat Indië om te kunnen leenen rechtspersoonlijkheid zou moeten hebben: „welnu, laat men het dan die rechtspersoonlijkheid geven, welke hier te lande de kleinste polder bezit”. Indien toen een lid ware opgestaan en den spreker gevraagd had eens op te geven, welke naar zijn meening de kenmerken van het begrip: rechtspersoonlijkheid zijn, waarschijnlijk zou het hem niet gemakkelijk zijn gevallen een goed antwoord te geven. Toch ware de eisch niet onbillijk geweest, want van hem, die voorstelt aan Indië rechtspersoonlijkheid te geven of die persoonlijkheid te erkennen, mag gevergd worden, dat hij zegge, wat hij onder die uitdrukking verstaat. Zoodanige verklaring vindt men echter niet in de uitingen van hen, die de rechtspersoonlijkheid van Indië bepleiten. Men mist haar in

de bekende eereschuldnota van den Minister IDENBURG, zoowel als in de Memorie van Toelichting van deze wetsontwerpen. Men mist haar ook in het omvangrijke en verdienstelijke proefschrift van den heer BORDEWIJK, getiteld: „de rechtspersoonlijkheid der Nederlandsche Koloniën”. Wel treft men op blz. 10 van dit geschrift enkele opmerkingen aan over het onderscheid tusschen publiek-rechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen, waaruit in het voorbijgaan blijkt, dat naar de, overigens niet met motieven gestaafde, meening des schrijvers het doel niet is het criterium en autonomie niet is een kenmerk van den rechtspersoon, maar wat dan volgens hem criterium of kenmerk van de rechtspersoonlijkheid is, dat verneemt men niet.

Alvorens over deze vraag iets te zeggen, moge het geoorloofd zijn een paar andere opmerkingen te maken.

In de eerste plaats zij de aandacht gevestigd op het feit, dat in de bestaande wetgeving alleen sprake is van de rechtspersoonlijkheid van vereenigingen. Art. 1690 van het Burgerlijk Wetboek zegt, dat de wet erkent vereenigingen van personen als zedelijke lichamen en noemt daarbij ook met name de vereenigingen van personen op openbaar gezag als zoodanig ingesteld of erkend. De wet van 1855 handelt ook enkel over de rechtspersoonlijkheid van vereenigingen. De Staat, de provincie, de gemeente, het waterschap, kunnen echter kwalijk als vereenigingen van personen beschouwd worden. De Grondwet, de provinciale wet, de gemeentewet, de waterschapswetgeving onderstellen intusschen de rechtspersoonlijkheid van den staat, de provincie, de gemeente, het waterschap, al spreken zij daarvan niet met zoovele woorden. Over de rechtspersoonlijkheid van stichtingen wordt in het Burgerlijk Wetboek gezwegen.

In de tweede plaats mag hier een korte beschouwing

omtrent de beteekenis van de artikelen 1 en 2 der Grondwet niet ontbreken. Beweerd is, dat art. 1 het onmogelijk zou maken de rechtspersoonlijkheid van Indië te erkennen. Al moge het nu waar zijn, dat het woordje „benevens” bestemd is eene zekere ondergeschiktheid van de koloniën en bezittingen aan het moederland te connoteeren, zoo schijnt toch juist de opmerking, dat daarmede die erkenning niet wordt uitgesloten, aangezien zij aan de ondergeschiktheid der koloniën geenszins een einde maakt. Voorts moge, ook naar aanleiding van het boek van den heer BORDEWIJK, die op grond van de terminologie der Grondwet nevens den Staat ook het Rijk in Europa tot rechtspersoon verheft, gevraagd worden, of die terminologie niet op eene onjuiste tegenstelling berust en of de beschouwingen van den schrijver omtrent dit punt niet alleen het gevolg zijn van het feit, dat hij niet gezien heeft, hoe die onjuiste tegenstelling tot allerlei verwarring heeft geleid. In 1887 heeft men het woord Staat willen bezigen in den zin van „de geheele rechtsgemeenschap” en daarentegen het woord Rijk in den zin van het grondgebied in Europa. Maar is dit wel eene tegenstelling? Men kan wel het grondgebied van de „geheele rechtsgemeenschap”, daarmede dan willende aanduiden het geheele grondgebied in en buiten Europa, stellen tegenover het grondgebied in Europa, maar niet een rechtsgemeenschap tegenover een grondgebied. De gewilde tegenstelling zou alleen mogelijk zijn, indien waar was de dwaling, die men in de Memorie van Toelichting van dit wetsontwerp vindt, waar gesproken wordt van het territoire, waaruit de Staat bestaat.

Van deze onjuiste tegenstelling uitgaande moest men in moeilijkheden komen. Men ziet dit reeds in art. 1 der Grondwet, dat de dwaling der Memorie van Toelichting bevat, indien men hier onder „het Koninkrijk der

Nederlanden" den Staat moet verstaan. Duidelijk komt de verwarring uit in andere artikelen. Er is meer gedacht aan de bepaling, dat het woord „Rijk" beteekent „Rijk in Europa" dan aan de bedoeling om het woord „Staat" te gebruiken, waar van de rechtsgemeenschap sprake is. Art. 180 zegt, dat alle Nederlanders, daartoe in staat, verplicht zijn mede te werken tot handhaving der onafhankelijkheid van het Rijk en tot verdediging van zijn grondgebied. Dit klinkt zonderling. Immers volgens art. 2 is met het Rijk bedoeld het Rijk in Europa. Hoe kan men op „Rijk" dan laten volgen „en zijn grondgebied"? Hier heeft men met de onafhankelijkheid van den Staat als internationaal persoon te doen. Waarom werd hier niet van Staat gesproken? Denkelyk omdat men vreesde dan te zeggen, dat alle Nederlanders ook verplicht zijn het grondgebied van de koloniën te verdedigen. Het woord Rijk diende om de verplichting tot de verdediging van het Rijk in Europa te beperken. In art. 123 wordt gezegd, dat de begrootingen van alle uitgaven des Rijks door de wet worden vastgesteld. Ook hier zou men eer van uitgaven van den Staat hebben moeten spreken en de jaarlijksche begrootingswetten gewagen ook van de Staatsbegrooting. Maar had men dit gedaan, zou dan niet de twijfel zijn ontstaan, of daarmede ook vaststelling van begrootingen voor de koloniën door de wet zou zijn voorgeschreven? Dergelijke opmerkingen zouden omtrent andere artikelen zijn te maken. De terminologie der Grondwet schijnt onlogisch en in zichzelf tegenstrijdig. Op tegenstrijdigheden een stelsel te bouwen is echter een onmogelyk werk.

Ten aanzien van de vraag, welke de kenmerken zijn der personae morales, zedelyke lichamen, rechtspersonen, kan wellicht, zonder vrees voor tegenspraak, gesteld

worden, dat de kenmerken van de *persona moralis* zijn de geestelijke kenmerken, zonder welke de natuurlijke persoon ondenkbaar is, dat wil zeggen eenheid, ondeelbaarheid, eigen wil, eigen organen, zelfstandig bestaan. Waar men vond personen, samenwerkende tot een zelfde doel; goederen, vereenigd tot eene zelfde bestemming, daar heeft de menschelijke geest de behoefte gevoeld, om onder zekere voorwaarden de eenheid in de veelheid te erkennen. Waar men zag instellingen, gevestigd om zekere gemeenschappelijke belangen van samenwonende, onder een centraal gezag levende, individuen te behartigen, ook daar heeft men de eenheid, het eigen bestaan van publiekrechtelijke wezens onderkend. Zoo is men gekomen tot de erkenning der persoonlijkheid van den Staat en, in dien Staat, van met zekere zelfstandigheid bekleede provinciën, gemeenten en waterschappen. Ook deze laatste eenheden hebben haar eigen bestuur, haar eigen ondeelbaren wil, al zijn zij aan hoogere contrôle onderworpen.

In Indië vindt men van eenheid geen spoor. 's Lands bezittingen in Azië worden bewoond door vele volken, die in zeer verschillende rechtstoestanden leven; Indië is niet eene kolonie of bezitting; het is eene agglomeratie van koloniën of bezittingen. Zelfs op Java vindt men geene onder dezelfde instellingen levende bevolking. Men vindt er de gebieden van den Sultan van Djokjokarta en van den Soesoehoenan van Soerakarta, die nog steeds een zeker eigen gezag hebben. Buiten Java zijn er vele landschappen, waar geen rechtstreeksch bestuur bestaat; zelfbesturende landen, tegenover welke de bevoegdheid van ons bestuur nedergelegd is in overeenkomsten. Hoe kan men in den hoop van onder geheel verschillende rechtsbeelingen levende, door geen enkel ander verband dan de ondergeschiktheid aan Nederland verbonden volken eene eenheid, een rechtspersoon vinden?

Men heeft het voorgesteld, alsof de Indische Regeering zou kunnen worden aangemerkt als orgaan, als eigen vertegenwoordiger van Indië. Miskent men op die wijze niet de feiten? De Indische Regeering is immers niet de vertegenwoordiger van Java, Deli, Atjeh, Bali; zij heeft niets in zich wat haar die eigenschap zou kunnen geven. Zij is de vertegenwoordiger van het heerschende Nederland, bekleed met gezag over overheerschte bezittingen. Om deze redenen schijnt het met gezonde begrippen niet overeen te brengen van persoonlijkheid van Indië te gewagen.

In de nota van den Minister IDENBURG werd gezegd, dat Nederland, Indië, Suriname en Curaçao ieder een eigen vermogen hebben en dat die vermogens te zamen het vermogen van den Staat vormen. De heer BORDEWIJK stelt voor in de wet te bepalen, dat het eigen vermogen van den Nederlandschen Staat (het Koninkrijk der Nederlanden), behalve door zijn rechtstreeksch vermogen, gevormd wordt door de gezamenlijke eigen vermogens van het Rijk, Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao. Hier wordt eene verdeling gemaakt van den Staat in verschillende deelen, maar die deeling wordt tegelijk weer ongedaan gemaakt, want het is duidelijk, dat een eigen vermogen, dat deel uitmaakt van het vermogen van een ander niet is een eigen vermogen. Men kan in dezen trant ook wel zeggen, dat de provinciën, gemeenten en waterschappen een eigen vermogen hebben en dat dit vermogen toch weer deel uitmaakt van het vermogen van den Staat. Zijn dergelijke verklaringen niet het uitvloeisel van miskenning van het wezen der rechtspersoonlijkheid? Juister schijnt het te zeggen, dat het Rijk in Europa is het grondgebied van den Staat Nederland; dat die Staat bezittingen heeft in andere werelddeelen; dat zulke bezittingen rechtspersoonlijkheid kunnen hebben,

maar dat Indië de eigenschappen mist, voor de erkenning van persoonlijkheid vereischt.

Welke is de strekking van het voorstel der Regeering? Zij zegt het niet. Wel verklaart zij, dat de erkenning der rechtspersoonlijkheid in de comptabiliteitswet het meest op hare plaats is, omdat die erkenning vooral op financieel gebied van beteekenis is, maar welke dan die beteekenis op financieel en op ander gebied is, gij moogt er naar raden. Blijkens § 1 der toelichting is echter de aanleiding tot het voorstel gelegen in den wensch om ten name van Indië te kunnen leenen.

Om dit doel te bereiken schijnt evenwel erkenning van rechtspersoonlijkheid niet noodig. Ook bij leeningen ten name van Nederland zou dit mogelijk zijn. Men kan in de leeningswet bepalen, dat voor de aflossing en rentebetaling enkel de Indische middelen aansprakelijk zullen zijn. Men kan desverlangd tot zekerheid tevens een hypothecair verband vestigen op zekere in Indië gelegen, den Lande behorende eigendommen, bijv. de Staatsspoorwegen, of, als dit niet gaat, kan men de regeling volgen, welke bij leeningen van andere landen aan de obligatiehouders de beschikking over zekere inkomsten verzekert.

*Inleiding tot de studie van het Nederlandsche
Strafrecht door G. A. VAN HAMEL,
hoogleraar te Amsterdam. Tweede geheel
herziene druk. Haarlem, de Erven F. Bohn,
's-Gravenhage, Gebr. Belinfante 1907.*

Toen ik van de Redactie van dit Tijdschrift de vereerende uitnoodiging ontving bovengemeld werk aan te kondigen, heb ik aanvankelijk gearzeld die taak op mij te nemen. Mr. VAN HAMEL toch is mijn hoog gewaardeerde mederedacteur van het Tijdschrift voor Strafrecht. Ik besloot echter aan het tot mij gericht verzoek te voldoen, toen ik na vergelijking van dezen tweeden druk met den eersten tot de overtuiging kwam, dat de schrijver een goed werk heeft geleverd, waarvoor hij den dank verdient van het rechtsgeleerd publiek.

Hoewel ten aanzien van het materiele strafrecht een geheel ander standpunt innemende dan Mr. VAN HAMEL heb ik vroeger, als hoogleraar aan de Groningsche Universiteit, den eersten druk van zijn werk als een uitnemend studieboek den studenten aanbevolen. Ik heb, mijn van hem afwijkend standpunt niet verhelende, steeds gezegd, dat de schrijver naar objectiviteit heeft gestreefd en bij vermelding van eigen gevoelens de meeningen van andersdenkenden niet heeft verzwegen en daaraan over het algemeen voldoende recht heeft doen wedervaren. Dat is eene omstandigheid, die een werk als het onderwerpelijke tot een goed studieboek maakt.

Studeerenden moeten uit eigen oogen leeren zien en steeds bij hunne studie het „hoor en wederhoor” toepassen. In eene goede handleiding moet het hun mogelijk worden gemaakt dat rechtmatig verlangen te bevredigen. Kon zulks geschieden bij het gebruik van den eersten druk van deze „Inleiding”; het kan evenzeer bij het gebruik van den tweeden. Men bedenke alleen, dat Mr. VAN HAMEL veel beslister is geworden in zijne sympathie voor wat men de nieuwe criminologische richting noemt, dan hij in 1891 was bij het verschijnen van den eersten druk van zijn werk. Hij verheelt dit zijnen lezers geenszins. Hij zegt namelijk in zijn voorwoord: „Van de nieuwere richting zal ook de dogmatiek van het strafrecht den vernieuwendenden invloed ondergaan. In het licht dier richting zal zij aan omvang en omslag heel wat verliezen op den duur. Vereenvoudiging der dogmatiek zal mede een der vruchten zijn die de nieuwe criminologie belooft. Ik heb in deze uitgave getracht, bij ieder onderdeel der stof ook voor het kweken van die vrucht iets te doen.”

Volgens den schrijver ligt het kenmerkend verschil tusschen de zoogenaamd *klassieke* en de nieuwere criminologische d. i. de *positieve* richting in een overwegend juridisch karakter van eerstgenoemde, en een overwegend criminologisch (aetiologisch-politisch) karakter van laatstgenoemde richting (1). Deze onderscheiding voor rekening des schrijvers latende wensch ik op te merken, dat hij tegenover zijne tegenstanders de billijkheid betracht door (2) onnauwkenrig te verklaren het beweren van hen, die de tegenstelling tusschen beide richtingen aldus aanduiden, dat de eerste de *misdaad*, de andere den *misdadiger* zou stellen tot voorwerp van onderzoek. Hij erkent, dat ook

(1) Zie bl. 8.

(2) Zie bl. 16.

de klassieke richting aandachtig op den misdadiger wil gelet hebben, maar voegt er aan toe, dat zij in hem alleen het rechtssubject ziet en dat als zoodanig allen strafrechtelijk gelijk staan behoudens onderscheidingen tusschen volwassenen en kinderen en tusschen normalen en krankzinnigen. Voorts heet zij — volgens hem — mede blijkens haar voorliefde voor gevangenisstraf in afzondering — individualiseering bij de straftoepassing voor te staan. Hij zegt (1), dat deze richting voor theorie en praktijk rechtsbeginselen gesteld en uitgewerkt heeft van blijvende beteekenis en in alle landen door uitnemende criminalisten is vertegenwoordigd geworden en nog vertegenwoordigd. Zij behoort intusschen, volgens hem, tot eene vroegere periode?! Onder de juristen, met name onder rechters en pleiters, heerschte zij lang oppermachtig, ook al tengevolge van de eenzijdig juridische opleiding der rechtsgeleerden! Aldus Mr. VAN HAMEL.

Bij de mededeeling van de verschillende strafrechtstheorieën vindt de lezer veel wetenswaardigs. Hij kan daarbij intusschen opmerken, dat allen, die in welken vorm ook de vergeldingsgedachte aannemen als rechtsgrond der straf, hunne overtuiging verworpen zien als niet meer passende in den tegenwoordigen tijd. Arme BERNER, VON BURI, STENGLEIN, LUCCHINI, BRUSA, BINDING, WACH, BIRKMEIJER, POLS, A. A. DE PINTO, VAN MEERBEKE en zoo-vele anderen! Geen wonder dat de rechtzinnig Protestanten, die nog aan de autoriteit hechten van plaatsen uit het Nieuwe Testament, zooals O. Q. VAN SWINDEREN, FABIUS en recensent, zich al heel verouderd moeten gevoelen! Zij mogen intusschen dankbaar zijn, dat de schrijver ook hun gevoelen de eer der vermelding waardig heeft geacht. Men denke aan hun steunen op de bekende

(1) Bl. 9.

plaats uit den Brief van PAULUS aan de Romeinen, hoofdstuk XIII, vers 4: „Want zij (de Overheid) is Gods dienaar, een wreekster tot straf dengene die kwaad doet”.

Trouwens hierin stemt niemand minder dan HUGO GROTIUS met hen overeen, waar hij zegt: *poena est malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*. Maar die DE GROOT is immers ook uit de oude doos; hij schreef zijn beroemd werk: *de jure belli ac pacis* in 1625! Jammer intusschen, dat ook mannen als Mr. J. A. LEVY en Professor BOLLAND, en een jongman als Mr. R. VAN DER MELJ, dit volgens Mr. VAN HAMEL zoozeer verouderde vergeldingsbeginsel der straf in of omstreeks 1902—1907 als juist erkenden, zij het op verschillende gronden. (1) Mr. VAN HAMEL heeft de groote verdienste eener inderdaad volledige litteratuur-opgave met betrekking tot de door hem behandelde onderwerpen. Hij heeft, voorzoover ik dit kon nagaan, alles bijgewerkt tot op het huidige oogenblik. Een enkel voorbeeld om aan te toonen, dat hij zulks deed met groote zorgvuldigheid. Op blz. 332 van zijn eersten druk deed hij recensent de eer aan hem te vermelden onder de voorstanders der subjectieve pogingstheorie. Zulks geschiedt en terecht op blz. 314 van zijn tweeden druk niet meer. Wel wordt de aandacht gevestigd op het in T. v. S. VI 391 opgenomen opstel van recensent onder het opschrift: Rechtsonzekerheid betr. de z.g. ondeugdelijke poging, maar alleen om te doen uitkomen, dat daarin het betoog is geleverd, dat uitdrukkelijke oplossing der in deze bestaande onzekerheid in de wet noodzakelijk is. Aandachtige herlezing heeft zeker Mr. VAN HAMEL de overtuiging geschonken, dat recensent wel de onderscheiding tusschen

(1) Blz. 42.

absolute en relatieve ondeugdelijkheid bij strafbare poging heeft afgekeurd en eenige dubia tegen de werking der objectieve theorie heeft in het midden gebracht maar zich geen partij heeft gesteld voor de subjectieve pogings-theorie.

Dat Mr. VAN HAMEL aan den eersten druk van zijn werk veel heeft toegevoegd, kan reeds hieruit blijken, dat er 486 bladzijden in de eerste uitgave en 643 in de tweede worden aangetroffen. Voorts vindt men behalve een aanhangsel- en inhoudsopgave nog een alphabetisch register der voornaamste onderwerpen. Vooral in de derde paragraaf over de criminologie is veel vermeld wat in den eersten druk niet voorkomt en is de richting des schrijvers in bijzonderheden uit- en bijgewerkt, met vermelding der verschillende zich bij haar voordoende nuanceeringen. Op blz. 638 komt een in de eerste uitgave niet aanwezige slotparagraaf voor, eenigszins gewijd aan de studie der speciale delicten met beperking tot enkele methodologische opmerkingen daarentrent. Hier en daar, b.v. bij de leer der strafmiddelen, komen tal van toevoegingen voor, terwijl de repressie ten aanzien van jeugdige personen tengevolge der nieuwe penale kindervetten den schrijver tot eene uitvoerige nieuwe paragraaf aanleiding geeft. In § 17 (werking der strafwet naar de plaats) komen belangrijke toevoegingen voor met betrekking tot de in verschillende landen in de wetten aangenomen beginselen omtrent territorialiteits-, nationaliteits- en beschermingsbeginselen.

Over het algemeen is de geschiedenis van het strafrecht, vooral van het Nederlandsche, met zijne bronnen, uitvoerig en uitnemend bewerkt. Ik kan uit den aard der zaak een en ander in deze recensie slechts aanstippen.

Slechts op één belangrijk punt wensch ik ten slotte nog de aandacht te vestigen. Het doet mij namelijk

leed, dat de liefde van Mr. VAN HAMEL voor de cellulaire gevangenisstraf allengs zoo verkoeld is, dat zij ongeveer tot op het nulpunt is gedaald. In de vergadering der Nederlandsche Juristenvereniging van 24 Augustus 1872 stemde hij (1) vóór het stelsel der Staatscommissie voor ons Wetboek van Strafrecht, aldus geformuleerd: „De gevangenisstraf kan, behoudens bepaalde uitzonderingen gedurende *drie* jaren geheel in afzondering worden ondergaan”. In 1880 schreef hij de volgende schoone woorden: „Geen belangrijker gebeurtenis in de geschiedenis van ons gevangeniswezen dan de invoering van het cellulaire stelsel. Wel is het ontstaan dezer aan Amerikaansche typen ontleende strafsoort niet aan den drang eener Nederlandsche volksovertuiging te danken, maar het stelsel der afzondering is nationaal geworden”.

In zijn eersten druk schreef hij nog, met een beroep op voorstanders dier straf als KROHNE, FUESSLIN en ASTOR, het volgende: „Het cellulair stelsel is de meest rationeele grondslag. Negatief ligt hier het voordeel in vermindering der gemeenschap, positief in de mogelijkheid van individualiseering. De uiterste grens kan slechts in verband met den volksaard en op grond van ervaring beoordeeld worden. Het is niet bewezen dat afzondering van redelijken duur op zich zelve fysiek en psychisch noodlottig zou zijn. Ook zonder dat een „progressief” gevangenisstelsel gehuldigd wordt, verdient progressie, naar deugdelijkheid van gedrag en arbeid aanbeveling”.

In 1907 bij den tweeden druk mochten die zinsneden niet blijven staan. Wel wordt nog het negatief voordeel

(1) Zie Handelingen 1872, II, blz. 24.

(2) Zie zijn opstel getiteld: «Ex cathedris» in de «Gids» van 1880.

(3) Zie blz. 411.

der celstraf erkend, bestaande in vermijding van het moreel en sociaal gevaarlijk onderling bederf bij plaatsing in gemeenschap — maar een strafstelsel kan — aldus VAN HAMEL -- niet door zijn negatieve deugden gerechtvaardigd zijn; de straf moet positief werken op wie haar ondergaat — en dat schijnt de celstraf, naar zijne meening, niet meer te doen. De afzondering behoudt volgens hem, haar waarde voor observatie, voor den aanvankelijken indruk der straf, voor straffen van korten duur, voor isoleering van verderfelijke elementen, voor veroordeelden die zelve voortzetting van afzondering verlangen. Fundament voor de organisatie der geheele vrijheidsstraf kan zij echter niet zijn. En nu gaat de schrijver, zonder eerst objectief te wijzen op de positieve voordeelen, aan de celstraf toegekend, de nadeelen breed uitmeten. Zij toch verzwakt fysiek, zij beperkt de gelegenheid tot arbeidsverrichting, zij bemoeilijkt de sociale aanpassing! Met name behoort voor daarvoor geschikte gevangenen het verrichten van arbeid in gemeenschap, zelfs het verrichten van arbeid buiten de gevangenis, mogelijk te zijn. En dus — ziedaar *der lange Reden kurze Zinn* — moet men het maar met de gemeenschappelijke opsluiting wagen. Zou die nu op eenmaal zoo verbeterend en opvoedend kunnen werken? En is het dan onwaar geworden, wat Dr. E. LAURILLARD in 1885 zoo treffend in het „Souvenir du III^{me} Congrès pénitentiaire international de Rome” deed opnemen: „L'emprisonnement en commun pourra améliorer les détenus, dès qu'on saura blanchir avec le noir?”

Tegenover de twijfelingen van Mr. VAN HAMEL blijf ik het op talrijke ervaringen berustend gevoelen stellen, dat men onmogelijk kan opvoeden en verbeteren in een atmosfeer, waarin de gevangenen door onderlinge samensprekingen elkander kunnen bederven. Een door

den Staat *gedwongen* samenzijn met medemisdadigers kan nimmer worden gelijk gesteld met de samenleving in de vrije maatschappij, waar men goede menschen kan zoeken, slechte kan vermijden of ontwijken. De meening, dat dit *gedwongen* samenzijn in de gevangenis iemand geschikt kan maken, om karakter en wil ten goede te vormen, is m. i. even dwaas als wilde men drankzuchtigen, om hen van het drinken te genezen, tot hunne wilsoefening in kroegen brengen, als zou men voor wellust vatbaren tot hunne karaktervorming naar bordeelen geleiden.

Mr. VAN HAMEL toont zooveel liefde voor de medici, waar het de straftoepassing geldt, dat hij op de vergadering der Nederlandsche Juristenvereening van 1901 (1) durfde uitroepen: „Naar mijne ondervinding is de machtigste man in het geheele gevangeniswezen de medicus; regenten, rechters, de ministers, allen buigen het hoofd voor de uitspraak van den medicus”. Welnu op het in 1901 te Brussel gehouden internationale pénitenteaire congres is, in een land waar de celstraf tot een maximum van 10 jaren wordt toegepast, conform de gemotiveerde adviezen van nagenoeg alle daar gehoorde medici of psychiaters, een eenparig besluit gevallen ten gunste van het celstelsel. Hij make zich dus ten deze niet ongerust over de eenzijdigheid der juristen.

Behalve op het aan dit stelsel verbonden enorme positieve voordeel der mogelijkheid van de meest volstrekte groepeerings- en individualiseering helaas! in Nederland tot hiertoe te weinig in practijk gebracht, had Mr. VAN HAMEL ook in zijn handboek m. i. behooren te wijzen op de volgende voordeelen:

De celstraf staat in betere verhouding tot de misdadige

(1) Zie Handelingen 1901, II, blz. 169.

gezindheid van den gestrafte. Den grootsten boosdoeners toch treft zij het meest, den minder verdorvene kan zij zelfs een weldaad zijn. De maatschappij wordt door haar behoed voor de gevolgen der kameraadschap, in de gevangenis ontstaan en de daardoor gesmeede complotten tegen de veiligheid van personen en goederen na het ontslag uit de gevangenis. De intensiteit der straf is voor den cellulair veroordeelde grooter dan voor den gemeenschappelijk opgeslotene. Zij kan dus meer afschrikken, en bovendien korter zijn, hetgeen een voordeel is voor staatskas en veroordeelde beiden. Zij is beter geschikt tot verbetering van den gevangene dan de opsluiting in gemeenschap. De arbeid kan in de cel een weldaad zijn voor den gestrafte, daar hij beter tot afleiding dient dan in de gemeenschap. De tuchtmiddelen zijn in de cel minder noodig. Het leven der bewaarders wordt er aan minder gevaren blootgesteld dan in de gemeenschappelijke gevangenis, waar zij steeds met geladen revolver moeten rondwandelen, bij voortdoring op hun hoede tegen aan- en overvallen.

Geen enkel strafstelsel kan, zoolang de zonde op aarde bestaat, de misdaden doen ophouden. Elk stelsel, waarbij kwaad niet meer als kwaad maar als ziekte beschouwd wordt, waarbij straf niet meer als straf, d. i. als boete of zoen geacht wordt maar als opvoedings- of genezingsmaatregel voor zwakken en zieken, zal de criminaliteit zeer vermeerderen en in geen geval verminderen.

Van harte hoop ik dat Mr. VAN HAMEL een en ander nog eens zal gaan inzien en daarvan dan ook zoo spoedig mogelijk in een derden druk zal doen blijken. Dat zou eene heugelijke gebeurtenis zijn die ik nog hoop te beleven.

's-Gravenhage, 28 October 1907.

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS.

R. KOPPE, *Eenige strafrechtelijke beschouwingen in verband met het beginsel van de wet van 12 Febr. 1901* (Stbl. no. 63). Groningen, 1906; 184 blz.

De schrijver van het hierboven genoemde proefschrift heeft m. i. met de vervaardiging daarvan een verdienstelijk en nuttig werk verricht. Bij de kennismeming toch van de nieuwe denkbeelden op strafrechtelijk gebied en vooral bij de kennismeming van den strijd, op dit gebied gevoerd tusschen voorstanders van de oude en van de nieuwe richting, trof mij meer dan eens een niet te miskennen misverstand en verwarring, als gevolg van dubbelzinnige terminologie. Vóór alles is noodig, dat dit misverstand verdwijne, heldere en scherpe formulering in de plaats kome van verwarring stichtende woorden en leuzen, in één woord dat, om eene in de politiek geliefde uitdrukking te bezigen, klare wijn worde geschonken. Welnu! in dit opzicht is het werk van Mr. KOPPE inderdaad van beteekenis en heeft hij hun, die prijs stellen op een duidelijk, objectief uiteenzetten van de verschillende standpunten op strafrechtelijk gebied, ongetwijfeld een dienst bewezen. Bovendien is hij er in geslaagd bij de polemiek, welke voor hem onvermijdelijk was, voortdurend den goeden toon te bewaren, en, zelf eene besliste overtuiging hebbende, aan de argumenten zijner tegenstanders recht te doen wedervaren, zoodat ook voor die tegenstanders de kennismaking met het van studie en nadenken getuigend geschrift niet anders dan nuttig kan zijn.

Van de drie hoofdstukken, waaruit het proefschrift bestaat, schijnt mij het derde, over het beginsel van de (strafrechtelijke) Kinderwet, het belangrijkste en meest actueele. Aan de bespreking van dat hoofdstuk ga eene korte uiteenzetting van de beide andere vooraf.

Over het eerste Hoofdstuk (schuld en straf, blz. 9—82), meen ik met een enkel woord te kunnen volstaan, daar het geene nieuwe gezichtspunten opent. Als woordvoerder van de nieuwe richting neemt schrijver meer bepaald von LISZT („der Verbrecher, der vor uns steht als Angeklagter oder als Verurteilter, ist also für uns Menschen unbedingt und uneingeschränkt unfrei”) in diens verwerpen van zedelijke schuld en zedelijke verantwoordelijkheid, en zijn strijd tegen het vergeldingsbeginsel der straf. Hiertegenover wordt geschetst de „classieke richting”, welke zich in 't algemeen daardoor kenmerkt „dat zij uitgaat van een meer of minder beperkt vrijen wil en derhalve een zedelijke schuld eischt als de *conditio sine qua non* voor straf”. Den vrijen wil huldigt schr., *niet* in dien zin, dat de mensch nog kiezen kan tusschen het waarlijk goede en kwade, en dat de misdadiger zonder moeite het misdrijf had kunnen nalaten — immers na Adam's val is zulks niet meer mogelijk — maar in dezen zin, dat door den mensch, beoordeeld naar den menschelijken maatstaf, nog veel goeds kan worden tot stand gebracht, omdat hij nog de kracht bezit zijne lagere neigingen te beheerschen en zich te dwingen tot deugd. Bezwijkt de mensch voor de verleiding — aldus op blz. 28 — „dan meenen wij dit in den regel niet aan de onweerstaanbare kracht van de op hem inwerkende factoren te moeten toeschrijven, doch hieraan, dat hij de gaven en de krachten, hem door God in Zijn gemeene genade geschonken, niet gebruikt heeft”. Schrijver verdedigt zich tegen den aanval,

dat de door hem voorgestane leer op „metaphysica” gegrond is en daarvoor in eene wetenschappelijk — strafrechtelijke beschouwing geene plaats zou zijn, kent aan het *determinisme* geene grootere kracht toe dan die van eene hypothese, en bestrijdt de meening, dat het voor den misdadiger eene fatalistische noodzakelijkheid zou zijn om tot misdrijf over te gaan. Vervolgens gaat hij na, wat er onder de nieuwe leer overblijft van de *straf* („es fehlt die Schuld, also auch die Strafe”), en wat daartegenover de straf beteekent in de door schr. voorgestane leer, „een lijden, dat toegevoegd wordt wegens schuld aan den vertreder der zedelijke- en rechtsorde door de daartoe bevoegde macht”, een *malum passionis*, *quod infligitur ob malum actionis*. Ten slotte wordt de beteekenis der vergeldingsleer nog nader uiteengezet en die leer verdedigd zoowel tegenover het verwijt, dat zij zich zou oplossen in een leedvermaak in het lijden van den misdadiger, als tegenover de bedenking, dat aan die leer eene eigene of eene maatschappelijke zelfverheffing zou ten grondslag liggen.

Na dit Hoofdstuk — dat als eene uitvoerige inleiding tot het eigenlijk onderwerp van het proefschrift is te beschouwen — komt schrijver in het tweede Hoofdstuk (bl. 83—128) aan de bezwaren tegen de oude wetgeving betreffende de berechting van jeugdige misdadigers. In hoofdzaak wijdt hij zijne aandacht aan het befaamde „oordeel des ondersheids”, daarbij eene poging doende om aan te toonen, dat de bezwaren tegen de vaststelling van dit criterium, gebrandmerkt als „theoretisch niet afdoende en practisch onbruikbaar”, als overdreven moeten worden beschouwd. Waar de Staatscommissie het oordeel des ondersheids dan aanwezig achtte, wanneer het kind de gevolgen van zijne daad heeft kunnen berekenen en genoegzaam ontwikkeld is om het strafbare karakter

daarvan te kunnen beseffen, is hij van oordeel, dat voor de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van *jeugdige* personen hetzelfde wordt gevorderd als ten aanzien van de *volwassenen*. „Het eenige verschil bestaat hierin, dat de verstandelijke ontwikkeling, welke noodig is om een misdadige handeling uit een feitelijk en zedelijk oogpunt te kunnen waardeeren, bij dezen (volwassenen) als bestaande wordt aangenomen, terwijl zij bij genen (kinderen) moet geconstateerd worden”. Wanneer nu kan de jeugdige misdadiger geacht worden die mate van verstandelijke ontwikkeling te bezitten, dat hij voor het door hem gepleegde misdrijf verantwoordelijk kan worden gesteld? „Wanneer hij genoegzaam ontwikkeld is om de feitelijke strekking van zijne handeling te kunnen beseffen en het vermogen bezit om te begrijpen, dat hij door het misdrijf te plegen niet alleen in strijd handelt met den wil zijner ouders of onderwijzers maar ook met den wil der Overheid”.

Dat de bezwaren, aangevoerd tegen de vaststelling van het oordeel des ondersheids in elk concreet geval, overwegend zouden zijn, wordt door schr. ontkend. Hij geeft toe, dat aan die vaststelling moeilijkheden zijn verbonden. Maar doen die moeilijkheden, dat „tobben en wringen”, gelijk het genoemd is, zich voor den rechter ook niet ten aanzien van andere vragen voor, welke hem ter beantwoording zijn overgelaten? Bovendien ziet schr. juist in den *nieuwen*, thans door de Kinderwetten geschapen toestand eene bron van moeilijkheden voor den rechter. Moet onder de nieuwe wetgeving het belang der maatschappij en dat van den beklagde den doorslag geven, dan zal verschil van meening zich voordoen omtrent de vraag: wat is het belang der maatschappij? dan zal bij botsing tusschen belang der maatschappij en belang van den jeugdigen misdadiger

de vraag zich voordoen: welk belang prevaleert? dan zal ter beoordeeling van het belang van den dader de rechter op de hoogte moeten zijn van het karakter van den delinquent. In één woord: een niet minder zware last dan vroeger zal op de schouders van den rechter drukken.

Schrijver komt dan ook tot de slotsom, dat de *ware reden*, waarom het „oordeel des ondersheids” moest vervallen, was, dat dit in den weg stond aan de hulding van het beginsel der „Zweckmässigkeit” bij de berechting van jeugdige misdadigers, dat het sprak van zedelijke verantwoordelijkheid, van zedelijke schuld, van straf als vergelding. Daarom dan ook kon VON LISZT het vervallen van *dit* criterium noemen eene zegepraal op de voorstanders der vergeldingstheorie. Daarom kon hij, *hierin* ziende de zwakste plaats van het geldende recht, uitroepen: „Wird hier einmal Sturm gelaufen, so ist der Sieg zweifellos, und damit die entgültige Niederlage der Gegner entschieden”.

Zoo komen wij ten slotte tot het derde Hoofdstuk, gewijd aan het beginsel der wet van 1901, en m. i. het belangrijkste van het proefschrift. Hier heeft schr. getracht klaarheid te brengen, misverstand op te ruimen, de lucht te zuiveren. Getracht heeft hij aan te toonen, dat deze wet staat in het teeken der nieuwe strafrechtelijke denkebeelden en ten aanzien van de verantwoordelijkheid der kinderen eene leer huldigt, welke lijnrecht in strijd is met de classieke school; eene poging welke als volkomen geslaagd is te beschouwen. Hij wijst er op, hoe in de Memorie van Toelichting wél gesproken werd van verantwoordelijkheid en toerekenbaarheid, maar niet in verband met *zedelijke* toerekenbaarheid; hoe de Minister van Justitie wel is waar sprak van eene verantwoordelijkheid van het kind, evenals van den volwassene,

voor zijne daden, maar daarbij sprak van eene verantwoordelijkheid *in anderen zin*, eene verantwoordelijkheid vallende buiten het terrein der classieke strafrechtswetenschap, en die verantwoordelijkheid niet liet afhangen van de zedelijke toerekenbaarheid maar van de vatbaarheid van het kind voor den invloed der straf; hoe, wel is waar, werd gesproken van het *schuldige* kind, maar de Minister verklaarde dit woord alleen te gebruiken om aan te geven, dat het kind het feit had gepleegd. Niet de vergeldingsleer wordt gehuldigd, maar het beginsel van de Zweckstrafe. Schuld in ethischen zin blijft buiten beschouwing. Alle evenredigheid tusschen de strafmate en de hoegrootheid van de inbreuk op de rechtsorde in verband met de zwaarte der schuld wordt verworpen: voor alle misdrijven en eenige met name genoemde overtredingen kent de wet slechts één maximum van tuchtschoolstraf. Wel werd bij het totstandkomen der wet er op gewezen, dat voor de *zwaarste* gevallen het middel van dwangopvoeding openstaat, maar nergens bepaalt de wet, dat de jeugdige bedrijvers van zware misdrijven aan dwangopvoeding zullen worden onderworpen, zoodat ook in dit opzicht de rechter geheel vrij is en elk verband tusschen misdrijf en schuld eenerzijds en den op den jeugdigen delinquent toe te passen maatregel anderzijds ontbreekt. Bij de keuze van de maatregel zal dus ook het moderne beginsel van de Zweckmässigkeit de beslissende factor zijn; tuchtschoolstraf zal worden bevolen, wanneer „de jeugdige delinquent binnen een betrekkelijk korten tijd door eene streng opvoedkundige behandeling weer voor het maatschappelijk leven geschikt gemaakt kan worden”; dwangopvoeding zal worden toegepast, wanneer met het oog op het karakter van den dader eene langdurige en stelselmatige opvoeding gewenscht is, of wanneer men

vreest, dat bij toepassing van tuchtschoolstraf de dader te spoedig in een slechte omgeving zou terugkeeren. „De tuchtschoolstraf heeft niet ten doel de handhaving der gerechtigheid, maar beoogt, evenals de penitentiaire dwangopvoeding, de bescherming der maatschappij” (blz. 175). Een principieel verschil tusschen beiden bestaat er in het systeem der wet niet.

Bijzondere bespreking verdient de bepaling der wet (artikel 39ter W. v. Sr.), „dat in bepaalde gevallen de rechter dwangopvoeding kan bevelen en daarnevens kan veroordeelen tot straf. Wordt hier straf opgelegd als boete voor een zedelijk toerekenbaar kwaad? Schrijver beantwoordt deze vraag ontkennend. Met een beroep op de verdediging van de bepaling door den Minister, mede tegen de bedenkingen in de Tweede Kamer geuit, dat de minderjarige nog eens gestraft wordt voor een feit waarvoor hij reeds te voren dwangopvoeding heeft ondergaan, komt schr. tot de slotsom, dat *hier* op den voorgrond staat het *belang der maatschappij*, hetwelk eischt dat zeer gevaarlijke, niet voor verbetering vatbare individuen langeren tijd van de vrijheid beroofd blijven. Voor de maatschappij blijft dan niets over dan zich op deze wijze tegen den verstoorder der rechtsorde te verdedigen.

In de derde plaats keert schrijver zich tegen de bepaling van art. 38 W. v. Sr., volgens welke de rechter den dader, die nog geen zestien jaar oud is, kan teruggeven aan zijne ouders of zijn voogd zonder toepassing van eenige straf. Ook hier wordt het moderne beginsel toegepast, dat de straf van overheidswege alleen dan moet worden opgelegd, wanneer zij noodzakelijk is voor de handhaving der rechtsorde. Vooral bedenkelijk is dit, omdat de toepassing van het voorschrift niet alleen mogelijk is bij overtredingen maar ook ten aanzien van alle misdrijven. Wel wordt de bepaling verdedigd met

de overweging, dat naar den geest der wet de daders, die worden „teruggegeven”, niet ongestraft blijven, maar de „natuurlijke verzorgers” van het kind straffend moeten optreden; maar deze verdediging acht schr. niet afdoende, omdat de rechter op deze bestraffing door de natuurlijke verzorgers geene contrôle heeft, en bovendien hier eene bevoegdheid aan de ouders en voogden wordt toegekend, welke *hun* niet toekomt, terwijl aan den anderen kant de overheid afstand doet van een *recht*, dat tevens een *plicht* voor haar is.

Ten slotte vestigt de schrijver de aandacht op de door de wet van 1901 „binnengeloodste” voorwaardelijke veroordeeling, volkomen passend „in den gedachtengang van de voorstanders der maatschappelijke verdedigingstheorie, die de straf immers niet beschouwen als een boete voor een bedreven kwaad, maar als een maatregel van preventie”.

Schrijver's conclusie is dus deze, dat onze wetgever het moderne stelsel in de wet van 1901 heeft opgenomen en daarmee een beginsel heeft aanvaard, waaraan hij later zal worden herinnerd. Consequent zijnde, zal hij dezelfde beginselen ook moeten toepassen bij de behandeling van volwassen misdadigers. „Maar” zoo eindigt hij op blz. 184 — „is dit geschied, dan zal ook de laatste ure van het eigenlijke strafrecht geslagen zijn en de Overheid zal opgehouden hebben een handhaafster te zijn van de gerechtigheid en een wreekster tot straf dengene, die kwaad doet”.

Ben ik er in geslaagd in het voorafgaande weër te geven de hoofdgedachten van Mr. KOPPE's geschrift, dan hebben wij ons nu nog af te vragen, in hoeverre zijne beschouwing over en zijne critiek op het strafrechtelijk gedeelte onzer nieuwe kindernetgeving als juist kan worden aangemerkt. Daarbij zou ik op den

voorgond willen stellen, dat, ter beoordeeling van de theoretische en praktische beteekenis van die wet, deze zal moeten worden beschouwd *op zich zelve*, geene strafrechtelijke „politiek”, geene vrees voor het stellen van een antecedent ons bij het vaststellen van de bedoelde beteekenis zal mogen leiden. Stellen wij ons op dit standpunt, dan treft het ons, dat het groote beginsel, aan de wet ten grondslag liggende, de machtige en krachtige poging om langs een nieuwen weg het euvel van de criminaliteit van de jeugd te bestrijden, niet op zichzelf door schrijver wordt afgekeurd. Dit beginsel trouwens is gemeen goed geworden van verschillende richtingen, wordt gedeeld door velen, die op het godsdienstig standpunt van den schrijver staan. En dat dit beginsel is doorgedrongen in onze kinderwetgeving, dat deze, voorzoover het kind met den strafrechter in aanraking komt, den rechter toelaat bovenal rekening te houden met den jeugdigen delinquent en diens toekomst, wordt, bedrieg ik mij niet, als een zegen beschouwd door allen, die met onze Kinderwetten in aanraking komen.

In dit verband veroorloof ik mij nog twee opmerkingen. In de eerste plaats schijnt mij minder geslaagd toe de poging van Mr. KOPPE om aan te toonen, dat, waar het belang van den jeugdigen delinquent in botsing komt met dat der maatschappij, het *eerste* volgens de wet van 1901 voor het *laatste* moet wijken, dat dus het stelsel der wet om steeds het belang van den dader op den voorgond te stellen niet consequent is doorgevoerd. Immers in het bedoelde geval — straf na dwangopvoeding (art. 39ter) — treedt wel het belang der maatschappij naast dat van den dader op den voorgond, maar wordt daarom het laatste niet aan het eerste opgeofferd. Mijns inziens blijft dus ook in dit geval onaangetast het

beginsel, dat de rechter vóór oogen houde de toekomst van het kind en zodoende diene het belang van de maatschappij. — In de tweede plaats deel ik niet schrijver's vrees (blz. 169 en 170), dat, waar onder de oude wetgeving eens eene gevangenisstraf van drie jaren werd geëischt tegen een meisje van elf jaren wegens diefstal van enkele centen, men zulks thans nog te meer zal mogen verwachten, nu het beginsel van evenredigheid tusschen misdaad en straf is verlaten. Dat zulks in overeenstemming zou zijn met den geest der nieuwe wet meen ik bepaald te moeten ontkennen. Zeker! Het is gemakkelijk voor den wetstoepasser om van de wet eene caricatuur te maken. Dit geldt van schier elke wet. Maar te veel doordrongen ben ik van het inzicht en de nauwgezetheid van onze rechterlijke macht om te vreezen, dat voor betrekkelijk geringe feiten zeer zware straffen zullen worden opgelegd.

Dit over den geest en het beginsel der Kinderwetten.

Dat onder de nieuwe wetgeving de taak des strafrechters eene moeilijker is geworden — zooals schrijver niet verzuimt aan te toonen — spreekt vanzelf. De nieuwe richting doet nu eenmaal niet anders dan den strafrechter wakker schudden en wakker houden, hem opheffen en prikkelen tot meer krachtsinspanning, hem noodzaken om zijn blik te verruimen en, niet tevreden met de enkele techniek van wetstoepassing en begripsontleding, te trachten door te dringen tot het innerlijk wezen van den misdadiger, die vóór hem verschijnt. Ten aanzien van de jeugdige misdadigers doet zij dit ook. Wie zou er zich niet in verheugen, dat hierdoor eindelijk de strafrechtspraak wordt opgeheven uit de inferieure, of wil men liever: minder bevoorrechte, positie, welke zij in vergelijking tot de *burgerlijke* rechtspraak zoolang innam en voor velen nog inneemt?

Nimmer kan dus in de zwaardere taak van den rechter een bezwaar tegen de nieuwe wetgeving zijn gelegen.

Hoe is 't nu echter met het hoofdbezwaar van onzen schrijver, n.l. dat de nieuwe kinderwetgeving heeft gebroken met de classieke strafrechtstheorie?

Op deze vraag is het antwoord voorzeker niet zoo gemakkelijk te geven. Als mijne meening zou ik echter willen uitspreken, dat er ook voor hen, die de „vergeldingsleer” huldigen, overwegende argumenten kunnen bestaan om ten aanzien van de jeugdige delinquenten die leer buiten toepassing te laten, de gerechtigheid dus *niet* te beschouwen als eene wet, die overal en altijd „met ijzeren consequentie” toepassing zou moeten vinden. Als ik bedenk, wat Mr. KOPPE's Promotor onlangs schreef bij de bespreking van Mr. GEWIN's „Beginselen van Strafrecht”; hoe hij tegenover diens star dogma zich uitliet ten gunste van de verjaring in strafzaken, ten gunste van de *klachtdelicten*, ten gunste van het beginsel der *facultatieve* strafvervolging (1), dan gevoel ik te minder bezwaar om ook ten aanzien van *ons* onderwerp het beginsel van eene vergeldende gerechtigheid prijs te geven. Het schijnt mij toe, dat dit aannemen van een *ander* beginsel bij de strafrechtspleging ten aanzien van het *kind*, d. w. z. het niet tot volle zedelijke rijpheid gekomen individu, zeer goed vereenigbaar is met het erkennen in het algemeen van de zedelijke schuld en de straf in ethischen zin als grondslag van het strafrecht. Zoo kan ik verklaren, hoe ondergeteekende, die grondslagen erkennende en aan den „vrijen wil” eene even ruime plaats in 's menschen handelingen toekennende

(1) Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS in het Tijdschrift voor Strafrecht, XIX, blz. 164 en 165.

als de schrijver van ons proefschrift, toch ten volle zich voorstander van de beginselen onzer kinderwetgeving noemen kan.

Intusschen, en hiermede eindig ik, ten aanzien van de zedelijke schuld bestaat tusschen schrijver en mij een belangrijk verschil. Schrijver neemt aan, krachtens het door hem ingenomen godsdienstig standpunt, zedelijke schuld en verantwoordelijkheid ook *buiten de eigen daden*. Het duidelijkst blijkt dit uit deze zinsnede op bl. 29 „De zedelijke schuld van een jongen dief mag klein zijn, wanneer hem het stelen van jongs af aan is ingeprent, toch gaat deze niet vrij uit, daar die slechte opvoeding geen invloed zou gehad hebben, indien hij zelve niet bedorven ware geweest, en bovendien staat hij, zoo min als de volwassene, niet onschuldig aan het bestaan van de slechte invloeden, welke zijn zedelijke krachten verzwakten, omdat zij voortkomen uit den wortel aller zonden, waaraan ook hij schuldig is”. Door mij wordt alleen erkend zedelijke schuld en verantwoordelijkheid *voor eigen daden*, en alle verantwoordelijkheid daarbuiten verworpen. Zoo blijkt het, dat, waar schrijver en ik het begrip van zedelijke schuld handhaven en staan tegenover hen, die dat begrip uit het strafrecht willen bannen, onze opvattingen omtrent den omvang van dat begrip uiteenloopen.

Deze laatste opmerking meen ik niet te mogen terughouden, teneinde ook mijnerzijds „klaren wijn te schenken”.

Den Haag, Maart 1908.

S. J. M. VAN GEUNS.

*Winstbepaling in het Vennootschapsrecht. —
Proefschrift van N. GROENEWEGEN, Am-
sterdam 1907.*

„De winst — het doel der naamlooze vennootschap,
„doel ook van meerdere ondernemingsvormen — spoorden
„wij na in de voornaamste wetten; vonden we hierdoor
„al een gering resultaat, de praktijk van het handels-
„leven deed ons zien welke opvattingen de handel al
„zoo kent. De vaak zeer uiteenlopende meeningen over
„wat „winst” is, brachten ons er toe, naast de belangen
„van hen, die tot de winst gerechtigd zijn, te onderzoeken
„welke dier winstgerechtigden de winst bepalen, d. i.
„hunne opvatting omtrent winst doen gelden. Dit onder-
„zoek leidde ons tot — voor zoover ons bekend — nog
„niet elders geuite denkbeelden.

„De waarde dier denkbeelden zal misschien blijken
„niet groot te zijn; misschien ook zijn ze niet practisch
„uitvoerbaar; — zullen ze al te licht bevonden worden,
„wij zijn voldaan indien ze nauwkeurig gewogen zijn”.

Ziehier de woorden, waarmede deze debutant voor het
rechtsgeleerd publiek zijn buiging maakt.

Mij zettende tot een poging om den schrijver de vol-
doening, waarvan hij in den slotzin gewaagt, te schenken,
herinnerde ik mij, dat ik zelf indertijd bij het schrijven
van mijn eigen proefschrift veel moeite had gehad met
de oplossing van de vragen aan de winstbepaling ver-
bonden. Ik moet intusschen eerlijk bekennen, dat mij
niet juist voor den geest wilde komen wat ik destijds in

mijn onschuld had neergeschreven, en om mij daarvan te vergewissen ben ik weer eens in die eerste pennevrucht gaan bladeren. Een bezigheid die ik aan aankondigers van nieuwe boeken in het algemeen kan aanbevelen. Want gaat het anderen zooals mij, dan leert men uit zijn eigen dissertatie stellig veel nieuws en wetenswaardigs, maar vóór alles schenkt die lectuur, na menige ergernis, een groote mate van sympathie voor de onhandigheden van andere jeugdige snuffelaars in de rechtsgeleerde porseleinkast. Het is in zulk een stemming dat ik trachten wil den lezers van dit tijdschrift een overzicht van den inhoud dezer proeve te geven.

Volgens een beproefd dissertatie-recept wordt eerst inspectie gehouden van de in de wet gegeven voorschriften, doch na eene opsomming van de bepalingen omtrent winst en winstverdeling bij de maatschap, de commanditaire vennootschap, de vennootschap onder firma en de coöperatieve vereeniging, verzeilt de schr. aan het begin van zijne bespreking dier bepalingen bij de naamlooze vennootschap (waarom het natuurlijk vooral te doen is) in eenige algemeene beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de naamlooze vennootschap en van de beperkte aansprakelijkheid. Daar de slotsom van deze beschouwingen ook later als steunpunt voor andere stellingen moet dienen, is het van belang hierbij even te blijven stilstaan.

De schr. stelt hier voorop, dat eene naamlooze vennootschap is *een kapitaal door de aandeelhouders saamgebracht, dat bestemd is voor het uitoefenen van een handelsbedrijf*. Dit kapitaal treedt dan op als rechtspersoon, dus eventueel als debiteur, buiten aandeelhouders. En daar de onbeperkte aansprakelijkheid van art. 1177 B. W. ook dat kapitaal aangrijpt, en aandeelhouders rechtstreeks in het geheel niet aansprakelijk zijn, is het dus

wenschelijk de geheele terminologie „beperkte aansprakelijkheid der aandeelhouders” voorgoed vaarwel te zeggen, allerminst haar te doen strekken ten grondslag voor allerlei maatregelen, die de naamlooze vennootschap aan banden moeten leggen. De grondslag voor dergelijke maatregelen moet slechts hierin worden gezocht, *dat de zelfstandige draagster van rechten en verplichtingen, de kapitaal-zelfstandigheid, die, gedwongen daartoe, bekend maakt, dat zij met een kapitaal van X gulden haar bedrijf voert, zich in stand moet houden.* Vandaar o. a. de gedwongen publiciteit.

Het is niet duidelijk of schr. zijn eerste stelling: „de naamlooze vennootschap is een kapitaal” rekent tot die nog niet elders geuite denkbeelden, waarvan in de inleiding wordt gerept. Het feit, dat hij iedere toelichting en verdediging overbodig acht, zou doen besluiten, dat hij de studies van BECKER en van WITTE (1) gelezen heeft en de conclusies van die beide heeren voor de geldende leer heeft aangezien, ware het niet, dat deze studies in dit werkje niet zijn geciteerd en ook niet voorkomen in het lijstje van geraadpleegde litteratuur. Wat hiervan zij, het denkbeeld als zou de naamlooze vennootschap geen personen-vereeniging maar een stichting, een Zweckvermogen, zijn, is noch oorspronkelijk, noch juist. Het is in strijd met de feiten. Vooral in de tegenwoordige ontwikkelingsphase van de naamlooze vennootschap komt het herhaaldelijk voor, dat de personen der aandeelhouders geheel op den voorgrond staan, het kapitaal er alleen is omdat het een onmisbaar constructief bestanddeel is. Het is in strijd met de historie.

(1) Pandekten I, 262; Zeitschrift für H. R. VIII, 15. De geheele quaestie uitvoerig besproken door LEHMANN, Das Recht der A. G. I blz. 227 v.

De oude compagnieën en societeiten waren zeker geen stichtingen, en de codificatie plaatste hare nakomelingen onder de vennootschappen in het beeld der maatschap. Het is in strijd met de praktijk. Of wil men, dat bij het eindigen der n. v. het vermogen als *bonum vacans* wordt beschouwd; dat de aandeelhouders geen stem in het beheer, hoogstens in de verdeeling der vruchten van het kapitaal zullen hebben; dat de directeuren de regenten, de aandeelhouders de stichters en tegelijk de bevoordeelden zullen zijn? Het is ook theoretisch van geen waarde. Immers de rechtspersoonlijkheid, die aldus op den koop wordt toegegeven, is geen essentiele trek van het rechtskarakter der naamlooze vennootschap.

Juist om de laatste reden is de uitdrukkelijke vermelding van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders in eene wet als de onze, die zich over de rechtspersoonlijkheid niet uitspreekt, noodig, en is overigens ook in wetgevingen, die de naamlooze vennootschap met zooveel woorden tot rechtspersoon stempelen, niet overbodig, wanneer men daaraan maar niet — zooals schr. — eene andere beteekenis gaat hechten dan dat de vennoot als zoodanig slechts verbonden is tot volstorting van zijn aandeel.

En wat nu betreft den grondslag voor „de maatregelen, die de naamlooze vennootschap aan banden moeten leggen” (schr. bedoelt blijkbaar het z.g.n. normatiefsystem), ik heb in de hierboven geciteerde ietwat kakographische wonderspreuk een nieuwe oplossing niet kunnen vinden. Het zal wel aan mij liggen, doch wanneer men mij meedeelt, dat het kapitaal zelfstandig handelt en met zichzelf bedrijf voert, om vervolgens de verplichting tot publiciteit van het vermogen af te leiden uit de gedwongen publiciteit van dat vermogen, dan durf ik toch met eenig vertrouwen verzachtende omstandigheden

pleiten. Ik houd mij dan ook maar voorloopig bij de niet zoo origineele gangbare meeningen, en zal daarbij wel in het gezelschap van de meeste lezers blijven.

Zien wij echter verder.

Wanneer schr. op pag. 26 bij de bespreking van art. 49 K. H. gekomen is tot de netelige vraag of — en, bij aandeelen aan toonder, hoè ter wereld — fictieve dividenden van aandeelhouders kunnen worden teruggevorderd, zoekt hij de oplossing noch bij *condictio indebiti* noch bij *actio pauliana*, doch gaat zijn zoeven verkondigd beginsel toepassen en komt tot de conclusie, dat aan de crediteuren moet worden gegeven een actie tot aanvulling der kapitaals-zelfstandigheid met hetdaaraan onttrokken fictieve dividend. In een noot volgt dan naïevelijk: „moeielijkheden, die hierbij ontstaan als aandeelen aan toonder luiden, of die rechtstreeks volgen uit den juridischen aard van het dividendbewijs moeten langs anderen weg worden ontgaan”.

Ik stel mij voor, dat deze noot niet luchthartig neergeschreven werd, maar eerst nadat de steller van het beginsel zich vruchteloos had afgetoëd in pogingen om met behoud van dat beginsel die moeielijkheden (lang niet de eenige) onder de oogten te zien. Een goede regeling in buitenlandsche wetten is mij evenmin als aan schr. bekend. De Engelsche regeling, die door schr. blijkbaar verkeerd is begrepen, rust gedeeltelijk op de *Companies Act, 1862, Table A Sect. 73*, de *Companies Winding Up Act, 1890, Sect. 15*, en de vonnissen gewoonlijk geciteerd als *London & General Bank* en *Kingston Cotton Mills*. De fictieve dividenden worden teruggevorderd van directeuren, die op hun beurt regres hebben tegen de aandeelhouders if they had knowledge of all the circumstances when they received an improper return of capital. Eens na te gaan of zulk een systeem ook bij

onze toonderaandeelen in de verte na te volgen ware, zou meer loonend zijn geweest dan ons af te schepen met het plaatsen van een nieuwen klank naast de reeds aanwezige onnutte theoretische constructies.

Na de vermelding van eenige winstdefinities van verschillende schrijvers, te volgen door eenige aan jaarverslagen van vennootschappen ontleende winstbegrippen, geeft schr. ons als zijne definitie: „winst is het overschot der activa boven de passiva”. Ons in het duister latend omtrent de beteekenis door hem gehecht aan activa en passiva, terloops ons nog ter geheele consternatie mededeelend dat winst ook een actief is, maakt schr. dit alles met zijne definitie zoo duidelijk als Barbara celarent Darii ferio baraliphton. Hij zal toch wel niet zoo'n vreemde deling in de litteratuur gebleven zijn, dat het hem bij het formuleeren van deze fameuse definitie niet bekend was hoe juist om de bepaling van actief en passief een zwerm van theorieën en begrippen dwarrelt, waarin alle tegenstellingen der terminologie: materieel en formeel, subjectief en objectief, abstract en concreet, elkander den buit betwisten?

Doch wij kunnen deze definitie laten voor hetgeen zij is, nu de eigenlijke bespreking van de feitelijke winstbepaling in dit werkje daarmede zeer weinig verband houdt. Tot die bepaling genaderd, wil schr. onderzoeken: wie bij het winstcijfer belang hebben, en wie dat cijfer bepalen, om ten slotte te overwegen of ook aan andere categorieën van belanghebbenden dan die, welke heden nog uitsluitend die bepaling aan zich houden, invloed daarop moet worden toegekend.

In het algemeen zijn er steeds belangen van derden betrokken bij het oordeel, dat iemand zich vormt over het resultaat van zijn handel en bedrijf. Onder de terugwerking der tegenovergestelde begrippen van SHYLOCK

en van den rijken dwaas in de gelijkenis door LUKAS opgeteekend, hebben derden stellig moeten lijden. Veel ernstiger is die terugwerking echter bij de naamlooze vennootschap. Schr. geeft ons eene opsomming van de belanghebbenden: aandeelhouders, directie, commissarissen, personeel, oprichters, de Staat, enz. Hij verdeelt die in twee categorieën: de winstgerechtigden, die belang hebben bij de instandhouding van het kapitaal, en de winstgerechtigden, die daarbij geen belang hebben. Onder de laatsten rangschikt hij commissarissen, directie en de arbeiders, indien ze een aandeel in de winst krijgen. En leest men verder, dan ziet men, dat schr. zich in dit proefschrift vooral opwerpt tot verdediger van de belangen der tweede categorie tegen *te lage* bepaling van het winsteijfer.

Wij hebben geleerd als een schrikwekkend voorbeeld van kortzichtigheid te beschouwen de slachting van de kip, die de gouden eieren legde, ofschoon het kan voorkomen, dat men oogenblikkelijk meer behoefte heeft aan poulet bonne-femme dan aan een gouden ei. En al mag de dichter ook zeggen:

Quid sit futurum cras fugere quaerere et
 Quem sors dierum cumque dabit lucro
 Appone;

hij vraagt toch ter zelfder tijd om het vroeger gekapte hout op den haard en den vóór vele jaren opgelegden Sabijner in den beker. De waarde — sit venia verbo — van de in eenig jaar behaalde winst hangt voor ieder denkend mensch in hooge mate af van de omstandigheid of er eenige zekerheid bestaat dat ook in volgende jaren winst zal worden verkregen. Men kan zich dan ook slechts als uitzonderingsgeval voorstellen, dat bij het bepalen van het winsteijfer ernstige strijd zou kunnen bestaan

tusschen aandeelhouders en bestuur, die toch beide meer belang hebben bij de voortdurend krachtige positie van de vennootschap dan bij een enkel hoog dividend. De genen die bij het hoog dividend het grootste belang hebben, zijn, dunkt mij, veel eer de speculanten, die aandeeleu hebben gekocht in de verwachting van ruime uitkeering en daarmee stijgenden beurskoers. Doch moet dit belang bij het bestuur der financiën beschermd worden? En wat de arbeiders betreft: personeel, dat aandeel in de winst krijgt, bestaat doorgaans uit die vaklieden welke men gaarne zoo vast mogelijk aan de vennootschap verbindt en wien men aldus het lot van de onderneming aan het hart wil leggen. Zullen zij nu door opschroeving van dividenden, door „uitbuiting” van het kapitaal, hun belang dienen? „Belanghebbenden bij het kapitaal”, zoo zegt schr. „zullen dat met alle zorgvuldigheid bewaken; ze zullen om aan alle voorzichtigheid te voldoen in alle kwade kansen voorzien en allicht daarenboven nog waken tegen niet-voorzienbare kansen; een voordeel zullen zij niet als behaald beschouwen voordat alle risico ten deze heeft opgehouden te bestaan, en het verwachte winstje zeker en wel in hun bezit is”. De ondervinding zal den schrijver spoedig leeren hoe overdreven deze voorstelling is, maar toch aarzel ik niet te verklaren, dat ik het belang van tantième-gerechtigden en arbeiders deeleude in de winst veiliger acht in deze „conservatieve” handen dan in die van opportunisten, die niet verder zien dan een jaar lang is.

De schrijver van dit proefschrift gaat intusschen ook hierbij niet veel verder dan de theorie. Men zal zich natuurlijk afvragen hoe de onderstelde strijd van belangen fair uitgestreden zal kunnen worden. Alle winstgerechtigden, aandeelhouders, directeuren, oprichters, beampten en arbeiders wil schr. in een vergadering aanwezig of

vertegenwoordigd zien. Doch nu het interessant wordt, ontsnapt hij ons weer. „In hoeverre bij zulk een regeling het stemrecht zoowel van aandeelhouders als winstgerechtigden zou moeten worden geregeld . . . — we laten het in het midden.” En straks bij het medezeggenschap in de winstverdeeling: „De nadere uitwerking ook van dit recht — op welke wijze bv. de arbeider-tantiëmist en de houder van oprichtingsbewijzen het moeten uitoefenen — bespreken wij hier niet.”

Ik heb overgeslagen de behandeling van de strijdvraag omtrent het recht van den arbeider-deelgenoot in de winst om langs den weg van rekenings-actie tot justifiëcatie van het door den ondernemer gedeclareerde winstcijfer te komen. Al wat ik ervan zeggen kan is, dat dit onderwerp reeds vroeger en beter is behandeld door Mr. TER SPILL, in zijne dissertatie: *Het rechtskarakter der rekenplichtigheid*. Nieuw is echter, voor zoover ik weet, de behandeling in dit verband van art. 1638e B. W. Uit al het voorafgaande zal men de juiste gevolgtrekking kunnen maken, dat schr. door dit artikel allerm minst bevredigd is. „Voortaan zal in het Burg. Wetb. weer heerschen het eerst verworpen „woord van den meester” zij het ook achter de mom van een bewijsstuk.”

Doch ik begin te vreezen, dat ik aan de goede voornemens, bij den aanvang van dezen arbeid opgevat, ontrouw ga worden, en, op verschillende teere plekken door den schr. geprikkeld, te weinig heb aangekondigd, te veel heb bestreden. Laat ik daarom waarschuwen tegen de opinie, door mij wellicht verwekt, dat deze dissertatie van geen waarde is. Laat ik ook het slachtoffer de verzekering geven, dat hij het hierboven geschrevene in hoofdzaak heeft op te vatten als een bewijs, dat ik in zijn denkbeelden veel belang heb gesteld. Zijn werk; al

is het zeker wat oppervlakkig, heeft vooral dit nut, dat het ons dwingt eenige van onze „vaste”, maar daardoor vaak veronachtzaamde, opinies weer eens aan het daglicht te brengen en af te stoffen. Al versterkt het hernieuwd nadenken ons persoonlijk in onzen eerbied voor de door schr. in twijfel getrokken deugden van die stelregelen, wij kunnen toch moeielijk ontkennen, dat het wellicht slechts een quaestie van tijd is of er komt werkelijk de wijze, die ze zal wegredeneeren. Ik prijs in dit werkje vooral de goede verdeeling van de stof en de beginselvastheid van het betoog. Het blijft consequent.

En ten slotte: elk geschrift, dat de belangstelling in de herziening van de wettelijke bepalingen op de naamlooze vennootschap tracht wakker te houden, verdient steeds onze erkentelijkheid. Ook het dwalen in deze is schoon.

Mr. G. VAN SLOOTEN AZN.

Praescriptiones und praescripta verba — wider die Schriftformel des römischen Formularprozesses, von Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN o. o. Professor an der Universität Kiel. — Leipzig 1907.

Prof. SCHLOSSMANN komt in deze monographie tegen de vrij algemeen verbreide leer op, dat de praescriptiones in geschrift moesten zijn vervat, en zulks schijnbaar in tegenspraak met wat CAIUS in Inst. IV, § 132 zegt: Praescriptiones sic appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur plus quam manifestum est.

HUGO KRÜGER sluit zich in zijne aankondiging van en critiek op SCHLOSSMANN's Litis contestatio (Zeitschr. d. Sav. Stift. XXVI, p. 541) aan bij hen, die voor de praescriptio het geschrift niet als constitutief vereischte stellen. „Ich möchte nun die Vermutung äussern, dass „das Wort praescriptio in seiner Verwendung für den „Formularprozess von Anfang an in einer Bedeutung „genommen worden ist, in der der Begriff des Schreibens „völlig ausgeschaltet war“, zegt hij en gelooft „SCHLOSSMANN zu Hilfe kommen zu können; doch SCHLOSSMANN slaat die hulp af. KRÜGER vertaalt praescribere met beperken, begrenzen, volgens SCHLOSSMANN ten onrechte, daar aan praescribere dan finem had moeten zijn toegevoegd. Het beroep van KRÜGER op CICERO de fin. 2. 1. 3. (1) vindt

(1) Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur, oratio praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: «ea res agetur, ut inter quos disseritur, conveniat quid sit id, de quo disseratur».

bij Prof. SCHLOSSMANN geen bijval, die, erkennende, dat met praescribere in casu eene mondelinge voordracht aangeduid wordt, deze uitdrukking occasioneel gebruikt acht. Ook in ons taaleigen spreekt men van voorschriften zonder dat daarbij noodwendig aan iets dat geschreven is gedacht wordt; in een boek wordt de voorrede geplaatst, zonder dat iets wat uitgesproken is, verondersteld wordt.

KRÜGER vindt in L. 48. 7. D. 21. 1. (1) waar de uitdrukking praedicere gebezigd wordt een argument voor de stelling van Prof. SCHLOSSMANN, doch deze wijst ook dit argument af, daar hij deze plaats van onechtheid verdenkt; hij geloof, dat een copist of de compilatoren praedicere in de plaats van praescribere gesteld hebben (2).

Schrijver merkt voorts op, het woord praescriptio nader verklarende, dat, ofschoon in de composita „prae” vaak de beteekenis van „voor” als tijdsbepaling heeft, „prae” in praescriptione wel eene plaatsbepaling kan aanduiden.

De clausules namelijk, die het strijdoobject beperken, zooals de praescriptiones zijn, verschenen in het Edict als geschreven en wel als geschreven vóór de abstracte formula; dit sluit evenwel de noodzakelijkheid niet in zich, dat zij als deel eener concrete formula in geschrift moesten zijn vervat. Naar schrijver's meening vormden de praescripta verba een zelfstandig geheel, en waren niet in de constructie der formula ingevoegd, zoo konden de praescriptiones geschreven, de formulae gesproken zijn; hij verwijst naar de gewoonte in den keizertijd om op

(1) Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et praedicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo interum ageretur.

(2) Cf. KELLER, Litiscontestation und Urtheil p. 529³.

grond eener bij geschrifte aangegane overeenkomst de stipulatie clause uit te spreken, waarvan aan het slot der overeenkomst werd melding gemaakt en voorts naar het testamentum per mancipationem waarin de testator zijn uitersten wil heeft neergeschreven en dan de formule daaraan toevoegt:

Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do etc.

Moet men bij de praescriptiones pro actore op een werkelijk schrijven bedacht zijn, bij de praescriptiones pro reo valt die noodwendigheid weg. Praescriptio beteekent tegenwerping, verdediging waarbij het geschrift niet in aanmerking komt. De Romeinen hebben dezen technischen term aan het Grieksche proces ontleend door *παραγραφή* met praescriptio te vertalen (1); den titel van D. 44. 1. de exceptionibus praescriptionibus et prae iudiciis vinden we in de Bas. 51. 1. terug in *περὶ παραγραφῶν καὶ προκρίματων*.

CAJUS had daarom in de boven geciteerde plaats de praescriptiones pro actore van die pro reo moeten onderscheiden. Wel is waar zegt hij: olim autem quaedam et pro reo opponerantur, dit neemt evenwel niet weg dat hij zich zeker door den klank heeft laten verleiden de beide soorten praescriptiones gelijk te stellen, die in aard en wezen van elkander verschillen. Had CAJUS geschreven praescriptiones pro reo gezien, dan was 't geschrift geen noodzakelijk vereischte, maar hing van den vrijen wil van partijen af.

Prof. SCHLOSSMANN maakt aan het slot de balans op van de argumenten voor en tegen de noodzakelijkheid van het geschrift en eindigt met te getuigen:

(1) Cf. meer uitvoerig Prof. PARTSCH in Die longi temporis praescriptio p. 70 vlgg.

„So hat sich alles, was die herrschende Meinung gegen das gewicht der für die Spruchformel sprechenden Argumente etwa in die Wagschale werfen könnte, als gewichtlos erwiesen“.

Het vorenstaande geschrift, dat zich vlot en gemakkelijc laat lezen, is, zooals we dit van Prof. SCHLOSSMANN gewoon zijn, met overtuiging geschreven, doch of de schrijver zijn tegenstanders de wapens tegen zijn meening uit de handen geslagen heeft, betwijfel ik. Prof. SCHLOSSMANN die in de formula eene mondelinge verklaring ziet, was tot nadere verklaring verplicht, nu de praescriptio naar CAJUS' mededeeling, in geschrift was vervat. Denn, zegt hij, mussten sie (d. i. de praescriptiones) wie ihr Name anzudeuten scheint, geschrieben werden, so muss — so wird man wenigstens prima facie zu schliessen geneigt sein, auch die ganze Formel, deren Bestandteil sie bildeten, die Schrift als eine notwendige Form erheischt haben. Prof. SCHLOSSMANN aanvaardt evenwel die conclusie niet, al acht hij de praemisse niet onaannemelijk.

Aber man sei im Irrtum, wenn man von einer schriftlichen praescriptio ohne weiteres auf Schriftlichkeit der ganzen Formel schliessen zu müssen glaubt. Versteht man freilich das „prae“ hier, wie allgemein üblich, in örtlichem Sinne, so ist dieser Schluss unausweichlich, denn das örtlich einem praescriptum Nachstehende kann selbst nichts anderes als etwas graphisches Dargestelltes sein. Prof. SCHLOSSMANN acht het geschrift bij de praescriptio „nicht obligatorisch sondern verbreiteter Uebung gemäss fakultativ angefertigte Aufzeichnung der mündlich einer Partei erteilten, von den Parteien alsdann vor dem Judex zu sprechenden Formel. KRÜGER acht deze verklaring onbevredigend „und“, zegt hij, „sieht wie ein Notbehelf aus. Hier hätte er tiefer graben „müssen“.

Wanneer 't inderdaad waar is wat Prof. SCHLOSSMANN antwoordt: „Das tiefere Graben, das er für notwendig erklärt, hat uns nur Regenwürmer finden lassen”, doet ons de vraag stellen of Prof. SCHLOSSMANN wel in den goeden grond gegraven heeft.

Het wil mij voorkomen, dat, waar Prof. SCHLOSSMANN de zelfstandigheid der praescriptio tegenover de formula aanneemt, dit gevoelen wel eenigermate steun vindt in de meermalen geciteerde plaats van CAJUS zelf; daarin wordt gesproken van: ante formulas. Prof. KNIEP (1) leert aldus: Den Processgang haben wir uns dann so zu denken: dass die Praescriptio besonders erbeten, also ein eigenes Vorverfahren der Formelerteilung voraufgehen musste. Dit Vorverfahren verdween nadat de noodige voorziening te dien aanzien door opname in 't album des Praetors getroffen was. C. IV. 136 zegt, dat zoodanige formula was opgenomen, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis (2). Zoude de hier bedoelde praescriptio schriftelijk moeten zijn gesteld (3), dan kan m. i. aan het mondelinge der formula niet worden vastgehouden.

Utrecht, Dec. '07.

J. HAMBURGER A.D.ZN.

(1) F. KNIEP Praescriptio und Pactum p. 7 vlgg.

(2) cf. OTTO LENEL. Das Edictum perpetuum 1907, p. 148.

(3) cf. CUQ Les institutions juridiques des Romains II, p. 742.

De waarde van het Romeinsche recht. Rede
uitgesproken bij de aanvaarding van het
hoogleeraarsambt aan de Universiteit van
Amsterdam, op 7 October 1907 door
Mr. PAUL SCHOLTEN.

Bij het aanvaarden van het hoogleeraarsambt spreekt Prof. SCHOLTEN 't als zijne meening uit, dat eene haast bindend geworden traditie hem den plicht oplegt om uiteen te zetten en met kracht te betoogen, waarom juist het Romeinsche recht voor den toekomstigen jurist van bijzonder belang is. De onbetwistbare waarheid vooropstellende, dat het werk der Romeinsche juristen nog steeds van buitengewone beteekenis wordt geacht voor recht en rechtswetenschap wil hij met een door doel en structuur der rechtswetenschap gegeven maatstaf navorschen, waarin dan toch het bijzonder-voortreffelijke steekt, dat in het werk der Romeinsche juristen moet zijn gelegen, wil hij vragen naar het objectief-deugdelijke in het Romeinsche recht. In dien zin is, naar spreker, die vraag door FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY en RUDOLPH VON IHERING gesteld en beantwoord; de eerste vindt in den vorm, de tweede in den inhoud het bewonderenswaardige in het Romeinsche recht. Spreker schaart zich aan de zijde van VON SAVIGNY omdat, waar de samenleving naar tijd en plaats voortdurend wisselt, de inhoud van een rechtsregel nooit iets objectief waardevols kan zijn. Niet dus in de door de Romeinsche juristen gegeven beslissingen maar in de methode, waarnaar zij tot die beslissingen kwamen zit hunne waarde. Die methode bestaat, naar VON SAVIGNY, in de logische behandeling van de rechtsstof, gepaard met een voortdurend achtslaan op de werkelijkheid; naar VON IHERING is die cultus van het logische eene dwaling, eene mis-

kenning van het wezen van het recht, niet wat de logica, maar wat het leven, verkeer, rechtsgevoel eischt heeft te geschieden, niet het begrip moet worden gekweekt, maar het doel van elk rechtsvoorschrift moet worden onderzocht. Volgens spreker is deze tegenstelling er eigenlijk geen: immers eene logische behandeling van de rechtsstof kan samengaan met het meest mogelijke rekening houden met doel en grondslag bij de verklaring en uitlegging van rechtsvoorschriften; bovendien ziet VON IHERING voorbij, dat rechtsbegrippen en rechtsregels geen twee naast en onafhankelijk van elkaar bestaande dingen zijn: in waarheid is niet één rechtsregel zonder gebruikmaking van rechtsbegrippen op te stellen, is een rechtsbegrip omgekeerd niet anders dan een samenvatten van regels of van te regelen feitelijke toestanden. Spreker kan de deductie uit het begrip geenszins verwerpen doch waarschuwt er tegen eene zoo gededuceerde stelling als meer dan eene hypothese te beschouwen, zoodat toetsing aan niet-logische momenten noodzakelijk blijft. Dit hebben de Romeinen begrepen, in logische beheersching van de rechtsstof zijn zij de voorgangers, maar wat hen daarbij het meest tot eer strekt, is, dat zij hun logischen bouw wisten te offeren, als hij geofferd moest worden.

En waar den jurist ten taak is gesteld het recht te vinden, dringt zich de vraag op, welke methode zal hij daarbij hebben te volgen? vermits voor elke mogelijkheid, die het leven ter beslissing voorlegt, geene regelen noch door wet, noch door gewoonte, kunnen worden vastgesteld, zoo heeft de jurist den regel te vinden, die, wil hij waarlijk een rechtsregel heeten, eene goede regeling moet geven van de verhoudingen der menschen. De Romeinen vonden die rechtsregels, omdat zij zich van de beperktheid van hunne methode van deductie bewust waren, omdat zij begrepen, dat bij het vinden

van recht door andere dan logische momenten de doorslag wordt gegeven, zij begrepen dat de billijkheid niet naast maar *in* het recht gelegen is. Het werd door de Romeinen openlijk erkend: *In omnibus rebus quidem, maxime autem in jure aequitas spectanda est.*

Tot zoover de rede van Prof. SCHOLTEN. Met klimmende belangstelling heb ik deze rede aangehoord vooral daarom, omdat zij, uitgesproken door Prof. SCHOLTEN, die zich tot heden inzonderheid met vraagstukken van de tegenwoordige rechtspraktijk bezig gehouden heeft, de waarde en de beteekenis van het R. R. voor onze praktische juristen bepleit. Hij beschouwt het R. R. niet als onderdeel van de philologie of van de geschiedenis van ons recht, maar als een der wortelen, waaruit ook de hedendaagsche rechtswetenschap hare sappen trekt, als een der bronnen, waaruit onze juristen kennis omtrent recht en rechtswetenschap putten kunnen. Hierop te wijzen is een verdienste van Prof. S. en al mocht hetgeen hij gezegd heeft velen bekend zijn, het uiteenzetten en met kracht betoogen, waarom juist het R. R. voor den toekomstigen jurist van bijzonder belang is, is nuttig en noodig. Hoevele goed geschoolde juristen zijn er niet, die allengs uit 't oog verliezen, wat zij aan hunne studie van 't R. R. te danken hebben, hoovele zijn er niet, bij wie het bewustzijn verflauwt, dat zij eigenlijk door en tengevolge van hunne studie van het R. R. zich den adelbrief van de nobilitas in het officium waardig gemaakt hebben.

*Quo semel est imbuta recens servabit odorem
Testa diu,*

zegt HORATIUS (Epist. I. 2.)

Waar Prof. S. voor de keuze van zijn onderwerp aanvoert, dat hij zich aan eene haast bindende traditie niet

heeft willen onttrekken — een traditie trouwens die m. i. op goede gronden steunt (1) — daar hoop ik dat hij, nu de aanleiding tot het volgen dier traditie tot het verledene behoort, het uiteenzetten van de beteekenis van de studie van het R. R. voor onzen juristenstand op zijn werkprogram ook een plaats zal willen gunnen.

Onze naburen, juristen van aanzien en gezag, zij achten zich gedrongen te herhalen, dat — ondanks de steeds meer en meer toenemende neiging om aan wettelijke bepalingen de regeling van maatschappelijke verhoudingen toe te vertrouwen (2), dat ondanks die neiging tot codificieeren, ja veeleer juist daarom, — de zorg voor het aanleggen van een soliden ondergrond voor de beoefening van de rechtswetenschap, en dientengevolge voor de uitoefening der rechtspraktijk, een dure plicht is voor hen, die op de ontwikkeling van onze juristen invloed hebben.

„Wir studiren das römische Recht“, zegt Prof. SOHM (3), „um unserer wissenschaftlichen Bildung willen. Ein wissenschaftlich gebildeter Juristenstand ist das, was wir an „erster Stelle nötig haben. Denn die juristische Bildung „ist es ganz allein, welche die Uebung der Jurisprudenz „als Kunst (ars boni et aequi) von der Uebung der Juris- „prudenz als Handwerk unterscheidet“.

J. H.

(1) cf. over het onderwijs van het R. R. «Römisches Recht und Pandecten Recht in Forschung und Unterricht» von Dr. FRITZ LIT- TEN, A. o. Professor der Rechte an der Universität Halle, 1907 Berlin.

«Die Stelle des öffentlichen römischen Rechts im Universitäts- unterrichte» von Dr. LEOPOLD WENGER, a. o. Professor der Rechte an der Universität Graz, 1907 Wien.

(2) cf. den eisch aan den wetgever gesteld door den Vice-President van den Hoogen Raad Weekbl. v. h. R. no. 8655.

(3) Das Studium des römischen Rechts. Deutsche Juristen-Zeitung 1908 no. 1, pag. 34 vlg.

Verzameling van de sinds 1850 in het Staatsblad opgenomen Koninklijke Vernietigingsbesluiten in afdeelingen chronologisch geordend, toegelicht door korte weergave van den inhoud en analyseerende aantekeningen en voorzien van verschillende klappers.
Bewerkt door Mr. S. K. THODEN VAN VELZEN, Secretaris der gemeente Zwolle.
Met Supplement, bijgehouden tot 1 Januari 1907. Arnhem, S. GOUDA QUINT. Prijs f 1.75.
Gebonden f 2.25.

In jaargang 1903 van *Themis* (blz. 634) heb ik de eerste uitgave van dit werk, verschenen bij J. B. WOLTERS te Groningen (1902) aangekondigd.

Thans is hetzelfde werk, tegen aanmerkelijk lageren prijs, door GOUDA QUINT te Arnhem opnieuw uitgegeven. Het is geheel onveranderd gebleven, behalve dat er aan is toegevoegd een resumptie of kort overzicht van de Koninklijke Vernietigingsbesluiten, welke over het tijdvak 1 Febr. 1902—1 Jan. 1907 in het Staatsblad zijn opgenomen. In afwijking van de vroegere besluiten worden deze niet in hun geheel medegedeeld. Alleen de inhoud er van wordt in het kort weergegeven.

De lage prijs maakt het nuttige werk van Mr. THODEN VAN VELZEN verkrijgbaar voor velen die tegen den aankoop van de eerste uitgaaf opzagen, en de aanvulling verhoogt de bruikbaarheid er van.

Intusschen valt het niet te ontkennen, dat de wijze waarop het werk thans is ingericht, lijdt aan eene zekere *inelegantia*. Wat er is bijgevoegd, is niet veel anders dan een register. Ik beweer niet, dat de bruikbaarheid van het werk er minder door wordt nu de tekst der Koninklijke besluiten sinds 1 Febr. 1902 genomen niet wordt medegedeeld, maar ik had het fraaiër gevonden, als het geheele boek op dezelfde wijze ware bewerkt, en òf de methode van het hoofdwerk ook in het supplement òf de methode van het supplement ook in het hoofdwerk gevolgd ware. Iedere afdeeling had dan afzonderlijk moeten zijn bijgewerkt.

Maar . . . dan zou het geheele werk opnieuw hebben moeten gedrukt worden, en had de uitgever niet kunnen volstaan met de toevoeging van eenige vellen druks aan datgene wat hij van een collega had overgenomen. Niet alleen juridische, maar ook economische redenen zullen hier wel gegolden hebben. Nu het hoofdwerk onveranderd gebleven is, zou deze aankondiging alleen het supplement moeten betreffen, en aanleiding tot opmerkingen geeft mij dit laatste niet.

Mr. C. BAKE.

Nederlandsche Juristenvereniging.

Voor de *Algemeene Vergadering* van 1908, welke gehouden zal worden te Amsterdam, zijn aan de orde de volgende onderwerpen:

1. Is wijziging en aanvulling wenschelijk van de bepalingen in ons recht betreffende *levering van schepen* en het *vestigen van rechten daarop*; zoo ja, welke? — Praeadviseurs: Mrs. A. J. BIK en A. LIND.

2. Verdient het aanbeveling, het *leekenelement* aan de rechtspraak (in strafproces, burgerlijk proces, administratief proces) te doen deelnemen? — Praeadviseurs: Mrs. J. A. VAN HAMEL, J. A. LEVY en M. MENDELS.

THE
HISTORY
OF
THE
CITY
OF
NEW-YORK
FROM
ITS
FIRST
SETTLEMENT
TO
THE
PRESENT
TIME
BY
J. C. HEATON
NEW-YORK
AND
LONDON
1853

THEMIS

LXIXste deel — DERDE STUK

Het weiderecht van de ingezetenen in de
„Broeklanden van IJsselham”,

DOOR

MR. T. BINNERTS,
Advocaat te Heerenveen.

Het geschil, dat zich heeft voorgedaan ten aanzien van de Broeklanden van IJsselham tusschen een der ingezetenen van dit dorp en de gemeente Oldemarkt waartoe dit behoort, komt mij voor interessant genoeg te zijn uit juridisch oogpunt, om ook door anderen dan de belanghebbenden gekend te worden.

Evenals op vele andere plaatsen hadden van oudsher de ingezetenen van het dorp IJsselham weiderechten op bepaalde landerijen in de tegenwoordige gemeente Oldemarkt, die als zoodanig is ontstaan in den Franschen tijd (1811) door samenvoeging van de — vroeger zelfstandig bestaan hebbende — dorpen Oldemarkt, IJsselham, Paaslo en de Hare met de daarbij behoorende gehuchten.

Bij elk dezer dorpen behoorde een bepaalde weide, waar

de ingezetenen vrijelijk hun vee mochten doen weiden na den hooioogst, de z.g. naweide, terwijl historisch is aan te toonen, dat oudtijds ook de vóórweide hun toebehoorde. Blijkbaar zijn dit de overblijfselen van een mark, waarop ook de naam van het dorp (thans ook die van de gemeente) „Oldemarkt” wijst.

Zooals zal blijken uit het na te noemen „accoord van 't Broek” van 1570 heeft over die weiden tusschen die dorpen in vroeger eeuwen steeds zekere wrijving bestaan.

Waarschijnlijk heeft het dorp (vroeger kerspel) IJsselham als het kerkelijk centrum van die streek vóór dat jaar op al de zuidelijk van de Linde aldaar gelegen weiden die rechten uitgeoefend, en zijn langzamerhand door die andere dorpen, denkelijk in verband met de toeneming van het aantal hunner inwoners, stukken daarvan in bezit genomen, hetgeen wel niet altijd even vredig in zijn werk zal zijn gegaan, zooals begrijpelijk is in de Middel-euwen.

Hoe het zij, bedoeld „accoord” geeft historisch de eerste nauwkeurige afbakening van de rechten dier dorpen : bij het dorp IJsselham behoorde sedert dat jaar uitsluitend het Buiten- en Tusschenbroek, bij het dorp Oldemarkt het Markerbroek en bij de Haere en Paaslo het Oosterbroek.

Na de samenvoeging der dorpen nu tot ééne gemeente — de „verbandregeling” — openbaarde zich het oude antagonisme opnieuw, doch in een anderen vorm. Een aantal ingezetenen verzocht — op grond, dat IJsselham toch door die samenvoeging al voordeel had gehad en dat het vee van IJsselham betrekkelijk minder talrijk was dan dat van de andere dorpen — Gedeputeerde Staten van Overijssel het gebruik van de Broeklanden voor alle ingezetenen gemeen te maken, „dat de ingezetenen van het „geheele Schoutambt daarin gelijk mochten gesteld worden”. Door den Schout van Oldemarkt werd dienaan-

gaande aan dat college gerapporteerd, — met welk rapport men zich vereenigde — dat het accoord van 1570 eene minnelijke regeling daarover inhoudt, weshalve een nader onderzoek van de grieven onnoodig is, daar „de decisie „op dit stuk als een regt van Eigendom, reeds voor „derdehalve eeuw gerigtelijk gevestigd, concerneerende, „nimmer van de competentie dezer vergadering kan „zijn”, enz.

