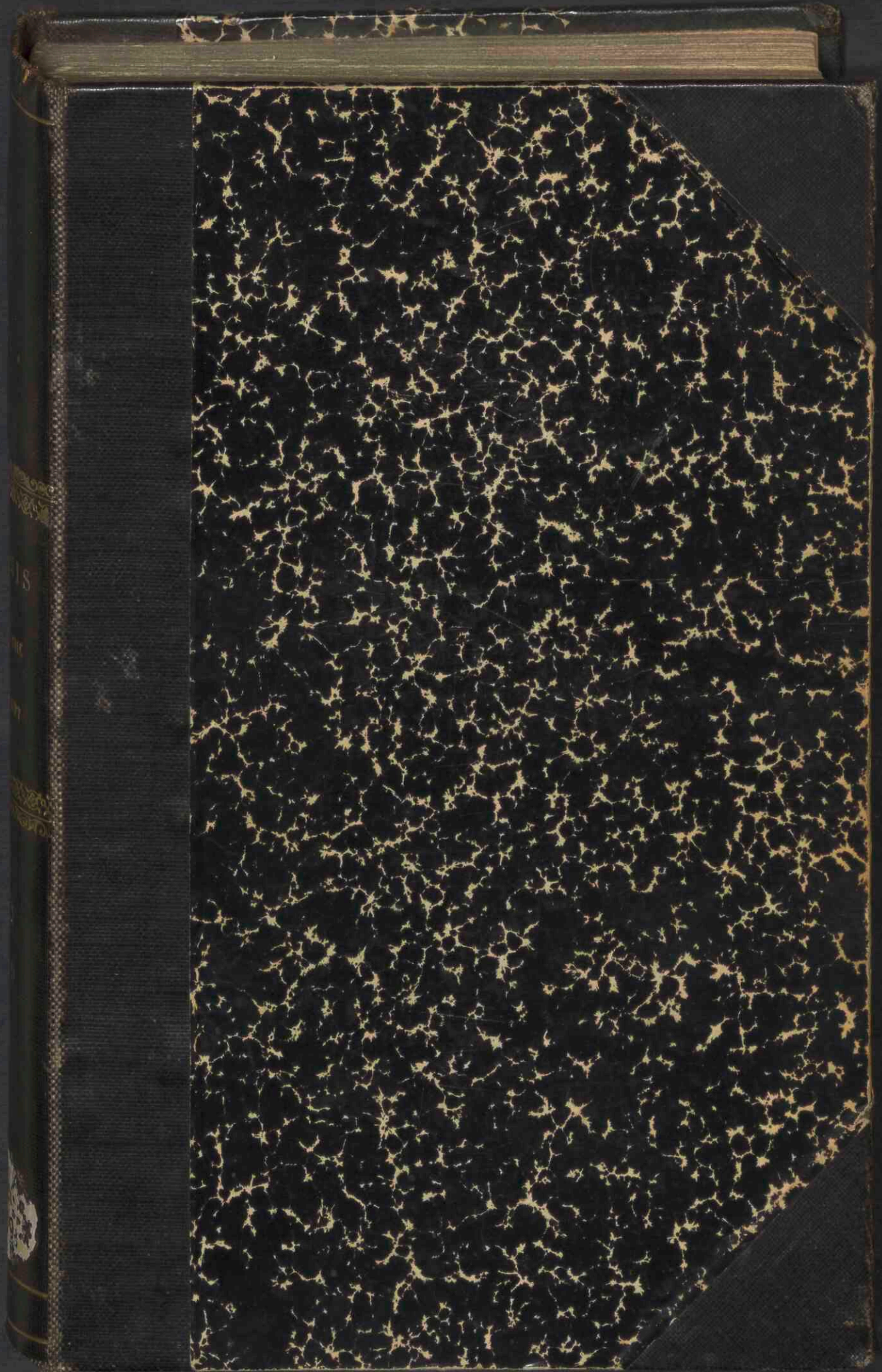




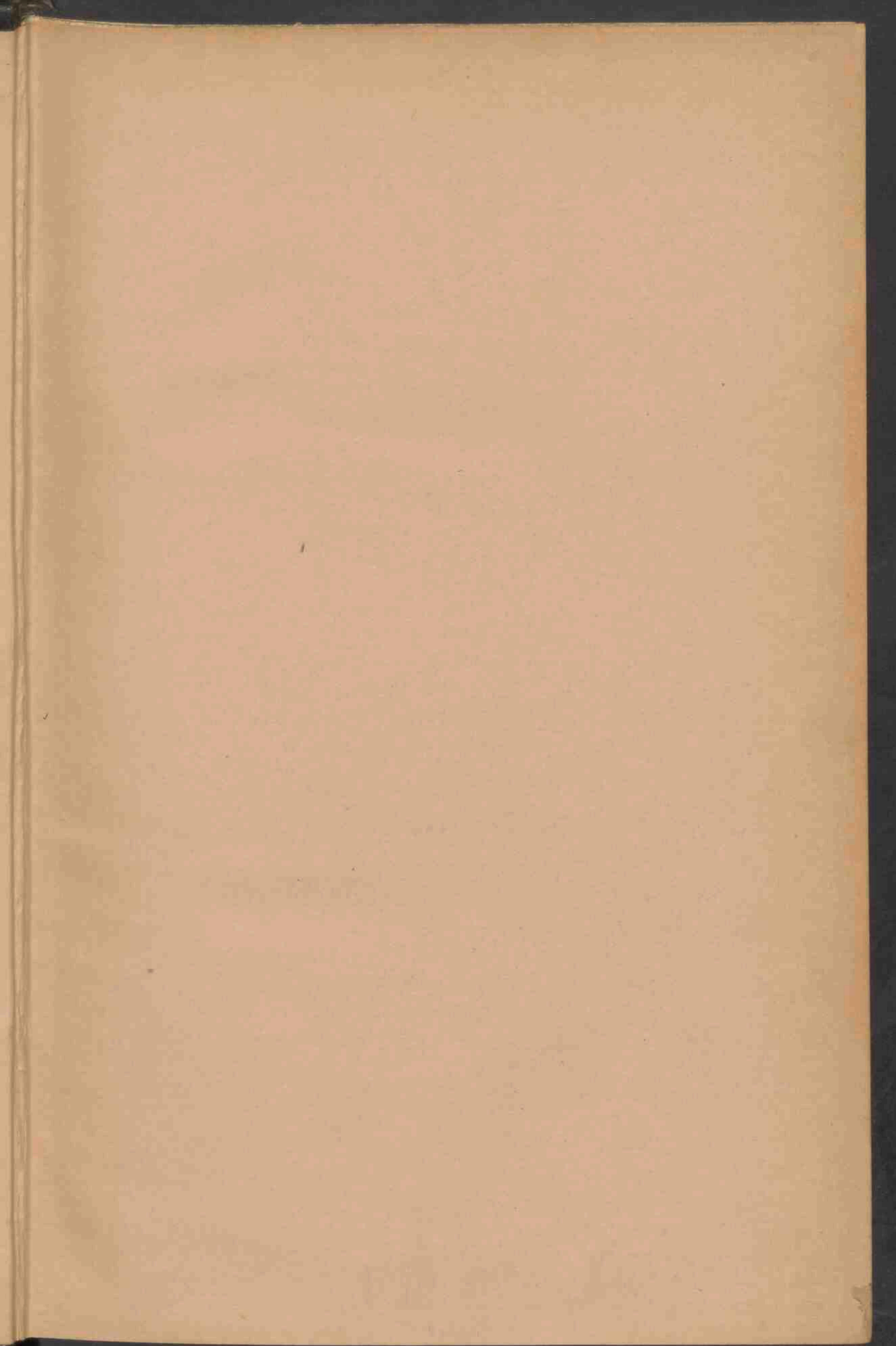
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

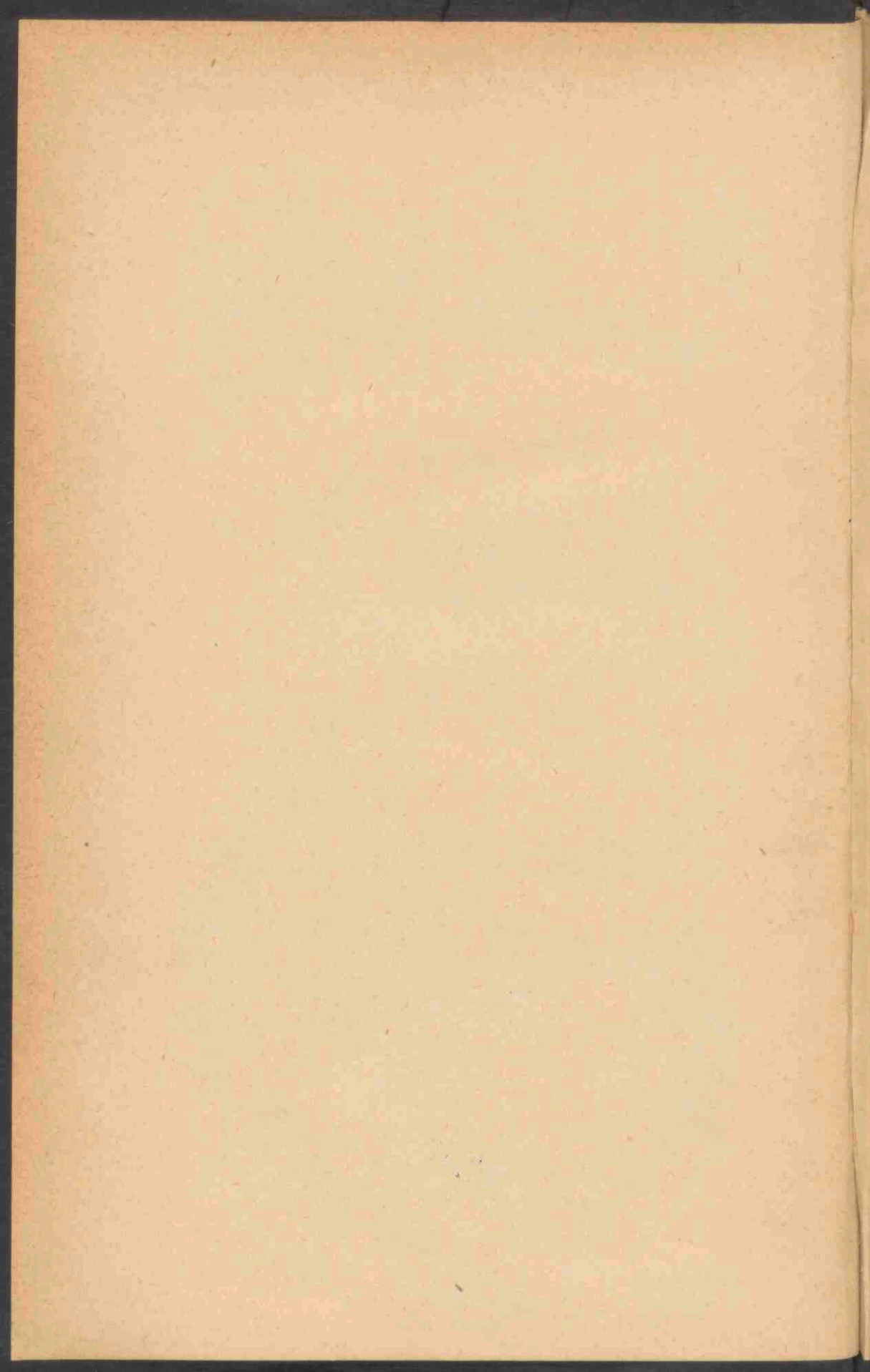
<https://hdl.handle.net/1874/451824>



~~V.V. N°~~

Kast ~~20~~, Pl. F





26 F

L. oct. 5009

THEMIS

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

ONDER REDACTIE VAN

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

ZEVENTIGSTE DEEL

1909



's-GRAVENHAGE

BOEKHANDEL VII. GEBR. BELINFANTE

1909



RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

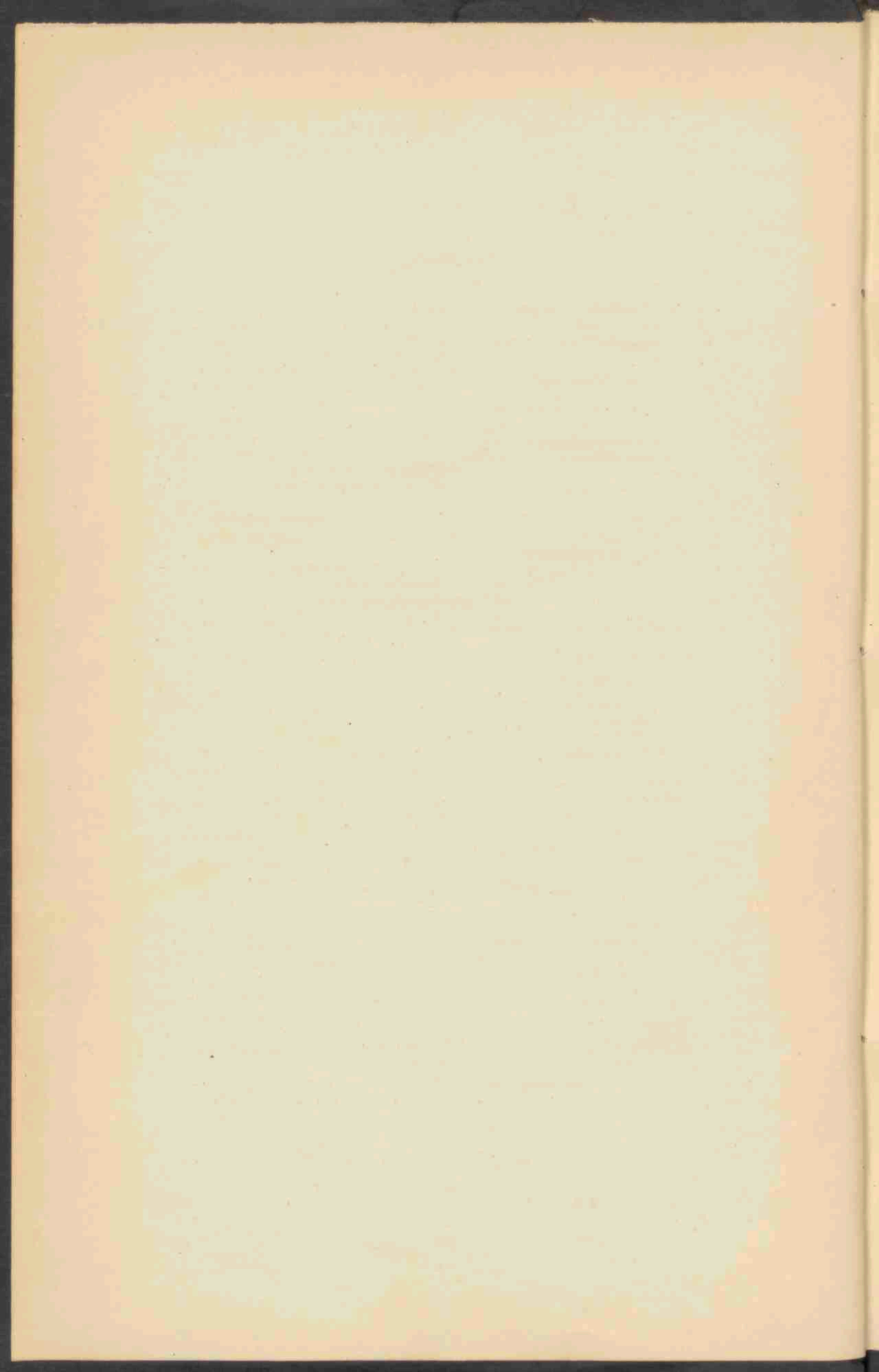


0341 2057

~~~~~  
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 BOUROUILL, 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.
- 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. EYSSELL, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. R. FEITH, lid van het Gerechtshof, te 's-Gravenhage.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, oud-president van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. J. J. GOCKINGA, vice-president van het Gerechtshof, te Arnhem.
- Mr. S. GRATAMA, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. Th. HEEMSKERK, Minister van Binnenslandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- Mr. C. J. HEEMSKERK, advocaat en procureur, Hilversum.
- 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, Hd van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LEVY, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN, Hd 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 LOUTER, hoogleeraar, Utrecht.
- Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, oud-Minister van Waterstaat, H. en N., 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. NABER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. A. P. L. NELISSEN, Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleeraar, 's-Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. POLVLIET, Hd der Arrond.-Rechtbank, te 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. ROMBACH, wethouder, Rotterdam.
- Mr. O. O. SEGERS, president der Arr.-Rechtbank, te Utrecht.
- Mr. F. N. SICRENGA, Dordrecht.
- Mr. F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN WISSEKERKE, raad-adviseur aan het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. A. J. COHEN STUART, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Mr. F. H. J. TAVENRAAT, griffier der Staten van Zuid-Holland, 's-Gravenhage.
- Mr. W. THORBECKE, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. P. A. TICHELAAR, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. D. VEEGENS, oud-Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel, 's-Gravenhage.
- Mr. F. F. VIEHOFF, ambtenaar O. M. bij het Kantongerecht, te Zierikzee.
- Mr. H. Vos, advocaat en Lector aan de Universiteit, te Leiden.
- Mr. G. WTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem.



INHOUD.

	Bladz.
In Memoriam. Mrs. A. HEEMSKERK en J. P. A. N. CAROLI 1 en 303	
<i>Iets over autonomie</i> , door Mr. Dr. H. W. C. BORDEWIJK, te 's-Gravenhage	4
<i>Gemeentelijke aanvulling van hooger regeling</i> , door Mr. Dr. J. H. LABBERTON, Hoofdecommies ter Provinciale Griffie te Middelburg	28
<i>De eigenrichting in het oudste Romeinsche rechtsleven</i> , door Mr. J. M. NAP, Commies van Staat bij den Raad van State, te 's-Gravenhage	78
<i>Aanteekeningen over procesrecht naar aanleiding van nieuw verschenen Deutsche geschriften</i> , door Mr. J. VAN KUYK, te 's-Gravenhage	167
<i>De Companies Act 1907</i> , door Mr. G. VAN SLOOTEN AZN, advocaat en procureur te 's-Gravenhage.	183
<i>Een beknopt overzicht van het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek</i> , door Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN, President van de Arrondissements-Rechtbank te Groningen	303
<i>Het begrip „eigendom”</i> , door Mr. J. VAN KUYK, Advocaat en Procureur te 's-Gravenhage	337
<i>Matriarchale volksinstellingen</i> , door Mr. F. C. HEKMEIJER, O-I. rechterlijk ambtenaar te 's-Gravenhage.	435
<i>De Jagtwet tegenover de gevredigde gronden</i> , door Mr. Dr. K. J. FREDERIKS te 's-Gravenhage	466
<i>Over Nederlandsche rechtstaal</i> , door H. C. MULLER te Utrecht	490

	Bladz.
<i>Repressief of preventief stelsel in later huwelijk?</i> door Mr. N. C. VAN DEN DRIES te Sittard	508
<i>Rechtsingang en verstek in de middeleeuwsch-stedelijke procedure in verband met het recht der Republiek</i> , door Mr. J. VAN KUYK, Advocaat en Procureur te 's-Gravenhage	539
<i>Die Conductio des Römischen Privatrechtes</i> von Dr. Jur. ROBERT VON MAYR, Leipzig. DUNKLER & HUMBLOT; beoordeeld door J. VAN BINSBERGEN, Doctor in de Klassieke Letteren en Candidaat in de Rechten te Utrecht	414
<i>La Substance des Obligations dans le Droit International Privé</i> , par D. JOSEPHUS JITTA, Professeur à l'Université d'Amsterdam 1906—1907, beoordeeld door Mr. T. M. C. ASSER, Minister van Staat, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage	491
<i>Beginselten van Strafrecht</i> , door Mr. Dr. B. GEWIN, besproken door Mr. H. VERKOUTEREN, advocaat en procureur te Amsterdam	203
<i>Rechter en Wet. Moderne Praetuur?</i> Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wettoepassing en rechtshervorming, door Mr. J. P. FOCKEMA ANDRÉE, beoordeeld door Mr. G. WTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem.	219
J. J. DE WAAL MALEFIJT, <i>De eed ter beslissing van het geding</i> , Utrecht 1907, beoordeeld door Mr. A. P. TH. EYSELL, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage	244
<i>De beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke behandeling.</i> Proefschrift ter verklaring van den graad van Docter in de Rechtswetenschap aan de Universiteit te Utrecht, door L. W. E. LASONDER, beoordeeld door Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleraar, te 's-Gravenhage	250
<i>Is de doodstraf gewenscht?</i> door E. KEMPE, beoordeeld door denzelfden	264
<i>Het fiscale strafrecht en de fiscale strafactie</i> , schets door J. F. VAN NIEUWKUYK, Inspecteur der directe belastingen,	

Bladz.

- invoerrechten en accijnzen. Tweede, herziene druk; beoordeeld door Mr. Dr. J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ, Commies bij het Departement van Financiën te 's-Gravenhage . . . 368
- Biografisch-aetiologisch onderzoek over recidive bij misdrijven tegen den eigendom*, door Mr. N. MULLER; beoordeeld door Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-Hoogleraar, te 's-Gravenhage 384
- Ontwerp-verordening tot de heffing eener plaatselijke directe belasting naar het inkomen voor de gemeente 's-Gravenhage*. Voordracht door L. DE FOUW, Inspecteur bij 's Rijks belastingen; beoordeeld door Mr. F. N. SICKENGA, te Dordrecht. 397
- Nederlandsch Assurantierecht, Brandverzekering, Zeeverzekering*, van Mr. J. G. L. NOLST TRENITÉ. (VII, 391, 1902 en XVI, 903, 1907); beoordeeld door Mr. T. H. FOKKER, Advocaat en Procureur te Amsterdam 407
- Historische beschouwingen over het Antwoord van den Gedaagde*, Proefschrift van J. VAN KUYK, Leiden 1908; beoordeeld door Mr. G. VAN SLOOTEN AZN., Advocaat en procureur te 's-Gravenhage 418
- De ontwikkeling van de Naamlooze Vennootschap in Nederland vóór de Codificatie*, door Mr. E. J. J. VAN DER HEYDEN. Proefschrift verdedigd te Utrecht, den 5en November 1908; beoordeeld door Jhr. Mr. J. C. VAN HAEFTEN, Advocaat en Procureur te 's-Gravenhage 426
- Leerboek der gerechtelijke verloskunde*, door Dr. HECTOR TREUB en Mr. A. TAK; beoordeeld door Mr. T. J. NOYON, Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden te 's-Gravenhage 613
- L. W. A. M. LASONDER, *Bijdrage tot de geschiedenis van de hooge vierschaar in Zeeland*. 's-Gravenhage, M. NIJHOFF 1909; beoordeeld door Mr. SEERP GRATAMA, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden te 's-Gravenhage 623
- De Grondwet van 1887 toegeelicht, ook in verband met de praktijk*, door Mr. T. SYBENGA. Vierde uitgave; beoordeeld

	Bladz.
door Mr. A. R. ARNTZENIUS, Griffier van de Tweede Kamer der Staten-Generaal te 's-Gravenhage	630

V A R I A

<i>Surinaamsche Jurisprudentie</i> , uitgegeven door en voor rekening van het Gouvernement der Kolonie Suriname	264
<i>Zeitschrift f. d. Gesamme Handelsrecht</i>	266
De statistiek van het gevangeniswezen over het jaar 1907.	295
Justitieele Statistiek over 1908.	644
De Statistiek van het Rijkstucht- en opvoedingswezen over 1907.	646

IN MEMORIAM.

Al liet zijne gezondheid in de laatste en meer speciaal in de allerlaatste jaren zeer veel te wenschen over, zoo was het toch ten slotte vrij onverwacht dat Mr. A. HEEMSKERK den 2^{den} December 1908 door den dood aan zijne verwanten en vrienden werd ontrukkt.

Den 3^{den} December 1848 te Amsterdam geboren had hij dus nog niet eens den zestigjarigen leeftijd bereikt. En toch hoe veel en velerlei heeft hij in dien betrekkelijk korten tijd niet gearbeid (1), gearbeid met talent, met ijver en groote opgewektheid en met een buitengewone mate van volharding. Dit zelfs in den tijd dat zijne gezondheid reeds zeer geschokt was en hij ondanks de vermaningen van den geneesheer het niet kon nalaten zijn geest steeds in te spannen en bezig te houden.

Veelzijdig ontwikkeld en scherpzinnig jurist als hij was, bewoog hij zich gemakkelijk op elk gedeelte van het zoozeer uitgebreid juridisch terrein, hetgeen zeker

(1) Den 3^{den} Mei 1871 aan de Hoogeschool te Leiden gepromoveerd, maakte hij van 1877—1883 deel uit van de Arrondissements-Rechtbank te Zierikzee. In dat jaar trad hij op als Raadsheer in het Hof van Appèl te Caïro, welke functie hij bleef uitoefenen tot het jaar 1887. Toen werd hij benoemd tot lid der Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam, waar hij tot 1894 werkzaam bleef, in welk jaar hij om redenen van gezondheid het ambtelooze leven intrad.

niet het minst ten goede kwam aan ons tijdschrift, waaraan hij gedurende tal van jaren als lid der redactie werkzaam was.

Met welk een voorliefde, welk een toewijding en welk een ijver hij zich, niet alleen in 't begin toen zijne gezondheid nog geheel intact was maar ook later toen dit helaas geenszins 't geval was, daaraan wijdde, kan alleen door hen worden beoordeeld en gewaardeerd, die in de gelegenheid waren hem daarbij meer van nabij gade te slaan. Vandaar dat wij onomwonden kunnen verklaren, dat sedert hij nu ruim dertig jaren geleden als mederedacteur van *Themis* is opgetreden, hij steeds met onafgebroken ijver en onverflauwde liefde heeft getracht er toe mede te werken om den wensch in vervulling te brengen, die bij de overneming van 't tijdschrift uit handen van de oude redactie in Febr. 1878 door de nieuwe redactie werd uitgesproken.

Het is ons een behoefte des harten daarvoor een woord van innigen dank, van oprechte hulde en waardeering te wijden aan wijlen Mr. A. HEEMSKERK, die zoo gaarne nog het aanbreken van den *zeventigsten* jaargang van dit tijdschrift, welke met deze aflevering wordt geopend, zou willen beleefd hebben en wiens nagedachtenis nog lang in de annalen van *Themis* in eere zal bewaard blijven.

RED.

THEMIS



LXXste deel — EERSTE STUK

Iets over autonomie.

Herhaaldelijk worden, vooral in den laatsten tijd, wetten en wetsontwerpen zoo in als buiten het parlement aangevallen met het wapen van artikel 134 of 144 der Grondwet. Geklaagd wordt, dat de wetgever hoe langer zoo meer de oogen sluit voor het groote belang, dat niet alleen de gewestelijke en plaatselijke gemeenschappen, maar ook het geheele land heeft bij eene vrije ontplooiing harer kracht op eigen huishoudelijk gebied. Volgens veler meening wordt daardoor het grondwettelijk recht der Rijksgrondeelen aangetast, valt mitsdien de belangenvraag met de rechtsvraag samen.

De vraag nopens het al of niet wenschelijke van decentralisatie op het gebied van regeling en bestuur laat ik rusten; hier worde alleen onder de oogen gezien de vraag, of verschillende in deze in aanmerking komende wettelijke maatregelen geacht moeten worden een inbreuk te maken op de autonomie der publiekrechtelijke lichamen en mitsdien het odium der ongrondwettigheid verdienen.

Als vanzelf zal daarbij in hoofdzaak de positie der gemeente, het meest belangrijke gronddeel, worden onderzocht.

Laat mij beginnen met het recht van goedkeuring, van *placet*. Van harte deel ik de meening van Prof. Mr. J. OPPENHEIM (1), die in de opvatting van genoemd recht als ware het *medewetgeving*, eene verwarring ziet met het recht van *sanctie*. Aan de uiteenzetting van genoemden hoogleeraar behoef ik niets toe te voegen. Alleen zoude ik willen opmerken, dat wie tot goedkeuring van eene regeling of van een besluit wordt geroepen, *eo ipso* staat *boven*, dat is *buiten* het goed te keuren object, gelijk de punt staat boven de *i*. Onder voorbehoud van alle verschilpunten tusschen het preventief toezicht, hier aan de orde, en het politierechtelijk vergunningsrecht van B. en W. uit kracht der Hinderwet, meen ik toch de volgende analogie ter verduidelijking te mogen wagen. Op beiderlei gebied heeft men met toezicht te doen, uit hoe verschillend motief ook ontsprongen, een toezicht, dat door al of niet goedkeuring wordt geldend gemaakt. Wanneer nu B. en W. vergunning verleenen tot de oprichting van b.v. eene slachterij of eene machinefabriek, wien zal het dan in den zin komen te zeggen, dat dergelijke inrichting door B. en W. mede is in het leven geroepen, dat dus van alle bedrijven, die voor hunne oprichting krachtens de Hinderwet eene vergunning van B. en W. behoeven, de gemeente als mede-oprichtster zal moeten worden aangemerkt? En wanneer toegegeven wordt, dat dergelijke vergunning staat buiten het vergunningsobject, waarom zou dan het goedkeuringsrecht over zekere regelingen en besluiten der autonome-lichamen ineens het karakter van medewetgeving of medebestuur vertoonen?

Toch is het met dat goedkeuringsrecht, volgen wij

(1) Het Nederlandsch Gemeenterecht, derde, herziene druk 1906, I blz. 147 e. v.

Prof. OPPENHEIM, eigenaardig gesteld. Waar volgens den geëerden schrijver het recht van placet niets gemeen heeft met het recht van sanctie, van medewetgeving, daar blijft niets anders over dan het in te deelen bij de middelen tot uitoefening van toezicht. En inderdaad: die indeeling is de eenig juiste. Tweeërlei toezicht kent onze Grondwet op de lagere besturen: een preventief toezicht, vervat in het goedkeuringsrecht en een repressief toezicht, in het recht tot schorsen en vernietigen belichaamd. Hooren wij, wat Prof. OPPENHEIM op de hem eigene, scherpzinnige en pakkende wijze over dit toezicht in zijne toepassing op de huishouding der gemeente zegt (1): „ . . . wie leert, dat, zoodra eene aangelegenheid als een stuk gemeentehuishouding is erkend, de „hogere macht *nooit en nimmer* iets kan scheppen in „de gemeente; *nooit en nimmer*, zoolang niet eene speciale „wet grove verwaarloozing van de gemeentehuishouding „constateert, treden kan *in de plaats* van den gemeentelijken wetgever, die zelf moet weten of en hoe hij „regelen wil en tegenover wien hooger gezag louter „afwerend, vernietigend (2), te werk kan gaan, dit laatste „nog slechts zoover de Grondwet deze afwerende tusschenkomst erkent, hij doet niets anders dan het woord „overlaten” van de Grondwet herleiden tot de eenige „beteekenis, die het kan hebben. Wat derhalve te zeggen „van eene bepaling als artikel 28 der Veiligheidswet, die „de uitoefening van de aanvullende bevoegdheid, daar „aan den gemeenteraad toegekend, afhankelijk heeft gemaakt van de goedkeuring der Kroon? Wat van de „derde zinsnede van artikel 3 der wet van 9 Juli 1900 „(Stbl. no. 118) houdende nadere regeling van den dienst

(1) T. a. p. I blz. 66, 67, 69.

(2) en effect onthoudend door niet verleen van goedkeuring!

„en het gebruik van spoorwegen waarop uitsluitend met
 „beperkte snelheid wordt vervoerd, waarin het slechte
 „voorbeeld van de Veiligheidswet is gevolgd?

„Wat van het wetje van 23 Mei 1899 (*Stbl.* no. 129)
 „tot opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van
 „werken in het openbaar belang bevolen of ondernomen,
 „'t welk den raad verplicht op kommando ontheffing
 „van zijne verordeningen te verleenen of vergunningen
 „in te willigen? Wat vooral — want schreeuwend min-
 „achting van het grondwettig voorschrift, volledigere
 „verkrachting van de autonomie der gemeente is nog
 „niet aanschouwd — van de eerste paragraaf der „Woning-
 „wet”, die den raad *verplicht* eene strafverordening op
 „het bouwen te maken en haar aan de goedkeuring van
 „de Gedeputeerde Staten te onderwerpen, om dan den
 „beker te doen overloopen door de ongehoorde bijvoeging,
 „dat de hoogere macht zich zal opmaken tot het vast-
 „stellen van de verordening als de raad haar nut niet
 „inziet, of de voorschriften niet zóó maakt als de wet
 „dicteert? De stok bij de deur! . . . Aantasting der auto-
 „nomie met zoo forsche, steeds ruwer hand moet nood-
 „wendig uitloopen op verlamming van de veerkracht der
 „gemeenten, op ondermijning van den burgerzin en de
 „liefde voor de publieke zaak . . .”

Het komt mij voor, dat heterogene zaken hier ge-
 schoren worden over één kam. De eerste twee voor-
 beelden toch van schennis der autonomie zijn van for-
 meelen aard, eischen immers hoogere goedkeuring daar,
 waar de Grondwet „overlaat”; de beide laatste voorbeelden
 echter grijpen meer in materiëelen zin in de autonomie
 in, daar de bedoelde wetten eene bepaalde gedragslijn aan
 de gemeenten voorschrijven.

Het eerst vraag ik de aandacht voor artikel 28 der
 Veiligheidswet en alle soortgelijke gevallen, waarin bij

wet een goedkeuringsrecht wordt gevestigd. De vraag, of dergelijke bepaling de antonomie aantast en dus zondigt tegen het grondwettelijk „overlaten” van artikel 144, 1e lid, wordt door mij — en hier wijk ik van Prof. OPPENHEIM af — ontkennend beantwoord. Het brandmerk der ongrondwettigheid wordt aan zulk eene bepaling opgedrukt niet door artikel 144, doch door de artikelen 146 en 147 der Grondwet, waarin het preventieve toezicht op de gemeenten eene plaats heeft gevonden. Ware het goedkeuringsrecht een recht van medewetgeven, de vraag, of artikel 28 der Veiligheidswet de autonomie der gemeenten aanrandt, zou geen vraag wezen. Wij zagen echter, dat Prof. OPPENHEIM de laatste is, om dergelijke opvatting van het recht van goedkeuring te huldigen. Dáárin kan derhalve de beweerde schennis der gemeentelijke zelfstandigheid niet zijn gelegen. Wáárin dan wel? Vergeefs heb ik gezocht naar eene afdoende verklaring; ik zal mij dus beperken tot eene ontvouwing der redenen, waarom ik in dergelijke goedkeuring geen inbreuk kan zien op het voorschrift van artikel 144, 1e lid der Grondwet. Alleen dan zou men daarvan kunnen spreken, wanneer het waar was, dat eene zaak van gemeentelijk huishouden, waarop goedkeuring geëischt wordt, *daardoor* ophoudt aan den raad te zijn „overgelaten”. Nog eens, bij eene opvatting als van medewetgeven is dit geen vraag, doch wat te zeggen, wanneer wij met Prof. OPPENHEIM daarin toezicht en niets anders dan toezicht zien? Een sterk werkend toezicht, zeer zeker, waaraan niets, waarvoor het is voorgeschreven, ontsnapt, maar toch altijd *toezicht*, in zijne werking even negatief, even afwerend, evenmin scheppend als het repressieve schorsings- en vernietigingsrecht. Men moet, acht men dit laatste *wèl* en het eerste *niet* vereenigbaar met het zelfstandig zeggenschap der publiekrechtelijke lichamen

in eigen huishouden, tusschen beide vormen van toezicht een meer dan gradueel, een principieel verschil aannemen, dat m. i. niet bestaat. Dat er een gradueel verschil bestaat, wie zal het ontkennen? Het preventieve toezicht werkt absoluut zeker. De gecontroleerde moet zelf met zijn besluiten en regelingen komen aandragen, ten einde de voor de werking vereischte toestemming te verkrijgen. Eene dergelijke volkomenheid zou het repressieve stelsel slechts kunnen bereiken, wanneer eene alwetende of feilloos ingelichte overheid de gewraakte maatregelen bij de geboorte kon smoren. Dat het repressieve toezicht minder betrouwbaar is, ligt dus aan de onvolkomenheid der menschelijke natuur, doch dit kan toch nimmer een principieel verschil vestigen tegenover de preventie van het goedkeuringsrecht.

Tot steun voor mijne opvatting beroep ik mij op artikel 158 der Gemeentewet. Terwijl onthouden van goedkeuring vanzelf medebrengt, dat een besluit of regeling zonder uitwerking blijft, is zulks bij het vernietigingsrecht niet het geval. Een korter of langer tijd heeft iets gegolden, dat nu achteraf blijkt geen reden van bestaan te hebben. Artikel 158 strekt nu om zooveel doenlijk ongedaan te maken, wat verkeerdelijk is geschied, aan de vernietiging, als ik het zoo noemen mag, terugwerkende kracht te verleen. Zoodoende nadert de vernietiging in het resultaat het goedkeuringsrecht, beweegt zich in dezelfde lijn als dit laatste.

Wil dit nu zeggen, dat ik bepalingen, die een goedkeuringsrecht vestigen over zaken van huishoudelijken aard, in bescherming neem? Geenzins. Ontdek ik al geen strijd met artikel 144, 1e lid der Grondwet, zoo acht ik toch door zoodanige bepalingen de artikelen 146 en 147 der Grondwet geschonden. Aangenomen mag worden, dat men zich in 1848 het repressieve toe-

zicht bij de gemeenten als regel, het preventieve als uitzondering heeft gedacht; dat men in de beide artikelen betreffende het gemeentelijk financieewezen heeft willen geven eene *limitatieve* opsomming der gevallen, waarin het toezicht een preventief karakter zoude hebben (1). Dit zoo zijnde spreekt het vanzelf, dat de wet de bevoegdheid mist dat preventief toezicht ook tot andere gevallen uit te breiden, niet, omdat de Grondwet de autonomie wilde beveiligen, doch omdat zij het sterkere toezicht op het gebied der financiën als den veiligsten vorm, waarbij der negatieve afweerende oplettendheid niets ontgaan kon, verkoos, in de overige gevallen om praktische redenen het minder secure, maar ook minder omslachtige vernietigingsrecht voor lief nemend.

Wat heeft men uit ons oogpunt van de zg. Belemmeringenwet, wat van de Woningwet te denken?

Kiest men de zijde van Prof. OPPENHEIM, dan zeker weinig goeds. Gelijk reeds boven door mij werd aangestipt, is het bezwaar tegen deze wetten van ernstiger, immers van materieelen aard: eene bepaalde gedragslijn wordt aan de publiekrechtelijke lichamen voorgeschreven, terwijl bij onwil een hooger college gaat zitten op hunne plaats. Om echter zeker

(1) Wie twijfelt, leze er aandachtig de artikelen 140, 141 en 142 der Grondwet, in hare lezing van 1848, op na. — Bij de besluiten, rakende beschikking over gemeente-eigendom en andere burgerlijke rechtshandelingen, laat de Grondwet den wetgever vrij; zoo ook bij de gemeente-rekening, al zal het voor de gemeente-begrooting door de Grondwet gevestigde goedkeuringsrecht van Gedeputeerde Staten invloed moeten hebben op de regeling voor de gemeente-rekening. Verder gaat de vrijheid des wetgevers *niet*, en zoo blijft het, behoudens deze restricties, waar, dat het preventief toezicht in de Grondwet *limitatief* is geregeld.

te zijn van eene inbreuk op de autonomie, dient vast te staan, dat men zich bij deze wetten inderdaad beweegt op huishoudelijk (gemeente enz.) gebied, en juist nopens dit beslissende punt is bij mij ernstige twijfel gerezen. Het eerst ga de Belemmeringenwet ten toets, of met haren volledigen titel: de wet van den 23sten Mei 1899, (*Stbl.* no. 129), tot opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van werken in het openbaar belang bevolen of ondernomen uit bepalingen van verordeningen voort-spruitende. Het gaat, blijkens artikel 1 der wet, om de uitvoering van openbare werken: 1o. die door het Rijk of eene provincie worden ondernomen; 2o. die door den Koning of door een provinciaal bestuur krachtens de wet worden bevolen; 3o. die ingevolge eene door den Koning of van Zijnentwege verleende concessie worden tot stand gebracht en waarvan het openbaar belang door den Koning is erkend, of 4o. waarvan het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend. Artikel 5 voegt hieraan nog als vijfde geval toe: de uitvoering van een openbaar werk dat door den raad eener gemeente of door het bestuur van een waterschap enz. is bevolen en waarvan het openbaar belang door den Koning is erkend. Wanneer deze beide laatste gevallen worden uitgezonderd, dan is de stelling niet gewaagd: dat bij deze werken supra-communale belangen zijn betrokken; dat het Rijk en de provincie dragers daarvan zijn, terwijl in het geval eener concessie blijkens de woorden „door Ons of van Onzentwege verleend” aan eene *Rijks*concessie, dus aan een *Rijks*belang is gedacht. Welnu, hoe in deze gevallen, hoe op dit buiten de sfeer van het gemeenteen waterschapshuishouden vallend gebied, de autonomie van gemeente of waterschap kan zijn verkort, wanneer deze gedwongen worden de behartiging dezer hoogere belangen door hunne bepalingen niet te belemmeren, is

mij niet duidelijk. Het is nu eenmaal niet anders: men moge nog zooveel spreken van grondwettelijk gewaarborgde autonomie, zoo trok toch de Grondwet om dit begrip geene grenzen, met het gevolg, dat de lagere gemeenschappen voor lief moeten nemen hetgeen overblijft, nadat de hogere en hoogste haar veld van arbeid hebben afgepaald. Dergelijke afpaling is er natuurlijk niet eene voor alle tijden en bij de uitbreiding der centrale overheidszorg wordt dit door de gemeenten vooral zeer gevoeld. Al ware dit alles echter anders, dan nog zoude eene opsomming van werken als bovengenoemd wegens de organen, waarvan zij uitgaan, buiten het gemeentelijk of waterschapshuishouden vallen. Al wat noodig is voor die werken, zoowel de negatieve taak tot het wegnemen van belemmeringen als de positieve hunner totstandbrenging, geschiedt in *hun* belang; de gemeente, om mij tot haar te bepalen, werkt mede aan de uitvoering daarvan, al ziet zij zich dan ook slechts tot het negatieve gedeelte beperkt. En evenals bij artikelen 126 en 127 der Gemeentewet gezorgd is, dat de behartiging van hogere dan gemeentelijke belangen niet blijvend kan worden tegengehouden, zoo heeft zeer terecht ook de Belemmeringenwet voorzien in het geval, dat eene gemeente of een waterschap weigert door het verleenen van ontheffing of vergunning uitvoering te geven aan haar artikel 1 of 2 en mede te werken als agent van hooger gezag in stede van een spaak te steken in het wiel. Mij dunkt, de wetgever, die dit wil beletten bij openbare werken, waaraan een meer dan gemeentelijk belang is verknocht, gaat voor het aangezicht der Grondwet vrij uit. Gemeente-autonomie beteekent toch niet, dat de gemeente het Rijk of de provincie mag dwarsboomen in *hunne* taak. Sterker nog: eene verordening eener lagere gemeenschap, die een werk, dat tot de

huishouding eener hoogere gemeenschap behoort, belemmert, zoude wegens strijd met het algemeen belang vernietigd mogen worden. Op grond eener theorie zou nu dit meerdere wel, doch het mindere, n.l. terzijdestelling in een bepaald geval, niet mogen geschieden. Het komt mij voor, dat de zucht, om niet dan waar het strikt noodig is naar het paardenmiddel der vernietiging te grijpen, aandeel heeft gehad aan het tot stand komen der wet. Zonder het expediënt der wet laat zich ook vernietiging wegens strijd met artikel 150 der Gemeentewet zeer wel verdedigen, omdat van het oogenblik af, waarop eene bepaling uit eene verordening een werk als bovenbedoeld belemmert, zij geacht moet worden te treden in hetgeen van Rijks- of provinciaal belang is.

Eene afzonderlijke bespreking wil ik wijden aan de laatste categorie der in artikel 1 genoemde werken, n.l. die, waarvan het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend. Voor zoover hieronder vallen werken, die uitgevoerd worden door dragers van supra-communale belangen, kan ik, op grond dat wij ons daar vinden buiten het huishoudelijk gebied van gemeente en waterschap, zwijgen. Doch ook ten name van gemeente en waterschap is onteigening mogelijk. Wanneer nu bijv. ten name van een waterschap onteigening is toegestaan, doordat het algemeen nut van een werk, dat het waterschap volvoeren wil, is erkend, dan zal de gemeente, zoo noodig, van eene verordening ontheffing of wel vergunning moeten verleen, en dat, terwijl het van algemeene bekendheid is, dat noch het waterschap boven de gemeente, noch deze boven het waterschap, doch beiden in rang naast elkander staan. De meening, dat hier een inbreuk op de autonomie der gemeente plaats heeft en in het omgekeerde geval een inbreuk op die van het waterschap, is aannemelijker dan in de andere boven

besproken gevallen. De steun toch, aan het boven geleverd betoog geboden door de hiërarchie der rechtsgemeenschappen, komt hier te vervallen. De redeneering, dat gemeente en waterschap hier op voet van wederkeerigheid verkeerden en eene regeling van het laatste op hare beurt een gelijk lot kan treffen, gaat niet op, omdat schennis van de autonomie der gemeente niet mag worden goed gepraat door een beroep op gelijke schennis aan den kant van het waterschap. Er is plaats voor twijfel. Ik waag echter het volgende in het midden te brengen. De Grondwet laat den wetgever vrij in het bepalen van de verhouding tusschen gemeente en waterschap. Deze mocht beide dus op één lijn plaatsen. Hij mocht ook, waar dientengevolge botsingen dreigden, den weg aanwijzen, die tot eene oplossing zoude kunnen leiden. Dit nu is veelal niet wel mogelijk dan door ingrijpen van hooger hand in de huishoudelijke aangelegenheden van een of van beide betrokken gemeenschappen, althans in het hier onderstelde geval, dat zij het samen niet eens kunnen worden. Artikel 7, 2e lid der zogenoemde Keurenwet van 1895 strekt, om botsing te voorkomen. Doch wat, wanneer zij toch zich voordoet? Dan maakt de Belemmeringenwet voor het geval van een werk, waarvan het algemeen nut bij de wet uitdrukkelijk is erkend, korte metten; zij hakt den Gordiaanschen knoop met forschen slag door. Men antwoorde mij, wat zij anders had moeten doen? Gods water (wie weet, of niet in letterlijken zin!) over Godsakker laten loopen? Dat de Grondwet dit zou hebben gewild, dat zij het heiligdom van den nationalen grond zou hebben willen opofferen aan het heiligdom der autonomie, is niet aan te nemen. Aan den wetgever toevertrouwende de verhouding te regelen tusschen gemeente en waterschap, vertrouwde zij hem ook toe, in geval van gelijkstelling, de regeling

voor de oplossing van conflicten, zoo het niet anders kon met opoffering der autonomie in bepaalde gevallen. Dus dan toch inbreuk op de autonomie? Toegegeven, doch niet eene door de Grondwet niet gewilde (1.)

De laatste drie artikelen der Belemmeringenwet zijn in mijn oog wèl ongrondwettig, althans voor zoover zij werken betreffen van gemeente, waterschap of concessionarissen van een van beiden. Wij lezen hier toch uit, dat voor deze werken van lagere publiekrechtelijke lichamen de regeling der provincie wijken moet. Dat is iets zeer ongewoons, *contra rationem juris publici introductum*. Van selfgovernment, dat eene *afdeling* onderstelt, kan bij deze *opklimming* geen sprake zijn. Zoowel in het geval, dat een onteigeningswetje het algemeen nut van een gemeente- of waterschapswerk uitdrukkelijk erkent als in het geval van artikel 5 der Belemmeringenwet, heeft men te doen met de eigen huishouding van gemeente en waterschap. Het is nu iets anders de *wenschelijkheid* te erkennen, dat aan zoo'n werk door eene provinciale verordening geen hinderpaal wordt in den weg gelegd, en iets anders, aan de provincie de *verplichting* op te leggen tot het verleenen van ontheffing of vergunning. Of bij conflict met eene bepaling eener provinciale verordening het belang der provincie toelaat, die bepaling op zijde te schuiven, is eene vraag, waarover *Provinciale Staten* moeten beslissen. Hier wordt zij echter a priori uitgemaakt: de gemeente gaat voor. Wanneer „algemeen nut” beteekende „algemeen *Rijksnut*”, en wanneer onder „openbaar belang” in artikel 5 ware te verstaan „openbaar *Rijksbelang*”, zoo zou de provinciale

(1) *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde van de bij artikel 5 bedoelde werken, door gemeente of waterschap bevolen, waarvan het openbaar belang bij Koninklijk besluit is erkend.

regeling moeten wijken; niet alzoo, waar drager van het in het werk belichaamd „algemeen” nut of „openbaar” belang de gemeente of het waterschap is.

Ook bij de door de Woningwet aan de gemeente opgelegde *verplichting*, om eene strafverordening op het bouwen te maken, vraag ik mij af, of wij ons daar wel bewegen op het gebied der gemeente-huishouding.

Reeds de omschrijving van het ontwerp in de Koninklijke Boodschap van 11 Sept. 1899 en de Overweging der wet wijzen er ondubbelzinnig op, dat bepalingen zullen gegeven worden nopens de *volkshuisvesting*, een belang, dat de grens der gemeente ver overschrijdt. Kan het belang der volkshuisvesting aan de gemeente blijven overgelaten, deel van haar huishouden blijven uitmaken? De Woningwet antwoordt hierop ontkennend, en dat is haar recht. Het moest niet langer mogelijk zijn, dat achterlijkheid en behoudzucht dit eminente volksbelang verwaarloosden, en dat, gegeven de samenhang van vele gemeenten, slechte woningtoestanden een gevaar werden mijlen ver in den omtrek, ver buiten de grens der eigen gemeente, vooral in tijden van dreigende epidemiën. En niet alleen of zelfs in de eerste plaats physische, ook moreele besmetting kon dreigen van den kant van krotten en onvoldoende woningen, en ook dit gevaar liet zich door geene gemeentegrens tegenhouden. Kortom, er waren redenen te over, om wat werkelijk een belang was van het geheele volk, ook als zoodanig in de wet te erkennen, m. a. w. het voor eens en voor altijd te trekken binnen den kring van het Rijkshuishouden. Hiertegen heeft Prof. OPPENHEIM ook geen bezwaar.

Op blz. 70 en 71 van zijn werk staat te lezen:

„De wetgever kan dit belang trekken binnen zijne „sfeer; het tot een Rijksbelang verheffen; zelf de noodzakelijke regels stellen, zooals hij laatstelijk nog deed

„ten aanzien van het verkeer op de wegen, in verband
 „met het gebruik van motorrijtuigen en rijwielen (Motor-
 „en Rijwielwet 1905, *Stbl.* no. 69). Maar is hij hier-
 „toe niet in staat, dan is daarmee juist het bewijs
 „geleverd, dat het onderwerp uit zijnen aard voor plaat-
 „selijke regeling in aanmerking komt; dat het tot de
 „gemeente-huishouding behoort, waarmee dan weder
 „'s raads recht intreedt om vrij en naar eigen inzicht
 „daarover te beslissen. Dit is juist het prachtige van het
 „stelsel en daarin is de veiligheidsklep tegen ongemoti-
 „veerde onttrekking van zaken aan de gemeente — en
 „overbrenging er van naar de Rijkshuishouding, dat deze
 „grensverschuiving voor het Rijk de verplichting mede-
 „brengt zelf regelend tegenover de geannexeerde stof te
 „gaan staan.

„Nimmer *mag* het Rijksgezag — wat het niet al *kan*
 „is helaas gebleken! — de gemeente zijn opvatting van
 „gemeentebelang opdringen”. *Hier* gaat het om, *dit* be-
 heerscht het geheele vraagpunt, of inderdaad gesproken
 mag worden van een uitsluitend gemeentebelang. Ik heb
 reeds boven uiteengezet, waarom ik in deze van den ge-
 eerden schrijver van meening moet verschillen. Of zoude
 het waar zijn, dat, wanneer de wetgever zelf niet tot eene
 regeling in staat is, „daarmede juist het bewijs geleverd (is)
 „dat het onderwerp... tot de gemeente-huishouding behoort”?
 Laat ik mijne redeneering daartegenover mogen stellen. De
 Woningwet erkent het belang der volkshuisvesting als
 een Rijksbelang. Zij roept de gemeenten op om mede
 te werken tot de behartiging daarvan (cf. art. 144, 3e lid
 der Grondwet). Ten opzichte van het bouwen en ver-
 nieuwen van woningen acht zij het geraden zich te be-
 perken tot het vestigen van het beginsel: er moet regel,
 er mag geen anarchie meer zijn op dit gebied. Zelf dit
 beginsel uitwerken in een centrale regeling voor het ge-

heele land zou strijden met het belang der aanpassing aan plaatselijke afwijkingen. Gelijk het overal en altijd opportuniteit is en niets dan opportuniteit, die beslist, waar de hoogere regeling de lagere medewerking aan hare uitvoering zal ontmoeten, zoo ook hier. Nu eens meer afdalend tot bijzonderheden, dan weer alleen een beginsel op den kandelaar plaatsend, erkent de wet het voorwerp harer zorg tot deel der Rijkshuishouding, stempelt zij het aandeel der lagere gemeenschappen tot self-government. Tot hoever moet de hoogere wetgever gaan, zal de opdracht aan den lagere niet meer een inbreuk op de autonomie vertoonen, doch verschijnen in het licht van zelfbestuur? Men voelt, dat het hier een vraag wordt van meer of minder, niet van beginsel. Alleen wanneer bewezen is, dat het hooger orgaan absoluut *niets* heeft gedaan, geen beginsel zelfs vestigde, zich niet direct of indirect uitsprak over den aard van het onderwerp in zijne verhouding tot eene hoogere of lagere rechtsgemeenschap, zoude misschien aan schennis van autonomie kunnen worden gedacht; ik zeg *misschien*, omdat het mij voorkomt, dat het opleggen van eene alle gemeenten bindende verplichting als bij artikel 1 der Woningwet wel degelijk reeds in zich zelf een rechtsbeginsel draagt, een stuk Rijksadministratiefrecht, waarbij de gemeentetaak ter uitvoering groot of klein, weinig of veelomvattend zijn kan, zonder dat dit met het karakter der bemoeiing, immers van huis uit zelfbestuur, iets heeft van doen. De door Prof. OPPENHEIM op blz. 410 van het eerste deel van zijn Gemeenterecht aangehaalde woorden uit THORBECKE's Bijdrage acht ik ook hier in hunne volle zwaarte van toepassing: „Eene wet kan meer of minder „zijn uitgewerkt; bij algemeene trekken blijven, of in „de deelen van het onderwerp treden; in het eerste „geval zal aan het bestuur eene aanvullende, regelende

„macht zijn gelaten, en uitvoering dus meer, in het „ander geval minder omvatten”.

Daar de uitvoering van de Rijkstaak in de gemeente in elk geval moet zijn zekergesteld, kan bij mij geen bezwaar bestaan tegen artikel 8, derde en vierde lid der Woningwet, voorschrijvende, dat bij nalatigheid van Burgemeester en Wethouders Gedeputeerde Staten onder goedkeuring der Kroon tot vaststelling van de voorschriften overgaan. Het eenige, dat opvalt, is hier, dat Gedeputeerde Staten de geroepenen zijn, terwijl blijkens artikel 127 der Gemeentewet als regel de Commissaris in de provincie in de uitvoering voorziet. Uit grondwettig oogpunt kan tegen deze andere rolverdeeling geen bezwaar bestaan, daar artikel 144, laatste lid der Grondwet den wetgever in deze volle vrijheid laat.

De op de verordeningen krachtens de Woningwet geëischte hoogere goedkeuring kan m. i. tegenover de Grondwet den steun van artikel 121, tweede lid niet missen. Het vernietigingsrecht is *ook* op de verordeningen, die het gebied van het zelfbestuur bestrijken, van toepassing (1). De limitatieve opsomming der gevallen, waarin preventief toezicht geoorloofd zal zijn, beslaat het *geheele* gebied der gemeentelijke werkzaamheid, duldt geene uitbreiding van het goedkeuringsrecht hetzij op het gebied der eigen huishouding, hetzij op dat van het zelfbestuur. De Woningwet, toch zulk toezicht vestigend, komt daardoor in strijd met de artikelen 145, 146 en 147 der Grondwet.

Ten slotte wensch ik nog de Motor- en Rijwielwet 1905 (*Stbl.* no. 69) uit ons oogpunt te bespreken. Wij zagen boven, dat Prof. OPPENHEIM de gemeente-autonomie in deze wet niet geschonden acht.

(1) Prof. OPPENHEIM t. a. p. I, blz. 386, 387.

In artikel 1, sub 3^o. en 4^o. wordt omschreven, dat onder Rijks- en provinciale wegen verstaan worden alle wegen onder beheer van het Rijk resp. van de provinciën. In die lijn voortredeneerende komt men voor de gemeente-wegen tot de bepaling, dat daaronder te verstaan zijn alle wegen onder beheer der gemeente.

Nu zijn er twee bepalingen in de Motor- en Rijwielwet welke mede op gemeente-wegen betrekking hebben en tegenover artikel 144, eerste lid der Grondwet niet kunnen bestaan. Het zijn de artikelen 4 en 8 der wet. Ter juiste beoordeeling van de daarin vervatte voorschriften moge een onderscheid voorafgaan, dat door Jhr. Mr. J. RÖELL (1) is gemaakt en door mij alleszins juist wordt geacht. Wat zegt Mr. RÖELL? „Er behoort een onderscheid te worden „gemaakt tusschen de regeling van hetgeen den weg als „weg betreft, en de regeling van onderwerpen of hande- „lingen, die wèl op den weg voorkomen of geschieden, „zonder dat echter het wezen of de gesteldheid van den „weg zelve daarbij onmiddellijk en bepaaldelijk is be- „trokken. Bevoegdheid tot regeling omtrent het eerste „punt kan, waar niet het tegendeel uitdrukkelijk is be- „paald, mijns erachtens, aan geen ander gezag worden „toegekend, dan aan dat, hetwelk het beheer over die „wegen voert, dat daarvoor te zorgen heeft, tot wiens „huishouden in een woord die wegen behooren. — Immers, „wanneer een weg behoort tot de Rijks-huishouding b.v., „zullen de verordeningen, die strekken tot instandhouding „daarvan, die den toestand des wegs zelve onmiddellijk „betreffen, toch wel geacht moeten worden het algemeen „Rijks- en niet b.v. het provinciaal of gemeente-belang „te beoogen en tot grondslag te hebben, en alzoo alleen

(1) Het Reglement op het onderhoud en gebruik der wegen in de provincie Utrecht, 1872, blz. 111 en v.

„uit kunnen gaan van het algemeen Rijksgezag. — Ten „opzigte van wegen dus, die geacht kunnen worden tot „de Rijks-huishouding te behooren, zal het provinciaal „gezag zich van zoodanige regeling moeten onthouden; „en hetzelfde behoort met betrekking tot de gemeenten „te worden aangenomen, want ook ten opzigte van de „gemeenten is de provincie in hare bevoegdheid tot „regeling beperkt, daar ook aan deze een even zelfstandig „bestaan grondwettig is gewaarborgd. — Is het zooeven „betoogde juist, dan zal een provinciaal reglement voor- „schriften, de wegen zelve betreffende, alleen mogen „bevatten ten opzigte der wegen, tot de provinciale huis- „houding behorende.” De artikelen 4 en 8 der Motor- en Rijwielwet hebben dit onderscheid uit het oog verloren; zij bevatten bepalingen zoowel nopens hetgeen *op* den weg geschiedt als hetgeen den weg *als weg* betreft; wat dit laatste betreft beperkt de aan Gedeputeerde Staten opgedragen macht zich niet tot de provinciale wegen, doch deze strekt zich uit over *alle* wegen, geene Rijks- wegen zijnde buiten bebouwde kommen der gemeenten en provinciale wegen ook daarbinnen. Artikel 4 luidt, dat deze wegen door Gedeputeerde Staten kunnen worden gesloten verklaard: *a.* in het belang van de vrijheid en veiligheid van het verkeer op die wegen. Gelijk boven bleek, bestaat er geen bezwaar tegen dit voorschrift, dat immers betreft hetgeen *op* den weg geschiedt. Doch sub *b* wordt bepaald, dat deze wegen ook door Gedeputeerde Staten kunnen gesloten verklaard worden in het belang van de *instandhouding* en *bruikbaarheid* dier wegen, voor die motorrijtuigen op meer dan twee wielen, welke een bij de verklaring in verband met samenstelling en inrichting te bepalen gewicht te boven gaan. Ziehier een belang, dat het lichaam van den weg, dat den weg als weg betreft, en dat mitsdien behoort tot het huis-

houden van hem, die den weg beheert. Voor zoover het echter gemeente- en waterschapswegen betreft, heeft voor dat belang niet de wegbeheerder, niet de gemeenschap, tot welker huishouden zij behooren, te waken, doch Gedeputeerde Staten in de betrokken provincie! De ongrondwettigheid springt in het oog.

En nu artikel 8 der wet. Met hetzelfde onderscheid voor oogen is men ook hier het kwaad spoedig op het spoor. Bij dit artikel toch wordt bepaald, dat bij of krachtens eene plaatselijke verordening wegen binnen bebouwde kommen der gemeenten, geen Rijks- of provinciale wegen zijnde gesloten kunnen worden verklaard: *a.* in het belang van de vrijheid en veiligheid van het verkeer op die wegen en *b.* in het belang van de instandhouding en bruikbaarheid dier wegen. Mijn bezwaar richt zich ook hier tegen het sub *b* bepaalde. Onder artikel 8 vallen in de eerste en voornaamste plaats de gemeente-wegen en voorts ook wegen, waarover waterschappen beheer voeren. Wat nu de gemeente-wegen betreft, spreekt het vanzelf, dat de vraag, of het belang hunner instandhouding en bruikbaarheid al of niet sluiting vordert, alleen door de gemeente mag worden beantwoord; immers die vraag betreft een zuiver huishoudelijk belang der gemeente. In zoover bevat dus artikel 8 sub *b* opdracht eener bevoegdheid, welke aan de gemeente ingevolge de Grondwet reeds toekwam. Waar echter aan de gemeente bevoegdheid is gegeven om waterschapswegen binnen de bebouwde kom gesloten te verklaren eveneens in het belang van de instandhouding en bruikbaarheid dier wegen, daar treedt de gemeente op ter behartiging van een belang, dat tot de waterschapshuishouding behoort. In zekeren zin mag zij zich dus tegenover het waterschap schadeloos stellen voor de inbreuk op hare autonomie, welke zij ingevolge

deze wet van Gedeputeerde Staten heeft te verdragen.

Laten deze bepalingen, schoon ongrondwettig, zich door hare noodzakelijkheid voor de praktijk verdedigen? Deze verdediging, slaagt zij, is nochtans onvolkomen, omdat de Grondwet geëerbiedigd *moet* worden, en voor indruischende maatregelen de weg van Grondwetsherziening de eenig geoorloofde is. Het is echter mijne meening, dat de gewraakte bepalingen van *la b* uit de artikelen 4 en 8 der wet best kunnen worden gemist, zonder nadeel derhalve voor hen, die belang hebben zoowel bij de vrijheid en de veiligheid van het verkeer als bij de instandhouding en bruikbaarheid der wegen.

Tot motiveering van mijne meening moge hier een gedeelte van de parlementaire vóórgeschiedenis der wet volgen. Daaruit zal dan tevens duidelijk blijken, dat, al is ook niet met zoovele woorden strijd met de Grondwet geconstateerd, toch „sommige” leden zeer juist hebben gevoeld, dat het onder *b* genoemde belang der instandhouding en bruikbaarheid uit zijnen aard moet opgedragen zijn aan hem, die het beheer voert over den weg.

Bij Koninklijke Boodschap van 26 Februari 1903 werd onder verantwoordelijkheid van den Minister DE MAREZ OYENS een ontwerp van wet houdende bepalingen omtrent het berijden van wegen met motorrijtuigen bij de Tweede Kamer ingediend.

In dit ontwerp waren de belangen van vrijheid en veiligheid van het verkeer en van instandhouding en bruikbaarheid der wegen nog niet door de letters *a* en *b* gescheiden. Zoowel in artikel 4 als in artikel 5 van het ontwerp stonden zij gemoedelijk naast elkander op eene rij, als bestond er geen essentieel verschil. Artikel 4 luidde: „In het belang van de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van wegen, gelegen buiten de bebouwde kommen der gemeenten of daarbinnen

voor zoover zij deel uitmaken van een verder strekkenden weg, mogen bij provinciale verordening, met Onze goedkeuring vastgesteld, voorschriften worden gegeven betreffende het berijden van die wegen of gedeelten dier wegen met motorrijtuigen, door welke voorschriften zij zelfs geheel van dat verkeer kunnen worden uitgesloten. Waar noodig, wordt de uitsluiting van, onderscheidenlijk openstelling van een weg voor dat verkeer, op kosten van den wegbeheerder op den weg zelven door een waarschuwingsbord . . . bekend gesteld". De beheerder wordt dus eerst in de zaak gekend, als het op betalen van het waarschuwingsbord aankomt: dat voorrecht valt hem te beurt. Voorts lezen wij in artikel 5: „In het belang van de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van wegen, gelegen binnen de bebouwde kommen der gemeenten, voor zoover zij geen deel uitmaken van een verder strekkenden weg, mogen bij gemeente-verordening voorschriften worden gegeven betreffende het berijden van die wegen of van gedeelten dier wegen met motorrijtuigen, door welke voorschriften zij zelfs geheel voor dat verkeer kunnen worden gesloten" enz.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt, van welke onderscheiding de Minister bij de competentie-regeling uitging: „Een volstrekt verbod om op aan te wijzen „wegen te rijden, kan voor de wegen van meer dan „locaal belang niet in handen van de plaatselijke be„sturen worden gesteld, zonder gevaar voor te groote „en willekeurige belemmering in het gebruik van dit „verkeersmiddel. Zij zullen echter voorstellen kunnen „doen aan de Staten der provincie, die volgens art. 4, „eerste lid . . . zoo noodig wegen voor het berijden met „motorrijtuigen zelfs geheel kunnen doen ongeschikt „verklaren." De Minister onderscheidt dus niet naar de organen, die beheer voeren, doch naar het lokaal dan

wel intercommunaal karakter van den weg en besluit nu aldus: „De afsluiting der laatste wegen zal volgens „het ontwerp alleen krachtens verordening der Staten „en die der eerstgenoemde alleen krachtens gemeente- „verordening kunnen geschieden.”

Sommige leden vroegen, blijkens het Voorloopig Verslag: „waarvoor eigenlijk deze artikelen dienen. De daarbij „aan de Provinciale Staten en de gemeentebesturen „verstreckte opdracht om in het belang van de instand- „houding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van wegen „voorschriften te geven betreffende het berijden van die „wegen met motorrijtuigen, vloeit immers reeds voort „uit de algemeene opdracht om verordeningen te maken, „aan deze besturen in de Grondwet, Provinciale- en „Gemeentewet toegekend, zooals blijkt uit het feit, dat „dergelijke voorschriften reeds nu zijn uitgevaardigd . . . „Alle voorschriften, de vrijheid of veiligheid der wegen „bij het verkeer met automobielen betreffende en hetzij „door de motorrijtuigen, hetzij door het overige verkeer „in acht te nemen, zullen *in beginsel* van het centraal „gezag moeten uitgaan en aan de besturen van provinciën „en gemeenten kan te dezen aanzien geen andere dan „eene bevoegdheid van aanvullenden aard worden toe- „gekend, terwijl daarnaast hun de bevoegdheid moet „worden gegeven om in het belang van instandhouding „en bruikbaarheid der wegen, met uitzondering der „Rijkswegen, voor zoover hen aangaat, voorschriften be- „treffende het berijden van die wegen met motorrijtuigen „te geven. Naar aanleiding van dit laatste werd opgemerkt, „dat de opdracht, in deze artikelen aan de besturen van „provinciën en gemeenten verstrekt, zóó ruim is, dat zij „ook de Rijkswegen omvat. Voor zoover de door deze „besturen te stellen voorschriften de vrijheid of veiligheid „van wegen beoogen, bestaat hiertegen in beginsel geen

„bezwaar, maar wel voor zoover deze voorschriften de „instandhouding en bruikbaarheid der wegen betreffen. „Dergelijke voorschriften behooren van den beheerder „van den weg en dus ten aanzien van Rijkswegen van „het Rijksgezag uit te gaan” . . . Door deze leden wordt derhalve eerst de overbodigheid der beide artikelen betoogd en daarna zeer juist het bekende onderscheid gemaakt tusschen regeling nopens hetgeen *op* en nopens hetgeen *met* den weg geschiedt. Deze laatste regeling behoort uit haren aard tot de bevoegdheid van den beheerder, zonder welke van beheer niet veel meer dan een klank zoude overblijven.

Bij de Memorie van Antwoord van 1 Maart 1904 was een gewijzigd wetsontwerp gevoegd, naar aanleiding waarvan een nieuw onderzoek in de afdeelingen plaats had. In artikel 4 stond nu het volgende te lezen: „Gedeputeerde Staten zijn bevoegd, de betrokken gemeentebesturen gehoord, wegen in hunne provincie, geen Rijkswegen zijnde, buiten bebouwde kommen der gemeenten en provinciale wegen ook daarbinnen in het belang van de vrijheid en veiligheid dier wegen gesloten te verklaren voor het verkeer met alle motorrijtuigen” enz. Artikel 6 luidde als volgt: „De besturen der provinciën en gemeenten zijn bevoegd tot het vaststellen van verordeningen ter bevordering van de vrijheid en veiligheid der wegen in verband met het gebruik van motorrijtuigen, voor zooveel betreft punten, waaromtrent in deze wet of in den in art. 2, eerste lid, bedoelden algemeenen maatregel van bestuur niet is voorzien, mits de bepalingen dezer verordeningen niet in strijd zijn met deze wet of met de door Ons uitgevaardigde voorschriften (1). — Eene provinciale verordening wordt niet vastgesteld, dan

(1) Is overbodiger „mits” denkbaar?

nadat de gemeentebesturen zijn gehoord. — Bij of krachtens eene plaatselijke verordening kunnen wegen binnen bebouwde kommen der gemeenten, geen Rijks- of provinciale wegen zijnde, voor het verkeer met alle motorrijtuigen... gesloten worden verklaard, mits de verordening voorschriften bevat ter verzekering, dat

1°. de voor het doorgaand verkeer met motorrijtuigen vereischte wegen daarvoor open blijven;

2°. van het in de verordening gesteld verbod, met een motorrijtuig over een gesloten weg te rijden, onthefing kan worden verleend;

3°. het gesloten zijn van wegen wordt aangeduid door waarschuwingsborden van het in art. 5, eerste lid, bedoeld model.

Ik vestig er de aandacht op, dat in deze artikelen nu gezwegen werd van de instandhouding en bruikbaarheid der wegen. Toegelicht werd dit met geen woord. Zooals het ontwerp nu luidde, kon m. i. uit grondwettig oogpunt daartegen geen redelijk bezwaar worden aangevoerd. Het mocht helaas niet zoo blijven.

Het tweede Voorloopig Verslag bevat voor ons niets belangrijks en ook de tweede Memorie van Antwoord, ofschoon deze ten geleide strekte aan een andermaal zeer gewijzigd ontwerp, waarin onze artikelen mede een groote verandering ondergingen, mag ik met stilzwijgen voorbijgaan.

De artikelen 4 en 6 kregen nu ongeveer de gedaante, waarin zij als artikelen 4 en 8 wet zijn geworden. De belangen van vrijheid en veiligheid van het verkeer en die van de instandhouding en bruikbaarheid der wegen zijn door de letters *a* en *b* van elkander gescheiden, en de zorg daarvoor is aan Gedeputeerde Staten en gemeentebesturen opgedragen met de kom der gemeente als voor naamste competentie-grens.

Te kwader ure zijn dus de woorden „instandhouding en bruikbaarheid der wegen” weder in de wet opgenomen en is de oorspronkelijke, even uit het ontwerp verdwenen, ongrondwettigheid hersteld. Dat de regering over hunne noodzakelijkheid twijfelde, bewijst wel haar weifelend handelen. Voor twijfel bestond dan ook alle reden, gelijk uit het bovenvermeld betoog van „sommige” leden duidelijk blijkt. De onderscheiding van wegen van lokaal en intercommunaal belang heeft zeker hare betrekkelijke waarde, mits maar in het oog worde gehouden, dat zij den beheerder van den weg niet mag dringen uit den hem door het beheersobject zelf aangewezen kring van bevoegdheid. En dat is hier geschied. Het open oog, dat de Minister bleek te bezitten voor een verkeersmiddel in opkomst, maakte hem blind voor de eischen der autonomie, dat is der Grondwet. De vraag, of het belang der bruikbaarheid en instandhouding van den weg al dan niet zijne sluiting voor het verkeer met motorrijtuigen vordert, behoorde aan den beheerder en aan niemand anders te blijven overgelaten. Doch wanneer nu een achterlijk gemeentebestuur *onder voorwendsel* van zoodanig belang wegen sloot, waardoor het verkeer met automobielen zonder noodzaak werd belemmerd, moet dat dan maar lijdelijk worden aangezien? Wel neen! Daarvoor geeft immers de Grondwet j^o. de Gemeentewet in het vernietigingsrecht zulk een uitnemend middel aan de hand. Waartoe zoude het moeten dienen, zoo niet voor een geval als dit? En men kan er zeker van zijn, dat nopens het bestaan van verordeningen, die noodeloos het verkeer met motorrijtuigen belemmerden, de Regeering spoedig zou zijn ingelicht. Aan chicaneuse voorschriften van dezen aard zou door de diligentie van de rechtstreeks betrokkenen en van organisatiën als den Algemeenen Nederlandschen Wiel-

rijdersbond geen lang leven zijn beschoren. Uit de parlementaire stukken blijkt, dat de Regeering wel aan het vernietigingsrecht heeft gedacht, doch ook, dat zij zijne efficaciteit heeft onderschat en zoo, Charibdis willende vermijden, op Scylla is gestooten.

De argumenten omtrent het overbodige van het onder letter *b* bepaalde zouden nog kunnen worden versterkt door de overweging, dat, wanneer het belang van de instandhouding en bruikbaarheid van den weg sluiting zou vorderen en deze nochtans door nalatigheid van den wegbeheerder voor het verkeer geopend bleef, wel spoedig een toestand ontstaan zou, die ingrijpen door Gedeputeerde Staten als wachters voor de *veiligheid* van het verkeer wettigde. Het opnemen van dergelijke bepalingen is daarom des te meer te betreuren voor hem, die nog niet allen eerbied voor de Grondwet heeft verloren. Want de slotsom ligt voor de hand, dat het met dien eerbied wel treurig gesteld moet wezen, en dat de fijne puntjes van wat ik grondwettig gevoel wil noemen wel zeer moeten zijn afgesleten, wanneer in eene wet eene bepaling plaats kan vinden, waarvan de overbodigheid aan de ongrondwettigheid den voorrang betwist.

Elke geslaagde ongrondwettigheid stelt een leelijk antecedent. Het is daarmede als met een hellend vlak, waarop, hoe verder men komt, het steeds moeilijker valt vaart te minderen, laat staan terug te keeren. Moge de tijd nimmer aanbreken, waarin er plaats zoude zijn voor de vraag, waarom Nederland zich toch eigenlijk de weelde van eene Grondwet mocht hebben veroorloofd.

Ongetwijfeld zijn de gevallen, die ik uit het oogpunt der autonomie onderzocht, voor vermeerdering vatbaar. Dat zij echter tot de belangrijkste uit de nieuwere wetgeving behooren, zal wel geen tegenspraak ontmoeten. Aan volledigheid valt hier minder te hechten dan aan de

methode, waarnaar deze en soortgelijke gevallen behooren te worden onderzocht. Den wetgever, uitlegger der Grondwet als hij is, mag de juiste methode van toetsing allerminst ontbreken. En ook, waar hij die meent gevonden te hebben, moet hij zelfcritiek genoeg bezitten, om de deur voor twijfel en herziening zijner meening steeds open te houden. Het laatste woord is in deze nog niet gesproken. Wanneer ik echter door het voorgaande iets mocht hebben bijgedragen tot die juiste methode van onderzoek, dan zal het doel, met dit opstel beoogd, zijn bereikt.

Mr. Dr. H. W. C. BORDEWIJK.

's-Gravenhage, October 1908.

Gemeentelijke aanvulling van hooger regeling

DOOR

Mr. Dr. J. H. LABBERTON,

Hoofdcornmissie ter Provinciale Griffie te Middelburg.

Elders (1) ben ik, op het voetspoor van Prof. Buys, tot deze conclusie gekomen, waarvan ik hier moet uitgaan: de gemeente heeft een in het algemeen onbepaalde wetgevende bevoegdheid, die echter hare grenzen vindt in het oordeel, dat andere, boven haar gestelde, machten hebben omtrent de doelmatigheid eener lokaal verschillende regeling voor het betrokken onderwerp.

Dat oordeel komt toe: vooreerst aan den wetgever, in zoover hij door zich bepaalde onderwerpen, bij de Grondwet, ter regeling voor te behouden of voor eenig onderwerp een regeling te geven, implicite verklaart op dat gebied locale regeling ondoelmatig te achten, en in de tweede plaats aan den Koning, die, repressief, van een bepaalde gemeentelijke regeling verklaren kan, krachtens art. 150 Gemeentewet, dat zij zich beweegt op een gebied, waar niet locale, doch alleen algemeene of althans provinciale regeling doelmatig is.

De vraag, in hoever nu de gemeentewetgever naast den hoogereren op één terrein zich bewegen kan, verschilt in

(1) In mijne studie over «De Gemeente als rechtsorgaan in haar verhouding tot den Staat». (Diss. Gron. 1906, ook in den handel.)

beginsel niet van de ruimere, op welk terrein hij in het algemeen te huis is. De vraag, of gemeentelijke regeling doelmatig is, geeft den doorslag, ook als op het onderwerp reeds normen van een hooger wetgever afkomstig van toepassing zijn. Dit laatste toch sluit geenszins van te voren reeds de ondoelmatigheid in van gemeentelijke regeling voor het onbetreden gedeelte van het terrein. Alleen zal natuurlijk de Koning bij zijne beoordeeling dier doelmatigheid mede rekening houden met de omstandigheid, dat reeds een regeling van hooger hand aanwezig is, waardoor immers zijn oordeel in niet geringe mate zal kunnen beïnvloed worden. Dat vrije oordeel van den Koning is voorts in sommige gevallen aan banden gelegd, waar de wetgever reden vond van het gemeene recht af te wijken door in speciale bepalingen van te voren de doelmatigheid van gemeentelijke regeling te erkennen (art. 29 Ziektenwet e. d.). Die bepalingen zijn, als uitzonderingen op het gemeene recht, te beschouwen als „strictae interpretationis”. Voor elk niet uitdrukkelijk door hen bestreken punt geldt weer het gemeene recht: aanvullingsbevoegdheid onder Koninklijk toezicht ex art. 150.

Aldus laat zich, naar het mij voorkomt, de zaak op mijn standpunt eenvoudig en scherp voorstellen. Dit is echter niet de heerschende opvatting. Gewoonlijk wordt gezegd: art. 150 verbiedt den gemeentelijken wetgever te regelen een zoodanig „onderwerp”, dat door het aanwezig zijn van een wet of provinciale verordening blijkt te zijn „van algemeen Rijks- of provinciaal belang”. (Ik laat daar de gevallen, waarin de Grondwet een opdracht aan den wetgever bevat.) Zoo redeneerende, zou men oppervlakkig meenen tot de ontkenning van alle aanvullingsbevoegdheid te moeten geraken, en niemand minder dan de redactie van de *Gemeentestem* neemt dan

ook nog steeds dat standpunt in (1). Zoo eenvoudig is de zaak echter niet. De vraag is maar: wat moet verstaan worden onder het „onderwerp” eener regeling?

Welk „onderwerp” wordt door het bestaan van een wet van algemeen Rijksbelang? De vraag kan op het eerste gezicht bijna onnoozel schijnen, de praktijk heeft wel aangetoond, dat hier een rijke bron van geschil verborgen is.

Als eerste deel van mijn taak beschouw ik dus een opzettelijk onderzoek naar de vraag: wat wordt verstaan onder het „onderwerp” eener regeling?

Het antwoord kan in de eerste plaats gezocht worden in de geschiedenis der betrokken wetsbepalingen (art. 141 en 142 der Provinciale-, art. 150 en 151 der Gemeentewet). Het resultaat dezer poging is met één woord weer te geven: nihil. Daaruit volgt, dat de praktijk in deze geheel zonder nadere aanwijzing haar weg moest vinden. In de tweede plaats kan nagegaan worden de administratieve praktijk van vernietiging op grond van art. 153 jº. art. 150 der Gemeentewet. Deze taak wordt belangrijk verlicht door de bekende verzameling van Mr. THODEN VAN VELZEN (2).

Bij de doorlezing dier ongeveer dertig vernietigingsbesluiten stellen wij ons thans voortdurend de vraag: in welke gevallen, op welken grond is daarbij identiteit van onderwerp tusschen hoogere en gemeentelijke regeling aangenomen? Wat blijkt dus onder „onderwerp” te zijn verstaan? Daarbij is dan echter in het oog te houden,

(1) Zie laatstelijk het hoofdartikel in no. 2730.

(2) Ook in de nos. 3038 en 3039 van het Weekblad voor de Burgerlijke Administratie komt een volledige catalogus van de hiertoe behorende Koninklijke besluiten voor, daar echter met een geheel ander doel opgemaakt.

dat men in een concrete beslissing niet verder motiveert dan in casu noodig is, zoodat het gebruik maken van een beperktere omschrijving van het begrip „onderwerp” niet noodzakelijk meebrengt, dat men de ruimere onjuist zou achten; wèl natuurlijk omgekeerd. Is b.v. de strijd met art. 150 te constateeren door het feit, dat de verordening volkomen samenvalt met hoogere regeling, dan behoeft natuurlijk in het Koninklijk besluit niet opzettelijk overwogen te worden, dat „onderwerp” ook in ruimeren zin kan worden genomen dan in casu noodig is.

Wat leeren ons nu de bedoelde besluiten? (Om onnodigen omhaal af te snijden, zal ik ze aanduiden met het nummer, waaronder zij in de vijfde afdeeling der bovenbedoelde verzameling voorkomen). Vooreerst kunnen er zes, 64, 134, 148, 178, 194, 230, worden ter zijde gelaten, omdat zij geen verordeningen, maar besluiten vernietigen, en dus voor ons doel niet rechtstreeks van belang zijn. Ook het laatste mij bekende voorbeeld: het K. B. van 6 Febr. 1902 (*Stbl.* no. 29) (in het supplement op de verzameling Тн. v. V. vermeld — waarom niet opgenomen, als in het hoofdwerk? — onder 254), kan niet dienen, daar hier de grief tegen het vernietigde artikel niet is, dat het op het terrein eener hoogere regeling komt, doch dat het ter uitvoering van een gemeenteverordening beschikt over de niet aan het gemeentebestuur ondergeschikte maréchaussée. Vergis ik mij niet, dan is dit besluit een unicum. Het „treden in hetgeen van algemeen Rijksbelang is” wordt hier gevonden in het beschikken over een aan het Rijksgezag onderworpen corps, waaraan alleen van Rijkswegen verplichtingen kunnen worden opgelegd. Hier wordt derhalve de gemeentelijke onbevoegdheid uitgesproken onafhankelijk van het bestaan van hoogere regeling, omdat het onderwerp op

zichzelf, uit zijn aard, buiten den kring dier bevoegdheid ligt. Weliswaar in een zeer bijzonder en vanzelf sprekend geval, maar niettemin duidelijk en stellig, schijnt hier dus een voorbeeld te zijn van een opvatting van art. 150, die overigens alleen in de Koninklijke besluiten van 28 Juli 1862 (*Stbl.* no. 140 en 141) eenigszins doorstraalt, de opvatting n.l. dat iets ook op zichzelf, d. w. z. onafhankelijk van het bestaan eener wet, van algemeen Rijksbelang kan zijn. Of moet men in het besluit van 1902 aannemen, dat de gemeenteraad het Souverein besluit van 30 Januari 1815 op de politie, de discipline en den dienst der maréchaussée onbevoegd heeft aanvuld? Mogelijk ware ook zoo de motiveering te construeeren geweest; een feit is het echter, dat dit niet geschied is. Wel maakt het besluit van dat reglement melding, maar als het ware terloops, en ter adstructie van de stelling, dat „de maréchaussée is eene Rijksinstelling, aan het Rijksgezag ondergeschikt, en de gemeenteraad niet bevoegd is hare taak nader te omschrijven of aan te vullen”. In de redeneering kon het Souverein besluit ook gemist worden.

Van de besluiten, die overblijven, is er nog ééne rubriek, die voor ons doel weinig oplevert. Het zijn die (186, 207 en 211, 214, 228 en 232), waarin overwogen wordt, dat een hogere wetgever aan een ander orgaan heeft *opgedragen* de regeling van hetgeen de Raad zich aantrok. Omdat opgedragen is door:

(186) de Grondwet aan de wet alles wat het onderwijs betreft (en art. 47 en 82 der wet op het L. O. een opdracht daartoe niet bevatten), mag de Raad geen verordening maken „tot wering van het overmatig schoolverzuim en het arbeiden van kinderen beneden de 12 jaren”;

(207 en 211) art. 5 van de wet op het L. O. aan den Inspecteur voor het geneeskundig Staatstoezicht het toezicht op schoollokalen wat gezondheid en ruimte betreft, ook ten aanzien der in art. 15c bedoelde scholen, kan de Raad geen verordening maken ter voorziening in die belangen;

(214) art. 7 der wet van 23 April 1880 (*Stbl.* no. 67) aan den Koning, om bepalingen vast te stellen ter verzekering van de veiligheid van de reizigers met openbare middelen van vervoer, kan de Raad niet verbieden om in de voor het personenverkeer bestemde wagens of op of aan hunne balcon's goederen, waren of voorwerpen van welken aard ook te hangen, te plaatsen, te hebben of te houden;

(228 en 232) art. 7 der Grondwet (1887) aan de wet „het nemen van alle maatregelen, die binnen de perken van dat grondwetsartikel ten aanzien van het drukken en verspreiden van geschriften kunnen worden genomen”, kan de Raad niet verbieden: *a.* op de straten, in het belang der openbare orde, bepaaldelijk ter beveiliging van het openbaar verkeer en in het belang der huishouding van de gemeente, op de marktdagen Maandag en Donderdag tusschen tien uur des voormiddags en tien uur des namiddags en de overige dagen tusschen vier en tien uur des namiddags, geschreven of gedrukte stukken aan te kondigen, te verspreiden, te venten of te koop aan te bieden: *b.* aankondigingen of andere geschreven of gedrukte stukken, geen gewone handelsberichten, bekendmakingen van verkooping en verhuuringen zijnde, zonder vergunning van den burgemeester op openbare plaatsen aan te plakken, vast te hechten, te venten, te verspreiden of te koop aan te bieden (1).

(1) No. 228 is overigens in een ander, later te bespreken opzicht wél van belang.

Wat al deze gevallen gemeen hebben, is dat hier de Koning niet, in volkomen vrijheid, van twee uitgewerkte regelingen beoordeelt of daartusschen identiteit van onderwerp bestaat, maar alleen van de gemeentelijke regeling, of haar onderwerp valt binnen de omschrijving, hem door de wet — zij het ook, als in 228/232, volgens eigen interpretatie — aan de hand gedaan van een onderwerp, dat van Rijksbelang is en als zoodanig aan een ander dan den Raad opgedragen. De werkzaamheid, die de Koning hier verricht, is in haar wezen toepassing van een gegeven regel, bedoelde omschrijving bevattend (1). En vernietiging wegens strijd met de wet, n.l. met dien regel, ware hier misschien beter op hare plaats.

Een tweede rubriek bevat die besluiten, waarbij het vernietigde artikel een voorschrift van hooger gezag eenvoudig herhaalt of gedeeltelijk herhaalt, waarbij dus van eigenlijke aanvulling der wet geen sprake is. De gelijkheid van onderwerp wordt hier geconstateerd door de identiteit —

(1) Merkwaardig is overigens m. i. vooral 214. Het is duidelijk, dat waar de Grondwet iets ter regeling aan den wetgever opdraagt, het gemeentebestuur daardoor onbevoegd wordt, ook tot aanvulling der wet, waarin aan die opdracht voldaan wordt. Maar als de wet iets ter regeling opdraagt aan den Koning, staat dan ook vast, dat de gemeente den algemeenen maatregel niet mag aanvullen? De wet zelve in het algemeen wel, den algemeenen maatregel tot uitvoering der wet niet? En wel, omdat in de opdracht aan den Koning de verklaring zou schuilen, dat het betrokken onderwerp over zijn volle uitgestrektheid van Rijksbelang is? Het is inderdaad mogelijk zoo te redeneeren, en het komt mij zelfs voor, dat in het algemeen aan een dergelijke opdracht die bedoeling als de waarschijnlijkste kan worden toegeschreven. Het zal echter m. i. zaak zijn, in een dergelijk geval duidelijk te doen uitkomen, wat de bedoeling is, vooral als die mocht zijn, aanvulling wèl toe te laten.

hetzij dan de gemeenteverordening den geheelen inhoud of een deel van den inhoud der wet gereproduceerd heeft — van den inhoud der bepalingen zelf. „Onderwerp” behoeft in deze besluiten dus geen ruimere beteekenis te hebben dan de engst denkbare: de inhoud van het in eenige bepaling voorgeschrevene, zóó als die bepaling daar ligt, met al hare beperkingen en voorwaarden. Op die wijze zou art. 150 in de gewone opvatting eenvoudig de beteekenis krijgen: de Raad mag voorschriften reeds bij de wet of provinciale verordening gegeven niet herhalen.

Tot deze rubriek meen ik te mogen brengen: 31, 85, 89 en 90, 94.

In 31 wordt overwogen: „dat bij het bestaan eener wet op het uitroeien van rupsennesten het den Raad niet vrijstond, in dit onderwerp nader bij plaatselijke verordening te voorzien”.

Dit „nader” beteekent niet, dat de Raad die wet aangevuld had: het geschil liep over de vraag, of die wet — een wet van 26 Ventose an IV — al dan niet afgeschaff was. De Kroon zeide: de wet bestaat nog, en dus kan de Raad niet hetzelfde onderwerp nog eens regelen (1).

In 85 wordt vernietigd „een voorschrift voor hen, die met hondenwagens of karren rijden, hetwelk reeds gegeven werd bij art. 31 van het reglement op de wegen en voetpaden in Zuidholland”, zoodat „dit onderwerp als een zaak van provinciaal belang geregeld is, waarin de gemeenteraad ingevolge art. 150 der Gemeentewet niet mag treden”. Hier is het geval zoo zuiver mogelijk. De Raad had eenvoudig een provinciaal voorschrift her-

(1) Zie ook Jhr. Mr. C. DE JONGE, Eenige beschouwingen omtrent plaatselijke wetgeving in verband met voorziening bij eene algemeene wet, Bijdragen, VII, pag. 26 en 27.

haald. Hun, die dit een onschuldige liefhebberij mochten achten — er is wel eens gezegd, o. a. in het Koninklijk besluit van 7 Januari 1853 (*Stbl.* no. 1) en door SCHREUDER, Strafwetgeving en Politie, pag. 83, dat de gemeenteraad bestaande hoogere voorschriften door letterlijke overneming in zijn verordeningen aan de ingezetenen „in herinnering brengen” kan, „al is dat eigenlijk niet de roeping van den gemeenteraad” — treedt de Kroon hier met art. 150 tegemoet. Ongetwijfeld terecht. De Raad, eenvoudig een van hooger gezag afkomstigen regel herhalend, treedt, hoe men het ook opvat, zoo ontwijfelbaar in hetgeen van hooger belang is, dat zijn regel zelfs vanzelf alle kracht en beteekenis mist, daar hij in den rechtstoestand niet de geringste verandering brengt. Men doet zoo'n bepaling, zou men kunnen zeggen, door vernietiging haast te veel eer aan. Intusschen zagen wij boven een geval, waarin deze vernietiging zeer aannemelijk is: als over de geldigheid der hoogere regeling twijfel bestaat.

In 89 en 90 werden vernietigd gemeentelijke bepalingen omtrent het gewicht, waarmede de voertuigen, in verband met de breedte der velgen van de wielen, mogen worden belast bij het berijden van een grintweg, omdat van Rijkswegen voorschriften van dien aard zijn gegeven „voor wegen en vrachtwagens in het algemeen”. Of de gemeente ook geregeld had in strijd met die hoogere bepalingen, blijkt uit het Koninklijk besluit niet. Aannemend, dat in dat geval vernietiging wegens strijd met de wet ware gevolgd, schijnt hier een geval te zijn, waarin de Raad voor een deel van het geldingsgebied eener wettelijke regeling — immers dat geldingsgebied werd door toevoeging van kenmerken ingekrompen — hare voorschriften herhaalt. In dit geval schijnt dus alles te blijven gelden, wat bij 85 werd opgemerkt.

In 94 wordt vernietigd een artikel, dat het mengen van schadelijke bestanddeelen in het brood verbodt, omdat daartegen reeds voorzien was bij de wet van 19 Mei 1829 (*Stbl.* no. 35). Ook hier schijnt de Raad eenvoudig verordend te hebben, of de wet niet bestond. Van aanvulling blijkt niet; strijd moet bestaan hebben althans ten aanzien der strafbepaling, want de wet van 1829 bedreigt zware straffen.

Thans eerst ben ik gekomen tot die besluiten, die voor mijn onderwerp de eigenlijke winst beloven. Vernietigden de besluiten der tweede rubriek gemeentelijke bepalingen, wier geldingsgebied samenviel met of viel binnen het gebied van hooger regeling, thans komen de gevallen, waarin de vernietigde bepalingen òf slechts ten deele òf in het geheel niet vielen binnen het gebied, door een bepaling van wet of provinciale verordening bestreken.

In een derde rubriek vereenig ik de besluiten, waarbij het geldingsgebied der betrokken bepalingen gedeeltelijk samenviel. Om in die gevallen aan den Raad te kunnen ten laste leggen, dat hij getreden was in hetgeen van algemeen Rijks- of provinciaal belang is, ware het, op het voetspoor der besluiten mijner tweede rubriek, voldoende geweest te wijzen op het gebied, door beide bepalingen gezamenlijk bestreken. Daar toch is ontwijfelbaar, hoe men het ook neemt, identiteit van onderwerp tusschen beide. De vraag, of aanvulling der hoogere regeling geoorloofd is, zou strikt genomen onbesproken hebben kunnen blijven. Het mag m. i. der jurisprudentie tot eer gerekend worden, dat zij er zich zoo gemakkelijk niet heeft afgemaakt. Steeds wordt er naar gestreefd, beide bepalingen te herleiden tot bemoeienis met één zelfde, ruimer dan in die bepalingen zelf, althans dan

in de bepaling van hooger gezag, omschreven gebied, en aldus tot de identiteit van onderwerp geconcludeerd. Hier wordt dus steeds aangenomen, dat het onderwerp der hoogere bepaling verder strekt dan haar werkelijk geldigheidsgebied.

Tot deze rubriek behooren de nummers: 125 en 183, 147 en 190, 234 en 235, 236, 238.

In 125 betrof het de bepaling, dat men over hofsteden, buitenplaatsen en bijzondere voetpaden niet mocht gaan zonder uitdrukkelijk verlof van eigenaars of bewoners. Het besluit stelt daarnaast de artikelen van den C. P., die „ook bepalingen behelzen tegen het gaan over eens anders grond zonder daartoe een bepaald recht te hebben, doch dit verbod beperken tot de gronden, die bezaaid en met granen of andere vruchten bezet zijn” en concludeert, dat de Raad door het wettelijk verbod „verder uit te breiden dan door den wetgever gewild is, in strijd met de artikelen 150 en 151 (1) der Gemeentewet, in het algemeen Rijksbelang getreden is en bepalingen heeft gemaakt omtrent onderwerpen, die reeds door de wet zijn geregeld”.

Al is dat in de overwegingen niet bepaald explicite opgenomen, de gedachtengang blijkt toch deze te zijn: het onderwerp eener bepaling omtrent gaan over hofsteden enz. is: „gaan over eens anders grond”; het onderwerp der wettelijke bepaling omtrent gaan over bezaaid of bebouwd land is „gaan over eens anders grond”; derhalve: beide bepalingen loopen over hetzelfde onderwerp: „gaan over eens anders grond”.

In hetzelfde besluit, evenals in 183, wordt op volkomen gelijke wijze geopereerd ten aanzien van een bepaling omtrent het nalezen van den oogst, door den Raad

(1) De vermelding van art. 151 is hier onjuist.

onbepaald, door den C. P. alleen voor bepaalde tijden en gronden verboden, met dit verschil alleen, dat de gemeentelijke bepaling hier reeds zoo ruim was, dat het niet noodig was ook op haar een abstraheering toe te passen. Wat mij merkwaardig voorkomt, is dat de conclusie uitdrukkelijk gemotiveerd wordt door aan den Raad *uitbreiding* der wettelijke bepaling ten laste te leggen. In de gevolgde redeneering is dat m. i. eigenlijk overbodig. De identiteit van het onderwerp is bewezen door de abstraheering; dat de gemeentelijke bepaling de ruimere is, is eigenlijk voor de redeneering onverschillig. Op het geval, in de tweede rubriek sub 89 en 90 besproken, had dezelfde methode toegepast kunnen worden, met dit verschil, dat dan niet de wettelijke bepaling, maar die van de verordening voor abstraheering in aanmerking ware gekomen.

Het zwakke punt in de geheele methode is overigens m. i. gemakkelijk aan te wijzen: daar volstrekt niet aangewezen is, tot hoever de abstraheering gaan mag, heeft de Koning op deze wijze het eigenlijk volkomen in de hand, in hoever hij aanvulling van de wet zal toelaten. Door het verbindend hooger begrip naar willekeur enger of ruimer van omvang te nemen, door daaraan kenmerken toe te voegen of te ontnemen, kan hij een gemeentelijke bepaling laten ontsnappen of wel in het net van het „Rijksbelang” vangen. Ware b.v. in de bovengenoemde besluiten het „onderwerp”, dat van Rijksbelang geacht werd, omschreven niet ruim als „gaan over eens anders grond”, maar wat enger, b.v. als „gaan over eens anders bouwland”, dan was de Raad met zijn bepaling vrij uitgegaan. Het gaan over anderen grond dan bouwgrond ware dan geen „onderwerp van Rijksbelang” geweest.

Is er nu misschien, waar een algemeene regel ont-

breekt, in ieder bepaald geval een aanwijzing te vinden, hoe het „onderwerp” der hoogere regeling te omschrijven zal zijn?

Gaarne geef ik toe, dat dit soms het geval zal kunnen schijnen. De geschiedenis der wet zal wel eens een aanwijzing bevatten. Maar men vergete niet, dat men dan eigenlijk tot de omschrijving van zijn „onderwerp” komt door de bedoeling van den wetgever te raadplegen en dat het dubieus mag heeten, of dit in casu een verdedigbare methode is. (1)

Vooreerst valt niet te ontkennen, dat die „bedoeling” alleen de omschrijving van den tot algemeene gelding bestemden regel betreft en eigenlijk omtrent de mogelijkheid van locale uitbreiding daarvan niets praedjudicieert. Ten tweede is nergens geschreven, dat de lagere wetgever ook aan onuitgesproken bedoelingen van den hoogereren gebonden is. Ten derde kunnen uitvoering en bedoeling niet samenvallen, zoodat leemten overblijven, die zeer goed voor locale regeling in aanmerking komen. Ten vierde kunnen de behoeften op eenig gebied veranderd zijn, zoodat locale regeling nuttig en noodig wordt. Welken zin heeft het dan, ofschoon niets daartoe dwingt, den Raad aan een verouderde „bedoeling” te binden?

Maar zijn de middelen, waardoor men tot een objectieve omschrijving van het „onderwerp” eener wettelijke bepaling kan geraken, niet tegen kritiek bestand, dan is

(1) Iets anders wordt het natuurlijk wel, als bij de totstandkoming der wet, zooals bij het Strafwetboek wel geschied is, bepaald de bevoegdheid der gemeentebesturen ter sprake is gekomen. Maar ook dan kan men blijven vragen, of een uittaling van Regeering of Kamer, dikwijls zelf weer beïnvloed door hunne meening omtrent wat het gemeene recht in deze meebrengt, kracht van wet moet hebben in zake de gemeentelijke bevoegdheid.

de conclusie onvermijdelijk, dat de subjectieve meening des Konings in deze het eerste en laatste woord is, al motiveert men de besluiten dan ook met de uitbreiding tegen den wil des wetgevers.

In 147 vindt men geheel op dezelfde wijze als in 125 beslist, dat art. 3 der Zondagswet, houdende o. m. verbod van spelen tijdens de openbare godsdienstoefening, en een gemeenteverordening, houdende verbod van spelen op Zonen algemeene Christelijke feestdagen op of langs de openbare wegen of voetpaden, hetzelfde onderwerp betreffen: spelen op Zondag. De motiveering is ook gelijk: „dat de Raad tot aanvulling van een bij de wet gesteld verbod ingevolge art. 150 der Gemeentewet onbevoegd is”.

Eenigszins anders staat het geval in 190. Daar vindt men, dat art. 3 der Zondagswet, houdende o. m. het gebod, om tijdens de openbare godsdienstoefening de deuren der herbergen en andere plaatsen, alwaar drank verkocht wordt, voor zoover dezelve binnen den besloten kring der gebouwen liggende zijn, te sluiten, en een gemeentelijk gebod, om tapperijen op Zondag van 9—11 en 1—4 te sluiten, behoudens de bevoegdheid van den Burgemeester, eene verschuiving dier uren toe te staan, beide loopen over het onderwerp: „sluiten der deuren van plaatsen, waar sterke drank verkocht wordt, op Zondag”. Hier was echter het wettelijk gebod eigenlijk niet uitgebreid — men mag m. i. aannemen, dat de gestelde uren met de godsdienstoefeningen vrijwel samenvielen — doch de zaak alleen op andere wijze geregeld, en zelfs het gebod verzacht door de mogelijkheid van afwijking. De overweging omtrent „uitbreiding” werd hier dan ook vervangen door de volgende: „dat, ingevolge art. 150 der Gemeentewet, de plaatselijke verordeningen niet mogen treden in hetgeen door eene regeling bij de wet van

algemeen Rijksbelang is verklaard". Men ziet hier de bevestiging mijner meening, dat in den gedachtengang dezer besluiten de uitbreiding eigenlijk onverschillig is.

In de gevallen van 147 en 190 werd dus aangenomen, dat het onderwerp van het wettelijk verbod of gebod voor den tijd der godsdienstoefening was: hetzelfde gedurende den ganschen Zondag. Dat schijnt inderdaad zeer verdedigbaar als men bedenkt, dat de Zondagswet blijkens de considerans strekt „om, op het voetspoor onzer godsdienstige voorvaderen, die daarop steeds den hoogsten prijs stelden, de plichtmatige viering van den dag des Heeren en andere dagen, den openbaren Christelijken godsdienst toegewijd, door eenparige en voor de geheele uitgestrektheid der Vereenigde Nederlanden algemeen werkende maatregelen te verzekeren". Van elke bepaling dier wet dus, mag men zeggen, strekt het onderwerp zich uit over den geheelen Zondag. Verbiedt zij het een of ander gedurende de godsdienstoefening, zij moet dan geacht worden het voor de rest van den dag te willen zien vrijgelaten. Wat heeft men dan echter gedaan? Om te komen tot de omschrijving van het „onderwerp" van art. 3 heeft men zich niet gehouden aan den inhoud van dat artikel zelf, maar mede als factor in aanmerking genomen het doel, waarmede de wetgever deze bepaling maakte: de Zondagsheiliging het doel der wet zijnde, moet art. 3 tot onderwerp hebben een gebod en verbod omtrent den ganschen Zondag. Hoe nu echter, als de gemeentewetgever eens met een geheel ander doel dan Zondagsheiliging zijne gewraakte bepalingen opstelde? Als — om het dubieuse geval van 190, waarin m. i. vernietiging wegens *strijd* met art. 3, welk artikel immers geen dispensatie kent, had kunnen volgen, nu maar daar te laten — het spelen op de straten in het geval van 147 juist op Zondag nu eens zulke pro-

porties had aangenomen, dat de openbare orde een absoluut verbod eischte? Mag men dan bij de wet wèl, bij de verordening niet het doel in aanmerking nemen? Mag het laatste wel, waar blijft men dan met de verboden aanvulling van art. 3? Een ander voorbeeld: De Drankwet strekt tot regeling van den verkoop van sterken drank. Een gemeentelijk sluitingsgebod van herbergen etc. strekt tot verzekering der openbare orde, doch anderzijds beïnvloedt het ook den verkoop van sterken drank. Moet het nu, al dan niet, als aanvulling der Drankwet beschouwd worden? (1) Of moet men gaan vragen, met welke uit zijn bepaling blijk bare bedoeling de gemeentewetgever is te werk gegaan? Dit is gedaan in het, vroeger reeds vermelde, besluit no. 228. De Raad van Nijmegen had daar aan zijn colportageverbod een redactie gegeven, die als het ware al van te voren zich tegen vernietiging schrap zette: verboden werd het venten etc. met gedrukte stukken „in het belang der openbare orde, bepaaldelijk ter beveiliging van het openbaar verkeer en in het belang der huishouding van de gemeente”.

De polemiek baatte niet. Overwogen werd: „dat deze bepaling niet strekt om te waken tegen stoornis van orde door venters, in welk geval het onverschillig zou zijn, welke voorwerpen door hen werden gevent, maar bepaaldelijk betreft de wijze, waarop geschreven of gedrukte stukken ter algemeene kennis worden gebracht”. Het onderwerp der bepaling bleek dus te vallen onder de „maatregelen, die ten aanzien van het drukken en verspreiden van geschriften kunnen worden genomen”, door art. 7 der Grondwet aan de wet opgedragen.

(1) Zie het hoofdartikel in het Weekblad voor de Burgerlijke Administratie, no. 3103/4.

Het merkwaardige van dit Koninklijk besluit lijkt mij hierin te liggen, dat de Kroon op het onderzoek naar het doel is ingegaan. Ware het resultaat daarvan nu eens geweest, dat inderdaad het door den Raad opgegeven doel het ware was, wat dan? Als b.v. het ventverbod eens alle koopwaren omvat had, dus ook gedrukte stukken? Was er dan met art. 150 j^o art. 7 Grondwet geen strijd geweest? In den loop der redeneering van het Koninklijk besluit schijnt het antwoord niet betwifelbaar.

Hoe zwak is voorts hier de redeneering, waardoor de Kroon vrijheid vond, den Raad tot leugenaar te maken ten aanzien van zijn doel! Als nu eens juist alleen „de wijze, waarop geschreven of gedrukte stukken ter algemeene kennis worden gebracht” de stoornis der openbare orde veroorzaakt, betreft dan een ventverbod van die koopwaar en die alleen — omdat daartoe voor andere geen reden bestond — niet de openbare orde? Het is moeilijk in te zien. Van den anderen kant echter: treedt zulk een verbod, met welk doel ook gegeven, in ieder geval niet ook in het onderwerp der drukpersvrijheid?

De conclusie mag m.i. zijn, dat de vraag, of de Raad, met een geheel ander doel dan de wet zich voorstelde een wettelijke bepaling aanvullend, in strijd komt met art. 150, binnen de grenzen van de heerschende opvatting niet voor oplossing vatbaar is. Dit schijnt dan ook een reden, om aan de jurisprudentie den eisch te stellen, dat zij, ten einde niet op die klip te stooten, bij de omschrijving van het „onderwerp” eener wet zich niet op het doel beroepe, doch alleen naar den inhoud der bepalingen oordeele.

In 234/235 vindt men dit eigenaardige geval.

Een gemeentelijke bepaling, luidende: „Paarden, runderen of andere dieren mogen niet loopen in weiden of

op landen, wanneer de eigenaar dier dieren daartoe niet gerechtigd is. De eigenaar der dieren is bij niet-nakoming dezer bepaling strafbaar", wordt onbestaanbaar verklaard naast artt. 458, 459 en 461 W. v. S. waarbij „het onderwerp van dit artikel geregeld is". Nu luiden die artikelen alle drie: Hij, die zijn vee etc. laat loopen, derhalve: voor de strafbaarheid is de schuld van den betrokkene noodzakelijk. De verordening echter maakt den eigenaar strafbaar, zoodra zijn vee, zij het ook geheel buiten zijn toedoen of zijn weten, op andermans grond komt. De feiten, krachtens de verordening strafbaar, vallen dus slechts gedeeltelijk, n.l. voor zoover schuld aanwezig is, samen met die, door de wet bedoeld. De geschiedenis dezer zaak vindt men in W. B. A. no. 2507. In dit geval moet dus als het gemeenschappelijk onderwerp zijn aangenomen: het feit van het loopen van vee op eens anders land. De wet straft dit alleen, als er schuld bij komt. Door dien eisch te laten vallen breidt de verordening de wet uit.

In 236 vindt men, dat als het onderwerp van art. 29 en art. 30 § 4 van het Zeeuwsche Tramwegenreglement, bepalend dat bestuurders van tramwegen voetgangers, ruiters, bestuurders van rij- en voertuigen, geleiders of drijvers van paarden of ander vee, wier paarden, vee, rij- of voertuigen of die zelve zich bewegen bij, op of tusschen de spoorstaven, bijtijds moeten waarschuwen door middel van de door Gedeputeerde Staten voor te schrijven signalen, is te beschouwen: verzekering van „de veiligheid van verkeer langs de trambanen", zoodat een bepaling nopens „het voorafgaan van de treinen door een geschikt manspersoon" trad in hetgeen was erkend als een zaak van provinciaal belang. Op te merken valt, dat de omschrijving van het onderwerp

hier geheel berust op de aanwijzing van het door de bepaling te bereiken doel. Voorts, dat hier van uitbreiding weer geen sprake kon zijn, omdat de hoogere regel hier niet expliciet is: zij bevat eigenlijk een opdracht aan Gedeputeerde Staten van het door den Raad geregelde punt. Ook onder de eerste rubriek had dit besluit kunnen gerangschikt worden. Dit geschiedde echter niet, omdat de zaak toch duidelijk het karakter draagt van aanvulling der provinciale bepalingen voor een bepaald weggedeelte in een bebouwde kom.

In 238 de volgende beslissing. Een gemeenteraad had verboden „zonder daartoe gerechtigd te zijn, vee te laten loopen op heide”. Dit werd onbestaanbaar geacht naast art. 461 Swb., verbiedend o. m. vee te laten loopen op eens anders grond, waarvan de toegang op een blijkbaar wijze door den rechthebbende is verboden.

Het gemeenschappelijk onderwerp is dus hier: vee laten loopen op eens anders grond, zonder daartoe gerechtigd te zijn. Het vernietigd artikel is eenerzijds beperkter (heide in plaats van grond), anderzijds ruimer, in zoover de voorwaarde van het blijkbaar verbod van toegang is vervallen. Kan men in een dergelijk geval eigenlijk wel zeggen, dat de Raad de wet heeft aangevuld? Is niet veeleer van de wet afgeweken? Is er geen strijd met de wet, daar de verordening „iets verbiedt, wat de wet uitdrukkelijk toelaat”, (zie Arrest H. R. 22 April 1907, W. B. A. no. 3027) n.l. vee laten loopen over niet blijkbaar verboden grond? Of moet men zeggen: de wet verbiedt alleen, voor zoover een blijkbaar verbod van toegang gesteld is, daar buiten laat zij de vraag onbeslist? Hoe meer men zich in de details verdiept, hoe meer het blijkt, dat de strijd met de wet en het treden in hetgeen, waarin de wet reeds

voorzien heeft, dikwijls bijna niet te scheiden zijn. In elk geval, de Kroon heeft hier, door abstractie, het onderwerp bepaald als: laten loopen van vee over andermans grond, en de gemeentelijke bepaling, eveneens na abstractie van een ander bijzonder kenmerk dan de wet bevatte, bleek over hetzelfde onderwerp te loopen.

Ik kom thans, in een vierde rubriek, tot die gevallen, waarin het geldingsgebied der vernietigde bepaling of klaarblijkelijk zelfs niet gedeeltelijk samenviel met dat eener hoogere, of de gedachtengang van dien aard is, dat een opzettelijk onderzoek daarnaar in het systeem van het besluit overbodig is. (76, 215, 237, 240 en 242.)

Daartoe behoort vooreerst een der oudste besluiten: 76. De Raad van 's-Gravenhage had voorschriften gegeven „omtrent de inschrijving der matrozen van visschersvaartuigen in de monsterrol, door den commissaris van politie te Scheveningen te houden”, en verboden „het in dienst nemen van matrozen, tot de bemanning van een ander vaartuig of boot behoorende”. Het Koninklijk besluit overweegt: „dat het W. v. K. in het IIde boek de rechten en verplichtingen uit scheepvaart voortspruitende heeft geregeld, en meer bepaald in den IVden titel van dat boek voorschriften omtrent het huren van scheepslieden en het opmaken van de monsterrol heeft gegeven;

dat de algemeene wetgever derhalve dit onderwerp voor een algemeen Rijksbelang heeft gehouden, en het alzoo den gemeenteraad van 's-Gravenhage, met het oog op art. 150 der Gemeentewet, niet vrijstond daaromtrent bepalingen te maken”.

Men ziet, dat hier een geheel andere methode heerscht. Niet wordt zorgvuldig, door abstraheering uit een concrete bepaling, onderzocht of de wet het „onderwerp” der gemeentelijke bepaling al behandelde, er wordt

eenvoudig gezegd, tamelijk in het algemeen, dat het tweede boek van het W. v. K., meer in het bijzonder de vierde titel daarvan, die en die onderwerpen, zeer ruim omschreven, behandelt. Met de aanwijzing, dat de gemeentelijke bepaling in die ruime omschrijving valt, is haar lot beslist, of zij in de wet een parallel vindt, is onverschillig.

In dit K. B. heeft men overigens een goed voorbeeld, hoezeer op deze wijze de Raad aan de Kroon overgeleverd is. De bedoelde titel van het W. v. K. bevat inderdaad bepalingen omtrent het „huren van scheepslieden”, zeer zeker, maar alleen dezulke, die, volkomen burgerrechtelijk, de verhouding tusschen schipper en scheepelingen betreffen. De Raad maakte een zuivere politiebepaling, w. s. om misbruiken als onderhuring e. d. tegen te gaan, regelde m. a. w. eigenlijk iets omtrent de gedragslijn door de schippers onderling in acht te nemen.

Hadden die bepalingen hetzelfde „onderwerp”?

Neen, als men het onderwerp van het W. v. K. nauwer omschrijft als: de civiele verhouding tusschen schipper en scheepeling, ja, als men het ruimer omschrijft als het „huren van scheepslieden”. Had de Kroon niet het recht die ruime, en zeker wel onbillijk te noemen, omschrijving te kiezen? Wie het ontkent, zal moeten aantoonen, op welken grond hij meent de Kroon in de interpretatie van het begrip „onderwerp” aan grenzen te kunnen binden. Kan men dat niet, dan ligt de eenige conclusie voor de hand, dat n.l. de gemeente hier, in de gewone opvatting altijd, vrij wel van het bon plaisir der Kroon afhankelijk is.

Wat de monsterrrol betreft, ware wellicht eerder strijd met art. 396 W. v. K. te constateeren geweest. Het andere verbod vindt in de wet natuurlijk geen parallel.

In 215 vindt men de vernietiging eener verordening op het rijden met rijwielen „of zoogenaamde velocipèdes” (men is in 1890!) op openbare wegen en voetpaden, uit overweging, „dat bij die verordening regelen zijn vastgesteld betreffende hetzelfde onderwerp, waaromtrent de derde afdeeling der provinciale verordening op het gebruik der openbare wegen regelen bevat”. Vernietiging derhalve van een geheele verordening en bloc, zonder eenig onderzoek naar het samenvallen van concrete bepalingen.

In 237 is het geval weer anders. De Raad kan niet verbieden „in het openbaar bij dag rumoer of burengerucht te verwekken”, omdat art. 431 Swb. reeds verbiedt „het verwekken van rumoer of burengerucht, waardoor de nachtrust kan worden verstoord.” Men ziet: geen enkel concreet feit kan onder beide bepalingen tegelijk vallen, hun geldingsgebied valt geheel buiten, zij het naast, elkaar. Niettemin wordt overwogen: „dat de wetgever alzoo blijkens die bepaling het onderwerp als eene zaak van Rijksbelang heeft beschouwd en daarin heeft voorzien”. Welk onderwerp, wordt niet uitdrukkelijk gezegd.

Wat beide bepalingen gemeen hebben, is het „verwekken van rumoer of burengerucht”. Dit wordt dus als hun „onderwerp” beschouwd. Daar zij echter beide dit onderwerp nader omschrijven door een verschillende tijdsbepaling, vallen zij geheel buiten elkaar, wat bij de besluiten, door mij in de derde rubriek gebracht, niet het geval was. Overigens behoort dit besluit, wat den gedachtengang betreft, weer meer tot de derde rubriek: hier worden twee concrete bepalingen geconfronteerd.

Eindelijk zijn de nummers 240 en 242 te bespreken. Hier is de redeneering ongeveer als in 215, alleen

wordt aan de omschrijving van het onderwerp der hoogere regeling wat meer zorg besteed. Deze besluiten zijn m. i. het typisch voorbeeld van den gedachtengang, die niet naar het onderwerp van ééne bepaling vraagt, maar op grond van meerdere bepalingen tot het onderwerp eener geheele regeling opklimt, en vervolgens gemeentelijke bepalingen, over dat onderwerp loopend, onbestaanbaar verklaart, afgescheiden van de (niet aangeroerde) vraag, of zij geheel of gedeeltelijk met de concrete hoogere bepalingen samenvallen.

Van de volkomen analoge besluiten bevat 240 deze motieven :

„dat artt. 17, 19 en 20 van het reglement van politie op het gebruik der openbare wegen in de provincie Noordbrabant voorschriften geven omtrent etc.;

dat het geven van voorschriften „nopens de vrijheid van verkeer langs de trambanen” alzoo is erkend een zaak te zijn van provinciaal belang en als zoodanig in genoemd provinciaal reglement (volledig) is geregeld.”

Het woord „volledig”, dat het betoog verzwakt, ontbreekt in 242.

Op dien grond wordt dan een gemeentelijke bepaling omtrent te nemen veiligheidsmaatregelen vernietigd. Langs dezen weg kunnen dus gemeentelijke bepalingen onbestaanbaar worden verklaard, al vinden zij in de hoogere regeling nergens haar parallel.

Het ligt voor de hand, dat deze methode daar wordt aangevend, waar men in een complex van samenhangende bepalingen, bestemd om in onderling verband te werken, eene regeling heeft voor één bepaald belang. Op de artikelen van het Strafwetboek b.v., die meer elk op zichzelf staan, is deze redeneering, zoover ik weet, nimmer toegepast. In het boven besproken besluit 238 b.v. had men ook kunnen zeggen: blijkens de bepalingen (of het opschrift) van

Titel VII Boek IV Swb. zijn overtredingen betreffende de veldpolitie van Rijksbelang. Men deed dit echter niet, doch bracht de gemeenteverordening in verband uitsluitend met art. 461.

Voorts zal in nog een ander opzicht deze methode afwijken: in de wijze van omschrijving n.l. van het „onderwerp”. Daar het onderwerp hier meerdere artikelen tot een eenheid verbindt, zal het in den regel niet kunnen aangewezen worden eenvoudig als ééne handeling, die geregeld wordt, maar op andere wijzen dienen te worden aangeduid, b.v. door aanwijzing van het te bereiken doel (als in 240 en 242), waartegen echter de boven uiteengezette bezwaren bestaan, of van het belang of verschijnsel, dat tot de regeling aanleiding gaf (b.v. „Zondagsheiliging”, „kleinhandel in sterken drank” e. d.).

Hiermede is het systematisch overzicht van de vernietigingsbesluiten ex art. 150 voltooid. Men zal daarvan den indruk gekregen hebben, dat elk artikel eener gemeenteverordening, dat ook maar in een verwijderd verband staat tot eene hoogere regeling, door de Kroon desnoods kan worden vernietigd. De bepaling toch van het begrip „onderwerp” blijkt zoo volkomen aan de discretie der Kroon te zijn overgelaten, dat elke aanvullende werkzaamheid onmogelijk kan worden gemaakt. En, zoude men zeggen, om in den geest dezer besluiten consequent te zijn, moet de Kroon alle aanvulling ook onmogelijk maken.

Intusschen is dit volstrekt niet altijd de gedragslijn geweest. Bij missive van 28 April 1856 (zie SCHREUDER, aant. 1029) is zelfs door den Minister van Binnenlandse Zaken geheel in het algemeen gezegd: „dat de

gemeentebesturen bevoegd zijn over onderwerpen behoorende tot hunne bevoegdheid, doch waaromtrent reeds bij de wet of bij provinciaal reglement is voorzien, nadere daarmede niet strijdige en daarin niet opgenomen voorzieningen te maken, in verband met de plaatselijke omstandigheden". En een andere missive van 14 Augustus 1855, (SCHREUDER, aant. 1028), vangt aan: „Hoezeer moet worden erkend, dat het den plaatselijken besturen niet vrijstaat voorschriften te geven ter aanvulling of uitbreiding der wet, moet men hierop niet te schroomvallig toezien (sic!) bij onderwerpen van politie, welke dikwerf van plaatselijke omstandigheden afhankelijk en alzoo niet wel voor eene algemeene regeling vatbaar zijn. Vooral is dit het geval met het vierde boek van den Code pénal, hetwelk bij strenge toepassing van bedoeld beginsel, de uitoefening der wetgevende macht in de meeste onderwerpen van politie voor de gemeentebesturen onmogelijk zou maken".

Uit die beide algemeene uitlatingen blijkt wel, dat niet altijd iedere aanvulling uit den booze is geacht. Uit de weinige stelligheid, men mag zeggen de vaagheid der tweede missive blijkt tevens, dat men eigenlijk niet wist, welk criterium aan te nemen voor het al dan niet geoorloofde van aanvulling. Welke verlegenheid toch blijkt er uit eene missive, welker inhoud eigenlijk is: „het beginsel is: geen aanvulling, doch daar dit beginsel aan de gemeenten ongeveer niets zou overlaten, moet men het er maar niet te nauw mede nemen".

Gaat men dan ook de gevallen na, waarin een verordening van de aanklacht: overtreding van art. 150, is vrijgesproken in vergelijking met die, waarin vernietigd is, dan valt het moeielijk in de toepassing van art. 150 een bepaald systeem aan te wijzen.

Uiteraard is het onmogelijk, van de ministerieele

missives, waarbij verklaard werd, dat voor vernietiging geen grond bestond, een even volledig overzicht te verkrijgen als van de in het *Staatsblad* verschijnende vernietigingsbesluiten. Een en ander levert SCHREUDER op, ook Mr. PIJLS in zijn dissertatie: „Het begrip van provinciaal en gemeentebelang naar het Nederlandsch Staatsrecht”, (Leiden 1879), geeft eenige gevallen. Zie voorts Vos, Gemeentewet, ad art. 150. (De provinciale verslagen vormen hier natuurlijk de hoofdbron.)

Een kort overzicht moge hier plaats vinden.

I. Een plaatselijke verordening had in 1868 verboden „om over de bermen, de dosseringen en het grasgewas langs de wegen vee te leiden, te laten losloopen of grazen”. (SCHREUDER, aant. 101.) Gedeputeerde Staten van Gelderland achtten dat onderwerp reeds voorzien in het provinciaal reglement, hetwelk verbod: „vee over de wegen te drijven zonder voldoende geleide, hengsten en stieren te vervoeren dan behoorlijk vastgehouden”. De Minister deelde het bezwaar niet. „De eene voorziening raakt de bescherming van het grasgewas, de andere de beveiliging van personen tegen gevaar of hinder. De gemeenteverordening treedt hier alzoo niet in hetgeen waarover de provinciale verordening handelt”.

Men ziet, dat hier tot de niet-identiteit wordt besloten op overweging van het verschillend doel der verordeningen.

II. In 1856 is verstaan, (SCHREUDER no. 215) dat „het tappen van sterke dranken op Zon- en Christelijke feestdagen bij eene plaatselijke verordening kan worden verboden; want alhoewel het tappen van sterke dranken, in zekeren zin, niet anders kan worden beschouwd dan als koopen en verkoopen, en dergelijk onbepaald verbod dus geacht

zou kunnen worden in strijd te zijn met art. 2 van de wet van 1 Maart 1815 (*Stbl.* no. 21), dat het verkoopen van geringe eetwaren zelfs op markten, straten of openbare pleinen, des Zondags, uitdrukkelijk toestaat, zoo blijkt toch, naar het oordeel der Regeering, uit dat artikel, in verband beschouwd met het daarop volgende art. 3, dat de wet tusschen beiden, namelijk tusschen tappen en verkoopen, onderscheid maakt, en ofschoon nu eene dergelijke bepaling eene uitbreiding van de wet daarstelt, zoo moet zij echter, daar zij met haren geest strookt, bestaanbaar worden geacht, omdat, mede volgens het gevoelen der Regeering, bezwaarlijk kan worden aangenomen, dat de gemeenteraad in geen geval bevoegd zoude zijn, een in de wet gesteld verbod verder uit te strekken, daar toch in dat geval zijne macht tot regeling van zaken, de politie betreffende, met het oog op de voorschriften in het laatste boek van het wetboek van strafrecht vervat, tot niets of althans tot hoogst weinige punten zou worden beperkt”.

(Vergelijk hiermede de besluiten 147 en 190, van 1877 en 1885).

III. Een gemeenteraad beval in 1864 de huizen en lokalen der herbergiers en tappers, minder dan 200 ellen van een kerkgebouw verwijderd, op Zon- en feestdagen gesloten te houden, (*SCHREUDER*, no. 216.) Ged. Staten vroegen vernietiging wegens treden in het onderwerp der Zondagswet. Ook was de aanvulling h. i. niet in den geest dier wet. Art. 3 had het sluiten der deuren alleen bevolen voor den besloten kring. Was die er niet, zooals de Raad beweerde, dan spreekt het vanzelf, dat de wetgever deze bepaling op die gemeente niet had willen doen toepassen. De Minister echter wees op art. 5 der Zondagswet, dat z. i. „voldoende aanleiding gaf, om bij

plaatselijke politieverordening zoodanige *verdere* bepalingen te maken, als boven die, welke de wet bevatte, noodig geacht werden om bewegingen of geruchten, voor den openbaren eeredienst hinderlijk, te voorkomen".

Het is wel opmerkelijk, dat hier art. 5 der Zondagswet wordt geïnterpreteerd als eene bepaling, die aanvullingsbevoegdheid geeft.

In 1863 echter werd het gevoelen van Ged. Staten gedeeld, dat een verbod van danslessen op Zondag trad in het onderwerp der Zondagswet. (SCHREUDER no. 217.)