Na dit slechte onthaal berustten die ingezetenen van Oldemarkt en Paasloo in den toestand. De ingezetenen van IJsselham behielden dus de naweide op het Tusschen- en Buitenbroek ongestoord, en wel tot het jaar 1900. Inmiddels had het gemeentebestuur gedaan wat vroeger het dorpsbestuur deed, n.l. vastgesteld den datum waarop de weide begon en ophield, verder toegezien, dat enkele van oudsher gegolden hebbende gebruiken in stand bleven betreffende het „branden” van het vee vóór den aanvang der weide, waardoor het een kenteeken kreeg, het weren van mannelijk vee, de z.g. „scheering” van het vee (d. w. z. vermindering van het getal weidende dieren in evenredigheid van elks bezit in schrale jaren); in één woord het gemeentebestuur behartigde de belangen der rechthebbenden.

Daartegenover stond voor de gemeente een voordeeltje in den vorm van de opbrengst van weidegelden, van oudsher door niet rechthebbenden verschuldigd, zooals reeds het na te noemen stuk van 1571 aantoont.

Voor het eerst in het jaar 1861 (1) werd in den vorm van eene *verordening* de regeling van dit belang der ingezetenen van ieder dier dorpen vastgelegd, welke verordening, met geringe wijzigingen of aanvullingen, tot

(1) Hieraan vooraf waren gegaan diverse op zichzelf staande raadsbesluiten als tot opening en sluiting der weiden, „scheering” wegens grasgebrek, enz.

1900 in hoofdzaak dezelfde bleef. De rechtsgrond om zoo te zeggen van deze gemeentebemoeiing vinden we in art. 1 dier verordening: „*Behalve de gemeente Oldemarkt „zijn uitsluitend tot de weide van de broeken gerechtigd: van „het Buiten- en Tusschenbroek de ingezetenen, welke wonen „in huizen, enz. (volgt de aanduiding der grenzen van „het dorp IJsselham) (1) enz.*”

Doordat de gemeente zich zelve *rechthebbende* noemde, was althans formeel opgeheven het gevaar van de administratieve nietigverklaring der verordening wegens de regeling van een louter private zaak der ingezetenen.

Maar hoofdzaak was: alles ging in vrede; de ingezetenen hadden het volle genot van hun recht.

Gelijk gezegd, in 1900 veranderde dit. Met 3 tegen 2 stemmen nam toen de Raad eene verordening aan, waarvan het eerste artikel voornamelijk de beteekenis uitmaakt. Dit luidt:

„De gemeente Oldemarkt voert als rechthebbende op „de weide in de Broeklanden, het beheer daarover. Zij „zal op die Broeklanden, onder nader te stellen regelen, „vee toelaten, zoowel van ingezetenen, als van elders „wonenden. Ten behoeve der ingezetenen wordt inzake „de beweiding de volgende regeling gemaakt”, enz. (volgt aanduiding der grenzen: voor *IJsselham* alléén het *Buitenbroek*, voor de andere ingezetenen het *Tusschen-Marker- en Oosterbroek*).

Dit ademt een gansch anderen geest dan de vroegere eerste artikelen dezer verordeningen!

De gemeente *als eenig rechthebbende! Zij laat het vee der ingezetenen toe!*

(1) Het beweren der gemeente in de gevoerde procedure, dat deze grenzen *niet* met die van het kerspel of dorp IJsselham zouden samen vallen, is niet nader gejustificeerd.

Dit is geheel iets anders dan het *uitsluitend* — naast de gemeente — *gerechtigd* zijn van de *ingezetenen*! Aan die veranderde houding meende de gemeente dan tevens het recht te kunnen ontleenen het Tusschenbroek te ontnemen aan de IJsselhammers. Dit bracht deze natuurlijk te wapen, hetgeen leidde tot eene procedure bij de Arrondissements-Rechtbank te Heerenveen van één der veehouders van IJsselham, ten einde eene beslissing uit te lokken over de vraag, of daartoe de gemeente het recht maar had!

Laat ons na deze meer algemeene inleiding die procedure en haren loop nader in oogenschouw nemen.

Aan die procedure ging vooraf: 1°. aanbod van betaling van het weidegeld; ook in 1900 voor het eerst ingevoerd, hoewel een kleinigheid bedragende, (1) en 2°. de door een deurwaarder geconstateerde weigering namens het gemeentebestuur van het bij de weidehekken van het Tusschenbroek door bedoelden veehouder e. a. aangevoerde vee.

De actie strekte nu tot erkenning van eischers recht van naweide in het Tusschenbroek en tot veroordeeling van de gemeente om den eischer de door die weigering van het vee ontstane schade te vergoeden.

Grond der actie was natuurlijk het in de inleiding omschreven van oudsher, in ieder geval meer dan dertig

(1) Teneinde de hoofdzaak — den strijd over het Tusschenbroek — scherper te doen uitkomen, werd dit aanbod van betaling gedaan, door consignatie gevolgd, waarbij eischer had gesteld, dat het een naar zijn oordeel onrechtmatige heffing was.

Na de beëindiging der procedure heeft de gemeente uit eigen beweging, tegelijk met de wijziging der verordening, waardoor aan IJsselham weer het Tusschenbroek werd toegekend, ook deze heffingsverordening ingetrokken.

jaren, bestaan hebbende naweiderecht van de veehoudende ingezetenen van IJsselham, waartoe eischer behoort.

Het eerste middel van verweer tegen deze rechtsvordering namens de gemeente ingebracht was de bewering, dat sedert onheuglijke jaren de kerspelen, vertegenwoordigd door hunne gevolmachtigden, het naweiderecht hebben bezeten, en dat die kerspelen zijn opgevolgd door de gemeente, zoodat dit weiderecht niet een individueel recht zou geweest zijn, „en ieder kerspel bewoner niet voor zich persoonlijk recht van naweide op de Broeken had, maar als ingezetenen, als vormende met de overige ingezetenen de corporatie, het kerspel.” Als feit werd hierbij nog gesteld, dat ook niet-ingezetenen tegen betaling hun vee mochten doen weiden, welke gelden in de kerspelkas vloeiden.

Behalve deze grond van verweer, de ontvankelijkheid der actie rakende, door het Openbaar Ministerie bij die Rechtbank als terecht opgeworpen geoordeeld, was het verweer ten principale de ontkenning van het ongestoord bezit tot 1900 van het naweiderecht bij de ingezetenen. Hierbij werd tot toelichting gezegd, dat het ontstaan van het recht niet meer is na te gaan, doch dat na de oplossing der dorpen in de gemeente Oldemarkt eerst door raadsbesluiten en later door verordeningen het gebruik van het recht geregeld is geworden. Deze regeling, waarbij de verdeeling der Broeklanden (zooals die oudtijds had bestaan) was opgenomen, was dan volgens de gedaagde gemeente de door den gemeenteraad aan de aangeduide ingezetenen verleende bevoegdheid om zonder daarvan iets te betalen op door den raad vastgestelde voorwaarden het vee te doen weiden gedurende den tijd door den gemeenteraad vastgesteld. Een bezit, dat tot verjaring kon leiden, was dus niet aanwezig volgens de gemeente, terwijl bovendien beroep

op dertig jarig gebruik door „de ingezetenen” geen beroep op dertig jarige verjaring ten behoeve van eischer, die *zelf* geen dertig jarig bezit stelde, mogelijk zoude maken.

De rechtbank verwierp al deze verweermiddelen en wees de vordering toe, op grond van de erkenning in artikel 1 der verschillende verordeningen van vóór 1900, dat de ingezetenen van IJsselham met en naast de gemeente zelve gerechtigd waren tot de weide op het Tusschen- en Buitenbroek, waardoor vaststaat, dat die ingezetenen in 1900 door een langer dan 30-jarig bezit den mede-eigendom van dat recht hadden verkregen, zoodat de uitoefening daarvan aan ieder ingezetene toekomt. Aangaande het bezwaar, dat het bezit niet ongestoord zou geweest zijn, werd door de rechtbank overwogen, dat de bepalingen in die verordeningen gemaakt deels slechts een regelend karakter droegen, en overigens bepalen de wijze, waarop de gemeente haar recht als medegerechtigde zal uitoefenen, waarmede de overige gerechtigden steeds genoeg hebben genomen.

Omtrent de wettigheid dier „zoogenaamde” (!) verordeningen werd niet beslist, daar dit niet was gevraagd, terwijl de rechtbank ook meende den vroegeren aard van het recht buiten beschouwing te kunnen laten (1).

Het hooger beroep leidde tot bevestiging van genoemde uitspraak, nadat de waarnemende Procureur-Generaal in een uitvoerige en van zeer veel studie getuigende con-

(1) Een der gronden waarop eene productie van een oud document door de rechtbank ter zijde was gesteld, zoodat die naar haar oordeel geen licht over het ontstaan van het recht kon verschaffen, vond bestrijding door den bekwamen Rijksarchivaris van Utrecht den heer Mr. S. MULLER Fz. in het *Nederlandsch Archievenblad* no. 3 van 1906—1907 onder den titel «Bewijskracht van archiefstukken in rechte».

clusie had geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van den geïntimeerde, oorspronkelijk eischer, zulks op grond dat, hoewel het 30-jarig bezit zou zijn bewezen, de bewuste verordeningen eene voortdurende *stoornis* in dat bezit zouden opleveren, waar niet is aangetoond dat eenige bepaling dier verordeningen uitsluitend toepasselijk is of kan zijn op de uitoefening van het recht door de medegerechtigde gemeente (1).

Daar het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden, waarin de gemeente heeft berust, het eindvonnis in deze zaak is, meen ik goed te doen de rechtsoverwegingen daarvan hier te laten volgen, te meer omdat het betoog één geheel is en zich moeilijk laat excerpereen:

„Overwegende, dat als tusschen partijen vaststaande kan worden aangenomen, dat de veehoudende ingezetenen van IJsselham oudtijds, bij het bestaan van het kerspel van dien naam, het naweiderecht op het Tusschenbroek uitoefenden;

dat gedurende de Fransche heerschappij in het begin van de vorige eeuw is opgericht de gemeente Oldemarkt en dat in die gemeente zijn opgelost verschillende kerspelen, die hun zelfstandig bestaan verloren, waaronder ook het kerspel IJsselham;

dat ook na de oplossing van het kerspel in de gemeente Oldemarkt de bewoners van IJsselham in het genot van het naweiderecht zijn gebleven, totdat hun dit genot is ontnomen bij de verordening op het gebruik

(1) M. i. wordt bij deze redeneering uit het oog verloren, dat art. 1 der verordeningen, zooals de rechtbank terecht inzag, de sedes materiae is. Hierop ook steunt de aangenomen medegerechtigdheid der gemeente, waarvan de uitoefening in de verordeningen is neergelegd, maar vooral ook een eigen recht pro domino van de ingezetenen.

der weide in de broeklanden onder de gemeente Oldemarkt van 21 Juli 1900;

dat in de eerste tijden van het bestaan der nieuwe gemeente Oldemarkt tot aan de vaststelling van de na te noemen verordening van 1861, bij besluit van den Raad de datum werd vastgesteld, waarop het vee op de broeklanden kon worden toegelaten; dat bij raadsbesluit van 28 Juli 1842 werd besloten, dat geen vee van veehouders buiten de gemeente wonende zou worden toegelaten uithoofde van grasgebrek; dat bij raadsbesluit van 16 Augustus 1845 de opening van de graslanden werd verdaagd uit hoofde van den natten zomer;

dat artikel 1 van de gemeenteverordeningen van 24 September 1861, 30 Juli 1867 en 15 Juli 1882 luidt: „Behalve de gemeente Oldemarkt zijn uitsluitend tot de „weiden van de Broeken gerechtigd: van het Buiten- „en Tusschenbroek de ingezetenen, welke wonen in de „huizen”, enz.;

dat in de verdere omschrijving worden aangewezen de huizen, staande in het vroegere kerspel IJsselham, terwijl geïntimeerde, oorspronkelijk eischer, woont in een dier huizen;

Overwegende, dat appellant opkomt tegen de beslissing van de Rechtbank, waarbij is aangenomen, dat de mede-eigendom van het naweiderecht van het Tusschenbroek rechtens toekomt aan de ingezetenen van het vroegere kerspel IJsselham, en wel doordat in 1900 dit recht door een meer dan dertig jarig bezit door verjaring door hen zou zijn verkregen;

dat appellant stelt, dat het naweiderecht van ouds toekwam aan het kerspel en later aan de gemeente; dat het kerspelbestuur en later het gemeentebestuur eenvoudig het genot van de uitoefening van het weiderecht aan de ingezetenen van IJsselham toekende, maar nooit

eenig zelfstandig recht van die ingezetenen op de naweide heeft erkend;

Overwegende, dat IJsselham ligt in een landstreek, waar een groot gedeelte van het land van ouds in marken is verdeeld geweest, waar het markerecht heeft gegolden, terwijl ten aanzien van sommige landerijen en het gebruik daarvan beginselen van het markenrecht de rechtsbetrekkingen tot in later tijd zijn blijven beheerschen;

Overwegende, dat dit in het bijzonder het geval is met de rechten van naweide, dat is: het recht op gemeenschappelijk gebruik tot naweide van landerijen, die waarschijnlijk oorspronkelijk in alle opzichten tot gemeen gebruik dienden, maar later onder gewijzigde rechtstoestanden in bijzonder eigendom zijn overgegaan bij het voortleven van den ouden rechtstoestand alleen ten aanzien van de naweide;

Overwegende, dat deze rechten op den grond en het gebruik daarvan van ouds niet toekwamen aan een rechtspersoon, maar aan de ingezetenen individueel, al dan niet in verband met bezit van huis of erf;

Overwegende, dat in het *Diversorium secundum* van *RUDOLPHUS DE DIEPHOLT*, dat is: in eene officieele verzameling van belangrijke stukken, aangelegd op bevel van voornoemden bisschop van Utrecht, voorkomt eene bekendmaking van grietmannen en gemeene rechters van Stellingwerf en Schoterwerf van het jaar 1384, waarin zij erkennen, dat „die van Iselham als bij noorderkerke” het recht op de weide op hun erf te IJsselham hebben en wel op het broekland, namelijk: het recht om te weiden tot den veertienden nacht vóór den 1 Mei en na den hooioogst;

Overwegende, dat, ook al mocht in de middeleeuwen eene uitdrukking als: „die van Iselham” soms gebruikt

worden ter aanduiding van een universitas, toch in het aangehaalde stuk ten duidelijkste met die uitdrukking geen rechtspersoon, maar de ingezetenen worden bedoeld zooals blijkt uit de bijvoeging „als bij Noorderkerke”, dat is: eene beperking tot die IJsselhammers, welke ressorteeren onder de Noorderkerk;

Overwegende, dat tusschen partijen in confesso is, dat volgens de notulen van Gedeputeerde Staten van Overijssel van 1 November 1819 een aantal ingezetenen van Oldemarkt en Paaslo zich bij dat college hebben beklaagd over de verdeeling van de naweide van de broeklanden tusschen die van Oldemarkt en Paaslo en die van IJsselham, hebbende de laatste, hoewel IJsselham veel minder bevolkt was en veel minder vee bevatte dan Oldemarkt en Paaslo, uitsluitend het gebruik van het Buiten- en Tusschenbroek, het beste gedeelte der broeklanden; en dat toen bij Gedeputeerde Staten is ingekomen een bericht van den Schout van Oldemarkt met daarbij gevoegd bericht van dien van IJsselham, waaruit volgens de gecommitteerden tot de zaken van politie consteerte, dat de verdeeling der naweide bij minnelijke schikking van het Drostengerecht van Vollenhove tusschen die van Oldemarkt en Paaslo ter eener en die van IJsselham ter andere zijde op den 20 September 1570 door wederzijdsche gecommitteerden is vastgesteld;

Overwegende, dat dus historisch als vaststaande mag worden aangenomen, dat de IJsselhammers individueel van ouds een naweiderecht op broeklanden in hun kerspel hebben gehad, terwijl reeds sn 1819 andere ingezetenen van de gemeente Oldemarkt zich beklaagden over bevoorrechtiging van de IJsselhammers bij de naweide van het Tusschenbroek;

Overwegende, dat de houding van het gemeentebestuur van Oldemarkt in de negentiende eeuw moet worden

bezien bij het licht, hetwelk de geschiedenis verschaft;

Overwegende, dat het gemeentebestuur de IJsselhammers heeft gelaten in het genot van de naweide van het Tusschenbroek in aansluiting met de vóór de oprichting van de gemeente Oldemarkt bestaande gebruiken;

dat het bestuur die ingezetenen in dat uitsluitend recht heeft gehandhaafd, ondanks het protest van andere ingezetenen der gemeente; en dat het bestuur ten slotte in verschillende opvolgende verordeningen hen niet alleen in dat genot heeft bevestigd, maar hen uitdrukkelijk *rechthebbenden* heeft genoemd;

Overwegende, dat dus het gemeentebestuur onder deze omstandigheden geacht moet worden een van ouds bestaand recht van de ingezetenen van IJsselham op de naweide uitdrukkelijk te hebben erkend; zoodat door eischer, thans geïntimeerde, tegenover de gemeente het bewijs van zijn recht is geleverd;

Overwegende, dat wel de appellant heeft betoogd, dat uit de overige bepalingen der gemeenteverordeningen en uit de getroffen regelingen blijkt, dat het gemeentebestuur niet de bedoeling had het gestelde recht te erkennen; dat immers de IJsselhammers niet in de uitoefening der naweide werden vrijgelaten, maar werden gebonden aan bepalingen ten aanzien van het soort vee, hetwelk werd toegelaten, en ten aanzien van den tijd, waarop die toelating geschiedde;

Overwegende, ten aanzien daarvan, dat de aard van het gestelde recht medebrenge de noodzaak van eenige regeling ten aanzien van de uitoefening daarvan, en dat dan ook van ouds gewoonlijk een of andere autoriteit zich met deze regeling, „bescharing” genaamd, belastte;

Overwegende, dat, waar onder de nieuwe wetgeving geen bepaalde autoriteit daartoe mocht zijn aangewezen, het voor de hand lag, dat de regeling — onder goed-

vinden van rechthebbenden en belanghebbenden — geschiedde door het gemeentebestuur;

Overwegende dat appellant zich ook beroept op de omstandigheid, dat het gemeentebestuur vee van anderen tegen betaling tot de naweide toelaat en het daarvoor ontvangen geld in de gemeentekas stort;

Overwegende, dat deze omstandigheid nooit meer kan bewijzen, dan dat ook de gemeente zekere rechten op de naweide uitoefent, maar niet kan strekken tot tegenspraak van het daarnaast zeer wel bestaانبare recht van de ingezetenen van Ljsselham;

Overwegende, dat dus appellant zich ten onrechte gegriefd gevoelt door het vonnis der rechtbank; en dat dit vonnis — zij het ook met wijziging van gronden — behoort te worden bevestigd, met veroordeeling van appellant in de kosten van het hooger beroep.”

→ In deze heldere motiveering is geheel mijne opvatting weergegeven, dat in het licht der geschiedenis deze gemeente-bemoeiing moet worden beoordeeld, en dat uit hetgeen eischer daartoe produceerde voldoende het bestaan van een individueel ingezetenenrecht van markerechtelijken oorsprong blijkt; voorts dat, waar ook vroeger altijd een of andere autoriteit het recht in verband met de wijze van uitoefening regelde, zooals de aard daarvan medebrengt, de regeling door de gemeente, met goedvinden van belanghebbenden, voor de hand lag, zoodat dit nooit meer kan bewijzen dan dat ook de gemeente zekere rechten op de naweide uitoefent, en daarin dus geen tegenspraak van de rechten van ingezetenen ligt.

De loop der procedure wijst er m. i. duidelijk op, dat de rechtbank zich de beantwoording der zich hier voordoende vraag onnoodig bemoeilijkte door de geschiedenis er buiten te willen houden en enkel op grond van de

verordeningen te willen beslissen. Dat zij op deze wijze toch tot de toewijzing der vordering kwam, wil mij voorkomen voor een deel te danken te zijn juist aan de omstandigheid, dat in dezen de natuur wel sterker dan de leer zal zijn geweest!

Hoe dit zij, in elk geval blijkt uit de conclusie van het Openbaar Ministerie bij het Hof, dat het advies van dezen ambtenaar eene zuivere deductie is uit de verordeningen. Uitsluitend toch ons hierop baseerende hangt het resultaat, waartoe we moeten komen, geheel af van het gewicht, dat we toekennen aan de erkenning van het recht in artikel 1 voorkomende. We kunnen deze als grondslag nemen zooals de rechtbank, of uit den verderen inhoud der verordeningen redeneerende eigenlijk tot de conclusie komen, dat artikel 1 niet meer is dan een redactiefout, zooals feitelijk de heer Procureur-Generaal deed. In deze laatste redeneering past vooral het beroep — namens de gemeente zoowel in de stukken als bij de pleidooien terecht op den voorgrond gesteld — op de omstandigheid, dat de regeling bij gemeentelijke verordening is eene publiekrechtelijke, waarbij de overheid staat tegenover den ingezetene en van civiele eigen rechten van ingezetenen geen sprake kan zijn, doch elk gebruik uit den aard ter bede is.

Blijkbaar dan ook heeft deze laatste overweging de gemeente in 1900 tot de bovengenoemde groote wijziging in art. 1 der verordening gebracht, met wegcijfering der historie, en consequente toepassing van het publiekrechtelijk dogma.

Daar zooals uit het vorenstaande blijkt naar mijn oordeel aan de historie een niet onbelangrijke plaats toekomt bij de beoordeeling van het bewuste geschil, dien ik thans wel meer in bijzonderheden de historie van dit weiderecht na te gaan.

sterker dan de leer

in R.B. nu

(kleine verandering)

Allereerst richten wij daartoe nader den blik naar de drie door den eischer geproduceerde documenten, in de hiervoren opgenomen rechtsoverwegingen van 's Hofs arrest behandeld. In dit arrest wordt uit juridisch oogpunt terecht de nadruk gelegd op de volgende beide punten: In de eerste plaats hierop, dat uit de eerste productie, zijnde een extract uit het Diversorium van den bisschop van Utrecht RUDOLPHUS DE DIEPHOLT secundum fol. XLII 1^o volgt, dat reeds in 1384 „die van Iselham als bij Noorderkerke” „etynge” (weide) hadden, en wel vóór- en naweide. Het stuk is eene erkenning van dit recht door de „grietsmans” en „gemene richters” van Stellynweef (Stellingwerf) en Scoterweef (Schoterland), die blijkbaar ten behoeve van de rechthebbenden op den hooioogst zich het recht voorbehielden het vee te schutten en mee te nemen tot de bepaalde „losprijs” er voor betaald zou zijn, indien het zich nog op de weide bevond na den vastgestelden datum wat de voorweide betreft, zijnde de 14e nacht na Sint Philips en Jacobsdag (1 Mei).

In dit merkwaardige stuk, dat als bijlage hierachter wordt opgenomen (1), wordt in 't voorbijgaan ook reeds van „het kerspel van Iselham” melding gemaakt. — Het Hof nam speciaal op grond van de bijvoeging „als bij Noorderkerke,” welke eene beperking inhield tot de onder de Noorderkerk behoorende IJsselhammers, aan, dat de dragers van het recht — die van Iselham — waren de ingezetenen individueel, en dus niet het kerspel als corporatie. Hierop wijst m. i. ook duidelijk de omstandigheid, dat, hoewel het kerspel wel op een andere plaats genoemd wordt in het stuk en dus reeds toen onder dien naam bestond, niettemin voor de aanduiding

(1) Ook opgenomen in Racer „Overijsselsche Gedenkstukken” Deel VII, bladz. 243.

*Marbonham
er al hies af.*

van het rechtssubject de uitdrukking „die van Iselham” wordt gebruikt.

Ten andere valt de nadruk in het arrest van het Hof op hetgeen uit het geproduceerde extract uit de Notulen van Gedeputeerde Staten van Overijssel van 1 November 1819 resulteert, waarin is opgenomen de beslissing van dat college op het reeds in de inleiding genoemde verzoek van ingezetenen van de dorpen Oldemarkt en Paaslo om het gebruik der Broeklanden gemeen te maken voor de ingezetenen der geheele gemeente.

Die beslissing n.l. steunt op een bericht van den Schout van Oldemarkt met daarbij gevoegd bericht van dien van IJsselham, waardoor vaststond, dat op den 20 September 1570 door wederzijdsche gecommiteerden de verdeeling der naweide tusschen die van Oldemarkt en Paaslo ter eene en die van IJsselham ter andere zijde, ten overstaan van het Drostengerecht van Vollenhove, is geregeld.

Dat dus in 1819 Oldemarkt en Paaslo beproefden het gebruik van het Tusschenbroek er bij te krijgen, bewijst op zichzelf reeds, dat van ouds het Tusschenbroek tot IJsselham behoord had, geheel nog buiten verband met de vraag in hoeverre in deze productie tevens het bewijs ligt van de regeling van 1570, en of reeds *toen* die verdeeling zoo was gemaakt.

Ik stem toe, dat rechtens die regeling van 1570 bezwaarlijk als bewezen kon worden aangenomen, al kan ze historisch m. i. niet worden betwijfeld. Want hoeveel moeite ik daarvoor ook in de verschillende rijks- en stedelijke archieven aanwendde, (1) de oor-

(1) Terecht immers schreef Mr. J. I. VAN DOORNINCK in «*Bijdragen tot de Geschiedenis van Overijssel*» jaarg. 1888 bij de publicatie van het meergenoemde besluit van Gedeputeerde Staten

spronkelijke acte van 1570 was niet te vinden, weshalve ik mij moest vergenoegen met de productie van een afschrift daarvan getrokken uit een ten rijksarchieve te Zwolle zich bevindende verzameling van losse afschriften van eenige stukken, met de kerspelen Oldemarkt en IJsselham in verband staande en door een vroegeren burgemeester van Oldemarkt in dat rijksarchief gedeponereerd.

Dit was de derde productie van eischer, die als bijlage eveneens opgenomen wordt, tot titel dragende: „Verzegelde Brieff rakende 't accoord van 't broek „tusschen de Ingeseetenen van Paasloo, Oldemarkt en „de haare, en de Ingeseetenen van IJsselhamme.” De enkele lezing reeds doet zien, dat we aan een getrouwe copie hebben te denken van de origineele oorkonde, welke werd opgemaakt om een accoord te constateeren naar aanleiding van „een zekere quaestie und schelinge „erresen tusschen partijen roerende de ettinge der voor „en de naweyden op ten Vriese Broeck boven, tusschen „en buitenzijlen geleegeen, welke schelinge bij gemach- „tigde gedeputeerden is geaccordeert ende „verdragen in een steede en erflijken verdrag, die tot „Ewigen dage geduuren zal,” enz.

Ten behoeve van de „inwoonderen des karspels van IJsselham, die nu zijn ende aldaar wonende in IJsselhamme comen mogen” doen de „gemeene Carspelsluiden” (Oldemarkt en Paaslo) afstand van alle mogelijke aanspraken op den opslach van den ettinge „tusschen en buitenzijlen op ten broeke” (Tusschen- en Buitenbroek).

van Overijssel van 1 November 1819: «Het stuk van 1570, waarnaar het verwijst is tot dusverre niet voor den dag gekomen, «maar de steller van het besluit (TER PELKWIJK) had het stellig bij «de hand en het zal dus nog wel aanwezig zijn.»

Na deze korte behandeling der drie geproduceerde documenten, die, wat de beide eerstbehandelde betreft volkomen vasten grondslag rechtens boden, om historisch als bewezen aan te nemen het bestaan van oudsher van het betwiste ingezeten-recht, — komt het mij voor, dat hier de plaats is, om nog het een en ander daarop betrekking hebbende mede te deelen, ofschoon rechtens niet alles bewijsbaar is, doch in ieder geval historisch van beteekenis voor de kennis van het onderhavige recht. Ik ben mij bewust in dezen niet volledig te zijn, omdat de behandeling van al de hierop betrekkelijke stukken, die op eenige wijze aan de vergetelheid werden ontrukkt, te veel ruimte zou vorderen, maar ik bepaal mij tot het belangrijkste.

Met het oudste beginnende wijs ik in de eerste plaats op de beslechting van een geschil tusschen den Utrechtschen bisschop en de ingezetenen van Stellingwerf en Scoterwerf in 1313, als eerste bijlage opgenomen in het werk van Mr. J. H. E. MEESTERS „de Steenwijker Meenthe”, uitgegeven te Zwolle bij de erven J. J. TRIJL in 1881. Onder meer werd toen beslist, dat, waar eenerzijds de hoeven bij IJsselham als eigendom van den bisschop werden aangemerkt, deze zijnerzijds toestond, dat tegen een jaarlijkschen cijns de beemden waar ook gelegen door de hoorigen van den bisschop onrechtmatig verkocht aan vrije Friezen in het bezit van dezen zouden blijven.

Waar evenwel nadere aanduiding dier landen niet voorkomt in dat stuk missen we de zekerheid, dat de Broeklanden zijn bedoeld, al lijkt dit niet onwaarschijnlijk (1).

(1) Pastoor J. HAGEMANS vroeger wonende te Oldemarkt aan wiens mij ten dienste staand handschrift ik vele historische opmerkingen

Nadat nog in 1408 een zoen van den bisschop was uitgevaardigd over de betaling van den cijns, werd deze in 1413 vervangen door een anderen, waarbij den Friezen toegestaan werd het land op 't broek van IJsselham in eigendom te koopen en in acht jaren te betalen (1) en werd beloofd hun een bezegelden brief te geven „voor „hem en zijne nakomelingen bisschoppen toe Utrecht, „dat die van IJsselham haer goed niet verder weiden „zullen dan nae inhoud heurder besegelde brieven die „daarvan sijnt tusschen de van IJsselham en de Friesen „van Stellingwerf en Schoterland” (2).

Uit hetzelfde tijdperk is nog een „bezegelde brief” van den „Grietman Stellinge en de gemeene rigters des landes van Stellingwerf” bekend n.l. van het jaar 1341, die echter enkel op Paaslo betrekking heeft (3). Aanleiding was „onrust en verdriet” over de gemeene landen. De inhoud komt neer op een soortgelijke erkenning van de „ettinge” als in het reeds behandelde stuk van 1384 voorkomt ten aanzien van IJsselham. In 1428 bekrachtigde de bisschop van Utrecht zijnerzijds dien privilege-

ontleende, acht dit *zeker*, op grond van de omstandigheid, dat de bepaalde cijns even groot is als die in het na te noemen document van 1408 genoemd, n.l. 4 Engelsche Sterlingen.

(1) In 1423 gaf de bisschop daarvoor kwitantie.

(2) Bedoeld is blijkbaar het stuk van 1384 dat door dezen „bezegelden brief” wordt gecompleteerd.

(3) Opgenomen in een handschrift behelzende privilegiën en voorrechten van Paaslo, Oldemarkt en Hare, waarvan ook weer eene copie zich bevindt in het Rijksarchief van Overijssel.

Pastoor HAGEMANS brengt dit verzoek om erkenning in verband met de afscheiding van Paaslo — en de vestiging eener parochiekerk — in 1336 van het kerspel IJsselham, dat reeds in 1132 zou hebben bestaan, welke afscheiding natuurlijk ook eene verdeeling der Broeklanden tot gevolg moest hebben. Hierdoor is m. i. historisch volkomen de bestaande verdeeling hiervan verklaard.

brief tegenover het karspel Paaslo door eenen trans fixbrief.

Hiermede is het eerste tijdperk dezer geschiedenis afgesloten wat de mij ten dienste staande gegevens betreft.

We komen dan aan het jaar 1570, toen het „accoord van 't Broek” is getroffen, welk meergenoemd stuk er op wijst, dat het niet altijd vrede was tusschen de ingezetenen van de aan elkander burende kerspels van IJsselham en Paaslo, en waarin de verdeeling der broeklanden duidelijk is omschreven, blijkbaar in het belang van IJsselham, welks rechten tegenover de aanvallen van ingezetenen van het in bevolking toenemende karspel Paaslo, uitdrukkelijk werden erkend en bevestigd, voor eeuwig zooals het heette.

In het daaropvolgende jaar 1571 werd een „willekeur” (1) of te wel een keur, uitgevaardigd door „die van Paselo, Oldemarkt en de der Hare”, onder welk stuk staat: „Actum bij coernoten HENDRIK DIRKS ende JOHAN MUURLINKS binnen den Oldemarke daer die principale erfgesetenen bij den anderen verbodt waren een ieder bij zijnder stemmen verlies voor mij als rechter in der zaken”, onderteevend door GEERT LUITJES SCHOLTUS.

Dit onderschrift is daarom van eenig belang, omdat er — zooals ook van elders historisch als vaststaande is aan te nemen (2) — uit blijkt, dat het karspel of dorp

(1) Ook hiervan is weer een losse copie in het Rijksarchief van Overijssel.

(2) Zie ook Mr. P. C. J. A. BOELES «Armengoederen en Armbesturen in Friesland» opgenomen in de *Vrije Fries*, Mengelingen, uitgeg. door het Friesch Genootschap van Geschied-, Oudheid- en Taalkunde, Twintigste deel, Vierde Reeks, 2de dl., 1ste Afl. 1902.

Op blz. 88 vermeldt deze schrijver, dat de grondeigenaren te zamen de vertegenwoordigers van het dorp waren en met elkaar de «meene meente» vormden, al laat hij daarop volgen, dat het

niet anders was dan een verzamelnaam voor de „erfgezetenen”, elders ook veelal „erfgenamen” genoemd en derhalve de strenge Romeinsch-rechtelijke onderscheiding van corporatie tegenover de individuen, waarop de gemeente in hare argumentatie zich meermalen beriep, in dien tijd niet bestond.

De aanleiding der keur is blijkens den inhoud het verbod aan „ballingen” om van de weiderechten gebruik te maken, terwijl voor andere ingezetenen, die van elders waren gekomen en evenmin daartoe gerechtigd waren geweest, en voor houders van vee aan niet-ingezetenen toebehoorende, die gelegenheid opengesteld werd tegen een vast tarief van „drie goldguldens” voor ten hoogste vier koeien en twee peerden. Dat geld komt „ten profijt der gemeente”, terwijl de schout ze zal „invorderen en „aan handen van de voogden (bedoeld zijn blijkbaar „de dorpsvoogden) leveren zal, die voort gehouden zullen „zijn daaraf tot allen tijden als men van Carspelwege „te doen heeft rekeninge ende betalinge daarvan te „doen”. „Ende hiervan zullen gesondert wezen diegene „die op *hoeven* ofte op *erven* als eigenaars ofte huurderswijze wonen off namaals komen mogen, die totte „vooschr. betalinge niet schuldig sullen zijn, zoo „wanneer zij van de Scholtus en de zwoeren tot ten „vooschr. opslach genoegzaam ende behoorlijk gekend „worden en anders niet”.

dorp ook wel als corporatie kon optreden. Zoo ook zouden de recht-hebbenden op de weide in casu wel als eenheid kunnen optreden, als zij b.v. eene vereeniging vormden, ter verdediging van de gemeenschappelijke belangen tegenover derden, hetgeen natuurlijk elks recht om dit te doen niet zou opheffen, en speciaal ongerept zou laten ieders recht om tegen die corporatie te ageeren ingeval van inbreuk dezerzijds.

„Ende daarinne en 't getal van dien en sullen niet „vrij zijn noch tot ten voorschr. opslach gerechtigd „wezen degenen die op *kootenerfjes* en *huisen* wonen, die „*bij* of *op* de *erven* staan ende gelegen zijn, die des voorschr. „opslach niet genieten en zult eer zij daarvan betaald „hebben gelijk voorschreven” 1).

Bedrog door weidegerechtigden werd geboet door verlies van het recht.

Verder is daarin bepaald, dat men na den hooioogst niet eer het vee op de broeken mag brengen voordat daarvan „gemeene kerkenspraak” is geschied, dat men geen hengsten, varkens of schapen op het broek mag doen weiden. Voor 't geval van overtreding van elk dier bepalingen was eene boete vastgesteld, evenals voor het laten loopen van vee op de bouwlanden na het zaaien en voor het oogsten, welke laatste bepaling natuurlijk niet op de broeklanden (weide) betrekking had.

Het eerste in tijdsorde thans volgende mij bekende stuk dateert van 1663. Het is een „accoord ende verdrag” tusschen de ingezetenen van IJsselham en die van Paaslo c. a., tot stand gekomen door interventie van colonel ANTONIUS VAN HAERSOLTE en STEVEN GERARD VAN RHEMEN, waarbij eerstgenoemden tegen jaarlijksche betaling van 40 Caroli guldens „inweijdinge” voor koebeesten verleenen aan laatstgenoemden 2).

De bedoeling is niet duidelijk, maar veel schijnt te pleiten voor het gevoelen door pastoor HAGEMANS in diens handschrift uitgedrukt, dat het zou betreffen de vaststelling van hetgeen moest worden betaald door de

1) Deze onderscheidingen wijzen er duidelijk op, dat het weiderecht een overblijfsel van de markebezittingen is. De cursiveeringen zijn van mij.

2) Eveneens in los afschrift aanwezig in het Rijksarchief van Overijssel.

ingezetenen van Paaslo, Oldemarkt en de Hare, die tevens landerijen in IJsselham bezaten en dus volgens markerecht geen weiderecht hadden, daar zij binnen IJsselham geen „erf” bezaten. Immers was het de aankoop geweest van het weiderecht zelf op de Broeklanden van IJsselham, dan zou het verwondering moeten wekken, dat tot in lateren tijd de oude verdeeling ongerept in stand is gebleven. Mogelijk echter is het ook, dat dit „accoord” de kiem is geweest van de latere, speciaal voor het begin der 19^{de} eeuw eveneens voor de Broeklanden van Paaslo e.a. vaststaande, toelating ten behoeve van niet-ingezetenen tegen een vast tarief, gelijk nu nog bestaat.

Een aardigen blik in de verhoudingen van die dagen levert verder nog een klaagschrift van de volmachten van d' Oldemarckt en de Haere over de handelwijze van de volmachten van Paeslo, die „om een kleijn gelt” van „Vriesen” en anderen vee tot de weide van het karspel Paeslo toelieten, „waervan sij ook niet eene duijt voor „de Heeren Erfgenamen in uitzettinge koemen te brengen „tot groote schade van de ingesetenen des Carspels”.

Het betrof dus een twist tusschen de dorpen binnen hetzelfde karspel gelegen (1). De landdrost van Vollenhove beval daarop de volmachten van Paeslo zich daarvan te onthouden en geen beesten op het „broek” aan te nemen. Op het stuk is de insinuatie van verzoek met beschikking door den „pander” 2) van IJsselham, in absentie van dien van d' Oldemarckt geplaatst.

Voorts is overgenomen het volgende besluit uit „het

1) Dit wijst op een soortgelijken toestand als op Ameland bestond, dat nl. ieder der dorpen die gezamenlijk een weiderecht hebben, feitelijk op zich zelf de regeling daarvan heeft, wat het deel bij elk dorp in gebruik aangaat.

2) D. i. deurwaarder.

X Boek van Rekening en Besluiten van het kerspel Paasloo Anno 1675—1787", luidende de copie daarvan, in het Rijksarchief te Zwolle berustende, aldus:

„Oldemarckt 27 Augustus 1725.

„De gemeente na wettige verbodinge voor de wage in „een tamelick getal vergadert zijnde hebben met eenparigheid van stemmen geresolveert, dat hem niemand zal „verstouten om eenig koebeesten, peerden als anders op „d' broeken 't weten Marker en Ooster in d' wijding of „den opslag aan te nemen exempt diegene die door de „volmagten tot dato dezès zijn aangenomen en verder „niet, sullende andersins diegene die daartegen koomt te „doen om daar beesten op te brengen door diegene die „daartoe gestelt sal worden de vijsitatie te doen geschut „worden, en na dit jaar 1725 in 't geheel niet sal worden „aangenomen. En om hiervan de volmagten van Paasloo „kennis te geven. get. J. R. VEEN, W. BLOEM volmagt „enz.”.

Behalve omdat dit stuk licht geeft omtrent de wijze waarop die weiderechten in de 18^{de} eeuw werden bestuurd, is het ook interessant op te merken, dat de raadsbesluiten in de 19^{de} eeuw waarop de gemeente zich heeft beroepen geen nieuws waren. Blijkbaar toch was 1725 een slecht grasjaar, waarom besloten is niet meer vee, dan „tot dato dezès" toegelaten is, aldaar te doen weiden, opdat de „spoeling" niet te dun zou worden.

De „gemeente" van het dorp Oldemarckt, d.i. de vergadering van erfgezetenen, had te beslissen over de wijze van het gebruik van het weiderecht; de volmagten waren de uitvoerders der besluiten.

X Mede overgenomen uit het genoemde Boek van Rekening en Besluiten is de in het genoemde Rijksarchief aanwezige copie van een besluit van 6 Mei 1705, waarbij eenige „erfgenamen" bepalen, dat een „kaadijk" op het

Oosterbroek gelegd zal worden „tot behout van het Hooij „op voorschr. broek wassende en hetselve voor inunde- „ringe te bestrijden”. Vooral merkwaardig daarin is de „mits”, nl. „dat de Carspels-ingesetenen van Paaslo, „Oldemarkt en de Haare in val van bedijkinge van hare „voorweijde sullen moeten afstand doen gelijk deselve „voor desen bereits hebben gedaan”. Behalve dat er uit blijkt, dat de Carspels *ingesetenen* zijn de rechthebbenden der weiderechten — en niet dus het Carspel — volgt er uit, dat men de herinnering aan de vóórweide nog wel had bewaard, al werd daarvan destijds denkelijk geen gebruik meer gemaakt.

De andere bekende stukken, waarvan de losse copieën zich ook in het Rijksarchief te Zwolle bevinden, zijn eveneens overgenomen uit het boven reeds genoemde Boek van Rekening en Besluiten. Vier daarvan behelzen besluiten van het kerspel Paaslo inzake een gemeenschappelijk met het kerspel IJsselham gevoerd proces tegen iemand die ten onrechte zijn vee in de broeken zou hebben doen weiden. Dan is er een besluit van 15 September 1702 waarbij verklaard wordt, dat de „ingesetenen van Calenburgh” geen recht hebben hun vee op het Marker- en Oosterbroek te doen weiden, en een ander besluit eindelijk van dat kerspel, dat betrekking heeft op het aanbrenge van een watermolen ten einde versch water in de Broeklanden te kunnen malen.

Hoe interessant op zichzelf die besluiten zijn, op deze plaats meen ik te moeten volstaan slechts in het voorbijgaan den korten inhoud te vermelden.

Het besluit van 2 October 1700 inzake het bedoelde proces (1) gezamenlijk met „die van IJsselham” geënta-

(1) Zie noot 2 op blz. 334 betreffende de mogelijkheid van een optreden van de ingezetenen als eenheid tegenover derden.

meerd tegen zekeren JAN LAMBERTS SWART, die zijn vee op het „Buiten Zijligerbroek” (Buitenbroek) had laten weiden zonder gerechtigd te zijn, houdt in de verklaring, dat het kerspel tot de verdere kosten der procedure, na de voorloopige gemaakt, geen stuiver zal bijdragen, daar men in die verdere maatregelen door „die van IJsselham” in het geheel niet gekend is. Deze houding is bovendien begrijpelijk, als we in aanmerking nemen, dat „die van IJsselham” de direct belanghebbenden bij het Buitenbroek waren, hoezeer uit het aanvankelijk gezamenlijk optreden een „zekere” solidariteit moge blijken. =

Het besluit van 5 Januari 1701 houdt in, dat die procedure behoorde „neergeslagen” te worden, omdat men had hooren zeggen, „dat het erve in 't klooster „toebehoorende de vrouw van VANENBURGH de opslagh „op 't Broeck hadde en dat hij JAN LAMBERTS SWART „daer vuyr en ligt hadde gehouden, bereyt zijnde om „de reeds gedane onkosten na redelijkheid mede te „betalen en helpen ommeslaen”.

Voorts behelst het besluit van 30 Juni 1701, dat een voorstel tot schikking in die zaak is gedaan door een gemachtigde van „de vrouw toe den Varenburgh” en de „Gecommitteerden van IJsselham” en dat „de gemeente van Paaslo” toestemt in hetgeen in overleg met Paaslo „die van IJsselham” zullen doen, doch niet in hetgeen waarin zij niet volkomen gekend worden.

Vervolgens werd in dezen op 25 Augustus 1705 besloten door de „gemeente van Paaslo” in dat jaar „soo- „veel scheer beesten aan te nemen als sij becomen „kunnen om daarmede te betalen haar quota van de „kosten tot de procedure tegen JAN LAMBERTS SWART „aangewend”, waaruit blijkt, dat ook toen in deze streken het procedereen met vele kosten gepaard ging.

Omtrent het besluit betreffende het doen aanbrengen

van een watermolen bij de Kolk tot Lutkenzijl, d.d. 25 Februari 1706, verdient nog vermelding het feit, dat „ijder schaar dat op 't markerbroek geweijt zal worden „daartoe (zal) betalen een stuever”, en verder dat een collecteur daartoe zou worden benoemd, waarbij ieder zijn vee heeft aan te geven. Dit is hier dus geweest de aanleiding tot de later steeds geldende verplichting tot aangifte en het „branden” van het vee.

Hiermede zou ik de behandeling van het weinige, dat ondanks veel gezocht in de archieven omtrent de historie van het bewuste weiderecht, en wat daarmede ten nauwste samenhangt, is bekend geworden, kunnen afsluiten, ware het niet, dat nog met een enkel woord dienen te worden vermeld twee stukken, waarop de gemeente zich heeft beroepen, te weten de rekening van den „administreerenden volmagt van IJsselham van des-selvs ontvangste en uitgave over den Jaare 1810” en de „Compte des Recettes et Depenses de la Commune pour le service de 1812 Commune de Oldemark Budget de 1814”.

Tusschen die jaren in ligt de „verbandregeling”, die in 1811 plaats had.

Eerstgenoemd stuk doet een aardigen blik slaan in de finantieele behoeften van een dorp van die tijden. Overigens blijkt er uit, dat een belangrijke ontvangstpost was het „weidersgeld” op de Brecken, het Buiten- en Tusschenbroek, beide met name genoemd, zoodat ook hierdoor vaststaat dat in dit jaar bij IJsselham het Tusschenbroek behoorde. Het weidegeld bedroeg f111.50; voor een koe werd f 4.—, voor een pink f 2.— à f 2.50 gerekend. De gemeente, haar aan het dorp IJsselham ontleend recht op die „weidersgelden” hiermede willende bewijzen, meende tevens daaruit een argument voor haar beschikkingsrecht over de Broeklanden te kunnen putten.

Evenwel staan tegenover die ontvangsten ook uitgaven ten behoeve der Broeklanden, speciaal die aan den „pander” voor „het optekene van hoornvee, schapen, „paarden in het Carspel IJsselham,” al mag er dan van die f 110.50 wat zijn overgebleven voor de andere behoeften, zoodat geen hoofdelijke omslag noodig was. Hoogstens volgt m. i. uit die rekening, dat de gemeente van hare administratieve bemoeiingen ten opzichte der Broeken een voordeeltje had, gelijk . . . zulks *thans* ook nog het geval is. Er is dus niets nieuws onder de zon! Bedoeld stuk bewijst dus slechts in het belang der rechthebbers — de ingezetenen — de continuïteit van het bewuste weiderecht en de taaiheid van de oude dienaangaande geldende gewoonten.

Evenmin kon m. i. de gemeente zijde spinnen uit de rekening van 1812 betreffende de onder de Fransche heerschappij bij de nieuwe orde van zaken tot ééne gemeente samengevoegde dorpen. Daarin staan o. m. deze ontvangstoposten. „Biens ruraux Communaux f 224,55 „et avec celle-ci le Produit des Prés nommés Broeken „f 132,30.” Hieruit meende de gemeente te kunnen afleiden, dat reeds toen de opbrengst der Broeken als afkomstig van gemeentebezittingen werd beschouwd, terwijl m. i. juist uit de afzonderlijke aanduiding het omgekeerde volgt.

Beter dan door iets anders wordt de buitengewone standvastigheid dezer in de grijze oudheid wortelende rechten der ingezetenen gekarakteriseerd door de omstandigheid, dat in die jaren van ongewone wijziging in de rechtsbetrekkingen der menschen, naast die op staatkundig gebied, in de verhoudingen ten opzichte van het weiderecht alles bij het oude bleef na het ontstaan der gemeente Oldemarkt.

Uit deze historische uitweidingen is nader gebleken,

dat het bewuste weiderecht van de ingezetenen van IJsselham is een overblijfsel, dat vrijwel onveranderd ons uit de *oudste* marketoestanden is overgeleverd. Immers meestal is het markegoed geheel of gedeeltelijk verdeeld en dus wat eertijds gemeen eigendom was tot privaat bezit geworden, en indien nog massale rechten uit die oudste orde van zaken stammen, dan is daaraan meestal een particularistisch tintje. B.v. dan behoort een massale weide aan de eigenaars van bepaalde hoeven voor een bepaald aangewezen deel. (1) Dat de ingezetenen zonder een bepaald aangewezen deel der rechten te bezitten naar behoefte daarvan kunnen profiteeren bestond b.v. nog in Ameland vóór de verdeling der marke, wat betreft de buitenweiden, niet wat de eigenlijke markegronden betreft.

Een toestand bijna geheel met die van het weiderecht van IJsselham overeenkomende is mij alleen bekend geworden door het arrest van den Hoogen Raad van 24 Maart 1899 (*W. v. h. R.* n^o. 7263), dat handelt over het weiderecht der ingezetenen van Pey en Sleik. Ook daar treedt de *gemeente* op tot regeling van de geheel private ingezetenrechten, die ook niet aan ander bezit zijn gebonden en naar behoefte, ten dienste van het vee dat ieder houdt, worden uitgeoefend.

Daar was aan den „weigang” op het Hazelaarsbroek de beperking verbonden, dat het recht verviel door ontginning, zulks krachtens eene in 1825 tusschen de gemeenten Ohé en Laak getroffen transactie. Over die beperking liep eigenlijk het geschil. Stippen wij uit die procedure als voor de onderhavige nog van eenige beteekenis en daarbij implicite uitgemaakt, aan, dat het individueele recht van ieder ingezetene door den Hoogen

(1) Zie arrest Hof Leeuwarden d d. 17 November 1886 *W. v. h. R.* no. 5357.

Raad werd erkend, (1) ook dat het bezit der ingezetenen gezamenlijk het bezitrecht voor ieder van hen in verband met de verjaring in zich sluit over al den tijd gedurende welken het door hen gezamenlijk werd uitgeoefend (2). Ook erkende de Hooge Raad dit weiderecht als een zakelijk recht „sui generis”, en als zoodanig wettelijk bestaanbaar, terwijl de Rechtbank van een niet voortdurende erfdienstbaarheid had gesproken, hoewel het heerschend erf ten eenenmale ontbreekt. (3)

De omstandigheid, dat al de behandelde, uit het merkenrecht overgebleven gemeene bezittingen weiderechten zijn, wijst er duidelijk op, dat de practische noodzakelijkheid in verband met de oeconomische ontwikkeling der maatschappij tot de particulariseering der merken en de ontwikkeling van het privaats bezit heeft geleid. Immers alléén die rechten leenen er zich ook nog tegenwoordig wel toe om gemeenschappelijk uitgeoefend te worden. Niet alzo iedere andere wijze van gebruik van land, daar dan de vrucht zich niet zoo gemakkelijk naar behoefte laat verdeelen. Zoo is het begrijpelijk, dat, gelijk de historie van het weiderecht van IJsselham ons bewees, reeds in de middeleeuwen de hooioogst buiten die massaliteit viel en het recht daarop aan de Friezen is verkocht (4). Zoo is het eveneens begrijpelijk, dat èn op Ameland èn elders ook,

(1) Zie over dit rechtspunt blz. 320, noot blz. 334 en blz. 339.

(2) Zie blz. 320 en 321.

(3) Hierin ligt ook het onderscheid met het in art. 680 B. W. bekende recht van klauwengang en stoppelweide, dat aan den grondeigendom is gebonden, en niet los daarvan een zelfstandig bestaan voert.

(4) Ook in het geval door het reeds geciteerde arrest Hof Leeuw. 17 Nov. 1886 beslist, waar het verband met het merkenrecht in confesso was, was de hooioogst van particulieren.

speciaal in de gevallen, waarin het zuiverste de gemeenschap is bewaard in den vorm van ingezetenenrechten, veelal voorwerp van het recht is land, dat alleen geschikt is als weiland, buitenlanden of maadlanden, aan periodieke inundatiën blootgesteld.

Laat ons thans de juridische zijden van dit naweiderrecht eens nader in oogenschouw nemen.

Voor de onderhavige zaak was het onverschillig de juiste qualificatie te zoeken voor de rechten der ingezetenen eenerzijds, tegenover de tot den hooioogst gerechtigden anderzijds. Volstaan wij hier dan ook met de vermelding, dat laatstbedoelden bij de invoering van het kadaster als de eigenaren der Broeklanden zijn te boek gesteld en dan ook steeds die landerijen *zelf* vreemden enz., niet enkel hunne rechten op den hooioogst.

Duidelijk is het, dat die wederkeerige rechten elkander completeeren en zij alleen te zamen den vollen eigendom kunnen vormen, al is het, dat de constructie onder onze tegenwoordige wetgeving de ingezetenen qualificeert als de gezamenlijke gebruikers van het weiderecht als zakelijk „*jus sui generis*” tegenover de eigenaren, wier eigendom met dat zakelijk recht is bezwaard. Hier voelen we duidelijk de gekunsteldheid van de toepassing op het Germaansche rechtswezen van het Romeinsche recht en het Romeinsche dominium. Bij dergelijke verhoudingen moest dan ook het begrip dominium utile ontstaan in den tijd der glossatoren. Immers een vruchtgebruik tegenover den blooten eigendom is deze tegenstelling niet, waar beide partijen een deel der vruchten gebruiken en dus ieder eigenlijk gedeeltelijk heeft den eigendom of — wil men — het vruchtgebruik, dat samengevoegd den vollen eigendom vormt. En toch zijn het ook weer niet mede-eigenaren, daar bedoelde elkaar completeerende rechten niet eene onverdeeldheid in uitgestrektheid van

de zaak zelf vormen, maar eene die zich daarmede kruist, eene intrinsieke onverdeeldheid, immers van het recht. Wanneer we nu hieraan vast willen houden, dat het bewuste weiderecht het naaste staat bij een vruchtgebruik, zooals een soortgelijk recht ook in de bekende Steenwijker Meenthezaak door de Rechtbank te Heerenveen werd genoemd — waarover hieronder meer —, dan moeten we de zich voordoende hoofdvraag in deze zaak aldus formuleeren: *wie is rechtssubject van dat vruchtgebruik?* Is het de gemeente, of is het een veelheid n.l. de ingezetenen? Met aanhaling van een voorbeeld uit de jurisprudentie (1) beantwoordden we hiervoren reeds deze vraag in laatstbedoelden zin. Voorzoo veel noodig bewijst dat voorbeeld ook, dat we zoo'n ingezetenenrecht niet als een zwevend of onbekend iets behoeven te beschouwen, zoodat we bij gebrek aan beter het maar bij het publiekrecht zouden moeten onderbrengen. In dit verband past eene korte bespreking van de speciaal in eersten aanleg namens de gemeente gevoerde bewering, dat een langdurig bezit bij de ingezetenen den eischer nooit een beroep op verjaring kan veroorloven, waar de eischer zich niet op een dertigjarig bezit door hem zelve uitgeoefend heeft beroepen. De onjuistheid dezer bewering volgt uit het voorafgaande, daar „de ingezetenen” zijn het rechtssubject, en dus met het recht der *ingezetenen* het recht van *eischer* staat of valt.

Tevens dient hier nog even teruggekomen te worden op het reeds vermelde — en zooals bleek historisch niet houdbare — verweer der gemeente, dat de ingezetenen als corporatie hier in rechten hadden kunnen optreden, doch één van hen daartoe niet ontvangen zoude kunnen worden, welk verweer werd gesteund door de bewering

(1) Het arrest van den Hoogen Raad in zake het Hazelaarsbroek.

hierop neerkomende, dat het kerspel IJsselham, waartoe het recht vroeger zou hebben behoord, toch ook was een corporatie, waarvan zoo niet de gemeente dan toch „de ingezetenen” de voortzetting zouden zijn.

De gemeente was evenwel in gebreke gebleven te bewijzen, dat het kerspel als corporatie het weiderecht in eigendom had. Overigens valt dit dubium geheel weg bij vergelijking met de rechten van mede-eigenaren, die naar eigen keuze zoowel ieder voor zich als gezamenlijk hunne rechten mogen handhaven, gelijk meermalen terecht is uitgemaakt. Hetgeen verder tot staving van dit verweer werd aangevoerd, komt neer op hetzelfde verschilpunt, dat ten principale den eigenlijken strijd tusschen partijen vormde, n.l. de voren genoemde vraag, of de gemeente dan wel „de ingezetenen” het rechts-subject in dezen is.

Na de vorenstaande meer algemeene historische en juridische beschouwingen komen we thans tot den kern van het geschilpunt, dat zich in deze zaak voordeed, n.l. tot de nadere bespreking van de beteekenis van de regeling van dit recht bij gemeentelijke verordening.

Mijn op de historie gegrond oordeel, dat deze vorm van regeling onjuist was, waar het betrof een civiel recht, dat geregeld moest worden, behoeft thans geen rechtvaardiging meer. De volmachten van het kerspel regelden het onder de vorige orde van zaken, zooals de gemeente zelve erkende; en bij wijzigingen in de regeling trad de „meene meenthe” op, zooals de behandelde historische overblijfselen van verschillende besluiten aannemelijk maken en trouwens overal in dien tijd het geval was. Welnu al is de gemeente in 1811 de dorpsbesturen opgevolgd, zij had in verband met de in de regeling van het staatsbestuur toen strenger dan in den „pruikentijd”

doorgevoerde onderscheiding tusschen publieke en private belangen destijds zich deze belangen enkel moeten aantrekken als privaat persoon, en als zoodanig dus een civiel-rechtelijk beheer moeten voeren. Dat dit niet geschiedde, vindt m. i. zijn oorzaak, behalve in de omstandigheid, dat in het rechtsleven, die onderscheiding en hare juridische gevolgen dadelijk nog niet zoo krachtig zullen zijn doorgedrongen, vooral ook hierin, dat zoo'n civiel beheer een veel grootere inmenging van de ingezetenen zou hebben medegebracht. Waar bovendien dezen genoeg namen met eene eenvoudige voortzetting van het oude met dit verschil, dat een enkele maal een raadsbesluit werd genomen, waarbij werd ingegrepen als de omstandigheden dit noodig maakten, is het zeer begrijpelijk, dat niemand zich bewust werd, welke *theoretisch* groote verandering in de verhoudingen ten aanzien van het weiderecht in schijn was geschied, vooral na de totstandkoming in 1861 van de eerste algemeene verordening.

Noemde ik hiervoor het weiderecht der ingezetenen een *civiel* recht, strikt genomen was dit ook niet geheel juist, vooral niet omdat we — zooals het Hof m. i. terecht aannam — hier te doen hebben met een overblijfsel van een mark, dat vrijwel onveranderd uit de grijze oudheid ons is overgeleverd.

Zonder ons toch te willen mengen in de oude strijd-vraag, die m. i. hoofdzakelijk een woordenstrijd was, mag wel als een *communis opinio* worden vermeld, dat de betrekking van de markgenooten (in casu de ingezetenen) tot de markebezittingen (in casu het weiderecht) niet geheel met het begrip „civiel rechtelijk” wordt gedekt, daar de heerschappij, liggende in het bezit en den eigendom speciaal van den grond, veel minder volstrekt was onder het Germaansche dan onder het Romeinsche recht.

Direct ten deze toepasselijk is wat in de te Leiden in 1885 verdedigde dissertatie van Mr. J. W. MULDER „Bijdrage tot de kennis van den Rechtstoestand der Marken in het bijzonder van die in Overijssel op blz. 58 is opgemerkt: „Wat overigens betreft de publiekrechtelijke functiën van dit ten onrechte gepretendeerd „zedelijk lichaam (1), waaruit dan weer besloten wordt „tot het bestaan van een publiekrechtelijk zedelijk lichaam „vóór 1798, zoo vergeet men, dat die publiekrechtelijke „functiën voor 't grootste deel heel natuurlijk te verklaren zijn uit het karakter van den Germaanschen „eigendom, en niet noodzakelijk in verband gebracht „behoeven te worden met onze tegenwoordige begrippen „van 't publiekrecht. De gezamenlijke markgenooten zijn „eigenaren van den grond. De Germaansche grondeigendom „brengt van zelf een soort van regeeringsrecht mee.

„Het Germaansche begrip van grondeigendom verschilt „zeer met dat van 't Romeinsche dominium. 't Dominium „is een privaatrechtelijk begrip en het maakt de zaak „enkel tot een bestanddeel van ons vermogen. De Germaansche grondeigendom sluit bovendien plaatselijke „sovereiniteit over den grond in zich. 't Bevat zoowel „de kiem van het hedendaagsche regeeringsrecht als van „den eigendom (2). Voor de staat zich zoover had ontwikkeld, dat de scheiding van publieke en private „rechten op den grond mogelijk werd, omvatte dit enkel „begrip van eigendom tegelijk het recht om vol genot „te hebben van den grond, en het recht om in zekere „mate te dier plaatse souvereine macht uit te oefenen. „In 't algemeen was de grens tusschen publiek en *privaat*

(1) De schrijver spreekt over de marken.

(2) Schrijver haalt hier blz. 141 van het werk: «das Deutsche Genossenschaftsrecht» deel II van OTTO GIERKE aan.

„recht niet scherp gesteld (1). 't Recht op belastingen en „'t recht op grondrenten bijv. vloeiden in elkaar” (2).

Daarna vermeldt nog de schrijver als zijne slotsom, dat de marken vielen onder de rubriek der Germaansche instellingen, die men noemt de gezamenderhandsche gemeenschap.

Tot zoover deze schrijver, wiens geciteerde beschouwing zou kunnen worden gedeeld ook door degenen, die aannemen, dat de marke, later het dorp, als publiek-rechtelijk lichaam naar buiten optrad en zelfs als eigenares van den grond moet worden aangemerkt. Immers een vertegenwoordiger van deze richting, Prof. B. J. LINTELOO DE GEER kon schrijven (3): „De stedelijke regeering moge „nu veranderd zijn, zij moge intusschen voortdurend het „bestuur en het toezicht over de weiden behouden hebben, „zij moge een geheel andere inrichting en publiek- „rechtelijke beteekenis verkregen hebben, — de regten „der markgenooten op de weide zijn niet veranderd, „nimmer onteigend of ontnomen, zij blijven de eenige „gerechtigden tot, de eenige bevoegden voor, eene ver- „deeling, en het verheugt mij in deze slotsom geheel „met den schrijver te kunnen instemmen”.

De vraag is nu: moeten we, in aanmerking nemende dat voor het bewuste weiderecht als partieel eigendomsrecht en als oude marktbezitting geheel hetzelfde geldt als door Mr. J. W. MULDER over den Germaanschen eigendom geleerd, toch nog tot de slotsom komen dat eene juiste opvatting en consequente doorvoering in 1811 had moeten leiden tot een zuiver civielrechtelijk door de gemeente gevoerd beheer?

(1) De cursiveering is van mij.

(2) Hierbij dezelfde plaats van GIERKE aangehaald.

(3) Critiek op «Deventer Stadsweiden en Burgerrechten» van Mr. H. W. JORDENS, welke critiek is opgenomen in Sloet's *Tijdschrift voor Staathuishoudkunde en Statistiek*. Deel XXI. Af. 7 en 8.

Ook nu nog meen ik deze vraag beslist bevestigend te moeten beantwoorden, omdat slechts op deze wijze de vorm ware gekozen, waarin de zuiver private gebruiksrechten der ingezetenen bij de nieuwe orde van zaken het beste ongeschonden zouden zijn bewaard. Het feit, dat de gemeente het beheer voerde, zou verder den publiekrechtelijken tint van de bezitting — de strekking van het algemeen belang — voldoende tot zijn recht hebben doen komen. Of meer algemeen gezegd, waar geen andere keuze overblijft bij de indeeling van uit de marketoestanden overgeleverde rechten dan tusschen het hedendaagsche publiekrecht, waarin de gemeenschap als overheid staat tegenover en boven het individu, en het Romeinsch-rechtelijke civiele recht, komt het mij niet twijfelachtig voor, of indeeling bij de laatste rubriek is noodzakelijk, wanneer niet de overheid verkregen civiele rechten zal schenden zonder inachtneming van de voor de onteigening gestelde regelen. Dat tot dit laatste bij de overheid wel eens neiging schijnt te bestaan, toonde nog kort geleden in de 26ste Jaarg. Afl. 1/2 1907 van het *Rechtsgeleerd Magazijn* Mr. J. VAN GELEIN VITRINGA aan in zijn artikel getiteld: „Publiekrechtelijk karakter van den openbaren weg?“, waarin schrijver terecht opkomt tegen de „onteigeningen“ zonder vorm van proces krachtens een abstract regeeringsrecht — door schrijver niet onaardig „de groote onbekende“ genoemd — door hogere bestuurscolleges tegenover lagere gepleegd. Dit geschiedt dan onder het mom van uitoefening van het publiekrecht.

Hierop zou het feitelijk ook zijn neergekomen, wanneer in casu het standpunt der gemeente in rechten had gezegevierd.

Immers het publiekrechtelijk dogma is schering en inslag bij het verweer der gemeente en beheerscht de door haar gehuldigde uitlegging der verordeningen. Zoo

zou dus ook hier de groote onbekende zijn rol weer hebben gespeeld, ware het advies van den heer Procureur-Generaal door het Gerechtshof gevolgd. Dan waren de ingezetenen zonder eenige schadeloosstelling en zonder eenigen vorm van proces gestooten uit een belangrijk deel hunner aloude civiele rechten. Het moet, dunkt mij, bevreesing wekken, dat het *object* van het recht zooals het vóór 1900 bestond de gemeente niet heeft teruggehouden van hare in de gevolgen zoo revolutionaire daad. Hoe is het toch mogelijk, zoo vraagt men allicht, in casu van eene gemeente bezitting in den zin van art. 238 der Gemeentewet te spreken, waarvan de ingezetenen slechts met toestemming der overheid en onder door haar te stellen voorwaarden, dus geheel ter bede, zouden mogen gebruik maken, en waarbij men aan trams, gasfabrieken en dergelijke gewoonlijk denkt (1).

(1) Geheel in dezen geest luidde het oordeel van het gerechtshof te Arnhem inzake het weiderecht op de stadsweiden van Doesborgh dd. 3 April 1878 opgenomen als bijlage in het geciteerde werk van Mr. J. H. E. MEESTERS «de Steenwijker Meenthe». Zie hierin blz. 97 speciaal deze overweging: «O. dat toch door appellant niet slechts geïntimeerde wordt toegegeven, maar zelfs wordt gesteld, dat meer-gezegde stadsweiden zijn het eigendom der gemeente Doesborgh, *waarop hij wel laat volgen het beweren dat die gemeente ze alleen in publiekrechtelijken eigendom bezit, maar dit niet staft, zijnde dan ook dat beweren geheel onhoudbaar tegenover den aard der bezitting, als alleen uit weiland bestaande, en het onbewezen zijn van eenige bestemming ervan voor den openbaren dienst of ten dienste van het algemeen, hoedanige bestemming uit de gesustineerde weideregeregtigheid van sommigen onmogelijk kan worden afgeleid; dat hijgevolg de stadsweiden van Doesborgh moeten geacht worden te zijn het privaatregtelijk eigendom der gemeente, hetwelk die weideregeregtigheid aangenomen, wel daarmede is bezwaard, maar niet verder dan voorzoo veel de uitoefening dier geregtigheid vordert*», enz.

Immers dit oeconomische voordeel, gras en land voor de koeien enz., was geheel „unentgeltlich”. Zoo communistisch en hyper-modern is toch de gemeentepolitiek in geen enkele gemeente in ons land gevoerd, nog minder van 1811 af! Hoogstens is er het publiek gratis gelegenheid gegeven in een wandelpark te grasduinen, maar de ingezetenen naar behoefte als het ware de grondstoffen van hun bedrijf verschaffen, dit moge het ideaal zijn van een HENRY GEORGE, de werkelijkheid kan zoo iets nog niet boeken als een vrucht van modern sociaal leven. Willen we daarvan genieten, dan dienen we ons oog te richten op de eerbiedwaardige overblijfselen uit de grijze oudheid, uit den tijd toen ons land nog bestond uit een aantal marken, en de oer-eenvoudige sociale ontwikkeling nog een communistic bestaan mogelijk maakte.

Maar de „graue theorie” slikte ook dit, evenals zoo-veel meer!

Duidelijk is het niettemin, dat door de krachtige ontwikkeling van het publiek recht in ons land na de Fransche revolutie de rechten en bemoeiingen der overheid belangrijk zijn uitgebreid. Evenwel kan deze uitbreiding uit den aard der zaak nooit zoodanig civiel rechtelijk gevolg hebben, als de leer der gemeente in dezen medebracht.

Het moest immers eene „gemeentebezitting” zijn, — zoo redeneerde de gemeente — want het werd door eene gemeente-verordening beheerscht, waarbij dus de gemeente als overheid optrad! Dit is het groote argument! Dit is toch formalistisch-administratief, en van dat standpunt zuiver logisch geredeneerd!

Zeer zeker is het dat! Maar dan is door dit voorbeeld al weer duidelijk in het licht gesteld, dat die methode kan voeren tot materieel onrecht. Dit leert de *inhoud*

der verordeningen, die de ingezetenen „rechthebbenden” noemen, waarbij niet aan een schrijf- of redactiefout valt te denken, zooals hetgeen historisch vaststaat boven allen twijfel verheft.

Daartegenover dienen de publiekrechtelijke theorieën te zwijgen!

Dit sta op den voorgrond!

In een anderen vorm nu komen m. i. toch deze theorieën in de conclusie van den heer Procureur-Generaal weer om den hoek. Deze ziet voortdurende stoornis in het overigens erkende recht door het bestaan van de verschillende bepalingen, welke regelen de wijze van het gebruik der weide, de toelating van vee van niet-ingezetenen tegen betaling aan de gemeentekas, en de straffen op overtredingen ook tegen de ingezetenen bedreigd. Of de ingezetenen om welke reden ook genoeg namen met die regeling doet er volgens dien ambtenaar niet toe.

Dit punt wordt echter niet nader toegelicht. En toch ligt hierin de *cardo quaestionis*! Want juist het *gedoogen* der rechthebbenden ontnemt aan de inbreukmakende handeling der gemeente haar karakter van zelfstandige bezitsdaad, die zou opheffen het recht der ingezetenen. Zooals ik ook reeds bij de pleidooien aanvoerde, zou het aannemen van eene bezitsdaad der overheid op grond van eene staatsrechtelijke regeling, enkel omdat men zich daarnaar gedroeg en daarin geen strijd met eigen rechten zag, consequent- dus formalistisch administratief in zijne logica medebrengen, dat b.v. door eene strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling, den landbouwers in het regeeringsgebied der overheid bevelende in het voor of najaar hun land te bemesten, de overheid zonder ont-eigening alle landerijen zich kon toe-eigenen. Dat voorbeeld, dat nu uit den aard der zaak zich wel nergens in werkelijkheid zal omzetten, is toch inderdaad de consequentie

van het door den heer P. G. verdedigde systeem. Want ook met *die bepaling* zouden de landbouwers waarschijnlijk wel genoeg nemen! Natuurlijk niet met de juridische consequentie. Hiermee meen ik te hebben aangetoond, dat noch de vorm noch de inhoud van eene regeling van eenig oorspronkelijk naar aard en wezen *civiel* recht met toepassing van staatsrechtelijke beginselen *behoeft* te leiden tot het aannemen van een gebruik ter bede bij de gratie der overheid; voorts dat in casu de vorm allerminst tot deze consequentie mag voeren. Er rest mij nog nader aan te toonen, waarom dit laatste evenmin het geval is wat den verderen *inhoud* der verordeningen aangaat.

Laat ons alvorens dit verder te bespreken hier in zijn geheel de verordening opnemen, die te dezer zake gold vóór die van 1900, op 15 Juli 1882 vastgesteld:

Verordening op het gebruik der weide in de Broeklanden onder de gemeente Oldemarkt.

Art. 1.

Behalve de gemeente Oldemarkt zijn uitsluitend tot de weide van de Broeken gerechtigd: Van het Buitenen Tusschenbroek, de ingezetenen, welke wonen in huizen staande tusschen de rivier de Linde, de grenzen dezer gemeente met Kuinre en Blankenham, de Hamsgracht, de Kadastrale perceelen Sectie E, Nos. 1225, 1786, Sectie D, Nos. 1443, 673, de Meenteweg en IJsselhammer Lake.

Van het Marker en Oosterbroek, de overige ingezetenen der gemeente.

Art. 2.

De tijd van aanvang der weide op de Broeken en die van het eindigen daarvan wordt jaarlijks door de Raad bepaald. Geen tijd bepaald wordende, is de derde Woens-

dag in Augustus de dag van aanvang, de tweede Woensdag in October het einde.

Art. 3.

Geen Ingezetten mag grooter aantal vee op de Broeken brengen, dan hij gewoonlijk gedurende den zomertijd houdt. Bijaldien daarover geschil mogt ontstaan bepalen Burgemeester en Wethouders dit getal.

Art 4.

Stieren, ossen, hengsten en Drentsche schapen mogen op de Broeken niet geweid worden en ieder berechtigde mag daarop elk jaar slechts een aantal van hoogstens vijf stuks schapen of lammeren brengen.

Art. 5.

Ziek vee, en vee van eigenaars of gebruikers welke eene besmettelijke ziekte onder hun veestapel hebben of in de laatste drie maanden gehad hebben, wordt op de Broeken niet toegelaten en na verloop der ziekte niet eerder dan nadat daartoe door Burgemeester en Wethouders de vergunning zal zijn verleend, welke vergunning eerst zal kunnen gegeven worden, wanneer door de verklaring van een Rijks- of Provincialen veearts zal zijn gebleken, dat uit die inweiding geene besmetting meer te vreezen is.

Art. 6.

Burgemeester en Wethouders eene schering raadzaam oordeelende, laten die door aanzegging, aflezing of in een nieuwsblad bekend maken.

Ieder ingezetten, vee op de Broeken hebbende, is verplicht op den bepaalden tijd zijn vee aan te wijzen.

Art. 7.

Voor zooverre daarin niet is voorzien door eenige wet, algemeenen maatregel van bestuur of provinciale ver-

ordening, worden tegen de overtreding dezer verordening de navolgende straffen bepaald:

De eigenaar van vee dat op de Broeken gevonden wordt zonder daartoe volgens artt. 1, 2 en 3 gerechtigd te zijn, wordt gestraft met eene geldboete van vijf tot tien guldens;

De overtreding van art. 4 met een geldboete van tien tot vijftien guldens;

De overtreding van art. 5 met een geldboete van twaalf tot vijf en twintig gulden te zamen of afzonderlijk met een gevangenisstraf van een tot drie dagen.

Hij, die na aanzegging of bekendmaking der schering, zijn vee niet of niet behoorlijk aanwijst of doet aanwijzen, wordt gestraft met een geldboete van vijftien gulden.

Art. 8.

Alle vroegere omtrent dit onderwerp gemaakte verordeningen, laatstelijk bij die van 30 Juli 1867 zijn bij de inwerking treding dezer Verordening ingetrokken.

Naast die verordening stond het tusschen partijen nog vast, dat de gemeente ook meermalen vee van niet ingezetenen toeliet tegen betaling.

Laat ons met laatstgenoemde punt eerst afhandelen.

De vraag is alléén, of de berusting daarin van de ingezetenen *moet* worden opgevat als iets meer dan een eenvoudig gedoogen hunnerzijds. Afscheiden daarvan staat die andere vraag, in hoeverre de gemeente *recht* op die betalingen heeft verkregen, of algemeener gezegd, hoever de rechten der gemeente gaan. Eerstbedoelde vraag moet ontkennend worden beantwoord, a priori reeds op grond van het historisch onderzoek, dat ons heeft aangetoond het bestaan van dit gebruik sedert eeuwen, toen immers juist de toelating van vee van vreemdelingen

een wijze van uitoefening van het weiderecht door de ingezetenen was. Maar ook als men op het voetspoor van den heer P. G. dit punt buiten alle verband met de historie zou willen bezien, kan men moeilijk tot een andere slotsom komen.

Immers alleen in schijn kan deze bevoordeeling der gemeentekas in strijd zijn met de belangen der recht-hebbende ingezetenen, wanneer we in het oog houden, dat evenals onder het oude karspel-bestuur ook thans die opbrengst, zij het in anderen vorm, door verlichting van den hoofdelijken omslag, hoofdzakelijk diezelfde recht-hebbende ingezetenen ten goede moet komen. Bovendien bedenke men, dat daartegenover ook staan de uitgaven, die de gemeente, evenals vroeger de „volmachten” van het karspel, heeft te doen om der ingezetenen recht tot volle ontplooiing te brengen. Zoo toch moet er toezicht zijn, dat de ingezetenen enkel voor het door hen gewoonlijk gehouden wordend vee gratis gebruik van de weide maken, waartoe volgens eene vorige verordening — die van 30 Juli 1867 — ter voorkoming van misbruik zelfs jaarlijks van gemeentewege eene opname van ieders vee plaats had, waarvan een lijst moest worden opgemaakt. Zoo moest ook, behalve op den dag van de opening der weide, het toezicht blijvend zijn, b.v. om mannelijk vee te weren, om te controleeren dat niet te veel vee daar weidde en of soms „schering” gewenscht was, om in geval van besmettelijke ziekte dadelijk de noodige maatregelen te nemen, en in één woord om zoowel de in de verordening speciaal genoemde als ook alle andere maatregelen te nemen, welke noodig zijn om den ingezetenen zooveel mogelijk genot van hun recht te verschaffen. Hadden geen inkomsten tegenover die onkosten gestaan, dan zouden de rechthebbenden deze kosten zelf hebben moeten betalen. De wijze waarop zooals we hiervoren zagen

reeds in 1702 de kosten eener procedure werden gevonden, nl. de meerdere toelating van vee van vreemdelingen, geldt dus *onveranderd* voor *alle* te bestrijden uitgaven. En indien al de baten de uitgaven mochten hebben overtroffen, dan kan er niets onredelijks of bevreemdends in liggen, dat de gemeente voor hare zoozeer gewaardeerde en noodige bemoeiingen eenige vergoeding kreeg, evenals toch ook aan particuliere lasthebbers had moeten zijn betaald. Het blijft bovendien dan altijd nog de vraag, of zoo'n bate der gemeente als zuivere winste valt te boeken, waar daarvoor toch van het geheele raderwerk der gemeentelijke administratie met al de daaraan verbonden kosten gebruik moet worden gemaakt, en een moeilijk te becijferen aandeel in die administratiekosten van de opbrengst zou dienen te worden afgetrokken, voordat van een netto winst de rede zoude kunnen zijn (1).

Met het voorafgaande is tegelijk aangetoond, dat al die bepalingen der verordeningen evenals ook het geheele verdere beheer der gemeente juist de strekking hebben om den ingezetenen hun volle genot van het weiderecht te verschaffen, en dus allerminst mogen worden uitgelegd als daden van de gemeente, zoodanigen inbreuk makende op het bezit van de ingezetenen of — zooals de heer P. G. het uitdrukte — een zoodanige voortdurende stoornis daarvan opleverende, dat hun recht als daardoor opgeheven zou moeten worden beschouwd.

Eene vergelijking met andere gevallen, waarin een soortgelijk optreden van de gemeente zich kan voordoen, of heeft voorgedaan moet tot dezelfde uitkomst leiden.

Allereerst denk ik aan eene bepaling voorkomende in de wet van 10 Mei 1886, de Markenwet, en wel aan

(1) Hiermede is te vergelijken de oeconomische gerechtvaardigheid van eene inkomst uit de gemeentelijke bedrijven.

art. 24, alwaar bij de verdeling der mark ten behoeve van „hen, die alleen krachtens ingezetenschap tot het genot van markgronden gerechtigd zijn, zonder zelf een eigendomsrecht te hebben”, aan de gemeente wordt toebedeeld een derde van het aandeel, dat zij zouden verkrijgen indien zij een eigendomsrecht hadden gehad (1).

Behalve dat hierin een bewijs te meer ligt voor de bestaanbaarheid van dergelijke rechten krachtens ingezetenschap in het algemeen, opent de toepassing van deze wetsbepaling in verband met het derde lid van dat artikel de mogelijkheid, dat de gemeente het beheer van het toebedeelde aandeel krijgt ten gerieve van de ingezetenen, die hun *recht* daarop behouden, „tenzij hun recht wordt afgekocht tegen *schadeloosstelling”.

De toestand, die dus in zoo'n geval ontstaat, zal vele punten van overeenkomst vertoonen met het hier behandelde weiderecht van IJsselham. Niet onmogelijk ook, (2) dat verordeningen van zoodanige gemeente bepalingen zullen bevatten, die wel alle ingezetenen zullen binden, doch enkel om daardoor hun zooveel mogelijk de uitoefening van hun recht te waarborgen. Men gevoelt wel, dat dit genot niet is een genot ter bede bij de gratie der overheid; ook al binden die bepalingen de rechthebbenden, daar toch enkel door die gebondenheid de grootste vrijheid te verkrijgen is, wat het doel is van alle wetgeving.

Memorie

(1) Jurisprudentie over deze bepaling leverden de Rechtbank te Zutphen 26 September 1889 (*W. v. h. R.* no. 5811), het Hof te Arnhem 29 Mei 1895 (*W. v. h. R.* no. 6688) en de Hooge Raad 31 Januari 1896 (*W. v. h. R.* no. 6769). Het arrest van het Hof te Arnhem in het bijzonder over de vraag wat onder «medegerechtigden» in art. 32 dier wet is te verstaan.

(2) De memorie van toelichting op dit wetsartikel laat zich niet uit over de wijze van regeling na deze toebedeeling aan de gemeente.

Duidelijkheidshalve wijs ik er op, dat ik met deze verwijzing naar de Markenwet allerminst gezegd wil hebben, dat m. i. die wet op het onderhavige recht toegepast zou kunnen worden. Waar deze wet in artikel 1 hare werking tengevolge van hare definitie der markgronden beperkt tot „de gronden die van oudsher in onverdeelden „*eigendom* bezeten werden,” eene beperking die reeds meermalen is gecritiseerd, (1) volgt hieruit reeds, dat deze ingezetenen die wet niet kunnen inroepen. Trouwens het geval zelf, dat de onverdeeldheid slechts op een gedeelte van het genot der vruchten betrekking heeft, gelijk in casu, is in die wet ook niet voorzien en geregeld. M. i. is dit eene leemte, die in de gevolgen schadelijk kan zijn, al erken ik de moeilijkheid van zoodanige regeling ten volle. Uit mijn citaat op pag. 350 van prof. DE GEER volgt reeds, (gelijk in diens studie nader is uiteengezet) dat deze hoogleeraar, — die trouwens wegens het door hem ingenomen standpunt, dat de markgenooten nooit den *eigendom* van de onverdeelde gronden hebben, de geheele Markenwet op grond van de gemelde definitie in artikel 1 niet op eenige marke van toepassing acht, — de werking der wet eveneens ruimer had gewild dan de wetgever beoogde, daar deze de redactie van art. 1 expres zóó heeft gekozen, dat daaronder niet vallen de weiden aan de gemeenten of steden in eigendom toebehoorende, waarvan de ingezetenen het genot hebben (2).

Ik behoef nauwelijks te zeggen, dat ik mij wat dit aangaat, geheel bij de meening van dien hooggeleerde kan aansluiten, al laat ik de vraag in het midden, of

(1) Zie hierover ook Mr. J. J. GOCKINGA: „De verdeeling van de Markgronden van Hollum en Ballum op Ameland”, Leeuwarden, Meyer en Schaafsma 1904, pag. 3.

(2) Zie over dit laatste ook Mr. J. J. GOCKINGA l.c. pag. 2.

inderdaad die steden en gemeenten den eigendom der weiden bezitten.

Zoals m.i. bijna in al die gevallen in confesso is, waren toch de ingezetenen tot het genot van die weiden *gerechtigd* en stamt verder dit recht uit oude marke-toestanden, terwijl, gelijk ik hiervoren heb uiteengezet, die weiden oorspronkelijk onverdeeld — communistisch — *eigendom* zijn geweest van de markgenooten, zij het dat die eigendom daardoor publiekrechtelijk was getint. Dit geldt van alle marken, onverschillig of ze zijn beheerd door een later gemeentebestuur of wel door een speciaal markbestuur.

En dat de markgenooten, in tegenstelling tot de mark als rechtspersoon, dienen te worden aangemerkt als rechthebbenden op den grond, is juist zooals we zagen het uitgangspunt van de Markenwet, zoodat daarmee deze strijdvraag practisch gesproken voor ons land en onze wetgeving is beslecht. Dit beginsel moge al minder juist zijn, in de oogen van prof. DE GEER en van zijne medestanders, diens oordeel dat nu de wet geen toepassing zou kunnen vinden op de marken, waarvoor ze speciaal is gemaakt, zal wel geen aanhang verwerven.

Welnu, waar op zich zelf de consequentie van dit oordeel te loven valt, daar toch inderdaad de oorsprong van alle marken eenzelfde rechtstoestand moet zijn geweest, volgt hieruit tevens, dat eenmaal uitgaande van een *eigen civiel recht* van de *ingezetenen* of een deel der ingezetenen — gelijk de Markenwet — de consequentie ook medebrengt in *alle* gevallen van markenrechtelijken aard zoodanig civiel recht aan te nemen.

De thans volgende korte behandeling van enkele gevallen van gemeentelijke bemoeiing met zoodanige ingezetenen-rechten, uit de practijk gegrepen, zal m.i. het vorenstaande bevestigen.

Behalve dat daardoor mijne hoofdstelling, dat het optreden der gemeente bij het beheer dier rechten, deze niet opheft, zal worden bevestigd, (1) wordt daardoor tegelijk aangetoond, dat in het eenige, direct op de markenwet betrekkelijke, voorbeeld de practijk zich heeft gekant tegen het vermelde principe betreffende den *eigendom* der markegronden van prof. DE GEER c. s., evenals we reeds van het grondbeginsel der Markenvet hebben moeten constateeren. In de eerste plaats wil ik dan wijzen op de reeds geciteerde beschrijving van de verdeeling der markgronden van Hollum en Ballum op Ameland, van de hand van Mr. J. J. GOCKINGA. De in dat werk als bijlage A (2) opgenomen uitspraak der Rechtbank te Leeuwarden, (3) waarbij die verdeeling is gelast, bewijst, dat daarbij hoofdzakelijk moest worden beslecht de vraag of die beide dorpen al of niet te zamen eene marke vormden (4).

(1) Prof. Mr. S. J. FOCKEMA ANDREAE komt in zijn standaardwerk «Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht», Haarlem 1906, tot dezelfde slotsom op pag. 184: «M. i. moet men, uitgaande van den oorspronkelijken gezamenlijken eigendom der Markgenooten blijven in dezen gedachtengang: de markgenooten hadden krachtens burgerlijk recht «den eigendom en als uitvloeisel hiervan de gebruiksrechten. Waar «wij den eigendom op een zedelijk lichaam zien overgaan, maar de «oude gebruiksrechten zien voortduren, moeten wij aannemen dat «deze een civiel-rechtelijk karakter hebben behouden, zoolang niet «uitdrukkelijk het tegendeel blijkt». Al was mij bij het schrijven dezer beschouwingen deze plaats onbekend, het thans volgende gedeelte is feitelijk niet anders dan eene adstructie van deze stelling, door voorbeelden uit onze jurisprudentie. Ook de opvatting van deze autoriteit op dit gebied, betreffende den eigendom der markgenooten, stemt geheel met de hiervoren verdedigde meening dien-aangaande overeen.

(2) Blz. 87—117.

(3) De schrijver zelf maakte ook toen deel uit van de Rechtbank.

(4) Bevestigend beantwoord door de Rechtbank. De bestaan hebbende toestand, dat ieder dorp zijn eigen grens bewaakte en daarover wel

Al was echter het geschil een gansch ander dan in casu, het tertium comparationis wordt gevormd door de regeling, die ook daar vanwege de overheid had plaats gevonden. De Rechtbank was m. i. terecht van oordeel, dat deze omstandigheid, als volkomen begrijpelijk uit utiliteitsoogpunt, niet een nieuwen toestand had doen ontstaan, en dus niet het bestaan van een mark in den weg stond. Integendeel benutte zij die publiekrechtelijke regeling, die na opheffing daarvan feitelijk was blijven bestaan, om daaruit af te leiden wat als merkenrecht had gegolden.

Immers na de opsomming der verschillende regelingen van overheidswege overweegt zij, (1) „dat deze opéén-„volgende regelingen, uitgegaan van het openbaar gezag „en voortgekomen uit de noodzakelijkheid om bestaande „zwarigheden op te heffen en andere te voorkomen, niet „hebben geschapen een nieuwen toestand, maar, onver-„schillig of zij al dan niet zijn nageleefd, bewijzen als feit „eene reeds vroeger bestaanden toestand, welke zoodanige „regelingen behoefde, en vermits de oorzaak van haar „bestaan niet is gebleken, moet worden geacht te zijn „geboren in ver verwijderden tijd, en zulks te eer, omdat „die regelingen telkens uitgaan van hetgeen „van ouds”, „van oudsher” of „volgens oud gebruik” aldus geschiedde”.

De conclusie van het Openbaar Ministerie in die zaak bevatte reeds dezelfde argumentatie en sprak van eene „codificatie van het gewoonterecht,” gelegen in de regeling van overheidswege. Ook deze passage licht ik uit die

procedeerde, en de omstandigheid, dat er nooit een vergadering van de vertegenwoordigers der beide dorpen plaats had, veranderde niets aan dit oordeel; vooral op grond dat feitelijk een en ander zeer begrijpelijk was, kon het juridiek weinig afdoen.

(1) L. c. blz. 409 e. v.

conclusie: „Trouwens, vele beraadslagingen over de be-
„langen der gemeene weiden zouden voorzeker niet noodig
„zijn; die landen liggen vrijwel aan de natuur overge-
„laten; alleen de beweiding zou een onderwerp van rege-
„ling kunnen uitmaken, maar deze is geregeld van
„oudsher.” (1)

Dit alles gold evenzeer van onze Broeklanden!