IV. Eene verordening (SCHREUDER: no. 1028) omtrent het toezicht op personen had in 1855 den logementhouders bevolen „om, onverminderd de verplichting tot het houden van het register, bij art. 475 no. 2 C. P. voorgeschreven, dagelijks aan het commissariaat van politie eene vernachtlijst in te zenden van de personen, die den volgenden nacht in hunne logementen zullen verblijf houden". De Minister zag daarin geen bezwaar. „Het eenige verschil tusschen deze bepaling en art. 457 C. P. bestaat daarin, dat de verordening eene vernachtlijst, het wetboek daarentegen het register zelf aan de politie toegezonden wil hebben. Neemt men nu in aanmerking, dat die vernachtlijst slechts een uittreksel uit het register moet wezen en geenszins bestemd is om het register te vervangen, dan schijnt er hier van geene ongeoorloofde uitbreiding der wet sprake te zijn. De Hooge Raad heeft dan ook (W. 1665) geen zwaarigheid gemaakt, eene gelijkkluidende bepaling in het politie-reglement der gemeente Venlo toe te passen. Evenmin kan men beweren, dat het hier slechts een Rijksbelang zou gelden, welks regeling aan de gemeentebesturen is onttrokken. Immers, het register of de vernachtlijst moge tot opsporing van misdadigers, en alzoo in het belang

der Rijkspolitie strekken; het is evenzeer van belang voor de gemeentepolitie, wier handhaving aan den burgemeester is opgedragen. De wet heeft dan ook aan de plaatselijke reglementen voorbehouden, om den tijd waarop het register aan de politie vertoond zou worden, te bepalen, en dus de uitvoering van dit voorschrift als eene zaak van huishoudelijk belang aan de gemeentebesturen overgelaten”.

M. i. mag deze beslissing zeer dubieus heeten. Bij minder milde stemming ware het niet moeilijk geweest, hier strijd met de wet te construeeren. En dat het nachtregister niet „van Rijksbelang” is, omdat het naast het doel, waartoe de wet het instelde, ook nog voor andere doeleinden, van gemeentelijken aard, bruikbaar is, mag m. i. ook een tamelijk zwakke redeneering worden geacht. Overigens is hier weer een voorbeeld van omschrijving van het onderwerp door aanmerking van het doel.

V. In 1863 werd te kennen gegeven, dat de Raad naast art. 459 C. P. bepalingen kon stellen om de verspreiding van besmettelijke ziekten onder het vee tegen te gaan.

VI. Eene gemeenteverordening had naast het verbod, (art. 471 no. 10 C.P.), van nalezen op nog niet geheel van den oogst ontdane akkers, het verbod gesteld van nalezing nadat de oogst geheel is afgeloopen. Bovendien gold het verbod van den C. P. voor den tijd tussehen zonsonder- en -opgang, het gemeentelijk verbod juist overdag. Ged. Staten zagen strijd met art. 150, en de Minister vereenigde zich aanvankelijk daarmede. De Raad echter hield vol. Volgens hen gold het hier een onderwerp, dat door den C. P. niet geregeld was. De Minister erkende ten slotte, dat de zaak „voor tweeërlei be-

schouwing vatbaar was", en berustte. (SCHREUDER no. 1031.)
(Vergelijk de vernietigingsbesluiten 125 en 183.)

VII. In 1872 had een gemeenteraad het gebruik van hondenkarren verboden. (SCHREUDER no. 1050a.) Ged. Staten van Overijssel maakten bezwaar. Bij provinciaal reglement waren bepalingen gemaakt omtrent het gebruik van hondenwagens, en een voorstel om dat gebruik te verbieden, was verworpen. De Minister had geen bezwaar. „Uit de behandeling van het prov. reglement op de wegen bleek alleen, dat de Staten geen algemeen verbod hadden gewild. Waar plaatselijke omstandigheden het verbod noodig maakten, moest dit aan de beoordeeling van de gemeentebesturen worden overgelaten”.

Deze beslissing komt mij nogal opmerkelijk voor. Ik vind hier tot mijn genoegen de redeneering terug, door mij ook gevolgd ten betooge, dat de bedoelde omvang van een voor algemeene gelding bestemde regeling niets praejudicieert omtrent de mogelijkheid van een alleen voor locale gelding bestemde bepaling. Het is dezelfde kwestie, die zich bij de behandeling der Hondsdolheidwet voordeed (mijne Diss. pag. 44 v.v.): „is de gemeenteraad bevoegd tot preventie, sinds uit het ontwerp alle preventie geschrapt is en dus door den Rijkswetgever bepaaldelijk niet gewild ?” Zoo ook bij de Ziektenwet ten aanzien der mazelen. (Diss. pag. 36.)

VIII. In 1877 had een gemeente verboden (W. B. A. no. 1520) „eenig mest of straatvuil op de staten, pleinen of wegen, waar dat vuil vanwege de gemeente wordt opgehaald, te verspreiden of zich toe te eigenen”. In de woorden „of zich toe te eigenen” vonden Ged. Staten van Gelderland strijd met art. 150: het verbod trad in hetgeen bij de algemeene Strafwet is voorzien (diefstal!) of

wel in het bepaalde bij art. 640 B. W. De Minister echter was het met den Raad eens, dat het hier gold res derelictae en alzoo aan diefstal niet gedacht kon worden. Evenmin aan strijd met art. 640 B. W.: „ingevolge die bepaling heeft zeker ieder evenveel recht om zich bedoelde stoffen toe te eigenen, maar naar het publiek recht, betrekkelijk de uitoefening der plaatselijke politie valt te letten op de plaats, waar die zaken gevonden worden en dan is de Gemeenteraad, aan wien het maken der noodige verordeningen in het belang der openbare orde en gezondheid, dus ook der zindelijkheid, is opgedragen, zeker bevoegd, een verbod, als het hier geldt, uit te vaardigen”.

Het ware in dit geval zeker niet moeilijk geweest, „treden in” of zelfs strijden met het bepaalde bij art. 640 te constateeren.

Beide bepalingen hebben tot „onderwerp”: „eigendomsverkrijging van res derelictae”. Wel is waar bepaalt art. 640 alleen, *wie* eigenaar worden zal, n.l. degeen, die zich de zaken het eerst toeëigent, terwijl de verordening, bepalende dat niemand zich mag toeëigenen de bepaalde zaken, waarover zij loopt, die regeling intact laat, maar onder de medegedeelde vernietigingsbesluiten zou toch menig model voor dit geval te vinden zijn. Bovendien: de verordening modificeert, voor het door haar beschreven geval, toch eigenlijk wel degelijk de werking van art. 640. Immers zij heeft ten gevolge, dat het feit, waaraan art. 640 het rechtsgevolg vastknoopt, en dat het blijkbaar als steeds mogelijk onderstelt, niet kan voorkomen.

IX. In 1889 had een gemeente verboden (W. B. A. no. 2096) „goederen of voorwerpen, van welken aard ook, langer op de straat of den weg te doen verblijven

dan noodig was, en slechts onder voortdurend toezicht van een daartoe bekwaam persoon, en om die tusschen of ter weerszijden binnen 60 c.M. afstand van de rails van de trambanen, waar deze tot de straat of den weg behooren, te plaatsen, neder te leggen of te doen verblijven". Ged. Staten van Friesland oordeelden „dat de strekking der bepaling blijkbaar was, om te voorkomen, dat het verkeer op den publieken weg werd belemmerd, eene bepaling dus van dezelfde strekking als die van art. 427 no. 6 van het W. v. S." De Minister echter besliste: „dat het artikel slechts eene aanvulling bevatte van de bepaling van art. 427, welke, blijkens de bij de behandeling van dat wetsartikel van Regeeringswege verstrekte inlichtingen, geoorloofd moest worden geacht".

Inderdaad heeft Minister MODDERMAN zich bij dit artikel zeer beslist uitgelaten. De Rijkswet stelde alleen een minimum, datgene, wat men kon aannemen dat door het gansche land noodig is, onverminderd de bevoegdheid der gemeenten om aan te vullen, als dat op grond van plaatselijke omstandigheden noodig mocht zijn. „De kern der gansche vraag ligt in het woord onderwerp. Ik voor mij vat het op in den meest engen zin".

X. In 1887 had een gemeente verboden „zich in kennelijken staat van dronkenschap te bevinden in herbergen of andere voor het publiek toegankelijke plaatsen". (*Gemeentestem* no. 1854). Ged. Staten van Noord-Holland achtten dit onderwerp reeds volledig geregeld in art. 453 W. v. S., doch de Minister had geen bezwaar.

In tegenstelling met het vorige geval, heb ik hier in de geschiedenis der wet geen enkele aanwijzing kunnen

vinden ten gunste dezer beslissing, eerder het omgekeerde. De M. v. T. bevat „hoe men over de strafbaarstelling der openbare dronkenschap denken moge, niet de gemeentelijke, maar de Rijkswetgever behoort hier te beslissen. Welk verschil er tusschen de verschillende deelen des lands, tusschen steden en platteland moge bestaan, hierin komen zij allen overeen, dat overal de openbare dronkenschap niet zelden voorkomt, dat zij overal een bron van ergernis is. Het verschil tusschen de gemeente-wetgevingen op dit punt is dan ook een uitvloeisel niet van verschillende behoeften of belangen, maar eenig en alleen van verschil van inzichten”.

En nog sterker: in de Eerste Kamer zeide Minister MODDERMAN: „Juist dan als men verlangt, en daartoe heeft men het recht, dat de keuromanie der gemeentebesturen worde gebreideld, dan is het zaak, dat de Rijkswetgever het onderwerp regele”.

M. i. had hier vernietiging kunnen volgen, vooral ook omdat blijkens de door mij gespatieerde woorden der M. v. T. als het „onderwerp” werd beschouwd, niet: „dronkenschap op den openbaren weg” maar „openbare dronkenschap” in 't algemeen.

XI. In 1904 had een gemeenteraad bepaald: „Het is den herbergiers verboden sterken drank te verkoopen aan hen, omtrent wie door het gemeentebestuur is medegedeeld, dat zij door eene in de gemeente gevestigde instelling van weldadigheid worden bedeed”. (Provinciaal Verslag Gelderland 1904.) Gedeputeerde Staten van Gelderland zagen daarin strijd met art. 150, in verband met artt. 252 en 454 W. v. S., omdat daar was bepaald aan welke personen geen sterke drank mag worden toegediend of verkocht, en daarmee dit punt

tot een onderwerp van Rijksbelang was gemaakt. De Minister besliste dat het verbod der gemeentelijke verordening eene geheel andere strekking had dan de genoemde bepalingen der Strafwet.

„Maar bovendien kwam het den Minister voor eene onjuiste opvatting te zijn, dat de Rijkswetgever door de artt. 252 en 454 W. v. S. een bepaald punt tot een onderwerp van Rijksbelang zou hebben gemaakt. Door het bij de Strafwet op straffe verbieden van een of meer feiten toch treft de wetgever slechts een of meer handelingen of verzuimen van den mensch; hij kan daarmede niet gezegd worden zich een geheel onderwerp ter regeling te hebben aangetrokken, waardoor met de speciale verbodsbepaling niet in strijd komende regelingen van andere wetgevende organen zouden worden uitgesloten.”

Ook bij de artt. 252 en 454 is de bevoegdheid der gemeentebesturen volstrekt niet ter sprake gekomen.

Wèl is uit art. 454 geschrapt wat in het gewijzigd Regeeringsontwerp stond: „hetzij aan een verpleegde in een weeshuis aan zijn kleeding kenbaar”, en wel nadat de heer VAN DER KAAIJ herinnerd had aan de woorden in de M. v. T. van het oorspronkelijk ontwerp: „Ook gewag te maken van hen, die door hunne kleeding kenbaar zijn als verpleegden in eenig gesticht, is niet geraden. Volwassen weesjongens en oude mannen mogen onder een bijzonder toezicht staan, er bestaat geen grond om te hunner bescherming eene bijzondere strafbepaling in het leven te roepen”. Het staat dus vast, dat de wetgever soortgelijke bepalingen als die der verordening bepaaldelijk in de wet niet gewild heeft.

Deze omstandigheid nu maakt naar mijne opvatting wel niet van te voren een gemeentelijk verbod onmogelijk, maar tot de ontkenning van gelijkheid van onderwerp kan men dan toch alleen nog geraken door ter bepaling

van dat onderwerp rekening te houden met het *doel*, dat de gemeente-wetgever met zijn voorschrift beoogde, de *strekking* daarvan, in casu de wering van „bestaande en te vreezen plaatselijke misbruiken”. Ook kwam hij tot zijn bepaling, omdat „de kosten van bedeeeling ten laste der gemeente komen”, aldus *niet* door het verlangen, bepaalde categorieën van personen tegen de verleiding van drankmisbruik te beschermen. De Minister liet dit gelden, nam dus ook aan, dat het *doel* der bepalingen mede in aanmerking mag worden genomen ter bepaling van hun onderwerp.

Het komt mij voor, dat men, in de gewone opvatting, hier gemakkelijk tot identiteit van onderwerp had kunnen concluderen. Het hangt er maar weer geheel van af, hoe ruim men het begrip nemen wil. De Minister echter coupeert dit geheele onderzoek, door eenvoudig . . . te ontkennen dat de artikelen der Strafwet zoo iets als een „onderwerp” bezitten. Zij richten zich alleen tegen bepaalde handelingen of verzuimen, door dat te doen regelen zij niet een geheel onderwerp. Eigenlijk komt dit neer op de stelling, dat het „onderwerp” eener strafbepaling niet anders is dan het concrete feit waartegen zij zich richt. In die allereengste opvatting beteekent art. 150 niet veel meer, dan dat de gemeente-wetgever voorschriften van hooger gezag niet mag . . . herhalen, want wanneer hij hetzelfde feit anders regelt, vervalt hij in strijd met de wet, en al wat niet bepaald geregeld is, mag hij zich aantrekken. Had steeds die opvatting gegolden, de lijst van vernietigingsbesluiten op grond van strijd met art. 150 ware niet lang geweest!

Ik ben hiermede aan het eind van mijn overzicht. Men mag m.i. zeggen, dat van eenige rechtszekerheid op dit gebied niet kan worden gesproken. In verschillende

gevallen, waarin de gemeente-verordening vrij uitging, had zij in het stelsel evengoed of beter vernietigd kunnen worden. In andere had een wat minder ver gaande abstrahering de gemeente-verordening gered. De bepaling van het „onderwerp” eener regeling blijkt een taak te zijn, waartegen de Kroon niet is opgewassen. Zoowel wat den omvang van het door eenige bepaling bestreken terrein betreft, als wat aangaat de wijze, waarop dit terrein behoort te worden omschreven (aanduiding van bepaalde handelingen, strekking, maatschappelijk verschijnsel of belang dat geregeld wordt e. d.) heerscht volledige onzekerheid.

Ik citeer hier Mr. PIJLS, t. a. p. pag. 167, die zijn overzicht van de praktijk aldus besluit: „Uit dit hoofdstuk zal men ruimschoots hebben kunnen bemerken, hoe afwisselend in de praktijk met de politietaak der drie wetgevers werd omgesprongen, hoe onvast dus de beginselen moeten zijn, die gezegd worden bij de toepassing als leidraad te kunnen dienen”. Inderdaad, het is niet anders. De balans van de toepassing, door de praktijk aan art. 150 gegeven, vertoont een nadeelig saldo. Wel is waar heet in het algemeen de „bedoeling” van den wetgever den doorslag te geven bij de bepaling van zijn onderwerp, maar hierboven bij IX heeft men gezien, hoe het met die uit de geschiedenis op te maken bedoeling dikwijls geschapen is. De Minister immers beriep zich toen, ter adstructie van zijn opvatting, weer op wat z.i. de bedoeling van art. 150 was. Zoo draait men in een kring rond.

Aan wien de schuld der rechtsonzekerheid, aan de wet of de administratieve praktijk? Aan die vraag gekomen, is het de plaats een blik te slaan op de jurisprudentie van den H. R., die wel is waar, ingevolge het

tweede lid van art. 150, niet direct van invloed is op de aanvullingsbevoegdheid, maar toch ter vergelijking kan worden benut, omdat zij bij de toepassing van art. 151 Gemeentewet met volkomen dezelfde moeilijkheid te maken heeft: te beslissen wat het „onderwerp” eener bepaling is. Intusschen zal ik mij hier nu niet in een uitvoerig onderzoek begeven, daar mij dit op een zijweg brengen zou. Met verwijzing naar de aantekeningen op art. 151 van Mr. Vos, (vervolgd door Mr. C. HELJMAN) zij hier alleen geconstateerd, dat de jurisprudentie tamen wel gevestigd mag heeten in dezen zin, dat het onderwerp eener bepaling niet is het feit, zooals het in die bepaling, met al hare onderscheidingen en restricties, omschreven wordt, doch de omschrijving van het onderwerp eene abstraheering noodig maakt. Zoo besliste b.v. het Arrest van 2 Mei 1887 (W. B. A. no. 1983) dat het onderwerp van art. 424 W. v. S. eenvoudig is alles, wat men in het dagelijksch spraakgebruik onder „straat-schenderij” verstaat, derhalve ook het gooien met sneeuwballen, niet tegen personen of goederen gericht. De hoofdoverwegingen laat ik hier volgen:

„O. toch, dat dit artikel (*scil.* art. 151) het van rechtswege vervallen van de bepalingen eener plaatselijke verordening niet bloot doet afhangen van de regeling van hetzelfde feit, maar van hetzelfde onderwerp, terwijl de wet die tegen de soort van feiten, waartoe de bij de verordening verbodene behooren, in het algemeen voorzieningen bevat, hetzelfde onderwerp regelt als de verordening, onverschillig of hetzij die wet, hetzij de verordening al dan niet van een of meer bijkomende omstandigheden de strafbaarheid heeft afhankelijk gesteld;

dat derhalve aan de toepasselijkheid van art. 151 der Gemeentewet niet in den weg staat, dat hetgeen strafbaar is volgens de artt. 87 no. 10 en 128 der Politie-

verordening van de gemeente Waalwijk niet strafbaar is volgens art. 424 Strafrecht, indien slechts de feiten, die de verordening verbiedt, tot dezelfde soort behooren waartegen art. 424 in het algemeen straf bedreigt, en dat dit werkelijk het geval is;

dat immers onder baldadigheid zoowel als onder straat-schenderij, welke benaming in art. 424 aan de daarbij strafbaar gestelde baldadigheid wordt gegeven, naar het spraakgebruik en volgens de geschiedenis van dat artikel zoodanige feiten zijn te begrijpen, als bij art. 87 no. 10 der verordening worden verboden".

Het laat zich begrijpen dat dit arrest, in verband met de invoering van het Strafwetboek, den gemeentebesturen den schrik om het hart heeft doen slaan. Het heeft ook veel tegenspraak ondervonden (W. B. A. nos. 1987 en 1989, *Gemeentestem* no. 1865). Misschien is daarbij niet altijd in het oog gehouden, dat de leer van het Arrest minder in hare algemeene strekking, die van de administratieve jurisprudentie niet zooveel verschilt, dan wel in de speciale toepassing op het onderhavige geval opzienbarend was. In de bepaling van het „onderwerp” van art. 424 was de H. R. misschien minder gelukkig — ook met het oog op het opschrift van den geheelen titel —, dat de gevolgde methode in het algemeen niet door de woorden van art. 151 gerechtvaardigd was, kan men m. i. niet beweren. Maar daarmee is dan ook weer gezegd, dat men ook bij den rechter ten deze blootstaat aan al de wisselvalligheden van een abstraheering, waarvan eigenlijk niet precies is uit te maken, hoever zij gaan mag en kan. Het heeft hier geen nut, de jurisprudentie verder te vervolgen. Vergis ik mij niet, dan is steeds verder dezelfde methode gevolgd.

Alleen dient nog te worden opgemerkt, dat de ruime omschrijving van het „onderwerp” nog gevaarlijker wordt

voor de gemeente-verordening, doordien de H. R. blijkens arrest van 13 November 1893, (*Gemeentestem* no. 2208) uitgaat van de m. i. met de duidelijke bewoordingen van art. 151 strijdige opvatting (1), dat niet alleen de bepalingen, in wier onderwerp voorzien wordt, maar de „verordeningen” vervallen, zoodat het onverschillig is, of de gemeentelijke bepaling in de hoogere regeling haar parallel vindt. (Men vergelijk hiermede de boven door mij in de vierde rubriek ondergebrachte besluiten.)

Het arrest zegt eenvoudig: een provinciale verordening heeft voorzien in het „onderwerp van het verkeer met stocmtrammen op de wegen”; alle gemeentelijke verordeningen dienaangaande zijn dus vervallen.

Men is hier van de leer: onderwerp = het concrete feit, zoover mogelijk verwijderd.

Ware derhalve wetswijziging noodig? Wat art. 151 betreft, m. i. zeer zeker. Zoo ook OPPENHEIM, (I pag. 356): „Dat er naast artikel 150 aan art. 151 behoefte was, kan ik niet toegeven. De bepaling zoude best gemist kunnen worden, als wanneer, bijaldien eene latere regeling van hooger gezag in het „onderwerp” (2) eener verordening voorzien, de Raad tot hare intrekking zou kunnen overgaan. Het voortbestaan van de artikelen 150 en 151 naast elkaar strekt slechts tot vermeerdering der rechts-onzekerheid”. Ik voor mij zou de intrekking meer principieel willen motiveeren. Er is m. i. eigenlijk niets tegen het voortbestaan der anterieure gemeenteverordening naast de latere wet, die eene verwante stof behandelt. Voor zoover zij met de wet in strijd is, wordt zij natuurlijk niet toegepast en zal te eeniger tijd hare intrekking

(1) Zie ook OPPENHEIM I, pag. 355.

(2) De aanhalingsteekens zijn niet van mij.

of wijziging van zelf volgen. Voor zoover zij met de hogere regeling samenvalt, is het eigenlijk onverschillig welke bepaling wordt toegepast. Voor zoover zij feiten betreft, niet onder de hogere regeling vallend, is er niets tegen, is het zelfs in het algemeen wenschelijk, dat zij hare gelding behoude. Maakt men de vraag los van het formeele wettelijk begrip, vraagt men naar de doelmatigheid van het voortbestaan van gemeentelijke regeling naast de hogere, dan kan m. i. *in het algemeen* die doelmatigheid niet ontkend worden, evenmin als voor posterieure gemeenteverordeningen, thans door art. 150, of liever door de practijk van art. 150, getroffen. Ik zeg: door de practijk, want m. i. ware thans reeds, met het bestaande art. 150, de door mij voorgestane behandelingswijze der vraag — beoordeeling, of de gemeenteverordening qua talis doelmatig is te achten — volkomen gemotiveerd en met het staatsrecht in overeenstemming. Intusschen, een zoo gevestigde practijk, gesteund ook door de bewoordingen van art. 141 Provinciale wet, dat wèl het ongelukswoord „onderwerp” noemt, zal moeilijk te vervangen zijn, tenzij wetswijziging duidelijk de richting aanwijst.

Het is na het voorgaande wel vanzelf sprekend, dat ik de oplossing niet verwacht van een bepaling in den geest van art. 3 al. 1 der Keurwet.

Blijkens de geschiedenis van dat artikel heeft men hier inderdaad de bedoeling gehad, de aanvullingsquaestie uit te maken (1). Intusschen heeft men dit niet gedaan,

(1) Uit de M. v. T.: «De uitdrukking «punten» en niet «onderwerp» is in het eerste lid van dit artikel gekozen om te doen uitkomen, dat door de besturen in het huishoudelijk belang dezer instellingen aanvullende bepalingen kunnen worden vastgesteld, voor zoover de voorschriften van hooger gezag zulks toelaten. Het

door ten deze de geheele formeele „begriffliche” behandeling van het vraagstuk over boord te werpen, doch eigenlijk alleen bereikt, dat vaststaat: het „onderwerp” eener regeling, hier dan het geregelde „punt” geheeten, mag niet in ruimen zin worden opgevat, doch moet enger worden omschreven. Hoe eng? Op die vraag is het antwoord niet te vinden. Bij de toepassing m. a. w. van art. 3, eerste lid, der Keurwet zal men weer, geheel op dezelfde wijze als bij art. 141 Provinciale wet noodig en bij art. 150 Gemeentewet mogelijk is gebleken voor het woord „onderwerp”, moeten gaan vragen: wat is te verstaan onder een „punt”? Of mag men aannemen, dat het eenvoudig beteekent: het geregelde feit? Er is

tweede lid van dit artikel heeft eene ruimere strekking; daarom wordt daar het woord «onderwerp» gebezigd. Wanneer door hooger gezag voorschriften omtrent een onderwerp worden vastgesteld, moet van het lager gezag geëischt worden, dat de bepalingen omtrent dat onderwerp, in bestaande verordeningen voorkomende, zoodanig worden gewijzigd, als uit die nieuwe voorschriften van hooger gezag volgt. De ingezetenen mogen niet in twijfel worden gelaten omtrent de vraag, in hoeverre voorschriften omtrent dit onderwerp al dan niet geldend zijn gebleven. Vandaar dat een voorschrift noodzakelijk is, dat de bepalingen der verordeningen, in wier onderwerp door een wet, een algemeenen maatregel van bestuur, eene provinciale verordening of het reglement der instelling wordt voorzien, van rechtswege ophouden te gelden, opdat door de besturen, zoo noodig, nieuwe bepalingen zullen worden vastgesteld, met inachtneming van het bepaalde in het eerste lid van dit artikel.

In het V. V. werd gevraagd «of, op grond van dit artikel, in de keuren geene bepalingen zullen mogen voorkomen, waarbij het gebruik van zeker vischtuig verboden wordt, omdat de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 87) daaromtrent voorschriften behelst.»

M. v. A.: «De vraag, welke vischtuigen in zekeren watergang verboden moeten worden met het oog op de belangen eener geregelde afstrooming van het water, betreft een punt waaromtrent de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 87) geen enkele voorziening behelst. Het onderwerp der wet is ook een geheel ander.»

m.i. niets, dat daartoe recht geeft. Wat zou bovendien een bepaling beteekenen, die de waterschappen enkel verbodt, bepalingen van hooger gezag te herhalen?

De Eerste Kamer heeft dit bezwaar wel gevoeld (1).

Men kan zeker niet zeggen, dat het Regeeringsantwoord op hare vraag de zaak gepreciseerd heeft. Een „meer beperkte beteekenis”, zeer goed, maar *hoeveel meer* beperkt? Die vraag blijft open, want op zichzelf is het woord „punt” volstrekt niet duidelijker dan het woord „onderwerp”.

De poging, om door het woord „punten” de zaak te beslissen, vindt men ook in art. 7 Motor- en Rijwielwet. Tot welke verlegenheden dit leiden kan, verlegenheden van geheel denzelfden aard als het woord „onderwerp” baart, leze men na in het hoofdartikel van W. B. A. no. 2971. De verordening mag niet treden in de punten, door wet of reglement geregeld. Het reglement regelt de verlichting van rij- of voertuigen: het eischt als minimum verlichting aan den linkerkant. Mag nu de Raad dit aanvullen met een voorschrift, dat verlichting b.v. aan twee kanten verplichtend stelt? De Minister, die de „Toelichting” op het Motor- en Rijwielreglement gaf,

(1) In haar V. V. vindt men:

«De opmerking werd gemaakt, dat de beteekenis van het woord «punten» geenszins vaststaat.»

De M. v. A. repliceerde: «Tegenover het woord «punten» in het eerste lid staat het woord «onderwerp» in het tweede. Aan het eerste woord is eene meer beperkte beteekenis te hechten. De strekking is te doen uitkomen, dat voor zoover door hooger gezag voorschriften ten aanzien van een onderwerp gegeven zijn, waarbij bepaalde onderdeelen of punten ongeregeld bleven, in het huishoudelijk belang der hierbedoelde instellingen aanvullende bepalingen omtrent die punten kunnen worden vastgesteld.»

zegt van wel. De Redactie van het W. B. A. merkt daarbij op: „Zou men willen beweren dat art. 23 van het Reglement niet voorziet in het punt van het voeren van lantaarns aan een rij- of voertuig? Dan zal men dat punt moeten splitsen in zooveel punten als er lantaarns aan een rijtuig kunnen worden vastgehecht. Maar dan zouden wij tevens wel willen hooren, wanneer eigenlijk zeker punt niet door den gemeenteraad kan worden geregeld naast de wet”. Volkomen juist: met het woord „punt” is daaromtrent eenvoudig niets uitgemaakt.

Mijns inziens ware in de wet neer te schrijven, dat de Koning ten aanzien van elke gemeenteverordening bevoegd is te beoordeelen, of zij eene regeling bevat, die doelmatig van een gemeentebestuur qua talis kan uitgaan. (Voor de nadere preciseering hiervan moet ik naar mijn Diss. verwijzen.) Niet alleen wanneer reeds een verwante hogere regeling bestaat, doch in het algemeen. Zeer goed toch is het denkbaar, dat van eenige materie kan worden geconstateerd, dat zij niet doelmatig door de gemeentebesturen kan geregeld worden, ook zonder dat reeds eene wet of hogere verordening zich de zaak aantrok. (Men denke b.v. aan motor- en rijwielverordeningen vóór de Motor- en Rijwielwet.) Uiteraard zal er in dat geval voor vernietiging zelden grond zijn, vooral omdat een gebrekkige, lokaal onnoodig verschillende, regeling, in afwachting eener wet, altijd nog verkieslijk kan zijn boven ongebondenheid, maar niettemin is het goed, vooral ook om de preventieve werking, dat het algemeen beginsel in de wet neergelegd zij, dat iedere concrete gemeenteverordening voor vernietiging vatbaar is, zoo zij iets regelt, dat door de gemeenten doelmatig niet geregeld kan worden.

Is nu bij het oordeel over die vraag het bestaan eener

anterieure wet geheel en al onverschillig? *In het algemeen*, zeide ik boven reeds, komt mij die vraag voor bevestigend te moeten worden beantwoord. Er is in het algemeen zoover ik zien kan uit doelmatigheidsoogpunt geen enkel bezwaar tegen te maken, dat de lagere organen hoogere regeling naar hunne bijzondere behoeften aanvullen (1). Bij artikel 3 der Keurwet is dat beginsel dan ook uitdrukkelijk erkend, zij het dan ook niet gelukkig in de wet uitgedrukt.

In het algemeen. Er is één bijzonder geval denkbaar, waarin het bestaan eener wet het daarnaast bestaan van eene met den uitgedrukten inhoud dier wet niet strijdige verordening van lager gezag niettemin ondoelmatig maakt. Dat is m. i., als de verordening in hare werking de werking van de hoogere regeling doorkruist, daarop invloed uitoefent. Als b.v. de Hinderwet de oprichting van bepaalde bedrijven aan eene vergunning bindt, te weigeren alleen op bepaalde gronden, dan kan eene gemeentelijke verordening, die (art. 4: 2° der wet) bepaalde plaatsen of gedeelten der gemeente aanwijst voor bepaalde bedrijven, eigenlijk niet, naar ik zou meenen, gezegd worden met die wet te strijden. Niettemin zullen de bepalingen der wet bij de uitvoering den invloed ondervinden van de gemeentelijke bepaling: eene vergunning, die volgens de wet-alleen verleend zou moeten worden, kan door de gemeenteverordening in de termen van weigering vallen. De wet en de verordening worden hier in de werking als het ware één geheel. Vandaar dat er in zulke gevallen voor den wetgever reden is, uitdrukkelijk gespecialiseerd te omschrijven, wat hij van den gemeentewetgever e. q. verwacht.

(1) Bij de toepassing van dit beginsel moet overigens natuurlijk de Raad met velerlei rekening houden. Zie daaromtrent het hoofd-artikel in W. v. h. R. no. 8747.

In dezelfde verhouding staan tot elkander de Beperkte Snelheidswet en de verordeningen, bedoeld in art. 3 dier wet, de Drankwet en de verordeningen van art. 6, 35, 7 eerste lid, 1^o en 2^o. Zoude men in die verordeningen strijd met die wetten willen zien, dan wordt dit begrip, naar ik meen, te ver uitgebreid. Niettemin moet de wetgever voor een dergelijk „treden in” zijn invloedsfeer gevrijwaard zijn (1).

In het gemeene recht behoort dus tevens het beginsel te worden neergelegd, dat als ondoelmatig is te beschouwen een gemeenteverordening, die tot een wet in bedoelde verhouding staat, behoudens natuurlijk een speciale verklaring dier wet zelf. Op die wijze bereikt men tevens, dat de verhouding tot het gemeene recht van die artikelen in bijzondere wetten, waarin niet de aanvullingsbevoegdheid zonder meer wordt uitgesproken, maar een gespecialiseerde en geconditioneerde bevoegdheid wordt gegeven (2), beter geregeld wordt, in overeenstemming ook met de bedoeling der bijzondere

(1) Hoezeer b.v. de verordeningen, in de genoemde artikelen der Drankwet bedoeld, zich in de sfeer dier wet indringen, blijkt wel daaruit, dat zij, zonder hare uitdrukkelijke vermelding in art. 8, eerste lid 1^o en 8^o en art. 36, tweede lid, dier wet zelf, alle effect zouden missen (cf. art. 2, zevende lid, en art. 34, vierde lid).

(2) De hier gemaakte onderscheiding vindt men in optima forma in de Motor- en Rijwielwet: art. 7 de algemeene aanvullingsbevoegdheid, art. 8 de gespecialiseerde aanvullingsbevoegdheid betreffende punten, door welker regeling de Raad in de werking der wet zelf ingrijpt, weshalve hij dan ook bij zijn regeling aan bepaalde voorwaarden gebonden wordt. In het eerste artikel kan men zien de emancipatie der gemeente van het oordeel des Konings ex art. 150, de geschiedenis van het tweede toont duidelijk aan, dat men de gemeenten hier bevoegdheden wenschte te verleenen, die zij zonder die bepaling niet, ook niet voorwaardelijk, bezaten. Vandaar dan ook dat die bepalingen limitatief zijn, en daarbuiten de gemeente onge-

wet. Die bedoeling toch is blijkens de geschiedenis dier artikelen (zie daaromtrent mijne Diss. pag. 47—56, 68—69) geweest: aan de gemeentebesturen de daarin speciaal omschreven bevoegdheid te geven, en ze voor wat

voegd is, zoodat voor elke erkenning van verdere bevoegdheid wetswijziging noodig is: de wet van 6 October 1908 (*Stbl.* no. 313).

Vooral de geschiedenis van het tweede lid van art. 8 is in dit opzicht duidelijk. In het ontwerp 1904 ontbrak deze bepaling, omdat art. 14] (thans 15) een algemeen maximum bevatte. In de 2e Kamer vroeg de heer VAN BIJLANDT, wat op dit punt de bevoegdheid der gemeentebesturen zou worden, als die bepaling eens verviel (am.-DRUCKER).

De Minister verklaarde, dat alsdan de gemeentebesturen bevoegd zouden zijn «en wel om deze reden, dat de snelheid dan niet meer is een punt, waarover voorzien is in de wet. Ik geef dadelijk toe, dat de kwestie twijfelachtig is, doch ik meen, dat wanneer de woorden: «met grooter snelheid dan 40 K.M.», verdwijnen, in het heele artikel niet meer gesproken wordt over snelheid. Men zal misschien zeggen, dat het in de woorden «rijden op zoodanige wijze enz.», misschien toch nog ligt, maar in elk geval wordt de zaak er door op losse schroeven gezet. Ik acht de mogelijkheid niet uitgesloten, dat de rechter aannemen zal dat de gemeentebesturen bevoegd zijn om een bepaling omtrent de snelheid te maken».

De heer DRUCKER sprak dit tegen, waarop het artikel werd aangehouden tot na art. 14 (15).

Bij art. 14 zeide de heer DRUCKER: «Wanneer art. 14 wordt aangenomen gelijk wij het wenschen geredigeerd te zien, zal dat artikel altijd blijven regelen de wijze van rijden met motorrijtuigen en rijwielen, bekeken uit het oogpunt van vrijheid en veiligheid van het verkeer. En nu is zeer zeker de mate van snelheid een van de voornaamste onderdeelen, zoo niet het voornaamste, van de wijze van rijden. Er zal dus veel zijn te zeggen voor de meening, dat de geheele wijze van rijden bij deze wettelijke bepalingen is onttrokken aan de gemeentebesturen».

De Minister bleef juist in de bij aanneming van het am. z. i. ontstaande bevoegdheid der gemeentebesturen een bezwaar tegen dat am. zien.

De heeren DRUCKER en VAN NISPEN redigeerden daarop hun am.

daarbuiten lag in hun staat van onbevoegdheid te laten. Aangezien echter het gemeene recht die onvoorwaardelijke onbevoegdheid in het algemeen niet uitspreekt, kloppen hier uitzondering en regel niet met elkaar, en ontstaat het dubium, of de gemeente voor het niet door de bijzondere bepaling bestreken terrein, volgens de bedoeling, onbevoegd is, of wel, volgens het gemeene recht, bevoegd

opzettelijk met het oog op de gemeentelijke bevoegdheid zoo, dat «of met zoodanige snelheid» er uitdrukkelijk in kwam.

Het am. werd aangenomen, waarop de heeren VAN BILANDT en DE WAAL MALEFLIJT voorstelden in art. 7 al. 1 op te nemen: «of bepaald, dat op zoodanige wegen niet dan met eene bij de verordening te bepalen maximum snelheid mag worden gereden», ten einde voor speciale gevallen naast art. 14 een maximum snelheid te kunnen krijgen. Hij wees er o. a. op, dat anders sommige straten gesloten zouden moeten worden. Later werd nog een exceptie voorgesteld ten aanzien der wegen voor doorgaand verkeer.

De Minister zag in het am. geen groot gevaar. «Wel echter, wanneer aan het bestaan van het doorgaand verkeer wordt getornd, want ik geloof, dat dit geheel onmogelijk zou worden, wanneer men zich op sommige plaatsen moest richten naar de plaatselijke bepalingen».

De heer LOHMAN: «het beginsel van de wet blijft geheel ongeschonden, dat er moet zijn een doorgaande weg, die gaat door alle gemeenten van Nederland en waarop, wat de snelheid van het rijden aangaat, geen gemeente invloed kan uitoefenen».

Ten slotte stelde de Minister voor, in een tweede lid van art. 7 te brengen een bevoegdverklaring tot snelheidsbeperving, bij tweede lezing nog eenigszins gewijzigd aan art. 8 toegevoegd.

Uit een en ander blijkt zoo duidelijk mogelijk, dat hier een bevoegdheid verleend is, waardoor de gemeentebesturen in de werking van art. 15 der wet kunnen ingrijpen, terwijl er voorts voor gezorgd is, dat dit weer niet zoover gaan kan, dat het hoofdbeginsel der wet, de vrije doorgaande weg voor het groote verkeer, daardoor kan worden aangetast. Het geldt hier geen bloote aanvulling der wet: het is een zich binnendringen in hare werkingssfeer, dat de wetgever zelf zich, als deel zijner regeling, als mogelijk heeft voorgesteld, en waarvoor hij zelf de grenzen heeft aangegeven.

behoudens het oordeel der Kroon, dat dan trouwens meestal op ontkenning der bevoegdheid zoude uitloopen. Bevat echter het gemeene recht de onvoorwaardelijke onbevoegdverklaring, dan vervalt die moeilijkheid en komt de bedoeling der bijzondere artikelen tot haar recht. (Op de genoemde plaatsen mijner dissertatie, moet ik thans erkennen, komt de bedoeling dier bijzondere bepalingen wel wat te veel in het gedrang.)

Ik kom tot deze conclusie, dat artt. 150 en 151 der Gemeentewet zouden kunnen vervallen, en art. 153 dan ware te lezen als volgt:

1. *De plaatselijke verordeningen, waaronder alle voorschriften en beschikkingen van den Raad en van Burgemeester en Wethouders worden verstaan, kunnen, zoover zij met de wetten of het algemeen belang strijden, door ons worden geschorst of vernietigd.*
2. *Strijd met het algemeen belang is ook aanwezig, als de verordening treedt in hetgeen kennelijk van gemeente-wege niet doelmatig geregeld kan worden.*
3. *Zulks wordt steeds geacht het geval te zijn, als door de verordening in de werking van een bepaling of een samenstel van bepalingen, van hooger gezag afkomstig, getreden wordt, tenzij de wet een uitdrukkelijke bevoegdheid verleent.*

Op deze wijze ware m. i. bereikt:

1^o. dat alle twijfel aan de grondwettigheid van het thans in art. 150 neergelegde beginsel vervalt. Het daar gegeven, door mij in het ontworpen tweede lid naar ik meen in wezen onveranderd opgenomen voorschrift wordt dan uitdrukkelijk gebracht onder de wering van strijd met het algemeen belang (zie Diss. pag. 12—15). Daardoor wordt tevens art. 150, tweede lid overbodig.

2^o. dat een duidelijk en in de toepassing naar ik meen niet al te lastig criterium is aangegeven, waarnaar de Koning het treden op het terrein van hooger gezag beoordeelen kan. Is eene gemeentelijke regeling der materie doelmatig te achten? Ziedaar de vraag, die te stellen zal zijn. Zoo wordt m. i. de zaak op den weg van het gezond verstand gebracht en losgemaakt uit de verwarringen van een al te formalistisch begrippenspel.

3^o. dat er voor de practijk geen grond zal zijn om een onderscheid te maken tusschen verordeningen, welke zich bewegen op nog maagdelijk terrein, en die, welke zich een reeds gedeeltelijk door een hooger gezag geregelde stof aantrekken. Op beide gelijkelijk is het tweede lid van toepassing. Daardoor is buiten twijfel gesteld :

- a. dat de Koning desnoods, natuurlijk altijd als hooge uitzondering en ultimum remedium, ook een verordening van de eerste soort vernietigen kan.
- b. dat aanvullingsbevoegdheid de algemeene regel is. Is daartoe bij een bijzondere wet aanleiding, dan ware zij uitdrukkelijk uit te sluiten. Bepalingen als art. 29 Ziektenwet e. d. zijn voortaan overbodig. De bestaande zouden ingetrokken kunnen worden.

4^o. dat de bijzondere soort van aanvulling, boven omschreven, door het derde lid in het algemeen uitgesloten wordt, hetgeen noodig is om aan speciale artikelen als art. 4 Hinderwet e. d. in het gemeene recht den hun thans ontbrekenden grondslag te verzekeren, waardoor eerst onomstootelijk hun limitatief karakter komt vast te staan.

Ik stel mij voor, dat op de boven ontworpen wijze in deze materie rechtszekerheid en éénheid van legislatief stelsel ware te bereiken.

Eén leemte ben ik mij bewust, dat mijn art. 153 heeft: zij is een opzettelijke. Moet een verordening, als in de derde alinea bedoeld, anterior aan de wet zijnde, niet van rechtswege vervallen, evengoed als die alinea haar latere totstandkoming uitsluit? In het afgetrokkene, ongetwijfeld. Het komt mij niettemin ongewenscht voor dit te bepalen, omdat het geval zich uiterst zelden zal voordoen, daar verordeningen als de hier bedoelde in de meeste gevallen eerst naar aanleiding van en in verband met eene wet ontworpen zullen worden, zoodat een artikel, dat toch weer in strafprocessen de deur zoude openen voor dubia in zake de rechtsgeldigheid der overtreden verordening, — een scherpzinnig advocaat zou met een artikel als mijn derde lid waarschijnlijk nog wonderen verrichten, — mij niet door die weinige gevallen gemotiveerd schijnt. Is er bij een bijzondere wet eens aanleiding toe, dan kan men altijd nog daarin het vervallen der bedoelde verordeningen van rechtswege uitspreken. En in elk geval kan ook het vernietigingsrecht ze bereiken.

De eigenrichting in het oudste Romeinsche rechtsleven

DOOR

Mr. J. M. NAP

Commies van Staat bij den Raad van State.

§ 7. *De lex Poetelia Papiria* (vervolg) (1).

Zoo wij in de voorgaande regelen aanleiding vonden, de overgeleverde dateeringen der z.g. *lex Poetelia Papiria* niet voetstoots aan te nemen, geschiedde zulks ook op grond eener omstandigheid, welke alle Romeinsche wetten der oudere Republiek eigen is. Ongedateerd zijn zij door de tijdgenooten aan latere geslachten nagelaten; zoodat de bij de annalisten vermelde dateeringen niet onvoorwaardelijk geloof verdienen. Ten betooge hiervan het volgende.

Wordt bij wetten en tractaten in het algemeen, reeds in de oudste tijden schriftelijke totstandkoming geëischt — de alleen mondeling vastgestelde wet is even abnormaal als de *pax illitterata* (2) — in belangrijke gevallen wordt te Rome, stellig op Griekschen voorgang, de wet of het tractaat op bronzen tafelen gegrift. Het bevel daartoe ging oorspronkelijk altijd en later in den regel uit van den ambtenaar; slechts bij uitzondering en alleen in later tijd werd in de wet zelf bevolen, dat hare

(1) Zie *Themis* 1907 blz. 335 vlg.; 413 vlg.; 1908 blz. 227 vlg.

(2) *FESTUS* i. v. *illitterata pax* (Ed. *Thewrewk de Ponor* p. 80)
LIVIVS 1, 24, 7.

bepalingen aldus zouden worden vereeuwigd. Immers, reeds het laconisme dat de oudste wetten kenmerkt, maakt aannemelijk, dat alles wat met hare afkondiging in verband staat, in beginsel den ambtenaar wordt overgelaten. Zoo kan de ambtenaar in plaats van de wet in haar geheel, een of meer harer onderdeelen (1) op het brons doen graveeren.

Besluit intusschen het volk zelf, dat eene wet op het brons zal worden vereeuwigd, dan is het niet voldoende, dit bevel op het brons te vermelden: immers, daaruit blijkt niet, dat dit bevel is uitgegaan van het volk, in tegenstelling met den ambtenaar. Om te doen uitkomen, dat de vereeuwiging eener regeling is gelast *door het volk*, wordt deze regeling niet alleen besloten door de mededeeling, dat zij op het brons zal worden gegrift, maar zij wordt bovendien voorafgegaan door eene *praescriptio*, die uitdrukkelijk vermeldt, dat, wanneer en hoe het Romeinsche volk eene regeling tot wet heeft verheven (2).

(1) CICERO *ad Atticum* 3, 15, 6.

(2) De *praescriptio* is het uiterlijk kenteeken der souvereiniteit van het volk. Met sarcastische bitterheid vraagt daarom CICERO, waar hij een aanslag op de vrijheid der volksvergadering voorspelt, aan zijne politieke tegenstanders: *in aes incidi iubebitis, credo, illa legitima: consules populum iure rogaverunt — hocine a maioribus accepimus ius rogandi? — populusque iure scivit.* (*Philipp.* 1, 10, 25 vgl.). Vandaar, dat de *praescriptio* met grooter letterteekens dan de wet zelf wordt gegrift (zie de aanteekening van MOMMSEN bij BRUNS-MOMMSEN *Fontes* I p. 56 noot 1) en dat, wanneer de wet over meer dan eene tafel is verdeeld, elk van hen een onderdeel der *praescriptio* bevat (zie de inleiding op de *lex Cornelia de XX quaestoribus* bij BRUNS-MOMMSEN *Fontes* I blz. 90). Uit de laatste woorden van den overgebleven tekst dezer *lex Cornelia* blijkt, dat de graveering dezer wet door het volk was bevolen.

Voorbeelden van wetten zonder *praescriptio* treft men aan in de z.g. *lex Julia municipalis*, waarop ik hoop later terug te komen.

De uitspraak van den wetgever, dat een regeling op het brons behoort te worden vereeuwigd, gaat steeds gepaard met de *praescriptio*. En omgekeerd, omdat die uitspraak in de oudste tijden steeds ontbrak, kan worden aangenomen, dat in de oudere Republiek de wetten zonder uitzondering de *praescriptio* misten en dus ongedateerd waren, zooals nog in de laatste eeuw der Republiek in den regel het geval was.

Reeds omdat de Twaalf Tafelen op bevel van een ambtenaar op het brons waren gegrift (1), kan men veilig aannemen dat zij niet aanvingen met eenige mededeeling omtrent de wetsvoorstellen of de eponyme ambtenaren, doch onmiddellijk de wettelijke bepalingen aangaven (2). Immers, bestond eene officiële dateering, geldig voor alle Twaalf Tafelen, dan kon nooit de totstandkoming der twee laatste Tafelen door DIODORUS SICULUS 12, 25 zijn toegeschreven aan de consuls HORATIUS en VALERIUS, terwijl de door CICERO geraadpleegde jaarboeken, en op hun voorgang LIVIUS, DIONYSIUS (3) e. a., hier het tweede college decemviri ten tooneele voeren. Al is het hier niet de plaats, beide even tendentieuze en verdachte overleveringen in hun ontstaan te verklaren (4), hun aanwezigheid is voldoende om aan te toonen, dat de tekst der wet, ongedateerd als deze was, ruimte liet voor allerlei overleveringen ten aanzien der ambtenaren, waaronder zij is tot stand gekomen.

(1) Dit blijkt uit LIVIUS 3, 57, 10 *Sunt qui iussu tribunorum aediles functos eo ministerio scribant*. Zie over dit verhaal MOMMSEN *Staatsrecht* II³ blz. 474 noot 2.

(2) Dit blijkt uit CICERO *de legibus* 2, 4, 9. *A parvis . . . Quinte, didicimus: Si in ius vocat, atque alias eiusmodi leges nominare.*

(3) CICERO *de re publ.* 2, 37, 63. LIVIUS 3, 37; 4, 4. DIONYSIUS, 10, 60.

(4) MOMMSEN *Röm. Forsch.* 1 blz. 300 noot 29.

Tot eene analoge slotsom voert de omstandigheid, dat de wet, waarnaar althans één consul plebeier moet zijn, bij DIODORUS 12, 25 voorgesteld als tot stand gekomen onmiddellijk na den val der *decemviri*, door de gangbare overlevering wordt toegeschreven aan de Licinische wetgeving van 367 v. Chr. Deze tegenstrijdigheid bewijst het gemis aan eene officieele dateering even duidelijk als de controverse, of de oudste wetgeving den hoogsten ambtenaar als *iudex* dan wel als *praetor* betitelde: een strijd die slechts dan verklaarbaar was, wanneer in die wetten elk vaststaand formulier, den consul vermeldend ontbrak (1).

Hetzelfde leeren de oudste verdragen, door Rome gesloten. Het oudste document, te Rome in het openbaar opgesteld, waarvan in de bronnen melding wordt gemaakt, ik bedoel het verdrag tusschen Rome en Gabii, was geschreven op een met eene lederen huid bedekt houten schild (2). Wanneer de overlevering het toeschrijft aan den legendairen Koning TARQUINIUS, beteekent dit natuurlijk niets anders dan dat het stuk zelf omtrent zijne dateering geen uitsluitel geeft. Hetzelfde kan worden opgemerkt aangaande de vier bij POLYBIUS (3) vermelde verdragen tusschen Rome en Carthago. Slechts één daarvan heet gedateerd, doch deze dagteekening kan slechts hem geloofwaardig schijnen, die ook geloof hecht aan het jaar, de maand en het uur waarop Koning ROMULUS ten Hemel zou zijn gevaren of aan de triumpfen van Koning SERVIUS TULLIUS. Ook die kritiek, welke de echtheid der

(1) LIVIUS 3, 55. Ongedateerd was blijkbaar ook de bij LIVIUS 7, 3 vermelde *lex vetusta: ut qui praetor maximus sit, Idibus Septembribus clavum pangat*.

(2) DIONYSIUS 4, 58. FESTUS v.v. *clipeus*.

(3) POLYBIUS 3, 22 vlg.

Twaalf Tafelen boven redelijke bedenkingen verheven acht, kan de mededeeling, dat een tractaat zou zijn gesloten in het eerste Republiek, niet als historisch beschouwen (1). Aan deze naar alle waarschijnlijkheid volkomen betrouwbare documenten ontbrak elke dateering; en eveneens was dit het geval met het door Sp. CASSIUS met de Latijnen gesloten verdrag, zooals reeds blijkt uit de omstandigheid, dat de oudste annalisten, die het tractaat niet onder een bepaald jaar wisten te brengen, daarvan geen melding maakten, al waren zij daarmede even bekend als CICERO, die het tractaat nog in zijne jeugd op het Forum moet hebben gezien (2).

Onze slotsom moet dus luiden in dien zin, dat de wetten en verdragen der oudere Republiek ongedateerd zijn overgeleverd en eerst door de jongere annalisten in verband met de Fasti zijn gebracht. De aldus ontstane dateering moet dus verworpen worden, wanneer zij strijdt met de rest der overlevering betreffende eenige wet. Dat dit laatste plaats vindt ten aanzien der *lex Poetelia Papiria*, meenen wij hierboven te hebben aangetoond.

(1) Naar alle waarschijnlijkheid was dit tractaat identiek met het bij DIODORUS SICULUS 16, 69 vermelde «oudste» tractaat tusschen Rome en Carthago. Het zou dus dagteekenen van 407 v. Chr. Zie C. P. BURGER Jr. *Neue Forschungen zur ältern Geschichte Roms* II blz. 4 vlg. Aangaande de dateering van het tweede en derde tractaat was klaarblijkelijk POLYBIUS zelf in het onzekere.

(2) MOMMSEN *Röm. Forsch.* II bl. 159. CICERO *pro Balbo* 23, 53. Dat het tractaat niet vermeld werd bij de oudste annalisten, blijkt hieruit, dat LIVIUS en DIONYSIUS niet weten aan te geven, in welken samenhang en onder welke omstandigheden het is gesloten. De motiveering van LIVIUS 2, 33: *ab Sp. Cassio uno, quia collega afuerat, ictum* is stellig verzonnen door jongere annalisten, die moesten verklaren waarom de toenmalige ambtgenoot van CASSIUS — volgens hen POSTUMUS COMINIUS — niet in het verdrag genoemd werd. DIONYSIUS 6, 95 leidt het verdrag in met de eenvoudige opmerking, dat in dien tijd ook het verdrag met Latium is gesloten.

§ 8. *Het verloop der eenzijdige eigenrichting.*

Tusschen de lynchwet, uitgangspunt van ons onderzoek, en het stuiten der eigenrichting door de tusschenkomst van een derde ligt eene wijd gapende, doch door de rechtsontwikkeling van lieverlede overbrugde klove. En evenals het primitieve volk geruimen tijd noodig heeft om eenig begrip te verkrijgen van vooruitgang in beschaving, ook nadat het daarin naburige volken te boven gaat, zoo ook had de Romeinsche samenleving reeds lang instinctmatig rechtsregelen toegepast, toen die regelen als *fas* en *ius* bewust van *vis* werden onderscheiden.

Wij zagen, hoe door afscheiding van eene oudere en meer omvattende handeling, eene jongere en minder omvattende daad van eigenrichting ontstond, zoodat achtereenvolgens dooden, geeselen, boeien, *domum ducere*, *manum inicere* enz. als zelfstandige handelingen opkwamen. Met dit historisch ontstaan der daden van eigenrichting hangt hunne logische volgorde in dien zin samen, dat de *historisch* eerder als zelfstandige eenheid erkende handeling *logisch* volgt op de historisch jongere handeling. Om een voorbeeld te noemen: het boeien van den schuldige is historisch later dan het geeselen opgekomen, al wordt in concreto de schuldige eerst geboeid en vervolgens gegeeseld. Logische en historische volgorde staan hier in omgekeerde evenredigheid.

Nu is, uit een oogpunt van eigenrichting, de historisch oudere daad ruwer en scherper, dan de historisch jongere die logisch daaraan voorafgaat: het geeselen, scherper straf dan het boeien, is minder streng dan de levensberooving. Daarom kan het zooveen geformuleerde beginsel ook als beginsel van de *geleidelijke verscherping der eigenrichting* worden teruggegeven. En inderdaad blijkt in elke vertakking van het oud-Romeinsche rechts-

leven, dat in concreto eene minder strenge daad van eigenrichting de strengere voorafgaat. De oorlogsverklaring wordt voorafgegaan door eene symbolische handeling, als b.v. het werpen met een speer (1); de oud-militaire doodstraf, door een ander symbool: vóór de executie wordt de ter dood veroordeelde door den hoofdman even aangeraakt met een stok (2). Iets dergelijks geschiedt bij de *in ius vocatio*: de eischer raakt eerst den gedaagde aan, om hem als het ware tot „arrestant” te verklaren en sommeert den gedaagde zich met hem naar de Overheid te begeven. Blijft de gedaagde halsstarrig en weigert hij mede te gaan, dan kan hij door *manus iniectio* daartoe worden genoodzaakt (3). Een ander voorbeeld van geleidelijke verscherping levert het bij de wet bekrachtigde gebruik, waarnaar de ambtenaar, bij het opleggen van boeten eerst schapen, vervolgens de tienmaal duurdere runderen eischt (4).

Bij de *vindicatio* eveneens verscherping van eigenrichting: de eigenaar raakt eerst de zaak, en vervolgens de persoon van den bezitter aan (5). Vermelding ten dezen verdient eveneens de sage van den consul POSTUMIUS, na Caudium aan de Samnieten overgeleverd als zoen voor Rome's contractbreuk: om een nieuwen oorlog tusschen Rome en Samnium te doen ontbranden, beweert

(1) LIVIUS 1, 32. GELLIUS 16, 4, 1. FESTUS i. v. *hasta* (Ed. Thewrewk de Ponor p. 72). *Carthaginenses cum bellum vellent Romam hastam miserunt.*

(2) POLYBIUS 6, 37, 2.

(3) Twaalf Tafelen 1, 1, 2: . . . *ni ù, antestator; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.* Zie DEMELIUS, *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 1881 blz. 9 vlg.

(4) PLINIUS *hist. nat.* 18, 3.

(5) GAIUS IV, 16.

POSTUMIUS Samniet te zijn en bij het uiten dezer bewering, schopt hij den Romeinschen afgezant tegen den scheen (1). Zodoende verricht hij de noodzakelijke daad van eigenrichting, die aan een *bellum iustum* behoort vooraf te gaan.

Naarmate nieuwere en minder strenge formaliteiten den weg versperren naar oudere en strengere daden van eigenrichting, vallen deze laatsten in onbruik en worden van het tooneel verdrongen: het *in partes secare* der Twaalf Tafelen is zijn natuurlijken dood gestorven. De moderne lijfswang, die thans als verouderde instelling vrij algemeen wordt afgekeurd, is niets anders dan de Romeinsche *domum ductio*, waardoor het boeien van den schuldenaar werd voorafgegaan en die deze laatste handeling heeft overleefd, om thans, deelende in des menschen vergankelijkheid, ook zelf uit te sterven. De hier geschetste gang van zaken kan dus ook als de geleidelijke verzwakking der eigenrichting worden geformuleerd.

Zooals gezegd, is in concreto de opvolging der daden van eigenrichting eene reeks, die bij de minder scherpe handeling begint en voortdurend in strengheid toeneemt. Wanneer zich de Romeinen, bij hun sterk sprekende zin voor orde en regelmaat, die volgorde wel bewust waren, is daarmede niet gezegd, dat zij ten allen tijde daarvoor technische termen hadden: geruime tijd moest verlopen, voordat uit de concrete daden van eigenrichting, abstracties als algemeene begrippen en eigenschappen konden worden gedistilleerd. Doch aan den anderen kant kon de benaming dezer tegenstelling niet uitblijven bij een

(1) LIVIUS 9, 10. *Haec dicenti fetiali Postumius genu femur, quanta maxima poterat vi, perculit et clara voce ait: se Samnitum civem esse; illum legatum; fetialem a se contra ius gentium violatum; eo iustius bellum gesturos.*

volk, dat aan de daden van eigenrichting op elk gebied — men denke aan oorlog en proces — bijzondere aandacht schonk. Voor de oudste technische namen der tegenstelling tusschen zachtere en strengere handelingen hebben wij dus ons licht daar te zoeken, waar de eigenrichting en de formaliteiten, waarin zij zich oploste, het nauwkeurigst werden nagegaan. In de eerste plaats denken wij hier aan het procesrecht en aan hetgeen GAIUS IV, 32 vlg. mededeelt betreffende de formulieren in het proces van zijn tijd. Wel is waar is die procedure waarschijnlijk eerst \pm 125 v. Chr. wettelijk ingevoerd in het daar besproken burgerproces, doch haar terminologie is stellig veel ouder. Want de jongste onderzoekingen brengen telkens duidelijker aan het licht, dat het formulierproces in zijne constructie niet verschilt van oudere rechtsvormen, als eigenrichting en legisactie (1). De continuïteit der oud-Romeinsche procesgeschiedenis staat in beginsel vast. Onze slotsom is dus deze, dat de benamingen, door GAIUS gebezigd met het oog op de procedure tijdens de Antonijnsche Keizers, veel ouder zijn en wellicht eeuwen voor Chr. terugreiken.

Wij denken daarbij met name aan de woorden: *demonstratio* en *intentio* (2). De *demonstratio* is de inleiding, de

(1) Zie b.v. WLASSAK. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt. XXV* (1904) bl. 136 vlg.

(2) Dat *demonstratio* en *intentio* reeds in het eerste tijdperk der Romeinsche rechtsgeschiedenis (het tijdvak der legisacties, wier uitsluitende heerschappij in het burgerproces tot \pm 125 v. Chr. heeft geduurd) zijn ontstaan, wordt terecht betoogd door ERMAN *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt. XX* (1899) bl. 287 vlg. De vraag, of een bestanddeel van een formulier als *demonstratio*, dan wel als *intentio* geldt, wordt echter niet altijd met juistheid door hem behandeld. Zoo zijn de eerste woorden van het formulier der *mancipatio: aio rem meam esse ex. i. Q.* (GAIUS 1, 119) etc., stellig geene *intentio* (aldus ERMAN bl. 288) doch eene *demonstratio*.

aankondiging en gaat dus altijd vooraf: *demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur.* (G. IV, 40). Op de *demonstratio* volgt de *intentio* (inspanning, verscherping) (1); zij is de *conclusie*, de slotsom der redeneering en der eigenrichting tevens: *intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* (G. IV, 41).

Bij de oudste rechtshandelingen vallen *demonstratio* en *intentio* gemakkelijk te onderscheiden; de voorzin der formule is de *demonstratio*, de nazin de *intentio*. B.v.

Quod tu mihi iudicatus es sestertium X milia eaque quando oportet non solvisti (*demonstratio*), ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio (*intentio*) (2).

Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio (*demonstratio*) secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui. (*intentio*) (3).

Hunc ego hominem e. i. Q. meum esse aio (*demonstratio*) isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra (*intentio*) (4).

Reeds eene oppervlakkige lezing dezer formulieren doet opmerken, dat in de *intentio* de eigenrichting — als *manum inicere, vindictam imponere, emere* in den primitieven zin van nemen — meer op den voorgrond treedt dan in de *demonstratio*, die de reden aangeeft, waarom eigen-

(1) *Intendere* als verscherpen h.v. bij PLINIUS ep. 4, 9, 17 *senatui . . . licet et mitigare leges et intendere.* TACITUS ann. 13, 15 *odium intendit*, 47 *metum*; 14, 45 *mos antiquus per saevitiam intenderetur* etc.

(2) GAIUS IV, 21.

(3) GAIUS IV, 16.

(4) GAIUS 1, 119. Ook bij het *votum* valt de onderscheiding waar te nemen: *Tuo ductu, Pythice Apollo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios (dem.) tibi que hinc decimam partem praedae roveo (intentio)* LIV. 5, 21.

richting wordt gepleegd en de feitelijke grondslag is, die aan de eigenrichting het aanzijn schenkt. Modern uitgedrukt, is de *demonstratio* het beweerde feit, waaruit de rechtsbetrekking of *intentio* voortvloeit.

Recapituleerende, bestaat in het oud-Romeinsche rechtsleven iedere betrekking van eigenrichting uit twee bestanddeelen, *demonstratio* en *intentio*, waarvan de eerste, indien zij al uit eene menschelijke handeling voortspuit, toch in ieder geval minder strenge eigenrichting uitmaakt dan de *intentio*, het historisch oudere, doch logisch volgende bestanddeel. In de evolutie der eigenrichting sterft gaandeweg de oudere daad van eigenrichting als *intentio* af en komt in evenredigheid een jonger element als *demonstratio* op. Doch evenmin als ten onzent eene concrete rechtsbetrekking kan worden losgemaakt van den feitelijken grondslag, evenmin kunnen in het oudste rechtsleven *demonstratio* en *intentio* buiten onderling verband worden gedacht. Naarmate voorts de eigenrichting meer symbolisch wordt opgevat en afsterft, wordt het karakter der tegenstelling van *demonstratio* en *intentio* gewijzigd: voortaan doelt *demonstratio* op den feitelijken grondslag (1), die blijkens de *intentio* van een rechtsgevolg is voorzien.

§ 9. *Nexum* en *mancipium*.

Nooit worde bij het onderzoek naar voorhistorische rechtsinstellingen uit het oog verloren, dat, naarmate men hooger opklimt, de verschillende rechtsinstellingen

(1) Vandaar dat de *demonstratio* of *vera* of *falsa* is; vgl. l. 14 D. de *acceptilatione* 46, 4: . . . *nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur*. De *intentio* is de vordering, wier object meer of minder kan bedragen, hetgeen van belang is voor de *pluris petitio* GAIUS IV, 53 vlg.

minder scherp worden onderscheiden en in verband daarmede door dezelfde benamingen worden aangeduid. Opvolgende geslachten, gehoorzamen aan een bewusten of onbewusten drang naar nauwkeurigheid van uitdrukking, leggen er zich op toe, den zin van elk woord te beperken. Aldus reeds in de taal van het dagelijksch leven: *ponere*, oorspronkelijk elk „leggen” beteekenend, wordt als *pondre* in het Fransch alleen bij dat „leggen” gebezigd, 't welk een vogel tot subject en een ei tot object heeft. Veel meer nog treedt die differentiatie op den voorgrond in de rechtstaal met haar nauwkeurige begripsbepaling. De primitieve rechtsterm, evenals de primitieve mensch, heeft dikwijls het werk te verrichten, dat in later tijd door natuurgenoeten wordt overgenomen.

Als voorbeelden onzer stellingen kunnen *nexum* en *mancipium* worden aangehaald. De uiteenloopende rechtshandelingen, welke oorspronkelijk onder deze woorden zijn samengevat, komen hierin overeen dat daarbij in voorhistorische tijden „gebonden” (1) en „geslagen” werd.

Met het bovenstaande is het terrein geëffend voor de verklaring van het beroemde fragment der Twaalf Tafelen: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (2).

(1) Behalve de hierboven aangehaalde voorbeelden kan ook *lex Ursonensis* LXI worden aangehaald: *si quis in eo vim faciet, a s eius vincitur, dupli damnas esto*. Het boeien (*vincire*) is dus voorwaarde voor het intreden der boete. Boeien in de beteekenis van in bezit nemen eener zaak komt voor bij het *praedium obligatum* en bij de *obligatio* der nalatenschap (GAIUS 2, 35).

(2) Uit een stylistisch oogpunt verdient opgemerkt te worden de *demonstratio*: *cum nexum faciet m.que* en de *intentio*: *uti l. n. ita ius esto*. Zelfs kan men ieder dezer onderdeelen splitsen in bestanddeelen: eensdeels *cum nexum faciet* en *uti lingua nuncupassit*; anderdeels (*cum faciet*) *mancipium* en *ita ius esto*, die ieder tot elkander staan als *demonstratio* en *intentio*.

De wet onderstelt dat de aanvaller de tegenpartij eerst bindt, vervolgens slaat of althans aanraakt (*mancipium* van *manu capere*) en ten slotte mondeling zijn wil te kennen geeft. Aldus opgevat, verplaatst het fragment ons in eene rudimentaire rechtsorde, die in boeien en slaan kenmerken van alle heerschappij ziet.

Begrijpelijkerwijze is, evenals voor Rome's oudste verdragen (1), zoo ook voor deze bepaling der Twaalf Tafelen in de laatste eeuwen der Republiek het begrip van lieverlede te loor gegaan. Indien toen ter tijde de bepaling tot verschil van meening aanleiding gaf, werd aan eigenrichting niet meer gedacht: aan dien strijd lag ten grondslag — eene meesterlijke studie van LENEL (2) heeft het aangetoond — de opvatting, dat *nexum* en *mancipium* alleen de *mancipatio* aanduiden (3). Dat beide woorden oorspronkelijk geheel verschillende handelingen aanduiden, uit wier vereeniging, naast de *mancipatio* ook andere rechtsinstellingen waren ontstaan, werd daarbij geheel over het hoofd gezien. Hoe dit zij, het bestaan van dien strijd en de daarbij aangevoerde argumenten kunnen blijken uit VARRO de l. l. 7, 105 (4). Terwijl

(1) POLYBIUS 3, 22.

(2) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* XXIII (1902) blz. 84 vlg.

(3) Tegen het einde der Republiek is inderdaad *nexum* dikwijls synoniem van *mancipatio*. Zoo omschrijft CICERO de *mancipatio* als *traditio nexu* (*top.* 5, 28); spreekt hij van slaven, die door *nexum* verkregen zijn (*paradoxa* 5, 35); laat hij CURIO zich aanduiden als eigen aan ATTICUS *mancipio et nexu* (*ad fam.* 7, 30); is bij hem de vervreemder bij *mancipatio* iemand *qui se nexu obligavit* (*pro Murena* 2, 3). Hetzelfde spraakgebruik bij FRONTINUS 2, 36 (*stipendiaros [agros] qui nexum non habent*); bij GAIUS 2, 27 (*provincialis soli nexum non esse*); bij BOETHIUS (*ad Ciceronem topica* 5, 28) die het bericht van GAIUS over de *mancipatio* opvat als de *nexu faciendo*.

(4) Volgens KÜBLER (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung R. A.* 1904

n.l. volgens MANILIUS (1) *nexum* en *mancipium* in zoover zouden samenhangen, dat *nexum* een algemeen begrip aanduidt (*omne quod per aes et libram geritur*), waarin *mancipium* zou zijn begrepen (*in quo sint mancipia*), zou volgens MUCIUS (2) alleen dan eene handeling *per aes et libram* als *nexum* worden aangeduid, wanneer daaruit verbintenissen voortvloeien, dus met uitzonderingen van de *mancipatio*.

Zijn wij met LENEL van oordeel, dat de opvatting van MUCIUS en MANILIUS aldus moet worden teruggegeven, de door LENEL aan het fragment der Twaalf Tafelen gegeven interpretatie komt ons onaannemelijk voor. Hij gaat uit — en terecht — van de opvatting, dat *nexum* elke rechtens „bindende” handeling aanduidt, doch merkt verder op, dat „in den ouden tijd” (zooals hij zegt) het rechtens „bindende” moment in het formeele toewegen van het koper werd gevonden, zoodat men onder *nexum* juist dit toewegen zou hebben te verstaan. Daar volgens LENEL in elke handeling *per aes et libram* een *nexum* zou schuilen, vertaalt hij, meer vrij dan getrouw, de woorden: *cum nexum faciet mancipiumque* door: „Wenn Einer Wäagegeschäft und Zugriff vornimmt”.

Tegen deze verklaring zijn onmiskenbare bezwaren aan te voeren. Wel is waar kan in het primitieve rechts-

bl. 254 vlg.) moet deze plaats aldus worden gelezen: *in Colace nexum Manilius scribit omne quod per libram geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiunt ut obligentur, praeter quom (= cum, in de hss. quam) mancipio dentur.*

Varro had dus in het blijspel *Colax* van PLAUTUS (of in het gelijknamige van NAEVIUS) het woord *nexum* aangetroffen en daaraan de verklaringen van MANILIUS en MUCIUS vastgeknoopt.

(1) Of MANILIUS de bekende jurist (consul 149 v. Chr.) is, valt niet met zekerheid te zeggen. Zie KÜBLER l. c. bl. 257 noot 1.

(2) Bedoeld wordt G. MUCIUS SCAEVOLA (consul 95 v. Chr.). Zie over hem SCHANZ *Gesch. der Röm. Litteratur* § 80.

leven door het toewegen van het koper de eigenrichting worden gestuit; de oudste rechtstaal noemt echter die handeling niet *nectere* of *nexum*, doch *pendere*. Al kan het verloop der beteekenissen van een zelfde woord zeer zonderlinge wegen gaan, wat moet men zeggen van eene verklaring, die voor het boeien en het afwegen van zoengeld, waardoor het boeien juist wordt gestuit, hetzelfde woord bezigt? Wat bovendien LENEL's verklaring van *nexum* in de Twaalf Tafelen weerlegt, is dat die verklaring het afwegen van het koper laat voorafgaan aan het aanraken der zaak, terwijl blijkens de *mancipatio* de spreker eerst de zaak aanraakt, om vervolgens het *aes aeneaque libra* te vermelden.

Onze eigene meening omtrent de beteekenis der woorden in kwestie is hierboven uiteengezet. Oorspronkelijk het binden en boeien aanduidend, hebben *nexum* en *mancipium* gaandeweg bedoeld op allerlei handelingen, die in de overlevering van de laatste eeuw der Republiek van *nexum* en *mancipium* geheel onafhankelijk waren (1). Wij willen eenige dier handelingen in herinnering brengen.

Combineeren wij het feit, dat de *nexus* oorspronkelijk slaaf werd, met het spraakgebruik waarnaar de slaaf *mancipium* heette, dan kan wellicht worden geconcludeerd, dat den *nexus* oorspronkelijk op vormelijke wijze werd aangezegd, dat hij slaaf was. De woorden der Twaalf Tafelen zouden dus vooreerst van toepassing zijn op den *nexus*, die slaaf (*mancipium*) werd.

Eene andere toepassing, die wel geen tegenspraak zal ontmoeten, vond plaats bij de *mancipatio*. Dat de han-

(1) Eene verwijzing naar deze splitsing is de bij FESTUS i. v. *nexum* (BRUNS-MOMMSEN *Fontes* II p. 17) voorkomende opsomming: *nexi datio*, *nexi liberatio* en *testamenti factio*. Alle drie zouden bestanddeelen van *nexum* zijn.

deling, waarbij de spreker zegt: *hunc hominem (fundum etc) ex iure Quiritium meum esse aio* als *nexum* wordt aangeduid, kan allerminst bevreemden: boeien (*nectere*) staat met inbezitneming in het nauwste verband. En evenmin is er iets onverklaarbaars in gelegen, dat het uitspreken der woorden: *isque mihi emptus (emere = capere) esto hoc aere aeneaque libra* als *mancipium* (van *manu* en *capere*) wordt omschreven (1). Het nauwe verband tusschen *emere* en het *mancipium* der Twaalf Tafelen blijkt trouwens ten overvloede uit plaatsen, waar datgene wat naar civiel recht — dus naar de Twaalf Tafelen — gekocht en verkocht kan worden, *res mancipi* heet (2). *Nexum* en *mancipium* zijn dus ook bestanddeelen der *mancipatio*.

Van de *vindicatio*, die met de *mancipatio* de *demonstratio* gemeen heeft, kan hetzelfde worden gezegd. De *intentio* der *vindicatio* kan ongetwijfeld als een *mancipium* worden opgevat. Al is de hand hier met een werkelijke of symbolische speer gewapend, toch kan de daad van eigenrichting hier zeer gevoegelijk als *manu capere*, of *mancipium* worden beschouwd (3).

Ook de formula der *manus iniectio iudicati* bestond

(1) *Mancipium* wordt dan ook in de oudere taal in den zin van eigendom gebezigd. LUCRETIUS 3, 971 *vitaque mancipio nulli datur omnibus usui*. CURTIUS bij CICERO *ad fam* 7, 29 *sum χρήσει μὲν tuus, χρήσει δὲ Attici nostri; ergo fructus est tuus, mancipium illius*. *Mancipio dare* bij PLAUTUS *Curculio* 4, 29 = 494. *Miles gloriosus* 1, 1, 23 = 23. *Mancupio accipere* bij PLAUTUS *Mercator* 2, 3, 112 = 449. *Persa* 4, 3, 62 = 532. *Truculentus* 2, 2, 19 = 219. *Curculio* 4, 29 = 515 staat *manceps* voor verkrijger; doch die plaats is stellig onecht. (MOMMSEN *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* R. A. XXIII (1902) bl. 439 noot 4).

(2) CICERO *pro Flacco* 32, 80. FESTUS i. v. *censui censendo*.

(3) *Mancipium* doelende op eene *in iure cessio* komt voor bij CICERO *de off.* 3, 6, 67. M. MARIUS Gratidianus, *propinquus noster*, C. SERGIO

uit twee deelen waarvan het eerste op *nexum*, het tweede op *mancipium* doelde. Immers, door het uitspreken dezer formula constateert de spreker in de *demonstratio* (die den feitelijken toestand aangeeft), dat de tegenpartij niet in staat is, zich te verdedigen (1); inzoverre ligt in de genoemde handeling een *nexum*. En eveneens vindt men bij de *m. i. iudicati* een *mancipium*: GAIUS zelf (IV, 21) zegt dat bij die handeling de spreker de tegenpartij aanraakt (*manu capere*).

Van jeugdiger leeftijd dan deze laatste legisactie is de *solutio per aes et libram*, ook *nexi liberatio* geheeten; hetgeen reeds afdoende haar verband met het *nexum* der Twaalf Tafelen bewijst. Het vrij late ontstaan der *solutio per aes et libram* blijkt uit de woorden harer formula: *secundum legem publicam* (2), waarmede de Twaalf Tafelen worden bedoeld. Ongetwijfeld zijn die woorden ingegeven door de vrees, dat anders de wettigheid der handeling zou worden betwist. Wij hebben dus te doen met een formulier, dat stellig na de Twaalf Tafelen is opgekomen: anders had de verwijzing naar de wet achterwege kunnen blijven. Bij de *solutio p. a. et l.* vermeldt de spreker eerst den toestand van *nexum*, waarin hij verkeert, en verricht daarna zoo al geen *manu capere*, dan toch een *manu depellere*: hij bevrijdt zich van den aanvaller. Wellicht waren, juist om aan te geven dat dit *manum depellere* onder het *mancipium* der Twaalf Tafelen viel, de woorden: *secundum legem publicam* noodzakelijk.

Oratae vendiderat aedes (dus een praedium urbanum; zie l. 214 D. de verb. sign. 50, 16) *Eae serviebant, sed hoc in mancipio MARIUS non dixerat.*

(1) GAIUS IV, 21.

(2) GAIUS 3, 174 *quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, meo nomine a te solvo liberoque secundum legem publicam.*

§ 10. *Nawerking der hierboven uiteengezette evolutie.*

Toen de eigenrichting reeds geleidelijk door rechtsinstellingen was vervangen, bleef de evolutie, die hier uitsluitend in verband met de eigenrichting is uiteengezet, zich nog eeuwenlang herhalen. Inzonderheid bij die rechtsinstellingen, waarbij niet twee gelijkwaardige subjecten tot elkander staan, als bij overeenkomst en proces, doch één subject heerschappij of voorrang uitoefent. In die evolutie, in het successievelijk opkomen eener rechtshandeling welke logisch voorafgaat aan een historisch ouder element, blijft zich de hierboven beschreven gang van zaken handhaven in Staats- als in strafrecht, bij testament als bij adoptie.

Als voorbeeld dezer evolutie bij unilaterale handelingen — aldus noemen wij die rechtshandelingen, waar ééne partij op den voorgrond staat — strekke vooreerst de wet.

I. Terwijl koning Romulus zijne wetten niet met medewerking der volksvergadering vaststelt, doch ze in overleg met den destijds alleen uit patriciërs bestaanden Senaat aan de burgers eenzijdig oplegt (1), is naar de Romeinsche annalisten het oudste volksbesluit dat, waarbij Numa Pompilius tot Koning zou zijn uitgeroepen. Hier verhalen zij, dat het volk zou hebben gekozen, en de Senaat de keuze zou hebben bekrachtigd. Nadat de Senaat aan de volksvergadering de koningskeuze had overgelaten — dit is, zooals MOMMSEN (2) betoogt, de zin der overlevering — verwierf hij als vergoeding daarvoor het recht, alle volksbesluiten te bekrachtigen of te verwerpen en door deze opeenvolgende behandeling der wetsvoorstellen

(1) LIVIUS 1, 8. DIONYSIUS 2, 9.

(2) *Röm. Forschungen* I bl. 234.

— eerst in de volksvergadering, vervolgens in den Senaat — werd de *lex publica* in het leven geroepen. Reeds in dit stadium gaat de wilsverklaring der volksvergadering, schoon historisch jonger dan die van den Senaat, logisch daaraan vooraf.

Daar nu de Senaat meer uit een formeel en sacraal, dan uit een utiliteitsoogpunt het besluit der volksvergadering onderzocht (1), gaf zijn vernietigingsrecht stof tot ontevredenheid. Men kan zich voorstellen, dat de omslag, verbonden aan een besluit der volksvergadering, alleen dan gerechtvaardigd schijnt, wanneer het aangenomen wetsontwerp onomstootelijk vaststaat en door geen sacrale haarkloverijen kan worden ontwricht. Daarom werd reeds vroeg (2) de primitieve volgorde omgekeerd: naar de nieuwe opvatting kon het besluit der volksvergadering eerst dan genomen worden, wanneer de *patres* hadden verklaard, dat daartegen geen bezwaar bestond en dit is dan ook de praktijk van het Rome der historische tijden (3), al bleef de taal aan den ouderen gang van zaken herinneren. Men denke b. v. aan de overoude technische uitdrukkingen, waarnaar het ontwerp aan het volk „gebracht” en naar den Senaat „weder gebracht” wordt (*ferre ad populum, referre ad Senatum*). Naar de nieuwere orde van zaken is de *patrum auctoritas* het logisch voorafgaande besluit, dat *als zoodanig* historisch jonger is dan het daarop volgende besluit der volksvergadering.

Ook in een ander opzicht valt bij de wet der oudste

(1) MOMMSEN *Röm. Forsch.* I bl. 242.

(2) Bij de *lex Publilia* (LIVIVS 8, 12) van 339 v. Chr. voor de volksbesluiten en door eene *lex Maenia* voor de verkiezingen van magistraten. MOMMSEN R. F. I, blz. 241 vlg.

(3) LIVIVS 1, 17 *priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitorum eventum Patres auctores fiunt.*

tijden de hierboven geschetste evolutie waar te nemen. Werd de wet oorspronkelijk gevolgd door een eed, die er de bindende rechtskracht van uitmaakte, reeds vroeg is die eed weggevallen, zoodat de in concreto aan den eed voorafgaande wilsverklaring voldoende werd geacht en met de aanneming van het wetsvoorstel de rechts-geldigheid van het volksbesluit een voldongen feit werd.

In den keizertijd verliest de wet haar eigenaardig karakter. Na Tiberius' troonbestijging raakt het besluit der volksvergadering op den achtergrond en valt weg; de wet komt niet meer op het Campus Martius, doch in het Senaatsgebouw tot stand (1) en wel op initiatief des Keizers, totdat op zijn beurt het Senaatsbesluit overbodig wordt en in den lateren tijd de keizerlijke boodschap zelf als wet geldt.

II. Een analoge evolutie valt waar te nemen bij het dispensatierecht, de bevoegdheid, van eene of meer wetten te ontbinden (*legibus solvere*). Geschiedde deze handeling oorspronkelijk in dier voege, dat de Senaat dispensatie verleende, doch de volksvergadering die dispensatie moest bekrachtigen, van lieverlede bleef het besluit der volksvergadering achterwege, en zoo is bijv. in 71 v. Chr. alleen door den Senaat aan Pompeius dispensatie verleend van de wettelijke voorschriften, die aan zijne benoeming tot consul in den weg stonden (2). Eenige jaren later echter is door den wetgever deze evolutie gestuit: bij eene *lex Cornelia* van 65 v. Chr. werd, ter beperking van de macht van den Senaat, uitdrukkelijk bepaald *ne quis nisi per populum legibus solveretur* (3).

(1) TACITUS *ann.* 4, 15.

(2) CICERO *de imperio Cn Pompei* 21, 62.

(3) ASCONIUS *in Cornelianam* (Orell. p. 57) *promulgavitque legem, quo auctoritatem senatus minuebat, ne quis nisi per populum legibus*

III. Omgekeerd kan de hier uiteengezette evolutie over de opkomst van bepaalde rechtshandelingen licht verspreiden. Het is bekend, dat de belangrijkste rechtshandelingen in het oudste recht — als testament, *arrogatio*, *sacrorum detestatio* (1), waarschijnlijk ook *confarreatio* — werden voltrokken in de volksvergadering (*in populi concione*), nadat de comitiën waren bijeengeroepen (*calatis comitiis*), doch vóórdat tot stemming was overgegaan. Reeds de omstandigheid, dat de comitiën betrekkelijk zelden bijeen kwamen, moet er toe geleid hebben, dat voorloopig en behoudens bekrachtiging *in populi concione*, die handelingen buiten de volksvergadering om tot stand kwamen. Aldus ontstonden: het *testamentum per aes et libram*, de *adoptio per praetorem*, de *transitio ad plebem* en de *coemptio*.

Van deze vier handelingen behoeven de eerste en de vierde weinig toelichting. In afwachting van de bijeenkomst der volksvergadering werd *per aes et libram* getesteerd (2) en een huwelijk aangegaan, oorspronkelijk met de bedoeling, *calatis comitiis* die handeling te doen bekrachtigen. Eveneens werd, in afwachting van de

solveretur. Quod antiquo quoque iure erat cautum; itaque in omnibus Senatus consultis, quibus aliquem legibus solvi placebat, adici erat solitum, ut de ea re ad populum ferretur: sed paulatim ferri erat desitum, resque iam in eam consuetudinem venerat, ut postremo ne adiceretur quidem in Senatus consultis de rogatione ad populum ferenda.

(1) GELLIUS 15, 27, 3. GAIUS 1, 98; 2, 101.

(2) De redeneering van GAIUS II, 102 dat het *testamentum per aes et libram* gemaakt werd door hem, die niet *calatis comitiis* of *in procinctu* had kunnen testeeren, kan natuurlijk evengoed worden omgekeerd in dien zin, dat eerstgenoemd testament in afwachting van de volksvergadering of van een veldslag (*in procinctu*) werd opgemaakt.

arrogatio, per praetorem geadopteerd (1) en, in afwachting der *sacrorum detestatio* (waarbij het patriciaat werd afgezworen) bij eene *transitio ad plebem* de hoedanigheid van plebeiër aangenomen. Dat deze *transitio ad plebem*, oorspronkelijk gebezigd om de *sacrorum detestatio* voor te bereiden, deze handeling gaandeweg verdrong, blijkt uit hetgeen voorviel bij de *sacrorum detestatio* van P. CLODIUS. Al mocht hij beweren, reeds door de *transitio ad plebem* het patriciaat te hebben verloren, toch bleef de consul METELLUS vasthouden aan de oudere zienswijze en achtte hij eene *sacrorum detestatio* noodzakelijk, waarbij de afstand van het burgerschap uitdrukkelijk werd uitgesproken ten overstaan der volksvergadering (2).

Voor al bij het testament is de evolutie duidelijk na te gaan. Reeds spoedig werd, zooals blijkt uit de formule bij GAIUS II, 104: *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt*, het testament in afwachting van de handeling *per aes et libram*, voorloopig opgemaakt bij geschrifte. En al moest dit schriftelijk testament oorspronkelijk zijne geldigheid ontleenen aan de daarop volgende handeling *per aes et libram*, deze laatste kon in later tijd wegblijven, mits het schriftelijk testament aan zekere geldigheidsvoorwaarden voldeed (3). Daarbij bleef het niet: het

(1) Dat OCTAVIUS tweemaal is geadopteerd: eerst bij den praetor (APPIANUS b. c. 3, 14), toen in de volksvergadering (APPIANUS b. c. 3, 94; DIO CASSIUS 46, 47) is bekend. Hebben wij in deze tweede adoptie eene formeele *arrogatio* te zien, waaraan wel niet te twijfelen valt, dan was de daaraan voorafgaande *adoptio per praetorem* eene voorloopige verklaring, welke dienst deed in afwachting dat de curiën bijeenkwamen.

(2) MOMMSEN. *Röm. Forsch.* 1, blz. 125 vlg. DIO CASSIUS 37, 51; vgl. 38, 12. CICERO *pro Sestio* 7, 16.

(3) INST. 2, 10, 2 vlg. ULPIANUS 28, 6. *Etiam si iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.*

vormelijk testament werd van lieverlede voorafgegaan door een vormeloozen codicil, die oorspronkelijk door een testament moest worden bevestigd, doch in later tijd, om rechtsgeldig te zijn, het testament kon ontberen (1).

Voorts kan men wijzen op de vrijlating. Kon die handeling, zooals het heette, *vindicta, censu* of *testamento* geschieden, ook hier is de logische volgorde omgekeerd aan de rechtshistorische. Oorspronkelijk bestond alleen de testamentaire vrijlating, terwijl later de *manumissio censu*, nog later de *manumissio vindicta* is opgekomen. Dat de testamentaire vrijlating historisch voorafgaat, is algemeen bekend (2); doordat zij eerst bij het overlijden van den eigenaar in werking trad, deed zij de behoefte ontstaan aan eene vrijlating onder de levenden. En evenmin kan omtrent den relatieven ouderdom der twee andere wijzen van vrijlating twijfel bestaan. De *manumissio censu*, welke slechts tijdens eene censuur, dus gedurende vrij korten tijd mogelijk was, is klaarblijkelijk gebrekiger, dus ook ouder, dan de *manumissio vindicta*. De door het juridische spraakgebruik geijkte volgorde: *vindicta, censu, testamento* (3) is dus omgekeerd aan de historische opvolging.

Met toepassing van de hier uiteengezette hypothese, kunnen wij het ontstaan dezer volgorde aldus verklaren, dat in zeer vroege tijden de eigenaar, reeds voordat hij in zijn testament zijn slaaf vrij had verklaard, dezen bij voorbaat bij den census als vrij aangaf, totdat de

(1) INST. 2, 25 pr. *primus Lucius Lentulus . . . codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos . . . § 1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest.*

(2) KARLOWA. *Röm. Rechtsgeschichte* II bl. 131.

(3) ULPIANUS 1, 6; GAIUS 1, 17.

manumissio censu als op zich zelf voldoende werd beschouwd. Op haar beurt werd de *manumissio censu* eerst voorafgegaan door de *manumissio vindicta*, die eveneens van lieverlede als zelfstandige handeling werd erkend.

Daar nu bij de *manumissio vindicta* de tegenwoordigheid van den praetor of proconsul een dikwijls bezwarend vereischte was, werd in afwachting van deze handeling gezocht naar een middel om althans feitelijk en voorloopig den slaaf als vrije te doen beschouwen. Aldus verzon het verkeersleven de onderhandsche vrijlating (*inter amicos, convivii adhibitione, per epistolam liberum esse iubere*) (1), die oorspronkelijk door *manumissio vindicta* moest worden gevolgd (2). Doch begrijpelijkerwijze bleef deze officieele vrijlating dikwijls achterwege en daarom werd onder JUSTINIAAN de bekrachtiging door de Overheid overbodig verklaard (3). Ook hier werd de eertijds voorloopige handeling tot eene definitieve verheven.

(1) GAIUS *Epitome* 1, 1 § 3. THEOPHILUS 1, 5, 4.

(2) PLINIUS Ep. 7, 16. *Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti, nihil est quod verearis, ne sit hoc illi molestum.* Op deze *manumissio vindicta*, volgende op de onderhandsche vrijlating, doelt de opmerking van GAIUS 1, 20, dat de rondreizende ambtenaar, die in de verschillende steden zijner provincie op den *conventus* recht sprak, zich het laatst met de vrijlatingen bemoeide (*idque [sc. consilium] fit ultimo die conventus*); klaarblijkelijk was zijne medewerking eene bloote formaliteit geworden. Op deze tegenstelling tusschen vrijgelatenen, die alleen feitelijk, en hen, die *vindicta* vrijgelaten zijn, berust verder het onderscheid tusschen ἀπελευθεροῦ en ἀνενδιεπάροιο in een opschrift van het Pamphylichsche stadje Sillyon. MOMMSEN *Zeitschrift der Sav.-Stiftung für Rechtsgesch.* 1890 bl. 304. *Gesamm. Schr.* III bl. 41).

(3) Zie l. 1 § 5 Cod. 7, 6 de Latina libertate tollendā. Daar spreekt JUSTINIAAN van het geval, dat een erfslater zijne slaven vergund heeft, als teeken hunner vrijheid den hoed (*pileus*) te dragen. Hierbij overweegt hij: *ne quis vana liberalitate iactare se concedatur, ut*

IV. Gaat men de hier uiteengezette evolutie na, dan vallen bij de privaatrechtelijke unilaterale rechtshandelingen drie stadia te onderscheiden: oorspronkelijk worden zij voltrokken in de *concio*, d. i. in de volksvergadering of te midden van het leger, want ook het leger kan als *concio* gelden (1). In een later stadium komen zij bij de Overheid (*apud praetorem*) tot stand. Nog later worden zij *per aes et libram* of onder getuigen rechtsgeldig gemaakt. Intusschen zijn deze stadia niet voor alle handelingen tegelijkertijd ingetreden: verschillende factoren kunnen hierbij werkzaam zijn geweest.

Zoo is — om een voorbeeld te noemen — de evolutie der unilaterale rechtshandelingen onder de Republiek beheerscht door het denkbeeld, dat waar de handeling van belang is voor de *civitas*, voltrekking *per aes et libram* of onder getuigen uitgesloten is. In dat geval is medewerking van een *magistratus populi Romani* noodzakelijk.

Duidelijk blijkt dit b.v. hieruit, dat de burger wel door *in iure cessio*, doch niet door *mancipatio* zijne vrijheid kan verliezen: al deed zich deze casuspositie praktisch weinig voor, het beginsel zelf treedt duidelijk aan het licht (2). Immers, de wijziging van het aantal burgers kan rechtens niet zonder tusschenkomst der Overheid haar beslag krijgen; een denkbeeld, waarmede de ver-

populus quidem eum quasi humanum respiciat, multos pileatos in funus procedentes adspiciens, omnibus autem deceptis maneat illi in pristina servitute . . .

(1) Zie b.v. SUTTONIUS Galba 17 *perduxit in castra ac pro concione adoptavit.*

(2) Zie l. 23 pr. D. de liberali causa 40, 12. *Si usumfructum tibi vendidero liberi hominis et (in iure) cessero, servum effici eum dicebat Quintus Mucius; sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem, alioquin sine domino fore.*

plichte medewerking der Overheid bij de *ductio* van den misdadiger samenhangt. Voorts behoort in dit verband melding te worden gemaakt van de eigenaardigheid, dat het *praedium urbanum* (1), als eigendom van het Romeinsche volk (2), alleen door *in iure cessio*, niet door *mancipatio* kan worden overgedragen. — Eene derde toepassing van het bovenvermelde beginsel levert het geval, dat het Romeinsche volk tot *tutor* wordt benoemd. Zoodanig beding kon niet in een *testamentum per aes et libram*, doch wel in een *t. in procinctu* — dus met medewerking van de Overheid — worden gemaakt (3).

§ 11. *Overeenkomst en eigenrichting.*

De evolutie, die van de eigenrichting tot onze moderne overeenkomst leidt, gaat uit van het geval dat de aangevallene berust in de vordering van den aanvaller en om deze bedoeling duidelijk te maken, zijn wapen aan de tegenpartij overlevert of wegwerpt.

Het wegwerpen van een wapen nu heeft in het oudste Grieksch-Romeinsche rechtsleven eene eigenaardige sacrale beteekenis. Daar heerscht de gedachte, dat hetgeen aan de Goden is gewijd, van het alledaagsch verkeer moet zijn afgescheiden. De gewijde zaak te gebruiken, staat den mensch niet meer vrij. Van dien gedachtegang, waarvoor de modere ethnologie het woord taboe bezigt, spreken in de Oudheid tal van gebruiken en alleen bij

(1) GAIUS II, 34, 29.

(2) Dit blijkt uit de omstandigheid, dat het *praedium urbanum* niet vatbaar is voor *subsignatio* en niet bij den census wordt aangegeven, terwijl voorts de heerschappij over dat goed in de rechtstaal *possessio*, niet *dominium* heet.

(3) CICERO *de oratore* 1, 53, 228 (*Galba*) *tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati . . .*

wijze van voorbeeld herinneren wij hier aan de gewoonte, die voorwerpen aan de Goden te wijden, welke voor alledaagsch gebruik niet meer geschikt zijn (1); juist daarom worden zij den Goden welgevallig geacht. Bij die zienswijze is niets natuurlijker dan dat hij, die zich verbindt een wapen niet meer te gebruiken, dit wegwerpt ten teeken dat het, als onbruikbaar, aan de Goden is gewijd (2).

Op deze eerst opzettelijk verrichte, later symbolisch opgevatte praktijk doelt inzonderheid *promittere* (van *pro* en *mittere*), oorspronkelijk wegwerpen. Waar de aanvaller tot de tegenpartij de vraag richt: *promittisne?* moet in de eerste plaats gedacht worden aan het wegwerpen van een wapen, inzonderheid een stok; dus: *promittisne stipem?* Wel is waar strijdt deze door HUVÉLIN (3) o. i. volkomen terecht uiteengezette verklaring met de gangbare, waarnaar *promittere* zou doelen op het uitstrekken der hand, hetzij om de hand der tegenpartij aan te raken, hetzij om het altaar aan te raken (4). Doch, zooals reeds door anderen is opgemerkt, deze gebruikelijke verklaring stuit reeds dadelijk op het feit, dat in de teksten nergens sprake is van *promittere manum* of *dextram*, al vindt men een enkele maal *promittere dextrae* (5). Veilig kan men dus aannemen, dat *promittere* oorspronkelijk moet hebben gedoeld op het wegwerpen van het wapen; een gebruik dat men terugvindt in het wegwerpen van een steen

(1) Zoo plachten schipbreukelingen hunne doorweekte en verscheurde kleederen *ex voto* aan de Godheid te wijden. HORATIUS *od.* 1, 5, 13 vlg. JUVENALIS 12, 27.

(2) In den oorlog worden daarom dikwijls de buitgemaakte wapenen verbrand: zij zijn aan de Goden gewijd. LIVIUS 1, 37; 30, 6; 38, 23.

(3) *Studi in onore di CARLO FADDA*. Napoli 1906.

(4) Aldus bv. GIRARD, *Manuel* 3 bl. 481.

(5) SERVIUS *ad Aeneid.* 4, 103.

bij het afleggen van den eed *per Iovem lapidem* (1).

Met een soortgelijk gebruik staat *stipulari* in verband. *Stipula*, verkleinwoord van *stips*, is het stokje, de korenhalm, zoodat *stipulari* oorspronkelijk moet hebben beteekend; het aannemen van een korenhalm of stokje door den aanvaller uit de handen der tegenpartij, die van verder verweer afziet (2). In zoover staat *stipulari* op ééne lijn met *annonari* voorraad halen, *lignari* stroo halen, *aquari* water halen, *racemari* druiven lezen, *stramentari* fourrageeren enz. Elk dezer werkwoorden doelt op het halen, nemen van de door het wortelwoord aangeduide zaak, zoodat bij *stipulari* in zijne oorspronkelijk beteekenis gedacht moet worden aan het aannemen van eene *stipula* als (symbolisch) wapen, dus van eene kleine *stips*.

Nu heeft *stips*, waarvan *stipula* het verkleinwoord is, in verband met de opkomst van het muntwezen eene nieuwe beteekenis erlangd: daar de oudste muntstukken (of juist gezegd de stukken muntmetaal, waaruit later de muntstukken zouden ontstaan), den vorm hadden van staafjes (3) (*stipes*), werd voor die rudimentaire munt

(1) POLYBIUS 3, 25. FESTUS i.v. *lapidem*: *lapidem silicem tenebant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem.*

(2) Dat Umbrische vormen als *stiplo* e. a. moeten overeenstemmen met vormen van het Latijnsche *stipulari*, staat vast, naar hetgeen mij van deskundige zijde wordt medegedeeld. Maar voor den oorsprong van den Romeinschen term en het daarachter liggende begrip valt hieruit niet veel af te leiden: de Umbrische vormen beteekenen: nauwkeurig vaststellen, wat verlangd is; formuleeren. Wij hebben hier dus reeds eene afgeleide, jongere beteekenis, die ons weinig bij ons onderzoek bevordert, zooals ook in het algemeen lexicologisch in den regel meer licht valt uit het Latijn op het Umbrisch dan omgekeerd.

(3) BABELON. *Les origines de la monnaie*, 1897, bl. 89.

de naam *stips* gebezigd. M. a. w. *stips*, oorspronkelijk een houten stok aanduidend, werd gaandeweg gezegd van het staafe muntmetaal, dat als ruilmiddel dienst deed en ten slotte van ieder klein muntstukje. *Stipem iacere*, aanvankelijk doelend op het wegwerpen van een stuk hout, werd in later tijd de technische benaming voor het bij Grieken en Romeinen welbekend gebruik, bij het afleggen eener gelofte een muntstukje weg te werpen (1).

Dit wat betreft de symbolische handeling, waardoor partijen den afstand der eigenrichting kenbaar maken. Deze handeling wordt, zooals hierboven werd aangeduid, vergezeld van een eed of gelofte, waarbij de Godheid ten getuige wordt geroepen, en waaraan herinnerd wordt door woorden als *spondere*, *fidepromittere*, *fideiubere*, *promittere* enz. Elk dezer *verborum obligationes* wordt begrepen onder den algemeenen naam: *stipulatio*, omdat bij ieder van hen in voorhistorische tijden eene *stipula* werd overhandigd. Doch terwijl de overige technische termen gebezigd worden, onverschillig of partijen al dan niet het

(1) Zoo is sprake van *stipem ponere* . . . (*hoc est*) offerre bij QUINTILIANUS *Declam.* 9, 15 i. f. Vgl. LIVIUS 25, 12, 14, *ut populus per eos ludos stipem Apollini, quantam commodum esset, conferret.* In 211 v. Chr. plunderen soldaten van Hannibal den tempel van Feronia, doch worden achteraf bevangen door wroeging en werpen ter eere der Godheid stukken metaal weg: *Aeris acervi, quum rudera milites religione inducti iacerent, post profectionem Hannibalis magni inventi.* (LIVIUS 26, 11, 9). Onder AUGUSTUS werpen de Romeinsche ridders ieder jaar stukken metaal in het lacus Curtius, tot heil des keizers (*omnes ordines in lacum Curtii quotannis ex voto pro salute eius stipem iaciebant*, SUTTONIUS *Augustus* 57). Zie ook PLINIUS *ep.* 8, 8, 2 *ut numerare iactas stipes possis.* SENECA *de beneficiis* 7, 4, 6 *omnia deorum sunt, tamen et diis posuimus donum et stipem iecimus.* LACTANTIUS. *Div. Inst.* 2, 2, 14 *Illis (sc. simulacris deorum) stipem iaciunt, victimas caedunt.* *Lex coloniae Genetivae* c. LXXII.

Romeinsche burgerrecht bezitten, wordt *spondere* alleen gezegd van overeenkomsten, waarbij beide partijen Romeinsche burgers zijn: aan de *sponsus communio* heeft de niet-Romein geen deel (1).

Ter verklaring van dit spraakgebruik van *spondeo* is het niet voldoende, met KARLOWA (2) er op te wijzen, dat het verkeer tusschen Romeinen onderling ten opzichte van den vorm strenger stelde, dan het vreemdelingen-verkeer. Immers, dit motief verklaart niet, waarom juist *spondere* uitsluitend tusschen Romeinen plaats vond: ook bij andere woorden is strengheid van vorm bestaanbaar. Wij hebben dus om te zien naar de redenen, waarom wel *spondere*, doch niet *fidepromittere* kenmerkend was voor het verkeer tusschen Romeinsche burgers.

Bij het opsporen der oudste beteekenis van *spondeo* worden wij, op voorgang der Ouden (3), in de eerste plaats getroffen door den samenhang met *σπένδω* en *σπονδαί*. Inderdaad valt niet te ontkennen dat *spondeo* moet hebben beteekend: het brengen van een offer aan de Goden. Doch oogenschijnlijk in strijd daarmee schijnt de verwantschap van *spondeo* met *sponte* te wijzen op een geheel anderen gedachtengang, op de beteekenis van wil, handeling, impulsie of iets dergelijks en door KARLOWA (4) wordt dan ook op grond dezer verwantschap aan *spondeo* alle sacrale beteekenis ontzegd. Intusschen, zooals reeds hierboven bij verschillende primitieve rechtstermen is gebleken, hoede men zich voor een schijnbaar nauw-

(1) GAIUS III, 93, 179.

(2) Röm. Rechtsgeschichte II bl. 702.

(3) FESTUS i. v. *spondere*. *Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate promittatur; deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ἡ σπονδαίς interpositis rebus divinis faciant.*

(4) Röm. Rechtsgesch. II bl. 702.

gezet, doch inderdaad voorbarig redeneeren à *contrario*. Wanneer *spondeo*, wat wel niemand zal tegenspreken, zoowel met *σπονδαί* als met *sponte* samenhangt, moet eene primitieve beteekenis gezocht worden die beide begrippen omvat. En inderdaad ontbreekt het niet aan parallellen, wier verloop van beteekenis nagenoeg identiek is aan dien van *spondeo*.

Vooraf bij de Grieken — men denke aan *ῥέζω* en *ἔρδω* — doch ook bij de Romeinen, blijkens *facio* en *operor* (1) — wordt het offeren aan de Goden zoozeer als de handeling bij uitnemendheid beschouwd, dat hetzelfde woord handelen in het algemeen en offeren in het bijzonder kan beteekenen. Zoo kan veilig worden aangenomen, dat in voorhistorische tijden *spondeo*, naast eene algemeene beteekenis van willen, handelen of wat dan ook, waarvan in (*sua*) *sponte* een spoor is overgebleven, eene bijzondere had van wijden aan de Godheid, welke beteekenis, blijkens de Grieksche aequivalenten, zich vóór de scheiding der Graecoitalische stammen moet hebben ontwikkeld.

Intusschen is die algemeene beteekenis van *spondeo* in zoover reeds vroeg op den achtergrond geraakt, dat voor het rechtskarakter der *sponsio*, voor haar verband met de *communio sponsus* het zwaartepunt ligt in haar verband met de *sacra*. Nu ligt in den aard van den Romeinschen volksgodsdienst, dat hij alleen den burger aangaat en de op Romeinschen bodem vertoevende vreemdeling evenzeer uitgesloten is van de Romeinsche Godsvereering

(1) Zoo bv. VERG. *Ecl.* 3, 77: *cum faciam vitula*, COLUMELLA 2, 22 *facere catulo*. TAC. *ann.* 2, 14 *viditque se operatum et sanguine sacri respersa praetexta*. VERG. *Ecl.* 1, 339: *laetis operatus in arvis*. — Met *facere* is verwant de Umbrische imperatief *fetu* of *feitu*, die eveneens offeren beteekent. BRÉAL. *Les tables eugubines*. Paris 1875. p. 63.

als hij in zijne eigene sacrale gebruiken niet verder wordt belemmerd, dan de zorg voor openbare orde en goede zeden vereischt (1). Hij zal dus bij het plegen van eigenrichting met den Romein, geen wapenstilstand sluiten met een eed, waarbij hij Romeinsche Goden ten getuige aanroept, en evenmin zal hij van zijne tegenpartij een dergelijken eed vorderen. Aan de *communio sponsus* der Romeinen heeft hij geen deel.

Doch al richt de Romein, die met den Praenestiner eigenrichting heeft gepleegd, tot dezen niet de vraag: *spondesne tu?* d. i. wijdt gij eene gave (aan de Romeinsche Goden)?, toch voelt ieder, dat ook hier eene *causa obligandi* niet gemist kan worden. Men voelt de behoefte aan eene instelling welke, juist in gevallen waar de volksgoden niet kunnen worden aangeroeven, elke partij tegen woordbreuk der tegenpartij beveiligt, en, de aanroeping der volksgoden vervangende, internationale rechtsbetrekkingen onder hare hoede neemt. Deze instelling is de *fides*, welke nu eens, als *Fides populi Romani*, bij wier tempel te Rome de tractaten ter lezing worden aangeslagen (2), de rechtsbetrekkingen tusschen souvereine

(1) Men denke bv. aan den kreet van den lictor: *Hostis vincitus mulier virgo exesto*. (FESTUS i. v. *exesto*) en aan de voor vreemdelingen aan een uitdrukkelijk verlov van den Senaat gebonden bevoegdheid, aan Jupiter Capitolinus een offer te brengen. Bij de feesten van eigenlijk peregrinische Godheden vereenigen zich daarentegen Romeinen en vreemdelingen (DIONYSIUS 12, 9).

(2) MOMMSEN *Staatsrecht* 4, bl. 257 noot 7. Het internationaal karakter der *fides* blijkt ook hieruit, dat zij de betrekkingen regelt tusschen den veldheer en zijne soldaten (Romeinen en bondgenooten). Bij SERVIUS in *Aeneid.* 10, 241 zegt de veldheer vóór het aangaan van den slag: *dii uti placet a legionibus invocentur, faciantque (milites) quod imperabitur imp(eriumque) fidemque meam servent*. Vandaar bij ISIDORUS Orig. V, 24, 31: *sacramentum* (krijgseed der soldaten) *quia violare... perfidiae est*.

volken regelt, dan weer, als gemeen zelfstandig naamwoord, het bindend element vormt bij overeenkomsten tusschen burgers van verschillende steden: *fide tua iubes? fide iubeo*. Totstandkoming dezer overeenkomst vervangt tusschen partijen eigenrichting door recht.

In den regel zijn de door overeenkomsten in het leven geroepen rechtsbetrekkingen bestemd, slechts voor korten tijd van kracht te zijn. Doch reeds in het voorhistorische rechtsleven worden, onder aanroeping der *fides*, ook rechtsbetrekkingen geschapen welke, als cliënteel en gastrecht (*hospitium*, *amicitia*) zoozeer van blijvenden aard zijn, dat zij contractanten in een duurzamen rechtstoestand verplaatsen en zelfs op hunne nakomelingen overgaan. Al zou opzettelijke behandeling dezer rechtsbetrekkingen, door MOMMSEN'S meesterhand geteekend (1), het bestek dezer bladzijden overschrijden, toch mag niet onopgemerkt blijven, wat bij cliënteel en gastrecht herinnert aan de algemeene beginselen der eigenrichting.

Bij vestiging der cliënteel verklaart de eene partij, *in fide* (2) bij de andere te zijn; zij doet afstand van alle eigenrichting tegenover de tegenpartij en erkent deze laatste als de meerdere, zich zelf als de mindere; daarbij kan, indien de handhaving van het gezag van den meerdere of patroon zulks vereischt, deze laatste wel eigenrichting plegen op den cliënt. Wij hebben dus hier te doen met een betrekking van eenzijdige eigenrichting; vandaar dan ook, dat een proces tusschen cliënt en patroon niet mogelijk is (3). Daar voorts de cliënt aan de genade van den patroon is overgeleverd, moeten

(1) MOMMSEN. *Röm. Forschungen* I bl. 319 vlg.

(2) Het duidelijkst blijkt dit uit *lex repetundarum* regel 10 en regel 33. Vgl. MOMMSEN l. c. bl. 355.

(3) MOMMSEN l. c. bl. 377. DIONYSIUS 2, 10.

beiden verschillende nationaliteit bezitten, zooals blijkt uit de *fides*, die de betrekking regelt — al heeft dan ook dit beginsel inbreuk geleden, toen naast den patricischen patroon ook de plebeïsche cliënt als burger werd erkend. Doch in elk geval neemt de clienteel een einde, wanneer de cliënt tot een curulisch ambt wordt verheven. Toen in een proces tegen MARIUS de senator C. HERENNIUS getuigenis moest afleggen en, ten einde den plebeïschen parvenu te beschamen, weigerde tegen zijn „cliënt” in rechten te verschijnen, verklaarde MARIUS, dat door zijne benoeming tot aediel, zijn cliëntschap rechtens te niet was gegaan, hetgeen, voegt onze zegsman (1) er bij, niet volkomen juist was. Want, terwijl alleen een curulisch ambt aan de clienteel een einde maakt, had MARIUS daarentegen het ambt van aedilis plebis bekleed.

Beschouwen wij clienteel en gastrecht in onderling verband, dan blijkt dat bij het gastrecht iedere partij in de *fides*, dus in de clienteel staat der tegenpartij; de clienteel gaat dus historisch vooraf aan het gastrecht, dat als het ware eene wederzijdsche clienteelbetrekking is (2), die van kracht blijft, totdat het gastrecht is opgezegd, waartoe ieder van beide partijen is gerechtigd. Voorts blijkt dat clienteel, waar althans ééne partij geen eigenrichting pleegt, en gastrecht, waar zij van weerszijden is uitgesloten, alleen tusschen burgers van ongelijke nationaliteit mogelijk is en dus tot het *ius gentium*, tot het vreemdelingenverkeer behooren. Stellig kan worden aangenomen, dat dergelijke betrekkingen tusschen Romeinsche burgers tijdens de oudere Republiek onbestaanbaar waren.

(1) PLUTARCHUS *Marius* 5.

(2) C. I. L. 2, 366 n. 26, 33 (BRUNS-MOMMSEN. *Fontes iuris* 1, p. 344) . . . *hospitium vetustum antiquom renovaverunt, eique omnes alis alium in fidem clientelamque suam suorunque liberorum posterorunque receperunt.*

Eene overeenkomst, waarbij twee burgers van dezelfde stad „vriendschap” (*amicitia*, synoniem van *hospitium*) sluiten, in dien zin dat in geen geval de eene partij eigenrichting zal plegen tegenover de andere — ook niet in tijd van oorlog (1) — strijdt tegen het eerste beginsel van het primitieve Staatsrecht, waarnaar elke burger, die zich aan de gemeenschap vergrijpt, aan alle andere burgers voldoening schuldig is voor de krenking van het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn. En eveneens zou eene betrekking als de clientele tusschen twee burgers lijnrecht indruischen tegen den geest der Romeinsche maatschappij, die uitgaat van de gelijkheid aller burgers. Juist omdat het vreemdelingenverkeer ruimer gelegenheid bood tot regeling of uitsluiting der eigenrichting, is deze daar eerder van het tooneel verdwenen: zij geldt nog als geoorloofd in de *legisactio sacramento*, al is daarvan in het *iudicium imperio continens* geen sprake meer.

Omtrent de formaliteiten, die het tot stand komen der clientele kenmerken, zijn wij, indien ik mij niet vergis, in het onwetende. Anders bij het gastrecht: ten teeken dat tusschen partijen gastrecht bestaat, wisselen zij stukjes hout, waarop corresponderende teekens voorkomen. Zoo zendt reeds in de Ilias (2) PROETOS BELLE-ROPHON tot zijn Lycischen gastvriend met een toegevouwen wastafel, om zich zodoende als gastvriend te legitimeeren; zoo verschijnt bij PLAUTUS (3) de gastvriend met zijne

(1) Dit blijkt uit de ontmoeting van GLAUCUS en DIOMEDES, (Homerus Ilias 6); als zij elkander herkennen, zet DIOMEDES zijne lans neer (vers 243) en vervolgens wisselen zij van wapenrusting (vers 235 vlg).

(2) 6, 168 vlg.

(3) PLAUTUS *Pænulus* 5, 1, 25 (958) *hospitalem hanc tesseram mecum fero*. 5, 2, 87 (1047 vlg.) *Hanno tesseram conferre si vis hospitalem, eccam attuli . . . Agorastocles . . . est par probe, quam habeo domi*. CIC. *pro Balbo* 18, 41. *Lex col. Genetivae* c. CXXXI.

tessera, een stukje hout, waarop een teeken is gegrift; het voorwerp wordt aan den heer des huizes vertoond en blijkt te correspondeeren met het exemplaar, dat deze bij zich aan huis bewaart. Al is de naam *tessera* reeds blijkens zijne Grieksche afkomst (1), te Rome van betrekkelijk recenten datum, toch staat het gebruik, bij het aangaan van *hospitium* stukjes hout te wisselen, stellig in verband met de overgave der *stips* bij het aangaan van mondelinge overeenkomsten. Vandaar dan ook, dat de *tessera*, als symbool van het gastrecht, bij opzegging van dit recht door eene der partijen aan stukken wordt geslagen (2).

(Wordt vervolgd)

(1) De overname van het woord *tessera* door de Romeinen moet blijkbaar betrekkelijk laat hebben plaats gevonden, daar in de oudste tijden, toen vooral de Dorische koloniën op Sicilië aan de Romeinsche maatschappij hun contingent Grieksche woorden leverden, de Dorische vorm *τέτρας* aan het Romeinsche woord ten grondslag zou hebben gelegen. *Tessera* is, evenals *funda* (= *σηρδώνη*) en *scutum* (van *στυρός*) een der merkwaardige woorden welke op het militaire leven betrekking hebben en niettemin, waarschijnlijk ten tijde van PYRRHUS (vgl. LIVIUS 35, 14) door de Romeinen aan de Grieken zijn ontleend. Bij Romeinen en Grieken werd de nacht verdeeld in vier (*τέσσαρες*) gedeelten; wanneer nu in de legerplaats gewaakt moest worden, werden daarvoor vier wachtposten aangewezen, die ieder een houten teeken kregen, dat bij het aflossen der wacht moest worden vertoond. (POLYBIUS, 6, 35, 7). Aan deze vier teekens is het woord *tessera* ontleend.

(2) Vgl. *tesseram confringere* bij PLAUTUS *Cistellaria* 2, 1, 27 (503).

Die Condictio des Römischen Privatrechtes von
Dr. jur. ROBERT VON MAYR, *Leipzig.* DUNCKER
& HUMBLOT 1900.

De inleiding van dit werk behandelt het begrip „Be-reicherung” d. i. „Vermogensvermeerdering”.

Tegenover elkander staan de rechtens geoorloofde en de rechtens ongeoorloofde vermogensvermeerdering, zooals reeds blijkt uit l. 14 D. 12.6: „natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletio-rem”. Volgens v. M. ligt in de meening, dat deze rechtsregel een speciale beteekenis heeft voor de leer der zgnd. conditiones sine causa en dat deze regel in 't Romeinsche recht een positieve, afzonderlijke processueele rechtsbescherming genoot, een van de hoofddwalingen der leer van de vermogensvermeerdering; deze dwaling is eerst door de nieuweren ingezien, zonder dat zij zich intusschen van de enge verbinding der leer van de vermogensvermeerdering met de *condictio* geheel konden losmaken.

Vermogensvermeerdering kan quantitatief of kwalitatief zijn, bestaat in het verschil van de waarde, die een ver-mogen heeft voor en na de vermeerdering: ze kan zijn positief, een werkelijke vermeerdering, of negatief, een uitgebleven vermindering d. i. een besparing van uit-gaven, de posit. vermeerdering kan ieder oogenblik ver-andering ondergaan, de negat. is onveranderlijk. Ver-mogensvermeerdering aan den eenen kant is niet identiek met gratuititeit aan den anderen.

Vermeerdering is de drijfveer ook van het rechtsverkeer voor geld, in zooverre als iedere afzonderlijke rechts-

handeling slechts een schakel is in den keten van handelingen bestemd om de behoeften van het individu te bevredigen. In dezen keten is juist de gratuite rechtshandeling een schakel, waardoor aan 't natuurlijk doel der rechtshandeling, de vermogensvermeerdering, slechts aan ééne zijde wordt beantwoord, slechts onvolkomen, doordat aan den anderen kant een niet aangevulde leegte overblijft; daardoor treedt de gratuite rechtshandeling in zekeren zin uit de rij der voor de vermeerdering relevante verschijnselen. Ook de gratuite rechtshandeling en de daardoor aan den eenen kant teweeggebrachte vermogensvermeerdering komt dus evenals de subjectieve (waardoor bij beide partijen een even groote wederzijdsche vermeerdering en vermindering van het vermogen plaats heeft n.l. door den ruil van goederen) vermogensvermeerdering voor het recht slechts in zooverre in aanmerking, indien ze daarmee in strijd komt, hetzij dan, dat het recht zulke vrijgevigheid in 't algemeen afkeurt of dat ze door de concrete omstandigheden bij ieder bijzonder geval in strijd met 't recht blijkt te zijn.

Ook de eenzijdige d. i. de uit de gratuite rechtshandeling voortkomende objectieve vermogensvermeerdering valt slechts dan onder het recht, indien ze zich daarboven wil plaatsen.

De uit de rechtshandeling om geld („entgeltlich”) voortkomende vermogensvermeerdering is het resultaat van twee factoren, die aan iedere dergelijke rechtshandeling eigen zijn: ze bedoelt n.l. een aequivalent voor de eigen praestatie, maar bovendien nog een winst ter wille waarvan ze heeft plaats gehad. Deze winst is de vermogensvermeerdering, die harerzijds wederom een dubbel doel heeft: om te dienen tot blijvend kapitaal of tot bedrijfskapitaal; in 't eerste geval is 't een blijvende vermogensvermeerdering, in 't tweede een voorbijgaand

vermogensbestanddeel bestemd in arbeidskracht („energie”) op te gaan.

Deze objectieve eenzijdige vermogensvermeerdering voor geld — om kort te gaan — komt dus voor 't recht in aanmerking. Indien 't echter de taak van het recht is het evenwicht te herstellen tusschen behoefte en streven naar de bevrediging der behoeften of vermeerdering van goederen der afzonderlijke leden eener maatschappij, dan moet het recht ten doel hebben de evenredige verhouding tusschen praestatie en winst in stand te houden, geen praestatie zonder winst en evenmin winst zonder praestatie ongehinderd toe te laten. Het recht bepaalt dus ten eerste de verschillende soorten van praestaties, die 't gezind is te begunstigen en te beschermen; het stelt vast de soorten van rechtshandelingen, de rechtsinstituten, en geeft tegelijk de grens aan, waarbinnen 't de uit dergelijke praestaties voortkomende winst als geoorloofd en rechtmatig beschouwt, waarbinnen het zelfs soms een winst voor de betrokken personen eischt. In dezen zin zou ieder rechtsmiddel een „Bereicherungsklage” kunnen worden; indien dus buitendien van een bijzondere „Bereicherungsklage” wordt gesproken, dan kan men daaronder slechts verstaan een buitengewone vorm van rechtshulp, die bestemd is het gewone systeem der rechtsmiddelen in buitengewone gevallen aan te vullen. De vermogensvermeerdering kan als zelfstandig object van juridisch onderzoek slechts in zooverre in aanmerking komen, als ze niet valt onder een rechtshandeling, waarvoor reeds plaats is in 't rechtssysteem. Zulk een vermogensvermeerdering moet derhalve een rechtens ongeoorloofde („widerrechtliche”) zijn; ze moet echter ook een zoodanige zijn, dat ze krachtens haar juridische basis buiten de grenzen der gesystematiseerde rechtshandelingen valt. Slechts dat rechtsmiddel, dat bestemd is deze

ongeoorloofde vermogensvermeerdering tegen te gaan, is eene „Bereicherungsklage” in den eigenlijken zin van 't woord.

Geen „Bereicherungsklage” is dus de actie, waarmee men streeft naar nietigheid of vernietigbaarheid van een rechtshandeling en die herstel in den vorigen toestand moet teweegbrengen. Dit kan in geval van vernietigbaarheid reeds daarom niet twijfelachtig zijn, omdat, zooal niet steeds, toch dikwijls 't de actie uit de rechtshandeling zelfs is, waardoor dit doel wordt bereikt; 't kan echter ook in geval van nietigheid niet twijfelachtig zijn, omdat de ingevolge hiervan verleende actie weliswaar niet uit de feitelijk niet tot stand gekomen rechtshandeling, maar toch naar aanleiding van deze schijnhandeling ontstaat en omdat zulk eene actie niet zoozeer uit den factor der vermogensvermeerdering voortkomt, als veeleer uit de door de schijnhandeling veroorzaakte betrekking. Niet hem, wiens vermogen door de nietige handeling onmiddellijk nadeel heeft geleden komt de actie gewoonlijk in zulke gevallen toe, maar hem, die den tegenstander in de ongeldig geworden handeling als partij tegenover staat (1). Niet de vermogensvermeerdering is beslissend voor de behandeling van 't geval b.v. als een niet meer voorhanden zaak tot object van een koopcontract wordt gemaakt, maar de verhouding van deze omstandigheid tot den aard van den koop. Wanneer dus

(1) Als bewijs hiervoor haalt v. M. aan l. 13 pr. D. 39.6: «Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero». Of deze plaats, waaraan v. M., zooals uit 't vervolg blijkt, groot gewicht hecht, wel zooveel bewijst als v. M. wil, betwijfel ik. De verus dominus kan evenmin de rei vindicatio meer instellen, omdat de usucapio heeft plaats gehad; de donator blijft alleen over en deze kan condicere, omdat hij mortis causa heeft geschonken.

slechts een gedeeltelijke ondergang heeft plaats gehad, dan ontstaat niet onvoorwaardelijk een actie tot teruggave van de evenredige vermogensvermeerdering, maar de handeling wordt zooveel mogelijk in stand gehouden. Een „Bereicherungsanspruch” in den eigenlijken zin is er slechts dan, wanneer een in het recht niet erkende vermogensvermeerdering heeft plaats gehad, die niet door een rechtshandeling noch ook naar aanleiding van een rechtshandeling is ontstaan. Evenmin kan echter toegegeven worden, dat er sprake is van een „Bereicherungsanspruch” op grond van een delict, want ook in dit geval is niet de vermogensvermeerdering de factor, die de actie in 't leven roept, maar 't delict. Wanneer weliswaar in zoodanig geval niet zelden slechts de teruggave der vermogensvermeerdering kan worden verlangd, dan kan men hierin slechts een secundair verschijnsel zien, dat soms in staat is de primaire aanspraak op schadevergoeding te wijzigen, doch deze niet geheel kan verdringen, alsof nu in plaats van de actie uit delict geheel en al een „Bereicherungsanspruch” zou zijn getreden. Evenals de actie uit een rechtshandeling haar aard daardoor niet verandert, doordat ze nu eenmaal beperkt is tot teruggave der zuivere vermogensvermeerdering, veeleer desniettemin infameerende „Geschäftsklage” blijft en niet „Bereicherungsklage” wordt, zoo blijft ook de delictsactie, al is ze ook slechts gericht op teruggave der vermogensvermeerdering, toch delictsactie. Als actie op grond van vermogensvermeerdering kan derhalve slechts de uit toevallige vermogensvermeerdering voortkomende actie worden genoemd, in zooverre men geneigd is al datgene onder 't juridisch begrip van toeval te rangschikken, wat niet kan worden gebracht tot de categorie van rechtshandeling of delict.

Een „Bereicherungsanspruch” in eigenlijken zin is

slechts dan aanwezig, wanneer hij evenzeer als hij is ontstaan uit de onrechtmatige vermogensvermeerdering, zoo ook teruggave daarvan, niet meer, bedoelt. 't Ligt echter in den aard van zulk een „Bereicherungsanspruch”, dat hij niet slechts bij 't voorhanden zijn van zekere omstandigheden tot op de vermogensvermeerdering is beperkt, maar dat hij van 't begin af op niet meer dan de vermogensvermeerdering is gericht. „Keine Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne ist es daher, wenn eine bestimmte Klage nur im einzelnen Falle und nur ausnahmsweise lediglich die Herausgabe der Bereicherung verfolgt” (1).

Daarentegen behoort 't niet onvoorwaardelijk tot 't begrip der Bereicherungsklage, dat ze altijd en in alle gevallen slechts op de nog voorhanden vermogensvermeerdering kan en moet zijn gericht. Evenmin als een „Geschäftsklage” onvoorwaardelijk teniet gaat, doordat haar eigenlijk object, in 't bijzonder door de schuld des verweerders, onbereikbaar is geworden voor de actie, evenmin kan in 't wegvallen der vermogensvermeerdering op zich zelf een algemeen geldige opheffingsgrond voor de actie worden gezien. Men beroept zich weliswaar daartegenover op billijkheidsgronden en meent, indien 't billijk is, „dat de ongerechtvaardigde vermogensvermeerdering eene verplichting tot teruggave in 't leven roept”, zoo is „'t ook billijk, dat deze verplichting slechts zoolang duurt als de vermogensvermeerdering zelf”. v. M. wil deze vraag door 't positieve recht zien beantwoord en dan wellicht nog voor ieder geval afzonderlijk. Maar 't nog voorhanden zijn der vermogensvermeerdering is geen essentieel vereischte van den „Bereicherungsanspruch”. Andererzijds valt buiten 't gebied der

(1) Overduidelijk is hier 't betoog van v. M. niet.

vermogensvermeerdering de aanspraak, die mogelijkerwijze gegrond is op noch „rechtsgeschäftliche”, noch „delictische”, dus toevallige vermogensvermeerdering, maar meer dan deze vermeerdering tot object heeft. Want dan zou er zijn een aanspraak op schadevergoeding, een „Ersatzanspruch”.

Hiermede is ook 't antwoord gegeven op de vraag of de „Bereicherungsanspruch” moet zijn gericht op teruggave (afgifte) van de in 't vermogen des verweerders plaats gehad hebbende vermeerdering of op herstel van de in 't vermogen des eischers veroorzaakte vermindering. Slechts in 't eerste geval is er een „Bereicherungs-”, in 't tweede een „Ersatzanspruch”. Dat men hierover langen tijd kan weifelen en ten deele nog weifelt, hangt alleen daarmee samen, dat de vraag altijd slechts met 't oog op de *condictio* werd onderzocht, waarin men ook in dit opzicht de „Bereicherungsklage” meende belichaamd te vinden. De ware actie op grond van vermogensvermeerdering moet dus zijn een aanspraak uit vermogensvermeerdering en daarop gericht; ze moet dus in de vermogensvermeerdering haar grond en haar object hebben. Voor 't ontstaan van de actie in 't concrete geval moet er nog een derde factor bijkomen n.l. de „Kausalnexus” d. i. de oorzakelijke samenhang tusschen de vermogensvermindering aan den kant des eischers en de vermogensvermeerdering aan den kant des verweerders. Deze drie factoren moeten aanwezig zijn om een „Bereicherungsanspruch” te rechtvaardigen.

Dit is echter noch zoo streng op te vatten, dat de vermindering aan den eenen kant aan de vermeerdering aan den anderen kant in een getal uitgedrukt moet beantwoorden, noch ook in dien zin dat de „rechtlose oder rechtswidrige Empfang” zonder uitzondering uit 't vermogen des eischers zou moeten afkomstig zijn. Dat 't eerste slechts zeer zelden zoo zal zijn, volgt vanzelf

uit de voorafgegane overwegingen. Dat 't laatste soms 't geval kan zijn, volgt uit den verschillenden omvang en inhoud, dien de vermogensvermeerdering in 't concrete geval kan hebben en die niet zelden voor 't kleinste deel onmiddellijk uit 't vermogen des eischers zal afkomstig zijn. De „Kausalnexus” eindelijk kan van zeer verschillenden aard zijn; het bestaan daarvan in 't bijzonder geval vast te stellen zal de moeilijkste vraag uitmaken, die zich in 't complex der met de „Bereicherungslehre” samenhangende vragen kan voordoen, en dit des te meer daar zij in zekeren zin tweeledig is, aangezien 't niet alleen te doen is om de wederkeerige betrekking van oorzaak en gevolg op te sporen, maar omdat in 't bijzonder telkens ook moet worden overwogen, of deze „Wechselbeziehung” zoodanig is, dat krachtens 't positieve recht de aanspraak op afgifte der ten gevolge hiervan plaats gehad hebbende vermogensvermeerdering gegrond blijkt, hoewel er noch een van de in 't rechtssysteem voorkomende rechtshandelingen, noch ook een bepaald geassocieerd delict aanwezig is.

Het voorafgaande laat zich aldus kort samenvatten: vermogensvermeerdering (Bereicherung), die voor 't recht als zelfstandig verschijnsel in aanmerking kan komen is de reële vermeerdering van iemands vermogen door een bijkomende omstandigheid, die of bestaat in 't bijgevoegd worden van een nieuw of in 't behouden van een tot uitgaaf bestemd vermogensbestanddeel. Deze vermeerdering moet blijvend zijn, hetzij op zich zelf, hetzij opgegaan in 't totaal vermogen.

Het juiste tijdstip voor de beoordeeling van zulke vermogensvermeerdering kan naar omstandigheden verschillend zijn. De vermogensvermeerdering „an und für sich und von vornherein” om als zoodanig voor 't recht in aanmerking te komen, moet 't eenige en primaire

fundament van een rechtsaanspraak zijn en plaats gehad hebben onder omstandigheden, die een verplichting tot teruggave rechtvaardigen.

Ten slotte moet de vermogensvermeerdering als zelfstandige „Klageanspruch” evenzoo het fundament alsook 't oorspronkelijk en eenig object van zulk eene actie zijn.

Hiernaar is de „Bereicherungsklage” in technischen zin te beoordeelen.

Vervolgens bespreekt v. M. de „Bereicherungsanspruch” en de *condictio* waarmee de eerste steeds ten nauwste in verband is gebracht. Hij acht 't noodig de historische ontwikkeling van de *condictio* nog eens van den beginne af na te gaan en maakt daarbij een scheiding tusschen de *condictio* als procesvorm en de *condictio* van 't materiele recht.

Na deze inleiding behandelt v. M. in 't eerste deel van zijn werk de *condictio* als procesvorm en begint met de *legis actio per conditionem*.

GAIUS zelf (4. 20) weet niet waarvoor deze *legis actio* heeft gediend; volgens GAIUS is *condicere* = *denuntiare*: „actor adversario denuntiabat ut ad iudicem capiendum die XXX adesset” (4. 18); maar, merkt v. M. op, „men weet, wat men van dergelijke woordafleidingen bij de ouden heeft te denken” (1). Bovendien na de *lex Pinaria* werd ook op den 30sten dag de rechter benoemd (GAL. 4. 15), voor dien tijd dadelijk. FESTUS, JUSTINIANUS, (§ 15 I. 4. 6) en THEOPHILUS volgen GAIUS' verklaring van „*condicere*”. Volgens BARON is *condictio* = overeenkomst. Wel vindt men: „*Condicere alicui aliquid, aliquid ab aliquo*”, en

(1) Dit is m. i. een zwak argument.

geeft dit een eenzijdige handeling des eischers te kennen, maar dit „condicere” heeft ook volgens GAIUS met 't „condicere” der prisca lingua niets te maken en behoort veeleer tot de taal van een tijd, die aan de voorstelling der oorspronkelijke beteekenis van „condictio” en „condicere” reeds lang vreemd was en die met „condicere” slechts bedoelde: eischend optreden in een bepaalden vorm. Opmerkelijk is, dat, wat betreft 't tweede gedeelte van Inst. 4. 18, v. M. geloof schenkt aan GAIUS, terwijl hij 't hem voor 't eerste gedeelte onthoudt.

Vooraf zegt v. M., dat de verschillende legis actiones haar naam ontleenen aan de handeling, die volgde op 't uitspreken van de legis actio; zoo de legis actio sacramenti aan 't storten van 't sacramentum, en evenzoo de legis actio per conditionem aan de condictio. Van GAIUS' verklaring van „condictio” wil v. M. niets weten en hij sluit zich aan bij de meening van BARON. „Immers, zegt v. M., reeds van de lex Pinaria was 't gevolg, dat de iudex die XXX daretur (GAI. 4. 15), dus ook reeds bij de legis actio sacramento. Evenwel, waar GAIUS van de lex Pinaria spreekt, lezen we: „ut die XXX iudex daretur”; en in de omschrijving van 't begrip „condicere” (4. 18): actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset; nu blijft 't altijd mogelijk, dat met „dari iudicem” niet hetzelfde bedoeld is als met „capere iudicem”.

Uit den naam „legis actio per conditionem” d. i. door overeenkomst leidt nu v. M. af, dat deze procesvorm het karakter zal hebben gehad van een handelen met overeenkomst der partijen; niet in dien zin echter, dat de keuze van deze legis actio geheel van de overeenkomst der partijen afhankelijk zou zijn geweest. Deze restrictie maakt de verklaring van v. M. vrij onduidelijk. „Dies erhellt, zoo v. M., schon aus der einfachen Er-

wägung, dass in Anbetracht der Schneidigkeit und Strenge des Kondiktionsverfahrens der Beklagte wohl jedesmal seine Zustimmung verweigert und dadurch regelmässig dem Kläger die Vorteile dieses Verfahrens vereitelt hätte. Es folgt aber auch mit Notwendigkeit daraus, dass der Magistrat mit Recht oder Unrecht den Processweg überhaupt abschneiden oder wenigstens den ersteren vielleicht einmütig vorgeschlagenen *modus agendi* für unpassend erklären konnte. War es doch gewiss seine Sache zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen für den Abschluss eines Prozessvertrages vorlagen". Of v. M. in 't voorafgaande niet vrij veel onderstelt, wat nader bewijs zou behoeven, is een vraag, die m. i. bij menigen lezer zal opkomen. De afspraken van partijen, die aan de *leg. actio p. c.* eigen waren, moesten volgens v. M. veeleer besloten zijn in het kader van den voorgeschreven procesvorm. Indien we dit aannemen „wordt de *l. a. p. c.* een pendant van de *l. a. per iudicis postulationem*". „Ook daarbij bestaat een overeengekomen wijze van procedeeren, in dien zin, dat de partijen het mochten eens worden over den persoon des *iudex* of *arbitr*". Hoe v. M. dit laatste te weten gekomen is, zegt hij niet. Ik dacht, dat van de *l. a. p. i. p.* nagenoeg niets bekend was.

„Dus, gaat v. M. voort, hebben we 't volgend schema :

- I. algemeene wijze van procedeeren: *l. a. sacramento*;
- II. bijzondere wijze van procedeeren:
 - a. legis actio per iudicis arbitrive postulationem*,
 - b. legis actio per conditionem*.

Dit nu is hoegenaamd niets nieuws; immers *GAIUS* zelf zegt uitdrukkelijk (4. 13): „*sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*".

Niet op alle rechtsbetrekkingen maar slechts op sommige

kon de bijzondere procesvorm worden toegepast. Terwijl nu 't gebied van de l. a. p. i. p. uitermate onbepaald en betwist is, staat dat van l. a. p. conditionem volkomen vast. Het omvat in 't eerst certa pecunia, vervolgens sinds de lex Calpurnia omnis certa res (Gai. 4. 19). Wat is „certa res”? Eene waarvan vaststaat quid, quale quantumque sit, en waarvan bovendien de geldswaarde vaststaat. Is dit zoo, dan is en daarin heeft v. M. gelijk, 't niet noodzakelijk met BARON een recht van den eischer aan te nemen om zelf de zaak te schatten. Wat was nu de eigenaardigheid van de l. a. p. conditionem? Men heeft deze legis actio in verband gebracht met den eed. Volgens v. M. terecht. Bij de l. a. p. c. zou een snellere procedure zijn ingevoerd, daarin bestaande, „dass die Parteien sich auf den Schiedseid verglichen, zu dessen eventuellen Erzwingung der Prätor seine Rechtsmittel gewährte. Denn das ius iurandum in iure delatum machte Litiskontestation und Urteil überflüssig. Nur bedurfte es in manchen Fällen der Einschiegung eines arbitrium liti aestimandae. Für die legis actio per conditionem aber scheint auch dies Einschiesel entbehrlich gewesen zu sein”. Dit laatste is zeer zeker waar, maar 't bewijs voor den samenhang van de l. a. p. c. met den eed is m. i. heel zwak. Hooren wij slechts v. M. (bl. 25) „nicht nur findet diese Vermutung eine Stütze in der rein äusserlichen, bereits zu wiederholten Malen konstatierten Thatsache, dass in den Digesten Justinians der Titel über den Eid sich an den über die Klage si certum petetur unmittelbar anschliesst, sondern dafür spricht auch die bemerkenswerte Erscheinung, dass die wesentlichen Bestimmungen des genannten Titels über den ein weiteres Verfahren vor dem iudex abschneidenden Schiedseid regelmässig an die conditio anknüpfen”.

Hiervan wil ik alleen dit zeggen, dat GAIUS (4. 18) uitdrukkelijk ontkent het verband tusschen de *condictio* van zijn tijd en de *legis actio per conditionem*.

De vraag „Zwangs- oder Konventionaleid” is in 't geheel niet te beantwoorden.

Tegen 't aannemen van den beslissenden eed voor de *legis actio p. c.* kan niet aangevoerd worden volgens v. M., dat de eed eerst door 't praetorisch edict tot gewoon bestanddeel van 't proces is gemaakt. Weliswaar zegt ULPIANUS: „ait praetor, si . . . iuraverit . . .”, maar dit verhindert niet, dat 't *insurandum* reeds tot de procedure per *legis actiones* zou hebben behoord. M. i. is deze vraag heel moeilijk uit te maken: § 11 Inst. 4. 6 en § 4 Inst. 4. 13 vermelden dezen eed als door den praetor ingevoerd.

Een tweede bijzonderheid van de l. a. p. c. zou geweest zijn de *sponsio* en *restipulatio tertiae partis*, „die zum Eidesverfahren im Verhältnisse elektiver Konkurrenz stand”. De bewijzen, die v. M. hiervoor bijbrengt, zijn niet zeer sterk.

Wat betreft den gang van het proces per *conditionem*: het eerste gedeelte in iure vervalt in tweeën: den Gegenstand der ersten Tagsatzung bildet die kurze Darlegung des Sachverhaltes und unmittelbar daran anschliessend die *condictio*, das Parteiübereinkommen” enz.

De voornaamste bijzonderheid van de l. a. p. c. zou geweest zijn, „dass man an Stelle der Natural - die Geldkondemnation setzen wollte”.

Dit argument is scherpzinnig gevonden, maar is moeilijk te rijmen met GAI. 4. 48 „iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat”, en 't wordt door v. M. niet voldoende gestaafd.

Het slot is, dat wij op 't oogenblik nog evenveel weten

van de l. a. p. c. als GAIUS, die (4. 20) verklaart: „quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur” (1).

Hierna bespreekt v. M. de *condictio* van de procedure per formulas en wel eerst den tijd van de facultatieve procedure per formulas en in verband daarmee CICERO's oratie pro Q. ROSCIO. Het resultaat, waartoe v. M. bij deze bespreking komt, is m. i. vrij mager. In de eerste plaats en dit zegt v. M. zelf, CICERO gebruikt nergens den naam „*condictio*” (bl. 49): „denn bedient sich CICERO auch nicht des Namens der *Condictio*, so liegt doch jedenfalls deren Thatbestand seiner Rede zu Grunde”.

Hierover zijn de deskundigen 't echter in 't geheel niet eens. Wel zegt PFLÜGER (2): „CICERO's Rede pro ROSCIO enthält . . . den Schlüssel des klassischen Konditionenrechts”. Daarentegen KÜBLER (3) in zijn recensie van PFLÜGER's werk: „den Satz den Pf. aufstellt: „CICERO's Rede pro ROSCIO enthält den Schlüssel des klassischen Konditionenrechts”, halte ich mindestens für zu weitgehend”. En iets verder: „Der ware Klaggrund war eine Forderung aus der Sozietät”. Op blz. 72 besluit v. M. aldus: „wir kommen schliesslich zu dem Resultate, dass die Ciceronianische *condictio*, um diesen der damaligen Zeit noch fremden, aber uns um so geläufigeren Ausdruck

(1) Onlangs heeft Mr. KOOIJMAN in *Themis*, 1906, n^o. 3 een geheel nieuwe verklaring beproefd van de l. a. p. c.; hij ziet daarin een wijze om de in *ius vocatio* gemakkelijker te maken. «De gedaagde, die opgeroepen wordt om over 30 dagen voor den Praetor te komen, moet present zijn of hij krijgt straf, wellicht boetes».

(2) H. H. PFLÜGER: *CICERO's Rede pro Q. ROSCIO COMOEDO*. Leipzig 1904, pag. 100.

(3) Berl. Phil. Wochenschr. 27 Mai 1905, n^o. 21.

zu gebrauchen, thatsächlich nur auf die wiederholt genannten drei Thatbestände des Darlehens, der Stipulation und des Litteralkontraktes Anwendung finden konnte."

Eén ding is zeker, dat de *actio ex mutuo* in de Inst. van JUSTINIANUS (pr. I. 3. 14) en de *actio ex stipulatu certa* (pr. I. 3. 15) „*condictio*” wordt genoemd. Van de *actio* uit een *contractus litteris* is 't mogelijk, maar 't wordt door GAIUS niet uitdrukkelijk gezegd.

Daarna behandelt v. M. de *condictio furtiva*. 't Is zeer onwaarschijnlijk, dat CICERO deze *condictio* heeft gekend; een andere vraag is, of ze aan LABEO onbekend was. Een van de weinige plaatsen, die hierbij in aanmerking komen, is l. 60 § 5 D. 19. 2: „*messem inspiciente colono, cum alienam esse non ignorares, sustulisti. Condicere tibi frumentum dominum posse LABEO ait, et ut id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum*”. Het woord „*inspiciente*” is ongetwijfeld onjuist overgeleverd. Daarom leest MOMMSEN „*in spicis cessante*”. Misschien heeft er gestaan „*insciente*” (1). v. M. merkt op, dat deze plaats schijnbaar even onberispelijk als gemakkelijk verstaanbaar is. De *condictio* wordt den *colonus* geweigerd en slechts den *dominus* toegestaan. Echter verkrijgt de *colonus* (qui *nummis colat*) dadelijk door *separatio* eigendom van de vruchten, zooals de glosse opmerkt (misschien ware beter te zeggen door *quasi-traditio*, maar dit doet hier minder ter zake); de *colonus* wordt eigenaar van de vruchten. We zien echter, dat de *condictio* (*furtiva*) hier den *dominus* wordt gegeven; de scholiast op de *Basilica* wil daarom *messis* opvatten als de te veld staande oogst. Daarvan is ongetwijfeld de *dominus* eigenaar en dus is

(1) cf. l. 36. D. 12. 6, „*insciente domino*” en l. 37 *ibid.* „*in sciens a te emi*”.

dan in zooverre de plaats gered. Deze beteekenis heeft messis evenwel gewoonlijk niet; 't is de afgemaaide (a.v. metendo) oogst; door zijn conjectuur kent MOMMSEN haar deze beteekenis toe (n.l. van fructus percipiendi); (maar waarom leest M. dan niet liever in spicis cessantem?). Ergens anders l. 52 § 8 D. 47. 2 lezen we: „Si sulphurariae sunt in agro et inde aliquis terram egressisset abstulissetque, dominus furti aget: deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum sibi praestaretur”. Wordt hier nu bedoeld „actione furti”, of „condictione furtiva aget”? v. M. vergelijkt hiermede, voor de verhouding van dominus en colonus ten opzichte van de actio furti in 't algemeen l. 26 § 1 D. 47. 2 en l. 83 § 1 D. 47. 2 en dan concludeert hij, dat l. 60 § 5 D. 19. 2 is geïnterpoleerd, dat n.l. ook op deze plaats sprake was, niet van de conditio furtiva maar van de actio furti en dat er wellicht oorspronkelijk heeft gestaan „tenere te furti dominum”. Hiervoor zou pleiten de oorspronkelijke lezing van den Florentinus „te” in plaats van „tibi”, waarvan zooals MOMMSEN opmerkt, een emendatio recentioris aetatis heeft gemaakt „tibi”.

Evenwel ik zou meenen, dat deze plaats op de volgende wijze moet worden geemendeerd, en is mijn gissing juist, dan is er ook geen sprake van interpolatie en wordt hier wel degelijk de conditio furtiva bedoeld. De librarius had in zijn voorbeeld vóór zich: messem in spicis non inspiciente colono. Toen hij had geschreven: messem inspic, dwaalde zijn oog af naar het volgende *inspic* (in het woord: inspiciente), hij sloeg dus over de letters: is non inspic en voltooide zijn schrijven aldus: messem inspiciente.

Er moet dus worden gelezen:

Messem in spic [is non inspic] iente colono.

Het is zeer waarschijnlijk, dat de conditio furtiva nog niet bestond in den tijd der republiek.

De *condictiones sine causa*: ook deze bestonden volgens v. M. (bl. 95—128) nog niet in den republikeinschen tijd. De plaatsen in *PLAUTUS'* blijspelen, die 't bestaan van een *condictio causa data causa non secuta* reeds in dien tijd zouden doen vermoeden, waar sprake is van *repetitio*, verklaart v. M. door in deze gevallen aan te nemen de *actio fiduciae*; daarmee werd hetzelfde resultaat bereikt. Verder wijst hij er op, dat *repetere* en *repetitio* niet de eigenlijk technische termen behoeven te zijn voor den inhoud der *condictio*, want *repetere* en *repetitio* wordt bovendien 69 maal in de *Pand.* gebruikt in den zin van „herhalen” en „herhaling”; dus overal waar van *repetitio* sprake is, behoeft men nog niet te denken aan de *condictio*. Dit argument is zwak, want stel, dat aan dergelijke statistiek waarde is te hechten, dan zouden ook opgeteld moeten worden de plaatsen, waar *repetere* wel in den zin van „terugvorderen” wordt gebruikt.

Wat betreft l. 8 D. 12. 4 en l. 49 D. 24. 1 en vooral de uitvoerig besproken plaats l. 36 D. 12. 6 geeft v. M. zich veel moeite om te bewijzen, dat hier van een *condictio* geen sprake kan zijn, terwijl hij op grond van l. 22 § 9 D. 17. 1 en l. 19 § 6 D. 19. 2 de meening verdedigt, dat in den tijd van *LABEO* (bl. 122) de *condictio indebiti* moet zijn ontstaan. Eindelijk bespreekt hij de bekende l. 6 D. 12. 5 (*ULPIANUS*): „*perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam CELSUS est*”. v. M. verwijt hier *ULPIANUS* gebrek aan historisch oordeel wegens het beroep op vertegenwoordigers van twee ver uit elkander liggende perioden: *SABINUS* en *CELSUS*, m. i. ten onrechte, want *ULPIANUS* kan heel goed niets anders hebben willen zeggen dan dat de meening van *SABINUS* door een volging van *PROCLUS*, gelijk *CELSUS*, was gedeeld werd.

Wat hij verder zegt over de beteekenis van „probare” is zeer weinig overtuigend. Bovendien is 't volgens v. M. ook mogelijk, dat de plaats is geïnterpoleerd, zoodat er oorspronkelijk zou hebben gestaan „repeti” n.l. met de actie uit de rechtshandeling zelf (bl. 125 onderaan).

Het resultaat is dus, dat v. M. hoogstens aanneemt, dat ten tijde van LABEO de *condictio indebiti* is ontstaan (bl. 137).

De formula van de *condictio* moet zijn geweest een formula abstracta (dus de causa werd daarin niet genoemd), maar beperkt tot pecunia adnumerata, stipulata en expensa lata, en niet, zooals BARON aanneemt, toegelaten voor alle vorderingen, die niet op een legitima causa steunden.

Volgens v. M. is de basis van de *condictio* niet „res” noch „creditum” maar 't „certum”. Volgens SAVIGNY (Syst. V. bl. 512 vlgd.) was 't het mutuum.

De technische naam „*condictio*” bestond nog niet in dezen tijd. De praetor sprak van „si certum petetur”. De verschillende latere zgn. *condictiones sine causa* bestonden nog niet. Het doel daarvan werd bereikt door de acties uit 't contract zelf of overigens door de fiducia. Tegen het einde van deze periode ontstaat de eerste *condictio sine causa* n.l. de *condictio indebiti*. 't Ware misschien goed geweest, indien v. M. op deze plaats (bl. 138) gewezen had op GAI. 3. 91, waar de *condictio indebiti* vergeleken wordt met 't mutuum, waardoor men geneigd zou zijn aan de *condictio indebiti* een ouderen datum toe te schrijven.

Hierna gaat v. M. over tot den tijd, dat de procedure per formulas verplichtend was. Ten eerste vermeldt hij GAIUS' definitie (4, 5): „appellantur . . . in personam . . . actiones quibus dari fierive oportere intendimus *condictiones*”; hiermede komen overeen de woorden van

ULPIANUS in l. 25 pr. D. 44. 7. Zeker is 't, dat met deze definities niets is aan te vangen, noch in 't algemeen, noch in verband met 't hiervoor door v. M. bereikte resultaat, waarmee ze zelfs volkomen in strijd zijn. Van de legis actio per conditionem zegt GAIUS (4, 33): „nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur; sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullum adiungimus conditionis fictionem. v. M. merkt op, dat in deze definitie „fieri” niet voorkomt en wel sprake is van het certum; dat dus hier het karakter der conditio volkomen duidelijk uitkomt.

Verder heeft GAIUS de conditio *furtiva* gekend, zooals blijkt uit Inst. 4. 4 en 8; 2. 79 en stelt hij de conditio *furtiva* naast de *rei vindicatio*. Ook maakt GAIUS opmerkzaam op de anomalie gelegen in de conditio *furtiva* als toekomend aan den eigenaar en toch gericht op „dare oportere”. Wat dan verklaard (?) wordt „odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur”.

Zooals hierboven gezegd is, wordt bij GAIUS in de Inst. 3. 91 de solutio indebiti vergeleken met 't *mutuum*, maar eigenlijk is GAIUS 't daarmee niet eens; immers zegt hij t. a. p.: „sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere”. In l. 5 § 3 D. 44. 7 beschouwt GAIUS de conditio indebiti dan ook meer als een actio quasi ex contractu; 't is de laatste der door hem aldaar genoemden. Nu zegt v. M. naar aanleiding hiervan: „diese Auffassung hat ja in erster Linie Anstoss gegeben zu der Ausbildung der Lehre vom Quasikontrakte für den Konditionenbestand. Allein richtiger scheint es die conditio sine causa des GAIUS unter den Begriff der Negotienklage zu bringen”.

Dit schijnt mij niet juist; er is, dunkt mij, aan den naam quasi-contracten niet zoo groot gewicht te hechten; waarschijnlijk is de naam „obligatio quasi ex contractu” ontstaan als denkfiguur, als hulpmiddel voor de systematiek (1). Standvastig is de vierledige verdeling der obligationes dan ook niet, zooals blijkt uit l. 1 pr. D. 44. 7: „obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”.

Verder wil v. M. de *condictio* niet aangewerkt zien als „Ersatz der vindicatio” (2). In dit verband citeert hij l. 5 § 18 D. 24. 1 en l. 6 cod., „want, beweert v. M., ook indien de eischer nooit eigenaar van de zaak was geweest, zou hij toch de *condictio* hebben, ten bewijze waarvan hij aanhaalt de reeds vroeger genoemde l. 13 pr. D. 39. 6: „si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero” (3). De grond zoowel van de vindicatio als van de *condictio* is volgens v. M. „vielmehr die Rechtsunwirksamkeit des Geschäftes. Der Umstand dagegen, dass die dadurch begründete Rückforderung in dem einen Falle mit der Vindikation, in dem anderen Falle mit der Kondiktion geltend gemacht wird, ist gewissermassen ein zufälliger”. Dat 't toevallig is, zie ik niet in: het komt er op aan, of de zaak nog voorhanden dan wel teniet gegaan is; immers GAIUS zelf zegt (2. 79) „*extinctae res, licet vindicari non possint, condici*

(1) Geheel en al voor de symmetrie schijnt men den naam gegeven te hebben van «obligationes quasi ex delicto».

(2) MOOR bl. 163: «die Vorstellung . . . dass die *condictio* gerade in diesem Falle die Vindikation zu ersetzen bestimmt war». Zie ook bl. 165.

(3) Terloops zou ik willen vragen of de *usucapio* van een *res mortis causa donata* niet eenigszins vreemd is. Is hier de *causa tradendi* eigenlijk wel *perpetua*? In ieder geval is ze voorwaardelijk, ze hangt n.l. af van het niet herroepen vóór den dood des schenkers

tamen possunt". De door v. M. genoemde l. 13 pr. D. 39. 6 ziet te zeer op een bijzonder geval, de *mortis causa donatio*, dan dat daardoor de stelling van v. M. zou kunnen worden bewezen.

Vervolgens worden door v. M. behandeld de in de *Digesta* overgeleverde plaatsen der voorgangers van GAIUS: NERVA, SABINUS, CASSIUS, PROCULUS. NERVA zou alleen hebben gekend de *condictio indebiti*. (v. M. beschouwt de *condictio* van l. 7. pr. D. 12. 4. door de *compilatores* ondergebracht in den titel de *condictione c. d. c. n. s.* als een *condictio indebiti*.) SABINUS schijnt te hebben toegelaten de *condictio ex iniusta causa*, volgens l. 6 D. 12. 5: „perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici". Ook wordt zijn naam genoemd naar aanleiding van de *condictio ex turpi causa*. l. 4 pr. D. *ibid.* De *condictio furtiva* zou, zegt v. M., door SABINUS volgens l. 2 D. 13. 3 en l. 1 D. 13. 1 vergeleken met l. 25 § 1 D. 47. 2 en l. 17 § 5 D. 19. 5 ook den niet-eigenaar zijn toegekend; m. i. heeft v. M. dit niet aannemelijk gemaakt.

PROCULUS weigert den eigenaar de *condictio furtiva*. Wederom tracht nu v. M. hier de anomalie te verklaren, dat de *condictio furtiva* alleen den eigenaar toekomt, maar ik meen, dat 't hem niet is gelukt. CASSIUS heeft de *condictio sine causa* en de *condictio indebiti* gekend. PROCULUS, zooals gezegd is, onthoudt den eigenaar de *condictio furtiva*, stelt haar tegenover de *rei vindicatio*; ook bij hem houdt de *condictio* een *certum in*. Volgens v. M. is 't onzeker of PROCULUS de *condictio ob turpem causam* heeft gekend; m. i. blijkt dit wel uit l. 5 D. 12. 5.

In l. 15 D. 12. 4 wordt m. i. met „*dare oportere*" de inhoud der *condictio furtiva* weergegeven, welke, zooals we zagen, alleen door PROCULUS den eigenaar wordt geweigerd, maar volgens POMPONIUS en LABEO den

eigenaar wel toekomt; evenzeer als den eigenaar de actio ad exhibendum toekomt. Er heeft, zou ik zeggen, in 't geval van l. 15 D. 12. 4 furtum usus plaats gehad, zooals ten overvloede blijkt uit het einde van 't fragment. Zoo opgevat geeft de plaats tot geen moeilijkheid aanleiding en is 't niet noodig tot de m. i. geenszins „zwanglose und zweifellos richtige Auslegung der Glosse zurück zu kehren”, volgens welke POMPONIUS het „in quaestionem dare” technisch opvatte als eigendomsoverdracht. Inderdaad een zeer zonderlinge verklaring.

Voor de nu volgende periode (tot het einde der procedure per formulas) komt in de eerste plaats in aanmerking SALVIUS JULIANUS, die voor de leer der conditio als vertegenwoordiger van dit tijdperk moet gelden. Ook JULIANUS laat behalve bij de conditio furtiva, de conditio altijd ontstaan „aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte”, zooals b.v. blijkt uit l. 33 D. 12. 6 „si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, conditio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur”. Waarop onmiddellijk volgt: „nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. JULIANUS bedoelt volgens v. M. met „negotium” niet alleen „obligatorische Verträge” (contracten), eenzijdige zoowel als wederkeerige, maar in 't algemeen „jedes entgeltliches Geschäft”. JULIANUS kent de conditio indebiti blijkens l. 37 D. 12. 6: „servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetiturum et eo nomine conditionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse sive ignorasses”. (Maar wordt in l. 24 § 1 D. 19. 1 een conditio *indebiti* bedoeld en is in l. 46 § 1 D. 23. 3 niet een conditio sine causa?)

JULIANUS heeft de conditiones niet gesystematiseerd.

Ook bij JULIANUS is volgens v. M. de *condictio* nooit „Ersatz” van de *rei vindicatio*. Is dit waar? Wel in de reeds genoemde plaats l. 13 pr. D. 39. 6: „si alienam rem mortis causa donavero e. q. s. Maar is dit niet eerder een eigenaardig gevolg van de *mortis causa donatio*? Waarom echter in l. 14 D. 12. 1 (ex ULPIANI libro XXIX ad edictum, welke plaats v. M. ook aan JULIANUS wil toegeschreven zien), l. 19 D. 46. 1, l. 9 § 1 D. 14. 6, l. 39 D. 24. 1, l. 19 D. 46. 1 de *condictio* niet als „Ersatz” mag beschouwd worden van de *rei vindicatio*, begrijp ik niet.

Daarna komt v. M. tot de vraag: is de *condictio* steeds een *actio certa* geweest? of m. a. w. heeft JULIANUS ook de zgnd. *condictio incerti* gekend?

In de eerste plaats noemt v. M. l. 3. D. 12. 7; hij schrapt daar het driemaal voorkomende „*incerti*”, zoodat er een op *acceptilatio* gericht zijnde *condictio* overblijft en zegt daarna: „von der Acceptilation aber heisst es: nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem. Die acceptilata ist gleich der numerata eine certa pecunia, weshalb auch an jener Stelle ursprünglich vermutlich eine *condictio* schlechweg, eine *condictio certae pecuniae* zu ihrer Rückforderung gewährt war”. Deze redeneering houdt m. i. geen steek, want indien de *obligatio* een *incertum* inhield, kan toch niet *acceptilatio certae pecuniae* worden geëischt (1).

Volgens v. M. komt bij JULIANUS niet voor de zgnd. *condictio liberationis* en evenmin een *condictio possessionis*;

(1) Geheel anders NABER: (Mnem. XX, pag. 102. Observ. XIV) *incerta formula*; door welke woorden hij evenzeer op de twee andere in aanmerking komende plaatsen (l. 46 pr. D. 23. 3 en l. 2 § 3 D. 39. 5) de *incerti condictio* vervangt.

l. 19 § 2 D. 43. 26 is geïnterpoleerd (1). Noch formeel noch materieel heeft JULIANUS de *condictio incerti* gekend.

Wat aangaat de *condictio* gericht op een certum, deze concurreert volgens v. M. nooit met een andere actio; de *condictio* is bij JULIANUS de „Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäfte”.

De *condictio furtiva* geeft JULIANUS ook den eigenaar alleen en slechts tegen den dief. Onjuist is echter wat v. M. zegt op bl. 193: „Nur gegen den Dieb. (n.l. is gericht de *condictio furtiva*). Gegen diesen aber auch, wenn er impubes ist (zooals blijkt uit l. 24 D. 47. 2: „nec minus etiam condici ei (sc. impuberi) posse JULIANUS scripsit”); ein deutlicher Beweis dafür, dass auch JULIAN die *condictio furtiva* nicht als Deliktssklage ansieht”. Onmiddellijk echter gaat hieraan vooraf in l. 23: „impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, JULIANUS libro vicensimo secundo digestorum scripsit” e. q. s. Hieruit volgt m. i. juist het tegendeel en is bij JULIANUS de *condictio furtiva* wel ex delicto.

Of nu verder iedereen 't met de „Negotientheorie” van v. M. als grond van ontstaan der *condictio* eens zal zijn, betwijfel ik. Zelf weet hij blijkbaar geen weg met de woorden van CELSUS l. 32 D. 12. 1: „non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi

(1) NABER t. a. p. p. 405/6 leest l. 19 aldus: «cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus sed et *incerta formula*». Verder wijst N. er echter op, dat ook in 't oude recht de *condictio possessionis* niet geheel onbekend was: «condicatur enim possessio, quandoque dominus rem suam condicit «ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva» cf. l. 1 § 1 D. 43. 3. Is enim, penes quem rei dominium est, non potest condicere nisi possessionem». Maar er zal gelegenheid zijn later nog op de *condictio possessionis* terug te komen.

a te reddi bonum et aequum", (waarmee hij vergelijkt 't „distrahere negotium" bij GAL. 3. 91). Evenzoo PAPINIANUS l. 66 D. 12. 6: „haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit". Ten slotte mogen hiermede m. i. nog vergeleken worden de reeds meer genoemde plaatsen l. 6 D. 12. 5: „perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam CELSUS est" en l. 14 D. 12. 6 (POMPONIUS): „nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem". Op al deze plaatsen blijkt niets van een „Negotientheorie" maar is het terugvorderingsrecht gegrond op de vermogensvermeerdering zonder oorzaak.

Wel is er sprake van een negotium bij ULPIANUS l. 2 pr. D. 12. 6: „si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter nos".

BARON heeft bewezen, dat de eigenaardigheid der condictio certi de abstracte (1) formula is geweest. BARON was de laatste, die de verdeeling der conditiones in drieën (certi, triticaria, incerti) op rekening stelde der klassieke juristen. Tegenwoordig wordt dit door niemand meer aangenomen en de drieledigheid der condictio als een product van JUSTINIANUS' wetgeving erkend (2).

Met de condictio triticaria wordt geëischt certa res, waarvan ook GAIVS spreekt 4. 19: „haec legis actio (sc. per conditionem) constituta est lege . . . Calpurnia de omni certa re".

LENEL reconstrueert een afzonderlijke formula voor de

(1) Zie NABER Mnem. 4892 bl. 311 vlgd.

(2) Zie NABER t. a. p.

condictio triticaria. Volgens v. M. gold de actio certae creditae pecuniae zoowel voor certa pecunia als voor certa res. Wat certum beteekent blijkt uit l. 74 D. 45. 1 en l. 6 D. 12. 1.

Vervolgens wordt in § 11 (bl. 215—236) de condictio incerti besproken en het resultaat waartoe v. M. komt is, dat de condictio incerti overal waar zij voorkomt geïnterpoleerd en op die plaatsen sprake is van de condictio certi: „die missverständliche Auffassung einzelner Stellen . . . die ihrer unbefangenen Ausdrucksweise nach eine condictio incerti zu gewähren scheinen, thatsächlich aber damit nur den Erfolg der von ihnen beabsichtigten condictio certi zum Ausdrucke bringen” (1).

't Zal nu wel niemand gegeven zijn bij een dergelijk historisch onderzoek volkomen objectief te werk te gaan, de wijze echter waarop v. M. iedere condictio incerti in een condictio certi tracht te veranderen is zeer zeker onjuist. De naam condictio incerti is afkomstig van de compilatores. Maar is zij materieel in 't klassieke recht voorgekomen? Volgens v. M. bij JULIANUS en zijn voorgangers niet. Maar bij lateren? De condictio incerti komt voor als condictio possessionis, impensarum, obligationis (liberationis), cautionis en servitutis. Waarom uit l. 75 D. 45. 1. (v. M. bl. 216 n. 6) zou blijken, dat „die Einräumung einer Realservitut ein certum” is, begrijp ik niet, afgezien van de vraag zelf.

De condictio possessionis wordt door v. M. op bijna alle plaatsen teruggebracht tot een condictio furtiva. De emendatie (bl. 220) door v. M. van l. 15 § 1 D. 12. 6 komt mij onwaarschijnlijk voor. De condictio impen-

(1) Zie ook bl. 233: «nachdem alle von der condictio incerti handelnden Stellen ihrem ursprünglichen Sinne nach auf eine condictio certi bezogen werden konnten».

sarum herleidt v. M. op de drie voorkomende plaatsen tot een *condictio (certi)*; 't is mogelijk. Evenzoo wil hij de *condictio servitutis* beschouwd zien als een *condictio certi*, maar hier gebruikt hij op bl. 222 (1) een argument, waarvan hij op bl. 221 (2) bij PFLÜGER niet wil weten. Wat betreft de *condictio cautionis* van l. 3 § 10 D. 35. 3, zou ik willen opmerken, dat daar alleen wordt gesproken van *condicere* en *condictio*, niet van *incerti condictio*, zooals wel in l. 5 § 1 D. 7. 5.

In l. 7 pr. D. 7. 9 wordt den heres de keuze gelaten de zonder *cautio* in vruchtgebruik gegeven zaak te vindiceeren, „sed, wordt er gezegd, *ipsa stipulatio (i. e. cautio) condici poterit*” d. i. de *cautio* kan geëischt worden; hier echter niet *incerti condictio*. Wat betreft (bl. 224) de meening van v. M.: „im Gegensatze zu Trampedach muss aus diesen Stellen gerade der Satz entnommen werden, dass die Unterlassung der Kautio eine an sich geschuldete Leistung zum *indebitum mache*”, kan ik in l. 7 § 4 D. 33. 4 niet anders dan een bevestiging zien van TRAMPEDACH's opinie.

Ten slotte behandelt v. M. de *condictio obligationis* of *liberationis*. De plaatsen, waar deze voorkomt, behalve de reeds vroeger besprokene (van JULIANUS) worden achtereenvolgens door hem onderzocht, en hij komt tot de slotsom, dat ook daar de *condictio (incerti)* steeds is geïnterpoleerd. In § 12 (blz. 236 vlgd.) wordt gesproken over de vermogensvermeerdering als object der *condictio*; die vermeerdering is volgens v. M. altijd *certa pecunia* of *certa res* en wordt berekend naar 't oogenblik waarop de restitutieplicht begint d. i. de *litis contestatio*, vandaar is 't dan ook een *actio stricti*

(1) bl. 222: «Denn entweder . . . vermeiden».

(2) bl. 221: «Dazu bedarf . . . ist *indebite solutum*».

juris. Bij een species luidt de *condictio* onmiddellijk op *res ipsa*, bij een genus volgens sommigen dadelijk op *tantundem*, volgens andere ook hier op *res ipsa*. De eerste meening steunt dan op den regel „*genus perire non censetur*”.

Verder wijst v. M. er op, en dit is m. i. een zeer juiste opmerking, dat terwijl de *condictio*, hoewel gericht op een *certum* en *res ipsa*, meermalen wordt genoemd „*ex aequo et bono introducta*” zoo b.v. in l. 66 D. 12. 6, hiermede alleen wordt te kennen gegeven, dat overwegingen van billijkheid geleid hebben tot 't ontstaan van de *condictio*, maar deze zelf daarom zeer goed *stricti juris* kan zijn.

Steeds echter bleef de *condictio* een en dezelfde *actio* gericht op een *certum*. Met deze eenheid van de *condictio* ook ten opzichte van haar object schijnt 't in strijd, dat ze zich soms vertoont als beperkt tot de vermogensvermeerdering; maar de vermogensvermeerdering als object is noch een eigenaardigheid van de *condictio* alleen noch ook een zoodanige, die zich regelmatig bij de *condictio* voordoet. Vermogensvermeerdering kan 't object zijn van de meest verschillende acties: dat de actie zich beperkt tot de vermogensvermeerdering kan of liggen aan 't subject of aan objectieve omstandigheden. Subjectief is de *pupil*, die zich *sine tutoris auctoritate* heeft geobligéerd en de erfgenaam uit *delictsacties* tegen hem ingesteld slechts tot op 't bedrag der vermogensvermeerdering geobligéerd.

Objectief is hij wien iets geschonken is daardoor slechts tot op 't bedrag der vermogensvermeerdering geobligéerd. Het feit nu, dat bij schenking meestal met de *condictio* wordt teruggevorderd, is wel de reden geweest om *condictio* en „*Bereicherungsanspruch*” te vereenzelvigen: zoo bij schenkingen tusschen echtgenooten, *mortis causa*, in *fraudem creditorum*. Doch in deze en ook in andere

gevallen zijn behalve de *condictio* ook andere acties aan deze beperking gebonden. Evenzoo wordt volgens v. M. in de bronnen zijn tweede stelling bevestigd, dat de *condictio* niet altijd en niet geregeld slechts de vermogensvermeerdering tot object heeft; waar dit wèl zoo is, wordt er uitdrukkelijk bijgevoegd, dat de *condictio* slechts mag worden gericht in *id quod locupletior factus est*, waarmede dan zonder twijfel deze gevallen als uitzonderingen worden gekenmerkt. Men vindt die woorden niet alleen bij de *zgn.* *condictiones sine causa*, maar ook eenmaal bij de *condictio ex mutuo*, terwijl de *condictio sine causa* ook voorkomt zonder deze beperking. Daarbij komt, dat in al de genoemde gevallen de vermogensvermeerdering nu eens beoordeeld wordt naar 't tijdstip van 't instellen der actie, dan weer naar 't oogenblik van de *litis contestatio*, soms ook naar dat van 't vonnis. Dit moet beschouwd worden als iets, wat bij de meest verschillende acties kan voorkomen en dus ook in verschillende formulae wordt te kennen gegeven.

Er bestond geen afzonderlijke formula voor de vermogensvermeerdering, maar slechts een voor iedere actie passende toevoeging aan de formula, waardoor 't werd uitgedrukt; volgens v. M. zijn de woorden *i. q. l. f. e.* (of dergelijke) een *taxatio*, die dan ook in de *condemnatio* haar plaats heeft gehad; te vergelijken met 't *beneficium competentiae*; 't is geweest een *taxatio incerta* (zie *GAI.* 4. 51. 52.).

Nu de vraag of en in hoeverre de *condictio* met andere *actiones* concurreert.

Onder „Klagenkonkurrenz" wil v. M. niet verstaan „Coëxistenz", maar hij ziet er in „die schmälernde oder tilgende Wirkung, die mancherlei Aktionen gegen einander ausüben"; dus komt in aanmerking de vroeger *zgn.*

electieve concurrentie; de cumulatieve slechts in zooverre als door de eene actie na de andere nog een „amplius” kan worden geëischt. Hij zal dus slechts die gevallen bespreken, waar denzelfden eischer tegen denzelfden verweerder de keuze vrijstaat tusschen een *condictio* of een andere *actio*.

a. Condictio en actio adjecticiae qualitatis.

Op alle desbetreffende plaatsen wordt met uitzondering van l. 17 §§ 4 en 5 D. 14. 3 de reden van de *condictio* gezien in den *jussus* inbegrepen in de *actio adjecticiae qualitatis*. In 't bijzonder is te letten op l. 84 D. 17. 2, waar de woorden „*vel cum extraneo*” ongetwijfeld zijn geïnterpoleerd. Ofschoon op deze plaats niet van *condictio*, maar van „*agi*” in 't algemeen sprake is, zou men 't, indien men van 't algemeene tot 't bijzondere mag besluiten, ook voor de *condictio* kunnen aannemen.

Zooals gezegd is, wordt in l. 17 §§ 4 en 5 l. c. niet de *jussus* als grond van ontstaan der *condictio* genoemd. Zoo volgens v. M., ik zou liever willen zeggen, dat daar op den *jussus* niet de nadruk wordt gelegd; immers indirect bestaat er *jussus* in de aanstelling tot *institor*. Overigens wekken de woorden „*sed si ex eo contractu. . . sit*” wegens de volgorde argwaan, waarom MOMMSEN dan ook omzetting voorstelt, waardoor we de lezing krijgen: „*sed si peculium habeat aut in rem meam versum sit ex eo contractu*”.

In § 8 I. 4. 7 wordt de *condictio* genoemd als concurrerend met de *actio adject. qual.* behalve met de *actiones de peculio en tributoria*. 't Is vreemd in verband met onze opmerking over den *jussus*, dat hier wel de *actio de in rem verso*, maar niet de *actio de peculio* wordt genoemd; eerder zou men 't tegendeel verwachten. Wat betreft de uitdrukking „*in rem vertere*” is 't, dunkt mij, hier zoowel als in l. 17 l. c. de vraag, of zij niet

zoo ruim mogelijk moet worden opgevat en niet alleen in den zin van de *actio de in rem verso*. Niettemin blijft de moeilijkheid, dat volgens l. 17 de *condictio* wel en volgens § 8 I. 4. 7 de *condictio* niet met de *actio de peculio* concurreert; v. M. wil nu in de slotwoorden van l. 17: „*ex hac causa etiam condici posse verum est*” een toevoegsel der *compilatores* zien. De slotsom is volgens v. M.: de *condictio* concurreert met de *actiones adject. qual.* slechts in zooverre als „dem jeweiligen Thatbestande ein *iussus* mit *civilrechtlicher Verpflichtungskraft* zu Grunde liegt”. Evenwel is de *condictio* dan geen „Generalklage”, maar „die auch sonst nur zulässige *civile Kondiktionsklage auf Grund eines speciell kondiktionsrechtlichen Sachverhaltes*”.

b. Condictio en actio praescriptis verbis.

v. M. wil niet weten behalve voor 't *aestimatum* van een *actio praescriptis verbis*, slechts van „*praescriptis verbis agere*” n.l. telkens wanneer een *actio in factum* gegeven werd, die wegens den gecompliceerden „Thatbestand” een „*praescriptio*” vereischte in de formula. Die *actio in factum* kan nu eens een *actio civilis*, dan weer een *actio praetoria* zijn geweest, meestal echter volgens v. M. een *actio civilis*. Overigens is 't bekend, dat dit een zeer betwist punt is. Eén ding is zeker: *actiones in factum* met *praescripta verba* zijn er geweest en wel zegt *ULPIANUS* omdat „*natura . . . rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*”. (l. 4 D. 19. 5). Verder betoogt v. M. dat de *actio praescr. verb.* als een *actio bonae fidei* en *incerta* niet eenvoudig teruggave kan bedoelen, wat door hem dan nog nader wordt aangetoond, terwijl de *condictio* juist is geweest een *actio stricti juris* gericht op een *certum*. Waaruit dan volgt dat de eene *actio* (pr. v.) de andere (*condictio*) uitsloot. „Wohl konnten aus demselben Rechtsverhältnisse

condictio und actio praescriptis verbis entspringen, aber weder beide gleichzeitig noch auch die eine oder die andere nach Wahl des Klägers, sondern nur die eine oder die andere, je nachdem das fragliche Rechtsverhältnis in dem der Klagenbringung zu Grunde liegenden Momente diese oder jene Wendung genommen hatte".

De echtheid van l. 5 D. 19. 5 wordt door de geleerden ten zeerste betwijfeld; indien nu, zooals ook v. M. aanneemt, dit fragment grootendeels is geïnterpoleerd, mag men stellen, dat de klassieke juristen, zoo de tegenpraestatie niet had plaats gehad, toestonden of de condictio of een civilis actio in hoc quod mea interest. In dezen zin concurreerden dan de actio pr. v. en de condictio; dit kan m. i. moeilijk worden ontkend.

Maar daarentegen mag men, geloof ik, aannemen, dat 't klassieke recht „ein Reurecht bei Innominatkontrakten" niet heeft gekend, d. w. z. dat de eischer niet in plaats van met actio pr. v. nakoming van de overeenkomst te eischen, altijd eenvoudig heeft kunnen terugtreden en zijn praestatie terugvorderen; ware dit zoo geweest, dan zou men terecht kunnen vragen, waartoe eigenlijk de actio pr. v. heeft gediend.

Volgens v. M. zou in den klassieken tijd alleen een „Reurecht" hebben bestaan bij de mortis causa donatio; dat daarbij een condictio (zgn. ob poenitentiam) was toegelaten, staat vast en ligt in den aard van de rechtshandeling.

c. Condictio en rei vindicatio utilis.

Wat is de rei vindicatio utilis? Zij komt in de bronnen negen- of tienmaal voor; v. M. gaat de gevallen afzonderlijk na. Volgens hem wordt bij *Gai. 2. 78* met „actio utilis" niets anders bedoeld dan „actio in factum", waarvan in de analoge *Dig. plaats (l. 9 § 2 D. 41.1)* is

gemaakt een *actio utilis*. Waarom in l. 5 § 3 D. 6. 1 (ULP.) (1) een *rei vindicatio utilis* wordt gegeven, is niet duidelijk. Een „*recta*” *vindicatio* is hier uitgesloten, maar de reden van de *utilis vindicatio* blijkt niet. Met de overige bronnen is 't in strijd, b.v. l. 17 § 13 D. 41. 1.

Vervolgens hebben wij l. 55 D. 24. 1: deze plaats is ongetwijfeld geïnterpoleerd. Dan — en dat is een merkwaardige plaats — l. 2 D. 26. 9: de pupil heeft hier de *vindicatio utilis* om te vindiceeren zaken door den voogd in eigen naam voor het geld van den pupil gekocht; v. M. verklaart 't als volgt: de wettelijke vertegenwoordiger handelt door zaken te doen met 't geld van pupil of *curandus* krachtens wettelijke noodzakelijkheid voor hem, dien hij vertegenwoordigt, we zouden hier dus hebben een *vindicatio directa* met verandering van subject, de pupil of de *curandus* wordt in de *condemnatio* als contractant gesteld in plaats van den eigenlijk contracteerenden tutor of curator; 't is daarom slechts een *utilis vindicatio* tegenover den derden contractant, terwijl ze tegen den tutor of curator zelf, zoo deze den pupil of *curandus* de afgifte zou weigeren, als *directa* zou zijn gericht; want de voogd heeft nooit eigendom verkregen.

Maar waarom, zou ik zeggen, indien de tutor voor den pupil direct eigendom verkrijgt en niet anders dan direct voor hem kan verkrijgen, verwerft de pupil dan ook niet de *recta rei vindicatio* tegenover iedereen? Dit is ook de meening van IHERING. Zou hier de *vindicatio utilis* niet juist den pupil tegen den tutor worden gegeven, omdat de pupil reeds eigenaar en bezitter is, hoewel de voogd dan op zijn naam bezit?

(1) «de arbore quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant, nam si nondum coaluit mea esse non desinet».

Aangaande l. 29 D. 39. 6 en l. 6 *ibid.* is het zeer onwaarschijnlijk, dat met *actio utilis de rei vindicatio utilis* zou zijn bedoeld, en evenzoo l. 30 D. 24. 1.

Blijven over drie plaatsen in den Codex: l. 1 C. 8. 55 (54), waar de *utilis vindicatio* wordt genoemd *actio qua dominium pristinum restituitur*; dan l. 15 C. 5. 3, waar de *vind. ut.* wordt gegeven tot terugvordering van bruidsgeschenken, dus ook aan den vroegeren eigenaar; ten slotte l. 8. C. 3. 32 eenigszins analoog aan l. 2 D. 26. 9. Deze drie plaatsen (hoewel twee er van, n.l. 1 en 3, niet behooren tot den laatsten keizertijd, zooals v. M. ten onrechte beweert) zijn afkomstig uit 't keizerlijk recht en werpen weinig licht op de vraag, wat de classieke juristen met de *rei vind. utilis* hebben bedoeld. Volgens v. M. is de *vindicatio utilis* deels geïnterpoleerd, deels de gewone *rei vindicatio* met verandering van subjecten, deels een privilege van de keizers; maar hoe 't ook zij, de classieke juristen hebben, aldus v. M., de *vindicatio utilis* niet gekend. Er behoeft dus in de Dig. niet te worden onderzocht of zij concurreert met de *condictio*. In de 3 Codexplaatsen vinden we haar electief concurreerend met de *condictio*. De *condictio* geniet de voorkeur, zegt v. M., omdat hij, die de *rei vindicatio utilis* instelt, niet alleen de ongeldigheid der rechtshandeling maar ook zijn vroeger eigendomsrecht heeft te bewijzen.

§ 17. De *condictio generalis*.

De beroemde of beruchte l. 9 D. 12. 1 is hiervan de bron. Door MITTEIS is definitief aangetoond, waarom dit fragment is geïnterpoleerd (1).

In l. 29 D. 12. 1; l. 17 §§ 4, 5 D. 14. 3 en l. 5 pr. D. 15. 4 wordt volgens v. M. òf met de Justin. *condictio* eenvoudig bedoeld een of andere *actio* òf de *condictio* als *actio ex*

(1) Zie ook NABER, *Mnem.* 1892, pag. 182.

mutuo. Resumeerend zegt v. M. nogmaals: de *condictio* van de procedure per formulas was een strenge abstracte actio gericht op een certum, die ten opzichte der concurrentie met andere acties in niets van de algemeene hiervoor geldende regels afweek en welke evenals iedere andere actio „bedingt war durch das Vorliegen bestimmter, eng umgrenzter materieller Rechtsverhältnisse”.

§ 18. De *condictio* van 't proces in den keizertijd.

Met 't verdwijnen van de procedure per formulas verloor ook de *condictio* noodzakelijkerwijze haar op 't proces berustende bijzondere beteekenis. Doordat de behandeling in iure en in iudicio ineensmolten gingen de voor- en nadeelen van de abstracte formula verloren. Evenmin maakte 't in 't vervolg onderscheid, of er sprake was van een certum of een incertum, een *negotium stricti iuris* of *bonae fidei*. En ook juist voor 't materieele recht is dit in 't Justin. recht van den grootsten invloed geweest.

Met JUSTINIANUS kwamen 't onderscheid tusschen *condictio certa* en *incerta*, de *rei vindicatio utilis* en de *condictio generalis* en de verschillende *conditiones sine causa* in 't Rom. rechtssysteem. Nu werd de *condictio* werkelijk de actio in personam qua cum eo agitur qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum.

Oorspronkelijk was de *condictio* en reeds de *condictio* der procedure per legis actiones aan eenige weinige „Thatbestände” vastgeknoopt (*mutuum*, *stipulatio*, *expensilatio*); langzamerhand ging de idee der terugvordering in deze rechtsinstituten gelegen van de rechtshandeling over op de actio en werd de *condictio* overal aangewend, waar 't om terugvordering was te doen, mits de overige processueele voorwaarden der *condictio* aanwezig waren.

Ten slotte verdwenen grootendeels ook deze processueele

vereischten; het certum, het strictum ius liet men vallen. Zoo kwam men aan den eenen kant tot de *condictio incerti*, aan den anderen tot de *condictio generalis*. Ook de systematiek der zgnd. *conditiones sine causa* kan eerst sinds den keizertijd met eenige zekerheid worden nagegaan.

§ 19. De *condictio* als „materieller Rechtsanspruch”.

In § 20 bespreekt v. M. het eerst de quasi-contractstheorie als grond voor de *condictio*. Dat de *condictio* ontstaan zou quasi *ex contractu* is volgens v. M. een verouderde meening. Ik zou zeggen, dat 't ons niet veel wijzer maakt, als we zeggen, dat de *condictio* ontstaat quasi *ex contractu*; eigenlijk wordt daarmee iets negatiefs te kennen gegeven; de uitvinding der zgnd. quasi-contracten dient m. i. alleen voor de systematiek.

Dan de leer, dat de *condictio sine causa* zou hebben gediend om de op onrechtvaardige wijze verloren gegane zakelijke eigendomsactie te vervangen: zoo v. SAVIGNY (1). Ook deze theorie wijst v. M., zooals reeds vroeger is gezegd, af.

§ 22. De theorie der vermogensvermeerdering.

Deze gaat uit van 't meer genoemde adagium *natura aequum est e. q. s.* Van dezen rechtsgrond als basis der *condictio sine causa* wil v. M. niets weten. Hij ziet er slechts een vaag, algemeen rechts-, misschien slechts moraliteitsbeginsel in, waarmee niet te opereeren valt (2)

Verder zou volgens v. M. een actie uit vermogensvermeerdering zonder oorzaak in den eigenlijken zin slechts zijn een zoodanige, die uit de vermogensverm. en alleen daaruit voortkomend tot afgifte van deze ver-

(1) Syst. V, 515: überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen *Vindication* eintritt.

(2) Zie ook v. SAV. Syst. III, 451.

meerdering en slechts daartoe zou strekken; bij de *condictio* vinden we geen van beide vereischten. De *contract-condictio* (uit *mutuum*, *stipulatio*, *scriptura*) is geen actie uit vermogensvermeerdering zonder oorzaak en onderscheidt zich in niets van de overige acties uit contract. Nu is er formeel slechts één *condictio*, niet meerdere; er zijn slechts verschillende functies van een en dezelfde *condictio*. Met de *condictio* als actie uit vermogensvermeerdering zonder oorzaak worden slechts bedoeld de gevallen van de *zgn. condictiones sine causa*; maar ook deze gevallen zijn niet tot één grondvorm terug te brengen: „die *Condictio* ist *Rückforderungsklage* für die auf Grund eines rechtsunwirksamen Geschäftes erfolgte Leistung. Die *Condictio* ist nicht *Bereicherungsklage*“, want, zegt v. M., de *condictio* komt eenerzijds nergens bijzonder op den voorgrond, waar sprake is van vermogensvermeerdering, terwijl anderzijds juist in de gevallen van eigenlijke vermogensvermeerdering van de *condictio* schijnt te zijn afgezien. Waar in de bronnen aanleiding is om in 't bijzonder van de vermogensvermeerdering te spreken, worden termen gebezigd als „*locupletem fieri*“ enz. en geschiedt 't onafhankelijk van de *condictio*, zoo o. a. l. 18 D. 4. 2.

Verder, beweert v. M.: „es können aber auch *Bereicherungsthatbestände* im Sinne von *Ansprüchen* aus der *Bereicherung* in den *Quellen* aufgezeigt werden, wo unter ausdrücklicher *Ablehnung* der *Condictio* eine andere *Klage* gewährt wird. Diese andere *Klage* ist meist eine *utilis actio*“. Ten bewijze haalt hij aan l. 3 D. 12. 6. Maar m. i. ten onrechte. Immers bedoelde plaats komt voor in den titel „*de condicione indebiti*“; in l. 1 lezen we: „*si quis indebitum ignorans solvit per hanc actionem condicere potest*“ e. q. s., in l. 2: „*si quis sic solverit . . . repetitio locum habebit, si quid ex testamento solutum*

sit, quod postea... repetetur; en in l. 3: idem est... nam utiles actiones e. q. s. Naar mijn meening wil dit hier eenvoudig zeggen, dat een *condictio indebiti utilis* wordt gegeven, welke *actio* juist strekt tot teruggave van „in quantum locupletior factus est”. Ik lees er niets anders uit, dan dat hier om omslag te vermijden de *actio d. i. de condictio indebiti*, die eigenlijk zou toekomen aan hem, die de legaten heeft uitbetaald, als *actio utilis* aan den waren erfgenaam wordt gegeven.

Evenmin gaat m. i. op het beroep op de i. i. *restitutio* als buitengewoon rechtsmiddel om daardoor te bewijzen, dat de *condictio* niet geregeld en uitsluitend diende voor 't opheffen van ongerechtvaardigde verrijking (vermogensvermeerdering); zoo vinden we toch ook de i. i. *restitutio propter metum* naast de *actio quod metus causa*, enz. Wat betreft *accessio* (§ 29 I. 2. 1), werd misschien in dat geval geen *condictio* gegeven, omdat de eigendom van 't materiaal is opgeschort en de *condictio* steeds (behalve de *condictio furtiva*) den niet-eigenaar toekomt.

De *condictio* bedoeld in l. 4 § 2 D. 12. 1. (waarmee te vergelijken l. 9 § 1 D. 39. 2) kan zooals reeds de glosse (1) opmerkt, geen andere zijn dan de *condictio furtiva*. Het heeft dus niet te maken met de „zufällige Bereicherung ohne menschliches Zuthun”.

Ten slotte wil v. M. de anomalie, dat de *condictio furtiva* slechts den eigenaar toekomt, hieruit verklaren (bl. 316 infra), dat dare hier niet moet worden opgevat „im Sinne der Eigentumsübertragung als in dem der Rückübertragung überhaupt”. Op deze door niets gerechtvaardigde praemisse, deze *petitio principii* voort te redeneeren schijnt mij niet geoorloofd en daarmee vervallen

(1) Dezelfde woorden vinden wij bij *Gai.* 2. 79.

dan m. i. ook de verdere hieruit getrokken conclusies.

§ 23. De *condictio* als terugvorderings-actie.

v. M. zegt op bl. 319: dass (die Quellen) dort, wo sie möglichst allgemein sprechen wollen, die *condictio* auf den Thatbestand zurückführen, „ob der Beklagte dem Kläger etwas zu Unrecht vorenthalte“.

Ik zou zeggen, dat dit toch wel overeenstemt met „Bereicherung“, vermogensvermeerdering zonder oorzaak, waartegen als basis van de *condictio* v. M. doorlopend positie neemt.

Het effect der *condictio* is „repetere“, zoowel bij een *condictio ex mutuo*, een *condictio sine causa*, als een *condictio furtiva*.

Terugvordering op grond van nietigheid; of is vernietigbaarheid voldoende? Slechts op grond „eines rechtsgeschäftlichen Thatbestandes“ of ook in andere gevallen?

Een nietige rechtshandeling is gelijk aan een, die nooit heeft plaats gehad. Vernietigbaar is ze door een eigen, nieuw tegenwerkend recht van een ander persoon. Geen *condictio* kan er natuurlijk zijn, als de handeling nietig is, maar nog geen praestatie heeft plaats gehad. En evenmin daar, waar reeds een nietige praestatie heeft plaats gehad, maar daardoor 't eigendomsrecht van den eigenaar nog niet is teniet gegaan, want de eigenaar heeft geen *condictio*, behalve dan tegen den dief en eenige andere bezitters ter kwader trouw (GAI. 4. 4).

Nu kan echter niettegenstaande de nietigheid van de rechtshandeling toch eigendom op de tegenpartij zijn overgegaan, zoo bij *consumptio* en *confusio*.

Kan nu ook hier, en daar waar in 't geheel geen sprake is van eigendom, een *condictio* op grond van nietigheid worden ingesteld? Men heeft nu gezegd, dat voor de vaststelling der nietigheid een *actio praeiudicialis* voldoende is en dit de eenige actie is, die ten gevolge

van een nietige handeling kan ontstaan, terwijl om terug te krijgen, wat door een nietige rechtshandeling feitelijk is verloren gegaan, de *condictio possessionis* hulp verschaft. Echter komt de *condictio possessionis* in 't klassieke recht niet voor. Wel echter zou de gewone *condictio* hiervoor kunnen dienen volgens v. M. Er blijft dus over te onderzoeken, of en in hoeverre de Rom. juristen hiervoor de *condictio* hebben toegestaan en of zij daarvan afhankelijk wordt gesteld, dat de eigenaar aan den gedaagde zijn eigendomsrecht heeft verloren. Dit onderzocht nu v. M. naar aanleiding van de schenking tusschen echtgenooten (1).

De bronnen laten hier geen twijfel, dat we met absolute nietigheid te doen hebben. De plaatsen, die hier voor allen in aanmerking komen, zijn l. 5 § 18 en l. 6 D. 24. 1: „in donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est; quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur, ex quibus causis condictio nasci solet”. Nu zegt v. M.: „die Vindikation entsprang, solange diese Sache sich noch in Händen des Beschenkten befand, dafern sie aber bereits konsumiert war, die Condictio”. De vindicatio had men toch ook tegen iederen anderen bezitter, maar dit daargelaten acht ik 't ongeoorloofd (uit:) „quod ex non concessa

(1) Omtrent de schenking tusschen echtgenooten merkt v. M. op (blz. 323): Die Herkunft dieses Verbotes der Schenkung unter Ehegatten ist im römischen Rechte in Dunkel gehüllt, das durch «die Angabe, das es moribus receptum est, nicht genügend aufgehellt wird». Waarom echter de woorden van ULPIANUS l. 4 D. 24. 1: «hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa ergo se facilitate», dit niet voldoende verklaren, zie ik niet in.

donatione retinetur e. q. s. de conclusie te trekken „dass eine *Condictio* auf Grund solcher nichtiger Schenkung unter Umständen auch von vornherein zu gewähren ist auf das *quod ex non concessa donatione retinetur*, gleichgültig ob dem Kläger seine *Vindikation* verloren gegangen, oder ob ihm eine solche niemals zu Gebote gestanden”; d. w. z. dat de eischer de *vindicatio* evengood nooit kan hebben gehad, deze „extensieve” interpretatie is m. i. wel wat zonderling.

§ 24. De rechtshandeling als basis van de *condictio*.

Volgens v. M. is 't *negotium* altijd de grondslag (uitgezonderd bij de *condictio furtiva*). Zoo bij 't *mutuum*, *stipulatio*, *contractus litteris*; maar ook bij de *conditiones sine causa*.

Over deze laatste zegt v. M. op bl. 331: die *condict. s. c.* treten . . . stets dann ein, wenn es sich darum handelt, eine Leistung rückgängig zu machen, die auf Grund eines Rechtsgeschäftes erfolgte, das sich nachträglich als rechtsunwirksam, als nichtig oder anfechtbar erwies. Hij kan dan hier met de *cond. s. c.* niet bedoeld hebben de *cond. ex iniusta causa* en de *cond. ex turpi causa*, want daarbij is 't „Rechtsgeschäft” van te voren al „rechtsunwirksam” enz.

De conclusie van zijn betoog geeft v. M. weer met de woorden van *MODESTINUS* l. 49 D. 12. 6: *his solis pecunia condecitur quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit*. Of deze regel altijd opgaat, zou te bezien staan.

Op blz. 336 stelt v. M. twee objectieve vereischten: „es muss zwischen den beiden Beteiligten ein Kausalgeschäft abgeschlossen gedacht und daraufhin von einem an den anderen geleistet sein”. Het subjectieve vereischte is, dat er dwaling moet zijn. De *indebiti solutio* is volgens de Rom. juristen een *negotium*, cf. l. 33 D. 12. 6 (*JULIANUS*): „is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid

negotii gerit". Maar geen *condictio* is er „wenn nur eine thatsächliche Zuwendung an einen Anderen erfolgt war"; *ibid.* l. 33: „cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat". Uit deze plaats van JULIANUS zou men m. i. kunnen afleiden, dat de *condictio* behalve uit de in dwaling onderstelde *causa*, toch ook ontstaat uit de eigendomsoverdracht. Bij *obligationes naturales* is de *condictio* uitgesloten; de *oblig. nat.* heeft een „beschränkte civilrechtliche Bedeutung". Is er geen *oblig. nat.*, dan kan plaats hebben de *condictio indebiti*; cf. l. 41 D. 12. 6.

De *condictio causa data causa non secuta*.

Ook hier ontstaat de *condictio* niet uit de willekeur van den schenker, maar uit „dessen dem Empfänger schon bei Abschluss des Rechtsgeschäftes ersichtlich gewordene Absicht, dass er nur unter dieser bestimmten Voraussetzung hingeben, für den Fall ihres Nichteintrittes aber sich die Rückforderung vorbehalten wolle".

Volgens v. M. is de *donatio mortis causa* niets anders dan een schenking onder een bepaalde voorwaarde. „Ihre ursprüngliche Form war „die Schenkung unter Lebenden mit Rücksicht auf den wahrscheinlich bevorstehenden Tod". Es dürfte daher „anfänglich überhaupt zweifelhaft" gewesen sein, „ob der Schenkgeber zurückfordern dürfe, wenn er wieder gesund würde oder die Gefahr glücklich überstand". Is dit laatste juist? Ik geloof van niet, omdat de *condictio* niet is 't primair gevolg van de *donatio m. c.*; cf. PAULUS l. 35 § 3 D. 39. 6: „qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi; nec dubitaverunt Cassiani, quin conditione repeti possit

quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias aut ut ego aliquid faciam aut ut LUCIUS TERTIUS aut ut aliquid optingat et in istis conditio sequitur”.

De overeenkomst, die hier de basis van de conditio vormt, mag volgens v. M. „nicht im Sinne des kurz zuvor verworfenen Rückgabevertrages aufgefasst werden. Das Verhältnis zwischen conditio und Uebereinkunft scheint vielmehr dadurch deutlich zum Ausdrucke gebracht, dass zu dessen Verständnis die Analogie der Innominatkontrakte herangezogen ist. Wie beim Innominatkontrakte die conditio nur dann in Wirksamkeit tritt, wenn die eigentlich gewollte Uebereinkunft (v. M. had hier moeten zeggen: „het eigenlijk bedoelde gevolg van de overeenkomst) nicht zu Stande kommt, so tritt auch bei der Schenkung von Todes wegen die conditio nur dann ein, wenn die Schenkung nachträglich hin-fällig wird” e. q. s. Dit is een nog al spitsvondige rede-neering. Evenzoo is wat iets verder volgt: „Daher kann auch bei der mortis causa donatio die conditio *nicht als Geschäftsklage* aus einer Nebenabrede auf Rückgabe, *nicht aus einem eigentlichen Rückgabevertrage* hervorgehend gedacht werden. Vielmehr stützt sich die Conditio auch hier auf den Rückforderungsanspruch aus Anlass der Rechtsunwirksamkeit des ursprünglich beabsichtigten Geschäftes. Dit is een sophisme gesponnen pour le besoin de la cause, want PAULUS, die mij een grooter autoriteit is dan v. M., zegt luce clarius in l. 35 § 3 l. c. „qui mortis causa donat qua parte se cogitat, *negotium gerit, scilicet, ut cum convaluerit reddatur sibi*”.

M. i. is dus de conclusie van v. M. (bl. 341 infra): „auch im Rahmen der Schenkung von Todes wegen kommt der conditio nur die Rolle der Anfechtungsklage des rechtsunwirksamen Geschäftes zu” onjuist.

Op bl. 342 vinden wij: „Weder die *condictio indebiti* noch die *condictio causa data causa non secuta* sind daher in erster Linie oder doch vorwiegend auf ein subjektives Willesmoment abgestellt. Es ist nach dem Stande der Quellen ebenso unbegründet, die *condictio indebiti* unbedingt aus dem entschuldbaren Irrtum des Zahlenden hervorgehen zu lassen, wie es unzutreffend ist, als den Klagegrund der *condictio causa data causa non secuta* den Wegfall einer den Willen beschränkenden Bedingung oder Voraussetzung anzusehen. Für die *condictio indebiti* scheint sich dies aus einer einfachen Erwägung zu ergeben: „*si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emergerit, reddatur, repetitio locum habebit, negotium enim contractum est inter eos*“. (l. 2 pr. D. 12. 6.)

Zou men echter niet eenvoudig kunnen zeggen, dat hier voor alle zekerheid een *condicio iuris* („*si apparuisset esse indebitum*“) is ingevoegd? En verder de woorden „*negotium enim contractum est inter eos*“ sluiten, zou ik zeggen, niet uit, wijzen er eerder op, dat ook wel uit een niet-*negotium* een *condictio* kan ontstaan; immers, de *repetitio* heeft hier toch juist dan plaats, als er *later* blijkt, dat *in dwaling* is betaald.

Op blz. 343: „Gerade der zweite Teil der in Rede stehenden Stelle scheint dagegen das ausschlaggebende Moment für die Zulässigkeit der *Condictio* unter den gegebenen Voraussetzungen anzudeuten: „*negotium enim contractum est inter eos*“. Darauf kommt es an, ob ein Geschäft zwischen den Parteien zu stande gekommen ist“ e. q. s.

v. M. ziet het *negotium in de solutio*, maar men zou 't evengoed kunnen zoeken in de overeenkomst „*si apparuisset esse indebitum, reddatur*“.

Op bl. 343 *infra* begint weer een spitsvondige argu-

mentatie: „Nicht der mangelhafte Parteiwille genügt an sich schon, um die Zulässigkeit der *condictio indebiti* zu begründen. Vielmehr muss vor allem ein objectives Rechtsgeschäft vorliegen. Ebenso aber verhält es sich mit der *condictio causa data causa non secuta*. Weder die *mortis causa donatio* noch die *Dosbestellung* führen zur *condictio* aus dem Grunde, weil eine einseitig und subjektiv gesetzte Voraussetzung nicht eingetreten ist. Ebensowenig ist aber auch in anderen Fällen in dem Wegfall einer solchen Voraussetzung der Rechtsgrund der *condictio* zu erblicken. Nicht nur gewähren die Quellen für solche Annahme keinen Anhaltspunkt, sondern es ist im Gegenteil „eine ganze Reihe von Aussprüchen und Entscheidungen römischer Klassiker mit der so übermässig gesteigerten Bedeutung des einseitigen Willens unverträglich e. q. s. Deze argumentatie is spitsvondig en niet overtuigend, want daarmee is niet gezegd, dat ook de wil des eenen de *condictio* niet kan doen ontstaan. Wel kan men instemmen met de meening van v. M., dat voor het ontstaan van de *condictio ob turpem* en de *cond. ob iniustam causam* het objectieve recht beslissend is.

De *condictio* kan ook ontstaan naar aanleiding van een contract, indien de *actio ex contractu* niet kon worden ingesteld. Zie hieromtrent de belangrijke plaats van *ULPIANUS* l. 19 § 6 D. 19. 2: *si quis cum in annum habitationem conduxisset e. q. s.* (Eenigszins hiermee in tegenspraak is *ULPIANUS* in l. 2 D. 12. 7). Hetzelfde toont v. M. voor andere gevallen aan. Zoo heeft de borg, die den *falsus procurator* van den crediteur heeft betaald, geen actie tegen hem, die hem last heeft gegeven borg te blijven, maar tegen den *falsus procurator* zelf (1).

(1) Dit komt overeen met de aangehaalde woorden van *MODESTINUS* (l. 49 D. 12. 6): *his solis pecunia condicatur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.*

Zoo kan de borg, die iure liberatus desniettemin heeft betaald, slechts van den crediteur met *condictio* terugvorderen, niet van den hoofdschuldenaar.

Verder wordt besproken de *condictio* naar aanleiding van een vormlooze overeenkomst, een *pactum*. De *donatio mortis causa* is reeds behandeld en wat betreft de zgnd. *contractus innominati* zagen we ontkende v. M. het rouwrecht.

Ten derde de schenking tusschen echtgenooten: hier is zeer zeker absolute nietigheid, omdat 't objectieve recht de schenking verbiedt, uitgezonderd dan *divortii causa*. Hier ontstaat de *condictio* duidelijk noch uit den éézijdigen wil van één partij, noch uit overeenkomst, maar krachtens de nietigheid volgens 't objectieve recht. Bij de *condictio ob turpem vel iniustam causam* is ongetwijfeld alleen de „Rechtswidrigkeit” der overeenkomst de grond der terugvordering.

Op bl. 352 (*infra*) vinden we de *condictio* naar aanleiding van erfrechtelijke verhoudingen: zoo in l. 3 § 2 D. 2.15 en l. 17 D. 5. 3, maar hier is den schijnerfgenaam toch een retentierecht gegeven, wat v. M. verzwijgt.

L. 3 § 10 D. 35. 3: „an *condici potest, ut cautio ista interponatur*” is misschien m. i. voor tweeërlei uitleg vatbaar: d. i. of: het legaat kan worden teruggeëischt, of: er kan worden geëischt, dat *cautio* worde gesteld? cf. l. 22 D. 36. 1.

Het resultaat vinden we op bl. 355 *infra* en vlgd.: volgens v. M. bevat het objectieve recht, niet de subjectieve wil 't gemeenschappelijk criterium voor de *condictio*, hetwelk is de gedachte van de terugvordering, terugvordering gegrond op een contract bij verbruikleen, *stipulatio* en *contractus litteris*, op de „Rechtsonwerkzaamheid” van een contract, van een vormlooze overeenkomst of een erfrechtelijke rechtshandeling in de

gevallen der *condictiones sine causa*. Ten slotte op eigendomsrecht bij de *condictio furtiva*.

§ 25. De invloed van de Justin. compilatie.

JUSTINIANUS heeft ingevoerd de *condictio generalis*, de *condictio incerti*, het rouwrecht en de *condictio ex lege*. De *condictio generalis* (l. 9 D. 12. 1). v. M. merkt op, dat van nu af de *condictio* in staat is de meest verschillende acties te vervangen. Daarentegen is daardoor geen aanspraak aan de *condictio* onderworpen, die tot dusverre in rechte niet kon worden vervolgd.

De materiele grond der *condictio* is hierdoor niet veranderd. Op de *condictio incerti* wensch ik aan 't slot terug te komen. Over 't rouwrecht heeft v. M. op bl. 359 een sophistische redeneering. Aangaande de *condictio ex lege* (l. 1 D. 13. 2) is nagenoeg niets bekend.

§ 26. Het object der *condictio*.

De gedane praestatie is 't object van de terugvordering; de praestatie beoordeeld naar 't *tempus litis contestationis*, zie l. 3 § 2 D. 12. 6, zooals bij alle *actiones stricti iuris*. Ook zelfs dan is de actie onmiddellijk op de praestatie zelf gericht als ze heeft opgehouden te bestaan cf. l. 15 D. 12. 4. Wie de risico draagt voor den ondergang der zaak of wie moet instaan voor culpa, zal naar 't tijdstip der lit. cont. door den rechter moeten worden beoordeeld.

Het geval echter van l. 65 § 8 D. 12. 6 (1) en van l. 39 D. 39. 6 staat m. i. niet gelijk: in 't eerste kende de debiteur zijn „Haftpflicht”, in 't tweede niet.

Met de plaats van POMPONIUS l. 3 D. 12. 1 komt overeen de definitie van 't *mutuum* bij GAIUS (3. 90). Dat in l. 53 D. 12. 6 te lezen staat *eosque nummos* bewijst m. i. niet, dat 't dezelfde *nummi* zijn. Volgens v. M. (bl. 369) luidde de formula der *condictio* altijd op *res ipsa*; slechts

(1) Cf. ook l. 5. *ibidem*.

in 't vonnis kwam 't verschil in den aard van 't object der *condictio* in aanmerking. Dit zou ook volgen uit l. 65 § 7 D. 12. 6 „*habitatione data pecuniam condictam e.q.s.* Zoo was 't niet alleen bij de *condictio indebiti*, maar bij de *condictio* in 't algemeen: zoo bij het *mutuum* en de *condictio furtiva* (l. 8 D. 13. 1). De formula der *condictio* is dezelfde, hetzij 't gaat om een species of om een genus: in de formula is steeds vermeld *res ipsa*, uitgezonderd wanneer reeds op 't oogenblik van 't begin van 't proces de zaak niet meer is voorhanden of niet meer in *natura* voor den eischer bereikbaar; dan kan reeds in de formula zelf *tantundem* worden gevorderd. Slechts *ex causa furtiva* werd ook in dit geval steeds *res ipsa* in de formula opgenomen.

Op bl. 379 bespreekt v. M. den invloed van de dwaling op de *condictio*; volgens sommigen was de *condictio indebiti* ook toegelaten bij dwaling in het recht.

Iets verder merkt hij op „dass die *condictio* an sich nichts anderes ist als eine leere Processform, dazu bestimmt, im einzelnen Falle diesen oder jenen materiellen Thatbestand in sich aufzunehmen. Für die *condictio* an sich fehlt es daher an jedem Anhaltspunkte, um von vornherein zu entscheiden, ob sie nur im Falle eines Thatirrtums oder auch beim Vorliegen eines Rechtsirrtums, Anwendung finden könne”; en ten slotte: „es scheint nicht möglich, allgemeine Normen darüber aufzustellen, ob der Irrtum ein Rechts- oder ein Thatirrtum, ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer sein können oder müsse. Es muss vielmehr auf das Argument der *quaestio facti* zurückgegriffen werden”.

§ 28 loopt over den bewijslast bij de *condictio*, waartrent op bl. 398: „es kann daher aus Gründen, die wir in der Natur der Sache selbst gelegen finden, nicht mehr zweifelhaft sein, dass es Sache des Klägers ist, auch

den Nichteintritt der Voraussetzung oder Bedingung zu erweisen, da erst durch diesen Umstand das seinem Rückforderungsanspruche zu Grunde liegende Rechtsgeschäft den Charakter der Rechtsunwirksamkeit annimmt auf welchem Momente eben die *condictio* aufgebaut sein muss, wenn anders sie dem Kläger zum Siege verhelfen soll".

§ 29 loopt over de *condictio furtiva* in 't bijzonder.

In § 30 worden nagegaan twee bijzondere gevallen, waarin de *condictio* wordt aangewend. Ten eerste de vraag, of de koper van een verzekerde en nadat het koopcontract volledig is gesloten, door toeval teniet gegane zaak recht heeft op de verzekeringssom.

Drie meeningen zijn hieromtrent:

1°. het toeval van 't teniet gaan der zaak treft den koper, zonder dat daardoor de verhouding tusschen verzekerde en verzekeraar wordt aangeraakt;

2°. door 't koopcontract zijn alle rechten op den koper overgegaan en heeft hij dus recht op de verzekeringssom;

3°. de koper heeft het toeval te dragen, maar door den verkoop is de verzekeringsovereenkomst teniet gegaan, zoodat de verzekeraar volkomen wordt bevrijd van zijn „Haftung“.

De tweede vraag is, of de voormalige *bona fide* possessor van een vreemde zaak, die haar verder heeft vervreemd, in ieder geval verplicht is, den eigenaar den betaalden koopprijs af te staan, nadat de zaak bij den koper is teniet gegaan. Hierover handelen twee plaatsen: l. 48 D. 3. 5 (*AFRICANUS*): de eigenaar heeft tegen den koper van een gestolen zaak, die deze verder heeft vervreemd, de *actio negotiorum gestorum* tot afgifte van den koopprijs om deze reden: „ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses“. En verder geeft l. 23 D. 12. 1 den werkelijken

tegen den schijnlegataris, die den gelegateerden slaaf heeft vervreemd, tot teruggave van den koopprijs de *condictio „quasi ex re tua locupletior factus sim”*. Op deze tweede plaats is *AFRICANUS* met zich zelf in tegenpraak, want in 't analoge eerste geval geeft hij een *actio neg. gest.*, in 't tweede de *condictio*. In beide gevallen betreft 't den ondergang van een zaak, die uit handen van den eigenaar is geraakt. Op de eerste plaats moeten we aannemen een *bona fide possessor*; op de tweede, volgens v. M., dat de schijnlegataris *mala fide possessor* was en vandaar de *condictio sc. furtiva*.

v. M. komt nu aan 't einde van zijn werk tot 't volgend resultaat:

De *condictio* was oorspronkelijk een *legis actio* bestemd voor *certa pecunia* en *certa res*. Onder de procedure per formulas bleef zij in 't begin een *actio stricti iuris* gericht op een *certum*. Langzamerhand strekte zij zich uit tot het *indebitum*, eindelijk tot de terugvordering van bepaalde *praestatie*, „die der dauernden Rechtsgültigkeit entbehrte”. Daarnaast ontstond de *abnormale condictio furtiva*. „Sie war niemals Bereicherungsklage in dem eingangs erörterten Sinne”. Want volgens v. M.: „diese Funktion war der *condictio* einmal deshalb nicht regelmässig zugänglich, weil die Bereicherung ihrer Natur nach ein *incertum*, der Gegenstand der *condictio* aber notwendig ein *certum* sein muss. Sodann aber macht sich dem Beschauer, der von der ungetrübten Vorstellung des Bereicherungsbegriffes im juristischen Sinne erfüllt ist, die doppelte Wahrnehmung bemerkbar, das wirkliche Bereicherungsfälle in den Quellen teils einer Klagen-sanktion überhaupt ermangeln, teils nur unter den Schutz einer *actio in factum* oder einer *utilis actio* gestellt sind, dass aber die *condictio* regelmässig weder die Bereicherung zum eigentlichen Klagegrund hat, noch auch auf die

Bereicherung als eigentlichen Klagengegenstand gerichtet ist.

Alle Erscheinungsformen der *condictio* sind dagegen durch das gemeinsame Band der Rückforderung zusammengehalten. In diesem Sinne „ist sie wohl von einem Grundgedanken beherrscht „und nicht“ die Zusammenfassung verschiedenartiger Fälle, in denen es ungerechtfertigt erschien, dem einen eine Bereicherung zu belassen, welche mit dem Nachteile eines anderen mehr oder weniger in Zusammenhang steht“. Andererseits muss es aber angesichts ihres immerhin in gewissem Grade beschränkten Wirkungskreises als unzutreffend bezeichnet werden, wenn die *condictio* überhaupt aus dem materiellen Rechte verwiesen und ihr lediglich den Charakter einer Processform zuerkannt wird. Solche Stellung kommt der *condictio* kaum in den Gestalt der von JUSTINIAN geschaffenen *condictio generalis* zu, geschweige denn in einem Rechtszustande, dem diese Form unbekannt war“.

NASCHRIFT.

Toen ik het voorafgaande reeds had geschreven, zag ik in het Ztschrift d. Sav. St. (1903 en 1904), dat v. M. zelf het onhoudbare van zijn meening aangaande de *condictio incerti* heeft ingezien.

Ik meen niet beter te kunnen doen dan het slot van zijn twee rijk gedocumenteerde artikelen over te nemen :

„Eine (1) neuerliche Revision der *condictio incerti* scheint demnach nur zu beweisen, dass die *condictio* des klassischen Prozesses abstrakte *actio stricti iuris* auf *dare* eines *certum* — *certa pecunia* und *certa res* — war, die *condictio incerti* dagegen teils in dieser *condictio*

(1) Ztschrift d. Sav. St. 1904, S. 231/2.

certa, teils in der actio incerti aufging. Die *condictio incerti* scheint also terminologisch tatsächlich Erfindung der Kompilatoren gewesen, sachlich in einer Zeit zulässig (1) geworden zu sein, die mit dem Verschwinden des Formularprozesses das Verständnis für das besondere Konditionenverfahren verloren hatte und ungescheut *condictio* mit *actio in personam* überhaupt identifizieren konnte, sofern nicht auch diese Fälle der *condictio „incerti“* in dem Anschluss an die Formel der *cond. certae rei* ihre Lösung gefunden hatten.

Aus diesem Wandel erklärt sich zugleich das Eindringen der *condictio incerti* in das feste Gefüge der *actio incerti* einerseits, die Ausbildung der *condictio certi* und deren Verbreiterung zur *condictio generalis* andererseits. Denn nunmehr nötigte keine lästige Prozessformel mehr, sich vielfach mit einem gekünstelten Begriff des *certum* oder mit anderen Auskunftsmitteln zu behelfen.

Die Frage nach dem materiellen Rechtsgrunde der *condictio* hat damit nichts zu tun. Denn die *condictio incerti* fügt nicht den alten neue Rechtsgründe hinzu, sondern dient nur dazu die Anwendung auf die schon vorlängst gegebenen Fälle zu erweitern.

Daher ist die Frage, ob die *condictio* Bereicherungsklage war, von dem Bestande der *condictio incerti* unabhängig. Nur in Anbetracht einer vor kurzem erschienenen neuer-

(1) Hier ben ik 't met v. M. niet eens en verwijs naar MNEMOSYNE 20, bl. 401, waar NABER naar aanleiding van l. 52 § 1 D. 24. 1, heeft aange-toond, dat PAPIANUS de *condictio obligationis* heeft gekend. Bedoelde plaats luidt: «Uxon viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur -- nam quo casu inter exteros *condictio* nascitur, inter maritos nihil agitur». — Hier kan moeilijk iets anders dan de *condictio obligationis*, dus een *condictio incerti* zijn bedoeld.

lichen Behandlung dieser Frage (v. KOSCHEMBAHR—LYSKOWSKI, Die *Condictio* als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht I, Weimar 1903), sei es gestattet, dem freimütigen Bekenntnis des früheren Irrtums in Sachen der *cond. incerti* die Erklärung anzureihen, dass ich an der Ablehnung der *condictio* als Bereicherungsklage festhalten zu dürfen glaube, so lange die Quellen nicht klarere Beweise dafür liefern, dass die *cond.* auf Grund sogenannter zufälliger Bereicherung zuständig werden konnte, und dass die *cond.* grundsätzlich auf Herausgabe der Bereicherung beschränkt war”.

Overigens wil ik mij veroorloven te besluiten met de woorden van E. I. BEKKER in zijn kritiek op „CICERO'S Rede pro Q. ROSCIO COMOEDO rechtlich beleuchtet und verwertet van H. H. PFLÜGER (Ztschrft. Sav. St. 25 p. 390)“: „Von der *actio certae creditae pecuniae* und der geschichtlichen Entwicklung der „*conditiones sine causa*“ ist neuerdings in Büchern, Abhandlungen und Rezensionen so viel und so weit Auseinandergehendes geschrieben worden, dass der fleissige Leser mit dem Gefühle des Mühlrades im Kopfe sich wohl vertraut machen konnte”.

J. VAN BINSBERGEN.

Utrecht, October 1908.

THEMIS

LXXste deel — TWEEDE STUK

Aanteekeningen over Procesrecht naar aanleiding van nieuw verschenen Duitsche geschriften.

I.

Zoowel in Nederland, als in Duitschland vraagt, of liever roept de juristenstand om herziening van het burgerlijk procesrecht. In 1907 werd aan dit onderwerp hoofdzakelijk de aandacht gewijd van de Nederlandsche Juristenvereniging, en de indruk, dien het lezen van de prae-adviezen en het verslag der gevoerde beraadslagingen geeft, kan wel niet anders dan deze zijn, dat van het buitenland alle heil werd verwacht. Mr. CAROLI in zijn prae-advies en Mr. LEVY in zijn geschrift „Proceshervorming” richtten hunne blikken naar Oostenrijk; Mr. ROOSEGAARDE BISSCHOP vestigde op Engeland de aandacht, waarbij hij steun vond o. a. bij Prof. VISSER en Mr. DE BRAUW, terwijl ten slotte Mr. POST in het *Rechtsgeleerd Magazijn* „Het Oostenrijksche proces in de praktijk” besprak (1).

Ditzelfde verschijnsel neemt men in Duitschland waar.

(1) Men vergelijke: *Nedert. Spectator* van 6 Juli 1907: «Het Burgerlijk Proces».

Dáár is de drang naar proceshervorming vooral actueel geworden na de bekende rede van den Frankforter burgemeester Dr. FRANZ ADICKES in Maart 1906 in het Pruisische Heerenhuis gehouden; waarna deze zijne denkbeelden in twee geschriften nader uiteenzette: „Grundlinien durchgreifender Justizreform” en „Zur Verständigung über die Justizreform”. Naar aanleiding daarvan verscheen in den zomer van 1908 een geschrift van Prof. J. C. SCHWARTZ uit Halle, getiteld: „Erneuerung deutscher Rechtspflege”, op welk lijvig boekdeel van 262 bladzijden ik de aandacht der lezers wil vestigen.

Ter oriëntering in de omvangrijke literatuur, die als gevolg van ADICKES' alarmkreet spoedig verscheen, geeft de schrijver op blz. 190 tot 224 een overzicht „Aus der Reformliteratur”, waarin op critische wijze verschillende herzieningsgeschriften besproken worden.

De tendenz van het geheele boek is duidelijk: SCHWARTZ wil aan de verschillende, door ADICKES gestelde desiderata, de sympathie van Duitschland verzekeren, door ze als wortelend in het nationale Germaansche recht te teekenen. Deze desiderata zijn niet een voortbrengsel van „selbständige englische Rechtsbildung”, maar een „Gerichtsorganisation germanischen Rechts”. In hoofdstuk II wordt dit voor de volgende punten betoogd:

1. „Eine kleine, aber auserlesene Zahl bewährter und erfahrener Richterkräfte in hervorragender sozialer Stellung bietet die besten Garantien für eine gute und starke Rechtspflege”.
2. „In erster Instanz nur Einzelrichter, in den oberen Instanzen kleine Kollegien: zum Teil nur zwei, meist nur drei Richter”.
3. „Die Befreiung des Richters von allem Schreibwerk und aller für die eigentlich richterliche, d. h. rechtssprechende Tätigkeit nicht durchaus erforderlichen Arbeit”.

4. „Der Schwerpunkt liegt durchaus in der ersten Instanz”.

5. „Das Verfahren in Zivilsachen ist so eingerichtet, dasz die Streitsachen in groszem Umfange vor dem Urteil vergleichsweise erledigt werden”.

Ter verduidelijking, en vooral om op dit vijfde punt scherp het licht te doen vallen, wordt in het derde hoofdstuk een overzicht gegeven van de Germaansche opvatting van „rechtspraak” (1)

Ten aanzien van de beide eerste punten een enkele opmerking. Dat de *unicus iudex* een Germaansch-rechtelijk instituut zou zijn, moet ik ontkennen. Erkend wordt door den schrijver, dat bij de oude Germanen oorspronkelijk de geheele bevolking aan de rechtspraak deelneemt, wat later uit praktische overwegingen verandert, zoodat schepenen de plaats gaan innemen, die aanvankelijk door het volksgenootschap in zijn geheel werd ingenomen. Dat na de middeleeuwen in de Hanzesteden de eerste instantie voor één rechter werd afgespeeld, toont schrijver aan, dit neemt echter het feit niet weg, dat het Germaansche idee anders was. Alleen reeds de omstandigheid, dat dit alleen in de Hanzesteden gevonden wordt, wijst m. i. op vreemden invloed, en hoe onbeteekenend is ten slotte het gebied dier enkele steden (als voorbeelden van een dergelijke regeling worden er 8 genoemd) in vergelijking met het groote gebied, waarvoor deze regeling niet gold! De voorbeelden van deze eenhoofdige rechtspraak, die uit later tijd gegeven worden, zijn geen voorbeelden van het opdragen aan den *unicus*

(1) Ter vergelijking zij gewezen op het Stadb. van Steenwijk van 1609, II, 4 (Overijs. Stad-, Dijk- en Markeregten, I, 40, blz. 483): «Een richter behoort wel parthien te ondermanen om haer geschelen inder vruntschap ende billickheit te vergelijken, enz.»

judex van gewone eerste instantie-rechtspraak. De verordening van Lübeck uit 1814 toch spreekt alleen van zaken „die eine schleunige Verfügung unumgänglich erfordern”, vestigt dus eene exceptioneele rechtspraak, als naar ons recht aan den president in kort geding toekomt, terwijl de gevallen, die in de verordening van Hamburg van het volgende jaar genoemd worden, mutatis mutandis dezelfde zijn, die de exceptioneele bevoegdheid van onzen kantonrechter vestigen. Schrijvers betoog om in het vraagstuk alléénsprekende rechter of college, het eerste instituut als een „Gerichtsorganisation germanischen Rechts” te teekenen, schijnt mij mislukt (1).

Ook de bevrijding van alle schrijfwerk, dat met zijn eigenlijke rechtsprekende functies niet te maken heeft, is volgens den schrijver niet een specifiek Engelsch voorrecht voor den rechter, maar een nationaal instituut, dat slechts door de receptie der Code de Procédure vergeten is.

Het vijfde punt is èn door Mr. LEVY (2) èn door Mr. HARTZFELD (3) verleden jaar ter sprake gebracht.

De algemeene waarschuwing op blz. 23 en vlgg., dat niet gedachtenloos is over te nemen uit vreemde wetgeving, maar een onderscheid moet gemaakt tusschen eigenaardige Engelsche rechtstoestanden en „solchen Rechtsgedanken, die einen gewissermaszen universalen Charakter haben und deshalb auch auf anderem Boden verwendbar sind”, moge niet nieuw zijn, zeker verdient zij de aandacht. Ook voor ons land. En waar van zooveel zijden vooral van uit het Oosten heil wordt verwacht,

(1) Voor het oud-Nederlandsche recht zie men den 4^{en} bundel der «Bijdragen» van Prof. FOCKEMA ANDREÆ.

(2) Proceshervorming, 58—79.

(3) Hand. Jur.-Vereen. 1907, I, 171—176.

mag het niet geheel ondienstig heeten hierop nogmaals te wijzen. De plaats, die de rechterlijke macht dáár inneemt, is zoo geheel verschillend van die der Nederlandsche, dat het mij eenigszins verbaast, dat daarop geen licht is geworpen, sinds hervorming van ons procesrecht in 1907 opnieuw actueel is geworden. Verschillende punten dienen in het oog gehouden te worden; ik wil er twee hier aanstippen. Vooreerst heeft het al dan niet aanwezig zijn van het instituut der jury een niet onbelangrijken invloed op de verhouding tusschen publiek en rechterlijke macht; waar een jury bestaat, is een factor aanwezig om de kloof tusschen volk en rechter kleiner te maken; de tegenstelling tusschen de twee wordt minder scherp.

Verder plaatsen maatschappelijke omstandigheden in Duitschland en Oostenrijk de leden van den officiersstand ver boven die der rechterlijke macht. Het gevolg van deze twee feiten is dat de laatste in Nederland veel meer een van het publiek afgescheiden en daarboven staande eenheid vormt dan bij onze Oostelijke naburen. En dat dit niet een waarheid is, die alleen omdat zij dikwijls herhaald is, als feitelijk juist mag worden aangenomen, maar dat zij overeenkomstig den werkelijken staat van zaken is, bleek mij zeer sterk door het bijwonen in dit jaar van een aantal zittingen van een der Landgerichte te Berlijn. Op een strafzitting wendde, na de mededeeling, dat de zitting voor eenigen tijd geschorst zou worden, de president zich met de woorden: „Auf Widersehen, meine Herren” tot het publiek op de toehoorders-tribune. Bij de vraag, wèlke de plaats moet zijn, die de rechter in het proces inneemt, zal men op deze punten moeten letten: wat voor het eene land past, kan voor het andere onmogelijk, althans niet overeenkomstig den feitelijken toestand zijn. Ik stel mij voor, dat de

mogelijkheid niet buiten beschouwing gelaten mag worden, dat de Nederlander een belangrijkeren invloed van den rechter op den gang der procedure dan volgens ons wetboek hem toekomt, minder goed zou verdragen dan de trouwens in menig opzicht — al weder in tegenstelling met een zeer beslist trek van ons volkskarakter — aan ambtsgezag gewende Duitscher of Oostenrijker, die zich meer als van een en dezelfde soort voelt met den rechter, waar tusschen rechter en publiek niet een afstand is als bij ons. Ter voorkoming van misverstand voeg ik er bij: een afstand in den goeden zin; door een hoog standpunt der „rechterlijke macht” in dezen zin wordt de afstand tusschen het volk en zijn „recht” niet vergroot.

II.

Dr. MAX RINTELEN, privaat-docent te Leipzig, schreef een voor onze rechtshistorie belangrijk werk, getiteld: „Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des altniederländischen und sächsischen Rechtes” (1908, XV, 237 blz.). Speciaal op zijne beschouwingen over het oud-Nederlandsche recht vestig ik de aandacht. In de eerste plaats leert hij ons de executie op den persoon van den schuldenaar kennen. Wordt naar oud-Frankisch recht bij gebreke van vermogen, de persoon van den schuldenaar in de macht van den schuldeischer gegeven, ook in het recht van Groningen en Middelburg der 15^e en 16^e eeuw wijst schrijver dit aan. Wij hebben echter in deze gevallen niet met de in-betaling-geving van het oudste recht te doen, waaruit voor den schuldeischer een onbeperkt recht, zelfs om te dooden volgt, maar met een overgave als pand. Door betaling kan de zich op deze wijze in de macht van den schuldeischer

bevindende schuldenaar zich ten allen tijde bevrijden. Deze bevoegdheden van den schuldeischer worden terecht als gevolgen der vredeloosheid voorgesteld. Hieruit ontwikkelt zich echter de executie op den persoon als zelfstandig executiemiddel. Is de veroordeelde schuldenaar insolvent, dan wordt hij gedurende veertien dagen voorloopig in de macht van den bode (praeco) gesteld; wordt gedurende dezen termijn niet voldaan, dan gaat hij in handen van den schuldeischer over, echter slechts bij wijze van pand: de schuldeischer moet hem onderhouden, mag hem in zijn eigen of eens anders huis opsluiten, maar mag zijn lichaam niet schaden.