Merkwaardig is nog, dat het vaststond dat oudtijds de Heeren van Ameland, sedert de laatste helft der 15e eeuw reeds, als zoodanig de marke regelden en als hun opvolgers later o.a. de Prinsen van Oranje; in het begin der 19e eeuw kwam de Koning daarvoor in de plaats, wiens bestuur in 1838 (in 1856 gewijzigd) door de regeling bij gemeenteverordening is opgevolgd. Uit die verordeningen nu vervielen later alle bepalingen van privaatrechtelijken aard, daar men — gelijk het O. M. terecht opmerkte — „zou kunnen twisten over de be-
„voegdheid van den gemeenteraad tot het vaststellen van
„zulk een reglement, dat voor een groot deel zich inlaat
„met geheel privaatrechtelijke belangen en betrekkingen”(2)

Terecht dus wijst de schrijver van genoemd werk in zijne inleiding (3) op de belangrijkheid van het feit, dat hier in afwijking van de andere marken, waar de „willekeuren” gemaakt werden door de vergaderingen der geërfden of markgenooten, (4) op Ameland de ontwikkeling tijdens de nieuwe geschiedenis geheel anders is geweest.

Ik zal aan de verleiding weerstand bieden nog verder op bedoeld werk in te gaan; eigenlijk is het in zijn geheel van veel belang voor hem, die zich interesseert voor oude markenrechten. Alleen wil ik nog even aan-

(1) L. c. blz. 121.

(2) L. c. blz. 119.

(3) L. c. blz. 21.

(4) Zooals ook in IJsselham c. a., zie pag. 334 e. v.

stippen (1), dat daarin onder andere nog sprake is van een *weiderecht* van ingezetenen van het dorp Nes, echter tegen betaling van f 2.— per volbeest. De schrijver erkent dit recht als een bijzonder markerecht. Dit toch kan vergeleken worden met de toelating van vee van niet-ingezetenen tegen betaling, die zooals we zagen „van ouds” (2) ook bestond in de Broeklanden, maar ook met het *weiderecht* tegen betaling voor deze ingezetenen zelf bestaande na de verordening van 1900, zonder dat nu het *recht* is opgeheven door zoodanige heffing en betaling. Dit laatste bewijst tevens, dat het door de gemeente Oldemarkt ook opgeworpen argument uit de betaling na 1900, zelfs al zou deze toestand verjaard geweest zijn, volstrekt niet „schlagend” was. Trouwens eene vergelijking met het erfpachtrecht, waarbij juist de canon een voorwaarde voor het bestaan van dat *recht* is, wijst er duidelijk op, dat geenszins van een algemeen regel kan worden uitgegaan, alsof iedere — aan het genot van eene zaak verbonden — betaling eene erkenning van gebruik ter bede en eene uitsluiting van een eigen zakelijk recht medebrengt.

Een tweede voorbeeld van gemeentelijk beheer van zoodanig *weiderecht* van ingezetenen, uit rechtspraak en rechtsliteratuur bekend, levert een vonnis van de rechtbank te Heerenveen, den 9 September 1885 gewezen en opgenomen o. a. in het Bijvoegsel van de *Provinciale Overijsselsche en Zwolsche Courant* van 28 September 1885, in zake de Steenwijker Meenthe. Over de aan die procedure ten grondslag liggende weide- of opslagrechten op de

(1) L. c. blz. 40.

(2) Deze regeling is niet opgenomen in de verordening van vóór 1900, en is dus te voren tijdens de regeling door de gemeente ook uitsluitend op gewoonterecht gebaseerd, al hebben we vroeger den oorsprong aannemelijk kunnen maken (pag. 317 j^o. 334 en 335).

stadsweiden van Steenwijk handelt o. a. het reeds geciteerde in 1881 bij erven J. J. TIL te Zwolle verschenen werk van Mr. J. H. E. MEESTERS, getiteld „de Steenwijker Meenthe”.

Het voor ons belangrijke van die procedure, strekkende tot handhaving in het bezit van zoo'n opslagrecht, ligt niet in den grond waarop de rechter meende de vordering niet-ontvankelijk te moeten verklaren (1), maar vooral in diens uitdrukkelijke erkenning van een eigen *recht* van ingezetenen op den opslag van hun vee in de weiden naast de erkenning van de daarop betrekkelijke gemeentelijke verordeningen. Al zou ik deze laatste erkenning nu niet voor mijne rekening willen nemen, zooals ik in het voorafgaande genoegzaam deed blijken, in elk geval bewijst m. i. de eerste erkenning, waarin ik het hoofdmoment zie, dat die rechter volkomen terecht geen plaats toekende aan theoretische publiekrechtelijke beschouwingen op de erkenning der verordeningen gebaseerd, leidende tot eene feitelijke opheffing van het recht. Speciaal in dit opzicht is deze beslissing der rechtbank te Heerenveen voor de IJsselhammer kwestie m. i. van groot belang. Ik laat tot staving van mijne voorafgaande beschouwing hier volgen de desbetreffende rechtsoverwegingen :

„dat echter de eischer zich bij pleidooi nog heeft beroepen op de geschiedenis, als zou deze zijne actie tot handhaving in het bezit staven en de gedaagde dit heeft trachten te weerleggen ;

dat alzoo nog behoort te worden nagegaan of blijkens hetgeen daaromtrent uit de geschiedenis bekend is het weiderecht te Steenwijk — als opslagrecht bekend — van oudsher een zakelijk recht was; daaromtrent, dat de

(1) Deze grond was, dat in de dagvaarding zou hebben ontbroken eene omschrijving van het opslagrecht en elk kenmerk, dat dit recht een zakelijk recht was.

geschiedenis niet ten bewijze kan strekken dat het opslagrecht, dat in zijn oorsprong onzeker, zich uit het Marke-recht ontwikkelde en daarop steunende, toekwam aan de eerste bewoners van Steenwijk en slechts aan de leden der Marke of gemeente en latere stad en daarom een persoonlijk recht was, dat persoonlijk karakter heeft verloren bij de hernieuwde regeling na de verbranding der stad;

dat, al ware dit het geval, niet blijkt dat het zakelijk is geworden, noch dat het werd een erfdiensbaarheid, ten voordeele van sommige huizen, wier bewoners vroeger dat recht uitoefenden;

dat integendeel de oorsprong en ontwikkeling van het weiderecht, dat in het midden der 16^e eeuw als opslagrecht voorkomt, ten stelligsten aantoon, dat de beschikking over de Meenthen als onverdeeld gebleven eigendom der marke en de regeling van het weiderecht daarop, steeds is geweest bij het bestuur der gemeente en van de later geworden stad;

dat dit bestuur de gronden vervreemde en verpandde en over het genot beschikte, dat het den omvang en den inhoud van het gebruik regelde zoo in de oudste tijden ten aanzien der eerste bewoners dier Marke als later ten aanzien der burgers van de stad, alsook na het bestaan van het opslagrecht ten aanzien van deze gerechtigden, die tevens burgers waren en moesten zijn, welke zich alle aan die regelingen onderwierpen, zich ter inwilliging hunner verzoeken tot dat bestuur wendden, zich heffingen getroostten om het genot te behouden en toelieten en gedoogden dat anderen tegen retributie van zekere som om burgers te zijn in het genot konden deelen;

dat wijders de uit de Meenthe en haar genot voortkomende baten voortdurend worden aangewend en strekken ten bate der stadskas en mitsdien van alle bewoners der stad;

dat hieruit moet worden afgeleid, dat het privaat eigendom berustte en steeds is geweest bij de gemeente en dat het genot, dat alleen aan bepaalde personen en wel aan leden der gemeente, inwoners en burgers toekwam, dewijl slechts ieder, al had hij meerdere opslagen, van één opslag mocht gebruik maken, steeds heeft behouden de eigenschap van een persoonlijk publiek rechtelijk recht;

dat door de beschikking van KAREL V in 1527, houdende teruggave der Meenthe aan de burgers om die naar older gewoonte te gebruiken en de opteekening der namen van hen, die voor de verwoesting der stad het weiderecht bezeten hadden, geen verandering in den aard van het recht werd teweeggebracht, maar het bestaande *nae older gewoonte* bekrachtigd en door de opschrijving der namen en der gerechtigden geregeld werd, zonder een nieuw recht te scheppen;

dat daardoor het bestaande recht niet is veranderd en in geen geval mag aangenomen worden dat het weiderecht is geworden een zakelijk recht of servituut;

dat voorts uit het publiekrechtelijk karakter van het genot der beweiding van de Meenthe volgt, dat zij, die van het genot wilden gebruik maken, en dus ook de eischer, zich moesten onderwerpen aan de bepalingen op het opslagrecht vastgesteld, al ware het zelfs, dat in casu een ontvankelijke possessoire actie was ingesteld of indien er een zelfstandig opslagrecht, afgescheiden van het vroegere gemeene weiderecht, mocht zijn ontstaan;

dat diensvolgens de eischer ook ten onrechte daarin een stoornis in zijn recht ziet, dat het bestuur der gedaagde gemeente zijn vee, dat hij in strijd met het bestaande en door hem erkend gebruik zonder opbranding en zonder de verschuldigde retributie te betalen op de Meenthe bracht, liet opvangen en naar den schutstal brengen, omdat daardoor slechts uitvoering werd gegeven

aan de bepalingen, die in het belang der regeling, omtrent de uitoefening van het opslagsrecht bestonden en waren vastgesteld ten bate der inwoners en in het belang der opslagrechthebbenden”.

Al is het m. i. te betwijfelen of de Rechtbank in hare redeneering niet evenzeer tot de slotsom had kunnen komen, dat het opslagrecht — in stede van een persoonlijk- een zakelijk recht is — een jus sui generis —, ik kan in dit historisch betoog niet iets anders zien dan de erkenning van een genot als *recht*, d. i. als tegenstelling met een genot ter bede bij de gratie der overheid. Mij dunkt dit straalt vooral duidelijk door in de voorlaatste overweging waarin een ondersteld juiste possessoire actie aan de redeneering wordt ten grondslag gelegd. Wanneer de Rechtbank dan ook van het „publiekrechtelijk karakter van het genot” spreekt bedoeld zij blijkbaar geen andere beperking dan wat in de laatste overweging omschreven wordt, n.l. dat de ingezetenen zich hebben te gedragen naar „de bepalingen, die in het belang der regeling, omtrent „de uitoefening van het opslagrecht bestonden en waren „vastgesteld ten bate der inwoners en in het belang der „opslagrechthebbenden”.

Zie hier dus weer veel dat er op wijst, dat het ook te Steenwijk evenals op Ameland een *vrijwillig* juk kan geweest zijn, dat de rechthebbenden van de zijde der overheid steeds hadden geduld, omdat het *niet in tegenpraak* kwam met hun recht, en dus geen stoornis van hun recht vormde!

Daar elk geval overigens uit den aard der zaak op zichzelf staat, zou een uitgebreider onderzoek noodig zijn om in eene beoordeeling te treden betreffende de juistheid van die uitspraak, dat de ingezetenen niet meer bij machte zouden zijn dat vrijwillige juk van hunne

schouders te schudden. Doch de qualificatie „publiek-rechtelijk” in dit vonnis beteekent m. i. klaarblijkelijk niets anders dan dat de Rechtbank aanneemt een *recht van beheer* betreffende dit recht bij de gemeente. Zoo is het ook niet te verwonderen, dat zij den privaten eigendom der gronden bij de gemeente onderstelt, alhoewel de eigendomsvraag zooals we in de IJsselhammer zaak duidelijk aan het licht zien komen, in deze materie — de vraag of de *ingezetenen* een eigen civiel *recht* hebben — niet den doorslag geven kan. Immers het beheer van eenige zaak zal meestal leiden tot daden van beschikking, die *schijnen* te wijzen op een bezit als eigenaar (1), terwijl in deze zaak zoodanige beschikking (b.v. vervreemding van een gedeelte) eenvoudig werd uitgesloten door het bestaan van hooioogstgerechtigden, de eigenaren der gronden volgens het kadaster.

In mijne meening dat de Rechtbank eigenlijk bedoelde te zeggen, dat de gemeente een niet opzegbaar *recht van beheer* over de opslagrechten uitoefent, word ik gesterkt door het genoemde werk van Mr. MEESTERS, die eenige jaren vóór dat vonnis uitvoerig die meening heeft toegelicht (2).

Zijne slotsom ten dezen is vrijwel in deze regelen uitgedrukt (3): „De bevoegdheid van het Gemeentebestuur „tot regeling van den omvang en de wijze van uitoefening „van het opslagrecht heeft hare grenzen en vindt die „in dat recht zelf. Alzoo kan het Gemeentebestuur niet „willekeurig handelingen plegen, waardoor het opslag- „recht zou worden opgeheven, maar het heeft de macht

(1) Dit bleek duidelijk in de IJsselhammer zaak; speciaal uit de conclusie van den heer P.-G.

(2) Zie in het bijzonder l. c. blz. 138—143.

(3) Blz. 143.

„tot het nemen van alle die maatregelen, welke te beschouwen zijn als regelingen van het opslagrecht, besluiten „waarbij dat recht in zijn aard en wezen gehandhaafd „blijft”.

Het is hier de plaats niet — en het zou te ver voeren — te onderzoeken, of met deze uitspraak te vereenigen is schrijvers oordeel, dat verkoop van gronden door het stadsbestuur geoorloofd is (1).

Ten aanzien van de vroeger behandelde ontwikkeling van het oude markbestuur tot dat van de vorige eeuw behelst dat werk (2) voor Steenwijk de opmerking, dat Mark- en Stadsbestuur enkel in zooverre verschillen, dat in den oudsten tijd de z.g. Meensluiden — de vertegenwoordigers van de markgerechtigden — in stede van dezen te zamen met de Magistraat het bestuur uitmaakten. Die ontwikkeling zou dus in genoemde stad alleen bestaan hebben in de ingevoerde vertegenwoordiging, noodig door de zich uitbreidende bestuursfuncties (3).

Thans nog een enkele opmerking over den eigendom van de Steenwijker Meenthen, die, zooals de Rechtbank te Heerenveen in het genoemde vonnis aannam, bij de Stad zou berusten.

(1) Zie hierover ANTH. MIDDENDORP: «Oorsprong, gebruik en beheer der Steenwijker Meenthen, geschiedkundig beschouwd», Groningen, R. J. SCHIERBEEK 1883. Deze schrijver acht verkoop in strijd met het handhaven van het recht in zijn aard en wezen.

(2) Zie blz. 53.

(3) Bovendien verlieze men niet uit het oog, dat juridisch de tegenstelling van stad en ingezetenen — vroeger van mark en markgenooten — een geheel ander karakter droeg dan thans, speciaal wat de bezittingen van onroerend goed betreft.

De meer *civiel-rechtelijke* verhouding is te vergelijken met die van een beheerend vennoot en zijne mede-vennooten of het bestuur eener coöperatieve vereeniging en de leden («Genossenschaftsrecht»).

Ik zeide reeds, dat hiermede omtrent de vraag, of de ingezetenen eigen *rechten* van genot dan wel genot ter bede hebben, niets is beslist, zooals trouwens diezelfde uitspraak getuigt.

Naar mijn oordeel komt die juridische constructie — uitgaande van een eigendom bij de stad — hierop neer, dat deze eigendom is bezwaard met een zakelijk jus sui generis (1). Maar dan ook blijkt, dat van een eigendom als volstreckte heerschappij van de zaak in geen geval sprake kan zijn. Vooral wanneer we daarbij nog in aanmerking nemen, dat zooals door Mr. MEESTERS werd opgemerkt het beheersrecht der stad de verplichting medebrenge het opslagrecht in aard en wezen in stand te houden, dan blijkt de qualificatie van het recht der stad als „eigendomsrecht” niet veel meer dan een hol begrip, een qualificatie, omdat men toch iemand eigenaar in den zin der wet wilde noemen.

Die qualificatie wordt pas gevaarlijk, als men daaruit weer deducties gaat maken, om de eigen erkende rechten van ingezetenen te besnoeien of . . . op te heffen. In zoover dus blijft de eigendomsvraag wel degelijk haar belang behouden, zoowel te Steenwijk als elders, b.v. te Kampen (2), Deventer (3), Ommen, Doesborgh.

(1) Vergelijk ook het geciteerde arrest van den Hoogen Raad in zake het Hazelaarsbroek.

(2) Zie C. H. VAN FENEMA: «Het recht der Grootburgers op de gemeene- of burgerweiden te Kampen» (aanwezig in het rijksarchief van Overijssel). Deze schrijver verdedigt de stelling, dat het eeuwenlang bestuur der burgerweiden door de stedelijke Regeering aan de eigenlijke eigendoms kwestie niet het minste afdeed.

(3) Zie Mr. H. W. JORDENS: «Deventer Stadsweiden en Burgerrechten», en H. KRÖNENBERG «Deventer weiderechten», diss. 1902 Leiden (beide werken aanwezig in het rijksarchief van Overijssel). Laatstgenoemde verdedigt de stelling, dat de stad eigenares is der

Interessante beslissingen omtrent de oude merkenrechten van deze laatste twee steden zijn opgenomen als bijlagen in het meermalen genoemde werk van Mr. J. H. E. MEESTERS.

Ging het daar eveneens opgenomen geschil betreffende Hardenberg uitsluitend over de vraag, of het stadsbestuur het *recht van beheer* had van de Marke van Hardenberg en Baalder (1), de geschillen betreffende Ommen en Doesburg lokten tevens beslissingen en beschouwingen omtrent den eigendom uit. In beide gevallen werd door het Gerechtshof — wat betreft Doesburg werd cassatie gevraagd, doch dit beroep verworpen — in overeenstemming met de vonnissen a quo beslist, dat de eigendom der weiden bij die steden berust.

Daar eene volledige behandeling dezer geschillen uit den aard der zaak buiten het bestek van deze beschouwingen ligt, wil ik omtrent het ons thans bezig houdende punt alleen vermelden, dat de Rechtbank te Deventer in zake de Ommermarke in haar door het Hof van Overijssel den 2 November 1857 bevestigd vonnis naar mijn oordeel terecht blijk gaf het verschil te gevoelen tusschen het begrip eigendom volgens onze wet en den aan het gemeentebestuur van Ommen toegekenden eigendom.

In het dictum toch nam de Rechtbank deze zinsnede op: „dat de gedaagden zijn onbevoegd om zich te ge-

weiden en haalt o. a. als argument aan, dat in 1579 de stad f 6000 hypotheek daarop nam. Dergelijke argumenten schijnen mij in dien tijd niet zoo afdoende als bij een moderne eigendoms kwestie het geval kan zijn; immers als die gelden ten goede van de weidegerechtigden kwamen en door hen waren gevoteerd, kon zeer goed die handeling van het stadsbestuur als daad van uitvoering uitsluitend eene beheershandeling blijven in tegenstelling van eene beschikking als eigenares, zooals die schrijver het opvat.

(1) Door het Hof van Overijssel den 29 September 1856 bevestigend beantwoord.

„dragen als bestuurders van de zoogenaamde Ommermarke
 „of als markenrigters eenige daad van beheer of bestuur
 „over die marke te verrigten, als welk regt van beheeren
 „en besturen eenig en alleen toekomt aan de gemeente
 „Ommen als eigenaresse der gronden onder de zooge-
 „naamde Ommermarke begrepen; wordende hier onder
 „het woord eigenaresse aangeduid niet een volledig eigen-
 „dom als naar de tegenwoordige wetten, maar een uit
 „overoude tijden herkomstig en eigensoortig eigendom,
 „wiens uitgebreidheden, beperkingen en bijzonderheden
 „de Regtbank thans niet heeft uit te wijzen”, enz. (1)

Het Hof echter maakte deze restrictie niet, en was van oordeel, „dat de stad Ommen qua universitas of „corpus morale sedert eeuwen aanhoudend en ongestoord „alle eigendomsregten en het uitsluitend beheer over de „gronden tot de Ommermarke behoorende heeft uitge- „oefend en gevolgelijk als eigenares daarvan is te be- „schouwen”. Toch waren zoo weinig *alle* eigendomsrechten bij de stad geweest, dat het Hof reeds in de volgende overweging deze uitspraak moest verzwakken door de erkenning van de rechten door de ingezetenen genoten, „onder regeling en toezigt van het stedelijk bestuur”.

Laat ik als voor de IJsselhammer-zaak van speciale beteekenis thans nog eene rechtsoverweging lichten uit het vonnis der Rechtbank te Zutphen d.d. 15 Maart 1877 betreffende het weiderecht op de Stadsweiden te Doesborgh: „O. dat dergelijke heffing van een „opbrandingsregt en de bestemming van een deel der „weide om daarvan het hooigras ten behoeve der ge- „meentekas te verkoopen, geheel in overeenstemming „is met het eigendomsrecht der gemeente Doesborgh

(4) Het Hof wees er terecht op, dat deze beschouwing niet in het dispositief van het vonnis thuis behoorde.

„aan den gelibelleerden weidegrond (welk regt niet door „eischer is tegengesproken maar veel eer erkend) en met „de bepaling van art. 138 der gemeentewet omtrent het „gebruik van gemeente-eigendommen, en dat, terwijl de „eischer in gebreke is gebleven te bewijzen, dat hij „krachtens zijn regt van opdrift het regt zoude hebben „de gelibelleerde weidegronden over hunne geheele uit- „gestrektheid en onontgeldelijk te doen beweiden, daaren- „tegen door het gedaagde bestuur is aangetoond, dat „steeds door de regeering van Doesborgh voor het gebruik „der Stadsweide een zeker, door haar bepaald, en naar „behoefte gewijzigd opbrandingsregt geheven is, en een „deel van dat grondstuk aan de beweiding is onttrokken, „door het ten behoeve der gemeentekas te doen hooijen”.

In de noot op blz. 352 citeerde ik in een ander verband reeds de rechtsoverweging van het arrest van het Gerechthof te Arnhem, waarbij dit vonnis is bevestigd — zij het zooals zal blijken op geheel andere gronden — in welke overweging het Hof den eigendom der stad als *privaat-rechtelijk* qualificeerde. In de verdere redeneering verwierp het Hof de opvatting van appellant: „dat aan „de weideregertigden te zamen zou behooren het dominium „utile der weiden en de gemeente van dit, haar eigendom „geen baten zou mogen trekken”; voorts volgt hierop: „dat het quaestieuse weiderecht, zooals appellant het „beweert, zeer zeker is een last op die weiden, en alzoo „de toekenning er van door de gemeente aan een tot „dusverre niet gerechtigde, is een belasting of bezwaren „van die bezitting”. Op grond van deze redeneering verklaarde het Hof die toekenning, die de grondslag van eischers bezitsactie uitmaakte, als het bezwaren van onroerend gemeente-eigendom voor ongeldig, zijnde niet door Gedeputeerde Staten goedgekeurd.

Ging dus bij de Rechtbank zuiver de vraag over den

omvang van het „regt van opdrift”, bij het Hof gaf de qualificatie van de toekenning van zoodanig recht als een bezwaren van gemeente-eigendom den doorslag. Voor ons doel is echter van meer beteekenis de tegenstelling van publiek-rechtelijk en privaatrechtelijk eigendom der gemeente op die weiden.

Afgescheiden toch van de hiervoor bij de bespreking van de Steenwijker weiden kortelijk behandelde vraag, of het wel juist is, dat die colleges — op het voetspoor van de partijen en, voor zoover mij bekend, al de belanghebbenden — den *eigendom* bij de gemeente aannemen, schijnt mij 's Hof's opvatting, dat de rechten der gemeente *privaatrechtelijk* zijn, in elk geval volkomen juist.

Dit oordeel heeft thans geen verdere toelichting noodig, daar ik mij juist voornamelijk ten doel stelde aan te toonen, dat de consequentie van eene redeneering als o.a. die der Rechtbank te Zutphen kan voeren tot het systeem van den heer P.-G. in de IJsselhammer zaak, n.l. dat het *weiderecht* zelf als zoodanig niet meer bestaat.

Doch te Doesburg liep *feitelijk*, zooals uit 's Hof's overwegingen blijkt, de vraag, die ten principale de partijen verdeeld hield, over de afgrenzing van het tusschen partijen in confesso zijnde recht van opdrift of weiderecht eenerzijds en de bevoegdheden der gemeente aan den anderen kant, dus een kwestie van meer of minder en niet van to be or not be, zooals immers bij het geschil over het weiderecht der IJsselhammers het geval was. De uitspraak lijkt mij niet gewaagd, dat datzelfde Hof in evenbedoeld geschil zich ook op het standpunt van het Leeuwarder Hof zou hebben geplaatst, n.l. het oude weiderecht dateerende uit den markentijd, als uit zijn aard bij de private rechten behoorende, hierbij zou hebben ingedeeld. De uitspraak van het Arnheemsche Hof, dat de gemeente wel baten mag trekken van de

weiden, is blijkbaar op te vatten als eene berusting in een door lange jaren bevestigden rechtstoestand. Trouwens dit laatste geldt ook in al dergelijke gevallen bij de beoordeeling door rechtscolleges en door schrijvers der rechtsfeiten, die dan steeds aan de erkenning van den eigendom der weiden bij de gemeenten voorafgaan. Hoe prijzenswaardig dit streven, de handhaving der door de gemeenten verkregen rechten, in het algemeen ook moge zijn, de vraag mag toch worden gedaan, of wel altijd is of kan worden nagegaan, in hoeverre die schijnbare beschikkingsdaden, waarop ten slotte die qualificatie steunt in den grond iets meer zijn dan daden van beheer door de overheid verricht in het belang van alle gerechtigden en in elk geval zonder opvallend nadeel voor hen. Hunne berusting kan in dergelijke gevallen dan toch moeilijk als stilzwijgende afstand van rechten worden aangemerkt. Met toepassing van art. 1997 j^o. art. 591 Burgerlijk Wetboek is dus m. i. in dergelijke gevallen eerder van een *heimelijk bezit* van gemeente wege dan van een stoornis door de gemeente in het bezit van rechthebbenden sprake.

Onze IJsselhammer „erfgooierskwestie” heeft dunkt mij voldoende duidelijk gemaakt, dat de erkenning van eigen civiele rechten dergenen, die het weidegenot uitoefenen, steeds op den voorgrond dient te staan; voorts dat de handhaving door den rechter van de beheersmacht der gemeentebesturen geen nadeel zal kunnen opleveren, doch dat de aard van de rechtsverhouding tusschen de gemeente eenerzijds en de rechthebbende ingezetenen anderzijds dan ook de noodzakelijkheid van eene strikte handhaving van het bestaande medebrengt, en elke erkenning van uitbreiding der gemeentelijke bevoegdheid uit den boeze moet worden geacht.

Mijne moeite om aan de hand mijner pleitmemoriën

de IJsselhammer zaak ook in ruimeren kring bekend te maken, zal ik ruimschoots beloond achten, als hierdoor een steentje zal worden bijgebracht tot handhaving van de hier en daar in den lande uit oude tijden staande gebleven veste van ingezetenenrechten, m. a. w. als de evengenoemde hoofdpunten onzen rechter ook in de toekomst mogen blijven leiden tegenover de aanvallen, die ook voor 't vervolg wel van de zijde der gemeentebesturen, als van den sterkere, zullen zijn te duchten. Juist omdat die ingezetenen als rechtssubjecten minder weerbaar zijn doordat zij meestal geen eenheid zijn, is toch de vrees voor usurpatie van den kant der gemeente meer dan denkbeeldig. De geschiedenis der hier behandelde zaak levert daarvoor het directe bewijs.

Heerenveen, Nov.—Dec. 1907.

Mr. T. BINNERTS.

EXTRACT uit het diversorium RUDOLPHI DE DIEPHOLT secundum, fol. XLII v^o., berustende in de verzameling rijks-archieven in Utrecht.

Wij grietmans ende gemene richters van Stellynweerf ende Scoterweerf doen kont ende kenlic allen luden die desen brieff syen off hoeren liesen ende bekennen in desen openen brieve dat die van Iselham als bij noerderkerke alle die in den veenbunsch hoeren etyngte te hebben in onsen erve, dat wij ende onse gemene buere hebben in den kerspel van Iselham alle op ten broeke ende in den holliken myt alle synen toebehoeren. Int yerst van den jaer tot XIII nacht voer sunte Philips ende Jacobs dach ende dan uyt te driven ende uyt te hoeden hoer guet totter tijt toe, dat dat hoy van den velde is ende die zeysen gaen heeft ende soe sullen sij nader zeysen die etyngte hebben erflic ewelic ende ommemeer onbespraken van ons ende onsen erfgenamen in aldus daniger manieren wert sake dat sij hoer guet nyet en hoeden noch en dreven van onser voers. erve alse XIII nacht voer sunte Philips ende Jacobs dach als voirs. is heynt tot der zeynden toe alse voers. is daer en bynnen mogen wij schutten elx dages ellic hovet voer III pont ende soe mogen wij dat voers. guet holden ende vuerent myt ons totter tijt toe dat dat van ons gelosent is. Alle dese voers. vorwoerden laven wij gemene Stellynweerf ende Schoterweerf stede ende vast te holden erflic ewelic ende ummermeer in allen manieren als voers. is sonder enigerhande argelist. In oirkonde der waerheyte soe hebben wij Stellyngweerf ende Schoterweerf onser lande segele an desen brieff gehangen. Gegeven in 't jaer ons heren dusent driehundert vier ende achtentich des Manendages nae onser Vrouwendach Nativitas.

Voor extract conform,

De Rijks-archivaris in Utrecht,
(get.) S. MULLER Fz.

VERZEGELDE BRIEFF, rakende 't accoort van 't broek
tusschen de Ingesetenen van Paasloo, Oldemarkt
ende haare, ende Ingesetenen van IJsselhamme.

Ik JOAN SLOOT drost 's lands van Vollenho ende Castelein van den heerlijkheid Cuirre, van weegen Co. mat. van Hispaniën en mijns genadigsten lieven Erf-Heeren doe cond, en bekenne mits deezen, openen besegelden Vermoedzoens brieven, dat voor mij en de gerechte, getuigen, hier onder benoemd erschienen zijn in eenen geheegden gerichte end gespannen bank binnen Vollenho als rechts is de weerdige ende Discrete Heeren, FREDERIK SCHURINK Pastoor, GEERT LUITJES scholt tot Oldemarkt JOHAN VAN DIEST, JOHAN WIBEN, JACOB SMEINCK, JAN ELLERS, PIETER HEBELEN en HESSEL JACOBS, als gemachtigde Gedeputeerden van de gemeene Carspelsluiden van Paaslo, Oldemarkt mit de Haare, als gebleken is bij de selvige volmachtsbrief, bezegeld bij den eerbaren JOHAN VAN TONGEREN Scholtus tot Steenwijk, ende Gecommitteerden Richten in Stat GEERTS LUITJES Scholtus voors, in dato den 9de dach van September in deezen loopende jare van Seventigh in den gerechte getoond ende geleezen, an der eender sijden ende TIMAN TAMENS, LAMBERT CLEIS, ENJCKOO KLAAS, JAN PETERS, WIEGER REMMELTS, LUITJEN PETERS, als gemagtigen van den gemenen Ingesetenen Erfgenamen und inwoonderen des Kaspels van IJsselham, als insgelijks geblecken is bij goede en genoegzame volmagtsbrieven bij den Eerbaren PIETER VAN GOESVELD Scholtus tot IJsselham bezegeld gedateerd den 16de dach Augustine lestleeden in den gerichte getoond ende geleesen ende mit haar REMMILT WIECHERS bovendien nog namaals mit JACOB BOUCKE bij den voorschr. Carspelsluiden van IJsselhamme meede Specialijken tot deezer zaaken gedeputeerd, ende alzo dezelve JACOB in 't zaken van zijn ouderdom zeer qualijk hier ter plaatse heeft mogen erschijnen, ende nogthans zijn consent in den voors. qualiteit hier mede toegegeeven, als bleek bij de acte daarvan gemaakt ende bij hem mitten anderen volmagten ende gedeputeerden onderteekend, zoo hebben de volmagtige ende gedeputeerden van IJsselhamme voorsch. daar voor geintervinieert aan de andere zijden en de becanden ter beijden zijden dat alsoo zekere questie und schelinge erresen is geweest tusschen Parthijen voors. Roerende de

ettinge der voor en de naweijden op ten Vriese Broek, boven, tusschen en buiten zijlen geleege, welke scheeling bij gemachtigde gedeputeerden voors. in namen als boven ten bejide sijden muntliken und vruntliken is geacordeert ende verdragen, in een steede ende erflijken verdrag die tot Ewigen dage geduuren zal, voor haar en haaren Erfgenamen, ofte nakomelingen. Alzoo dat die gemeene Carspelsluiden alle actien ende gerechtigheeden, als zij tot eenigen tijd in quostie mogen gehadt undt gemoveert hebben totten opslach van den ettinge tusschen en buiten zijlen op ten broeke verlaten vertich unde gerenuntieerd hebben erflijk voor haar ende haren erfgenamen ofte nakomelingen, tot voordeel und profijt der Inwoonderen des karspels van IJsselham die nu zijn ende aldaar wonende in IJsselhamme comen mogen die dezelve ettinge voors. van nu voortaan alleenigen hebben en genieten zullen en niemand anders, ende hier tegens hebben de volmachtige Gedeputeerden den karspels luiden van IJsselhamme in name und van weegen deselvs karspels luijden wederom verlaten vertich und renuntieeren in kracht van deezen tegenwoordige vermoed soensbrieve erfelijken ende Ewelijken voor haar und harer allen erfgenamen und nakomelingen de meede ettinge op te voor en de naweijde die se dus lange mitte inwoonderen van Pacelo gehad hebben op ten Broeken Zij ligen broeke, alzoo dat de Inwoonderen van Pacelo, Oldemarkt ende den haare ende niemand anders dezelve ettinge der voor ende naweijden op ten boven zijligen broeke voors. van nu voortan tot Ewigen daagen alleenig hebben en beholden zullen tot aan Luttikensijlsdiep toe. Ende waart zaken dat eenige Uitheemse personen in IJsselhamme geerft den inwoonderen Carspels luiden van IJsselhamme in de ettinge des tusschen en Buitenzijligen Broeks eenig hinder of te Inbreuke te doen aanwenden mogte, Dat sullen de inwoonderen van Pacelo, Oldemarkt ende den haare voors. ende haare nakomelingen Eenluiden, een paarlijk en meede helpen uitdragen voortaan, ende helpen berschermen ende dat des in geen versumge genomen zal worden voordezelve geloften ten onderpande gesteld voor haar ende haren erfgenamen hen luiden goederen, erven und landen in IJsselhamme geleege.

Insgelijks sullende de Inwoonderen van IJsselhamme den inwoonderen Carspels-luiden van Pacelo, Oldemarkt ende den Haare voors. gelijke bijstand doen, soo den selven in den ettinge, op ten Boven zijlschen Broeke eenig hinder ofte letsel geschieden mogte bij eenigen uitheemschen erfgenaamen. Onder gelijke beloften en verband als boven, ende sal geene gravingen op ten voors. Broeke boven, Tusschen

ende buiten zilen geschien, der ettinge nadeelig wider dan een sloot bij de Zaddijk elk op zijnen Broeke na sijnen gelieven. Sonder argelist, hier zijn meede an und over geweest als gerigtsgetuigen. Den Eerentveste ROELOF VAN OOSTEWOLD ende BERNARD MICHELS. In oerkonde der waarheid, ende want deze vruntelijke vermoetzoene ende scheijdinge ten beijden zijden tot Ewigen dagen onwederroepelijke van beide Parthijen geduuren zal, soo hebben ik JOAN SLOOT droste en Castelein voors. als Richter in deezen zaken, mit de PIETER COESVELT SCHOLTUS tot IJsselhamme die van den gemachtigden und gedeputeerden van IJsselhamme, en GEERT LUITJES SCHOLTUS tot Paasloo, die van de gedeputeerden volmachtigen van den Inwoonderen van Pacelo, Oldemarkt ende Haare, hiertoe gebeeden ende begeerd zijn elcx onse zegelen aan deezen vermoedzoens brief gehangen, onse handen en namen ondergeschreven.

Gescheiden in den jaare onses Heeren Duisent vijf hondert ende 't seventich den XXI Septembrus en was geteekent JOAN SLOOT, PIETER VAN COESVELD SCHOLTUS TOT IJSELHAMME, GEERT LUITJES, hebbende onder uithangen drie zegels in groene francijne steerten.

Naar collatie is deeze met zijne principalen wezende in francijn geschreeven van woord tot worde accordeerende bevonden.

In kennisse van mij,

(get.) R. VAN BRAKEL.

(Naar een copie, berustende in het Rijksarchief in Overijssel, en in 1891 door den Rijksarchivaris in Overijssel getrokken uit een eahier, «bevattende eenige afschriften welke betrekking hebben op de naweide der broeklanden onder Oldemarkt», en destijds in eigendom toebehoorende aan den heer H. VISSCHER, burgemeester der gemeente Oldemarkt.)

Voor eensluidend afschrift.

De Rijksarchivaris in Overijssel,

(get.) C. P. L. RUTGERS.

EXTRACT uit de Notulen van Gedeputeerde Staten van Overijssel 1819.

Maandag den 1en November 1819.

Praesidè de Heer B. H. BENTINCK TOT BUEKHORST, Gouverneur.

Present de Heeren:

C. W. SLOET TOT TWEENIJENHUIZEN.

A. W. SLOET TOT MERXVELD.

I. VAN DE POLL IZ.

A. SANDBERG.

I. TEN PELKWIJK.

H. A. IJSSSEL DE SCHEPPER.

H. VAN DER SLUIS.

No. 1, enz.

No. 8. Gelezen een rapport van de Heeren Cecommitteerden tot de Zaken van Politie, op een Rekwest van een aantal Ingezeten van Oldemarkt en Paaslo, zich daarbij beklagende over de verdeeling der naweide van de Broeklanden tusschen die van Oldemarkt en Paaslo, en die van IJsselham, hebbende de laatste alleen het gebruik van het Buiten en tusschenbroek, het voornaamste en beste gedeelte der Broeklanden uitmakende, ofschoon IJsselham wel minder bevolkt was, en veel minder vee bevatte dan Oldemarkt en Paaslo. Dat te voren de genoemde kerspelen elk zijne afzonderlijke finantieele belangen had, dan dat dezelve in den Jare 1811 in elkander gesmolten zijnde, zulks tot nadeel van die van Oldemarkt en Paaslo had gestrekt, waarom zij ook vermeenden dat thans het gebruik der Broeklanden mede gemeen moest zijn, waarom zij verzogten, dat de Ingezeten van het geheele Schoutambt daarin gelijk mogten gesteld worden. Verder het daarop ingekomene berigt van den Schout van Oldemarkt met het daarbij gevoegde berigt van die van IJsselham, houdende dat rapport: Dat het hieruit consteert, dat de verdeeling der naweide bij minnelijke schikking voor het Drostengerigte van Vollenhove tusschen die van Oldemarkt en Paaslo ter eener, en die van IJsselham ter andere zijde, op den 20 September 1570, door wederzijdsche Gecommitteerden, is vastgesteld. En dat het derhalve onnoodig zal zijn, de door Rekwestanten en berigtgeveren aangevoerde redenen breeder te onderzoeken, daar de decisie op dit stuk als een regt van Eigendom reeds voor derdehalve eeuw gerigtelijk gevestigd,

consernerende, nimmer van de Competentie dezer vergadering kan zijn, en uit den aart tot de Cognitie der regtbanken behoort.

Weshalven zij Gecommitteerden van advise zouden zijn, dat de Rekwestranten met hunnen gedanen eisch aan den gewooenen loop regtens behoorden te worden gervenjoerd.

Is goedgevonden zich met het voorschreven rapport te conformeren, hetzelve in een besluit dezer vergadering te converteren, en een afschrift hiervan te doen toekomen aan de Rekwestranten voorn^d om te strekken tot dispositie op hun voorn^{de} Rekweste, en gelijk afschrift aan den Schout van Oldemarkt om te strekken tot informatie.

No. 9, enz.

Voor Extract.

De Griffier der Staten van Overijssel

(get.) GREVEN.

Wetgever en Rechter

DOOR

Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN,
President der Arrondissements-rechtbank te Groningen.

De lezing van het in 1907 bij de erven F. BOHN te Haarlem verschenen hoogstbelangrijke werk van Mr. J. P. Fockema Andreae, getiteld „*Moderne praetuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming*” gaf mij aanleiding tot het schrijven der hier volgende bladzijden.

Het is mijn voornemen niet eene aankondiging, nog minder eene beoordeeling te geven van dezen arbeid, die de kenmerken draagt van groote belezenheid en helderen betoogtrant en waarvan ik de lezing en bestudeering dan ook gaarne aan onze juristen aanbeveel. Evenmin wil ik de rechterlijke macht verdedigen tegen de door den schrijver tegen haar ingebrachte beschuldiging, als zoude zij zich nauwelijks bekommeren om rechtsovertuiging en behoeften, die in de maatschappij opdoemen, omdat de werkring der rechterlijke macht te onzent in de Wet van 15 Mei 1829 (S. B. no. 28) houdende *Algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk* duidelijk is afgebakend, omdat in die wet in ondubbelzinnige woorden is voorgeschreven tot hoever de rechter gaan mag en moet.

Ik wensch dan ook in de hier volgende bladzijden geen geleerd betoog te leveren omtrent *wetgever en rechter*

waarover reeds veel werd gezegd en geschreven, maar mij op een practisch standpunt te plaatsen, gedachtig aan het gezegde van mijn hooggeschatten leermeester wijlen den hoogleeraar Mr. B. J. GRATAMA, dat eene theorie geene waarde heeft, zoo zij niet bruikbaar is voor de practijk.

Om echter dit te kunnen doen, moet ik een blik slaan op de geschiedenis, op het Engelsch recht en op de rechten, die op hetzelfde standpunt staan als het Engelsche recht, alsmede op de bepalingen der hierboven aangehaalde wet, voor zoover zij op het onderwerp, waarover ik thans handel, betrekking hebben.

Op den voorgrond zij gesteld, dat de mensch nimmer iets kan scheppen, maar slechts uit iets wat bestaat, gevolgtrekkingen kan maken, of regelen kan afleiden, slechts bestaande natuurkrachten kan aanwenden tot practisch nut of gebruik.

Ook op het gebied des rechts geldt die regel. Van scheppen is daar geen sprake, alleen van regelen of erkennen. Reeds van oude tijden her werd op het gebied des rechts, en daarover alleen spreek ik hier, de behoefte gevoeld om de rechtsregelen, die men had opgespoord, in geschrifte te brengen, opdat men niet in den blinde zoude rondtasten, maar met zekerheid weten wat in eene bepaalde plaats of streek als recht gold, waarvan de eerbiediging van de ingezetenen konde worden gevorderd. Ten bewijze hiervan zoude ik voorbeelden te over uit andere werelddeelen kunnen aanhalen, maar ik meen te kunnen volstaan met ons werelddeel en dan behoef ik slechts te wijzen op de volksrechten, stadsrechten, landrechten, wetten en ordonnantiën uit vroegere eeuwen, waarvan eene opsomming overbodig kan worden geacht. Evenwel was het noodzakelijk, hierop de aandacht te vestigen, omdat daaruit alleen valt te verklaren de voorliefde voor codificatie,

die zich later op Europa's vasteland en ook, zij het ook slechts ten deele, in Engeland en de landen, die aan Engeland in hoofdzaak hun recht ontleenden, openbaarde.

Voor al sedert het begin der vorige eeuw werd de wensch naar codificatie op het vasteland van Europa met meer bewustheid uitgesproken en werden tal van wetboeken, voornamelijk op strafrechterlijk gebied, vastgesteld. Dit proces is steeds doorgegaan en voortdurend is het aantal wetboeken vermeerderd. En daarmede gedeeltelijke herziening van reeds in werking zijnde wetboeken, zoodat dan ook langzamerhand het vermoeden, dat ieder ingezetene de wetten zijns lands niet alleen moet kennen, maar kent een vermoeden is, dat zeker niet tot de toewijzing van een eisch zoude kunnen leiden.

Hoe dit echter zij, vast staat dat het aantal wetboeken zich nog steeds uitbreidt en men geen profeet behoeft te zijn om te voorspellen dat in afzienbaren tijd op dien weg zal worden voortgegaan.

Men denke slechts aan de nieuwe strafwetboeken in de vorige en in deze eeuw vastgesteld, aan de wetboeken op het burgerlijk recht in de laatste jaren ingevoerd, aan de wetsontwerpen op het gebied van strafrecht en burgerlijk recht, thans nog in behandeling.

Opmerking verdient dat met name in Engeland men steeds meer den weg der codificatie opgaat en dat, al moge eene volledige codificatie zeer stellig nog lang op zich laten wachten, de kring van de *Common law* en de *law of equity* steeds meer wordt beperkt en die van de *Statute law* voortdurend meer uitgebreid, terwijl het voorts opmerkelijk is dat de meeste der Vereenigde Staten van Noord-Amerika, Canada en Engelsch-Indië reeds een strafwetboek bezitten, terwijl in Soudan, waar Engeland een overheerschen invloed heeft, ook reeds een strafwetboek is ingevoerd.

De grond voor dien wensch naar codificatie is natuurlijk deze, dat men in het belang der rechtszekerheid het noodzakelijk acht, dat de rechter aan zekere regelen gebonden zij.

Uit den algemeenen wensch naar codificatie valt ongetwijfeld de gevolgtrekking te maken, dat zij aan eene gevoelde behoefte voldoet, dat zij voor de handhaving des rechts noodzakelijk is.

Er is voorwaar geen geleerd betoog noodig om het bewijs te leveren dat de wet veelal niet in overeenstemming is met het recht op een bepaald tijdstip in een bepaald land.

Het springt immers in het oog, men kan het zelfs een axioma noemen, dat de beste wetgever nimmer kan voorzien welke nieuwe instellingen, welke nieuwe maatschappelijke verhoudingen, die wettelijke regeling eischen, de toekomst zal brengen en nu houdt de vraag de geleerden verdeeld of een geheele of gedeeltelijke herziening wenschelijk is en wanneer, doch zóó in het algemeen is die vraag niet te beantwoorden. Het antwoord schijnt mij echter gemakkelijk.

Algeheele herziening is noodzakelijk wanneer onderscheiden wetsbepalingen herziening eischen, gedeeltelijke wanneer dat slechts ten aanzien van een bepaald onderwerp het geval is en het tijdstip, waarop die meer of minder uitgebreide herziening moet plaats hebben hangt af van het feit of die herziening eisch is der practijk dan wel een gril, veelal met den naam van beginsel vereerd, van zoogenaamde politici of andere tot oordeelen in dezen onbevoegde personen. Omdat, gelijk ik opmerkte, het den wetgever niet gegeven is in de toekomst te lezen, moeten de bepalingen der wetten met name op het gebied van het burgerlijk recht en op dat van het handelsrecht algemeene regelen stellen, waaronder de gevallen, die zich in de practijk voordoen, gemakkelijk te brengen

zijn. Voorts moeten de begrippen juist omlijnd zijn en moet de redactie kort en duidelijk zijn.

Voldoen nu onze wetten aan die eischen? Geen der zake kundige zal die vraag bevestigend durven beantwoorden. Men vergelijkte b.v. eens de bepalingen, om maar niet meer te noemen, van onze Gemeentewet en van onze Provinciale wet met die van latere wetten, eene enkele uitzondering, die den regel bevestigt, nu daargelaten en het antwoord kan niet twijfelachtig zijn.

Vanwaar dat verschijnsel?

Bedrieg ik mij niet, dan is dit grootendeels te verklaren uit de wijze waarop de wetten te onzent tot stand komen.

Immers *rechtens* en *formeel* stelt Hare Majesteit de Koningin de wet vast, want zonder hare handteekening wordt geen *wetsontwerp wet*, maar *inderdaad* maakt de Tweede Kamer der Staten-Generaal de wetten, een lichaam allerminst voor wetgevendende arbeid geschikt. Verbetering ware dan alleen te verkrijgen, wanneer elk wetsontwerp, alvorens te worden ingediend, aan het oordeel van mannen der practijk werd onderworpen. Verbetering zeide ik, afdoende verbetering durf ik niet te zeggen, maar elke stap in eene goede richting moet met ingenomenheid worden begroet.

Ik meen thans te kunnen overgaan tot de behandeling der bovenaangehaalde wet, voor zoover zij op het thans door mij besproken onderwerp betrekking heeft. Op twee artikelen dier wet heb ik dus slechts de aandacht te vestigen, de inhoud waarvan hier letterlijk moet worden medegedeeld.

Artikel 3 dier wet luidt:

„Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst.”

Artikel 13 dier wet bepaalt:

„De rechter die weigert recht te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan, uit hoofde van rechtsweigerings, vervolgd worden.”

Wanneer men eerstgemeld artikel leest, behoeft men naar de bedoeling, ook zonder nadere toelichting, niet te zoeken, want het is duidelijk. Het verbiedt den rechter het gewoonterecht toe te passen, tenzij de wet daarnaar bepaald verwijze.

Het voorschrift van het in de tweede plaats genoemde artikel heeft blijkbaar dezelfde bedoeling, maar gaat van de beslist onjuiste stelling uit dat de wet nooit over eenige rechtsvraag zwijgt, nooit duister en nooit onvolledig is.

Reeds in 1829 was die bewering onjuist, hoeveel meer nog in 1908. Maar er is meer.

De wetgever zegt tot den Nederlandschen rechter: „Gij kunt worden vervolgd wegens rechtsweigerings, want gij moet de wet toepassen en doet gij dat niet omdat gij beweert dat zij over een of ander onderwerp, waarover uwe beslissing gevraagd wordt, het stilzwijgen bewaart, dat zij duister of onvolledig is, dan is dat van u slechts een voorwendsel; de wet heeft in alles voorzien, zij bewaart nimmer het stilzwijgen, zij is altijd duidelijk, zij is steeds volledig.”

Nu bindt deze wet, niemand kan het tegenspreken, den rechter. Hoe vat nu de Nederlandsche rechter, ten einde zooveel mogelijk aan deze hem beslist bindende voorschriften te voldoen, zijne taak op? Regelen van het gewoonterecht kan hij alleen toepassen in die gevallen, waarin de wet naar eene gewoonte verwijst, maar op het gebied van het burgerlijk recht en op dat van het handelsrecht doet hij uitspraak in alle gevallen, dus ook in die talrijke gevallen, waarin de wet zwijgt, duister of onvol-

ledig is. En nu durf ik toch vragen: Hoe kan de Nederlandsche rechter anders handelen, gebonden als hij is aan de vermelde wetsbepalingen? Verwijten, die men het goed acht tot den Nederlandschen rechter te richten, heeft men aan een verkeerd adres bezorgd: men adresseere die voortaan aan het juiste adres, aan dat van den Nederlandschen wetgever van 1829.

De gevolgtrekking uit al hetgeen ik in het midden bracht te maken ligt voor de hand. De wetgever stelle de regelen vast, de rechter passe ze toe. De wet, met name op het gebied van het burgerlijk recht en op dat van het handelsrecht, late den weg open voor een ruime toepassing door den rechter. Waar de rechtsovertuiging des volks eene herziening eischt, onderzoekte men of inderdaad van zulk eene overtuiging sprake is of wel van een waan van den dag. Naar de omstandigheden beslisse men in het eerstgenoemde geval of eene volledige of eene gedeeltelijke herziening noodzakelijk is. Past men deze beginselen toe, dan behoeft naar mijne overtuiging het burgerlijk recht en het handelsrecht, met uitzondering van het faillietenrecht, eene volledige herziening. Zoo binnen niet al te langen tijd daartoe besloten wordt en dat besluit uitvoering erlangt, zal de wet op een gegeven oogenblik in overeenstemming zijn met de rechtsovertuiging des volks en dat blijven, zoo telken male als zulks noodzakelijk is, eene volledige of gedeeltelijke herziening plaats heeft. Dan zal de klacht verstommen die men dikwijls hoort uiten, dat de rechter *de wet* toepast, maar niet *het recht*. Dan zal ten volle voldaan zijn aan alle billijke eischen die de practijk kan stellen.

**Beschouwingen over de Rechtsverhouding
van de Luchtruimte tot den Staat, boven welks
Grondgebied zij zich verheft,**

DOOR

MR. W. L. A. COLLARD

te 's-Gravenhage.

De maatschappij staat aan den vooravond van eene belangrijke gebeurtenis in haar rechtsleven. Op een nieuw terrein zal het rechtsleven zich gaan ontwikkelen. Hij, die waarneemt, op welke hoogte de kennis der luchtscheepvaart in den allerlaatsten tijd reeds is gekomen, behoeft zich voorzeker niet meer af te vragen, of niet de tijd nadert, dat bijzondere aandacht moet worden geschonken aan de beteekenis, die de luchtruimte heeft van een rechtskundig oogpunt beschouwd en aan de wijze, waarop het zich in die luchtruimte ontwikkelende rechtsleven in de naaste toekomst regeling zal behoeven.

Tot voor kort bereikten ons steeds uit den vreemde de berichten, die van belangstelling in de luchtscheepvaart getuigden, doch ook van Nederlandsche zijde begint men zich thans te doen gelden, daar in den aanvang van dit jaar de Nederlandsche Vereeniging voor Luchtscheepvaart te 's-Gravenhage werd opgericht, die nu reeds groote activiteit begint aan den dag te leggen. Het lucht-ruim zal verkeersweg worden; een gedeelte van het rechtsleven der menschen gaat zich aldaar afspelen; zoowel privaats- als publiekrecht kunnen daar toepassing gaan

vinden, publiekrecht wellicht in de eerste plaats. Er kunnen gevaren ontstaan voor de onderwonenden. Vooral het luchtruim is geëigend om de rechtsbelangen der verschillende Staten met elkaar in aanraking te brengen. Nog meer punten kunnen worden bijgebracht om in het licht te doen stellen, dat zoowel de nationale- als de internationale wetgever, om deze laatste, hoewel thans nog onjuiste, benaming maar eens te bezigen, hun oogen moeten richten naar het nieuwe nog braak liggende terrein. Dat wil niet zeggen, dat hetgeen in het luchtruim geschiedt, buiten eenige regeling van eene overheid valt. Integendeel, men zie immers niet over het hoofd, dat alle menschelijke gedragingen in de luchtruimte plaats hebben. Wanneer wij evenwel de meening uitspreken, dat de wetgever bedacht moet zijn op het treffen van voorschriften, van toepassing in de luchtruimte, dan bedoelen wij natuurlijk, dat het rechtsleven in het luchtruim moet worden geregeld alleen voor zoover het die menschelijke gedragingen en die feiten in de luchtruimte betreft, welke geschieden zonder dat de plaats van handeling in eenige materiele verbinding staat met het grondgebied van den onderliggenden Staat. Hier hebben wij dus de zichzelf aanwijzende grens tusschen het nieuw te regelen rechtsgebied en het gebied, waarover zich thans reeds des wetgeverszorg uitstrekt. Een doodslag, gepleegd in een luchtballon, zich bevindend op 100 M. boven het grondgebied, kan volgens het *ius constitutum* allicht niet worden achterhaald, de weigering van hulpbetoon aan den in oogenblikkelijk levensgevaar verkeerenden luchtreiziger door den reiziger uit een ander luchtschip kan ongestraft geschieden, terwijl gelijke feiten, gepleegd op den top van den veel hooger berg of aan het uiterste gedeelte van een bouwwerk van 200 M. natuurlijk onder het bereik van de Strafwet vallen.

Hoewel de wetgever van vroeger aan het nieuwe

rechtsgebied wel niet heeft gedacht, is het natuurlijk niet onwaarschijnlijk, dat tal van feiten, die zich daar voordoen, in de bestaande wetten hunne regeling vinden. Zooals vanzelf spreekt, bestond er vroeger geen aanleiding het onderwerp onder de oogen te zien; het groote belang van het nieuwe rechtsgebied heeft zich immers eerst in den allerlaatsten tijd aan ons geöpenbaard, al kan het waar zijn, dat men zich vroeger met het oog op eventüële gebeurlijkheden in de toekomst, die betrekkelijk onmogelijk werden geacht, gaarne aan bespiegelende beschouwingen over dit onderwerp overgaf. In een opstel van Prof. ERNEST NYS te Brussel in de „Revue du droit international et de législation comparée” van 1902, getiteld: „Droit et aérostats”, wordt er aan herinnerd, hoe men zich reeds in vroegere eeuwen met eenig succes op de luchtvaart begon toe te leggen. Uit den eersten jaargang 1908/1909 van den te Berlijn verschijnenden „Aeronautischer Kalender” blijkt nog de volgende bijzonderheid: in „1783 am 19 September liess MONTGOLFIER vom „Schlosse von Versailles aus einen 1840 cbm. fassenden „Ballon aufsteigen. Die Hülle war aus wasserdichter „Leinwand, im Korb befanden sich die *ersten Luftschiiffer*: „ein Hammel, ein Hahn und eine Ente. Nach 8 minuten „erfolgte die Landung des durch einen Riss undicht gewordenen Ballons”. In zooverre, van de technische zijde beschouwd, kan het onderwerp reeds betrekkelijk oud genoemd worden, al zijn de rechtsbeschouwingen ter zake van veel lateren tijd. (1) Dat de Nederlandsche wetgever

(1) Bij enkele oudere schrijvers, zooals BARTHÉLEMY CAPOLLA (in het laatst der 15e eeuw) en SEBASTIEN MEDICIS (in de tweede helft der 16e eeuw) treft men sporadisch blijkens eene aantekening van Prof. NYS in zijn werk «Le droit international» wel is waar eenige beschouwingen ter zake aan, meer van zuiver privaatrechtelijken aard, welke de zienswijze der Romeinsche juristenschrijvers schijnen weer te geven.

het nieuwe rechtsgebied, zooals wij het aanduiden, geheel onverzorgd heeft gelaten, is met enkele voorbeelden niet moeilijk aan te toonen. Art. 1 der Grondwet bepaalt immers, dat het Koninkrijk der Nederlanden het *grondgebied* omvat in Europa, benevens de koloniën en bezittingen in andere werelddeelen. Art. 122 der Grondwet zegt ons, dat de wetten alleen *voor het Rijk* in Europa verbindende zijn, voorzoover daarin niet is uitgedrukt, dat zij voor de koloniën en bezittingen in andere werelddeelen verbindend zijn. In art. 2 van de wet van 15 Mei 1829 (*Stbl. no. 28*) houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk lezen wij o. m. de bepaling, dat de wetten in het geheele Koninkrijk verbindende zijn uit kracht van derzelve afkondiging door den Koning gedaan. Art. 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt o. a., dat allen, die zich op het *grondgebied* van den Staat bevinden, vrij zijn en dat slavernij in het Rijk niet wordt geduld. Verder zegt ons art. 2 van het Wetboek van Strafrecht dat de Nederlandsche Strafwet toepasselijk is op ieder, die zich binnen het Rijk in Europa aan eenig strafbaar feit schuldig maakt. Hoewel deze bepaling, die het territorialiteitsbeginsel huldigt, de toepasselijkheid van het Wetboek van Strafrecht in het luchtruim in het algemeen uitsluit, omdat onder de woorden „binnen het Rijk in Europa” alleen aan het *grondgebied* moet worden gedacht, (1) kan echter de luchtreiziger toch nog onder het bereik der Nederlandsche Strafwet vallen, voorzooverre het strafbare feit als wordende *volgens het ius constitutum* gepleegd *buiten* het Rijk in Europa overeenkomstig een der artt. 4 en vlgg. van het Wetboek van Strafrecht door den

(1) Hiermede geef ik prijs de afwijkende opvatting, die ik in zake dezelfde materie huldigde bij mijne promotie in 1900, zooals kan blijken uit een mijner stellingen achter mijne dissertatie *De «handel in blanke slavinnen.»*

Nederlandschen rechter kan worden berecht. Anderzijds kan in de Nederlandsche wetgeving niet op eenige bepaling worden gewezen, die regeling van rechtsverhoudingen in het luchtruim beoogt.

Het is hier de plaats om in het kort in herinnering te brengen eene procedure, die enkele jaren geleden hier te lande werd gevoerd en eindigde met het arrest van den Hoogen Raad van 24 December 1902 (*W. v. h. R.* n^o. 7849), waarbij met vernietiging van het ter zake betrekking hebbende arrest van het Hof te Amsterdam bevestigd werd een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 5 April 1901 (*W. v. h. R.* n^o. 7420). Voor zoover de zaak alhier van belang is, liep zij over de kwestie, of het spannen zoowel als het gespannen houden van telefoon-draden over eens anders erf al dan niet geoorloofd is. De Rechtbank beschouwde een en ander als een onrechtmatige daad; de vraag is nu ten deze, of de overwegingen van het College volgens het *ius constitutum* aannemelijk zijn. De Rechtbank treedt in beschouwingen over het vraagpunt, of de eigenaar van den grond moet worden beschouwd als de eigenaar van de luchtruimte boven zijn erf en zij meent dan, dat inderdaad de luchtruimte boven den grond is een sequeel van den eigendom van den grond; de eigenaar van den grond is volgens haar de eigenaar van de luchtruimte daarboven; toepassingen van dit beginsel zou men dan aantreffen in de artt. 626 al. 2, 695, 702, 714 al. 2 en 728 B. W. Bovendien zou de eigendom van die luchtruimte onbeperkt zijn, wat de hoogte betreft. Het is niet moeilijk aan te toonen, dat die beschouwingen der Rechtbank volgens het geldend recht onjuist zijn. De Hooge Raad heeft ze dan ook niet overgenomen. Bepalingen, die den eigenaar van den grond het recht geven daarop alle beplantingen en betimmeringen te stellen, en zoo meer, zijn *niet* toe-

passingen van het beginsel omtrent den eigendom van de luchtruimte, doch bevatten slechts aanduidingen omtrent den omvang van den eigendom van den grond. Bovendien zou het inderdaad zonderling zijn, dat de wetgever in een tijdperk, waarin over een eigendom van de luchtruimte nog niet werd gedacht, incidenteel daarover zou hebben beslist in een paar artikelen van het Burgerlijk Wetboek, nog niet eens met zooveel woorden, maar o. a. in een paar artikelen over burenrchten en erfdiensbaarheden, waarin dus een groot beginsel, waarover thans nog geen eenstemmigheid bestaat, zou verscholen liggen. Neen, de onrechtmatigheid *destijds* (1) van het spannen en gespannen houden van telefoondraden over iemands grond is slechts een gevolg van de rechten van den eigenaar op zijn *grond*. Dit is blijkbaar ook, en terecht, het standpunt van ons hoogste rechtscollege geweest. Met het recht van den grondeigenaar om op zijn grond zoo hoog te bouwen, als hem goeddunkt, is in strijd het door een ander zonder zijne toestemming spannen en gespannen houden van telefoondraden boven dien grond (zie *W. v. h. R.* n^o. 7849); dit standpunt moet voor ons positieve recht beschouwd worden ook het standpunt te zijn van het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad blijkens de in die zaak genomen conclusie.

Wat thans het internationale recht betreft, te vergeefs zal men ook hier zoeken naar gewichtige ingrijpende voorschriften, van kracht in het nieuwe rechtsgebied. Vermeld worde de op 29 Juli 1899 door de gevolmachtigden der mogendheden, welke op de Eerste Vredesconferentie waren vertegenwoordigd, onderteekende Verklaring van dezen inhoud: „De contracteerende Mogendheden

(1) Thans anders; zie de Telegraaf- en Telefoonwet 1904, *Stbl.* no. 7.

„stemmen voor een tijdperk van vijf jaren toe in het „verbod om, uit ballons of op andere dergelijke nieuwe wijzen, projectielen en ontplofbare stoffen te werpen.” (c. f. Koninklijk Besluit van 19 Sept. 1900, *Stbl.* n^o. 163, bepalende de bekendmaking der verdragen en verklaringen den 29 Juli 1899 onderteekend op de Internationale Vredesconferentie). Men zie ook art. 29 van het „Reglement betreffende de wetten en gebruiken van den oorlog te land” (*Stbl.* n^o. 163 van 1900), krachtens hetwelk berichtoverbrengers in luchtballons *niet* als spionnen worden beschouwd (1). Voor enkele bijzonderheden over den tijd, loopende tot de eerste Vredesconferentie, inzake het gebruik van ballons in tijd van oorlog, raadplege men het bovenbedoelde opstel van ERNEST NYS.

Doch alvorens een wetgever met vrucht werkzaam kan zijn met betrekking tot de luchtruimte, behoort te worden nagegaan, welk rechtskarakter aan die luchtruimte moet worden toegekend, dient te worden vastgesteld, in welke rechtsverhouding de luchtruimte staat tot den Staat, boven welks grondgebied zij zich verheft. De aard van de macht, welke de Staat kan uitoefenen over de „objecten”, die binnen zijn machtssfeer liggen, kan zeer verschillend zijn naar gelang van het „object” in kwestie; bovendien kan bij éénzelfde „object” nog verschil van zienswijze bestaan omtrent de beantwoording der vraag, welke rechten de Staat daarover of binnen den ruimtekring daarvan uitoefent. Omtrent de rechten van den Staat over het territorium, het door de landsgrenzen omgeven gedeelte der aard-

(1) De Franschen bedienden zich reeds in den slag van Fleurus in 1792 van luchtballons; ook bij de belegering van Parijs in 1870 werd door hen van luchtballons een nuttig gebruik gemaakt; het was toen, dat BISMARCK in een nota aan de Fransche Regeering mededeelde, dat de bemanning van luchtballons als spionnen zouden worden behandeld.

oppervlakte, bestaat in de wetenschap vrijwel eenstemmigheid: de Staat oefent de meest volkomen heerschappij, de volle souveriniteitsrechten uit over het aan hem onderworpen territoir met de zich daarop bevindende menschen en zaken. Die eenstemmigheid ontbreekt echter ten aanzien van den naam, waarmede die macht kan worden aangeduid; het groote verschil in formulering van die heerschappij kunnen wij te dezer plaatse laten rusten. De ouderen onder de volkenrechtsleeraars en ook verschillende onder de jongere schrijvers houden zich aan het begrip *dominium*, een vrij duidelijk begrip, waarbij wij *niet* hebben te denken aan een privaatrechtelijk eigendomsrecht, maar aan een *dominium*, publiekrechtelijk opgevat, hetgeen sommigen ter wille van de tegenstelling met het privaatrechtelijk *dominium* willen noemen het *dominium eminens* van den Staat, omdat de macht van den Staat hooger rang inneemt, dan de macht, die in het begrip van het privaatrechtelijk *dominium* ligt opgesloten. Latere schrijvers en vooral de Duitschers, verwerpen die benaming, want — aldus luidt hun betoog — de Staat heeft als zoodanig geen eigendom van den grond. Zij geven de voorkeur aan de uitdrukking *imperium, droit de souveraineté*.

Prof. FRANTZ DESPAGNET te Bordeaux schrijft te dezer zake in zijn werk: „Cours de droit international public” (pag. 436) als volgt: „Cette confusion (sc. entre la souveraineté de l'Etat sur son territoire et la propriété de ce dernier) s'explique, parce que, vis à vis des autres pays, la souveraineté territoriale de l'Etat s'affirme avec un caractère absolu et exclusif, comme la propriété dans les rapports entre particuliers, et que la plupart des modes d'acquisitions ou de perte de cette souveraineté se présentent sous des formes semblables aux modes d'acquisition ou de perte de la propriété; par exemple la cession,

l'accession, l'occupation". Tegen het verwijt van verwarring kan worden aangevoerd, dat men niet voldoende aandacht er aan heeft geschonken, dat van het privaatrechtelijk dominium hier de rede niet is; bovendien verzet zich de etymologie van het woord niet tegen de gewraakte opvatting. Zeer juist wordt zulks uiteengezet door Prof. L. OPPENHEIM te Londen in zijn werk: „International Law". Wij lezen daar onder § 168: „State territory is that definite portion of the surface of the globe, which is subjected to the sovereignty of the State", en verder: „State territory is also named territorial property of the State. Yet it must be borne in mind, that territorial property is a term of Public Law and must not be confounded with private property. The territory of the State is not the property of the monarch, or of the Government, or even of the people of a State; it is the country, which is subjected to the territorial supremacy or the imperium of a State". Zij, die de benaming verwerpen, (VON LISZT, VON HOLTZENDORFF, WESTLAKE e. a.) geven, zooals gezegd, *dezelfde* machtsbevoegdheid weer door de uitdrukking *imperium*; het ligt immers in den aard der zaak, dat men hetzelfde onder beide woorden verstaat.

VON LISZT drukt zich in zijn werk „Das Völkerrecht" (5e uitgave) aldus uit: „Die Staatsgewalt, bezogen auf das Staatsgebiet und durch diese Beziehung räumlich umgrenzt, nennen wir Gebietshoheit (Territorialgewalt). Sie ist imperium, nicht dominium; völkerrechtlich anerkannte Herrschaft über Menschen innerhalb des Gebiets, nicht ein dingliches Recht an dem Gebiet."

VON HOLTZENDORFF gaat bij zijne verwerping van de uitdrukking *dominium* ten onrechte zelfs zóóver, dat hij aan de voorstanders van die uitdrukking eenig gemis aan wetenschappelijkheid aanwrijft, waar hij zich als volgt

uitlaat in zijn „Handbuch des Völkerrechts (1887) II blz. 228: „Ohne den historischen und juristischen Notbehelf der Eigenthumsidee und ihrer Anwendung auf das „Staatsgebiet wäre es den alten Theoretikern nicht möglich „gewesen das Prinzip der politischen Souveränität auf zu finden.“ Ongemotiveerd is de blaam, die v. H. hiermede op zijn voorgangers wierp. Het betreft immers slechts een kwestie van uitdrukking; blijkt dit overigens ten overvloede ook niet uit eene uitlating als de volgende van von Liszt („Das Völkerrecht“, 5e druk, pag. 73): „Ein „und desselbe Gebiet kan unter der, sei es geteilten sei es ungeteilten Mitherrschaft mehrerer Staaten stehen (condominium, richtiger coimperium)“? Aan het woord „condominium“ geeft hij nog den voorrang, vermoedelijk omdat de uitdrukking „coimperium“ minder gebruikelijk is.

Hoewel wij de onjuistheid en onwetenschappelijkheid der benaming „dominium,” publiekrechtelijk opgevat en dus niet te verwarren met het privaatrechtelijk begrip van dominium, (1) niet kunnen beamen, willen ook wij de uitdrukking imperium kiezen om aan te duiden de meest volkomen heerschappij, die de Staat kan uitoefenen over het aan hem onderworpen territoir met de zich daarop bevindende menschen en zaken. Voor het taalkundig gevoel schijnt die uitdrukking meer te beantwoorden aan het *heerschappijbegrip*; de soevereiniteitsrechten van den Staat schijnen daarmede zeer wel te kunnen worden weergegeven. Bovendien beweegt zich de wetenschap in een richting, die blijkbaar aan het woord „imperium“ de voorkeur geeft, zoodat wij die uitdrukking ook kiezen ter wille der uniformiteit. Nadat wij in deze terminologiekwestie partij hebben gekozen, hetgeen niet

(1) C. f. LABAND: «Deutsches Reichsstaatsrecht» Deel I blz. 35 en vlgg.

mocht achterwege blijven, wilden wij niet de heerschende verwarring omtrent dit punt in dit opstel overbrengen, brengen wij in herinnering, dat in tegenstelling met de vastheid van meening, die er bestaat in zake de rechtsverhouding van den Staat tot het door de landsgrenzen omgeven gedeelte der aardoppervlakte, verschillende zienswijzen zijn te vermelden, waar het de beantwoording der vraag betreft, welke rechten de Staat over de territoriale zee (Küstengewässer, la mer territoriale, wellicht beter la mer côtière of littorale, the maritime belt) kan uitoefenen. Waar die vraag *zelf* niet het punt van ons onderzoek uitmaakt, behoeven wij haar niet tot in bijzonderheden te bespreken. Het is voldoende hier te vermelden, dat sommigen aan den kuststaat willen toekennen een waar recht van eigendom, dominium haast in privaatrechtelijken zin (volgelingen van de oud-Engelsche opvatting, die de kustzee wil beschouwen als een overblijfsel van het oudtijds o. a. door de Engelschen verdedigde eigendomsrecht van Engeland over de volle zee), terwijl anderen den Staat een *ius sui generis* toekennen, in beginsel een soevereiniteitsrecht, waaraan eenige eigendomsrechten zijn verbonden. Wij zouden het recht van den kuststaat op de territoriale zee willen opvatten als een beperkt imperium, welke zienswijze, naar wij meenen, wel de meest gangbare is; een recht, dat de kuststaat met beperking van de vrijheid der volle zee, als *res communis omnium*, bezit en kan uitoefenen, voorzoover zulks voor het bestaan van den Staat in zijne verhouding tot het landgebied noodzakelijk is.

Wederom een ander karakter heeft de macht van den Staat in die gevallen, waarin sprake is van landen, die tot de belangenfeer van een Staat behooren (sphere of influence, Interessensphäre); dat zijn die landen, die in zooverre aan het Staatsgezag zijn onderworpen, dat andere

Staten ze niet mogen occupeeren en ze evenmin onder hun protectoraat mogen stellen. Hieraan behoeven wij onze aandacht niet verder te schenken; wij wilden slechts van het door de landsgrenzen omgeven deel der aardoppervlakte, omtrent welks betrekking tot den Staat geen verschil van opvatting heerscht, en van de territoriale zee, waarvan de rechtsverhouding tot den Staat de mannen der wetenschap nog eenigermate verdeeld houdt, overgaan tot de luchtruimte en haar rechtsverhouding tot den Staat, boven welks grondgebied zij zich verheft, ten aanzien van welke rechtsverhouding in de wetenschap, voorzoover zij zich althans met deze materie heeft beziggehouden, allerm minst eene communis opinio heerscht. Uit den aard der zaak zijn de beschouwingen over dit onderwerp, welke men in de verschillende werken der volkenrechtsleeraars mocht aantreffen, uiterst spaarzaam. Velen bewaren een stilzwijgen ter zake. Een van de eersten, die de materie aanroeren, is voorzeker BLUNTSCHLI, de sedert 1881 overleden Heidelbergsehe professor, wiens honderdjarige geboortedag in den aanvang van 1908 te Zürich werd herdacht. In zijn werk: „Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten” (1868) laat hij het onderwerp aan zijn geest voorbijzweven; wij lezen in de Einleitung blz. 25 het volgende: „Würde sich die Luft nicht jeder menschlichen Absperrung im Grossen entziehen, so hätte sicherlich die souveräne Selbstsucht der Einzelstaaten auch die Luft über ihrem Lande als ihr ausschliessliches Eigenthum anzusprechen hier oder dort den Versuch gemacht. Aber die Staaten haben keine Gewalt über die mächtige Bewegung der Luftströme, welche unbekümmert um alle Landesgränzen ihren Weg nehmen.” PRADIER-FODÉREÉ neemt in zijn werk: „Traité de droit international public européen et américain” die uiting in zekeren zin over. Er schuilt, zooals men aanstonds voelt, een fout bij BLUNTSCHLI;

hij denkt aan de lucht en niet aan de luchtruimte.

Wij hebben ons de luchtruimte te denken tot in onbepaalde uitgestrektheid *boven* het door de landsgrenzen van den Staat omgeven aardoppervlak. De verticale zijden, vormende den omtrek van die ruimte, moeten gedacht worden zich aan de landsgrenzen aan te sluiten, terwijl zij, ver genoeg verlengd aan de verbindingspunten met het aardoppervlak, in één punt behooren samen te komen, n.l. in het middelpunt der aarde. De vraag is dan, in welke rechtsverhouding verkeert die luchtruimte tot den grondstaat (kortheidshalve willen wij aldus noemen den Staat, boven welks grondgebied de luchtruimte zich verheft; c. f. ook de terminologie van Dr. GRÜNWARD in zijn hierna te behandelen brochure: „Das Luftschiff in völkerrechtlicher und strafrechtlicher Beziehung”), is het rechtskarakter van die luchtruimte overal dezelfde, natuurlijk behoudens de in den aanvang van dit opstel aangeduide en in acht te nemen grens, of behoort men in onderscheidingen te vervallen naar gelang van de hoogtegrens, die men op het oog heeft?

Wij wenschen in dit opstel het standpunt te verdedigen, dat de grondstaat over de luchtruimte in haar volle uitgestrektheid boven het territoir volle soevereiniteitsrechten, gelijk aan die over zijn grondgebied, uitoefent. Ons betoog zal hand aan hand moeten gaan met de bestrijding van de opvattingen van anderen, waardoor de juistheid der bovenstaande zienswijze zal worden bevestigd.

In de eerste plaats dringt zich de vraag naar voren, of het wel aangaat op de luchtruimte aanspraak te maken voor den grondstaat, eene vraag, die door menigeen ontkennend wordt beantwoord. Over de luchtruimte kan volgens sommigen door den Staat niet een *vol imperium* (sc. *dominium*) worden uitgeoefend, en de Staat mag volle

souvereiniteitsrechten ook niet uitoefenen, omdat de luchtruimte verkeersweg is voor alle volken, evenals de zee. Dat dit betoog niet houdbaar is, blijkt reeds aanstonds, wanneer men daartegenover stelt, dat de grond, het land, zelf wel in de eerste plaats verkeersweg voor de volken is en blijft, zoodat in dienzelfden gedachtengang eenig deel van het aardoppervlak ook niet tot de machtsfeer van eenigen Staat zou kunnen behooren; wat zou alsdan wel van ons begrip „Staat” overblijven? Zoodanige conclusie is natuurlijk tastbaar onjuist. De omstandigheid immers, dat de grond verkeersweg is, kan zelfs niet verhinderen, dat de Staat in beginsel de bevoegdheid bezit den toegang tot zijn gebied te verbieden. Wanneer dan de qualiteit van verkeersweg niet kan voorkomen, dat voor den vreemdeling een verbod van toegang tot het grondgebied kan worden gesteld, dan behoeft het toch geen betoog, dat in beginsel met des te minder recht aanspraak gemaakt kan worden op de vrijheid van beweging van alle volken in het luchtruim; wel is waar kan men het luchtruim ook verkeersweg noemen, maar dan toch een van minder beteekenis dan de grond en bovendien een verkeersweg, dien men tot voor korten tijd, zoo niet tot heden, zonder ongerief heeft kunnen ontberen. Anders is het gesteld met de zee; het beginsel van het mare liberum is niet zoozeer gelegen in het zijn van verkeersweg, maar wel in de allereerste plaats in de omstandigheid, dat de zee de noodzakelijke en onmisbare verbinding is tusschen landgebied, dat zonder de zee niet is te bereiken. Vergelijking van de luchtruimte met de zee, als *res communis omnium*, gaat uit dien hoofde niet op; de luchtruimte mist datzelfde karakter in allen deele; zij is niet eene noodzakelijke en onmisbare verbinding; door haar kan het te zijner tijd slechts mogelijk worden eene snellere verbinding te verkrijgen, waarvan wij evenwel natuurlijk

niet de waarde willen onderschatten. En dan is er nog een andere omstandigheid van gewicht, die in bijzondere mate in de hand werkt, dat de zee als *res communis omnium* is te beschouwen. Al zijn in de geschiedenis voorbeelden aan te wijzen, dat de een of andere Staat de zee of een gedeelte daarvan heette te beheerschen, als vaststaand kan wel worden aangenomen, dat de zee voor de heerschappij van een Staat niet vatbaar is; niet één Staat zou op den duur het volle imperium over de hooge zee kunnen uitoefenen. Welnu, deze bijzondere omstandigheid is niet aanwezig ten aanzien van de luchtruimte; deze vertoont juist door haar verband met den grondstaat een element, dat bij uitstek er op wijst, dat zij voorbeschikt is zich in de machtssfeer van een Staat te bevinden. Wij komen aanstonds bij de behandeling van de opvatting van *DESPAGNET* nader op dit punt terug. Behalve dat de luchtruimte om bovenvermelde redenen *niet* is *res communis omnium*, kan bovendien voor haar daarom op die qualiteit geen aanspraak worden gemaakt, omdat eene *res communis omnium* uit haren aard nimmer een voortdurende bron van gevaar voor den Staat zal mogen zijn. Ware eene zoodanige bron aan te wijzen, dan zoude eene *res communis* juist daardoor reeds beginnen haren aard als zoodanig in te boeten. Bij de volle zee, bij uitstek aller gemeenschapsgoed, is dit zóó goed gevoeld, dat juist in het belang der kuststaten het beginsel der territoriale zee zijn oorsprong vindt.

In zekeren zin verzet zich het belang van den grondstaat ook tegen het standpunt, dat de luchtruimte, die zich daarboven verheft, als *res nullius* is te beschouwen. Aan de *res nullius* ligt immers de gedachte ten grondslag, dat een ieder gelijkelijk in staat is zich haar door *occupatio* toe te eigenen; bij de luchtruimte, ware zij *res nullius*, zou die gedachte niet te verwezenlijken zijn,

omdat zij gepraedisponneerd zou zijn juist in de machts-sfeer van den grondstaat te vallen. Occupatio vanwege een anderen Staat zou immers in werkelijkheid niet mogelijk zijn en behoeft niet te worden gevreesd, omdat de ingrijpende staatsmacht zich niet effectief zal kunnen vestigen tengevolge van de omstandigheid, dat zij het imperium mist over het landgebied, waarboven zich die luchtruimte verheft; en die effectieve vestiging is volkenrechtelijk ook een vereischte om aan de occupatio hare volle werking te verzekeren. (Prinzip der Effectivität; c. f. PRADIER-FODÉRIÉ l. c. II n^o. 790: „Les publicistes sont unanimes, en effet, pour exiger, que l'occupation ait lieu effectivement . . . etc.”)

Daar de luchtruimte niet is res communis omnium, en ook niet als res nullius is te beschouwen, wijst het zich als gevolg van de hierboven gevoerde beschouwingen, vanzelf aan, dat zij behoort tot het gebied van den Staat, waarboven zij zich verheft, en welks belangen zulks dan ook eischen, zooals nader zal blijken; men moet zelfs aannemen, dat de luchtruimte uit den aard der zaak in onze rechtsgeschiedenis sluimerend steeds tot het gebied van den grondstaat heeft behoord, zonder dat echter het positieve recht, zelfs tot in onzen tijd, daarvan blijken heeft gegeven. Hoe voor de hand liggend ook, wordt echter dit door ons vooropgesteld beginsel in geenen deele door de meerderheid der schrijvers op volkenrechtelijk gebied, voor zoover het ons gebleken is, dat zij deze materie hebben aangeroerd, als juist erkend, en zelfs wanneer men oogenschijnlijk dat beginsel voorstaat, bestaat nog meeningsverschil omtrent de beantwoording der vraag, hoeverre het luchtrechtsgebied van den Staat zich uitstrekt.

Het treft ons, dat zelfs door de voorstanders van het beginsel, dat de luchtruimte eene res communis omnium

is, niet wordt ontkend, dat de grondstaat zekere rechten over de luchtruimte kan uitoefenen. Het is daarbij een eigenaardig verschijnsel, dat bijna ieder schrijver, aanvankelijk zelfs degene, die thans vrij wel hetzelfde standpunt inneemt, dat wij in dit opstel verdedigen, en zulks met prijsgeving van zijn vroegere denkbeelden, zich laat influenceeren door de beginselen, die in de volkenrechtswetenschap worden voorgestaan in zake de vrije en territoriale zee. De vergelijking met de zee leidt vele onderzoekers op dit punt evenwel op een dwaalspoor. Het is waar, dat zij ten aanzien van de luchtruimte aan den grondstaat grootere rechten schijnen toe te kennen, dan de kuststaat ten opzichte van de territoriale zee bezit. De belangen van den Staat loopen uit den aard der zaak meer gevaar van uit de luchtruimte dan van uit de zee. Bij deze laatste weet de Staat, op welke punten zijne waakzaamheid moet worden gevestigd, terwijl met betrekking tot de luchtruimte de Staat op elk punt van zijn landgebied aan gevaar bloot kan staan.

DESPAGNET, dien wij reeds hierboven aanhaalden, spreekt zich op blz. 437 van zijn werk te dezer zake aldus uit: „L'Etat peut aussi revendiquer des droits sur la colonne d'air, qui est au-dessus de son territoire. En soi, l'air ne paraît pas susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété ou de souveraineté, soit à cause de l'impossibilité physique d'y exercer ces droits, soit parce qu'il est une *res communis*, dont l'usage nécessaire doit être laissé à tous. Il semble donc, que en principe un Etat ne peut pas s'opposer au passage libre dans l'atmosphère au-dessus de son territoire. Toutefois il est indispensable, que chaque pays, en vertu de son droit de conservation, puisse interdire un usage de l'air dangereux pour sa propre sécurité: l'emploi des ballons pour lancer des projectiles, pratiquer l'espionnage, violer les lois sanitaires ou fiscales.

On pourrait songer à appliquer, par analogie, les règles admises pour la mer territoriale en limitant la zone de la souveraineté de l'Etat en l'air à plus grande portée du canon. Mais les ballons peuvent être dangereux au delà de cette limite et l'on n'a pas encore de données précises pour déterminer les hauteurs correspondant aux divers périls, que les ballons peuvent faire courir à un Etat." Het betoog, dat de luchtruimte, behalve dat zij res communis is, zooals DESPAGNET aanneemt, ook daarom voor „un droit de propriété ou de souveraineté" niet vatbaar zou zijn, omdat het physiek onmogelijk zoude wezen die rechten over de luchtruimte uit te oefenen, berust ongetwijfeld op eene dwaling en mist inderdaad allen grond. Wel is waar zal de macht van den Staat over de luchtruimte zich nog niet op dezelfde volmaakte wijze kunnen openbaren, als zijne macht over het grondgebied; dit is ook niet vereischt; voldoende is de uitoefening of mogelijkheid van uitoefening van de meest volmaakte heerschappij, die de Staat onder de bestaande omstandigheden en toegerust met de middelen, die de steeds voortdurend zich ontwikkelende wetenschap kan verschaffen, kan aan den dag leggen. Het imperium van den Staat wordt hoe langer hoe krachtiger; dit toont de geschiedenis aan ook met betrekking tot het grondgebied; de toekomst zal het eveneens aantoonen ten opzichte van het luchtgebied. Is een en ander eenerzijds waar, anderzijds valt het niet te loochenen, dat het de Staat is, boven welks grondgebied zich een bepaald gedeelte der luchtruimte verheft, die van nature het volle imperium over die luchtruimte moet uitoefenen; juist die ligging, het verband van grondstaat en luchtruimte, geeft aan den grondstaat den voorrang boven andere Staten; dat verband geeft den grondstaat het middel om bijv. door oprichting van hooge luchtvaartstations zijne machtsbevoegdheid te versterken. Het

eigendomsrecht van den Staat over de luchtruimte, dus dominium in privaatrechtelijken zin, kunnen wij hier gevoegelijk buiten bespreking laten. Slechts zij opgemerkt, dat uit onze beschouwingen volgt, dat ook dit privaatrechtelijke dominium niet alleen niet onmogelijk is, maar dat het zelfs in den aard der zaak ligt, dat de *grondstaat* ook moet geacht worden in privaatrechtelijken zin eigenaar te zijn van de luchtruimte boven zijn grondgebied, waar immers een ander eigenaar nog niet aanwezig is geweest. In gelijken geest als DESPAGNET denkt een ander Fransch schrijver, de advocaat PAUL FAUCHILLE (1) te Parijs, van wien wij in de „Revue générale de droit international public” van 1901 Tome VIII een zeer uitvoerig opstel aantreffen, getiteld: „Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats”. Deze schrijver verwerpt het beginsel van het recht van „propriété” of van „souveraineté” over de luchtruimte. Hij beschouwt de luchtruimte als een *res communis omnium* en wil voor den grondstaat een droit de conservation aangenomen zien. Van dit droit de conservation mag slechts een zoodanig gebruik gemaakt worden, dat aan hetzelfde recht van anderen geen nadeel wordt toegebracht. PRADIER-FODÉRÉ, die door FAUCHILLE wordt aangehaald, omschrijft dat recht aldus: „Le droit de conservation comprend tous les droits incidents essentiels pour sauvegarder l'intégralité de l'existence tant physique que morale des Etats: le droit de repousser tout ce qui

(1) Door FAUCHILLE is ook een rapport geschreven naar aanleiding van het door het Institut de droit international aan de orde gesteld vraagpunt: «Régime juridique des aérostats». Van diens hand is ook de bewerking van den vierden druk van het werk van Prof. HENRY BONFILS, getiteld «Manuel de droit international public», in welken druk aan de onderwerpelijke aangelegenheid mede aandacht wordt geschonken.

peut empêcher sa propre conservation et son développement, le droit d'éloigner tout mal présent et de se prémunir contre tout danger de préjudice futur, le droit de développer les conditions nécessaires à son existence perfectible." De opvatting van FAUCHILLE is, ongelet zijne verwerping van de mogelijkheid van een „droit de propriété" of van een droit de souveraineté, te beperkt en in hare uitwerking onzeker. Zij houdt te veel in het oog internationaalrechtelijke verhoudingen, terwijl de nationaalrechtelijke zeer stellig ook regeling behoeven, die wellicht met een beroep op het droit de conversation niet te verwezenlijken is. Het eigenaardige bij de schrijvers over dit onderwerp, zoo ook bij FAUCHILLE, is dat hunne gedachten steeds vervuld zijn van oorlogstoestanden, waaraan zij hunne beginselen trachten aan te passen, of welke vermoedelijk op de vorming hunner stellingen een niet onbelangrijken invloed hebben uitgeoefend. Al kan niet worden ontkend, dat tot heden die zijde van het vraagstuk van groot actueel belang is (1) en dat zelfs in tijd van vrede de spionagekwestie de volle aandacht

(1) De lezer herinnere zich, dat de socialisten in den Duitschen Rijksdag onlangs bij de behandeling van een voorstel om geldelijken steun te verleenen aan den bekenden graaf ZEPPELIN verklaarden, dat zij met het oog op het groote belang der zaak voor het voorstel zouden stemmen, alhoewel de luchtvaart heden ten dage nog slechts hare bestemming vindt in dienst van den oorlog.

Omtrent den tegenwoordigen stand der militaire luchtvaart in de verschillende landen zie men de brochure van den heer NEUMANN, Hauptmann im Luftschiffer-Bataillon, te Berlijn, getiteld «Die Militär-Luftschiffahrt der Gegenwart» (1908).

Men zie ook het werk van Prof. Dr. A. BERGET te Parijs, President van de Fransche vereeniging voor luchtvaart, getiteld: «Ballons, Dirigeables et Aéroplanes» (1908), waarin de tegenwoordige stand van het vraagstuk wordt uiteengezet onder afwisseling van vele illustraties o. a. ook de voorstelling van den slag van Fleurus.

verdient, dan ontkomen die schrijvers toch niet aan het verwijt, dat hun gezichtskring ten deze niet ruim genoeg is; immers het Recht in zoo ruim mogelijken omvang zal voor zich toepassing in de luchtruimte gaan vragen en bij voorkeur met vredelievende bedoelingen. Waar FAUCHILLE gewaagt van een droit de conservation, dat hij aan PRADIER-FODÉRÉ ontleent, worde er op gewezen, dat deze dat recht steeds noemt „le droit de conservation de soi-même en het in de eerste plaats rangschikt onder „les droits et devoirs absolus des Etats”, terwijl „les droits absolus sont donc ceux, sans lesquels aucune société ne pourrait subsister”. Behoeven wij derhalve nog te herhalen, dat bedoelde opvatting te beperkt is? Bij iederen maatregel, dien men ten aanzien van eene gebeurtenis in de luchtruimte wenscht te treffen, zou moeten worden overwogen, of hij een uitvloeisel kan zijn van het droit de conservation de soi-même, d. i. van den Staat zelf met betrekking tot het grondgebied, waarboven zich die luchtruimte verheft; welk een onzekerheid bij het nemen van eene beslissing is dan te vreezen! Tal van maatregelen moeten daarbuiten vallen, b.v. vele administratieve en politiaire maatregelen, die in de toekomst vereischt kunnen zijn met het oog op de rechtsorde in de luchtruimte.