De voorloopige overgave in de macht van den bode is niet vereischt, indien een geval van paraat-executabele schuld voorligt. Tot in bijzonderheden zijn in deze phase de rechten en verplichtingen van den schuldeischer geregeld. Door de moeilijkheden aan de bewaring van den schuldenaar in een private woning verbonden, gaat deze gevangenhouding over in een van het openbaar gezag uitgaande, waardoor talrijke bepalingen ontstaan over ambtenaren met deze executie belast, hun rechten en verplichtingen, en de verplichtingen van den schuldeischer, ten wiens bate de overheid optreedt.

Wanneer deze laatste ontwikkelingsphase bereikt is, blijkt niet duidelijk; slechts worden genoemd: voor Amsterdam het begin der 15^e eeuw, voor Gent een bepaling uit 1540. Ter aanvulling kan ik er op wijzen, dat CROESER in zijn in het midden der 16^e eeuw ontworpen Stadregt van Campen, het nog noodig vond te bepalen: „Het sall gene private ende sonderlinge persoon, burger noch inwoner deser stat, kereker off ander gevenckenisse in sijne behuijsinge hebben off holden” (1).

(1) Overijs. Stad-, Dijk- en Markerechten, I, 11, blz. 472.

De hier slechts kort aangestipte punten worden met talrijke bewijsplaatsen uitvoerig door den schrijver behandeld. Dat ik hier van „bewijs”plaatsen spreek, toont reeds aan, dat ik mij met de verkregen resultaten vereenig. Alleen is het jammer, dat niet nog aan meerdere rechtsbronnen de aandacht is gewijd, met name de nergens geciteerde Dordtsche Rechtsbronnen (ed. van FRUIN, in de Oude Vaderl. Rbr.) houden talrijke bepalingen over het behandelde onderwerp in (1). Het zij mij vergund ter aanvulling van het geleverde enkele daarvan nog kort te bespreken.

Keurb. 1401, art. 40: „Item so wanneer des rechters knapen eenen mensch ontfangen hebben vanden steenwaerder, om dien te brengen te recht ende ter vierscharen, ist zake datsi hem dien mensch lieten ontlopen, so zouden si wezen inden zelven ghezacht (off vangenesse) dattie ghevangen waren die hem ontliepen” (2).

Ik geloof, dat deze bepaling kan bijdragen tot beantwoording van deze vraag, die in RINTELENS geschrift niet wordt opgeworpen en dus ook geen beantwoording vindt (3), of in de periode, dat de private gevangenhouding vervangen is door eene, die van het openbaar gezag uitgaat, de voorloopige bewaring gedurende 14 dagen bij den bode is blijven bestaan, of ook deze voor een opsluiting in openbare gevangenis heeft plaats gemaakt. M. i. dient dit in den laatsten zin te worden opgevat, en ik beschouw het geciteerde artikel uit Dordrecht als bewijsplaats daarvan, tenzij men zou moeten aannemen, dat

(1) Evenzoo de later uitgekomen rechtsbronnen van Zierikzee, ed. BEZEMER en DE BLÉCOURT in O. V. Rbr. Ik noem: Kb. van 1429: artt. 85, 112, 113; Kb. van 1485: artt. 110, 150; Costumen van 1570 Leerrijk is ook Harderwijk, Kb. 1470, art. 150 (Berns, Rbr. H., 23).

(2) FRUIN, I, 18.

(3) Slechts voor Haarlem blijkt het op blz. 46.

hier alleen sprake is van iemand, die wegens een strafbaar feit te recht moet staan, wat nergens uit blijkt.

Het doel van die 14 dagen toch is om een waarborg te hebben, dat vóór de executie op den persoon van den schuldenaar mogelijk is, deze niet ontvlucht, maar voor den rechter gebracht kan worden; dat nu juist hier van dit voor den rechter brengen gesproken wordt, toont aan dat wij nog binnen den veertiendaagschen termijn zijn, en deze wordt dan te Dordrecht onder den steenwaarder doorgebracht.

Behalve dat herhaaldelijk in de bronnen van Dordrecht het „in den steen” gaan genoemd wordt (1), spreken talrijke andere plaatsen van „den steen”, als gevangenis (2). Deze steen is de meermalen genoemde Putock, of Putoektoorn (3), terwijl ons een akte uit 1455 (4), bewaard is over de aanstelling van een steenwaarder. Dit leerrijke stuk geeft ons in verband met een steenwaarders quitantie (5) te zien, dat 's mans wedde uit „vijff pont” bestaat, waarbij „voor cleederen IIII Wilh. schilde”, „coomt tsamen XIII pont”. Welke de verplichtingen van den steenwaarder zijn, in geval de aan zijn zorgen toevertrouwde schuldenaar ontsnapt, wordt niet uitdrukkelijk gezegd, wel wordt bepaald, dat hij borgtocht stellen moet voor elken bij hem geleverde gevangene (6). Terwijl naar sommige rechten (Amersfoort, Utrecht) het den gevangenbewaarder verboden is den man door anderen levensmiddelen te doen toekomen (7),

(1) Kb. 1401, artt. 51, 84, 125.

(2) Kb. 1401, artt. 163, 176, 202, 225.

(3) Kb. 1401, art. 162; bijzondere keuren: FRUIN, II, 211—212.

(4) FRUIN, II, 129—130.

(5) FRUIN, II, 242—243.

(6) FRUIN, II, 212.

(7) In Zierikzee geldt naar art. 49 van het keurb. van 1429 hetzelfde voor «inliggers» (BEZEMER-DE BLÉCOURT, Rb. Zierikzee, 133).

zijn andere rechten milder. Behalve Leiden, Keurboek 1450, III, 26 noemt RINTELEN eenige Zuid-Nederlandsche bronnen. Ik meen echter ook Dordrecht daartoe te mogen rekenen, wanneer in 1455 bepaald is, dat de steenwaarder zich niets mag toeëigenen „van tguent, dat den gevangen gegeven off gebeden wordt” (1).

Er is één punt ten slotte, dat m. i. wat meer op den voorgrond gesteld had kunnen worden: het subsidiaire karakter van deze persoonlijke executie. Uit verschillende plaatsen blijkt dit duidelijk, b.v. de door RINTELEN genoemde artikelen uit het stadboek van Groningen. Ik zou ter aanvulling willen noemen een plaats uit de Leidsche kenningboeken: „dat... IJSBRANT sculdich wesen sal zijn schulden eerst te verhalen an dat goet, eer hy an zijn lijff comen sal mogen, ende dat dat goet dat lijff zal vryen” (2). Ook de Westfriesche stadrechten zeggen dit duidelijk, b.v. die van Schellinkhout (art. 32) en Burghorn (art. 33). — Westwoude, art. 126 (Pols, Westfr. Stadr., II, 355) zegt het aardig: „Daer geen goet is, ant lichaem”.

En nu, hoe is het verband tusschen deze besproken executie aan den lijve, en de in het tweede deel van het geschrift besproken onderwerpen, samengevat onder het opschrift „das Einlager”? Schrijver bespreekt hier eerst het verband tusschen borgtocht en gijzeling, uitwerkende hetgeen Prof. FOCKEMA ANDRÉE (3) daarover schreef. Aanvankelijk is de borg alleen met zijn persoon aansprakelijk, hij moet bij niet-betaling der schuld in leistung gaan, d. i. in vrijwillige gijzeling, het „inleggen” van onze middeleeuwsche bronnen; tweede phase is, dat hij door overeenkomst zijn vermogen in plaats van zijn

(1) FRUIN, II, 129.

(2) BLOK, Leidsche Rechtsbronnen, 256.

(3) Het Oud-Nederl. Burg. Recht, II, 88 vlg.

persoon ter executie geeft, wat in de derde en laatste phase de wettelijke toestand wordt. — Hierna wordt de plaats van het inleggen in het executierecht besproken. De middeleeuwsche bronnen beschouwen dit als een pandrecht aan den lijve, en wanneer het de door overeenkomst gevestigde verplichting om in te leggen betreft, zelfs buitengerechtelijk. Wordt de schuld op den vervaldag niet voldaan, dan wordt de schuldenaar gemaand om te gaan inleggen; vonnis is hiertoe niet vereischt; soms vervalt zelfs het vereischte van voorafgaande aanmaning. Wij zagen, dat ook de in verzekerde bewaringstelling van den schuldenaar bij niet-betaling als een pandrecht aan den persoon beschouwd werd, waarbij echter het bestaan van een vonnis vereischt werd; zoo treffen wij dan in het middeleeuwsche recht twee wijzen van panning aan den persoon van den schuldenaar aan, hetzij het in verzekerde bewaring stellen, hetzij het inleggen. Men heeft echter te bedenken, dat aan dit laatste slechts een beperkt gebied van aanwending toekomt, en in de veertiende en vijftiende eeuw in verschillende streken van ons land geheel verviel (1). Afgezien van het door overeenkomst gevestigde recht hiertoe, laten slechts enkele rechten voor alle schulden het inleggen toe, overigens slechts bij bijzondere geprivilegieerde schulden. Tot de eerst genoemde rechten behooren verschillende Westfriesche steden, verder ook Vlissingen; ten aanzien van de tweede categorie zij gewezen op

(1) Voor Leiden zie men voorbeelden bij BLOK, Leidsche Rechtsbr. blz. 9, 25, 42. In Zierikzee vindt men nog een keur op het «inleggen in herbergen» van 1457 (BEZEMER-DE BLÉCOURT, Rbr. Zierikzee, 296). Bij de door FOCKEMA ANDRÉE, t. a. p., II, 90 genoemde bepalingen, waarbij het inleggen is verboden, zou men nog kunnen voegen: IJsselstein, 1399 (FRUIN, Rechtsbr. Kl. Steden Nedersticht, III, 29).

vorderingen van den landsheer, stedelijke vorderingen, schulden in het zeerecht, enz.

Het inleggen wordt door onze bronnen als panden aan het lijf omschreven, ook in het in verzekerde bewaring stellen hebben wij een overgave als pand te zien. Moet nu echter, wanneer alleen van panden aan den persoon gesproken wordt — wat inderdaad herhaaldelijk voorkomt — steeds aan het inleggen gedacht worden, of is de beschouwing van het in verzekerde bewaring stellen als een „pand” niet alleen een gedachtengang van den rechtshistoricus, maar ook van de bronnen zelf? Deze vraag vindt in RINTELENS geschrift geen beantwoording, zijn voorstelling (1) doet mij echter denken, dat hij de eerste opvatting huldigt. Ik geloof, dat dit werkelijk het juiste zou zijn. Het trekt toch de aandacht, dat gesproken wordt van „pand wysen an hem selven”, waar niet anders bedoeld kan zijn dan het inleggen (2), en ook in het keurboek van Dordrecht van 1401, art. 173 wordt gezegd: „Item so wie der stede exsise coopt, nu of hier namaels, dien salmen recht doen ter vierschaer, als zijn maent uut is, aenden ghereetsten goede, dattie exsisenauer can bewisen dat des gheens is die hem sculdich is, of aenden persoen selver, ende hy sal sijn panden verbieden, als men boven dingt, ist in pandingen off buten pandingen, als een gast”, terwijl hier, in verband met wat in andere Hollandsche steden gold (3), wel aan inleggen gedacht zal moeten worden. — En de volgende beschouwing voert mij mede er toe, om het aan te nemen: het gebod om in te leggen is hoofdzakelijk een gevolg van overeenkomst, wordt zelfs in de literatuur veelal

(1) Zie bv. blz. 15; 145; 145, noot 4; 165, noot 2.

(2) Keurb. van Grootebroek, artt. 55 en 56 (POLS, Westfr. Stad. II, 247).

(3) RINTELEN, blz. 197 en 198.

uitsluitend van uit dit gezichtspunt beschouwd (1). Wel hebben nieuwere onderzoekingen ook wettelijke verplichting om in te leggen aangetoond, maar de wil van partijen blijft toch altijd de eerste rol op dit gebied spelen. Inleggen kan derhalve èn een door overeenkomst èn een door de wet aan een schuld gegeven executiemiddel zijn. Bij pand hebben wij naar middeleeuwsch recht hetzelfde: zoowel overeenkomst als de wet kan hier de bron zijn. Dit alles nu geldt voor de bevoegdheid om den schuldenaar in verzekerde bewaring te stellen niet; deze volgt uit het positieve recht alleen; den grond voor dit verschil zoek ik in het verschillend karakter, dat van uit historisch oogpunt aan beide instituten moet worden toegekend, en door RINTELEN (2) aldus tegenover elkaar wordt gesteld: „Einlager und Pfandnahme haben sich ausserhalb des Aechtungsverfahrens entwickelt. Sie haben eine rein privatrechtliche (haftungsrechtliche) Grundlage, während Auspfändung und Ueberantwortung vom historischen Standpunkt einen poenalen Charakter tragen, wenn auch letztere nunmehr ebenfalls zur Verwirklichung privatrechtlicher Haftung verwendet werden”. — Het ligt in deze lijn om alleen bij het inleggen te spreken van panden aan den lijve, al moge ook de in verzekerde bewaringstelling, van dogmatisch standpunt beschouwd, als een pandrecht opgevat worden (3).

Ik besprak de hierboven opgeworpen vraag eenigszins uitvoerig, omdat hare beantwoording voor de kennis van

(1) Zie: FOCKEMA ANDREJ, Het O. N. Burg. R., II, 89; SCHRÖDER, Lehrb. D. R. G., 731, H. BRUNNER, Grundzüge D. R. G., 194.

(2) Blz. 150.

(3) Voor de nieuwere rechtsbronnen gaat dit niet op. Zoo leest men b.v. in het reeds geciteerde Stadboek van Steenwijk van 1609, XIII, 7 het volgende: «...anden hals panden ende laten hem sluten inder stadts hachten».

het oude executierecht practisch belang heeft. Immers, indien het gegeven antwoord juist is, zullen wij in verschillende plaatsen, waar van panden aan een persoon gesproken wordt, b.v. in art. 159 van het keurboek van Dordrecht van 1401: „Item wie ter vierschaer panden wil, die sal panden aen huse of aen erve, so waer hijt bewysen can dattet desgheens is, die die schult schuldic is, of anden man selver, ten ware vrende coopluden, die salmen recht doen aent ghereetste” (1), aan het gebod om in te leggen te denken hebben (2).

Men denke, om ten slotte nog deze meer algemeene opmerking te maken, intusschen niet, dat hiermede de executiemiddelen van het oude recht, zelfs wanneer wij ons tot het privaatrecht beperken willen, zijn uitgeput; in verschillende streken komen andere voor: CROESER schetst b.v. uitvoerig het „wtcloppen,” voor het geval, dat „men geene betalinge off pande krijgen kan” (3).

Wij hebben hiermede echter reeds het terrein der door RINTELEN behandelde onderwerpen verlaten.

III.

Onder de opstellen, KARL VON AMIRA op zijn zestigsten verjaardag door zijn leerlingen aangeboden, verdient meer in het bijzonder dat van Dr. VON SCHWERIN, getiteld „Zur Friesischen Kampfklage” (blz. 177—233), onze aandacht. — Ik beperk mij tot de aanbeveling om dit opstel te lezen en maak slechts enkele kantteekeningen.

(1) FRUIN, I, 52.

(2) Tot gemak van den lezer noem ik weder de op het onderwerp betrekking hebbende bepalingen uit de Rechtsbronnen van Zierikzee: Keurb. van 1429: artt. 20, 49, 55, 60, 61, 62, 106, 107, 114, 116; Kb. van 1466: artt. 118, 157; Kb. van 1485: artt. 18, 23, 24, 40, 93, 132, 133, 135, 143, 151; Cost. v. Rechtsvordering, art. XXIII.

(3) Ontw.-Stadr. Campen, blz. 104 vlg.

Op blz. 182 wordt gezegd: „Die angegebenen Paragraphen des Schulzenrechts befassen sich mit dem Falle, dasz ein Friese gegen einen anderen eine Streitklage erheben will, eine Klage, die zu einem „strijd“ führt, weil sie von Anfang an, dem Willen des Klägers gemäsz, dazu führen soll, nicht infolge eines Beweisurteils“. Ik zou dit liever anders uitgedrukt hebben.

Men heeft in 't Germaansche recht kampwaardige en kampeischende vorderingen.

Bij de eerste kan eischer zoowel bij de formuleering van den eisch, alsook nog na het antwoord ten kampe dagen — de zoo betwiste bevoegdheid daartoe van den gedaagde zelf nu daargelaten. Bij de kampeischende vordering is slechts de tweekamp als bewijsmiddel toegelaten, terwijl waarschijnlijk ook hier de eischer den kampgroet uitdrukkelijk in den eisch zal moeten opnemen, en deze niet als reeds in het instellen van een kampeischende vordering opgesloten mag worden beschouwd (1). Daarom is de hierboven weergegeven tegenstelling van schrijver niet geheel juist. Steeds voert „van den aanvang af“ een eisch tot tweekamp, voor zoover niet het geval aanwezig is, dat de eischer nog na het antwoord dezen wil provoceeren. Het gerechtelijk duel heeft nooit plaats of het moet bij vonnis bevolen zijn, hetzij de kampgroet onmiddellijk bij het doen van den eisch (de gevallen van kampeischende vordering en kampwaardige vordering, waarbij de eischer van zijne bevoegdheid om een „kampklage“ te verheffen gebruik maakt), hetzij pas later (bij een kampwaardige vordering na het antwoord) plaats heeft.

Wanneer schrijver op blz. 190 tegen BRUNNER's uiteen-

(1) Aldus ook HEINRICH BRUNNER, Wort und Form im altfranz. Prozess, 739.

zettingen het primaire karakter van het ketelvang — ordale volhoudt, schaar ik mij aan zijn zijde. Ik betoogde dit reeds naar aanleiding van Lex Salica 53, 1: „Si quis ad hineum admallatus fuerit” (1). — Omgekeerd staat het geval ten aanzien van de op verschillende plaatsen gegeven opvatting van eedschelden; deze kan ik niet deelen. Gelijk ik ook reeds betoogde (2) zijn drie gevallen te onderscheiden: *a.* eischer verzet zich tegen het reinigingsbewijs van gedaagde door den onschuldseed in het algemeen; *b.* hij verzet zich tegen den door den gedaagde in concreto aangeboden onschuldseed, omdat deze niet aan de wettelijke vereischten voldoet; *c.* hij beweert na het afleggen van den onschuldseed, dat deze valsch is. Alleen in het tweede geval hebben wij met eedschelden te doen; niet in de beide andere: het eerste is gebruikmaking van zijn recht om na het antwoord alsnog ten kampe te dagen, het derde is het instellen van een kamp-eischende meinedsvordering.

's-Gravenhage, November 1908.

Mr. J. VAN KUYK.

(1) Hist. beschouwingen over het antw. v. d. gedaagde, 19—20.

(2) t. z. p. 14—17; 33—35.

De Companies Act 1907.

Terwijl in den jaargang 1907 van dit tijdschrift mijn overzicht van de Engelsche wetten op de „Naamlooze Vennootschap” verscheen, werd nog een jongste kind aan de reeds zoo uitgebreide familie toegevoegd. Om de wille der volledigheid zet ik mij thans tot de weinig aantrekkelijke taak om ook van deze wet aan de lezers van *Themis* een overzicht te geven.

Ik zeg: weinig aantrekkelijk. Men oordeele.

Wij zijn in de laatste jaren niet verwend door een fraaie en gemakkelijke, tevens duidelijke redactie van hetgeen het *Staatsblad* ons bood. Evenals in de beeldende kunsten en in de muziek schijnt met den nagalm van de 18de eeuw ook in de wetgeving het vermogen der eenvoudige en klare zeggingswijze te verdwijnen. Maar een wet als de Companies Act 1907 bezitten wij gelukkig nog niet. De verschillende legislatieve fouten, waaraan speciale herzieningen zoo licht mank gaan, vertoonen zich hier in ongekenden getale. De terminologie zit vol onnoodige en onverklaarbare synoniemen. Vele artikelen stapelen de verwijzingen naar andere artikelen en wetten (zooals bij deze weer geamendeerd) tot duizelingwekkende hoogten. Sommige bepalingen beslaan ettelijke pagina's. Voorts wordt door deze wet wijziging gebracht in ongeveer 16 vroegere wetten, zonder dat men kan nagaan hoe de bepalingen voortaan in haar geheel zullen luiden, dan door al die wetten telkens zorgvuldig na te slaan en bij te schrijven. De wet is inderhaast gemaakt en het parlement heeft nog met losse hand de noodige antino-

miën en nuttelooze verwarringen in het systeem gezaaid. Inderdaad, na dit legislatief product is onze Drankwet eene verfrissing.

Een voorbeeld. Vroeger onderscheidde men tusschen public en private companies, naarmate de inschrijving op de aandelen en obligaties al dan niet publiek was. De nieuwe wet wil de private companies, op welke vele wettelijke verplichtingen niet rusten, wat nader definieeren. Het resultaat is, dat wij nu drie soorten van vennootschappen bezitten, n.l.:

Public Companies; een tusschending: Public Companies, die geen prospectus uitgeven doch een staat inleveren; en Private Companies; welke drie soorten door geheel afwijkende bepalingen worden beheerscht.

In mijn vorig overzicht zette ik uiteen hoe de Engelsche wetgever gewoon is bestaande wetten door een reeks van novellen zoolang te amendeeren, totdat de toestand wanhopig wordt en dan eerst orde in huis schept door een nieuwe alles omvattende systematische wet, voor zoover men in Engeland systeem op dit gebied aantreffen kan. Die wanhopige toestand mag men thans bereikt achten, en iedereen, de solicitors, die zich speciaal op Company-zaken toelegden, uitgenomen, snakt naar het oogenblik waarop de consolidatie-wet zal worden afgekondigd. In zooverre is dan mijn taak ook niet zeer aantrekkelijk, omdat te verwachten is, dat bij den tijd dat deze gedrukt zal zijn, de Companies Act 1907 het langste gedeelte van haar bestaan reeds achter den rug zal hebben.

De wet (7 EDWARD VII, chapter 50: An act to amend the Companies Acts 1862—1900, 29 Augustus 1907) is 52 artikelen lang, ieder artikel verdeeld in onderafdeelingen en gesteld in den bekenden angstvalligen Engelschen Kanselarij-stijl, (The minimum subscription (that is to say):

„The amount (if any) fixed by the memorandum etc.) en trad in werking den eersten Juli 1908, behalve de artikelen 8, 14, 15, die reeds aanstonds van af 28 Augustus 1907 bij de afkondiging in werking waren, terwijl aan enkele bepalingen terugwerkende kracht is verleend. Van alle voorschriften een beschouwing te leveren zou ongeevenredigd zijn aan het belang dat de wet voor ons rechtsgeleerd publiek en voor de studie van het recht betreffende de Naamlooze Vennootschappen heeft, en zou ook te veel ruimte innemen. Ik bepaal mij dan ook tot die artikelen, welke mij bij kennismeming het meest zijn opgevallen.

Daartoe behooren in de eerste plaats de artikelen betreffende de buitenlandsche Naamlooze Vennootschappen, die in Engeland, Schotland of Ierland een kantoor, filiaal, kortom adres hebben. Verscheidene Nederlandsche en Nederlandsch-Indische Naamlooze Vennootschappen verkeerden in dat geval. Voor zoover zij reeds voor Juli 1908 gevestigd waren, moesten zij vóór October 1908, of zoo zij zich later vestigen moeten zij binnen één maand na haar komst, op de gewone wijze indienen: een afschrift en eene vertaling van de acte van oprichting, notarieel opgemaakt en gelegaliseerd door het Britsche Gezantschap of Consulaat; een nominatieve opgave van de leden van het Bestuur, naam en adres van een vertegenwoordiger der Maatschappij als domicilie voor alle beteekeningen en kennisgevingen, die desnoods per post aan dat adres kunnen worden verzonden. Bovendien moeten ieder jaar geheel gelijke opgaven worden ingeleverd als die waartoe de Engelse Vennootschappen gehouden zijn. Zij staan dus wat dit betreft geheel gelijk met de binnenlandsche Maatschappijen. Voorts mogen de buitenlandsche Maatschappijen het woord „Limited” niet in haar naam voeren dan met toevoeging van den naam van het land, waar

zij zijn opgericht. Dit is zoo algemeen mogelijk, dus te letten op: prospectus, kennisgevingen, circulaires, jaarverslag, naambordje, briefhoofd, stempel, wissel- en rekeninghoofden, advertenties. Op iedere overtreding staat een boete van ten hoogste vijftig pond, op verzuim een boete van ten hoogste vijf pond per dag, te verhalen zoowel op de Maatschappij als op hare vertegenwoordigers persoonlijk. Het is mij gebleken, dat vele kooplieden van deze bepalingen geen juist begrip hebben gehad en in groote moeielijkheden hadden kunnen geraken bij een zeer scherpe toepassing van de wet.

Belangwekkend is ook de bepaling van art. 9 betreffende de z.g. bouwrenten. Ook ten onzent mag men aannemen, dat geen vaste renten op de aandeelen mogen worden uitgekeerd, onverschillig of er al dan niet winst zou zijn. In Engeland is zulks herhaaldelijk uitgemaakt. Toch kan de practijk niet buiten die eigenlijk onwettige bouwrenten, welke, zooals men weet, plegen te worden uitgekeerd gedurende den aanleg der werken, waarmede de Maatschappij haar bedrijf zal moeten uitoefenen. Geschiedde dit niet, dan zou men tot geen behoorlijken koers aandeelen kunnen uitgeven, daar het publiek op rentelooze belegging voor verscheidene jaren — ik denk aan spoorwegaanleg — over 't algemeen minder belust is. De nieuwe wet, op dit punt boven theorie verheven, erkent die bezwaren en veroorlooft bouwrenten onder bepaalde voorwaarden. Die voorwaarden zijn o. a. bijzondere vergunning van het Ministerie van Handel (Board of Trade), hetwelk een onderzoek op kosten der Maatschappij kan instellen en den tijd der uitkeering zal bepalen; geen hoogere voet dan 4 pCt.

Ik sprak reeds over de zgn. private companies. Het zijn de finantieele onder-onsjes, meestal van geen groot belang. Het is juist gezien deze ondernemingen niet te

onderwerpen aan grootscheepsche wetgeving, en het is te hopen, dat dit ook hier te lande zal worden begrepen. De wetgever stootte zijn been niet meer aan den steen der generalisatie, zooals bij het maken der Faillissementswet, welke dagelijks een rechter-Commissaris en een curator doet benoemen over een tafel en twee in bruikleen gegeven stoelen. Doch anderzijds heeft men m.i. niet practisch gehandeld met nu niet voor alle andere Naamlooze Vennootschappen één recht te scheppen, doch weer ruimte te geven aan onderscheidingen met alle moeielijkheden aan het bene distinguere verbonden. De zaak is deze. Art. 10 van de Companies Act 1900 stelt zeer scherpe eischen aan het bij oprichting enz. door een N. V. uit te geven prospectus. Daarin moeten de oprichters, promotors en belanghebbenden hunne kaarten geheel open leggen. Bij het maken van die bepalingen ging men uit van de toenmaals met de werkelijkheid vrijwel overeenstemmende veronderstelling, dat iedere Maatschappij van eenig belang, welke in ruimer kring aandeelhouders zoekt, zulk een prospectus uitgeeft. Intusschen heeft de ondervinding geleerd, dat art. 10 zoo afschrikwekkend werkte, dat verscheidene nieuwe zaken van zeker soort (voor welke de bepaling juist geschreven was) besloten het dan maar liever zonder prospectus te doen. De wetgever had nu in het algemeen de verplichting tot het uitgeven van een prospectus kunnen voorschrijven. Dezen weg heeft hij niet ingeslagen, doch een tusschenpad betreden met de invoering van een staat, bij oprichting zonder prospectus in te dienen. Een model voor zulk een staat is als Schedule I bij de wet gevoegd. Personen, die bij oprichting iets te verbergen hebben, doen beter de invulling van dien staat niet te verkiezen boven het uitgeven van het prospectus volgens de wet, daar de staat zoo moge-

lijk nog meer bijzonderheden vraagt dan art. 10 van de wet van 1900. Private Companies blijven echter van de indiening van deze opgaven vrijgesteld. Doordat men nu niet of prospectus of staat in het algemeen heeft voorgeschreven, kan zich licht het geval voordoen, dat er twijfel bestaat:

1^e. of een uitgegeven stuk een prospectus is;

2^e. of de Maatschappij, wie het geldt, nu moet worden beschouwd als eene, die een staat moet inleveren, ja dan neen;

3^e. of er dan ruimte is voor toepassing van de overige bepalingen der Wet, die voor de laatste soort van Vennootschappen nu eens wel, dan weer niet, verbindend zijn. Mij dunkt, dat is bij ons wel eenvoudiger te regelen.

Voor een groot deel bevat de Companies Act 1907 eene verscherping der reeds vroeger tot het bij uitstek Engelsche systeem, verheven publiciteits-bepalingen. De wetgever heeft met groote naarstigheid alle verborgen hoekjes, waar nog onkruid tieren kon, nagespeurd en voor het daglicht toegankelijk gemaakt. Op de bekende wijze moeten nu o. a. nog worden openbaar gemaakt: de jaarlijksche balans, zonder winst- en verliesrekening, geverifieerd door de deskundigen en met toelichting der waardeering van de activa; de door pand en hypotheek gedekte schulden, waaronder ook de ten onzent onbekende *floating charge*, een soort van algemeen verband op alle bezittingen; de benoeming van liquidateuren, en die besluiten der Algemeene Vergadering welke genomen worden in den vorm eener extraordinary resolution. Private Companies behoeven de balans niet te publiceeren. Waarom deze uitzondering werd gemaakt is niet duidelijk. Juist deze vennootschappen, welke een meer verborgen leven leiden, mochten wel verplicht worden van tijd

tot tijd een blik in haar finantieelen toestand aan belanghebbenden te gunnen. Voor het overige heeft dus de Engelsche wetgever het vroeger gehuldigde beginsel, waarbij slechts zekere bepaalde soorten van N. V. de balans moesten publiceeren, en zulks dan volgens een bij de wet voorgeschreven model, verlaten, en thans een algemeene verplichting, zonder model, voorgeschreven. De bijzondere wetten blijven echter van kracht.

Onder de overige bepalingen valt nog op te merken art. 28 waarin voorgeschreven wordt, dat bij het beoordeelen van de vraag of een N. V. verkeert in den toestand, dat zij heeft opgehouden te betalen, ook rekening moet worden gehouden met zoodanige schulden, welke nog niet opeischbaar mochten zijn of waardoor, al zijn zij nog niet invorderbaar, toch reeds geheele of gedeeltelijke dekking aanwezig moet zijn. Men denke aan geaccepteerde wissels, obligaties, pandbrieven, contracten van verzekering, waarvoor reserve aanwezig moet zijn. Tot dusverre moesten zulke crediteuren het rustig aanzien, wanneer de activa der Maatschappij werden verspild. De bepaling is overgenomen uit de Life Assurance Companies Act 1870, Sect 21, welke meer bijzonder voorzag in het geval, waarin een zoodanige Maatschappij geen voldoende wiskundige reserve zou bezitten. (Vgl. ten onzent arrest H. R. 5 Februari 1909). Voorts bevat art. 32 een bepaling, waardoor de aansprakelijkheid van de directie wel niet wordt verminderd, maar bij handelingen te goeder trouw geheel of gedeeltelijk kan worden opgeheven. Alles is hierbij overgelaten aan het arbitrium judicis. Opmerkelijk is dat de bewijslast, dat te goeder trouwe gehandeld werd, op de directie rust.

Het komt mij voor, dat deze nieuwe wet onder een weinig innemend uiterlijk inderdaad goede hoedanigheden verbergt en dat een groot gedeelte der door haar

ingevoerde voorschriften bij de consolidatie zullen worden behouden. Ik zou echter de opmerking willen maken, dat door het voorbeeld der Engelsche wetgeving in den strijd tusschen Staatstoezicht en Vrijheid met publiciteit al die argumenten in het nauw geraken, die het systeem der vrijheid en publiciteit aanprijzen als eenvoudig, weinig omslachtig en niet zeer kostbaar. Een werkelijk goede regeling in den geest van het publiciteits-beginsel blijkt niet zoo eenvoudig en goedkoop te zijn als men zich dat wel eens voorgesteld heeft, en de Staatsambtenaar bleek ook bij dit stelsel onontbeerlijk.

Mr. G. VAN SLOOTEN AZN.

*La Substance des Obligations dans le Droit
International Privé*, par D. JOSEPHUS JITTA,
Professeur à l'Université d'Amsterdam 1906
—1907.

Met groot genoegen geef ik gevolg (beter laat dan nooit!) aan de uitnoodiging der *Themis*-redactie om in dit Tijdschrift het hierboven vermelde werk van mijnen zeer geachten opvolger aan de Amsterdamsche Universiteit aan te kondigen.

Het door hem gekozen onderwerp is wel in de meeste handboeken en algemeene werken over het internationaal privaatrecht min of meer grondig behandeld, maar daaraan was, althans hier te lande, nog geen andere monographie gewijd dan het in 1886 te Amsterdam verdedigde Akademische Proefschrift van Jhr. G. M. R. TESTA, De inhoud der overeenkomsten in het Internationaal Privaatrecht.

Deze dissertatie schijnt Mr. JITTA niet bekend te zijn geweest: zij wordt niet door hem vermeld. Trouwens, in de laatste 20 jaren is veel nieuws op het gebied van het internationale recht verschenen, zoodat het geschrift van Jhr. TESTA, ofschoon zeer verdienstelijk op zich zelf, de nieuwe bearbeiding der stof, niet alleen uit een algemeen oogpunt, maar ook met toepassing op de voornaamste bijzondere soorten van verbintenissen, geenszins overbodig heeft gemaakt.

Het werk van Prof. JITTA onderscheidt zich door dezelfde goede eigenschappen als de beide voorafgegane (over

de Methode van het Internationaal Privaatrecht en het internationaal Faillietrecht). Ik reken daartoe in de eerste plaats (behalve het keurige Fransch) de oordeelkundige en echt systematische verdeling van het te behandelen onderwerp en voorts het ernstig onderzoek van de toepassing die de algemeene beginselen op de bijzondere rechtsverhoudingen moeten erlangen.

Tot staving van dit oordeel is het reeds voldoende te wijzen op de inrichting en verdeling van het werk.

Het Eerste Deel over de verbintenissen uit *overeenkomst*, handelt allereerst in eene *Eerste Afdeeling* over de algemeene beginselen, waaraan een 40-tal bladzijden gewijd worden.

Daarop volgt, in de *Tweede Afdeeling*, de behandeling van een aantal bijzondere overeenkomsten uit het oogpunt van het internationale recht: de koop- en verkoop, huur- en verhuur, bruik- en verbruikleening, bewaargeving, alle onder de eerste rubriek (1): „Biens Matériels”. De tweede rubriek „Biens Immatériels” omvat den intellectueelen eigendom, de overdracht van schuldverdringen en den afstand eener erfenis, voorts het uitgeversrecht.

De derde rubriek, onder het opschrift: *Crediet*, behandelt, behalve de crediet-opening, ook de rekening-courant; — de vierde rubriek het kanscontract, de vijfde rubriek de schenking.

Al deze rubrieken te zamen vormen de groep: „Mise en Valeur des Biens”.

De tweede groep heet: „Prestation de Travail” en

(1) De uitdrukking *Section* vertaal ik door *rubriek*, ten einde het woord *Afdeeling* voor de vertaling van *Partie* te bezigen. Bovendien zijn er nog §§ en dan de onderverdeling der §§, aangeduid door hoofdletters, kleine letters en dubbele kleine letters.

omvat vijf rubrieken: 1^o. het dienstcontract; 2^o. de aan-neming van werk; 3^o. lastgeving en vertegenwoordiging; 4^o. combinatie van 1 en 2 met 3; 5^o. het vervoercontract.

De derde groep heeft tot opschrift: *Associatie*: de ver-schillende soorten van vereenigingen en vennootschappen vinden daarin eene plaats; — ook de reederij.

De vierde groep: *Assurantie*, omvat de verschillende soorten van verzekering; — de vijfde, eindelijk, hetgeen de Schr. noemt: „Consolidation d'une situation juridique” en waartoe hij rekent de zekerheidstelling en de dading.

Er is zeker veel goeds in des Schrijvers gewoonte om de behandelde stof in rubrieken te splitsen en deze rubrieken weder in groepen en de groepen in onder-afdeelingen, en over het algemeen verdient die methode bij het onderwijs en ook voor werken als het thans besprokene alle hulde en lof. Men zal intusschen wel eens bezwaar hebben tegen de wijze van groepeeriug. Zoo is mij b.v. nog niet recht duidelijk de samenvoeging van zekerheidstelling en dading in één onderdeel. Beide, zegt de Schr., strekken tot consolidatie van eene „situation juridique”. Ik zoude bescheidenlijk willen vragen of niet deze naast-elkander-plaatsing op eene woordspeling berust? Maar dit is eene kleinigheid.

Het Tweede Deel, handelende over de verbintenissen, die *niet* uit overeenkomst ontstaan, bevat de Derde, de Vierde, de Vijfde, de Zesde, de Zevende en de Achtste Afdeeling.

De *Derde* Afdeeling behandelt die verbintenissen, die haren oorsprong hebben in een beroep op het openbaar crediet („un appel à la foi publique”)(1). In de twee

(1) Is niet deze aanduiding meer van *economischen* dan van *juridischen* aard? Vloeit niet de verbintenis bij de hier bedoelde soorten van papier, voort uit het *schrift*, terwijl het de eischen van het openbaar crediet zijn die geleid hebben tot de eigenaardige rege-

eerste groepen van deze Afdeeling vindt men den wissel en het overige handelspapier opgenomen. De derde groep bevat de effecten (*fonds publics*), de vierde de titels die eene praestatie van goederen tot voorwerp hebben, waarbij de Schr. onderscheidt tusschen de titels die eenen mandaatsvorm hebben en die welke als promesse zijn ingericht.

De *Vierde* Afdeeling omvat de verbintenissen, voortgevloeid uit eene handeling die schade aan anderen veroorzaakt: zij is verdeeld in twee titels, van welke de tweede onderverdeeld is in drie groepen. De eerste dier groepen, waartoe de persoonlijke en onrechtmatige daden gerekend worden, omvat (in twee sectiën verdeeld) de uiteenzetting van het algemeene beginsel en een onderzoek van enkele bijzondere soorten van onrechtmatige daden; — de tweede groep behandelt de niet-onrechtmatige daden die schade veroorzaken; — de derde groep de aansprakelijkheid zonder persoonlijke daad. In § 4 van deze derde groep — de aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door zaken die ons toekomen, — wordt even het recht der automobielen aangestipt, „une question qui pourrait nous mener loin — en sens figuré”, zooals de Schr., die gaarne met zijn ernstig wetenschappelijk betoog wat scherts vermengt, terloops opmerkt.

De *Vijfde* Afdeeling is gewijd aan de verbintenissen die ontstaan door het feit dat iemand zich op onrechtmatige wijze verrijkt heeft, waaruit de *Bereicherungsanspruch* (een moeilijk te vertalen woord) voortvloeit; de *Zesde* aan de *negotiorum gestio*; — de *Zevende* aan de verbintenissen voortvloeiende uit het behooren tot eene gemeenschap. Hier worden de familie-rechten, het erfrecht, de

ling waaraan dat papier in het moderne recht onderworpen is? Is dus de verandering der gebruikelijke terminologie, hier door den Schr. voorgesteld, wel eene verbetering?

onverdeelde eigendom, het burendrecht, de verhouding tusschen schuldeischers in hetzelfde faillissement, de *actio ad exhibendum* (*ad edendum*) uitgesloten en de Schr. geeft van die uitsluiting telkens rekenschap.

In de *Achtste* Afdeeling vindt men des Schr.'s conclusiën.

Ook hier treft ons weder de merkwaardige zorg waarmede de stof in onderdeelen gesplitst wordt.

Eerst algemeene beschouwing en groepeerings der conclusiën.

Daarna plaatst de Schr. zich achtereenvolgens :

1^o. op het standpunt van den *rechter* (met vier onderdeelen, A, B, C en D, van welke onderdeel B weder in vier afdeelingen *a*, *b*, *c* en *d* gesplitst is, die in de aangeduide volgorde behandelen de onderscheiding der rechtsbetrekkingen in lokaal-nationale, lokaal-vreemde en internationale, — het overwegende element der internationale rechtsbetrekkingen, — het algemeene internationale recht — het juridisch geweten van den rechter);

2^o. op het standpunt van den nationalen wetgever;

3^o. op het standpunt van den internationalen wetgever.

De tweede groep van conclusiën (die betreffende het standpunt van den nationalen wetgever) bevat een groot aantal onderdeelen, onderscheidenlijk aangeduid door de letters A, B en C, terwijl de onderdeelen van B zijn aangeduid eerst door de letters *a*, *b*, *c* en *d* en daarna weder door de letters *aa*, *ab*, *ac*, *ad*, — *ba*, *bb*, — *ca*, *cb*, — *da*, *db* en die van C door de Romeinsche cijfers I, II, III, IV en V.

Ik herhaal dat al dat splitsen en systematiseeren m. i. voor het onderwijs groot nut heeft, maar de lezing van een aldus ingericht werk is niet altijd even aangenaam.

Wat hiervan echter zij, de drieledige *hoofdverdeling*, door den Schr. bij de vermelding zijner conclusiën tot grondslag genomen, verdient alle toejuicing.

Het is toch vooral bij de behandeling van vraagstukken van internationaal privaatrecht, eene fout, waarin vele schrijvers vervallen, dat men niet genoeg in het oog houdt, wat naar algemeene rechtsbeginselen zou moeten gelden en wat met het oog op den inhoud van wetten en tractaten behoort te worden aangenomen.

Welke is nu de inhoud van des Schr.'s conclusiën?

Herinneren wij allereerst dat volgens den Schr., ook blijkens het in andere werken betoogde, het internationaal privaatrecht meer is dan wat men gewoonlijk daaronder verstaat. STORY'S „Conflict of Laws”, door vele latere schrijvers tot grondslag hunner beschouwingen genomen, is een te eng begrip. De uitdrukking *rechtsconflicten* wil Mr. JITTA niet behagen. Hij spreekt dan ook van de „soi-disants conflits” (o. a. Dl. II bl. 509) en de meening dat het internationaal privaatrecht tot taak zou hebben den twijfel te doen eindigen uit die conflicten, met betrekkelijk tot de toe te passen wet, ontstaan, miskent, volgens hem, de veel meer omvattende beteekenis van het internationaal privaatrecht.

Dit recht is voor den Schr. „le droit commun international”: het is voor het complex der Staten wat het nationale recht voor eenen enkelen Staat is.

Daaronder valt dan niet alleen de aanwijzing der toepasselijke wet bij verschil tusschen de wetten van verschillende Staten, maar ook het vaststellen van uniforme wetten, voor alle of een aantal Staten geldende.

Dit laatste is, intusschen, alleen eene zaak van *terminologie*. Wil men het streven naar rechts-eenheid onder de algemeene benaming van internationaal privaatrecht opnemen, — het kan zeker niet schaden.

In zekeren zin is dit onlangs reeds geschied toen hier te lande de Staatscommissie voor het internationaal

privaatrecht belast werd met de voorbereiding der Conferentie die tot taak zal hebben een algemeen wisselrecht te ontwerpen.

Dit is echter iets van ondergeschikt belang.

Het hoofdbestanddeel, daarentegen, van des Schr.'s leer, volgens welke men niet mag spreken van oplossing van rechtsconflicten door het aanwijzen der toepasselijke wet, omdat zoodoende het bestaan van een natuurlijk of filosofisch internationaal privaatrecht miskend zoude worden, is m. i. in zijne consequentiën niet vrij van bedenking.

Wat toch is het geval?

Indien de nationale wet van elken Staat beperkt ware tot het territoir van dien Staat en daarbuiten alle rechtskracht miste, — terwijl ook omgekeerd geene buitenlandsche wet in dien Staat ooit toepassing konde erlangen, dan ware twijfel omtrent de toepasselijke wet geheel uitgesloten.

Daartegen verzet zich nu echter juist de erkenning van hetgeen de Schr. noemt, „le droit commun international”. Er zijn algemeene, zoo men wil filosofische of natuurlijke rechtsbeginselen, met den aard van iedere rechtsbetrekking samenhangende, waardoor zij wordt gebracht onder de heerschappij van eene wet, die dikwijls eene andere is dan de wet van den Staat, waar die rechtsbetrekking is ontstaan. Welke die wet is, is eene vaak zeer moeielijk te beantwoorden vraag: bij gebreke van regels van positief recht, die hare beantwoording inhouden, is het denkbaar dat voor de toepasselijkheid der wetten van meer dan eenen Staat goede gronden worden aangevoerd. Zoodoende ontstaat wat men een internationaal rechtsconflict noemt. Daarvoor nu moet eene oplossing gezocht worden. Zeer zeker, — wie heeft het ooit betwist? — moet bij die oplossing de aard

en het wezen der rechtsbetrekking die het geldt tot maatstaf worden genomen. Dit behoort de wetgever te doen, die een regel ter oplossing van het conflict heeft te stellen: dit behoort ook de rechter te doen, waar de wetgever zwijgt. Beiden moeten, in de gestelde gevallen, doordrongen zijn van de waarheid, zoo krachtig en zoo welsprekend door Mr. JITTA verkondigd, dat er bestaat een „droit commun international”.

Nu heeft men er naar gestreefd aan dat „droit commun international” enkele algemeene beginselen te ontleenen, die zoowel voor den wetgever als voor den rechter, waar de wetgever hem in den steek laat, den grondslag voor de oplossing der conflicten behooren te vormen.

Men moet hierbij niet willekeurig, maar op grond van redeneering, van — zoo men wil — een philosophisch onderzoek te werk gaan en zich steeds afvragen in hoeverre de aard der zaak afwijking van den regel of het aannemen van uitzonderingen vordert.

Wanneer onze Schr. bij herhaling eenigszins minachtend gewaagt van „règles traditionnelles”, „principes mécaniques”, daar kan het toch zeker zijne bedoeling niet zijn de bijna algemeen of althans door vele wetgevingen en auteurs erkende grondstellingen omtrent den staat der personen, den vorm der handelingen, de onroerende goederen enz. in discredit te brengen. Hij bedoelt veeleer, naar ik meen, dat de eischen van het maatschappelijk verkeer op die regelen vaak uitzonderingen moeten doen aannemen (men denke hier b.v. aan de bepalingen van de Deutsche en andere wisselwetten, volgens welke voor de bekwaamheid der buitenlandsche wisseldebiteuren en den vorm der buitenlandse wisselverklaringen respectievelijk de nationale wet van den onderteekenaar en de wet der plaats waar de verklaring op den wissel is gesteld, beslissend zijn,

tenzij de wet van het binnenland gunstiger is voor de rechtsgeldigheid der wisselverklaring). Vergis ik mij daarin niet, dan onderschrijf ik gaarne des Schr. uitspraak, maar dan moet ik tevens opmerken dat die uitspraak niet afwijkt van de tegenwoordig vrij algemeen bestaande opvatting.

Wanneer men den arbeid der Haagsche Conferentiën voor het Internationaal Privaatrecht (1893—1904) nagaat, dan ontwaart men in bijna alle de door haar vastgestelde ontwerp-verdragen het streven om de oude grondregels te doen wijken waar bijzondere rechtsverhoudingen dit in het maatschappelijk belang vorderen.

Nemen wij als voorbeeld de leer dat onroerende goederen aan de heerschappij der territoriale wet onderworpen zijn.

Op het voetspoor van het Italiaansche Burgerlijk Wetboek (en van hetgeen door vele moderne auteurs geleerd wordt) heeft de Conferentie begrepen dat de éénheid der nalatenschap meer gewicht in de schaal moet leggen dan de absolute handhaving van dien grondregel, zoodat ook onroerende goederen tot eene nalatenschap behorende, wat het erfrecht betreft, niet door de *lex rei sitae*, maar door de wet van den erflater worden beheerscht.

Ook ten aanzien van het huwelijksgoederenrecht, de voogdij en curatele, enz. zou men door voorbeelden kunnen aantoonen, dat de Conferentiën in die richting hebben gearbeid.

De toekomst van het internationaal privaatrecht ligt buiten twijfel in de voortdurende ontwikkeling der internationale *wetgeving*.

Zeker moeten zij die in deze richting arbeiden zich rekenschap geven van de eischen der maatschappij, maar zij moeten daarbij zich beijveren *zooveel mogelijk* de resultaten van hun onderzoek in bepaalde voorschriften

te belichamen, want het hoofddoel van hun streven moet zijn het verschaffen van *rechtszekerheid*.

Nu erken ik volkomen dat juist bij een deel van het onderwerp door onzen Schr. behandeld, — de inhoud der uit *overeenkomst* ontstane verbintenissen — het stellen van een algemeenen *Collisionsnorm* hoogst moeilijk en anders dan als vermoeden onmogelijk is, omdat het hier ten slotte, voorzoover geene imperatieve of prohibatieve wetten in het spel zijn, den gepraesumeerden *wil* van partijen geldt.

In zekeren zin kan men dan ook zeggen dat hier het onderzoek naar de toepasselijke wet tot de interpretatie der overeenkomst zelve behoort, die steeds, als daarover strijd ontstaat, aan 's rechters beoordeeling is overgelaten.

Evenals echter sommige wetten omtrent de uitlegging der overeenkomsten in het algemeen den rechter een richtsnoer geven (zie bijv. Art. 1378 vgg. Burgerlijk Wetboek) zoo kan ook hetzij de nationale hetzij de internationale wet omtrent het internationaal privaatrecht in dit opzicht eene vingerwijzing bevatten.

De formule door den Schr. (Dl. II, bl. 815) daartoe aanbevolen, is wel wat zeer vaag. Zij zoude alleen medebrengen dat de rechter belet werd de onjuiste leer van hen te volgen, die meenen dat de rechter steeds *verplicht* is zijne eigene wet toe te passen voorzoover die niet uitdrukkelijk naar eene buitenlandsche wet verwijst. Trouwens de Schr. erkent zelf dat hij slechts geeft „l'esquisse d'un avant-projet". M. i. zou de door den Zwitserschen gedelegeerde ter Haagsche Conferentie, den heer ERNEST ROGUIN, ontworpen bepaling (Actes de la 3e Conférence de la Haye, 1900, p. 63), ook aan onzen Schr. bekend, waarbij voor de wilsverklaring van partijen eenige vermoedens gesteld worden, de voorkeur verdienen.

Het werk van Mr. JITTA zal intusschen aanleiding kunnen geven nog iets verder te gaan en ten aanzien van enkele vaak voorkomende overeenkomsten nog meer bepaald aan te wijzen welke wet vermoed moet worden door partijen bedoeld te zijn.

De *specialiseering* door den Schr. met zooveel ijver en zaakkennis ondernomen, is m. i. juist de groote verdienste van dit werk.

Zij heeft den Schr. van velerlei verbintenissen den aard en het wezen nauwkeurig doen opsporen en kan dus ook bij de toepassing van het *nationale* recht den jurist van groot nut zijn. Ook uit dit oogpunt verdient de arbeid van Mr. JITTA allen lof. Beknopt en kernachtig is meestal de door hem van bijzondere overeenkomsten en andere verbintenissen gegeven karakteristiek en — wat zeer merkwaardig is, als men bedenkt welk een groot aantal verbintenissen in deze twee deelen behandeld worden, — nimmer oppervlakkig. Vooral uit dit oogpunt heb ik het werk met groot genoegen gelezen: ik heb daarbij de veelzijdigheid van den auteur bewonderd en meestal kwam mij zijne zienswijze als de juiste voor.

Een enkel maal heb ik mij wel de vraag gesteld of de aanduiding geheel volledig is. Zoo b.v. waar de Schr. (Dl. I bl. 273—275) het Bernsche Tractaat van 14 October 1890 omtrent het internationale goederenvervoer op de spoorwegen bespreekt. Men heeft bij die regeling, zooals terecht wordt opgemerkt, de rechtsconflicten uit het vervoer door verschillende landen onder verschillend recht voortvloeiende, beëindigd door het vaststellen van ééne wet voor het gansche vervoer. Maar men heeft ook — en dit beschouwden de Bernsche Conferentiën, waaraan ik met bijzonder veel genoegen heb deelgenomen, als een voornaam deel van hare

taak — men heeft het internationaal vervoer van goederen langs verschillende lijnen tegenover den afzender en den ontvanger geregeld als vormden al die lijnen te zamen *éenen vervoerder*.

Ik merk dit intusschen alleen op om te doen blijken dat ik het werk met aandacht gelezen heb en omdat de Schr. anders altijd zoo juist *des Pudels Kern* weet aan te wijzen.

T. M. C. ASSER.

Beginselen van Strafrecht, door Mr. Dr. B.
GEWIN. Besproken door Mr. H. VERKOUTEREN
advocaat en procureur te *Amsterdam*.

De bedoeling van den schrijver was, het strafrecht op Calvinistische grondslagen op te bouwen, maar veel speciaal Calvinistisch heb ik in zijn werk niet kunnen ontdekken. Het komt mij dan ook voor, dat de schrijver zelf op dat punt een weinig teleurgesteld is geworden.

Hij had meer gelegenheden hopen te vinden om het verschil tusschen de Calvinistische- en niet-Calvinistische levensbeschouwing duidelijk en scherp te doen uitkomen, maar moest ten slotte tot de conclusie komen, dat er ook bij het strafrecht veel *gemeen terrein is, waarop het verschil van uitgangspunt zijn invloed niet doet gevoelen*.

Het is zeker nuttig, dat ieder het recht speciaal ook van zijn standpunt bezie. De wetenschap kan daar slechts bij winnen.

Niet zoozeer de speciaal Calvinistische, als wel de Algemeen Christelijke levensbeschouwing moet ook noodzakelijk tot eene geheel eigenaardige opvatting leiden van het recht in het algemeen en van het strafrecht in het bijzonder.

Reeds Professor VAN DER VLUGT heeft daar eens op gewezen, toen hij zeide, dat ook hij rechts stond, als het verschil tusschen rechts en links aldus moest worden opgevat, dat links het recht wilde buigen naar zijn wil, en rechts zijn wil wilde doen buigen voor het recht.

Het is niet waar, dat het recht slechts eene machtsopenbaring is.

De helft plus één kan met het recht niet doen, wat zij wil.

Er zijn eeuwige, geopenbaarde waarheden op zedelijk en juridisch gebied, die elke wetgever heeft te eerbiedigen, maar het zijn niet alleen de geestverwanten van Mr. GEWIN, die op dat standpunt staan.

Tot mijn leedwezen plaatst de schrijver zich nog geheel op den bodem van het „nulla poena sine lege”.

Die regel schijnt ook voor hem nog de grondslag te zijn van het strafrecht.

Steeds dringt hij er op aan, dat ieder loon naar werken zal ontvangen, dat de vergeldingstheorie zal worden geëerbiedigd en dat er gestraft zal worden, als er straf is verdiend, maar dat nu juist de grootste misdadigers door de bovengenoemde theorie aan hun gerechte straf ontkomen, schijnt hem niet te hinderen.

Is dat opzet, of is de schrijver hier onwillekeurig nog onder den invloed van sleur en traditie?

Gaarne had ik gezien, dat hij de quaestie onder de oogen had gezien en den bovengenoemden regel niet als selfeident en onbetwistbaar, onbetwist had laten voorbijgaan.

Juist hier moet principiëel worden partij gekozen. Het ontslag van rechtsvervolging moet vervallen.

Voor politie-verordeningen kan de regel: „nulla poena sine lege”, des noods nog behouden blijven.

Niemand kan uit zich zelf weten, dat hij kwaad doet, als hij na twaalf uur op de openbare straat een kleed uitklopt, of met een kar op de kleine steentjes rijdt, maar zoodra er een element is van zedelijke schuld heeft de regel geen zin meer.

Geen wetgever behoeft den burgers te leeren, dat zij niet stelen mogen en niet dooden, niet kwetsen of beledigen.

En waar niemand de vrije keuze heeft tusschen het misdrijf en de straf en nooit kan zeggen: „dat heb ik er voor over” of „dien prijs wil ik betalen”, terwijl de groote ruimte tusschen minimum en maximum van straf elke berekening noodzakelijk doet falen, is het evenmin noodig, dat de wetgever de burgers vooraf waarschuwt, wat er, in geval van misdrijf, opzit.

De rechtsovertuiging wordt hier gewoonlijk door den wetgever niet gemaakt, maar gevolgd.

De menschen zijn diefstal niet slecht gaan vinden, omdat de wet het verbood, maar de wet heeft het verboden, omdat het omnium consensu slecht was.

De wetgever spreekt hier slechts uit, wat de maatschappij heeft gedacht en nu behoeft de misdadiger geen partij te trekken van het feit, dat die wetgever met dat uitspreken wat ten achteren is.

Hoe lang zal het nog duren, dat wij ter wille van een holle phrase juist de grootste misdadigers straffeloos laten uitgaan?

Wanneer iemand zoo slecht is, dat hij in slechtheid alle slechten, die voor hem slecht waren overtreft. Zoo slecht, dat het nog bij de slechtsten onder de slechten nooit is opgekomen, dat iemand zoo slecht zijn kon, dan beloont hem de Staat der Nederlanden met: „straffeloosheid”. De uitvinders van een nieuw misdrijf gaan vrij uit en zullen misschien nog eens schâvergoeding krijgen, omdat de overheid het gewaagd heeft hen te vervolgen.

Toen te Bremerhaven voor het eerst eene poging werd gedaan om door middel van eene helsche machine eene mailboot in de lucht te doen vliegen kon de dader niet voor dat feit worden gestraft, omdat het nog niet door de wet was voorzien.

Met kunst en vliegwerk moest het gebeurde in het kader van een ander strafwetsartikel worden gewron-

gen en eerst later zijn de strafwetten aangevuld. Nooit kan de wet de ontwikkeling van de maatschappij op den voet volgen. Noch in het goede, noch in het kwade. Altijd komt zij achteraan sukkelen. Elke nieuwe uitvinding schept nieuwe misdrijven, en wie er nu maar het eerst bij is, gaat vrij uit. Dat men nu, waar het ernstige misdrijven geldt nog eenigszins aarzelt, om de strafwet naar analogie toe te laten passen, kan ik mij nog voorstellen, ofschoon die aarzeling hier voor den misdadiger voordeelig en voor de maatschappij, die beschermd moet worden, des te nadeeliger is, maar waarom of vroeger iemand, die een telephoonpaal beschadigde, niet zonder meer, gestraft mocht worden met de straffen gesteld op het beschadigen van telegraafpalen, is mij nooit duidelijk geweest. Hier lag de analogie er toch dik boven op, en vindt men het nu ook ter wille van de eenheid van rechtspleging gewenscht, dat niet ieder rechter de strafwet naar analogie kan uitbreiden, laat dan een verwijzing naar den Hoogen Raad het tegenwoordig ontslag van rechtsvervolging vervangen.

Niemand mag aan zijn gerechte straf ontkomen. Wie wat verdient, moet wat hebben en heel het strafrecht wordt eene bespotting, wanneer de Staat de maatschappij niet beschermt tegen de misdadigers, maar de misdadigers tegen de maatschappij.

Bij vrijspraak wegens onvoldoend bewijs, of omdat de strafwet te hooge eischen aan het bewijs heeft gesteld, kan men zich nog vastklemmen aan de gedachte, dat iemand, wiens schuld niet bewezen is, daarom ook onschuldig is, ofschoon dat in den regel een zuivere fictie is, die echter ditmaal nu eens niet voor de werkelijke waarheid wijkt, maar bij ontslag van rechtsvervolging staat de schuld gewoonlijk onomstootelijk vast. Hier is geen twijfel mogelijk, of de rechter wel met een

misdadiger te doen heeft. De schuld is dubbel en dwars bewezen en toch, straf is niet mogelijk.

Had het nu niet in de lijn gelegen van Mr. GEWIN om hier met mij te protesteeren, dat een beginsel, dat rechtvaardig lijkt, maar onrechtvaardig werkt en eigenlijk op niets steunt, nog langer als de hoeksteen van ons strafrechtsgebouw wordt aangemerkt?

Op het punt der voorwaardelijke veroordeeling had ik den schrijver gaarne wat uitvoeriger gezien. Ook in verband met wat hij vroeger over dat onderwerp reeds heeft geschreven.

Hier geldt het toch eene kwestie, waarbij het verschil in levensbeschouwing zich zeer licht openbaart.

Het groote bezwaar van den schrijver tegen het beginsel is zuiver doctrinair. De voorwaardelijke veroordeeling past niet in eenig strafstelsel, omdat er niet wordt gestraft. Er wordt hier opgevoed en verbeterd en de straf is weggelaten. Alsof hier niet alles op de practijk en op de werking aankomt. Voor mij is het hier een kwestie van statistiek, hoewel ik, evenmin als Prof. DOMELA NIEUWENHUIS en anderen, de vergeldingstheorie wil loslaten. Wordt werkelijk door de voorwaardelijke veroordeeling het plegen van een eerste misdrijf aangemoedigd, dan is die instelling veroordeeld, maar blijkt zij nuttig te werken en recidive te voorkomen, dan zou ik haar gaarne ook hier te lande zien ingevoerd. Het is een echt christelijk beginsel om te zeggen: „voor ditmaal ga heen, en zondig niet meer.” Om niet alleen gevallen op te beuren, maar ook wankelenden staande te houden en met ons christelijk: „non possumus” moeten wij niet al te vlug zijn, wanneer wij verlangen, dat het indruk maken zal.

In beginsel is het volkomen juist, dat verbeteren meer de taak is van de kerk, dan van de overheid, maar het

is zeker niet de taak van de overheid iemand nog slechter te maken dan hij reeds is.

Moet er gestraft worden, omdat de vergeldingsgedachte dat eischt, dan mag er wel deugdelijk in elk speciaal geval bovendien worden gevraagd, of de straf nut of nadeel zal opleveren.

In de toepassing eischt de instelling van de voorwaardelijke veroordeeling zeer veel tact, evenals de toepassing der lijfstraf, maar dat kan nagenoeg van elk rechts-instituut worden gezegd.

De kindervetten hebben het beginsel reeds aanvaard.

Het geldt dus slechts een tweede schrede te zetten op den weg, die reeds betreden is, en uit een christelijk oogpunt zie ik daartegen geen overwegend bezwaar.

Tegen lijfstraf is de schrijver niet principiëel gekant, en ik constateer dat met genoegen.

Wie het meerdere wil: de doodstraf, kan het mindere niet afwijzen.

Lijfstraf kan ook dikwijls heilzaam werken, al is de toepassing in de practijk gewoonlijk zeer moeilijk.

De schrijver wil daarom die toepassing tot het tucht-recht beperkt zien. Vooral tot het tucht-recht der ouders en der gevangenis-autoriteiten, maar hier heb ik bedenkingen.

Of de noodzakelijkheid van lijfstraf voor de handhaving van de tucht onder de gevangenen tot nu toe gebleken is, meen ik te mogen betwijfelen en nu de Kinderwetten steeds meer gevallen aan het licht brengen van misbruik van macht bij de ouders, zou ik dat misbruik niet gaarne nog in de hand gaan werken.

Het recht der ouders, om een paar klappen uit te deelen als het noodig is, wil ik niet betwisten, maar niet gaarne zou ik dat tucht-recht wettelijk geregeld zien.

Vermoedelijk toch zou die regeling dan tot ruimere

toepassing van dat recht leiden. Aan den anderen kant evenwel zou ik de grenzen van het tuchtrecht willen overschrijden. Waarom kunnen bijv. straatjongens, die baldadig zijn en op heeterdaad worden betrapt, en dronkaards, die over de straat zwaaien niet dadelijk worden opgepakt en op het politie-bureau een pak slaag ontvangen.

Krijgen wij den permanenten politierechter, dan is dat denkbeeld zeer goed uitvoerbaar en verder zou ik de lijfstraf vooral willen invoeren voor hen, die met messen vechten, en zich aan wreedheid jegens mensch of dier schuldig maken.

Zooals te verwachten was, neemt de schrijver, wat de doodstraf aangaat, het standpunt in van Dr. KUYPER en Prof. FABIVS, maar ook hier kan ik niet geheel met hem medegaan. Ik kan toegeven, dat de Bijbel de doodstraf toestaat, maar niet, dat hij haar voorschrijft. Met een gewoon beroep op Genesis 9 : 6 of Romeinen 13 : 4 is voor mij nog de zaak niet uit. Zoo eenvoudig is de kwestie niet. Hoe toch wil men ooit een rechter verplichten om in bepaald aangewezen gevallen de doodstraf uit te spreken?

In het systeem van den schrijver zal men daartoe moeten komen. Is het een plicht der overheid in bepaalde gevallen de doodstraf toe te passen, dan is het volstrekt niet voldoende, dat de strafwet voor die gevallen de doodstraf bedreigt. Aan den rechter moet dan bovendien nog elke vrijheid in de toepassing der strafwet in die gevallen ontnomen worden en aan de overheid het recht van gratie.

Geen rechter en geen vorst zal ooit het voorschrift der strafwet, dat op den Bijbel steunt, denkbeeldig mogen maken, en de strafrechter zal niets anders zijn dan de

man, die den persoon aanwijst, die in de termen van de strafwet valt.

Met het verschil tusschen moord en doodslag, tusschen opzet of gewone onvoorzichtigheid, met graden van toerekenbaarheid of verzachtende omstandigheden mag hij geen rekening houden. De groote ruimte tusschen minimum en maximum der straf baat hem niet. Is het geval van bloedvergieting aanwezig, dan moet noodzakelijk ook het maximum der straf; „de doodstraf” worden opgelegd.

In hoeverre de aangehaalde bijbelteksten voor verschillende uitleggingen vatbaar zijn, wil ik nu niet onderzoeken. Het gezag van Dr. KUYPER als theoloog is ongetwijfeld zeer groot, maar het is reeds meer opgemerkt, dat in datzelfde hoofdstuk van Genesis, dat dan nu nog als wet zou gelden, ook verboden wordt het eten van het vleesch met het bloed, en niemand verlangt, dat de strafrechter ook dat feit zal treffen.

In Romeinen 13:4 is ook blijkbaar meer sprake van het zwaard van het gezag en van de overheid, dan van het beulzwaard. Eene letterlijke uitlegging dier teksten bovendien leidt tot allerhande consequenties, die de schrijver zeker niet zal willen aanvaarden. Eens anders bloed wordt niet alleen bij moord of doodslag, maar ook bij verwonding vergoten, en als bloedvergieten noodzakelijk de straf voor bloedvergieten zijn moet, is de overheid zelfs niet vrij in de wijze waarop zij den veroordeelde executeert. De guillotine bijv.: is geoorloofd, maar niet de strop, of de executie door electriciteit.

Ik verheug mij, dat de schrijver de doodstraf wil handhaven. Hier zijn wij eensgezind. Langs andere wegen en op andere gronden komen wij tot hetzelfde doel. Ook als de Bijbel op dat punt geheel zweeg, zou ik de doodstraf willen, omdat ik haar onmisbaar acht, en in hare

afschaffing niets anders zien kan dan laakbare zwakheid, misplaatste sentimentaliteit, en heimelijk sympathiseeren met de ondeugd.

De grenzen tusschen goed en kwaad moeten worden uitgewischt. De slechten moeten ontzien worden en nu moeten allerhande nietige voorwendsels als argumenten dienst doen. Gerechtelijke dwaling is natuurlijk mogelijk, maar reeds prof. FABIVS heeft er op gewezen, dat ook andere straffen een onherstelbaar leed kunnen berokkenen. In den oorlog bovendien, verliezen ook duizenden soldaten het leven door dwalingen van hun chefs en daarover schijnt zich niemand te bekommeren. Zoo gaat het in den krijg zegt men dan. Dat kan nu eenmaal niet anders.

Forward, the Light Brigade!
Was there a man dismay'd?
Not tho' the soldier knew
Some one had *blunder'd*: (1)

In 1870 werd de bloedige slag bij Spichern geleverd tengevolge van een blunder van Generaal STEINMETZ.

Bij Waterloo stortten honderden Fransche curassiers in een hollen weg, omdat hun chefs verzuimd hadden het terrein behoorlijk te verkennen.

Door fouten van den kapitein is menig schip te gronde gegaan, evenals menig menschenleven verloren is gegaan door fouten van den operateur, en is er nu ééne reden denkbaar om het leven van een misdadiger met meer waarborgen te omringen dan dat van eerlijke menschen?

Waarom moet nu juist hier alles op een goudschaaltje worden gewogen? Behoorlijke voorzorgen moeten er zijn,

(1) Tennyson.

The charge of the Light Brigade.

dat geen onschuldige ter dood worde veroordeeld, maar het niet-veroordeelen van een schuldige is minstens even erg, en ik kan niet inzien, dat het leven van een aanklaagde meer waard is en meer ontzien moet worden dan dat van soldaten, zeelieden, zieken, en zooveel andere menschen, die gewoonlijk meer achting en meer medelijden verdienen.

Het is dan ook merkwaardig, dat zelfs de voorstanders van de nieuwere richting zoo langzamerhand langs een anderen weg in hetzelfde schuitje komen. Bij wijze van straf mag niemand worden gedood, maar wel mogen menschen worden opgeruimd of geëlimineerd, om de maatschappij afdoende te beschermen. Het is ook eene geheel onbegrijpelijke inconsequentie, dat dezelfde menschen die voor burgers geen doodstraf willen, omdat die toch niet afschrikt, voor militairen, in tijd van oorlog ten minste, die straf onmisbaar achten. Dan schrikt hij dus wel af. Als menschen, wier vak het is den dood niet te vreezen en die in den krijg met het denkbeeld van sterven vertrouwd zijn geraakt, omdat zij elk oogenblik doodsgevaar loopen toch, door bedreiging met den dood, van misdrijf kunnen worden weerhouden, hoe is het dan denkbaar, dat burgers, die gewoonlijk meer dan militairen den dood vreezen, niet door bedreiging met doodstraf zullen worden afgeschrikt.

Op de verdere argumenten tegen de doodstraf ga ik nu niet in. De voornaamste heb ik onder de oogen gezien. Wat er verder overblijft is nauwelijks ernstig te noemen. Mag een mensch bijv. een ander mensch niet dooden, omdat hij hem niet het leven schenken kan, dan geldt dat ook voor het dooden van planten en dieren. Zelfs dooden in wettelijke zelfverdediging en het dooden van den vijand bij de verdediging van zijn land is dan uitgesloten.

Het Elmira-stelsel vindt in de oogen van den schrijver geen genade. Het lijkt hem te veel op een pretje en op een voorrecht van kosteloze verpleging en te weinig op straf. Lijden is het doel der straf. Omdat de misdadiger deed, wat het recht niet wilde, moet hij lijden, wat het recht hem oplegt en hij niet wil. Alsof het gemis aan vrijheid op zichzelf niet reeds een zeer zware straf is, ook al is de kooi verguld. Ik kan ook niet inzien, dat verbetering niet *tevens* doel der straf mag zijn.

Overdrijving is zeker mogelijk en over de vruchten van het Elmira-stelsel moet de practijk nog oordeelen, maar het gaat niet aan, al wat in die richting gaat, op zuiver theoretische gronden te veroordeelen.

Overigens constateer ik met genoegen, dat de schrijver ook de pistole wil behouden, dat hij arbeidsbeurzen wil en plaatsingsagenten voor ontslagen gevangenen, dat hij voor hen een soort patronaat wil invoeren, dat hij onder zekere voorwaarden het beheer over de uitgaanskas in handen wil geven van den patroon en dat hij niet bevreesd is, dat de gevangenis-arbeid den vrijen arbeid eene gevaarlijke concurrentie zal aandoen.

Ten slotte wenscht de schrijver ook behoud van de celstraf, vooral als middel om de straf te individualiseeren, en hier raken wij een belangrijk punt. Van onbillijke gelijkheidsidealen wil de schrijver niets weten en hij betreurt het, dat juist met het oog op de individualiseering tot nu toe zoo weinig van de cel partij getrokken is. Alles is dan ook uniform geregeld.

Alle individuen worden over één kam geschoren en de bureaucratie toont zich hier wéér in haar volle kracht.

Den overgang uit de volle gebondenheid tot de volle vrijheid acht Mr. GEWIN ook veel te groot. De schok is gewoonlijk te sterk.

Hij wil dus in den aanvang verscherping van de straf en later geleidelijke verzachting.

Alsof ook niet in den aanvang scherpe overgangen te vermijden zijn.

De schok van de volle vrijheid tot de volle gebondenheid is niet minder pijnlijk en gevaarlijk.

Liever zou ik dus den climax in het midden plaatsen. Ook de verscherping en niet alleen de verzachting moet geleidelijk zijn.

Veel verscherping echter zal wel niet mogelijk zijn, want het schijnt wel, dat bijna nergens het celstelsel consequenter en onmêêdoogender wordt toegepast dan in Nederland. Een ontslagen gevangene noemde eens de gevangenisstraf eene groote plagerij. Zelfs zijn trouwring was hem afgenomen. Van platen, portretten, bloemen of vogels in de cel is geen sprake. Intellectueele arbeid is gewoonlijk uitgesloten. Ook hoog-ontwikkelde menschen moeten zich met den meest geestdoodenden handenarbeid bezig houden. Zeer dikwijls wordt den gevangene ook nog het gezicht op de buitenlucht benomen. Zijn eigen kleeding mag hij niet dragen. Baard en hoofdhaar mag hij niet hebben, zooals hij wil en al die kleinigheden te zamen drukken veel zwaarder dan de eigenlijke straf.

Individualiseering van de straf is het middel om aan veel van die misstanden een einde te maken.

De gevangenis-autoriteiten moeten van elken gevangene eene diagnose maken, zooals de geneesheer doet van elken zieke.

Elken gevangene op dezelfde wijze te behandelen is even dwaas als aan elken zieke hetzelfde geneesmiddel toe te dienen, maar ik kan niet inzien, dat niet de Minister, maar de rechter over de individueele behandeling moet beslissen. Mij dunkt geen van beiden. Heeft

de rechter eenmaal vonnis gewezen, dan is hij van de zaak af. Hij ziet den gevangene niet meer, en kan dus ook moeielijk over hem oordeelen. En datzelfde bezwaar geldt nog in veel sterker mate voor den Minister, die in den Haag zit en wel wat anders te doen heeft dan zich met zulke détails te bemoeien. Er is waarlijk op het gebied van het gevangeniswezen reeds centralisatie genoeg.

Als een gevangenisbewaarder een pet noodig heeft of een paar sokken, moet er een brief naar den Haag, en een dergelijk stelsel moet men niet uitbreiden.

Alleen de gevangenis-directeuren, de Colleges van Regenten, de Ambtenaren van het Openbaar Ministerie, de leden van het Genootschap tot Zedelijke verbetering, de gevangenis-onderwijzers en de godsdienstleeraars, die aan de gevangnissen verbonden zijn, kunnen hier oordeelen en handelen. Aan den Rechter of aan den Minister kan hoogstens een recht van veto worden toegerekend, en zoo dat stelsel nuttig werkt, meen ik héên te mogen stappen over het doctrinair bezwaar van Mr. GEWIN, dat de straftoemeting tot het terrein des rechters behoort en een ander hier zijn terrein betreedt.

Ik kom nu ten slotte tot mijn voornaamste bezwaar tegen het werk van Mr. GEWIN, dat ik wil samenvatten in dit ééne woord: „*Principienreitereri*.”

Elke theorie wordt door hem zoo streng mogelijk doorgevoerd, zooals ik reeds terloops heb aangetoond en nu nog nader aantoonen wil.

Van verjaring in strafzaken wil hij niet weten omdat onrecht nooit verjaart, (pag. 289). De overheid blijft steeds verplicht te straffen, waar straf verdiend is.

Tegen het transigeeren in strafzaken, tegen strafbefehle en strafverfügung en in het algemeen tegen elke afdoening eener strafzaak buiten proces, heeft hij overwegend bezwaar (pag. 292) omdat alleen de rechtbestellende over-

heid zich met de handhaving des rechts mag belasten. Handhaving van Gods gerechtigheid is haar plicht en dien plicht mag zij aan niemand afstaan.

Klachtdelicten vinden in zijne oogen geen genade (pag. 296). De overheid verzaakt haar plicht, als zij de vervulling van dien plicht afhankelijk stelt van private belangen.

Tegen eere-straffen en gratie komt hij op, niet omdat de Bijbel dat alles verbiedt, maar omdat hij dat niet kent of noemt (pag. 269 en 298).

Alleen het geval van Barabbas schijnt op gratie te wijzen.

Minderwaardigheid erkent hij niet (pag. 135) omdat dat in strijd zou zijn met de vergeldingstheorie, die door den schrijver op de spits wordt gedreven (pag. 202).

Daarom wil hij ook, dat de overheid zich alleen met straffen en niet met verbeteren zal bezig houden (pag. 275), dat er geen onbepaalde vonnissen zijn zullen en dat het tijdig terugtreden bij poging geen grond zal zijn voor straffeloosheid (pag. 158). Hij keurt het ook af, dat de Koning strafrechtelijk onverantwoordelijk zijn zal (p. 111), dat de volksvertegenwoordigers onschendbaarheid zullen genieten en dat er permanente politie-rechters zijn zullen, die zelf de grenzen hunner competentie bepalen (pag. 293).

Ten slotte wil hij, dat exces bij noodweer niet ongestraft zal blijven (pag. 143).

Mr. GEWIN is dus een echt doctrinair dogmaticus.

Met de eischen der practijk, of het belang der maatschappij, houdt hij weinig rekening.

Hoe iets werkt, is hem betrekkelijk onverschillig.

Logica is voor hem alles, ervaring niet veel. De feiten laat hij slechts weinig spreken. Van geven en nemen wil hij niets weten. Het leven offert hij op aan de school.

Verklaarbaar is dat wel.

De schrijver is helaas door den staat zijner gezondheid aan zijn kamer gebonden. Hij kan het leven niet zien, zooals het werkelijk is. Hij moet boekenjurist zijn tegen wil en dank en zich bij de beoefening van een vak, dat nooit van het leven kan worden losgemaakt, met boekenkennis behelpen.

Waar ik dus aan den eenen kant oprechte bewondering heb voor de groote geestkracht van een man, die met een krank lichaam nog zooveel wist tot stand te brengen, kan ik toch aan den anderen kant niet blind zijn voor de eenzijdigheid, waarvan zijn werk getuigt.

Het komt mij ook voor, dat Mr. GEWIN te veel de methode van de theologie heeft toegepast bij de beoefening der rechtwetenschap.

Hij is nog een zuiver deductief jurist, zooals THORBECKE was, en dat standpunt is nu verouderd.

Ook op het terrein des rechts moet de methode der natuurwetenschappen haar intrede doen.

Met inductie alleen krijgt men slechts een onverwerkt feiten-materiaal, maar de uitkomsten van de zuivere deductie zijn nog veel geringer, en alleen de vereeniging van inductie en deductie kan waarlijk vruchtbaar zijn.

Op den stijl van het boek heb ik geen aanmerkingen te maken.

Het is helder en duidelijk geschreven.

Gewoonlijk laat Mr. GEWIN zijn lezers niet lang in het onzekere van hetgeen hij zeggen wil en in een kort bestek weet hij veel saam te vatten.

Als protest tegen de overdrijving der zoogenaamde nieuwe richting in het strafrecht en als bestrijding van het noodlottig determinisme, dat aan die richting ten grondslag ligt, heeft het boek van Mr. GEWIN hooge waarde. Elk christelijk jurist mag hem dus dankbaar zijn voor zijn moedig en dikwijls ook welsprekend woord,

maar ik kan niet inzien, dat hij in elk opzicht is geslaagd.

Met strenge theoriën alleen, met abstracties en philosophie bestrijdt men niet afdoende eene richting, die vóór alles met de practijk des levens rekening houdt.

Met haar eigen wapenen moet die richting overwonnen worden, maar op de grondslagen door Mr. GEWIN gelegd kan door anderen worden voortgebouwd.

Zijn voorbeeld zal anderen tot navolging wekken en als de handhavers der christelijke beginselen in het strafrecht ten slotte de overwinning zullen hebben bevochten, zullen zij zeker ook aan Mr. GEWIN een eereplaats gunnen en zijne groote verdiensten dankbaar erkennen.

Rechter en Wet.

Moderne Praetuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming, door Mr. J. P. FOCKEMA ANDRÉE.

Geruimen tijd geleden nam ik op mij bovenvermeld werk te beoordeelen. Omstandigheden veroorzaakten het uitstellen van deze taak. Middelerwijl wekte het geschrift mij op de verhouding tusschen rechter en wet nader onder de oogen te zien (1). Dientengevolge bestaat dit opstel uit twee gedeelten : eene boekbeoordeeling, gevolgd door beschouwingen, niet in rechtstreeksch verband met het werk staande.

Het geven van een overzicht van den inhoud heeft de Schrijver mij gemakkelijk gemaakt door zelf nu en dan het behandelde saâm te vatten.

Hij vraagt de aandacht „voor het probleem, wat er „gedaan kan worden om het recht op de hoogte van „zijn tijd te houden” (bl. 1). „Universeel is het vraag- „stuk in dien zin, dat het in alle landen en voor alle „deelen van het positieve recht geldt” (bl. 1). „Toch „meene men niet, dat altijd en overal eene zelfde oplos- „sing zou passen. Integendeel. De oplossing is zooals „hieronder telkens zal blijken, behalve van wijsgeerige „opvattingen, van zoovele staatkundige en vooral ook

(1) Te voren deed ik het in mijn opstel : *Wetsminachting*. (*Themis*, 1895.

„zuiver praktische overwegingen afhankelijk, dat eigen-
 „lijk voor elk bijzonder geval weer opnieuw naar de meest
 „aannemelijke solutie moet worden gezocht" (bl. 1). Iedere
 wet veroudert, maar „het dringendst is het probleem wel
 „voor het in wetboeken verzamelde privaatrecht" (bl. 2).
 Hiertoe beperkte zich de Schr. Hij wenschte „den ont-
 „wikkelingsgang der denkbeelden omtrent het vraagstuk
 „sinds ongeveer 1800 te schetsen aan de hand van de
 „geschiedenis der meest bekende burgerlijke wetboeken
 „van den nieuwen tijd" (bl. 2).

Met Frankrijk vangt hij aan. De bladzijden, aan dit
 land gewijd, $\frac{1}{3}$ van het geheele werk uitmakende, acht
 ik de belangrijkste. De beschouwingen worden aldus
 samengevat. „Eerst viel voor theorie en praktijk beide
 „een overgangstoestand waar te nemen, waarin zij leef-
 „den, die onder het geschreven en ongeschreven recht
 „van vóór den Code waren grootgebracht. Daarop volgde
 „voor de theorie een stadium van wetsvereering, wets-
 „overschatting en wetsexegese, tegelijkertijd ontwaakte
 „in het leven het besef van de gebreken en het lang-
 „zamerhand verouderen van het wetboek. Bij de praktijk
 „in den ruimsten zin — d. w. z. belanghebbenden,
 „notarissen en andere practici, rechters — ontstond al
 „spoedig een streven om aan die bezwaren tegemoet te
 „komen door den wetstekst naar de nieuwe behoeften of
 „gewijzigde inzichten te fatsoeneeren. Dit streven — het
 „scherpst uitkomend in de vrije rechtspraak — had eerst
 „de onverschilligheid, daarna den op staatkundige,
 „philosophische en praktische overwegingen gebouwd
 „tegenstand der theoretici te overwinnen, maar wist ten
 „slotte, mede dank zij de uitnemende resultaten, waartoe
 „het voerde, de meerderheid der geleerde wereld voor
 „zich te winnen, met het gevolg, dat deze althans de
 „rechtspraak als een belangrijk onderdeel der geldende

„rechtsstof ging erkennen en zich er toe heeft gezet, de „praktijk in haar taak tot bijwerking, geleidelijke verjonging van het positief recht bij te staan. Hoewel deze „samenwerking tusschen theorie en praktijk voor beide „zeer gunstige gevolgen heeft gehad en ook op de rechts- „toestanden in het algemeen een voortreffelijken invloed „heeft uitgeoefend, wenschen toch niet alle geleerden de „bestendinging van den nieuwen koers, die aan de recht- „spraak met betrekking tot de toepassing der wet eene „schier onbeperkte vrijheid laat” (bl. 49).

Van Frankrijk wendt de Schr. zich tot België, ook levende onder den Code Civil. In tegenstelling met Frankrijk heeft men hier schier uitsluitend hulp gezocht bij wetswijziging, „maar deze partieele herzieningen zijn „niet in staat gebleken, tijdig nieuwe behoeften op af- „doende wijze te bevredigen of aan veranderde denk- „beelden goed recht te doen wedervaren. Al kwam dit „meer en meer aan het licht, toch heeft de Belgische „rechtswetenschap de taak, om het gecodificeerde recht „op de hoogte van zijn tijd te houden, nooit in haar „vollen omvang in handen van de rechtspraak durven „of willen leggen en evenmin heeft de rechterlijke macht „die taak uit eigen beweging op zich genomen” (bl. 58). In de laatste jaren zijn er stemmen gehoord, die eene andere richting aanbevalen. „Het is dus niet onmogelijk, „dat . . . in België de naaste toekomst behoort aan eene „vrijere rechtspraak” (bl. 63).

De Schr. verwacht dat „ook in Italië de rechter meer „en meer eene voorname plaats in de rechtsontwikkeling „zal gaan innemen” (bl. 66).

In Oostenrijk mag „een steeds toenemende invloed „van de rechtspraak op de „Rechtsgestaltung” worden „tegemeet gezien” (bl. 76).

De veertig bladzijden, waarin Duitschland besproken

wordt, zijn zeer lezenswaard. Het jonge Duitsche wetboek heeft veel aan den rechter overgelaten. De Duitsche rechters zijn goed toegerust om de vrije rechtspraak uit te oefenen. De meerderheid der geleerden stuurt die richting uit. Al deze omstandigheden wijzen er op, dat „de toekomst ook in Duitschland aan de vrije rechtspraak „behoort” (bl. 116). Heel gerust is de Schr. echter niet. Hij acht het „minst genomen twijfelachtig of de vrij- „heid van den rechter in Duitschland ooit zoover zal „gaan als in Frankrijk” (bl. 117). Bovendien maakt hij nog drie reserves. Het is meer hopen, dan verwachten.

Als de Schr. zich tot Nederland wendt, wordt hij weemoedig gestemd. Wel hebben een aantal juristen van naam — onder meer: HAMAKER, TREUB, LEVY, DE MAREZ OYENS, — in meerdere of mindere mate vrije wetshanteering aanbevolen, maar, helaas, de rechterlijke macht was van deze raadgevingen niet gediend. „De „rechter, die, als het meest met het leven, in eene voort- „durende, nauwe aanraking, elders padvinder was op dit „gebied, liet hier niet alleen de wetenschap voorgaan, „maar weigerde zelfs haar te volgen.” (bl. 132).

De vooruitstrevenden worden moedeloos. Het is niet „meer eene frissche, energiek en onversaagd voortrukkende „beweging” (bl. 134).

De slotsom van den Schr. is scherp geteekend, deze: „eene zeer langzaam, omslachtig en onvoldoende functio- „neerende wetgevende machine, eene zich om rechts- „overtuiging en behoeften, die in de maatschappij „opdoemen, nauwlijks bekommerende rechterlijke macht; „eene weinig practisch getinte, eenigszins lustelooze „privaatrechtswetenschap; een gevoel van onbevredigd- „heid bij de rechtzoekenden; eene steeds grooter wordende „breuk tusschen recht en volk” (bl. 138).

Moet de verbetering komen door den rechter of door

den wetgever? Gemakkelijk acht de Schr. deze keus niet. „Van invloed op de te nemen decisie is b. v. of in „een land de wetgever competent mag worden geacht om „ingewikkeld en tegelijk omvangrijk legislatief werk met „bekwamen spoed, nauwkeurigheid, scherp en breedden „blik te volbrengen; of hij in een tijdperk verkeert van „alles haarfijn te willen regelen, of denkelijk voor eene „revisie de vereischte belangstelling, de noodige mede- „werking van allerlei klassen in de maatschappij ver- „kregen zal kunnen worden; of de politieke en de sociale „toestanden van een land doen vermoeden, dat de ont- „werpen, welke men zou wenschen te herzien, de „gemoederen al te zeer in beroering zouden brengen; „of — van den anderen kant — de rechterlijke macht „in haar midden zoovele krachtige persoonlijkheden van „grootte kennis en veelzijdige ontwikkeling telt, dat men „haar de vrije rechtspraak met gerustheid zou kunnen „toevertrouwen; of ook de wetenschap in staat kan „worden gerekend om den vrij-rechtsprekenden magistraat „de onontbeerlijke voorlichting en steun te verleen; of „het juridisch onderwijs aan de universiteiten er op „ingericht is om het komende geslacht voor de vrijere „wetschanteering geschikt te maken” (bl. 145).

Men late zich echter door al die netelige moeilijkheden niet angstig maken. „Immers, tot onze schande, maar tevens „tot geruststelling van hen, die voor eene keuze tusschen „de verschillende soluties mochten terugdeinzen, zij gezegd, „dat wij hier te lande nog niet ver genoeg zijn, om „reeds te kunnen kiezen. Daartoe is noodig, dat men „ten onzent dieper in het vraagstuk doordringt, den bodem „beter voorbereidt, dan tot dusver is geschied” (bl. 154).

Daarna somt de Schr. een aantal onderwerpen op, die in studie moeten genomen worden. De vraag: wet-gever of rechter, „moet dus — helaas, want er is peri-

„culum in mora — tot later worden verschoven. Waar „het thans op aankomt is, dat men in Nederland algemeen „doordrongen wordt van het alles overheerschende belang, „dat er gelegen is in het bewaard blijven van een nauwen „band tussehen het volk en *zijn recht*” (bl. 157).

Welke waarde heeft het werk?

Dadelijk zij gezegd, dat het blijk geeft van eene groote belezenheid en veel denkkraft. Men vraagt zich af, of deze Geleerde niet beter paste op een hoogleeraarsstoel, dan in een wethouderszetel.

De Schr. wil Nederland wakker schudden; met klem wijzen op de groote breuk tussehen volk en wet. Hiertoe had hij een anderen weg moeten inslaan. Hij had dienen aan te geven de gewichtigste gevallen, waarbij die breuk aan het licht kwam; tegen elkaar te stellen de rechts-behoeften van het volk en het niet voldoen daaraan door wet en rechter.

Het doel eischte een concreet boek.

In plaats hiervan gaf hij zeer lezenswaardige historische en wijsgeerige rechtsbeschouwingen over rechter en wet. De liefde van den Schr. voor de vrije wetshanteering schemert overal door. Een geestverwant als Mr. DRUCKER las en herlas het werk dan ook met het grootste genoegen; evenwel slechts tot aan de bladzijde, waar de Schr. zich afvraagt of die vrije wetshanteering thans in Nederland wel aanbevelenswaard is. Van de omvangrijke studie, door hem noodig geacht, wil Mr. DRUCKER niets weten (1). Toch is een samenhang tussehen deze conclusie en de voorafgaande bespiegelingen niet te ontkennen.

Niet het boek, maar de titel heeft indruk gemaakt. Moderne Praetuur? Heeft de rechter de bevoegdheid buiten de wet om recht te spreken? Weinigen, die niet bevestigend antwoorden.

(1) *Rechtsg. Mag.* 1908, bl. 311.

Hoever mag de rechter gaan? Deze vraag zal ik thans trachten te beantwoorden.

In het opstel: Wetsminachting, werd door mij de stelling bestreden van Mr. HAMAKER: „De wet is hem (den „rechter) niet meer dan een leiddraad, een raadgever, „dien hij in den regel wel vertrouwen kan, doch wiens „raad hij verwerpt, zoodra die hem onjuist blijkt” (1). De Hoogleeraar zette zijne denkbeelden nader uiteen in een reeks artikelen, geplaatst in het *W. v. N. & R.* (18 en 25 April; 2 en 9 Mei 1897). Daarna verscheen Mr. LEVY's monsterwerk — meer dan 1400 bladzijden groot — ter verdediging van de stelling: de rechter mag *praeter legem*, niet *contra legem* recht spreken. Bij de beoordeeling van dit boek in *Rechtsgeleerd Magazijn* (1902) toonde Mr. VAN IDSINGA een aanhanger van de meest conservatieve richting te zijn. Volgens hem zouden er geene leemten in het positieve recht bestaan (bl. 211) (2).

Er is stof te over om het onderwerp nogmaals te behandelen.

De Hoogleeraar HAMAKER meent, „dat er ook door „den meest verklaarden voorstander van rechterlijke „vrijheid niet aan gedacht kan worden den rechter bij „de vervulling van zijn taak ontslagen te achten van „den plicht tot gehoorzaamheid aan de wet”. De rechter moet gehoorzamen, „indien de wetgever den rechter „ondubbelzinnig bevolen heeft”. „Men kan het zich zoo „mal, zoo onrechtvaardig niet denken, of de rechter „heeft het tot hem gerichte bevel uit te voeren” (n^o. 1425). Nu ontkent de Hoogleeraar, dat voor het burgerlijk- en handelsrecht de wetgever zulk een bevel heeft gegeven.

(1) Het recht en de maatschappij bl. 108.

(2) *Rechtsg. Mag.* 1902, bl. 211.

Het eigenlijke privaatrecht zoude zijn de rechtsovertuiging, zich uitende in de maatschappelijke daden der menschen. „Indien er nu in elke maatschappij eene „algemeene rechtsovertuiging bestaat, die den mensch in „de verschillende gevallen of omstandigheden, waarin „hij komt te verkeeren, in kennis stelt van zijne plichten jegens anderen en van die van anderen jegens hem, dan is dit m. i. duidelijk, dat er moeilijk een „meer gepaste maatstaf voor de beoordeeling van de „handelingen der menschen tegenover hunne medemenschen gedacht kan worden, dan juist zij: m. a. w. de „rechtspraak naar den inhoud der rechtsovertuiging voor „den burgerlijken rechter het meest voor de hand ligt” (n^o. 1426). Omdat die rechtsovertuiging voor den rechter moeilijk is te weten te komen, heeft de wetgever de taak op zich genomen hem daaromtrent voor te lichten. Hij heeft de bedoeling, dat de rechter zich nu met 's wetgevers voorlichting tevreeden stelle. „Het is „alleen daarom, dat hij aan zijne uiteenzetting en blootlegging van den inhoud der rechtsovertuiging, uitdrukkelijk of stilzwijgend, den vorm geeft van eene bindende „instructie voor den rechter.”

De Hoogleraar neemt dientengevolge tweërlei privaatrechten aan: het eigenlijke en het wettelijke. „Het „eerste is datgene, dat geldt in de maatschappij, daar „het den inhoud uitmaakt van de rechtsovertuiging, „waardoor zij beheerscht wordt. Het andere, ook het „positieve genoemd, is de opvatting, die de wetgever „heeft van het eerste en die door hem in schrift gebracht en den rechter in handen gegeven wordt, opdat „hij daarnaar, in plaats van volgens het eigenlijke recht „en de bronnen, waaruit hij zelf misschien meenen zou „de kennis daarvan te kunnen putten, zijne rechtspraak „uitoefene” (n^o. 1426).

Het eigenlijke en het wettelijke recht verhouden zich als de zaak zelve en de van haar gemaakte beschrijving.

Is nu de burgerlijke rechter bevoegd, bij het zwijgen van het positieve recht, of bij strijd tusschen beiden het eigenlijke recht toe te passen?

De wil van den wetgever geeft het antwoord.

Als hij den strijd gekend heeft, of de leemte heeft gelaten met de bedoeling, dat de rechter voor dit onderwerp niet buiten de wet zoude gaan, als hij met andere woorden het eigenlijke recht wilde afschaffen, dan moet de rechter zich aan de wet houden.

Anders is het antwoord bij de niet door den wetgever gewilde leemten of verschillen. „Ik verwacht geen tegen-spraak, als ik zeg, dat geen rechter, die dezen naam „verdient, aarzelen zal in gevallen, als de bedoelde, het „recht te stellen boven zijne instructie, m. a. w., het „ongeschreven recht te verkiezen boven het positieve „recht en dat de wetgever er niet aan denken zal dit te „verbieden of zelfs maar af te keuren.” (n^o. 1427). Niet-tegenstaande de overtuiging, dat zoo iets niet in de hersens van den wetgever konde opkomen, heeft de Hoogleraar het ten overvloede toch wenschelijk geacht te onderzoeken, of er in de Nederlandsche wetgeving bepalingen voorkomen, die den rechter aan de wet binden.

Eerst beschouwt hij art. 3 A. B.: Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst. Bij het samenstellen van onze Wetboeken waren de opvattingen van de Historische School nog onbekend. In de gewoonte zoude men gezien hebben eene op informeele wijze tot stand gekomen wet. Deze gebrekkige wijze van wetgeving wilde men niet meer toelaten. „Uit het gezegde „volgt, dat de afschaffing van het gewoonterecht geenszins bedoelde den rechter te verbieden, voortaan de

„wet aan te vullen en zoo noodig te verbeteren uit het „hoogere, het ongeschreven recht of de rechtsovertuiging. „Dit was zoo weinig het geval, dat in hetzelfde ontwerp „van 1820, waaruit het tegenwoordige artikel 3 A. B. „werd overgenomen, in art. 73 eene uitdrukkelijke ver- „wijzing naar dat ongeschreven recht voorkomt” (n^o. 1438). De wetgever heeft de bedoeling gehad den rechter naar het hoogere ongeschreven recht te verwijzen: „wel is waar slechts ter aanvulling, doch het behoeft „geen betoog dat, van aanvulling van bij ongeluk open- „gelaten leemten tot verbetering van bij ongeluk gemaakte „fouten, *il n'y a qu'un pas*”.

Volgens den Hoogleeraar wordt deze schrede niet verhinderd door art. 11 A. B.: De rechter moet volgens de wet rechtspreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen. „Het „zegt met andere woorden: waar de wet gebiedt, hebt „gij rechter te gehoorzamen, zonder u een oordeel over „den inhoud van het gebod aan te matigen. Met de „vraag, of de wetgever den Nederlandschen rechter de „uit den aard der zaak voortvloeiende bevoegdheid om „ter aanvulling en verbetering van het positieve recht „onder zekere voorwaarden gebruik te maken van het „ongeschreven recht, heeft willen laten of heeft willen „ontnemen, heeft het niets te maken” (n^o. 1428).

Hiertegen wensch ik de stelling te verdedigen: de Nederlandsche rechter mag de wet wel aanvullen niet verbeteren.

Het ontwerp 1820 behelsde de volgende bepalingen,

Art. 70. Tusschen partijen, tegenovergestelde belangen hebbende, kan het burgerlijk regt nimmer gerekend worden te zwiigen, ten diengevolge, dat de regter, onder voorwendsel daarvan, of ook op grond dat de wet onver-

staanbaar of onvolledig is, zoude kunnen weigeren, uitspraak te doen.

Art. 71. Wanneer eenig geval voorkomt, hetwelk noch door de letter, noch door den geest der wet kan worden uitgemaakt, moet in de eerste plaats de analogie van dit Wetboek gevolgd worden.

Art. 72. Analogie van regt wordt gerekend aanwezig te zijn, wanneer de gronden, waarop de wetgever andere bepalingen gebouwd heeft, insgelijks volkomen toepasselijk zijn op het geval in geschil, waaromtrent zich de wetgever niet verklaard heeft.

Art. 73. Wanneer ook op deze wijze de beslissing van de zaak in geschil niet kan gevonden worden, beslist de regter volgens de voorschriften der natuurlijke billijkheid.

Evenals meerdere bepalingen in het ontwerp 1820 vond de Tweede Kamer de drie laatste artikelen te leerstellig. Art. 70 werd echter behouden en luidt thans: De regter, die weigert regt te spreken onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van rechtsweigering vervolgd worden (Art. 13 A. B.).

Het was geenszins de bedoeling den rechter een beroep op de „natuurlijke billijkheid” te ontzeggen. Integendeel uit art. 70 volgde die bevoegdheid reeds. NICOLAÏ zeide: „Zoodra toch het beginsel is aangenomen, dat de regter „onder geen voorwendsel kan weigeren tusschen partijen „regt te spreken, spreekt het van zelf, dat hij, bij vol- „komen stilzwijgen van de wet, bij de onmogelijkheid „om zich in zijne uitspraak naar den uitgedrukten, of „bij gevolgtrekking opgemaakten wil van den wetgever „te regelen, het natuurlijk regt of de billijkheid tot den „grond van zijn uitspraak leggen moet” (1).

(1) NOORDZIEK. Zittingjaar 1820—1821, Deel I, bl. 380.

KEMPEN, de vader van Ontwerp 1820, verdedigde de leerstellige artikelen, maar eindigde aldus: „doch ook „dan, wanneer deze bepaling (art. 73), als van zelve „sprekende, door U Edel Mogenden noodeloos mogt „gehouden worden zal het resultaat hetzelfde zijn” (1).

Uit art. 13 A. B. volgt dus uit den aard der zaak en volgens de bedoeling van den wetgever dat, bij stilzwijgen van de wet, de rechter bevoegd is recht te spreken naar de natuurlijke billijkheid.

Ik zoude niet de moeite genomen hebben dit te be-
toogen, zoo niet twee mannen als Mr. VAN IDSINGA en
Mr. O. Q. VAN SWINDEREN het hadden ontkend.

De laatste laat naar aanleiding van art. 13 A. B. den
wetgever zeggen: „de wet heeft in alles voorzien, zij
bewaart nimmer het stilzwijgen, zij is altijd duidelijk,
zij is steeds volledig” (2). Gelukkig heeft de wetgever
van 1838 zulk eene dwaasheid noch gezegd, noch geloofd.

Volgens Mr. VAN IDSINGA bestaan er in de wet geene
leemten, die aangevuld mogen worden (3). Dit is de
uiterste consequentie van eene stelling, eenige jaren
vroeger door hem verdedigd. Het zoude de taak van den
rechter zijn, ook in het privaatsproces, te zorgen, dat
geen andere dwang werd uitgeoefend, dan die strikt
geoorloofd zij en waarvan de rechtmatigheid volkomen
duidelijk blijke. De functie van den rechter zoude be-
staan niet „in het mogelijk maken, maar integendeel in
het keeren van dwang” (4).

Ware deze Geleerde rechter of lid der balie, hij zoude
zulke beweringen niet houden. Waar zoude het heen,

(1) NOORDZIEK blz. 383.

(2) *Themis* 1908, bl. 391.

(3) *Rechtsgel. Mag.* 1902, bl. 211.

(4) De *Administratieve Rechtspraak*, bl. 175.

als ieder, die zich niet op een wetsartikel, doch op algemeene rechtsbeginselen, niet in de wet neergeschreven, of op analogie beriep, moest afgewezen worden!

Zooals wij gezien hebben, geeft Mr. HAMAKER toe, dat de wetgever de bedoeling heeft gehad den rechter slechts ter aanvulling te verwijzen naar het ongeschreven recht. Hij ontkent, dat art. 11 A. B. hem het verbeteren zoude verbieden, en meent, dat van aanvulling tot verbetering *il n'y a qu'un pas*, uit den aard der zaak geoorloofd.

Wat de Hoogleraar noemt het doen van een stap, is in werkelijkheid het springen over een kloof.

Om tot rechtseenheid en rechtszekerheid te komen werd gecodificeerd. De Staat zegt: dit zal voor allen recht zijn. Hoe daarmee de bevoegdheid tot verbeteren te rijmen?

Het geldt hier niet eene vrijere wijze van uitlegging, maar wel opzettelijk wetsbepalingen niet toepassen, zooals ze gegeven zijn.

Ik kan mij bezwaarlijk een wetgever voorstellen, die tegen den rechter zegt: dit zal recht zijn, en tevens hem de vrijheid geeft recht te spreken daarmee in strijd. De Nederlandsche wetgever in ieder geval heeft den rechter deze vrijheid uitdrukkelijk ontzegd. Hij schreef: De rechter moet volgens de wet recht spreken. Reeds volkomen duidelijk. Toch voegde de wetgever er nog aan toe: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen. Die de wet verbetert, wordt daartoe gebracht door haar af te keuren.

De geschiedenis der wetgeving is met de woorden van art. 11 A. B. in volmaakte overeenstemming. Zoowel bij het onderzoek in de Afdeelingen, als in Comité-Generaal en bij de latere beraadslagingen ging ieder van de gedachte uit: de rechter mag de innerlijke waarde der wet niet, de uitwendige vormen wel beoordeelen. In de

zitting van 24 Maart 1821 zeide NICOLAÏ: „Par l'article „12 (thans 11) „l'on a cru devoir prescrire une règle au „juge, afin de le mettre en garde contre le désir ou la „volonté de se livrer à l'investigation du mérite intrin- „sèque de la loi. Son devoir l'oblige à en appliquer les „dispositions, et à ne se permettre ni modifications, ni „interprétations, lorsque les termes clairs et précis du „texte ne les rendent pas nécessaires" (1).

Niemand heeft ooit getwijfeld, of art. 11 wel toepasselijk zoude zijn op het burgerlijk recht. Wel is op grond van de geschiedenis beweerd, dat niet al de artikelen der A. B. op de geheele wetgeving toepasselijk zouden zijn!

Nu nog een woord over het doel van den wetgever bij de codificatie van het privaatrecht.

Mr. HAMAKER stelt het voor, alsof de codificeerende wetgever de taak op zich had genomen om den rechter voor te lichten omtrent de rechtsovertuiging van het volk. Ik betwijfel, of ooit een wetgever, althans in den nieuweren tijd, zich zoo bescheiden heeft gedragen. De Staat gaat niet uit bedilzucht, doch door nood gedwongen tot codificatie over. Deze stelt vast, wat in zijn oog wenschelijk is, dat voortaan als recht zal gelden. Op het besluit van den wetgever, gesproken uit het volk, zal wel veeltijds de rechtsmeeningen, die in de maatschappij leven, van invloed zijn. Daarbij een goed wetgever houdt rekening met de rechtsbegrippen van het volk, ook al deelt hij die niet.

Voor de invoering van den Code Civil bestond er op vele punten een ander recht in het zuiden dan in het noorden van Frankrijk. NAPOLEON en eenige rechtsgeleerden hebben het overal geldend wetboek het Fransche volk opgelegd. Hoe zoude het doel kunnen geweest zijn:

(1) NOORDZIEK, zitting 1820—1821, bl. 433.

den rechter voor te lichten omtrent de rechtsovertuiging van het volk!

Overal waar de codificatie rechtseenheid bracht, moest noodzakelijk het wetboek nu eens tegen de rechtsovertuiging van dit gedeelte van het volk, en dan eens van dat gedeelte indruischen. De Wetboeken van Duitschland en Zwitserland zijn voorbeelden uit den allerlaatsten tijd.

Het gecodificeerde privaatrecht is niet eene instructie, waarvan afgeweken mag worden, zooals de reederij aan den schipper meegeeft.

Mr. LEVY gaat er prat op een aanhanger van de Historische School te zijn. Toch wijkt hij op een belangrijk punt af. Volgens die School hebben wet en gewoonte eene gelijke waarde (1).

Mr. LEVY noemt de gewoonte van nature de meerdere van de wet (2).

Ware dit juist, dan zoude de wet, als zijnde de mindere, het gewoonterecht noch direct, noch indirect kunnen afschaffen.

De wetgevers van alle eeuwen zouden zich dus aan usurpatie van macht hebben schuldig gemaakt en dat wel zonder eenig verzet!

Hoe verwerpelijk de leer van Mr. LEVY ook moge zijn, ze vloeit logisch voort uit de hoofdgedachte van de Historische School.

SAVIGNY schrijft: In dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebt das positive Recht (bl. 14). Het uit zich in drie organen: gewoonterecht, wet en rechtswetenschap.

Nu welt het gewoonterecht *onmiddellijk* op uit het volksbewustzijn. Met de wet is dit nimmer het geval

(1) VON SAVIGNY, Deel I, bl. 43 en 82.

(2) N. B. v. R. en W. 1880, bl. 133. Aangehaald in Rechten en Wet, bl. 1296.

en dikwerf gaat zij zelfs regelrecht er tegen in. Men bedenke dat SAVIGNY zijne leer toepast ook op het publiekrecht en op wetten, door een absoluut vorst gemaakt (bl. 39). Reeds iedere afschaffing van gewoonterecht druischt in tegen het volksbewustzijn.

Minst genomen geeft het gewoonterecht den volksgeest zuiverder weer dan de wet. Zoekt men den geloofsbrief van alle recht in het volksbewustzijn, dan is het gewoonterecht van nature de meerdere van de wet.

Hoeveel waarde de Historische School ook moge gehad hebben voor het juistere inzicht in de rechtsontwikkeling, inzonderheid der Romeinen, de gelijkstelling van gewoonte en wet acht ik onjuist. Ze zijn ongelijkssoortige grootheden.

De wet drukt den Staatswil uit. Haar inhoud moet door den rechter, als zijnde Staatsdienaar, worden toegepast, alsof het recht ware.

Als de Staat hem vrijheid laat, past hij het gewoonterecht toe, omdat het recht is.

Twee feiten vernauwen de kloof tusschen recht en wet. Vooreerst geeft iedere codificatie voor een zeer aanmerkelijk deel de rechtsinzichten van het volk weer. Ten tweede hebben de menschen veeltijds de verstandige neiging om hunne handelingen naar de wet te richten.

In den loop der jaren ontstaat er eene nieuwe breuk. Het recht in de maatschappij verandert, ontwikkelt zich, maar de wet blijft dezelfde.

Dit is, wat Mr. FOCKEMA ANDRÉE hoofdzakelijk verontrust.

Tegen de leus van Mr. LEVY: „*praeter legem*, niet *contra legem*” heb ik geen bezwaar, wel tegen de toepassing.

Hij is genoodzaakt het hoofd te buigen voor de wet. „Dat hij (de rechter) daarbij de wet niet voorbijstreven, „ter zijde laten, te niet doen, omverwerpen mag, ligt „voor de hand. Hoe zou de Staat, hier de wet gevend,

„daar de rechtspraak instellend, geacht kunnen worden „zoodanige machtiging en derhalve, daarmede eene tegen- „strijdigheid, te hebben verleend.” (bl. 1265).

Ik geloof, dat Mr. LEVY echter in den grond van zijn hart de wet haat. Hij laat het voorkomen, dat de rechter „bij het opmaken zijner solutie doet, als bestond eene „wet niet, en eerst wanneer, door die solutie, de wet in „haar tegendeel zou worden verkeerd, door den nijpenden „nood gedwongen, de wapens neerlegt, en capituleert, „voor eene wet, waaraan niet met mogelijkheid te „ontsnappen is.” (bl. 1608). (1) Het geldt hier het beantwoorden van een rechtsvraag, en dan gaat volgens mijne ondervinding de rechter niet zoo te werk. Deze zoekt eerst het antwoord in de wet en als dat daar niet te vinden is, spreekt hij naar zijne subjectieve meening recht. Volgens Mr. LEVY is de wet niet een steun, maar eene belemmering voor den rechter.

Als C. ASSER de wetgever te hulp roept om de wet te verbeteren, vraagt Mr. LEVY: „Heeft die werktuiglijke „terugslag der wetgeving, zoodra feilen en feiltjes worden „gesignaleerd, niet heel wat meer van netten boeten „of kousen mazen, dan van arbeid, den rechtsgeleerde „waardig?” (bl. 1578). De door LAND voorgestelde Commissie van wetgeving wordt door Mr. LEVY genoemd: een raad van rechtswijsneuzen, (bl. 1613).

Alles bewijs, hoe onsympathiek wet en wetsverbetering hem is.

Het zal niet verbazen, dat bij zulke gevoelens de wet in Mr. LEVY's handen niet veilig is. Twee voorbeelden daarvan.

Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst, zegt art. 3 A. B. (1)

(1) Dit artikel is schijnbaar in strijd met den aan den rechter toegekende bevoegdheid om, bij het zwijgen der wet, naar de billijkheid recht te doen. De harmonie blijft bewaard, als men aan de

Deze bepaling bevat niet aan Mr. LEVY; aan mij ook niet; maar dat is geen reden om haar niet toe te passen! Onrechtvaardige wetten blijven toch wetten.

Hij beroept zich er op, dat de gewoonte van nature de meerdere zoude zijn van de wet. Dit bestreed ik reeds.

De bepaling zoude zeggen: „Recht zal niet recht zijn”. (bl. 1296). Dit zelfde zegt de Staat ook, als hij een bestaand gewoonterecht direct of indirect afschaft, en de bevoegdheid daartoe kan men hem niet ontzeggen.

Volgens Mr. LEVY stamt art. 11 A. B. af van MONTESQUEU's *trias politica*: wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Tegenwoordig wordt dit uiteenvallen van den Staat in drie machten ontkend. Hieruit trekt Mr. LEVY het gevolg: „als de trias om zeep gaat, gaat art. 11 mee. „Of kan temet de plaatsaanwijzing van onderworpenheid „des rechters worden gehandhaafd, wanneer de publiek- „rechterlijke wetenschap, de trias verdringende, den „rechter tot des wetgevers evenknie maakt.” (bl. 1611). Er is hier niet sprake van eene toekomstige afschaffing, doch van vervallen zonder Staatstusschenkomst tengevolge van een ander wetenschappelijk inzicht.

Naar mijne meening is art. 11 niet een kind van de *trias politica*, maar een uitvloeisel van de steeds bestaan hebbende en steeds bestaan zullende gedachte, dat de rechter, zijnde staatsdienaar, den staatswil, neergeschreven in de wet, moet gehoorzamen. Gesteld echter, dat ik mij daarin bedriege, en art. 11 werkelijk uit de *trias politica* afstamme, dan blijft art. 11 toch bestaan. De leer, dat

gewoonte niet een voor den rechter dwingend karakter geeft, maar haar als grond van billijkheid toelaat.

De rechter grondt zijne uitspraak slechts dan op de gewoonte, als hij haar billijk acht. Dit zal wel bijna altijd het geval zijn. Het thans levende geslacht denkt over de gewoonte gunstiger dan de wetgevers van 1838.

een wetsartikel vervalt, als de wetgever van eene onjuiste gedachte uitging, zoude alles op losse schroeven zetten.