Bovenbedoelde schijvers beschouwen de luchtruimte derhalve als res communis omnium, maar ontkomen toch niet aan de noodzakelijkheid om voor den grondstaat aanspraak te maken op zekere rechten over die luchtruimte, *in beginsel tot een onstandvastige horizontale grenslijn*, in zekeren zin dus eene transactie met een tegenovergesteld stelsel, hetgeen aan hun beginsel slechts afbreuk kan doen. Wanneer zij immers dat tweezijdig standpunt consequent blijven innemen, moet die transactie zoo ver worden doorgevoerd, dat inderdaad aan de luchtruimte als res communis een groot deel van haar karakter als

zoodanig wordt ontnomen (zie verder hier beneden).

Het trekt dikwijls de aandacht, dat op de opvattingen van vele schrijvers, vooral op het gebied van het volkenrecht, de band met den Staat, waarvan zij onderdaan zijn, onwillekeurig een onmiskenbaren invloed uitoefent. De opvatting, dat de zee eigendom kon zijn van een Staat, heerschte oudtijds vooral onder de Engelsche juristen, die immers onderdanen waren van den Staat, wiens vloot de sterkste was en inderdaad de zee scheen te kunnen beheerschen. Treft men ergens leerstellingen aan, die blijk geven van een krachtig vasthouden aan het gezag van den Staat en noode iets daarvan willen prijsgeven in het belang van de internationale betrekkingen, behoeft men zich dan nog af te vragen, of die beginselen niet worden verdedigd door onderdanen van het Deutsche Rijk, waar de kracht van het nationaal centraal gezag uitermate groot is en bijzonder hoog wordt gehouden?

Is het te verwonderen, wanneer de volkenrechtswetenschap in een klein land bij voorkeur eene richting kiest, die rekening houdt met de omstandigheid, dat een klein land ten slotte een geschilpunt niet door dreigement of door kracht van wapenen tot de gewenschte oplossing kan brengen? Wanneer men nu in het oog houdt, dat de luchtvaart den laatsten tijd, vooral in Frankrijk groote vorderingen heeft gemaakt (1), en dat de mate van feitelijke beheersching van de luchtruimte boven een Staat in nauw verband staat met het hoogtepunt, dat de kennis der luchtvaart heeft bereikt, dan is het wel te verwachten, dat opvattingen, als die van DESPAGNET en FAUCHILLE, in de toekomst niet zullen gelden als die van de volkenrechtswetenschap in Frankrijk.

(1) Men leze de enthousiaste ontboezeming van Prof. BERGET in zijn reeds aangehaald werk, waarin de luchtvaart een bij uitstek Fransche wetenschap wordt genoemd.

Meer het tegenovergestelde standpunt, dat de luchtruimte — hoever laten wij even in het midden — behoort tot het gebied van den grondstaat, schijnt Prof. Dr. FRANTZ VON HOLTZENDORFF in zijn „Handbuch des Völkerrechts” II (1887) blz. 230 te naderen, waar hij aldus schrijft: „Zum Landgebiete innerhalb dessen das staatliche Herrschaftsverhältniss seine intensivste Gestaltung gewinnt, „wird auch nach Analogie der Grundrechtverhältnisse „der darüber befindliche *Luftraum als Pertinenz* zu rechnen „sein. Vor der Hand juristisch noch wenig bedeutend, „könnte dieser grössere Wichtigkeit erlangen, wofern es „gelänge die Luftschiffahrt in erheblicher Weise zu ver- „vollkommenen.”

Schijnbaar onomwonden wordt de meening, dat de luchtruimte behoort tot het gebied van den grondstaat reeds door meer dan een schrijver gehuldigd; echter is niet ieder bereid zoo voetstoots de meening omtrent het bestaan van een vaste horizontale grens in de luchtruimte prijs te geven. VON LISZT, in wien wij thans een niet gering te schatten medestander vinden, waar het onze opvatting geldt, dat de luchtruimte tot eene onbepaalde hoogte tot het gebied van den grondstaat moet worden gerekend, schreef nog in den tweeden druk van zijn werk „Das Völkerrecht” (1902), dat tot het Staatsgebied behoort, behalve het door de landsgrenzen omgeven gedeelte van de aardoppervlakte, de luchtruimte daarboven, „soweit er (i. e. der Luftraum) thatsächlich beherrscht werden kann, sei es durch Feuerwaffen, sei es mittels der Luftschiffahrt”. Van dat standpunt beging v. L. toen de fout, dat hij die beide factoren, vuurwapenen en luchtscheepvaart, niet deed samenwerken. Ook VON HOLTZENDORFF, dien wij hierboven aanhaalden, wil een heerschappijgrens in de luchtruimte aangenomen zien: „Bei der Bemessung der durch den Luftraum zu ziehenden

Herrschaftsgränze bietet sich kein anderes Prinzip als die Analogie der Seelinie in den Küstengewässern, mit der Modification jedoch, dass in der Bewegung befindliche Ballons praktisch höchstens für Handfeuerwaffen erreichbar sein dürften, denn von verticaler Kanonenschussweite kann keine Rede sein. Den thatsächlichen Verhältnissen entsprechend dürfte es sein, wenn man sich für Friedenszeiten verständigte den Luftraum bis zu einer Gränze von Tausend Metern und zwar von den höchsten Erhebungen des Bodens aus gerechnet, als Herrschaftspertinenz anzuerkennen."

Bijzonder weifelend luidt het oordeel van Prof. L. OPPENHELM te Londen in zijn werk „International Law”, waarin hij onder § 174 aldus zijn meening ter zake mededeelt: „The territorial atmosphere is no more a special part of territory, than the territorial subsoil, but it is of importance on account of wires for telegraph, telephones, electric traction, and the like. It may also in the future be of special importance on account of aëronautism. It certainly cannot belong to an unbounded height to the territory of the State, which owns the corresponding part of the surface of the globe, but on the other hand, the respective State must be allowed to control it and to exercise jurisdiction in it up to a certain height. However no customary or other rules regarding the territorial atmosphere exist as yet.”

Niet ten onrechte schreven wij, dat schrijvers, als de laatstvermelden, *schijnbaar* onomwonden de leer huldigen, dat de luchtruimte tot het gebied van den grondstaat behoort. In werkelijkheid, wellicht onbewust, laten zij zich leiden door de beginselen, die heerschen met betrekking tot de zee; anders zouden zij toch aan de heerschappij van den Staat over het luchtruimgebied geen grenzen stellen. Feitelijk wordt de luchtruimte dus be-

schouwd te zijn eene res communis omnium van nature; vandaar in het belang van den Staat de beperkingen van dat beginsel, in gelijken geest als bij de zee. Dat standpunt is, gelijk wij reeds zagen, niet te aanvaarden. Bovendien, hoe men de meening dier schrijvers ook wil analyseeren — men beschouwe hen als aanhangers van de leer, die in de luchtruimte ziet eene res communis omnium of men blijve hen begroeten als verdedigers van de zienswijze, dat de luchtruimte tot het gebied van den grondstaat behoort — zoo voeren eenerzijds de beperkingen ten aanzien van de res communis omnium, anderzijds de beperkingen van de heerschappij van den grondstaat over het luchtruimtegebied tot gevolgen, die het vooropgezet beginsel in den grond aantasten of de doelloosheid van het systeem aantoonen. Van het eerstbedoelde standpunt kan men toch opmerken, dat waar men de vorderingen op het luchtscheepvaartgebied als gemeen goed zal mogen beschouwen, een aër liber, eene luchtruimte als res communis boven een zekere ruimte, waarover de grondstaat, voorzoover zijn belang met zich brengt, mag heerschen, niet meer van eenige beteekenis kan worden genoemd, omdat voor vreemde Staten eene vrijheid van beweging boven dat gebied waardeloos is geworden. Van het andere standpunt rijst de vraag: waarom men toch het gezag van den grondstaat zou willen beperken tot zekere hoogtegrens, natuurlijk die, welke met de nieuwste middelen kan worden bereikt; wat voor beteekenis voor anderen zou dan de ruimte daarboven hebben, die door niemand kan worden bereikt? Zou dan de grens zich gestadig ipso jure moeten wijzigen, al naar mate de luchtscheepvaart vorderingen maakt of de vuurwapenen grooter draagkracht verkrijgen of het oog, met den kijker gewapend, een steeds verdere uitgestrektheid kan overzien? Men ziet het dus, inderdaad bestaat er in

beginsel geen enkel motief om aan het luchtruimtegebied een grens te stellen. Niet één enkel belang eischt, dat boven de bedoelde grens een aër liber aanwezig is. Wil men eenige onderscheiding, dan zoude boven de heerschappijgrens niet een aër liber moeten worden aangenomen, maar wel een „Interessensphäre”, zoodat de grondstaat de bevoegdheid heeft desverkiezend dat gebied aan zich te trekken, terwijl de andere Staten steeds van de occupatio blijven uitgesloten. Doch ook het belang van die constructie ontgaat ons, waar men eindelijk *toch* die ruimte tot het gebied van den grondstaat zal moeten rekenen. Dus geen horizontale grens in de luchtruimte, hoedanig men die grens ook zou willen opvatten. Het kan bovendien niet worden ontkend, dat juist het belang van den grondstaat eischt, dat tot in onbepaalde hoogte de luchtruimte tot zijn gebied behoort, omdat het niet kan worden gedoogd, dat boven het landgebied tegen zijn wil of althans buiten zijn weten invloeden aanwezig kunnen zijn, welke zijn bestaan in gevaar zouden kunnen brengen. Dit zal ten slotte von LISZT ook wel hebben gevoeld, daar hij blijkens den 5^{en} druk van zijn werk „Das Völkerrecht” (1907) zijn hierboven aangehaald standpunt heeft verlaten. Thans leert hij, dat tot het Staatsgebied behoort „der Luftraum oberhalb der durch die Staatsgrenzen umschriebenen Land- und Wasseroberfläche” derhalve zonder eenige beperking, hoewel hij in eene noot de vraag „sehr bestritten” noemt. Hij acht de vraag van bijzonder gewicht met het oog op de rechtsstelling der neutralen gedurende een oorlog.

In zekeren zin wordt, hoewel op andere, o. i. deels onjuiste gronden het beginsel van het volle imperium van den Staat over de luchtruimte boven zijn grondgebied, ook verdedigd door Dr. GRÜNWARD te Potsdam in zijn kort geleden uitgekomen en reeds geciteerde brochure,

„Das Luftschiff in völkerrechtlicher und strafrechtlicher Beziehung". Deze schrijver, die spreekt van de „Eigentumsphäre" van den Staat, voegt aan zijne stelling o. a. de beperking toe, dat de uitoefening van het recht van den Staat zich niet verder mag uitstrekken, dan het belang van den grondstaat eischt. Ook Dr. G. heeft zich dus wellicht onbewust laten influenceeren door de beginselen, die wij bij de zee aantreffen, hoewel zijne toelichting zulks niet zou doen vermoeden. Bij de toepassing van zijn beginsel blijkt Dr. G. niet consequent te zijn. Van het geschrift van den schrijver vonden wij reeds een korte aankondiging in het *Weekblad van het Recht* van 31 Januari 1908 n^o. 8634, waarin de steller der aankondiging in navolging van hetgeen Dr. GRÜNWARD betoogt, dezelfde inconsequentie schijnt te begaan. Dr. G. zegt, dat men zou moeten onderscheiden tusschen „Staats- und Privatluftschiffe". Op deze laatste zouden slechts dan de regelen betreffende zeeschepen analogisch kunnen worden toegepast, wanneer zij de nationaliteit van hun „Heimatstaat" verkrijgen. Ten aanzien van ons recht, aldus wordt in het Weekblad betoogd, zou noodig zijn eene uitbreiding van de bepaling van art. 3 van het Wetboek van Strafrecht tot het luchtschip; hetzelfde zou moeten geschieden met art. 25 van het Wetboek van Strafvordering. Wij spraken van inconsequentie, omdat, wanneer men het beginsel aanvaardt, dat de luchtruimte boven den grondstaat behoort tot het gebied van dien Staat, men bij de uitwerking en toepassing niet moet uitgaan van het standpunt, dat men zich in die luchtruimte *buiten* dat gebied bevindt. Uit de bespreking der in den aanvang van dit opstel bedoelde rechtszaak volgt voorts, dat ik onaannemelijk acht de klaarblijkelijke zienswijze van den aankondiger van het werkje van Dr. GRÜNWARD, dat de denkbeelden van dezen voor ons

recht eene toepassing zouden zijn van de in lid 1 van art. 626 B. W. opgenomen bepaling.

Eindelijk worde ook nog de aandacht gevestigd op het „Kompéndium des Europäischen Völkerrechts” von Dr. QUARITSCH, 8^e Auflage, bearbeitet von Dr. jr. C. GOESCH, (1908), in welk werk wordt geleerd, dat het staatsgebied zich verdeelt in „Land-, Wasser- und Luftgebiet,” zonder dat evenwel een bepaald standpunt ten aanzien van dat „Luftgebiet” wordt verdedigd. Een zeer kort resumé van de volgens den bewerker heerschende meeningen toont aan, dat deze zich de materie nog niet geheel helder voor oogen heeft gesteld.

De Staat oefent derhalve het volle imperium uit over de luchtruimte boven het landgebied tot in onbepaalde uitgestrektheid. De eenige aannemelijke beperking zoude slechts deze zijn, dat in die luchtruimte aanwezig moeten zijn de meest noodzakelijke levensvoorwaarden voor den mensch; naar men aanneemt, zijn deze aanwezig tot een hoogte van 9 tot 12 K.M. Eenstemmigheid in deze materie bestaat er wel is waar nog niet (1). Doch de richting, die men in de weten-

(1) Een niet scherp omljnd standpunt neemt b.v. Prof. ERNEST NYS in in zijn reeds aangehaald werk «Le droit international» Tome I (1904) blz. 523 en vlgg. Wij lezen daar op blz. 524: «Au début de ce livre nous avons montré que, phénomène intéressant, presque toutes les institutions du droit maritime constituent le prolongement d'institutions terrestres, et nous avons fait observer comment, à mesure, que se fera la conquête de l'air” et que «s'affirmeront les progrès de «la navigation aérienne» les institutions du «droit aérien» seront le prolongement d'institutions maritimes.» Hij voorziet de mogelijkheid, dat in de toekomst ten aanzien van het luchtruim een gelijksoortige strijd zal worden geleverd als eertijds ten aanzien van het mare liberum en het mare clausum. «Tout cela concerne l'avenir; actuellement le problème se présente dans des conditions fort modestes.» In dat werk treft men ook aan de opvattingen van enkele schrijvers, die niet in deze verhandeling zijn gememoreerd, zooals A. RIVIER en A. MERIGNHAC.

schap kan waarnemen, schijnt er op te wijzen, dat het door ons in dit opstel verdedigde beginsel te zijner tijd wel algemeen zal worden aanvaard. Hoewel het een uitvloeisel van dat beginsel is, dat een vreemdeling zich slechts met toestemming van den betrokken Staat in het lucht-ruimgebied daarboven mag bewegen, hetgeen zich ten aanzien van het landgebied reeds in het algemeen in dien zin heeft ontwikkeld, dat behoudens afwijzing ieder wordt toegelaten, zoo is het zonder twijfel in overeenstemming met de tegenwoordige internationale verhoudingen, dat aan den vreemdeling in het luchtruim in groote mate vrijheid van beweging wordt toegestaan, wanneer de belangen van den Staat daardoor niet worden gekrenkt.

Om uniformiteit van beginsel te verkrijgen, zal het in dit opstel verdedigde standpunt door het sluiten van een algemeen tractaat uitdrukkelijk kunnen worden aangenomen en bevestigd. Komt zoodanig tractaat niet spoedig tot stand, dan zal het beginsel vermoedelijk toch wel te zijner tijd zelfs buiten tractaat door de Staten worden aanvaard; dit kan dan blijken door de wijze, waarop in het positieve Staatsrecht van elk land in deze materie zal zijn voorzien. Daaruit behooren dan te verdwijnen en door eene andere terminologie te worden vervangen die uitdrukkingen, welke door hare taalkundige beteekenis of door de beteekenis, die de rechtswetenschap daaraan heeft toegekend, uit den aard der zaak met het nieuwe rechtsgebied geen rekening houden, of althans behoort tevens van de luchtruimte melding te worden gemaakt. De uitdrukking „grondgebied” in het Nederlandsche recht sluit èn door de gewone taalkundige beteekenis èn door de beteekenis, die het woord in de rechtswetenschap bezit, elke gedachte aan de luchtruimte uit. Ten aanzien vande juridische beteekenis worde niet vergeten, dat onder grondgebied

ook het watergebied wordt verstaan: het geheele deel der aardoppervlakte, dat door de landsgrenzen is omgeven. Men leze bijv. hetgeen PRADIER-FODÉRÉ schrijft onder no. 612 van zijn bovenaangehaald werk: „La notion de territoire suppose donc une étendue de terre et d'eau, occupée par une nation ou peuple, soumise à une même souveraineté et juridiction et séparée des autres peuples ou nations par des frontières”. In gelijken zin laat zich uit W. E. HALL in zijn werk: „A treatise of international Law” (5e druk, bewerkt door J. B. ATLAY), waarin wij op blz. 100 het volgende lezen: „The territorial property of a State consists in the territory occupied by the State community and subjected to its sovereignty and its comprises the whole area, whether of land or water, included within definite boundaries, ascertained by occupation, prescription or treaty, together with such inhabited or uninhabited lands as are considered to have become attendant on the ascertained territory through occupation or accretion, and when such area abuts upon the sea, together with a certain margin of water.”

De Nederlandsche wetgever schrome niet zoo noodig anderen voor te gaan en door het opnemen van bepalingen van algemeene strekking ons nationale recht onbevangen rekening te doen houden met de luchtruimte boven het tot den Staat behoorend land- en watergebied. Daarmede wordt dan ook eene richting aan de wetenschap gegeven, die tot eenstemmigheid in zake de hier besproken materie kan leiden. De Grondwet zal moeten verkondigen, dat behalve het grondgebied (d. w. z. grond- en watergebied) in Europa en in de andere werelddeelen, het Koninkrijk der Nederlanden ook omvat de luchtruimte, die zich daarboven verheft. De vraag is, of de redactie van art. 1 G. W. echter in dien geest zal moeten luiden. Vermoedelijk niet; het meest aanbevelenswaardige schijnt te zijn

in plaats van het woord „grondgebied” eenvoudig het woord „gebied” te bezigen. Men zoude daarmee kunnen volstaan, indien de tegenwoordige stand der wetenschap zoodanig was, dat onder dat woord in het algemeen ook het luchtruimtegebied werd begrepen. Nu men hieromtrent nog niet tot eenstemmigheid is geraakt, schijnt het wel aangewezen in de Grondwet zelf eene beteekenis-aan-gevende bepaling omtrent het begrip „gebied” op te nemen: grond, water, alsmede de luchtruimte daarboven tot in onbepaalde hoogte. Wanneer in de wetenschap meerdere vastheid omtrent de ruime beteekenis van dat begrip zal zijn verkregen, zal zoodanige beteekenis-aan-gevende bepaling kunnen vervallen. Verder zal overal in de wetgeving, waar men de uitdrukking „grondgebied” aantreft, wanneer daarmede inderdaad niet alleen terra en aqua wordt bedoeld, die uitdrukking door het woord „gebied” moeten worden vervangen. Het zal een doelmatigheidskwestie zijn de keuze te bepalen tusschen toepasselijkheid van de wetgeving in het algemeen in het luchtruimtegebied eenerzijds en de niet-toepasselijkheid behoudens uitdrukkelijke bepaling anderzijds. Voorts worde aangestipt, dat de regeling der jurisdictie een der voornaamste punten is, die in de eerste plaats de aandacht trekken. Tot verdere uitwerking zullen wij ons echter niet laten verleiden, hoewel juist dit punt zich daartoe zeer zoude leenen. Het kan immers niet tot het bestek van deze beknopte beschouwingen behooren verder op deze belangrijke materie in te gaan; al moge het waar zijn, dat de luchtscheepvaart rassche vorderingen heeft gemaakt en ook de vliegkunst blijkbaar in de naaste toekomst niet meer tot de onmogelijkheden zal behooren, zoo is een en ander *thans* toch nog niet in een zoodanig stadium van vooruitgang gekomen, dat meer gedetailleerde beschouwingen verwacht kunnen worden oogen-

blikkelijk practisch resultaat te zullen opleveren. Het onderwerp kan evenwel niet beperkt worden genoemd; het kan voor de toekomst van velerlei gezichtspunt worden beschouwd: overwogen kan worden, of voorschriften gewenscht zijn analoog aan die van de wet van 28 Mei 1869 (*Stbl.* no. 96) betrekkelijk de afgifte van zeebrieven en vergunningen tot het voeren der Nederlandsche vlag; bepalingen, betrekking hebbende op de toelating als luchtschipper mogen in de eerste plaats niet worden vergeten; de aandacht kan reeds vallen op de uitoefening der politie in de luchtruimte, op het postvervoer, op een bijzondere bescherming van de vrijheid van woning, op de mogelijkheid van „aanzwevingen” en de civielrechtelijke gevolgen daarvan, op maatregelen ter voorkoming van ongelukken, op het „redden” van luchtschepen; de toelating van vreemdelingen, de belastingkwestie, de wering van besmettelijke ziekten zijn ook al punten, die de opmerkzaamheid trekken. En in den tegenwoordigen tijd van opkomst der luchtscheepvaart vordert het landsbelang reeds aanstonds, dat worde ingegrepen en dat worde voorkomen, dat de bloeiende buitenlandsche luchtvaart bij hare oefeningen op verdachte wijze fort en andere verdedigingswerken nadert, waarvan de voorgevallen feiten in den laatsten tijd bij herhaling het bewijs leveren (1). De Grondwetscommissie, die onder het vorige Kabinet hare voorstellen uitbracht, heeft in deze aangelegenheid niet voorzien; in de beperkte thans ingetrokken ontwerpen van dat Kabinet tot verandering der Grondwet

(1) In deze omstandigheid zou Nederland wellicht voor zich eene aanleiding kunnen vinden om het initiatief te nemen tot eene internationale conferentie, door welke de onderwerpelijke aangelegenheid zou moeten worden behandeld en het in dit opstel verdedigde standpunt als het algemeen geldende zou moeten worden aangenomen.

is dienaangaande niets aan te treffen. Het schijnt daarom thans niet ondienstig om wanneer herziening der Grondwet andermaal aan de orde komt, de overweging van de in dit opstel behandelde aangelegenheid aan te bevelen.

Hiermede meenen wij te kunnen besluiten; evenwel zij nog volledigheidshalve zonder nadere beschouwingen vermeld, dat naar onze opvatting de Staat over de lucht-ruimte boven de territoriale zee beperkte soevereiniteits-rechten uitoefent, terwijl zich boven het mare liberum en boven de landstreken, die aan niemand toebehooren, de aër liber verheft.

's-Gravenhage, Maart 1908.

W. L. A. COLLARD.

Verborgen gebreken.

Artikel 1540 B. W. bepaalt dat de verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgen gebreken van het verkochte goed, die het ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die het gebruik in dier voege verminderen, dat de koper, indien hij die gebreken gekend had, het goed òf niet, òf slechts voor een minderen prijs zou hebben gekocht. De verkooper moet volgens art. 1542 zelfs voor de verborgen gebreken instaan, ook al was hij daarvan onkundig geweest, terwijl hij, indien de gebreken hem wèl bekend waren, bovendien tot schadevergoeding gehouden is (art. 1544).

De koper heeft in die gevallen de keus om, met teruggave van het gekochte, den koopprijs terug te vorderen, of wel met behoud van het goed zich zoodanig deel van den koopprijs te doen teruggeven, als de rechter na verhoor van deskundigen, zal bepalen (art. 1543). Is het goed tengevolge van de gebreken te niet gegaan, dan is de verkooper gehouden tot teruggave van den koopprijs en is het verlies geheel te zijnen laste (art. 1546).

Hier wordt dus, in afwijking van den algemeenen regel van artikel 1496 B. W., een aansprakelijkheid van den verkooper, zelfs nog nà de levering, aangenomen. Het spreekt dus vanzelf dat de rechtsmiddelen die den koper zijn toegekend alleen toepassing kunnen vinden, indien werkelijk aanwezig is een *verborgen* gebrek, d. w. z. dat het verkochte goed een *witerlijk niet waarneembare* hoedanigheid aankleeft die het gebruik waartoe het goed bestemd

is, verhindert, of de waarde ervan vermindert. Heeft een gebrek dit gevolg niet, dan kan de koper daaraan geen rechten ontleenen, althans niet de hem ten deze gegeven rechtsmiddelen aanwenden.

Voor zichtbare gebreken, die de koper zelf had kunnen ontdekken, is de verkoper niet aansprakelijk (art. 1541) en terecht. Immers de aansprakelijkheid van den verkoper is juist gebaseerd op het uiterlijk *niet* waarneembaar zijn der gebreken. Hieruit volgt intusschen niet dat de verkoper voor elk niet waargenomen gebrek aansprakelijk zou zijn; integendeel — ook een niet dadelijk voor ieder zichtbaar gebrek kan zeer goed niet zijn een verborgen gebrek in den zin der wet, naar gelang van de feitelijke toedracht der zaak en de positie van partijen.

Zoo werd terecht afgewezen een vordering tot teruggave van den koopprijs van een partij leder, door een schoenmaker voor een lagen prijs gekocht van een opkoper, ofschoon het later bleek dat het gekochte bestond uit slechts een dunne laag leer boven en onder, doch verder machinaal met een harde onbruikbare zelfstandigheid was opgevuld, wat de koper eerst na ontvangst van het toen reeds betaalde goed ontdekt had. De vordering werd ontzegd omdat de koper bij eenig nauwkeurig onderzoek het beweerde gebrek dadelijk had kunnen en moeten ontdekken, tot welk onderzoek voor hem te meer reden bestond, omdat hij als deskundige van een niet-deskundige kocht, tegen lagen prijs, terwijl dit onderzoek bovendien zeer gemakkelijk bleek te zijn.

Een gelijk lot trof een antiquair, die van een anderen antiquair een paar antieke voorwerpen had gekocht na deze eerst behoorlijk bezichtigd te hebben, en later na den koop beweerde dat die voorwerpen bij nauwkeurig onderzoek gebleken waren niet antiek te zijn. Dat nauwkeurig onderzoek had hij vooraf kunnen en moeten in-

stellen, en terwijl hij geen bedrog bij de wederpartij had beweerd, kon het beroep op een verborgen gebrek niet opgaan.

Oppervlakkig beschouwd, kunnen de ten deze geldende bepalingen, behoudens de feitelijke vraag of in eenig bijzonder geval al dan niet sprake kan zijn van een verborgen gebrek, tot geen moeilijkheden aanleiding geven. Immers de gevallen waarin, de wijze waarop de koper zijn aanspraken kan doen gelden, de mate van aansprakelijkheid van den verkooper —, dit alles laat aan duidelijkheid niets te wenschen over.

Er is echter één bezwaar; de wetgever heeft n.l. een stel bepalingen gemaakt, uitgaande van de fictie dat iedereen altijd alles contant betaalt, maar blijkbaar niet gedacht aan de mogelijkheid dat een verborgen gebrek ontdekt kan worden, vóór de betaling van den koopprijs. Of wel, hij heeft het niet noodig geacht voor dit geval bijzondere bepalingen te maken, omdat de vraag wat dan rechtens gelden moet, uit de bestaande wettelijke bepalingen gemakkelijk is af te leiden.

Nu ja, dat laatste zijn wij allen eens; het is alleen jammer dat wij niet allen tot dezelfde conclusie komen. Want terwijl sommigen beweren dat de koper tot betaling van den koopprijs in rechten aangesproken, zich tegen die vordering kan verweren met een beroep op verborgen gebreken, wordt dit door anderen ontkend.

De eersten beweren dat van *terugvorderen* van een koopsom geheel of ten deele, alleen sprake kan zijn, wanneer die koopsom is betaald, en dat dus art. 1543 B. W. alleen voor dat geval geldt; dat de wet de verplichtingen van den koper bij verborgen gebreken wijzigt en ter juiste beoordeeling niet een enkel woord uit een enkel artikel als afdoende is aan te merken. De anderen beroepen zich op

de uitdrukkelijke woorden van dit artikel, dat de kooper de keuze heeft tusschen twee acties, n.l. die tot terugvordering of die tot vermindering van den koopprijs, door hen die er de voorkeur aan geven zich in een niet voor ieder verstaanbare taal uit te drukken, genoemd de actio redhibitoria en de actio quanti minoris. Andere middelen, zeggen zij, geeft de wet den kooper niet, dus heeft hij ook geen ander middel.

Het laatste systeem is vrij algemeen door de jurisprudentie aangenomen; in den regel zonder nadere motiveering. Alleen de Rechtbank te Amsterdam heeft bij vonnis van 3 Februari 1905, *W.* 8258 uitvoerig hare opvatting gemotiveerd, en bij een, voorzoover mij bekend, nog niet gepubliceerd vonnis van 8 Mei 1907 bovendien den weg aangegeven, door den kooper in zoodanig geval te volgen.

In het eerstgenoemde vonnis wordt na de zeker juiste overweging dat van nietigheid der koopovereenkomst van rechtswege, geen sprake kan zijn, verder aldus geargumenteed:

„O. dat hieruit volgt, dat zonder eene vordering in te stellen, die de vernietiging van de koopovereenkomst ten gevolge heeft, die overeenkomst zelve in stand blijft, en krachtens deze de koopprijs van den kooper kan worden geëischt, indien deze hem nog niet heeft betaald;
 „O. dat het inhouden alleen van de koopsom, gepaard gelijk in casu, aan een conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring of ontzegging van den eisch, nimmer een handeling kan zijn, die tot rechtsgevolg zoude kunnen hebben dat een eenmaal bestaande koopovereenkomst zoude kunnen worden vernietigd, of aan deze hare kracht worden ontnomen, terwijl bovendien de bevoegdheid om bij het bestaan van verborgen gebreken, den koopprijs in te houden, nergens aan den kooper is gegeven, nu de wet hem, indien hij zich op verborgen gebreken

„wenscht te beroepen, geen andere rechten verleent, dan „alleen die, opgenoemd in art. 1543 B. W., weshalve die „inhouding in zoodanig geval ook nimmer in den zin „der wet als een afdoende verdediging of exceptie tegen „de vordering tot betaling van den koopprijs zoude kunnen „worden aangemerkt.”

Voegen wij hierbij dat in het vonnis van 8 Mei 1907 wordt beslist :

„dat aangenomen al dat het bestaan van een verborgen „gebrek is bewezen, daardoor toch niet van rechtswege „de verplichting tot betaling van den koopprijs is weg- „gevallen; dat dit laatste slechts dan het geval zou zijn, „indien door den kooper op grond van dat gebrek *de „vernietiging van de koopovereenkomst* was gevraagd en ver- „kregen;

„dat dus geïntimeerde, wilde hij op dezen grond van „zijn verplichting tot betaling ontheven worden, *die ver- „nietiging hetzij bij afzonderlijke actie, hetzij bij reconventie „in het geding tot betaling van den koopprijs, hetzij desnoods „als exceptief verweer* tegen laatstgenoemden eisch had be- „hooren te vorderen.”

Variis modis bene fit; ik zou zoodanige vordering tot vernietiging, hetzij zelfstandig, hetzij reconventioneel vermoedelijk niet afwijzen; deze oplossing werd trouwens in W. 8264 ook reeds door Mr. MICHEELS aan de hand gedaan. Maar dit is dan toch slechts een hulpmiddel, dat geen steun vindt in de wet, althans niet in het door de juris. prudentie aangenomen systeem. Wanneer gij wilt beweren dat een eenvoudig beroep op een verborgen gebrek niet kan leiden tot geheele of gedeeltelijke ontzegging van een vordering tot betaling van den koopprijs, omdat de wet den kooper dit rechtsmiddel niet uitdrukkelijk toekent, dan geldt ditzelfde van uw actie tot vernietiging. Ook deze wordt in art. 1543 B. W. den kooper niet uitdruk-

kelijk gegeven; moeten wij ons dus houden aan de strenge woorden van de wet, dan mogen wij beiden noch rechts noch links zien, en dan zou wellicht juister zijn de stelling die ik eens in een procedure hoorde verdedigen, dat de koper zou moeten beginnen met den koopprijs te betalen, om dien later te kunnen *terugvorderen*.

Intusschen zou dit systeem voor den koper hoogst onbillijk zijn, en bovendien in strijd met de wet. De wet onderscheidt toch uitdrukkelijk het verschil in positie van partijen naar gelang een overeenkomst al dan niet reeds is uitgevoerd. Zien wij slechts art. 1490 B. W., waarin, behoudens de wettelijke uitzonderingen, een vordering tot nietigverklaring eener verbintenis aan een verjaringstermijn van vijf jaar is onderworpen, terwijl de laatste alinea van dat artikel dien verjaringstermijn niet van toepassing verklaart op de nietigheid bij wijze van exceptie of verdediging voor te dragen, welke men steeds zal kunnen doen gelden.

En terecht; indien eenmaal een overeenkomst is uitgevoerd, is het zeker in het belang der rechtszekerheid dat niet steeds tegen zoodanige overeenkomst kan worden opgekomen. Zoolang zij niet is uitgevoerd bestaat dat bezwaar niet, te minder daar in den regel het niet uitvoeren (althans door één der partijen) oorzaak zal vinden juist in het vitium waarop die partij zich beroept.

Dit geldt ook ten aanzien van verborgen gebreken; art. 1547 bepaalt dat de rechtsvordering voortspruitende uit gebreken, die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben, door den koper moet worden aangelegd binnen een korten termijn, met inachtneming der plaatselijke gebruiken. Die termijn zal niet gelden wanneer de overeenkomst nog niet geheel is uitgevoerd, d. w. z. wanneer de koper nog niet betaald heeft, en hij door den verkooper daartoe in rechten wordt aangesproken. Deze opvatting,

ofschoon niet uitdrukkelijk uitgesproken, schijnt door de Rechtbank te Amsterdam in haar bovengemeld vonnis van 8 Mei 1907 gedeeld te worden.

Het wil mij voorkomen (immers de ratio blijft dezelfde) dat ook zelfs als de koper tegen de vordering tot betaling met een reconventioneele eisch komt, hij niet aan den korten termijn gebonden is.

Het zal nauwelijks noodig zijn er op te wijzen hoe onjuist de meening is als zou uit art. 1547 volgen dat de koper geen ander middel heeft dan een vordering tot vernietiging der overeenkomst. Want dat artikel spreekt wel van „gebreken die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben”, maar beslist overigens ten aanzien van het beginsel niets. Integendeel zou het meer overweging kunnen verdienen aan dit slecht geredigeerde artikel geen argument te ontleenen. Want bezien wij dit artikel goed, dan moet daaruit volgen dat alleen de actie tot geheele terugbetaling van den koopprijs aan den verkorten verjaringstermijn is onderworpen, en *niet* die tot vermindering daarvan. Immers in laatstgenoemd geval is er geen sprake van *vernietiging* der overeenkomst, en kan daarvan ook geen sprake zijn, daar vernietiging eener overeenkomst tengevolge heeft dat partijen en de zaak hersteld worden in den staat waarin zij zich vóór het aangaan der verbintenis bevonden, welk gevolg de quanti minoris niet kan hebben.

Houden wij te zeer aan den letter der wet vast, waardoor wij tot de bovengenoemde door niets gerechtvaardigde conclusie moeten komen, dan zal evenzeer moeten worden aangenomen dat de koper die den koopprijs nog niet heeft voldaan, de quanti minoris niet reconventioneel kan instellen; want deze heeft niet de vernietiging der overeenkomst ten gevolge. Het komt mij dan ook juister voor aan te nemen dat art. 1547 evenals art. 1543 alleen de zelfstandige

actie van den koper op het oog heeft, en dus ten aanzien van het geschilpunt niets beslist. Want evenzeer als het recht om op grond van verborgen gebreken een verweer ten principale te voeren ontkend wordt omdat art. 1543 dit middel niet uitdrukkelijk toekent, evenzeer kan het tegenovergestelde volgen uit het feit dat het niet uitdrukkelijk verboden is.

Overigens dient in het oog te worden gehouden dat het exceptieve beginsel van de aansprakelijkheid van den verkooper voor verborgen gebreken ligt in art. 1540, niet in art. 1543, dat slechts één der gevolgen regelt; voor de gebruikelijke strenge uitlegging van laatstgenoemd artikel is dus geen aanleiding.

Keeren wij thans terug tot het vonnis der Amsterdamsche Rechtbank van 3 Februari 1905 waarin als grondstelling wordt aangenomen, dat zoolang geen vordering tot vernietiging eener overeenkomst is toegewezen, die overeenkomst van kracht blijft, en derhalve de nakoming door den verkooper gevorderd kan worden.

Nu moge deze stelling in hare algemeenheid onbetwistbaar juist zijn, toch is zij s. r. te eenzijdig en daarom m. i. verwerpelijk. Zeer zeker heeft de verkooper de bevoegdheid de nakoming door den koper van diens verplichtingen te vorderen; maar hij heeft ook geen meerdere bevoegdheid dan de overeenkomst en de wet samen hem geven. En nu wordt, wanneer verborgen gebreken het verkochte goed aankleven, de contractueele bevoegdheid, het contractueele recht van den verkooper door de wet gemodificeerd.

Tegenover, of liever: naast zijn recht om ex contractu den koop prijs te vorderen, staat zijn verplichting ex lego om den koper wegens verborgen gebreken te vrijwaren; voor de gevolgen dier gebreken moet hij instaan. Zijn recht uit de overeenkomst, waarin de wettelijke bepalingen,

voorzoover daaraan niet is gederogerd, geacht moeten worden te zijn opgenomen, bestaat in den koopprijs verminderd met hetgeen het goed ten gevolge der verborgen gebreken minder waard is. Dit volgt onmiddellijk uit art. 1375 B. W.; overeenkomsten verbinden o. a. tot alles wat door de wet wordt gevorderd. En nu vordert de wet dat de verkooper instaat voor verborgen gebreken; zij legt hem de verplichting op, den koopprijs geheel of gedeeltelijk terug te betalen; zij neemt aan dat de bedongen koopprijs in dit geval te hoog was. Heeft de koper dezen te hoogen prijs reeds betaald, dan kan hij het onverschuldigd betaalde terugvorderen; wanneer hij nog niet heeft betaald, is er geen reden denkbaar waarom hij veroordeeld zou worden om meer te betalen dan de wet bepaalt dat hij schuldig is. Zijn oorspronkelijke verplichting wordt door de wet gemitigeerd.

Dit komt het duidelijkste uit bij de *quanti minoris*; indien de koopprijs reeds betaald is, zal de rechter vaststellen hoeveel de koper kan terugvorderen, met welk bedrag de koopsom moet worden verminderd. Het restant is de koper schuldig, dus kan ook, indien hij nog niet betaald heeft, niet *meer* van hem gevorderd worden en moet dan het meer gevorderde als onverschuldigd worden afgewezen.

Is het verkochte tengevolge van het verborgen gebrek vergaan, dan is de koper niets schuldig; want de verkooper moet in dit geval, als de betaling reeds heeft plaats gehad, den koopprijs in zijn geheel aan den koper teruggeven. Art. 1546 zegt dit trouwens uitdrukkelijk: „het verlies valt voor rekening van den verkooper”. Heeft dus de betaling nog niet plaats gehad, dan valt de verplichting daartoe weg; de zaak ten aanzien van welke de koopprijs was vastgesteld, is verdwenen en in afwijking van art. 1480, jo. 1496 B. W., dat des verkoopers rechten

in het algemeen onaantastbaar laat, wordt bij verborgen gebreken het verlies van de zaak ten laste van den verkooper gebracht. Welke beteekenis zou dit hebben, indien niettegenstaande deze duidelijke exceptieve bepaling, de verkooper toch gerechtigd zou zijn betaling te vragen van datgene wat de wet zelve zegt hem niet te compeeteeren?

Nu is zeker juist de overweging in het eerst geciteerde vonnis der Rechtbank te Amsterdam dat „het inhouden „van de koopsom, gepaard aan een conclusie tot niet-„ontvankelijkverklaring, nimmer een handeling kan zijn „die tot rechtsgevolg zou kunnen hebben, dat een eenmaal „bestaande overeenkomst zou kunnen worden vernietigd”, maar hiermede wordt de zaak niet beslist. Het kan ons volkomen onverschillig zijn of zoodanige overeenkomst al dan niet expressis verbis vernietigd wordt; wat mij betreft moge men de overeenkomst zelve als bestaande en blijvend aanmerken. Maar de rechter heeft te beslissen welke rechten partijen aan die overeenkomst kunnen ontleenen; en waar nu de wet uitdrukkelijk den verkooper voor verborgen gebreken aansprakelijk stelt, zal deze krachtens die wet de rechten verliezen, die hij uit de overeenkomst had. Zeker, de verkooper heeft recht op den koopprijs, maar evenzeer heeft de koper aanspraak op een zaak zonder verborgen gebreken; die gebreken heffen des koopers aansprakelijkheid geheel of ten deele op.

Een rechterlijke beslissing moet strekken om vast te stellen de rechtspositie van partijen a limine litis; datgene wat de rechter als recht aanneemt, moet geacht worden reeds vóór het begin van de procedure te hebben gegolden. En nu heeft een verkooper, ingeval van verborgen gebreken krachtens de wet geen aanspraak op den koopprijs (geheel of ten deele); maar dan heeft de rechter dit ook in zijn beslissing te erkennen, en de rechten van partijen

in hun vollen omvang te beschouwen. Het recht van den verkooper is niet meerwaardig dan dat van den kooper; tusschen het recht van den verkooper om den koopprijs te vorderen, en zijn verplichting om voor verborgen gebreken in te staan, bestaat het nauwste verband. Die verplichting beperkt zijn recht; men mag niet dat recht erkennen en die verplichting negeeren; de op geld waardeerbare verplichting moet van rechtswege met het eveneens op geld waardeerbare recht gecompenseerd worden. De rechter heeft, ingeval van verborgen gebreken vast te stellen den koopprijs, d. w. z. een *anderen* koopprijs dan tusschen partijen geconvenieerd was, en zulks op grond van de bepalingen der wet; hij heeft, indien het verkochte door die gebreken vergaan is, vast te stellen dat de kooper den koopprijs niet schuldig is, en hij laedeert daarmede niet de rechten van den verkooper, die toch geen meerdere rechten kan doen gelden dan de wet hem verleent.

In het tweede aangehaalde vonnis wordt beslist dat de kooper de vordering tot vernietiging der overeenkomst ook bij exceptief verweer kan doen gelden. Wat doet nu een gedaagde die, op grond van totaal verlies door verborgen gebreken, zich tegen de vordering tot betaling verzet, anders, dan een exceptief verweer voeren, dat tengevolge moet hebben dat hij van zijn contractueele verplichting ontslagen wordt verklaard? De speciale bepalingen in deze maken het onnoodig expressis verbis de vernietiging te vragen, evenmin als bij het vergaan eener verschuldigde zaak in het algemeen de debiteur een vordering noodig heeft om van zijn verplichting tot levering ontslagen te worden (art. 1480 B. W.); het enkele feit van het te niet gaan is daartoe voldoende. Nu is toch de vordering tot levering geheel gelijk aan die tot betaling; in beide gevallen vraagt de eene partij nakoming van de verplichting der tegenpartij. Is dan de

zaak vergaan op de wijze van art. 1480, dan wordt de vordering tot nakoming afgewezen; maar dan moet ook hetzelfde gebeuren als de zaak door verborgen gebreken te niet is gegaan, met de vordering tot betaling.

Ter voorkoming van misverstand wil ik hier bijvoegen dat deze opvatting niets te kort doet aan den algemeenen regel dat zoolang een overeenkomst niet ontbonden of vernietigd is verklaard, elk der partijen van de andere de nakoming kan vorderen. De exceptieve wetsbepalingen zijn ten deze beslissend.

Eveneens wil het mij voorkomen dat de kooper die zich op verborgen gebreken beroept, alleen dan tot ontzegging of niet-ontvankelijkverklaring kan concludeeren, wanneer het goed geheel is te niet gegaan. Is dit niet het geval, dan moet hij aanbieden of om de zaak terug te geven in den staat waarin zij zich bevindt, of om te betalen een door hem te noemen of door den rechter vast te stellen bedrag met vordering dat de rechter zal verklaren dat hij met dat aanbod zal kunnen volstaan. M. i. zal er intusschen geen bezwaar tegen zijn (indien er althans overigens behoorlijk geprocedeerd wordt) dat de rechter dit desnoods ambtshalve doet; alleen kan dan de kooper de kans loopen dat hij geheel of ten deele in de proceskosten wordt veroordeeld.

Dat de last van het bewijs van verborgen gebreken rust op hem die zich daarop beroept, behoeft geen betoog, al is dit niet (gelijk in art. 1480 B. W.) uitdrukkelijk bepaald.

Mr. LOD. S. BOAS.

Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht, door
Mr. S. J. FOCKEMA ANDRÉE, Hoogleeraar te
Leiden. Twee deelen. Haarlem 1906.

Begin Maart dezes jaars ontving ik van de Redactie ter aankondiging het werk van Prof. FOCKEMA ANDRÉE welks titel hierboven staat afgedrukt. Een harerzijds aanvankelijk tot andere krachten gericht verzoek tot dit doel had niet tot het gewenschte resultaat geleid. Hoewel niet zonder aarzeling heb ik mij toen bereid verklaard eene aankondiging voor de *Themis* samen te stellen, aan welk voornemen ik eerst thans uitvoering kan geven. De hooggeachte schrijver houde mij dus ten goede, dat mijne belangstelling in zijn werk niet eerder tot uiting is gekomen; voor een deel ligt de oorzaak daarvan niet bij mij.

Ik moge dan aanvangen met de mededeeling aan wie het nog niet weet, dat onze rechtshistorische literatuur verrijkt is met een werk, dat getuigt van langdurige studie en arbeid. Prof. FOCKEMA ANDRÉE heeft zich de moeite gegeven de tallooze aantekeningen omtrent civielrechtelijke onderwerpen, welke hij sedert jaren had verzameld, te ordenen en zooveel mogelijk systematisch te verwerken tot een handboek, dat, geschoeid op de leest, waarop elk modern werk over burgerlijk recht is gezet, geschikt is om den lezer spoedig in de omvangrijke stof terecht te helpen.

Had de schrijver zich in zijne alom bekende „Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis” beperkt tot enkele

bijzondere onderdeelen van dat uitgestrekte studieveld, thans worden eenerzijds de behandelde onderwerpen zoo volledig mogelijk in beschouwing genomen, maar moest daartegenover de vroegere meer in details afdalende beoordeelingswijze voor eene in vogelvlucht worden verlaten. Hetgeen intusschen noch aan de degelijkheid, noch aan de bewijzen van belezenheid te kort heeft gedaan.

De schrijver behandelt het burgerlijk recht in geheel (Noord)Nederland. Hij onderscheidt zich daardoor van zijne voorgangers, voornamelijk van die uit de zeventiende en achttiende eeuw die, als menschen van hun tijd, meer particularistisch aangelegd en natuurlijk niet met rechts-historische bedoelingen schrijvende, het recht hunner provincie of stad voor het nageslacht boekstaafden. Onder die voorgangers is er één, wiens werk juist een eeuw vóór dat van Prof. FOCKEMA ANDREÆ verscheen in het tijdperk van overgang van onze wetgeving tot den code-vorm; het omvat, van een practisch standpunt, een groot deel der stof, welke thans opnieuw beschreven is. Ik bedoel het „Regtsgeleerd, practicaal en koopmans-handboek” van Mr. JOANNES VAN DER LINDEN, Amsterdam, 1806. Evenwel was daarin niet te vinden hetgeen door Prof. FOCKEMA ANDREÆ in overvloed uit den tijd der volksrechten wordt medegedeeld; daaraan werd toen nog zoo goed als geen aandacht geschonken. Ook heeft VAN DER LINDEN zich in zijn werk bepaald tot de algemeene beginselen van het recht in het Departement Holland. Want, zoo zegt hij, „om de bijzondere regten der verschillende Gewesten, „die zoo zeer van elkander afwijken, daar in te mengen, „baart niet dan verwarring, en maakt een wanstaltig „geheel uit”. Hij achtte het onmogelijk „om regten, die „eene verschillende *analogie* hebben, in één systema te „willen bevatten” (1). Dergelijk vonnis door een tijdgenoot

(1) Voorberigt, blz. VII.

geveld, geeft duidelijk aan dat de taak die de Leidsche hoogleeraar zich heeft gesteld, verre van gemakkelijk is. Het komt mij voor dat hij zich met eere van die taak gekweten heeft en dat VAN DER LINDEN, had hij van schrijvers werk kennis kunnen nemen, zijn oordeel anders zou hebben geformuleerd.

Wie ooit aanleiding heeft gehad om nopens een of ander onderwerp rechtshistorische onderzoekingen te doen zal ongetwijfeld tot de overtuiging zijn gekomen, dat zonder een uitgebreid materiaal, dat te allen tijde beschikbaar moet zijn en dat niet dan met veel moeite en geduldig zoeken kan worden verzameld, geen op volledigheid aanspraak makend geheel is te leveren. Al zou men zich ten behoeve van die studie niet anders wenschen aan te schaffen dan de beste uitgaven van bronnen en standaardwerken, zou toch reeds een bibliotheek van respectabelen omvang moeten worden bijeengebracht. Strekt zich de studie over het in geheel Nederland gegolden hebbend recht uit, dan bevindt men zich weldra in de positie van den door VAN DER LINDEN gedachten jeugdigen rechtsbeoefenaar, die na zijne intrede in de practijk zijne academische studiën moet voortzetten. „Dewijl 's mensen „geheugen te zwak is, om al het merkwaardige, hetgeen „men bij anderen leest, te kunnen bevatten, legge hij „thans een Regtsgeleerd Adversariaboek aan, in eene „Alphabetische orde gerangschikt”. „Op deze wijze zal hij „het nuttigst gebruik van zijne Boekerije bekomen, en bij „voorkomende gevallen dadelijk de beste Schrijvers bij „de hand hebben, zonder dat hij noodig heeft met veel „zoeken zijn tijd te verspillen” (1).

Deze voor elken beoefenaar van het oud-vaderlandsche recht nog steeds behartenswaardige les heeft ook Prof.

(1) Inleiding blz. XLII.

FOCKEMA ANDREÆ gevolgd. „Men kan een boek als dit „slechts schrijven naar „adversaria”, oudere en jongere”, zegt hij in zijne inleiding (blz. 9). Doch zijne adversaria zijn er geene die voornamelijk op het fixeeren van bewijsplaatsen uit de beste schrijvers gericht zijn, doch op het ordenen van materiaal dat in de eigenlijke rechtsbronnen, oudere en jongere, voor het grijpen ligt. Daarin ligt een kenmerkend verschil tusschen de behandeling der stof toen en nu, een verschil dat mede zijne verklaring vindt in de onderscheiden bedoeling welke aan elk der beide werken ten grondslag is gelegd.

Prof. FOCKEMA ANDREÆ's werk getuigt doorlopend van dezen opzet. Men zou het kunnen noemen een beredeneerde inhoudsopgave van oudere en jongere bronnen-publicatiën op het gebied van het burgerlijk recht. In dit bestek iets anders te geven, was dan ook niet wel mogelijk. De stof is al te uitgebreid en critische behandeling, gepaard met onderlinge vergelijking van de rechten en gebruiken in de onderscheiden provinciën eischt een werkkraft, veel grooter dan die welke één mensch bezit. Men bedenke toch dat reeds VAN DER LINDEN zeide dat „het voorzeker onder de onheilen van onzen tijd te rekenen „(is), dat zints eenige jaaren door eene opéénstapeling „van wetten, die naauwlijks in 't geheugen te houden „zijn, en waar van zommigen elkander tegenspreken, onze „vaderlandsche Rechtsgeleerdheid een maar al te wille- „keurig aanzien gekregen heeft” (1). Deze indruk blijft ongetwijfeld achter bij hem, die het onderhavig werk heeft doorgebladerd.

En dat deze massa, die, zooals telkens blijkt, slechts ten deele wordt geciteerd, dus nog voor vermeerdering vatbaar is, is waarlijk geen wonder.

(1) T. a. p. blz. 9.

Nog buiten rekening latend de periode van het oud-Germaansche recht, waaromtrent onze kennis gebrekkig is en waarvan luttel rechtstreeksche kenbronnen voorhanden zijn (1), onderscheidt de schrijver drie tijdperken. Vooreerst het Frankische tijdperk, het tijdperk der volksrechten, ontstaan onder Frankische heerschappij. Vooral in de negentiende eeuw is tot de kennis van dit tijdvak zeer veel bijgebracht, niet het minst door betere uitgaven van de z.g. *leges barbarorum*, *capitularia* en formulieren.

Daarop volgt de periode van het landsheerlijke recht, de periode van privilegiën en handvesten, van keuren en „welhergebragte costumen”, welke men „van alle oude tijden in dit Land gehad, en ook als wetten gevolgd (heeft)” (2).

Veel verband tusschen deze en de vorige periode bestaat er niet. Trouwens mijn algemeene indruk, die natuurlijk niet zoo wel gefundeerd is als die van Prof. FOCKEMA ANDREÆ, is steeds deze geweest dat de gegevens, welke de volksrechten voor het oud-Nederlandsch recht verschaffen, met zeer groote voorzichtigheid moeten worden behandeld. Ik heb het altijd zonderling gevonden dat, de Friesche bronnen wellicht uitgezonderd, de eenvoudigheid en eenvormigheid in dezelfde mate toeneemt als de uitgestrektheid van het territoir waarbinnen zij heeten gegolden te hebben.

Met het landsheerlijke tijdperk komt daarin merkbaar

(1) Onder de schrijvers vervult TACITUS een hoofdrol. Waar echter onlangs is aangetoond dat zijne betrouwbaarheid zelfs ten aanzien van hetgeen in zijn eigen land voorviel, aan gegronnen twijfel onderhevig is — zie de verhandeling van Prof. J. J. HARTMAN, Keizer Domitianus uit een nieuw oogpunt beschouwd, *Versl. Med. Kon. Akad. v. Wetensch. Afd. Lett.* IV, 8, blz. 322 v. — schijnt het geraden ook elders zijne autoriteit onder benefice te aanvaarden.

(2) VAN DER LINDEN, t. a. p. blz. 7.

verandering, in het bijzonder sedert de tweede helft der dertiende eeuw. De nuanceeringen worden ook al door invloed van provincialisme en zelfs van plaatselijke verhoudingen al verder uitgewerkt, het aantal kenbronnen vermeerdert doch de inhoud vooral op civielrechtelijk gebied bleef in het algemeen even moeilijk te raadplegen, veel min te overzien. Drang naar meer stelselmatige teboekstelling had reeds ALVA gebracht tot zijn door het uitbreken van den tachtigjarigen oorlog niet in vervulling gegaan voornemen om in het bezit te geraken van de in Nederland geldende costumen; ten gevolge waarvan niettemin aan de wetenschap een goede dienst is gedaan, aangezien men ten gevolge van zijne opdracht reeds had aangevangen veel wat toen slechts plaatselijk gold en aan maar weinigen bekend was, op te teekenen. Men zou kunnen zeggen dat men van het eene uiterste, de volksrechten, vervallen was in het andere, de rechtsopteekeningen van steden en dorpen.

Eerst in het laatste door den hoogleeraar behandelde tijdperk komen meer algemeen teekenen voor van een streven naar hoogere eenheid, van provinciale wetgeving. Naast de voortzetting van het rechtsleven en de rechtsontwikkeling uit het voorafgaande tijdvak brengen de provinciale wetgevende organen nu en dan regelingen voort, welke bestemd zijn om naast of liever boven de plaatselijke usances te gelden. Behalve de niet altijd gemakkelijk te beantwoorden vraag wat in een of andere plaats recht was, kreeg de practijk bovendien op te lossen de quaëstiën die uit conflicten met bepalingen van hooger orde konden voortspruiten en die niet zelden ten nadeele van de laatste werden beslist.

Is het wonder, dat men tegen het einde der Republiek, in het laatst der achttiende eeuw, geen weg meer wist in dezen stelselloozen doolhof, dat zelfs een man als VAN

DER KEESEL in 1800 erkende „fieri non posse, ut omnia, „quae in universo Belgio, olim foederato, sed cuius regiones „singulae legislatoria potestate erant conspicuae, lata „erant Statuta, receptaeque consuetudines, in multis juris „capitibus non modo diversae, sed plane contrariae, in „justam quandam veluti harmoniam concentumque reduce- „rentur”? Deze tallooze „dissona juris principia” waren niet te brengen „in iusti systematis formam” (1).

In de negentiende eeuw is men zich daaraan gaan wagen. Naast tal van monografieën valt voornamelijk de aandacht op de Schets eener geschiedenis der provinciaal-burgerlijke wetgeving in de Republiek der Vereenigde Nederlanden van den toenmaligen hoogleeraar Mr. J. R. THORBECKE (2). Eerst de twintigste eeuw zou ons een betrouwbaren gids brengen, welke zonder onderscheid van leeftijd en herkomst den weg wijst door de „non-nullorum statutorum ubertas”. Tot verspreiding van meerdere kennis daaromtrent heeft de Vereeniging tot uitgave van de bronnen van het oude vaderlandsche recht zeer veel bijgedragen. Daarentegen is de literatuur van Nederlandschen bodem, vooral in de laatste jaren, in vergelijking met wat b.v. Duitschland voortbracht, uiterst gering en het treft den lezer herhaaldelijk, dat in de literaturopgaven veel Duitsche en Fransche, doch betrekkelijk weinig Nederlandsche schrijvers konden worden genoemd.

Het zou te ver voeren om een volledig overzicht van den inhoud te geven. In hoofdzaak kan worden medegedeeld, dat het eerste deel naast een korte inleiding met opgave van de voornaamste bronnen-uitgaven, bevat

(1) VAN DER KEESEL, Thes. Sel. praef. p. VII.

(2) Nederl. Jaarb. v. R. en W., I blz. 35.

hetgeen de schrijver heeft uitgewerkt omtrent het personen- en zakenrecht. De stof van het eerste hoofdstuk is weder onderverdeeld in beschouwingen over adel, slaven en halfvrijen, stedelingen, vreemdelingen, joden en lombarden, geestelijken, minderjarigen, vrouwen, begin en einde der rechtsbevoegdheid, bewijs van den burgerlijken staat en rechtspersonen.

De materie van het zakenrecht omvat hetgeen vermeldenswaard is omtrent onderscheidingen van zaken, grondeigendom, overdracht van grond, de weer en de bezitrechtelijke vorderingen, mede-eigendom, onteigeningsrecht, beperking van den eigendom door politierecht, burenrrecht, erfdiensbaarheden, leenrecht, tijnsrecht, pacht en huur, beklemming, vruchtgebruik, tiendrecht en rechten op roerend goed.

Voor al bij de behandeling van het personenrecht was het moeilijk zich vrij te houden van wat de moderne rechtswetenschap met den naam van publiek recht aanduidt. De scheiding tusschen publiek- en privaatrecht werd — het is overbekend — eerst later met consequentie doorgevoerd. In de door den schrijver behandelde perioden vloeit alles ineen en zoo zijn terecht enkele aangelegenheden, den persoonlijken staat betreffende, hier behandeld. Zoo de aan het stadsburgerschap verbonden rechten, waar bv. de op blz. 62 v. van deel I gegeven opsomming de juistheid van de zooeven gemaakte opmerking voldoende schijnt te staven. Curieus is in dit onderdeel ook de mogelijkheid van conflicten van, ik zou zeggen, intercommunaal-privaatrechtelijken aard, voortvloeiende uit des poorters aanspraak op rechtsbijstand van de stad (reste der vroegere emuniteit) en uit zijne aansprakelijkheid voor schulden van de stad en van zijne medepoorters. Dit noodrecht, zooals de schrijver het noemt (I p. 66), past slechts in een tijd van oneindige splitsing van het grond-

gebied in steden, dorpen, heerlijkheden met eigen rechtshoogheid, waarbinnen dus geen andere dan plaatselijke autoriteiten met rechtsmacht bekleed konden zijn. Hoe ver oogenschijnlijk ook van ons verwijderd heeft deze toestand nog zijne duidelijke sporen nagelaten in onze vigeerende wetgeving, als n.l. van het Hoog Militair Gerechtshof wordt gezegd (1): „Geene exploitien van gevangenneming uit naam van den Hove worden ten uitvoer gebragt, dan met voorkennis en (des noods) met adsistentie van de plaatselijke autoriteit”. Evenzoo gelden nog steeds een paar bepalingen, die duidelijk wijzen op de vroeger bekende en ook door Prof. FOCKEMA ANDREE aangegeven bemoeijking van vreemdelingen om hunne goederen uit de stad weg te voeren (I p. 76) en zulks natuurlijk omdat daarmede elk verhaal wegens schulden op hen onmogelijk zou worden gemaakt. Ik bedoel de artikelen 301—304 van het Reglement voor den Garnizoensdienst, vastgesteld bij besluit van den Souvereinen Vorst van 11 Januari 1815 n^o. 32, aan welk reglement vrij algemeen kracht van wet wordt toegekend. Bij deze artikelen is in hoofdzaak vastgesteld dat klachten (ook wegens schulden) tegen officieren of minderen van uit eenig garnizoen vertrekkende troepen ten minste één uur vóór den afmarch ter kennis van den commandant moeten worden gebracht, die, bij gegrondbevinding, aan de klagers recht zal doen wedervaren; dat officieren, die hun schulden, waarover wordt geklaagd, niet aanstonds voldoen, in de provoost (eene niet meer bestaande militaire gevangenis) zullen worden in arrest gehouden tot na de voldoening; en dat het gemeentebestuur vóór het verlaten van het garnizoen aan den commandant een certificaat moet af-

(1) Prov. Instr. H. M. G. art. 49. Deze instructie werd o. a. vastgesteld bij besluit van den Souvereinen Vorst van 20 Juli 1814 (*Stbl.* no. 85).

geven nopens het gedrag der troepen, uit welk stuk tevens moet blijken, „dat door dezelve, voor zooveel kennelijk is, geene schulden zijn nagelaten”. Dat deze voorschriften althans naar den geest van den tijd, waarin zij thuis behooren, nu doode letters zijn geworden, wien zal het verbazen? (1)

Verraden dergelijke toestanden een embryonalen vorm van het latere volkenrecht, er worden ook sporen van het ontstaan van handelsrecht aangetroffen. Zoo verwijs ik naar de op blz. 65 van deel I aangehaalde plaats uit het Kamper Digestum Vetus — welke echter in het verband waarin ze wordt geciteerd, m. i. niet thuis behoort — waar duidelijk eene vennootschappelijke aansprakelijkheid in den geest van die van art. 18 W. v. K. wordt omschreven. In dezelfde richting wijst ook de snellere procesgang voor vreemdelingen, veelal handelslieden, die voor zaken in de stad kwamen (I p. 76, 86).

Ook bij de behandeling van het zakenrecht zijn tal van elementen van publiekrechtelijken aard onvermijdelijk. Zoo werden tot de onroerende goederen gerekend allerlei regeerings- en bestuursrechten, welke ook in leen gegeven konden worden (I p. 173, 288); zoo behandelt de schrijver de marken als vorm van gemeenschappelijken eigendom van heiden, weiden, bosschen en water, waarbij hij m. i. de analogie met de ook door hem erkende stedelijke gemeenschap te zeer uit het oog verliest (zie vooral I p. 183 v.). Beschouwingen over onteigening (I p. 238), over politierechtelijke beperking van den eigendom (I p. 241)

(1) Men vergeve mij de aanhaling van tot het militair recht behoorende bepalingen. Ik beweeg mij dikwijls in dit afgelegen gedeelte onzer rechtswetenschap, niet het minst omdat het in vele gevallen achttiende-eeuwsch recht is, door de practijk up to date gemaakt en gehouden. De beoefening van het militair strafrecht zij uit dezen hoofde aan rechtshistorici aanbevolen.

en sommige bij het burendrecht ondergebrachte, wij zouden thans zeggen administratiefrechtelijke voorschriften (analogie met de Hinderwet, I p. 267, bouwpolitie, I p. 278 i. f.), hoezeer ook te rechtvaardigen met het oog op de in art. 625 B. W. gegeven omschrijving van het eigendomsrecht, vallen m. i. strikt genomen, buiten schrijvers kader. Niettemin aanvaarden wij een en ander dankbaar, ook al omdat op dit gebied met gebruikmaking van de nieuwere gegevens nog zeer weinig is tot stand gebracht.

In het overzicht van het zakenrecht worden vele aanknoopingspunten gevonden met het vigeerend burgerlijk recht, zoodat voor vergelijking met tegenwoordige toestanden veel stof aanwezig is. Het verschil met een boek als dat van VAN DER LINDEN, dat veel meer steunt op Romeinsch-rechtelijke beginselen en uitspraken en voorts op het gezag van bekende juristen, is hier in het bijzonder duidelijk in het oog vallend. Ik vestig b.v. de aandacht op de behandeling van de vraag wat onroerende goederen zijn, eene vraag die bij VAN DER LINDEN aldus en op deze plaats niet eens gesteld wordt. Voorts op het gedeelte over de bezitsactiën (I p. 200 v.), dat mij zeer leerzaam voorkomt, ook al zou onze wetgever het oud-vaderlandsche recht op dit punt niet hebben overgenomen (1). Merkwaardig daarin is zeer zeker ook de op blz. 210 medegedeelde beslissing uit het Liber Hirsutus Minor der Utrechtsche middeleeuwsche rechtsbronnen, niet alleen om de gegeven beslissing in een geval dat iemand met geweld uit het bezit was ontzet doch ook en niet minder om het slot, waarin de rechter als het ware den volke

(1) Vgl. hierover o. a. ook de inaugureele oratie van Prof. Mr. G. O. SEGERS, Enkele opmerkingen omtrent de beteekenis van de historische beoefening der rechtswetenschap voor de praktijk (1903) blz. 13 v.

kond doet, dat hij in dergelijke gevallen voortaan aldus zal beslissen. Het is een staaltje van het „bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement uitspraak doen”, hetgeen thans bij art. 12 der wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koningrijk aan den rechter is verboden, en levert het bewijs, hoe ook toen al bij in de praktijk voorkomende gevallen dikwerf behoefte gevoeld werd aan nieuwe wettelijke regelingen.

Ook trekt het de aandacht dat onder de zakelijke rechten het leenrecht is behandeld (I p. 281, v.). Ontegengesteld heeft dit recht een publiekrechtelijk karakter bezeten; de schrijver geeft dat op blz. 283 gereedelijk toe. Doch dit karakter bezat het slechts aan de zijde van den leenheer; het daaruit voortvloeiend recht van den leenman wordt door Prof. FOCKEMA ANDRÉE op het voetspoor van HUGO DE GROOT en andere schrijvers van later datum als een recht op het genot van het leengoed geconstrueerd. Dit is stellig alleszins juist, doch naar mijne opvatting moet het publiekrechtelijk element ten deze overheerschen en behoort dit onderwerp, ook al volgt daaruit zeker genotsrecht op het in leen gegeven onroerend goed, in een handboek over oud-Nederlandsch burgerlijk recht niet thuis (1). Dergelijk genotsrecht staat in mijne oogen gelijk met vorderingen van geldsommen, uit hoofde van eenige publiekrechtelijke rechtsbetrekking verschuldigd, waaromtrent de rechterlijke macht zich op grond van art. 153 Grondwet en art. 2 R. O. bevoegd acht te oordeelen: die „schuldvorderingen” worden daardoor nog niet tot privaatrechtelijke gestempeld. En dat de zeventiende- en achttiende-eeuwsche schrijvers dit niet gevoeld hebben verbaast niemand: de scheiding tusschen

(1) In vele opzichten analoog aan het leenrecht is het tijsrecht dat op blz. 319 v. behandeling erlangt.

publiek- en privaatrecht is er eene die in de negentiende eeuw eerst goed tot haar recht gekomen is.

Bevreedmen doet het ook dat de pacht en huur van landerijen en huizen onder de zakelijke rechten behandeling vindt. De schrijver motiveert dit nergens; uit het medegedeelde omtrent den regel „koop breekt geen huur” op blz. 345 zou mogen worden afgeleid dat het weinig zakelijke van dit recht hem niet ontgaan is. Of is het slechts omdat het beklemrecht, dat veel weg had van erfpacht, uit huur van het erf ontstaan was? Omgekeerd mis ik hier hetgeen bij het verbintenissenrecht is medegedeeld over pand en hypotheek. Had de schrijver zich ook ter wille van de practijk aan de volgorde van het Burgerlijk Wetboek gehouden, hij ware m. i. zonder twijfel juister geweest.

Ten slotte moge de aandacht worden gevestigd op de toelichting welke op blz. 187 gegeven wordt tot recht verstand van het vooral voor studenten in raadselen geschreven art. 680 B. W.

In het tweede deel behandelt Prof. FOCKEMA ANDRÉE het Verbintenissenrecht en het Familierecht.

Van het Verbintenissenrecht worden besproken de navolgende onderwerpen: de vorm der overeenkomsten; algemeene leerstukken; betaling en aanbod; overdracht van schuldvorderingen; overwijzing (assignatie), papier aan toonder; schadevergoeding wegens vertraging; koop en verkoop; rentekoop, renten, verbruikleen; bruikleen; bewaargeving; lastgeving; maatschap; spel en weddenschap; huur van dienstboden en werklieden; schenking; borgtocht; pand en hypotheek; onrechtmatige daad; verjaring.

Onder het Familierecht vindt men behandeld:

I. het huwelijk en de persoonlijke betrekkingen, waaronder: de huwelijksvorm; vereischten en beletselen voor

het huwelijk; gevolgen van het huwelijk voor de personen der echtgenooten; gevolgen van het huwelijk voor het vermogen; scheiding van tafel en bed en echtscheiding; het bloedverwantenverband; het ouderschap en de ouderlijke macht; de voogdij over minderjarigen; de voogdij over meerderjarigen; de zorg voor afwezigen;

II. het familie-vermogensrecht, waarvan in het bijzonder: beperkingen van het beschikkingsrecht; erfrecht bij versterf; testamenten; boedelrecht.

De wijze van behandeling en hare uitvoerigheid houdt verband met de beteekenis welke die onderdeelen destijds bezaten. Algemeene leerstukken kwamen in de wettelijke voorschriften niet voor en vinden slechts zijdelings steunpunten. Daarentegen wordt veel aandacht geschonken aan de vormen der overeenkomsten, waaraan vroeger groote beteekenis werd gehecht. Onder deze vermeld ik terloops de handtasting (II blz. 6, 8) die bij wijze van plechtige bezegeling van eene belofte nog bekend is in het militair strafproces (R. L. 59, 60, 161; R. Z. 38, 39).

Ook hier vindt men sporen zoowel van publiek- als van handelsrecht. Onder de eerste rangschik ik hetgeen meegedeeld wordt omtrent het schutten van vee (II blz. 118 v.) al mocht daarbij als nevendoel gelden voorkoming van schade. Tot de laatste breng ik een deel, zoo niet alles wat ten aanzien van de maatschap wordt vermeld (II blz. 71 v.).

Doch vooral in dit deel vindt men bij aandachtige bestudeering tal van aanknoopingspunten voor de verklaring van in ons Burgerlijk Wetboek voorkomende bepalingen, al valt ook niet te ontkennen, dat er destijds in onderscheiden deelen des lands groote verschillen te constateeren zijn geweest.

Dit laatste geldt trouwens, ik zeide het reeds, bijna

voor elk onderdeel van de door schrijver behandelde stof. En dan rijst als vanzelf de vraag, die met het oog op den naam van den schrijver door Prof. FOCKEMA ANDRÉE gekoesterden wensch dat zijn boek ook in de praktijk van nut moge zijn, van groot gewicht is: hoe is ons geldend recht uit al wat voorafging ontstaan? En juist deze vraag wordt door schrijver nergens behandeld.

Bij het einde der Republiek, juist op het oogenblik dat de smeltkroes voor één algemeen geldend stel wetboeken gereed werd gezet, valt het gordijn en laat de schrijver ons over de verdere geschiedenis in het duister tasten. Dat is m. i. niet goed gezien.

Ook met onze rechtsgeschiedschrijving — ik moge het op dit gebied COLLENBRANDER nazeggen — moeten wij de negentiende eeuw in (1).

Waar wij na veel moeite en na een lange lijdensperiode eindelijk gekomen zijn tot een in hoofdlijnen algemeen geldend burgerlijk recht in geheel Nederland, is het voor practicus en theoreticus beide van groot belang te kunnen nagaan, hoe men uit den chaos, die bij het einde der Republiek zich aan het oog voordeed, in moderner vaarwater is geraakt. Dat men daarbij de voorstudie, welks vruchten in het hier aangekondigde standaardwerk worden geboden, niet missen kan, spreekt vanzelf, en al moge de practicus, die zich slechts zelden in rechtshistorische literatuur verdiept, door de beknopte aanhalingswijze der bronnen anderer voorlichting nog niet ten volle kunnen ontberen, het groote gezag van den Leidschen hoogleraar staat hem borg dat de tekst den inhoud van die bronnen

(1) COLLENBRANDER zelf gaf zeer onlangs het voorbeeld door zijne bronnenpublicatie betreffende de totstandkoming van de Grondwet van 1814; een werk van groot belang, dat in veler handen moge komen. Mogen de rechtshistorici spoedig gaan inzien dat dit terrein bij voorkeur het hunne is.

nauwkeurig weergeeft. Speciaal waar de wet op het gebied van het burgerlijk recht naar de gewoonte of naar hetgeen van ouds rechtens was verwijst, kan hier betrouwbare voorlichting worden gevonden.

Doch de rechtstreeksche bruikbaarheid van het gebodene is nog steeds niet groot. De ontbrekende schakel, de rechtsgeschiedenis gedurende de Bataafsche Republiek, het Koninkrijk Holland, de Fransche overheersching en de periode van onze herwonnen onafhankelijkheid, voorafgaande aan de invoering van onze vigeerende codificatie, behoeft eerst de aanhoudende zorg der rechtshistorici. Materiaal is er genoeg; het Algemeene Rijksarchief herbergt de voornaamste, veelal onbekende schatten, welke slechts op de bekwame hand van een bewerker wachten.

Reeds is, juist ook voor het burgerlijk recht, de hand aan den ploeg geslagen en zullen, naar ik meen en hoop, de vruchten van dezen eersten stap binnen enkele jaren worden gepubliceerd. Moge dan ook niet verzuimd worden na te gaan, welken invloed de algemeene drang naar eenheid van wetgeving op de tallooze verschilpunten van provinciaal of plaatselijk recht heeft uitgeoefend en hoe deze eenheid van wetgeving inderdaad eenheid van recht ten gevolge heeft gehad. Deze invloed was, begrijpelijkerwijze groot. De eerbied voor de van het nieuw gevestigde centraal gezag uitgegane wetten was aan den eerbied voor dit gezag geëvenredigd en over het algemeen zeer beïdend; het is anders onverklaarbaar dat er nog in 1810 een brochure van ongeveer tachtig bladzijden kon verschijnen ter verdediging van de stelling dat het den burgers geoorloofd was, ongestraft hun oordeel mede te deelen omtrent bestaande wetten, van welk betoog eene beschouwing over de beteekenis der vrijheid van drukpers in verband met eene als mogelijk onderstelde belediging

van het Staatsgezag door zoodanige critiek een belangrijk deel vormt (1). Bestudeering van de in de archieven der Staatscolleges voorhanden gegevens is dus niet alleen voldoende; ook provinciale en plaatselijke archieven moeten niet worden vergeten (2).

Hoe langer de praktijk zich moet behelpen met verouderde wetboeken of wetten, hoe meer de kennis van de vóórgeschiedenis dezer kenbronnen noodig wordt. Niet alleen tot recht verstand van den inhoud maar ook tot het volgen van de meest logische wijze van hare aanpassing aan veranderde toestanden.

Zal ons Burgerlijk Wetboek, voordat het door eene nieuwe wetgeving op dit stuk zal zijn vervangen, nog eens eene zoodanige beschrijving erlangen van zijne historia interna, dan zal het werk van Prof. FOCKEMA ANDREÆ, naar het mij voorkomt, zoo al niet eene volledige inleiding daartoe, dan toch een uitnemende handleiding tot de samenstelling daarvan vormen.

ROLLIN COUQUERQUE.

Den Haag, Juni 1908.

(1) Mr. J. A. WEILAND, proeve over het al of niet geoorloofde eener openlijke wetenschappelijke beoordeeling der bestaande wetten.

(2) Zoo is mij b.v. bekend dat in een testament uit 1806, voorhanden in het rechterlijk archief van Rockanje verkozen werd als versterrecht «het aadomsversterrecht, te Leiden en elders in observantie». Ook in 1809 kwam dergelijke keuze aldaar nog voor. Wel een bewijs voor den taaien levensduur van deze gebruiken.

*Bescherming van arbeidswilligen in de artikelen
284 en 426bis Wetboek van Strafrecht. — Acade-
misch proefschrift van J. H. MONNIK. 1907.*

Deze dissertatie, verdedigd aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, is gewijd aan het minst ingrijpend deel der strafrechts-novelle van 11 April 1903 (*Stbl.* n^o. 101): der bekende wet, naar aanleiding der spoorwegstaking van dat jaar uitgevaardigd. Van de antirevolutionaire beginselen van den schrijver legt een woord vooraf getuigenis af, maar valt in het werk zelf slechts weinig te bespeuren; schrijver's bedenkingen tegen de beginselen der fransche revolutie op het gebied van den arbeid worden tegenwoordig ook door vrijzinnigen vrij algemeen onderschreven. In hoofdzaak had het proefschrift even goed aan eene andere universiteit het licht kunnen zien.

In eene inleiding wordt een standpunt ingenomen, dat ongeveer het midden houdt tusschen dat van den conservatief, „die in elken staker een schuldige ziet” en de bescherming van arbeidswilligen ver buiten hare redelijke grenzen wil uitbreiden, en dat van den sociaal-democraat, die begint met in elken niet-staker een minderwaardige, een „onderkruiper” te zien en in wiens gedachtengang voor bescherming van den arbeidswillige eigenlijk geene plaats is. „In een geordenden Staat” — zoo wordt betoogd — „moet de vrijheid van arbeid verzekerd zijn. Voor alle „mensen is die arbeid van Godswege een plicht, voor „den niet met aardsche goederen bedeelde bovendien het „eenige middel om in zijn levensonderhoud te voorzien.

„Daaraan ontleent een ieder het recht om te arbeiden, „een recht wel eens even heilig genoemd als dat om te „leven. Aan dat recht, in verband met dien plicht moet „onveranderlijk vastgehouden worden. Wie daarop weder- „rechtelijk inbreuk maakt, tast de rechtsorde aan, voor „wier instandhouding de wet moet zorg dragen.”

Het proefschrift is voorts verdeeld in vier hoofdstukken. Hoofdstuk I behandelt de geschiedenis der wetgevingen, welke aan art. 284 (*oud*) W. v. S. zijn voorafgegaan. Hoofdstuk II brengt de wordingsgeschiedenis, inzonderheid de parlementaire geschiedenis der beide artikelen, waaraan het proefschrift gewijd is, in herinnering. In hoofdstuk III wordt de juridische inhoud van art. 284 (*nieuw*), in hoofdstuk IV die van art. 426^{bis} W. v. S. besproken. Hoofdstuk V bevat eene verdediging van beide artikelen tegen de bezwaren, daartegen ingebracht, en een overzicht van de duitsche en engelsche wetgevingen betreffende het onderwerp. De zoogenaamde „amsterdamsche postenorder”, die in laatstgemeld hoofdstuk besproken wordt, is in eene bijlage opgenomen.

Het komt mij voor dat op deze indeeling, wat de hoofdstukken II—V betreft, gegronde aanmerkingen zijn te maken. In die hoofdstukken passeeren de behandelde artikelen tot driemaal toe de revue, aan de hand van hunne parlementaire geschiedenis, van hun juridischen inhoud en van de tegen hen ingebrachte bezwaren. Dit leidt tot vele herhalingen, die den lezer afmatten. Gedurig wordt teruggekomen op het in de Tweede Kamer der Staten-Generaal gevoerde debat, dat intusschen juist hier bijzonder weinig licht geeft. Het geldt toch eene, onder den drang der omstandigheden, met overhaasting ontworpen en behandelde gelegenheidswet; eene wet die blootstond aan felle staatkundige oppositie, waarbij een onbevangen onderzoek der voorgestelde bepalingen, dat

voor hare uitlegging van waarde kon zijn, zeer op den achtergrond bleef; eene wet bovendien, waarvan de behandelde artikelen de minst belangrijke waren en, tot overmaat van ramp voor de interpretatie, ingevolge de bedenkingen in het Voorloopig Verslag in gansch anderen vorm gebracht werden, dan waarin zij waren ontworpen. Eene aanmerkelijk betere indeeling had kunnen gemaakt zijn naar de materie der onderscheidene bepalingen, waarbij telkens geschiedenis en inhoud aan elkander hadden kunnen aansluiten, terwijl eene afzonderlijke wederlegging van ingebrachte bezwaren veilig achterwege had kunnen blijven. Ook had het overzicht der duitsche en engelsche wetgevingen, dat op wonderlijke wijze geheel achteraan komt, zeker eene betere plaats kunnen verkrijgen.

Het eerste hoofdstuk vangt aan met eene schets van de afschaffing der gilden in Frankrijk in 1791, weldra gevolgd door een verbod van coalitiën. Aangetoond wordt, dat dit verbod geen uitvloeisel van klasse-wetgeving was, maar tot hoofddoel had den Staat te vrijwaren voor vereenigingen, die zich tusschen hem en den individu plaatsten, waarnevens het bescherming der persoonlijke vrijheid en handhaving der openbare orde beoogde. Daarna wordt een overzicht gegeven van de napoleontische wetgeving op dit stuk, begonnen in 1803 en met het verbod van coalitiën voortgezet in den Code Pénal van 1811. Volgens schrijver stond bij dat verbod bevordering der nijverheid op den voorgrond, doch werd bij het strafbaar stellen van werkstaking vergeten, dat dergelijk ingrijpen noodzakelijk moest zijn ten nadeele van den werkman en ten gunste van den patroon.

Na herinnerd te hebben, hoe de Code Pénal ten gevolge van de inlijving bij Frankrijk ook in ons land werd ingevoerd, betoogt schrijver dat de artikelen 414—416

van dat wetboek niet veel hinderden, omdat de rechterlijke macht er voor terugdeinsde die artikelen toe te passen; het openbaar ministerie vervolgde alleen wanneer geweld of andere feitelikheden gepleegd waren. Hij schetst voorts, hoe die artikelen in 1872 werden ingetrokken voornamelijk op aandrang van mr. VAN HOUTEN, die echter eenvoudige afschaffing verlangd had en zich niet kon vereenigen met het strafbaar stellen van inbreuk op eens anders vrijheid van arbeid door bij de wet aangewezen middelen, dat daarvoor in de plaats kwam. Aan deze „theoretische wijziging” hecht schrijver mijns inziens te weinig waarde; intrekking van strafbepalingen die, indien zij werden toegepast in den zin waarin zij geschreven waren, de werklieden zouden verhinderen door het nederleggen van het werk naar betere arbeidsvoorwaarden te streven, was wel degelijk een maatregel van beteekenis.

Vervolgens wordt herinnerd — als overgang tot het tweede hoofdstuk — hoe artikel 284 (*oud*) W. v. S. het inbreuk maken op eens anders vrijheid door aangewezen middelen strafbaar bleef stellen, doch dit feit, met vermijding van de eenzijdigheid die de wet van 12 April 1872 (*Stbl.* n^o. 24) kenmerkte, formuleerde als een algemeen delict, niet als een speciaal arbeidsdelict. Gemeld artikel omvatte echter minder gevallen dan de wet van 1872; had het zich bij die wet nauwer aangesloten, de novelle van 1903 ware in zoover onnoodig geweest. Na een overzicht van de spoorwegstaking van 1903 worden de bepalingen van het eerste ontwerp dier novelle uiteengezet, en wordt medegedeeld hoe de Regeering, nadat die bepalingen in het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer als veel te rekbaar waren gecritiseerd, bij Memorie van Antwoord een der in dat Verslag aangegeven denkbelden tot wijziging daarvan overnam en

aldus het in het proefschrift behandeld gedeelte der novelle in zijne tegenwoordige gedaante bracht. Voor de eerste maal wordt getracht eene omschrijving te geven van sommige uitdrukkingen der nieuwe artikelen, in het bijzonder van „feitelijkheden” in art. 284 (*nieuw*), welk pogen in de volgende hoofdstukken wordt herhaald.

Het derde hoofdstuk is gewijd aan de ontleding en interpretatie van art. 284 (*nieuw*). Achtereenvolgens wordt aangetoond, wat men hier te verstaan heeft onder geweld, onder feitelijkheid, onder bedreiging, onder dwingen, onder wederrechtelijk, en welk opzet hier vereischt wordt. Voorts worden poging, deelneming, samenloop en strafmaat behandeld.

De omschrijving van „feitelijkheid” in art. 284 (*nieuw*) is zeker wel die, welke het meeste hoofdbrekens gekost heeft. Samenvattend hetgeen dienaangaande over onderscheidene plaatsen van het proefschrift verspreid is, bevind ik dat dit woord hier volgens schrijver niet den zin heeft van lichamelijke aanraking, van handtastelijkheid, maar eene ruimere beteekenis, namelijk die van eene handeling, welke eene, zij het geringe, positieve krachtsoefening vereischt, waarbij in het oog moet worden gehouden dat niet de feitelijkheid zelve strafbaar gesteld wordt, maar alleen de wederrechtelijke dwang, uitgeoefend onder andere door middel van eenige feitelijkheid of bedreiging daarmede.

Deze bepaling van het begrip feitelijkheid, ook als enkel middel, is zeker ruim te noemen, al moet erkend worden, dat de parlementaire geschiedenis van het artikel er aanleiding toe geeft. Intusschen wordt zij weder zeer verengd door eene bijvoeging in het artikel, waarop schrijver in dit verband te weinig gelet heeft, en welker gevolgen, zeker door de overhaasting waarmede men arbeidde, bij de beraadslaging in de Staten-Generaal

schijnen te zijn voorbijgezien, maar voor den rechter te zijner tijd wel niet verborgen zullen blijven. Schrijver verkeert in de meening dat het oefenen van wederrechtelijken dwang door feitelijkheden, welke rechtstreeks goederen betreffen, zooals bijvoorbeeld het wegnemen van gereedschap, het sluiten eener pakhuisdeur en het verbergen van den sleutel, het afdraaien en verwijderen der asmoeren van een rijtuig, krachtens art. 284 (*nieuw*) strafbaar is; hij rekent onder de voordeelen van het nieuwe art. 284 boven het oude, dat het gelegenheid verschaft om de zoogenaamde „sabotage” te straffen. Ik meen echter dat hij zich hier aan eene illusie overgeeft. Naar mijne meening zijn handelingen, enkel tegen goederen gepleegd, niet onder het nieuwe art. 284 te brengen. Waar schrijver vermeldt, hoe de Minister van Justitie eene door mr. HEEMSKERK gemaakte onderstelling, alsof dit wel het geval zoude zijn, onbeantwoord heeft gelaten, had hij zelf hierover wel eenige oogenblikken mogen nadenken.

Men is namelijk bij het redigeeren van het artikel een weinig vervallen in het nationale euvel van breedsprikigheid. Men heeft er ten overvloede bijgevoegd dat het geweld, de andere feitelijkheid, of de bedreiging met een van beide, moet zijn „gericht hetzij tegen dien ander, hetzij tegen derden.” Die bijvoeging bedoelde wederrechtelijken dwang, door een der aangewezen middelen gepleegd, ook dan strafbaar te stellen, wanneer het gebezigde middel niet gericht is tegen den persoon dien de dader wil dwingen, maar tegen een lid van zijn gezin, zijnen bloedverwant, zijne verloofde, enz. Of ter bereiking van dit doel inlassching der vermelde woorden noodig was, schijnt mij niet boven twijfel verheven. Maar dit staat mijns inziens vast, dat dientengevolge feitelijkheden, alleen tegen goederen gericht, buiten het artikel vallen. Mocht eene vervolging worden ingesteld

wegens het uitoefenen van wederrechtelijken dwang door wegneming, beschadiging of onbruikbaarmaking van werktuigen — middelen in de wet van 1872 genoemd — of door eenig feit van sabotage, dan zal de rechter moeten uitmaken, dat de geïncrimieerde feitelijkheden niet gericht zijn tegen den ander dien men wil dwingen noch ook tegen eenen derde, zoodat een der elementen van het misdrijf ontbreekt en het feit niet in de termen van art. 284 valt.

In het vierde hoofdstuk wordt het nieuwe art. 426^{bis} ontleed en geïnterpreteerd. De Hooge Raad heeft bij arrest van 24 October 1904 (*W. v. h. R. n^o. 8133*) uitgemaakt, dat de woorden „met een of meer anderen” ook het „op hinderlijke wijze blijven volgen” van dat artikel beheerschen. Terecht stemt schrijver hiermede in. Meer bedenkelijk schijnt mij schrijver's interpretatie, dat ook de woorden „tegen diens uitdrukkelijk verklaarden wil” op het hinderlijk volgen betrekking hebben, hetgeen met de regelen der taal niet strookt. Intusschen kan worden toegegeven, dat het woord „blijft” vóór volgen aan de noodzakelijkheid van eenig protest van den gevolgde doet denken. Bij de interpretatie van „blijven opdringen” maakt schrijver zich los van het antwoord van den Minister, als zoude hier een lichamelijk opdringen bedoeld zijn, dat trouwens door eene nadere ministeriële verklaring, aan de Eerste Kamer gegeven, vrij wel werd tenietgedaan. Het hoofdstuk wordt besloten met eenige opmerkingen over deelneming, samenloop en strafmaat.

Het vijfde hoofdstuk dient tot wederlegging der bezwaren, tegen de artikelen 284 (*nieuw*) en 426^{bis} ingebracht, en bevat veel herhaling van hetgeen reeds gezegd was. Nieuw is schrijver's bestrijding der stelling, dat tegen feiten als bij art. 426^{bis} bedoeld beter dan door eene strafbepaling door eene behoorlijk geregelde politiezorg

ware te waken, waarbij tevens de amsterdamsche postenorder ter sprake komt. Dit hoofdstuk wordt besloten met het reeds vermelde overzicht van de duitsche en engelsche wetgevingen omtrent het in de dissertatie behandeld onderwerp.

Enkele vergissingen van den schrijver zijn van weinig beteekenis. Bladz. 164 vermeldt hij een beroep in cassatie ter zake van eene in twee instantiën berechte overtreding als „hooger beroep”; en bladz. 59 verwondert hij zich over de vernieuwde indiening van een onafgedaan gebleven wetsontwerp bij den aanvang der zitting 1871/1872, daardoor toonend niet te weten, dat sluiting eener zitting destijds nog stuiting teweegbracht van alle werkzaamheden der Tweede Kamer, de behandeling van voorstellen des Konings betreffend.

Ondanks de geuite critiek mag van dit proefschrift in het algemeen getuigd worden, dat schrijver daarmede degelijk werk geleverd heeft, dat hem in zijne loopbaan ongetwijfeld van nut zal zijn.

Den Haag, Maart 1908.

J. D. VEEGENS.

Modern Roman-Dutch Law; Sketch of its historical development. — An inaugural lecture, by W. R. BISSCHOP, LL. D., of LINCOLN'S INN, Barrister at law, Lecturer on Roman-Dutch Law for the Council of Legal Education. — The Hague; MARTINUS NIJHOFF, 1907.

In de rede uitgesproken bij de aanvaarding van zijn ambt als Lecturer on Roman-Dutch Law for the Council of Legal Education te Londen verschaftte Mr. W. R. BISSCHOP zijnen toehoorders een belangwekkend inzicht in het Romeinsch-Hollandsch Recht en deszelfs ontwikkeling in Nederland en in de door Nederlanders gevestigde volksplantingen. De indeeling volgende die aangenomen werd door Professor FOCKEMA ANDREE in zijn „Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht” noemt hij vier tijdperken van ontwikkeling, het Oud-Germaansche, het Frankische, het landsheerlijke en het republikeinsche, en wijst hij op den invloed welken het Romeinsche Recht, en ten deele ook het Canonieke Recht, op het Nederlandsche Recht hebben uitgeoefend. Vervolgens schetst hij in korte trekken de wijze waarop het aldus in Nederland ontwikkelde recht, met die wijzigingen welke door plaatselijke omstandigheden werden gevorderd en welke derhalve door tal van plakaten werden daargesteld, overgebracht werd naar de bezittingen der Oost-Indische Compagnie.

Onder die bezittingen werd ook gerekend het Kaapland. Aldaar vindt het Romeinsch-Hollandsch Recht nog dagelijks toepassing, terwijl echter steeds rekening ge-

houden wordt met veranderde omstandigheden van tijd en plaats.

Mr. BISSCHOP meldt het gelukkig verschijnsel dat dit rechtssysteem door de rechters die het toepassen moeten in hooge eere worden gehouden. Het is vooral met het oog op het voortbestaan van dat systeem dat de leerstoel in het Romeensch-Hollandsch Recht te Londen gesticht is geworden.

Het staat niet te twijfelen of Mr. BISSCHOP zal, bij de grondige kennis die hij aan den dag legt van het ontstaan, de ontwikkeling en het wezen van dat rechtsstelsel, in hooge mate bijdragen tot de wetenschappelijke studie ervan in Engeland.

M. DE VILLIERS.

Zeitschrift f. d. Gesamte Handelsrecht.

Band 57, Heft 1 en 2 in 1904, Heft 3 en 4 in 1905, en later Band 58, in alle 4 Hefte in 1906 verschenen, nog steeds bij FERD. ENKE, te Stuttgart, geven wel weer wat te lezen.

HUGO KEISZNER, wiens leven kort geleden, nl. 4 September 1905, ophield, wordt blz. 319—335 in een „Nachruf“ door Dr. MARTIN WOLFF beschreven. K.'s vader was papierfabrikant. Hijzelf studeerde in de rechten te Berlijn, was nogal bekwaam in het in 't Duitsch overbrengen van buitenlandsche woorden. Een zoodanig woord blijft toch nog *Auskultator* (de hoorder), een Pruisisch ambt, waarop voor hem in 1854 volgden *Gerichtsassessor* te Oude Landsberg, Marienwerder, Berlijn en Stettin, en 5 Mei 1858 *Kreisrichter* te Stettin. Een kantonrechterschap volgde dus op een lidmaatschap in een rechtscollege! Niet voor langen tijd, want na 3 jaren ongeveer kwam hij bij het Berlijnsch Stadsrechtscollege om de inrichting en leiding der registers te doen plaats hebben. In 1903 kwam hij op eigen verzoek in pensioen. In 1905, 4 September, overleed hij, bijna 78 jaar oud, na een korte ziekte. Hij had nog 1903 met NEUBECKER een mooi stukje geschreven over de *Russische Wisselwet*, en ook over den *Kwitantie-drager*, zie §§ 370 *Bürg. Ges.buch*. Eerlijk was hij, maar wat voorbarig, wat onverbloemd.

Bldz. 336—420 bevatten de *Rechtsquellen*, die Dr. LEOP. FERELS, te Heidelberg, uitgaf. Hij had weinig vreemd

recht aangehaald. Hier wijken §§ 511—555 van het tegenwoordige D. W. v. K., dat sinds 1 Jan. 1900 geldt, weinig af van artt. 478—527 Alg. D. W. v. R., al kwamen die ook veel vroeger. Maar met 1 April 1903 kwam er een nieuwe *Seemannsordnung*. Men heeft nog een Hanseatisch Oberlandesgericht, behalve het Opper-Gerechtshof van Koophandel. De rechters voor zee en hun Oberseeamt behandelen vooral publiek recht.

Interessant is wel § 2, blz. 343—350, over het kapiteinschap. Ook de stuurman, Führer des Schiffers, wordt besproken. Die had vroeger meest een zelfstandiger positie dan nu. Schiffer en Kielherr heeten nu (*Seemannsordn.* 1902) ook wel Kapitän. Het hedendaagsche recht omtrent de betrekkingen op de zee wordt nogal duidelijk aan die wet ontleend. Maar de Consuls kunnen, zoo noodig, een nieuwen schipper benoemen, op verzoek der deelgenooten in het schip. Dat is iets nieuws in het Deutsche Recht, wat uit andere wetboeken of wetten hier niet wordt aangehaald.

Volgens het Wetb. v. K. van 2 Juni 1902, § 481, staan de *Schiffsoffiziere* onder den kapitein. In 1872 was *Schiffer* het in plaats van *Kapitein* gekozen woord. Maar het heeft nog lang gegolden, ook tegenwoordig.

(Blz. 360—2). *Seefahrer* kan van den kapitein of van den stuurman worden gezegd. (Blz. 365). *Persoonlijke eigenschappen*. Een kapitein, die door gebrek daaraan een ongeluk ter zee veroorzaakt, kan zijn recht om zijn vak uit te oefenen ontnomen worden. De vergoeding, hem verschuldigd, is klein. Volgens bl. 366 kan de kapitein op een Duitsch schip een vreemdeling zijn. Schr. zegt wel, dat in menigen Staat zulks anders is, maar noemt de landen niet, o. a. ook Nederland niet, dat toch hierbij geen vreemdeling uitsluit. De vrijheid van Frankrijk wordt door schr. ook niet vermeld. Wel dat Deutschland (bl. 367/8)

geen andere bepaling maakte omtrent leeftijd voor scheepsleiders dan dat men een certificaat van bekwaamheid noodig verklaarde, wat men eerst na vaart na zijn 15e jaar krijgen kan (*Bekanntm.* 16 Jan. 1904). Maar als een minderjarig kapitein ook reeder is, moet een rechterlijke uitspraak hem vrijmaken van zijn voogd. De wet eischt (bl. 369/70) daarentegen geen ongeschonden burgerlijke eer voor wie als kapitein wil optreden.

(Bl. 370—3). Verkrijging en verlies der plaats als Kapitein. De eigenaar van het schip kan die hebben of verliezen. Meestal wordt de kapitein aangesteld door den reeder. De wet vordert een nieuwen kapitein, als de oudere wegvalt of verhinderd is. De stuurman en zoo noodig de *Bestmann* (de eerste matroos) moeten 't werk overnemen.

De consuls kunnen, zoo noodig, een nieuwen schipper benoemen, op verzoek van aandeelhouders in de reederij.

(blz. 373-8) § 5. De kapitein is door zijn ambt meer dan vroeger meester over het schip. Vroeger reisden reeders en inlanders meer mee. Hij heette dan ook schipper, maar is nu meer een hoofdambtenaar, ook voor strafrecht, ook voor burgerlijken stand.

bl. 378/86 bespreken sub II de *Sorgfalt* (het zorg dragen) van een kapitein. Diens aansprakelijkheid vermindert niet altijd die van den reeder tegenover den inlander. Soms wel (blz. 381, n^o. 223), zelfs al was risqué op zee noodig om een ander schip uit den nood te helpen. Ook is (bl. 387) schuld van den kapitein een element, noodig voor zijn aansprakelijkheid. Voor averijbijdrage is de kapitein het cijfer der goederen verschuldigd. Onze artt. 722—740 K. zijn anders. De Fransche Co. artt. 410 e. v. ook. Maar van zulke voor hem vreemde opgaven spreekt schr. niet.

Op bl. 391—394 eindigen de opgaven van de gevallen,

waarin de kapitein aansprakelijk is jegens derden. Is hij als een goed schipper erbij geweest, dan blijft hij vrij, ook als de schade niet door zorgvuldigheid ware te keeren geweest. Ook voor handelingen van loodsen, scheepsmakelaar, houders van inrichtingen aan kaden, havenarbeiders kan de kapitein aansprakelijk zijn jegens derden. Hij is (bl. 395-9) ook aan inladers, reizigers of bodemerijen verantwoordelijk. Hij kan vóór den reeder worden aangesproken. De verjaring is (bl. 401) vaak 1 of 2 jaar van af de kennisverkrijging des benadeelden, terwijl de gewone termijn wel eens 30 jaren is.

Nu komt (bl. 401) de Rechtsbescherming voor zeelieden. De kapitein wordt beschut door de voorschriften over orde en discipline, maar ook in zake het burgerl. recht. Volgens § 904 n^o. 3 van de Civ. Proz. is hij op een zeilvaardig schip niet aansprakelijk; de scheepsongelukken, douane en dwangmiddel schaden hem niet. Averij, strandstooten en douane worden verder nog behandeld en de wijze van vonnisdwang ook.

§ 6. *Dagboek en Verklaring* zijn bl. 408—420. Het Tagebuch moet door den kapitein worden gehouden, altans nagezien. Dagelijks moet het nieuws er zooveel mogelijk worden ingeschreven. *Verklaren* moet de kapitein (bl. 414—420), maar de rechter kan ook nog dit vorderen van andere scheepslui, ook beëediging houden of afschriften eischen van een ingeschreven stuk.

Nu volgen bl. 421—442, gewijd aan de *Rechtsquellen*, nl. wetten enz. van h. Duitsche Rijk, alle van 1905, de zesde van 3 Juli. Dan geven bl. 443—447 n^{os}. XXXIV—XLVII, onder titel *Literatur* 14 n^{os}. van FRANS FICK te Würtzburg. Wel lezenswaard.

Daarna (bl. 479—670) Heft 4 van 't 57e deel. Eerst het slot van „de aandeelen eener vennootschap met „beperkte aansprakelijkheid”, door Dr. NEUKAMP, raadsheer

te Keulen (bl. 479—572). Vooraan *Register* (bl. III—X) van 't 57e Deel. Het Genossenschaftsgesetz (§§ 15 en 16) laat toe, in een vennootschap onder een firma het aantal vennoten te vergrooten, mits het kapitaal ook toeneme. Die kapitaaltoeneming kan ook geschieden door wijziging in de statuten ter verhooging van den inleg der aandeelhouders. In Nederland is dat anders; wel kan men daar aandelen splitsen, maar niet het kapitaal doen toenemen. Maar Schr. spreekt van Duitschland, zegt (bl. 484) tegen FÖRTSCH, dat de verplichtingen tot storting overgaan op wie een aandeel overneemt en wel met toestemming der vennootschap (§ 55 wet op de vennootsch.) Niemand kan intusschen een overnemenden aandeelhouder dwingen, zijn recht te doen overgaan op een ander, al was die ook een aandeelhouder.

Een nieuw overgenomen *Stammeinlage* moet altijd door M. 100 deelbaar zijn en minstens M. 500 groot. Ieder kan er slechts ééne overnemen. Het Oostenrijksch Ontwerp was anders (bl. 487); het wilde nl. (bl. 491) inschrijving in 't Register niet noodig verklaren zooals die in het Grundbuch bestaat voor vast goed (zie W. v. K.)

Daarop volgen nog Dr. A. PAVLIETECK, advocaat te Praag, die bl. 573—601 wijdt, meest goedkeurend, aan het herziene Oostenrijksche Wetsontwerp op de cheques, dat 6 Apr. 1897 vóór de Afgevaardigden kwam, maar toch nog niet volledig behandeld is. Z. i. wordt te lang gewacht, al zijn de ontwerpen ook verbeterd.

Nu komen de *Rechtsquellen* (bl. 602—656). Ditmaal alleen beschouwingen van Prof. GEORG COHN te Zurich over de Zwitsersche Bondswet op de cheques per post en het wisselverkeer per post. De wet kwam 1 Jan. 1906 in werking. Voor ingelegd geld is 1,8 rente per jaar het percentage, tot op fr. 100.000 (zie bl. 606). Meerdere inleg geeft geen rente. In Oostenrijk is het altijd 2 pCt.

Schr. geeft nevens den tekst der wet ook dien van een, 3 Nov. 1905, door den Bondsraad te Bern ter uitvoering der wet opgemaakte verordening (33 artt.). En ook dien van de instructie, dd. 8 Nov. 1905, over de cheque- en girobureaux der post.

Bl. 657/9 bevatten nog *Literatur* van KARL LEHMANN, no. XLVIII, n.l. een register van elf in dit tijdschrift vermelde of gecritiseerde boeken of gedeelten van een of ander tijdschrift. Alle Duitsch.

Op bl. 660—670 schreef SAWITZ, student te Rostock, een register van de bronnen, nl. de inhouds- of liever titelopgaven, in 1906 in dit tijdschrift behandeld. Hij haalt de bladzijden aan.

Nu volgt, ook bij FERD. ENKE te Stuttgart verschenen, het 58e deel van het *Zeitschr. f. d. Gesamte Handelsrecht*; 1/2 en 3/4 zijn de twee deelen, beide van 1906. Heft 1 en 2 tellen samen 372 bl., waarvan 214 plaats geven aan 5 verhandelingen. De eerste (bl. 1—117) is het slot van wat Dr. L. PERELS, te Heidelberg, in het vorige jaar had ingezonden. Verder bespreekt Dr. H. WÜSTENDÖRFER, rechter te Keulen, bl. 119—151, *de Handelsagent als Duitsch en buitenlandsch type in rechten*. Het was een 28 Apr. 1906 door schr. gehouden rede aan de Hoogeschool van Koophandel te Keulen. Men ziet in een agent iemand, die meer permanent met den koopman bezig is dan bijv. een makelaar (broker). Maar die kan ook wel agent zijn. De factor (commissionair) ook wel (zie bl. 145). Zie Englands factor's act dd. 26 Aug. 1889, 14 Aug. 1890 in Schotland ingevoerd.

Wil de agent zelf zich niet verbinden (bl. 147), dan moet hij den naam opgeven van den koopman, dien hij vertegenwoordigt. In Engeland, maar niet in N. Amerika, is de presumptie, dat een buitenlandsch koopman geen crediet krijgt, maar dat de in 't land wonende vertegen-

woordiger recht heeft of verplicht is, hetzij hij voor zijn mandans, hetzij hij op eigen naam gecontracteerd heeft. De rechter is in Groot-Brittannië wat vrijer dan op het Continent, omdat de wetten wat meer aan gewoonte en gezond verstand openlaten.

Dr. F. FRITZ KLINGMÜLLER te Breslau is schr. van bl. 152—193. Zijn titel is: *Causa und Schuldversprechen*. Over de causa wordt thans veel geschreven. Dat komt door B. Gesetzbuch §§ 780 e. v. en §§ 812 e. v. Zoo zei 1903 Schr. in zijn verhandeling, die hij hier tegen de kritiek van M. RÜMELIN verdedigt, die uitkwam in *Archiv f. zivil-Praxis*, Deel 97 en 98, en later (1905/6) als boek verscheen.

Bl. 194—207, van Dr. GÜNTHER BELING, te Jena. Hij bespreekt hier het *Ceelenrecht*, ook in faillissement volgens het tegenwoordig Duitsch Wetb. v. K., dat er meer over zegt dan het vorige deed. Maar enkel over endossabele ceelen. Die aan toonder schijnen in volle kracht te bestaan, altans volgens het Hanseatisch- en het Rijks-Gerechtshof.

Bl. 208—214 geven het stuk van Dr. R. GOLDSCHMIT te Munchen over de Berekening der procenten voor den Raad v. Toezicht eener NL. Vennootschap. K. § 245 is het aangehaalde wetsartikel. Boven de 4 pCt. dividend gaat men eerst aan die procenten regelen. Zoo kan het, maar er is veel aan de statuten overgelaten.

Dan volgen (bl. 215—288) de Oostenrijksche wetten: 1e. die van 6 Mt. 1906 op *nl. vennootschappen*, 2e. die van 3 Apr. 1906 op de *cheques*.

De §§ zijn 127 en 27 in aantal.

De Rechtspraak in Hooger Beroep in Duitschland bevat (bl. 289—326) 23 arresten.

Daarna volgen nog (— bl. 372) 18 interessante lees-artikelen, niet alle enkel recensies. Veel kan men leeren

omtrent jurisprudentie en daardoor ook omtrent nieuwe wetten.

Dr. L. KEYSZNER te Berlijn, Rechtsassessor, schreef ook nog wat over de arresten, die hij meedeelt. Het zijn er (bl. 289—326) 23, alle uit Duitschland.

De *Literatur* (bl. 327—372) geeft (nos. I—XIX) niet onbelangrijke recensies van verschillende schrijvers over wetgeving, o. a. over het van 10 Mei 1897 dagteekenend *Handelsgesetzbuch*. Aankondiger is KARL LEHMANN.

Nu komt het Deel 3/4 van het 58e Deel, met Inhoudsopgave van 't geheele jaar 1906 en dan bl. 374—666, waaronder ook van student SAWITZ, te Rostock, een *Register* der in 1906 behandelde rechtsbronnen en rechtskwesties begrepen is.

Dr. CARL MOLLWO, privaatsdocent aan de technische Hoogeschool te Dantzig, behandelt in bl. 373—463 de Lubecksche Warrantordnung van 1900, daarbij tevens zeer uiteenlopende jaarlijksche cijfers opgevend (bl. 395) van beleggingssommen, die van M. 467.207.210 in 1876 tot 1.957.411.820 in 1904 stegen, terwijl de rente in 1900 het hoogst werd berekend, n.l. $6\frac{1}{3}$, en in 1895 het laagst, n.l. $4\frac{1}{3}$ ongeveer.

Schr. is voor het warrantstelsel, dat door de dubbele ceel gedeeltelijke verpanding eener waarde mogelijk maakt (W. v. K. 1897). De ceel schijnt endossabel te zijn, en LAGERSCHEIN te heeten. Op bl. 412 wordt enkel de vergunning tot levering door overdracht van ceelen behandeld. Zij schijnt in Duitschland nog meer debieus te zijn dan elders, waar warrant nevens cédule bestaat. Lubeck heeft de Hamburgsche bepalingen nagevolgd bij Verordening d.d. 1 Dec. 1900. Bremen heeft ook een Verordening, die al wat ouder is, maar nog niet de ceel in warrant en cédule splitst, wat Frankrijk, België en Oostenrijk wèl deden. Dat wij 't bij ons *niet* doen vermeldt schr. niet.

Bremen heeft geen ceel aan toonder. Endossement is dus noodig, wil men erdoor leveren. Dan blijft ook, als de ceel niet geheel juist is opgemaakt, de overdrager aansprakelijk. Dat vermindert den handel in ceelen wel wat, maar heeft ook zijne secure zijde. Schr. prijst i. f. de Lubecksche regeling, die 27 §§ telt.

Daarna volgt (bl. 464—520) VII, waar onder den titel „de juridische natuur der commanditaire vennootschap „hier stille), speciaal met 't oog op hare geschiedenis” door E. LÜBBERT, referendaris te Posen, niet onaardig wordt geschreven.

Het Wetb. v. Kooph. van 1897 heeft (anders dan het Algem. Deutsche van 1861) geen uitdrukkelijke bepaling, dat de commanditaire vennootschap eindigt door het faillissement van den comm. vennoot. Schr. acht dit zóó eindigen dan ook niet wenschelijk. Maar de nieuwe wetgeving zal wel in strijd met de vroegere zijn, m. i.

Op bl. 521—544 bespreekt Dr. SILRERSCHMIDT, proc.-gen. te Zweibrücken aan 't *Oberlandesgericht*, den strijd in de 16e eeuw over een Vereeniging, die de Hansesteden met Portugal verbond. Zij werd 1572 opgericht, ook met de Nederlanders CUNERDORFF en JOH. SNELL uit Kampen, maar toen te Lissabon woonachtig. Schr. deelt nogal wat over de processen mede, maar zegt niet of zulk procederen juist duurde totdat Portugal weer Spaansch werd. Eenigszins had dat m. i. behandeld moeten worden.

Nu volgen (bl. 545—588) de *Rechtsquellen*, nl. de Deutsche wet van 5 Febr. 1906 omtrent het beletten van botsing tusschen schepen op zee, die eenigszins de wet van 9 Mei 1897 wijzigde. Daarna die van 20 Febr. 1906, die aan de Rijksbank ook bankbiljetten van M. 50 of M. 20 toeliet. Voorts de Zweedsche wet over den koop (20 Juni 1905) daar en 6 Apr. 1906 in Denemarken tot stand

gekomen, maar in Noorwegen eerst later). KARL LEHMANN vertaalt ze hier.

Op bl. 589—656 volgt nu in n^o. XX—XXXVIII een aantal aankondigingen, meest recensies, van verschillende boeken over recht. Dan neemt dit deel 58 een einde met het Register.

Komt bij verdeling v. erfenis nog een verdeling van een aandeel te pas (bl. 514), dan is daartoe nog een vergunning der gezamenlijke erfgenamen noodig (§ 17, al. 1 en 3). Maar het contract der erfgenamen (statuten) kan vervreemding der aandeelen toelaten, nl. bij vervreemding onder de aandeelh^s. of onder de erfgenamen v. een aandeelh. (§ 46, 4). FÖRTSCH is 't daarmee niet eens (bl. 517), maar Schr. wel (§ 37, 2e al.). Bij statuut kunnen ook voorwaarden w. gesteld, die de vervreemding bemoeilijken (§ 15, 5 der wet) (bl. 521). De aandeelen zijn door § 15, 2 gemaakt vervreemdbaar en erfbaar. Maar de vervreemding moet notarieel of vóór een rechter geschieden. Meer vrijheid dan de wet geeft, mogen de statuten daartoe niet geven (bl. 522). Wel wat minder. Maar bij huwelijksgemeensch. geven §§ 1438, 2e en 1519, 2e al. en 1549 B. W.) vrijheid ook voor een echtgenoot tot inbreng (bl. 525). Bij opheffing eener open vennootschap, of bij verdeling t. de aandeelhouders, die zulks dan worden in een vennootsch. met beperkte aansprakelijkheid, worden de verplichtingen der aandeelhouders verdeeld (STAUB weer anders). De afstand mag enkel vóór den rechter of vóór een notaris geschieden (bl. 529). Wie *anders* aankoopt, krijgt ook geen tegenover den verkooper, die aan een derde verkoopt, of tegenover diens erfgenamen geldig recht. Zelfs niet bij lateren verkoop door den derde aan een vierde of door den vierde aan een vijfde. Een rechtb. kan aan een ander dan den schuldenaar optredenden derde den verkoop

vergunnen, maar het behoeft niet altijd, zooals STAUB schreef, bij een gedwongen vervreemding *openbare verkoop* te zijn (bl. 532).

III. bl. 532—572. De rechtsgevolgen, voor wie een aandeel kreeg tegenover den vervreemder en de vereeniging (*Gesellschaft*). Allicht is vergunning der Vereeniging noodig voor de geldigh. der overdracht. Dan *kan* men wel verpanden, maar zonder vergunning is de verpanding misschien niet geldig (§ 17 al. 2 komt hier weer bij). De Rechtb. moet dan (§ 857 al. 3 en 4) worden aangeroepen, wil men de Vereeniging dwingen, de vergunning te geven. Maar (bl. 538) zoo levering (afstand) vroeger gebeurde dan de aangifte in rechten, dan gaan toch de dividenden, over het jaar der levering uit te betalen, geheel over op wie verkreeg. Daarentegen vervalt ook de subsidiaire verbintenis des vervreemders, die hij vlgs. § 24 der wet verschuldigd was voor achterstand in de huur zijner vennooten.

Veel wordt (bl. 552 en elders) ook aangehaald van een Oostenr. wetsontwerp, (bl. 559). Het hangt in Duitschland van de vennootsch. af, of zij haar aanspraak op een aandeel, dat nog niet is volgestort, wil verkoopen. Maar anders dan in openb. veiling gedaan, geldt haar verkoop niet tegen de latere aansprakelijkh. van den houder v. 't aandeel. Daartoe moet steeds binnen een maand na verklaring w. verkocht. Maar (bl. 561-3) intrekking van een aandeel (§§ 30 en 34 wet) kan alleen dan een koopprijs vorderen als er genoeg is om *alle* dergel. zaken in te trekken of als de aandeelhouder afstand doet van zijn vordering.

Abschrift. III. (bl. 563—572). Meer voor verdeling dan voor verpanding v. een aandeel, spreekt schr. zich uit. Maar men moet bij die verpanding gerechtelijken of notar. vorm volgen.

X. *Het herziene Oostenr. Wetsontw. op de Cheques*, door Dr. A. PAVLICEK, (bl. 573—601).

B. HOLDHEIM, *Monatschr.*, besprak het ook.

Er was ook een ontwerp van Dec. 1895, door schr. toen besproken. Dat van 1905 liet meer uitgifte van cheques vrij, mits de kasbanken in een register, dat de Kamer v. Kooph. houdt, waren ingeschreven. De cheque kan aan order luiden en is altijd op zicht betaalbaar. Aanneming, zooals bij een wissel, wordt hier niet vereischt. Toch (bl. 579) is er nog veel overeenk. met de Duitsch-Oostenr. Wechselordnung van 1849. Bl. 581 e. v. wetten en wetsontwerpen aangehaald. Schr. acht (bl. 601) het ontwerp wel wat beter dan het vorige.

Dan nog *Rechtsquellen*, bl. 602—656.

Ditmaal enkel Prof. Dr. GEORG COHN te Zurich over de Zwitsersche Bondswet over postcheck en Giroverkeer. De wet was van 16 Juni 1905 en kwam 1 Jan. 1906 in werking. Voor het ingelegde geld is 1,8 pCt. rente (N.B. in *Oostenrijk* 2 pCt.). Maar tot op fr. 100.000 slechts (bl. 606). Meerdere inleg geeft geen rente. Schr. geeft nevens den tekst der wet ook dien van een 3 Nov. 1905 door den Bondsraad ter uitvoering der wet opgemaakte verordening van 33 artt., en ook dien van de instructie dd. 8 Nov. 1905 over den dienst bij de cheque- en giro-bureaux der post.

Nu volgt nog (bl. 657/9) *Literatur* van KARL LEHMANN, no. XLVIII, nl. register van 11 in dit tijdschr. vermelde of gecritiseerde boeken of gedeelten van dit of een ander tijdschrift.

En dan nog (bl. 660—670) van SAWITZ, student te Rostock, *Quellenregister*, nl. de aangehaalde wetsbep. (hun ns. nl.) en dan *Sachregister*, nl. alfab. aanhaling van allerlei zaken, o. a. ook vereenigingen, in 1906 behandeld in dit tijdschr., met aanhaling der bln.

Mei 1908.

A. HEEMSKERK.

**De Statistiek van het Gevangeniswezen
over het jaar 1906.**

De statistieke mededeelingen zijn van minderen omvang dan zij tot nu toe waren, daar de opgaven omtrent de Rijksopvoedingsgestichten thans ontbreken. Nu, zooals de inleiding vermeldt, met de invoering der Kinderwetten op 1 December 1905 onder de penitentiaire gestichten een nieuwe groep is opgenomen, namelijk de tuchtscholen, zijn ook omtrent die instellingen gelijksoortige gegevens verzameld als omtrent de Rijksopvoedingsgestichten. Deze gegevens zullen naar den wensch van het Departement van Justitie te zamen in ééne afzonderlijke publicatie vereenigd worden en kan eene beknopte statistiek betreffende het Rijks-tucht- en opvoedingswezen spoedig verwacht worden.

Bevolking. Het aantal personen uit de vrije maatschappij gedurende 1906 in de gevangnissen en Rijkswerkinrichtingen geplaatst is aanzienlijk minder dan gedurende 1905; het bedroeg 31 040, zijnde 6563 *minder*. Het aantal mannen, 35 099 in 1905, daalde met 6124 en bedroeg 28 975, dat der vrouwen, 2504 in 1905, met 439 en bedroeg 2065.

Van hen werden opgenomen: in de bijzondere strafgevangnissen 1 man en geen vrouwen, zijnde 3 mannen en 2 vrouwen *minder* dan in het voorafgaande jaar; in de gewone strafgevangnissen 4619 mannen en 392 vrouwen, zijnde 789 *minder*, n.l. 804 mannen en 85 vrouwen;

in de huizen van bewaring 22 928 mannen en 1622 vrouwen, te zamen 24 550 personen, zijnde 5200 mannen en 347 vrouwen *minder*; in de Rijkswerkinrichtingen 1427 mannen en 51 vrouwen, zijnde 117 mannen en 5 vrouwen *minder*.

Van de nieuw opgenomenen in de huizen van bewaring waren *principaal veroordeeld*: 5362 mannen en 309 vrouwen en *subsidiar* 12 721 mannen en 930 vrouwen; *niet veroordeeld* 4772 mannen en 381 vrouwen; gegijzeld 59 mannen en 2 vrouwen en 14 disciplinair gestrafte verlofgangers der Marine en schepelingen.

In den loop van het jaar werden de gestichten verlaten door 37 642 personen; wegens het einde van den straftijd, de gijzeling, de preventieve hechtenis enz. werden ontslagen 29 895 mannen en 1969 vrouwen, terwijl 1087 mannen en 185 vrouwen als vreemdeling over de grenzen werden gebracht.

Het aantal voorwaardelijk in vrijheid gestelden bedroeg 10, zijnde 3 *minder* dan in 1905.

Op 31 December 1906 waren *aanwezig*, (dus niet medege-rekend 178 mannen en 5 vrouwen, die wegens ziekte of krankzinnigheid tijdelijk buiten het gesticht waren) in de gezamenlijke strafgestichten 6542 personen: 6297 mannen en 245 vrouwen of 871 mannen en 78 vrouwen *minder* dan het vorige jaar op dien dag.

Van de op genoemden datum aanwezigen waren 5792 mannen en 212 vrouwen *veroordeeld*, zijnde 386 mannen en 6 vrouwen *minder*; 503 mannen en 33 vrouwen *niet veroordeeld*, zijnde 82 mannen en 2 vrouwen *meer* dan op 31 December van 1905.

Het aantal kinderen, dat met de moeders werd opgenomen, bedroeg 145 of 15 *meer* dan in 1905. Geboren werden in de gestichten 5 kinderen.

Op 31 December 1906 bevonden zich: in de bijzondere

strafgevangenen 231 mannen en 15 vrouwen (15 mannen en 3 vrouwen *meer* dan in het vorig jaar op dien datum); in de gewone strafgevangenen 1810 mannen en 90 vrouwen (311 mannen en 5 vrouwen *minder*); in de huizen van bewaring 802 mannen en 48 vrouwen (4 mannen *meer* en 11 vrouwen *minder*), waarvan respectievelijk 297 en 15 (17 mannen en 7 vrouwen *minder*) veroordeeld en 503 (22 *meer*) en 33 (4 *minder*) niet veroordeeld waren; in de Rijkswerkinrichtingen 3454 mannen (73 *minder*) en 92 vrouwen (3 *minder*).

Het totaal der verblijfdagen bedroeg 2 346 771, zijnde 366 904 *minder* dan in 1905.

97 gevangenen, die voor gemeenschappelijke opsluiting waren aangewezen, werden op hun verzoek „in afzondering” geplaatst, terwijl 249 gevangenen als ongeschikt voor afzonderlijke opsluiting, in gemeenschap met anderen werden geplaatst.

Gezondheidstoestand. (Staten IX en X). In de inleiding van vroegere jaargangen was eene ruime plaats gegeven aan beschouwingen en berekeningen van verhoudingscijfers betreffende den gezondheidstoestand. Thans ontbreekt een en ander. De bewerker der statistiek deelt mede, dat het ziektenpercentage van de verschillende gestichten dermate bleef uiteenloopen, dat er niet aan kan worden getwijfeld, of de geneesheeren vatten een voorschrift omtrent de invulling der telkaarten in verschillenden zin op. Een nader onderzoek is dienaangaande ingesteld.

Het aantal personen, die eens of meermalen onder geneeskundige behandeling zijn geweest, bedroeg 5007.

Naar een ziekenhuis werden overgebracht 64 mannen en 3 vrouwen en naar een krankzinnigengesticht 78 mannen en 8 vrouwen.

Het aantal overledenen bedroeg 110 mannen en 8 vrouwen.

Van de mannen overleden er 4 door zelfmoord. Er kwamen 306 gevallen voor van zielsziekte, waaraan 5 mannen en 1 vrouw overleden, tegen geen enkele in het voorafgaande jaar.

Aan tuberculose lijdende waren er 170, waarvan 27 overleden, tegen respectievelijk 145 en 20 in 1905. Aan ziekten der spijsverteringsorganen waren er 1186 lijders, waarvan 10 overleden, tegen 2429 en 13 in het voorafgaande jaar.

Aan ziekten van de ademhalingswerktuigen waren er 1085 lijders, waarvan 35 overleden, tegen 1656 en 56 in 1905.

Onderwijs. (Staat III). 3782 personen van de in de gestichten aanwezig geweest zijnde 44 095 ontvingen onderwijs. Als zijnde genoegzaam onderwezen werden 2.8 pCt. — vorig jaar 2.3 — niet tot het onderwijs toegelaten, wegens gevorderden leeftijd 19.6 pCt. en wegens te kort verblijf 61.4 pCt. Het percentage van hen, die bij hunne opneming in het gesticht konden lezen en schrijven in verhouding tot de aanwezig geweest zijnde was 87.3 tegen 86.5 in 1905.

Het percentage van hen, die in het geheel niet konden lezen, schrijven en rekenen wijst eene daling aan.

Van hen die het onderwijs genoten, konden bij hunne toelating niet lezen 271 of 7.2 pCt., tegen 8 pCt. in 1905; niet schrijven 348 of 9.2 pCt., tegen 9.6 pCt. in 1905; niet rekenen 1055 of 27.9 pCt. tegen 27 pCt. in 1905.

Van hen kon bij het einde des jaars of bij hun ontslag *niet* lezen 1.9 pCt., gebrekkig lezen 22 pCt. en goed lezen 76.1 pCt.; voor het schrijven was het percentage respectievelijk 2.3, 34.2, 63.5 en voor het rekenen 8.4, 47.2 en 44.3.

In de inleiding wordt er wederom aan herinnerd, dat

de gegevens omtrent het onderwijs geen volledig inzicht in de resultaten kunnen verschaffen, daar zij niet in verband gebracht kunnen worden met den tijd gedurende welken iedere onderwezene onderricht ontving. In het bijzonder in de gestichten, waar eenzame opsluiting regel is en derhalve hoofdelijk onderwijs gegeven moet worden, kan elke gevangene, ook bij langer verblijf, toch slechts betrekkelijk weinig onderwijs ontvangen.

Meer uitgebreid onderwijs werd in de strafgevangenissen gegeven aan 38 personen en vakonderwijs aan 20, terwijl 18 vrouwen in de Rijkswerkinrichting met goed gevolg onderwezen werden in nuttige handwerken.

Van de 34 266 boeken, die de bibliotheken der inrichtingen tellen, werd door 78.6 pCt. der totale bevolking gebruik gemaakt.

Gedrag. (Staat IV). Er werden 2771 vergrijpen gepleegd en 1955 personen disciplinair gestraft. Van hen, die in cellen waren opgesloten, werden er 1157 of 8 pCt. gestraft tegen 8.9 pCt. in het vorig jaar. Van hen behoorden 875 mannen en 14 vrouwen tot de *veroordeelden* en 259 mannen en 7 vrouwen tot de *onveroordeelden*.

Van de in gemeenschap opgeslotenen (29 629) werden er 798 of 2.7 pCt. gestraft tegen 2.4 pCt. in 1905. Van hen waren 752 mannen en 10 vrouwen *veroordeeld* en 36 mannen *onveroordeeld*.

Poging tot verboden verstandhouding kwam 880 malen voor; vernieling of beschadiging 306 malen, waarvan 7 malen in de Rijkswerkinrichtingen; verstoring der orde 227 malen in de gevangenissen en 31 malen in de Rijkswerkinrichtingen; luiheid 112 en 10 malen; insubordinatie 142 en 43 malen; geweldpleging 25 en 22 malen.

Uit Veenhuizen ontvluchtten 305 verpleegden, waarvan 13 niet konden worden teruggebracht.

De straf van water en brood werd het meest toegepast namelijk 1459 keer. Overplaatsing van Veenhuizen naar Hoorn geschiedde 25 malen, tegen 19 malen in 1905. Lijfstraf vond geen toepassing.

Arbeid. (Staten V, VI, VII). Het aantal verplichte werkdagen was 1 9701 70, of 131 075 *minder* dan in het voorafgaande jaar. Feitelijke arbeidsdagen waren er echter 1 818 624, of *minder* 107 170.

Het aantal dagen, waarop wegens ziekte of lichaamsgebreken niet kon gewerkt worden, bedroeg 3.7 pCt. van de verplichte werkdagen en dat, waarop wegens gebrek aan werk niet gearbeid kon worden, 0.5 pCt., tegen 0.7 pCt. in 1905.

Van den arbeid werd een percentage van 77.3 verricht ten behoeve van het Rijk, en 22.7 ten behoeve van particulieren; voor 1905 was dit percentage respectievelijk 77.1 en 22.9.

Arbeidsloonen. (Staat VII). In de gezamenlijke gevangenissen en Rijkswerkinrichtingen werd aan arbeidsloonen een bedrag verdiend van 224 000,48 gulden, hetgeen een gemiddeld loon uitmaakt per arbeidsdag van 12 cent of een halve cent *minder* dan in 1905.

Van het verdiende loon werd 80 796,04⁵ gulden bewaard als uitgaanskas en 143 204,43⁵ gulden voor zakgeld bestemd.

Het gemiddelde loon per arbeidsdag was in de bijzondere strafgevangenissen 16 cent, in de gewone strafgevangenissen 11, in de huizen van bewaring 8 cent, in de Rijkswerkinrichtingen 13 cent, d. i. een halve cent *minder* dan in 1905 in de gewone strafgevangenissen en de Rijkswerkinrichtingen en een halve cent *meer* in de overige gestichten.

Gijzeling. (Staat XI). Gedurende den loop van het jaar

werden opgenomen in gijzeling wegens schulden 58 mannen en 2 vrouwen en werden 62 personen (waaronder 2 vrouwen) ontslagen. Op 1 Januari bevonden zich reeds 4 personen in gijzeling.

Nog op den dag zelven der opneming werden 10 gegijzelden ontslagen. De langdurigste gijzeling van 3 tot 6 maanden werd door 3 personen ondergaan. De meeste gevallen (22) waarin gijzeling werd toegepast, golden schulden van 100 tot 200 gulden. Faillissement was in 25 gevallen de reden van ontslag, terwijl met toestemming van den schuldeischer 19, waarvan 4 zonder eenige betaling gedaan te hebben, werden ontslagen.

De uitgaven voor de gevangenissen en Rijkswerkinrichtingen bedroegen in 1905 2 249 732,09 gulden en de baten 916 588,11^s gulden, zoodat de netto kosten 1 333 143,97^s gulden bedroegen.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1950

1951

1952

1953

1954

1955

THEMIS



LXIXste deel — VIERDE STUK

Het Troonopvolgingsrecht van den vreemden Vorst.

Zekerheid der troonopvolging, onmisbare waarborg voor den innerlijken vrede en de rust der monarchieën, wordt in den modernen staat nagestreefd door grondwettelijke omschrijving der diesbetreffende regelen. Deze regelen missen voor een groot deel hun doel, wanneer zij eene verschillende uitlegging verdragen. Ondubbelzinnige redactie is hier eisch, strenge eisch, waar het geldt die voorschriften, die het hoogste orgaan in den Staat hebben aan te wijzen. Zoolang hier over uitlegging wordt gestreden, wijkt de zekerheid, de rust voor de toekomst, eisch van, maar eigen tevens van den monarchalen regeeringsvorm.

Gelijk in ieder hoofdstuk, was onze Grondwet ook in de regeling der troonopvolging rijk aan dubbelzinnige bepalingen. Gelukkig nam de jongste herziening vele twijfelingen weg, doch liet ze — men zou bijna zeggen bewustelijk — ééne bepaling onveranderd, die niet alleen verschil in uitleg toelaat, doch daarnaast, welken uitleg men kiezen moge, bijna zeker tot staatkundige en inter-

nationale verwarring leidt. Bedoeld is artikel 23 der Grondwet. Hoopt men nog steeds, dat art. 11 of 12 der Grondwet onzen troonopvolger zal mogen aanwijzen, dit mag het oog niet doen sluiten voor het feit, dat op het oogenblik art. 14 toepasselijk is: de drager eener vreemde Kroon is thans de aangewezen troonopvolger. Wat is zijn recht? Is hij tot opvolging gerechtigd onder verplichting, van de vreemde kroon afstand te doen of is hij, als drager dier vreemde kroon ten eenenmale uitgesloten van de erfopvolging hier te lande?

Tot voor betrekkelijk korten tijd werd de vraag algemeen in eerstgemelden zin beantwoord, de tegenovergestelde meening zelfs niet geuit. Ongemerkt schijnt de *communis opinio* veranderd, zóó, dat thans de eerste meening ternauwernood meer wordt vernomen. In de kolommen van het *Algemeen Handelsblad* vind ik het eerst de absolute incompatibiliteit uitgesproken. Wij lezen in het ochtendnummer van 9 Maart 1887 hieromtrent: „Art. 26 zegt: „De Koning kan geen vreemde kroon dragen. Welk „gevolg heeft dat nu? Zoodra bij ons een Koning komt „te overlijden en de naastgerechtigde is in het bezit „van de kroon van een ander land, dan kan hij enkel „door dat feit hier geen Koning *worden*, ook al zou hij „willen bedanken voor de vreemde kroon. De reden „daarvoor is duidelijk, omdat het Koninklijk gezag in „dien tusschentijd reeds op een ander is overgegaan. „Zoodra toch de Koning overlijdt, *is* een ander reeds door „dat feit alleen Koning. Welnu, ieder, die een vreemde „kroon draagt, is door art. 26 uitgesloten. De quaestie „is uit den aard der zaak een minuut na het overlijden „des Konings reeds beslist. De Koning is dood; een „tweede is uitgesloten, door deze beide feiten *is* reeds „een derde rechtens Koning”. Door dit syllogisme tracht de Kameroverzichtschrjver de „zeer verwarde” discussie

over het amendement-van HOUTEN op art. 45 3o te ontwarren.

De praemisse toegegeven, mag het betoog inderdaad klemmend heeten. Noch hier, noch elders, evenwel vond ik een overtuigend bewijs. Niettemin blijft het waar, dat de door het *Handelsblad* verkondigde meening zich tot in den allerjongsten tijd wist te handhaven.

Met instemming geciteerd door Mr. SYBENGA. (De Grondwet van 1887. Toelichting en kritiek) (1), wordt dezelfde meening in andere woorden teruggevonden in het onlangs verschenen Verslag der Staatscommissie tot herziening der Grondwet, ingesteld bij K. B. van 23 October 1905. § 12 van bedoeld verslag luidt: „Daar onze Grondwet „tusschen het overlijden van den Koning en de aan- „vaarding van de Regeering door zijn opvolger geen tus- „schenruimte kent, zou een tot den Nederlandschen troon „geroepen vorst reeds dadelijk door het vorige artikel „zijn uitgesloten, zonder dat hij in de gelegenheid was „gesteld om des verkiezende van de vreemde kroon „afstand te doen.” En in eene bespreking, door Mr. W. H. DE BEAUFORT in *de Gids* van 1907 (2) gewijd aan het werkje *Der Thronverzicht* van Dr. HANS VON FRISCH, luidt het in nog stilliger bewoordingen: „Door met Jhr. Mr. „DE SAVORNIN LOHMAN aan te nemen, dat niet-aanvaar- „ding eene handeling is, die volgens onze Grondwet niet „kan voorkomen, verdwijnt ook elke twijfel ten opzichte „van den regeerenden vorst, op wiens hoofd, krachtens „de wet der erfopvolging, de kroon der Nederlanden „zoude kunnen komen. Men behoeft niet te vragen, „binnen welk tijdsverloop zoodanige vorst zich moet uit- „spreken omtrent zijn al of niet aanvaarding, want er „kan bij hem van aanvaarding evenmin sprake zijn, als

(1) blz. 74.

(2) blz. 529 vlg.

„van niet-aanvaarding. De Koning kan, volgens de „Grondwet geen vreemde kroon dragen; roept de wet „op de erfopvolging den drager van een vreemde kroon „tot den Nederlandschen troon, derhalve *iemand, die de „vereischen om Koning te kunnen zijn, mist, dan gaat „de kroon dadelijk op den vervolgens aangewezen troon- „opvolger over. Een bedenktijd, waarin tusschen de beide „kronen kan worden gekozen, is, naar mijne opvatting, „met de bestaande, grondwettelijke opvattingen niet te „rijmen.” Men lette op het gecursiveerde; Mr. DE BEAUFORT ziet in art. 23 eene onverbiddeijke sanctie: wie eene vreemde kroon draagt, kan niet opvolgen.*

De treffende eenstemmigheid van zoovele deugdlijke kenners van ons Staatsrecht zou bijna de aarzelende vraag naar bewijzen onderdrukken ware het niet, dat het mij voorkomt, dat de gegeven solutie in lijnrechten strijd is met de logische en geschiedkundige interpretatie, aan art. 23 te geven. Dat inderdaad redactie en geschiedenis van het artikel veeleer steun bieden aan hen, die ontkennen, dat de vreemde kroondrager van de troonopvolging is uitgesloten, hoop ik in 't kort aan te toonen.

Wat vooreerst de redactie betreft, schijnen mij de woorden van art. 23 duidelijk. „De Koning kan geen vreemde kroon dragen”, is geheel iets anders, dan: „de drager eener vreemde kroon kan geen Koning zijn”. In omschrijving zoude men, naar mijne meening, den zin der bepaling niet beter kunnen weergeven dan:

„Wie hier te lande Koning is, hem is het verboden eene vreemde kroon te dragen”. Dit brengt echter mede, dat degene, die eene vreemde kroon draagt, zeer wel gesaisisseerd kan worden van de Nederlandsche en dus hier Koning is, doch, Koning der Nederlanden zijnde, mag hij de vreemde kroon niet blijven dragen. Het

niet-dragen eener vreemde kroon is, naar de hier gevolgde lezing, dus geene voorwaarde voor de erfopvolging, gelijk b.v. de afstamming uit een door de Staten-Generaal goedgekeurd huwelijk. Ware dit bedoeld, men hadde niet mogen spreken van „Koning”, maar eene uitdrukking moeten kiezen, waardoor de absolute incompatibiliteit duidelijk en klaar ware aangewezen. Dat intusschen de uitsluiting niet zoo volstrekt zijn kan, als de boven aangevoerde schrijvers meenen, blijkt nog duidelijker, wanneer men denkt aan het geval, dat den Nederlandschen Souverein eene vreemde kroon devolveert. Houdt hij dan ipso facto op, hier Koning te zijn? Mr. DE SAVORNIN LOHMAN (1), die overigens van oordeel is, dat „het niet-dragen eener vreemde kroon geen voorwaarde van erfopvolging (is)” meent, dat men zich hier behelpen kan met de fictie van stilzwijgenden afstand rebus ipsis et factis. Ik geloof echter, dat, waar de vormen van den troonafstand niet zijn voorgeschreven, men zeer voorzichtig behoort te zijn, uit eene met de Grondwet strijdige daad des Vorsten, tot afstand te besluiten.

„Beim stillschweigenden Verzicht” zegt VON FRISCH, „wird es noch viel wichtiger, als beim ausdrücklich „erklärten sein, das Hauptgewicht bei jedem einzelnen „Fall darauf zu legen, dass über die Verzichtsabsicht „kein Zweifel bestehe; nur dann wird ein Verzicht anzunehmen sein” (2). En speciaal voor het hier behandelde onderwerp meent deze schrijver, dat men slechts onder zeer bijzondere omstandigheden (b.v. wanneer de monarch geheel opgaat in het vreemde en zijn eigen land volkomen verwaarloost) „mit gewisser Sicherheit” den wil tot afstand als bestaand mag erkennen (3). Wat hiervan ook zij,

(1). Onze Constitutie bl. 72.

(2) Dr. HANS V. FRISCH. Der Tronverzicht. Tübingen 1906. S. 85.

(3) T. a. p. S. 94.

zooals ons art. 23 luidt, vermag ik daarin geene sanctie te ontdekken, evenmin als in de bepaling van art. 65, lid 2: „Vreemde adeldom kan door geen Nederlander worden aangenomen”. Evenmin als de Nederlander, die vreemden adeldom aanneemt, ophoudt Nederlander te zijn, evenmin zal de drager eener vreemde kroon, krachtens de saisine Koning der Nederlanden geworden, ophouden Koning der Nederlanden te zijn. Redactie en logische zin van art. 23 schijnen mij dus reeds de opvatting dergenen te wraken, die meenen, dat, krachtens deze bepaling, de saisine op een vreemden regeerder geen vat heeft. Het zoude evenwel zijne bedenkelijke zijde hebben alleen op dezen grond het goed recht onzer opvatting te verdedigen. Daarnaast biedt echter de geschiedkundige ontwikkeling onzer hoogste Staatswet een krachtigen steun aan de door mij gegeven interpretatie.

De Grondwet van 1814, de eerste na de „wedergeboorte” van den Staat der Nederlanden bevat geene bepaling waardoor den Souvereinen Vorst het dragen eener vreemde kroon verboden wordt. Toch bestond er zoo ooit, dan juist toen alle grond voor zoodanig voorschrift. Algemeen was men voorbereid op eene echtverbintenis van den oudsten zoon des Vorsten, den lateren Koning Willem II en de vermoedelijke troonopvolgster in Engeland, Prinses CHARLOTTE. De Prins-Regent was den jongen ORANJE, die onder WELLINGTON met roem overladen was geworden, zeer wel gezind en de Prinses zelf gaf hem ondubbelzinnige blijken van toegenegenheid. Men weet hoe deze huwelijksplannen later afsprongen, onder voorwendsel der Prinses, dat zij niet verkoos in Holland te wonen, inderdaad door de bemoeiingen der moeder, CAROLINA VAN BRUNSWIJK en haar aanhang (1).

(1) Hierover: F. DE BAS, Prins FREDERIK DER NEDERLANDEN en zijn tijd dl. III².

Ten tijde der voorbereiding onzer Grondwet echter was men geheel van het denkbeeld dezer verbintenis vervuld, zóó zelfs, dat WILLEM I, bij zijne plechtige inhuldiging op 30 Maart 1814 in de Nieuwe Kerk te Amsterdam met trots deze verklaring mocht afleggen: „De gewichtigste onzer buitenlandsche betrekkingen, die met het edelmoedige Groot-Britannië, zullen eerlang door de huwelijksverbintenis van mijnen oudsten zoon eenen nog hooger trap van vertrouwelijkheden en wederkeerige dienstvaardigheid bereiken (1)”. Dit op handen zijnde huwelijk had ook NAPOLEON al vrees ingeboezemd. Den 1sten Maart 1814 had Lord CASTLEREAGH de vereeniging van Holland en België op het Congres van CHAUMONT aan de gealliëerden voorgesteld. NAPOLEON wist, hoe Engeland eene vereeniging met de Nederlanden hoopte. Daarom liet hij zijnen gevolmachtigde DE CAULAINCOURT op het Congres te Châtillon den 15 Maart 1814 bedingen, dat de Souvereiniteit van Holland nooit zou komen op een Prins, die droeg of geroepen was om te dragen eene vreemde kroon (2). Zoo trachtte NAPOLEON den al te grooten invloed van Engeland te breken. Vreesde men dan bij ons te lande Engelsche overheersching niet? De Nederlandsche volkstrots, pas uit de Fransche vernedering ontwaakt, verheugde zich met den Souverein in het roemrijke Engelsche huwelijk. Toch schijnen niet

(1) J. BOSSCHA. Het leven van WILLEM DEN TWEEDEN blz. 223.

(2) Reeds den 4den Januari 1814, eenige weken vóór de opening van het Congres te Châtillon, schreef NAPOLEON aan DE CAULAINCOURT «Quant à la Hollande le premier intérêt serait qu'elle restât à la France; le second, qu'elle soit république sans stathouder avec son ancienne organisation; le troisième qu'elle ait plutôt un stathouder qu'un roi et de toutes manières un gouvernement, qui n'ait aucune liaison avec l'Angleterre. (Correspondance de NAPOLEON Ier Tome XVII no. 21063.)

allen deze voldaanheid gedeeld te hebben. Zij echter, die Britsche invloeden duchtten, vonden daarin niettemin geen aanleiding het dragen eener vreemde kroon aan den Koning te verbieden, gelijk BONAPARTE het had voorgesteld.

Hunne bezorgdheid vond genoegzame rust door art. 8 der nieuwe Grondwet, hetwelk luidde: (1) „Wanneer bijzondere omstandigheden eenige verandering in de erfopvolging mochten noodzakelijk maken, is de Souvereine Vorst bevoegd daaromtrent eene wet aan de Staten-Generaal voor te dragen”. Geene uitdrukkelijke uitsluiting dus van den vreemden kroon-drager; alles blijft overgelaten aan het persoonlijk inzicht van den Souvereinen Vorst en de Staten-Generaal. In zijn *Journal des Séances* deelt RAEPSAET ons de wordings-geschiedenis van dit art. 8 mede. Er waren n.l. in de commissie tot samenstelling der Grondwet van '15, welke, zooals men weet, de Grondwet van '14 als basis der beraadslagingen benutte, sommige leden, die bedenkingen opperden betreffende de afdoendheid van art. 8. En als antwoord op deze bezwaren vernemen we dan: „que dans le temps „de la rédaction de cet article on avait eu en vue le „mariage apparent du prince héréditaire avec la princesse „CHARLOTTE, héritière présomptive de la couronne d'Angle- „terre; que tout considéré il vaut mieux ne pas pousser „la prévoyance trop loin par la détermination des cas „exprès (cequi pourrait avoir encore plus d'inconvéniens) „attendu qu'alors, les états généraux seront là pour „y pourvoir” (2). Hoe niettegenstaande deze verklaring toch het verbod der vreemde kroon in de Grondwet van '15

(1) Vgl. THORBECKE, Aanteekeningen Dl. I bl. 67 n. 1; C. J. VAN ASSEN, De taal der Grondwet, I, blz. 33.

(2) J. J. RAEPSAET, Oeuvres Complètes Tome VI, p. 157.

kwam,¹ zullen wij straks zien. Hier is het voldoende op te merken, dat men ook in de Commissie van '14 blijkbaar gedacht heeft, dat het beter was „ne pas pousser la prévoyance trop loin”. Dat het ook in 1814 niet ontbrak aan voorstanders eener meer speciale regeling, blijkt o. a. uit hetgeen een der notabelen, die tot de stemming over het Grondwetsontwerp geroepen waren, Prof. VAN SWINDEN in eene Memorie (1) dienaangaande opmerkte. Z.H.G. keurt het ernstig af, „dat een zeer „gewichtig geval over het hoofd gezien (is), te weten het „geval, wanneer met den tijd de Souvereine Vorst of „een zijner descendentes ook tot de Souvereiniteit van „een ander land geroepen wierd, en dientengevolge Zijn „Zetel in dat ander Land kwam over te brengen. Hieruit „immers zouden de nakomelingen van den Vorst „reeds bij de eerste of tweede generatie voor ons „Vaderland vreemd zijn. Hieruit zouden de grootste „onheilen voor ons Land geboren worden. Hierdoor „zoude hetzelfde alras de sloep van een machtiger Land „kunnen en noodwendig in alle de oorlogen, die hetzelfde „te voeren zoude hebben, tot deszelfs groote schade „ingewikkeld moeten worden. Men behoeft niet tot onze „oude historie onder de Graven op te klimmen. De „ongelegenheden, waarin ons Land zich ten tijde van „WILLEM III bevonden heeft, de oorlogen, waarin het „ingewikkeld werd, niet alleen, toen de Vorst den troon „beklom, maar ook naderhand, ingevolge van zijn „politiek systema als Koning, strekken ten bewijze. Voor- „zeningen omtrent een zoo gewichtig geval, hadden in „de Grondwet zeer duidelijk gesteld moeten worden: gelijk „mede de regelingen, welke alsdan omtrent de Erfopvolging

(1) Zie deze Memorie aangeh. bij THORBECKE. Aant. I, blz. 69, n^o. 4.

„in de Souvereiniteit van dit Land plaats zouden moeten „hebben” (1).

VAN SWINDEN doet voorts nog een beroep op de Resolutie der Staten van Holland van 16 November 1747, waarbij aan Prins WILLEM IV het erfelijk Stadhouderschap wordt opgedragen. Inderdaad vindt men in deze Resolutie als uitdrukkelijke voorwaarde van erfopvolging het niet bekleeden eener vreemde Souvereine waardigheid. „Dat de voorsz. Charges, Digniteiten en Waardigheden „niet zullen mogen devolveeren, noch bekleed worden „op noch bij iemand van de voorsz. zoo mannelijke als „vrouwelijke Descendenten van hooggemelde Zijne Hoog- „heid, die met de Koninglijke of Churfürstelijke Waardig- „heid bekleed zouden mogen weezen” (2). Het ontbreken eener zoodanige bepaling was voor Prof. VAN SWINDEN voldoende grond om tegen het ontwerp zijne stem uit te brengen, toen de Notabelen op 29 Maart in de Nieuwe Kerk te Amsterdam bijeen waren. De waarschuwing van den Hoogleeraar had geen gevolg. De Grondwet van 1814 trad in kracht zonder de door hem gewenschte bepaling. De Resolutie van 1747 heeft geen navolging gevonden en ook al meent VAN MAANEN (3) in de vergadering der Notabelen nog eens aan dat Staatsstuk te moeten herinneren, men zal goed doen daarin niet meer te zien, dan eene handige phrase, bestemd om de Souvereiniteit voor de gewezen regenten, die van een terugkeer tot de toestanden „als van ouds” gedroomd hadden, aannemelijk te maken.

(1) Diegenen der notabelen, welke hunne stem tegen de Grondwet uitbrachten, motiveerden dezelve bij geschriften, aan den Voorzitter overhandigd, teneinde door denzelfden aan den Souvereinen Vorst te worden overgegeven. METELERKAMP. De Regeeringsvorm der Vereenigde Nederlanden I, blz. 197.

(2) Gr. Placcaetboek DI, VII, blz. 158.

(3) Zie de Rede van v. MAANEN bij METELERKAMP, t. a. p. blz. 106 en vgg.

Immers ook „de artt. 2—7 der Grondwet van '14 komen „zakelijk niet geheel overeen met de Resolutie van 1747. „Deze stelde de mannelijke erfopvolging in het Erfstadhouderschap als regel, waarop alleen eene uitzondering „werd gemaakt ten gunste van Prinses CAROLINA of andere „dochters van Prins WILLEM IV en hare mannelijke nakomelingschap; de Grondwet van 1814 gaat verder en „maakt de kroon tot een majoraat, dat onbepaald in de „nederdalende mannelijke en bij gebreke van deze, in „de vrouwelijke linie wordt geërfd” (1). Uit dit alles mag, dunkt mij, de conclusie getrokken worden, dat art. 23 onzer tegenwoordige Grondwet niet te beschouwen is in verband met de historie, voorafgaande aan Neerlands' wedergeboorte.

Of beteekent de Grondwet van '15, die, na de vereeniging van Noord en Zuid, die van '14 moest vervangen, een terugkeer tot die oudere historie? Art. 29 dezer nieuwe Grondwet, gelijkkluidend met ons tegenwoordig art. 23, wettigt misschien het vermoeden, dat de Memorie van v. SWINDEN, die haar invloed niet meer kon doen gevoelen in de Grondwet van '14, de samenstellers der constitutie van '15 tot andere gedachten heeft gebracht. Het moge oppervlakkig zoo schijnen, ons dunkt een dergelijke beslissing ware gewichtig genoeg geweest om in het volle licht te worden gesteld.

Intusschen wordt noch in de „Aanteekeningen” van v. MAANEN, noch in het *Journal* van RAEPSAET, waar de discussiën over de troonopvolging zijn opgeteekend, ook maar met een enkel woord gewaagd van de opvolging eens vreemden kroondragers. De hiertoe betrekkelijke bepaling komt eerst in de commissievergadering

(1) Vgl. HEEMSKERK *Praktijk onzer Grondwet* I blz. 27.

van 3 Juli 1815 ter sprake en dan nog zeer terloops VAN MAANEN (1) geeft dit korte relaas: „De President (2) „communiqueert, dat de Koning op het artikel omtrent „de troonopvolging deze observatie heeft gehad, dat in „het Traktaat van Weenen (3) bepaald is, dat de Kroon „van Holland nimmer met eenige andere kan vereenigd „worden — en dat Z. M. in bedenking geeft, of ook dit „artikel niet in de Grondwet behoorde te komen.” En de voorzitter voegt er aan toe: „noodzakelijk is het niet, „want het is nu iuris publici, maar het is misschien „voor ons zeer voordeelig, ook die bepaling in de Grond- „wet te stellen, ten einde voor te komen, dat wij niet als „eene provincie van een vreemd Rijk zouden kunnen beschouwd worden” (4). Men ziet, de Commissie van '15 schijnt niet veel waarde aan het artikel te hechten. Zelf heeft zij er niet aan gedacht; eerst op uitdrukkelijk verzoek des Konings wordt het opgenomen, zonder dat de overtuiging der noodzakelijkheid in den boezem der Commissie levendig wordt. De Commissie meende dus niet, in het artikel een nieuw *Staatsrechtelijk* beginsel neer te leggen, doch wilde er alleen eene herinnering in zien aan eene *volkenrechtelijke* verplichting. In het Rapport, op 13 Juli d.a.v. aan den Koning uitgebracht, dus nadat zij de bepaling op uitdrukkelijken wensch van Z. M. heeft ingelascht, laat de Commissie iedere verwijzing naar het artikel achterwege.

(1) RAEPSAET woonde sinds 20 Juni de vergaderingen der Commissie niet meer bij, daar hij, op het bericht van de krijgsverrichtingen in de Zuidelijke Nederlanden, van den Koning verlof gekregen had, naar zijne woonplaats terug te keeren.

(2) G. K. VAN HOGENDORP.

(3) Bedoeld wordt waarschijnlijk het Tractaat van Parijs.

(4) C. F. VAN MAANEN, Aanteekeningen van het verhandelde over de Grondwet van 1815, blz. 251.

„De overdracht der Kroon” aldus luidt de zinsnede van het rapport, die op de troonopvolging betrekking heeft, „in Uwer Majesteits aanzienlijk geslacht, zooals zij „bij de eerste Grondwet geregeld was, is bij de traktaten, „welke Europa bevredigd hebben, bevestigd. Wij hebben „aan de gelegde gronden alleenlijk die nadere ontwikkeling „gegeven, welke vereischt schenen, om in alle gevallen „twijfelingen en uitleggingen voor te komen, welke aan „de volken dikwijls zooveel onheil berokkend hebben” (1), en hierbij wordt verwezen naar de artt. 14—21, geen woord over art. 29.

Wij meenen, dat deze vluchtige historische beschouwing buiten twijfel kan stellen, dat art. 29 der Grondwet van '15 niet geacht mag worden, de natuurlijke erfopvolging, in de artt. 12—21 geregeld, zóó te doorbreken, dat de drager eener vreemde kroon, evenals de Prinses, die buiten toestemming der Staten-Generaal een huwelijk aanging, eo ipso van den troon zou zijn uitgesloten. Dat dit tenminste niet lag in de bedoeling dergenen, die de Grondwet samenstelden, staat vast. Gelijk we boven zagen, geschiedde de opneming der bepaling alleen met het oog op de volkenrechtelijke schikkingen, die, kort na het herstel onzer onafhankelijkheid, de Europeesche verhoudingen geregeld hebben. Rest de vraag, of het oogmerk der geallieerde mogendheden er op gericht was, om door deze bepaling in de regeling van ons troonopvolgingsrecht in te grijpen.

Het Tractaat van Parijs (2), den 30 Mei 1814 tusschen de mogendheden en Frankrijk tot stand gekomen, bepaalde ten aanzien van ons land in art. 6: „La Hollande, placée

(1) v. MAANEN t. a. p. Inl. blz. XXXIX.

(2) LAGEMANS. Recueil des Traités I p. 7 n^o. 12.

„sous la souveraineté de la Maison d'Orange, recevra „un accroissement de territoire. Le titre et l'exercice de „la souveraineté, n'y pourront dans aucun cas appartenir „à aucun Prince, portant *ou appelé* à porter une couronne „étrangère". Wij zagen reeds, hoe NAPOLEON, op het Congres te Châtillon, te midden der wisselende krijgskansen, nu eens veeleischend, dan weer wijkend voor den wil der vijanden, eene dergelijke schikking had voorgesteld. De veronderstelling schijnt niet al te gewaagd, dat dit hier ten voorbeeld strekte. Hebben de mogendheden nu gewild, dat dit verbod in onze Grondwet zoude overgaan als completeering der troonopvolgingsregelen? Het is niet vol te houden, wanneer men let eenerzijds op volgende volkenrechtelijke afspraken, anderzijds op de handelingen der Grondwetscommissie ten onzent.

Vooreerst vergete men nooit, dat ons land zijne hergeboorte niet dankt aan de gunst der mogendheden, maar aan de kloeke mannen, die het waagden de banier onzer onafhankelijkheid het eerst weer op te heffen. Wat de mogendheden tot stand brachten, was de vereeniging van België met ons land; alleen die vereeniging wordt betroffen door de tractaten. En nu is het zeker hoogst merkwaardig, dat de 8 artikelen van het Protocol van Londen, tot stand gekomen, als nadere uitwerking van art. 6 van den Parijschen vrede, op 21 Juni 1814, het verbod eener vreemde kroon niet meer bevatten. Art. 1 (1) van bedoeld protocol luidt eenvoudig: „Cette réunion „(van België met ons land) devra être entière et complète, „de façon que les deux pays ne forment, qu'un seul „et même Etat, régi par la constitution déjà établie en „Hollande et qui sera modifiée d'un commun accord, „d'après les nouvelles circonstances". Hier ware toch zeker

(1) LAGEMANS, Recueil des Traités I n^o. 8.

reden geweest te wijzen op art. 6 van het Tractaat van Parijs. Ook in het nog later gevolgde Tractaat van Weenen is geen sprake meer van het beginsel, zoo streng geformuleerd te Parijs.

Houdt men dit alles in het oog, dan wordt ook de luchtigheid, waarmede onze Commissie van '15 de materie behandelde, veel begrijpelijker. Mag men toch aannemen, dat de mogendheden het verbod in onze Grondwet wilden zien opgenomen, als Staatsrechtelijke incompatibiliteit, dan zal men den Koning en der Commissie van '15 het verwijt van grove onvoorzichtigheid niet kunnen sparen. Gemis der bepaling ware dan allernoodlottigst voor ons land geworden, en toch *eischt* de Koning niets, maar geeft ter loops „in bedenking, of ook dit artikel niet in de Grondwet behoorde te komen”. En de commissie, bij monde van haren voorzitter, meent „noodzakelijk is het niet, want „het is nu *iuris publici*”. Maar zag HOGENDORP, wanneer hij meende, dat eene volkenrechtelijke beslissing de orde onzer troonopvolging wijzigde, dan niet, welk groot gevaar er dreigde door de onjuiste wedergave van de vordering der mogendheden in onze Grondwet? Men herinnere zich het boven gecursiveerde „*appelé à porter*”.

Het is in de Grondwet van '15 niet herhaald. Alleen degene, die daadwerkelijk eene vreemde kroon draagt, wordt door het nationale recht uitgesloten, terwijl het internationale ook hem afwijst, die te eeniger tijd geroepen kan zijn eene vreemde kroon te dragen.

Vervolgen wij de geschiedenis onzer Grondwet en zien we, of latere herzieningen het artikel met meer onderscheiding behandeld hebben. Indien men art. 28 der Grondwet van 1840 vergelijkt met art. 26 der Grondwet van 1848, dan valt het aanstonds in het oog, dat men bij de laatste herziening aan het verbod tot dragen eener vreemde kroon eene uitzondering heeft verbonden voor

het Groothertogdom Luxemburg. Bij art. 67 der Weener Congres-akte van 9 Juni 1815 (1) wordt aan WILLEM I de Souvereiniteit over dit land opgedragen en wel als schadeloosstelling voor de hem ontnomen Vorstendommen Nassau-Dillenburg, Siegen, Hadamar en Dietz. Art. 1 der Grondwet van 1815 strekte de werking der constitutie uit over Luxemburg, zoodat dit als een gewest van ons land behandeld werd. Na de scheiding van Noord en Zuid werd Luxemburg weer als een zelfstandig land beschouwd, alleen door de banden eener personeele unie met ons verbonden. Was de Koning nu drager geworden eener vreemde kroon? Het is misschien niet zoo heel gemakkelijk te beslissen, of zij gelijk hebben, die het ontkenden, op grond dat Luxemburg eenvoudig in de plaats was getreden voor de Duitsche erflanden, waarover de Souvereiniteit den PRINS VAN ORANJE reeds behoorde, op het oogenblik, waarop hij op den Nederlandschen troon verheven werd (2), dan wel zij, die in 1848 eene uitdrukkelijke uitzondering noodig achtten, daar, naar hun gevoelen, de kroon van het Groothertogdom wel met eene vreemde gelijk stond. In elk geval mag het een geluk heeten voor den toenmaals regeerenden vorst en voor het land, dat de door ons bestreden opvatting, naar het schijnt, nog niet werd gehuldigd, daar de Kamermeerderheid, in plaats van het inlasschen eener onschuldige zinsnede, dan zoude moeten geconstateerd hebben, dat de Koning reeds sedert 1840 van den troon vervallen was. Zien wij ten slotte, of de gebeurtenissen bij de jongste herziening der Grondwet in 1887 aan die opvatting steun bieden. Ons vraagpunt kwam hier ter sprake bij de behandeling van art. 45 sub 3^o. waar de Regeering had

(1) FLEISCHMANN. Völkerrechtsquellen S, 13.

(2) Zie VAN ASSEN. De Taal der Grondwet I, blz. 41.

voorgesteld te lezen: „Het Koninklijk gezag wordt waargenomen door den Raad van State enz. . . . 3o) in het geval van art. 17 (1), zoolang de troonopvolging onzeker is en de Regent ontbreekt of afwezig is”. Tegen dit regeeringsvoorstel brengt de heer VAN HOUTEN bedenking in; hij wil de verwijzing naar art. 17 zien vervallen en wel om twee redenen. De eerste is van zuiver technischen aard. Gelijk men weet, waren de herzieningsvoorstellen vervat in verschillende wetsontwerpen. Nu stond art. 17 in het wetsontwerp, voorafgaande aan dat, hetwelk art. 45 bevatte en hierom vreesde v. HOUTEN, dat door deze verwijzing de stemmingen over de beide wetsontwerpen van elkaar afhankelijk zouden worden.

In de tweede en voornaamste plaats echter eischte de afgevaardigde amendement, wijl de gevallen sub 1^o, 2^o en 3^o genoemd, niet elke onzekerheid bij de aanvaarding van den troon insluiten. „Een geval is er b.v.” — aldus Mr. VAN HOUTEN — „dat zich zeer licht kan voordoen „n.l. dat de bevoegde troonopvolger op het tijdstip, waarop „de kroon op hem devolveert, eene andere kroon draagt. „Ik noem bijv. het mogelijke geval, dat Prinses SOPHIE „tot de kroon wordt geroepen en na vooroverlijden van „haar gemaal komt te overlijden. Kan men dan vergen, „dat de troonopvolger, die dan in Saxon-Weimar Groot- „hertog is, zich onmiddellijk declareert omtrent de aan- „vaarding van den Nederlandschen troon? En zoo hij „eenigen tijd van beraad noodig heeft, kan men dan „wenschen, dat gedurende dien tijd, de waarneming van „het Koninklijk gezag onzeker is?” (2) Op grond van

(1) Art. 17: Het kind waarvan eene vrouw zwanger is op het oogenblik van het overlijden des Konings, wordt, ter opzichte van het recht op de Kroon als reeds geboren aangemerkt. Dood ter wereld gekomen, wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

(2) ARNTZENIUS, Handelingen V, blz. 555 en vgl.

dit betoog stelt de afgevaardigde een amendement voor om de verwijzing naar art. 17 te doen vervallen. Dit amendement wordt door de Regeering overgenomen, doch enkel en alleen op grond van het eerste der ingebrachte bezwaren. Immers uitdrukkelijk verklaart Minister HEEMSKERK, wanneer hij de overname van het amendement mededeelt, dat de onzekerheid omtrent de troonopvolging alleen bestaat „in geval van zwangerschap, van welker afloop de opvolging kan afhangen” (1). Ten aanzien der tweede opmerking van den Groningschen afgevaardigde meent HEEMSKERK, dat het hierbedoelde geval nooit tot onzekerheid aanleiding kan geven. „Immers”, aldus de Minister (1) „indien de troonopvolger hier te lande is en „te gelijk regeerend vorst in een ander land is, is het „inderdaad onze opinie, dat hij terstond moet decideeren „en dat het vreemd zou zijn, zoo in de Grondwet, eene „instelling, waarvan een hoofdbeginsel is: de Koning is „dood, leve de Koning, met andere woorden: le mort „saisit le vif, een tusschentermijn werd aangenomen, „In dergelijke gewichtige levensomstandigheden zou de vorst „dadelijk moeten decideeren en deed hij dat niet, dan zou „hij, zijne keuze vestigende op eene vreemde regeering, „afstand moeten doen van den troon der Nederlanden”.

Wij hebben gemeend, deze discussie in extenso te moeten weergeven, omdat daaruit blijkt, dat, hoezeer beide heeren overigens van inzicht verschillen mogen, bij geen van beiden nochtans de gedachte tot uiting komt, dat art. 26 der Grondwet een vreemden vorst van de erfopvolging uitsluit. Het is intusschen niet te verwonderen, dat de wel wat al te eenvoudige oplossing van den Min. van Binnenl. Zaken bij sommige leden der Kamer op verzet stuit.

(1) ARNTZENIUS, Handelingen V, blz. 599.

De heer VERNIERS VAN DER LOEFF is het volkomen met den Minister eens. „Maar als er nu van dat alles eens niets gebeurt?” vraagt hij. Met machtspreuken komt men dan niet verder. Daarom verbinde men aan het artikel eene sanctie, waardoor de Koning, die weigert van den vreemden troon afstand te doen, de Nederlandsche kroon verliest. In dezen zin worden amendementen voorgesteld door de heeren VERNIERS v. D. LOEFF, DE SAVORNIN LOHMAN en FARNCOMBE SANDERS. Ik wijs vooral op laatstgenoemde als den voortreffelijken kenner van ons troonopvolgingsrecht. Doch de Regeering heeft dit denkbeeld reeds verworpen in hare M. v. A.: „Het denkbeeld”, zoo heet het daar, „om eene sanctie te verordenen tegen den „onschendbaren Koning, strookt niet met het begrip van „eene constitutioneele monarchie. Voor de vrees, dat de „tot den troon geroepen vorst, nadat hij de Nederlandsche „kroon aanvaard heeft, zou weigeren afstand te doen „van de vreemde kroon bestaat, naar het inzien der „Regeering, geen voldoende grond” (1).

Men ziet: er bestond verschil van opinie genoeg, maar hierover zijn allen het eens: wie eene vreemde kroon draagt, is daardoor niet uitgesloten van de erfopvolging hier te lande; ons historisch overzicht voert ons derhalve tot deze slotsom: tot 1887 vindt men omtrent art. 23 der Grondwet geene andere meening voorgestaan, dan de door ons verdedigde: wie eene vreemde kroon draagt, kan wel degelijk hier te lande Koning worden, maar heeft alsdan de verplichting, van de vreemde kroon afstand te doen.

Hoe dan na '87 de nieuwe opvatting mag ontstaan zijn? Het mocht mij niet gelukken den grond er van te vinden. Wellicht heeft blijvende vrees voor internationale

(1) ARNTZENIUS III blz. 19.

verwickelingen er toe geleid om de sanctie, wier toevoeging door de Regeering geweigerd werd, te gaan zoeken in den eigen tekst van het artikel. Zoo kwam men er toe, den vreemden vorst als eens voor al uitgesloten te beschouwen. Niet zonder verwaarloozing, gelijk wij meenen te hebben aangetoond vooral van historisch onderzoek. Dit moet zich wreken door blijvende controverse. Zoolang de geschiedenis als interpretatiefactor blijft gehandhaafd, kan m. i. de meening der Staatscommissie en van Mr. DE BEAUFORT c. s. niet tot gemeen goed der natie worden. Hoezeer intusschen deze meening veld wint, bleek nog onlangs uit een in het Fransche dagblad *Le Temps* verschenen artikel, getiteld: „La Succession au trône de Hollande”, waarin men eenvoudig de Saksen-Weimars voorbijgaat en met het oog op eene eventueele opvolging der familie REUSS en daaruit te duchten Pruisische invloeden, stemming poogt te maken voor Grondwets herziening. Nu zouden wij — het volgt reeds uit ons opzet om de onvaste uitlegging van art. 23 aan te toonen — geenszins van eene dergelijke herziening afkeerig zijn. En dan voorzeker, zal onze opvolging op den troon geen grootere zekerheid deelachtig kunnen worden, dan door eene zoodanige formuleering van art. 23, dat voortaan iedere vreemde kroondrager geheel en al werd uitgesloten. Onze bestrijding der desbetreffende opinie was alleen er op gericht aan te toonen, dat zij geen steun vindt in de tegenwoordige Grondwet. Iure constituendo achten wij ze geenszins verwerpelijk, mits zij door consequente doorvoering vastheid geve aan onze troonopvolging. Daardoor toch zal onze internationale verhouding op een veiligen grondslag rusten. Immers, al heeft art. 6 van het Tractaat van Parijs het oog op het Vereenigde Koninkrijk der Nederlanden en zoude men derhalve kunnen beweren, dat de scheiding van '30 de werking

van het Tractaat en daarmede van het verbod van vereeniging der Nederlandsche met eene vreemde kroon volkenrechtelijk heeft doen ophouden, men vergete niet, dat de gelding der stilzwijgende clause, „rebus sic stantibus” in het volkenrecht zeer bestreden is.

Maar nog van eene andere zijde, zoude Grondwetsherziening in den bovenbeoogden zin van voordeel zijn, doordat n.l. eene sanctie zou verkregen worden, voor onmiddellijke uitwerking vatbaar. Zij, die in 1887 zoo luide vroegen om eene sanctie voor art. 23, verloren m.i. uit het oog, dat eene norm om rechtsnorm te zijn, geene behoefte heeft aan dadelijke dwangmiddelen. Ware dit zoo, men zoude aan bijna alle geboden of verboden, tot de hoogste Staatsorganen gericht, rechtskarakter moeten ontzeggen. In een land, als het onze, waar het staatkundig overwicht zoo duidelijk berust bij het parlement, kan de norm van art. 23 niet gezegd worden van waarborgen te zijn verstoken. Bovendien zijn de voorstellen tot sanctioneering tot dusver gedaan, weinig geschikt de zekerheid van den troon te bevestigen. Men denke slechts aan het geval, dat de vreemde kroondrager, wien men een beraadtermijn geeft, minderjarig is. Er kunnen dan tien of meer jaren verloop, alvorens eene keuze tusschen de Nederlandsche en de vreemde kroon kan geschieden. Voorbeeld eener sanctie vinden we dan ook slechts in ééne buitenlandsche Staatsregeling. § 19 der Grondwet voor het Hertogdom *Koburg-Gotha* luidt: „Wenn ein Herzog einen ausserdeutschen Thron besteigt, so wird dafür angenommen, dass er darauf Verzicht geleistet habe, über die Herzogtümer zu regieren.” Of men veel genoeg van deze bepaling zal beleven, waag ik, na bovenstaande beschouwingen, in twijfel te trekken. Het moet, dunkt ons, tot nadenken stemmen, dat geene der andere buitenlandsche Staatsregelingen, die het gelijktijdig heerschen over een

vreemden Staat verbieden, deze zelfde consequentie aanvaarden. In de meeste dier Staten: Pruisen, Beieren, Saksen, België, Denemarken, Rumenië, is aanneming eener vreemde kroon met toestemming der Kamers mogelijk. Ten onzent, evenals in Griekenland, is het verbod onvoorwaardelijk gesteld. Volgens v. FRISCH, die al deze bepalingen bespreekt, zal echter zelfs daar, waar toestemming van het parlement vereischt is, aannemen eener vreemde kroon „nicht ohne weiteres als Verzicht auszulegen sein, auch „nicht in Staaten mit Vorherrschaft des Parlaments, wie „z. B. in Belgien; es wird sich zunächst immer nur um „eine Verfassungsverletzung handeln, für die bestimmte „Rechtsfolgen nicht vorhergesehen sind” (1).

Wij hebben dus gezien, dat art. 23 onzer Grondwet van zeer onzekere beteekenis is, dat alle pogingen tot sanctioneering mislukken moeten. Men zoude nu nogten einde rechtszekerheid te bekomen, gebruik kunnen maken van art. 19 der Grondwet en eene bijzondere voorziening kunnen treffen om den vreemden vorst uit te sluiten, doch wij voegen onmiddellijk er bij, dat we slechts volledigheidshalve op dit middel willen wijzen, aangezien het ons in hooge mate onkiesch lijkt tegenover den vreemden Souverein. Wenscht men ons land te behoeden, zoowel voor internationale, als voor nationale machtsverhoudingsconflicten, zoo lijkt ons daartoe het eenige aangewezen middel, het brengen van art. 23 binnen den gesloten kring onzer erfopvolgingsregelen, zoodat het niet-dragen eener vreemde kroon een der voorwaarden wordt van opvolging op den Nederlandschen troon. Zoolang dit niet geschied is, blijft de drager eener vreemde kroon hier te lande tot de troonopvolging bevoegd en is het daarmede aan zijn wil overgelaten, of die rust en veiligheid, welke de Grondwet verzekeren wil, zal worden behouden.

(1) Der Thronverzicht S. 95.

Intusschen, al durfden wij, in alle bescheidenheid, op eene bepaalde regeling heenduiden, de taak om op herziening der Grondwet aan te dringen, laten wij gaarne over aan meer bevoegden. Het doel, dat wij ons in deze bladzijden stelden en dat, naar wij mogen hopen, eenigszins bereikt werd, was, naast de nieuw opgedaagde meening omtrent de beteekenis van art. 23, de aandacht te behouden voor de tegenovergestelde opinie, teneinde te voorkomen, dat men zich omtrent de vastheid onzer troonopvolging aan illusies overgeve. Wellicht is het betoog, dat wij ten gunste eener bepaalde opvatting poogden te voeren, in staat nog meer oplettendheid te doen wijden aan de belangrijke beschouwingen, door Mr. S. VAN HOUTEN in zijne *Staatkundige Brieven* (no. 3 en n^o. 7) aan de quaestie der troonopvolging, in verband met eene eventueele herziening onzer hoogste Staatswet gewijd. De liefdevolle aanhankelijkheid van het Nederlandsche volk aan Haar, die den roem van ons dierbaar Vaderland en dien van Haar hoog geslacht in Haren geëerbiedigden persoon belichaamt, de hoop, door elk trouw vaderlander op de jeugdige Vorstin gevestigd, mogen ons nochtans niet doen aarzelen, de urgente moeilijkheden onder de oogen te zien, die de hechte samenkoppeling onzer hoogste vaderlandsche belangen met het lot van één dierbaar leven noodwendig met zich meevoert.

Mr. WILLEM BERGER.

Ons lijfswang-instituut in verband met het vraagstuk van den uitsluitend zedelijken rechtsdwang.

Niet in het voornemen eene poging te doen den strijd over afschaffing van den lijfswang te heropenen vond ik aanleiding de gastvrijheid van de hooggeachte Redactie voor dit artikel in te roepen. Men kan nog zooveel gevoelen voor het door bijna geheel Europa gegeven voorbeeld om eene instelling, die met de rechtsbeginselen eener beschaafde maatschappij strijdt, niet in stand te houden alleen vanwege hare vermeende nuttigheid en toch leering trekken uit het mislukt zijn van pogingen tot navolging van dit voorbeeld. Te eer, wanneer men zich allerminst aanmatigt uit zichzelf nieuwe argumenten bij te brengen na Mr. LEVY's prae-advies voor de Juristenvereeniging van 1874, de aldaar plaatsgevonden hoogstaande debatten en het doorwrochte geschrift van Mr. BICHON VAN IJSSELMONDE (1). Evenzeer waar slechts bij een van de twee inmiddels plaatsgevonden gelegenheden tot inperking van het instituut gebruik daarvan gemaakt is. De Faillissementswet schoot immers wel een bres in het instituut door de bepalingen der artikelen 33, 195 en 231, volgens welke het gewijsde van faillietverklaring of surséance de poort der gevangenis voor den gegijzelde ontsluit zonder dat, na afloop van het faillissement, de schuldeischers hunne rechten van executie tegen den *persoon* van

(1) De afschaffing van den Lijfswang, proefschrift, Utrecht 1885, 488 blz., aangek. in *R. Magazijn* V, 115 en *W. v. h. R.* 5411.

hunnen schuldenaar herkrijgen. De lex HARTOGH liet, ondanks een op dit punt blijkbaar welgevestigde zienswijze harer voorsteller (1), zelfs gelegenheid tot *wijziging* voorbijgaan.

Aanleiding tot dit artikel ligt elders. Men kent de belangrijke polemiek (2), met het wetsontwerp over de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt, gevoerd tusschen Mr. A. P. TH. EYSELL en Mr. C. J. M. WILDE, tot dusverre geëindigd met een *Themis*-artikel van de hand van ons hooggeacht lid van den Hoogen Raad, waarin deze opkomt tegen den anderzijds gestelden regel, dat tegenover wie niet bezit de nakoming van civielrechtelijke verbintenissen, alleen gewaarborgd zou zijn door de zedelijk-dwingende kracht die van het privaatrecht uitgaat. Tegenover het beroep door Mr. WILDE, ter adstructie van zijn stelling, gedaan op de artikelen 447 en 448 W. v. B. Rv., op artikel 73 der Ongevallenwet 1901, op de Kortingswet van 24 Januari 1815 en op artikel 21 der Faillissementswet, verwijst Mr. EYSELL naar het instituut van den lijfswang, hetwelk, altoos een bestanddeel van ons burgerlijk rechtstelsel, WILDE's verklaring zou logenstraffen, en poogt, aan de hand van een, vooral historisch, onderzoek aan te toonen, dat van een „tweeërlei schuldrecht” geen sprake is.

Nu zij het verre van ons, in deze polemiek partij te kiezen. Niet of er al dan niet van tweeërlei schuldrecht gesproken mag worden, gaf ons de pen in de hand. Daarentegen stelden wij ons, waar de rol door den lijfswang in deze te vervullen door Mr. EYSELL slechts in het voorbijgaan is aangegeven, de bescheidener taak op

(1) HARTOGH en COSMAN. Inleiding XXXVII.

(2) Eenerzijds in *Tijdspiegel* April 1905, *Themis* 1908 n^o. 1, anderzijds in *Vragen des Tijds* 1905, deel 1 en 2.

te sporen of inderdaad ons instituut van den lijfswang WILDE's verklaring zoo onbetwistbaar logenstraft.

Te voren echter zouden wij zeer kortelijk een paar bedenkingen willen opperen tegen argumenten die in ander verband door Mr. EYSELL worden te berde gebracht. Namelijk daar waar de Faillissementswet en de Kortingswet tegen Mr. WILDE's verklaring worden aangevoerd; de eerstgenoemde wet zullen wij immers zoo straks toch weer bij den lijfswang ontmoeten en ook onze opmerkingen in verband met de Kortingswet meenden wij, hoewel ons betoog in bovenvermelden geest beperkende, niet te moeten terughouden, waar bij een aanverwante studie (1) daarover reeds vroeger een niet geheel met Mr. EYSELL's opmerkingen strookende meening bij ons had post gevat.