Er is iets vreemds in Mr. LEVY's verzet tegen art. 11. In verband met art. 13 staat het slechts in den weg aan *contra legem*, niet aan *praeter legem*. De verklaring zal weder te zoeken zijn in zijn afkeer van codificatie.

Uit al het bovenstaande volgt, dat ik de vraag: „Moderne Praetuur?“, bevestigend beantwoord, evenwel onder voorbehoud, dat de rechter de wet niet opzijschuive.

Sommige wanen den rechter reeds buiten de wet, als hij inderdaad haar toepast.

Bij arrest van 29 November 1907 (W. 8619) nam de H. R. de bestaanbaarheid van schuldoverneming aan. Het College grondde zijn uitspraak op art. 1374 B. W.: Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken den genen die dezelve hebben gemaakt tot wet. Wellicht door den roes der overwinning, zag Mr. CANES in deze beslissing een geval van moderne praetuur. (W. 8624). De H. R. paste evenwel slechts de wet toe.

Evenmin bevindt zich de rekening-courantverhouding buiten de wet.

Een vonnis, gegrond op de onbestaanbaarheid wegens onze wet van schuldoverneming of van rekening-courantverhouding zoude door den H. R. worden vernietigd op grond van schennis der artikelen 1374 en 1375 B. W.

Thans een paar voorbeelden van moderne praetuur. De wet zwijgt over het grondvesten van eene stichting. Hieruit werd het gevolg getrokken, dat zulk een rechtspersoon onder onze tegenwoordige wet niet in het leven geroepen konde worden. Thans neemt de jurisprudentie algemeen de mogelijkheid wel aan (1).

(1) Uit het hier en daar noemen van stichtingen volgt voor de bevoegdheid tot grondvesten niets, omdat er onder den vroegeren rechtstoestand wettig geschapen stichtingen bestonden.

Beslissingen over toonderpapieren steunen menigmaal niet op de wet. Tot voorbeeld een onlangs voorgekomen geval. Iemand was ter goeder trouw bezitter van eene uitgelote toonder-obligatie, die door den uitgever reeds eenmaal was afgelost, doch op onregelmatige wijze weder in omloop gekomen. Zoowel de Rechtbank te Haarlem als het Hof te Amsterdam (Arrest 31 Januari 1908 W. 8745) beslisten, dat de uitgever ten tweede male moest betalen. Ik vereenig mij met de beslissing, doch op de wet is ze niet gegrond.

Het oude tiendrecht heeft overeenkomst met het Engelsche gewoonterecht, blijkende uit gewijsden. Het is niet de vraag, wat het tiendrecht-oudtijds was, doch wat het in den loop der jaren, mede onder invloed van de jurisprudentie is geworden. Inzonderheid de arresten van de Hoven (het Hof van Gelderland werd ingesteld in 1547) zijn van gewicht. De rechtsverhoudingen hebben zich naar die jurisprudentie gevoegd. Het bestaande gewoonterecht wordt niet aangetast door te bewijzen, dat arresten van onjuiste historische beschouwingen zijn uitgegaan. Niet in de gronden, doch in de beslissing ligt de kracht. Mogen de Tiendcommissiën zich afvragen, of afwijking van eene gevestigde jurisprudentie niet zoude zijn schending van het recht.

In zake tiendrecht hebben wij moderne praetuur, die niet nieuw is.

Ten volle vereenig ik mij met den wensch van Mr. LEVY, dat de cassatie worde uitgebreid tot schennis van het recht (bl. 1626). Het subjectieve, dat aan de moderne praetuur eigen is, eischt de medewerking van het hoogste rechtscollege.

Wij hebben een bondgenoot in den uitnemenden, thans reeds afgetreden Vice-President van den Hoogen Raad. In zijne belangrijke installatierede zeide Mr. FEITH: „Eene

„tweede verandering, die ik zou willen aanbevelen, betreft „de cassatie, die ik zou willen uitbreiden tot elke rechts-„schennis.” (W. 8655).

Aan onze wet kleven talrijke gebreken. Toch werken die minder nadeelig op de praktijk van het leven, dan een oningewijde zoude denken. De rechtschapenheid der menschen en vooral de vrees om in een slecht daglicht te komen verhinderen dikwerf het gebruikmaken van die gebreken.

Volgens mijne meening wordt eene goede rechtsbe-
deeling minder geschaad door de fouten der wet, dan door de misslagen der praktizijns. Daarom verdient het zoozeer overweging om op het voetspoor van de Oosten-rijksche wetgeving den rechter meer macht te geven bij de leiding van het proces.

In het algemeen bestaat er wel de neiging bij de Rechterlijke Macht om den cliënt zoomin mogelijk te doen boeten voor de fouten van zijn praktizijn. Toch schijnt het mij wel eens toe, dat een middel van niet ontvankelijkheid niet had toegewezen behoeven te worden, of dat de rechter het aangeboden en onvoldoende geachte getuigenbewijs ambtshalve had kunnen aanvullen.

Dit alles neemt niet weg, dat wegneming van sommige gebreken in de wetgeving hoogst gewenscht is. Mijn raad zoude zijn: beperk u; haal niet te veel overhoop. De herziening van het Bewijs kan als een afschrikwekkend voorbeeld gelden.

De eenige artikelen over het bewijs, die in de praktijk aanmerkelijk schadelijk werken, zijn de artt. 1933 en 1934, het bewijs door getuigen beperkende, en de artikelen, handelende over de onbevoegdheid om te getuigen, en over het recht van wraking. De afschaffing van die bepalingen wordt zeker door de groote meerder-

heid der rechtsgeleerden gewenscht. Eene wet, dit beoogende, had als spoedeischend binnen eenige maanden kunnen tot stand komen.

Ter kwader ure werd de herziening van het geheele bewijs ter hand genomen. Na het verschijnen van het Ontwerp der Staatscommissie, ingesteld 25 October 1899, ontlastte zich een stortvloed van geleerde geschriften, waarbij het iemand groen en geel voor de oogen werd. Het ergste is, dat onder die theoretische beschouwingen de belangstelling voor de opruiming van de artt. 1933 en 1934 bedolven raakte. Waaraan anders het stilzwijgen (het *Weekblad van het Recht* zonder ik uit) toe te schrijven, nadat de Commissie van Voorbereiding der Tweede Kamer het ongeloofelijke voorstel had gedaan, deze artikelen in eere te herstellen.

In de Tweede Kamer schijnt niet de minste opgewektheid meer te bestaan om het wetsontwerp aan de orde te stellen.

Arnhem, Februari 1909.

G. WTEWAALL.

J. J. DE WAAL MALEFIJT; *De Eed ter beslissing van het geding*, Utrecht 1907.

Wanneer de schrijver dezer dissertatie — 335 bladzijden van eene soort kwarto formaat — die haar in *Themis* besproken wenschte, en het tijdschrift, dat mij de vervulling van dien wensch vroeg, maandenlang op deze bladzijden hebben moeten wachten, dan ligt dat vooral aan den omvang van het boek. Bij het steeds toenemen van de ambtstaak leent zich alleen de vacantielijd tot dergelijken arbeid.

Dat verwijt doet mij leed, omdat van het boek veel goeds mag worden gezegd en dat goede, bij eene beperkter opvatting van het onderwerp, vroeger gezegd had kunnen worden. Schrijver zelf zegt (Voorrede blz. X) dat het hem om den in de tabel genoemden bewijseed te doen is geweest en gebleven, en heeft niettemin aan de behandeling daarvan doen voorafgaan eene inleiding van 140 bladzijden, welke inhoud — ik ben dat geheel eens met Jhr. Mr. R. H. FEITH, in W. 8642 zijn oordeel over de dissertatie uitsprekend — met dat onderwerp in slechts los verband staat. Die inleiding heb ik geheel doorlezen, steeds de uitspraak des schrijvers en de door hem gegeven redenen voor hare breedheid voor oogen houdende en desniettemin kan ik niet anders zeggen dan: zij is goed, op een aantal plaatsen zelfs bijzonder goed geschreven en toch heb ik menigmaal gemeend mijnen tijd beter te kunnen besteden dan aan al deze regsphilosophie, die m. i. schamele vrucht voor de behandeling der eigenlijke stof heeft afgeworpen. Die inleiding schenkt ons eene welomschreven *algemeene* eedstheorie, die het onderwerp

eener afzonderlijke dissertatie had kunnen vormen en die dan als zoodanig welkom zou zijn geweest, maar de eed *in het algemeen* is niet het onderwerp van dit proefschrift. In het besef dat regtsphilosophie mijn fort niet is zal ik dan ook op die inleiding, al heeft zij mijne aandacht gehad, maar niet verder ingaan en vragen: wat geeft ons het tweede deel van dezen arbeid?

Vormelijk *drie* hoofdstukken: eene historische beschouwing over den partijeed; eene uiteenzetting van dien eed, gedeeltelijk *jure constituto*, gedeeltelijk de *jure constituendo*; eene nadere bespreking of uitwerking van die instelling. Schrijver besluit met een artikelsgewijs, onder 56 paragrafen geredigeerd schema van eene regeling, zooals hij die zou wenschen: eene regeling wel bedoeld (blz. 307 noot 1) in het kader van het Nederlandsche procesregt, maar strekkende om van onzen eed tot beslissing van het geding (zoowel den aanvullenden als den naar den style de palais „beslissenden”) te maken eenen „Schiedseid”. Dat wil zeggen (blz. 200—203) eenen eed, naar omstandigheden te vervangen door eene verklaring, die dienst moet doen als *scheidsmiddel* tusschen de gedingvoerenden; die bevat een beroep op het geweten en de goede trouw van den zwerende en *bovendien* op de Goddelijke gerechtigheid, als naar Mr. MALEPLIJT'S overtuiging gewisselijk eenmaal uitspraak zullende doen en de dwalingen der menschelijke justitie corrigeeren; tegelijk echter zal de Schiedseid een *bewijsmiddel* zijn. Schrijver wil het daarheen geleid hebben dat de regter bevoegd zij om dezen eed op te leggen aan de partij, in welke hij voor de eedsopdragt het meeste vertrouwen stelt, waarom hij moet beginnen met beide partijen in verhoor te nemen.

Dat verhoor „ter voorbereiding van de oplegging van den beslissenden eed” worde alleen opgelegd wanneer

in het geding geen volledig bewijs is verkregen hetzij door de bewijsvoering van partijen, hetzij door de bewijsmiddelen den regter ambtshalve ten dienst staande, en het worde bevolen zoowel op verzoek van eene partij, als ex potestate judicis; mogt naar 's regters oordeel het ontbrekende bewijs voortvloeien uit het verhoor, dan geschiede geen eedsopdragt (§§ I, V).

Al dadelijk nu eene opmerking waarmede ik tevens eene hoofdbedenking tegen de dissertatie uitspreek. Volkomen duidelijk wordt ons gemaakt wat Mr. MALEFIJT tegen de bestaande regeling van onzen decisioiren en suppletoiren (1) proceseed heeft; eveneens hoe hij die regeling vervormd zou wenschen. Maar als hij aan de artt. 1968 tot 1982 B. W. pluist en de bekende regtsvragen daaromtrent behandelt, laat zijne doorgaande helderheid te wenschen over omtrent één punt; mij ten minste is maar al te vaak duister gebleven, of de strekking van het daaromtrent in het midden gebragte is zulk een artikel te verklaren dan veeleer het te kritiseeren. Gaarne breng ik met Mr. FEITH hulde aan de helderheid en aangenaamheid van den stijl; aan onbegrijpelijkheid of gemis van logica in hetgeen gezegd wordt bezondigt de schrijver zich niet, maar wel daaraan dat niet altoos duidelijk is of de wetsverklaarder aan het woord is of de opbouwer van een jus constituendum. Aan de praktische bruikbaarheid van het proefschrift zou ten goede zijn gekomen, dat deze onzekerheid werd gemist.

Wat ik bijzonder waardeer, is dat iemand van zoo beslist antirevolutionnaire overtuiging, een zoo volkomen vrij- (2) universitair man als Mr. MALEFIJT het zelfs tegen

(1) Hier en elders gebruik ik deze aanduidingen overeenkomstig den style du palais bovenbedoeld.

(2) Naar *spraakgebruik* natuurlijk: anders voor mij *lucus a non lucendo*, die «vrijheid».

de grootste vokalen zijner rigting ruitelijk opneemt voor de burgerlijke gelijkheid voor de wet, waarop z. i. ongelooovigen en atheïsten niet minder dan zijne geestverwanten aanspraak hebben; het wil er bij hem niet in dat men de eersten van de plegtige bevestiging der waarheid in eeds- of voor hem passenden anderen vorm met daaraan verbonden gevolgen zou uitsluiten, geheel of (door verzwakking der rechtsgevolgen) gedeeltelijk; evenmin dat men, met eenen Belgischen procureur-generaal van voor veertig jaren, hooghartig verklare, „l'atheïsme n'existe „pas juridiquement devant la loi, donc personne ne peut „en argumenter.” Wie naar geweten niet kan zweeren, onderga geen dwang in deze *zijne* conscientie, maar bevestige onder dezelfde straf als op meened plegtig, dat hij zich den pligt tot *waarheid* spreken voor oogen heeft gesteld (blz. 109, 117, 121—124).

Reeds vermeldde ik dat naar schrijvers oordeel de decisoire eed is aantemerken als Schiedseid, niet slechts naar aard en gewenschte regeling doch reeds naar ons B. W. Al moge art. 1987 door zijne redactie doen denken aan eenen contractueelen (transactioneelen) aard, onze wet rangschikt den eed onder de bewijsmiddelen: een resultaat dat ik zelf lang geleden bepleitte en door den H. R. (30 Dec. 1870 W. 3291) aangenomen mogt zien. Doch mag men den bestaanden decisoiren eed aanmerken als (blz. 195), „een middel sui generis om den grondslag „vaststellen van een vonnis, om met terzijdestelling „van verder bewijs een eind te krijgen aan het geding „*in dier voege* dat aan eene der partijen gelegenheid „wordt gegeven om zich te beroepen op den Hemelschen „Regter, — als wanneer de aardse regter zich bij dat „beroep nederlegt” — zulks met deze conclusie: maakt deze partij van de gelegenheid geen gebruik, dan besluit men daaruit, dat zij in haar geweten die opperste vier-

schaar vreest, omdat zij zich bewust is dat hare zaak niet regt is. Het lijdt geen twijfel dat de schrijver in deze omschrijving het *bestaande* regt wil belichamen, daar zij voorkomt aan het slot der paragraaf „de „decisoire eed in ons geldend regt” en onmiddellijk daarop zijne paragraaf de *lega ferenda* aldus aanvangt „al blijkt deze scheidsmiddel-theorie nu de sluitsteen „voor de verklaring van het *bestaande* regt” enz. Laten in dat *bestaande* regt (zoo blz. 196 aanhef) „regter en „tegenpartij beide de zaak verder aan God over en zien „van verder procedeeeren af”? *Neen* m. i. Verder meent Mr. MALEFANT, laat het zijn teregt, dat men met zijne constructie aan een aantal moeilijkheden ontkomt; vrage echter, of men die niet voor andere bezwaren inruilt.

Als de Nederlandsche regter eene voor hem gebragte zaak aan God gaat overlaten en in eens van verdere procedure — zegge m. i. van de verdere vervulling zijner taak in dat geding — gaat afzien, geeft hij dan welbezien niet een hem *streng verboden* „mihi non liquet”? maakt deze constructie dus niet van eedsregeling naar het B. W. een allerwonderlijkst uitzonderingsregt op onze algemeene bepalingen van wetgeving? Voorts zou naar die regeling onze aardsche regter, verplicht om vonnis te geven, zich gaan nederleggen bij een beroep op den Hemelschen Regter als opperste vierschaar: maar organiseert onze positieve wetgeving een dergelijk mengelmoes der sacra met de profana? Ik meen een getuigenis van eerbied voor de sacra te geven, wanneer ik die Opperste Vierschaar ter zijde laat en, in voormelden zin van *onvermengd* laten, beweer dat onze wet haar *niet kent*. Die wet laat onder zekere omstandigheden aan gedingvoerende partijen toe, een beroep op het geweten en de eventueel daarmede verband houdende godsdienstige overtuigingen der wederpartij te doen, en verbindt aan

de uitkomsten van dat beroep zekere aardsche regtsgevolgen; maar of er naar de straks aangehaalde blz. 200—204 der dissertatie bestaat eene als hoogste instantie bestaande Goddelijke gerechtigheid die *absoluut* gehandhaafd zal worden en de dwalingen der menschelijke justitie *eenmaal zal corrigeeren* . . . dat laat onze wet geheel in het midden. (1) Ik acht het onjuist en verkeerd, van den beslissenden eed door middel van dergelijk getheologiseer iets anders te maken dan een bewijsmiddel, en den natuurlijke regel dat, bij gebreke van bewijs, eene ingestelde vordering moet worden afgewezen te gaan discrediteeren, door hem voor te stellen als (p. 203) altijd een slag in den blinde. Die regel is geschreven als palladium onzer burgerlijke regtszekerheid, evenals de praktijk van het verbod van art. 391 strafvord., om niemand op onvolkomen bewijs of bloote vermoedens te veroordeelen, ons strafregtelijk vrijwaart voor Russische toestanden. Iedereen kan allerlei van U of mij vorderen en mag elke zoodanige vordering voor den regter brengen: is het „een slag in den blinde”, te bepalen dat het verkrijgen van een vonnis, dat wil zeggen van beschikking over den sterken arm voor invordering, gebonden zal wezen aan *bewijs* van het beweerde regt?

Deze bedenkingen tegen hetgeen naar schrijvers opvatting reeds thans het stelsel der wet zou wezen worden er voor mij niet minder, op als ik hem begeleid bij zijne

(1) Men vergelijkte omtrent dit alles de M. v. T. tot het wetsontwerp der Staatscommissie 1899—1901 blz. 173 vgg., vooral hetgeen aldaar gezegd wordt omtrent het doen spreken van het geweten en de *motieven* uit welke zijne uitspraak voorkomt. Laat ik daarbij voegen dat mijn onbeperkte eerbied voor [om niet te zeggen najver op] deze verzekerdheid des *geloofs* onmagtig is om de ietwat paganistische vraag te smoren: hoe kunt gij en hoe kan de wetgever dat *weten*?

wenschen — heetende te passen in het algemeene kader van ons bewijsregt — de jure constituendo. Dat die gericht zijn op het combineren van eedsopdragten met een verhoor van partijen kan er misschien (1) door, omdat reeds nu (art. 19 B. W.) de regter bevoegd is om ambtshalve de partijen voor zich te roepen, al kan dit slechts geschieden tot het beproeven eener schikking, dus om te komen tot het *tegendeel* van eene uitspraak over het geschil. Onoverkomelijk echter acht ik het bezwaar, dat dit verhoor dienen moet om voor te bereiden het opleggen van den „Schiedseid” *ambtshalve* aan de partij, op wier geweten en goede trouw (zie pag. 203) het veiligst beroep schijnt te kunnen worden gedaan. Indien eene eedsopdragt (ook naar mijn inzicht) is een procesbeslissend *appèl à la conscience*, behoort dat dan niet, zooals bij den beslissenden eed van het B. W., uit te gaan van de wederpartij? moet niet *deze* alleen bevoegd wezen tot de keus, om het lot harer zaak van partij's geweten afhankelijk te stellen [zegge tot beoordeeling of *deze genoeg* geweten voor zoo iets bezit]? voegt den regter *deze taxatie*?

Zoo men hierop antwoordt dat reeds naar art. 1977 vgg. de suppletoire eed *ambtshalve* wordt opgelegd en als Schiedseid dienst doet, wensch ik op te merken dat de wettelijke eischen voor het gebruik van dien eed zijne toepassing beperken tot een gebied oneindig kleiner dan dat van den decisoiren eed; gaarne voeg ik daarbij dat de Staatscommissie voor het bewijsregt, van welke ik lid ben geweest, m. i. beter had gedaan met de langdurig overwogen vraag of die eed moest vervallen, *bevestigend* te beantwoorden, nu zij in den gerechtelijken eed niets anders dan een *appèl à la conscience* zag (zie hare M. v. T.

(1) Toch maar héél misschien: zie M. v. T. bovengenoemd blz. 176.

blz. 173 vgg., blz. 192). Alleen dan houdt men dit standpunt zuiver, gelijk men alleen dan in overeenstemming blijft met de lijdelijkheid van onzen regter. Breidt men daarentegen met MALEFIJT zijne bevoegdheid van eedsoplegging ambtshalve uit tot den eed van art. 1967 B. W., hoever raakt men daarmee wel af van dit ons procesregt nog altijd beheerschend beginsel? Van hervormen *binnen het kader* van dat regt spreke men dan niet meer, want in schrijvers stelsel wordt kras *méegeprocedeerd* door de magistratuur. En nog wel op eene *allerbedenkelijkste* manier, zoodra men aanneemt MALEFIJT's reeds vermelde opvatting van den eed ook *jure constituto* als, behalve een beroep op het geweten, bevattende een brengen der zaak voor de Hoogste Vierschaar, ten slotte absoluut de gerechtigheid handhavend en de dwalingen der menschelijke Justitie corrigeerend. Hoe: moet in onzen neutralen staat de magistratuur eenen litigant, die regt heeft op *hare* beslissing omtrent zijne belangen, kunnen brengen voor eene regtsmagt welker bestaan hij misschien betwijfelt of ontkent? In den Nederlandschen staat schijnt mij voor een opgelegd *appel à Dieu* nog minder plaats dan voor een *appel à la conscience*; het laatste kan dunkt mij alleen in aanmerking komen, wanneer de wederpartij de aanwezigheid van conscientie als ten minste mogelijk onderstelt en daarom *zij* — niet de regter — beslissende eeden opdraagt; nu echter zal de regter tot deze misschien materialistische of atheïstische wederpartij kunnen zeggen: onverschillig of gij aan eene regtspraak hier namaals gelooft of niet, prorogeer ik als het ware de zaak, die in *mijne* handen is gesteld, naar God en dwing U haar lot afhankelijk te maken van den Schiedsspruch te weeg te brengen door eenen eed of plechtige verklaring, af te leggen door Uwe procespartij!! Zoolang onze staatsinrigting blijft die *zij* is, acht ik kortweg dat *onbestaanbaar*.

Mr. MALEFIJT onderstelt m. i. evenmin als ik verandering onzer staatsinstellingen in dit opzigt: bij zijne wakkere verdediging straks vermeld van de bestaande neutraliteit zij mij vergund te onderstellen dat hij, mijne bedenkingen tegen zijne toekomstwensen nog eens wikkend, voor het gewigt daarvan toegankelijk zal zijn.

Andere bedenkingen gaan zamen met die van Mr. FEITH. Die alle te zamen echter verhinderen niet dat naar mijn oordeel, zooals ik reeds aangaf, veel goeds van dit geschrift kan worden gezegd en ik van harte hoop dat Mr. MALEFIJT het niet zal laten bij deze eerste bijdrage aan onze vakliteratuur: tot hare verdienstelijke vermeerdering is hij allezins in staat.

Den Haag, Aug. 1908.

A. P. TH. EYSSELL.

*De beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke
behandeling.*

Proefschrift ter verkrijging van den graad
van Doctor in de Rechtswetenschap aan
de Universiteit te Utrecht, door L. W. E.
M. LASONDER.

In het begin van 1908 is te Utrecht een proefschrift verdedigd, dat 532 bladzijden omvat en niet alleen in quantiteit maar bovenal in qualiteit zich gunstig onderscheidt van de meeste in den laatsten tijd verdedigde proefschriften op het gebied der rechtswetenschap. Gaarne breng ik den schrijver hulde voor zijn uitgebreide kennis en zijn noesten vlijt. De vraag kan intusschen gedaan worden, of hij niet te veel hooi op zijn vork heeft genomen, door over bijna alle gewichtige vragen op het gebied van het strafstelsel en der straffen een oordeel uit te spreken, dat bij de uitgebreidheid der door hem behandelde stof moeielijk anders dan oppervlakkig kon zijn.

Hij koos als onderwerp de beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke behandeling. Hij moest natuurlijk de onderscheiding der misdadigers in verschillende categorieën aangeven en bespreken. Waar hij de bestaande wijze van straffen door een geheel nieuwe wil vervangen, kon het op zijn weg liggen kortelijk aan te geven, waarom bij de bestaande strafrechtelijke behandeling afkeurt. Hij ging echter verder en trad in een beoordeeling der bestaande en zelfs der niet bestaande straffen, gelijk de doodstraf en de deportatie. Hij wijdde vele bladzijden aan het cellulaire gevangenisstelsel en aan andere ge-

vangenisstelsels, behandelde de voorwaardelijke invrijheidstelling en de onbepaalde vonnissen en bracht daarbij een massa geleerdheid te pas. Het kon echter moeilijk anders dan dat hem daarbij geschriften ontgaan zijn, die hij had moeten raadplegen, waar hij zich tot een oordeel over al deze onderwerpen gerechtigd achtte.

Zoo had b.v. in een Nederlandsche dissertatie het oordeel niet mogen ontbreken van den Minister van Justitie, Mr. MODDERMAN over de doodstraf, in zijn beroemde, in vele vreemde talen overgezette in de Tweede Kamer bij de behandeling van het Strafwetboek uitgesproken rede. Daar vindt men de argumenten voor en tegen de doodstraf zoo geclassificeerd, dat ze bij de bespreking van grooten dienst konden zijn. Over deportatie en relegatie bestaat een m. i. uitnemende in 1886 te Groningen door Jhr. Mr. D. R. DE MAREES VAN SWINDEREN verdedigde dissertatie (1). Ook wegens de daarin vermelde litteratuur ware de raadpleging daarvan wenschelijk geweest. Er zou van die litteratuur door Mr. LASONDER nog al eens gebruik kunnen gemaakt zijn. Datzelfde kan gezegd worden van de in 1881 te Leiden door Mr. D. Z. VAN DUJL verdedigde dissertatie over de voorwaardelijke invrijheidstelling en van de in 1893 te Groningen, door Mr. J. D. TEN BRUGGEN CATE verdedigde dissertatie over de onbepaalde strafvonnissen, waarin menig argument voor en tegen wordt behandeld, waarvan Mr. LASONDER zeer zeker gebruik zou hebben gemaakt. Ten onrechte rekent hij ADOLPHE PRINS, hoogleeraar te Brussel, onder de voorstanders (2) der onbepaalde strafvonnissen.

Over het zoogenaamde progressieve gevangenisstelsel

(1) De Fransche wetten van 27 Mei en 14 Augustus 1885 ter beteugeling en voorkoming der recidive.

(2) Zie zijn «Science pénale et droit positif», 1899, bl. 459.

wordt door den schrijver nog veel te berde gebracht. Dat is te verklaren, omdat hij het voor zijn beroepsmisdadigers aanbeveelt, ofschoon hij eenige bladzijden te voren het cellulaire gevangenisstelsel zoo slecht niet heeft gevonden en het verdedigde o. a. tegen de bedenkingen van Dr. ALETRINO (1).

Op bl. 331 zegt hij: „Terecht merkt Prof. DOMELA NIEUWENHUIS omtrent de opvatting van de voorstanders der gemeenschappelijke gevangenisstraf op: „De meening, dat juist die plaats (de gemeenschap) geschikt zou zijn om karakter en wil ten goede te vormen is even dwaas, als wilde men drankzuchtigen om hen van drinken te genezen tot hunne wilsoefening in kroegen brengen, voor wellust vatbaren tot hunne karaktervorming naar bordeelen geleiden”.

En toch beveelt hij later het progressieve gevangenisstelsel aan voor de beroepsmisdadigers, d. i. eerste stadium cel; tweede stadium geclassificeerde gemeenschap met doorgangshuis; derde stadium voorwaardelijke invrijheidsstelling. Hoe hij er toe kwam om den stichter van het Iersch progressieve gevangenisstelsel GROFTON (2) te noemen, terwijl zijn naam is WALTER CROFTON, is mij een raadsel. Hij had onder de verdedigers van dat stelsel wel aan de Nederlandsche rechtsgeleerden J. J. L. VAN DER BRUGGHEN (3) (oud-minister) en A. P. TH. EYSSELL (4) thans President van den Hoogen Raad, een plaats mogen verleenen nevens den Duitschen hoogleeraar FRANZ VON HOLTZENDORFF.

Met bijzonder genoegen las ik zijn bestrijding van het

(1) Zie bl. 328—338.

(2) Zie bl. 354 en 355.

(3) Zie zijn «Etudes sur le système pénitentiaire Irlandais», 1864.

(4) O. a. in Handelingen der Ned. Juristenvereniging, 1872.

zoogenaamde Elmirastelsel. Voor de „Vergnügungskur” van het Amerikaansche opvoedingsstelsel der veroordeelden tot 30-jarigen leeftijd toont hij geen gevoel te bezitten. Hoe hervormingsgezind hij ook is, zoo vooruitstrevend is hij nog niet!

Dat hier een warm aanhanger der zoogenaamd nieuwe crimineel-anthropologische of sociologische richting aan het woord is, blijkt reeds in zijn eerste hoofdstuk, waarin hij bij wijze van algemeene inleiding een beknopte uiteenzetting en verdediging geeft van zijn meening omtrent rechtvaardiging en doel der straf. Volgens hem is de toerekenbaarheid van den dader geen vereischte voor zijn strafbaarheid en kan ook de ontoerekenbare een misdaad begaan en moet hij dan bestraft worden. Het zou mij te ver voeren, om hier deze stelling te gaan bestrijden. Zelfs de hoogst bekwame voorman der nieuwe richting, de hoogleeraar VON LISZT te Berlijn is nog zoo ouderwetsch, dat hij voor het aanwezig zijn van toerekenbaarheid stelt, dat de dader in zijn handelen op normale wijze gedetermineerd wordt door de algemeen geldende motieven van godsdienst, zedelijkheid, recht, verstand, enz. De krankzinnige misdadiger is derhalve ook volgens dien strafrechtsgeleerde niet strafrechterlijk aansprakelijk. Met den socialistischen hoogleeraar ENRICO FERRI (1) en een aantal anderen, waaronder natuurlijk tal van nieuw-criminologische doctoren, meent Mr. LASONDER dat dit wel het geval is. Men is namelijk volgens hem niet zedelijk, maar maatschappelijk aansprakelijk voor zijn daden, d. w. z. eenig en alleen, omdat men in een maatschappij leeft, onverschillig in welken intellectueelen toestand men zich bevindt. Al zouden honderden hoogleeraren en doctoren zoo iets beweren,

(1) Sociologie criminelle.

mijn begrip gaat het te boven, dat een krankzinnige mag gestraft worden, als hij een misdaad beging. Men sluite hem liefst op in bijzondere krankzinnigengestichten of afdeelingen daarvan, met betere waarborgen dan thans krachtens de wet bestaan, dat hij daar niet uit kan komen op de verklaring van den directeur alleen. Daarvoor behoorde te zijn een rechterlijk bevel na een nauwgezet psychiatrisch onderzoek door meerdere daartoe aangewezen psychiaters. Zegt men hiertegen: er bestaat geen zedelijke schuld, het is alleen de vraag of iemand schuld heeft aan het hem telastgelegde feit, dan antwoord ik: indien dat zoo is, dan moet er in het geheel niet gestraft worden en valt het strafrecht. Men zal met de beveiligingsmaatregelen moeten volstaan, die het gevaar voor de maatschappij kunnen wegnemen, waarmede de dieren met menselijke hersens haar bedreigen. Een krankzinnige kan in het gesticht door een gestichtsstraf worden getroffen tot handhaving der gestichtsorde; hij kan zelfs in staat zijn zoo iets te begrijpen gelijk een hond of kat, op wien men een afschrikingsmaatregel toepast. Hij kan opzet hebben, maar zijn gemis van het normale menschenverstand en geweten, d. i. zijn abnormale toestand als mensch moet teweeg brengen dat hij, niet begrijpende dat hij tegen de maatschappij heeft misdaan, ook door haar niet voor een misdaad mag worden aansprakelijk gesteld en gestraft.

Mr. LASONDER blijft, hoewel de toerekeningsvatbaarheid bestrijdende, aan het strafbegrip hechten en als eenig vereischte voor de strafbaarheid stellen, dat iemand een daad heeft verricht, die door de strafwet, als zijnde gevaarlijk voor de rechtsorde, tot misdaad is gestempeld en met straf bedreigd. Het begrip „straf” wordt door hem dus genomen zonder eenig verband met de begrip-

pen „schuld” en „verantwoordelijkheid”. Straf onderscheidt zich volgens hem dus slechts daarin van andere maatregelen tot maatschappelijke verdediging, dat ze alleen *na* het plegen van een *door* de wet strafbaar feit wordt opgelegd, terwijl die andere maatregelen kunnen worden toegepast, zonder dat van wetsovertreding sprake behoeft te zijn, b. v. tegen gevaarlijk te achten krankzinnigen, drankzuchtigen enz. Hij acht het dan ook oppervlakkig van Mr. LEVY, (1) als deze de meening uit, dat een dergelijke strafrechtstheorie er toe zou moeten leiden het geheele strafrecht af te schaffen en eenvoudig diegenen die krachtens medisch advies wel eens tot misdaad zouden kunnen komen, maar dadelijk achter slot en grendel te zetten. Nog minder beleefd is hij tegenover een ster van de eerste grootte op strafrechtelijk gebied, den Leipzicher hoogleeraar KARL BINDING. Hij spreekt op bl. 46 van den reeds half ondergraven pijler van diens alleenzaligmakende toerekeningsvatbaarheid! Nog bonter maakt hij het, als hij op blz. 64 opkomt tegen de door BINDING gegeven voorstelling van den geboren misdadiger, naar de opvatting van LOMBROSO en FERRI. BINDING zeide n.l. in zijn *Grundriss*, Vorwort, bl. IX: „Hij komt als misdadig menschenkind ter wereld, in de wieg is hij reeds moordenaar. Hij moge dan door de wereld gaan en honderd jaar oud worden, zonder ooit de geringste wetsovertreding te begaan, steeds draagt hij het Kaïnsteeken van den broedermoord op het voorhoofd.”

En nu durft een student bij zijn promotie in de rechtswetenschap, een geleerde als BINDING deswege toevoegen: „Hij die aldus schrijft bereikt daarmee zijn doel niet, n.l. zijn tegenstanders, die het bestaan van den geboren

(1) Zie zijn *Indeterminisme*, bl. 196.

misdadiger aannemen belachelijk te maken, maar geeft daarentegen slechts zich zelf aan den algemeenen lachlust prijs, door daarmede aan te toonen, dat het hem niet gelukt is de toch duidelijk genoeg uiteengezette gangbare opvatting van den geboren misdadiger te begrijpen en dat het hem slechts mogelijk was uit de vele geschriften zijner tegenstanders deze onjuiste en belachelijk-onzinnige opvatting te distilleeren."

Eenige bescheidenheid is den schrijver van zulk een zinsnede zeker wel aan te bevelen!

Over hetgeen Mr. LASONDER ten aanzien van het vergeldingsbeginsel zegt, zij alleen opgemerkt, dat in het strafrecht van maatschappelijke en niet juist van goddelijke vergelding sprake is. In het begrip „straf" ligt volgens de voorstanders van zelf vergelding opgesloten, vergelding natuurlijk van zedelijke schuld, — iets wat ook door dezen schrijver wordt onbestaanbaar geoordeeld.

Van HUGO DE GROOT af, die vergelding den rechtsgrond der straf noemt, hebben tal van strafrechtsgeleerden dat strafbegrip gehuldigd; — ik noem slechts BINDING, BERNER, WACH, VON BURI, BIRKMAYER, BELING, A. A. DE PINTO, POLS, DE SAVORNIN LOHMAN, O. Q. VAN SWINDEREN, FABIUS. Men vindt daaronder voorstanders van zeer verschillende politieke richtingen.

En als men een beroep doet op de bijbelplaats (Romeinen 12, vers 19.): wreekt U zelve niet geliefden, want daar staat geschreven: Mij komt de wraak toe, ik zal het vergelden, zegt de Heer, dan worde daarop onzerzijds geantwoord: dat gold de wraak door particulieren uit hartstocht uitgeoefend, niet een vergelding van Overheidswege den misdadiger toegevoegd.

Mr. J. A. NEDERBURGH (1) schreef nog onlangs, dat

(1) Zie T. v. S. XX, bl. 83.

de Overheid door de vergelding in de straf niet treedt in Gods rechten en bevoegdheden, maar eenvoudig doet wat haar ten plicht wordt gesteld door de Voorzienigheid. Daarin mag niet worden gezocht een nauwkeurig tegen elkander afwegen van *gelyke* zaken, maar alleen een leggen van een overwicht in de schaal aan de zijde van de rechtsorde. Men straft A., als hij B.'s kind vermoord heeft, niet, door ook zijn kind te dooden.

En nu durft Mr. LASONDER, — wetende hoe velen in ons land nog hechten aan de Heilige Schrift en dus aan het door hem als ouderwetsch gequalificeerde strafrecht van Romeinen 13 vers 4, wetende dat ook onder de jongere strafrechtsgeleerden behalve NEDERBURGH, jonge mannen zijn van verschillende richting als GEWIN, VAN DER MELJ en KOPPE, die het vergeldingsbeginsel der straf verdedigen — het volgende te schrijven (1): „Zoo is dan, naar mijne meening, voor het ouderwetsche strafrecht, op vrije wil en vergelding berustende, het oogenblik gekomen, waarop zijne aanhangers, rekening houdende met de uitkomsten der nieuwere onderzoekingen, bereid behoorden te zijn om en hun beginsel en hunne theorie tegen betere te verwisselen.” Zou ook in deze een weinig bescheidenheid den schrijver niet zijn aan te bevelen?

Op bl. 476 tot 483 resumeert hij een geheel plan tot bestrijding van de beroepsmisdadigheid en behandeling van de beroepsmisdadigers. Vooreerst zal door den rechter moeten worden uitgemaakt of een beklaagde al of niet tot de beroepsmisdadigers behoort. Bij enkele in de wet bepaaldelijk aangewezen feiten, hetzij reeds bij eerste misdrijf, hetzij eerst bij eerste of volgende herhaling (b.v. in 7 op bl. 466 genoemde gevallen) zal de wet den

(1) Zie bl. 47.

rechter *verplichten* een onderzoek deswege door deskundigen te doen plaats hebben en op grond daarvan de genoemde vraag te besluiten. In andere gevallen zal het den rechter vrijstaan zulk een onderzoek uit te lokken.

De schuldig bevondenen moeten voor dat onderzoek in een daartoe geschikt gesticht in bewaring worden gesteld. Nu is het uiterst merkwaardig, dat Mr. LASONDER in zijn aanhangsel een verslag geeft (1) van zijn bezoeken aan en gesprekken met 16 zware misdadigers uit de gevangenis te Leeuwarden. Na mededeeling van een en ander veroorlooft hij zich de vrijheid, grootendeels afgaande op de verhalen dier misdadigers, hen onder te brengen bij een der groote groepen van gelegenheids- of beroepsmisdadigers, soms zelfs onder de geboren misdadigers te rangschikken. Hij schijnt zich dus als zulk een deskundige te beschouwen, anders dan Mr. VAN HAERSOLTE, wien het in zijn in 1896 te Leiden verdedigde dissertatie over eenige misdadigers-classificaties niet mogelijk scheen de door hem bezochte gevangenen misdadigers tot een bepaalde soort te brengen of hen volgens de verschillende groepen der verschillende classificatiesystemen in te deelen.

Mr. LASONDER durft zelfs een beslissing te nemen ten opzichte van sommige personen, die hij onder de geboren misdadigers brengt, voor zoover ze niet tot de krankzinnigen behooren! Hij geeft zelfs een advies aan Mr. VAN HAERSOLTE, met betrekking tot de door dezen bezochte gevangenen naar aanleiding van hetgeen hij daarvan mededeelt (1).

Naar aanleiding der rechterlijke beslissing over de vraag of een gevangene gelegenheids- of beroepsmisdadiger is, moet de rechter den beroepsmisdadiger veroor-

(1) BI, 494—534.

deelen tot de voor deze soort van misdadigers voorgeschreven strafmaatregelen. Met belangstelling vernemen wij verder, dat zelfs het zoo hoog ook van de zijde der nieuw-criminologen geprezen lage algemeene strafminimum van het Wetboek van Strafrecht in het gedrang komt. Mr. LASONDER kan dat niet gebruiken voor de onbepaalde strafvonnissen, die hij binnen de grenzen van hoogere minima en maxima op de beroepsmisdadigers wenscht te zien uitspreken. Over al die strafstadia voor zoogenaamd verbeterlijken en onverbeterlijken verklaren wij onbevoegd een oordeel uit te spreken. Mr. LASONDER wil de vraag naar verbeterlijk- of onverbeterlijkheid van den gevangene na zijn veroordeeling door den rechter door een college ad hoc doen beslissen. Deze zal die beslissing geven, nadat die gevangene in een centraal waarnemingsgesticht gedurende korteren of langeren tijd zal zijn onderzocht, zoowel wat zijn lichamelijke als geestelijke gesteldheid als wat zijn voorgeschiedenis betreft. Mij schijnt het toe, dat zulk een college wel moet worden samengesteld uit een merkwaardig soort van menschen, die vooruit kunnen bepalen wie al of niet voor verbetering vatbaar is. De ondervinding toch heeft menigmaal geleerd, dat zeer ernstige misdadigers, (o. a. iemand die men om zijn gevaarlijkheid voor de bewaarders in een kooi moest opsluiten) door liefde van een geestelijke of bezoeker tegen alle verwachting in zijn verbeterd, terwijl anderen van wie men de grootste verwachting had aan die verwachting niet hebben beantwoord. Aan een mensch zal het altijd moeilijk blijven het hart van een medemensch te doorgronden. Van zulk een beslissing zal het intusschen afhangen welk stel van maatregelen men op den gevangene zal toepassen.

Leest men de uitwerking van de verbeteringskuren en van de inrichting der werkhuizen voor de zooge-

naamd onverbeterlijken, dan vraagt men zich af, hoe men aan de psychologen of opvoedkundigen komen zal, in staat om de menschen naar ziel en lichaam te leeren kennen en leiden? Ook de toekomstige strafrechter dient zulk een psycholoog of opvoedkundige te worden, altijd volgens Mr. LASONDER, die mij en mijn geestverwanten voor ouderwetsche juristen aanziet, terwijl wij intusschen met zijn door hem voor den strafrechter geldig verklaarde zoogenaamde oude spreuk (1) niet kunnen instemmen. Zij luidt zonderling genoeg:

„Melius adhuc est judici cognoscere corpus et animum humanum quam cognoscere corpus juris”!

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS.

's Gravenhage, December 1908.

(1) Zie bl. 487.

Is de doodstraf gewenscht? door E. KEMPE.

Een zonderling boekske ligt daar voor mij. De Schrijver daarvan is de afmakingstheorie toegedaan en verdedigt de doodstraf voornamelijk op grond dat de maatschappij bevrijd moet worden van de moordenaars, die voor haar een voortdurend gevaar opleveren. Een geboren misdadiger acht hij nog gevaarlijker dan een dollen hond, want hij heeft nog zijn misdadigersverstand. Een dollen hond nu tracht men niet te genezen, maar slaat men dood. Een geboren misdadiger is geen mensch, ofschoon hij er den vorm van heeft, maar een dier, want hij volgt slechts zijn dierlijke instincten en neigingen en gebruikt zijn verstand slechts om zijn beestachtige of booze plannen te doen slagen. Van zulke wilde beesten met mensche-lijke hersens bevrijdt men zich alleen door executie. Daardoor verwijdert men zooveel mogelijk absoluut misborenen uit de samenleving — voor goed! — Zoo doet ook de natuur in hare huishouding. Spaart men daarentegen de degenereerde misdadigers — dan blijft het ras beter in stand — en plant zich voort!

Nieuw is een dergelijke argumentatie voor de doodstraf niet. In de criminologie van GAROFALO (1) wordt in den breede toegelicht de stelling, dat de *instinctieve* moordenaars wegens de onmogelijkheid van *adaptatie* behooren te worden *geëlimineerd* door hun terdoodbren-

(1) Zie *Criminologie* 1888, bl. 386 vlg. in verband met bl. 229 vlg.

ging. Een belangrijk gevolg dezer zienswijze zou zijn, dat ook tegen opzettelijken doodslag zonder *praemeditatie* de doodstraf zou moeten worden bedreigd voor het geval men met een geboren misdadiger te doen had. Trouwens dat zou deze schrijver hoegenaamd niet hinderen, daar hij voor de juridieke onderscheiding tusschen moord en doodslag geen gevoel toont te hebben, omdat beide toch neerkomen op het benemen van een anders leven, hetgeen volgens hem de hoofdzaak is.

Wetenschappelijke waarde heeft het voor tien cent verkrijgbare uit het tijdschrift „de Vrije Gedachte” overgedrukte boekje onzes inziens niet. Voor de argumenten, die tegen de doodstraf worden aangevoerd, toont hij zeer weinig gevoel. Een enkel bewijs slechts. Dat een onschuldige een slachtoffer van een rechterlijke dwaling kan worden vindt hij zoo erg niet. De rechter, die hem veroordeelde, verklare hem na zijn dood openlijk voor onschuldig. Men richte een monument voor hem op (ook voor een onschuldig veroordeeld dier met menschelijke hersens?) dat het diepe leedwezen der gerechtigheid over het gebeurde uitdrukt, vergoede natuurlijk mild de door zijn dood geleden materiele schade aan huisgezin en familie. Men doe alles wat men kan om te trachten 't onherstelbare te herstellen — doch van den practischen Engelschen regel: „a partial evil is universal good” (een gedeeltelijk kwaad is voor 't algemeen goed) wijke men niet af! Hetgeen de schrijver zegt over de wederinvoering der doodstraf in Zwitserland is slechts ten deele juist. Zij bestaat in Lucern wel, in Zurich niet. Dat hij overigens geen jurist is noch juridischen aanleg bezit, volgt o. a. uit zijn uitvallen tegen advocaten, die als verdedigers in strafzaken hun misdadige cliënten trachten vrij te pleiten of ontoerekenbaar te doen verklaren.

Ook neemt hij het niet nauw met het bewijs van

schuld. Als de publieke overtuiging er is, dan moet in het algemeen belang maar veroordeeld worden. Een monument kan desnoods later volgen.

Ik kan de lezing van zulk een werk niet aanbevelen, tenzij bij wijze van curiosum.

's-Gravenhage, December 1908.

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS.

Surinaamsche Jurisprudentie, uitgegeven door en
voor rekening van het Gouvernement der
Kolonie Suriname.

Met veel belangstelling namen wij kennis van het ons toegezonden exemplaar van de eerste aflevering van de bovenaangeduide „Surinaamsche Jurisprudentie” bevattende in de Kolonie Suriname genomen rechterlijke beslissingen, voornamelijk vonnissen van het Hof van Justitie welke uit een praktisch of wetenschappelijk oogpunt belangrijk zijn te achten.

Het komt ons voor een gelukkig denkbeeld te zijn om de kennis daarvan te verspreiden, hetgeen onder de oordeelkundige leiding van den tegenwoordigen bekwamen Gouvernementssecretaris voorzeker aan de rechtswetenschap en praktijk ten goede zal komen.

Zoo vinden we al dadelijk hierin vermeld een paar hoogst interessante in tegenovergestelde opvatting gegeven beslissingen door Kantonrechter en Hof van Justitie van een bepaling der verordening van 24 Febr. 1908 (G. B. no. 42) betreffende den wekelijkschen rustdag.

Het betrof de vraag of in art. 15 der verordening met de uitdrukking „godsdienstige gezindheid” bedoeld wordt „persoonlijke godsdienstige meening of overtuiging” dan wel kerkgenootschap. De Kantonrechter had de vraag in eerstgemelden, het Hof in laatstgemelden zin beslist.

Terwijl de Kantonrechter in een breed gemotiveerd vonnis heeft uitgemaakt dat de gemelde bepaling het openstellen van een winkel, handelskantoor of werkplaats op Zondag, alleen toelaat voor hen die door hun gods-

dienstige overtuiging zich verplicht achten een anderen wekelijkschen rustdag te houden dan den Zondag, heeft het Hof daarentegen in een niet minder uitvoerig o.i. meer klemmend betoog met juistheid beslist, dat die bepaling het openstellen op Zondag toelaat voor een ieder die tot een kerkgenootschap behoort, welke het houden van een anderen wekelijkschen rustdag voorschrijft.

Nog trof ons hierin dat, terwijl het geïncrimineerde feit op 9 Aug. 1908 had plaats gehad, de behandeling ter terechtzitting reeds op 19 Aug. d.a.v. geschiedde, op 26 Aug. 't vonnis gewezen werd en dat terwijl in appèl tegen 3 Oct. was gedagvaard reeds 17 October de zaak door het Hof was afgehandeld.

Een bewijs dat in Suriname althans met bekwamen spoed de zaken worden afgedaan, iets wat daar dus nog zeer goed mogelijk schijnt.

Ten slotte willen wij er nog even op wijzen dat de gelegenheid wordt gegeven om zich op deze in 8^o formaat verschenen uitgave bij de Gouvernementssecretarie te abonneeren tegen een prijs van f 0.10 per vel druks in de Kolonie, f 0.15 per vel druks daar buiten en dat het voornemen bestaat aan het eind van elken jaargang een ter secretarie bewerkt alfabetisch register op den inhoud toe te voegen, waarvoor geen afzonderlijke kosten in rekening zullen worden gebracht.

Het met de uitgave beoogde doel om die in vele handen te doen komen kan dus met het oog daarop ook gemakkelijk bereikt worden.

Zeitschrift f. d. Gesante Handelsrecht

Deel 59 van het *Zeitschrift*. Hiervan verscheen Heft 1 weer te Stuttgart bij FERD. ENKE, 1906. Inhoudsopgave wijst op 200 bl., waar *der Gegenstand*, door den hoogl. Dr. J. BINDER te Erlangen, als eerste stuk (78 bl.) voorkomt. RÜMELIN en SOHM worden daar aangehaald. Het geldt hier het onderwerp van een koop en verkoop. Nog steeds geldt het oude „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet” (bl. 55). Een werkelijke gemeenschap in familie en erfrecht wordt volgens schr. door SOHM niet aangenomen, wat hij ook beter acht. Zoolang nog geen verdeling der nalatenschap geschiedde, zijn de goederen nog niet in de macht van een enkelen erfgenaam, die zou willen verdeelen. SOHM ontvangt nogal critiek van Schr.

Nu volgt (bl. 79—103) de *Voorstellen tot wijziging van Deel VII van Boek III Handelsgesetzbuch*. Dr. jur. RUNDNAGEL, Regeeringsraad te Posen, is schrijver. Hij begint zijn werk met te zeggen, dat de tegenwoordige regeling nog veel bevat, aan de dienstregelingen van 10 Mei 1870 en 15 Mei 1874 ontleend, zelfs vaak woordelijk, al zijn ook 15 Nov. 1872 en 26 Oct. 1899 nieuwe verordeningen ter vervanging opgesteld, wier §§ 454—467 hier dan ook bl. 80—103 worden medegedeeld. De wijziging is zoo diep niet, maar zou volgens schr. toch goed zijn.

Stuk III, *Een wetsontwerp ter vergemakkelijking van een Wisselprotest*, is (bl. 104—143) besproken door hoogl.

Dr. GEORG COHN, te Zurich. Deze acht den titel, dien het ontwerp koos voor de overschrijving, al te kort. Ook (bl. 115) de verantwoordelijkheid van den Staat voor wat zijne ambtenaren doen dringend noodig, zooals ook op den D. Juristendag te Kiel eenstemmig was uitgesproken en wel zonder uitzondering voor notarissen en deurwaarders. Tot opheffing dier uitzonderingen is in menige stad in Duitschland zulk een algemeene wet noodzakelijk geacht. Ten onzent bestaat ze nu eenmaal niet. Op bl. 131 bespreekt no. 11 den wissel bij onjuiste plaatsopgave in aangrenzende gemeenten. Om die geldigheid te verkrijgen, wat hij wenscht, behoeft men z. i. niet altijd aangrenzing te vorderen; plaatsen in de buurt kunnen ook dienen.

No. 12, *het Protestregister*, bl. 132—133; het bestaat nog in art. 90, maar 't Ontwerp wil het afschaffen. Dat kan volgens schr. en een paar anderen wel. Maar men kan ook wel ermee blijven werken. Dat geeft meer gemak.

Het in orde brengen van schrijffouten en van verzuimen is (enkel in no. 13) aan de orde in art. 90 van het ontwerp. BERNSTEIN, SCHWENN en STRANZ zijn ervóór.

No. 14 vindt het wel goed, dat niet voorgesteld wordt, nevens wisseling van woning ook die van de betaalplaats aan wijziging onderworpen te stellen. Het geeft meer vrijstelling aan den vorderaar. In oudere wissels blijft dus de vordering enkel van protest te rechtertijd afhankelijk.

No. 15 behandelt (bl. 135/6) het zegelrecht op de wissels. De wet van 10 Juni 1869 wil men wijzigen. Enkel in het in te houden afschrift van het protest moet dan wie protesteerde zeggen, waarom hij dit deed.

No. 16. In 't ontwerp moest in art. 91 nog worden bijgevoegd, volgens schr., dat de aanbieding van een wissel in een afrekeningskantoor, waar de betrokkene vertegenwoordigd is, geldt als aanbod van betaling. Ook

zou men van wege de post een advies-bulletin, zooals België heeft ingevoerd, kunnen bezorgen. Dat is voor geadresseerden niet lastig en zoo ook te Berlijn aanbevolen.

No. 17. *Vormen van Protest* (bl. 137/8). Voor art. 42 Duitsch Wetb. van K. wordt geen wijziging verlangd. Wil men die veranderen, dan moet zulks volgens Dr. COHN ook voor de cheques gebeuren.

Nu volgen nog bl. 139—143, mededeelend den tekst van de in Juli 1906 door het Dep^{t.} van Justitie van het Duitsche Rijk in de *D. Rijkscourant* voorgestelde wijziging in de *Allgem. D. Wechselordnung*, en bl. 144—153, die den tekst bevatten van de 9 Juli 1906 door den Min. voor Handel en Nijverheid DELBRÜCK geteekende ontwerpen.

Dan komt de *Literatur*, bl. 154—200, heel wat recensies bevattend. De eerste (bl. 154—157) is een aanbeveling van het in 1900 te 's-Gravenhage verschenen Deel I van J. JIRTA, *La substance des obligations dans le droit internat. privé*. Er schijnt vooral van contractueele obligaties sprake te zijn. Prof. MEILI te Zurich onderteevende, Aug. i. f. 1906.

Bl. 158—166 bespreekt de rechter A. SELIGSOHN, te Berlijn, de nieuwe *Literatur* omtrent octrooien, monsterrecht en merkenrecht. Vooral het *Duitsche Octrooirecht*, schr. Dr. F. DAMME, te Berlijn 1906 bij O. LIEBMANN voor 10 M. verschenen, trekt hem aan als verdediging van die rechten.

Hierop volgt (bl. 165—169) een tweetal recensies van ISAY te Berlijn. De eerste (die reeds haar 3e editie zag) verscheen nu 1906 te Berlijn bij J. GUTTENTAG.

Het stukje bespreekt vooral het recht van wie wegens eigen belang niet stemmen mag, maar wèl spreken in het Patentamt (octrooigerecht).

De tweede behandelt het werk van prof. J. KOHLER, te Berlijn, en MAX. MINTZ, octrooi-procureur „de Octrooi-

wetten van alle Volken," I, afl. 2 en 3. R. v. DECKER was uitgever. Deze recensie is gunstig, maar bespreekt Nederland niet.

Aan de Duitse wet betr. de *vennootschappen*, door Dr. HANS CRÜGER te Berlijn, wijdt K. LEHMANN te Rostock, n^o. V, een gunstige kritiek.

De rechter DONATH voegde er een goed register bij, n.l. bij de wetsbehandeling.

NEUKAMP gaf uit Keulen Oct. 1906 een zeer lezenswaardige beschouwing (bl. 179—182) over wat in Oostenrijk door Min. KLEJN bij wet van 6 Maart 1906 is tot stand gebracht omtrent naamlooze en commanditaire vennootschappen. Die wet volgt veel het nieuwe Duitse Wetboek.

Dr. NEUBECKER, te Berlijn, wijdde, Sept. 1906, bl. 184—187 aan het werk van Dr. ERNST BRAND te Bern, dat de Zwitsersche Bondswet van 11 Apr. 1889 niet onaardig omtrent inning van schulden door gezamenlijke crediteurs bij faillissement bespreekt.

Er zou nog wel wat ten gunste van dit Heft te zeggen zijn, maar het bevat nogal wat!

Ook volgt weer Heft 2—3, bl. 201—446, verschenen 1907.

Het eerste stuk daarin, IV, gaat tot bl. 242 en bevat de beoordeeling, door den raadsheer BRODMANN, te Hamburg, van de nieuwe voorstellen tot internat. gelijkheid in 't zeerecht. Het Comité begon in 1905 met een Conferentie te Liverpool, in 1906 te Parijs. Zonder speciaal Nederland (K. art. 312 enz.) aan te halen, wat hem in zijn tegenstand tegen Engeland, waar het privilege altijd voor pandrecht wijken moet, zoo de pandschulden nog niet geheel hebben kunnen worden afbetaald, helpen kon, schreef hij toch wel mooi over de zaak, in het slot nog de twee ontwerpen voor tractaten, ten gunste der privileges, in Franschen tekst opgevend.

Nederland wordt juist speciaal het onderwerp van bl. 243—388, waar J. KOHLER, te Berlijn, ons handelsrecht in den bloeitijd der Republiek bespreekt, mede met aanhaling van wat FELIX HECHT in 1868 daarover schreef en met een bedankbrief van dezen d.d. 28 Juni 1906. Van den Nederlander SCHRASSERT wordt een mooi betoog van wat het stedelijk recht geldt tegenover particulieren aangehaald, komt B. *Subjectives Recht*, besprekend de individueele rechten, met aanhaling van vele Romeinsche en Fransche adviezen, ook heel wat Nederlandsche, die de macht des mans over den boedel maken, dan ons recht, zonder speciaal contract, dit thans doet.

Bl. 262—275 vermelden in § 3 een groot aantal schrijvers en vonnissen over de bewijskracht der koopmansboeken. In Italië had men die reeds in de 16^e eeuw; ten onzent begonnen ze in de 17^e eeuw te gelden, maar de vraag was, of een inschrijving wel altijd het volledig bewijs leverde voor wie ze in zijn boek schreef. Zoo kon het ook dubieus zijn met de boeken der handarbeiders. Zijn die in dienst van anderen, dan is hun boek zoo krachtig niet als dat van eenig koopman. Maar anders kunnen zij ook wel hun eigen boekhouding als bewijsmiddel inroepen. Hiervoor noemt schr. Zutphensche en Harderwijksche gemeente-verordeningen als (m. i. zeer twijfelachtig) argument (bl. 271). Of iemand een koopman is, schijnt schr. niet dan voor oudere tijden te willen bespreken; altans artt. 6—13 K. worden niet aangehaald. Bl. 278—285 geven § 5, van gevolmachtigden en helpers (commissionairs). Naar gelang men in naam van een ander handelt en daardoor op dezen terstond de vordering of de zakelijke rechten doet overgaan, of wel op eigen naam, waardoor eventueele compensatie niet den lastgever ten goede komt bij latere verrekening met den gelastigde, staat hier het Amsterdamsche recht, vooral in 1671, m. i.

wel mooi opgegeven. De *volmacht* wordt, bl. 285—289, in § 5 vermeld. Is deze bij open stuk gegeven, dan geldt zij ook tegen geheime tegenorders. WINDSCHEID schreef het eerst in tegenovergestelden zin, maar vond in BERNICE een grondigen bestrijder. Komt als inschrijving in een koopmansboek voor, dat iemand in naam en volgens opdracht van een ander goederen heeft gekocht en ontvangen, dan is bij ontkenenis door dien ander enkel de kooper aansprakelijk.

Bl. 289—293 zijn wel aardig over makelaars en over de kracht van den eed van vervoerders, meest schippers. Zie ook bl. 293—300 over vennootschap onder eene firma, besprekend het voorgaan van de vordering der vennootschap boven wat anderen van een lid te vorderen hebben. Het oudere recht wordt beter besproken m. i. dan artt. 16—18 K., hoewel het weinig van die verschilt.

Bl. 300—333, in 5 hoofdstukken over het goederenrecht sprekend, komt eerst met de bestrijding der verduistering en haalt, behalve latere ordonnances, door H. DE GROOT en GROENEWEGEN besproken, ook nog een wet aan van Maria van Bourgondië (1476), die voor ontvreemde goederen revindicatie toestaat. De *Handveste* van Amsterdam, had zulk een bepaling ook (bl. 823). Zie ook *Resol.* 25 Febr. 1683 (*Groot Plac. boek IV*, bl. 451). Ouder was, en ook beperkter in de revindicatie van roerend goed, de Dordtsche Coutume.

Nu volgen (bl. 326) ook nog de eigendomsovergang door cognoscement met onderteekening en de voortduring, altans in faillissement, van een recht tot opvordering van roerende goederen door den verkooper, altans binnen zes weken na den koop, al is er ook weer aan een derde geleverd. Art. 773 K. wordt hierbij, m. i. ten onrechte, niet aangehaald. Op bl. 327—328 geldt het de overdracht van zakelijk recht (n^o. 4), daarna weer tot bl. 333 H. DE

Groot over pand en hypotheek. Interessant wel. Zoo ook III, *Handelsobligatierecht*, waar eerst het uitstel, dan de overdracht van een vordering in de 17^e eeuw, ook o. a. met opdracht aan een derde besproken wordt en ook (bl. 341/2) een verpanding van juweelen te Amsterdam, die KAREL I en BUCKINGHAM in 1625 en 1626 door PHIL. CALANDRINUS tot stand brachten. Dit gedeelte is wel interessant.

Zoo ook (blz. 349—352) de *Exceptio non numeratae Pecuniae*. Want er was verschil ten onzent, ook wel met wat elders daaromtrent gold. No. 5 (bl. 353/4) is het afleggen van Rekening, no. 6 de interest, no. 7 de daarvoor geldende schuldvergelijking, *compensatio*, no. 8 verjaring, met aangehaalde wetgeving van Gelderland en Friesland. No. 9 geeft bl. 360 omtrent de geldigheid van een vorderingsoorzaak; no. 10 bl. 361 omtrent papieren aan toonder.

Nu komen de speciale leerstellingen, het eerst over den koop (bl. 361—373), daarna over de vennootschap (bl. 374—380) en den borgtocht (bl. 380—383). Hierbij bespreekt schr. wel aardig ons Oud-Holl. Recht. Ook sub 4, bl. 383—388, over de *commissionairs* naar ons Oud-Holl. Recht. Een sloteinde wordt intusschen daarbij nog aangekondigd.

Nu volgen de latere *Rechtsbronnen*, nl. eerst de Fransche over den Koophandel in 1905/6. Zie bl. 389—404, waar de rechter E. ARON te Straatsburg eerst een door de wet v. 17 Maart 1905 tot nietigverklaring eener *clausule* in art. 103 C^o. gemaakt artikel aanhaalt, daarna art. 509 C^o., waar de wet v. 28 Maart 1906 de accoorden bij faillissement gemakkelijker maakt. Eindelijk nog de wet v. 31 Mrt. 1906, die, met verandering der wet v. 30 Dec. 1903, den tegenwoordigen tekst van artt. 606/7 C^o. bevat.

Nieuw is weer de wet v. 13 Juli 1905, die enkele dagen verbiedt voor betaling of protest. Nl. 2 Jan.,

15 Juli, 2 Nov., 26 Dec., als ze op een Zaterdag vallen, en 14 Aug., als het een Maandag is. Dan uitstel tot Maandag of Woensdag daarna.

De wet dd. 7 Maart 1905 maakt die van 31 Dec. 1903 art. 5 wat vollediger omtrent den verkoop van wat bij een ambachtsman is achtergebleven. Nl. moet thans de openbare ambtenaar uit de netto-opbrengst van den verkoop de pretentie van ambachtsman of industrieel terughouden voor betaling.

Zoo is hier de inhoudsopgave der wet dd. 21 Mrt. 1905, wijzigend die van 9 Apr. 1898, over ongevallen in den arbeid. De wet dd. 21 Mrt. 1905 maakt de gewone rechtbanken bevoegd om recht te doen in z. verschillen t. de Staatsspoor-Administratie en haar bij arbeidscontract verkregen arbeiders.

De wet van 27 Mt. 1905 regelt, bij voltooiing der wet dd. 15 Apr. 1890, de rechterlijke organisatie op Martinique, Guadeloupe en Réunion. De wet van 13 Juli 1905 heeft de bevoegdheid van de kantonrechters (juges de paix) verhoogd tot fr. 300, en zelfs, zoo hooger beroep wordt bedongen, tot op fr. 600. De wet van 13 Juli 1905 behandelt den overgang voor wat reeds vroeger voor den kantonrechter was aanhangig gemaakt.

De wet dd. 30 Apr. 1903, *Journ. Off.* bl. 3057, bespreekt volgens bl. 403/4 de verpanding van landbouw- en industrieproducten. Eer die gelden mag, moet het privilege van den verhuurder geldig worden gemaakt door opschrijving ter griffie. De griffier van het kantongerecht (Friedensgericht) moet het warrant inschrijven. De houder van het warrant heeft op wie het hem overdroeg een recht van geëndosseerde.

Bl. 405/411 geven (III) een *Overzicht over de Ned. wetgeving en literatuur* in 1904/5, door Mr. H. W. M. v. HELTEN, proc. te Amsterdam. Wel was, door de Brusselsche Con-

ventie dd. 14 Dec. 1900, de Ned. wet van 7 Juni 1902, *Stbl.* n^o. 85, tot wijziging der bescherming van postzegels, noodig geworden. Maar anders was de wet van 27 Apr. 1904, *Stbl.* n^o. 83, over de dagen, waarop geen betaling van wissels en ander handelspapier kon worden gevorderd, misschien niet gemaakt. Zoo ook die van 30 Dec. 1904, *Stbl.* n^o. 281, goedkeurend het 2/15 Oct. 1903 met Griekenland gesloten tractaat tot wederzijdsche erkenning van vennootschappen onder een firma en nl. of comm. vennootschappen.

Het verdient ook wel aandacht wat hij zegt over de Ned. schrijvers over naamlooze vennootschappen in 1904 en 1905, waarbij ook faillissement, wisselrecht en cognoscement komen. Mr. A. MESRITZ schreef te Amsterdam 1904 een dissertatie over vrachtbrieven en cognoscementen, welke laatste hij ook bij spoorwegverkeer wenscht ingevoerd te zien.

Nu volgt bl. 408/9, nog wat Kon. Beslⁿ. en de wet dd. 14 Juli 1904, *Stbl.* no. 156, betreffende scheepvaart aanhalend.

En bl. 409/10 over de regeling van 't Faillissement.

Zoowel Mr. H. HESSE als Mr. G. KIRBERGER behandelen in 't *Rechtsgel. Magazijn* 1904 de resultaten der nieuwe faillissementswet (dd. 30 Sept. 1893). Die worden nogal gunstig beoordeeld, zoo ook de Ned. wet dd. 30 Dec. 1904 *Stbl.* n^o. 284, wijzigend de wet van 30 Sept. 1893, *Stbl.* no. 146.

Handelsmerken zijn toch een zakelijk *recht*, geldende omtrent immaterieele goederen. Te Leiden verscheen 1905 een dissertatie van J. J. C. ESCHAUZIER over het faillissementsrecht.

De *Literatur* beslaat nog 33 bl., 13 recensies bevattend, vaak over de verhouding tusschen nieuw en oud Duitsch Recht. Te Berlijn 1906 bij R. v. DECKER verscheen de

bespreking van *die Handelsgesetze des Erdballs*, door KARL LEHMANN te Rostock beschreven. Verder, door hoogleeraar Dr. ANDRÉ te Marburg a. d. L. gerecenseerd, de 9e editie van Dr. B. WINDSCHEID's *Lehrb. des Pandektenrechts*, bearbeid door Dr. T. KIPP, prof. te Berlijn, verschenen te Frankfort a. d. Main bij den uitgever der *Literar. Anstalt*. De recensie is gunstig; vooral door volledige opgave van nieuwe wetgeving heeft de 9e editie een goeden indruk gemaakt.

Van STAUB's *Kommentar z. Handelsgesetzbuch* kwam 1906 bij J. GUTTENTAG te Berlijn Deel I uit van de 8e Editie. Besproken en aangehaald worden de handschriften, door H. KÖNIGE, Rijks-raadsheer te Leipzig, Jos. STRANZ en A. PINNER, rechters te Berlijn. Dr. SIEVERS, te Leipzig, prijst het werk zeer.

Bl. 426—431 vormen een gunstige recensie, door G. COHN te Zurich, van wat Dr. RABAN, Freiherr v. CANSTEIN, schreef over den cheque volgens de Oostenrijksche wet dd. 3 April 1906, die 20 Juli 1906 in werking kwam en veel overeenkomst heeft met het Duitsche wetsontwerp van 1892, waarop intusschen nog geen wet volgde. Wèl kreeg men de door schr. aangehaalde Engelsche Wisselwet dd. 1882, waarvan sectie 73 den cheque noemt een op een bankier getrokken wissel, op zicht betaalbaar. Disconteeren schijnt toch ook te worden toegelaten. In de Engelsche wet nl., al geldt het een nog niet invorderbaar stuk, zooals men van den cheque maakte.

G. COHN behandelt ook (bl. 431/2) goedkeurend de te Kiel 1906 verschenen dissertatie van G. SCHWENN over de noodzakelijkheid van het wisselprotest. Die schr. wil weinig verandering van 't bestaande.

Niet ongunstig is ook (bl. 432/3) de recensie van hoogl. M. WOLFF, te Berlijn, over de 1906 bij VEIT & Co. te Leipzig verschenen dissertatie van J. SCHETELICH, *d. Lager-*

geschäft, die de Lagerscheine (ceelen) wil afschaffen volgens het Wetb. van Kooph. van 10 Mei 1897. M. i. is die recensie voorloopig veel te gunstig. De ceelen hebben, evenals de cognocementen, juist veel goeds voor overdracht, ook in landen, die zonder levering den eigendom laten overgaan door contract.

Op bl. 433/4 recenseert, met eenige critiek op de duidelijkheid, Dr. TRUMPLEX, te Frankfort, het 208 bl. tellend werk, 1906 te Leipzig bij C. L. HIRSCHFELD over de tariefcontracten verschenen; schrijver is Dr. S. RUNDSTEIN, die toch ten slotte geprezen wordt. De contracten met arbeiders worden niet bij de invoertarieven aangehaald.

Bl. 434/7 geeft Prof. MARTIN WOLFF, te Berlijn, drie stukjes over het Duitsch B. W., dat met 1 Jan. 1900 begon te werken. Ook nog een over de grondboekwet dd. 24 Maart 1897.

Op bl. 438/39 prijst de Justizrath Dr. OBERNECK de Rijkswet over de vrijwillige onderwerping eener zaak aan den rechter, dd. 17 Mei 1898, en de Pruis. wet van 21 Sept. 1899. Schr. is Dr. E. JOSEF, uitgever FR. VAHLEN, te Berlijn. Er zijn 384 bl. Het boek van Dr. W. RÖSENBERG, het strafrecht op loterijen mooi besprekend, verschenen te Rostock 1907 bij VOLCKMANN & WETTE, kost M. 12 en telt 536 bl. De recensie van Dr. JOERGES is relatief kort, maar gunstig.

Die recensent schreef ook (bl. 443—4) over de in 98 bl. te Berlijn bij R. v. DECKER verschenen (1906) *Strafrechtel. Verantwortelikh. voor Drukwerksmisdrijven*. Hij keurt goed, maar treedt te weinig in détail voor decisie.

Nu eindigt dit Heft met een gunstige beschrijving door K. LEHMANN, van JAC. FRIEDR. BEHREND, 9 Jan. 1907 op 73-jarigen leeftijd overleden, en vooral verdienstelijk als schrijver, ook als lid van het Reichsgericht, te Leipzig dus.

Nu komt nog Heft 4 van Deel 59 van het *Zeitschr.*, bl. 447—660 tellend en een inhoudsopgave van dat geheele deel bevattend. Van bl. 447 tot 504 bespreekt de assessor Dr. v. ZITZEWITZ, te Halle a. d. Saale, de artt. 73 en 62 der actueele wisselregeling en § 1018 *Ziv.-proz. ordnung*. Hij begint met een nuttig overzicht van schrijvers en rechtspraak en komt zoo tot de bespreking van zijn titel, *Rechte des Verlierers eines Wechsels*. Daarna begint met bl. 451 de uitlegging der Wisselwet in 't algemeen, die noch tot het Wetb. van Kooph. noch tot het Burgerl. Wetb. behoort, hoewel ze soms door eigen onvolledigheid naar een dier wetboeken verwijst. In 't algemeen schijnt in vele landen, zooals ook in Nederland, de wissel meer beslist geschreven recht te moeten vormen dan in de Deutsche wet, hoewel toch ook wel de verbintenis, uit een wissel ontstaan, recht verleent tot het zien van wissel en protest. De gerechtelijke nietigverklaring van den wissel is beslissend (bl. 459—462). Maar (zie bl. 463/4) als de wissel verloren raakt toen de invordering reeds begonnen was, dan kan, zie art. 73 Wisselwet, de verliezer van den acceptant betaling vorderen, mits met zekerheidsstelling voor het terugkomen van het verloren stuk om van den acceptant weer te vorderen.

In 't algemeen geeft verlies van 't stuk geen recht om tegen endossanten (Vormänner) te gaan vorderen. (Zie art. 73 Wechselordnung). In Pruisen is dat steeds geldig gebleven, al was ook het wetsontwerp van 1836 daaromtrent anders, mits er zekerheid werd gesteld door den geëndosseerde, die als eis cher optrad. In Oostenrijk was er meer strijd over, b.v. in ADLER Öst. Wechselrecht, 1904, welke schr. overigens het daar bestaande art. 73 W. O. wel onjuist, maar niet ongeldig achtte (zeer vreemd, maar toch voor de wetsexplicatie juist). Toelating der vernietiging door amortisatie moest den verliezer helpen,

op grond van art. 83 Wisselwet tegen den trekker van den wissel en van art. 812 e. v. Burgerl. Wetb. tegen de dien opgevolgde geëndosseerden. In Duitschland was dat anders, in Engeland thans nog. Schr. bestrijdt de wenschelijkheid dier oude bepalingen, m. i. terecht. Men heeft nu eenmaal het oude papier noodig, wil men tegen trekker of endossant ageeren. De houder is rechthebbende. Zoo stond het ook in vroegere ontwerpen voor wisselrecht. De wet op het Zivilproces heeft (zie § 1018) den toestand hier niet veranderd. Misschien kan intusschen het verloren stuk worden teruggevonden en zou dat een nieuwe rechtsvordering toelaten, als er nog geen verjaring kwam. Heel lang zou dit m. i. in wisselzaken niet duren, maar schr. had het toch wat moeten vermelden. Hij sprak intusschen (bl. 495) van de mogelijkheid, dat wie wettig het stuk bezit nog een duplicaat, een tweede exemplaar van hetzelfde, kan opvorderen. Heel nuttig vindt hij die bepaling niet, maar juist voor papier aan toonder of geëndosseerde kan zij m. i. helpen tot verduidelijking. Zoo is ook art. 154 C. de Comm. thans. Schr. zegt, dat men meer letten moet op eventueele overlegging van het wegge- raakt stuk.

J. KÖHLER, te Berlijn, wijdt nu nog 119 bl. aan ons handelsrecht in den bloeitijd der Rep. Hij haalt hier weer aan FELIX HECHT, die in 1868 die zaken besprak. C. bespreekt het speciale verplichtingsrecht (*Sonderschuldrecht*), daarbij vele verordeningen aanhalend, die eenige onderwerpen aan verzekering onttrokken. Vooral mocht men niet eens anders leven of tegen het geval van stadsinneming verzekeren (zie ook Verordn. van Antwerpen 1570, Amsterdam 1598, Rotterdam 1604, Middelburg 1600). Zie ook, over Genua, 1588, V 17, PARDESSUS IV, bl. 533.

Bl. 510/9 zijn gewijd aan het te verzekeren belang en halen de Spaansche wetten van 1563 en 1570 aan, die

voor dat belang iets meer vorderen dan voor de polis. Schr. haalt, behalve nogal boeken, ook nog beoordeelingen en rechtspraak aan, veel ook H. DE GROOT (*Consult. Adv.* III). Niet altijd behoeft de verzekeraar den verzekerde de schade te vergoeden, nl. als zij door diens eigen schuld ontstond. De bodemerij ging meest vóór (bl. 560/8); zij is een conditioneel pandrecht, maar toch niet vrij van confiscatie van het schip. Op bl. 568—571 behandelt § 48 de averij-grosse, K. artt. 722—740. Men zie ook de hier opgegeven wet van Philips II, dd. 1563, PARDESSUS bespreekt ze, IV, bl. 81. De reeder is voor veel, dat de bemanning ondergaat, aansprakelijk. In 't algemeen is KÖHLER een goed opgever van ons oude recht, ook veel uit dat van menig ander land aanhalend.

Sub 3, volgt (bl. 595—617) het *wisselrecht*, nl. eerst G. ROOSEBOOM Amst. 1656, bl. 246 *Van Wisselrecht ende Wisselbank*. Ook aanhalingen uit de Antwerpsche *Compilata* IV, 3 over 't endossement. Wel een duidelijk overzicht van 't oude recht!

Sub 4, *Konkursrecht*, volgen nu nog bl. 618—623. Meer speciaal de Amsterdamsche en de Antwerpsche oude regelingen in zake faillissement. Zoolang de kooper nog geen eigenaar was, ging natuurlijk de verkooper voor als rechthebbende op het goed, tenzij men hem den vollen prijs verschafte, wat soms voor den boedel beter was.

Nu komt er nog wat *Literatur*. Nl. *die Handelsgesetze des Erdballs*, uitgegeven te Berlijn 1906 bij R. v. Decker, G. Schenck, J. Köhler, F. Meyer, H. Dove, H. Trumpler, G. Maas. KARL LEHMANN, te Rostock, is de niet veel critiseerende recensent. Ook Ned. en N.-Ind. recht worden vermeld, nl. als schrijvers Mr. M. v. REGTEREN ALTENA en Mr. F. C. HEKMEYER.

R. HOEFNER, te Rostock, prijst de te Milaan bij U. HOEPLI 1906 verschenen 7e editie van CESARE VIVANTE, *Stituzioni*

di diritto commerciale. En ook G. DES MAREZ, *la lettre de foire à Ypres au XIII siècle*. In 292 bl. kwam dit bij H. Lamertin te Brussel uit, 1901. Die papieren te Brugge zijn meest in het Fransch geschreven. Sommige betreffen ook Gent en Yperen. Of dat in de Vlaamsche plaatsen kwam door de feodale aansluiting aan Frankrijk, zegt schr. niet.

K. LEHMANN, te Rostock, prijst (bl. 630—633) een viertal 1906 verschenen boekjes over de aandeelen in naamlooze vennootschappen.

Prof. K. WIELAND, te Bazel, geeft (bl. 635—637) een nogal gunstige recensie van het te Berlijn bij J. SPRINGER 1906 uitgekomen *Weltwechselrecht*, van Dr. FELIX MEYER. De *postcheque* wordt (bl. 640) besproken door den rechter SIMONSON, te Breslau, als recensent van Dr. MANFRED KIRSCHBERG, wien hij het tot stand komen eener nieuwe wet op dit onderwerp ook toewenscht.

Nu volgen nog stukjes over de aansprakelijkheid der spoorwegbesturen, over het Oostenrijksche zeerecht. Dat eerste (bl. 640/2) werd door E. ROSENTHAL geschreven over de aansprakelijkheid van een spoorweg voor verlies, beschadiging en te late aflevering, wat RUNDNAGEL te Leipzig 1906 in 302 bl. bij TH. WEICHER deed uitkomen. De recensie is een aanbeveling.

Het *Oostenr. Zeerecht*, zoowel publiek als particulier, komt tot bl. 644 in critiek bij Dr. L. PERELS, te Heidelberg. Schr. is Dr. PAUL SCHRECKENTHAL, steller in 't K. K. Min. van Kooph. te Weenen. De critiek is gunstig.

Minder is zulks de recensie van J. GIERKE te Koningsbergen over de verzekeringsboekjes van A. MANES, *de Arbeidersverzekering*, en van P. MOLDENHAUER, beide te Leipzig 1905, elk à M. 0.80, uitgekomen.

ISAY, te Berlijn, bespreekt nog even (bl. 646) *de Octrooiwetten van alle Volken*, nl. Deel I, afl. 4 en 5, te Berlijn

1906 bij R. v. DECKER uitgekomen. De recensie is gunstig, maar hoopt op spoediger voortzetting.

Nu geeft H. SAWITZ, referendaris te Rostock, nog vrij gunstige beoordeelingen over 4 werkjes, te Leipzig of te Berlijn verschenen, 1906 en ook een 1907. Twee betreffen de volmacht aan lastnemers, twee de verpanding.

Deel IX van het *Zeitschrift* verdeelt zich in een Heft 1/2 en een 3/4. Dat eerste Heft, 304 bl. groot, begint met een stuk van 66 bl., waarin Prof. Dr. J. GIERKE, aan de Hoogeschool te Koningsbergen gevestigd, de verzekeringen voor betalingsverplichtingen, en ook hare toekomst, bespreekt. Die verzekeringen nemen in 1905 toe met \pm 150.000 bij de 1½ millioen, die er reeds waren, nl. in de 25 grootste verzekeringsmaatschappijen in Duitschland, welke in 1905 aan verzekeringspremie ruim M. 31 millioen trokken en toch slechts bijna 11 millioen hadden uit te keeren wegens schade. De Deutsche wet dd. 7 Juni 1871 sprak de geldigheid uit der verzekering van verplichtingen tot verantwoording (Haftplicht) nl. der op de wet gegronde verbintenissen.

Een geheel andere verzekering kwam in de jaren kort vóór 1880 tot stand in Sleesw.-Holstein. Nl. tegen schade, aan of door bijen aan den houder (*Imker*) gedaan. In het algemeen waren na 1886 de gevallen, waartegen verzekerd mocht worden, vermeerderd.

Wat denken doet aan de Ned. artt. 390 e. v. B. W. is de verzekering tegen het risico van een verplichte zorg met verantwoordelijkheid van wie zorgen moet.

Daaromtrent vermeldt schr. heel wat rechtspraak, en ook veel bepalingen, door verzekeringsverenigingen gemaakt. Dat de verzekeraar altijd in proces moet komen om den verzekerde te helpen, staat niet vanzelf vast (bl. 39); het kan intusschen bedongen worden.

Wat volgt, tot bl. 47, over de te verzekeren verplichtingen tot handelingen, is wel interessant.

Ook wat bl. 50 zegt over het niet mogen verzekeren tegen straffen, geldbetaling of boete toepassend. Daarentegen is bl. 58 e. v. voor verzekering door wie aansprakelijk, verantwoordelijk is, n.l. civiliter. Maar tegen opzettelijk kwaad doen met door de wet veroordeelde pretenties, geldt dit niet. Ook niet tegen geldboeten of tegen vorderingen van een onecht kind tegen een be-
weerden vader. De verzekeraar kan zich jegens den verzekerde, ook wel tot hulp ingeval er een proces komt, vertinden (bl. 61).

Een toeziende kan volgens sommigen zich in zake zijn verplichtingen doen verzekeren. Zoo meent schr., ten dezen ook GEORGII, KAHLERT en WARSCHAUER aanhalend en MANES, *Deutsche Wirtschaftsztg.* 1905, n^o. 22; daartegenover staan EMMINGHAUS en WÖRNER, van wier geschriften de uitgevers en de verschijningsjaren door schr. niet worden vermeld. Toch wil schr. geen verzekering tegen eigen plan en kwade trouw aan een toeziende toelaten. GEORGII ook niet. Door 't aanhangig wetsontwerp wordt ook toename van verzekeringsgevallen toegestaan. Ook wil 't den verzekeraar, mits op verlangen van den verzekerde, toestaan en verplichten, aan een derde de betaling te doen.

Ten slotte wijst schr. (bl. 65/66) op art. 154 van 't wetsontwerp, wat een recht op schadevergoeding aan den derde, ingeval de verzekerde failliet gaat, instellen wil, n.l. bij preferentie op den boedel.

Nu volgt (bl. 67—111) *de gedwongen overeenkomst tot afwending van het faillissement, zooals zij in den vreemde bestaat*. De rechter, Dr. R. FREUND, te Breslau, is schrijver. Het geldt de 1 Dec. 1906 bij den Rijksdag ingediende Memorie van het Rijks-Ministerie van Justitie, die wèl

nogal wat vreemde wetten aanhaalt (ook Nederlandsche), maar weinig bespreking aan den inhoud dier wetten wijdt. Dus niet voldoende toelicht, wát wel bij tractaat te regelen ware. Hij juicht de Engelsche wet van 1887 toe, welke voor alle accoorden, ook die buiten rechtspraak gemaakt worden, tot registratie dwong. Wel is die wet elders nog niet gekomen, maar toch wel in Duitschland door sommige schrijvers aanbevolen. Schr. zou zulks ook willen doen, te meer daar toch ook de accoorden in faillissement publiek moeten worden gemaakt. Argentinië heeft Engeland's voorbeeld gevolgd. Andere landen nog niet. Ik voor mij zou meenen, dat het accoord beter komt als de schuldeischers reeds zijn ingeschreven. (Zie K. artt. 835 e. v. en ook menig buitenlandsch geschrift.)

De Zwitsersche wet dd. 11 April 1889 bepaalt (art. 293), dat de schuldenaar reeds om een accoord aan te bieden toestemming van de meerderheid der schuldeischers noodig heeft, waarna het accoord toch nog kan worden verworpen.

In Nederland (zie bl. 78) is nog enkel *na* de faillietverklaring het accoord toegelaten. Dat wordt door schr. goedgekeurd, al is het in Frankrijk en in België afgeschaft.

Omtrent onzen *Staat v. Kennelijk Onvermogen* (Rv. 882 e. v.) zegt schr. niets, al zegt hij wèl, dat enkel Engeland, Zwitserland en Noorwegen het onderwerp onder de faillissementen tellen. Dat Spanje aan de kooplieden gelegenheid geeft tot accoord en dan aan andere schuldenaars ook, mits langs eenigzins verschillenden weg, acht schr. verkeerd maar met weinig argument erbij. Het Oostenrijksche wetsontwerp wil voor het accoord ook nog toelaten wie duidelijk boek houdt. Dat dit eenigzins met ons W. v. Rv. overeenkomt, vermeldt schr. niet. Toch

doet hij wie goed lezen aan veel denken, ook b.v. aan de bezwaren tegen het niet-voortzetten der zaak door den failliet, al wordt daardoor feitelijk aan den rechter-commissaris of aan den curator (schr. zegt: *Kontrolleure*) een zware taak opgelegd.

Op bl. 8J bestrijdt schr. de meening van LYON CAEN, die herstel van een faillissement, door vordering wegens wat ervóór gebeurde, wenschelijk acht. Frankrijk en Noorwegen hebben wel zoo iets. Andere landen niet.

Een crediteur kan m. i. vergeten zijn bij de oproeping ter vergadering, maar er staat m. i. niet, welken invloed zulks heeft op de geldigheid van 't accoord. Wel in art. 848 K., hetwelk schr. m. i. zou goedkeuren, maar hier niet aanhaalt. De Belgische, Oostenrijksche en Fransche wetgeving worden in zake het accoord wel beschreven en nog die van menig ander land, de onze niet.

Toch geeft het stuk veel te lezen, en het is wel goed dat het in Heft 3/4 wordt voortgezet. Nl. bl. 305—386. Het eerst (bl. 307—16) Engeland, waar de wetten (Bankruptcy Acts, d.d. 1883—1890) en vele schrijvers worden aangehaald. Een vroegere, reeds in 1868 herziene, Bankr. Act van 1861 is in 1869 weer veranderd. Maar toch is het accoord nog soms buiten rechten mogelijk. Zoo kan sedert de wet van 1883, bij overeenstemming van schuldenaars met schuldeischers, nog een accoord zonder faillietverklaring tot stand komen. M. i. is dat verkeerd, zoo niet *alle* schuldeischers het willen. Maar *dat* schijnt schr. zoo niet te rekenen, al eindigt hij ook met een noot, dat in Schotland het accoord, zooals in menig ander land, de opening van het faillissement heeft te volgen.

Bl. 321—330 komt Frankrijk. Vooral de wet van 4 Mrt. 1889 wordt aangehaald, en menig schr. over die wet. Duidelijker moest m. i. de in 1889 in den C. de

Comm. gebrachte wijziging zijn vermeld, maar men leze met legem scriptam ernaast! Ook de wet dd. 4 April 1890 verdient de aandacht, omdat ze aan het accoord evenals aan het liquideeren om het faillissement het ophouden met het verkoopen uit den boedel verbindt.

België kreeg bl. 330—339. De wet van 29 Juni 1887 betreft het concordaat, dat het faillissement wil voorkomen. Maar de rechtbank heeft toch te beslissen over de toelaatbaarheid van zulk een accoord. De meerderheid der crediteuren en $\frac{3}{4}$ van de schulden zijn noodig, wil men 't accoord tot stand brengen. Luxemburg nam 14 April 1886 de Belgische wet van 1883 bijna geheel over.

Bl. 339—344 bespreken de Nederlandsche wetten, die ook geen accoord vóór de faillietverklaring toelaten, na veel wat daarover voor en tegen was geschreven. Schr. haalt met instemming de wet dd. 9 Juni 1902 (*Stbl.* n^c. 91) aan, welke binnen een jaar na afloop van het eerste uitstel een tweede moratorium toelaat, artt. 226 en 238 der faillissementwet daarin wijzigend. Ook *die* wet (van 1893) haalt hij aan, waar art. 225 als meerderheid, wier toestemming voor 't accoord $\frac{2}{3}$ van de crediteuren, samen $\frac{3}{24}$ van de schulden te vorderen hebbend, eischt.

Zwitserland krijgt bl. 345—349. Een algemeene, eene Bondswet over schuldinning en faillissement, kwam 1 Jan. 1892 in werking. Zij schafte veel Fransch recht af, laat ook het opmaken van accoord reeds vóór het faillissement toe.

Nu komt Italië (bl. 349—355). Daar geldt sedert 1 Jan. 1866 het Wetb. v. K., de Fransche regeling van het faillissement van 1838 invoerend. Maar 1 Jan. 1893 kwam een nieuw Wetb., in deel 3 het faillissement regelend, in artt. 813—829 het uitstel van betaling. De rechtbank is vrij in hare beslissing.

De Kamers v. Kooph. van Milaan, Turijn en Florence waren voor afschaffing van uitstel (moratorio), maar 24 Mei 1903 voerde een wet het toch in. Misschien komt de zaak nog wel weer aan de orde.

Rumenië heeft de wet van 20 Juni 1895, te Parijs 1896 in 't Fransch verschenen. Het Wetb. v. K. van 1887 was ongeveer als het Italiaansche van 1882. De accoorden mogen geen kleiner uitdeelingcijfer hebben dan 40 pCt., en zoolang het bedongen percentage nog niet is afgedaan, mag de schuldenaar niet vervreemden. Hoe hij dan aan 't geld voor die afdoening komen moet, staat er niet. Een nieuwe wet op 't faillissement wordt gewenscht, maar kwam nog niet.

In Noorwegen heeft men de Faillissementswet dd. 6 Juni 1863, herzien bij de wet v. 6 Mei 1899, welke ook het accoord behandelt. De namen zijn *Lov om Konteurs og Konteursboers-behandling* en *Lov om Alkordforhandling*, de uitgever was H. Koss en P. BERG, te Christiania. Het Noorsche recht heeft meer van het Fransche, terwijl in Oostenrijk nog veel overeenkomst met het Belgische is. De accoorden kwamen in Noorwegen sedert 1900—1903 ten getale van 201, 177 en 179 per jaar, op 566, 618 en 572 faillissementen. Zij geven meest wel gunstige cijfers voor de crediteuren, maar dat kwam daardoor, dat zij in goede boedels werden gesloten, b.v. à 64 pCt., 74 pCt. en 59 pCt. actief.

Chili heeft sedert 1 Jan. 1867 een Wetb. v. Kooph., dat veel aan het Fransche van 8 Juni 1828 deed denken. Uitstel van betaling brengt (art. 1326) enkel dan geen faillissement mede, als de schuldeischers *allen* voor dat uitstel stemmen.

In Oostenrijk (bl. 359—372) is veel erover geschreven, maar na de verordeningen van 8 Mei en 15 Juni 1859 was verzekering mogelijk ook vóór een faillissement, mits

de toestemmenden minstens $\frac{2}{3}$ der schuldvorderingen hadden. De wet van 17 Dec. 1862 bracht de cijfers op $\frac{2}{3}$ der schuldeischers en $\frac{3}{4}$ der vorderingen.

Een wet, 21 Juni 1905 door het Heerenhuis aangenomen, door schr. nog niet volledig vermeld, schijnt eerst *na* faillietverklaring een accoord toe te staan. Schr. is niet van die opinie, maar m. i. is het toch veiliger.

Nu volgen, bl. 385, nog eenige statistieke opgaven en dan het slot.

In III van Heft 1/2 zet Prof. K. ADLER te Czernowitz op bl. 112—123 zijn opinie uiteen omtrent den wissel in blanco, alzoo voor den houder tegenover allen, die teekenden, geldig gemaakt. Zie ook de Min. Verordening van 6 Oct. 1853, *Rijksblad*, bl. 200, de Eng. wet v. 1882 en de N.-Am. wet, art. 33, nog niet in alle Staten der Unie ingevoerd. Italië is ook zoo (art. 254 C^{o.}), Duitschland en Oostenrijk ook, maar schr. acht het voor beide Staten anders, omdat hun wetten niet bepaald spreken omtrent dat punt.

IV (bl. 124—163) bespreekt Dr. FLECHTHEIM te Keulen de *Vinculatiezaak*. Zij bestaat vooral tusschen Duitschland en Oostenrijk, meest voor granen en eieren, en tracht den koper te brengen tot opeisching van 't verpande goed, bij den pandhouder tegen betaling van den koopprijs. Die regeling geeft den band (den vinculus) aan. De koper kan vorderen, dat de verkooper hem pandvrij levert. De commissionair moet (zie § 406 H. G. B.) een contract voor rekening van een ander toch in zijn eigen naam sluiten. De verkooper kan dan den koper ook aanwijzen om, als de pandhouder dezen levering doet, de schuld aan dien crediteur te betalen tegen schrapping van 't pandrecht. Maar er kan een overschot van waarde buiten het pandrecht overblijven, dat de verkooper vorderen kan van den koper (B. G. B. § 818). Heel wat

rechtspraak in dien zin haalt schr. vooral uit Deutschland aan.

Men weet, dat B. W. 2014 daar te lande niet bestaat; dat maakt het stukje uitvoerig, maar belangrijk.

V (bl. 164—220) werd geschreven door Prof. v. CANSTEIN, te Gratz, over de vordering van den houder van een cheque tegen den betrokkene. Van een Duitsch wetsontwerp dd. 1892 gaf § 10 aan den houder het recht tegen den betrokkene, voor zoover deze, toen men hem het papier aanbood, verplicht was, dit af te doen. Schr. zegt, dat de wisselwet, die tot aanneming ook van gedeelten van een wissel dwingt, hier ook had moeten zijn gevolgd. Schr. zegt (bl. 171), dat de cheque in Deutschland, waar overdracht noodig is om eigendom te doen overgaan, enkel is een vordering voor toonder. In Engeland daarentegen, waar eigendomsovergang ook zonder levering kan geschieden, maakt de cheque haar houder eigenaar van geld, tot afdoening bij een bankier liggend. Schr. had hier wel wat duidelijker mogen spreken!

In de Vereen. Staten is de betrokkene enkel dan tot betaling verplicht, als de trekker op 't oogenblik der vertooning nog een vorderingsrecht tegenover hem heeft, een actief saldo. Dan alleen gaat de vorderingsmacht op den houder over.

In Engeland en Schotland is enkel door de noodige overdracht aan toonder de cheque overgaande.

In 1882 werd het zooals bij wissels. Zoo is het ook in N.-Amerika, Nederland, Italië, Portugal, Rumenië. Een door schr. niet gecompleteerde opgave van wetgeving!

Bl. 179—197 volgt § 2 over de ontzegging der vordering. Zoo de als schuldplichtige aangewezen niet heeft geaccepteerd, moet de vordering door andere middelen worden bewezen. WENDT'S *Das allgem. Anweisungsrecht* zegt dit. Maar de betrokkene moet volgens de cheque

onherroepelijk verplicht zijn te betalen, wil men het recht tegen hem behouden. Maar die betaling kan ook door een wissel op zicht verplichtend worden, waarbij niet kan worden geaccepteerd, en dus herroeping mogelijk is. Ook faillissement en vlucht, van wie een cheque uitgaf, kunnen den houder schaden.

De bankbiljetten zijn in Duitschland (en ook bij ons) wel wat meer in gebruik dan de cheques. Maar enkel als de cheque genomen wordt als bepaalde betaling, wordt de vordering door aannemen afgedaan (D. B. G. B. § 788). Ten onzent zijn in W. v. K. artt. 221—229 in dien geest, maar met kortere termijnen. In Frankrijk betalen de banken de cheque, als de houder belooft, dààrover niet te gaan procedeeeren.

Moeilijk kan ik hier alle door schr. vermelde schriftuur en rechtspraak mededeelen. Maar er blijft nog veel te vinden, o. a. ook bl. 209 over de Oostenrijksche wet dd. 28 Apr. 1889, die het publieke entrepôt order geeft, deeling der daar berustende goederen te vergunnen, mits in plaats van de eerste ceel andere kunnen worden gegeven, en zoo ook nieuwe cheques (H. G. B. § 420). Maar de houder van den cheque is (bl. 212) een crediteur zonder privilegie, bij faillissement van den debiteur. Zie ook bl. 215. Heeft de houder een depôt bij den betrokkene, dan moet dit dienen in de eerste plaats om hem te betalen. Dat wordt dan compensatie, maar de faillietverklaring laat toch altijd de cheque als vordering leven, al is het enkel voor een deel. Toch is de betrokkene jegens toonder verplicht, het cijfer, uit des trekkers midelen bij hem berustende, te betalen. Het wordt een compensatie.

Bl. 221—230 geven nog een stuk van Dr. A. BOLZE te Leipzig over het *Urheberrecht bij Literatuur en Toonkunst*. Zie § 12 der wet dd. 12 Mei 1894. Van 't B. W. is § 823

het aan te halen artikel. Daarna ook § 764, almede tegen namaak door anderen dan den schrijver gericht. Dr. B. juicht die § toe.

Dan volgen nog *Rechtsquellen*. Nl. van 't Deutsche Rijk een wet tegen het namaken bij beeldende kunst en photographie, 9 Jan. 1907, no. 3, 1 Juli 1907 in werking getreden. Voorts een sinds 1 Oct. 1906 geldende verordening over de telegraaf in de plaatsen, onder Deutsche bescherming staande. Verder, dd. 5 Juni 1906, een wet, die § 1 der Rijkskasbiljetten wijzigt. En een verordening dd. 17 Mei 1905, tot steun van de wet van 12 Mei 1894, om de aanduiding der koopaanbiedingen duidelijker te maken. Ook wetten van Oostenrijk en Hongarije (bl. 260). Daarna komt Italië (1904 en 1905), door Prof. ARN. BRUSCHETKINI, te Messina in zijn handelsrecht besproken. Die twee bl. bevatten heel wat nieuws, maar er volgen toch nog weer bl. 273—304, die onder den titel *Literatur* twaalf recensies plaatsen, alle Duitsch behalve de 12e zelve, waar R. POLLAK, te Weenen, vrij gunstig het werk *La Sententia civile* van prof. A. Rocco te Macerata, bij frat. BOCCA 1906 uitgegeven, beoordeelt.

Nu komt Heft 3/4 D. LX, bl. 305—596. Het eerste schrijft, bl. 305—385, de rechter Dr. R. FREUND, te Breslau, met het slot van zijn stuk uit het vorige Heft over de buitenlandsche wetgeving tot afwending van het faillissement. Hij noemt Schotland, dat, in tegenstelling met Engeland, enkel *na* de faillietverklaring een voor de minderheid ook bindend accord toestaat, wet 1865 nl.

In de Ver. Staten van Noord-Amerika kwam eerst in 1898 een wet om hieromtrent eenheid te brengen en wel in Schotschen geest.

Frankrijk wordt bl. 321—330 besproken, met aanhaling van wat schrijvers. De wet van 4 Mrt. 1889 wordt toe-

gejuicht. Eerst *na* verwerping van accoord is liquidatie van den boedel noodig. Natuurlijk komt die zonder voorstel van accoord ook wel. Dat zei de wet van 4 Apr. 1890 ook, art. 5 der wet van 1889 wijzigend.

België wordt bl. 330—339 behandeld, vooral met het oog op het accoord, soms tijdens het faillissement, soms preventief daartegen, aangegaan. De wet dd. 29 Juni 1887 wordt aangehaald, die intusschen niet meer dan 12 maanden uitstel toekent, waarbij omstandigheden intusschen het Hof van Appèl nog tot voortzettingsuitspraak kunnen machtigen.

Er is in België niet veel vermeerdering van faillissementen, in verhouding tot Duitschland altans. Luxemburg heeft dan ook door de wet van 16 Apr. 1886 België bijna geheel nagevolgd.

Nederland krijgt (bl. 339—344) nogal lof over de wet dd. 30 Sept. 1893 op Faillissement en Surseance van Betaling, welke wet intusschen het accoord vóór de faillietverklaring bleef uitsluiten. Toch liet de wet dd. 9 Juni 1902 nog een tweede surseance toe binnen een jaar na afloop der eerste. *Moratorium* is daarvoor het Duitsche woord.

In Zwitserland (bl. 345—349) komt, door de wet van 2 Dec. 1880, het accoord weer niet vóór de faillietverklaring.

Dus is meer België dan Frankrijk daar gewijzigd door de 1 Jan. 1892 in werking gekomen Bondswet dd. 10/11 Apr. 1889.

Italië (bl. 349—355) heeft 1 Jan. 1866 zijn Wetb. v. Kooph. dd. 25 Juni 1865 in werking zien komen. Thans intusschen geldt er een ander, sedert 1 Jan. 1883, waarvan Boek III het faillissement regelt en artt. 819—829 een uitstel van betaling (*moratoria*) invoeren.

Rumenië had in 1887 Italië nagevolgd, maar vond na

eenige ervaring de *moratoria* verkeerd. Een wet op het faillissement dd. 20 Juni 1895 heeft dan ook het daaraan voorafgaande preventief accoord bemoeilijkt door een minimum van 40 pCt. te stellen en tot op betaling voor het accoord de vervreemding te verbieden. Artt. 834—844 Wetb. bespreken enkel het gerechtelijk accoord, zoo ongeveer als artt. 819 e. v. Ital. W. dd. 2 Apr. 1882.

Noorwegen heeft 6 Mei 1899 zijn Wet op het Faillissement dd. 6 Juni 1863 herzien. De accoorden zijn niet vermeerderd in getal, wel in uitkeeringspercenten. Het heeft veel van de Belgische wet.

In Chili kwam 1 Jan. 1867 een wet, die veel de Fransche dd. 8 Juni 1828 navolgde. Een accoord om faillissement te voorkomen had intusschen algemeene stemmen noodig (art. 1326).

Omtrent de Oostenrijksche wetgeving, die bij verordening dd. 18 Mei 1859 het accoord ook vóór faillietverklaring toestond, is het volgens schr. zonderling genoemd, dat zij ook op vroeger verleend uitstel zag. De wet dd. 17 Dec. 1862 schafte dit af. Die van 25 Dec. 1868 kwam tot het beginsel, dat geen accoord vóór het faillissement aan iemand op te leggen is. Die van Juni 1905 bracht weer het tegendeel.

Schr. spreekt bl. 372—383 zijne opinie uit, het vóór accoord toch afkeurend. Ook geeft hij statistiek.

Dat slot maakt zijn opinie duidelijk en is m. i. goed.

Dr. D. Vosz, te Straalsond rechter, geeft bl. 386—402 over het Behoud van het Pandrecht van wie ten uitvoer legt, met uitzondering van excepties of tegenspraak daartegen. De wetten op de bestrijding van 21 Juli 1879 en 17 Mei 1898 § 5, lieten de exceptie bepaald toe.

Zoo geeft ook Civ. Proc. wet in § 808 recht tot verpanding aan den schuldenaar, mits hij de goederen in zijn bezit heeft. Wie dan van hem pandrecht kreeg,

gaat vóór wie enkel een contract als grondslag had voor zijn recht.

In § 829 wordt de verpanding van vorderingen en van andere deelen van 't vermogen vermeld, maar geen vernietigbaarheid ten bate van een ander crediteur voorgeschreven. Zoo is het Arrest van het Rijks-Gerechtshof, dd. 22 Jan. 1894. Schr. heeft nogal mooi geschreven over de faillietverklaring.

Bl. 403—425 bespreken de Novelle dd. 21 Dec. 1906, die de Engelsche Merchant Shipping Act van 1894 wijzigde.

Schr. is H. WITMAACK, Rijks-Raadsheer Engeland had in 1906 reeds 54 pCt. van het goederenvervoer door zeeschepen.

Dat jaar is wel door de nieuwe wet gemarkeerd, maar misschien staat nog vermindering te wachten. Sedert 1874 was het verlies aan menschenlevens verminderd.

Opmerking verdient, dat art. 4 der wet van 1906, van 1 Jan. 1909 af, de voorziening met reddingstoestellen ook van andere dan Eng. schepen wil vorderen, nl. zoolang zij zich in een Eng. haven bevinden en behalve als goede opvolging van hunne eigen voorschriften blijkt. Dergelijke voorschriften bestaan in Duitschland sedert 1898 in §§ 35—54, enkel ten opzichte der schepen met landverhuizers. Interessant is het stukje in elk geval, al geeft schr. m. i. wel wat weinig beoordeeling. Hij deelt veel mee.

Bl. 426—465 geven, onder den naam *Rechtsquellen*, de Rijkszegelbelasting, wet 3 Juni 1906, in tekst met eenige aantekeningen. Dan volgt Duitsche Rechtspraak, door den Amtsrichter L. KEYSZNER, te Pankow bij Berlijn, in 20 n^{os}. op 45 bl. ontleend aan de naamlooze vennootschapswet, de commanditaire wet en de wet op de vennootschap onder eene firma.

Interessant is het voor wie het actueele goed wil leeren kennen!

Nu volgt nog *Literatur*, no. XIII—XLII, wier 42 hoofdstukken men aan evenveel schrijvers te danken heeft en welke de nuttigheid van dit deel zeer verhoogt, al kan zij ook soms tot nog veel elders nazien dwingen. Een practisch slot geeft een register der aangehaalde rechtsbronnen, dat ook, sub II, de behandelde onderwerpen alphabetisch opgeeft en door Referendaris H. SAWITZ te Rostock is vervaardigd.

In veel gevallen kan, voor wie Duitsch Recht zien wil, dit werk nuttig zijn. Moge menig Nederlander zulks ook opmerken!

Aug. 1908.

A. HEEMSKERK.

De statistiek van het gevangeniswezen over het jaar 1907.

Bevolking. Uit de vrije maatschappij werden in de gevangnissen en Rijkswerkinrichtingen gedurende 1907 opgenomen 31 061 personen, zijnde 21 *meer* dan in 1906. Men houde echter hierbij in het oog, dat de vermindering in laatstgenoemd jaar, bij vergelijking met deze categorie van personen in het jaar 1905, het aanzienlijk cijfer bereikte van 6563.

Van hen bedroeg het aantal mannen 29 186, zijnde 211 *meer* en 1875 vrouwen, zijnde 190 *minder* dan in het voorafgaande jaar.

Van hen werden geplaatst: in de bijzondere strafgevangnissen: 1 man ('s-Hertogenbosch), geen vrouwen, evenals in 1906; in de gewone strafgevangnissen: 4871 mannen en 367 vrouwen, zijnde 227 personen *meer*, n.l. 252 mannen *meer* en 25 vrouwen *minder*; in de huizen van bewaring: 22 821 mannen en 1463 vrouwen, zijnde 107 mannen en 159 vrouwen *minder*; in de Rijkswerkinrichtingen: 1493 mannen en 45 vrouwen, zijnde 66 mannen *meer* en 6 vrouwen *minder* dan in 1906.

Van de nieuw opgenomen personen in de huizen van bewaring waren 5384 mannen en 285 vrouwen *principaal*, 12 785 mannen en 909 vrouwen *subsidiair* veroordeeld en 4584 mannen en 263 vrouwen *niet veroordeeld*, uitmakende respectievelijk 23, 56 en 20 pCt. van het totaal aantal nieuw ingekomenen, terwijl 54 mannen en 6 vrouwen tot de gegijzelden behoorden en

14 tot disciplinair gestrafte verlofgangers der Marine enz.

De gestichten werden *verlaten* in den loop van het jaar door 37 190 personen, van wie 29 761 mannen en 1848 vrouwen wegens ophouden van de oorzaak, waarvoor zij zich in de gestichten bevonden, en 985 mannen en 124 vrouwen als vreemdeling over de grenzen werden gebracht.

Er werden 12 personen *voorwaardelijk in vrijheid* gesteld zijnde 2 *meer* dan in 1906.

In de gezamenlijke strafgestichten waren *aanwezig* op 31 December 1907: 6287 personen, n.l. 6066 mannen en 221 vrouwen, zijnde 231 mannen en 24 vrouwen *minder* dan op 31 Dec. 1906. De verhouding van dit totaalcijfer tot dat van de totale bevolking van het Rijk beweegt zich in dalende richting; het bedroeg in 1907 1,12 ‰ tegen 1,19 in 1906 en 1,28 in 1905.

Van de op 31 Dec. 1907 in de huizen van bewaring *aanwezige* 962 personen behoorden 319 mannen en 19 vrouwen tot de *veroordeelden* en 594 mannen en 27 vrouwen tot de *niet-veroordeelden*, terwijl zich 3 mannen in gijzeling bevonden.

De op genoemden datum aanwezigen waren aldus verdeeld over de verschillende gestichten: in de bijzondere strafgevangnissen 214 mannen en 11 vrouwen (17 mannen en 4 vrouwen *minder* dan op 31 Dec. 1906); in de gewone strafgevangnissen 1751 mannen en 81 vrouwen (59 mannen en 9 vrouwen *minder*); in de huizen van bewaring 916 mannen en 46 vrouwen (114 mannen *meer* en 2 vrouwen *minder*); in de Rijkswerkinrichtingen 3185 mannen en 83 vrouwen (269 mannen en 9 vrouwen *minder*.)

Omtrent de wijze van opsluiting deelt Mr. LASONDER, die ditmaal de inleiding bewerkt heeft, mede, dat van de voor langeren of korteren tijd van hunne vrijheid be-

rooften 32 pCt. *in* afzondering en 68 pCt. in *gemeenschap* waren opgesloten.

Het aantal kinderen met de moeders opgenomen was 128 (17 *minder* dan in 1906), terwijl er 3 in de gestichten geboren werden.

Het totaal van de verblijfdagen bedroeg 2 218 263 of 128 508 *minder* dan in het voorafgaande jaar.

Op hun verzoek werden 108, die voor gemeenschappelijke opsluiting waren aangewezen, in afzondering geplaatst en 233 gevangenen ongeschikt voor afzonderlijke opsluiting in gemeenschap geplaatst.

Gezondheidstoestand. (Staten IX, *Xa* en *Xb*). Opnieuw hebben de staten betreffende den gezondheidstoestand en de ziekten verandering ondergaan.

Ten vorigen jare werd in de inleiding vermeld, dat een nader onderzoek werd ingesteld omtrent het groote verschil in het ziektenpercentage van de verschillende gestichten, dat gedeeltelijk althans werd toegeschreven aan verschil in opvatting omtrent de wijze van invulling der telkaarten. Om van het grondmateriaal te maken, wat er van te maken is en zooveel mogelijk de bestaande bezwaren voorloopig te verhelpen, zijn de staten gewijzigd.

De ziekten worden wel in hoofdgroepen evenals vroeger verdeeld, maar in die groepeerings worden thans de onderscheidene ziekten met name genoemd (staten *Xa* en *Xb*). Werden tot nu toe bij het overzicht van de ziektegevallen de gestichten in vijf categorieën verdeeld: bijzondere-, gewone- en strafgevangenen, huizen van bewaring in de arrondissements-hoofdplaatsen, buiten de arr.-hoofdplaatsen en Rijkswerkinrichtingen, thans vindt men de opgaven van de ziekten afzonderlijk voor elk gesticht waar zij voorkwamen. Dientengevolge is het nu ook mogelijk geworden de voorkomende ziektegevallen ge-

stichtsgewijze te vergelijken en eene duidelijke voorstelling te verkrijgen van de bestaande verschillen.

In de inleiding zijn zeer belangrijke beschouwingen geleverd omtrent de krankzinnigheid en hare vermoedelijke oorzaken en omtrent den zelfmoord in de gestichten welke zich uitstrekken over eene periode van vijf jaren. Gedurende dat tijdsverloop zijn bijzonderheden betreffende gevallen van overbrenging naar een krankzinnigengesticht, door de welwillendheid van het Departement van Justitie verstrekt, in de inleiding tot de statistiek kunnen gegeven worden.

De bewerker heeft bij het geven van de wetenswaardige bijzonderheden tot voorbeeld genomen hetgeen door Mr. J. R. B. de Roos in het derde hoofdstuk van zijne „Inleiding tot de beoefening der crimineele Aetiologie” wordt medegedeeld.

Het aantal van hen, die eens of meermalen *onder geneeskundige behandeling* zijn geweest, bedroeg 4291 of 9,9 pCt. van de totale bevolking der gestichten.

Er werden 69 mannen en 2 vrouwen naar een ziekenhuis en 54 mannen en 4 vrouwen naar een krankzinnigengesticht overgebracht.

Het aantal overledenen in de gezamenlijke gestichten bedroeg 105 mannen en 5 vrouwen. Eene opgave aan welke ziekten deze overleden zijn, wordt echter niet meer gevonden.

Er kwamen 8 gevallen voor van zelfmoord of poging daartoe en 120 gevallen van zielsziekte. Tuberculoselijders waren er 103 tegen 170 in 1906. Aan ziekten der spijsverteringsorganen, uitmakende 16,8 pCt. van alle ziekten, waren 753 personen lijdende tegen 1186 in 1906 en aan ziekten van de ademhalingswerktuigen, 13,8 pCt. der ziekten; 608 personen tegen 1085 in 1906.

Onderwijs. (staat III). Van de 43 390 personen, die in den loop van 1907 in de gestichten aanwezig zijn geweest, werden 3762 *toegelaten tot het onderwijs*; *niet* tot het onderwijs *toegelaten* werden: 2,8 pCt. als zijnde genoegzaam onderwezen, een even groot percentage als in het voorafgaande jaar; 20,4 pCt. wegens gevorderden leeftijd; 56,7 pCt. wegens te kort verblijf. Het percentage van de gevangenen of verpleegden, die bij hunne opneming in het gesticht konden lezen en schrijven ten opzichte van hen, die aanwezig zijn geweest, bedroeg 88,2 tegen 87,3 in het jaar 1906. Het percentage van hen, die lezen noch schrijven konden, was 11,8 tegen 12,7 in het voorafgaande jaar en 13,5 in 1905.

Bij hunne toelating tot het onderwijs konden *niet lezen* 256 of 6,8 pCt. tegen 7,2 pCt. in 1906; *niet schrijven* 336 of 8,9 pCt. tegen 9,2 pCt. in 1906 en *niet rekenen* 977 of 26 pCt. tegen 27,9 pCt. in 1906.

Van deze onderwezenen konden bij hun ontslag of aan het einde van het jaar *niet lezen* 1,9 pCt.; *gebrekkelig lezen* 23,6 pCt. en *goed lezen* 74,5 pCt. Wat het *schrijven* aangaat was dat percentage respectievelijk 2,5, 36,9 en 60,6 en voor het *rekenen* 9,2; 46,8 en 44.

De opmerking wordt hieraan toegevoegd in de inleiding, dat deze getallen geen volledig inzicht in de resultaten van het onderwijs kunnen geven, daar het niet mogelijk is ze in verband te brengen met den tijd gedurende welken ieder onderwezene onderwijs ontving, maar dat uit het overzicht wel kan worden opgemaakt, dat bij verscheidene gevangenen, ook na ontvangen onderwijs de bekwaamheid in de drie vakken, vooral in rekenen, nog niet veel meer dan gebrekkig was.

Verder worden in de inleiding nog belangwekkende vergelijkingen gemaakt betreffende de gegevens omtrent

onderwijs en ontwikkeling tusschen de bevolking der onderscheidene gestichten.

In de strafgevangenissen ontvingen 27 personen meer uitgebreid onderwijs en 44 vakonderwijs. Aan 14 vrouwen te Leiden werd onderricht gegeven in nuttige handwerken en wel met goed gevolg.

De bibliotheken bevatten te zamen 35 319 nummers, waarvan door 78 pCt. der totale bevolking werd gebruik gemaakt.

Gedrag. (Staat IV). In 1907 werden 2400 vergripen gepleegd en 1748 personen disciplinair gestraft.

Van die gestraften behoorden 1022 tot de *in cellen opgesloten*, een percentage uitmakende van 7,4 van het geheel aantal 13 852 in afzondering geplaatsten, tegen 8 pCt. in 1906. Tot deze categorie van gestraften behoorden 746 *veroordeelde* mannen en 15 *veroordeelde* vrouwen en 254 *onveroordeelde* mannen en 7 *onveroordeelde* vrouwen.

Het aantal gestraften van het totaal aantal *in gemeenschap geplaatsten*, zijnde 29 538, bedroeg 727 of 2,5 pCt. tegen 2,7 pCt. in het voorafgaande jaar. Van dezen waren 670 mannen en 6 vrouwen *veroordeeld* en 51 mannen *onveroordeeld*.

Poging tot verboden verstandhouding komt steeds het meest voor. In 1907 in de gevangenissen en huizen van bewaring 657 maal, maar in 1902 zelfs 1554 maal.

Vernieling of beschadiging kwam 295 malen voor in de gevangenissen en huizen van bewaring en slechts 8 malen in de Rijkswerkinrichtingen; verstoring der orde 265 malen in de gevangenissen en huizen van bewaring en 42 malen in de Rijkswerkinrichting te Hoorn en 11 malen in die te Veenhuizen; luiheid 75 malen in de gevangenissen en huizen van bewaring en 26 malen in de Rijkswerk-

inrichtingen; insubordinatie respectievelijk 137 en 43 malen; geweldpleging 18 en 35 malen.

Uit de strafgevangenis te 's-Hertogenbosch ontvluchtten er twee personen, die werden teruggebracht. Uit Veenhuizen ontvluchtten er niet minder dan 348, van wie er 28 niet konden worden teruggebracht.

De water- en broodstraf werd in de gevangnissen 747 malen toegepast en 160 malen in de Rijkswerkinrichtingen. 24 mannen in Veenhuizen werden gestraft met overplaatsing naar Hoorn. De lijfstraf vond ook dit jaar geen toepassing.