Vooreerst dus de Faillissementswet. Tegenover WILDES beroep op artikel 21 wordt de tegenovergestelde opinie uit de geheele wet gehaald. Zonder WILDES beroep in bescherming te nemen, meenen wij evenwel in alle bescheidenheid dat het daartegenover ingestelde beroep op de geheele wet evenzeer moet falen. Zeer zeker, deze wet „maakt van het faillissement een beslag op het gansche vermogen van iedereen die buiten staat geraakt is, om zijne schulden te voldoen: buiten staat niet maar eventjes, doch met intreden van een *toestand* van ophouden met betalen” en toegegeven kan worden dat het feit van het buiten het faillissement vallen van hetgeen in de twee eerste nummers van artikel 21 wordt genoemd, niet behoeft te pleiten voor WILDE's standpunt, maar wordt gemotiveerd doordat den gefailleerde het voortbestaan hem en zijn gezin, waarvoor hij heeft te zorgen, moet

(1) Wetsbepalingen betreffende beslag op arbeidsloon in de *Vragen des Tijds* van Maart 1906.

worden mogelijk gemaakt. Sterker nog, in de toelichting staat het onomwonden dat „de billijkheid en het welbegrepen belang der schuldeischers vorderen, dat men den schuldenaar de gelegenheid late in zijn eigen onderhoud te voorzien.” Alles toegegeven, ook dat door art. 195 F. aan WILDE's leer „een nog vrij wat krasser logenstraffing (wordt) gegeven”. Zeker, „zoodra de verzilvering van al zijn hebben onvoldoende is gebleken om zijne schuldeischers te bevredigen, staat het als een paal boven water, dat deze man behoort tot de niet-bezitters; en nu komt art. 195 het tegendeel zeggen! dan geeft dit den schuldeischers, voor hetgeen hun niet voldaan is, hunne regten van executie op de goederen van den schuldenaar terug”. Maar reeds vroeger scheidt diezelfde wet de gelegenheid om, wanneer eerst echt is gebleken dat de man behoort tot de niet-bezitters, om dan den WILDE'schen regel toe te passen van vrijverklaring van anderen dwang dan de zedelijke. Wij meenen het niet zoo heel weinig (1) voorkomende geval van artikel 16, laatste deel: opheffing van het faillissement, indien de toestand des boedels daartoe aanleiding geeft, waaromtrent de Mem. v. Toel. dit opmerkt: „waar niet alleen geen kontanten voorhanden zijn, maar zelfs in het geheel geen, zij het dan ook eerst in het verloop van tijd te realiseeren actief aanwezig is en ook waar het actief in geen

(1) De *Faillissements-statistiek* uitgegeven door het Centraalbureau voor de Statistiek bevat opmerkelijkerwijze hierover geen directe gegevens, indien wij ons niet vergissen. Wij drukken ons eenigszins voorzichtig uit omdat in het *W. v. h. R.* No. 8686, uit de statistiek over 1906 het cijfer 376, makende ruim 26 pCt der afgedane faillissementen, voor opheffing genoemd wordt. Wij konden dit nergens vinden. Wel opgave van het totaal aantal in 1905 en 1906 n.l. 1417 en 1428 en van de niet opgehevene n.l. 1080 en 1040, waaruit men wellicht voor 1905 en 1906 respectievelijk tot een aantal opheffingen van 337 en 380 besluiten mag.

geval toereikend zal zijn om de kosten te dragen, heeft kosteloze behandeling van het faillissement geen zin meer, maar moet het faillissement opgeheven kunnen worden". Nu kan men o. i. niet volstaan met hiertegen aan te voeren den vreemden toestand vóór het bestaan dier mogelijkheid onder de heerschappij van het Wetboek van Koophandel. Het is waar, de toen bestaande ongeordende toestand, waarbij nu eens de curator eenvoudig werd ontslagen, dan weer niets werd gedaan, zoolang niet door een of ander de kosten werden voorgeschoten, was allerzonderlingst. Waar het op aankomt is dit, dat hier rechtens wel degelijk extra voor de niet-bezittenden de rechtsdwang van het faillissement buiten werking wordt gesteld. En dat wel niet alleen voor dan, maar indirect ook voor later. De bepaling van artikel 18 dat, bij een nieuwe aangifte of aanvraag tot faillietverklaring na een dergelijke opheffing, den schuldenaar of aanvrager verplicht aan te toonen, dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden, daarmee een nieuwe, moeilijke, dikwijls onuitvoerbare bewijslast opleggende, geeft aan de eerste bepaling nog een verstrekkende uitbreiding.

Het komt ons dus voor dat, al zegt art. 21 vóór WILDE's stelling weinig, de artikelen 16 en 18 er voor zorg dragen dat de Faillissementswet als geheel er weinig tegen bewijst.

De Kortingwet. Mr. EYSELL meent dat het voor de kracht van Mr. WILDE's betoog niet ondienstig zou zijn geweest nog wat meer te kunnen bijbrengen voor zijne stelling dat die wet ook strekt „ter verzekering van het genot van arbeidsinkomsten" dan alleen de uiting op blz. 28 der dissertatie van Mr. TH. A. FRUIN, „Het deel van het vermogen dat niet voor executie vatbaar is", waar deze wil aantoonen, „dat het verbod van beslag

evenzeer kan worden ingeroepen door „ingezetenen” als door de „administratie”, zegge het openbaar gezag. Want dewijl tot „ingezetenen” de schuldeischer van den ambtenaar evengoed behoort als laatstgenoemde, is de wet dan evenzeer uitgevaardigd om op arbeidsinkomsten van den schuldenaar *verhaal* te verzekeren van diens *schuldeischer*, als om den schuldenaar het grootste gedeelte dier inkomsten voortdurend te doen genieten”. Veel meer voor de hand liggend is het volgens Mr. E. als ratio legis aan te voeren het belang van den Staat. Een gissen zou zelfs niet meer noodig zijn nu door de historische nasporingen van Mr. ROLLIN COUQUERQUE omtrent de Kortingwet helder licht is opgegaan.

Nu wordt gaarne toegegeven dat uit den verdienstelijken arbeid van Mr. COUQUERQUE zeker veel helder is geworden. Of nu echter daardoor geheel en al en uitsluitend het licht is opgegaan, hetwelk Mr. EYSSELL zou willen doen schijnen, valt o. i. nog steeds eenigermate te betwijfelen. Zeer zeker, zeer uitdrukkelijk komt het op verschillende plaatsen uit, in het bijzonder in het advies van 2 Februari 1807 der Sectie voor Wetgeving en Algemeene Zaken aan den Koning over een concept voor eene Koninklijke Boodschap aan het vertegenwoordigend Lichaam — tevens aan het slot inhoudende een voorstel van wet, welk concept na enkele wijzigingen door Koning Lodewijk Napoleon onder dagteekening van 5 Februari 1807 n^o. 10 is gearresteerd en de onmiddellijke grondslag der Kortingwet is geweest (1) —, dat de onbelemmerde loop der Algemeene Administratie bij deze materie een groote rol speelde. Toegegeven dient te worden dat uit een en ander,

(1) Mr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, De Kortingwet, 's-Gravenhage NIEHOFF 1905, blz. 38—40.

althans daaruit, valt op te maken dat het algemeene, de verzekering van den openbaren dienst eischende, belang op den voorgrond staat. Of nu echter tevens met Mr. EYSELL mag worden aangenomen dat we ons „met de wet van 1807 — en dus ook met onze Kortingwet — *mijlenver* (zien) van het aansturen op Staatsbescherming van de economisch zwakken, door schuldeischers in hun arbeidsinkomen bedreigd”, mag nog altijd blijven worden betwijfeld. Dezelfde Mr. COUQUERQUE (1), door Mr. EYSELL toch immers vooraan als autoriteit in deze erkend, laat ons in ieder geval ook wel andere tonen hooren en dat wel naar aanleiding van het met de Kortingwet in nauw verband staand artikel 43 van het reglement i. z. het algemeen burgerlijk pensioenfonds, vastgesteld bij Koninklijk Besluit van 21 Januari 1836 n^o. 97 (in het *Staatsblad* n^o. 10 van dat jaar geplaatst bij besluit van 1 April d.a.v.), bepalende, dat bij administratieven maatregel op uit dit fonds verleende pensioenen geen kortingen ten behoeve van schuldeischers zouden worden toegestaan. Naar aanleiding van het verzoek van een schuldeischer van een gepensionneerd ambtenaar, die met een adres tot het erlangen van korting op diens pensioen bij het fonds het hoofd had gestooten, aan den Koning, om te mogen vernemen op welke andere wijze hij tot de voldoening van het hem toekomende kon geraken, ontspan zich een gedachtenwisseling tusschen den Minister van Financiën, den Raad van State en den Minister van Justitie. Hoewel daarbij natuurlijk van meeningsverschil bleek omtrent quaesties die wij hier ter zijde kunnen laten, valt daaruit meer dan één argument tegen Mr. EYSELL's bovengenoemde uitspraak te putten. Het sterkst daartegen spreekt wel de Minister

(1) l. c. blz. 72 v.

van Financiën: „Het beginsel van korting, zoo schreef Z. E., heeft ten allen tijde daarop berust, dat dezelve *in het belang van den debiteur zelve* strek(ken) (t), als wordende hij daardoor in staat gesteld om zijn schuld gemakkelijk en regelmatig af te doen, bevrijd van kosten en onaangenaamheden van eventueele procedures, terwijl ook door het middel der kortingen de mogelijkheid wordt geboren om de omstandigheden van den debiteur in aanmerking te nemen, waartoe de gelegenheid ontbreekt wanneer de weg van regten moet worden ingeslagen”. De Raad van State die zich theoretisch op een geheel ander standpunt plaatste dan de Minister van Financiën, uitte zich toch in dier voege dat ook hem bescherming van de deelgerechtigden tot het fonds gerechtvaardigd voorkwam; volgens 's Raads meening hadden ook de ontwerpers van het reglement van 1836 bedoeld, „de pensionneerden uit hetzelfde onder de bescherming der Rechtbanken te stellen tegen aanspraken, die niet zelden in woekerachtige handelingen van schuldeischers hunnen grond hebben”. Nu legt weliswaar de Minister van Justitie VAN MAANEN weer den nadruk op het staatsbelang wanneer hij opmerkt dat het in het oog valt „aan hoe oneindig” vele moeilijkheden, zelfs in gewone gevallen, de verschillende administratiën zouden zijn blootgesteld, indien zij ieder oogenblik door een geregteijk arrest met al den nasleep daarvan, zooals de verklaring, de eventueele aansprakelijkheid als principale schuldenaar enz. konden worden getroffen”, maar voor ons betoog is het niet geheel en al onbelangrijk te releveeren dat, ook volgens dezen Minister, *de belangen van alle partijen* met een korting op den voet bij de wet van 1815 bepaald voldoende zouden worden behartigd. (1) Last not least

(1) l. c. blz. 76.

argumenteerde de Mem. v. Toel. tot het enkele jaren daarna ingediende ontwerp tot wettelijke regeling der burgerlijke pensioenen aldus: „kennelijk ligt in het beginsel van die wet (van 1815) het heilzame doel om te zorgen, dat de gepensioneerde steeds eenig middel van bestaan overblijve. Hare handhaving en toepassing wordt dan ook in art. 40 voorgeschreven”.

Nog eens: al mag ook worden toegegeven dat het algemeene, de verzekering van den openbaren dienst, eischende, belang op den voorgrond stond in deze materie, wij zien ons daarbij allerminst „mijlen ver van het aansturen op staatsbescherming van de economisch zwakken, door schuldeischers in hun arbeidsinkomen bedreigd”. Keeren wij, na aldus gezien te hebben dat de Faillissementswet evenmin tegen de juistheid van WILDE's stelling bewijst als haar artikel 21 er voor pleit en dat de Kortingwet, zoo ze al daartegen zou kunnen worden aangevoerd, toch zeker allerminst *omnium consensu* aan de tegenovergestelde redeneering steun geeft, tot het instituut van den lijfswang terug.

Ten bewijze dat het schuldrecht van 1838 staat op WILDE's standpunt mag volgens Mr. ELJSSELL natuurlijk geen beroep worden gedaan op den lijfswang. Integendeel, dit instituut, altoos een bestanddeel van ons burgerlijk rechtsstelsel, al is het sinds veertig jaren fel bestookt, logenstraft WILDE's verklaring. „Dit aloude regtsinstituut werd door onze codificatie wel ingeperkt, doch daarin opgenomen *zonder aarzelen*, als voor een aantal gevallen van schuldplichtigheid en bepaaldelijk voor den handel vrijwel onmisbaar. Des koopmans wetenschap, dat wie niet beetgepakt kan worden in zijn goed blootstaat aan beetgepakt worden aan het lijf is gedurende de eerste drievierden der vorige eeuw aangemerkt, en

blijft in heel wat handelskringen aangemerkt als onontbeerlijk voor het crediet.

Welnu: in 1838 heeft de wet, wel verre van den niet-bezitter *buiten* het bereik van den lijfswang te stellen, niets meer voor dezen gedaan dan de toepassing van het middel beperken tot een vijfjarigen duur: art. 591 Rv., en zulks nog alleen om eene onbegrensde, misschien levenslange vrijheidsberoving uit te sluiten. Schuldverhaal mogt niet ontaarden in gevangenisstraf: vijf jaar gijzeling mag men wel aanmerken als bewijs dat zij tot schuldverhaal niet kan leiden. Overigens echter is de burgerlijke regel: „*qui non habet in aere luat in pelle*” allereerst aan *zijn* adres en vormt een schrille tegenstelling met wat WILDE uitvond: dat alleen de *zedelijk* dwingende kracht van dit recht de nakoming zijner verbintenissen waarborgt. Alle handelsschuldenaren, inclusief vrouwen, en *alle* wissel-schuldenaren onderwerpt art. 586 aan den lijfswang. En tot op de invoering, nu negen jaren geleden, van de Faillissementswet, kan na geregelijke verklaring, dat een koopman *buiten staat* is om zijne schuldeischers te betalen (vonnis van insolventverklaring) de lijfswang weder op hem worden toegepast: art. 588, 589”.

Aldus Mr. EYSSEL. Laat ons, waar voor ons doel een uitvoerig geschiedkundig onderzoek niet noodig is, met een, voor ons betoog wèl gewenscht, kort historisch overzicht aanvangen.

In het Romeinsche Recht gaf de Wet der XII Tafelen (1) den veroordeelden schuldenaar een termijn van dertig dagen. Na afloop daarvan kon de schuldeischer aan den persoon des schuldenaars de hand leggen (*manus injectio*) en hem voor den praetor voeren. Betaalde de schuldenaar, of een ander voor hem, ook dan niet, dan was de crediteur

(1) Gellius noctes atticae II lib XX, cap 1.

bevoegd den schuldenaar mee naar huis te nemen en in ketenen gevangen te houden. De gevangenschap duurde 60 dagen, gedurende welke de crediteur verplicht was den schuldenaar op de drie laatste marktdagen voor den praetor te voeren. Daarna volgde op vordering van den nog altijd onbevredigden crediteur de *addictio debitoris*, daarin bestaande dat de praetor het beperkte relatieve recht van den crediteur op een enkele praestatie van den schuldenaar uitbreidde tot een absoluut recht op diens persoon. Hij mocht hem zelfs dooden en in het buitenland verkoopen (1).

Maar zelfs de oude rechtsbeschouwing zag reeds in dit recht een te eenzijdig op den voorgrond schuiven van het belang van den crediteur en schafte dit af bij de *lex Poetelia*. Sedert mochten de crediteuren de toegewezen schuldenaars nog alleen maar tot slavenarbeid gebruiken; wat door dien arbeid verdiend werd kon op de schuld worden gekort (2). Door een latere *lex Julia de cessione bonorum* (van Caesar of Augustus) kreeg het zuiver civielrechtelijk instituut van den lijfswang nu nog een strafrechtelijk karakter.

Men ving namelijk reeds toen aan, in tegenstelling tot voorheen, het belang van den schuldenaar eenzijdig naar voren te schuiven en zoo kwam men er toe om een zoodanigen schuldenaar, dien men naast civielrechtelijke geen moreele schuld verwijten kon, in de *cessio bonorum* i. e. vrijwillige afstand van zijn vermogen, een middel tot bevrijding van den lijfswang toe te staan. Gevolg hiervan was, dat lijfswang nu alleen nog maar toepassing vond tegen den bedriegelijken schuldenaar,

(1) v. BETHMANN-HOLLWEG, der Römische Civilprocesz Bd. I, § 53.

(2) PUCHTA, Instit. Bd II, § 179; v. KELLER, der Römische Civilprocesz § 83.

zoodat in het zuiver civielrechtelijk instituut van den lijfswang een strafrechtelijke gedachte binnendrong en zich de vraag omtrent het „ne bis in idem” voordeed: mocht men op een schuldenaar, die wegens bedrog reeds een gevangenisstraf ondergaan had, nu nog eens ter zake van hetzelfde bedrog, dat hem het recht op de *cessio bonorum* deed verliezen, lijfswang toepassen?

Eerst langzamerhand kwam in Rome naast den lijfswang de zakelijke executie tot ontwikkeling; tot een executie op enkele vermogensdeelen in den omvang als het telkens voor eene bevrediging van den crediteur noodig was, kwam het eerst in den lateren Keizerstijd, door een rescript van Keizer ANTONINUS PIUS (1). Maar toen ook is deze „*pignoris capio ANTONINA*” het gebruikelijke instituut der executie geworden, wat reeds hieruit blijkt dat de titel van den *codex Justinianus*: „de executione rei judicatae” (7, 53) uitsluitend daarover handelt; ze heeft zelfs langzamerhand den lijfswang tot een subsidiair instituut kunnen terugdringen (2).

Volgens sommigen (3) zou het instituut den doodsteek van het kanonieke recht ontvangen hebben, door de van GREGORIUS DEN GROOTE afkomstige *lex 2 X de pignoribus* (3, 21): „*Lex habet, ut homo liber pro debito von teneatur etsi res defuerint, quae possint pro debito addici*”, waartegen evenwel wordt aangevoerd dat onder „*teneri*” slechts het houden in bijzondere in tegenstelling met openbare gevangenis verstaan moet worden en dat die wet aan geen nieuwe wetgevende gedachte uitdrukking wil geven.

(1) *Lex 31 D. de re judic* (42.1).

(2) PUCHTA, *Instit.* Bd II S. 188, 182; v. BETHMANN-HOLLWEG, *der Röm. Civilpr.* Bd III § 158, S 314.

(3) VON SAVIGNY, *das altrömische Schuldrecht*, in zijne *Vermischte Schriften* II, 458.

Hoe dit zij, van groote beteekenis is de quaestie niet, daar het latere recht een weeropleven en herhaling van de verwringingen van het instituut te zien gaf.

In de middeleeuwen was oorspronkelijk lijfswang en schuldslavernij aan elkaar verbonden. Zelfs waren in den oudsten tijd middelen van dezelfde gestrengheid als in de Romeinsche XII tafelwetgeving niet vreemd. Zoo bevatte een in het jaar 940 uitgevaardigde Noorsche Gulathingwet de bepaling, dat, wanneer een weerspannige schuldenaar weigert te werken en door zijn vrienden niet van zijn schuld bevrijd wordt, de schuldeischer het recht zal hebben „von ihm zu hauen, was er will, oben oder unten” (1). Natuurlijk moesten soortgelijke bepalingen voor de toenemende beschaving wijken. Volgens de wetten der 13e eeuw werd de schuldenaar den onbevredigden schuldeischer door den rechter alleen nog maar tot afwerking van zijn schuld overgeleverd. Zoo bepaalt b.v. de Sachsenspiegel (III, 39, § 1): den (den Schuldner) sal he (der Glaübiger) halten gelijk sinem ingesinde mit spise unde mit arbeide”.

In de volgende eeuwen begon zich de Christelijke moraal tegen de schuldgevangenschap, ook in den milderen vorm, te verzetten. Uit dien tijd stamt misschien zelfs het bekende: „wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren” en zou het wellicht te pas geweest zijn den lijfswang als een afzonderlijk instituut te gaan behandelen. Verschillende pogingen in die richting treffen wij dan ook aan; voornamelijk door de inrichting van openbare schuldgevangenissen, welke alleen zekerheid van elke willekeur en exploitatie der arbeidskracht van den schuldenaar door den schuldeischer boden, en in het gelijktijdig verbod van privaatgevangenissen. Dat het

(4) PAULSEN «ZUR Lehre von der Bürgschaft im nordischen Recht».

intusschen niet tot volledige hervorming van het instituut gekomen is, schijnt door twee omstandigheden gekomen te zijn. Vooreerst was de behoefte daartoe niet drukkend; daar het gebruik geworden was een ander middel toe te passen, n.l. het „obstagium”, d. i. de verplichting van den schuldenaar, die zijn schuld niet tijdig betaald had, zich naar een bepaalde plaats te begeven en daar tot aan de bevrediging van den schuldeischer te blijven. Maar vóór alles werkte nadeelig de receptie van het Romeinsche recht. Daardoor werd op een tijd toen het Germaansche rechtsbewustzijn nog in een strijd met den lijfswang gevangen zat ook de tweede vreemdsoortige, de strafrechtelijke, gedachte in het strijdperk binnen geworpen, n.l. de, zooals we boven zagen, door de *cessio bonorum* veroorzaakte beperking van den lijfswang tot den onbetrouwbaren schuldenaar. En nu begon de alle krachten absorbeerende strijd tegen deze strafrechtelijke gedachte, een strijd, waarin ten slotte — met uitzondering alleen van het beperkte gebied van het wisselrecht — het Germaansche rechtsbewustzijn het onderspit moest delven. (1)

Dat, in tegenstelling met de wel gemaakte opmerking, als zou in het Oud-Hollandsch recht lijfswang niet zijn voorgekomen, ons land in deze volstrekt geen uitzondering vormt, leeren we o. a. uit VAN DER LINDEN. (2) „Wanneer de Gecondemneerde in 't geheel geene, of geen

(1) Zur wieder Einführung der Schulhaft von R. SCHMÖLDER. Köln 1883. S. 11 f. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtspflege Bd. IV, § 574; voor het Duitsche recht in de Middeleeuwen Sachsenspiegel en Schwabenspiegel; nieuwere studie over het Frankische recht van Dr. Heinrich Horten. Die Personalexecution in Geschichte und Dogma, Band I, Wien 1893.

(2) Verhandeling over de *judicieele practijc* of form van procedereen Leiden, 1798 b. 253 v.

genoegzame goederen bezit, waaraan de inhoud der con- demnatie bij executie verhaalt kan worden, zoo vermag de Executant op zijn persoon procedeeën. De oorsprong van dit recht is in Holland zeer oud; vermits volgens de Handvesten, door de Graven indertijd aan de steden vergunt, wanneer een Debitur zijnen crediteur niet betaalde, hij aan den- zelve werd overgegeven, ter tijd en wijlen de crediteur van zijne pretensie zoude zijn voldaan. Een voorbeeld daar- van vindt men in een Handvest, door Graaf Willem den II aan Dordrecht gegeven den 28 Januari 1252, in deze woorden: „si debitor non habuerit, unde solvere valeat, ejus personam creditori presentare debemus”. Na nog een soortgelijk handvest (1) te hebben vermeld en de wijze van procedeeën te hebben aangegeven, eindigt v. D. LINDEN o. a., met aan te merken, dat dit recht, om iemand voor een civiele schuld te apprehendeeren, en gevangen te houden, totdat hij betaalt heeft, is een zeer streng recht, hetgeen zijnen oorsprong verschuldigt is aan de meer onbeschaafde en slaafsche wetten van de Middeleeuw”. Wijzen ook laatstgenoemde woorden op overeenstemming, ook overigens is er geen reden tot twijfel, dat ook hier te lande soortgelijke wreedheden en schommelingen als overigens in de Middeleeuwen in zake lijfswang bestaan hebben. Maar van betrekkelijk belang slechts is dit voor ons betoog, daar onze regeling, vooreerst reeds van af 1811 met de invoering van den Code Napoleon, daarna door ontleening van deze materie in onze codificatie aan het Fransche recht, van Franschen oorsprong is. Minstens even belangrijk is alzoo het recht bij de Franken, bij de behandeling waarvan Dr. HORTEN in zijn reeds aange-

(1) Meerdere aangehaald in het proefschrift van B. COHEN over lijfswang in handelszaken, Leyden 1859, waarin ook naar plaatsen in HUGO DE GROOT, VAN LEEUWEN en VOET wordt verwezen.

haald verdienstelijk werk, in het bijzonder bij de behandeling der Capitularien (Abschnitt II), wijst op de toenemende staatsmacht, en op de, bijzonderlijk ook voor het instituut van den lijfswang belangrijke, neiging tot splitsing van het recht in strafrecht, dat zich in het bijzonder tegen den persoon richt en in burgerlijk recht, dat rechtsherstel geeft door executie op het vermogen van den schuldenaar. „Es ist die erste”, zegt HORTEN (1) „wenn auch schwache, vielleicht ihrer selbst nicht bewusste Spur des Fortschritts in der Rechtsentwicklung, welche sich im ganzen Verlauf der Geschichte des Vollstreckungsverfahrens als allmähliche Loslösung der Execution vom Willen des Executen darstellt; während früher nie eine Zwangsvollstreckung denkbar war, welche nicht nach jeder Richtung mit der peinlichsten Schonung der persönlichen Freiheit nur durch den Willen des Schuldners hindurch, den es deshalb einzig und allein zu beugen galt, realisiert wurde: beginnt sich die erstarrende Staatsgewalt von dieser übertriebenen Rücksicht auf das Individuum zu emancipieren.

Es spiegelt sich darin nicht nur das erwachende Bewusstsein eines Staatsinteresses an der Rechtsdurchsetzung, wie wir es schon oben an einer Reiche von Normen in seiner Entstehung zeigten, sondern auch die Erkenntniss einer über aller Einzelfreiheit zu achtenden Staatsexistenz — eben mit darum überlegenen Staatsinteressen, wozu auch Bändigung des Unrechts durchs Recht gehört; und es ist hie für characteristisch, dass die von jenem Bewusstsein und dieser Erkenntniss getragenen Normen zunächst in den Capitularien zum Ausdruck kommen: als den unmittelbaren Emanationen des eben im König verkörperten Staatswesens”. En dan verder,

(1) l. c. blz. 141.

teekenend voor den hier gevoerden strijd: „und“ (1) auch da wollen wir, noch bevor wir in diese nächste Entwicklungsphase eintreten, einen charakteristischen Zug betonen, den wir schon bei Besprechung der *lex Ribuaria* trotz ihrer spätern Entwicklung noch als vorherrschend erkennen konnten: d. i. der Schein der Fiction, als ob man noch mit Wahrung aller Individualfreiheit am alten Personalzwang, bloß durch Versuche, den Willen zu beugen im Vollstreckungsverfahren festhielte, während versteckt und gedeckt dadurch in der That die directe Execution immer mehr an Terrain gewann. Und da nun hätten wir einen Zwiespalt bloßgelegt, an dem noch Jahrhunderte lang die deutsche Rechtsentwicklung krankt, und in dem sie wunderlich krause Gebilde, krankhaft wie ihre krankhafte Wurzel, hervortreibt: d. i. der Zwiespalt zwischen dem nur zu oft unbewusste Drang der fortgeschrittenen Verhältnisse nach realer Befriedigung durch unmittelbare Zwangsvollstreckung und dem allzu selbstbewussten Freiheitssinn der Germanenstämme, welcher wie ein hereditäres Urväter-Vorurtheil den energischen Zug der praktischen Rechtsentwicklung hemmte. Man sah wohl auch, dass der Schleier nothgedrungen manchen Riss bekam, aber statt nun das durchlöchernte Scheinprincip zu beseitigen, wollte man doch noch die ehrwürdig alten Reste wahren. Ich sage das schon hier, damit nicht oft im folgenden eine gesuchte Consequenz vermisst werde, weil sie oben überhaupt nicht zu finden ist. Denn wie oft kann auch hier nur der wirkliche Wirrwarr, genau verzeichnet, geschichtliche Klarheit liefern, während eine gezwungene Zurechtlegung, gefällig einheitlich, zum Prokrustesbett der Wahrheit wird.“ En ten slotte geeft HORTEN in zijn niet

(1) l. c. 143.

altijd even heldere, maar scherpzinnige (1) uiteenzetting ein „Rückblick“ (2) damit daraus die thatsächliche principale Zuspitzung des Strafrechts in seinen Sanctionen auf die Person als Pönobject, und als Kehr Bild eben dessen Abkehrung vom Vermögen erhelle. Und da nun genügt es nebst einer kurzen Rückerinnerung daran, dass sich die Activierung der passiven Achtgefahren zu wirklichen Strafen, die sich wie ein rother Faden durch die ganze Skizze zieht und auch jedesmal hervorgehoben worden ist: bei Todesstrafe—Verbannung—Kerker, dass diese Activierung eben als acute Zuspitzung der unsprünglich Gut und Blut umfassenden Einheitssanction wider alles Unrecht zur Pön wider die Person zu Tage tritt, und nebst der Rückerinnerung, dass auch hiebei schon die Quellensteller ausdrücklich die Negative betonen, das Vermögen verfallt nicht mit — *res tamen suas non amittat* in den verschiedensten Wendungen: da genügt es nebst dem nur ein Normcitat beizubringen, das geradezu die hier bezielte charakteristik *ex officio* zu bezwecken scheint — § 6 des C. KAROLI M. ex 804/13 de latronibus: *Sive liber sive ecclesiasticus sive cuiuslibet servus qui ad mortem de iudicatus fuerit, de rebus suis non expropriantur, sed domino suo aut infantibus aut propinquis heredibus reserventur, quia nobis dignum non videtur, quod postquam morti tradetur, ut dominus eius aut infantis aut propinquis heredibus suis perdat rebus, quia nihil amplius ultra se ipsum perdere debeat.*

Toch was die z.g.n. „Criminalisering der Personal-execution“ in Frankrijk ten tijde van Lodewijk den Heiligen, toen men wellicht van een nieuw tijdperk in

(1) Zie FOCKEMA ANDREÆ'S aankondiging van Horten's boek in Rechtsgeleerd Magazijn XIV blz. 602.

(2) l. c. 183.

de geschiedenis van den lijfswang mocht gaan spreken, nog niet zoover gevorderd, dat dezen een échec bespaard bleef. Meenende door één handwending, wat eeuwen niet hadden uitgewerkt, te kunnen bewerkstelligen, verbood hij in een ordonnantie van 1254 de gevangenneming van schuldenaren, uitgezonderd voor schulden, den Vorst of den Staat verschuldigd, terwijl nu alleen zakelijk arrest zou zijn toegelaten. Ontduiking was het antwoord op die verbodsbepaling; vooral voor den handel werd de noodzakelijkheid van den lijfswang ingezien; geleidelijke intrekking van het verbod, voldongen door de ordonnantie van MOULINS van 1566, was het gevolg. In 1667 maakte Lodewijk XIV het instituut weer tot uitzondering, door beperking der daarvoor vatbare vorderingen in twee klassen: „lorsque l'intérêt public se lie à l'intérêt du créancier”, en „lorsque la conduite du débiteur, qui ne satisfait pas à ses engagements, prend le caractère d'un délit ou d'une faute grave” (1). Door als een „débiteur malheureux et de bonne foi” de weldaad der cessio bonorum te aanvaarden, kon de schuldenaar bovendien bevrijd worden. Het strafrechtelijk karakter trad, ook daardoor weder zoodanig op den voorgrond dat een Fransch schrijver (2) in allen ernst het voorstel kan doen, de beslissing over toelating van lijfswang naar het politiegerecht te verwijzen.

Slechts een paar maal opgeschort, bleef tot aan de revolutie die regeling bestaan.

De wet van 16—24 Augustus 1790, (art. 5 titel XII), welke rechtbanken van koophandel instelde, hield nog in, dat lijfswang zou kunnen gehandhaafd blijven „pour l'exécution de tous leurs jugements”. Bij decreet

(1) SCHMÖLDER l. c. 18.

(2) Crivelli, de la contrainte par corps.

van 9 Maart 1793 gelukte het eindelijk, en ook toen niet dan na hevig verzet, aan de mannen der revolutie den lijfswang in civiele zaken afgeschaft te krijgen; daar men evenwel de noodzakelijkheid van vervolging voor zekere uitzonderingsgevallen gevoelde, belastte de Conventie haar commissie voor de wetgeving haar te dier zake onverwijld rapport uit te brengen en reeds vanaf 30 Maart van hetzelfde jaar, waren de „dépositaires et comptables des deniers publics” aan lijfswang onderworpen voor hunne verschillende verplichtingen tegenover den Staat. In weerwil der levendige bezwaren, die tegen de opheffing waren geopperd, bleef die nog gehandhaafd tot aan 24 Ventôse an V. Toen herstelde eene wet den lijfswang binnen de grenzen der vroegere wetgeving. De wet van 24 Ventôse an V werd vervangen door die van 15 Germinal an VI, die een soort wetboekje over deze materie vormde, voorlooper van den code civil, die betrekkelijk spoedig daarop volgde. Hoe het lot dier bepalingen daarin geweest is, weet men. Van eenstemmigheid omtrent deze materie was wel nooit sprake. Na eenige pogingen tot verbetering in 1815, de indiening van twee ontwerpen 1817 en een in '32 tot wet verheven verzachting brengend ontwerp 1829, kwam er schijnbare rust. Want de aanvallen zouden, kwam er gelegenheid, weer beginnen. Een Decreet van 9 Maart 1848 hief dan eindelijk de uitvoering voorloopig op, totdat de Nationale Vergadering, die in Mei van dat jaar moest bijeenkomen, zich over handhaving of opheffing van den lijfswang had uitgesproken. Bezwaren daartegen bleven niet uit en de werking van het opschortende Decreet nam een einde door afkondiging der wet van 13 December '48, die de vroegere wetgeving op den lijfswang in werking bracht, met toevoeging van nieuwe verzachtingen. Maar nieuwe pogingen tot afschaffing moesten geschieden. Reeds in 1855

vond een Commissie uit het Corps législatif het noodig de wenschelijkheid van behoud van het rechtsmiddel tegen gedane aanvallen te betoogen; in de troonrede waarmede de zitting van het Fransche Parlement op 15 Februari 1865 geopend werd, kondigde NAPOLEON III daarentegen afschaffing aan van „la contrainte par corps en matière civile et en matière commerciale”, door hem aangeduid als een „innovation qui n'est cependant que la réapparition d'un bien ancien principe. Des les premiers siècles de Rome, ou avait décidé que la fortune et non le corps du débiteur répondrait de la dette”. Het ontwerp kwam, en werd, na een ongunstig onthaal bij de commissie uit het corps législatif te hebben, in 1867 daar met 136 stemmen vóór en 92 tegen, en in den Senaat met 53 tegen 46, dus op beide plaatsen na enormen strijd, aangenomen (1).

En zoo zijn we reeds verder, t. w. bij de afschaffing in Frankrijk, dan we wezen wilden: de invoering bij ons. Intusschen, de cirkelgang, die het instituut van den lijfswang de geheele geschiedenis door gemaakt heeft, zou zeker onvoldoende beschreven zijn, indien die laatste boog eraan ontbrak. Op de opneming in onze codificatie valle echter vooreerst nog eenig licht. Mr. EYSSELL zei dat die geschiedde zonder aarzelen. Een kleine bedenking is daartegen o. i. wel aan te voeren. De mondelinge behandeling werd immers ingezet met een redevoering van den heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, die o. m. opmerkte (2): „De lijfswang, van welken de onderwerpelijke Titel van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging handelt, is een onderwerp in de regtspleging, hetwelk ten hoogste de oplettendheid van den wetgever

(1) BICHON l. c. 287—323.

(2) NOORDZIEK I, 223.

verdient; het geldt hier aan de ééne zijde de personeele vrijheid, aan de andere zijde de zekerheid voor wettige schuldeischers. Zoozeer als de wet beschermend behoort te zijn voor ongelukkige, maar eerlijke schuldenaren, evenzeer moet zij den wettigen schuldeischer beveiligen tegen de listigen van kwaadwillige schuldenaren, welke er op uit zijn om zich aan het betalen hunner schulden te onttrekken, en tot dat einde hunne goederen verduisteren en buiten bereik stellen; de persoon van de zoodanigen moet door de wet kunnen worden getroffen, omdat zij niets dan hun persoon onder het bereik der wet gelaten hebben. Wanneer ik nu hieraan den onderwerpeliĳken Titel toets, dan mis ik hier die zorg voor de personeele vrijheid, die van oude tijden af een gewigtig bestanddeel onzer zeden heeft uitgemaakt. Ik vind daarentegen het Fransche stelsel behouden, volgens hetwelk men de executie op persoon en goederen tegelijk kan beginnen, zonder onderscheid of de laatste toereikend zouden zijn of niet, om het bedrag van het vonnis met de kosten te kunnen voldoen". Of nu de Heer BEELAERTS VAN BLOKLAND alleen stond in zijn verzet tegen titel V, welke met 58 tegen 18 stemmen werd aangenomen, of dat de tegenstand voor het grootste deel daaraan moet worden toegeschreven dat er ook enkele leden waren die, zooals de heer LEMKER (1) bezwaar hadden tegen het van rechtswege ophouden van lijfswang na 5 jaren, of die zooals de Heer VAN DE POLL (2), uitbreiding tot burgerlijke schuldvorderingen verlangden, valt niet te zeggen. Of het verzet tegen de opneming van het instituut slechts bij een lid of bij meerdere zijn grond vond in het gemist worden van zorg voor de personeele vrijheid,

(1) l. c. 227.

(2) l. c. 236.

staat evenmin vast. Te zeggen dat het instituut werd opgenomen in onze codificatie zonder aarzelen gaat echter in ieder geval te ver. Eenige tegenstand werd zeker ondervonden.

Toegegeven mag worden dat in ieder geval de meerderheid blijk gaf den lijfswang niet te willen missen en wel voornamelijk dat men het instituut „bepaaldelijk voor den handel vrijwel onmisbaar en onontbeerlijk voor het crediet” achtte. Bewijs van het overwegen, van speciaal dit motief nu niet voor de invoering maar voor de handhaving van het instituut werd meer dan overvloedig op de Juristenvergadering van 1874 geleverd. Hetzij dat men met den heer TIJDEMAN (1) daarvoor aanvoert de omstandigheden „nu de bezittingen in portefeuille zulk een verbazenden omvang hebben gekregen,” of met den Heer KARSTEN (2) een beroep doet op de richting van den tijd op het gebied van handel en verkeer, er niet toe strekkende het executoir maken van de vonnissen in het vervolg te verbeteren, daar „overal toch het streven daarop (is) gericht, om alle transactien gemakkelijker, sneller en eenvoudiger te maken en de goederen zoo ongemerkt van de eene hand in de andere overgaan), dat het niet mogelijk is die wisselingen na te gaan,” of met den Heer ELJSSELL (3) naast mobilisatie van goederen ook op die van personen, hetzij dat men met den Heer GOUDSMIT (4) ter verdediging in het algemeen naar het belang van het openbaar vertrouwen” verwijst, overal en steeds heeft het instituut uit dien hoofde en niet anders dan uit dien hoofde aanbeveling gevonden. Wan-

(1) Handelingen Ned. Juristenv. II 23.

(2) L. c. 32.

(3) L. c. 41.

(4) L. c. 25.

neer dan ook door den Heer ELJSSELL (1) wordt opgemerkt dat „des koopmans wetenschap, dat wie niet beetgepakt kan worden in zijn goed blootstaat aan beetgepakt worden aan het lijf gedurende de eerste drievierden der vorige eeuw (is) aangemerkt, en blijft in heel wat handelskringen aangemerkt als onontbeerlijk voor het crediet,” dan is daartegen niets in te brengen dan misschien alleen wel dit eene: bewijst dit nu juist wel voor de juistheid van zijne stelling? Dat de belangen van verkeer en crediet tot invoering in onze codificatie hebben geleid en dat zij evenzeer tot de niet-afschaffing van den lijfswang het hunne bijdroegen, sterker, dat men in gebreke is gebleven, zooals o. a. niemand minder dan de Heer de SAVORNIN LOHMAN (2) in de Juristenvereeniging opmerkte, aan te toonen, „op welken zedelijken grond dat middel steunt,” pleit dit voor hetgeen Mr. ELJSSELL wil bewijzen, logenstraft het WILDE's verklaring? Nu zou men het beroep op de Juristenvereeniging, als niet geheel officieel, kunnen verwerpen, waar dan toch echter tegenover zouden moeten staan geheel anders gemotiveerde voorbeelden van verdediging van het behoud van het instituut. Men zal daarbij dan toch immers moeilijk kunnen aankomen met de woorden van Minister MODDERMAN toen deze, bij de begroting van Justitie voor 1880 gevraagd, hoe Z. E. over afschaffing van den lijfswang dacht, antwoordde: „Niets zou de Regeering aangenamer zijn dan tot algeheele afschaffing het voorstel te kunnen doen. Er zou echter nader onderzoek noodig zijn om haar de overtuiging te schenken dat dit mogelijk is.” Of met hetgeen dezelfde minister bij de discussies, op 2 en 3 December 1879 in de Tweede Kamer over die begroting gevoerd, opmerkte:

(1) Themis, l. c.

(2) Handelingen J.v. II 70—71.

„De quaestie van de afschaffing van den lijfswang laat zich in *utramque partem* bepleiten. Ik wil wel erkennen, dat de argumenten vóór de afschaffing mij zeer toelachen maar ik ben nog niet heen over het bezwaar, ingeval van faillissement. Ik vrees (misschien dwaal ik, en dan zal het mij aangenaam zijn morgen wijzer te wezen dan heden) dat, wanneer men den lijfswang afschaft, de voornaamste prikkel voor den koopman, die opgehouden heeft te betalen, om zich zelf als failliet aan te geven, zal verdwijnen.” „De overtuiging te schenken dat dit mogelijk is” zijn woorden die trouwens weer sterk aan de belangen van verkeer en crediet doen denken, waarop wij zoo aanstonds weer terugkomen.

Thans — in aansluiting met de woorden van Minister MODDERMAN — even naar het faillissement gekeken. „En tot op de invoering” merkt Mr. EIJSELL op, „nu negen jaren geleden, van de Faillissementswet, kon na geregelijke verklaring dat een koopman *buiten staat* is om zijne schuldeischers te betalen (vonnis van insolventverklaring) de lijfswang weder op hem worden toegepast: art. 588, 589,” Zeker, maar laat ons den nadruk liever verplaatsen; *nu* staat de zaak juist anders, want na afloop van het faillissement geldt *nu* de regel „*qui son habet in aere lua in pella*” allerminst. En hoe was het verloop van zaken? Zooals bekend bepaalde artikel 195 ontwerp Faillissementswet oorspronkelijk dat de schuldeischers na afloop van het faillissement al hunne rechten van executie herkrijgen *tegen den persoon* of op de goederen van hunnen schuldenaar. Het bezwaar daartegen in het Verslag (1) luidde

(1) BELINFANTE II 437; MOLENGRAAF Faillissementswet 57, die mededeelt dat zich ook de Kamers van Koophandel te Arnhem, 's-Gravenhage, Rotterdam en Schiedam tegen het voorgestelde art. 195 verklaarden.

aldus: „Wat echter den lijfswang betreft, in dit opzicht behoorde naar veler oordeel art. 195 wijziging te ondergaan. Alles, wat de debiteur bezit, is gearresteerd; de daarna toegepaste lijfswang zal derhalve niet meer treffen een onwilligen, maar een behoeftigen schuldenaar. Art. 16 baat hem niet, want ook in het daar bedoelde geval kan terstond de lijfswang op hem toegepast worden. Het hier aangenomen beginsel was, meenden deze leden, in lijnrechten strijd met dat, waarvan de lijfswang uitgaat, dat nl. de insolvente debiteur, tegen wien lijfswang is toegepast, daaruit moet ontslagen worden, indien hij aantoonst niet in staat te zijn te betalen”.

„Door anderen werd hiertegen opgemerkt, dat men ook thans vaak tot lijfswang zijne toevlucht neemt, niet alleen tegen een onwilligen, maar ook tegen een behoeftigen schuldenaar, ten einde diens familiebetrekkingen daardoor te nopen, hem hun geldelijken steun te verschaffen. In zoover konden deze leden dus geenszins toegeven, dat deze bepaling in strijd is met den aard van den lijfswang. Zij waren echter met eerstgenoemde leden van oordeel, dat het voorschrtft van art. 195 in zijn algemeenheid te streng moet geacht worden, en dat, blijft het bestaan, die strengheid door het behoud van de mildere bepalingen, in de artt. 890 en 891 Wetboek van Koophandel vervat, behoort te worden verzacht”. Naar *veler* oordeel is — dit in het voorbijgaan — wordt bij lijfswang dus van het beginsel uitgegaan, dat slechts de onwillige niet de onmachtige debiteur daardoor getroffen dient te worden. Een stelling, die, al wordt ze „door *anderen*” betwist, toch te denken geeft tegenover Mr. EYSSELL's standpunt. Maar, dit daar gelaten, de Regeering gaf de voorkeur aan de voor den schuldenaar meest milde oplossing, en sinds de invoering der Faillissementswet geldt dus wel degelijk, zoowel ingevolge artikel 33 als door het gewijzigde artikel 195 Fw.,

juist tegenover den minstbezittende uitsluitend de zedelijk dwingende kracht van het privaatrecht. Tegengeworpen kan worden dat dit, met den nadruk op den tijd van invoering, in confesso is, maar wanneer wij de zaak nu eens aldus bezien — en de praktijk kent die gevallen niet bij tien maar bij honderdtallen — met een dusdanig verloop: lijfswang, faillietverklaring met beëindiging van den lijfswang, beëindiging van het faillissement ingevolge art. 16 Fw., niet-hernieuwing van den lijfswang, dan past wel terdege een vermelding meer dan even in het voorbijgaan, ook al is dit verloop eerst sinds kort mogelijk. Want *feitelijk* is de lijfswang afgeschaft door de Faillissementswet. (1) Maar bovendien, te voren bestond een andere, niet door Mr. EYSSELL vermelde, analoge mogelijkheid: ontslag van den schuldenaar uit de gijzeling door boedelafstand, art. 596 3e Rv., toen, vóór de wijziging bij art. 5 der Wet ter invoering van de Faillissementswet, luidende: „door den vrijwilligen of gerechtelijken boedelafstand”. In tegenstelling met den thans nog overgebleven vorm, behoefde de vroegere, *gerechtelijke* boedelafstand niet de vrijwillige aanneming van de schuldeischers. „Om verschillende redenen werd deze instelling met de invoering der Faillissementswet opgeheven. Vooreerst omdat zij geen reden van bestaan meer had. Historisch toch was zij een middel tot behoud van de persoonlijke vrijheid, in de middeleeuwen in het bijzonder ten dienste staande van hen, op wie het faillissement niet toepasselijk was.

(1) Hetgeen nog meer beteekenis heeft gekregen door de jurisprudentie, aannemende dat lijfswang niet opnieuw kan worden toegepast voor dezelfde schuld, waarvoor de schuldenaar reeds gegijzeld is geweest, wanneer hij, in gijzeling gesteld, daaruit is ontslagen tengevolge van het in gewijsde gaan van het vonnis van faillietverklaring (o. a. Utrecht 24 Juli '99 W. 7815).

Krachtens de nieuwe wetgeving nu is het faillissement toepasselijk op een ieder en brengt dit vanzelf ontslag uit de gijzeling mede (zie art. 33 Faillissementswet). Daarenboven werd naar art. 720 Rv. de gerechtelijke boedelafstand reeds als een faillissement behandeld en waren de gevallen van dien afstand zeer zeldzaam, zoodat ook destijds aan de instelling weinig behoefte scheen te bestaan" (1).

Maar al was de toepassing zeldzaam, en al bleek aan de instelling weinig behoefte te bestaan, het bestaan van een middel tot behoud van de persoonlijke vrijheid, het daarin voorgelegde beginsel in het bijzonder is wèl teeknend.

We zagen de historische wording van het instituut: Hoe in den Romeinschen tijd bij de *lex Julia de cessione bonorum*, waarbij het zuiver civielrechtelijk instituut van den lijfswang nog een strafrechtelijk karakter kreeg, een aanvang werd gemaakt met den fatsoenlijken schuldenaar in den vrijwilligen afstand van zijn vermogen een middel tot bevrijding van den lijfswang te geven; hoe door de receptie van het Romeinsche recht bij de Germanen de strafrechtelijke gedachte werd binnengeworpen om door middel van de *cessio bonorum* de lijfswang tot den onbetrouwbaren schuldenaar te beperken; hoe, vooral bij de Franken zich een duidelijke neiging tot splitsing vertoont van het recht in strafrecht, dat zich in het bijzonder tegen den persoon richt en in burgerlijk recht, dat rechtsherstel geeft door executie op het vermogen van den schuldenaar; hoe in Frankrijk onder Lodewijk XIV de *cessio bonorum* opdook voor den „*débiteur malheureux et de bonne foi*”, die daar-

(1) Mem. v. Toel. op art. 2 ontwerp der wet tot invoering faillissementswet aangehaald bij VAN ROSSEM. Rechtsvordering blz. 729.

door bevrijd kon worden. Steeds, hetzij afzonderlijk, hetzij in verband met het geheele rechtskarakter van den tijd van optreden, zagen we de door het strafrecht gespeelde rol meer of min duidelijk uitkomen. En wat trof nu ook bij de behandeling van het instituut van den lijtsdwang op de Juristenvereniging? De Redactie van het *Weekblad van het Recht* (1) zei het reeds bij hare aankondiging van het proefschrift van den heer BICHON VAN IJSSELMONDE dat op de beslissing van de vraag der al of niet afschaffing van den lijtsdwang aldaar, ongetwijfeld invloed (had) de omstandigheid, dat de zuiverheid der beraadslagingen had geleden door de inmenging van het bestanddeel: „is lijtsdwang nu straf?” Aan deze vraag was òn in de prae-adviezen òn bij de discussiën eene te ruime plaats toegekend, daar het volstrekt niet tot de onmogelijkheden behoort, dat onder de voorstanders van de afschaffing niet weinigen werden gevonden, die daarom niet zouden toegeven, dat *iedere* vrijheidsberoving is eene straf, al kan van *deze* vrijheidsberoving met volkomen gerustheid worden verzekerd, dat zij *als straf werkt*. Kenschetsend waren bij de discussiën de woorden van den Heer SWART, die tegenover Mr. LEVY's motiveering van lijtsdwang als straf, omdat hij bestaat in de vrijheidsberoving, herinnerde aan de preventieve hechtenis, de opsluiting van krankzinnigen (2), waaraan later nog werd toegevoegd de aanhouding van personen wier uitlevering werd gevraagd, de opsluiting van een minderjarige op aangeven van zijn vader, allen als voorbeelden van gevallen van vrijheidsberoving die geen straf zijn. Merkwaardig in het bijzonder, naast uitingen dat lijtsdwang geen straf

(1) no. 5411.

(2) Handelingen Ned. Juristenv. 1874, II 18.

is omdat er geen misdrijf is (1) en omdat straf alleen uitgevoerd kan worden door publiek gezag, de pittige rede van den Heer MODDERMAN — te merkwaardig om die hier niet gedeeltelijk te citeeren — die er zeide prijs op te stellen, „dat van de stelling van den praeadviseur: „lijfswang is eene straf” niets overblijve in dit debat. Hij zelf zal dit goed vinden, denk ik „want door die valsche stelling loopt hij gevaar zijne zaak te bederven, al ware zij overigens nog zoo goed. De praeadviseur heeft thans vier nieuwe argumenten aangewend. Het eerste argument was dit: lijfswang is eene straf omdat hij berust op miskennis der persoonlijke vrijheid. Ik geloof, dat de Heer LEVY mij dadelijk zal toegeven dat het woord „miskennis” was een *lapsus linguae*. Ik kan toch niet veronderstellen, dat hij zich, aan een *petitio principii* zou hebben willen schuldig maken. Het eenige wat hij als erkende waarheid kan hebben willen vooropzetten, is dit, dat lijfswang in zich sluit eene *beperking* van de persoonlijke vrijheid. Het eerste argument is dus blijkbaar gegrond op dezen *major*: „alles wat in zich sluit beperking van de vrijheid is eene straf,” welnu, maar dan plaats ik onder dien *maior* als *minor* de onloochenbare stelling: het huwelijk sluit in zich beperking van de vrijheid, en als *conclusie*: derhalve is het huwelijk eene straf! Een tweede argument was: hij is eene straf *omdat* een lid van de rechterlijke macht, wanneer hij gegijzeld is, op dien grond kan worden afgezet. Deze redeneering heeft onloochenbaar dezen *major* tot grondslag: alles wat grond is tot afzetting van een lid der rechterlijke macht, is eene straf. Dien *major* van den Heer LEVY aannemende, plaats ik er als *major* deze onloochenbare stelling onder: zeventigjarigen leeftijd en

(1) eodem 71.

gebleken ongeschiktheid zijn een grond tot afzetting, en kom dan tot de conclusie: derhalve is het bereiken van den zeventigjarigen leeftijd en gebleken ongeschiktheid een straf! Niet alleen dat getrouwd zijn en het bereiken van een eerwaardigen leeftijd in het stelsel van mijn bestrijden, eene straf is, wij moeten verder gaan. Het derde argument is: lijfswang is eene straf, omdat hij een grond is tot weigering van de uitlevering.

Indien die redeneering juist is, even juist is dan het volgende syllogisme: alles wat een grond is tot weigering der uitlevering, is eene straf; de hoedanigheid van Nederlander is een grond tot weigering van de uitlevering: de hoedanigheid van Nederlander is eene straf!" De Heer LEVY vond deze poging over de stelling „lijfswang is eene straf" uit het debat te elimineeren evenwel zoo ongewenscht dat hij niet alleen inging op deze syllogismen waar zelfs nog in zijn slotwoord, waarop onmiddellijk stemming is gevolgd, nieuwe bewijsgronden — die overigens hier voor ons onverschillig zijn — trachtte bij te brengen. Gerust mag derhalve wel worden aangenomen dat de ontkennde beantwoording der vraag of lijfswang moest worden afgeschaft door dit element in meer dan gewenschte mate beïnvloed is.

Maar al zou *dit* eenigszins het verloop op de Juristenvergadering verklaren, men heeft het o. a. aan het vraagstuk der voorwaardelijke veroordeeling, in 1890 aldaar zoo geheel anders ontvangen dan in 1901, gezien, dat een eenmalig votum alleen een inderdaad gewilde oplossing niet tegenhoudt. En zoo zou ook hier ongetwijfeld, wanneer de rechtsovertuiging intusschen zoodanig gewijzigd was dat het instituut nu allerwegen, algemeen en volkomen als een hinderlijke, ondragelijke last zonder lichtzijden werd beschouwd, hetzij in den engeren Juristenkring, hetzij dadelijk in de volksvertegen-

woordiging gelegenheid tot herbehandeling hebben plaats gevonden. Veilig mag dus, ook daarom nog te meer, met Mr. EYSELL worden aangenomen dat, en wel juist in de kringen van handel, verkeer en crediet, een dergelijke overtuiging nog wel allerminst te constateeren valt.

Minstens twijfelachtig echter blijft voor ons de daaruit door Mr. EYSELL getrokken conclusie, dat dit en wel a fortiori pleit tegen de stelling dat tegenover wie niet bezit de nakoming van civiel-rechterlijke verbintenissen alleen gewaarborgd zou zijn door de zedelijk dwingende kracht die van het privaatrecht uitgaat. Juist waar het slechts is een eenzijdige, zij het dan veelbeduidende, macht die den lijfswang noodig heeft, staat o. i. dit instituut neutraal tegenover WILDE's verklaring. Nu worde niet tegengeworpen de wèl-afschaffing in andere landen, vooral in Frankrijk en Duitschland. De beknopte geschiedenis der afschaffing in Frankrijk kennen wij; we weten, dat in 1793, voor het eerst, daarna in 1848 en ten laatste in 1867 door NAPOLEON III afschaffing verkregen werd. Zonder het nu voor te stellen alsof de ondervinding telkens de onmisbaarheid van den lijfswang heeft geleerd, gaat het nu toch wel niet aan om, zooals door Mr. BICHON VAN YSSELMONDE geschiedde, absoluut geen waarde aan die jaartallen te hechten en den tijd als van geen belang geheel en al uit te schakelen op den enkelen grond dat, „wat toen krachtens valsche theorieën verdedigd werd, op andere, juiste gronden (*kan*) (1) steunen”. Men moet, zeer zeker den door hem — bij *zijne* redeneering onbegrijpelijkerwijze! — met instemming aangehaalden COQUELIN bijvallen, wanneer die zegt: „Dans les deux cas (1793 en 1848) on avait agi par entraînement et par passion

(1) Wij cursiveeren.

plutôt qu'on ne s'était déterminé par des motifs solides" (1). En wat het initiatief van NAPOLEON betreft, mag nog wel eens worden herinnerd dat deze in 1865, geneigd om het onrustig geworden volk concessien te doen, maar een beperking van zijn Keizerlijk prestige gevaarlijk vindende, de vraag van staatsrechtelijk op civielrechtelijk gebied overbracht en zoo tot zijn voorstel kwam onder het motto van verhooging van den waarborg voor de individueele vrijheid (2).

Nu nog een stukje Duitsche geschiedenis. De opheffing van den lijfswang werd in de Juristenvergadering van 1863 behandeld; van de beide prae-adviseurs was toen de eene (CALM) voor, de andere (PRINKER) tegen de opheffing; slechts een kleine minderheid sprak zich ten slotte uit voor de conclusie dat lijfswang niet als dwangmiddel voor de ten uitvoerlegging van vonnissen mag worden toegelaten. Dat ook de regeering er toen nog niet aan dacht het instituut op te heffen moge blijken uit het feit, dat wel een ontwerp civiel-proces 1864 een hervorming naar Fransch model voorstelde, maar o. a. de regeerings-commissaris in '66—'67 in de volksvertegenwoordiging, daarbij onder meer verwijzende naar een enquête over de verschillende rechtbanken gehouden, mededeelde, dat voor het oogenblik eene verdere beslissing zou afhangen van verdere ervaringen omtrent de toepassing van bestaande wetten en van het resultaat van beoordeeling van het ontwerp. En nadat nu op 22 Januari 1867 het Huis van Afgevaardigden daarop besloten had tot de orde van den dag over te gaan, zou men niet voorspeld hebben dat de lijfswang in Duitsch-

(1) BICHON l. c. 297. Dictionnaire de l'économie politique publié sous la direction de M. M. CH. COQUELIN et GUILLAUMIN Bruxelles.

(2) SCHMÖLDER l. c. 20.

land zoo spoedig tot het verleden zou behooren. En toch reeds op 28 Mei 1868 nam de Rijksdag van den Noord-Duitschen Bond een de opheffing van het instituut inhoudend voorstel aan, hetwelk als wet den datum van 29 Mei 1868 draagt.

Hoe die omkeer nu te verklaren is?

„Es ras't der See und will sein Opfer haben", kreeg de afgevaardigde MEYER te hooren, toen hij die vraag tot een collega richtte (1). En inderdaad leek de openbare meening toen, ingevolge de troonrede van Keizer Napoleon en talrijke de woorden van den Franschen heerscher herhalende courantenartikels een „rasender See". Alle met het veroordeelend vonnis strijdende oordeelen werden toen, zooals dit dan gaat, neergehouden of onder sophismen begraven. Maar, ook volgens SCHMÖLDER, zou die ommekeer mede samenhangen met het voorstel tot afschaffing der woekerwetten op 14 November 1867 wet geworden. De economische vragen, die daarbij ter sprake kwamen, schenen wel boven het vermogen van een deel der wetgevende factoren te staan. Men was te eerlijk om, niettegenstaande dat, het hun onsympathieke voorstel te bestrijden en meende daarom ten minste op een verlamming der slechte gevolgen door een gelijktijdige opheffing van den lijfswang te moeten aansturen; deze redeneering werd gevoerd: „Will man ein Gläubiger befreien, so soll auch der Schuldner befreit sein. Der Aufhebung der Wuchergesetze entspricht die Aufhebung der Schuldhafte." Zoo zei o. a. afgevaardigde REICHENSBERGER: „Endlich aber musz ich auch die Aufhebung der Wuchergesetze als ein Moment bezeichnen, welches gebietet, auch die Aufhebung der Schuldhafte auszusprechen, ungeachtet des Widerspruchs des Herrn

(1) SCHMÖLDER l. c. 21—23.

Vorredners. Denn nachdem die Wuchergesetze die Höhe des Zinssatzes unter dem Titel der Assekuranzprämie für die mehr oder weniger wahrscheinliche Rückzahlung freigegeben haben, würde es eine zweifache Begünstigung des Capitales sein, wollte man noch nachträglich die persönliche Freiheit des Schuldners dem Gläubiger nachwerfen, der vielleicht bereits 50 Procent durch Richtern sich hat zuerkennen lassen". (1)

Dat de meerderheid, die ten slotte voor de opheffing van den lijfswang te vinden was, uit zeer verschillende elementen bestond, behoeft dus wel geen betoog.

Noch de geschiedenis der afschaffing in Frankrijk noch die in Duitschland mogen o. i. derhalve worden tegengeworpen.

En wat blijkt ons dus ten slotte?

Vooreerst dat de opneming van den lijfswang in onze codificatie niet geheelenal zonder aarzelen plaats had; dat het feit der opneming, evenals dat der handhaving, speciaal geschied in het belang van handel en crediet, het instituut op zich zelf neutraal doet staan tegenover WILDE's verklaring; dat reeds vóór de Faillissementswet het instituut van den boedelafstand een achterdeurtje opende; dat het verloop van zaken, speciaal de behandeling in de Juristenvereniging, geen grond geeft de niet-afschaffing aan te voeren als bewijs der onjuistheid van WILDE's stelling; eindelijk dat vanaf het bestaan der Faillissementswet van *feitelijke* afschaffing van het instituut mag worden gesproken.

H. L. A. VISSER.

(1) Die Verhandlungen des norddeutschen Reichstages über die Aufhebung der Schuldhaf von TH. LESSE 1868 blz. 45 v.

**Proeve van eene regeling tot vervanging
van het rolproces.**

Ieder die de beraadslagingen van de Juristenvereeniging in 1907 heeft bijgewoond of het verslag daarvan gelezen moet wel de overtuiging hebben verkregen dat eene wijziging van den gang van ons burgerlijk proces dringend noodig is; niemand heeft den tegenwoordigen toestand verdedigd; de strijd liep slechts over deze vraag, of al dan niet het voorbeeld van Oostenrijk moet worden gevolgd, waar met de lijdelijkheid van den rechter ten eenenmale werd gebroken en de leiding van het proces bij den rechter werd overgebracht. Zij die tegen eenige der voorgestelde vraagpunten hun stem uitbrachten deden dit alleen omdat zij dat Oostenrijksche stelsel niet wilden.

Waar ten gevolge van het besluit der Vereeniging eerlang een ontwerp in die richting van de daartoe benoemde Commissie te wachten is en ik tot hen behoort die zich met die richting niet kunnen vereenigen, achtte ik het mijn plicht de in de vergadering te Groningen door mij aangegeven denkbeelden tot vervanging van ons rolproces te belichamen in de hieronder volgende proeve van herziening van de artikelen 135 tot en met 151 van ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en van eenige daarmede samenhangende artikelen; slechts dan toch wanneer men de regeling uitgewerkt voor zich ziet, kan men zich er voldoende rekenschap

van geven of hetgeen men zich heeft gedacht ook in de praktijk uitvoerbaar is ; alleen dan kan men ook anderen daarvan overtuigen.

Ik stel echter uitdrukkelijk op den voorgrond dat ik slechts wensch te geven eene proef, die geene aanspraak maakt hetzij op volledigheid hetzij op zorgvuldige woordenkeus, eene proef, die alleen beoogt aan te toonen dat mijne denkbeelden praktisch uitvoerbaar zijn, voorts dat ik de herziening waarvan ik die proef ontwierp, opzettelijk heb beperkt tot de vervanging van het rolproces, omdat niettegenstaande al het kwaad dat van dit rolproces werd gezegd en hoewel het bij niemand verdediging vond, zoodat tot toelichting van de noodzakelijkheid van de afschaffing daarvan ik eenvoudig naar de gevoerde beraadslagingen kan verwijzen, toch de ernstige vrees door mij gekoesterd wordt dat dit rolproces bij eene eventueele herziening alle kans heeft behouden te blijven, als niet afdoende wordt aangetoond dat het zonder gevaar kan verdwijnen.

Zoo heb ik mij niet bezig gehouden met de vraag, of het verbod van art. 134 al dan niet moet worden gehandhaafd en zoo ja soms beperkt, noch met die of de voorschriften omtrent de beteekening van de namen der te hooren getuigen en de daarbij in acht te nemen termijnen moeten behouden blijven, noch met die of de bepalingen van ons art. 147 ten aanzien van het in het geding brengen van stukken wel voldoende waarborgen dat de tegenpartij daarvan behoorlijk kennis kan nemen ; zoo heb ik niet belichaamd mijn denkbeeld dat uitdrukkelijk de bevoegdheid aan den rechter moet worden gegeven om de afschriften der genomen conclusiën aan het vonnis te hechten en in het vonnis daarnaar te verwijzen met het gevolg dat de inhoud geacht wordt in het vonnis te zijn opgenomen, evenmin als andere

wellicht wenschelijke wijzigingen, waarvan de regeling echter ten eenenmale onafhankelijk is van den te kiezen procesvorm evenals van het al of niet invoeren van het Oostenrijksche stelsel. Integendeel heb ik getracht zoo-veel mogelijk het bestaande te behouden en dit alleen pasklaar te maken aan de door mij gewenschte wijze van procedeeën, zonder dat daaruit mag worden afgeleid dat ik dat bestaande niet voor andere verbeteringen vatbaar acht.

Bij het ontwerpen der regeling van hetgeen in de plaats moet komen van het rolproces heb ik getracht, met volstrekte eerbiediging van de vrijheid van partijen om, voorzover zij het daarover eens zijn, den snelleren of langzamen voortgang van het proces te bepalen, er voor te waken dat zoodra eene der partijen behandeling met bekwamen spoed verlangt zij die ook kan verkrijgen. Dit wordt mijns inziens bereikt: 1°. door het verkrijgen van uitstel iets moeilijker te maken; nu wordt een uitstel verzocht op den dag zelf waarop moest worden geconcludeerd op de terechtzitting waarop men toch tegenwoordig moet zijn; bij bezwaar van de tegenpartij is het den rechter zeer moeilijk het uitstel te weigeren en geschiedt dat dan ook nimmer tenzij reeds vroeger een laatste uitstel was verleend, omdat de gevolgen van plotselinge weigering te bar zouden zijn, daar men in vijf minuten op de rol geen conclusie kan gereed maken; zooals ik de regeling wensch moet hij die uitstel verlangt, bij bezwaar van de tegenpartij, vóórdat de termijn verstreken is zich tot den rechter wenden, daarvan een incident maken, voor dat uitstel en in den regel daarvoor alléén naar de zitting gaan, en dat met de veel grooter kans dat als men geene ernstige gronden voor uitstel kan aanvoeren, alle moeite te vergeefs zal zijn. Het ligt voor de hand dat als die ernstige gronden niet aanwezig

zijn men liever, als de tegenpartij uitstel weigert, de conclusie zal gereed maken dan zich al dien last op den hals halen; 2°. door het mogelijk te maken eene zaak spoedeischend te laten verklaren ook buiten het geval dat de President de dagvaarding op korten termijn toestaat, en wel bij verschil door de Rechtbank. Eene der grootste schaduwzijden in mijn oog van de tegenwoordige regeling is dat, tenzij de zaak zoo grooten spoed eischt dat dagvaarding op korten termijn wordt toegestaan, alle onderscheid tusschen meer en minder spoedeischende zaken verdwenen is, wat uit den aard der zaak voor de meer spoedeischende zaken, als de gedaagde belang heeft bij vertraging, allerverderfelijkt heeft gewerkt; 3°. door een uitersten termijn te bepalen voor pleitdag en getuigenverhoor als eene der partijen afdoening wenscht.

Zonder twijfel zal men mij tegemoet voeren dat door de door mij gewenschte regeling het zoo dikwijls geschetste kwaad dat de praktizijns, tegen het belang der partijen in, elkander te veel uitstel verleenen niet zal worden opgeruimd. Ik antwoord dat ik daartoe ook geene poging heb aangewend (hoezeer ik zou verwachten dat reeds de omstandigheid dat de uitstellen door den procureur der tegenpartij worden toegestaan in plaats van zooals nu in elk geval door den rechter, een gunstigen invloed zou hebben, daar de procureur dan ook zal gevoelen dat hij ten volle verantwoordelijk is voor het door hem verleende uitstel), omdat, als dat kwaad inderdaad in die mate bestaat als wordt beweerd, het naar mijne stellige overtuiging moet en kan bestreden worden niet door wijziging van het procesrecht, maar door het bestaande of zoo noodig verscherpte toezicht op de praktizijns. Is een rechter overtuigd dat een procureur door het herhaald verleenen van uitstel de belangen van zijn cliënt benadeelt, niets belet hem,

hetzij op klacht, hetzij ambtshalve, desnoods na officieuse waarschuwing of inlichtingen te hebben gevraagd, zoo de rechter zelf bevoegd is, den procureur ter verantwoording te roepen, of anders eene klacht bij de bevoegde autoriteit te doen; het zou mij verbazen als bij onderzoek op die wijze van bepaalde gevallen, niet zou blijken dat de gevallen van benadeeling van den cliënt door zulke onbehoorlijke welwillendheid zeer zeldzaam zijn. In elk geval is het inderdaad niet noodig, om aan dat kwaad een einde te maken, aan den rechter de leiding van het proces op te dragen.

De door mij ontworpen artt. 143 en 146 veronderstellen voor eene behoorlijke toepassing dat elke week ten minste twee dagen voor die terechtzittingen worden bestemd, daar anders geene tijdige beslissing zou verkregen worden. Wordt de alléénrechtspraak bij de Rechtbanken ingevoerd, dan zeker zullen zulke geschillen daarvoor in de eerste plaats geschikt zijn; maar ook al blijft men aan het beginsel vasthouden dat de Rechtbanken altijd met drie rechters moeten beslissen, dan zal dat, ook in Rechtbanken waar niet geregeld twee zittedagen in de week zijn, geen bezwaar opleveren, omdat inderdaad die geschillen zich niet zoo dikwijls zullen voordoen (bij Rechtbanken met weinig zaken nog minder dan elders), op de Griffie steeds bekend is of zulk een geschil aanhangig is gemaakt en van daar de rechters tijdig kunnen worden gewaarschuwd. De regeling dier zittingen zou m. i. bij reglement moeten geschieden.

Bij de toelichting op de artikelen verwijs ik naar de bepalingen van ons geldend Wetboek.

De artt. 5, 75 en volgende redigeerde ik alleen met het oog op de behandeling voor de Rechtbank; voor het Kantongerecht zou de bestaande regeling moeten behouden blijven.

O N T W E R P.

Art. 5, n^o. 5. Den dag vóór welken de gedaagde procureur moet stellen; deze dag heet de rechtsdag.

Art. 8, lid 1. De dag van het exploit en de rechtsdag worden enz.

Art. 135. De procureur van den eischer doet de zaak op de rol inschrijven niet later dan twee dagen vóór den rechtsdag en legt daarbij over een door hem ondertekend afschrift der dagvaarding.

Indien hij in zaken, waarin de dagvaarding op korte termijnen gedaan is, dientengevolge niet in staat is aan dit voorschrift te voldoen, doet hij de zaak zoo spoedig mogelijk inschrijven.

Art. 136. De procureur, die voor den verweerder optreedt, verklaart dit in een daartoe bestemd register ter Griffie; heeft de procureur van den eischer de zaak nog niet doen inschrijven, zoo kan de procureur van den verweerder uiterlijk op den rechtsdag zulks doen onder overlegging van de aan den verweerder beteekende dagvaarding of van een door hem ondertekend afschrift daarvan. De verweerder wordt geacht zijne woonplaats te hebben gekozen bij dien procureur.

Indien er meer gedaagden zijn, kan ieder der gedaagden aan de medegedaagden bij deurwaarders-exploit doen aanzeggen dat de rechtsdag wordt vervroegd, met inachtneming van zoodanigen termijn tusschen het exploit en den vervroegden rechtsdag als waarop ieder hunner als gedaagde volgens de wet zou kunnen aanspraak maken. Wordt door meer dan één gedaagde niet gezamenlijk van het recht van anticipatie gebruik gemaakt, dan geldt met inachtneming van het in dit lid bepaalde de vroegste rechtsdag. Dit exploit wordt door den procureur der partij die het deed beteekenen niet later dan twee dagen

vóór den rechtsdag ter Griffie nedergelegd; de Griffier doet daarvan schriftelijk mededeeling aan den procureur van den eischer.

Art. 137. Tegen den verweerder voor wien zich daags vóór den rechtsdag geen procureur heeft gesteld wordt, nadat de procureur van den eischer de stukken ter Griffie heeft overgelegd, zoo spoedig mogelijk verstek verleend op de wijze en verder gehandeld, zooals in de zesde afdeeling van den eersten titel is bepaald.

Indien geene der partijen uiterlijk op den rechtsdag de zaak heeft doen inschrijven onder overlegging van het afschrift der dagvaarding, kan op die dagvaarding geen recht worden gedaan. De eischer zal den aanleg opnieuw kunnen beginnen.

Art. 138. Binnen vier weken na den rechtsdag neemt de procureur van den verweerder zijne met redenen omkleede conclusie van antwoord; ook vóór den rechtsdag kan hij zulks doen, mits hij reeds de verklaring van art. 136 hebbe gedaan en de zaak zij ingeschreven. Binnen vier weken nadat de conclusie van antwoord is genomen, kan de procureur van den eischer eene conclusie van repliek nemen, en binnen vier weken nadat die genomen is, de procureur van den verweerder eene conclusie van dupliek.

De procureur van den verweerder kan eens of meermalen aan den procureur van den eischer toestaan nog eene conclusie te nemen en kan dan telkens ook eene nadere conclusie nemen, waarvoor steeds dezelfde termijnen gelden.

Art. 139. Het nemen van conclusiën geschiedt door het nederleggen van twee door den procureur onderteekende afschriften daarvan ter Griffie, waarvan één exemplaar op denzelfden dag door den Griffier aan den procureur van de tegenpartij wordt overhandigd of toegezonden. De datum van nederlegging wordt door den

Griffier vermeld in het daartoe bestemd register en aangeteekend op beide exemplaren.

Art. 140. De procureurs kunnen elkander steeds of meermalen uitstel voor het nemen van eene bepaalde conclusie toestaan, waarbij steeds de dag waarop die conclusie moet worden genomen moet worden bepaald, bij gebreke waarvan het uitstel wordt geacht niet te zijn verleend.

Art. 141. De toestemming om nog meer conclusiën te nemen of in uitstel voor het nemen van eene conclusie wordt gegeven door het onderteekenen van eene daartoe strekkende verklaring in een daartoe bestemd register ter Griffie of door een brief van den procureur die de toestemming geeft, door hem onderteekend, in welchen brief de namen der partijen en hunne woonplaats en de naam van den procureur aan wien de toestemming wordt verleend zijn vermeld en de verleende toestemming wordt omschreven. De procureur die de toestemming heeft verkregen legt dien brief daags na de ontvangst ter Griffie neder. Deze brieven zijn vrij van zegel en van het recht van registratie.

De toestemming in uitstel kan ook na den voor het nemen der conclusie bepaalden dag worden verleend.

Art. 142. De procureur die uitstel verlangt en de toestemming daartoe van den procureur der tegenpartij niet heeft verkregen kan vóór het verstrijken van den termijn uitstel aan de Rechtbank verzoeken door inschrijving en onderteekening van dat verzoek in een daartoe bestemd register ter Griffie, van welk verzoek de Griffier op denzelfden dag schriftelijk mededeeling doet aan den procureur der tegenpartij, die alsnog het uitstel kan toestaan.

Art. 143. Op de eerstvolgende daartoe bestemde terechtzitting wordt dit verzoek mondeling behandeld zonder dagvaarding of oproeping; bij zijne beslissing let

de rechter ook op den tijd, welken de belanghebbende partij mocht aantoonen te behoeven, ten einde zich de noodige bewijsstukken te verschaffen.

Art. 144. Zoodra de conclusie van antwoord of dupliek of nadere conclusie door den verweerder is genomen, kan de procureur van den eischer, zoodra de conclusie van repliek of nadere conclusie door den eischer is genomen, de procureur van den verweerder, recht op de stukken of pleitdag verzoeken.

Na vier dagen nadat de oorspronkelijke of door uitstel verlengde termijn voor het nemen van eene conclusie is verstreken zonder dat daarvan gebruik is gemaakt, kan de meest gereede procureur recht op de stukken of pleitdag verzoeken.

Van een verzoek om recht op de stukken doet de Griffier op denzelfden dag schriftelijk mededeeling aan den procureur der tegenpartij, die binnen twee dagen daarna of pleitdag verzoekt of de stukken ter Griffie overlegt.

Als geen conclusie van antwoord is genomen, zullen de conclusiën van den eischer worden toegewezen, ten ware zij den rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomen; alleen de procureur van den eischer is dan bevoegd pleitdag te verzoeken.

Deze verzoeken geschieden door het onderteekenen eener daartoe strekkende verklaring in een daartoe bestemd register ter Griffie; indien recht op de stukken wordt verzocht, onder gelijktijdige overlegging van de stukken.

De pleitdag wordt bepaald op een dag niet later dan drie maanden nadat het verzoek daartoe is gedaan, tenzij de procureurs van beide partijen gezamenlijk een lateren pleitdag verzoeken, welk verzoek op dezelfde wijze ter Griffie geschiedt. Op verzoek van de procureurs van beide partijen gezamenlijk, bepaalt de rechter in plaats

van een reeds bepaalden pleitdag een naderen pleitdag.

Na de pleidooien leggen de procureurs op denzelfden dag de stukken ter Griffie over.

De rechter is bevoegd bij de pleidooien aan de partijen of hare praktizijns ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke of mondelinge voordrachten.

Art. 145. De procureur van den verweerder is gehouden alle exceptiën en zijn antwoord ten principale tegelijk voor te dragen, op straffe van verval der niet voorgedragene exceptiën, en, indien niet ten principale geantwoord is, van het recht om zulks te doen.

Echter zullen erfgenamen enz. (als lid 3 van tegenwoordig art. 141.)

Art. 146. In de dagvaarding kan na de conclusie worden opgenomen de verklaring dat de eischer de zaak als spoedeischend wil behandelen. De procureur van den verweerder kan, indien hij zulks wil betwisten, dat bij zijne procureurstelling verklaren, van welke verklaring de Griffier op denzelfden dag schriftelijk mededeeling doet aan den procureur van den eischer; bij gebreke van die verklaring wordt de zaak als spoedeischend behandeld; bij betwisting wordt dit geschil mondeling op de eerstvolgende daartoe bestemde terechtzitting behandeld zonder dagvaarding of oproeping.

In krachtens het vorige lid van dit artikel als spoedeischend te behandelen zaken worden de termijnen voor het nemen van conclusiën verkort tot veertien dagen.

Indien de eisch overeenkomstig het derde lid van art. 7 van dit wetboek is ingesteld op korten termijn, worden de termijnen voor het nemen van conclusiën verkort tot acht dagen, kan terstond na het verstrijken van een termijn pleitdag of recht op de stukken worden verzocht, wordt de termijn van art. 144 lid 2 voor het

vragen van pleitdag verkort tot één dag, en mag de pleitdag niet later worden bepaald dan veertien dagen nadat het verzoek daartoe is gedaan, tenzij de procureurs van beide partijen gezamenlijk een lateren pleitdag verzoeken op de wijze als in art. 144 bepaald.

Art. 147. Geschillen over verzocht uitstel voor het nemen van conclusiën en over het behandelen van eene zaak als spoedeischend worden op denzelfden dag van de behandeling beslist bij eenvoudige uitspraak ter rolle, die in het daartoe bestemde register wordt ingeschreven; de partij die in het ongelijk wordt gesteld wordt in de kosten veroordeeld en het bedrag daarvan tot en met de uitspraak bepaald.

Art. 148. Partijen kunnen haren gestelden procureur niet herroepen zonder tevens een anderen te stellen, die zulks verklaart op de wijze bij art. 136 bepaald; zoolang dit niet is geschied, blijft het rechtsgeding voortgaan op naam des eerstgestelden.

Art. 149. De partij, die zich bij conclusie op eenig stuk beroept, is verplicht daarvan tegelijk met de afschriften harer conclusie afschrift ter Griffie neder te leggen, tenzij die partij reeds bij de dagvaarding dat afschrift heeft overgegeven of de procureur der wederpartij schriftelijk heeft verklaard geen afschrift te verlangen. Dat afschrift wordt met dat der conclusie door den Griffier aan den procureur der wederpartij overhandigd of toegezonden. Bovendien is die partij verplicht indien de wederpartij bij akte van procureur tot procureur verklaart inzage te verlangen van het stuk zelf, dit hetzij ter Griffie neder te leggen, hetzij tegen receptis aan den procureur der wederpartij over te geven.

Indien eene partij, nadat de dag voor het houden der pleidooien bepaald is, nog eenig stuk in het geding wenscht te brengen, geschiedt dit door mededeeling van

afschrift aan den procureur der wederpartij met gelijktijdige nederlegging van het stuk ter Griffie of overgifte daarvan tegen receptis.

Indien ten aanzien van eenig stuk aan eenig voorschrift van dit artikel niet is voldaan, of zoo laat, dat de wederpartij dientengevolge buiten staat is, daarop voldoende te antwoorden, zal zij alleen bij de pleidooien zich op die omstandigheid kunnen beroepen. De rechter zal alsdan zoodanig stuk terzijde kunnen leggen en daarmede bij zijne beslissing geen rekening behoeven te houden.

De stukken zullen ongezegeld en ongeregistreerd ter Griffie nedergelegd kunnen worden.

Art. 150. De stukken moeten worden teruggegeven binnen acht dagen na dagteekening van het receptis of van de kennisgeving aan de wederpartij, dat de stukken ter Griffie zijn nedergelegd.

Indien de stukken niet zijn teruggegeven binnen dien termijn, zal de gebrekige bij een beveldschrift van den president daartoe worden genoodzaakt, zelfs bij lijfswang, onverminderd vergoeding van kosten, schaden en interessen.

Art. 151. De termijnen bepaald in de artikelen 138, 144, lid 6 en 146, lid 2 worden gedurende de vacantiemaanden geschorst.

Art. 158, eerste lid, laatste volzin. Dit moet geschieden bij met redenen omkleede conclusie vóór alle wren binnen den termijn voor de conclusie van antwoord gesteld; na het verzoeken van uitstel voor de conclusie van antwoord kan geene verwijzing meer worden gevraagd.

Tweede lid. De verwijzing kan ook door den eischer gevorderd worden, maar alleen bij de dagvaarding.

Art. 159, laatste lid. De voeging kan ook door den

eischer gevorderd worden, maar alleen bij de dagvaarding.

Artt. 162 tot en met 175 vervallen.

Art. 179. Hieraan toevoegen: van welke akte de procureur die haar doet beteekenen binnen drie dagen een door hem onderteekend afschrift ter Griffie moet nederleggen.

Art. 180. Binnen acht dagen verklaart de procureur van de partij, die het stuk heeft overgelegd, of die partij zich daarvan wil blijven bedienen. Bij gebreke van die verklaring, of als die procureur verklaart dat gemelde partij zich van het stuk niet wil bedienen, wordt het stuk buiten het geding gehouden.

Is verklaard dat die partij zich van het stuk denkt te bedienen, zoo moet de procureur van de andere partij verklaren of deze partij er bij blijft om, hetzij het geschrift of de handteekening te ontkennen, hetzij dezelve niet te erkennen, hetzij het stuk van valscheid te betichten; deze verklaring moet worden gedaan binnen acht dagen nadat de eerste verklaring is gedaan; bij gebreke van die verklaring of als die procureur verklaart dat gemelde partij bij de gevoerde bewering niet volhardt, zal het stuk in het geding worden toegelaten.

Art. 181. Deze verklaringen geschieden ter Griffie in een daartoe bestemd register; de Griffier doet denzelfden dag schriftelijk mededeeling van de gedane verklaring aan den procureur der tegenpartij.

Art. 182. Als beide partijen bij hare vroegere beweringen volharden, beveelt de rechter enz.

Art. 192. Wanneer het onderzoek is afgelopen, kan de meest gereede procureur recht op de stukken of pleitdag verzoeken, of wel desverlangd eene conclusie nemen, waarop de procureur van de tegenpartij desverkiezende binnen den voor het hoofdgeding geldenden termijn bij conclusie kan antwoorden. De bepalingen

van de artikelen 138 laatste lid, 139, 140, 141, 142, 143, 144 en 147 zijn ten deze toepasselijk. Zoo de meest gereede partij recht op de stukken of pleitdag verzoekt, moet de procureur van de tegenpartij indien hij nog wenscht te concludereen, zulks binnen vijf dagen nadat hem van dit verzoek door den Griffier mededeeling is gedaan, ter Griffie in het daartoe bestemde register verklaren en zijne conclusie nemen binnen veertien dagen na die verklaring, waarop de procureur van de andere partij binnen den bovenbedoelden termijn eene nadere conclusie kan nemen.

Art. 202. Na afloop van het getuigenverhoor, of indien dit achterwege blijft, bepaalt de rechter den dag vóór welchen de procureur van de partij aan wie getuigenbewijs is opgelegd desverkiezende eene nadere conclusie kan nemen. De artikelen 138 tot en met 144 zijn toepasselijk.

Art. 219, laatste lid. In plaats van de woorden: en de terechtzitting enz. wordt gelezen: en den dag vóór welchen partijen desverlangd nadere conclusiën kunnen nemen. De artikelen 138 tot en met 144 zijn toepasselijk.

Art. 228, eerste lid. In plaats van de slotwoorden: en de terechtzitting enz. wordt gelezen: en den dag vóór welchen desverlangd nadere conclusiën kunnen worden genomen. De artikelen 138 tot en met 144 zijn toepasselijk.

Art. 247. Incidenteele vorderingen worden gedaan bij gemotiveerde conclusiën vóór den dag vóór welchen in de hoofdzaak conclusie moest worden genomen. De artikelen 138 tot en met 145, 148 en 149 zijn toepasselijk, met uitzondering van de bepaling omtrent conclusiën van repliek en dupliek.

Art. 249, lid 1. In plaats van de slotwoorden: waarop enz. wordt gelezen: vóór welchen het nemen van conclusiën op de hoofdzaak kan worden voortgezet.

Lid 2 vervalt.

Art. 263, laatste lid. Dezelve moet den rechtsdag aanwijzen.

Art. 278, eerste lid. De afstand kan gedaan worden door verklaring ter Griffie in een daartoe bestemd register, onderteevend door de partijen of hare procureurs, onder overlegging der hun daartoe gegeven volmacht.

Art. 286. Dit incident wordt aangebracht bij conclusie genomen als bepaald bij art. 139 vóór den dag vóór welken de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding moet worden genomen.

Lid 2 vervalt.

Art. 288. In plaats van de slotwoorden: waarop zij gehouden enz. wordt gelezen: vóór welken de procureur van de partij die aan de beurt is conclusie moet nemen.

Art. 347, lid 1. In hooger beroep zal worden geprocedeerd als voor den eersten aanleg is voorgeschreven, met dit onderscheid dat de eischer eene conclusie van eisch kan nemen, waarvoor de termijn, gelijk aan dien voor het nemen der conclusie van antwoord, aanvangt op den rechtsdag; dat de termijn voor de conclusie van antwoord aanvangt op den dag waarop de conclusie van eisch is genomen; dat geene verdere conclusiën worden toegelaten, en dat de gedaagde in hooger beroep den rechtsdag mag vervroegen overeenkomstig artikel 83 van dit Wetboek.

Lid 2. Niettemin zal in geval van incidenteel beroep of indien door den verweerder eene exceptie tegen het principaal beroep wordt aangevoerd, de appellant binnen den toepasselijken termijn het incidenteel beroep of de exceptie bij conclusie kunnen beantwoorden.

Art. 68, lid 1. Indien de verweerder vermeent gronden te hebben om iemand in vrijwaring op te roepen en

hij die oproeping niet heeft gedaan vóór den rechtsdag, zal hij zijne daartoe strekkende, met redenen omkleede conclusie vóór alle weren moeten nemen binnen den termijn bepaald voor het nemen der conclusie van antwoord.

Lid 2. In plaats van het tweede lid van art. 141 wordt gelezen: het eerste lid van art. 145.

Lid 3. Indien de eischer vermeent gronden te hebben om iemand in vrijwaring te roepen, zal hij het verzoek daartoe bij met redenen omkleede conclusie moeten doen binnen den termijn bepaald voor het nemen der conclusie van repliek.

Lid 4. Indien het verzoek toegewezen wordt, zal de rechter, lettende op den afstand van des waarborgs woonplaats, den rechtsdag bepalen, waartegen de waarborg moet worden gedagvaard, van welken rechtsdag ook de termijn voor het nemen der eerstvolgende conclusie in de hoofdzaak zal loopen.

Lid 6. Indien het verzoek wordt afgewezen, bepaalt de rechter bij de beslissing den dag vóór welken de eerstvolgende conclusie moet zijn genomen.

Art. 69. Indien het verzoek tot vrijwaring of de dagvaarding tot vrijwaring niet tijdig is gedaan, zal er zonder uitsel in de oorspronkelijke zaak worden voortgeprocedeerd.

Art. 75 vervalt.

Art. 76. Indien zich niet tijdig een procureur vóór den gedaagde heeft gesteld en de voorgeschreven enz.

Art. 77 vervalt.

Art. 78. Alle gedaagde partijen, voor wie geen procureur zich heeft gesteld, zullen in een en hetzelfde vonnis van verstek begrepen moeten zijn.

Art. 79. Indien van meerdere gedaagden voor één of meer zich geen procureur heeft gesteld, wordt de zaak ten opzichte van hen, voor wie zich wel een procureur heeft gesteld, aangehouden en tegen de overigen verstek

verleend. De eischer en ieder der partijen voor wie zich een procureur heeft gesteld, heeft het recht om dit verstek aan de partijen voor wie zich geen procureur heeft gesteld te doen beteekenen met oproeping van alle partijen tegen een nieuwen rechtsdag. Voor deze oproeping moeten in acht genomen worden de voor dagvaar- dingen voorgeschreven termijnen.

Lid 2 blijft onveranderd.

Art. 83, lid 2. De oorspronkelijke eischer heeft de bevoegdheid om den in het exploit van verzet uitgedrukten rechtsdag te vervroegen bij een aan den procureur des opposants beteekende akte, tevens inhoudende procureurstelling, welke akte of een door zijn procureur ondertekend afschrift daarvan door dien procureur ter Griffie moet worden nedergelegd bij de inschrijving der zaak door dien procureur op de rol ten minste twee dagen vóór den rechtsdag; op straffe van nietigheid moet de akte ten minste vijf dagen vóór den vervroegden rechtsdag beteekend worden.

Binnen acht dagen na den rechtsdag moet de procureur van den opposant eene gemotiveerde conclusie inhoudende de gronden van verzet nemen; de termijn voor de conclusie van antwoord van den oorspronkelijken eischer vangt aan met den dag waarop die conclusie van den opposant is genomen. De tweede afdeeling van titel drie van dit boek is verder toepasselijk.

Art. 89 A. Zoolang ten profijte van het verstek het vonnis nog niet is geweest, kan een procureur zich alsnog voor den gedaagde procureur stellen op de wijze bij art. 136 bepaald. De gevolgen van het tegen den gedaagde verleend verstek vervallen daardoor, behalve ten aanzien van de daardoor veroorzaakte kosten, waarop art. 89 van dit wetboek toepasselijk is. De termijn voor het nemen van conclusie van antwoord vangt aan op

den dag dier procureurstelling. De behandeling der zaak als spoedeischend kan niet meer worden betwist. De Griffier doet op denzelfden dag dezer procureurstelling daarvan mededeeling aan den procureur des eischers.