Arbeid. (Staten V, VI, VII.) De *verplichte* werkdagen waren 1 859 811,5 of 120 358,5 *minder* dan in 1906.

De *feitelijke* werkdagen waren 1 704 336 of 114 288 *minder* dan in het voorafgaande jaar.

Het aantal dagen, waarop wegens ziekte of lichaams gebreken niet kon worden gearbeid, bedroeg 4,1 pCt. voor de verplichte werkdagen en dat, waarop wegens gebrek aan werk niet kon worden gearbeid, 0,7 pCt. tegen 0,5 in 1906.

Van de gezamenlijke arbeidsdagen werd 78,3 pCt. besteed aan arbeid voor het Rijk en 21,7 pCt. aan arbeid voor particulieren tegen respectievelijk 77,3 en 22,7 pCt. in 1906.

Arbeidsloonen. (Staat VII.) Aan arbeidsloonen werden in de gevangnissen en Rijkswerkinrichtingen verdiend 210 893,75⁵ gulden, hetgeen een gemiddeld loon uitmaakt per arbeidsdag van 12 centen. Sedert 1900 is dit gemiddeld loon op hetzelfde cijfer gebleven behalve in 1905, toen het 12,5 cent bedroeg.

In de bijzondere strafgevangnissen was dat gemiddeld loon 16 centen, evenals in 1906; in de gewone strafgevangnissen 12 centen of 1 cent *meer* dan in 1906; in

de huizen van bewaring 8 centen, evenals in het voorafgaande jaar, en in de Rijkswerkinrichtingen 3 centen, gelijk in 1906.

Als uitgaanskas werd van het verdiende loon bewaard 75 801,58 gulden en voorzakgeld bestemd 135 092,17⁵ gulden.

Gijzeling. (Staat XI.) In gijzeling wegens schulden werden opgenomen 51 mannen en 6 vrouwen en uit de gijzeling ontslagen 50 mannen en 6 vrouwen. Bovendien bevonden zich op 1 Jan. 1907 twee personen in gijzeling.

Op den dag zelve van de opneming in de gijzeling werden 10 personen ontslagen en 2 op den dag na de opneming. Slechts één persoon verbleef drie tot zes maanden in gijzeling. In 23,1 pCt, van het totaal aantal gevallen duurde de gijzeling langer dan twee weken.

De meeste gevallen, 22 of 38,6 pCt. van het geheele aantal waarin tot gijzeling werd overgegaan, betroffen schulden van honderd tot tweehonderd gulden. In 15 gevallen of 26,8 pCt. was faillissement de reden van ontslag en in even zoovele gevallen de geheele betaling of het in bewaring geven van het verschuldigde.

In totaal bedroegen in 1906, volgens de mededeeling in de inleiding, de *uitgaven* voor de gevangenen en Rijkswerkinrichtingen gedaan 2 249 275 gulden, zijnde 357 gulden *minder* dan in 1905. De baten bedroegen 912 421 gulden, zoodat de netto kosten uitmaakten 1 336 954 gulden of 3810 gulden *meer* dan in 1905.

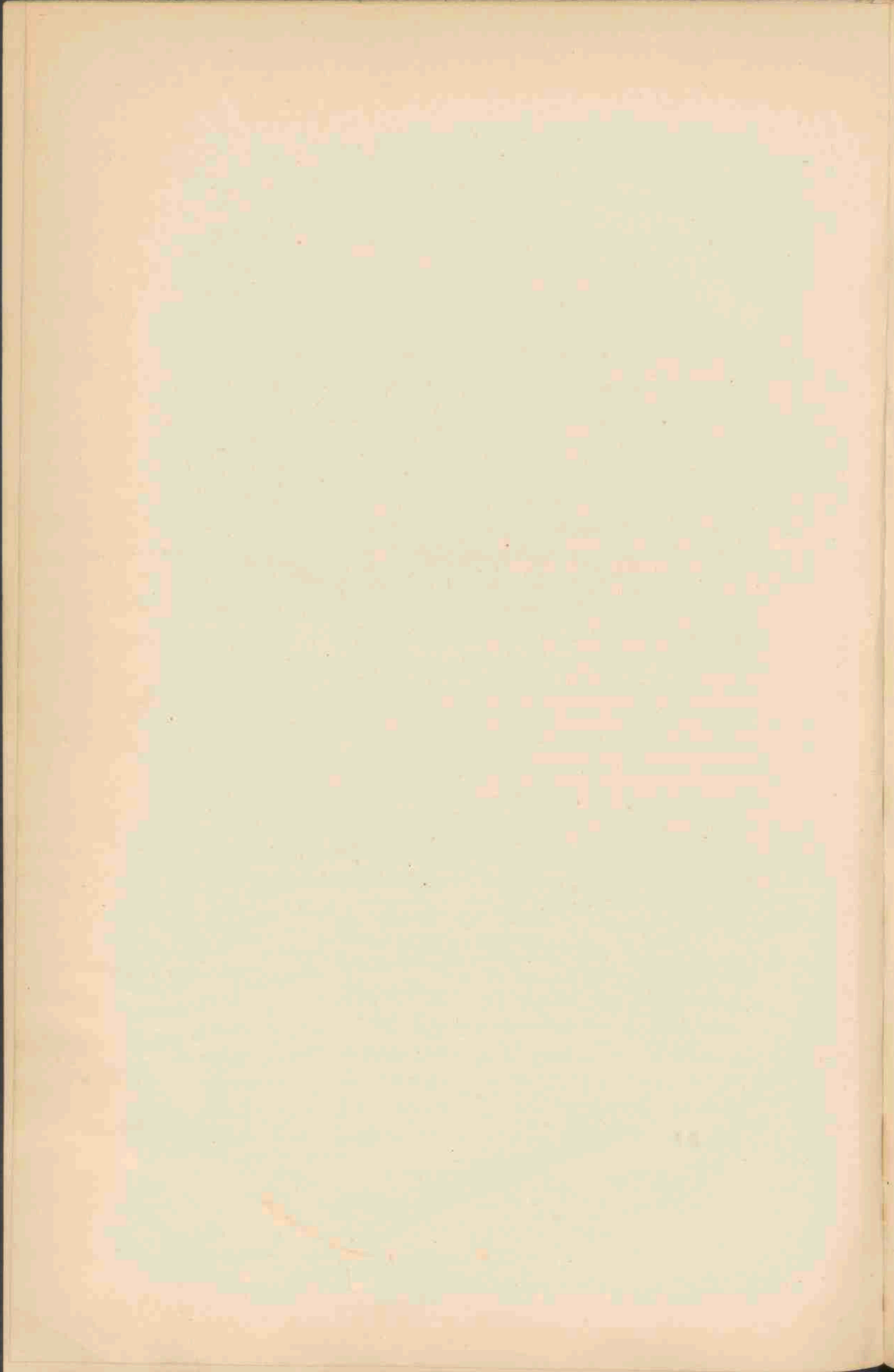
Ten slotte wordt in de inleiding vermeld, dat de bestrijding der criminaliteit voor zoover die in plaatsing in gevangenen en Rijkswerkinrichtingen bestaat, den Staat in 1906 gekost heeft 30,32 gulden per hoofd van de bevolking dier gestichten tegen 25,95 gulden in 1905. Er wordt echter uitdrukkelijk aan herinnerd, dat deze cijfers slechts kunnen gelden als eene zeer globale raming.

Mr. J. P. A. N. CAROLI.

Door het zoo geheel onverwachte overlijden van den Amsterdamschen advocaat Mr. CAROLI, gevolg van een diep droevig ongeval, op 23 April j.l., leed ook ons Tijdschrift een gevoelig verlies.

Mr. CAROLI behoorde gedurende vele jaren tot onze medewerkers en *Themis* mocht menig belangrijk artikel van hem opnemen. Wij herinneren aan zijne studie over het burgerlijk proces in de jaargangen 1898 en 1899, aan zijn artikel over „Contempt of Court” in den jaargang 1900.

Elders is getuigd van den verderen wetenschappelijken arbeid van Mr. CAROLI, van zijn optreden in het bestuur van provincie en gemeente, van zijn veelzijdig werk op velerlei gebied. Ons blijft niet anders over dan een weemoedigen afscheidsgroet aan onzen medewerker, wiens arbeid ten dienste van ons Tijdschrift wij met dankbaarheid blijven gedenken.



THEMIS

LXXste deel — DERDE STUK

Een beknopt overzicht van het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek

DOOR

Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN,
President van de Arrondissements-Rechtbank te Groningen.

Ter inleiding niet slechts tot het onderwerp, dat ik ter bespreking mij koos, maar tevens om duidelijk te maken hoe ik de taak, die ik op mij nam, heb opgevat, zijn enkele opmerkingen zeer stellig onmisbaar.

Zoo er van één land op Europa's vasteland in den tegenwoordigen tijd kan worden gezegd, dat het naar verbetering en tevens naar eenheid van wetgeving met ernst en grooten ijver streeft, dan is het voorzeker van Zwitserland. Immers bedriegen ons niet alle voortekenen, dan is de dag niet meer verre, waarop een Zwitsersch Strafwetboek zal worden vastgesteld, voorzeker een bewijs van het streven, waarvan ik gewaagde, maar niet minder legt daarvan getuigenis af het bovenvermelde wetboek, waarop ik de aandacht wensch te vestigen.

En niet slechts naar verbetering en eenheid van wetgeving ook op burgerrechtelijk gebied gaat het verlangen

heden ten dage in Zwitserland uit, maar ook naar handhaving van het nationaal karakter.

Ook daarvan levert dit wetboek afdoende bewijzen, want, al moge de invloed door de Fransche en Duitsche Burgerlijke Wetboeken (en vooral door het laatstgenoemde) daarop uitgeoefend, niet te loochenen zijn, toch komt daarin het specifiek nationaal karakter duidelijk uit, wat door geen jurist zal worden ontkend die weet dat het Burgerlijk Wetboek van Zürich aan dit wetboek tot voorbeeld gestrekt heeft.

Twee redenen hebben mij bewogen om de geachte Redactie van dit tijdschrift een plaats te vragen voor het geven van een beknopt overzicht van den inhoud van het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek.

In de eerste plaats toch kwamen onderscheidene bepalingen van dat wetboek mij zóó belangrijk voor, dat ik het wenschelijk achtte om onze Nederlandsche juristen, voor zoover het hun aan tijd of gelegenheid ontbreekt om zich met de studie van buitenlandsche wetten en rechten bezig te houden, met den hoofdinhoud daarvan bekend te maken en in de tweede plaats wilde ik de aandacht van den Nederlandschen wetgever, met het oog op eene eventueele herziening van ons Burgerlijk Wetboek, op dezen hoogstbelangrijken wetgevenden arbeid vestigen.

Ik ontveins mij de moeilijkheid niet uit den aard der zaak verbonden aan het geven van een beknopt overzicht van een wetboek. Wie die taak aanvaardt, behoeft, bedrieg ik mij niet, niet alle, zelfs niet de meeste bepalingen daarvan mede te deelen, maar moet op de hoofdzaken het licht doen vallen en zijne eigen meening niet verzwijgen (1). Moge het mij gelukken een en ander niet uit het oog te verliezen.

(1) Mijne opvatting verschilt op menig punt niet alleen van die onzer wet, maar ook van die onzer Staatscommissie.

Het Zwitsersch Burgerlijk Wetboek dagteekent van 10 December 1907 en zal in werking treden op 1 Januari 1912. Het bevat 977 artikelen, terwijl de overgangsbepalingen in 63 artikelen vervat zijn.

Hoewel eerstvermeld cijfer dit den aandachtigen lezer reeds zal doen vermoeden en dit bovendien uit het verloop van dit betoog zal blijken, dient er hier ter plaatse duidelijkheidshalve uitdrukkelijk op te worden gewezen, dat dit wetboek niet het Zwitsersch burgerlijk recht in zijn geheelen omvang omvat.

Met name zijn daarvan uitgesloten de bepalingen van burgerlijk recht, reeds vastgesteld of nog vast te stellen door den Bond en door de kantons, alsmede het verbintenissenrecht, dat geregeld is bij de Bondswet van 14 Juni 1881 (1).

Wel is waar zal die wet in haren tegenwoordigen vorm niet gehandhaafd blijven en kan daarvan binnen betrekkelijk korten tijd eene herziening worden verwacht, maar toch ligt het in de bedoeling aan eene wet op het verbintenissenrecht, zij het dan ook in anderen vorm als de thans geldende, blijvende geldigheid naast het Burgerlijk Wetboek te verzekeren en haar, wat nauwlijks vermelding behoeft, met dat wetboek in overeenstemming te brengen.

Het wetboek vangt aan met een titel, houdende algemeene bepalingen

Het is verdeeld in vier boeken, welke handelen over het recht der personen, de rechten der familie, de erfopvolging en de zakelijke rechten.

Die boeken zijn weder verdeeld in onderdeelen en hoofdstukken, terwijl het geheele wetboek bestaat uit

(1) Verg. G. SOLDAN, *Le Code Fédéral des Obligations, suivi des lois fédérales sur la capacité civile et sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.*

Seconde édition annotée, Lausanne, 1900.

vijf-en-twintig titels, waarop ten slotte nog een titel volgt, waarin de overgangsbepalingen zijn opgenomen.

Bij den titel, houdende algemeene bepalingen, moet ik uitvoerig stilstaan, omdat de daarin vervatte bepalingen die van het geheele wetboek beheerschen en de beginselen doen kennen, waarvan de Zwitsersche wetgever is uitgegaan.

Hoogst belangrijk zijn de voorschriften in artikel 1 vervat. Het bepaalt dat de wet alle onderwerpen regelt waarop eene harer bepalingen, naar de letter of naar den geest of de bedoeling van toepassing is; dat, bij ontstentenis van een toepasselijke wettelijke bepaling, de rechter moet vonnissen volgens het gewoonterecht en, zoo er geene gewoonte bestaat of daarvan althans niet blijkt, volgens de regelen die hij in dat geval zoude hebben vastgesteld zoo hij wetgever ware geweest, terwijl hij bij zijn onderzoek rekening moet houden met de oplossingen, welke als vaststaande kunnen worden beschouwd volgens de leer der schrijvers en der jurisprudentie.

Dit artikel geeft derhalve met groote nauwkeurigheid den omvang van de taak des rechters aan. De bepalingen van dit artikel geven ons een hoogen dunk van de opvatting door den Zwitserschen wetgever van de zóó moeilijke taak van den rechter en van den practischen zin van dien wetgever.

De rechter heeft zich niet angstvallig vast te klampen aan de letter der wet, maar kan in alle voorkomende gevallen rekening houden met de eischen van het practische leven.

Wil men van goede trouw in de wet gewag maken, dan dient men voor te schrijven dat goede trouw wordt verondersteld en kwade trouw moet worden bewezen, maar dan behoort men geen bepalingen op te nemen, die vanzelf spreken en in eene wet niet op hare plaats zijn, als die vervat in artikel 2 dezer wet, volgens welke

ieder verplicht is zijne rechten uit te oefenen en zijne verplichtingen na te komen volgens de regelen der goede trouw en wie klaarblijkelijk misbruik maakt van wetsvoorschriften niet door de wet wordt beschermd. Bovendien valt het moeilijk in te zien, waarom artikel 2 werd opgenomen, daar artikel 3 zegt, dat de goede trouw wordt verondersteld, wanneer de wet daarvan het ontstaan of de werkingen van een recht laat afhangen, terwijl niemand zich op zijne goede trouw kan beroepen, zoo die onvereinigbaar is met die nauwlettendheid, welke in de gegeven omstandigheden van hem konde worden gevorderd.

Waar in artikel 1 de taak des rechters nauwkeurig was omschreven, maken de bepalingen van artikel 4 een vreemden indruk, volgens welke de rechter de regelen van recht en billijkheid moet toepassen, wanneer de wet zijn waardeeringsvermogen voorbehoudt of hem belast met het doen van uitspraak, rekening houdende met de omstandigheden of met rechtmatige motieven. Zelfs afgezien van de voorschriften van artikel 1 moet de rechter letten op recht en billijkheid, moet hij waardeeren, moet hij bij zijne uitspraak letten op de omstandigheden en op rechtmatige motieven.

Artikel 5 kent aan de kantons de bevoegdheid toe om regelen van burgerlijk recht vast te stellen of af te schaffen betreffende ondernemingen, ten aanzien waarvan hunne wetgevende bevoegdheid is gehandhaafd gebleven: Het kantonale recht, dat vroeger gegolden heeft, wordt gehouden voor de uitdrukking van de plaatselijke gewoonte of gewoonten door de wet voorbehouden, tenzij het bestaan eener tegenovergestelde gewoonte bewezen zij.

Artikel 6 schrijft voor dat de burgerlijke wetten van den Bond de bevoegdheden der kantons in zake van publiek recht onaangetast laten en dat de kantons, binnen

de grenzen hunner souvereiniteit, den handel in bepaalde zaken kunnen beperken of verbieden of de handelingen, die daarop betrekking hebben, nietig verklaren.

De algemeene bepalingen van het verbintenissenrecht wat betreft het sluiten, de werkingen en het te niet gaan der overeenkomsten zijn volgens artikel 7 ook toepasselijk op de overige onderwerpen van burgerlijk recht.

Artikel 8 bevat een zuiver procesrechtelijk voorschrift. Het verplicht elke partij om de door haar tot staving van haar recht aangevoerde feiten te bewijzen, tenzij de wet het tegendeel voorschrijve.

Volgens artikel 9 leveren de openbare registers en de authentieke titels bewijs op van de feiten die zij staven en waarvan de onnauwkeurigheid niet bewezen is, terwijl voor het bewijs van de onnauwkeurigheid dier feiten geen bepaalde vorm is voorgeschreven.

Het slotartikel 10 bepaalt dat de kantonale wet het bewijs der rechten en verplichtingen, waarvan de geldigheid door de bondswetgeving van geen enkelen vorm afhankelijk is gesteld, aan geene bepaalde vormen mag binden, daarvoor geene bepaalde vormen mag voorschrijven.

Wie van dezen titel, houdende algemeene bepalingen, met aandacht kennis nam, moet zich er over verwonderen dat, waar zulk eene uitgebreide rechtskennis op burgerrechtelijk gebied van den Zwitserschen rechter gevorderd wordt, men daar te lande veelal de rechtspraak toevertrouwt aan personen, die geene universitaire opleiding hebben genoten, laat staan dan een academischen graad hebben verworven:

Ik ga thans over tot een beknopt overzicht van het wetboek in engeren zin.

Het eerste boek handelt over het personenrecht.

De eerste titel spreekt in een eerste hoofdstuk over de natuurlijke of fysieke personen en in een tweede over de acten van den burgerlijken stand; de tweede titel behandelt de zedelijke personen en is in drie hoofdstukken verdeeld, welke bevatten algemeene bepalingen en voorts de voorschriften betreffende vereenigingen en stichtingen.

De wet erkent de gelijkheid van allen voor de wet. Men wordt meerderjarig door het bereiken van den twintigjarigen leeftijd of door een huwelijk op jeugdiger leeftijd. Meerderjarigverklaring kan plaats hebben op achttienjarigen leeftijd. Van het recht tot uitoefening der burgerlijke rechten zijn uitgesloten allen die geen onderscheidingsvermogen bezitten, minderjarigen en onder curateele gestelden.

De plaats van iemands oorsprong of afkomst is die waar hij zijn burgerrecht heeft en dat recht wordt geregeld door het publiek recht. Als woonplaats geldt de plaats waar iemand zich wil vestigen. Behoudens waar het geldt een elders gevestigde onderneming van handel of nijverheid kan niemand terzelfder tijd twee woonplaatsen hebben. Derhalve erkent de wet geene gekozen woonplaats ter zake van de eene of andere rechtshandeling.

Men mag geen afstand doen van het genot of de uitoefening zijner burgerlijke rechten, noch van zijne vrijheid of de uitoefening daarvan in strijd met de wetten op de zeden.

Opmerking verdienen de naar mijn inzien geheel overbodige bepalingen van artikel 28, volgens welke hij die persoonlijk in zijne rechten wordt aangerand den rechter kan verzoeken die aanranding te doen ophouden en eene vordering tot schadevergoeding of tot betaling eener geldsom tot herstel in eer en goeden naam alleen

in de door de wet vermelde gevallen mag worden ingesteld.

Bij betwisting van iemands naam kan hij de erkenning daarvan door den rechter vorderen. Eens anders naam mag men zich niet aanmatigen, maar naamsverandering kan op verzoek worden toegestaan door het kanton, waaruit de aanvrager afkomstig is.

De persoonlijkheid vangt aan met de geboorte en eindigt met den dood, behoudens het geval dat een kind als reeds geboren wordt aangemerkt wanneer zijn belang dat vordert.

Een persoon wordt als overleden beschouwd wanneer zijn lijk niet gevonden is en hij derhalve verdwenen is onder omstandigheden, welke zijn overlijden als zeker moeten doen beschouwen. Is zijn overlijden hoogstwaarschijnlijk omdat hij verdwenen is, terwijl het vaststaat dat hij op het tijdstip van zijn verdwijnen in levensgevaar verkeerde of zijn er sedert lang geene berichten omtrent hem ingekomen, dan hebben oproepingen plaats na zekeren tijd op bepaalde termijnen en blijft hij diensondanks afwezig, dan kan hij overleden worden verklaard.

De voorschriften voor de registers van den burgerlijken stand kan ik met stilzwijgen voorbijgaan, omdat zij niets bijzonders bevatten.

De algemeene bepalingen omtrent de zedelijke personen schrijven voor dat maatschappen en vereenigingen die een bepaald doel en zelfstandig bestaan hebben, mits dat doel niet ongeoorloofd zij noch in strijd met de goede zeden, rechtspersoonlijkheid erlangen door inschrijving in de handelsregisters.

Bij ontbinding gaat in den regel haar vermogen over op den bond, het kanton of de gemeente, waartoe zij krachtens haar doel behoorden.

Van de gewone regelen zijn uitgezonderd (en voor

dezen geldt het publiek recht) de maatschappen en vereenigingen die onderworpen zijn aan den bond of de kantons en die, welke een geestelijk of kerkelijk karakter hebben.

De maatschappen met een economisch doel worden geregeerd door de op maatschappen toepasselijke bepalingen en die van weiden en andere soortgelijke door het kantonaal recht, gelijk tot dusver het geval was.

In het volgende hoofdstuk wordt over de vereenigingen gehandeld. Daartoe rekt de wet alle politieke, godsdienstige, wetenschappelijke vereenigingen, die van weldadigheid, van uitspanning of andere, die geen economisch doel hebben. Zij schrijft voor wat in de statuten moet staan en aan die vereenigingen kan rechtspersoonlijkheid worden toegekend, wanneer in die statuten bepaaldelijk is uitgedrukt, dat zij zich als een lichaam willen organiseren. Na de keuze van een bestuur zijn die vereenigingen bevoegd om zich in het handelsregister te doen inschrijven en daartoe verplicht, wanneer zij tot het bereiken van haar doel een of anderen tak van nijverheid in handelsrechtelijken vorm uitoefenen. In de statuten mag geene bepaling voorkomen die in strijd is met een uitdrukkelijk wetsvoorschrift. Daarna volgen bepalingen omtrent de organisatie van de deelgenooten in en de ontbinding van de bedoelde vereenigingen.

Het derde hoofdstuk handelt over stichtingen. Stichtingen kunnen worden ingesteld bij authentieke acte of bij testament. Aan de erfgenamen en schuldeischers van den stichter wordt het recht toegekend om er tegen op te komen. Stichtingen staan onder toezicht van den bond, van het kanton of van de gemeente waartoe zij behooren. Onder bepaalde voorwaarden kunnen de inrichting en het doel van stichtingen worden gewijzigd.

Met voorbehoud der publiekrechtelijke regelen, staan

familie- en geestelijke of kerkelijke stichtingen niet onder het toezicht van bovenvermelde lichamen.

Het hoofdstuk eindigt met eenige voorschriften betreffende de ontbinding.

Het tweede boek bevat het familierecht en in het eerste deel daarvan wordt gehandeld over de echtgenooten.

Verbreking van trouwbeloften geeft recht op schadevergoeding, een uitnemend beginsel, dat ook in andere wetten behoorde gehuldigd te worden.

Om een huwelijk te kunnen aangaan moet een man den leeftijd van twintig, eene vrouw dien van achttien jaren hebben bereikt.

Met toestemming der ouders of van den voogd kan om gewichtige redenen aan een man worden vergund op achttienjarigen leeftijd te huwen, aan eene vrouw op zeventienjarigen.

Om te kunnen huwen moet men onderscheidingsvermogen bezitten; derhalve mogen zielszieken nimmer in het huwelijk treden.

Minderjarigen en onder curateele gestelden mogen slechts huwen met toestemming van hun wettigen vertegenwoordiger.

Het huwelijk is verboden:

1^o. tusschen bloedverwanten in de rechte lijn, tusschen broeders en zusters van heelen en halven bedde, tusschen oom en nicht, tusschen tante en neef, zoowel bij wettige als bij natuurlijke bloedverwantschap;

2^o. tusschen aanverwanten in de rechte lijn, zelfs wanneer het huwelijk waardoor de zwagerschap ontstaan is nietig is verklaard of door den dood of door echtscheiding ontbonden;

3^o. tusschen den adoptant en den geadopteerde en tusschen één hunner en den echtgenoot van den ander.

Gescheiden echtgenooten mogen weder met elkander huwen.

Van de bepalingen omtrent de openbaarmaking en de sluiting des huwelijks zij in het bijzonder op die gewezen, welke de openbaarmaking der trouwbeloften vorderen en welke eerst na de huwelijksvoltrekking de godsdienstige wijding of inzegening van een huwelijk toelaten.

Van de bepalingen, welke handelen over de oorzaken, die tot nietigverklaring van een huwelijk kunnen leiden, moet bepaaldelijk worden gewezen op die van artikel 125, waar het heet:

Het huwelijk kan door één der echtgenooten worden betwist:

1^o. wanneer de eischer opzettelijk in eene bepaalde dwaling is gebracht ten aanzien der onbesprokenheid van zijn echtgenoot, hetzij door laatstgenoemden, hetzij door een derde in overleg met dezen;

2^o. wanneer eene ziekte, welke een ernstig gevaar oplevert voor de gezondheid van den eischer of voor zijne nakomelingschap, voor hem is verborgen gehouden.

De vraag is zeker gewettigd, of men van deze bepalingen geen misbruik zal maken, of zij wel practisch zijn met het oog op de moeilijkheid van het bewijs en of in de meeste gevallen de eischer zich niet vóór de voltrekking des huwelijks van een en ander op de hoogte had kunnen en moeten stellen, zoodat in dezen voor dwaling en misleiding geen plaats ware geweest.

Gronden voor echtscheiding zijn: overspel, aanslag op het leven, buitensporigheden; grove belediging; het begaan van een onteerend misdrijf; slecht levensgedrag, waardoor de samenleving ondragelijk wordt; kwaadwillige verlating gedurende twee jaren; zielsziekte, waardoor de samenleving ondragelijk wordt, zoo zij na drie jaren door deskundigen voor ongeneeselijk is verklaard en zoo

de huwelijksband zóó los is geworden, dat samenleving ondragelijk is geworden.

Wegens dezelfde redenen kan scheiding van tafel en bed worden gevraagd, welke voor een bepaalden of onbepaalden tijd kan worden uitgesproken.

Behoudens de bepalingen van dit wetboek, wordt de procedure gevoerd naar de eischen van het kantonale recht.

Met sommige bepalingen van het Zwitsersche wetboek in zake echtscheiding en scheiding van tafel en bed kan ik mij wel, maar met andere niet vereenigen. Het groot belang dezer onderwerpen noopt mij daarbij eenigszins uitvoerig stil te staan en mijn eigen standpunt uiteen te zetten.

Ik acht de meest juiste omschrijving van het huwelijk, uit een burgerrechtelijk oogpunt beschouwd, de volgende:

Het huwelijk is eene rechtsinstelling, welke ten doel heeft de zedelijk-zinnelijke vereeniging van twee personen van verschillend geslacht, waarvoor bepaalde rechtsver-eischen gesteld en waaraan bepaalde rechtsgevolgen verbonden zijn (1). Deze omschrijving is, dunkt mij, zóó duidelijk dat zij geene nadere toelichting behoeft. Het ligt in den aard der zaak dat, zal het doel van een burgerlijk huwelijk in den aangegeven zin worden verwezenlijkt, de bepalingen der wet daarmede in overeenstemming dienen te zijn en nu ben ik van oordeel, dat ter bereiking van dat doel de volgende wettelijke voorschriften aanbeveling verdienen, zonder daarbij op de redactie te letten, die voor verbetering en wijziging vatbaar is.

Echtscheiding kan worden uitgesproken op de volgende

(1) Verg. mijn opstel in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1883, Dl. II, p. 521 en vv.

gronden : 1^o. overspel ; 2^o. ernstige mishandeling ; 3^o. grove belediging ; 4^o. aanslag op het leven of poging tot doodslag of moord ; 5^o. kwaadwillige verlating ; 6^o. ongeneeselijke zielsziekte ; 7^o. onderlinge toestemming.

Het huwelijk hoog te houden is niet slechts de roeping der overheid, maar haar belang brengt dat ook mede.

De monogamie is voor elken staat de onmisbare voorwaarde van vooruitgang, van handhaving van openbare orde en zedelijkheid.

Nimmer mag het bovenomschreven doel van het burgerlijk huwelijk uit het oog worden verloren. Daar nu dat doel in geen der gevallen boven sub 1^o. tot en met 6^o. vermeld kan worden bereikt, moet dan ook in die gevallen echtscheiding worden toegelaten. Het boven sub 7^o. vermelde geval eischt nog nadere toelichting. Een huwelijk is meer dan eene overeenkomst maar bevat toch in zich alle vereischten eener overeenkomst. Het staat hooger dan, is meer dan eene overeenkomst, omdat het uit den aard der zaak eene verbintenis voor het leven veronderstelt en op het oog heeft ; het is eene overeenkomst, omdat het alleen tot stand komt door de vrijwillige toestemming der aanstaande echtgenooten.

Met dit tweeërlei karakter rekening houdende, moet het alleen kunnen worden ontbonden om gewichtige redenen of met onderlinge toestemming. Er bestaat geen enkele afdoende grond, waarom echtscheiding *niet* en scheiding van tafel en bed *wel* bij onderlinge toestemming zoude mogen worden uitgesproken. Maar bovendien behoeft het geen betoog dat, wanneer echtscheiding bij onderlinge toestemming wordt toegelaten, het voeren van processen, die veelal allerlei schandalen aan het licht brengen, wordt voorkomen, wat vooral van groot gewicht is, als er kinderen uit het huwelijk geboren en nog in leven zijn.

Scheiding van tafel en bed moet vervallen, want deze leidt, de ervaring heeft dit proefondervindelijk bewezen, veelal, om niet te zeggen meestal, tot onzedelijkheid. Daarenboven schept dit rechtsinstituut een hybridischen, onhoudbaren, onmogelijken toestand. De verplichting tot samenwoning is opgeheven, maar men blijft toch gehuwd. Die bezwaren doen zich natuurlijk in dubbele mate gevoelen, wanneer er kinderen uit het huwelijk geboren en nog in leven zijn.

Behalve bij onderlinge toestemming mag echtscheiding nimmer worden uitgesproken, tenzij het bewijs geleverd zij van de gestelde feiten, waarop de vordering tot echtscheiding berust, onafhankelijk van de vraag of het vonnis is gewezen bij verstek of op tegenspraak en of in het laatste de procureur van den gedaagde door dezen niet in staat is gesteld om te concludeeren of namens zijn cliënt de gestelde daadzaken heeft ontkend.

Door dien eisch te stellen wordt voorkomen, dat de leugen hoogtij viert en het recht voortdurend geschonden wordt. Het is toch bekend, dat in Nederland, waar de wet echtscheiding bij onderlinge toestemming uitdrukkelijk verbiedt, deze toch wordt uitgesproken, omdat, zoo er geene formeele fouten zijn begaan, de rechter verplicht is in geval van verstek of bij gebreke van betwisting den eisch toe te wijzen, ook al weet hij of al kan hij althans vermoeden, dat de gestelde feiten of uit de lucht gegrepen of niet te bewijzen zijn.

De vijfde titel behandelt de rechten en verplichtingen, die in het algemeen uit het huwelijk voortvloeien voor de echtgenooten onderling en tegenover derden.

De zesde en laatste titel onzer afdeeling draagt tot opschrift: *Du régime matrimonial*. Hij bevat de bepalingen omtrent het huwelijksgoederenrecht. De vier hoofdstukken, waarin hij verdeeld is, bevatten de algemeene bepalingen,

de bepalingen omtrent de ineensmelting of samensmelting van de goederen der echtgenooten; die over de gemeenschap van goederen; over de scheiding van goederen en het register van inschrijving (1). Op de belangrijkste dier bepalingen moet hier de aandacht worden gevestigd.

Regel is dat door het huwelijk ineensmelting of samensmelting van de goederen der echtgenooten plaats heeft.

Op dien regel worden twee uitzonderingen toegelaten. De echtgenooten mogen bij huwelijkscontract een ander stelsel kiezen, en mogen genoemden regel niet volgen, wanneer zij onderworpen zijn aan het stelsel van het buitengewone huwelijksgoederenrecht.

Hoewel ik meen te weten dat laatstgemeld stelsel geldt voor vreemdelingen, die zich in Zwitserland vestigen, kan ik dit niet met zekerheid zeggen, omdat het mij niet gelukt is den commentaar van den hoogleeraar HUBER op het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek te bekomen, daar die commentaar, welke vijf deelen zal bevatten, naar mij uit Basel bericht werd, vermoedelijk eerst in 1910 zal verschijnen.

Bedoeld stelsel is in elk geval niet ontleend aan het Zürichsche Burgerlijk Wetboek, dat overigens voor een belangrijk deel aan het nieuwe wetboek ten voorbeeld heeft gestrekt (2).

Niet alleen vóór, maar ook nà de huwelijksvoltrekking kan een huwelijkscontract worden opgemaakt.

Scheiding van goederen kan op verzoek van den man,

(1) Het Zwitsersche wetboek spreekt van *union des biens* en *communauté des biens*. De eerste uitdrukking heb ik vertaald door *samensmelting of ineensmelting van goederen*, de laatste door *gemeenschap van goederen*.

(2) Verg. *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* van 19 April 1887, §§ 615 en vv.

van de vrouw en van de schuldeischers worden uitgesproken in de bij de wet omschreven gevallen.

Wijziging gedurende het huwelijk van het gekozen huwelijksgoederenstelsel is geoorloofd.

Zoowel in beginsel als om praktische redenen is laatstgemelde bepaling verwerpelijk. Immers, alvorens een huwelijk aan te gaan, stellen de aanstaande echtgenooten bij overeenkomst vast welke regelen gedurende het huwelijk ten aanzien hunner goederen zullen gelden, waaruit consequent volgt, dat huwelijksvoorwaarden vóór het sluiten des huwelijks moeten worden vastgesteld en gedurende het huwelijk moeten blijven gelden. Dit wat het beginsel betreft.

Maar ook uit een practisch oogpunt is eene andere regeling niet aan te bevelen, omdat zij elke vastheid mist en te allen tijde in het huwelijksgoederenrecht wijzigingen en wel veelal zeer belangrijke kan aanbrengen. Bovendien heeft de wet recht bij eene ernstige zaak als het huwelijk van de aanstaande echtgenooten te vorderen dat zij vooraf ernstig overwegen op welke voorwaarden zij hun huwelijksgoederenrecht willen regelen, waartegen ook geen ernstig bezwaar kan bestaan, omdat zij in de gelegenheid zijn daaromtrent het advies in te winnen van een deskundige, met name van een jurist.

Wat met de ineensmelting of samensmelting van goederen bedoeld wordt, blijkt uit de bepalingen vervat in artikel 194, welke inhouden: dat de goederen, welke de echtgenooten bezaten op het tijdstip van de voltrekking des huwelijks en die welke zij later verwierven, de huwelijksgoederen vormen. Hiervan zijn uitgesloten de goederen, welke aan de vrouw zijn voorbehouden.

De vrouw behoudt den eigendom der goederen, welke zij ten huwelijk aanbracht, alsmede van die, welke haar later ten deel vielen. Wat eigenlijk vanzelf spreekt,

bepaalt de wet, dat de vrouw, met eerbiediging van het huwelijkscontract, daarvan afstand kan doen ten behoeve van den man. Hij heeft het beheer van de goederen der vrouw.

De algeheele gemeenschap bestaat uit alle goederen en inkomsten van den man en van de vrouw en behoort hun onverdeeld toe, terwijl geen hunner over zijn deel mag beschikken.

Scheiding van goederen is het gevolg eener wetsbepaling, van een vonnis of van eene overeenkomst. Voor nadere bijzonderheden omtrent de algeheele gemeenschap en de scheiding van goederen, verwijs ik naar het wetboek zelf.

De huwelijkscontracten, de rechterlijke beslissingen betreffende het door de echtgenooten gekozen huwelijksgoederenstelsel en de rechtshandelingen tusschen de echtgenooten met betrekking tot de door de vrouw aangebrachte en tot de gemeenschappelijke goederen, werken tegenover derden slechts na inschrijving in het voor de inschrijving van de huwelijksgoederenstelsels bestemde register en na openbaarmaking daarvan. De erfgenamen der echtgenooten worden niet als derden beschouwd.

Over de vraag, welk stelsel ten aanzien van het huwelijksgoederenrecht de meeste aanbeveling verdient, werd en wordt verschillend gedacht en het is niet waarschijnlijk dat daaromtrent althans voorloopig eenstemmigheid zal worden verkregen. Reeds vroeger gaf ik daarover mijne meening te kennen en, zonder nu alles te willen herhalen wat ik toen heb aangevoerd (1), acht ik toch

(1) Verg. mijne opstellen getiteld *Ueber das Güterrecht der Ehefrau in England*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1884, D. V. p. 275 en vv. en *Familie en huisgezin naar het Engelsche recht*, in *Themis*, 1887, nos. 1 en 2.

wenschelijk hier ter plaatse mijne opvatting daaromtrent zoo beknopt mogelijk uiteen te zetten en toe te lichten.

Bij het aangaan des huwelijks moet elk der echtgenooten den eigendom en het beheer zijner goederen behouden. Dit geldt eveneens van de goederen, welke aan één hunner gedurende het huwelijk opkomen. Deze beginselen worden erkend in de nieuwe Engelsche wetgeving; het eerste beginsel huldigt het wetboek, dat ik thans bespreek. Het ligt in den aard der zaak dat het den echtgenooten, die er over te beslissen hebben op welke voorwaarden, en derhalve ook wat hunne goederen betreft, zij een huwelijk wenschen te sluiten, moet vrijstaan bij huwelijkscontract van die regelen af te wijken, alleen met deze beperking, die echter niet slechts voor dit onderwerp geldt maar uitdrukking geeft aan een algemeen gehuldigd rechtsbeginsel, dat zij geene bepalingen mogen maken in strijd met hetgeen de openbare orde en de goede zeden eischen. Met de voor de meesten onmisbare voorlichting van deskundigen is het voor aanstaande echtgenooten niet zóó moeilijk huwelijksvoorwaarden vast te stellen, die aan duidelijkheid niets te wenschen overlaten en geen aanleiding geven tot rechtsquaestiën.

Inderdaad bevredigt het door mij aanbevolen stelsel niet alleen het rechtsgevoel, maar is het ook practisch bij uitnemendheid.

Wanneer de wet aan ieder der echtgenooten den eigendom toekent der goederen, welke hij ten huwelijk aanbracht en van die, welke hij later verkreeg en hem het beheer daarvan toekent, dan vervalt natuurlijk de wettelijke gemeenschap van goederen.

Krachts de wet zal dan niet meer, gelijk althans in Nederland meermalen geschiedt, een hebzuchtig onbemiddeld man zich kunnen bevoordeelen door met eene gefortuneerde vrouw zonder huwelijkscontract te huwen

en zulk een egoïst zal, om den schijn van hebzucht niet op zich te laden, zich wel tweemaal bedenken, alvorens hij in afwijking van de wet in algeheele gemeenschap van goederen huwt, waartegen in den regel ook de familie der vrouw niet zoude aarzelen zich te verzetten.

Wanneer de vrouw den eigendom en het beheer harer goederen behoudt, kan de man natuurlijk niet naar goedvinden over hare goederen beschikken. Draagt zij hem toch bij huwelijkscontract het beheer op, dan doet zij dat op gevaar af, doch dan is dat haar eigen wensch.

Gelijk bekend is, is bij ons regel dat de man het beheer voert en nu kan het voorkomen en is het inderdaad bij ons te lande voorgekomen, dat een man, die buiten gemeenschap van goederen gehuwd was en zijn eigen vermogen had verspild, ook dat der vrouw er door bracht, door haar te dwingen hem te machtigen tot den verkoop harer landerijen. Treurig zeer zeker, maar een volmaakt stelsel is nu eenmaal ondenkbaar en daarom is het dan ook alleen maar de vraag welk stelsel het beste is en ik meen dat het door mij aanbevolen in den tegenwoordigen tijd voor beschaafde landen het meest aanbevelenswaardige is.

Ook de bij ons te lande wettelijk geregelde gemeenschap van winst en verlies moet vervallen, omdat het voor den langstlevenden echtgenoot somtijds bijna onmogelijk is bij de aangifte voor de successie naar waarheid aan te geven hoeveel winst en hoeveel verlies er geleden is. Wel geeft de wet aan wat onder winst en verlies moet worden verstaan, maar ieder deskundige weet, dat daardoor moeilijkheden noch uit den weg geruimd noch voorkomen worden. Ten slotte zie ik niet in welk nut het heeft dat de gemeenschap van vruchten en inkomsten, gesteld dat de echtgenooten die verlangen, wettelijk geregeld wordt.

Het tweede gedeelte van het tweede boek handelt over de ouders. De artikelen 252 tot en met 301 bevatten de bepalingen over de wettige kinderen. Zij vormen te zamen den zevenden titel en spreken achtereenvolgens over de wettige afstamming, wettiging, adoptie, de algemeene gevolgen der wettige afstamming, de ouderlijke macht en de goederen der kinderen. De bepalingen over de adoptie kan ik niet geheel met stilzwijgen voorbijgaan. Personen, die den leeftijd van ten minste veertig jaren hebben bereikt en geene wettige afstammelingen hebben, mogen adopteeren, mits de te adopteeren persoon ten minste achttien jaren oud zij. Niemand kan worden geadopteerd tegen zijn wil of tegen dien van zijn wettigen vertegenwoordiger.

Gelijk bekend is, kent onze wet het rechtsinstituut der adoptie niet. Terecht huldigt het Zwitsersch wetboek een ander stelsel, want de adoptie is eene zeer nuttige instelling, die tot instandhouding van verdienstelijke familiën, van ondernemingen van handel en nijverheid, om maar niet meer te noemen, kan strekken.

Op enkele bepalingen, die op de ouderlijke macht betrekking hebben, moet ik nog de aandacht vestigen.

Als een kind zestien jaren oud is, mag het kiezen bij welke kerk of welk kerkgenootschap het zich wil aansluiten.

Wanneer de ouders in hunne plichten te kort schieten, nemen de met de voogdij belaste lichamen (1) de ter bescherming van het kind noodzakelijke maatregelen.

Een der met de voogdij belaste lichamen (2) plaatst het kind dan elders.

(1) *Autorités de tutelle*. Hierover later bij de behandeling der voogdij.

(2) *Autorité de tutelle*. Hierover nader bij de bespreking der voogdij.

De met de voogdij belaste lichamen kunnen om de bij de wet vermelde redenen de ouders van de ouderlijke macht vervallen verklaren. Bij het ophouden der oorzaak van vervallenverklaring kunnen de ouders in de ouderlijke macht worden hersteld.

Mijn hoofdbezwaar tegen deze bepalingen is, dat de meeste rechten en bevoegdheden, die aan de met de voogdij belaste lichamen of aan een hunner worden toegekend, eigenaardig behooren tot den werkkring der rechterlijke macht, terwijl deze bovendien onpartijdig is en over meer middelen beschikt om achter de waarheid te komen.

In den achtsten titel van dit boek zijn de bepalingen omtrent de onwettige afstamming opgenomen, waarvan vooral op die betreffende het onderzoek naar het vaderschap het licht moet vallen.

De vaderschapsactie kan door de moeder of het kind tegen den vader of zijne erfgenamen worden ingesteld.

Zij strekt tot het bekomen van onderstand of in bepaalde gevallen tot de verklaring van het vaderschap met de daaraan verbonden burgerlijke gevolgen. De moeder is in hare vordering niet ontvankelijk, wanneer zij een slecht levensgedrag leidt.

Over de vraag of het onderzoek naar het vaderschap moet worden toegelaten of niet is zooveel geschreven en getwist, dat er niets nieuws over te zeggen valt, wat niet geldt van de wijze van procederen, in dezen van zoo groot gewicht. Over een en ander volge hier mijne opvatting. Ik ben een beslist voorstander der toelating van het onderzoek naar het vaderschap. Elke buitenechtelijke geslachtsgemeenschap is niet slechts uit het oogpunt der moraal maar ook uit dat des rechts af te keuren. Daar elk normaal mensch voor zijne handelingen verantwoordelijk is, zijn dat ook een man en eene vrouw, die

buiten echt met elkander vleeschelijke gemeenschap hebben en nu schreit het ten hemel dat de man de verantwoordelijkheid van zich afschuift en de vrouw voor de gevolgen laat zitten. Aan dat onrecht moet de wet een einde maken. Het is niet de vraag wie in dezen de meeste schuld heeft, nu eens zal dit de man, dan eens de vrouw zijn. De vordering moet worden ingesteld door de moeder of door den wettigen vertegenwoordiger van het kind of door het kind als het meerderjarig geworden is, maar dan binnen één jaar daarna, omdat practische gronden daarvoor pleiten. Stelt het meerderjarig geworden kind binnen dien termijn de vordering niet in, dan heeft het dat aan zich zelf te wijten. De actie moet strekken, ter keuze van de moeder of den vertegenwoordiger van het minderjarig kind tot het bekomen der kosten van onderhoud en opvoeding of tot het bekomen van den naam des vaders.

Is het kind meerderjarig, dan moet zij alleen strekken tot het bekomen van den naam van den vader. Aan een en ander moet natuurlijk de beslissing van den rechter voorafgaan dat een bepaald man de vader is van een bepaald kind. Aan de vrouw en den wettigen vertegenwoordiger van het kind moet de keuze worden gelaten tusschen bovenvermelde actiën, omdat de gevallen niet zeldzaam zijn, dat de vader zulk een laag staand persoon is, dat het niet in het belang van het kind is diens naam te dragen. Is het kind meerderjarig, dan is er voor de vordering tot onderhoud en opvoeding geen plaats meer. Daar men bij ons te lande in geen geval het voorschrift van het Saksische Burgerlijk Wetboek wil, volgens hetwelk allen van wie bewezen is, dat zij met de moeder in nauwe betrekking stonden, tot vaders van het kind werden verklaard, blijft er wel geene andere keuze over, dan de moeder, die een slecht levensgedrag

leidt, in hare actie niet-ontvankelijk te verklaren. De bevoegde rechter moet zijn de arrondissements-rechtbank. De vrouw of de wettige vertegenwoordiger van het kind of het meerderjarig kind (mits binnen één jaar nadat het meerderjarig werd) moet zich bij request wenden tot den president der rechtbank, die een procureur aanwijst ter behandeling der zaak. Zóó alleen kan voorkomen worden dat ongegronde vorderingen worden aangebracht. De rechtbank behandelt de zaak met gesloten deuren, zoo er getuigenverhooren plaats hebben.

De negende titel van dit boek, waarvan het opschrift luidt: Over de familie, handelt achtereenvolgens in drie hoofdstukken over de verplichting tot levensonderhoud, het gezag over het gezin en de familiegoederen.

Opmerking verdient dat de wederkeerige verplichting tot levensonderhoud niet wordt beperkt tot de ascendenten en descendenten, maar uitgebreid tot de broeders en zusters, zoo zij in goeden doen verkeereren.

Het hoofd van het gezin, in den regel de man, oefent het gezag uit over het gezin.

Er kunnen familiestichtingen worden gevestigd en goederen onverdeeld worden gehouden, hetgeen dikwijls zeer nuttig kan zijn in het belang van landbouw, handel en nijverheid. Of deze bepalingen ook voor andere landen aanbeveling verdienen waag ik niet te beslissen.

Het derde gedeelte van dit boek behandelt de voogdij en is gesplitst in drie titels, X, XI en XII. Titel X handelt over de inrichting, titel XI over het beheer der voogdij en titel XII over het einde der voogdij. In eerstgemelden titel worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen besproken: de organen der voogdij, de gevallen van voogdij, het bevoegd gerecht in zake voogdij, de benoeming van den voogd en de curateele; in titel XI de werkzaamheden van voogd en curator, het bureau

der met de voogdij belaste lichamen, de verantwoordelijkheid van de organen der voogdij; in titel XII het einde der minderjarigheid en onder-curateele-stelling, het ophouden van de werkzaamheden van den voogd en de gevolgen van het einde der voogdij.

De organen der voogdij zijn de met de voogdij belaste lichamen (*autorité de tutelle*), de voogd en de curator. Die lichamen zijn de *autorité de tutelle* en de *autorité de surveillance*.

Zij worden door de kantons aangewezen en als laatstgenoemd lichaam twee instantiën omvat, regelen de kantons beider bevoegdheid. Bij uitzondering wordt de voogdij aan de familie opgedragen en er wordt een familieraad ingesteld, die dan dezelfde rechten en plichten heeft als eerstvermeld lichaam. Dan treedt een voogd op en voor bepaalde zaken of eenig beheer een curator. Een voogd wordt benoemd door eerstvermeld lichaam, eveneens een curator. Ter zake der handelingen van den voogd is hooger beroep toegelaten op de *autorité tutélaire* en van de beslissingen van dit lichaam op de *autorité de surveillance*. In zake de aansprakelijkheid van de organen der voogdij heeft de rechter te beslissen.

Daargelaten de vraag, of de in het Zwitsersche wetboek omtrent de voogdij en de curateele voorkomende bepalingen, waarvan ik de belangrijkste mededeelde, voor Zwitserland aanbeveling verdienen, wat ik kan noch wil beoordeelen, geloof ik niet, dat zij voor andere landen tot voorbeeld kunnen strekken. Het zij mij vergund op enkele bezwaren te wijzen. De voogdij en de curateele worden niet voldoende onderscheiden; er bestaat geen afdoende grond voor het instellen van twee lichamen, de *autorité tutélaire* en de *autorité de surveillance*; aan die lichamen worden rechten en bevoegdheden toegekend, die eigenaardig behooren tot den werkkring der rechter-

lijke macht; van de toeziende voogdij en curateele wil men niet weten, gelijk ook het geval is in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika. Nog enkele opmerkingen moet ik hieraan toevoegen.

Natuurlijk hebben voogdij en curateele veel met elkander gemeen, omdat zij beide de vertegenwoordiging van *personae miserabiles* betreffen. Daarom kunnen voor beide algemeene gelijksoortige regelen gesteld worden, maar overigens eischt elk dier rechtsinstellingen een afzonderlijke behandeling. Met het oog op strijd tusschen de vermogensrechtelijke belangen van minderjarigen en ondercurateele-gestelden en hunne wettige vertegenwoordigers, is de toeziende voogdij en curateele onmisbaar. Alle rechtsquaestiën in zake voogdij en curateele moeten door den rechter worden uitgemaakt, omdat het zijne taak is tegenstrijdige belangen op juridisch gebied te beslissen.

Boek III bevat de bepalingen omtrent erfopvolging. Daarin worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen behandeld. Het eerste gedeelte is getiteld: Over de erfgenamen en bespreekt achtereenvolgens de wettige erfgenamen en de uiterste wilsbeschikkingen. De titel over die wilsbeschikkingen handelende, is verdeeld in de volgende hoofdstukken: Over de bekwaamheid om te beschikken; het beschikbaar gedeelte; de wijzen van beschikking; den vorm van uiterste wilsbeschikkingen; de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen; de nietigheid en de inkorting van de beschikkingen van den overledene en de vorderingen voortvloeiende uit de over de nalatenschap aangegane overeenkomsten.

Gelijk steeds in dit betoog, vestig ik ook hier weder de aandacht op die bepalingen, welke mij het belangrijkste voorkomen.

De langstlevende echtgenoot kan, te zijner keuze, zoo de overledene afstammelingen nalaat, het vruchtgebruik

van de helft of den eigendom van het vierde gedeelte der nalatenschap vorderen.

Hij heeft recht, zoo de overledene zijn vader of moeder of afstammelingen van dezen heeft nagelaten, op een vierde in eigendom en drie vierden in vruchtgebruik; zoo de overledene grootouders of afstammelingen van dezen heeft nagelaten, op de helft in eigendom en op de wederhelft in vruchtgebruik en, bij ontstentenis van grootouders of afstammelingen van dezen, op de geheele nalatenschap.

De langstlevende echtgenoot kan te allen tijde, in plaats van het hem toegekend vruchtgebruik, eene jaarlijkse daarmede overeenstemmende rente vorderen.

Wanneer het vruchtgebruik in rente is omgezet, kan de langstlevende echtgenoot, wiens rechten gevaar zouden kunnen loopen, daarvoor zekerheid van zijne mede-erfgenamen vorderen.

Wanneer de langstlevende echtgenoot hertrouwt of hunne rechten in gevaar brengt, kunnen zijne mede-erfgenamen zekerheidsstelling van hem vorderen.

Het toekennen bij versterf van erfrecht of vruchtgebruik aan den langstlevenden echtgenoot acht ik onbillijk en onnoodig; onbillijk tegenover de familieleden van den anderen echtgenoot; onnoodig omdat deze zijn echtgenoot bij testament of huwelijkscontract kan bevoordeelen.

Ik kan mij ook niet vereenigen met de bepalingen van dit wetboek, volgens welke een wettelijk erfdeel wordt toegekend aan broeders en zusters en aan den overlevenden echtgenoot, hoewel dat in het systeem van het wetboek past. Immers de kring moet meer beperkt blijven waarin een wettelijk erfdeel wordt toegekend en er bestaat geen enkele rechtsgrond om op die wijze den langstlevenden echtgenoot te bevoordeelen ten nadeele der familieleden van den anderen echtgenoot en hun ver-

mogen voor een deel in eene andere familie te doen overgaan.

De wet kent drie soorten van testamenten: het testament bij authentieke acte, het olographisch en het mondeling testament. Het laatste, alleen in geval van nood toegelaten, wordt overeenkomstig de verklaring van den erflater door twee getuigen in schrift gebracht en onmiddellijk aan eene juridische autoriteit ter hand gesteld, waar het een particulier geldt; is er echter sprake van een militair in actieven dienst, dan moet die terhandstelling geschieden aan een kapitein.

Over de goederen der nalatenschap kunnen bij de wet nader omschreven overeenkomsten worden aangegaan, zoogenaamde *pactes successoraux*. Hare rechtskracht is dezelfde als die van testamenten.

Het tweede gedeelte van dit boek, hetwelk over den overgang handelt, is gesplitst in de volgende onderdeelen: over het openvallen der nalatenschap; over de gevolgen van den overgang, waartoe gerekend worden de middelen van zekerheid; de verkrijging der nalatenschap; het voorrecht van boedelbeschrijving, de officieele vereffening en de vordering tot het bekomen der nalatenschap; over de verdeeling, gesplitst in de volgende onderdeelen: de nalatenschap vóór de verdeeling, de wijze van verdeeling, de inbreng en de sluiting en de gevolgen der verdeeling.

Opmerking verdient de volgende bepaling:

De erfgenaam heeft de bevoegdheid om, in plaats van te verwerpen of onder het voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden, de officieele vereffening der nalatenschap te vorderen.

Deze vordering is niet-ontvankelijk wanneer een der erfgenamen zuiver aanvaardt.

In geval van officieele vereffening, zijn de erfgenamen niet aansprakelijk voor de schulden der nalatenschap.

Het wil mij voorkomen, dat deze wetsvoorschriften overbodig zijn, omdat het doel even goed bereikt wordt door aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving.

Het vierde boek voert het opschrift: Over de zakelijke rechten.

Het eerste gedeelte handelt over den eigendom en omvat de titels XVIII tot en met XX.

Eerstvermelde titel bevat algemeene regelen, de daarop volgende de voorschriften over den eigendom van onroerend goed, gesplitst in die over het voorwerp, de wijzen van verkrijging en verlies van onroerend goed en in die over de gevolgen van den eigendom van onroerend goed, laatstgemelde titel die over roerend goed.

Volgens deze wet zijn onroerende goederen:

1°. onroerende goederen; 2°. de in het grondboek ingeschreven bepaalde en voortdurende rechten en 3°. mijnen. Voor de verkrijging van onroerend goed is inschrijving in het grondboek vereischt. Die inschrijving heeft niet plaats waar het geldt lichte getimmerten, die tijdelijk op eenig terrein geplaatst worden. Tijdelijke rechten van overgang zijn van die inschrijving vrijgesteld.

Als roerende goederen worden beschouwd verplaatsbare voorwerpen en natuurkrachten, die het voorwerp van eigendom kunnen uitmaken en niet tot de onroerende goederen behooren. Voor overdracht van roerend goed is inbezitstelling noodzakelijk. Hij die, te goeder trouw en als eigenaar in het bezit van roerend goed wordt gesteld, verkrijgt daarvan den eigendom, zelfs wanneer hij die de overdracht deed daartoe niet gerechtigd was; hij verkrijgt daarvan den eigendom volgens de regelen die voor het bezit gelden. De overeenkomst, krachtens welke hij die vervreemdt zich den eigendom van eenig op den verkrijger overgedragen roerend goed voorbehoudt, is niet geldig, tenzij zij zij ingeschreven ter

woonplaats van laatstgemelden in een openbaar register door het met de vervolgingen belast bureau gehouden. Die overeenkomst is verboden waar het den handel in vee betreft. Wie eenig roerend goed, dat aan niemand toebehoort, in bezit neemt, wordt daarvan eigenaar. Wie te goeder trouw als eigenaar, rustig en onafgebroken, gedurende vijf jaren eens anders roerend goed heeft bezeten, wordt daarvan door verjaring eigenaar.

Wordt het bezit onvrijwillig verloren, maar binnen het jaar terugbekomen of te dier zake eene vordering ingesteld, dan wordt daardoor de verjaring niet onderbroken.

Het tweede gedeelte van dit boek is gewijd aan de behandeling der overige zakelijke rechten. Daarin worden achtereenvolgens besproken, in Titel XXI: de erfdienstbaarheden en op onroerende goederen rustende lasten; de overige erfdienstbaarheden, met name het vruchtgebruik; de lasten op onroerende goederen rustende; in Titel XXII: de zekerheid op onroerend goed, gesplitst in de volgende onderdeelen: algemeene bepalingen; hypotheek; hypothecair cedul en rentebrief; uitgifte van titels op onroerende goederen betrekking hebbende; in Titel XIII: de zekerheid op roerende goederen, gesplitst in de volgende onderdeelen: pand en recht van terughouding; pand op schuldvorderingen en andere rechten; lombardhouders en brieven van zekerheid.

Bij onderscheidene bepalingen dezer afdeeling moet ik eenigszins uitvoerig stilstaan.

De wet verstaat onder erfdienstbaarheid een last op een onroerend goed gelegd ten gunste van een ander onroerend goed, maar spreekt niet van voortdurende, niet-voortdurende, zichtbare en onzichtbare erfdienstbaarheden.

Het stelsel der Zwitsersche wet verdient op dit punt de voorkeur boven dat onzer wet. De overeenkomst, waarbij eene erfdienstbaarheid wordt gevestigd, moet schriftelijk

worden aangegaan. Inschrijving in het grondboek is voorgeschreven.

Opmerkelijk is het, dat de wet naast erfdienstbaarheden op onroerende goederen ook erfdienstbaarheden op roerende goederen erkent en daaronder in de eerste plaats het vruchtgebruik rangschikt. In lijnrechten strijd met de boven vermelde omschrijving of definitie eener erfdienstbaarheid, erkent de wet een vruchtgebruik van roerende en onroerende goederen, van schuldvorderingen en van een erfgoed. Bovendien zijn deze tegenstrijdige bepalingen met juiste rechtsbegrippen moeilijk te rijmen. Immers van erfdienstbaarheden kan alleen bij onroerende goederen sprake zijn en een vruchtgebruik is gansch iets anders als eene erfdienstbaarheid, van welke laatste het kenmerk is, dat één onroerend goed een of meer lasten draagt ten bate van een ander onroerend goed.

Voorts brengt de wet nog, mede te onrechte, het recht van woning, waaronder wordt verstaan het recht om een huis te bewonen of om over een deel daarvan te beschikken, tot de erfdienstbaarheden.

Met name worden dan nog onder de erfdienstbaarheden gerangschikt het recht van opstal, het recht op eene bron of waterleiding, de terbeschikkingstelling van zijn grond aan een persoon of eene vereeniging voor schietoefeningen of overgang.

Wat onder de lasten op onroerende goederen rustende moet worden verstaan blijkt uit de volgende bepalingen.

De op een onroerend goed rustende last verplicht dengene, die op dat oogenblik eigenaar is van een erf, tegenover een derde tot bepaalde verrichtingen, waartoe hij alleen op zijn erf gehouden is.

De verplichtingen kunnen ook worden opgelegd ten behoeve van dengene, die op dat oogenblik eigenaar is van een ander erf.

Onder voorbehoud van rentebrieven, waarover hierna, alsmede van de op onroerende goederen krachtens het publiek recht rustende lasten, moeten de bedoelde verrichtingen in overeenstemming zijn met de economie (1) van het bezwaarde erf, of in verband staan met de behoeften der exploitatie (2) van het heerschend erf.

Voor de vestiging der bedoelde lasten is, behalve in den regel voor die op voorschriften van publiek recht berustende, inschrijving in het grondboek een vereischte.

Zekerheid op onroerende goederen kan uitsluitend op ééne der drie volgende wijzen worden gevestigd: in den vorm van hypotheek, van hypothecaire cedul en van rentebrief.

Hypotheek kan worden gevestigd tot zekerheid van elke vordering, reeds bestaande, toekomstige, ja zelfs vermoedelijke.

Het bezwaard onroerend goed mag niet aan den schuldenaar toebehooren.

Onder hypothecair cedul wordt verstaan eene persoonlijke schuldvordering gewaarborgd door eene op een onroerend goed gevestigde zekerheid.

Onder rentebrief wordt verstaan eene als een op een onroerend goed drukkende last op een onroerend goed gevestigde schuldvordering.

De hypothecaire cedul en de rentebrief zijn op naam of aan toonder.

Obligatiën op naam of aan toonder kunnen worden gewaarborgd door zich eene zekerheid te verschaffen op onroerend goed op eene der volgende wijzen:

1°. door het vestigen van eene hypotheek of eene hypo-

(1) Het Fransche woord *économie* is moeilijk in de Nederlandsche taal weder te geven: woordelijk vertaald beteekent het *huishouding*.

(2) *Ontginning, bewerking* geeft niet juist de beteekenis weder van *exploitation*. Daarom bezigde ik het woord *exploitatie*.

thecaire cedul voor de geheele leening en door aanwijzing van een vertegenwoordiger der schuldeischers en van den schuldenaar;

2^o. door het vestigen eener zekerheid op onroerend goed voor de geheele leening ten bate van de met de uitgifte belaste instelling en door het bezwaren van de aldus gewaarborgde schuldvordering met eene zekerheid ten bate der obligatiehouders.

Inschrijving in het grondboek wordt gevorderd voor de vermelde soorten van zekerheid op onroerend goed.

Pandrecht op roerende goederen, daaronder begrepen schuldvorderingen, wordt door de wet erkend.

Het beroep van lombardhouder mag alleen met vergunning der kantonale regeering worden uitgeoefend.

De instellingen van landbouwcrediet, daartoe door de bevoegde kantonale autoriteit aangewezen, mogen pandbrieven uitgeven, gewaarborgd zelfs zonder eene overkomst waarbij iemand zich bepaaldelijk verbindt en zonder vestiging van pandrecht, door titels van zekerheid op onroerend goed waarvan de instelling eigenares is en door schuldvorderingen uit hare gewone verrichtingen voortvloeiende.

De laatste afdeeling van dit boek bevat de bepalingen over het bezit en over het grondboek, in twee titels gesplitst.

Bezitter is hij die de werkelijke beschikking over eene zaak heeft.

Wanneer het geldt erfdienstbaarheden en op onroerende goederen rustende lasten, bestaat het bezit in de werkelijke uitoefening van het recht.

Het grondboek geeft aan den staat der rechten op onroerende goederen, die daarin moeten worden ingeschreven. Welke goederen de wet als onroerend beschouwt, heb ik reeds medegedeeld.

Dit grondboek omvat het groote boek, de aanvullende bewijsstukken, namelijk het plan, het register, de bewijsstukken, de staat van beschrijving en het dagboek.

En hiermede ben ik gekomen aan het einde van het door mij toegezegd beknopt overzicht van het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek. Ten slotte moet ik nu nog eenige oogenblikken stilstaan bij de overgangsbepalingen.

Deze bepalingen zijn in één titel vervat, welke ten opschrift heeft: Over de inwerkingtreding en de toepassing van het Burgerlijk Wetboek.

Bij de toepassing van het oude en nieuwe recht geldt als regel het beginsel der niet-terugwerkende kracht; noodzakelijke uitzonderingen worden natuurlijk toegelaten. De toepassing van dit beginsel op verschillende rechtsinstituten wordt in de wet uitvoerig uiteengezet. Voor het procesrecht geldt hetzelfde beginsel.

Tot tijd en wijle het herziene wetboek, de verbintenissen betreffende, in werking zal zijn getreden, worden verschillende bepalingen in de daarvoor geldende Bondswet ingelascht onder no. 271 *a* tot en met *g*, welke den verkoop van onroerende goederen regelen en onder no. 273 *a* tot en met *p*, die over schenkingen handelen.

Voorts worden wijzigingen aangebracht in de Bondswet van 11 April 1889 over de vervolging wegens schulden en het faillissement.

De Bondswet van 25 Juni 1891 regelende het burgerlijk recht der in Zwitserland gevestigde of verblijvende vreemdelingen en der elders gevestigde of verblijvende Zwitsers wordt gewijzigd onder no. 7 *a* tot en met *i*.

Na uitdrukkelijke verklaring dat alle met het Bur-

gerlijk Wetboek strijdende bepalingen bij zijne invoering worden afgeschaft, worden nog onderscheidene wettelijke bepalingen uitdrukkelijk als ingetrokken vermeld.

Hoewel ik eene korte mededeeling van den inhoud der overgangsbepalingen niet overbodig achtte, zal ik daarop niet verder ingaan, omdat zij, strikt genomen, niet tot het door mij besproken onderwerp behooren (1).

(1) Eene lijst van de belangrijkste thans op burgerrechtelijk gebied in Zwitserland geldende wetten en rechten vindt men in het werk van C. SOLDAN, *t. a. p.*, pag. XII—XXII.

Het begrip „eigendom”.

Artikel 625 van het Burg. Wetboek is voor ieder jurist een oude bekende, ik wil niet zeggen een goede oude bekende, want het heeft reeds heel wat hoofdbrekens gekost en, zoowel wat betreft zijn inhoud als zijn vorm, heel wat kwaads van zich hooren vertellen. In een bespreking van dit artikel zal ik mij dan ook niet begeven, noch daarop kritiek oefenen of nagaan of de heftige aanvallen, waaraan het van verschillende zijden heeft blootgestaan, ook werkelijk verdiend waren. Een dergelijke bespreking zoude allicht het karakter krijgen van een opstel over een opstel, of liever, in dit geval, over opstellen.

Toch meen ik, dat wel door ieder toegegeven zal worden, dat over het begrip „eigendom” nog niet het laatste woord is gezegd. Ik wil trachten door deze beschouwingen iets bij te dragen tot een juiste opvatting hiervan, en zoo het kan tot verheldering van inzicht in sommige punten.

Naar de tegenwoordig heerschende opvatting heeft men in het vermogensrecht twee hoofdgroepen te onderscheiden, de absolute naast de relatieve vermogensrechten. Het kenmerk ter onderscheiding van deze twee complexen wordt gezocht in de als gerechtigden en verplichten tegenover elkander staande rechtssubjecten. Waar één gerechtigde tegenover alle anderen als verplichten of omgekeerd één verplichte tegenover alle anderen als gerechtigden staat, heeft men met een absoluut vermogensrecht te doen; waar echter één, of een bepaald

aantal gerechtigden tegenover één, of een bepaald aantal verplichten staat, met een relatief. Eén verplichte tegenover allen als gerechtigden is een in ons privaatrecht niet voorkomende figuur; haar gebied is tot het publiekrecht beperkt. Bij de absolute rechten, die tot het terrein van het privaatrecht behooren, staat de bepaalde persoon (of het aantal bepaalde personen), die gerechtigd is, op den voorgrond; de verplichting van alle anderen daartegenover is eene negatieve, bestaande in zich onthouden. Deze verplichting is natuurlijk van het allergrootste belang, zij geeft aan den gerechtigde den waarborg, dat hij ook werkelijk aan zijn recht iets zal hebben, geeft aan de zaken voor een deel hun waarde, maar geeft geen recht op een bepaalde praestatie. Derhalve niet de verplichting zelf wordt door den passief gebundene gevoeld, maar haar complement door den actief gebundene. Bij de relatieve rechten daarentegen staat de verplichte op den voorgrond en deze verplichting is in tegenstelling met de zooveen genoemde, als eene positieve te omschrijven. Positief in dezen zin, dat zij tot een bepaalde praestatie moet leiden, hetzij deze praestatie zelf dan positief of negatief is, strekt, zooals art. 1270 B. W. zegt, „om iets te geven, te doen, of niet te doen”.

De hoofdgroep der absolute rechten nader verdeelend, verdient het eerst onze aandacht het geheel der zakelijke rechten. Het zakelijk recht is een onderdeel, zoo dan ook het belangrijkste en meest omvattende van de hoofdgroep der absolute vermogensrechten; het is dat absolute recht, dat een heerschappij verschafft over een zaak. LAND (1) zegt: „waarbij een lichamenlijk voorwerp is”. Deze heerschappij kan geheel of gedeeltelijk zijn; door de beschouwing van dit laatste punt komt men tot een verdeling van het genus „zakelijk recht” in verschillende species.

(1) Verklaring van het B. W., II, 2.

In het hier kort aangegeven systeem neemt derhalve het eigendomsrecht de plaats in van zakelijk recht en wordt principieel op één lijn gesteld met b.v. het recht van vruchtgebruik. Hooren wij alweder wat LAND (1) zegt:

„Een zakelijk recht is een recht op een zaak. Het is „een recht op de heerschappij hetzij in haar geheel „(eigendom) hetzij ten deele (de overige zakelijke rechten)”. Het treft reeds onmiddellijk, dat hier van zaak gesproken wordt en dus de zooeven gesignaleerde opmerking, dat bij het zakelijk recht „een lichamelijk voorwerp is”, weder overboord wordt geworpen; dit kan echter voorloopig in het hier besproken verband ter zijde gelaten worden. Professor SCHOLTEN in zijne nieuwe uitgave van Mr. ASSER's Handleiding (2) huldigt denzelfden gedachtingang: „De heerschappij kan de zaak in het geheel „betreffen, zoodat zij in alle opzichten aan ons onderworpen is, als wanneer wij spreken van rechten op „eigen zaak (jura in re propria), of zij openbaart zich „slechts in een bepaalde richting; in zoodanig geval „oefenen wij in een bepaald opzicht rechten uit op de „zaak, die een ander toebehoort, en doen als het ware „een greep in diens eigendom; men noemt dit rechten „op eens anders zaak (jura in re aliena)”. Ik geloof niet, dat deze Romeinsche onderscheiding groot practisch belang heeft, of dat zij in eenig opzicht kan bijdragen tot een juiste waardeering van het begrip eigendom. Zooveel is echter zeker, dat onze jongste commentatoren, om ons hierbij tot hen te bepalen, op deze wijze tusschen het eigendomsrecht en de „overige” zakelijke rechten een

(1) t. a. p., II, 17.

(2) bl. 27.

quantitatief, niet een kwalitatief verschil zoeken (1). Op den verschillenden omvang der bevoegdheden van den eigenaar, vruchtgebruiker, opstaller, erfpachter, enz. wordt in de literatuur telkens en telkens weer gewezen; dit ligt dan ook volkomen in de lijn der genoemde beschouwingswijze. „Het eigendomsrecht is het meest omvattende en belangrijkste van alle zakelijke rechten”, lezen wij bij MODDERMAN-DRUCKER-TICHELAAR (2); behalve de algemeene inleidende beschouwing van Prof. SCHOLTEN (3) om op de terminologie van „dominium directum” en „dominium utile” der Glossatoren te wijzen, eene onderscheiding die ook reeds heel wat harde woorden te slikken heeft gehad, wordt ons door hem het erfpachtsrecht beschreven als dat zakelijk recht „waardoor de eigendom het zwaarst wordt gedrukt” (4). De volheid van den eigendom tegenover de meer of mindere beperktheid der overige zakelijke rechten wordt door tal van andere schrijvers voortdurend als punt van uitgang bij beschouwingen over het wezen van het zakelijk recht genomen; ik wijs b.v. op de dissertaties van VAN STOCKUM (5) en BEEKHUIS (6).

Vindt deze beschouwing, die in het systeem van ons vermogensrecht plaatst één reeks zakelijke rechten — in principe op één lijn staande en alle absolute rechten, die een heerschappij over een zaak verschaffen, omvattend — en dit genus in species verdeelt door het aanleggen

(1) LAND werkt het punt verder uit op blz. 111 en 112. Hij gebruikt daar het beeld, dat de eigendom tegenover de iura in re aliena staat als de regel tegenover de uitzondering.

(2) Handb. v. h. Rom. Recht, II, 84.

(3) blz. 200.

(4) blz. 209.

(5) Beschouwingen over de zakelijke rechten, (1884).

(6) Het beding in zeker perceel een bepaald bedrijf niet uit te oefenen. (1884), blz. 17 vlgg.

van een maatstaf aan de bevoegdheden, waartoe die verschillende rechten legitimeeren, steun in onze wet en is zij materieel juist? Met evenveel beslistheid als ik de eerste vraag bevestigend zou willen beantwoorden, dient m. i. op de tweede het antwoord ontkennend te zijn. Wat het eerste punt betreft, zij gewezen op artikel 584 B. W. — Mr. E. M. MEYERS heeft met scherpzinnigheid betoogd (1), dat in dit artikel eene nawerking te zien is van de onder HAHN's invloed gehuldigde pentarchie, omvattend vijf zakelijke rechten: dominium, pignus, servitus, possessio en hereditas. Hoe de eenigszins andere formulering in B. W. 584 ontstond, en of dit artikel een limitatieve dan wel een enuntiatieve opsomming geeft, moge hier onbesproken blijven, zooveel staat vast, dat eigendomsrecht geplaatst wordt naast de overige zakelijke rechten en dat wel als gelijkwaardige grootheid; het „hetzij — hetzij” is duidelijk. Steun alzoo, maar een, die ontnomen wordt door tal van argumenten voor een tegenovergestelde opvatting. Ik breng deze terug tot twee groepen om aan te toonen, dat vooreerst de terminologie en ten tweede de gecodificeerde wet zelf in sommige bepalingen zich verzetten tegen de principieele gelijkstelling van den eigendom met de overige zakelijke rechten. Wat het eerste punt betreft, wijs ik op een aantal plaatsen in ons B. W., die doen vermoeden, dat de wetgever van 1838 — laat ik maar zeggen — niet heel vast in de leer was, voelde dat hier een moeilijkheid schuilde, en onbewust hiervan in zijn werk deed blijken. Vooreerst toch wordt nòch in art. 625 B. W. nòch in art. 585 B. W. bij de definities van eigendom en bezit van „zakelijk regt” gesproken, wèl bij de omschrijving van opstal (758 B. W.), erfpacht (767 B. W.), vrucht-

(1) In het *Rechtsg. Magazijn* XXVII, (1907).

gebruik (803 B. W.) en hypotheek (1208 B. W.); de servituten worden als een „last waarmede een erf bezwaard is” (B. W. 721) geteekend en met grondrenten en tienden wist men, gelijk zoovelen, geen weg. De moeilijkheden aan een juiste omschrijving, niet minder dan aan een juiste opvatting van het bezit verbonden, verontschuldigen misschien art. 585, maar het ware dan toch in elk geval gewenscht geweest bij het belangrijkste en het eerst behandelde zakelijk recht in art. 625 B.W. dit aan de overige wel gegeven praedicaat, niet te verzwijgen. De Code kan hier niet als zondebok aangewezen worden, immers deze noemde zoowel het eigendomsrecht in art. 544 als het vruchtgebruik in art. 578 een „droit” zonder meer.

De genoemde artikelen in onderling verband geven te denken; nog meer doet dit art. 1210 B. W., ons noemende wat voor hypotheek vatbaar is. Naast vruchtgebruik, opstal, erfpacht, grondrenten, tienden, beklemming worden hier de „onroerende goederen” genoemd. Logisch ware het geweest om in plaats hiervan van eigendom op onroerende goederen te spreken. Nu wordt weliswaar door meerdere schrijvers geleerd, dat het spraakgebruik den „eigendom van een goed” en „het goed” niet onderscheidt, maar vermag dit de moeilijkheid op te lossen? Men spreekt van bezit van een servituut, waarom niet van het bezit van den eigendom van een land? Dit ware, indien werkelijk de eigendom met servituten, vruchtgebruik, e. a. principieel op één lijn stond, als species van het genus „zakelijke rechten”, toch de werkelijke en volledige uitdrukking.

Wanneer de rechten A, B, C, enz. op een lijn staan, hetzelfde karakter vertoonen, en men spreekt van het recht zelf, uitgeoefend door hem die door een titel daartoe gelegitimeerd is, naast de feitelijke uitoefening van dat

recht als bezit daarvan, door de Romeinsche juristen althans quasi-possessio genoemd, dan behoort deze terminologie op alle toepasselijk te zijn. En is dit onmogelijk, dan wordt daardoor toch minstens het vermoeden gevestigd, dat in werkelijkheid heterogene bestanddeelen onder één etiket zijn samengebracht, dat er verschil bestaat in het wezen der verschillende aldus saamgevoegde factoren. De vraag, die mij al lang heeft vastgehouden, en de aanleiding vormde tot deze opmerkingen, is deze: waarom gesproken van vruchtgebruik naast bezit van vruchtgebruik en niet van eigendom naast bezit van eigendom? Dit laatste zou dan toch door verjaring weder tot eigendom van eigendom voeren. De zuiver doctrinaire beschouwing dat, hetgeen men gewoon is als iura in re aliena samen te voegen, zaken en wel zoogenaamde onlichamelijke zaken zijn, die als zoodanig voorwerp van bezit kunnen zijn, verklaart hier niets, want mag dan het eigendomsrecht niet als een zaak in dezen zin en dus ook als voorwerp van bezit beschouwd worden? Ik sprak hier over het bezit van rechten, maar hetzelfde geldt voor den eigendom. Onze wet spreekt, gelijk bekend, ook herhaaldelijk van eigendom van zaken, eigendom van rechten (b.v. B. W. 555, 584, 625): men krijgt dan ook den eigendom van eigendom. Nu acht ik een terminologie als die van bezit van rechten, waar van iura in re aliena sprake is, niet fraai; quasi-possessio zou mij in elk geval meer toelachen, maar ik zie hierin een minder mooie wettelijke uitdrukking, gebezigd omdat het moeilijk is een anderen term te vinden en vooral met het oog op de acquisitieve verjaring. Opdat die rechten door verjaring zullen kunnen worden verkregen, erkent men bezit er van. Dat dit de werkelijke reden is, leid ik b.v. af uit het tweede lid van art. 593 B.W. Omdat men de hier genoemde niet-voortdurende en niet-zichtbare servi-

tuten niet door verjaring verkregen wil zien, om de bezwaring van half het onroerend goed door deze erf-dienstbaarheden buiten bewustheid van den eigenaar te voorkomen, verklaart men ze onvatbaar voor bezit, wat in art. 608 B. W. nogmaals wordt aangedikt door het ontzeggen der bezitsactie, volkomen overbodige mededeeling, daar naast het recht niet nogmaals de actie als casus non dabilis behoeft gesteld te worden: de actie, afgescheiden van en niet berustend op een recht, kent het moderne privaatrecht niet.

Dit alles is natuurlijk een kwestie van wetgevings-techniek; met bezit wordt hier bedoeld de feitelijke uitoefening van een recht, zich manifesterend in feiten, die ter toetsing staan aan de verkeersopvatting, en die, ingeval van bezitsverkrijging door toeëigening, na een jaar voortgeduurd te hebben, door de wet wordt beschermd. Ik meen dit laatste, nu onze nieuwste schrijvers en de latere jurisprudentie van ons hoogste Rechtscollege annaal bezit van onroerend goed aannemen, wat door art. 603 B. W. dan ook hier gelden moet, zonder tegenspraak te mogen zeggen. — Om deze feitelijke uitoefening door den term „bezit” weer te geven, heeft praktische voordeelen, al is het dan ook minder fraai en in het gewone spraakgebruik weinig gangbaar; over het meer of minder fraaie en doelmatige hiervan kan men trouwens verschillend denken. Ditzelfde kan echter niet gelden voor de terminologie eigendom van eigendom. Wanneer principieele gelijkstelling van eigendomsrecht met de iura in re aliena daartoe voert, meen ik die gelijkstelling niet te kunnen aanvaarden. Evenwel, het wordt onmiddellijk toegegeven, er zullen krachtiger argumenten moeten worden aangevoerd dan de hier gewraakte terminologie, om steun te geven aan de opvatting dat het niet aangaat om het eigendomsrecht met het recht van vruchtgebruik en con-

sorten over één kam te scheren. — Het staat voor mij vast, dat tusschen het eigendomsrecht aan de eene zijde en de iura in re aliena aan de andere zijde een principieel verschil aanwezig is. Het zal noodig zijn dit nader te onderzoeken, en vast te stellen, waarin dit verschil bestaat.

Ik wil hiertoe allereerst eenige bepalingen de revue doen passeeren, omdat zij mij aanleiding geven over het begrip eigendom een aantal opmerkingen te maken, die ter juiste waardeering daarvan kunnen bijdragen, en de vraag beantwoording dient te vinden of ook soms dàar het verschil te zoeken is. Ik noem hiertoe:

1o. Art. 576 B. W. — Slecht geredigeerd — men leze in plaats van „geen eigenaar hebben”: „geen ander als eigenaar hebben” — en verschillende dingen dooréénwarrend, is het toch voor ons belangrijk. Van ieder onroerend goed is een eigenaar; is het niemand anders, dan geldt de Staat als zoodanig. Een speciale bepaling voor onroerend goed, ter toepassing op de iura in re aliena niet denkbaar. Is daarvan geen ander als eigenaar aan te wijzen — onze wettelijke terminologie voor recht-hebbende — dan bestaat het recht niet. Komt het recht van den eigenaar te vervallen zonder overgang op een ander, dan vervalt dit aan den Staat, komt daarentegen het recht van den vruchtgebruiker, e. a., op gelijke wijze tot een eind, dan vervalt het aan den eigenaar. Het artikel denkt alleen aan lichamelijke onroerende zaken; zijn zij onlichamelijk, dan vereenigt zich het recht weder met den eigendom (1). Vanwaar deze bepaling? Blijkbaar niet anders dan omdat het algemeen belang wil, dat van ieder onroerend goed een eigenaar is aan te wijzen. Het is dezelfde grond, die het instituut der acquisitieve ver-

(1) LAND, t. a. p., II, 46, noot 3.

jaring billijkt. Mr. LEVY (1) wijst als grond hiervoor aan „de consolidatie der eigendomsverhoudingen door het „afsnijden van twijfel aan haar bestaan”. Terecht voegt hij er bij: „De rechtsorde wil dat vastheid van eigendom blijke”.

Eigendom van onroerend goed zal door den particulier alleen door verjaring bewezen kunnen worden, deze is ten slotte het bewijsmiddel van eigendom. Waar dit onmogelijk is, wordt den Staat de gelegenheid gegeven uit art. 576 zijn eigendomsrecht af te leiden. — Wij zien hier een Germaansch rechtelijk instituut doorwerken; gelijk bekend, kende het Romeinsch recht dit niet, dààr werd de occupatio ook ten aanzien van onroerend goed als modus acquirendi erkend. Het recht in den feodalen Staat bracht het onbeheerde onroerend goed aan den soeverein van den lande, in zijne hoedanigheid van oppersten leenheer; het moderne recht brengt het aan den Staat.

Uit het gezegde blijkt, dat art. 576 een bijzondere bepaling is voor onroerend goed; het vestigt een verschil voor eigendom van roerend en onroerend goed, is dus voor het eigendomsrecht een interne bepaling, die niet tot een verschil tusschen eigendom en iura in re aliena kan doen besluiten, maar ik noem het artikel hier toch, omdat er mede uit blijkt de sociale beteekenis van den eigendom en vooral omdat het mede voert tot enkele opmerkingen over:

2o. Art. 625 B. W. Vanwaar anders de in dit artikel voorkomende terugwijzing naar het publieke recht, betrekkelijk zelden in ons Burgerlijk Wetboek te vinden, dan om den lezer op het hart te drukken, dat hij wel heeft te bedenken, dat de publiekrechtelijke colleges door

(1) Voortzetting van OPZOOMER'S Verklaring, XVI, 8 en vlgg.

hun regelingen — wet en verordening — den eigendom organiseeren zooals zij willen? Men leze om zich hiervan nogmaals te doordringen de beschouwingen van Mr. J. OPPENHEIM in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 en zijn Nederlandsch Gemeenterecht (1), om van Mr. OLIVIERS bekende „Proeve” niet te spreken. — De eigendom is een naar tijd en plaats wisselend begrip; een eigendom met voorop vastgestelden omvang bestaat niet; welke de omvang is, kan dus slechts met het oog op een bepaalde plaats en een bepaald tijdstip worden gezegd. Van het natuurrechtelijk begrip „eigendom” met vasten omvang heeft men zich los te maken; de wet of verordening „beperken” niet den eigendom, een gedachtengang, die met verschillende terminologie telkens in onze jurisprudentie voorkomt, maar „bepalen” hem. Beperkt worden ten hoogste de bevoegdheden, die hij, die volgens de wet als eigenaar geldt, vóór de verordening had. Deze bevoegdheden kunnen onder de heerschappij der verordening in kwestie, grooter of kleiner zijn dan voor haar inwerking treding. [Door het publieke recht wordt de omvang der bevoegdheden van hem, die zich eigenaar kan noemen, dien de wet dezen naam geeft, bepaald, omdat de eigendom in het algemeen belang wordt erkend, en in dat belang tegenover de meest radicale beschouwing zijne rechtvaardiging vindt.

Ik sprak van onze jurisprudentie, en wijs in dit verband op twee vonnissen van betrekkelijk jongen datum. Het eerste is een vonnis der arrondissements-rechtbank te Amsterdam van 9 Mei 1906, opgenomen in W. 8508, waarin de volgende merkwaardige overwegingen voorkomen: „O. dat aan den Gemeentewetgever krachtens „art. 135 der Gemeentewet de bevoegdheid toekomt,

(1) Dl. I, 357 en vlgg.

„verordeningen te maken in het belang van openbare „orde, zedelijkheid en gezondheid....., dat hij tevens „bevoegd is bij die verordeningen inbreuk te maken op „het privaatrecht, speciaal het eigendomsrecht van bijzon- „dere personen”. Ik kan deze wijze van uitdrukken niet gelukkig vinden; vooral die inbreuk op het privaatrecht door den gemeentewetgever maakt een zonderlingen indruk. — Eenigszins anders laat zich de Hooge Raad uit in zijn arrest van 29 April 1907 (W. 8538): „O. dat „echter hierdoor den eigenaars van visch niet alle gebruik „van hunnen eigendom wordt ontnomen, doch zij daar- „door alleen worden beperkt in een der wijzen om over „dien eigendom te beschikken, eene beperking waaraan „die eigendom ingevolge art. 625 B. W. kan worden „onderworpen”. Men komt hierna dan ook geregeld tot de vraag, hoever die inbreuk, die beperking dan wel mag gaan; zoowel het Amsterdamsche vonnis als het genoemde arrest van den H. R. begeben zich in overwegingen daaromtrent, en Rechtbank en Hooge Raad oordeelen hierover blijkbaar zelfs verschillend; men vergelijkte toch met de weergegeven overweging van den laatste die der Rechtbank: „dat alzoo hem (d. i. den „Gemeentewetgever) ook het geheel verhinderen van het „gebruik door den eigenaar vrijstaat”.

Uit de doctrine noem ik b.v. het reeds geciteerde proefschrift van Mr. BEEKHUIS, die vooropstellende, dat alle schrijvers bij het definieeren van het eigendomsrecht het er over eens zijn, dat den eigenaar over zijn zaak alle macht toekomt, dit absolute beginsel overboord werpt als in de practijk onhoudbaar. Men heeft opgespoord op welke wijze en in welke gevallen de uitoefening van het eigendomsrecht aan de ontwikkeling der maatschappij in den weg stond, en onder den naam van „wettelijke beperkingen” van het eigendomsrecht voor-

schriften in de wet geplaatst ter beperking van het recht van den eigenaar om met zijn recht te doen wat hij wil. — Aldus de gedachtengang van Mr. BEEKHUIS (1).

Gelijk reeds gezegd, deel ik deze opvatting van den eigendom als in beginsel een absolute heerschappij verschaffend, maar om practische redenen beperkt, niet. Men leze de schitterende uiteenzetting van VON IHERING (2), waarom hij de opvatting „daz das Wesen des Eigentums „in der Unumschränktheit der Herrschaft des Eigentümers „bestehe, und daz jede Beschränkung desselben im „Grunde einen Eingriff in dasselbe enthalte, welcher mit „der Idee des Instituts unvereinbar sei” voor niet minder dan „eine grundirrig” houdt. Boven allen munt ook hier weder OTTO GIERKE (3) door zijn juiste beschouwingen uit. Ik weersta de verleiding niet ook daarvan iets weer te geven: „Aus römischer Auffassung geschöpft, und für „uns unbrauchbar sind die Definitionen, nach denen das „Eigentum ein „an sich” schrankenloses oder absolutes „und ausschliessliches Recht ist, und daher alle Eigentumsbeschränkungen entweder einen Bruch mit der „Konsequenz des Eigentumsbegriffs enthalten oder nicht „das Eigentum selbst, sondern nur dessen Ausübung „treffen. Für das heutige Recht darf der Begriff des Eigentums nur so gefasst werden, dass er von vornherein die „Relativität und Beschränktheit der privaten Sachherrschaft in sich schliesst, die Abzweigung von Teilherrschaft „offen hält und die koordinierte Stellung der begrenzten „dinglichen Rechte wahrt” (4).

(1) t. a. p., 19 en 22.

(2) Der Zweck im Recht, 4^e Auf., I, 404—415.

(3) Deutsches Privatrecht, II, 348, noot 2.

(4) In denzelfden geest laat zich uit: HEINRICH DERNBURG, Pandekten, I, 438. — Cf. verder: OPZOOMER, III, 229; LAND, II, 115—117; SCHOLTEN-ASSER, 69; BAUDRY-LACANTINERIE, V, 156 vlgg.

Deze opmerkingen mogen niet nieuw zijn, zij hebben m. i. een niet gering te schatten beteekenis, waar het begrip eigendom in onderzoek is. Ik sta daarom bij dit publiekrechtelijk karakter van den eigendom nog eenige oogenblikken stil. In de eerste plaats om te wijzen op tal van bepalingen uit den vierden titel van het tweede boek B. W. „Er bestaan tusschen de eigenaars van naburige „erven regten en verplichtingen” zegt art. 672 B. W. De reden hiervan is alweder in het algemeen belang te zoeken. Hieraan toch wordt niet alleen de omvang getoetst der bevoegdheden van hem, die als eigenaar te boek staat, maar tevens bepaalt dit zijn rechten en verplichtingen tegenover andere eigenaars. Uit deze artikelen blijkt dus mede, wat ik reeds noemde, naar aanleiding van art. 576 B. W., het sociale karakter van den eigendom.

Historischen steun vindt deze opvatting in het Germaansch recht. Het Germaansche eigendomsrecht gaf vanouds een heerschersrecht, van het hebben van grondeigendom hing het aandeel aan de volksgemeenschap af, het had een publiekrechtelijke beteekenis. In zekere mate geldt thans nog hetzelfde. Het publiekrechtelijk heerschersrecht aan den grondeigendom verbonden is natuurlijk niet meer aanwezig, het is verdwenen tegelijk met de Republiek der Vereenigde Nederlanden, waaronder het hoogtij had gevierd. Daarna werd het eigendomsrecht als zakelijk recht in het privaatrecht gecodificeerd, hoewel het daarin een plaats kreeg, die op de vermogensrechtelijke beteekenis er van te veel en te uitsluitend lette. Ik zie hierin een terugtred op den weg ter juiste afbakening en onderscheiding van het publiek- tegenover het privaatrecht. Hierdoor is het begrip verduisterd en ontstond de moeilijkheid om een juiste definitie te vinden; dit was de oorzaak der moeilijke geboorte van art. 625 B. W., waarvan Prof. OPPENHEIM in zijn aangehaald artikel spreekt.

In het algemeen belang wordt de privaateigendom erkend, onder den mits dat hij dan ook door wet en verordening kan worden omlijnd en naar den inhoud bepaald. Het is art. 625 B. W., dat dezen mits constateert. Is met het verdwijnen van de bevoegdheid van den grondeigenaar om bestuursrechten uit te oefenen, in ons tegenwoordig recht dus, ook verdwenen het belang om op deze wijze het eigendomsrecht te beschouwen?

Neen, op deze wijze leert men vrede hebben met de macht van onze publiekrechtelijke colleges om, zooals ik het reeds noemde, den eigendom te organiseeren zooals zij willen. En deze vrede is van des te meer belang, naarmate de regelingen op dit gebied — speciaal die van den gemeentewetgever — veelvuldiger worden, en in de practijk wel bijna steeds op vermindering der vóór het bestaan der regeling erkende bevoegdheden van den eigenaar zullen neerkomen. Want wanneer deze colleges zich aan het organiseeren in deze zetten en een inkrimping der bevoegdheden, die den eigenaar op dat oogenblik daar ter plaatse toekomen, nuttig of wenschelijk achten, hebben zij te beslissen in een belangenconflict. Zij hebben tweërlei belang tegen elkander af te meten: vooreerst het algemeen belang dat vraagt om erkenning van den privaateigendom, omdat het individu voor zijne ontwikkeling en dus tevens de maatschappij in haar geheel voor de hare, deze noodig heeft; en in de tweede plaats het algemeen belang, dat eischt dat deze privaateigendom niet in willekeur overgaat, dat het ten nutte der maatschappij erkende eigendomsrecht ook werkelijk ten haren nutte dienstbaar worde gemaakt. Deze twee belangen moeten worden afgemeten, en nagegaan, welk het zwaarst weegt. En hierin ligt de waarborg, dat de privaateigendom niet weerloos staat tegenover de regelingen van het openbaar gezag, wat het geval zou zijn, wanneer zijn

bestaan alleen door het belang van het individu werd geëischt. Dan toch zou dit individueel belang steeds bij het algemeen belang, dat geen absolute heerschappij kan erkennen, moeten achterstaan en ontbrak de rem bij het organiseren, die thans hierin ligt, dat niet een meerwaardig tegenover een minderwaardig, maar twee gelijkwaardige belangen tegenover elkander staan. Mr. OPPENHEIM (1) waarschuwt terecht tegen het te ver gaan van het publiek gezag hierbij. Evenzoo Mr. H. Vos (2), die er bij voegt: „Maar het middel daartegen is niet de „rechtspraak des rechters, maar het cassatierecht der „Koningin op grond van art. 153 der gemeentewet wegens „strijd met het algemeen belang”. Ik zou er nu bij kunnen voegen: het algemeen belang, dat privaateigendom wordt erkend.

De vraag doet zich nu voor: hoe staat het in dit opzicht met de iura in re aliena? Is hier soms een verschilpunt aanwezig? Ik meen van niet, maar geloof tevens door de bespreking van deze vraag het gezochte verschil wèl te vinden. Ook de iura in re aliena worden, gelijk trouwens ieder privaatrecht, in het algemeen belang erkend. Het blijkt onmiddellijk, wanneer men aan de tienden denkt: op de overweging dat het algemeen belang met het bestaan daarvan niet langer was gediend, volgde de afschaffing. Sprekend is ook art. 857 B. W. De rechtspersoon geniet een vruchtgebruik slechts dertig jaar. Maar het tweede punt verdient meer aandacht. Ook de omvang der bevoegdheden, die den gerechtigde hier toekomen, wordt door het publiek gezag bepaald, ook door de lagere organen van den Staat, hoewel eenigszins anders dan wij bij den eigendom gezien hebben. De

(1) Ned. Gem. I, 361—364.

(2) *Themis*, LII, 253.

gemeentewetgever kan wel bepalen, dat den eigenaar zekere handelingen verboden zullen zijn, niet den vruchtgebruiker b.v. qua talis. Dit spreekt vanzelf, het zou toch hiertoe leiden, dat bij de eindiging van het recht van dien vruchtgebruiker het verbod verviel en den eigenaar, terugtrekkende in zijn heerschappij, de vroeger verboden handelingen weder vrij stonden. De organisatie heeft plaats van de bevoegdheden over een goed, hetzij deze nu door den eigenaar als eigendomsbevoegdheden, hetzij door den vruchtgebruiker als vruchtgebruiksbevoegdheden worden uitgeoefend. Het subject is het publiek gezag onverschillig, daar het slechts de absolute heerschappij heeft te breken. De eigendomsbevoegdheden worden georganiseerd en daardoor tevens indirect die van hem, wien een *ius in re aliena* toekomt; de organisatie van deze is dus slechts gevolg. Waarom?

Omdat deze rechten afgeleid zijn uit het eigendomsrecht, omdat tusschen eigendom aan de eene zijde en de *iura in re aliena* aan de andere zijde, eene verhouding bestaat als die van moeder tot kind. Alle zakelijke rechten staan niet gecoördineerd op één lijn, maar de *iura in re aliena*, onderling gecoördineerd, staan gesubordineerd onder hun gemeenschappelijken stam, den eigendom.

Wij komen hierdoor op het principieele verschil tusschen de twee, waarnaar wij zoeken. De *iura in re aliena* geven alle een zeker aantal heerschappijrechten, waardoor het karakter van het recht geteekend wordt; deze omvang der bevoegdheden van den rechthebbende is beslissend voor het aanwezig zijn van dit of dat recht. Terecht zegt LAND (1) dan ook, dat deze rechten alle „vaste grenzen hebben”. De vruchtgebruiker b.v. heeft het recht van gebruik en van vruchtgenot, splitst men dit

(1) t. a. p., II, 111.

laatste er af, dan is daarmee tevens een ander zakelijk recht, dat van gebruik, ontstaan.

Dit is, gelijk bekend, bij den eigendom anders. Hoeveel bevoegdheden ook, doordat aan anderen een recht van vruchtgebruik, een servituut, enz., toekomt, door den eigenaar als zoodanig niet kunnen worden uitgeoefend, hij is en blijft eigenaar. Daar is dus het recht niet van de bevoegdheden, waartoe het leidt, afhankelijk. OPZOOMER (1) komt dan ook op tegen „een valsche bepaling „van den eigendom, als ware die slechts de som van „een grooter of kleiner aantal bevoegdheden, terwijl hij „inderdaad niet haar som maar haar totaliteit is, of „liever haar eenheid. Ware hij toch niets meer dan haar „som, zoo ware hij niet langer aanwezig, zoodra al was „het maar één van die bevoegdheden er aan ontbrak. „Nu hij haar eenheid is, blijft hij in stand en wordt in „zijn natuur niet aangetast, niet in zich zelf verminderd „of gedeeld, waar hij eenvoudig beperkt en slechts in „zijne bevoegdheden verminderd of gedeeld wordt”. Wat deze laatste opmerking betreft vergelijkte men, wat ik reeds boven van GIERKE citeerde. Het is ten slotte weer dezelfde die het kort en afdoende aldus zegt: „Das „heutige Eigentum ist elastisch. Es verträgt die Minderung „seines Inhaltes durch Rechte Dritter” (2).

Het is deze elasticiteit van den eigendom, die hem principieel van de iura in re aliena doet verschillen, en die tevens dit andere punt omvat — om een uitdrukking van Prof. FOCKEMA ANDRÉE (3) in een ander verband te gebruiken — dat zijn natuur consolidatie medebrengt: er bestaat bij hetgeen van den eigendom is afgeleid,

(1) Dl. III, 229.

(2) D. Privatrecht, II, 365.

(3) Het Oud-Ned. Burg. Recht, I, 327.

een tendenz, om er zich weder mede te vereenigen, zoodra de mogelijkheid daartoe geboren is.

Het is hierom, dat de organisatie van den eigendom door de publiekrechtelijke colleges zich voortplant over de iura in re aliena, en ook daar gevoeld wordt. De wet geeft aan tot welke heerschersbevoegdheden deze verschillende rechten legitimeeren, maar welke omvang die heerschersbevoegdheden hebben, zal uit de organisatie van den eigendom, zooals die op een bepaalde plaats op zeker tijdstip bestaat, moeten worden opgemaakt.

De eigenaar zal niet, de vruchtgebruiker, e. a. zullen wel een bepaling der wet moeten kunnen aanwijzen, die tot deze of gene daad van heerschappij het recht geeft, omdat de eigendom een algemeenheid van bevoegdheden geeft, de iura in re aliena bepaald aangewezen. Wordt nu den vruchtgebruiker het recht van gebruik gegeven, dan heeft hij dit voor zoover de eigenaar het zou hebben. Immers waar een afgeleid recht bestaat, zal men om den omvang hiervan te kunnen bepalen, tot de bron zelf moeten teruggaan: de rechthebbende bij de iura in re aliena kan zijn auctor niet over het hoofd groeien, deelt met de lusten ook de lasten, vervult ten deele de rol van eigenaar en is daardoor tevens tot de aan deze toekomende bevoegdheden beperkt. De publiekrechtelijke colleges organiseeren m. a. w. de heerschappij van het individu over de goederen der aarde, hetzij nu deze heerschappij die van den eigenaar of van een ander zakelijk gerechtigde betreft; de organisatie treft allen, den eigenaar direct, den vruchtgebruiker, e. a., indirect voor zoover hij tot de heerschappij van den eigenaar gerechtigd is, en hoever dit is, bepaalt de wet. Het B. W. bepaalt welke heerschappijrechten den gerechtigde bij de iura in re aliena toekomen, moet dit bepalen, omdat de gerechtigde alleen de hem gegeven heerschappijrechten

heeft; behoeft en kan dit niet bepalen voor den eigenaar, omdat hij alle heerschappijrechten heeft voor zoover niet een ander met de wet in de hand aantoot, dat ze hem toekomen.

Maar wat nu het gebruik is, dat van het aldus uitdrukkelijk toegekende of niet bestreden heerschappijrecht gemaakt mag worden, wordt door het publiek gezag — zoowel het Rijk als de lagere organen — bepaald, na toetsing aan de eischen van het algemeen belang.

Noemde ik nu de elasticiteit van den eigendom het kenmerkende daarvan, dan doelt dit dus op zijn verhouding tot de overige zakelijke rechten, en omvat tweeërlei: 1^o. bij den eigendom heeft de rechthebbende een algemeenheid van heerschappij — bij de iura in re aliena een bepaalde — door de wet omschreven — heerschappij; 2^o. hoeveel heerschappij derhalve de eigenaar heeft, doet niet ter zake voor het karakter van zijn recht, wel daarentegen bij de overige zakelijke rechten.

Er is één punt, dat ik hier — zij het dan ook met een enkel woord — wensch aan te stippen: het instituut der verjaring. De zakelijke rechten gaan te niet door verjaring, zegt de wet (B. W. 754, 765, 783, 801 en 854). Mr. I. H. HIJMANS heeft in zijn geschrift „*De Verjaringsinstituten*” I (1892) aangetoond, dat hier door niet gebruik de zakelijke rechten te niet gaan, dat dus de juiste term non-usus is en art. 754 de juiste formulering geeft. Van deze non-usus, waardoor het recht in kwestie zelf komt te vervallen, is bij het eigendomsrecht geen sprake (1) en het is op de volgende gronden dat dit door hem betoogd wordt: „Dit kon ook niet, waar zij (de non-usus) „juist dient om den eigendom zelve te bevrijden van

(1) Op andere gronden worden door den schrijver ook hypotheek, pandrecht en jachtrecht aan de werking van den non-usus onttrokken. Ik laat dit daar.

„langen tijd niet uitgeoefende rechten. De eigenaar moet „een waarborg hebben, dat niet na langen tijd van rust, „plotseling iemand een recht op zijn goed kan laten „gelden. Dit nu gaat natuurlijk niet op, waar een eigenaar „zelf zijn zaak ongebruikt laat; want zijn recht drukt „niet op eens anders goed. Tegenover hem staat niemand, „bij wien het enkele feit reeds van zijne niet-uitoefening „eenige verwachting kan opwekken”. Hoe is het dan wèl met den eigendom? De eigendomsactie verjaart in 30 jaar, zonder dat daarom het recht zelf behoeft te zijn verloren gegaan; men neemt hier de zgn. zwakkere werking der verjaring aan, in tegenstelling met hare werking bij de persoonlijke acties. Zoo o. a. Prof. VAN BONEVAL FAURE (1), en ik geloof terecht. Wij krijgen dus dezen toestand, dat na dertig-jarig niet-gebruik van de iura in re aliena deze rechten zijn vervallen, terwijl onder vooropstelling van dezelfde omstandigheid, het eigendomsrecht voor den eigenaar behouden kan zijn. Ik zeg „kan”; òf het werkelijk is blijven bestaan, zal afhangen van dit andere punt, of een ander het gedurende dien tijd te goeder trouw heeft bezeten, en dus door usucapio van zijn zijde, het recht voor den vroegeren eigenaar deed verloren gaan. Dan gaat zijn recht echter te niet, omdat een ander het verkregen heeft; dertig-jarig niet-gebruiken van den eigendom doet op zich zelf het recht niet te niet gaan. Men zegt: dit is van practisch belang, omdat zijn recht niet in deze enkele actie opgaat. Aldus b.v. Prof. FAURE (2) en Prof. SCHOLTEN (3). — Welke is nu de reden, dat maakt b.v. de vruchtgebruiker gedurende 30 jaar geen gebruik van zijn recht, dit vervalt en het recht dus

(1) Ned. Burg. Proc. I, 296.

(2) t. a. p. I, 299.

(3) ASSER-SCHOLTEN, 496.

met den eigendom consolideert; terwijl de eigenaar na zijn recht 30 jaar te hebben laten rusten, er in het 31ste jaar weer kalm gebruik van kan maken, behalve dan tegen hem, die het gedurende 30 jaar te goeder trouw had. Uit de wijze, waarop ik de vraag inkleedde, zal de beantwoording, zooals die m. i. dient te zijn, reeds kunnen worden opgemaakt: omdat bij den eigendom niet de tendenz tot consolidatie bestaat, omdat het niet een uit een ander recht afgeleid recht is, omdat er geen recht is, waarmede het zich kan consolideeren. Het verschil in deze tusschen eigendom aan de eene zijde en de iura in re aliena aan de andere, wordt dus ook door het verschil in wezen tusschen het een en het ander verklaard; hetgeen trouwens ook moet, wanneer dit werkelijk het principieele verschil er tusschen is.

Nu is het echter iets anders, wanneer men vraagt: is deze toestand wenschelijk? Ik geloof het niet, en meen dat er lege ferenda zeer zeker iets voor te zeggen zou zijn, ook den eigendom aan de non-usus te onderwerpen.

Het geval zal zich in de practijk niet dikwijls voordoen, maar er zijn zonderlingen, en het is denkbaar, dat iemand zijn eigendom dertig jaren niet gebruikt. Ik geloof, dat het algemeen belang in dit geval medebrengt, ook hier de non-usus het niet-gebruikte en daardoor, van uit een oogpunt van algemeen belang, misbruikte recht te doen verliezen. De non-usus hier dus gemotiveerd door overwegingen van algemeen belang, waarvoor die van Mr. HIJMANS ter motiveering van het tegenovergestelde moeten wijken, waar deze zich slechts op individueel belang baseeren.

Het zij mij vergund alsnu ten slotte in herinnering te brengen, dat het Deutsche B.G.B. door zuivere en consequent doorgevoerde terminologie navolging verdient, wanneer het, na eerst bezit en eigendom te hebben

behandeld, daarna de verschillende iura in re aliena telkens met de definitie inleidt: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dasz.....” (§§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1204). Reeds den oppervlakkigen lezer der wet moet hierbij de gedachte opkomen, dat deze rechten in karakter en wezen onderling overeenkomen, en het eigendomsrecht — ik zou haast zeggen — als meerdere daarboven staat.

Aan dit voorloopig resultaat knopen zich andere beschouwingen vast, noodig om het begrip eigendom in zijn geheelen omvang te omvatten. Vragen wij ons nl. af: Wat is voor dit recht vatbaar, welke kunnen zijn objecten zijn? Art. 555 B. W. antwoordt hierop: alle goederen en rechten, alle zaken.

De wet kent eigendom van onroerend goed, van roerend goed en van rechten.

Wat het roerend goed betreft, dient een enkele opmerking gemaakt te worden.

Is hier hetzelfde recht aanwezig als bij onroerend goed? Het punt wordt uitvoerig besproken door ANDREAS HEUSLER (1), die wijst op de sociale verhoudingen, die er toe geleid hebben, dat het recht ten aanzien van roerend goed betrekkelijk reeds vroeg het eindpunt van zijn historische ontwikkeling heeft bereikt, ten aanzien van onroerend goed daarentegen steeds tot fijnere en meer volmaakte vormen kwam. Hierop volgt een betoog, als ware „Eigenthum und Pfandrecht an Fahrnis das gleiche „Recht wie Eigenthum und Pfandrecht an Liegenschaften, „trotz der Verschiedenartigkeit in Begründung der dinglichen Rechte und der Beschränkung der Mobiliarklage „gegen gutgläubige dritte Erwerber”. Van de verschillende

(1) Institutionen des D. Priv. Rechts, II, 1 vlgg.

theorieën over art. 2014 B.W. verkondigd, noem ik als de verst reikende die van LAND (1): „Door de uitsluiting „van alle absoluut recht op roerend goed wordt feitelijk, „en voor zoover hij de zaak behoudt, de toestand voor „dien houder als die van een eigenaar, maar m. i. is het „toch juister dien toestand niet met den naam van eigendom „te bestempelen”, „..... allerlei bepalingen.... spreken van „den eigendom van roerend goed, alsof die nog steeds „evenzeer bestond als bij onroerend goed”. Ik geloof, dat het goed recht aan de zijde is van den grooten Germanist, dat het verschil tusschen het recht op roerend en onroerend goed een verschil in uitwerking is, noodzakelijk door de eischen van het verkeer, verklaarbaar door het verschil in wezen tusschen het roerend en onroerend goed. De wijze van verkrijgen en verliezen van het eigendomsrecht zijn bij beide zeer zeker verschillend, maar op het oogenblik, waarop het bestaat — en dit is natuurlijk het beslissende moment — is het een en hetzelfde recht. Ik heb vroeger anders gedacht, maar geloof toch niet dat dit is vol te houden. De eigenaar van roerend goed heeft een eigendomsactie zo goed als die van het onroerende; tegenover den bezitter van 2014 B. W. heeft hij deze niet, omdat hij het recht niet meer heeft. Ik beschouw dus bezit bij roerend goed als een wijze van eigendomsver verkrijging en 2014 B. W. als wel den bezitter, niet den houder tot eigenaar makend. Werd ook deze eigenaar, dan had LAND gelijk, maar historische interpretatie van 2014 B. W. voert tot een andere leer dan de zijne omdat, de verklaring van het artikel, zooals m. i. behoort, in het Fransche recht zoekende, blijkt dat het ontstaan is als exceptie tegen de algemeen geldende reivindicatie

(1) t. a. p. II, 88; dezelfde, Rechten op Zaken naar het Ontwerp tweede Boek B.W., 74.

van roerend goed, vrucht der receptie van het Romeinsch recht. Een exceptie, die gegeven werd in gevallen van abus de confiance.

Waar dit laatste niet voorlag, wanneer dus b.v. hij, aan wien het roerend goed is toevertrouwd, dit nog onder zich heeft, gold dus deze reivindicatie. Ik roerde deze punten slechts aan, omdat uitvoerige bespreking van deze kwestie buiten de grenzen valt, aan deze verhandeling gesteld.

Beschouwen wij het eigendomsrecht op rechten nader en vangen daarbij aan bij de zakelijke rechten, dan ligt dit spraakgebruik in dezelfde lijn als het spreken van bezit van rechten. Bekijken wij de zaak nader, dan springt onmiddellijk in het oog, dat met „eigendom” in deze terminologie toch iets anders bedoeld moet zijn dan met het door ons als elastisch geschetste recht, dat wij tot hiertoe bespraken.

Spreekt men bij de zakelijke rechten eenmaal van bezit, niet gelijk de Romeinen van quasi-possessio, dan is er ook geen reden om hier het woord eigendom niet te gebruiken. Maar dit woord alleen, vooral wanneer over het gebruik ervan, als rechten het object vormen, gestreden wordt, mag ons niet voldoende zijn. De schrijvers zijn hier zeer verdeeld. Gelijk bekend gebruiken de Romeinsche juristen reeds de termen *dominium usus-fructus, servitutis, hereditatis, proprietatis*: — men zie b.v. l. 3 D. VII, 6 en l. 17 D. VII, 4 — volgens MODDERMAN (1) wordt dan „het woord eigendom in oneigenlijken zin gebezigd”. De grootmeester der Romanisten, WINDSCHEID drukt zich aldus uit: „Als Gegenstand des „Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet „worden. Diess erleidet nur insofern eine Abweichung,

(1) Handb. v. h. R. R., II, 88.

„als auch eine Gesamtheit von körperlichen Sachen
 „den Gegenstand des Eigenthums bilden kann. Dagegen
 „darf von einem Eigenthum an dem, was das römische
 „Recht technisch mit dem Ausdruck *res incorporalis*
 „bezeichnet, nicht geredet werden. *Res incorporales* in
 „diesem Sinne sind Rechte; wenn man Jemandem Eigen-
 „thum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den
 „Sinn haben, dass man diese Rechte als ihm zustehend
 „bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses
 „Recht zu, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte” (1).
 Hij waarschuwt daarna er tegen om niet uit het gebruiken
 van het woord eigendom in dit geval, verkeerde gevolgtrekkingen te maken. Men vindt een analoog betoog bij