Art. 104 A. In de gevallen van de artt. 103 en 104 mogen de getuigenverhooren niet worden bepaald op een dag later dan drie maanden, en in zaken waarin de eisch overeenkomstig het tweede lid van art. 7 van dit wetboek is ingesteld op korten termijn, op een dag later dan ééne maand na den dag waarop het vonnis dat het getuigenverhoor beveelt geweest is.

Toelichting.

Art. 5. Dit art. zou ook kunnen luiden: den dag waarop uiterlijk de gedaagde procureur moet stellen.

„Rechtsdag”, om een korte uitdrukking te hebben.

Art. 135 gelijk 135 oud. Twee dagen te voren, omdat de gedaagde den dag te voren procureur moet stellen, en de procureur van den gedaagde dan kan zien of hij er belang bij heeft de zaak zelf te doen inschrijven.

Het afschrift der dagvaarding maakt conclusie van eisch onnoodig, behalve in hooger beroep, waar de gronden eerst later worden aangevoerd; de conclusie van eisch heeft tegenover gedaagde geen enkel nut en dient alleen om ter Griffie afschriften der stukken te hebben. (art. 140 oud.) Ook bij verzet moet conclusie van eisch worden toegelaten, daar wegens den spoed voor de akte van verzet noodig slechts summiere vermelding der gronden van verzet wordt gevorderd.

Art. 136 gelijk 136, 137 en 139 oud.

Ten opzichte van den eischer is anticipatie onnoodig, omdat blijkens art. 138 de gedaagde ook vóór den rechtsdag kan antwoorden en met zijn antwoord de verdere ter-

mijnen beginnen te loopen. In hooger beroep en bij verzet blijven zij echter noodig, omdat daar de opposant of eischer in hooger beroep van conclusie van eisch moet dienen. Bij anticipatie tegenover medegedaagden staat eischer daar geheel buiten, zoodat de gedaagde die anticipeert moet doen inschrijven.

Art. 137 gelijk 138 oud. Waar de eischer niet behoef te verschijnen, komt het mij voor dat er geen reden is om op verzoek van gedaagde verstek tegen hem te doen verleenen, en dat het voldoende is te bepalen dat bij gebreke van inschrijving op de dagvaarding geen recht mag worden gedaan. Wil men dat verstek behouden, dan zou men het kunnen verbinden aan het niet tijdig doen inschrijven der zaak op de rol.

Art. 138 gelijk 141 lid 1 en 142 oud. Vier weken is voor gewone zaken volstrekt geen te ruime termijn, en dit te minder waar het verkrijgen van uitstel tegen den zin der tegenpartij bemoeilijkt wordt en de termijnen verkort worden, als de zaak meer spoed vereischt. Zie art. 146.

Art. 139. Er kan geen bezwaar tegen zijn de conclusiën op deze wijze te doen nemen, en er is behalve het groote voordeel dat niet meer op de zitting wordt geconcludeerd en deze niet meer voor een groot deel dient om uitstellen te registreeren, waardoor zonder nut tijd van rechters en praktizijns wordt geroofd, ook dit voordeel aan verbonden dat de tegenpartij ook werkelijk de conclusie ontvangt als er heet geconcludeerd te zijn. Thans komt het herhaaldelijk voor, dat de afschriften der conclusiën worden toegezonden geruimen tijd nadat zij op de zitting genomen zijn, en het is zelfs gebeurd dat een procureur aan de tegenpartij uitstel weigerde, terwijl hij zelf nog geen afschrift der conclusie waarop moest worden geantwoord had gegeven.

Art. 140 gelijk art. 143 oud. Dat bij verleend uitstel steeds de termijn voor het nemen der conclusie moet worden bepaald, nam ik op om zoo min mogelijk van het tegenwoordig stelsel af te wijken; bovendien zou het verleenen van de gelegenheid om een onbepaald uitstel te verleenen een voorschrift noodig maken om de zaak weder in gang te brengen.

Art. 141. Op deze wijze blijkt steeds uit de ter Griffie gehouden registers de stand van elke zaak; brief wordt toegelaten om het den procureur die uitstel verleent niet noodeloos lastig te maken. Bij mijn denkbeeld zal de procureur die uitstel vraagt bij zijn verzoek een brief voegen dien de andere procureur slechts heeft te onder teekenen en toe te zenden. De inrichting der registers kan zoo noodig bij reglement worden bepaald; het eenvoudigste zou mij toeschijnen een register waarin voor elke zaak achter elkander alle inschrijvingen en verklaringen geschieden en waaraan deze brieven en afschriften der dagvaarding en conclusiën worden gehecht.

Dat de toestemming ook na het verstrijken van den termijn kan worden verleend, levert geen bezwaar op, omdat zulks van de wederpartij afhangt (verzoeken aan de Rechtbank moeten vóór het verstrijken van den termijn worden gedaan), en het is wenschelijk die gelegenheid te geven, omdat de termijn zonder opzet kan verzuimd zijn en het dikwijls zal voorkomen dat de tegenpartij geen werkelijk belang heeft bij het in acht nemen daarvan.

Art. 142 en 143 gelijk 143 oud. Zie art. 147.

Art. 144 gelijk 144 oud.

Lid 2. Enkele dagen moeten verloopen om indien een procureur den termijn bij vergissing heeft laten verstrijken, nog gelegenheid te geven tot overleg omtrent uitstel.

Art. 145 gelijk 141 lid 2 en 3 oud.

Art. 146, lid 1. Voor zulke zaken schijnen termijnen

van veertien dagen, die niet licht tegen den zin des eischers zullen worden verlengd, kort genoeg.

Lid 3 gelijk 145 oud. Het oude artikel kent geene conclusiën van repliek en dupliek; ik zie niet in waarom ze zouden verboden worden als de eischer ze in zijn belang noodig acht; het oude artikel veronderstelt antwoord op den dienenden dag; daar uitstel van acht dagen nimmer wordt geweigerd, zie ik geen bezwaar in den voorgestelden termijn van acht dagen; zoo dit noodig wordt geoordeeld, kan die worden verkort. Zeer spoedige pleitdag kan ook met de door mij voorgestelde redactie worden bepaald.

Art. 147. Veroordeeling in de kosten schijnt wenschelijk om zoowel lichtvaardige verzoeken als het lichtvaardig tegenspreken van uitstel te voorkomen, en ook omdat den praktizijn tijdverlies is berokkend. Door de bepaling dat de uitspraak eene eenvoudige uitspraak ter rolle is, wordt het tegenwoordig karakter van zulke uitspraken overigens gehandhaafd. Wat het beroep betreft zou ook kunnen worden bepaald dat dit slechts mag geschieden tegelijk met het eindvonnis; het zou op hetzelfde neerkomen.

Art. 148 gelijk 146 oud.

Art. 149 gelijk 147 oud.

Art. 150 gelijk 148 en 149 oud.

Art. 151. Waar de uitstellen niet op de zitting worden verleend, is deze bepaling omtrent de vacantie noodig. Mijne redactie laat de termijnen voor de zaken van art. 145 oud niet schorsen, ook niet voor de pleidooien daarin.

Artt. 158 en 159 formeele wijzigingen.

Art. 162 enz. Deze bepalingen omtrent schriftelijke behandeling worden nimmer toegepast. De eenige essentiele bepaling is dat de rechter pleidooi, waar die door

partijen wordt verlangd, kan weigeren. Het komt mij voor dat daarvoor nimmer termen kunnen zijn, zoodat de bepalingen gevoegelijk kunnen worden geschrapt.

Artt. 179 en volgg. De wijzigingen strekken om ook voor deze zaken niet onnoodig verrichtingen op de zitting te doen plaats hebben. De eenige essentiele wijziging is dat er niets in de plaats komt van de nu voorgeschreven tweede oproepingen van artt. 180 en 181; mij schijnen ze onnoodig; stelt men er prijs op, dan kan men den termijn verlengen en bepalen dat de Griffier, als acht dagen verstreken zijn, den procureur waarschuwt.

Artt. 202, 219, 228, 247, 249, 263, 278, 286, 288, 347 slechts formeele wijzigingen.

Artt. 68 en 69 idem.

Art. 75. Het vervallen daarvan is reeds toegelicht bij art. 137.

Artt. 76, 78, 79 slechts formeele wijzigingen.

Art. 77 moet vervallen, nu het verstek niet op de terechtzitting kan worden gevraagd en verleend; het vooruit verleenen van het verstek heeft toch geen belang meer sedert het verstek kan worden gezuiverd.

Art. 83 voert de conclusie van eisch voor verzet weder in en de anticipatie.

Bij art. 89 A is het eenige van belang dat de termijn voor het antwoord wordt bepaald, en dat de gedaagde die eerst verstek liet gaan niet meer kan betwisten dat de zaak overeenkomstig art. 146 lid 1 spoedeischend is.

Art. 104 A. Bepaling voor de getuigenverhooren als bij art. 144 voor de pleidooien.

Naar aanleiding van een oud arrest.

Ter gelegenheid dat de vacantiekamer van den H. R. dezen zomer eene faillissementszaak te beregten kreeg, deed zich het niet zeldzame geval voor dat ook de vraag rees, of de beslissing over dit cassatieberoep moest vallen op feitelijk dan wel op regtskundig terrein. Voor het laatste geval kwam o. a. de werking van het appèl in aanmerking en noopte mij het arrest van 22 Mei 1895, W. 5173 nateslaan. Het was, zag ik toen, gewezen anderhalf jaar vóór mijn uittreden uit de praktijk in eene zaak, waarin ik als advokaat van den verweerder de partij verloren had, en het had mijne gedachten ook lang daarna bezig gehouden. Immers had toen de H. R., voor zoover ik weet ten eersten male, uitspraak gedaan over eene praktisch gewigtige en doctrinair hoogst moeilijke vraag: de bestaanbaarheid naar ons regt van het zoogenaamde *negotium mixtum cum donatione*. Er wordt eene zaak boven de waarde verkocht of daar beneden afgestaan; een verkooper wordt, zonder eenig equivalent hiervoor, ontheven van zijne verpligting tot vrijwaren; eene lastgeving wordt aangenomen met verpligting voor den lasthebber om zonder vergoeding de kosten van uitvoering te dragen; de eigenaar van een geregeld in appartementen verhuurd wordend gebouw, waarin hij zelf een appartement bewoont, laat een der

leegstaanden door een vriend gebruiken zonder daarvoor vergoeding te willen hebben; men sluit eene geldleening van zeker bedrag onder bepaling dat de geldnemer eene grootere of kleinere som zal teruggeven — welken aard hebben deze negotia van overigens zeer verschillende figuur naar regte [koop, lastgeving, bruikleening, verbruikleening enz.], wanneer het daaruit voor eene der partijen voortvloeiend voordeel animo donandi verleend en aanvaard wordt? Onze wet laat zich nergens daarover uit en evenmin het nieuwe Deutsche wetboek, al blijkt uit de toelichting der eerste lezing (Motive II, bl. 287) dat voor de ontwerpers daarvan de bestaanbaarheid van 't negotium mixtum cum donatione niet twijfelachtig is geweest. Destemeer wetenschappelijke gedachtenwisseling hierover onder onze geleerde naburen, vóór en na de invoering van het burgerlijke rijksregt: men zie maar de litteratuur-opgaaf aan het hoofd der ten vorigen jare verschenen monographie van Dr. SIEGFR. GOLDSCHMIDT: die gemischte Schenkung nach Reichsrecht.

Het ontstaan van zulk eene beweging en misschien ook — want is niet de mensch zichzelf een raadsel? — een restje „oud zeer” over eene zaak, die mijnen correspondent (den uitnemenden S. M. SIGISMUND MODDERMAN, als burgemeester van Groningen overleden) en mij, zelfs na het uittrekken onzer advokatentoga's, zoo vervuld had, heeft mij genoopt mij nog eens aan de studie van het onderwerp te zetten en aan mijne bevindingen omtrent het moeilijke onderwerp de volgende bladzijden te wijden.

Als GOUDSMIT *Pand* I § 73 het onderwerpelijke mixtum behandelt (en naar mij voorkomt ook voor ons regt als bestaanbaar aanneemt) waarschuwt hij, dat men van eene zoodanige „gemengde of onzuivere” schenking wel moet onderscheiden die, waaraan men den naam of schijn van

eene andere wilsverklaring gegeven heeft. Volkomen terecht: zulk eene behandelde men, naar den algemeenen regel voor schijnhandelingen „plus valere quod actum quam quod simulatum est”, als *schenking*. Niet twijfelachtig schijnt mij, dat tot deze uitspraak ook voor GOUDSMIT de praemis is, door OPZOOMER (VI. p. 34) aan dezelfde slotsom gesteld: dat er dan eene *simulatio*, eene valsheid moet zijn geweest en dat b.v. bij eenen verkoop voor spotprijs die prijs *op zich zelf* geen beslissend bewijs voor het simuleren oplevert, doch slechts een waarschijnlijkheidsgrond, een vermoeden, alligt uiterst sterk doch altoos slechts een (door de regterlijke waardeering van art. 1959 B. W. tot *bewijs* te verheffen) *vermoeden*.

Dit inachtgenomen, wat is dan verder noodig om zoo'n gemengde schenking als bestaanbare rechtsfiguur aanwezig te achten? Volgens GOUDSMIT t. a. p. dat niet onmogelijk blijkt haar te splitsen in een schenkings- en een *niet-schenkings*-bestanddeel (dit laatste niet noodzakelijk doch wel meestal een *koop*): onmogelijk hetzij omdat de aard der zaak zich niet met het splitsen verdraagt, hetzij omdat uit de bedoeling van partijen de omvang der beide bestanddeelen moet zijn af te leiden en dit onbereikbaar blijkt (1).

Met vele anderen — ik noem maar SAVIGNY en UNGER

(1) Schenking tusschen echtgenooten is verboden; ook langs den weg van een «mixtum». Zoo splitsing onmogelijk blijkt, houdt het heele negotium stand; zoo die mogelijk is, zal bloot het schenkingsbestanddeel ongeldig wezen, en het overblijvende deel in stand blijven: L. 5 § 2, D. XXIV 1. De verklaring van deze plaats door POTHIER (Pand. Just. etc. ad h. t. no. 38) is allerinteressantst, maar de als voorbeeld toegevoegde casuspositie vind ik daartoe niet heel dienstig, omdat ik betwijfel of die casuspositie wel een *voorbeeld* heeten mag.

Vóór ons regt heeft GOUDSMITs leer «simulatiën en vermommingen

— wil nu GOUDSMIT de wezenlijke „onzuivere of gemengde schenkingen” ontleden in eene schenking en eene andere regtshandeling; maar al dadelijk merk ik op dat in dit zijn stelsel men blijft zitten met een aantal gevallen, waarin die splitsing *gansch* onmogelijk of door de onmogelijkheid van beide bestanddeelen feitelijk *onuitvoerlijk* is, al blijken schenkingsbedoelingen niet vreemd aan de handelende partijen te zijn geweest: waar is in ons regtssysteem de passende plaats voor dit restantje? Zoo men gebruik maakt van de onloochenbare vrijheid (art. 1355 lid 1 B. W.) om naast de wettelijk geregelde contractsfiguren eene nieuwe te zetten, zoo die maar aan de algemeene regels van contractregt beantwoordt, dan zal men misschien bedoeld restantje kunnen inlijven bij die nieuwe, de mixtum-figuur: maar hoedanig zal die zijn? Een Mischverdrag, antwoorden vele geleerde oostelijke bureu, dat behandeld dient te worden zoowel naar de regels van schenking, als naar de regels van die overeenkomst onder welke het bijmengsel van de schenking, afzonderlijk beschouwd, zou behooren: eene van de overeenkomsten dus onder art. 1355 lid 2 ressorterende. Of men met den doop Mischverdrag iets verder is, dan bloot zich tevreden stelt met het Wort, dat zich volgens GOETHE „einstellt wo Begriffe fehlen”, dat zal straks wel blijken; ik durf al dadelijk zeggen dat we ook hiermee veel getob te gemoet gaan. En evenmin komen we ligt uit de engten, als we ons daaruit pogen weg te werken door met LAMMFROMM ons te stellen op den bodem van art. 1474 B. W.: koop enz., maar met kwijschelding

geen mixta» een merkwaardig gevolg ten aanzien van de bevoordeelingen bij tweede huwelijk, vallend onder art. 238 B. W.: dit namelijk, dat voor bevoordeelingen *negotio mixto cum donatione* alleen het *eerste* lid van gezegd artikel kan gelden.

van het „geschonken” deel van het verkochte: het onvergolden gedeelte der overgedragen zaak.

Om de lastigheid van het vraagstuk nog tastbaarder te maken grijp ik het geval van eenen verkoop onder vrienden, waarbij we aannemen voldoende blijkt dat GOUDSMIT's premissen aanwezig zijn: slechts de helft der courante waarde hebben zij voor de koopsom bepaald; van betaling der wederhelft is, met schenkingsbedoe-lingen aan beide kanten, geen sprake en de verkrijger heeft de zaak al onder zich, zoodat *brevi manu* de vereischte levering tot stand kan komen.

Welnu: is hier *gekocht*? of *geschonken*? of allebei op een *halfje*? Aangenomen eens dit laatste, is — onder erkenning als *recepti juris* (zie L 31 § 3 D. XXIV, 1 en art. 1104 CC) dat voor het koopen geen objectieve gelijkwaardigheid van zaak en prijs vereischt wordt — dan een *condominium* ontstaan tusschen den koper en den verkooper, zoolang de akte van artt. 1719/1720 B. W. niet is verleden (1)? Want indien werkelijk in eenen koop beneden den couranten prijs eene donatie steekt, dan is het onregtskundig dit naar de wet *essentiele* vereischte buiten toepassing te laten: zie hof den Bosch 29 Apr. 1890 W. 5916 en PLANIOL III n°. 2554. En waar blijft men met het óók wel voorkomend geval dat den verarmden *verkooper* liberaliteit wordt bewezen door hem b.v. een op zigt gezonden parelsnoer van f 10.000 af te koopen voor f 12.000, die de koper hem toezendt met het bericht dat het sieraad in koop genomen is?

(1) Of onder het Pandectenregt, als bij schenking ter waarde boven 500 solidi de insinuatie bij eene competente Behörde niet verrigt is: zie b.v. BREMER in IHERING's Jahrbücher XIII, bl. 90. — Over de equivalentie zie POTHIER Pand. XXIV, 1 sub 46. — Over de toepassing der artt. 1719/20 meer beneden.

Gesteld verkooper schreef hem een briefje, waarin dankbetuiging voor de inbegrepen donatie van f 2000, zoodat de wil om eene *schenking* aantenemen buiten twijfel is: geeft gij dan toch den verkooper eene *condictio indebiti* voor dat bedrag op grond van ontbreken der akte? Zietdaar ons juristendom, zou ik zoo zeggen, flink in de nesten: wie helpt er ons uit?

Tastbaar is al aanstonds in het zooeven gestelde voorbeeld, wat een weinig nadenken over het onderwerp ook spoedig genoeg aan het licht zou brengen: dat in ieder stelsel de eisch van *solemniteiten* voor de meeste donatiën een hoofdbezwaar in het oplossen van het vraagstuk vormt. Of men naar ons regt (ten minste naar mijne opvatting) voor elke niet-handgift eene authentieke akte van zekeren inhoud vordert, dan wel naar het „gemeine Recht” voor giften boven zeker bedrag eene andere formaliteit (*insinuatio*), of naar het tegenwoordige rijksregt eene akte voor de schenkingsbelofte, altijd zal het *mixtum*, ontstaande uit zamenkoppeling van koop of eenig ander consensueel contract met donatie — dus het bijna zonder uitzondering normale geval — zijn eene regtshandeling ten grondslag hebbende deels den gewonen contractueelen *consensus*, deels hetgeen ik kortheidshalve eenen *gequalificeerden consensus* wil noemen (1); voor ons regt stellen de artt. 1355 en 1356 B. W. dat wel buiten tegenspraak. De opheffing van dat dualisme zou ons dus over heel wat moeilijkheden heen helpen, en daarom verdient groote aandacht de constructie van LAMMFROMM in zijn *Theilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag* van 1897, voornamelijk blz. 134—136: eene constructie

(1) Aldus ook in 1874 voor het toen nog geldende Pandektenregt BREMER „Zur Insinuation der Schenkungen” in IHERING'S *Jahrbücher* XIII blz. 131.

sedert door KOHLER en DERNEBURG voor het nieuwe rijks-regt aanvaard. LAMMFROMM toch zoekt het schenkings-element in eene kwijtschelding verleend door den ontvanger der „schenking”, in den vriendenkoop zijns erachtens den kooper: daar bij ons de kwijtschelding van schuld, ofschoon overeenkomst, geene solemniteit vereischt (1), is dan van eenen consensus half niet, half wel aan vormen gebonden geen sprake meer. Laat ons daarom zien of dit stelsel, bepaaldelijk ook bij ons, houdbaar is.

Dat deze belangwekkende poging niet vrij is van zwakheid erkent LAMMFROMM p. 136 zelf, door eene benigna interpretatio noodig te achten voor haar slagen. Haar steunpunt is de beschouwing van den koop als een Umsatzvertrag: eene overeenkomst waarbij ieder der partijen voor zich een voordeelig waardeverschil ziet in de uitwisseling van zaak en prijs. Bij den vriendenkoop echter (2) heeft de verkooper gedeeltelijk schenkingsbedoelingen, dus eene vermeerdering van koopers vermogen die op kosten van het eigene geschiedt. Niettemin is de zaak *in haar geheel* verkocht; dus behoudt, stelt LAMMFROMM, alleen dan de koop het karakter van een Umsatzvertrag, wanneer hij gepaard gaat met verkoopers kwijtschelding van het „geschonken” surplus aan den daarmede begunstigden kooper.

Als ik nu op het zoo straks gegrepen voorbeeld deze redeneering toepas, dan blijkt zij mogelijk bij de eerste helft: den verkoop van het parelsnoer *beneden* de courante waarde. Maar ook bij de tweede helft, den afkoop

(1) Voor het bewijs dezer stelling beroep ik mij korthedshalve op POTHIER, Obl. no. 607 eqq. en LAND—LOHMAN IV, p. 471.

(2) Altoos gedacht onder afwezigheid van vermomming: de bij dit alles vooropstaande onderstelling.

van het sieraad *f* 2000 *boven* die waarde? Wie scheldt dan kwijt? De verkoper natuurlijk niet: „kwijtschelder” kan nu slechts de koper wezen. Die koper, die *f* 12000 *betaalt*, heeft echter stellig geen *geld* kwijtscholden: wat anders? Als voorwerp van kwijtschelding kan ik slechts eene *actie voor de f* 2000 *surplus* zien: eene *condictio indebiti* voor dat bedrag; doch waar is die vandaan te halen in een regtsstelsel, dat de romeinsche begrippen van het *justum pretium* en van *beklag over laesio enormis* heeft laten varen? Het vereischte van *equivalentie* voor onze overeenkomst onder bezwarenden titel ontbreekt; het koopcontract is levering eener zaak tegen eenen prijs *in geld* (1). Zoo nu de verplichting om het parelsnoer te leveren is aangegaan tegen de verbindtenis om *twaalf duizend gulden* te betalen en beide verplichtingen zijn nagekomen, wat valt dan nog *kwijt te schelden*?

Nog wel zoo groot bezwaar zie ik in de *onsplitsbaarheid der contractueele toestemming*: een bezwaar dat zich welbezien ook voordoet bij voorzegden afkoop *boven* de waarde, doch zich het scherpst vertoont bij den verkoop *beneden* de waarde, waarbij kwijtschelding van het surplus althans denkbaar schijnt. Welke constructie voor den vriendenkoop worde aangenomen, splitsbaarheid in twee contractsvormen of niet — het *consent zelf* als contractsbestanddeel laat zich niet splitsen, en hoe ziet in LAMMFROMM's kwijtscheldingstheorie dat *consent* er nu wel uit? Onloochenbaar is het een *consent* om de zaak

(1) Tenzij, als in eene bankierszaak, met specie als koopwaar handel wordt gedreven, *geldhandel* in den letterlijksten zin, is omnium consensu nog altoos waar de uitspraak van DE GROOT, (Inl. III. 14 § 13) dat geld om geld geen *koop* maakt: OPZOOMER op art. 1493 en PLANIOL II no. 1374.

af te staan *voor acht duizend gulden*; of dat consent is voortgekomen deels uit verkoop- deels uit schenkingsbedoelingen, als „consent” is het *onsplitsbaar*. En wanneer wij desniettemin wilden pogen het in LAMMFROMM's zin te splitsen, wáár zouden we dan wel belanden? In een consent om het sieraad af te staan voor de volle waarde *f 10000*, *gepaard* met een kwijtscheldingsconsent voor *f 2000*; in ééne zamentreffing zou men dus „willen” het ten volle *betalen* (koopconsent) en het (gedeeltelijk) *niet-betalen* (kwijtscheldingsconsent). Deze onbestaanbaarheid is van denzelfden aard als eene andere, waarop ik, haar voorshands hier vermeldende, waarschijnlijk nog terugkom. Desnoods is de eisch eener authentieke akte, straks gesteld, althans gedeeltelijk te bevredigen door van den vriendenkoop zulk eene akte op te maken, al is daarvoor in quantum *koop* geene akte noodig: doch in quantum *donatie* is men met die akte eerst dan klaar, wanneer ook beschreven wordt dat partijen *uitdrukkelijk* den schenkingswil geopenbaard hebben, voor ons geval nog wel zulk eenen wil ten aanzien van zeker *gedeelte* van het vervreemde voorwerp. Wat is dat toch voor een „consent”? Brengt men dat in verband met de herroepelijkheidsbevoegdheden (art. 1725 B. W.), die alleen het mootje van voor *f 2000* *schenkingsconsent* kunnen betreffen, dan is het antwoord niet gemakkelijk. Zelfs het gezag van eenen DERNBURG schijnt onvoldoende om LAMMFROMM's constructie op de been te houden.

De nieuwste schrijver over het onderwerp (GOLDSCHMIDT bovengenoemd, bl. 20) meent dat LAMMFROMM, stellende dat in den regel de heele zaak *verkocht* is, werkt met eene onbewezen onderstelling: immers de koopprijs, waaromtrent de partijen overeenkwamen, is de *lagere*: omtrent de volle waarde waarover partijen het dan toch *eens* zouden moeten worden (art. 1494 B. W.) wordt niets

bepaald, want dienaangaand gaat hun „eens worden” niet verder dan dat men, al is het met wederzijdsche schenkingsbedoeling, blijft *beneden* de volle waarde. En de eeniglijk geconvenieerde som wordt als *koopprijs* vastgesteld; deze som en geen andere is dus het bedrag van het contractueele *pretium venditionis*; al stond vast, ook tusschen partijen, dat het sieraad *f* 2000 meer waard is, er blijft geen ruimte voor de bewering dat eigenlijk de *koopprijs f* 10000 is geweest en dat het verschil met de vastgestelde *f* 8000 door middel van eene tweede overeenkomst is vereffend (1).

Slotsom van dat alles schijnt mij dat het ingenieuze denkbeeld van LAMMFROMM de moeilijkheden, die hij daarmede trachtte op te lossen, zelfs bij eene benignissima interpretatio onopgelost laat.

Nog in de laatste jaren hebben o. a. KÖPPEN en WEIRAUCH dat opnieuw beproefd langs den weg, dien

(1) W. MÜLLER „Gemischte Schenkung” in IHERING's Jahrbücher XLVIII, p. 209—240, illustreerde een drietal jaren vóór LAMMFROMM zijne vrij overeenkomstige bedenking met een aardig hem voorgekomen geval. Het uitgeversregt was door zekeren schrijver aan eenen boekhandel verkocht o. a. op voorwaarde dat de winkelprijs 30 mark zou wezen, maar hij schrijver een zeker aantal exemplaren voor 20 mark zou bekomen en de editie vond geheel afzet, zoodat een later komende gegadigde tot bescheid kreeg: „niet meer voorhanden; alleen de schrijver zou u misschien nog aan een exemplaar kunnen helpen.” Aanvraag aan dezen met méér dan verwachte uitkomst: *animo donandi* wordt het boek voor 10 M. beschikbaar gesteld; wat is nu „de prijs”? 30 of 20 of 10 M.? Stel, gaat MÜLLER voort, dat de gegadigde, die verklaarde te willen *koopen*, als *koop*-prijs bedoeld heeft den *winkelprijs*, en de auteur zich bereid verklaarde te verkoopen, maar in geen geval voor dien prijs: is nu *niets* tot stand gekomen? is de „koop” nietig bij mangel van prijsconsent (blz. 213/4)?

ons aller grootmeester SAVIGNY (Syst. IV, § 154) trachtte te banen en op welken wij, tusschen zijnen arbeid en dien van voormelde jongeren, ook GOUDSMIT vonden. Bij den vriendenkoop heeft de regtshandeling *twee* causae, emtio en donatio: de vastgestelde prijs van f 8000 berust op *koop* en wat daaraan voor vergoeding van den couranten prijs te kort komt op *schenking*.

Met dit stelsel betreden wij een veld van distels en doornen waaraan onze tabberd bij elken stap zoo blijft hangen, dat van deze deftige juristenkleedij weinig toonbaars overblijft. Een paar van die distels werd straks (blz. 4) al aangewezen: op zeker oogenblik ontstaat een mede-eigendom (met regt op scheiding naar artt. 628 en 1112 B. W. en toepassing c.q. van art. 1122?) dat lijnregt ingaat tegen de bedoeling der partijen, bij wie (zegt MÜLLER t. a. p. pag. 217—219) slechts één Geschäftswille aanwezig is. En ga nu eens de praktische toepassing van dat dualisme maken! De moot *schenking* zal, naar ik reeds aanstipte, vallen onder het bereik van herroepelijkheidsbepalingen (art. 1725 B. W.) die op de moot *koop* toepassing missen, en laatstbedoelde moot (men neme deze triviale plastiek voor lief) valt onder voorschriften omtrent vrijwaring, die niet of grootendeels niet gelden voor schenkingen (1); toch is iets „geschonken” dat bijna immer onvatbaar zal wezen voor materieele splitsing. Is althans ideëele splitsing in quota, naar breuken, mogelijk? Dat nemen GOLDSCHMIDT en GOUDSMIT aan, zoo dikwijls de courante waarde zich laat vaststellen: doch waar zijn, vraagt MÜLLER, voldoende ge-

(1) Art. 1711 B. W.: geen vrijwaring in geval van *uitwinning*. Dus wèl (art. 1527) ten aanzien van verborgene gebreken der zaak? Op die vraag heeft § 521 der Deutsche wet een antwoord willen geven: der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

gevens voor die ideëele splitsing? 't Kan voorkomen (1) dat aangaande het bedrag der courante waarde of hetgeen zij daarvoor houden overeenstemming tusschen partijen gebleken is, en dan zou een voldoende gegeven aanwezig zijn, doch meestal komt het aldus *niet* voor; 't geval ware dus mogelijk dat, indien tusschen haar de courante waarde eens op het tapijt ware gekomen, *oneens* zijn daarover te voorschijn trad (2). En hoe, wanneer onwedersprekelijk *alle* mogelijkheid van splitsing ontbreekt? (3) Zonder eene bevredigende solutie ook voor deze gevallen is de omvang van het mixtum-probleem slechts ingekort, doch heeft men het vraagstuk niet onder de knie. Niet, zoolang o. a. gemist wordt aanwijzing van den rechtsgrond om, aangenomen de mogelijkheid eener behoorlijke schatting van de wezenlijke waarde der „verkochte” zaak, eene schatting dier waarde *uit te lokken*. Die rechtsgrond is aanwezig zoo dikwijls eene vermomde schenking wordt beweerd, want dan dient de schatting om *vermomming* te staven; eveneens is zij aanwezig in alle fiscale zaken, waarin de wet het waar-

(1) In een gansch ander verband werd hetzelfde opgemerkt door GOLDSCHMIDT p. 21, zulks met beroep op eenen anderen der vele huidige schrijvers over het onderwerp.

(2) Onder den invloed b. v. van zekere ijdelheid: de verkooper heeft de pretentie van eene aanzienlijke opoffering en de verkrijger voelt zich veel te veel, om overdrijving in dit opzigt te kunnen zetten.

(3) Voor dit geval laat, zooals wij zagen, GOUDSMIT de figuur van het mixtum varen. Vrage echter of daárvan de bestaanbaarheid afhangen kan; wanneer naar ieders oordeel, partijen zoowel als derden, een aanzienlijk verschil bestaat tusschen den koopprijs en de werkelijke waarde, over hetwelk de betrokken partijen donandi causa heenstappen, dan kan toch niet bloot van de feitelijke onmogelijkheid om tot eene *begrenzing* der bestanddeelen te geraken de aanwezigheid van een mixtum afhankelijk zijn, wanneer men „gemengde schenkingen” regtens bestaanbaar acht,

deeringsregt der valeur vénale toekent; maar het eerste geval behoort niet tot het gebied der mixta en in het tweede hebben wij te doen met een wettelijk regt, toegerekend *los* van de vraag of een mixtum aanwezig is. Maar overigens? Opnieuw leg ik nadruk op het straks opgemerkte, dat we staan voor het feit dat twee *niet* simuleerende personen, volkomen bevoegd om voor het te vervreemden sieraad eenen koopprijs vast te stellen, welke niet behoeft overeen te stemmen met de intrinsieke of courante waarde van het snoer, dit voor *f* 8000 of *f* 12000 hebben *verkocht*, zij het dat in de bepaling van *dien* koopprijs vriendschaps- of liberaliteitsbedoelingen eene rol hebben gespeeld; is voldoende regtsgrond aanwezig om aan deze *koop*handeling, aan welke partijen de rol van causa hunner wederkeerige overeenkomst hebben willen toekennen, donatie als tweede causa te verbinden? zoolang *dat* niet vaststaat schijnt elk feitelijk onderzoek in die rigting uitgesloten.

Al staan grootmeesters onzer wetenschap als SAVIGNY en UNGER (1) dat stelsel van dubbele causa voor, en al vond dat, blijkens zijne conclusie voorafgegaan aan het

(1) Daarin, blijkens Mot. II p. 287, gevolgd door de ontwerpers van het Deutsche wetboek, bij ons door GONDSMIT, en onder het jongere geslacht door KÖPPEN en WEIRAUGH straks genoemd. Opmerking verdient — ook voor ons regt, omdat HAMAKER in zijne artikelen over schenking in het W. voor privaatrecht, notarisambt en registratie n^o 1795—1799 denzelfden grondslag aan zijne belangrijke beschouwingen geeft — dat de stelling van SAVIGNY IV blz. 3 „Schenkung ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein allgemeiner Charakter, welche die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen „können“ krachtige bestrijding heeft gevonden bij WINDSCHEID II, mihi § 365 noot 18.

Het zou mij te ver van het thans behandelde onderwerp voeren, uiteen te zetten waarom HAMAKER mij niet heeft kunnen bekeeren. Nadër tot dat onderwerp staat de verklaring dat mijn betreurde

arrest van 1885, ook weerklank bij den buitengewoon scherpzinnigen man, die tot voor ruim een jaar aan het hoofd van ons Openbaar Ministerie stond, acht ik het verklaarbaar en, met alle bescheidenheid, gerechtvaardigd dat velen dit stelsel bleven verwerpen. Begrijpelijkerwijs alzoo doen mannen van gezag als OERTMANN, CROME, ENDEMANN den kreet hooren: „nur einheitliche Entscheidung ist brauchbar”. Laat ons gaan zien met welk gevolg.

't Is als hadde Dr. GOLDSCHMIDT zich opgemaakt om aan dien roep gevolg te geven: want op meer dan eene plaats van zijne „gemischte Schenkung”, b. v. blz. 37 en 41, verkondigt hij dat de beschikking, door de handelende personen in het leven geroepen, een einheitliches Schuldverhältniss moet zijn. Hun ondeelbaar contractueel consent, ondeelbaar gegeven, kan volgens hem wel eene verpligting medebrengen tot verschillende handelingen, die ieder afzonderlijk beschouwd tot onderscheidene contractstypen zouden behooren, doch dit mag niet leiden tot het ontstaan van *meer* dan een contract: eene zelfstandige figuur, een contractus sui generis moet ontstaan (blz. 11). Heeft men dezelfde partijen, door zulk een ondeelbaar consent zich verbindend tot praestaties

vriend POLIS ook VOET heeft genoemd als een negotium mixtum cum donatione aannemende, maar mij het vinden eener zoodanige stellige verklaring van die groote autoriteit niet is gelukt. Te vergeefs trachtte ik mijn licht op te steken bij DONELLUS. Die geeft in het dertiende boek zijner Comm. XIII hoofdstuk 1 (mihi blz. 626 kolom 2), den koop behandelende uit het oogpunt van *prijs*, wel zijn oordeel geeft over de bekende gevallen van verkoop nummo uno of met beding van pretium non exacturus, leerende dat er dan ontbreekt een „prijs”, en daarmee een *essentiale* voor verkoop; ook wel dat dit vereischte niet ontbreekt bij verkoop *beneden de waarde*, omdat het niet verboden is af te zien van de equivalentie — maar jammer genoeg behandelt hij ons eigenlijke vraagstuk niet.

ja ongelijksoortig, maar gerigt op een zelfde doel, op bevrediging van een zelfde behoefte — en of dit laatste het geval is zal uit de omstandigheden moeten worden opgemaakt — dan zal zulk een einheitliches Schuldverhältniss zijn ontstaan (blz. 11, 12). Wanneer nu zal dergelijk Mischverdrag, dat beantwoordt aan het „negotium mixtum cum donatione” van onze vaktaal, zijn geboren als nieuwe gedaante? als een contractus sui generis naast de geijkte contractsvormen bedoeld in art. 1355 lid 2 aanhef B. W.? Uit hetgeen ik lees blz. 30 vgg., bepaaldelijk blz. 46, maak ik dit antwoord op: zoo dikwijls in het einheitlicher Vertrag, waaruit bedoeld einheitliches Schuldverhältniss voortkomt, een element van schenking is vervat naast een ander Schuldverdrag, onverschillig welk (1); essentieel is dus, nevens *verbinding* met eenige andere obligatoire overeenkomst, dat een der elementen zij de contractueele verbindtenis, voor ons recht omschreven in art. 1703 B. W. : afstand bij schenkers leven, om niet en onherroepelijk, van een vermogensbestanddeel aan iemand die den afstand aanneemt. Uit het uitvoerig betoog, waarvan deze uitspraak het slot vormt, neem ik voorshands slechts het volgende over. Het mixtum-begrip wordt vaak te ver uitgebreid, b. v. door hen die daaronder de gevallen brengen van verkoop nummo uno of onmiddellijk verbonden met de bepaling „pretium nog exacturus”, want dan is er geen *verbinding* van schenking met een koopcontract, omdat er bloote schijnkoop is; eveneens is er uitbreiding tot over de ware grenzen in het straks besproken geval van

(1) Ofschoon GOLDSCHMIDT, overeenkomstig het boven p. 565 en 570 reeds gezegde, de verbindingen met schenking niet tot koopcontracten beperkt acht, zijn begrijpelijkerwijs de meeste illustratiën zijner meening ontleend aan zulk eene verbinding, als de verreweg meest voorkomende.

verkoop van een sieraad met valeur vénale van f 10000, dat met schenkingsbedoelingen voor f 12000 wordt overgedragen. Want hier is de consensus van partijen niet gerigt op de bevrediging van ééne (ondeelbare) behoefte: er zijn twee praestaties, al heeft de geldpraestatie eene „einheitliche” bestemming; voorhanden zijn alsdan twee praestatiën zonder gemeenschappelijk doel, die bepaald worden door reële splitsing der geldsom, en geenszins een voorwerp van praestatie dat slechts ideëel in breuken gesplitst kan worden: „die Identität der Personen und „des Entstehungsgrundes allein (heet het blz. 36) führt „noch nicht zur Individualisierung des Schuldverhältnisses”. Evenzeer echter wordt het begrip hier en daar te zeer ingeperkt: b. v. door alleen dáár een mixtum aan te nemen, waar partijen hun „schenkend” bedrijf gekoppeld hebben aan eene overeenkomst onder bezwarenden titel (entgeltlicher Vertrag, contrat commutatif. blz. 41/2): zoodra maar door het afsluiten regtsbetrekkingen gevestigd worden die, bijeengenomen, moeten aangemerkt worden als het einzige of einheitliche Schuldverhältniss boven aangeduid, acht G. het aannemen van een Mischvertrag, die Aufstellung eines eigenen Begriffs gerechtvaardigd. Voorts komt het in de verbinding aan op het element *schenking*, niet op het al dan niet vergolden worden van haar contractueel bijmengsel.

Laat ik omtrent de verdere uitwerking van dit „te ruim of te eng” niet in meer bijzonderheden treden en slechts nog aanwijzen, welke schenkings- of andere eigenaardigheden hij op zijn separaatbegrip van negotium mixtum cum donatione toepasselijk acht. De leidende regel daarbij drukt GOLDSCHMIDT blz. 59 aldus uit: auf die gemischte Sch. als Mischvertrag sollen sowohl die Normen der Schenkung wie des anderen Schuldvertrages zur Anwendung kommen. Stelt de wet vormvereischen

aan eene donatie (akte of insinuatie voor elke schenking, voor schenkingen slechts boven zeker bedrag, of slechts voor schenkingsbeloften), dan zijn die alzoo ook toepasselijk op het mixtum. Eveneens de herroepelijkheidsbepalingen: ons art. 1725 en § 530 D. B. W., door de Duitsche commentatoren aldus verklaard dat uit de schenking eenen regtspligt van dankbaarheid voortvloeit, tegen grove schendingen door de wet beschermd; *révocation dus pour cause d'ingratitude* (artt. 953 en 955 C. C.). En dan geen bijbetaling van het „geschonken” surplus met behoud van het huis, maar teruggaaf dáárvan met regt op teruggaaf van het aan „schenker” betaalde. Volkomen gelijke toepassing volgens schrijver van het bij §§ 519 en 528 aan eenen schenker toegekende regt om de vervulling zijner solemneele schenkingsbelofte te weigeren, zoo voor hem niet-vervulling van wettelijke onderhoudspligten of het eigen onderhoud naar zijnen stand met de nakoming gemoeid zouden zijn en van het regt om, onder gelijke omstandigheden, het afgestane terug te vorderen. Den vrijwaringspligt wil GOLDSCHMIDT beoordeeld hebben naar het doel van partijen. Zij bedoelden wel niet het scheppen van algeheele equivalentie: doch blijkbaar wilde, zonder het bekomen van eene zekere vergoeding, de „liberale” partij hare zaak niet afstaan. Daarom vrijwaring naar de regels van vervreemding onder bezwarenden titel: dus naar art. 1527, niet naar de tamme bepaling van art. 1711 of § 529, want deze berusten op het ontbreken van *alle* contrapraestatie. Daarentegen geene *actio quanti minoris*: want prijsvermindering is al aanwezig; wel de *rehabitoria* (Wandlungsanspruch).

Korthedshalve laat ik onvermeld G.'s beschouwingen over de gevolgen van een verkorting der legitieme en over *Anfechtung* bij faillissement of daarbuiten,

en ga mijne bedenkingen tegen zijn stelsel ontvouwen.

Tegen een aantal van de medegedeelde bijzonderheden acht ik die zwaarwichtig, maar boven elke daarvan staat voor mij een *algemeene*, die zich aldus laat uitdrukken. Volgens GOLDSCHMIDT doet het negotium mixtum cum donatione ontstaan een Mischverdrag door zamensmelting van — laat ik het ook volgens schrijver normale mixtumgeval *vriendenkoop* noemen — twee contractfiguren: eene schenking met eenen koop. *Zamensmelting*, omdat ontstaat eene *nieuwe* figuur, volgens schrijver blz. 11 en 13 zelve een *contractus sui generis*. Als zoodanig dus eene contractfiguur met *eigen* karaktertrekken. Indien de zaak aldus staat, vanwaar dan het regt om, zooals we schrijver zagen doen, te stellen dat op het Mischverdrag de normen zoowel van schenking als van koop toegepast zullen moeten worden? m. a. w. dat het *zamensmeltingsproces*, hetwelk de twee oude contracten ondergingen, hoegenaamd geen invloed op hun oorspronkelijke eigenaardigheden heeft gehad? Dit is eene onbewezen stelling, logisch ongeregtvaardigd, zoo niet in strijd met schrijvers eigen bewering dat eene *nieuwe* figuur is ontstaan. Voor al hetgeen hij leert omtrent vormvereischten, herroepingsregt enz. enz. brengt hij geen anderen grond dan evenvermeld beweren; maar dat beweren gaat slechts op in het stelsel van niet-Mischverdrag, van coëxistentie der twee oude contractvormen. Logisch is dit ten eenenmale ongeregtvaardigd; dit kan alleen opgaan in het stelsel waartegen G. zich zoo kras mogelijk weert: het stelsel dat in het mixtum zoowel eene schenking als een koop vervat zijn. Dit standpunt laat den ijveraar voor Einheitslichkeit van het negotium niet alleen in den steek, het wordt logisch verzwakt door iederen grond, waarmede men, tegen SAVIGNY c. s., ingang aan die Einheitslichkeit tracht te verschaffen.

Uit het vorenstaande volgt dat — om maar staandevoets de toepassing op ons regt te geven — dat op de nieuwe contractsfiguur slechts het eerste lid van art. 1355 B. W. toepasselijk zal zijn en *niet* het *tweede*, omdat dit tweede alleen voor die bepaalde overeenkomsten, welke in titel V en volgende van ons Derde Boek behandeld worden, naar die titels verwijst. Het eenheitliche Mischvertrag van GOLDSCHMIDT (blz. 44), de constructie met zooveel verlangen door ENDEMANN c. s. verbeid, is immers noch de schenking noch de koop van Titel V of XI: met de „bijzondere regels ten aanzien dáárvan” heeft alzoo de Nederlandsche civilist, die zich met het negotium mixtum cum donatione inlaat, *niet te maken*. Dergelijke (zoo zij bestaanbaar is) eigenaardige contractsfiguur heeft dan uitsluitend te beantwoorden aan de algemeene regelen bedoeld in art. 1355 lid 1: aan de kernachtige omschrijving, door OPZOOMER (VI blz. 11) voor de rechtsgeldige overeenkomsten naar Nederlandsch regt gegeven: „het wederzijds toestemmen tot het ontstaan eener verbindtenis, wier voorwerp bepaald en wier oorzaak geoorloofd is”. Grasduinen in de solemniteiten der gewone *schenking*, in de verschillen omtrent vrijwaringplicht bij haar en bij *koop* en wat dies meer komt dan niet meer te pas, omdat men met *iets anders* dan deze figuren te doen heeft (1).

(1) Waarnemingen op stoffelijk gebied kunnen dienen om de beteekenis mijner kritiek te verduidelijken. Als koper, tin, zink worden zamengesmolten tot brons, ontstaat uit deze legering een *nieuw* metaal met *zelfstandige* eigenschappen. De metallurgie leert dat dit zamenstel *andere* verschijnselen vertoont ten aanzien van hardheid, smeltbaarheid, veerkracht, rekbaarheid enz., dan zouden zijn afleiden uit eene berekening, zich grondende op de percenten koper enz. in het brons aanwezig en de overeenkomstige eigenschappen van, elk der drie metalen.

En hiermeê genoeg omtrent mijne algemeene bedeking; volge een beetje kritiek van bijzonderheden der constructie GOLDSCHMIDT.

Wat b.v. te denken van de straks reeds vermelde opmerking (p. 33) dat men wel een einheitlicher Vertrag in het mixtum kan vinden, wanneer men dat behandelt als koop of als schenking alléén, maar dat men dus doende zich ter wille van de regtsconstructie heenzet over den wil der partijen, die *twee* dingen willen doen: koopen *en* schenken, niet maar een van die twee. M. i. boud gesproken. Niet nummo uno of pretium non exacturus of ander foefje, maar ernstig *verkoopt* A aan B zijn huis: evenwel voor slechts *f* 8000, terwijl de stand der markt meêbrengt dat hoogstwaarschijnlijk *f* 10.000 daarvoor te krijgen zou zijn en stelt hij uit vriendschappelijke bedoeling zich tevreden met de mindere som. Daar volle equivalentie geen vereischte is voor het contrat commutatif, steekt in den lageren prijs volstrekt geen reden om, voorbij de verklaring van partijen dat *verkocht en gekocht* wordt, te decreteren dat bovendien is *geschonken*: bloot gebruik van de vrijheid om het koopcontract te maken tot voertuig van liberalen zin laat ongedeerd,

Het bevreemdt mij dat GOLDSCHMIDT zelf onachtzaam is geweest op dit punt, omdat hij zijne theorie van Mischvertrag niet opbouwde dan met naauwlettend onderzoek, of de contractsvorm, die met eene schenking in verbinding moet komen, zich wel eigent tot de Mischung. Een arbeidscontract b.v., waarbij partijen met schenkingsbedoelingen het loon te laag stellen, leent z. i. er zich *niet* toe, omdat hij tot de essentialia van schenking eenen overgang van *vermogens*-bestanddeelen brengt en iemands arbeidskracht niet tot diens *vermogen* rekent. Een rigtig preliminair; maar moest dat niet hebben geleid tot schrijvers besef, dat de karaktertrekken van zijn Mischvertrag wel eens onderscheiden konden zijn van die der bestanddeelen en dit punt dus nog een speciaal onderzoek eischte?

dat de rechtspositie opgaat in die van een *koopcontract*. Om dat liberaliteitsbewijs te maken tot eene *donatie*, moet de bevoordeeling als donatie zijn aangenomen: komt het niet menigmaal voor dat, gegeven de omstandigheden, aard en wat al niet meer van den bevoordeelde, een en ander dezen ten stelligste van het aannemen eener *schenking* zou weêrhouden? dat de wetenschap van dit alles ook den bevoordeelaar van optreden als *donateur* terughoudt? Een lagere *prijs* voor het afgestane goed wettigt dus volstrekt niet GOLDSCHMIDT's beweren van aanwezigheid eener *schenking* naast den koop. Dit dubium reikt welligt nog verder: of dit het geval is kan eerst blijken, nadat eene andere stelling van schrijver zal zijn onderzocht.

De stelling door mij bedoeld is hetgeen wij, ter gelegenheid van G.'s oordeel omtrent te groote uitbreiding van het mixtumbegrip, door hem geleerd vonden omtrent de aanwezigheid van *twee* prestaties, wanneer aan iemand liberaliter eene zaak (zeggen wij wederom een huis) wordt afgekocht *boven* hare courante waarde: *twee*, omdat eene te hooge contraprestatie in geld vatbaar is voor reële splitsing. Bedoeld schijnt het volgende. Als eene te lage som betaald wordt, dan is er *materialiter* niets terug te geven; dan laat zich dit te laag uitsluitend in eene breuk (Quote, ideelles Bruchtheil) uitdrukken; is daarentegen te veel betaald, dan is teruggaaf in natura van dat teveel, van het „geschonkene”, mogelijk. Mij dunkt dat we hier met eene onzuivere redenering, zoo niet met eene Spielerei te doen hebben. Waarheid is, dat wanneer het huis van f 10.000 verkocht is voor f 8000, het vijfdepart huis, dat zonder volledig equivalent overging, niet vatbaar is voor teruggaaf in natura; dat daarentegen bij verkoop voor f 12.000, het

$\frac{1}{3}$ betaald boven de waarde vatbaar is voor zulke teruggaaf. Waarheid is verder dat bij beide operatiën de handelende personen dezelfde en ook de voorwerpen hunner handeling in zoover identiek zijn, dat die betreffen een ondeelbaar huis en eene deelbare geldsom, terwijl tevens deze twee niet als elkanders equivalent kunnen worden aangemerkt. Doch tevens nemen wij waar, dat in ieder der gevallen de bevoordeelde persoon een ander is en dat de bevoordeeling zelve door het andere voorwerp der overeenkomst geschiedt: in het eerste geval is bevoordeeld de *kooper* en is haar middel de goedkoope verkrijging van het *huis*, terwijl in het tweede wordt bevoordeeld de *verkooper*, zulks door de ontvangst eener te hooge *geldsom*. Welk verschil echter maakt het op *deze* punten bevonden onderscheid ten aanzien van onze vraag: of de transactie — koop zonder preciese equivalentie van zaak en prijs — al of niet een *negotium mixtum cum donatione* is? De innigheid der verbinding tusschen het liberale en het onereuse element, de „Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses” is in beide gevallen even groot of even klein, en evenzoo is het gesteld met ons antwoord op de vragen, of de Vereinbarung der partijen al dan niet gerigt is op de bevrediging eener enkelvoudige behoefte, en of de beide bestanddeelen van het mixtum — overgang onder en zonder bezwarenden titel — een gemeenschappelijk doel hebben. Dat op voorzegd, voor GOLDSCHMIDT's leer beslissende punt *geen* verschil aanwezig is blijkt voldoende hieruit, dat in beide gevallen equivalentie bereikt kan worden met hetzelfde middel: de uitkeering van eenzelfde geldelijk bedrag door den bevoordeelde.

Ook omtrent die equivalentie valt, in verband met G.'s beweren dat voor het bestaan van een mixtum splits-

baarheid uitsluitend in breuken [ideëel en niet reëel] vereischt wordt, eene vraag van beteekenis te stellen. Geen splitsbaarheid in breuken zonder reëele waarde als *vaststaanden* factor, zonder *stelligheid* dat die f10.000: staat die wel *ooit* stellig vast?

Werkelijk *in gemoede* op die vraag met „ja” antwoorden oordeel ik onmogelijk (1). Bij dat oordeel zie ik af van elke speling van tijd, alleen het oog vestigende op de reëele waarde bij het tot stand komen van den koop: is die welbezien iets anders dan eene *schatting*, dat is eene min of meer gegronde *gissing*? Dat schatters van onbetwistbare eerlijkheid en kunde tot andere, vaak vrij uiteenloopende cijfers komen beleven we elken dag; maar neem het geval zelfs zoo sterk mogelijk: drie zulke heeren komen in het huis bijeen, stellen elk voor zich de waarde vast, bevinden dat hunne schatting volkomen overeenstemt en zijn bezig het aan hunnen lastgever te overhandigen schattingsrapport te teekenen — maar op dat eigen oogenblik voelen zij als te San Francisco of Pointe à Pitre den grond beven onder hun voeten of vernemen, als aan den Rijn in 1870 de oorlogsverklaring, eene politieke gebeurtenis, die het vast goed ad nutum doet dalen langs heel de grens. Een huisbezitter is wel geneigd zijn pand van de hand te doen voor de som, die op dit oogenblik geldt voor een goed bod, en loopt toevallig aan tegen iemand die, verlekkerd op het wonen precies in zulk een huis, hem veel hooger biedt — vrage of dit alles en nog zooveel meer soortgelijks niet bewijst

(1) „Es ist (aldus terecht in eene woeker-studie de Munchener advocaat Dr. L. BENARIO: *Groszstadts-Dokumente* Band 38 pag. 9) ungeheuer schwierig, insbesondere im modernen Verkehr, die *Uebermäßigkeit einer Vergütung festzustellen.*” Vanzelf dus ook hare *juistheid*.

dat de equivalentie, zelfs op een enkel bepaald oogenblik, eene *onvaste* grootheid is en dus de eene of andere som — in ons voorbeeld de *f* 2000 — een *wankel* quotum van het pretense equivalent?

Hebben deze opmerkingen beteekenis, dan schijnen zij de uitspraak te wettigen dat, afgezien altoos van notoire vermommingen, beschouwingen omtrent niet-equivalentie, al, evenmin als het *vriendschaps*-motief voor verlaging van den prijs, heel veel waarde hebben om aan eenen tusschen partijen bepaalden koopprijs, al is deze *laag*, bepaald het regtskarakter van *prijs* te ontzeggen en daarom te verwerpen de qualificatie van *koop*, door hen aan hun accoord gegeven. Kan daarentegen die qualificatie van koop regtens standhouden, dan zal de eenheitliche Entscheidung, door OERTMANN c. s. onmisbaar geoordeeld, verkregen zijn.

Alvorens mij aan het voorleggen van eene eindrekening te wagen zal, om het verwijt van ligtvaardigheid te ontgaan, nog eens stilgestaan moeten worden bij enkele detailconclusiën, die wij straks door GOLDSCHMIDT uit *zijne* constructie dier eenheid afgeleid vonden.

Allereerst de noodzakelijkheid om bij ieder mixtum den solemneelen vorm in acht te nemen, wanneer het schenkingsbestanddeel daarin zich niet laat brengen onder de dispensatie voortvloeiend uit de artt. 1724 en 1474 vgg. B. W. Dus bij elken verkoop van onroerend goed, in welks prijsbepaling eenig schenkingselement, een beetje aanwezigheid van onderlinge welwillendheid kan worden gevonden? Het stelsel vordert een ja. Maar het practisch gevolg van dat „ja” zal wezen dat voor haast iederen verkoop van onroerend goed de notarieele akte een eisch van beveiliging tegen processen wordt, omdat bijna immer uitgecijferd zal *kunnen* worden dat geen vol-

komen equivalentie bestaat en dan het fractioneel verschil aan schenkingsbedoelingen moet worden toegeschreven. Hiernevens staat de onzekerheid of er wel zulk een breuk is aantewijzen, omdat naar het straks ontwikkelde de grondslag van berekening te verschaffen door den couranten prijs der vervreemde zaak onzeker is: alleen de *overeengekomen* koopprijs staat vast. Zoo zulk eene door GOLDSCHMIDT noodzakelijk geachte breuk *niet* is aantewijzen, faalt het bewijs dat eene donatie aanwezig is (1); en waar blijft dan het Mischvertrag?

De toepassing dezer opmerkingen op de verdere details van het schenkingsrecht is niet moeilijk en brengt mede dat, wanneer de opmerkingen zelve niet ongegrond worden geacht, het aannemen van een mixtum onvermijdelijk allerlei moeilijkheid en regtsonzekerheid [b.v. aangaande herroepelijkheid en vrijwaringsplicht] teweegbrengt.

Wanneer men, welligt ook door hetgeen dit opstel uiteenzet, als slotsom van onderzoek de overtuiging heeft verkregen, dat het nog altijd in de meerderheid zijnde dualistisch stelsel van SAVIGNY alleronbevredigendst is; dat ook van LAMMFROMM's constructie dit moet gezegd worden; dat om eene einheitliche Entscheidung wel wordt geroepen door ENDEMANN c.s., maar ook deze meesters in ons vak haar niet bragten en GOLDSCHMIDT almede daarin te kort schoot — is het dan vermetel de vraag te stellen of die eenheid niet is te bereiken door een van de bestanddeelen der zoogenaamd „gemengde

(1) Aldus leerden alreeds de Romeinen voor het geval, behandeld in de door onzen GOUDSMIT aangehaalde L. 5, § 2 D. XXIV, 1. De niettigheid van schenking tusschen echtgenooten eischt het bewijs eener *schenking*: zoo in hunne regtshandeling geen schenkingselement is aantewijzen, heeft men geen grondslag, om de geldigheid dier handeling aantetasten.

Het in den tekst ontwikkelde wordt alligt straks verder toegepast.

of onzuivere schenkingen" te laten vallen? en wel door opteofferen het element *donatie*? (1). Immers slechts dat element in het tweelingsbegrip is constant en het andere niet: teregt betoogt GOLDSCHMIDT dat, al is van de gemengde contractfiguren de gemengde *koop* verreweg het meest gewone, ook gevallen van bruikleen, huur en pacht onder zijn begrip van *Mischvertrag* gebragt kunnen worden.

Wanneer ik beproef om uit ons stelsel van overeenkomsten het mixtum als contractsfiguur te verwijderen, dan voorwaar niet omdat ontoelaatbaar zou wezen, dat contracterende partijen hunnen overeenstemmenden wil rigten op het doel om hetzij een zeker voorwerp, hetzij den daaraan gehechten prijs aan zijne wederpartij deels (b.v.) te verkoopen en deels te schenken;

noch ook dat zulk een overeenkomende wil als ongeoorloofd in den zin van wettelijk verboden zou moeten worden aangemerkt;

maar omdat in ons regtsstelsel de verwezenlijking van zulk een wil en doel door het zamengesteld contract, waarvan in de vorige bladzijden sprake, door het *Mischvertrag negotium mixtum cum donatione*, *onbereikbaar* is te achten (2).

(1) Waarom juist *dit*, staat in verband met enkele opmerkingen omtrent het Rom. regt, wat omslagtig voor eene noot, en daarom als afzonderlijke Aanteekening aan dit opstel toegevoegd.

(2) Tot deze inleidende opmerking vind ik reden in de omkleeding, gegeven aan het arrest van 1885, dat mij voorkomt wel *juiste* doch niet *beslissende* gronden voor de toen gevallen beslissing te hebben gegeven. Strijdobject was toen een koop en verkoop, waarvan de *regts geldigheid* door geen der litiganten werd aangetast, en naar den maatstaf der op blz. 583 vermelde definitie van OPZOOMER onaantastbaar was: de strijd liep hierover of dat koopcontract kon aangemerkt worden als *donatie* en daarom aanleiding geven

Er is (en zoo was het ook in 't geval, waarin de H. R. zijn arrest van 1885 gaf) eene overeenkomst, door de partijen *koop* van zeggen wij een huis genoemd; de wilsverklaring van partijen luidt dat zij willen *koopen en verkoopen*, en dat de geldsom, door den verkrijger van het huis voor de overdragt daarvan te betalen, zal wezen de *prijs* van dat goed; dat die wilsverklaring *gefingeerd* zou wezen beweert niemand: alleen wordt door de partijen grif toegegeven dat, als er geen vriendschapsoverwegingen bij de prijsbepaling in het spel waren geweest, deze hooger zou zijn uitgevallen. Maar is hierin reden om voltehouden dat hun handeling van koop *iets anders* zou zijn geworden? een Mischvertrag?

De oudromeinsche eisch van een *pretium justum*, de mogelijkheid van tenietdoening wegens *laesio enormis* — ons regt kent die niet meer: waarom mag nu de contractswil om uitsluitend te *koopen en te verkoopen*, zij het dan zonder equivalentie van zaak en prijs, niet worden geëerbiedigd? Is het inachtnemen van die equivalentie *verboden*? haar observantie een *regtspligt*? (1) Stellig neen. Waarom, vraag ik dan, per fas et nefas eene regtsfiguur geschapen, zóó gewrongen en in elke rigting zooveel onopenbaarheden teweeg brengend als het dusgenaamde *negotium mixtum cum donatione*?

En wie verschafft de *voldoend vaste* gegevens om de equivalentie vast te stellen? de bezwaarlijkheid hiervan bleek ons straks. Wordt de aanwezigheid tegelijkertijd

tot inbreng bij de tusschen partijen tot stand te brengen boedelscheiding.

(1) Over de logische (voor testamenten en in Frankrijk ook voor schenkingen heel illogisch op zij gezette) gevolgen van een wettelijk verbod is zeer behartigenswaard, wat BAUDRY in zijn Précis II no. 345 gezegd heeft.

van eene schenking gegrond op ontbreken dier equivalentie, dan is men op dat punt niet kant en klaar door, als bij de toepassing der Duitsche woekerwetgeving (Swb. § 302 a), min of meer in het onbepaalde te constateeren „dasz nach den Umständen des Falles die „Vermögensvortheile in auffälligen Missverhältnisse zu „der Leistung stehen”; dan komt het aan op *preciseering* van hetgeen wel de juiste waarde van het huis wezen zal, omdat met het oog op vrijwaring, herroepelijkheid en al hetgeen strakts de revue passeerde de vraag niet alleen is *of*, maar ook *hoeveel* schenking in de handeling steekt. Deze bedenking vordert m. i. te ernstiger overweging, omdat in de mixtum-constructie reeds een gering (1) verschil tusschen den besteden en den als „equivalerend” aantewijzen prijs het Mischverdrag doet ontstaan, en dan natuurlijk even goed bij andere overeen-

(1) Natuurlijk mits dat verschil *gewild* zij. Bij GOLDSCHMIDT p. 64 lezen wij, als hij het opkomen tegen mixta o. a. in faillissementen behandelt, met beroep op de geschriften van COSACK en JAEGER over Anfechtung het volgende: «Entgelt ist nur diejenige Leistung welche eine andere Leistung als ihr Aequivalent *dem Werte nach* auszugleichen bestimmt ist. «Entgeltlich» ist also ein Vertrag stets dann, wenn die eine Leistung für eine nach Absicht der Parteien ein Aequivalent bildende Gegenleistung erfolgt. Bei der mit einem entgeltlichen Vertrage gemischten Schenkung soll aber die Leistung nach dem Parteiwillen nicht durch die Gegenleistung als vollwertigen Ersatz ausgeglichen werden.» In den gewonen loop van het verkeer ontstaat dus uit de eventueele bevinding van een objectief waardeverschil tusschen praestatie en contrapraestatie geen gevaar voor het commutatief karakter (art. 1104 C.C.) der overeenkomst, omdat dit gevaar wordt opgeheven door de subjectieve meening der partijen, dat zij waarde om waarde uitwisselen. Maar bij de pretense mixta ontbreekt deze veiligheidsklep, omdat in die gevallen bij hen eene *gewilde nietovereenstemming* van de uitgewisselde waarden aanwezig is.

komsten, huur en pacht b.v., als bij koop. „Van U neem ik niet het naaste en verhuur U voor fx ”: men wijze mij de wetsbepaling, die naar letter of geest dwingt om dergelijke overeenkomst tusschen den gracieuzen verhuurder en hem, die erkentelijk deze vriendschappelijkheid aannam, overeenkomst door hen gewild als totstandbrenging van een *huurcontract* en ten blijke van dien wil met voorschreven naam *bestempeld*, te gaan verklaren als een niet-verhuur en huur, maar om de gracieusiteit daarbij in acht genomen voor een „ick en weet niet wat” — haast schreef ik: voor eenen juridischen liplap. Als, nevens de vragen van vorm en van wederzijdschen schenkingswil, het essentieel vereischte eener schenking is, dat uit het vermogen van A zijn regt op eene lichamelijke of onlichamelijke zaak overga in B's vermogen *om niet*, voor zoover de wet zelve geene uitzondering op dit vereischte erkent door het regt om aan de schenking eenen last (1) te verbinden — dan erkenne iedereen de van simulatie vrije overeenkomst, welke den verkrijger B eene contraprestatie uit zijn vermogen oplegt voor de verwerving van A's zaak, als den verkoop, den verhuur of welke andere bezwarende overeenkomst partijen zeggen gesloten te hebben. Nog altoos is voor mij waar, wat voor bijna dertig jaren werd neergeschreven door den man, die van al mijne leermeesters den grootsten invloed op mijne ontwikkeling heeft gehad — door OPZOOMER in zijne inleiding op ons overeenkomstenregt VI p. 28/9 — „nergens vordert de wet dat de verpligtingen der partijen volkomen of althans nagenoeg „aan elkander gelijk zullen zijn; trouwens waar zou ook „de *grens* van dat „nagenoeg” staan, en aan wien zou

(1) Art. 1725 B. W., aldaar volgens eenstemmig gevoelen verkeerdelijk als «voorwaarde» aangeduid.

„het oordeel worden opgedragen? Het geringste voordeel, „dat ik voor mij beding, maakt voor U een bezwarenden „titel uit. Verkoop ik U mijn huis, of liever — om alle „woorden van koop of van schenking hier nog te ver- „mijden — verbind ik mij mijn huis en landgoed voor „drie guldens op U overtedragen, dan is de overeenkomst „die wij sluiten die van verkoop, geenszins die van „schenking.”

Maar, wordt daaraan tegengeworpen, het staat dan toch maar vast dat die A en die B allebei het huis gedeeltelijk *zonder* tegenprestatie, zonder eene als equivalenterende aangemerkte vermogensvermindering van B, hebben willen doen overgaan. Ik antwoord, dat naar het B. W. schenkingsbedoelingen alleen zijn te verwezenlijken overeenkomstig de voorschriften van artt. 1719 vgg., tenzij eene wettelijke uitzondering kunne worden aangetoond; zonder inachtneming dier voorschriften is er *geen* schenking: geene betrekkelijke nietigheid, maar inexistentie van hetgeen „geschonken” zou moeten wezen.

En dit ontslaat tevens van de moeite om, met het oog op de omstandigheid dat alsdan het vurige streven naar Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts zou zijn bereikt, te gaan uitpluizen of „donatio sub modo” misschien de regtsgedaante van den koop enz. inter amicos zou kunnen zijn. Stel deze geschiedt bij notarieele akte, dan zal die akte wel *moeten* inhouden dat zij geschiedt tegen de f 8000 die volgens den overeenstemmenden wil van partijen, al vertegenwoordigen zij maar vier vijfden der (pretense) waarde van het huis, uitmaken zijnen *koop-prijs*, terwijl er is zekere surplus-waarde, vormend eene gedane en aangenomen schenking. Is hier ruimte voor schenking van *het huis*, onder den last om f 8000 uit te keeren aan den *schenker* daarvan Zoo duidelijk

mogelijk wordt dit voor 4/5 niet geschonken maar *verkocht*: voor dat *quotum* gaat het tegen een *geldelijk equivalent* over. De het (geheele) huis rakende regts-handeling kan nooit zijn *om niet*, nooit zijn de regts-handeling *donatie*; en daar voor schenking onder eenen last het eerste vereischte is aanwezigheid eener *donatie*, valt niet lang bij de mogelijkheid eener regts-figuur *donatio sub modo* (1) stil te staan, beantwoordend aan de *modus-vereischten*.

Deze onderzoekingen schijnen o. a. grond te geven om de wederzijds met de regts-handeling verbonden schenkingsbedoelingen terug te dringen naar het tweede plan: dat van bloote *motieven* in plaats van regtelijken grond (partieel) der overeenkomst. Nogmaals verwijs ik tot OPZOOMER, als hij t. a. p. bl. 30 gewaagt van een koop-contract voor lagen prijs, omdat verkooper van zijn

(1) Wie, voorgelicht b.v. door § 64 van GOUDSMIT en § 36 van CROME's voortreffelijk Allg. Theil der modernen französ. Privat-rechtswissenschaft, zich goed rekenschap geeft van hetgeen de *modus* (Auflage, charge, onze Last) is, zal niet betwijfelen dat een uit het «mixtum» geboren betalingsplicht niet als eene «last» behandeld kan worden, zonder aan het eigen, van eene «voorwaarde» stellig onderscheiden karakter der *lasten*, in art. 1725 B. W. ongetwijfeld bedoeld, te kort te doen; men raakt dan b.v. in hevigen strijd met het in art. 1302 opgenomen beginsel voor wederkeerige overeenkomsten, dat daarin altijd eene *ontbindende voorwaarde* opgesloten ligt.

«Over den Last wordt niet veel gezegd.» Deze uitspraak van LAND, op blz. 58 van zijn derde deel ed. 1902 gegeven bij de behandeling van het erfregt, geldt ook buiten dat gebied. Maar evenmin zeggen hijzelf en onze overige wetsverklaarders er veel over. Bij de meeste Franschen even groote soberheid in de bevrediging van den weet-lust. Daardoor hebben we hier (gelijk voor zoo menig ander algemeen leerstuk) dubbel profijt aan CROME, wiens beschouwingen omtrent den last ik grootendeels ook voor ons regt zou willen aanvaardden.

goederen af wil zijn en er geen hooger prijs voor begeert, dan is, leert hij, eene overeenkomst van *koop en verkoop* tot stand gekomen. Gewis, al werkt aan verkoopers zijde een eigenaardig motief mede, welligt *sterk* mede, tot het sluiten van dit koopcontract. Bij den vriendenkoop ontmoeten wij dit verschil, dat aan *beide* zijden een eigenaardig motief aanwezig is en dit wel een *liberaliteitsmotief*. Maar wanneer, als voorzeggd, het contractueel *consent* der partijen, gelijk uit den aard der zaak *ieder* consenteren, ondeelbaar is; wanneer de voltrokken regtshandeling voldoet aan al de eischen der koopovereenkomst, die partijen verklaren te sluiten, en zij daarentegen niet is overeentebrengen met de vereischten eener schenking al gingen partijen een beetje ook op schenken uit, zijn dan niet *beslissende* gronden aanwezig om die bijbedoeling aantemerkten als onverschillig voor de *qualificatie regtens*, en om een *koopcontract* zonder meer opgerigt te vinden? Dan zouden in 't geval van 1885 mijn vriend SIGISMUND MODDERMAN en ik het nog niet zoo héélemaal mis hebben gehad.

Den Haag, half September 1908.

A. P. TH. EYSELL.

AANTEKENING.

Bij mij is de vraag wel eens opgekomen of het heele (naar aanleiding van L. 18 pr. D. XXXIX, 5 aldus gedoopte) „*negotium mixtum cum donatione*” wel eene eigen plaats in de donatieleer bekomen zou hebben, zoo de Romeinen minder fel geweest waren tegen schenkingen tusschen man en vrouw.

Die felheid is opvallend; vooral in vergelijking met

hunne gezindheid omtrent de dos. Al had (1) het van vrouws kant brengen van goed in het vermogen van den man — zij het onder gehoudenheid van terugbrenging en met toekenning van actiën op die terugbrenging zelve gerigt — (echter, waren echte donatiën ook soms niet vatbaar voor herroeping?) — menigen familie-trek gemeen met een schenken van dat goed, toch werd het doteeren voorgesteld als essentieel daarvan onderscheiden: het laatstbedoelde was uit den booze, het doteeren veeleer het tegendeel. Het op voorschreven voet bijdragen van vrouws kant tot de kosten van den huwelijksstaat vond men niet meer dan gepast, en werd zoowel door de juristen als de wetten bevorderd; die bevordering, vooral sinds de politiek der eerste keizers zich had gerigt op herstel der stoffelijke en zedelijke naweeën van den burgerkrijg en o. a. beligchaamd was in wetten tot aanmoediging van het huwelijk, had langzamerhand het doteeren zoo wat doen aanmerken als eene aangelegenheid van openbaar belang, zoodat niemand minder dan PAULUS (L. 2 D. XXIII, 3) den volke verkondigde „*reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, „ut nubere possint*”. Hoe gansch anders (2) werd de *donatio inter virum et uxorem* aangezien! Al van uit den voortijd en zijn, tot diep in den keizertijd als een heilig huisje vereerde, regtszede golden (naar ULPJAANS mededeeling L. 1 D. XXIV, 1) schenkingen tusschen man en vrouw als ten strengste verboden; eerst een paar eeuwen na Christus heeft het bekende senaatsbesluit, waarvan de indiening door keizerlijke oratie ons in L. 3 ib. bewaard is gebleven, die mos tot een *jus scriptum* gemaakt, haar slechts op enkele ondergeschikte punten

(1) Verg. WINDSCHEID Pand, 7e uitg. II § 496.

(2) Waarbij o. a. (L. 7 § 6 D. XXIV 1) hetzelfde *jus publicum* gehaald wordt om haar voor te stellen als o zoo *verkeerd!*

verzachtend; altoos echter bleven zij in besliste *ongunst*. Een *verboden* bedrijf, dat alleen bij hooge uitzondering geduld wordt en *waarachter men* in elk ander geval, als haast staatsgevaarlijk, *heen zit*. Als ik den Pandecten-titel De donationibus inter virum et uxorem doorloop, dan krijg ik den indruk van eene jagt op gevallen, waarin geoorloofde rechtshandelingen, ofschoon hoegenaamd niet gesimuleerd, wel eens gebruikt zouden *kunnen* worden om het donatie-verbod te vrijdelen: dadelijk er dan bij hoor en het ondiep doodgemaakt! Bij voorbeeld:

Tusschen echtgenooten is volkomen rechtsgeldig een slaaf verhandeld, die een ongelukkig zwak heeft om te drossen (*servus fugitivus, erro*); deze hebbelijkheid telt onder de *gebreken*, waartegen verkooper moet vrijwaren. Ga U nu niet verbeelden, mevrouw! (L. 31 § 5 D. XXIV T. 1) dat ge uwe actie deswege kunt laten doodbloeden, zoo gij dat mogt beproeven uit liefvalligheid jegens uwen man. En gij mijnheer (L. 5 § 6 *ibid*), die een wegervituut hebt over het goed van uwe vrouw, dient te weten dat, zoo gij om gelijk motief dien weg ongebruikt mogt laten, vrouwlief echter *niet* van de erfdienstbaarheid ontheven wordt: na ontbinding des huwelijks blijft, niettegenstaande den non usus, hare conditie tot herstel ongerept; kortom elk hoekje en gaatje van het recht vinden we afgespeurd. Dat zelfs het dotaalrecht, anders zoo in gunste, dien schenkingsonverlaat geen schuilplaats biedt, kunnen we o. a. lezen in L. 12 pr. D. XXIII 3, handelend over het geval dat een man zijne vrouw tegen den tijd van afrekening der dos aan een voordeeltje wil helpen, zulks door bij hare constitutie dotaalzaken aan te nemen tegen *te hoogen* schattingsprijs, of omgekeerd de vrouw door, met gelijke bedoeling, die zaken haren echtvriend aan te brengen tegen te lage taxatie. Heeft nu misschien, vraag ik, die felle jagt hare beoefenaars op

het spoor gebragt van een zwak puntje in de regels omtrent koopen en verkoopen? en kan de vrees dáárvor het negotium mixtum cum donatione hebben doen uitvinden? Koop en verkoop tusschen echtgenooten was stellig veroorloofd (1) en daarop vonden toepassing de gewone regels omtrent den prijs dat, al was een pretium justum noodig en laesio enormis ontoelaatbaar, *geen* volstreckte equivalentie gevorderd werd (2). Doch zoo op die wijs een uitgeslapen echtpaar eens schenkingsbedelingen trachtte te verwezenlijken? *Opgepasst dan vrienden!* de boosdoener Donatio inter virum et uxorem breke niet door. In L 5 § 5 D XXIV 1, die eenen verkoop beneden de waarde door eenen man aan zijne

(1) Omgekeerd als bij ons: art. 1507 B. W. maakt dat tot een *ongeoorloofd* negotium, al bevat voorzeggd artikel schijnbaar drie uitzonderingen op het verbod. Want naar de juiste opmerking van OPZOOMER ad art. hebben we daar gevallen waarin het inderdaad geen *verkoop*ing, maar een betaling, een voldoening van het verschuldigde is; het «verkoopen» is dan, om mij zoo uittedrukken, bloote vorm tot vervullen van *andere* rechtsverplichtingen. Ik breng deze regeling bij mijn eigenlijk onderwerp ter sprake, omdat wanneer ik haar in verband breng met art. 238 B. W. (= 1099 C. C.), ik gansch onverwacht meen te komen staan, ingeval een der echtgenooten binubus is, voor eene in art. 1715 B. W. niet vermelde uitzondering op het *schenkings*verbod. Ziehier waarom. Als tusschen hen een volgens art. 1507 toegelaten verkoop wordt gesloten onder bepaling van een te hoogen of te lagen prijs, mits zonder simulatie, dan maakt de bevoordeeling in geld of in goed, daarin voor den binubus gelegen, geen «geven onder eenen *verdichten* titel» uit (art. 238 *tweede* lid), maar slechts het „geven door zijdelingsche wegen” van art. 238 lid één, hetwelk beheerscht wordt door de voorafgaande artikelen. Het zal dus binnen de grens daarvan *geldig* wezen; en daarbuiten slechts *relatief* ongeldig. Want door niemand dan de in art. 236 lid 2 aangeduiden kan de actie, bloot tot inkorting of vermindering, worden ingesteld.

(2) POMPONIUS in L. 31 § 3 D. XXIV, 1; JULIANUS naar den aanhef van L. 5 § 5 aldaar.

vrouw behandelt, vinden wij groote lui van ons gild (want tot JULIANUS, NERATIUS en POMPONIUS verwijst daar ULPIAAN) ijverig aan het timmeren van de mixtum-versperring. Is de verkoop gesimuleerd, dan geen zorg: plus valet actum quam quod simulate conceptum; over dat geval, cum animum vendendi maritus non haberet, hadden NERATIUS en POMPONIUS zich geen moeite te maken. Hoe echter wanneer men wel had willen *verkoopen*, doch de verkoopende man uit liefalligheid wat liet vallen op den koopprijs? Wel, (zoo wordt geadviseerd) beschouw dan den *koop* als geldig, maar niet het verleend rabat, althans voor zoover de vrouw daardoor verrijkt geworden is.

Het vorenstaande bevat niet meer dan eene gissing. Die opwerpen mag, geloof ik, zelfs iemand, die op gezag als Romanist geen aanspraak maakt. Basta.

TH. E.

Misbruikte taalrijkdom.

Eenparigheid van uitdrukking is juist niet de hoofdeugd onzer wetgeving.

Vaak wordt hetzelfde begrip op verschillende wijze uitgedrukt, wat tot verwarring en misverstand kan leiden.

Die oneenparigheid openbaart zich o.a. in de wijze waarop in de onderscheidene wetten de *leeftijd* wordt aangeduid.

„De Koning” — zegt art. 31 der Grondwet — „is „meerderjarig, als Zijn achttiende jaar *vervuld* is.”

Dezelfde uitdrukking bezigt art. 41:

„In het geval van art. 40 is de Prins van Oranje, „wanneer hij zijn achttiende jaar *vervuld* heeft, van „regtswege Regent.”

Art. 84 zegt: „Om lid der Tweede Kamer te kunnen „zijn, wordt alleen vereischt, dat men mannelijk Nederlander zij, niet bij regterlijke uitspraak de beschikking „of het beheer over zijne goederen hebbe verloren, noch „van de verkiesbaarheid ontzet zij en den ouderdom van „dertig jaren *vervuld* hebbe.”

Hier *vervult* men dus niet een zeker (levens)jaar, maar een bepaalden *ouderdom*.

Zoo vereischt ook art. 127 voor het lidmaatschap van de Provinciale Staten, dat men den *ouderdom* van vijfen-twintig jaren, en art. 143 voor het lidmaatschap van den Gemeenteraad, dat men den *ouderdom* van drie-en-twintig jaren *vervuld* hebbe.

Maar om *kiezer* te zijn voor de Tweede Kamer, de Provinciale Staten of den Gemeenteraad, moet men, naar luid van artt. 80, 127 en 143, den door de wet te bepalen

leeftijd, welke niet beneden drie-en-twintig jaren mag zijn, hebben *bereikt*.

Met het *vervullen* van zekeren *ouderdom* en het *bereiken* van zekeren *leeftijd* wordt in de Grondwet volmaakt hetzelfde bedoeld.

De Kieswet spreekt, waar het de kiesbevoegdheid geldt, van het *bereikt hebben* van den *leeftijd* van vijf-en-twintig jaren (art. 1); waar het geldt het lidmaatschap van de Eerste of de Tweede Kamer, van het *vervuld hebben* van den *ouderdom* van dertig jaren (art. 99, 126).

De Provinciale Wet bepaalt in art. 17: „Leden der „Staten kunnen alleen zijn de ingezetenen der provincie, „die . . . den *ouderdom* van vijf-en-twintig jaren hebben „*vervuld*”, en in art. 37: „Niemand is tot griffier benoem- „baar, dan die . . . den *ouderdom* van vijf-en-twintig „jaren heeft *vervuld*.”

Volgens de Gemeentewet moet de Burgemeester den *ouderdom* van vijf-en-twintig, en moeten de leden van den Raad den *ouderdom* van drie-en-twintig jaren *vervuld* hebben (artt. 19, 61).

De wet op den Raad van State bepaalt in art. 6, dat niemand Vice-President, lid van den Raad van State of Staatsraad in buitengewonen dienst kan zijn, dan die „den *ouderdom* van vijf-en-dertig jaren heeft *vervuld*.” Maar art. 16 stelt als vereischte „om te zijn secretaris „van den Raad van State, dat men den *ouderdom* van „dertig jaren, om te zijn referendaris, dien van vijf-en- „twintig en om te zijn commies van Staat, dien van „drie-en-twintig jaren hebbe *bereikt*.”

Eene andere wijze van uitdrukking vinden wij in de Lager-Onderwijswet.

„Aan het hoofd van elke school” — zegt art. 23 — „is een „onderwijzer geplaatst, die den *leeftijd* van drie-en-twintig

„jaren moet *volbracht* hebben en den rang van hoofdonder-
„wijzer bezit.”

„Recht op pensioen” — aldus art. 40 — „wordt ver-
„kregen door na *volbrachten* vijf-en-zestigjarigen leeftijd
„bekomen ontslag.”

„Jongelieden van beiderlei kunne” — bepaalt art. 8 —
„mogen in de school als kweekeling worden toegelaten
„en aldaar behulpzaam zijn, mits zij . . . *hun vijftiende*
„*jaar ingetreden zijn* en *hun negentiende* niet *volbracht*
„hebben.”

Maar art. 26 spreekt weer van een onderwijzer, die
„den leeftijd van acht-en-twintig jaren heeft *bereikt*.”

De Leerplichtwet bezigt de uitdrukking het *bereiken*
van zekeren leeftijd of van zeker levensjaar (art. 3, art. 4).

De wet tot oprichting van Kamers van Arbeid kent
het kiesrecht toe aan personen die den *leeftijd* van vijf-
en-twintig (art. 14), en stelt het lidmaatschap van de
Kamer open voor personen die den *leeftijd* van dertig
jaren *bereikt hebben* (art. 8).

De Arbeidswet spreekt van *kinderen beneden twaalf jaar*
(art. 3) en van *personen beneden veertien jaar* of *beneden*
zestien jaar (art. 5).

De Jachtwet van *personen beneden de achttien jaren* (art. 14).

De Burgerlijke Pensioenwet bepaalt in art. 3: „Bur-
„gerlijke ambtenaren hebben, na bekomen ontslag, recht
„op pensioen, wanneer zij . . . den *ouderdom* van vijf-en-
„zestig jaren *vervuld hebben*”, maar kent in art. 4 aan
bepaalde soorten van ambtenaren reeds dan recht op
pensioen toe, als zij den *ouderdom* van vijf-en-vijftig
jaren *bereikt hebben*.

De Weduwenwet voor de ambtenaren 1890 geeft in
art. 1 aanspraak op pensioen aan de weduwen van
burgerlijke ambtenaren en aan hunne weezen *beneden*
den leeftijd van achttien jaren; en bepaalt in art. 4 —

weer eene andere uitdrukking! — dat de weduwe geen recht op pensioen heeft, indien de burgerlijke ambtenaar in het huwelijk is getreden, nadat hij zijn zestigste levensjaar *ingetreden is* (d. w. z. nadat hij zijn negen-en-vijftigsten verjaardag gevierd heeft).

De laatste uitdrukking vinden wij ook in de Militiewet 1901, waar in art. 13 bepaald wordt, dat wie op den 1^{en} Januari het *negentiende levensjaar is ingetreden* voor de militie wordt ingeschreven.

De wet tot regeling van de personeele belasting daarentegen geeft weer de voorkeur aan de uitdrukking „den *vollen ouderdom bereikt hebben.*”

Art. 23. „De belasting bedraagt jaarlijks: a. „voor „elke vrouwelijke dienstbode, die den eersten Januari „van het belastingjaar den *vollen ouderdom* van een-en- „twillig jaar nog niet heeft *bereikt* f 4.—.”

Art. 20. § 1. „Geene belasting wordt geheven wegens „het houden van: j. vrouwelijke dienstboden, die op „den eersten Januari van het belastingjaar den *vollen „ouderdom* van achttien jaar nog niet hebben *bereikt*, en „dienstboden die op dat tijdstip den *vollen ouderdom* van „vijf-en-zestig jaar hebben *bereikt.*”

Eigenaardig is de terminologie van de wet op de Rechterlijke Organisatie.

Terwijl de rechters in de arrondissementsrechtbanken, de officieren van Justitie, de griffiers en de rechters-plaatsvervangers den *vollen ouderdom* van vijf-en-twintig jaren moeten hebben *bereikt* (art. 48); de substituut-griffiers bij de Gerechtshoven en den Hoogen Raad den *ouderdom* van vijf-en-twintig jaren (artt. 64 en 86) en de raadsheeren, procureurs-generaal, advocaten-generaal en griffiers der Gerechtshoven den *ouderdom* van dertig jaren *ten volle* moeten hebben *bereikt* (art. 64), en voor de leden van den Hoogen Raad, de procureurs-generaal,

de advocaten-generaal en de griffier bij den Hoogen Raad de *volle ouderdom* van vijf-en-dertig jaren gevorderd wordt (art. 86) — moeten de kantonrechters den *ouderdom* van vijf-en-twintig jaren, de kantonrechters-plaatsvervangers, de griffiers en de ambtenaren van het openbaar ministerie bij de kantongerechten den *ouderdom* van drie-en-twintig jaren hebben *bereikt* (art. 35).

Ook is voor de substituut-officiers en substituut-griffiers bij de arrondissements-rechtbanken de *volle ouderdom* van drie-en-twintig jaren een vereischte (art. 48).

Die *ouderdom* en die *volle ouderdom* zijn intusschen precies hetzelfde.

Maakte men tusschen beide onderscheid, dan zou men tot de slotsom moeten komen, dat vóór 1 December 1905 een minderjarige tot kantonrechter-plaatsvervanger kon worden benoemd.

Immers vóór dien datum bepaalde het Burgerlijk Wetboek in art. 385: „Meerderjarigen zijn de zoodanigen „die *den vollen ouderdom* van drie-en-twintig jaren hebben bereikt.”

Thans zijn de drie-en-twintig jaren een-en-twintig jaren geworden, maar de *volle ouderdom* is gebleven.

Dien *vollen ouderdom* vinden wij ook elders in het Burgerlijk Wetboek.

Zoo in art. 86: „Een jongman, den *vollen ouderdom* „van achttien, en eene jonge dochter den *vollen ouderdom* „van zestien jaren niet *bereikt* hebbende, mogen geen „huwelijk aangaan.”

Zoo ook in art. 99: „Echte kinderen, die meerderjarig „zijn, doch den *vollen ouderdom* van dertig jaren nog niet „hebben bereikt, zijn insgelijks verpligt om tot het „aangaan van een huwelijk de toestemming van hunnen „vader en hunne moeder te bekomen.”

Insgelijks in art. 480: „Handligting, waarbij aan „eenen minderjarige bepaalde regten van meerderjarig-

„heid worden toegekend, kan, wanneer de minderjarige „den *vollen ouderdom* van achttien jaren heeft bereikt, „op zijn verzoek door den kantonregter worden verleend.”

Eveneens in art. 434, dat daarnevens echter eene andere uitdrukking bezigt, die wij tot dusver niet ontmoet hebben.

„Van de voogdij en de toeziende voogdij kunnen zich „versehoonen: 4^o zij die den *vollen ouderdom* van zestig „jaren hebben bereikt; wanneer zij vroeger benoemd „zijn, kunnen zij zich *op hun vijf-en-zestigste jaar* van de „voogdij of toeziende voogdij doen ontslaan.”

Professor DIEPHUIS teekent hierbij aan (Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel V, bladz. 379), dat „al is „in het laatste gedeelte van art. 434, 4^o, niet weder van „den *vollen ouderdom*” gesproken, toch ook de vijf-en- „zestigjarige leeftijd ten volle (zal) moeten zijn bereikt; „de uitdrukking niet „in”, maar „op” hun vijf-en-zes- „tigste jaar, wijst dit aan, en de voorafgaande, maar „niet herhaalde woorden bevestigen het.”

Eindelijk, en daarmee besluit ik mijn overzicht, het Wetboek van Strafrecht.

Dit kent tweeërlei uitdrukking.

Het spreekt van „een meisje beneden den leeftijd van „twaalf jaren” (art. 244), van iemand „beneden den leef- „tijd van zestien jaren” (art. 247) — en het spreekt van een minderjarigen persoon die den leeftijd van achttien jaren en van een minderjarigen persoon die den leeftijd van veertien jaren nog niet heeft *bereikt* (art. 39) en van eene vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren *bereikt* heeft (art. 245).

Welk een keur van uitdrukkingen! Ja, onze taal is rijk! Maar eenige zuinigheid zou den wetgever toch niet misstaan hebben. Ook taalrijkdom kan worden misbruikt.

Den Haag, Aug. 1908.

Mr. C. BAKE.

Waterschapswetgeving door Mr. C. J. H.
SCHEPEL. (*Groningen* 1906.)

Het boekwerk in hoofde dezes vermeld, is zoowel wegens zijn titel als om den persoon des schrijvers, veelbelovend.

De titel geeft uitzicht op voldoening aan een wezenlijke behoefte. Reeds onderscheiden wetten op waterstaatsgebied zijn sedert 15 jaar tot stand gekomen. Zij zagen achtereenvolgens het licht. Dit successieve ontstaan was voorwaarde van de wording der waterstaatscodificatie. Mr. SCHEPEL herinnert terloops aan het waterstaatswetboek van meerdere duizend artikelen, dat men zich sedert de helft der vorige eeuw droomde, maar waarnaar ook zelfs de ijverigste Minister de hand niet dorst uit te steken. Het pad van partiëele herziening werd mitsdien ingeslagen.

Onder meer kwamen tot stand de wetten van 20 Juli 1895 (*Stbl.* n°. 139), betreffende de waterschapsverordeningen; van 10 November 1900 (*Stbl.* n°. 176) houdende algemeene regels omtrent het waterschapsbestuur; en van 9 Mei 1902 (*Stbl.* n°. 54) tot toekenning van eenige bevoegdheden aan de waterschapsbesturen. Naast deze wetten verdient nog vermelding, die van 23 Mei 1899 (*Stbl.* n°. 109) tot opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van werken. Het onvermijdelijke gevolg echter van het gedeeltelijk en achtereenvolgens tot stand komen zelfs van dit onderdeel van de waterstaatswetgeving, te weten de regeling van het waterschapsbestuur, was verspreiding van bepalingen, die uit haren aard bij elkaar

hooren. De partiële methode van wetgeven doet dus het verlangen ontstaan naar een systematische uiteenzetting van de verspreide voorschriften, welke door Mr. SCHEPEL's werk werd aangekondigd.

En weinigen kunnen, gelijk Mr. SCHEPEL, bevoegd worden geacht tot het samenbrengen, ordenen en verklaren van hetgeen bij genoemde wetten werd vastgesteld. Immers was hij, voordat hij zijn intrede deed in de Nederlandsche magistratuur, als Secretaris der Staatscommissie tot voorbereiding van de wettelijke regeling van het waterstaatsbestuur en als commies-griffier der Tweede Kamer, getuige van de wording der waterschapswetgeving.

Het komt mij dan ook voor, dat het aangekondigde werk tot het beste behoort wat onze rechtslitteratuur in de laatste jaren heeft aan te wijzen. De schrijver kent zijn onderwerp grondig, systematiseert nauwkeurig, draagt helder voor en is meester van de taal. Kortom: „Waterschapswetgeving door Mr. C. J. H. SCHEPEL” is nog eens een echt mooi boek.

De indeeling van de stof was een moeielijk werk. Aanvankelijk zou men geneigd zijn de drie instanties van het bestuur er aan ten grondslag te leggen: 1° bestuur, 2° toezicht en 3° oppertoezicht. — Ware deze indeeling gevolgd, zoo zouden echter onderscheiden onderwerpen in drieën moeten gesplitst zijn. De keuren bijv. hadden moeten behandeld worden, allereerst in de eerste afdeling, wat betreft het opmaken van de keur door het waterschapsbestuur, dan in de tweede, voor de beoordeeling van de keur door Gedeputeerde Staten, eindelijk in de derde, voor het beroep van hunne beslissing op de Kroon. De schrijver heeft wijs gedaan deze op zich zelve logische indeeling niet te volgen.

Hij maakte twee groepen. De eerste, die de voorschriften

en regelen bevat, naar welke de waterschapsbesturen hunne taak hebben uit te oefenen en naar welke hooger gezag op de gedragingen dier besturen toezicht en oppertoezicht heeft te houden; de tweede, die de voorschriften en regelen, naar welke Provinciale en Gedeputeerde Staten hunne wetgevende en toezicht hebbende macht over de waterschappen, hebben uit te oefenen en de Kroon op deze verrichtingen van Staten en Gedeputeerde Staten oppertoezicht heeft te houden. In andere woorden: de eerste groep betreft gedragingen van de waterschapsbesturen en de uit toezicht en oppertoezicht voortvloeiende maatregelen en beschikkingen, waartoe deze gedragingen der waterschapsbesturen aanleiding gaven; de tweede groep de gedragingen van de machten, die met wetgeving en toezicht over de waterschappen zijn belast en de maatregelen en beschikkingen, uit oppertoezicht voortvloeiende, waartoe deze gedragingen van Staten en Gedeputeerde Staten aanleiding geven.

Uitgangspunt is dus in de eerste groep het *waterschapsbestuur*, in de tweede het *gewestelijk bestuur en de Kroon*. De bespreking van de eerste groep moest echter worden voorafgegaan door twee hoofdstukken wier onderwerpen geen plaats in de groepenverdeling konden vinden, n.l. het eerste hoofdstuk handelende over aard en karakter, taak en doel der waterschappen en het tweede, handelende over benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders van waterschappen, veenschappen en veenpolders.

Gelijk over smaken, zoo valt ook over groepeerings bezwaarlijk te twisten. „Elck zijns wils,” geldt ook hier. Er moet echter op worden gewezen dat de tweede groep minuseuul is in verhouding tot de eerste. Terwijl deze 300 blz. beslaat, kon voor de tweede groep met 40 blz. worden volstaan. Van verhouding tusschen beide hoofddeelen is geen sprake.

In die tweede groep wordt gehandeld: 1° over oprichting van waterschappen, omdat zij van de Staten uitgaat; 2° over hooger beroep van besluiten van Gedeputeerde Staten; 3° over de bevoegdheid van Gedeputeerde Staten tot het uitoefenen van politiedwang; 4° over de voorziening in waterstaatsbelangen bij gemis aan regeling door de bevoegde macht.

Dat over de oprichting van waterschappen eerst aan het einde van het werk wordt gehandeld, is, dunkt mij, storend. Zet men zich tot bestudeering der waterschappen, dan wenscht men vóór alles bij hunne wieg te worden gebracht.

Wat betreft het beroep van besluiten van Gedeputeerde Staten, reeds werd daarover ten deele bij den eersten groep, in hoofdstuk III A „verordeningen en besluiten der besturen van waterschappen” gesproken. Alleen de besluiten van Gedeputeerde Staten, welke onmiddellijk voortvloeien uit het waterschapsreglement en onafhankelijk zijn van maatregelen, genomen door waterschapsbesturen, werden ter wille van het systeem voor de tweede groep gereserveerd. Waren echter het ontstaan en dienvolgens het waterschapsreglement meer op den voorgrond gebracht, dan zouden ook de besluiten der Gedeputeerde Staten, die onafhankelijk zijn van de waterschapsbesturen en direct in het reglement hun oorsprong hebben, hunne natuurlijke plaats gevonden hebben.

En wat aangaat den politiedwang, in onze verspreide waterschapswetgeving wordt hij op drie plaatsen behandeld. Art. 14 der wet van 20 Juli 1895 (keurenwet) bepaalt, dat onder uitvoering politiedwang begrepen is, terwijl het reglement het bestuur aanwijst, dat met de uitvoering der keuren is belast. Art. 1³ der wet van 9 Mei 1902 (bevoegdhedenwet) verklaart de waterschapsbesturen tot politiedwang bevoegd, indien zij door het reglement of

door een provinciale verordening met de handhaving van de daarin vervatte politiebepalingen belast zijn. Is hun die opdracht niet verleend, komt zij dus krachtens art. 152 der provinciale wet aan Gedeputeerde Staten toe, dan is dit college daartoe bevoegd.

Deze subsidiaire bevoegdheid had, als in nauw verband staande met werkring en bevoegdheid van waterschapsbesturen bij de eerste groep kunnen besproken worden.

De politiedwang van Gedeputeerde Staten ter uitvoering van wetten of algemeene maatregelen van bestuur betreffende den waterstaat had, wanneer waterschapsbesturen geheel buiten spel zijn, desnoods kunnen worden voorbijgegaan, gelijk de schrijver deed met betrekking tot de inrichting van den Rijkswaterstaatsdienst, art. 5 der wet van 1900, welk onderwerp niet werd behandeld. Zoo had de schrijver ook art. 3 der wet van 1900, voorziening in waterstaatsbelangen bij gemis aan regeling door de bevoegde macht, in zijn boek over *waterschappen*, onbesproken kunnen laten. Deze onderwerpen nochtans behandelende, had hij het kunnen doen ter plaatse waar de regeling door de bevoegde macht aan de orde was.

't Is mogelijk dat de geleerde schrijver deze kritiek op zijne indeeling zou beantwoorden met de vraag, hoe de stuurman aan den wal het dan zou hebben aangelegd. Dezen komt het voor, dat een geleidelijker behandeling der stof ware verkregen door inachtneming van onderstaande volgorde.

- A. Voorziening in waterstaatsbelangen bij gemis enz., § 2 der wet van 1900.
- B. Oprichting, wijziging en opheffing van wsⁿ, vsⁿ en vp^s, § 7 en 16 dier wet.
- C. Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders, § 8 dier wet.

- D.* Bevoegdheden en verplichtingen van *ws*^a, *vs*^a en *vp*^a, wetten van 1895 en 1902 en art. 62 der wet van 1900.
- E.* Vernietiging en schorsing van verordeningen of besluiten, § 10 der wet van 1900.
- F.* Hooger beroep van besluiten van Gedeputeerde Staten, § 9 dier wet.
- G.* Overdracht of overneming van werken, § 1 dier wet.
- H.* Opheffing van belemmeringen bij uitvoering van werken, wet van 1899.
- J.* Bevoegdheid tot onderzoek van waterstaatswerken, § 4 der wet van 1900.
- K.* Binnentreden van woningen, § 5 dier wet.
- L.* Verplichting van eigenaren en gebruikers ten opzichte van werken, § 6 dier wet.
- M.* Toezicht op zee- en rivierwater keerende werken, § 11 dier wet.
- N.* Staking der uitvoering van werken en uitvoering van noodzakelijke werken, § 12 dier wet.
- O.* Middelen van executie, § 13 dier wet.
- P.* Verhaal der kosten van de uitvoering van voorschriften aan besturen gegeven, § 14 dier wet.

Eerst dus het geval van ontstentenis van een waterschap, dan zijn ontstaan en verdwijnen, zijn bestuur met de bevoegdheden en verplichtingen daarvan. Voorts de hogere instantie. Eindelijk alles wat op de voornaamste roeping der waterschappen betrekking heeft n.l. het tot stand brengen van werken benevens alles, wat daarmee in verband staat.

Zoals reeds werd aangestipt, bespreekt de schrijver allereerst aard, karakter, taak en doel der waterschappen. Hij verklaart zich voorstander van een zeer ruime opvatting van hun werkkring. Ofschoon de hoofdbestemming

van een waterschap is de regeling van den waterstand, zoo behoort tot zijn werkring te worden getrokken, alles wat met het doel der waterschappen samenhangt of tot bereiking daarvan dienstig is. Het begrip waterstaatswerk wordt dienovereenkomstig door den schrijver en door de communis opinio zoover mogelijk uitgestrekt. Niet slechts dat daartoe worden gerekend gewone landwegen, bruggen en viaducten, ook de spoorwegen ontsnappen niet aan de annexatie.

Het is mij steeds voorgekomen, dat te dezen aanzien eenige overdrijving heerschte, die gevoed wordt door de overigens loflijke ambitie van het corps van 's Rijks waterstaat.

Elke krachtige organisatie grijpt om zich heen, trekt naar zich toe, en vooral laat noode iets los. Het feit, dat in de meeste gevallen bij den aanleg van een spoorweg waterstaatsbelangen betrokken zijn, geeft evenmin recht de spoorwegen tot de waterstaatswerken te rekenen, als men ze voor militaire werken mag houden, omdat de defensie er zóóveel belang bij heeft, dat ingevolge een Koninklijk Besluit van 1849 geen spoorwegconcessie mag verleend worden, voordat het departement van Oorlog gehoord is. Intusschen, ik erken het aanstonds, aan het waterstaatskarakter van een spoorweg te twifelen, rikt naar den mutserd. En toch zou de wetgever, die Staatsexploitatie onzer spoorwegen invoerde, allicht verzuimen in den considerans der wet het tweede lid van art. 1 der wet van 10 November 1900 aan te halen, bepalende, dat waterstaatswerken, in beheer of onderhoud bij anderen, niet dan krachtens een wet bij het Rijk in beheer worden genomen.

De geleerde schrijver is evenzeer een ruime opvatting van het gebied der waterschappen toegedaan. Bij de behandeling der wet van 1902 in de Tweede Kamer, waar

zij door mijnen ambtsvoorganger den Heer LELY werd verdedigd, terwijl eerst, toen zij reeds bij de Eerste Kamer was, de behandeling door mij werd overgenomen, verklaarde de Regeering, dat het gebied, waarbinnen het bestuur van een waterschap bevoegdheden vermag uit te oefenen, voor elke instelling en bijkans voor elke bevoegdheid verschillend kan zijn en moet blijken uit het reglement en de inrichting der instelling. De schrijver meende aanvankelijk mijne adhaesie aan deze uitlating van mijnen voorganger te moeten betwijfelen, omdat het Kon. Besluit van 25 Februari 1902 n^o. 14 betreffende het grootwaterschap van Woerden door mij werd gecontrasigneerd, waarin hij een andere opvatting dan door Minister LELY was uitgesproken, meende te ontdekken.

Van die meening werd hij teruggebracht door kennisgeving van het rapport (*Staatscourant* 22 Augustus 1905) in de zaak betreffende de Wilhelminasluis te Zaandam door mij aan H. M. de Koningin aangeboden, welk rapport werd gevolgd door het Kon. Besluit van 22 Juli 1905 (*Stbl.* n^o. 241).

Omtrent eerstbedoelde zaak, welke bij Kon. Besluit van 25 Februari 1902 n^o. 14 werd beëindigd, teekent Mr. SCHEPEL, blz. 12, het volgende aan: „Het in de provincie Utrecht en Zuid-Holland gelegen Grootwaterschap van Woerden had een algemeene keur vastgesteld, waarbij, met bedreiging van straf in gevallen van overtreding of verzuim, verplichtingen tot het hebben van een peilwerk, het sein geven enz. werden opgelegd aan eenige buiten het gebied van de instelling en binnen de grens van het Hoogheemraadschap Rijnland gelegen polders, die in vroegere eeuwen met het Grootwaterschap contracten hadden gesloten over het uitmalen op den boezem van Woerden en de regeling van het peil. Bij

gemeenschappelijk besluit van Gedeputeerde Staten van Utrecht en Zuid-Holland was aan deze keur goedkeuring verleend, maar door Dijkgraaf en Hoogheemraden van Rijnland werd daartegen beroep ingesteld. In het Kon. Besluit van 25 Februari 1902 vindt men, conform aan het advies van den Raad van State, aan het Grootwaterschap de bevoegdheid om een dergelijke bepaling te maken, die zou moeten worden nagekomen in buiten zijn gebied gelegen polders, ontzegd op grond, dat de bevoegdheid van elken wetgever en dusmede in casu van het bestuur van het Grootwaterschap, tot het daarstellen van eenige verordening en het recht om de naleving daarvan te vorderen, met bedreiging van straf in gevallen van overtreding of bij verzuim zich niet verder kan uitstrekken dan zijn gebied reikt", enz.

Deze passus in het Kon. Besluit van 1902 had aanstoot gegeven aan den te vroeg aan het vaderland ontvallen Staatsraad Mr. MOLTZER, blijkens een afzonderlijk advies dat hij uitbracht in de bovengenoemde zaak van de Wilhelmina-sluis te Zaandam. In dit advies gewaagde hij van een beginsel „dat op een onbewaakt oogenblik tot grondslag en uitgangspunt was gekozen voor het Kon. Besluit van 25 Februari 1902, de zaak van het Grootwaterschap van Woerden". De ondergeteekende achtte het plicht zich tegen deze beschuldiging van genoemden Staatsraad te verdedigen en daarmede den aanval tegen het Kon. Besluit van 1902 te keeren, in het nadere rapport door hem aan H. M. in zake de Wilhelmina-sluis aangeboden, een rapport dat op grond van art. 40 der wet op den Raad van State in de *Staatscourant* moest worden gepubliceerd. In dit nadere rapport werd opgemerkt, dat het Grootwaterschap van Woerden blijkens het reglement stellig is een territoriaal lichaam. Dat er waterschappen zijn, welker reglementen volstrekt geen grenzen aangeven, kan niet bewijzen, dat als het regle-

ment wel grenzen aangeeft deze niet beslissend zijn voor de bepaling van het rechtsgebied.

De Heer SCHEPEL verklaart zich omtrent mijne rechtzinnigheid grootendeels gerust gesteld maar verheelt zijne verwondering niet over het feit, „dat ik het wenschelijk had geacht in het openbaar uiteen te zetten (zie *Staatscourant* van 22 Augustus 1905, n°. 196) welk aandeel door mij aan het tot stand komen van het Kon. Besluit van 1902 (Grootwaterschap van Woerden) was genomen”.

Des schrijvers verwondering bewijst, dat hij, en wat wonder? niet bekend is met de gebruiken in het verkeer van de Kroon met hare verantwoordelijke raadsleden. In de rapporten aan de Kroon wordt met de meeste openhartigheid — volkomen vereenigbaar met diep ontzag — alles uiteengezet wat ter zake dienende kan worden geacht. Het voorschrift van art. 40 der wet op den Raad van State dat, indien de Koninklijke beslissing van het advies afwijkt, zij in de *Staatscourant* wordt openbaar gemaakt *met het rapport* van den voordragenden Minister, ware inderdaad bedenkelijk, indien het moest leiden tot beperking van beschouwingen, in het ministerieele rapport, op grond dat dit ingevolge de aangehaalde wetsbepaling aan de openbaarheid moet worden overgeleverd. De Kroon regeert en heeft recht op kennisneming van alle overleggingen van Haren voordragenden dienaar.

Wat nu de zaak zelve betreft, het komt mij voor, dat tusschen den schrijver en mij geen wezenlijk verschil over de territorialiteit van waterschappen bestaat. De schrijver meent, dat door mij in het rapport in zake de Wilhelmina-sluis te Zaandam te geringe waarde werd gehecht aan de inrichting van het waterschap voor het antwoord op de vraag, hoever zich de bevoegdheid van het bestuur uitstrekt. Door het gemeentebestuur van Zaandam, dat tegen de keur van het Hoogheemraadschap van de

Uitwaterende Sluizen in verzet kwam, was echter geen argument geput uit de inrichting van het waterschap. Des schrijvers stelling, dat het beginsel der territorialiteit der waterschappen naar ons waterschapsrecht niet bestaat, komt mij wel wat absoluut voor. Wanneer een waterschap wordt opgericht, dan stelt het tot die taak geroepen gezag zich wel degelijk een gebied voor, waar binnen het bestuur van dat waterschap zijn invloed zal doen gelden. Het is daartoe door de wet verplicht. Art. 13 van de wet van 1900 bepaalt, dat geen voorstel tot oprichting van een waterschap of tot vaststelling van een reglement van een zoodanige instelling door de Staten in behandeling wordt genomen, voordat de belanghebbenden van het voorstel hebben kennis genomen. Hoe kan dit voorschrift worden nageleefd, indien men niet begint met zich een gebied te denken, aanvankelijk tot afbakening van bestuursbevoegdheid, voorbehoudens de gevallen waarin het waterschapsbelang afwijking gebiedt van de oorspronkelijk gedachte grens? Ook bij de vaststelling van keuren moeten belanghebbenden worden gehoord. Art. 7, tweede lid der wet van 1895 (*Stbl.* n^o. 98) beveelt toezending van de ontwerp-keur aan de besturen der gemeenten op welker grondgebied de keur kracht zal hebben. Wel degelijk denkt men zich dus a priori een gebied, waarbinnen het bestuur van het waterschap bevoegdheid zal hebben. Intusschen is dit een quaestie alleen van belang voor een theoretische constructie. Voor mij is er praktisch geen bezwaar tegen de voorstelling van Mr. SCHEPEL, dat van niet-territorialiteit moet worden uitgegaan, daar hij toegeeft dat van oudsher uitzonderingen op dit beginsel konden bestaan en in nieuweren tijd door de Staten kunnen zijn gemaakt. Voor mij is van het beginsel der territorialiteit afgeweken voor het Hoogheemraadschap van de Uitwaterende Sluizen en niet

voor het Grootwaterschap van Woerden. Mr. SCHEPEL construeert juist omgekeerd, maar beiden komen wij tot hetzelfde resultaat.

Het zij mij vergund aan de behandeling van dit incident nog een enkele opmerking vast te knopen. In de gevallen waarin de Raad van State een beslissing voordraagt, waarmede de Minister zich kan vereenigen gebeurt het maar hoogst zelden, dat, ware de redactie van het Kon. Besluit van hem uitgegaan de overwegingen van dit besluit woordelijk dezelfde zouden geweest zijn, als die welke door den Raad worden voorgesteld. Wat moet de Minister dan doen? Wordt artikel 40 der wet op den Raad van State niet door hem toegepast, dan blijven de overwegingen van den Raad van State, die hij zelf min of meer anders zou hebben gekozen, voor zijne verantwoordelijkheid. En toch gaat de Minister niet zoo gemakkelijk tot die toepassing over, wanneer hij grooten prijs meent te moeten stellen op de positie van hoogsten administratieven rechter, welke de Raad van State in de meeste gevallen indirect bekleedt.

Wat moet dus de Minister doen? Komen er in het ontwerp Kon. Besluit door den Raad opgemaakt, kennelijk vergissingen of verschrijvingen voor, dan werd althans op het departement van Waterstaat, aan het hoogste Staatscollege een missive gericht waarbij op deze feilen werd gewezen en den Raad de gelegenheid werd aangeboden, een verbeterd ontwerp-besluit in te dienen.

In de gevallen echter, waarin aan geen lapsus te denken valt, is de beslissing moeielijk. Eerst nu na een afgesloten veeljarige praktijk, doet zich een uitweg aan mij voor, dien ik mijne oud-collega's in de bureaux ter overweging aanbeveel.

Art. 40 der wet op den Raad van State behoeft alleen

te worden toegepast, indien de Koninklijke *beslissing* van het advies afwijkt. Heeft men niet recht, onder beslissing alleen het dictum te verstaan en heeft mitsdien de Minister geen vrijheid, om aan de Kroon een besluit voor te dragen, wat het dictum betreft, gelijk aan dat door den Raad van State voorgesteld, maar overigens met geheel eigen overwegingen, en wel zonder dat het besluit in het *Staatsblad* en met het ministerieele rapport in de *Staatscourant* worde geplaatst?

Het is meer dan tijd om tot het werk van Mr. SCHEPEL terug te keeren.

In het tweede Hoofdstuk (met het eerste, prolegomena voor de systematische behandeling) wordt gehandeld over benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders van waterschappen. Gelijk op andere punten, zoo blijkt ook hier, dat onze nieuwe wetgeving met veel zorg is tot stand gebracht. De schrijver, die met scherpzinnigheid aan denkbare en nauwelijks denkbare gevallen de wetsbepalingen toetste, zag zich slechts bij uitzondering buiten staat eene oplossing aan de hand te doen. Zoo wordt het geval besproken, dat eene vacature in het dagelijksch bestuur moet worden vervuld, maar dat het geheele bestuur met den Voorzitter ontslag heeft genomen of door de Kroon is ontslagen. Indien het in het reglement aangewezen gezag geene aanbeveling wil doen voor de nieuwe benoemingen, dan zal, zoo wordt betoogd, het College van Gedeputeerde Staten, ingevolge art. 18, 2^{de} lid der wet van 1900, de aanbeveling moeten doen. Is er echter slechts eene vacature in het bestuur, art. 16 en werd in het reglement dit bestuur of een vergadering van Ingelanden met het opmaken van de aanbevelingslijst belast, maar willen deze aangewezenen geene aanbeveling doen, dan treden al weder Gedeputeerde Staten op, en wel op de wijze in art. 45 der wet omschreven.

Men zou nu denken, dat alles in orde was. Maar neen! De schrijver heeft nog een gevalletje opgespoord, waarmee hij geen weg zou weten. Art. 45 spreekt van bestuur waaronder desnoods ook een ingelanden-vergadering is te begrijpen. Art. 16 evenwel is ruimer en noemt in het algemeen hen, die het reglement van het Waterschap aanwijst. Denkbaar is dus het geval dat bijv. de Heer van de plaats door het reglement met het opmaken der aanbevelingslijst is belast. Gesteld deze is weigerachtig of nalatig om daartoe over te gaan, of om zoo iets ongunstigs van den Heer der plaats niet te denken, hij is door ziekte, misschien wel krankzinnigheid verhinderd. De wet geeft dan geene oplossing. En toch zou casu quo de Regeering zich moeten helpen. De schrijver acht (blz. 47) de opvatting niet vol te houden, dat de Kroon zonder aanbevelingslijst tot de benoeming zou kunnen overgaan, evenals hield het reglement geen voorschrift in omtrent het opmaken van eene aanbevelingslijst. Immers werd juist ondersteld dat het reglement wel degelijk zulk een voorschrift gaf, maar zulk een bij niet-nakoming waarvan, de wet geen voorziening aan de hand doet.

Toch houd ik het er voor, dat de Kroon in dit geval zonder aanbevelingslijst zal moeten benoemen en zich zoo goed mogelijk gedekt zal kunnen achten door de overweging dat het opmaken van een aanbevelingslijst over het algemeen een facultatief karakter draagt. Het reglement behoeft er niet van te spreken. Geeft nu de wet geen uitsluitel voor één der gevallen, waarin het reglement wel gesproken heeft, maar waarin het hapert aan de uitvoering van het reglementaire voorschrift, dan wijst d. m. de naaste analogie op spontane activiteit der Kroon.

Met het derde Hoofdstuk begint dus de systematische indeeling van het boek. Het wordt geheel ingenomen door de onderwerpen, welke aan de eerste groep werden toebedeeld.

Het is onderverdeeld in vijf rubrieken.

- A. Verordeningen en besluiten der besturen van waterschappen, veenschappen en veenpolders.
- B. Wettelijke bevoegdheden van genoemde besturen.
- C. Aanleg en beheer van werken door die besturen.
- D. Zelfbestuur in de waterschappen.
- E. Verhaal der kosten van de uitvoering van voorschriften aan genoemde besturen gegeven.

Over de drie eerste rubrieken een enkele opmerking. Onder rubriek *A* wordt de wet van 20 Juli 1895 (*Stbl.* n^o. 98) (keurenwet) behandeld, ter uitvoering van art. 191 der Grondwet. Herinnerd wordt aan het debat van 10 Juli 1895, in de Eerste Kamer, over den twijfel of de keurbevoegdheid van de waterschapsbesturen bij art. 4 dier wet, wel afhankelijk mocht zijn gemaakt van het goedvinden van Provinciale Staten, nadat art. 191 der Grondwet die keurbevoegdheid in het algemeen en zonder beperking had verleend. Voorts wordt gewezen op het onderscheid tusschen verordeningen in het algemeen, en de keuren, die een species van dit genus zijn. Geen ander kenmerk voor de laatsten is aan te wijzen dan de strafbepaling, terwijl in de wijze waarop zij in vergelijking van gewone verordeningen tot stand komen, een belangrijk verschil bestaat.

De verordeningen moeten zijn in het huishoudelijk belang der waterschappen. Ter beoordeeling of een bepaalde verordening aan dezen eisch voldoet, moeten zij worden getoetst aan het reglement of aan de inrichting der instelling. Tot deze taak wordt de administratieve

macht geroepen, preventief wat de keuren betreft, art. 7 der wet van 1895 en repressief, wat de overige verordeningen aangaat, art. 22 der wet van 1900. De vraag, of ook de rechter tot toetsing der keuren mag overgaan, beantwoordt de schrijver toestemmend, en toch sluit hij zich aan bij de jongste rechtspraak van den Hoogen Raad, arrest van 20 November 1899 (*Stbl* n^o. 7368), dat de beoordeeling of eene gemeenteverordening is in het huishoudelijk belang der gemeente, alleen staat ter beoordeeling van het administratief gezag. De argumenten voor dit standpunt aangegeven, komen mij niet overtuigend voor. In den eisch, dat de verordeningen moeten zijn in het huishoudelijk belang van de instelling, is bij de wet aan de verordenende macht in het waterschap een in het reglement of door de inrichting aangewezen grens gesteld. Hetzelfde geldt echter ten aanzien van provinciale- en gemeenteverordeningen. Daarover loopt echter de quaestie niet, wel hierover of de rechter heeft te oordeelen over de eerbiediging van dien grens. Dit recht ontzegt hem de schrijver als het een provinciale of gemeenteverordening aangaat, en hij kent het hem toe als het een waterschapsverordening betreft (blz. 65).

Quo jure? De wetgever, zegt hij, heeft in art. 38 in verband met art. 41 der wet van 1900 den rechter uitdrukkelijk ter beoordeeling geroepen „over quaesties van dezen aard”.

In art. 38 wordt aan Gedeputeerde Staten de macht verleend, aan bepaalde personen de uitvoering van noodzakelijke waterstaatswerken te bevelen, mits de verplichting om het werk uit te voeren, voortspuit uit de inrichting van het waterschap, eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur, eene provinciale verordening of concessie- of subsidievoorwaarden. Wordt de noodzakelijkheid ontkend, zoo oordeelt het administratieve gezag,

wordt de verplichting ontkend, zoo wordt bij art. 41 de rechter geroepen, omtrent haar bestaan uitspraak te doen.

Nu komt het mij voor dat dit argument des geleerden schrijvers aantoont, dat het bezwaar tegen het toetsingsrecht hem niet duidelijk voor den geest staat. Ik beweer niet, dat ware dit wel het geval, de schrijver het zou moeten deelen, maar wel dat men, om het te kunnen weerleggen, het eerst volkomen moet begrijpen.

Welk is nu de redeneering van hen, die zich verzetten tegen het toetsen door den rechter van de keur aan den eisch van te zijn in het huishoudelijk belang der instelling? (Art. 1 der wet van 1895.) Zij is deze, dat men niet kan aannemen, dat de wetgever na tal van preventieve maatregelen te hebben verordend om te beletten dat de keur aan dien eisch zou te kort doen, den rechter zou hebben bevoegd verklaard om al die voorzorgsmaatregelen van nul en geener waarde te achten en de keur op zijde te zetten.

Die maatregelen zijn de volgende:

1°. Alleen een tot het maken van keuren bij het reglement bevoegd verklaard waterschapsbestuur mag daartoe overgaan. (Art. 4 der wet van 1895.)

2°. Het ontwerp der keur mag niet worden vastgesteld, dan nadat „belanghebbenden” er mee zijn in kennis gesteld en de gelegenheid hebben gehad, hunne bezwaren schriftelijk aan het bestuur in te zenden gedurende een termijn bepaald in het reglement der instelling, omdat het waterschapsbestuur dien anders misschien wat kort zou kunnen nemen. (Art. 7, 1^{ste} lid, der wet van 1895.)

3°. Bedoelde kennisgeving moet ook worden gericht aan de besturen der gemeenten op welker grondgebied de keur kracht zou hebben (art 7, 2^{de} lid, der wet van 1895),

omdat „belanghebbenden” hun belang dikwijls zoo slecht inzien of met zoo weinig energie behartigen.

4°. De keur, eenmaal vastgesteld, moet ter goedkeuring aan Gedeputeerde Staten gezonden worden, vergezeld van de ingediende bezwaarschriften en de beschouwingen daaromtrent van het bestuur. (Art. 7, 3^{de} lid, der wet van 1895).

5°. Gedeputeerde Staten beslissen, maar als zij hunne goedkeuring weigeren, dan moet de beslissing met redenen omkleed zijn, (art. 8 der wet van 1895). Ook dit is een waarborg, omdat, indien de Kroon, in tegenstelling met Gedeputeerde Staten de keur goedkeurt, dit niet anders zal geschieden dan met kennis van hetgeen volgens dat College daartegen pleit.

6°. Aan belanghebbenden, waaronder nu ook het waterschapsbestuur te rekenen is, wordt recht van beroep van de beslissing van Gedeputeerde Staten hetzij dezen goed of afkeurden, op de Kroon toegekend. (Art. 9 der wet van 1891). Zelfs wordt de Regeering in staat gesteld een uitspraak der Kroon uit te lokken, (laatste lid van art. 9).

7°. De Kroon onderzoekt de zaak. Zij hoort den Raad van State, (Art. 22 en 23 der wet van 21 Dec. 1861, *Stbl.* n°. 129).

Belanghebbenden worden voor den Raad geroepen om desverkiezende hun gevoelens uiteen te zetten, (Art. 38 dier wet). Eerst nadat de afdeeling heeft geadviseerd, doet de Kroon uitspraak. Zij kan van het advies afwijken, maar het wordt haar zoo weinig gemakkelijk gemaakt door art. 40 der wet op den Raad van State, dat de aan de Staten-Generaal verantwoordelijke Minister

zijne volgbaarheid tot het uiterste pleegt in te spannen.

De wetgever heeft dus wel alles gedaan om er voor te zorgen, dat de waterschapskeuren niet anders dan in het huishoudelijk belang der instellingen zouden zijn. De wetgever, zulke voorschriften gevende, heeft daarmee toch een doel en het is niet te veel gezegd, dat zij doel-loos zouden zijn, indien het recht van toetsen door den rechter, moest worden aangenomen. Wil men den rechter over de keuren doen oordeelen, het zij zoo, maar dan schaffe men het omslachtige administratieve vóór-proces af. Het één of het ander, administratieve of judiciële procedure, beiden heeft geen zin.

Dat de wetgever zich in dezen zelfden gedachtengang heeft bewogen, bewijst juist het door den schrijver aangehaalde art. 41 der wet van 1900. Mr. SCHEPEL schrijft (blz. 315): „Daargelaten echter, of degene, tot wien een bevel is gericht, in laatste instantie door het oppertoezicht doet of heeft doen uitmaken, of de bevolen werken al dan niet noodzakelijk zijn, kan hij ontkennen, dat de verplichting tot het ondernemen of doen verrichten van die werken voor hem zou voortspruiten uit eene van de bronnen in art. 38 genoemd. Ten einde daaromtrent eene beslissing te verkrijgen, zal hij zich hebben te wenden *niet* tot het oppertoezicht, *maar* tot den burgerlijken rechter.” Op blz. 314 had hij geschreven: „deze vraag of een waterstaatswerk noodzakelijk is, heeft de wetgever in laatste instantie door het oppertoezicht willen doen beslissen”. Hier hebben wij dus het bovengestelde dilemma in volle werking. Of, nadat het bevel gegeven is, de verplichting tot het werk bestaat, beslist de rechterlijke macht. Of het werk noodzakelijk is, wordt *in laatste instantie* door de administratie beslist. De cursieve woorden, ik herinner het, zijn van Mr. SCHEPEL. Hoe kwam hij er dan toe, juist de regeling der procedure

betreffende de uitvoering van werken aan te voeren tot staving van de stelling, dat keuren nà het louteringsproces van een gedetailleerd administratief vóór-onderzoek te hebben doorstaan, nog eens aan het oordeel van den rechter kunnen onderworpen worden?

De andere argumenten van den schrijver voor het toetsingsrecht zijn even weinig overtuigend. „Reeds vóór de totstandkoming, zoo schrijft hij op blz. 66, van de wet van 1895, luidde trouwens de constante jurisprudentie van den Hoogen Raad in dezen zin, dat de rechter bevoegd en verplicht is te onderzoeken of eene keur, wier toepassing van hem gevraagd wordt, door den waterschapswetgever binnen de grenzen zijne bevoegdheid is vastgesteld”. Eerst door de wet van 1895 evenwel is de administratieve vóór-procedure ingevoerd, hetgeen juist het hoofdargument is tegen het toelaten van het toetsingsrecht door den rechter. Trouwens, Mr. SCHEPPEL zelf herinnerde er aan op blz. 65, de Hooge Raad heeft nà 1895 immers in 1899 zijne jurisprudentie gewijzigd ten aanzien van de toetsing door den rechter van gemeente-verordeningen. Ook werd door het arrest van 28 October 1901 betreffende hengstenkeuring het beginsel erkend van uitsluiting van den rechter, wanneer een preventieve administratieve procedure is voorafgegaan. Aangevoerd was door den beklaagde dat het provinciaal reglement op de hengstenkeuring een onderwerp regelde niet van provinciaal maar van Rijksbelang. Deze vraag, zoo besliste de Hooge Raad, staat ter beslissing van het administratief gezag en niet van den rechter. De Raad beroept zich op art. 140 der provinciale wet, waarbij aan de Staten is opgedragen de reglementen en verordeningen te maken, die zij voor het provinciaal belang noodig achten en die reglementen en verordeningen aan 's Konings goedvinden te onderwerpen.

Bij de bespreking van de beoordeeling door Gedeputeerde Staten, van ter goedkeuring aangeboden keuren, onderwerpt Mr. SCHEPEL aan kritiek het Kon. Besluit van 15 Augustus 1902 n^o. 32 (BOOGAARD, 39^{ste} vervolg blz. 144/5) waarbij een besluit van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant werd gehandhaafd, goedkeurende een keur van het waterschap „de Haven en Sassen van Zevenbergen”, ondanks het verzet van den Burgemeester van Klundert, die van oordeel was dat in die keur voorschriften omtrent het nummeren van schepen in de haven en het maken van eb- en vloeddeuren in het belang van orde en regelmaat in het waterschap niet hadden mogen ontbreken. In het aangehaalde Kon. Besluit werd overwogen, dat door de wet in zake het maken van keuren het initiatief geheel aan de waterschappen is overgelaten en keuren alleen om in werking te treden, goedkeuring van Gedeputeerde Staten of van de Kroon behoeven, doch het geen van beiden is geoorloofd, verandering in de keur te maken „dat alzoo door dit beroep toch onmogelijk aan het verlangen van den appellant om in de keur wijzigingen te brengen, kan worden voldaan.”

De schrijver kan zich met deze beslissing niet vereenigen. Hij ontkent niet, dat in het goedkeuringsrecht niet ligt opgesloten, de macht om verandering te brengen in hetgeen aan goedkeuring is onderworpen, en toch oordeelt hij de Kroon bevoegd om door onthouding van goedkeuring aan de keur, het waterschapsbestuur te stellen vóór de keuze om òf zijn onvolledige keur niet in werking te zien treden òf haar aan te vullen in den door het oppertoezicht gewenschten zin. Ik kan niet zeggen, dat des schrijvers betoog mij de mede-ondertekening van het aangehaalde besluit doet berouwen. Het komt mij voor, dat hij bepleit wat hij elders afkeurt,

n.l. het op indirecte wijze nastreven van hetgeen langs directen weg niet kan worden bereikt. De Kroon heeft slechts goed of af te keuren en heeft aan waterschapsbesturen geen keuze te stellen als door Mr. SCHEPEL bedoeld. Zij mag niet afkeuren wat op zich zelf geen afkeuring verdient, al zou zij daarbij ook door de beste wenschen voor orde en regelmaat in de waterschaps-huishouding geleid worden.

Op blz. 113 e. v. bespreekt Mr. SCHEPEL de eerst bij de behandeling der wet in de Eerste Kamer opgekomen quaestie omtrent de portée van het schikkingsrecht, na veroordeeling door den rechter wegens overtreding van een keur. Wordt bij een keur hechtenis of boete opgelegd, zoo kan naar het oordeel der Regeering in 1895, bij schikking eene boete tot het bedreigde maximum worden opgelegd. Wordt enkel hechtenis gesteld en alzoo boete uitgesloten, dan verhindert niet de wet, maar de keur zelve het in schikking treden, vermits bij schikking alleen boete kan worden opgelegd. De Heer MELVIL VAN LYNDEN achtte het recht van transactie geheel onbepaald geschonken, terwijl de Heer FOKKER het alleen toelaatbaar oordeelde, wanneer niet dan geldboete is bedreigd. Met de laatste van deze drie opvattingen, vereenigde zich Mr. SCHEPEL wegens het verband van art. 15 der wet van 1895 met art. 74 van het Strafwetboek. Dit art. 74 behoort tot de algemeene bepalingen van het wetboek, die blijkens de slotbepaling van het eerste boek ook toepasselijk zijn op feiten, waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt. De vraag is dus, of de wet dit heeft gedaan. Het is moeielijk te ontkennen. Reeds het feit, dat een bijzondere bepaling is gemaakt voor de schikking na overtreding van keuren wijst dit aan. Ware toepassing

van art. 74 bedoeld, zoo had de wet over de schikkingsbevoegdheid geheel kunnen zwijgen. De wet heeft echter anders bepaald en wel geheel anders. De schrijver zelf stelt het in duidelijk licht. De justitie kan buiten de zaak worden gehouden, indien het polderbestuur het wenschelijk acht. De opbrengst der boeten komt der instelling ten bate. Alles kan geheel huishoudelijk behandeld worden. Zoowel indien alleen hechtenis als wanneer hechtenis en boete of alleen boete is bedreigd, zelfs wanneer verbeurdverklaring op het feit is gesteld, in alle gevallen kan de zaak met beboeting worden afge maakt. Vóór de wet van 1895 bestond de beschikkingsbevoegdheid in ruimen zin. Bij de invoeringswet werd zij in dien zin desbewust gehandhaafd, en misschien minder bewust in 1895 tot de uiterste grenzen uitgebreid. Ondanks de theoretische bezwaren tegen deze opvatting door den schrijver terecht of ten onrechte aangevoerd, schijnt het niet wel mogelijk juist om de slotwoorden van art. 74 van het Strafwetboek tot een anderen slot som omtrent de beteekenis van art. 15 te komen.

Onder rubriek *B* worden aan de hand der wet van 9 Mei 1902 (*Stbl.* n°. 54) de bevoegdheden besproken bij de wet toegekend aan de besturen van waterschappen, veenschappen en veenpolders.

Deze indeeling is in overeenstemming met onze codificatie maar in een systematisch werk over waterschappen niet boven kritiek verheven. Reeds maakt het in onze wetgeving een vreemden indruk een afzonderlijke wet d.d. 1902 aan te treffen waarbij eenige bevoegdheden aan waterschapsbesturen worden verleend, als waren hun niet reeds in een wet van 1895 zeer belangrijke bevoegdheden toegekend n.l. die betreffende het maken van verordeningen, terwijl ze ook bij de wet van 1900 werden gegeven.

Evenals de onderwerpen in de zooeven besproken rubriek *A*, zoo worden ook die in rubriek *B* door den schrijver met gezag en meesterschap door Mr. SCHEPEL besproken. En ik kan niet nalaten op te merken, dat hij op overtuigende gronden mijne doleantie bestrijdt in de vergadering der Eerste Kamer van 30 April 1902 over het ontbreken in art. 1, 4^o der wet van 1902, waarbij de bevoegdheid tot aardhaling werd verleend, van de oudvaderlandsche uitdrukking „ter naaster lage en ter minster schade”. Mr. SCHEPEL (blz. 213) teekent ironisch aan, dat rechtsuitdrukkingen, hoe schoon zij mogen zijn, slechts kunnen worden gehandhaafd op voorwaarde, dat zij inderdaad het bestaande recht uitdrukken. Hij herinnert, dat reeds in 1841, toen de uitdrukking in het wetsontwerp was opgenomen, daartegen bedenkingen rezen op grond, dat op onderscheiden plaatsen van ons land keuren golden, volgens welke eerst op verderen afstand en slechts daarna aarde „ter naaster lage” mocht gehaald worden. Deze bedenkingen vonden in de Tweede Kamer zooveel steun, dat zij, naar Mr. SCHEPEL onderstelt, uit het ontwerp zouden zijn gelicht, indien maar de Kamer van 1841 het recht van amendement had bezeten.

Onder rubriek *C* komen ter sprake de belangrijkste bepalingen der wet van 1900, die n.l. welke betrekking hebben op den aanleg van werken. Bij waterstaatswetgeving komt het toch voor alles aan op het maken van werken, die het land voor overstrooming moeten behoeden. Aan de polderbesturen zijn te dien einde door den wetgever groote bevoegdheden gegeven. In art. 33 werden bijzondere waarborgen gesteld voor de deugdelijkheid van nieuwe werken tot keering van zeewater. En bij art. 38 waakte de wetgever tegen nalatigheid of onwil van polderbesturen om de noodige werken uit te voeren, door het

voorzien van het toezicht en het oppertoezicht van de noodige macht om de polderbesturen te dwingen of op hun kosten zelf de werken tot stand te brengen.

Het stelsel des wetgevers werd door den schrijver niet minder duidelijk en uitvoerig dan hij gewoon is, uiteengezet en toegelicht. Ieder die van dit belangrijke gedeelte van zijn werk kennis neemt, zal den indruk ontvangen, dat voor de beveiliging van den vaderlandschen bodem tegen het watergevaar op afdoende wijze is gezorgd. Het komt er nu maar op aan, dat door allen wie er toe geroepen worden, de wet met vaste hand worde uitgevoerd.

Die uitvoering werd door den stormvloed van 12 Maart 1906, die groote schade berokkende aan talrijke polders in Zeeland, op een zwaren proef gesteld. Men zal moeielijk kunnen beweren, dat die proef glansrijk werd doorstaan. Men herinnert zich, dat Gedeputeerde Staten van Zeeland na de overstroming van den Bathpolder geen bevelen gaven op grond van art. 38 der wet van 1900 tot onverwijld herstel van den zeedijk, maar het bestuur van dien polder met rust latende, de Regeering adviseerde om den tengevolge van den doorbraak bedreigden spoorwegdam zeekeerend te maken. En wat deed de Regeering? Zij liet de afdoende bevoegdheden, haar door art. 40 der wet van 1900 toegekend geheel ongebruikt, en trad in overleg met een combinatie van belanghebbenden, die zich bereid verklaarden om na ontvangst van een belangrijk Regeeringssubsidie den zeedijk te herstellen. Zij meende dat toepassing van de wet uitstel van herstelling tengevolge zou hebben gehad, een uitstel dat haar gevaarlijk scheen, omdat al ware de spoorwegdam in tijds versterkt, deze toch het zeewater niet zou kunnen keeren, ingeval een nieuwe stormvloed even hevig als die van Maart 1906 den zeedijk teisterde, voordat deze geheel hersteld was. De, waarnemende Minister van Waterstaat rekende de

Kamer voor, hoeveel tijd zou kunnen verlopen vóór den aanvang van het herstellingswerk, ingeval n.l. Gedeputeerde Staten weigerden de aanvraag in te willigen van den Commissaris (ingevolge art. 40) tot het geven van een bevel aan het polderbestuur om den zeedijk onverwijld te herstellen. Dit argument was voor Gedeputeerde Staten niet zeer vleierend. De Regeering verklaarde zich overtuigd, dat zelfs na de versterking van den spoorwegdam de dichting van den zeedijk geen dag mocht worden verschoven, maar onderstelde tegelijkertijd, dat Gedeputeerde Staten zich à tort et à travers zouden verzetten tegen haren rechtmatigen aandrang om onverwijld herstel van den zeedijk te bevorderen. Het is inderdaad zeer te betreuren dat de Kamer zich door de Regeering liet verlokken naar het gevaarlijke pad van geld geven in plaats van wetten toepassen. Vooral de argumenten tegen het wetsvoorstel door de afgevaardigden LELY en DE WAAL MALEFIJT aangevoerd, waren zoowel om hun inhoud als wegens de personen, die ze voordroegen buitengemeen klemmend. De Heer LELY kon als voorsteller en verdediger der wet met onafwijsbaar gezag gepaard aan zijn natuurlijk talent van helder uiteenzetten, over de beteekenis van hare bepalingen beter dan iemand de Kamer inlichten. Daaromtrent waren meeningen verkondigd, die het hem moeilijk moest vallen, als ernstig gemeend te beschouwen. Of wat te denken van het betoog, dat Gedeputeerde Staten alleen dan bevel tot herstel mogen geven, wanneer een dijk beschadigd is, maar niet wanneer daarin een gat is geslagen zoodat de polder is ondergelopen?

Nog erger was het sophisme, dat niet slechts Gedeputeerde Staten maar ook de Regeering zich verantwoord kunnen achten, bevelen aan een polderbestuur achterwege te laten, omdat art. 38 der wet van 1900 zegt, dat de

uitvoering van waterstaatswerken *kan* worden bevolen, terwijl de wet van 1855 bepaalde, dat de uitvoering van waterstaatswerken door Gedeputeerde Staten *wordt* bevolen.

Er is echter in de wet schijn noch schaduw van onduidelijkheid. Ware dit zoo, dan kon geen Minister zich verantwoord achten verduidelijking der wet op dit zeer aangelegen punt achterwege te laten. Het bevelen geven door Gedeputeerde Staten is afhankelijk gesteld van hunne overtuiging van de noodzakelijkheid van het bevel. Bestaat deze overtuiging, zoo wordt het *kunnen* een *moeten*. Ontbreekt zij bij Gedeputeerde Staten, maar is zij bij den Commissaris, vertegenwoordiger der Regeering, aanwezig, zoo wordt door hem naar luid van art. 40 het bevel bij Gedeputeerde Staten aangevraagd en zoo deze die aanvraag niet inwilligen, bij de Kroon voorziening gezocht.

Het is alles luce clarius. Hoe dan deze poging tot verduistering van den wil des wetgevers te verklaren?

De zwakke stee van onzen regeeringsvorm werd in dit debat opnieuw openbaar, nl. afhankelijkheid van kiezers. Het is te begrijpen, ofschoon niet te vergeven, dat de Zeeuwsche afgevaardigden een poging deden om den last van het herstel der stormschade voor een deel van de schouders hunner kiezers, de naaste belanghebbenden, op die der algemeene Nederlandsche belastingschuldigen af te wentelen. Het is bedenkelijk dat die poging gelukt is, omdat aan den regel wie water deert, wie water keert, in ons vaderland moet worden vastgehouden. Maar er is nog een eenigszins ander gezichtspunt, dat het votum ten gunste van het Regeeringsvoorstel te meer doet betreuren, een gezichtspunt door den Heer DE WAAL MALEFIJT geopend.

Het is zoo gemakkelijk om in de wet neer te schrijven, dat deze of die maatregel ten aanzien van zekere personen of corporatiën genomen moet worden. Voor Gedeputeerde

Staten echter is het een zware plicht werken te bevelen, waarvan de kosten het dijkgeschot der ingelanden belangrijk zullen verhoogen. Dezen staan Gedeputeerde Staten heel wat nader, dan de verafwonende wetgevers. Daar komt nog bij de bepaling van art. 59 der wet, dat het tekort door de provincie gedragen moet worden, indien de kosten gemaakt tot uitvoering van de bevelen aan waterschapsbesturen gegeven, niet kunnen worden verhaald. Het is dus volkomen begrijpelijk, dat Gedeputeerde Staten uit overwegingen van humaniteit en van financieel belang van hun gewest, dikwijls opzien tegen het geven van bevelen. Wie hieraan nog twijfele, neme kennis van hetgeen na den ramp van Maart 1906 in de najaarszitting der Provinciale Staten van Zeeland is voorgevallen.

Voorgelicht door het advies van den Heer HOGERWAARD, sedert afgetreden Hoofd-Ingenieur van den Provincialen Waterstaat in Zeeland, wiens erkende bekwaamheden en veeljarige ondervinding van den waterstaat in die provincie aan dat advies buitengewoon gezag verleenden, besloten Gedeputeerde Staten de verhooging der binnendijken te bevorderen. De ramp van Maart 1906 toch had niet alleen zeedijkbreuken met inundatie van zee-polders ten gevolge, maar op verschillende punten waren ook de eerstachtergelegen dijken niet bestand gebleken om het binnengedrongen buitenwater te keeren. Onderscheidene binnenspolders waren ingevloed, zooals op het eiland Tholen de polders Oud-Vossemeere en Kerke en in het voormalig 5^{de} district de polders Zande, Maria en Noordhof. Het was dus te doen om verhooging van dijken, gelegen landwaarts van den zeedijk van een buitenpolder, die niet zooals zoogenaamde „inlaagdijken” den zeedijk en den buitenpolder maar den daarachter gelegen binnenspolder beschermen. Gedeputeerde Staten

meenden (in tegenstelling van het gevoelen van den Hoofd-Ingenieur) dat het bevel van verhooging en verzwaring van binnendijken niet kon worden gegeven op grond van den beheer- en onderhoudsplicht door het Algemeen Reglement voor de Zeeuwsche waterschappen, op de binnenpolders gelegd. Het College stelde daarom aanvulling voor van dat reglement met de bepaling dat de onderhoudsplichtigen van binnendijken ook tot verhooging en verzwaring daarvan kunnen genoopt worden. Deze aanvulling kreeg in de Staten-vergadering van 12 Juli 1907 haar beslag. Sedert luidt art. 17 van het Algemeen Reglement als volgt:

„1. De binnendijken en de daarin gelegen kunstwerken worden behoorlijk en overeenkomstig de bestemming beheerd en onderhouden door hen, die daartoe verplicht zijn.

2. Indien het door Gedeputeerde Staten noodzakelijk wordt geacht, worden de op de zeedijken volgende eerste binnendijken verhoogd en verzwaard en de daarin gelegen kunstwerken waterkeerend gemaakt.

3. Het bij al. 2 bedoelde werk wordt uitgevoerd door en ten koste van de polders of waterschappen, welke door den binnendijk bij doorbraak van den zeedijk onmiddellijk tegen het zeewater beschermd worden. Verkeert meer dan één polder of waterschap in dat geval ten aanzien van denzelfden binnendijk, dan wordt het werk uitgevoerd door die polders of waterschappen gezamenlijk, en worden de kosten over hen omgeslagen in evenredigheid tot de schotbare grootte van die polders, waterschappen of door die dijken afgesloten onderdeelen, een en ander met inachtneming van de door Gedeputeerde Staten voor elk bijzonder geval vast te stellen regeling. Wanneer aan de verhooging en verzwaring van een eersten binnendijk buitengewoon hooge kosten

verbonden zijn ter beoordeeling van Gedeputeerde Staten, zoo wordt door dezen een voorstel aan de Provinciale Staten gedaan tot voorziening in de daaruit voortvloeiende buitengewone kosten."

Het komt mij voor dat deze slotbepaling van het nieuwe artikel aantoont, dat Gedeputeerde Staten er tegen opzagen zonder verzachting bevelen in uitzicht te stellen, welke schotplichtige ingelanden op groote offers kunnen komen te staan. Men kan er op rekenen, dat voortaan, wanneer inderdaad aan de verhooging van binnendijken in Zeeland de hand wordt geslagen, de provinciale schatkist daarvan de kosten zal moeten betalen. Het was, zou men meenen, altijd nog tijd om in een bijzonder geval die schatkist aan te spreken, zonder die voorziening expressis verbis in het Algemeen Reglement aan te kondigen. De onvoorzichtigheid van die toezegging in het reglement is alleen te verklaren door de overweging dat de leden der Provinciale Vergadering zonder die toezegging, uit vrees voor hunne kiezers, de reglementswijziging zouden hebben verworpen.

Men denke zich na het votum der Staten-Generaal, waardoor in het eerste ernstige geval waarin art. 38 der wet van 1900 had kunnen worden toegepast, die wet op zijde maar de Rijks-schatkist op den voorgrond werd geschoven, de positie van Gedeputeerde Staten. En men hoore dienaangaande den Heer DE WAAL MALEFIJT, lid van zulk een College:

„Ten slotte nog een enkel woord over de beteekenis van de beslissing die de Kamer zal nemen.

Voor mij is het niet in de eerste plaats een quaestie van geld. De beteekenis is een geheel andere. Men moet niet vergeten, dat de Waterstaatswet aan Gedeputeerde Staten een groote verantwoordelijkheid oplegt. Wanneer de polders of waterschappen in de nakoming hunner

verplichtingen te kort schieten, kunnen Gedeputeerde Staten ingrijpen, maar zij laden daarmee een groote verantwoordelijkheid op zich, want eventueele kosten, die niet verhaalbaar zijn, komen voor rekening der provincie. Nemen wij nu deze wet aan, dan is daarmee uitgemaakt, dat wij het met deze bevoegdheid niet zoo heel nauw behoeven te nemen en dat bij voorkomende gelegenheid de Staatskas openstaat, om daaruit te putten.

Dit zal Gedeputeerde Staten van andere provinciën in de toekomst weinig geneigd maken, om op grond van artikel 38 in te grijpen. Wanneer de Kamer deze wet aanneemt, zullen de Colleges van Gedeputeerde Staten huiverig worden om gebruik te maken van de bevoegdheid, hun verleend bij de Waterstaatswet, om in buitengewone gevallen buitengewone maatregelen te nemen en veeleer worden uitgelokt om het te laten aankomen op het Rijk. Dit acht ik niet in 'slands belang."

In andere woorden: het gevaar is groot dat de energie, die Gedeputeerde Staten behoeven, om het wapen te gebruiken, hun door art. 38 der wet van 1900 in handen gegeven, door het Kamervotum van 19 Juni 1906 zal blijken te zijn verzwakt.

Ik keer terug tot het besproken boekwerk met de slotopmerking, dat het bij de uitvoering der waterschaps-wetten aan Polderbesturen en Gedeputeerde Staten gewichtige diensten zal kunnen bewijzen. Bij de voorbereiding der zoeven besproken voordracht aan de Provinciale Staten van Zeeland werd het meer dan eens aangehaald zoowel door den Hoofd-Ingenieur als door het College van Gedeputeerde Staten.

Tusschen deze autoriteiten bestond verschil van gevoelen over de vraag of Provinciale Staten wel bevoegd waren om bij Algemeen Reglement aan andere polders dan die reeds

met het onderhoud van zekere binnendijken belast waren, den plicht van verzwaring en verhooging daarvan op te leggen. De Hoofd-Ingeneur ontkende dit. Aan Gedeputeerde Staten, die trouwens wezenlijk onderscheid maakten tusschen den onderhoudsplicht en den verzwarrings- of verhoogingsplicht, scheen het bestaan dier bevoegdheid niet twijfelachtig. Ik aarzel niet mij aan hunne zijde te scharen. Art. 38, derde lid der wet van 1900 bepaalt, dat de verplichting om eenig werk uit te voeren, voortspuit ook uit een provinciale verordening. Hetgeen Provinciale Staten van Zeeland derhalve in het nieuwe art. 17 van het Algemeen Reglement omtrent de verplichting tot verhooggen en verzwaren van binnendijken hebben vastgesteld, was zeer stellig van hunne competentie. En ik meen, dat Mr. SCHEPEL dit gevoelen zou deelen. Op blz. 152 van zijn werk onderschrijft hij de opvatting van Mr. VLIELANDER HEIN, die het waterschap aanmerkte als de schepping der Provinciale Staten, of zooals deze het uitdrukte, „het kind der Staten”.

Het gevoelen van Gedeputeerde Staten op dit punt juist oordeelende wensch ik daarom allerm minst geacht te worden de wijze te beamen, waarop het Collegé zijn gevoelen verdedigde tegenover een zoo trouwen en bekwamen dienaar der provincie als den kort daarop afgetreden provincialen Hoofd-Ingeneur. De toon door het College aangeslagen in „bijlage n°. 30 b behoorende bij het verslag van het verhandelde in de openbare vergadering van de Provinciale Staten van Zeeland gedurende de najaarsvergadering van 1906” verdient geen navolging.

DE MAREZ OYENS.

's-Gravenhage, Augustus 1908.

Het karakter van het Internationaal Privaatrecht. — Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt te Groningen op 22 Februari 1908, door Mr. I. KOSTERS.

Bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar in het burgerlijk- en handelsrecht en de burgerlijke rechtsvordering heeft de Heer Mr. I. KOSTERS een rede gehouden, waarin hij eenige beschouwingen heeft geleverd over de internationale zijde der rechtsstof, welke hem ter behandeling is aangewezen. Naar aanleiding van veel wat in den laatsten tijd over dit punt verhandeld is, is het hoofddoel van den nieuwen hoogleeraar om aan te toonen, dat het internationaal privaatrecht wel degelijk een positief karakter draagt en op vasten grondslag berust (1).

Eerst wordt het begrip omlijnd en wijst de hoogleeraar er op, dat, welke definitie men ook van internationaal privaatrecht geve, daaronder te begrijpen is: het groote complex van rechtsregelen, die de heerschappij der wetten van meerdere Staten ten aanzien van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen onderling afbakenen: de regelen betreffende de „räumliche Herrschaft der Rechtsnormen”, zooals de Duitschers zeggen of — naar de vroeger algemeen gebezigde terminologie — betreffende de *collisio statutorum*.

Vervolgens wijst de schrijver er op, dat, waar het den inhoud van het internationaal privaatrecht, betreft het begrip „privaatrechtelijke verhoudingen” op den voorgrond behoort te staan. Bedoelde collisieregelen bevatten de

(1) t. a. p. blz. 6.

talrijke ingewikkelde vraagstukken, welke de beoefening van dezen tak der rechtswetenschap al lang tot afzonderlijke wetenschap hebben gemaakt. Behoort dus ongetwijfeld de inhoud van het internationaal privaatrecht tot deze regelen beperkt te worden, toch mag niet voorbij gezien worden, dat er nog talrijke andere voorschriften bestaan, die dikwijls met die collisieregelen zoo nauw samenhangen, dat zij ook onder dezelfde rubriek zijn te rangschikken. Als voorbeelden wordt gewezen op de voorschriften, waarin op privaatrechtelijk gebied de positie van vreemdelingen tegenover die van eigen onderdanen geregeld wordt, gelijk art. 9 der wet houdende Algemeene Bepalingen, verder op de voorschriften, betreffende het z.g. „*droit d'aubaine*” en de bijzondere bepalingen, welke voor vreemdelingen in het procesrecht gelden, als de *cautio judicatum solvi*, de lijfswang en de kosteloze procedure. Ook behooren bijv. hiertoe — en daaruit blijkt, dat de hier bedoelde voorschriften niet altijd zijn te onderscheiden van collisiebepalingen — sommige bepalingen uit de invoeringswet van het Duitsch Burgerlijk Wetboek en de Fransche wet van 30 Mei 1857 over den rechtstoestand van vreemde naamlooze vennootschappen. Evenmin zijn, zoo meent hij, die collisiebepalingen moeilijk te scheiden van de gemeenschappelijk tusschen twee of meer Staten totstandgekomen regelingen, die voor het gezamenlijk gebied der Staten onderwerpen van privaatrecht behandelen in dier voege, dat daarbij de toepasselijkheid van de wetten der Staten niet ter sprake komt en voor welke materie dan het grondgebied dier Staten als één gebied wordt beschouwd, bijv. de overeenkomst van 14 October 1890 over het spoorweg-goederenvervoer.

Uit dat alles wordt dan de conclusie getrokken, dat men het criterium van internationaal privaatrecht niet

moet zoeken in den strijd tusschen de verschillende wetten maar wel in het onderwerp, dat regeling behoeft: de private rechtsverhouding met internationaal karakter.

„Intern recht tegenover het internationale recht stellende komt men er dan toe aantenemen, dat het eerste tot onderwerp heeft de private rechtsbetrekkingen, die in al hare onderdeelen tot het recht van eenzelfden Staat behooren, terwijl het tweede de rechtsbetrekkingen beoogt waarvan niet alle elementen onder het recht van denzelfden Staat vallen.”

Vervolgens wordt, om als inleiding te dienen voor de bespreking van het eigenlijk karakter van het internationaal privaatrecht een overzicht gegeven van de historische ontwikkeling van dit gedeelte des rechts. De hoogleeraar schetst den toestand bij de Germanen om te komen tot de statutentheorie van BARTOLUS, de leer van HUBER, om ten slotte in het breede stiltestaan bij de opvatting van SAVIGNY met zijn denkbeeld der volkerengemeenschap. Op deze gedachte grondt deze den bekenden regel: n.m. toepasselijk is de wet van het rechtsgebied, waartoe de rechtsverhouding naar hare natuur behoort of waaraan zij onderworpen is: het rechtsgebied, waarin zij haar zetel heeft.

Deze grondgedachte heeft nu hare nawerking bij de verdere ontwikkeling der wetenschap op krachtige wijze doen gevoelen. Want het denkbeeld der volkerengemeenschap is als uitgangspunt aanvaard door de nieuwere Romaansche school, die door den bekenden MANCINI gesticht is. En ASSER, en HAMAKER staan min of meer op den grondslag dezer richting.

Vervolgens wordt uiteengezet, dat en hoe de Romaansche School met groote scherpzinnigheid en consequentie het denkbeeld van SAVIGNY heeft doorgevoerd. Zij beschouwt het internationaal privaatrecht als een regeling

tot oplossing van conflicten tusschen onafhankelijke machten, die elkanders bevoegdheden moeten eerbiedigen. Deze oplossing geven zij naar hoogere beginselen; en er ontstaat alzoo een samenstel van voorschriften, dat voor ieder conflict een bepaalden Staat bevoegd verklaart.

Aan dit samenstel van hoogere voorschriften nu hebben de Staten zich te onderwerpen; ze mogen en kunnen er niet aan denken hun eigen rechter te zijn en zelf een oplossing te geven.

Eenheid van recht is voor de Staten een onmisbare voorwaarde. De enkele Staat scheidt nooit recht; hoogstens kan hij, zooals Mr. K. 't noemt, als *définiteur* van het recht optreden. Maar wat hij dus opteekeent, geldt niet, omdat het de Staatswet, maar omdat het volkenrecht is; is het strijdig met het volkenrecht, dan ontbreekt daaraan alle bindende kracht en de rechter van den Staat schendt het volkenrecht. Wanneer nu in dezen gedachtengang de Romaansche school overgaat tot de vraag in welken zin de conflicten tusschen souvereiniteiten op privaatgebied moeten opgelost worden, keert zij volgens Mr. K. terug tot het Germaansch recht, de persoonlijke werking der wetten, al is de basis harer beschouwingen een gansch andere.

De hoogleeraar beproeft nu een poging om de *onhoudbaarheid* van het volkenrechtelijk standpunt aan te toonen en een lans te breken voor de opvatting, dat het internationaal privaatrecht naar zijn natuur een gedeelte vormt van het landsrecht van elken Staat. Volgens zijne meening bestaat er geen algemeen volkenrechtelijk verkeersrecht, dat de verschillende staten op privaatgebied tot een internationale rechtsgemeenschap vormt in dien zin, dat daaruit voor hen, bij collisie hunner wetten rechten en verplichtingen jegens elkander voortvloeien.

„De gewoonten en gebruiken”, zoo zegt hij „van het

internationaal privaatrecht hebben zich nog niet tot internationale rechtsregelen gevormd, welke boven de wetgevingen der enkele Staten staan. Waar het de aanraking of botsing hunner private wetgevingen geldt, erkennen de Staten geen hogere voorschriften, waarnaar zij zich zouden hebben te richten en waarnaar zij uit eerbied voor elkanders onafhankelijkheid en wettelijke bevoegdheden onderworpen zouden zijn. Daar beslissen zij zelf en handhaven hun uitspraak zooveel in hunne macht staat."

De hoogleeraar wijst er bijv. ter adstructie op, dat de Nederlandsche rechter een ander internationaal privaatrecht toepast dan de Engelsche en deze weër een ander dan de Fransche of Duitsche. Dit blijkt uit de vergelijking van onze wet houdende Algemeene Bepalingen met de Inleidende Bepalingen van het Italiaansch Burgerlijk Wetboek en met de Zwitsersche federale wet van 23 Juni 1891 enz.; hij voegt er nog bij, dat nooit door de Staten gemeenschappelijk protest er tegen is aange teekend, dat haar leden op het stuk der collisie hunne eigen wetten toepassen, waaruit volgt dat in deze geen ander recht bestaat dan dat van den Staat, die volle vrijheid heeft om te bepalen, hoever de heerschappij van zijn eigen wet zal gaan en hoever hij de werking van vreemde wetten wil erkennen.

Uit het Haagsche tractaat van 1902 volgt bijvoorbeeld, dat iedere Staat in afwijking van den bij tractaat gestelden regel, dat de bevoegdheid om te trouwen door de nationale wet van partijen beoordeeld wordt, het huwelijk aan vreemdelingen mag verbieden, waar dit met het interne recht van den Staat in zake huwelijksbeletselen strijden zou. Men denke, zoo vervolgt hij, nu echter niet, dat de Staat door de heerschappij van zijne eigen private wetten en die van vreemde wetten jegens elkander

te bepalen zijn natuurlijke sfeer te buiten gaat en in dit verband wijst Mr. K. er op, dat veel tot de belangenkring, die onder het Nederlandsch recht valt, behoort. Zoo behooren bijv. tot dien kring de contracten op de Amsterdamsche beurs tusschen Nederlanders en vreemdelingen en de huwelijken tusschen Nederlanders en vreemdelingen gesloten.

Elke Staat past dus, zoo concludeert Mr. K., verschillend internationaal privaatrecht toe, maar daaruit volgt nu niet, dat men niet van een zelfstandig internationaal privaatrecht kan spreken. Er is een internationaal verkeer en dat verkeer heeft allerwege een verkeersrecht doen ontstaan, maar daaruit vloeit nu weêr niet voort, dat de inhoud van dat recht overal gelijk moet zijn, evenmin als dat met burgerlijk of handelsrecht het geval is. Eenheid is voor het bestaan van dat recht niet noodzakelijk, maar het is internationaal in dien zin, dat het algemeene internationale regelen stelt, bindend voor de enkele Staten, hunne organen en hunne onderdanen. Internationaal kan het zijn in dien zin, dat het de regeling van internationale rechtsbetrekkingen beoogt.

Ja, de hoogleeraar gaat verder en zegt, dat om het te leeren kennen, men beginnen moet met zich los te maken van de gedachte, dat daarvoor algemeen bindende rechtsregelen zouden bestaan. Men beschouwe het recht van elken Staat afzonderlijk en onderzoekte welke de uitdrukkelijke voorschriften in den Staat geldende, zijn.

Daaruit volgt, dat bij vragen van internationaal privaatrecht de beantwoording in abstracto slechts betrekkelijk is en vóór alles deze in concreto behoort te geschieden. Steeds behoort gevraagd te worden: welk recht geldt in den Staat? De hoogleeraar licht dit toe door in het bijzonder te wijzen op het leerstuk der terugwijzing, (blz. 38).

Verder beantwoordende de vraag, tot welk gedeelte van het recht van den Staat het internationaal privaatrecht behoort, betoogt Mr. K., dat wij hier niet met publiek recht, ook niet met een recht *sui generis*, maar met *privaatrecht* te doen hebben. En wèl vooreerst, omdat het recht zich de regeling van internationale private rechtsbetrekkingen ten doel stelt; het object der regeling is een private rechtsverhouding. Daarbij komt, dat men in den regel door het onderzoek naar aard en strekking der concurrerende landswetten, in het bijzonder door nategaan welke haar doel en hare werking zijn tot de aanwijzing der toepasselijke wet komt.

Ten slotte wordt betoogd, dat collisie tusschen de wetgeving van meerdere Staten niet slechts op het gebied van het privaatrecht mogelijk is; integendeel, zij kan zich op elk terrein voordoen: bij strafrecht, militierecht, waterstaatsrecht en nu kan men toch de regels voor al die verschillende collisiën geldende niet als een afzonderlijk samenstel van rechtsnormen beschouwen, onafhankelijk van de betrekkingen, die daaraan ten grondslag liggen. Want de collisie-regelen inzake privaatrecht worden door overwegingen van privaatrecht, de strafrechterlijke door overwegingen van strafrechterlijken aard beheerscht, enz.

De inhoud dezer rede zal nu zeker door velen met belangstelling zijn gelezen en herlezen, maar het is de vraag of elke beoefenaar van het recht zich met de opvatting van den hoogleeraar zal kunnen vereenigen.

Al dadelijk zij opgemerkt, dat, waar Mr. KOSTERS van een *volkenrecht* spreekt, hij hier niet het volkenrecht in de gewone beteekenis van het woord bedoelt, maar daaronder verstaat een recht, hetwelk boven het nationale recht der staten staande, aanwijst, welk nationaal rechtsbeginsel op elke rechtsverhouding toepasselijk is. Wanneer

hij verder van meening is, dat bron van alle internationaal recht slechts het interne recht is, in elk land hetzij bij de wet vastgesteld, hetzij opgenomen in een kracht van wet hebbend tractaat en dat, ontbreekt zulk een voorschrift, de rechter in ieder land zijn eigen wet moet toepassen, dan is deze leer vooreerst in lijnrechten strijd met de leer der oud-Hollandsche juristen, die een toepassing van buitenlandsch recht, zij het dan ook op grond der *comitas gentium* aannamen (1).

Het bevreemdt ook hoe Prof. KOSTERS in dit verband nog kan spreken van de wetenschap van *het internationaal privaatrecht*. Immers het door hem voorgestaan stelsel, het wordt trouwens door hem erkend², zou tot ongelijkheid van recht aanleiding geven.

Het kan toch wel niet anders of de toepassing van buitenlandsch recht is onvermijdelijk, wanneer de rechter strekking en omvang eener verbintenis heeft te verklaren in den vreemde onder de heerschappij eener vreemde wet aangegaan.

Veel aannemelijker lijkt het stelsel, dat de ^{rechten}rechter, die bekend is met het bestaan van andere wetgevingen naast de zijne, de werking dier andere wetten niet heeft willen in den weg staan door den nationalen rechter te gebieden bij zijn uitspraak uitsluitend nationaal recht toe te passen, zoo dikwijls niet de nationale wet uitdrukkelijk vreemd recht toepasselijk verklaart.

De hoogleeraar geeft toe, dat de Haagsche tractaten van 1902 uitdrukkelijk de bevoegdheid der bijzondere Staten erkennen om voor sommige onderwerpen in afwijking van de tractaat-regelen voorschriften van internationaal privaatrecht te maken in hunne eigen

1) Vgl. o. a. ASSER'S Schets van het Internationaal privaatrecht blz. 22 vlg.

DESPAGNET Précis de droit international privé. blz. 45 vlg.

wet. Edoch pleit zulk een erkenning niet voor de gewone opvatting, dat het internationaal privaatrecht niet een deel van het landsrecht van elken Staat, maar een afzonderlijk recht uitmaakt?

Eigenlijk heeft het internationaal privaatrecht tweeërlei karakter: vooreerst het karakter van het landsrecht; bijvoorbeeld de bepalingen van de artikels 6, 7, 9 en 10 van de wet houdende Algemeene Bepalingen; en daarnaast die voorschriften, welke, in overeenstemming met een tractaatregel waarvan mag worden afgeweken, door een bijzondere wet worden in het leven geroepen en welke voorschriften dan toch in aard en beteekenis aan dien tractaatregel gelijk zijn.

Hoe scherpzinnig de boven verdedigde opvatting over aard en karakter van het internationaal privaatrecht ook moge wezen, het schijnt toch metdatal de vraag of de volgers der tot dusver gehuldigde leer tot deze opvatting zullen bekeerd worden.

Nederlandsche Pasicrisie van Mrs. EUG. en
LEO VAN OPPEN, voortgezet door Mr. AUG.
SAVELBERG en Mr. L. B. J. VAN OPPEN. Zevende
vervolg, bij VEERMAN: *Heusden* 1908.

Ten zevenden male ontving ik ter aankondiging mijne goede oude bekende bovengenoemd, die de analyse der rechtspraak hier te lande brengt tot het einde van 1906. Het tweede gedeelte verscheen pas in den vacantietyd, het eerste in 't begin dezes jaars. Omdat laatstgenoemde helft reeds enkele maanden oud is, wil ik mijn aanbevelend woord niet laten wachten op eene grondige contrôle van het geheel en bepaalde mij daarom, ten aanzien der slot-aflevering, tot het naslaan der résumés van enkele mij in alle bijzonderheden bekende arresten. Deze proef heeft eene volkomen bevredigende uitkomst gehad, en ook overigens is mijne bevinding, dat de Pasicrisie, afspiegelend de jongste binnenlandsche rechtspraak, hetzelfde vertrouwen verdient als de door mij aanbevolen zes voorgangsters. In bijzonderheden tredend zou ik den lezer van „*Themis*” slechts vervelen: *sexties repetita non placebunt*. En daarom veroorloof ik mij om zonder meer den verdienstelijken arbeid van haar voorzitters, die onverdrotten dit repertorium houden op de hoogte van den tijd, mijne beste wenschen voor eenen voorspoedigen togt onder de studeerende, pleitende en rechtsprekende vakgenooten meêtegeven.

Den Haag, Aug. 1908.

A. P. TH. EYSELL.

De statistiek van het Rijkstucht- en Opvoedingswezen over 1906.

Aan de toezegging in de voorrede tot de statistiek van het gevangeniswezen over 1906 gedaan (1) is gevolg gegeven en is onlangs eene afzonderlijke statistiek betreffende de Rijksgestichten voor tucht en voor opvoeding van jeugdige personen in het licht verschenen.

Zooals uit de toelichtende inleiding blijkt, is het ook hier geen gemakkelijke arbeid geweest om de eerste maal de vragen voor de samenstelling der statistiek juist beantwoord te krijgen. Er zullen, zoo wordt gezegd, nog wel enkele onnauwkeurigheden gebleven zijn, waarom het zaak is nog niet terstond uit de gegevens conclusiën te trekken.

Bovendien loopen niet alle opgaven over een geheel jaar. De tuchtscholen voor jongens te Haren en te Nijmegen waren op 1 Jan. 1906 in gebruik genomen, één maand na het in werking treden der kindernetten, evenzoo de tuchtschool voor meisjes te Zeist, maar die voor jongens te Ginneken werd eerst op 1 Juli geopend. Sedert dien is er dit jaar een vijfde tuchtschool voor jongens te Velzen in dienst gesteld.

De tuchtschool voor meisjes te Zeist zal verplaatst worden naar het gebouw voor Rijksopvoeding te Montfoort, terwijl de inrichting te Zeist in orde wordt gebracht voor de verpleegden van Montfoort. Het zoude wenschelijk zijn, dat ten opzichte van het sombere, oude opvoedings-

(1) Zie Themis 1908, blz. 477.

gesticht voor jongens te Alkmaar dergelijke omruiling kon plaats hebben. De tuchtscholen toch zijn ruim en luchtig gebouwd, gelegen in eene landelijke omgeving, wat vooral van grooten invloed moet zijn op een langdurig verblijf, zooals in de Rijksopvoedingsgestichten wordt gehouden en niet in de tuchtscholen, waar vrijheidsstraf tot hoogstens één jaar wordt ondergaan.

Verder bevat de inleiding een stuk van Mr. J. R. B. DE Roos over jeugdige delinquenten, bewerkt naar gegevens van de vereeniging Pro Juventute, betreffende Amsterdam, Rotterdam, 's-Gravenhage en Utrecht, waarin o. a. het bekende feit bevestigd wordt, dat bij die categorie, de vermogensdelicten het meest voorkomen, voornamelijk gequalificeerde diefstal in vereeniging gepleegd. Terwijl met het vorderen van lichamelijke ontwikkeling en van geestelijke en geslachtelijke rijpheid de criminaliteit naar haar hoogtepunt stijgt, toonen reeds de soorten van strafbare handelingen na het zestiende jaar eene toenemende verscheidenheid aan. Ook blijkt het, dat op het twaalfde jaar het aantal delinquenten aanzienlijk toeneemt, wat in verband moet gebracht worden met het feit, dat de kinderen uit de minder welgestelde klassen, waartoe deze delinquenten bijna alle behooren, meestal reeds op of omstreeks hun twaalfde jaar de school verlaten.

De eerste tabel bevat den staat van de gebouwen, waaruit blijkt, dat de tuchtscholen zijn ingericht: te Ginneken voor 48, te Haren voor 56 en te Nijmegen voor 56 jongens en te Zeist voor 48 meisjes.

De opvoedingsgestichten kunnen bevatten: te Alkmaar 162, Avereest en Doetinchem ieder 240 jongens, en Montfoort 84 meisjes. Blijkens de begrooting van het Departement van Justitie voor 1909 bestaat het voor-nemen Avereest uit te breiden.

De tweede tabel bevat de opgave van het personeel, dat in het geheel (directeuren, geneesheeren, administrateurs, werkmeesters enz.) uit 204 geëmployeerden bestaat.

Tabel III geeft de beweging der bevolking aan.

Terwijl er in Januari nog slechts twee jongens in Nijmegen waren, kwamen er in den loop van het jaar: te Haren 122, te Nijmegen 107, te Ginneken 54 jongens en te Zeist 24 meisjes. Op 31 December bedroeg de bevolking van Ginneken 32, van Haren 56, van Nijmegen 45 jongens en van Zeist 17 meisjes.

De bevolking van de opvoedingsgestichten was op dien datum te Alkmaar 83, te Avereest 198, te Doetinchem 217 jongens en te Montfoort 63 meisjes, te zamen 561 verpleegden.

Behalve de schuldigen aan eenig strafbaar feit, die door den strafrechter veroordeeld zijn, bevatten de tuchtscholen minderjarigen, die krachtens bevel van den burgerlijken rechter op verzoek van ouders of voogden daar geplaatst zijn. Van deze categorie minderjarigen, die veel last in de school veroorzaken en waarvan vele tegen de bedoeling der wet voor langen tijd geplaatst worden, — bij eene aanhangige wetswijziging wordt dan ook voorgesteld den duur van opsluiting voor deze categorie te beperken in overeenstemming met art. 27bis Strafwetboek — waren er 21 jongens en 5 meisjes.

Staat IV bevat de opgave van de verpleegden in de gestichten aanwezig geweest en hoe zij over de lokalen verdeeld waren.

Staat V geeft de verdeling der bevolking naar hare godsdienstige gezindten. Van de totale bevolking van 285 jongens in de tuchtscholen aanwezig geweest in den loop van het jaar waren er 133 Nederduitsch-Hervormd, 107 Roomsch-Katholiek en 6 Israëlietische; van de 24 meisjes 12 Ned.-Herv., 7 R.-Kath. en geen Israëlietische.

Van de 982 jongens aanwezig geweest in de opvoedingsgestichten behoorden er 524 tot het Ned.-Herv., 382 tot het R.-Kath. en 25 tot het Israëli. kerkgenootschap; van de 102 meisjes 53 tot het eerstgenoemd, 37 tot het R.-Kath. kerkgenootschap, terwijl er onder haar geen Israëlieten waren.

Staat VI bevat gegevens omtrent het school- en godsdienstonderwijs. Schoolonderwijs werd gegeven aan alle tuchtscholieren, behalve aan 6 te Nijmegen, godsdienstonderwijs aan alle. Zoolang zij in de eerste klasse verblijven wordt dit schoolonderwijs in afzondering verstrekt. Dit laatste geschiedt ook te Alkmaar en te Montfoort ten opzichte van die kinderen, die in afzondering gehouden worden. Het eerstgenoemde opvoedingsgesticht bevat ook de jongens, die wegens wangedrag of geestestoestand te lastig voor hunne omgeving, niet in een der opvoedingsgestichten kunnen blijven, terwijl aldaar ook opgenomen worden de jongens, die, na ter beschikking der Regeering gesteld te zijn, niet reeds terstond worden overgedragen aan eene particuliere vereeniging.

Slechts van 9 jongens op de tuchtscholen was het gedrag bij het onderwijs slecht; bij de meisjes kwam geen slecht gedrag voor. Van de 979 jongens der opvoedingsgestichten, die onderwijs genoten, gedroegen zich 86 slecht en 399 redelijk. Van de 101 meisjes te Montfoort was van 9 het gedrag slecht en van 17 redelijk.

In den staat VIIa worden opgaven verstrekt betreffende het vakonderwijs en den instructieven arbeid, die verricht wordt door hen, die in de opvoedingsgestichten niet bij het vakonderwijs kunnen geplaatst worden.

Het gedrag van de 741 jongens, die aan dat onderwijs deelnamen, was van 405 goed, van 281 redelijk en van 55 slecht; dat van de 100 meisjes van 57 goed, van 36 redelijk en van 7 slecht.

Bij ontslag was de mate van ontwikkeling bij het vakonderwijs verkregen bij 85 jongens goed, bij 122 redelijk en slechts bij 34 slecht.

Staat VIIIb geeft mededeelingen over den handenarbeid in de tuchtscholen. Die arbeid, waartoe ook behoort keukendienst en het schoonhouden der lokalen, loopt in de verschillende gestichten zeer uiteen. Vakonderwijs wordt daar niet verstrekt.

Staat VIII verschafft gegevens over het gedrag. De opgave geschiedt naar eene verdeeling naar leeftijd, n.l. van 10 jaar of minder, van 11 tot 12 jaar, van 12 tot 14, van 14 tot 16, van 16 tot 18, van 18 jaar en ouder.

Vergrijpen, welke disciplinair gestraft worden, kwamen er in de *tuchtscholen* voor jongens 111 voor op 61 gestraften, in Zeist 15 op 7 gestraften.

Verstoring van de orde en insubordinatie komen onder de vergrijpen het meest voor.

Als disciplinaire straf werd het meest opgelegd cachot namelijk 83 maal, waarvan 5 maal te Zeist; die van water en brood 65 maal, waarvan 2 maal te Zeist. Slechts te Haren werd tweemaal de straf van gewone sluiting in boeien toegepast en wel hand- met voetboeien op een jongen van 16-18 en op een boven den leeftijd van 18 jaar.

Slecht gedrag, misdraging genoemd, die „huishoudelijk” bestraft wordt en plaats vindt bij het onderwijs en bij de godsdienstoefening kwam 670 maal voor; geen enkel maal te Ginneken.

In de *opvoedingsgestichten* voor jongens bedroeg het aantal disciplinaire straffen 449, toegepast op 355 verpleegden en te Montfoort 115 toegepast op 50 meisjes.

Het aantal huishoudelijke bestraffingen wegens misdragingen bedroeg bij de jongens 286 en bij de meisjes 60.

Uit Haren ontsnapten 2 jongens, die werden terug-

gebracht en uit Nijmegen 4, waarvan 3 werden achterhaald.

Uit de opvoedingsgestichten ontvluchtten 37 jongens, waarvan er 29 werden teruggebracht. De 8 niet-achterhaalden waren allen verpleegden uit Doetinchem, waar 29 ontvluchtten. Uit Alkmaar ontsnapten er 7 en uit Avereest één, die teruggebracht werden.

De staten IX *a* en *b* geven de verdeling der verpleegden naar de afdelingen, zooals deze zijn vastgesteld bij het Kon. Besluit van 15 Juni 1905 (Stbl. n^o 209). Gelijk men weet worden de verpleegden daarbij verdeeld in vier klassen en is het opvoedingsgesticht te Alkmaar in drie afdelingen verdeeld. De vierde klasse in de tucht-scholen is bestemd voor hen, die zich in de tweede klasse aan voortdurend wangedrag schuldig maken. Op 31 Dec. 1906 bestond er slechts te Nijmegen een vierde klasse, die uit één scholier bestond.

Staat X geeft een overzicht van de geldelijke belooning van den arbeid der verpleegden en van den economischen toestand der ontslagenen.

Het geheele bedrag der geldelijke belooningen in de tucht-scholen uitgereikt was 462,87 gulden (waaronder 27,89 gulden te Zeist); in de opvoedingsgestichten 4396,20 gulden (waaronder 433,82 gulden te Montfoort). Van de 152 uit de tucht-scholen ontslagen jongens hadden er bij hun ontslag 142 eene uitgaanskas beneden 5 gulden en 10 eene van 5 tot 10 gulden; van de 7 ontslagen meisjes 6 eene uitgaanskas beneden 5 gulden en 1 van 5 tot 10 gulden.

Aan de 154 jongens uit de opvoedingsgestichten ontslagen, hadden er 11 in Doetinchem een uitgaanskas van 50 gulden en hooger, 83 eene beneden 5 gulden, 29 van 5 tot 10 gulden, 38 van 25 tot 50 gulden; van de ontslagen 38 meisjes 9 eene van beneden 5 gulden, 11 van 5 tot 10 gulden, 3 van 25 tot 50 gulden.

Geheel reisgeld of reisgelegenheid werd bij hun ontslag verstrekt aan 54 en gedeeltelijk aan 3 tuchtscholieren.

Op het einde van het jaar bedroeg het totaal der uitgaanskassen van de opvoedingsgestichten 3420.17⁵ gulden.

Staat XI bevat de opgaven omtrent den gezondheids-toestand. Van de 285 jongens, die in de *tuchtscholen* in den loop van het jaar aanwezig zijn geweest, zijn er 35, van de 24 meisjes 24, eens of meermalen in behandeling geweest; van de 982 jongens der *opvoedingsgestichten* 307, van de 102 meisjes 55. Een jongen is te Avereest overleden en een meisje te Montfoort, terwijl één meisje uit Zeist en één jongen uit Doetinchem in een krankzinnigengesticht geplaatst zijn. Naar een ziekenhuis werden vervoerd één jongen uit Nijmegen en 5 meisjes uit Zeist, 13 jongens uit Alkmaar, 2 uit Avereerst en één meisje uit Montfoort.

Zeer uitgebreid is de laatste staat betreffende den aard der ziekten in de tuchtscholen (XII *a*) en in de opvoedingsgestichten (XII *b*), waarin de zieken naar hun leeftijd gerangschikt en de ziekten in dertien hoofdrubrieken verdeeld worden. Verder is er eene verdeeling gemaakt van de zieken naar den duur der vrijheidsberooving bij den aanvang der behandeling.

Een geval van zelfmoord kwam voor te Avereest van een jongen tusschen de 16 en 18 jaar, die langer dan een jaar aldaar verblijf had gehouden.

Ten slotte zij nog vermeld, dat de inleiding van deze statistiek zeer practisch een overzicht geeft van de verschillende bepalingen, regelende het Rijkstucht- en opvoedingswezen, die voor de samenstelling van de tabellen van belang waren.