 OPZOOMER (2), ter vermindering van het lichtvaardig toe-
 passen op de rechtmatige uitoefening van rechten van
 regels, die voor den eigendom gelden en aan het begrip
 van zijn wezen ontleend zijn. DIEPHUIS huldigt een
 uitgebreider opvatting, sluit zich volkomen aan bij art.
 555 B.W. en erkent zoowel bij persoonlijke (3) als bij
 zakelijke rechten (4) eigendom, dien hij definieert als
 „het regt, uit kracht waarvan een zaak aan iemand
 „toebehoort, de zijne is, of het regt, 't welk iemand heeft
 „op de zaak die hem toebehoort” (5) (6).

(1) Lehrb. des Pandektenrechts, I, 563. (5168)

(2) III, 231. — Men zie ook Prof. LAND, Verklaring, II, 13: «het dient tot niets van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken» en hetgeen hij daar en op blz. 114 opmerkt. — SCHOLTEN-ASSER, blz. 69.

(3) VI, 27—28.

(4) VI, 481.

(5) VI, 18.

(6) Terwijl ik dit schrijf, lees ik in het laatst verschenen W. 8777 in een vonnis Rb. Arnhem over «eigenaren van het tiendrecht onder Neder-Asselt». — Ik zou ook de aandacht willen vestigen op de door de Staatscommissie van 1905 voorgestelde redactie van art. 151 der Grondwet.

Het Germaansche recht huldigt ongetwijfeld een ander dan het in ons B. W. ingenomen standpunt, „onderscheidt „scherp en juist tusschen zaken en zakelijke rechten. De „laatste zijn die, welke het doorgaande genot van eene „zaak geven, en zich dus kunnen openbaren, en bij „regelmatige toestanden ook werkelijk openbaren door „de „weer”, het Germaansche bezit van die zaak. Het „zijn o. a. eigendom, leenrecht, tijnsrecht, beklemming, „vruchtgebruik. Zaken daarentegen zijn de objecten van „deze genotsrechten. Zakelijke rechten zijn niet tevens „zaken. Het leenrecht, het vruchtgebruik is zoo min een „zaak als het eigendomsrecht” (1). Wel daarentegen worden als zaken — onlichamelijke onroerende zaken — beschouwd: tienden, erfdiensbaarheden, visscherij- en jacht-rechten, enz.

HEUSLER (2) zegt hierover terecht: „Die unkörperlichen „Immobilien des deutschen Rechtes sind nicht Rechte „schlechtweg wie ususfructus, obligatio u. a. im Sinne von „GAIUS II, 14, sondern es sind Rechtsame, welche überhaupt nur als Objecte des Sachenrechtes, als Gegenstand „des Eigenthums, der dinglichen Rechte, der Gewere, der „dinglichen Klage u. s. f. im Rechtsleben zur Erscheinung „und zur Verwerthung gelangen können”.

Wij hebben ons hierover eerst een oordeel te vormen. Dit zal m. i. moeten zijn, dat inderdaad „eigendom” in deze terminologie een anderen zin heeft; sprekende van eigendom van zakelijke rechten heeft men het begrip eigendom, zooals dit tot dusver door ons besproken werd, en waaraan de naam *eigendom in engeren zin* te geven

(1) Mr. S. J. FOCKEMA ANDREE, Het Oud-Nederl. Burg. Recht, I, 167. Zie t. z. p., 174.

(2) Instit., I, 336. Men vergelijk ook RICHARD SCHRÖDER, Lehrb. der D. R. G., 4^e Aufl., 274 en 727. Anders GIERKE, t. a. p., I, 271.

zou zijn, uitgebreid. Hierdoor heeft zich het begrip zelf echter gewijzigd, heeft men een *eigendom in ruimeren zin* gekregen. Dit dient natuurlijk nader uiteengezet te worden, en ik meen het met weinige woorden te kunnen verduidelijken.

De terminologie bij de *iura in re aliena* wordt nu aldus, dat het bezit en eigendom tegenover elkander gesteld worden; er worden om zoo te zeggen twee groepen onderscheiden, aan de eene zijde eigendom van alle *iura in re aliena*, aan de andere zijde bezit daarvan. Dit is het eindpunt van eene historische ontwikkeling; door het vaststellen hiervan, zal tevens het begrip „eigendom” bepaald zijn. De eerste phase is deze, dat alleen hij wiens heerschappij op een recht gebaseerd is, ik zou willen zeggen, de werkelijk rechthebbende, beschermd wordt. De eigenaar, vruchtgebruiker, enz. heeft een actie, zijn recht kan alleen een goed tot voorwerp hebben. Het ligt voor de hand, dat hierin werkelijk het beginpunt gezien moet worden; het recht omvat allereerst het waarneembare, breidt zijn begrippen bij verdere ontwikkeling uit over het niet waarneembare. Men erkent vervolgens, dat naast den eigenaar van een goed ook de bezitter aanspraak kan maken op bescherming, geeft hem ter voorkoming van eigenrichting een actie. Hetzelfde gaat men bij de *iura in re aliena* doen. Wie een dergelijk recht feitelijk heeft uitgeoefend, beschermt de wet door het verleenen van een actie, een bezitsactie bij analogie, terwijl men hem, die deze actie heeft, eveneens bij analogie bezitter noemt. De tegenstelling wordt nu deze, dat men hem, die niet slechts aldus bezitter is, wiens heerschappij niet op willekeur maar op een recht rust, eigenaar gaat noemen. Het engere, oorspronkelijke begrip eigendom, waarvoor alleen lichamelijke zaken vatbaar zijn, wordt op deze wijze uitgebreid tot het meer ruime begrip eigendom,

maar het is daarmee gewijzigd van positief tot negatief. Eigendom van een goed is een zakelijk recht, dat van ouds door een actie wordt beschermd; eigendom in zijn ruimere beteekenis de tegenstelling van het bezit. Terwijl met andere woorden bij goederen eigendom eerst wordt erkend en daarna het bezit, treft men bij de iura in re aliena eerst het bezit aan en vormt zich hierdoor het idee, dat daar ook eigendom bestaat als tegenstelling tot dat bezit, bij analogie van de tegenstelling eigendom-bezit bij lichamelijke zaken. Deze negatieve beteekenis aan het ruimere begrip eigendom inhaerent, blijkt b. v. duidelijk bij eene verklaring van art. 609 B. W. als LAND (1) geeft. Hij zegt: „bij een geschil opzichtelijk de „geldigheid van den rechtstitel, d. i. bij een proces ten „petitore”. Van de in genoemd artikel ter sprake zijnde niet-zichtbare en niet-voortdurende erfdienstbaarheden is bezit niet mogelijk, dus ook geen proces over het bezit; de tegenstelling daarvan, het proces over het al dan niet bestaan van een zoodanige erfdienstbaarheid: proces ten petitore. DIEPHUIS (2) daarentegen stelt eerst dat ook van zakelijke rechten eigendom mogelijk is en dat nu, gelijk nevens den eigendom van lichamelijke zaken een bezit erkend is, bestaande uit de feitelijke uitoefening van den eigendom, zoo ook ten aanzien der van den eigendom afgescheiden zakelijke rechten van een bezit sprake kan zijn. Hij geeft hiermede een met de historie in strijd zijnde volgorde aan. Dat bezit hier om zoo te zeggen vóór gaat en door eigendom wordt gevolgd, schijnt ook de meening van GIERKE (3), wanneer hij opmerkt, dat in het oud-Duitsche recht „überall wo eine Gewere

(1) Dl. II, 93.

(2) Dl. VI, 481.

(3) Deutsches Privatr. II, 360. — Cf. verder t. z. p., 367.

„stattfindet, das entsprechende volle Herrschaftsrecht als „Eigentum gedacht und bezeichnet“ wordt.

Spreekt men dus van eigenaar, wanneer iura in re aliena het object zijn, dan heeft men hierin slechts den werkelijk rechthebbende te zien, mist het woord eigendom de karakteristieke beteekenis van het engere begrip; de termen „vruchtgebruiker“ en „eigenaar van een vruchtgebruik“ drukken hetzelfde uit; het laatste is een slechts langs historischen weg verklaarbare terminologie. Tevens blijkt uit het aangevoerde, dat hier wel de iura in re aliena, niet het eigendomsrecht in engeren zin thuishoort.

Deze terminologie wordt nu inmiddels ook op de persoonlijke rechten toegepast; ook hier komt de tegenstelling eigendom-bezit in zwang.

Eigenaar van het vorderingsrecht wordt de daarmede corresponderende betiteling voor den crediteur. Dit is alleen wat ongebruikelijker dan eigenaar van een zakelijk recht, maar in beginsel komt het op hetzelfde neer. Men zie de polemiek over het gebruik van „eigendom“ ook hier: DIEPHUIS VI, blz. 28, noot 1. — Bezit van een vorderingsrecht is een moeilijk denkbare figuur; misschien zelfs alleen maar denkbaar in het geval, dat iemand meent erfgenaam te zijn en als zoodanig ten onrechte als crediteur optreedt. — Beschouwt men met mij de toepassing van de termen „eigendom“ en „bezit“ op persoonlijke rechten als navolging van haar toepasselijkheid op de zakelijke rechten, dan kan er geen bezwaar bestaan om hier het gebruik van „eigendom“ als onschadelijk aan te nemen, maar het „bezit“ als schadelijk te verwerpen. Bij de zakelijke rechten gaat de terminologie „bezit“ vóór die van „eigendom“, bij de persoonlijke rechten niet, omdat daar beide tegelijk zijn overgenomen. Waar het spreken van bezit van een vorderingsrecht mede aanleiding kan geven tot een aannemen van een

acquisitieve verjaring van persoonlijke rechten, door Mr. LEVY (1) terecht als een „niets minder dan gedroch-
telijke uitbreiding van het verjaringsbegrip” beschreven,
meen ik deze geheele uitdrukking te moeten verwerpen.
Men zal goed doen bezit hier te vermijden.

Onze wet verklaart algemeen alle rechten voor eigendom
vatbaar, en het is in deze gevallen steeds het ruimere
negatieve begrip, dat bedoeld is. Daardoor is vatbaar voor
eigendom alles wat economische waarde heeft, alles wat
bestanddeel van ons vermogen kan zijn en deze wijze
van uitdrukking heeft voor het begrip „onteigening”
haar waarde. Eigendom in ruimeren zin, aldus opgevat,
is een economisch begrip, aanduidend het hoogste recht,
negatief, kenbaar uit zijn tegenstelling bezit, maar tevens
wel terdege te onderscheiden van het engere begrip,
wanneer van eigendom van goederen (2) sprake is.

Het is hiermede, dat ik deze opmerkingen eindig, in
de hoop iets te hebben bijgedragen tot een juist inzicht
in het begrip „eigendom”.

Mocht dit niet het geval zijn, dat dan althans anderen
opgewekt mogen worden zulks te doen. Dit mag toch
zeker vastgesteld worden, dat ook in dit opzicht de studie
der nieuwere Duitsche meesters veel kan leeren.

Mr. J. VAN KUYK.

's-Gravenhage, Januari 1909.

(1) OPZOOMER-LEVY, Het B. W. verklaard, XVI, 34—63.

(2) Volgens LAND dan zelfs nog alleen bij onroerend goed.

Het fiscale strafrecht en de fiscale strafactie
(directe belastingen, invoerrechten en accijnzen). Schets door J. F. VAN NIEUWKUYK,
Inspecteur der directe belastingen, invoerrechten en accijnzen. Tweede, herziene druk.
C. N. TEULINGS, 's-Hertogenbosch 1909.

Door de Redactie uitgenoodigd om den tweeden druk van VAN NIEUWKUYK's *Fiscale Strafrecht* in dit tijdschrift aan te kondigen, wil ik aanvangen met een gelukwensch aan den schrijver, die zich tot het bewerken van een herdruk mocht geroepen zien. Immers, de eerste druk heeft alzoo lezers gevonden; zijn arbeid heeft er toe bijgedragen, dat velen zich tot het bestudeeren van materieel en formeel fiscaal strafrecht opgewekt gevoelden. Was misschien bij een niet gering aantal hunner eenig examen de stimulans, anderen zullen zich uit zuivere belangstelling aan het lezen en daardoor aan het doordenken — waartoe het onderwerp alle aanleiding geeft — gezet hebben.

De eerste druk werd in *Themis* niet aangekondigd. Reeds uit dien hoofde komt mij eene doorlopende vergelijking daarvan met het thans voor mij liggende werk minder geëigend voor; en nog te minder, omdat tusschen beide boeken, bij veel overeenkomst, ook veel verschil bestaat. De schrijver is, zoo mij de uitdrukking voegt, zelfbewuster geworden; men hoort iemand spreken, die thans veel verder boven zijn onderwerp staat dan in 1899 het geval was.

Laat ik ten voorbeelde wijzen op § 18, waar de heer VAN NIEUWKUYK eerlijk erkent, bij het uitspreken van eene vroegere meening gesteund te hebben op wetgeving en rechtspraak, terwijl hij thans den weg van vrij oordeel wil kiezen. Zulk een blootleggen, bijna aan de kaak stellen, van eigen dwaling, kan slechts hij verrichten, die zich thans van hetgeen hij nu wel als eene zwakheid zal beschouwen, geheel vrij weet.

De wijze van behandeling werd rijper; maar ook de te bewerken stof groeide. Zeker heeft in de quaestien van het belastingrecht de rechter zijn laatste woord niet gesproken; zeker rest den wetgever in de herziening van onze belastingtechniek — de oeconomische waarde van het belastingstelsel geheel daargelaten — sinds de voorloopige regeling bij de Invoeringswet nog altijd eene zware taak. Steunend is het voor hem, die genoemde wetgeving krijgt uit te leggen, een boek te vinden als dit, waarin de latere en laatste jurisprudentie volledig besproken wordt, en waarin met wat de wetgeving nieuws bracht — het is weinig sinds den eersten druk — rekening wordt gehouden. Doch niet alleen als handboek, ook als leerboek wenscht de heer VAN NIEUWKUYK zijn werk beschouwd: de belastingambtenaren wil hij opwekken tot studie; en dat hij de studie niet eng opvat, blijkt op menige plaats: zoo waar in § 47 een goed voorbeeld uit de commune strafrechtspraak wordt aangehaald ter verduidelijking van het schuldbegrip; zoo, waar hij, bij de verdere behandeling van dat begrip, in eene noot op blz. 40 een artikel uit het Italiaansche Strafwetboek citeert.

Maar, juist dewijl dit streven voorzat, trof mij eene lacune. Niets, althans bijna niets, deelt de schrijver ons

mede nopens het karakter van het fiscale strafrecht. In § 5 wordt aangehaald, wat CORT VAN DER LINDEN omtrent den aard van dat strafrecht geleerd heeft. Doch, met allen eerbied voor dien geleerden schrijver, ook door hem wordt de quaestie niet in het hart gegrepen; wel luidt het, dat het rechtsbewustzijn de fiscale delicten als eene bijzondere klasse aanmerkt, maar met betrekking tot de alles beheerschende vraag, of die delicten een ethischen ondergrond hebben, wordt het stilzwijgen bewaard. En ook de heer VAN NIEUWKUYK zwijgt; tweemaal slechts licht hij een tip van den sluier op: eerst in § 23, waar van een „schromelijk miskennen van het karakter der straf” de rede is; dan op blz. 99, waar het eerbiedigen van 's Rijks fiscale wetten als een maatschappelijk belang wordt aangemerkt. En toch zou het niet alleen belangrijk geweest zijn, 's heeren VAN NIEUWKUYK's meening over deze vraag vernomen te hebben: ik acht het bepaald wenschelijk dat hij, die over fiscaal strafrecht schrijft, die meening niet achterhoudt; te meer nog, waar in den laatsten tijd twee bevoegde rechtsgeleerden (Mr. J. J. GOCKINGA in *Themis*, 1905, blz. 309, en Mr. D. E. VAN RAALTE in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1906, blz. 594 vlg.) het gevoelen hebben uitgesproken, dat in fiscale zaken de boete slechts zou zijn een strafbeding; ja, de laatste zelfs zoo ver gaat te beweren, dat de belangen van den Staat bij het niet-bestaan van misdadigers en van belastingontduikers niet gelijkwaardig zouden zijn.

Zonder als recensent derden in het geding te willen roepen, moet mij hier toch de bekentenis van het hart, dat ik de laatst bedoelde uitspraak geheel onjuist acht. Hoe, heeft de maatschappij niet een alles overwegend belang bij het in stand blijven van den Staat, de hoogste uiting van de menschelijke samenleving? Laat het haar koud, indien er zijn, die — om eene oude uitdrukking

te gebruiken — zich in de belastingen niet getrouwelijk opbrengen? Is het geen rechtsbeginsel dat, wat gemeen is, op kosten van het gemeen moet worden onderhouden? Is tegenover hem, die den, naar beste weten gelijkelijk verdeelden, belastingdruk ontduikt, slechts eene Ungehorsamsstrafe op hare plaats? Ik geloof het thans evenmin als vroeger.

De heer VAN NIEUWKUYK heeft, zooals de titel reeds doet vermoeden, zijn werk verdeeld in twee afdeelingen: het materieele fiscale strafrecht en het formeele fiscale strafrecht. Deze beide afdeelingen zijn weder in hoofdstukken verdeeld, waarbij de volgorde, in het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht en in het Wetboek van Strafvordering in acht genomen, bijna getrouw gevolgd is. Het raadplegen van het boek wordt hierdoor zeer vergemakkelijkt. — Voor de korte uiteenzettingen van algemeen-strafrechtelijken aard is een naarstig gebruik gemaakt van VAN HAMEL'S, NOYON'S en SIMONS' werken. Menigmaal is het, naar mijn gevoelen, den schrijver gelukt, met behulp van die bronnen den niet-rechtsgelerden lezer het verkrijgen van inzicht in verschillende niet gemakkelijke onderwerpen mogelijk te maken (1).

Het geheele werk op den voet te volgen ligt niet in mijn voornemen. Dat ik met den schrijver wel eens van gevoelen verschil, is begrijpelijk, maar voor eene al te uitvoerige kritiek is het hier de plaats niet. Laat ik derhalve volstaan met kortelijk het een en ander aan te duiden, dat onder de lectuur mijne aandacht trok.

In § 11 leert de schrijver, dat in zake volkenrecht gewoonte geen recht geeft. Bedoelt hij daarmede, dat

(1) Eenige nadere beschouwingen te dezen opzichte werden door Prof. SIMONS gegeven in *W. v. h. R.* n^o. 8812.

ongeschreven volkenrecht geen recht is, dan is die uitspraak wel wat apodictisch: ik verwijs, onder meer, naar VAN EIJSINGA's Tractatenrecht, blz. 176 vlg.

In § 15 lezen wij, dat naar den letter der wet transactie zou zijn uitgesloten voor de delicten uit de wet van 4 April 1870 (*Stbl.* n^o. 61). Naar den letter der wet is dat waar, doch hier dient in aanmerking genomen, dat de wet van 1870 — en ook latere wetten op dit stuk —, mede blijkens de considerans, als aanvulling is te beschouwen van de Algemeene wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* n^o. 38). — Aan het slot van § 21 staat vermeld, dat de niet-betaalde boete, waartoe een persoon beneden 18 jaar wegens belastingdelict is veroordeeld, niet door hechtenis, maar door tuchtchool wordt vervangen. Mij bij deze meening aansluitende, merk ik op, dat NOYON (2^e druk, deel I, aantekening 16 op art. 23) een ander gevoelen is toegedaan.

In § 30 wordt het 7^e lid van art. 7 der Invoeringswet gezegd vervangen te zijn door art. 33bis Swb. Dit is niet geheel volledig: genoemd artikel laat in den steek, indien de schuldige ter beschikking van de Regeering wordt gesteld zonder eenige straf. In dat geval moet het algemeene voorschrift van art. 33, laatste lid, te hulp komen, wil men tot verbeurte overgaan. — Dat voor het delict van art. 205 der Algemeene wet opzet een vereischte zou zijn, kan ik, ook na de argumentatie in § 51, niet inzien: mijns inziens wijst de authentieke interpretatie, welke het vierde lid van het eerste lid geeft, juist op het tegendeel. — In § 54 heeft de schrijver het over de poging bij belastingdelicten. Het is geene vanité d'auteur, die mij eene bespreking van mijn gevoelen te dezen opzichte (1) doet missen; te meer waar, blijkens

(1) Zie mijne «Beschouwingen over Rijksfiscaal Strafrecht», blz. 37 vlg.

eene uitlating op blz. 43, de schrijver wel van dat gevoelen kennis nam. — Van mijn ongelijk wat aangaat het niet strafbaar zijn van den ondergeschikte, bijaldien de meester uit art. 231 der Algemeene wet verantwoordelijk is, heeft de heer VAN NIEUWKUYK mij in zijne § 70 niet kunnen overtuigen. Zou men, ben ik thans geneigd te vragen, uit de omstandigheid, dat de onder art. 231 vallende delicten betrekking moeten hebben tot het bedrijf des meesters, niet kunnen afleiden, dat de wet al die daden, welke in het bedrijf des meesters worden verricht, als zijne eigen daden beschouwt? — Naar aanleiding van den slotzin van § 71, waarin de verhouding tusschen art. 207 der Algemeene wet en art. 47, 2^o, Swb. ter sprake is, kan ik mededeelen, dat de rechtspraak ook in geval van frauduleuzen invoer het laatstgenoemde artikel wel heeft toegepast. — Bij het laatste lid van § 75 zal het den schrijver interesseeren, dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 4 April 1907 eene vennootschap onder firma heeft veroordeeld wegens ongedekten uitslag van gedistilleerd, onder aanhaling van art. 5 der wet van 18 Juli 1904, *Stbl.* n^o. 190. — In § 94 verkondigt de schrijver twee meeningen, die lijnrecht met elkaar strijden: eerst citeert hij, met blijkbare instemming, een vonnis van de Rechtbank te Middelburg, 't welk inhoudt, dat bij eendaadschen samenloop tusschen frauduleuzen invoer en verboden invoer van phosphorlucifers, de op frauduleuzen invoer gestelde straf moet worden toegepast, maar in de volgende alinea wil hij het verbod van invoer van vleesch uit de veterinaire wetgeving stellen boven dat van frauduleuzen invoer. De beide gevallen zijn intusschen geheel analoog: de door den heer VAN NIEUWKUYK aangehaalde ministerieele resolutie is dan ook ingetrokken, en dezelfde Middelburgsche Rechtbank heeft bij een vonnis van 6 Maart 1908 ook

bij verboden invoer van vleesch buiten route en heerbaan de strafbepaling van art. 205 der Algemeene wet toegepast. — In § 110 merk ik in de tweede alinea een vergissing op: de duur van den termijn, na welken het recht tot strafvordering vervalt, kan toch bezwaarlijk van eene *witgesproken* gevangenisstraf afhangen; bedoeld is ongetwijfeld eene in de wet bepaalde gevangenisstraf. — In § 111 zegt de schrijver, dat in het fiscale recht herhaling niet aanwezig is, indien het eerste feit bij transactie is afgedaan. Als ik mij niet bedrieg, heeft de Haagsche Rechtbank in een der laatste jaren, bij eene overtreding van de gedistilleerd-wetgeving uitdrukkelijk voor de quaestie gesteld, in anderen zin gevonnist.

Hoe heeft de wet van 9 Mei 1902 (*Stblid.* n^o. 54) tot toekenning van eenige bevoegdheden aan de besturen van waterschappen enz. het bij den heer VAN NIEUWKUYK toch zoo verkorven? Reeds vroeger (1) deed ik hem de vraag, of deze wet niet de wet van 9 October 1841 (*Stblid.* n^o. 42) had ingetrokken. Maar, als verstokt recidivist, laat de schrijver de oude wet en in § 114 en in § 253 kalmpjes voortleven. — Ernstig bezwaar heb ik tegen de noot op blz. 108, waar het heet, dat de rechter eventueel de juistheid zou hebben te beoordeelen van een instructie, welke voorschrijft, in een bepaald geval te bekeuren wegens de overtreding van een bepaald wetsartikel. De heer VAN NIEUWKUYK bedoelt het natuurlijk goed, maar, vooral bij belastingambtenaren zal door eene dergelijke uitlating allicht het veelvuldig voorkomend wanbegrip gevoed worden, dat zulk eene instructie als rechtsnorm is te beschouwen. — In noot 2 op blz. 146 doet de schrijver eene niet geheel juiste mededeeling, als hij zegt, dat in 's Hoogen Raads arrest van 25 Maart 1907

(1) *Themis* 1906, blz. 594.

(*W. v. h. R.* n^o. 8516) een voorbeeld wordt aangetroffen van inbeslagneming van gedistilleerd tot bewijs van een strafbaar feit: wel heeft de Advocaat-Generaal in zijne conclusie de inbeslagneming op dien grond als wettig aangemerkt, doch de Hooge Raad nam die overweging niet over en overwoog, waarschijnlijk aan art. 241 der Algemeene wet denkende, alleen, dat het gedistilleerd in quaestie in beslag was genomen, terwijl het frauduleus werd uitgeslagen. In verband hiermede merk ik bij het slot van § 190 op, dat art. 39 Wetboek van Strafvordering de in dat artikel aan de ambtenaren toegekende bevoegdheid uitdrukkelijk beperkt tot het bij de volgende artikelen vastgestelde. — In § 223 lezen wij, na eene opsomming der gronden tot cassatie, dat vrijspraak dus niet aan cassatie is onderworpen. Dat „dus” is mijns inziens onjuist: ook een vrijsprekend vonnis zou, wegens verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, wel cassabel kunnen zijn. -- Bij § 253 waar de schrijver als voorbeeld van formeel bewijs art. 21, 2^e lid, der wet van 9 October 1841 (*Stblid.* n^o. 42) aanhaalt, verwijs ik naar mijne opmerking op § 114 nopens het vervallen zijn dier wet. — Als de schrijver in den eersten zin van § 265 leert, dat vervolging van een, door twee niet-ambtenaren geconstateerd, delict in zake invoerrechten en accijnzen, slechts mogelijk is na aangifte bij een belasting-ambtenaar, dan moet ik dat ten stelligste ontkennen: wel degelijk zal op zulk enkel getuigenbewijs veroordeeld kunnen worden, daar alle bewijsmiddelen toegelaten zijn (1).

Op drie van de door den schrijver behandelde quaestiën wensch ik eenigszins nader in te gaan, en wel op zijne

(1) Hooge Raad 25 Maart 1907, *W. v. h. R.* n^o. 8516.

uitlegging van art. 7, 3^e en 5^e lid, der Invoeringswet (§§ 22 vlg.); op hetgeen hij in § 76 omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen opmerkt; eindelijk op zijne beschouwingen in de §§ 163 en 164 nopens de indeeling der fiscale delicten.

Heeft de lof, in *W. v. h. R.* n^o. 7445 gebracht aan de wijze, waarop in den eersten druk art. 7 der Invoeringswet besproken was, prikkelend op den schrijver gewerkt?

Ik zou het haast denken, want ook thans heeft de heer VAN NIEUWKUYK zich klaarblijkelijk veel moeite getroost om hier het beste te geven, wat hij geven kon. En zoo komt hij dan voor den dag met eene nieuwe theorie nopens de beteekenis van het derde lid van genoemd artikel; eene theorie, volgens welke dat lid — hetwelk de bepalingen, in 1886 geldende voor het geval van wanbetaling van boete en gerechtskosten, van kracht doet blijven — niet overbodig zou zijn met het oog op het eerste, doch met het oog op het vijfde lid van art. 7.

Het bedoelde eerste lid handhaaft, naar men weet, de „algemeene bepalingen” en strafbepalingen in zake rijksbelastingen; het vijfde lid handhaaft den lijfswang. Nu leert de heer VAN NIEUWKUYK het volgende: het derde lid handelt over wanbetaling van boete; „wanbetaling” intusschen is een instituut, dat niet behandeld is in het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht, in welk boek in art. 23 alleen wordt geregeld, wat geschieden moet bij „gebreke van betaling” van boete: terwijl het laatste het geheel uitblijven van betaling veronderstelt, is bij wanbetaling latere betaling allerminst uitgesloten, nl. door executie der boete.

Is dit zoo, dan volgt daaruit, dat het derde lid regelingen wil handhaven, die het eerste lid niet bestrijkt.

Intusschen is het derde lid toch overbodig, want art. 3*d* der Invoeringswet doet alleen de in 1886 bestaande „algemeene bepalingen” en strafbepalingen vervallen, dus niet de maatregelen voor het geval van wanbetaling van boete. Alleen voor den lijfswang zou het voorschrift noodig zijn, want deze, hoewel een maatregel voor het geval van wanbetaling, was geregeld in den Code Penal, welke werd afgeschaft in art. 3*a* der Invoeringswet. Hiertoe alleen zou dus het derde lid kunnen dienen, maar ook die laatste taak mag het niet vervullen, want het vijfde lid heeft die speciaal op zich genomen.

Hierop komt, als ik het wel heb begrepen, het betoog neer. Het is ingenieus, maar heeft mij niet kunnen overtuigen, dat ik indertijd (1) dwaalde door het derde lid overbodig te noemen in het aangezicht van het eerste. De pointe zit in de onderscheiding, welke de schrijver maakt tusschen wanbetaling en gebreke van betaling. Maar juist die onderscheiding acht ik onhoudbaar. Iedere wetgever, die, op de overtreding van strafbare feiten boete stelt, houdt rekening met het geval, dat de veroordeelde die boete niet goedwillig betaalt. Welnu, kan men volhouden, dat de verschillende regelingen, waaruit die wetgever te kiezen heeft, niet in karakter zoodanig overeenstemmen, dat ze alle beschouwd kunnen worden als onderwerpen, behandeld in het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht? Zou, met andere woorden, indien de wetgever reële executie der boete gewild had, die executie niet in den tweeden titel van dat boek hare plaats hebben gevonden? Zou men durven volhouden dat, bijaldien vóór 1886 naar onze wetgeving b.v. voorwaardelijke veroordeeling mogelijk was geweest, die voorwaardelijke veroordeeling niet krachtens art. 3*d* der

(1) Beschouwingen over het Rijksfiscaal Strafrecht, blz. 68.

Invoeringswet vervallen zou zijn? En — om een meer ter zake dienend voorbeeld aan te halen — zou de heer VAN NIEUWKUYK meenen, dat de transactie (immers niet behoorende tot de onderwerpen in het eerste boek) niet gehandhaafd is door art. 7, eerste lid, der Invoeringswet, maar alleen, omdat zij door art. 3*d* dier wet niet werd afgeschaft? Mij dunkt, het antwoord op deze vragen kan niet twijfelachtig zijn: de wetgever kan onmogelijk bedoeld hebben, aan art. 3*d* zoo beperkte strekking toe te kennen. Ik zou den schrijver voorts nog tweeërlei tegenwerping willen maken.

In de eerste plaats kondigt de wet van 22 April 1864 (*Stbld.* no. 29), welke de subsidiaire gevangenisstraf invoerde, zich aan als houdende bepalingen voor het geval van wanbetaling van boeten in strafzaken: de toenmalige wetgever had dus blijkbaar van het woord wanbetaling eene opvatting, strijdig met die, welke de heer VAN NIEUWKUYK verdedigt. En verder zou, was des schrijvers meening juist, het vierde lid van art. 7 wel op eene heel zonderlinge plaats terecht zijn gekomen, daar de vervangende hechtenis toch, in zijne redeneering, niets met de wanbetaling van boete uitstaande heeft.

Ik moet aldus mijn gevoelen, dat het derde lid van art. 7 naast het eerste lid overbodig is, handhaven en blijf aan genoemd artikel in lid 3 en 5 twee overbodigheden aanwrijven, tegen de heer VAN NIEUWKUYK slechts ééne in lid 3.

In § 76 verkondigt de schrijver ten opzichte van art. 5 der wet van 18 Juli 1904 (*Stbld.* n^o. 190), houdende nadere bepalingen omtrent den accijns op het gedistilleerd, eene leer, die mij tot enkele opmerkingen aanleiding geeft. De memorie van toelichting op dit artikel — 't welk de wettelijke bepalingen nopens den gedis-

tilleerd-accijns ten aanzien van branders en andere personen, ook van toepassing verklaart op vennootschappen van koophandel en vereenigingen die rechtspersoonlijkheid bezitten — geeft als bedoeling van het voorschrift aan, te voorzien in het geval, dat tegen eene vennootschap of vereeniging met rechtspersoonlijkheid straf moet worden uitgesproken en wijst op dergelijke bepalingen in andere accijns wetten. Maar, zoo meent de heer VAN NIEUWKUYK, die verwijzing is ten onrechte geschied: de bedoelde bepaling is in de andere accijns wetten niet onder de strafbepalingen, doch onder de algemeene bepalingen opgenomen, en de eerste worden door de laatste niet beheerscht, daar zij er overal achter geplaatst zijn. En, zoo is het verdere betoog, men heeft de uitlegging der Regeering ook niet noodig om tot de strafbaarheid van vennootschappen te concludeeren; art. 13 der wet van 4 April 1870 (*Stbl.* n^o. 61) verklaart die lichamen immers reeds voor de daden van hare ondergeschikten aansprakelijk.

En op deze zelfde gronden wordt dan van art. 5 der wet van 1904 gezegd, dat het aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid der vennootschappen niet raakt: dergelijke voorschriften hebben uitsluitend administratief-rechtelijke beteekenis.

Juist schijnt mij dit gevoelen geenszins. Waar het belastingrecht nu eenmaal in beginsel de strafbaarheid van fictieve personen aanneemt, bestaat er geene aanleiding om, nu de verschillende accijns wetten het bovenbedoelde ondubbelzinnige voorschrift inhouden, dit ook niet op strafrechtelijk gebied toe te passen. Het argument, door den schrijver ontleend aan de plaatsing van de algemeene bepalingen vóór de strafbepalingen heeft mijns inziens geene waarde, als men slechts in aanmerking neemt, dat ook onder die algemeene bepalingen er wel

voorkomen, die door straf te handhaven zijn, en dat het niet zou aangaan, de sanctie — opgenomen in de afdeeling „strafbepalingen” — aan den norm te doen voorafgaan. En verder, overbodig in strafrechtelijk opzicht kan ik de besproken bepalingen ook al niet vinden. De schrijver zegt wel, dat art. 13 der wet van 4 April 1870 uitkomst geeft; maar als hij bij wijze van voorbeeld aanhaalt de verplichting, in art. 14 van de bierwet den brouwer opgelegd om eene aangifte te doen, dan zie ik niet in, dat bij eene vennootschap die verplichting, in strafrechtelijken zin, zou rusten op de bestuurders, met overwenteling van de straf door art. 13 der wet van 1870. Den bestuurders is nergens zulk eene verplichting opgelegd — en dus kan die niet-bestaande verplichting noch met noch zonder art. 13 der wet van 1870 de vennootschap strafbaar maken —, alleen de vennootschap is tot de aangifte gehouden, en zij is dan ook krachtens art. 60 de strafbare persoon. Men ziet, bij 's heeren VAN NIEUWKUYK'S opvatting moet er toe overgegaan worden, de bestuurders strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor eene aangifte, waartoe de wet hen nergens verplicht, terwijl slechts art. 13 der wet van 1870 bij eventueele overtreding hen uit, en de vennootschap in den brand helpt. Is het dan niet veel eenvoudiger, de rechtstreeksche strafrechtelijke aansprakelijkheid der vennootschap uit de bijzondere bepaling der accijnswet aan te nemen, en de bestuurders geheel buiten schot te laten? — Een tweede voorbeeld: hoe denkt zich de heer VAN NIEUWKUYK de toepassing van de strafbepaling op frauduleuzen uitslag van gedistilleerd uit eene distilleerderij (art. 133, § 23, der wet van 20 Juni 1862, *Stbd.* n^o. 62), waar de wet de boete ten laste brengt van hem, uit wiens pand de uitslag geschiedt? Hier kan men toch zeker niet aannemen, dat de bestuurders als de bezitters van het pand

moeten worden beschouwd en daarna als *deus ex machina* art. 13 der wet van 1870 te voorschijn komt; hier blijkt toch wel allerduidelijkst, dat alleen art. 5 der wet van 1904 de vennootschap strafrechtelijk aansprakelijk maakt.

Met eenige verwondering nam ik kennis van hetgeen de schrijver aan het slot van deze paragraaf zegt over het tweede lid van art. 5 der wet van 1904. Dit tweede lid houdt in dat, indien eene vennootschap bezitster is van eene geheime branderij of distilleerderij, waarvan de werktuigen gebezigd zijn tot het ontduiken van accijns, — feit, waarop gevangenisstraf staat — de gevangenisstraf wordt uitgesproken tegen de bestuurders, van wie blijkt, dat het feit met hun medeweten is gepleegd; en nu meent de heer VAN NIEUWKUYK, dat de bestuurder niet zal terechtstaan, doch alleen de vennootschap, en dat de straf dus zal worden uitgesproken (op dit woord beroept hij zich) tegen iemand die, officieel althans, buiten het geding is gebleven. Ik zou haast vragen: lijkt dit niet een weinig op het zoeken van quaesties? Kan men redelijkerwijze volhouden, dat de wetgever hier in het voorbijgaan zulk eene gewichtige inbreuk zou hebben willen maken op een der allereerste beginselen van eene goede strafvordering, op het beginsel, dat niemand gestraft wordt dan krachtens eene tegen hem gevoerde strafprocedure, waarin hem de gelegenheid is gegeven, zich te verdedigen? Ik kan onmogelijk aannemen dat de wet met hare, misschien minder gelukkige, redactie anders bedoeld heeft dan de bestuurders aansprakelijk te stellen, en geloof ook niet, dat ooit een rechter tot de veroordeeling van een bestuurder, die niet zelf strafrechtelijk vervolgd werd, zal overgaan.

Een enkel woord in de derde plaats voor een meer persoonlijk feit. De heer VAN NIEUWKUYK meent (zie

§ 163), dat ik ten onrechte het niet-doen van eene aangifte een ernstiger delict acht dan het doen van eene valsche aangifte: hij is veeleer van het omgekeerde overtuigd. Wel haalt ook hij een voorbeeld aan, waarbij de verzwijging het van de valsche opgave in strafwaardigheid wint, maar meesttijds is dit volgens hem niet het geval. Hij wijst op de velen die, belastingplichtig geworden in zake eenige directe belasting, geheel te goeder trouw meenen te kunnen wachten, tot hun eenig formulier ter invulling wordt gezonden. En met het niet-invullen van een toegezonden beschrijvingsbiljet is het al niet anders gesteld. In de practijk valt het minder zwaar om na te gaan, of eene aangifte achterwege is gebleven dan om eene valsche aangifte te verifieeren.

Ik wil toegeven, dat de gevallen van verzwijging, door den schrijver geciteerd, geene uitingen van groote perversiteit op het stuk van belastingbetalen zijn. Maar men verlieze daarbij niet uit het oog dat de karakteristieke verzwijging niet ligt op het gebied der directe belastingen. Tot het contribueeren in die belastingen is, in het algemeen gesproken, nagenoeg een ieder verplicht. Dat hij, die een goeden staat voert, bedrijfs- of vermogensbelasting moet betalen, is een publiek feit: doet hij, hoewel om de eene of andere reden niet aangeslagen, geene eigen aangifte, dan is dat hoogstens eene domheid, een bewijs van weinig wetskennis. Maar in zake invoerrechten en accijnzen is het geheel anders: dat iemand er b.v. eene geheime branderij op nahoudt, valt dikwijls uit geene enkele omstandigheid af te leiden en wordt misschien bij toeval eens ontdekt.

En op dergelijke gevallen had ik nu in het bijzonder het oog, toen ik de verzwijging zwaarder strafbaar wilde stellen dan de valsche aangifte: in die gevallen alleen toch zal, in den regel, het oogmerk aanwezig zijn, om

zich zelve of een ander wederrechtelijk te bevoordeelen, welk oogmerk ik in mijne redactie van het betreffende delict (bl. 224) als element heb opgenomen.

In § 164 meent de schrijver, dat ik ten onrechte de verduistering van feiten of voorwerpen onder de valscheidsdelicten gerangschikt heb; meent hij zelfs dat ik, voor de consequentie van mijne leer terugschrikkend, ten slotte die verduistering maar in een afzonderlijk artikel heb onder dak gebracht. Ik kan niet inzien, dat het eerste uit het tweede moet worden afgeleid: men kan de beide delicten valsche opgaaf en verduistering *in aard* gelijk achten en ze toch ieder afzonderlijk strafbaar stellen, enkel wegens redactionneele bezwaren tegen eene samensmelting.

Laat ik ten slotte niet eindigen zonder de verwachting te hebben uitgesproken, dat deze druk zal blijken, evenzeer in eene behoefte te voorzien, als de eerste dat deed.

's-Gravenhage, April 1909.

J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ.

MR. N. MULLER: *Biografisch-aetiologisch onderzoek over recidive bij misdrijven tegen den eigendom.*

Een lijvig en tevens merkwaardig boek is mij ter beoordeeling toegezonden. Een lijvig boek, want het bevat niet minder dan 530 met een groot aantal letters gedrukte bladzijden, in ruim quartoformaat. Een merkwaardig boek, want het is een proef om de recidivisten bij misdrijven tegen den eigendom te classificeeren naar verschillende gegevens, waaronder de verhalen dier misdadigers zelf een belangrijke plaats innemen.

Vooraf gaat een inleiding ten onderwerp hebbende de statistische en biografische methode van onderzoek. Daarin wordt in de eerste plaats een betoog beproefd van het betrekkelijk onvermogen van de gerechtelijke statistiek ten deze. Volgens den schrijver is zij geheel buiten staat den absoluten en relatieven omvang te bepalen van de recidive tegen den eigendom en evenmin de verhouding aan te geven van de werkelijke grootte van het recidivecijfer tot het mogelijke cijfer (aantal Rückfallsfähige).

Over de oorzaken van de recidivisten-criminaliteit tegen den eigendom bleek die statistiek heel weinig te bevatten en zulks zonder crimineele soort-indeeling.

Naar des schrijvers meening bleek dus de gerechtelijke statistiek zoowel voor telling voor beschrijving als voor verklaring tekort te schieten.

Na voor een en ander eenige argumenten te hebben aangevoerd, tracht de schrijver de mogelijkheid aan te

toonen om de onvoldoendheid der gerechtelijke statistiek aan te vullen door gebruikmaking van twee andere statistische methoden: Statistisch onderzoek van kleine gebiedsdeelen en gevangenenstatistiek. Hij vestigt daarbij ook de aandacht op de door hem zeer gewaardeerde politiestatistiek. Deze houdt hij voor een goede, ook voor wetenschappelijk werk voortreffelijke statistiek — voor omvangsbepaling de eenig goede. Z. i. vergist de politie zich zeer zelden in de classificatie en is zij de eenige die het volle aantal beroepsmisdadigers kan tellen en niet alleen de veroordeelden of gevangenen zooals de gerechtelijke of de gevangenenstatistiek. Schrijver wijst vooral op de Engelsche politiestatistiek en geeft daarvan eenige voorbeelden om het karakter dezer statistiek duidelijk te maken. Onder gevangenenstatistiek verstaat hij het resultaat van het onderzoek van den aanleg der gevangenen en van hun omstandigheden voor en tijdens hun gevangenschap.

Niettegenstaande zijn conclusie tot de mogelijkheid eener goede statistiek, acht hij een uiterst nauwkeurig biografisch onderzoek voor de criminologie de α en de ω — hoofdzakelijk voor aetiologie en classificatie. Zij toch is volgens hem een noodzakelijke *voorstudie* en eene noodzakelijke *contrôle* voor alle statistiek. Ook dit tracht hij door voorbeelden aan te toonen.

M. i. is deze uit 42 bladzijden bestaande inleiding het beste deel van het geheele werk. Daarin toch toont de schrijver zich niet alleen zeer vertrouwd met de eischen eener goede statistiek, maar geeft hij ook menige van helder inzicht en oordeel getuigende opmerking ten beste.

Vervolgens gaat hij over tot hetgeen hij noemt het biografisch gedeelte. In een korte inleiding geeft hij een plan van zijn onderzoek, wijdt hij een paragraaf aan de samenstelling van zijn materiaal en een aan opmerkingen

over het onderzoek zelf en de door hem gebruikte bronnen. Daarna volgen van blz. 57—406, vijf-en-twintig biografieën van door hem bezochte recidivisten en van blz. 407—428 eenig materiaal omtrent gebeterde recidivisten. Na deze mededeelingen vat de schrijver zijne beschouwingen samen en spreekt hij over classificatie, uiterlijk der criminaliteit en omstandigheden, die oorzaak van criminaliteit kunnen zijn zooals: geboorte, woonplaats, opvoeding, maatschappelijke stand der ouders, finantieele toestand in het ouderlijk huis, armoede van den recidivist zelf, nadeel van: geen vakkennis en van bekendheid der straffen, straffeloosheid. Hierop volgen eenige opmerkingen over den aanleg blijkbaar uit hereditaire belasting en uit verschillende door hem opgenoemde omstandigheden. De slotparagraaf van deze beschouwingen en samenvattingen is door hem gewijd aan het verschil in aanleg tusschen beroepsdief en beroepsdieflandlooper. Hij komt dan op blz. 498 tot de aetiologie, waarbij hij de verschillende oorzaken der misdadigheid en der recidiven behandelt om ten slotte stil te staan bij eenige middelen tot hare bestrijding.

Ziedaar in hoofdzaak het in dit werk behandelde.

Stond ik eenige oogenblikken stil bij de inleiding, ik acht mij verplicht dat iets langer te doen bij het eigenlijke biografisch aetiologische onderzoek van den schrijver. Tot mijn leedwezen kan mijn oordeel daarover niet zoo onverdeeld gunstig zijn als over de inleiding. De schrijver gevoelt zelf, dat aan zijn onderzoek nog al iets ontbreekt.

Op blz. 47 toch deelt hij mede, dat hij de levens onderzocht van 25 gevangenen die allen in de gevangenis te Utrecht waren opgesloten. Deze gevangenis is een gewone strafgevangenis, die derhalve niet ontvangt de ernstigste misdadigers, welke tot een straf van langer dan 5 jaar zijn veroordeeld. De gevaarlijkste en schadelijkste recidivisten tegen den eigendom vallen dus buiten zijn behandeling.

Ook is de Utrechtsche gevangenis ingericht op het geven van vakonderwijs in schilderen en timmeren en zij ontvangt daarom bij voorkeur de veroordeelden uit deze vakken.

Onder het door den schrijver onderzochte 25-tal zijn dan ook niet minder dan 10 die in de maatschappij schilder of timmerman waren. Voorts behandelde hij alleen *gevangen* recidivisten, d. w. z. alleen de niet gebeterden. Hij zegt te hebben getracht door het houden van besprekingen met eenige gewezen recidivisten het euvel dezer *gevaarlijke* eenzijdigheid in de keuze van het materiaal van onderzoek althans eenigszins te neutraliseeren! Men bedenke het wel, dat ik hier de eigen woorden des schrijvers aanhaalde, die — mede volgens zijn eigen verklaring — elk der 25 gevangenen slechts 1 uur heeft mogen spreken. Na afloop van dat uur was hem de toegang tot de gevangenen voortaan niet meer toegestaan. Hij moest dus trachten de onvolledigheden van zijn onderzoek aan te vullen door gegevens uit andere bron: uit mededeelingen van familieleden enz.

Gaarne breng ik hulde aan den waarheidszin van Mr. N. MULLER, gelijk ik ook zijn bescheidenheid waardeer, die ten volle uitkomt in zijn voorzichtig gestelde conclusies ten aanzien der middelen van bestrijding der misdadigheid.

Op blz. 523 toch zegt hij het niet te zullen wagen op zijn spaarzame gegevens een stelsel van bestrijding op te bouwen. Hij vermeldt slechts enkele conclusies. In de eerste plaats komt hij tot de verrassende verklaring, dat afschrikking een zoo belangrijke kracht is om uit een misdadig leven te verjagen, dat zij moet blijven bestaan! Aan deze verklaring voegt hij deze niet minder verrassende, zeer zeker van groote bescheidenheid getuigende woorden toe: „In welken vorm echter; door onze cellulaire

gevangenis, alleen door een verontwaardigde publieke opinie en door de bezwaren van het dievenleven zelf, of misschien door het systeem van vrijheidsbeneming en dwangopvoeding der Amerikaansche reformatories — dat zal ik niet beslissen”.

Een der belangrijkste middelen tot steun der pogingen om de misdadigheid vaarwel te zeggen, acht hij het *patronaat*.

Zeër zeker is dat middel ten sterkste aan te bevelen. Men weet echter hoe moeilijk het is daarvoor de noodige krachten en den noodigen steun te vinden. Over de inrichting van een goed patronaat acht de schrijver het hier de plaats niet te spreken. Het moet intusschen z. i. langdurig zijn. Zal het als publiek-rechtelijk instituut tot zijn volle recht komen, dan moet de patroon de macht hebben noodzakelijke maatregelen desnoods met dwang door te voeren. Hoofdzaak blijft de leiding, dwang bijzaak. Schrijver hoedt er zich echter voor, dit alles nader uit te werken!

Eenige woorden wijdt hij (1) aan de z. i. bestaande categorie der onverbeterlijken. Deze wil hij voorgoed uit de maatschappij afzonderen!

Hoevelen door een goed patronaat verbeterbaar zouden zijn, kan hij niet bepalen. Dat zal de practijk leeren. Zoolang wij echter alleen onze gevangenis hebben ter bestrijding van recidive tegen den eigendom (geen andere behandeling, geen staatshulp bij de reclasseering en particuliere patronaatsverenigingen, die den ernstigen recidivist dikwijls afstooten), zoolang is het volgens zijn meening voorbarig aan het woord onverbeterlijkheid een meer dan theoretische beteekenis te hechten. Het is toch al te gek, al die jongens van omstreeks 20 jaar levenslang

(1) Blz. 529.

te geven, gelijk Prof. VON LISZT (1) bij tweede veroordeeling wegens beroepsmisdadigheid schijnt te willen.

Men ziet, dat wij zoo onwillekeurig bij de nieuw criminologische richting zijn aangeland, van welke ook deze schrijver een voorstander *schijnt* te zijn, al zegt hij het niet met even zoovele woorden.

Op blz. 519 zegt hij, dat de recidivisten, wier criminaliteit tijdens of spoedig na hun schoolgaan uitbarstte, gemiddeld ten minste 5 jaren vroeger hadden moeten gegrepen worden, omdat hun gedrag hun misdadigheid voorspelde.

Wat mij betreft — op het gevaar af van als een *onverbeterlijk* reactionnair te worden beschouwd — betwist ik een ieder de bevoegdheid menschen *à priori* uit een moreel oogpunt in een klasse van onverbeterlijken te plaatsen. Ik kan mij denken, dat er ongeneeslijke lichamelijke zieken zijn, dat er ongeneeslijke krankzinnigen zijn aan te wijzen. Daar is een fysiek of psychiatrisch aanwijsbaar defect, hier is sprake van een moreel defect.

Betreffende dat laatste sluit ik mij aan bij hetgeen de door de nieuwerwetschen wel wat te veel vergeten, vroeger in geheel Europa bekende Nederlandsche gevangenisdeskundige, WILLEM HENDRIK SURINGAR, in 1857 heeft geschreven: „Het hoofddoel der classificatiemannen; het sorteeren der moraliteiten is niet bereikt, omdat het, uit den aard der zaak, buiten den menschelijken gezigtseinder reikt en de menschelijke wetenschap te boven gaat. „De Heer weegt de geesten”, staat in den Bijbel. „Hij wist, wat in den mensch was” wordt van den Zaligmaker gezegd, maar dat kan van den mensch niet gezegd worden.”

(1) Das Gewerhmassige Verbrechen in z. f. d. ges. Strw. 21, blz. 138.

(2) Zie *Weekblad van het Regt* van 23 Februari 1857.

De lezers van het bekende werk van VICTOR HUGO: *les misérables*, zullen zich de bekende figuur van JEAN VALJEAN herinneren. Hij scheen onverbetterlijk. Was hij het inderdaad?

Als bronnen, waaruit de schrijver de gegevens putte tot samenstelling der biografie worden door hem vermeld: 1^o. de *dossiers* van alle tegen zijn recidivisten gevoerde strafprocessen (te zamen ongeveer 180 lijvige stukken); 2^o. *inzage van de registers van veroordeelingen*; 3^o. *onderhoud met den gevangene*; 4^o. *mededeelingen* door correspondentie of door persoonlijk bezoek verkregen van vroegere onderwijzers en patroons, van militaire autoriteiten omtrent den dienstdag der recidivisten en soms van hun familieleden; 5^o. *rapporten van de politie* over 12 gevallen.

Het onderhoud met den gevangene vond plaats in tegenwoordigheid van den Directeur der gevangenis of zijn plaatsvervanger. Binnen een maand moest het onderzoek begonnen en geëindigd zijn. Gedurende dien tijd mocht Mr. MULLER elken dag een uur lang zich met de door den Directeur in overleg met hem gekozen recidivisten onderhouden. De toegestane tijd was, gelijk reeds vermeld is, ruim 1 uur per gevangene. Het straffen-criterium was het eenige, dat de keuze leidde. Die gevangenen werden gekozen, die een groot aantal straffen voor misdrijven tegen den eigendom (in ruimsten zin) hadden ondergaan, ongeacht of ze voor misdrijven van anderen aard veroordeelingen hadden beloopen. De gevangene moest van te voren met het doel van het gesprek in kennis worden gesteld en kon dan toestemmen of weigeren met den bezoeker te spreken.

Slechts één der gekozenen (n^o. 4) weigerde te antwoorden, toen het bleek dat het om zijn eigen levensloop te doen was. Zijn algemeene aetiologische inzichten wilde hij intusschen graag geven!

Na deze opmerkingen deelt de schrijver de met de recidivisten gevoerde gesprekken mede, onder opmerking dat de betrouwbaarheid der gevangenen hem mee is gevallen. Hij heeft hen namelijk zooveel mogelijk gecontroleerd. Hij is dus gelukkiger geweest dan ik, die verscheidene jaren in de Amsterdamsche cellulaire gevangenis gevangenen bezocht in mijn hoedanigheid van lid van het Hoofdbestuur van het Nederlandsch Genootschap tot zedelijke verbetering der gevangenen. Met een aantal hunner had ik ook als advocaat na hun ontslag bemoeiingen, die soms op enorme teleurstelling uitliepen, mede door misleiding van de zijde der gevangenen.

Wat betreft de door den schrijver medegedeelde levensbeschrijving van de door hem onderzochte gevangenen, is het mij menigmaal niet gebleken, of het de gevangene is die vertelt dan wel of het medegedeelde uit andere bronnen is geput. De schrijver zegt wel, dat blijken zal of het de gevangene is die vertelt of dat hij iets zegt — maar ik kon toch vaak niet bemerken, of hetgeen in de levensgeschiedenis van iederen recidivist voorkomt, alleen door zijn mededeelingen is verkregen. M. i. had zulks *altijd* duidelijk moeten blijken en moest zooveel mogelijk het uit de dossiers of andere gegevens genomene afzonderlijk zijn vermeld ter contrôle.

De schrijver houde het mij ten goede, maar ik stel weinig vertrouwen in de verhalen van de gevangenen, althans niet, waar het geldt daarop een classificatie te baseeren. Ik kan natuurlijk de gedane verhalen niet stuk voor stuk nagaan, dan zou ik te veel plaatsruimte noodig hebben voor een in *Themis* op te nemen beoordeeling. Slechts eenige opmerkingen over hetgeen duidelijk blijkt door de onderzochte gevangenen *zelf* te zijn verklaard. Van nos. 2, 3, 5, 6, 12, 17, 20 en 25 vind ik

aangeteekend, dat zij zich zelf geheel normaal achten. Anderen zooals nos. 9 en 19 verklaarden van zich zelf niets abnormaals te weten. M. i. hebben zulke door de gevangenen omtrent hun zelf afgelegde verklaringen hoegenaamd geen waarde.

Niets is gemakkelijker dan te zeggen: ik ben volkomen normaal. Is het daarom zoo? Onder de abnormaliteiten bij den recidivist zelf vind ik op blz. 464 geresumeerd, dat eenigen geen alcohol kunnen verdragen. Ik zou zeggen, dat dit een zeer gewenschte abnormaliteit zou zijn!

Over hereditaire belasting laat Mr. MULLER zijn recidivisten allerlei vertellingen doen, die m. i. over het algemeen evenmin waarde hebben. Men kan alleen feiten laten noemen, om daaruit des noodig gevolgtrekkingen te maken.

Verklaringen der recidivisten over abnormaliteiten en criminaliteit in de familie zou ik alleen dan van belang oordeelen, als de waarheid daarvan van elders volkomen bevestigd werd. De zenuwachtigheid, die door het veroordeelde familielid aan zijn naaste betrekkingen wordt toegeschreven, heeft m. i. geen criminogene beteekenis. Over het algemeen moeten m. i. de tot hen gerichte vragen altijd alleen over *bepaalde* feiten loopen en de antwoorden onder reserve worden geboekstaafd.

Merkwaardig is de klasse-indeeling, waartoe de schrijver zich geroepen acht tengevolge van het onderzoek zijner 25 recidivisten. Hij onderscheidt: beroepsdieven (nos. 1—13); dieven, die den overgang vormen tusschen beroepsdieven en intermitterende dieven (nos. 14 tot 19); intermitterende dieven (nos. 20, 21 en 22); dronkaarddieven (nos. 23, 24 en 25). De beroepsdieven verdeelt hij in *a.* stedelijke beroepsdieven (nos. 1—9), *b.* plattelands-beroepsdieven (n^o. 10) en *c.* beroepsdievenlandloopers (nos. 11, 12 en 13)

Beroepsdief noemt hij den dief, die geregeld zijn geheele inkomen of een deel daarvan bij elkander brengt door het plegen van diefstal (verduistering of oplichting). Beroepsdieflandlooper is, volgens hem, iemand die nu eens beroepsdief is, dan weer met landlooperij en bedelarij zijn geheele inkomen of een deel daarvan bij elkaar brengt — soms ook beide bedrijven tegelijkertijd uitoefent. Intermitterend dief is hij, die als regel uitsluitend van eerlijke inkomsten leeft, maar nu en dan een diefstal pleegt. Zijn aanleg gelijkt op beroepsdievenaantleg — in tegenstelling met den dronkaard-dief, wiens criminaliteit ook intermitterend is, maar *uitsluitend* uit drankmisbruik ontstaat. Nu klinkt dat alles heel fraai, het blijft intusschen de vraag, of het ook juist is. Ik zou b.v. wel willen bewezen zien, de door hem geformuleerde stelling: de beroepsdief is *nooit* een aan den drank verslaafde of aan chronisch drankmisbruik lijdende, de niet beroepmatige recidivist is in *vele gevallen* aan den drank verslaafd, de dronkaard-dief *altijd* (1).

Over het algemeen kan men naar mijn meening alleen dan tot bij benadering juiste klasse-indeelingen en afwijkingen in die klassen komen, als men zijn onderzoek heeft uitgestrekt over zeer vele gevallen. In de statistiek spelen de groote getallen de groote rol, daarbij alleen kan men betrouwbare gemiddelden verkrijgen.

Toch acht ik elke classificatie aan bedenking onderhevig en zeer zeker een die in allerlei onderdeelen afdaalt SURINGAR, die een ondervinding van ten minste 40 jaren had als regent van gevangenen en gevangenisbezoeker, schreef o. a. (2): „Breng mij honderd gevangenen, ik zie

(1) Zie blz. 464 en 496.

(2) *Weekblad van het regt* 23 Februari 1857.

geen kans ze naar hun *moraliteit*, zelfs eenigermate, te classificeeren. Ja, op het papier laat het zich doen, met het cijfer van den ouderdom en het vonnis in de hand, en eenige algemeene opmerkingen, die men als regel zich voorschrijft. Maar in de werkelijkheid en bij de toepassing faalt het dikwijls. Er is maar één classificatie, die zonder feilen is aan te wenden. Maak van elken gevangene een klasse op zich zelve. Het afzonderingsstelsel is het meest volkomene classificatiestelsel”.

Men kan met WAHLBERG spreken van een onderscheiding in beroeps- en gelegenheidsmisdadigers, maar voor de toepassing ondervindt men menigmaal groote moeielijkheden. ADOLPHE PRINS (1) voegt aan bovengemelde onderscheiding nog een klasse toe, die van abnormale misdadigers: misdadigers wier abnormaliteit niet zoover gaat, dat zij onder de niet toerekenbare krankzinnigen zijn te rekenen, maar op wie de straf geen verbeterenden invloed kan uitoefenen; men denke aan alcoholisten, gedegeneerden, neurasthenici, epileptici, enz. De Italiaansche vijfledige onderscheiding vermelden wij slechts pro memorie. De zoogenaamde geboren misdadigers nemen daarbij een belangrijke plaats in. Wij blijven ook dan nog bij een groepeerings in hoofdsoorten.

Mr. MULLER gaat echter met zijn dievenonderscheidingen veel verder. Op deze wijze zal men aan vijftien of zestien klassen, gelijk in sommige Engelsche gevangenissen niet genoeg hebben. Wil men absoluut gemeenschappelijke opsluiting, dan zal men dus moeten letten op zijn opmerking (2), dat misdadigers geclassificeerd leven. Niet beroepmatige recidivisten hebben in de maatschappij

(1) Zie zijn: *Science pénale et droit positif* 1899, blz. 19 en 20.

(2) Blz. 434.

weinig omgang met beroepsdieven! Zoo is er een standsverschil tusschen groote en kleine dieven. Volgens Mr. MULLER zijn tusschen hen de relaties schaarsch. Een zoogenaamde kruimeldief (n^o. 12 zijner recidivisten) erkende alleen zijn eigen vrienden en mededaders te zien en geen inbrekers te kennen. Enfin men zal hier krijgen een classificatie volgens aetiologische criteria. Deze wordt door hem de belangrijkste geacht, omdat zij in staat stelt tot goed begrijpen en tot goed bestrijden der criminaliteit, tot het doorgronden en bestrijden van oorzaken. Dit is in zekeren zin nog iets anders als de vroeger ook door mij bedenkelijk geachte sorteering naar moraliteit, die ook bij dergelijke indeelingen min of meer plaats vindt.

Is nu uit mijn opmerkingen af te leiden, dat ik aan den onderwerprijken arbeid weinig of geen waarde toeken? In geenen deele. Ook van mijn standpunt waardeer ik het door den schrijver ingestelde individueele onderzoek. Al komen zijn uitkomsten mij niet voldoende voor, zijn methode heeft hij genoegzaam doen kennen als in staat om bij uitbreiding van het te onderzoeken materiaal tot betere resultaten te leiden. Hij hoede zich echter in het maken van classificaties, zoolang deze niet door overwegende gronden zich als vaststaande kunnen aandienen. Ik wensch zijn boek te zien in de bibliotheek van iederen directeur van een gevangenis, rijkswerk-inrichting, opvoedingsgesticht of tuchtschool, en zulks ten dienste van zich zelf en zijn ambtenaren.

Men kan toch daaruit zien op welke vragen gelet moet worden, om een biografie van elk aan de gewone samenleving onttrokken misdadig of verwaarloosd persoon des needs in een afzonderlijk daartoe ingericht register te kunnen opnemen. In dien zin sluit ik mij aan bij een der twee motto's, die Mr. MULLER koos voor zijn

biografisch gedeelte: „O groote manne die onze Maatschappy, ons huishouden bestierren wat zou je van een boeff nog veel kunne leeren”. (Uit een opstel van no. 22). Ik beveel zijn werk ter lezing aan van allen die belang stellen in de groote levensvragen.

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS.

's-Gravenhage, Mei 1909.

Ontwerp-verordening tot de heffing eener plaatselijke directe belasting naar het inkomen voor de gemeente 's-Gravenhage.

Voordracht door L. DE FOUW, Inspecteur bij 's Rijks belastingen.

Bij den erkend ongunstigen financiëleen toestand waarin verschillende gemeenten van ons land verkeerden, doet zich steeds dringender de vraag gelden naar een voorziening in de behoefte. Steeds grooter worden de uitgaven, ook die door de wet aan de gemeenten opgelegd, en de middelen ontbreken om aan die toenemende uitgaven het hoofd te bieden. Nu zou het Rijk dat aan de gemeenten zoo belangrijke offers, ook in het Rijksbelang (men denke aan onderwijs, armenzorg), oplegt, ook in die uitgaven moeten helpen voorzien, en inderdaad doet het dat reeds voor een deel, in den vorm van subsidiën. Maar die voorziening bleek niet altijd gelukkig noch afdoende, allermint voor de meest hulpbehoevende gemeenten. Een meer afdoende hulp uit 's Rijks kas wordt dan afgewezen met een beroep op den toestand van 's Rijks financiën, maar dat argument kan tegenover den nood der gemeenten, die mede door 's Rijks wetten werd in 't leven geroepen, moeilijk worden aanvaard.

Schrijver der bovengenoemde studie, wien het thans ingediend Regeeringsontwerp (niet tot het verstrekken van Rijkshulp, maar) tot herziening der regelen ten aanzien der plaatselijke belastingen, toen hij zijn voordracht hiëld, nog niet bekend kon zijn, neemt nu aan

den bestaanden toestand, en beperkt zich tot het Ontwerpverordening der gemeente 's-Gravenhage, door Burge-meester en Wethouders vóór het verschijnen van dat Wetsontwerp ingediend. Evenwel wil hij, vóór de behandeling van dit Ontwerp, een ernstig onderzoek of niet beperking van uitgaven mogelijk zij, waarbij „tering naar nering” gezet worde, en niet omgekeerd. En zoo dit niet mogelijk blijkt, dan wenscht hij toch een ander middel tot versterking van inkomsten dan voorgesteld wordt — indien slechts een ander middel te vinden is. Een „eere-saluut” brengt hij in ieder geval aan Burge-meester en Wethouders, die den moed gehad hebben, met hun voorstel te komen.

Burgemeester en Wethouders hunnerzijds stellen zich op iets ruimer standpunt, voorzien reeds de mogelijkheid dat uit de Rijksfinanciën geen hulp te verkrijgen zal zijn, maar tevens dat het belastinggebied der gemeenten zal worden uitgebreid, en dat ook de gelegenheid zal worden geopend, gemeente-opcenten te heffen op andere dan de grond- en personeele belastingen, en komen tot de slotsom, dat ook met die mogelijkheden toch een belasting als de voorgestelde zal noodig zijn. Thans, na het verschijnen van 't Regeeringsontwerp, waarbij met name voor een opcentenheffing voor de gemeenten op een of meer daarvoor vatbaar te verklaren rijksbelastingen eerst naar een nader in te dienen wet wordt verwezen, zal het oordeel van Burgemeester en Wethouders wel niet gewijzigd zijn, zal ook schrijver zijn hoop op die Rijksopcenten, waaraan hij zoozeer zijn voorkeur geschonken had, vooreerst moeten opgeven, en zal hij wellicht voor het Ontwerp van Burgemeester en Wethouders gewonnen zijn.

Dat voor een inkrimping van uitgaven voor de gemeente 's-Gravenhage geen mogelijkheid, voor een versterking

van middelen noodzakelijkheid bestaat, schijnt bij het college van Burgemeester en Wethouders wel vast te staan. Maar waartoe een belasting naar het inkomen, waar reeds een Hoofdelijke Omslag bestaat? Burgemeester en Wethouders oordeelen, dat, mocht die Omslag tot heden in het noodige voorzien, hij voor het vervolg niet meer kan voldoen. In dien Omslag is volgens hen een te vast verband gelegd tusschen inkomen en huurwaarde der woning, en ontbreekt iedere waarborg, dat inderdaad het uit die huurwaarde afgeleid inkomen ook werkelijk het inkomen van den belastingplichtigen bewoner vertegenwoordigt. Dat bezwaar wordt nog grooter, waar ook bij 's Rijks belasting en haar gemeentelijke opcenten die zelfde huurwaarde als eerste grondslag wordt aangenomen. Wel zijn er voordeelen aan die „fictie” verbonden: men heeft vaste gegevens, behoeft niet te vragen, te gissen. Maar de opbrengst blijkt niet voldoende, reeds thans niet, en nog minder voor de naaste toekomst.

Bij een vergelijking van wat is en wat wordt voorgesteld, blijkt, zoo merken Burgemeester en Wethouders op, een verschil van *stelsel*: het verschil tusschen een belasting naar vertering, naar „den uiterlijken staat”, en eene naar het inkomen. Zij erkennen het voordeel der eerste, en schrijver der voordracht wijst zijnerzijds op het voorrecht, dat tot heden, „naar mate elders de belasting-schroef voor de gemeente vaster moest worden aangezet”, de gemeente 's-Gravenhage (dank zij ook haar geringe belasting) het lokaas was geworden voor velen, om „zoodra mogelijk óók die bekoorlijkheid van het *Haagje* te trachten deelachtig te worden”. Toch erkent ook hij, dat die bestaande Omslag „uit den tijd” is en niet meer kan dienen.

Beschouwen wij een oogenblik van naderbij die bestaande belasting. Een Omslag wordt geheven: 10. op

den grondslag huurwaarde der woning volgens 's Rijks Personeel, evenwel met toepassing eener progressieve schaal, waarbij de geringste huurwaarde wordt vermenigvuldigd met *vier*, de hoogste met *elf*, om te komen tot het belastbaar geacht inkomen; 2^o. op „mobilair”, d. i. naar het taalgebruik der belastingwet, de stoffeering der woning, en rijtuigen en pleziervaartuigen: een vijftiende der waarde van dit „mobilair” geldt volgens dezen grondslag als inkomen; 3^o. op luxepaarden (zonder progressie ditmaal, zooals die voor 's Rijks belasting wordt toegepast), die per stuk als bewijs van een inkomen van achthonderd gulden gelden; 4^o. op de grootte van het gezin, inzoover op den aanslag aftrek o. a. voor kinderen en inwonende kleinkinderen wordt toegestaan. Voegt men daarbij een zeer hoog getal gemeente-opcenten op het Rijks-Personeel, dan kan men zich eenigszins een beeld vormen van een belasting naar den „uiterlijken staat”, die aan de wet, maar niet aan den eisch eener rechtvaardige verdeling van lasten voldoet.

Die bestaande toestand blijkt voor de gemeentefinanciën onhoudbaar; maar nog minder zou hij zeker voor vele belastingplichtigen blijken te voldoen, kon men eens de aanslagen van verschillende categorieën van ingezetenen vergelijken, b. v. eens naast elkander leggen het belastingbiljet voor den bewoner van een huis van *f* 300 à *f* 400 en dat voor een woning van *f* 2000 of meer, of vergelijken de zoo zeer verschillende draagkracht van bewoners (ook kamerbewoners) van één zelfde soort woning, die vrijwel dezelfde belasting betalen. Die vergelijkingen zouden, vrees ik, verhoudingen aan 't licht brengen, die ook aan de meest bevoorrechten bij deze regeling zelven niet zouden voldoen.

Wij missen hier officieele gegevens, en kunnen alleen vergelijken de uitkomsten in enkele gemeenten in haar

geheel, voor hare gezamenlijke belastingplichtigen. Zoo kunnen we tegenover elkander stellen 's-Gravenhage, met haar Hoofdelijken Omslag, en Amsterdam, met haar Inkomstenbelasting. Volgens de *Jaarcijfers* over 1905/06 bedroeg de bevolking van Amsterdam op 1 Januari 1906 een cijfer van 557.000, die van 's-Gravenhage van 242.000. Amsterdam hief over 1905 aan belasting *f* 8.528.000, 's-Gravenhage *f* 2.475.000, Amsterdam dus per hoofd der bevolking ongeveer *f* 15,31, 's-Gravenhage niet meer dan ruim *twee derde*, *f* 10,23. Het persoonlijk vermogen, in de Vermogensbelasting aangeslagen (dus niet medegeteld de vermogens beneden de 13 mille) bedroeg over (1 Mei) 1905/06 in de eerste gemeente *f* 821, in de tweede *f* 911 millioen Toch acht men de zooveel geringer gemeentebelasting te 's-Gravenhage onhoudbaar.

Om zuiverder oordeel te vormen, houde men bij die vergelijking overigens in het oog, dat vrij zeker het inkomen uit arbeid, vergeleken met dat uit vermogen, in de eerste koopstad des Rijks belangrijk meer zal bedragen dan dat in de hofstad (1). Ook met die overweging blijft echter het feit bestaan, dat bij die zeer groote draagkracht in vermogen te 's-Gravenhage (Burgemeester en Wethouders wijzen voor 1906/07 reeds op een cijfer van *f* 948 millioen), toch de bestaande belasting in die gemeente voor een in vergelijking geringe behoefte tekort schiet, en daarmede wijst op een gebrek in haar regeling.

Over dien onhoudbaren toestand zijn trouwens, dunkt mij, vrijwel allen het eens. Alleen pleit schrijver in zijn voordracht voor uitstel, terwijl Burgemeester en Wet-

(1) Het totaal der kohieren voor de Bedrijfsbelasting bedroeg over 1905/06 voor Amsterdam (de zetel trouwens van zoovele machtige naamlooze vennootschappen — die niet in de gemeentelijke Inkomstenbelasting zijn aangeslagen), *f* 2.387.000, voor 's-Gravenhage *f* 1.114.000.

houders voorstellen onmiddellijke voorziening. Mocht het daartoe komen, dan nog waarschuwt schrijver voor het haast onoverkomelijk gevaar, dat de gemeente 's-Gravenhage niet, als Amsterdam, over een thans sinds lang verzameld materiaal, over een geoeffend keurkorps van deskundige ambtenaren beschikt. — Een bezwaar, dat blijkbaar zal blijven, zoolang niet de hand aan den ploeg wordt geslagen, en eer grooter dan kleiner zal worden door uitstel.

Laat ons het gevaar onder de oogen zien. Bij de invoering zal noodig zijn een goede verordening, en een goede toepassing, vooral een goede regeling der aanslagen. Voor de samenstelling eener goede verordening zal men profijt kunnen trekken van de ervaring, in andere gemeenten en ook van die door het Rijk opgedaan; voor een goede aanslagregeling is dat moeilijker. Toch zal wat elders, ook zonder volmaakt te zijn, reeds verkregen is, ook hier niet onbereikbaar blijken, en ook de gegevens der Vermogens- en Bedrijfsbelastingen zullen, volgens de plannen der tegenwoordige Regeering, onder waarborg van geheimhouding, waar noodig, eens kunnen dienen tot voorlichting van de gemeentelijke overheid; een zelfde voorlichting uit de Successieregisters zou in dezelfde richting veel nut kunnen doen. Voorloopig, ook zonder die gegevens, zou toch, zeker te 's-Gravenhage zoo goed als elders, met medewerking van de ingezetenen zelve, belastingplichtigen, die ook door Burgemeester en Wethouders wordt voorgesteld, een goede en allengs betere aanslagregeling te maken zijn.

In hoever moeten, niet alleen vertrouwde ingezetenen, maar ook de belastingplichtigen als zoodanig medewerken tot hun aanslag? Het Ontwerp van Burgemeester en Wethouders wil, onder veel andere, deze vragen aan hen gesteld zien: in welke klasse meent gij te moeten

worden gerangschikt? hoe groot is uw totaal zuiver inkomen? Terwijl men verplicht is op deze vragen te antwoorden, wordt de bevoegdheid gegeven het antwoord toe te lichten door verschillende aangewezen gegevens. Nu verklaart schrijver zich tegen die verplichte aangifte. Het wil mij voorkomen, dat hij daarbij te uitsluitend het oog richt op de aangifte der bedrijfsinkomsten, en voorbijziet dat zijn bezwaren minder betreffen het vooral te 's-Gravenhage zeker groot deel der aanslagen van inkomens uit vermogen en van tractementen en andere vaste belooningen. Voor ambachten en winkelneringen is zeker, bij de daar veelal zeer gebrekkige of ontbrekende; boekhouding, een juiste aangifte moeilijk op te maken ook de praktijk der Bedrijfsbelasting zou daarvan kunnen getuigen. Maar juist voor deze belastingplichtigen zou ik het belang eener eenvoudige, goede boekhouding ook in dezen willen erkend zien. En de beteekenis van een *eigen aangifte*, voor ieder belastingplichtige en voor de gemeente, springt vooral voor deze belasting te zeer in het oog, dan dat men ze in deze nieuwe belastingverordening niet ten zeerste op prijs zou stellen. — Alleen make men het dan ook den aangever niet al te bezwarend en verge niet op 1 Januari voor de gemeente, naast de verplichte aangifte op 1 Mei voor het Rijk, een dubbele, toch altijd min of meer bewerkelijke, balans en winst- en verliesrekening voor dezelfde zaak! Bovendien stelle men zooveel mogelijk dezelfde regelen voor die dubbele berekening, gelijk het Ontwerp van Burgemeester en Wethouders blijkbaar daaraan reeds eenigszins tracht te voldoen.

Naast die aanslagregeling is misschien het moeilijkst de samenstelling van een *tarief van heffing*. Zal men daarbij, zooals de wet toelaat, en zooals de Rijksbelastingwetgever daarin voorging, onderscheid maken tusschen

inkomsten uit vermogen en die niet uit vermogen? Het verschillend karakter van inkomen uit vermogen, meer verzekerd en blijvend, meer draagkracht vertegenwoordigend, en van dat niet uit vermogen, van het leven, van ziekte en van zoo velerlei omstandigheden afhankelijk, pleit zeker voor dat eenmaal aangenomen beginsel. Evenwel maakt het Ontwerp van Burgemeester en Wethouders geen onderscheid, wel een ingediend amendement van Raadsleden: een belangrijk verschil voor de kleine aanslagen, dat evenwel geleidelijk afneemt en nagenoeg verdwijnt voor zeer groote inkomsten. Schrijver der voordracht staat hier aan de zijde der Raadsleden.

Een andere vraag is: waar begint een belastbaar inkomen? Burgemeester en Wethouders stellen die grens bij een jaarlijksch zuiver inkomen van *f* 600, doch staan een aftrek toe van *f* 500 voor noodzakelijk levensonderhoud en van nog *f* 50 o. a. voor ieder minderjarig kind of inwonend kleinkind zonder eigen middel van bestaan, tot een maximum van *f* 700. Het amendement stelt die grens voor inkomen uit arbeid bij *f* 700, met denzelfden aftrek. Als motief wordt door Burgemeester en Wethouders niet anders aangevoerd, dan dat het aanslaan van inkomens beneden *f* 600 aanleiding zou geven tot een groot aantal oninbare posten, en de vermoedelijke opbrengst niet zou opwegen tegen de kosten.

De aftrek van *f* 500 à *f* 700 is van toepassing op alle inkomens, ook de grootste, en maakt het tarief van heffing tot een eerst snel, dan langzaam aan nauw merkbaar opklimmend tarief. Bij amendement wordt die snelle overgang voor de laagste inkomens belangrijk verzacht, en wordt op 't geheele tarief het beginsel van progressie toegepast. Waar het Ontwerp, over ieder inkomen, behoudens dien aftrek, een gelijke belasting, van b.v. drie percent, voordraagt, en de Commissie van

Financiën met voldoening daarop wijst, daar stelt het amendement voor die gelijke heffing in plaats een belasting van b.v. twee tot vier percent. Tot ongeveer *f* 4500 inkomen blijft daardoor het tarief volgens amendement lager (en te lager naarmate het inkomen kleiner is) dan dat volgens het Ontwerp; op dat cijfer van ongeveer *f* 4500 komen beide vrijwel overeen; daarboven laat het tarief volgens amendement dat volgens het Ontwerp achter zich. Enkele voorbeelden. Voor een gezin met twee kinderen en een inkomen van *f* 600 à *f* 700 bepaalt het Ontwerp een belasting van *f* 1,50, het amendement eene van *f* 1, wanneer dat inkomen uit vermogen, en *nihil* wanneer het uit andere bron voortvloeit; het Ontwerp eischt van een inkomen van *f* 701 à *f* 800: *f* 4,50, het amendement *f* 3,10 en *f* 1; het Ontwerp van *f* 801 à *f* 900: *f* 7,50, het amendement *f* 5,30 en *f* 1, enz. Het Ontwerp stelt voor een zelfde gezin met een inkomen van *f* 4501 à *f* 4800: *f* 115,50, het amendement: *f* 116,80 en *f* 102; het eerste voor een inkomen van *f* 10.001 à *f* 10.500: *f* 289,50; het tweede *f* 359,55 en *f* 319,55; het eerste voor *f* 100.001 tot *f* 101.000: *f* 2997, het tweede *f* 3959,55 en *f* 3919,55.

In beide tarieven zou zeker een meer geleidelijke dan de voorgedragen snelle overgang voor de lagere aanslagen noodig zijn. Maar afgezien daarvan, zal tusschen beide tarieven moeten gekozen worden, vóór of tegen *progressie*. Al huldigt de Rijkswetgever in zijn eigen belastingen op vermogen en inkomen dat beginsel, hij laat aan de wijsheid en den rechtvaardigheidszin der gemeentewetgevers in haar volle beteekenis de verantwoordelijkheid voor de toepassing binnen zekere grenzen of de niet-toepassing van dat zelfde beginsel.

Nu wordt door den aftrek voor levensonderhoud en dien voor kinderen zonder meer blijkbaar nog niet ge-

waarborgd een gewenschte verhouding van belasting tot draagkracht, daar waar die draagkracht het grootst is; alleen een progressieve heffing kan daarin voorzien. En de opcentenheffing op de Personeele Belasting, die andere belangrijke bron van inkomst voor het gemeente-budget, werkt in dit opzicht juist in omgekeerde richting, maakt des te meer een correctief noodig.

De gemeente 's-Gravenhage staat met haar financieele wetgeving op een keerpunt. Op den ouden, vertrouwden weg kan zij niet langer voortgaan. Waar ligt de nieuwe weg, dien zij moet gaan? Moet, kan, zij bezuinigen, zij de sterk vooruitgaande? De zuinigheid zou ook hier de wijsheid kunnen bedriegen, en op haar beurt aan de erkende aantrekkingskracht der gemeente afbreuk kunnen doen. Moet zij, ter wille dier aantrekkingskracht, bij de verdeling van lasten meer dan andere gemeenten rekening houden met de zeer verschillende elementen harer bevolking? Inderdaad is hier voor den gemeentewetgever wijs beleid allereerst noodig. Evenwel leere ook hier de ervaring, tot heden opgedaan. Men voorspelde, meen ik, ook eens van de invoering der Vermogensbelasting door het Rijk een uittocht van velen, een voorspelling, die gelukkig voorspelling gebleven is. Men spiegele zich aan dat voorbeeld, en blijke niet al te beangst voor de gevolgen van wat eenmaal als een rechtvaardige en noodzakelijke maatregel erkend wordt.

Schrijver der hier besproken studie deed een verdienstelijk werk met zijn zakelijke toelichting van de hier genoemde, en andere punten, van geheel den grooten maatregel die wordt voorgedragen. Hij werke tot het slagen daarvan ook verder mede, en late zich niet terughouden door overwegingen, waarvoor, hij zal dat zelf moeten erkennen, nu eenmaal de tijd voorbij is.

Dordrecht, Mei 1909.

Mr. F. N. SICKENGA.

Mr. J. G. L. NOLST TRENTÉ. *Nederlandsch Assurantierecht. Brandverzekering, Zeeverzekering.* (VII, 391, 1902 en XVI, 903, 1907).

De Redactie van dit tijdschrift heeft gemeend, met het doen aankondigen van bovengenoemd werk te moeten wachten, totdat het compleet zou zijn en niet van ieder deel afzonderlijk verslag te moeten doen geven. Buiten schuld van redactie en recensent kon het boek dezen laatste eerst de laatste dagen van het vorige jaar worden toegezonden, zoodat de bespreking zeer vertraagd werd.

Onder den titel „Nederlandsch Assurantierecht” heeft Mr. NOLST TRENTÉ een aantal opstellen vereenigd, waarin alle onderwerpen der praktijk van brandverzekering en zeeverzekering, naar Nederlandsche wet en jurisprudentie, kort en volledig worden behandeld. Zijn doel met het publiceeren dier verzameling was, hun van dienst te zijn, „die iets dieper willen doordringen (in het assurantierecht) dan de algemeene werken over handelsrecht „veroorloven (en tot nu toe) zich genoodzaakt zien, hun „toevlucht te nemen tot monographieën, tijdschrift-„artikelen en verzamelwerken van jurisprudentie, een’ „weg voor den practischen jurist weinig aantrekkelijk. „voor den man van de assurantiepraktijk onbegaanbaar”. Daartoe heeft hij de Nederlandsche wet doen afdrucken, de uitspraken, in de verzamelingen van jurisprudentie te vinden, met hun motieven, medegedeeld, geschift en geschikt, en beide geannoteerd.

Mr. NOLST TRENTÉ heeft het doel, dat hij zich stelde, uitnemend bereikt. Hij heeft de lange monographieën

over onderdeelen der assurantie, dissertatiën en tijdschrift-artikelen, vervangen door korte, naar een zelfde plan bewerkte commentaren. Hij heeft de jurisprudentie tot op den tijd zijner uitgave bijgewerkt en, in het oorspronkelijke, toegankelijk gemaakt voor diegenen zijner lezers (de groote meerderheid), die niet door hunne gewone werkzaamheden met de verzamelingen, waarin die bijeengebracht is, in aanraking komen. Twee eigenaardige gevaren kleven aan die werkwijze, die het midden houdt tusschen een systematische behandeling en een doorloopenden commentaar: 1o. ongelijkheid in de bespreking der meer of min belangrijke onderwerpen of moeilijke vragen, niet in verhouding tot die belangrijkheid of moeilijkheid, maar naar het toevallig voorhanden zijn van jurisprudentie en 2o. mededeeling van meeruitspraken dan strikt noodig is met minder commentaar daarop dan gewenscht ware. Mr. NOLST TRENTÉ heeft beide gevaren in zijn tweede deel „Zeeverzekering” zeer veel beter vermeden dan in het eerste, „Brandverzekering”. Op menige plaats zijn adviezen voor de praktijk ingelascht, die het werk, ongetwijfeld, meer waarde geven voor den assureur. De moeite is ook niet gespaard, ieder deel toe te rusten met volledige registers der „behandelde artikelen”, „der behandelde onderwerpen” en „der aangehaalde, „arbitrale en rechterlijke uitspraken”. Dat hij met zijn arbeid voor allen, die met de dagelijksche assurantiepraktijk en met assurantieprocedures te maken hebben, een bijzonder verdienstelijk werk heeft verricht, is dankbaar door het publiek erkend, dat hem noopte, na het schrijven van zijn werk over Brandverzekering, de pen weer op te nemen, om zijner voorwaardelijke belofte gestand te doen, „op gelijke wijze het andere hoofddeel van het assurantierecht, de Zeeverzekering, te bespreken”.

Tot beide deelen van zijn geschrift geeft Mr. TRENTÉ

in eene reeks opstellen ter „Inleiding” den sleutel. Hij handelt daar over algemeene begrippen van assurantie-recht en bespreekt de algemeene artikelen, in ons Wetboek van Koophandel over dit onderwerp neergeschreven. Voor den jurist is dat deel, a priori, verreweg het meest belangwekkende, voor den practicus het moeilijkste, hoewel noodzakelijke. Voor den recensent is daar, in kort bestek, de karakteristiek voor het geheele werk des auteurs neergelegd. Ik zal mij tot iets uitvoeriger bespreking van dat gedeelte daarom mogen en kunnen bepalen.

Des schrijvers betoog over het „doel der verzekering” opent aldus (1):

„Ons vermogen staat voortdurend bloot aan schade
 „Die kwade kansen van zich af te wenden en de ge-
 „volgen er van te doen dragen door anderen, is het doel
 „van hem die zich verzekert Verzekering is dus
 „een schadevergoedingscontract”.

Die methode van redeneering komt mij voor, geheel onjuist te zijn en onbetrouwbaar.

Uit het feit, dat schade aan bijzondere vermogens te vergoeden *kan* vallen, en dat tegen dergelijke schaden inderdaad verzekerd *wordt*; leidt Mr. TRÉNITÉ af, dat verzekering in het algemeen een schadevergoedingscontract *is* en sluit dan op dien grond levensverzekering, pensioenverzekering en dergelijke *andere verzekeringen* van het begrip „verzekering” uit. De fout in deze bijzondere redeneering ligt hier, dat de schrijver eene groep verzekeringen — de verzekeringen van een bestaand vermogen, strekkende tot vergoeding van schade aan dat vermogen — beschrijft, en uit die beschrijving *alle* verzekering classificeert als schadevergoedingscontract, om dan daarna een niet beschreven groep verzekeringen,

(1) Deel I, pag. 4.

niet in die classificatie passende, den naam verzekering, te ontzeggen. Tot zijne definitie van verzekering als schadevergoedingscontract, komt de schrijver niet door afleiding, maar door tautologie uit de beschrijving der werkingswijze van het schadevergoedingscontract zelf. Mij dunkt, dat hij niet gerechtigd is, vast te stellen dat door verzekering slechts het bestaande vermogen tegen schade kan worden gewaarborgd bij onzekere, voorziene gebeurtenis en niet bij zulke onzekere, voorziene gebeurtenis een toekomstig vermogen kan worden verworven. Het doel van hem die zich verzekert bij laatstbedoeld contract heeft met het doel van den door den schrijver aangehaalde slechts de zekerstelling gemeen, maar zijne handeling zal daarom toch ook wel „verzekering” moeten heeten. Het uitgangspunt van des schrijvers geciteerde en van mijne hier, parallel voorgedragen redeneering is slechts eene bredere omschrijving van de conclusie zelve; zij wordt als praemisse gesteld, hare toepassing als redeneering voorgedragen.

Tot geen andere conclusie des schrijvers uit die quasi-redeneering dan juist tot deze, dat levensverzekering niet een „werkelijke verzekering” zou zijn, doet mijne bewering iets af, en natuurlijk in het bijzonder niet tot zijn resultaat, dat voor de door hem behandelde verzekeringen het element „schadevergoeding” een der essentialia is, dat art. 254 K. de ontstentenis van dat element in die verzekeringen met nietigheid straft. Ik keer mij slechts tegen de misleidende methode die, helaas, verscheidene malen dit boek komt ontsieren.

In „Het gevaar en het gevaarsobject” worden de „gevaren, waartegen verzekerd kan worden”, d. i. dus: de onzekere, voorziene gebeurtenissen van het schadevergoedingscontract, verdeeld in drie groepen: „de werking „der natuurkrachten”, „de daad des menschen” en „het

„aangaan van verbintenissen”, en „gevaarsobject” genoemd: de lichamelijke zaak, die aan het gevaar, waartegen men verzekerd heeft, is blootgesteld. Daarbij slechts eene aantekening. Het komt mij juister voor te spreken van de werking der natuurkrachten, de daad van derden en de uitkomst van eigen, schuldellooze handeling. Het aangaan eener verbintenis, als assuradeur bijvoorbeeld (1), is zeker niet een onzekere voorziene gebeurtenis, wèl echter is de uitkomst onzeker. De reassurantie is dan ook assurantie van nadeel aan het vermogen des assuradeurs door de onvoorziene onzekere uitkomst zijner eigene assurantie toegebracht.

Aan het „Voorwerp der Verzekering” wijdde Mr. TRÉNITÉ een lang en doorwerkt artikel in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1899 (Deel XVIII) dat, in zijn gelijknamig opstel in dit boek zelfs niet gememoreerd wordt. Slechts fragmenten van zijne toenmalige redeneering heeft hij hier nogmaals onder het oog van den belangstellenden lezer gebracht: „Vanwaar komt die machteloosheid van „onze auteurs, om eene behoorlijke definitie (van het „voorwerp der verzekering) te geven? Mij dunkt het ligt „eenvoudig hieraan, dat men eene rechtskundige definitie wil geven van iets wat geen rechtskundig begrip „is. Het woord belang (2) duidt een economisch, geen „juridisch begrip aan. Het vermogen van den mensch „— en daarmee heeft het assurantierecht uitsluitend te „maken — bestaat niet uit belangen, maar uit *rechten*, „en wel uit op geld waardeerbare rechten. Het voor- „naamste daarvan is het eigendomsrecht, dat gewoonlijk „en gemakshalve met de lichamelijke zaak, waarop het „betrekking heeft, vereenzelvigd wordt. Verder zijn er

(1) Voorbeeld, ook door den schrijver gebruikt.

(2) Ik spacieer.

„zakelijke rechten als vruchtgebruik, tiendrecht, erf-
 „dienstbaarheid enz. en rechten jegens personen (vorde-
 „ringsrechten), alle op geld waardeerbaar. Het complex
 „nu van zaken, rechten op zaken en vorderingsrechten
 „vormt het vermogen. Waar het doel van verzekering
 „is, de schade, die het vermogen tengevolge van eene
 „onzekere gebeurtenis kan lijden, te doen dragen
 „door den verzekeraar, kan men dus nooit zeggen dat
 „belangen verzekerd worden, want belangen maken
 „(juridisch gesproken) geen deel van het vermogen uit.
 „Verder: De leer van het verzekerbaar belang is in de
 „praktijk zeer handzaam gebleken. Maar er is een groot
 „nadeel aan verbonden, dat men n.l. in veel gevallen zich
 „vergenoeft met een term te gebruiken, zonder door te
 „dringen tot het wezen van het contract". En: „Aan
 „een Nederlandschen jurist komt de eer toe licht
 „te hebben gebracht in de duisternis, door er op te
 „wijzen, dat de verzekerbare belangen ten slotte niet
 „anders zijn dan vermogensobjecten, en dat dus het
 „vermogen of bestanddeelen daarvan het voorwerp van
 „iedere verzekering vormen". Bij deze opvatting sluit ik
 „mij geheel aan. Ten slotte: „Dat deel nu van het ver-
 „mogen, waarop de verbintenis des assurateurs beperkt
 „is, is het voorwerp der verzekering. Alles wat tot het
 „vermogen des menschen kan behooren, kan dus voor-
 „werp van verzekering zijn, derhalve lichamelijke zaken,
 „rechten op lichamelijke zaken en vorderingsrechten". (1)

Geheel consequent is de redeneering van Mr. TRENITÉ
 in de slotsom reeds niet, omdat hij alles, behalve „rechten",
 elimineerende en aanmerking makende op de vereen-
 zelvling der lichamelijke zaken met het recht op lichame-
 lijke zaken, die lichamelijke zaken toch weer als voorwerp

(1) Deel I, pag. 13 v.v.

der verzekering invoert. Verder vrees ik, dat hij den gecritiseerden schrijvers eene bedoeling onderschuift (een rechtskundige definitie van het „belang”, dat niet een rechtskundig begrip is, te willen geven) die de hunne niet is.

Bezien wij dan de redeneering nader.

Op dit punt schijnt het mij, kan volstaan worden met er op te wijzen, dat rechten (d. i. rechten, bepaald door een subject, den verzekerde, en door een object, een „vermogensobject”, zooals de heer TRENITÉ het zelf noemt) die deel van het vermogen uitmaken, op geld waardeerbare rechten zijn. Die „rechten” worden dan ook niet verzekerd als „rechten” kortweg, noch als „rechten des verzekerden” in het gemeen, noch zelfs als bloote „rechten des verzekerden op een bepaald object”. Het gevolg zou moeten zijn, dat het zekergestelde recht voor den verzekerde wierd behouden of hem teruggegeven, wat niet gebeurt en onmogelijk is. Het recht toch blijft bestaan, het recht des verzekerden wordt niet aangetast, doch het object is door een der bovenbedoelde gevaren vernietigd en daarmee des verzekerden recht op dat object. Veeleer wordt de bijkomende eigenschap, de „waarde” der rechten, verzekerd: verliest het recht, door het te niet gaan van het object, tevens de eigenschap van op geld waardeerbaar te zijn, dan wordt de waarde, die het te voren had, vergoed, d. i. krachtens assurantie-overeenkomst treedt er een ander recht, van dezelfde absolute waarde, door het vervullen der opschortende voorwaarde, in werking.

Wat is echter „waarde” anders als „belang”? Meer bijzonder: in welk opzicht is „waarde” meer een juridisch begrip dan „belang”? Het is hier niet de plaats, verder over dit onderwerp uit te weiden. Het is mij voldoende hier deze theorie op een enkel punt aan te vallen en te trachten de onhoudbaarheid er van aan te toonen.

Ik bespreek mijn hoofdbezwaar tegen dit opstel, omdat de conclusie nog telkens weder blijkt na te werken in het gedeelte van zijn werk, waarin de schrijver het positieve assurantierecht bespreekt, waar hij zijn „recht” als object invoerende, wel tot verkeerde resultaten moet geraken.

De „Lichamelijke zaak” (§ 4) vestigt slechts op het onderwerp van het „gevaarsobject” van § 2 op nieuw de aandacht.

In de „Verzekerde Waarde” (§ 5) wordt het voorwerp der verzekering nog eenmaal besproken, maar nu, steunende op de wet. De schrijver leidt met groote scherpszinnigheid, klaar en volledig, uit de wetsartikelen de aanduiding af van wat, in ons W. v. K., „met waarde van het verzekerde voorwerp bedoeld wordt: de verkoops-waarde, zoo dikwijls bij de verzekeringsovereenkomst geen bijzondere bedingen zijn gemaakt” (1). Ik neem zijn betoog over:

„De leer der verzekerbare waarde behoeft slechts besproken te worden in verband met de verzekering van lichamelijke zaken. Bij deze kan alleen van meer dan ééne waarde sprake zijn. Hetgeen hier volgt heeft dus uitsluitend betrekking op de genoemde verzekering. In het algemeen kan men zeggen, dat de waarde van eenig goed de geldsom is, waarvoor men in het vrije ruilverkeer een dergelijk goed kan koopen of verkoopen. Zoo dikwijls de prijs bij koopen of verkoopen dezelfde is, is dus het antwoord wat de waarde van het voorwerp is, niet moeilijk. Maar die gelijkheid van inkoop- en verkoopsprijs, doet zich alleen voor bij koopmansgoederen, die eene marktwaarde hebben. Met de meeste andere goederen is dat echter niet het geval. Men kan haast als regel stellen, dat buiten de besproken koopmansgoederen, de opbrengst van een verkocht voorwerp

„geringer is dan de som, die men zou moeten betalen,
 „om zich een dergelijk object aan te schaffen (reproductie-
 „kosten). . . . Bij de gebouwen komt somtijds nog een
 „derde factor te pas, de mogelijkheid namelijk, dat de
 „opstal bestemd is, om gesloopt te worden. . . . Als regel
 „kan worden aangenomen, dat volgens de wet de ver-
 „zekerbare waarde de verkoopswaarde der goederen is.
 „Men vindt dit nergens bepaaldelijk uitgedrukt, maar
 „uit enkele wetsartikelen valt het af te leiden. Zoo lezen
 „wij in den titel van het Wetboek van Koophandel, die
 „over brandverzekering handelt, in art. 289, par. 2: In
 „geval van beding van wederopbouw, wordt door den
 „verzekerde bedongen, dat de kosten, tot den weder-
 „opbouw vereischt, door den verzekeraar zullen worden
 „vergoed. Daar in het eerste lid van dat artikel staat:
 „de verzekering kan gedaan worden voor de volle waarde
 „der verzekerde goederen, is het wederopbouwbeding
 „klaarblijkelijk bedoeld, als uitzondering op dien regel.
 „Derhalve moet worden aangenomen dat de volle ver-
 „zekerbare waarde volgens de wet niet is opbouw- doch
 „verkoopswaarde”. Daarna wordt aangetoond, dat art. 612
 K. ten onrechte als aanwijzing wordt aangehaald, en,
 op dezelfde wijze als in het geciteerde stuk, het bewijs
 voor des schrijvers bewering over verzekerbare waarde
 afgeleid uit den inhoud van art. 275 K. „Men make
 „hieruit echter niet op, dat geen andere waarde zoude
 „mogen worden verzekerd. Wij hebben uit den gevonden
 „regel alleen de gevolgtrekking te maken, dat, zoo dik-
 „wijls bij de verzekeringsovereenkomst geen bijzondere
 „bedingen zijn gemaakt, met waarde van het verzekerd
 „voorwerp, bedoeld wordt de verkoopswaarde. De wet
 „onderstelt dan ook zelf de mogelijkheid, dat van dien
 „regel is afgeweken, niet alleen in het alreeds genoemde
 „artikel 289 K., maar ook in art. 619 K., dat den rechter

„bevoegd verklaart, om de „volle waarde”, op kiel of „casco verzekerd, te verminderen, indien het schip bij „de polis is getaxeerd naar den inkoopprijs of naar „hetgeen hetzelfde voor bouwen gekost heeft en hetzelfde „hetzij door ouderdom, hetzij door het afleggen van vele „reizen, reeds minder waarde had. Wettig zijn daarom „alle bedingen, die bedoelen, den geassureerde in het „bezit te stellen van een geldsom, voldoende, om het „verloren voorwerp te vervangen door een gelijksoortig; „behoudens eenige korting wegens verbetering van oud „tot nieuw, indien de verzekering daarbij voordeel zou „hebben, bijv. enz. Wettig is daarom ook die vorm van „winstverzekering, die beoogt, vergoeding te verzekeren „voor het verschil tusschen de waarde der goederen op „de plaats van inlading plus alle onkosten, en de waarde „ter bestemmingsplaats.... Eindelijk is ook wettig de „overeenkomst, dat voor goederen, welke verkocht, maar „nog niet geleverd zijn, de prijs, waarvoor verkocht is „den grondslag der vergoeding zal uitmaken, onverschillig wat in het algemeen de verkoopswaarde van „dergelijk goed is.”

Die twee citaten nu geven een juist denkbeeld van Mr. TRENTÉ's wijze van wets- en jurisprudentievertolking. Die methode is doodeenvoudig, hoogst bevattelijk en duidt op een streven naar volledigheid. Juist die zijn de eigenschappen, die een boek over juridische onderwerpen voor leeken dringend behoeft.

Met opzet nam ik eene m. i. juiste, en eene m. i. onjuiste interpretatie over. Art. 619 aan te halen, om aan te toonen, dat de wet niet altijd en alleen de verkoopswaarde als de verzekerbare waarde wil aangemerkt zien, is een niet zeer gelukkige greep. De voorbeelden van wettige verzekering eener andere waarde dan de verkoopswaarde zijn, behoudens dat van de wettelijke

uitzondering van het wederopbouwingsbeding, te herleiden tot verkoopswaarden; zij maken des schrijvers bewering niet sterker. Dat eene interpretatiemethode echter den eenen rechtsgeleerde niet immer tot dezelfde conclusie brengt als den anderen is echter niets nieuws.

Met de waarde-bepalingen der besproken paragrafen is de maat voor het geheele boek aangegeven. Nadrukkelijk echter moet ik er op wijzen, dat aande laatste mijner drie oordeelvellingen de grootste geldigheid moet worden toegekend. Mr. TRENITÉ toch behandelt voornamelijk wetsartikelen en vonnissen; voor hem is dat vaste en vertrouwde grond. Zich volkomen bewust van eigen kracht heeft hij dat deel van het assurantierecht voor zich gekozen. Hij is volkomen geslaagd in het samenstellen van een zeer bruikbaar boek over de schadevergoedingscontracten in ons verzekeringsrecht, zooals zij zijn nedergelegd in wet en rechtspraak. Te zeggen dat zijne uiteenzettingen altijd lezenswaard zijn, altijd tot overdenking stof geven en in hare heldere korthed den assuradeur vaak zeer nuttig, den jurist ontzaglijk tijdbesparend en opwekkend zijn, is dunkt mij, den schrijver den lof geven, dien hij verlangt en ten volle verdient. Dat evenwel scherp op Mr. TRENITÉ's redeneermethode moet worden gelet, telkenreis dat het onderwerp zich leent tot een theoretisch juridisch betoog, en op zijne theorie over het voorwerp van verzekering, zoo vaak dat ter sprake komt, meende ik den lezer van het reeds vóór deze aankondiging te recht goed opgenomen werk, tot zijn eigen meerder profijt, op het hart te moeten binden.

Amsterdam, Maart 1909.

T. H. FOKKER.

*Historische beschouwingen over het Antwoord
van den Gedaagde.*

Proefschrift van J. VAN KUYK, Leiden 1908.

De studie van oud-vaderlandsch recht moet meer dan gewone aantrekkelijkheid hebben voor den ernstigen jurist, en toch wordt er betrekkelijk weinig werk van gemaakt. De practijk heeft die studie veel minder noodig dan die van het fransche recht, en het is de practijk die gewoonlijk bepaalt op welk gebied onze onderzoekingen en vergelijkingen zich zullen bewegen. De studie van oud-hollandsch recht is daardoor meer een liefhebberij geworden, beoefend door een kleine groep van rechtsgeleerden, en het is opmerkelijk hoe slecht over 't algemeen het jongere geslacht van advocaten en rechters zelfs in de litteratuur en de teksten van dat recht thuis is, wanneer onverwacht een historisch argument in pleidooi of raadkamer wordt ter sprake gebracht. Maar nog veel minder weet men van het recht der middeleeuwen en der dusgenaamde *leges barbarorum*. En in tegenstelling met het oud-hollandsch recht in engeren zin, mag van dat alleroudste recht worden gezegd, dat inderdaad zij, die ten onrechte het eerste slechts vluchtig beoefend hebben, terecht het laatste in 't geheel niet binnen hun gezichtskring hebben getrokken. Niet alleen is deze studie door allerlei bijkomende moeielijkheden van taalkundigen, historischen en ethnologischen aard geen bezigheid voor verloren dagen en uren, maar hare vruchten zijn niet

zoodanig, dat zij anderen dan geschiedvorschers van nature voor de genomen moeite kunnen loonen.

In het bijzonder het oudste procesrecht laat bij nadere kennismaking zeer onaangename indrukken achter, en VAN HAMEL'S qualificatie van het strafrecht onzer onmiddellijke voorvaderen: een samenstel van wreedheid en onverstand, zou ik voor deze wetten der barbaren willen overnemen.

Ik acht het dan een zeer bijzonder verschijnsel, dat als proefschrift een studie over het antwoord van den gedaagde in dat oudste recht is verschenen. In den laatsten tijd komt het voor, dat reeds schrijvers van dissertaties een zekere tendenz beoogen, is het min of meer regel, dat zij ook hun aandacht aan polemieken en vooral aan verbetering van bestaande wetten gaan schenken.

Het is eigenlijk niet noodig in den breedte te betoogen, dat men hiermede in een proefschrift voorbarig is, en dat dit geschrift in de allereerste plaats moet aantoonen, dat men in staat is een gegeven onderwerp naar meer strenge eischen van wetenschap te behandelen. Deze behandeling is hetgeen waar het op aankomt, en daarnaar moet de schrijver beoordeeld worden.

Het komt mij echter voor, dat deze zienswijze lang niet door het meerendeel der doctorandi wordt gedeeld, en daarom vind ik het opmerkelijk nu eens in dit proefschrift iemand aan het woord te zien, die studeert, en volgens een zeer strengen regel een bijzonder moeielijk onderwerp ontleedt, maar niet doceert of wetten geeft. En al zal nu ook dit proefschrift geen groot gerucht maken, en al zal het zelfs door zeer weinigen gelezen worden, de schrijver heeft er mee aangetoond, dat hij in staat is tot degelijk werk en die capacity of taking an infinity of pains bezit, die hem kan voeren tot dingen van blijvende waarde. Wat wil men meer!

Het vraagstuk, dat onze schrijver heeft willen beantwoorden is hoofdzakelijk het volgende. Is de onderscheiding der verdediging, als antwoord ten principale en exceptie, ten onzent eerst aangenomen door de receptie van het romeinsche recht, of bestond deze verdeeling reeds in het oudste inheemsche recht?

Zijn antwoord is, dat deze verdeeling wel bestaan heeft, ofschoon de deellijn een weinig meer naar de zijde van de exceptie viel, terwijl de terminologie een zeer bijzondere en op meerdere punten misleidende is geweest. Om tot dit antwoord te kunnen komen wordt onderzocht het oudste proces der volksrechten, het proces om onroerend goed en de vindicatio in servitute in frankischen tijd, ten slotte het proces der latere middeleeuwen. Het proces om roerend goed wordt m. i. terecht vermeden. Het is niet waarschijnlijk dat een onderzoek daarvan zou leiden tot een geheel afwijkende beantwoording van de gestelde vraag, en de schrijver is te goed op de hoogte van zijn onderwerp dan dat hij zich voor het opstellen van een dissertatie zou begeven in dien eindeloozen doolhof, waarin ook de schranderste hoofden den weg bijster zijn geraakt.

De schrijver heeft het noodig geoordeeld om ons voet voor voet zijn geheele studie te laten meemaken en spaart ons dan ook vooral niet op taalkundig gebied. De zee van teksten door hem geraadpleegd is eindeloos, de nachtmerrie van al dat verschrikkelijk slecht latijn moet hem onophoudelijk vervolgd hebben, maar nu hij er aan ontworsteld is, moeten zijne lezers er op hunne beurt aan gelooven. De teksten, die door schrijver, na zifting, van materieel belang voor zijn onderwerp zijn geacht, heeft hij alle in zijn werk opgenomen, zoodat wij ons bij afwisseling bevinden in modern nederlandsch, middelnederlandsch in alle dialecten, monnikenlatijn en

oud fransch, nu in betoog dan weer in het demonstratiemateriaal verkeerend, alles zoo regelmatig en keurig ingedeeld als de laagjes van een indischen spekkook, al is het resultaat niet zoo smakelijk.

Op deze wijze leeren wij aan de hand van schrijver de verschillende figuren van het proces der volksrechten kennen, waarbij de gevolgen van het antwoord nog geheel samenhangen met de materieele constructie van den eisch, die gedaan kon worden zoowel eenvoudig als met aanbod van getuigenbewijs, met kampgroet of met beroep op heete daad. Gewezen wordt op de meest eigenaardige beginselen van procesrecht, zooals de plicht van gedaagde om zijn onschuld aan te toonen in tegenstelling met den romeinschen regel in het geval *Actore non probante*, de wijze waarop zulk bewijs door eed met eedhelpers werd geleverd, de gevolgen van den kampgroet en de instelling der kampioenen, het voor ons onbegrijpelijk gericht der ordalen, de schreimannen bij ontdekking op heeter daad. Het eigenlijk onderwerp der dissertatie wordt meer in het bijzonder aangeroerd bij de bespreking van het Tangano. Hier komt iets van exceptief verweer boven. Het Tangano toch is volgens de heerschende leer het gedwongen zijn van gedaagde om in op den eisch terugslaande bewoordingen te bekennen of te ontkennen met uitsluiting van de bevoegdheid om een exceptieve verdediging te voeren. Dit ziet er bedenkelijk uit voor eischer's stelling omtrent de exceptie in het germaansch recht, en hij zet zich dan ook tot een nauwgezet exegetisch onderzoek van verschillende op het Tangano betrekking hebbende teksten, waarbij hij komt tot een andere conclusie dan de tot nu toe gangbare. Zijn meening is, dat men bij het Tangano niet te denken heeft aan materieele vereischten van het antwoord maar uitsluitend aan formeele, *solemnitatis*

causa gegeven voorschriften, zoodat de gedaagde slechts verplicht is om zijn verdediging in een bepaalden vorm voor te dragen. De mogelijkheid om te excipieeren wordt volgens hem dus niet afgesneden. Veel verder dan dit negatief resultaat komt hij echter niet, en een positief gegeven bevoegdheid om bij een exceptie te persisteeren vindt hij slechts in eenige teksten van longobardisch recht, waarin op grond van een of ander fait justificatif den gedaagde in den vorm van een non-tibi-respondeo de bevoegdheid wordt gegeven om zijne verdediging tot die daadzaak te beperken. Ook wordt dit resultaat door schrijver niet overschat, daar hij slechts spreekt van een kiem der onderscheiding in verweer ten principale en exceptie.

In het frankisch proces om onroerend goed vindt schrijver de onderscheiding terug waar sprake is van een gemotiveerde ontkenenis van gedaagde, hetzij met beroep op zijn eigendomsrecht (vindicatio), hetzij, meer exceptief, met beroep op longa possessio. Zeer uitvoerig worden de verschillende procesfiguren nagegaan om in iederen casus te kunnen beslissen hoe het proces ten aanzien van bewijslast of eed moet worden uitgewezen. Ook hier is meest de vorm van den eisch beslissend.

De behandeling van het frankisch vrijheidsproces, ofschoon op zich zelf zeer belangwekkend, komt mij voor ten aanzien van schrijver's grondstelling niet veel materieel aan te voeren. Van de exceptie is hier zoo goed als geen sprake. Het proces en zijne behandeling wordt overigens zeer goed uiteengezet en vormt m. i. ook om den aard van het onderwerp het meest interessant gedeelte van het boek. De schrijver is ook hier gebleven buiten bespiegelingen, doch naar ik vertrouw, met moeite. Zijn doel is niet geweest zijne meening te zeggen over de innerlijke waarde van dit proces of van de sociale

toestanden waaruit het gegroeid is, doch hij zal zich waarschijnlijk met mij er over verheugd hebben, dat die tijden voorbij zijn. Schrijver wijst nog bij de behandeling van dit proces op een materieel verschil tusschen het antwoord in deze en in de eigendomsactie. Om zijn verweer tegen de laatste te motiveeren, moet de gedaagde rationem tradere, doch hiervan is bij het vrijheidsproces geen sprake. Dit verschil zou hieraan liggen, dat tegenover de stelling van hoorigheid slechts één tegenwerping, n.l. die van vrijheid, kan worden geplaatst, welke dan nog slechts nader met vrije geboorte, vrijlating of langdurig bezit van staat behoeft gemotiveerd te worden. Dit is inderdaad juist, wanneer de gedaagde slechts over de vraag of hij al of niet eigene is zich mag uiten, doch minder overtuigend wanneer hij ook het recht van *dezen* eischer mag betwisten. Schrijver spreekt zich hierover niet uit, en wat mij betreft, ik heb het vraagteken bij deze passage moeten laten staan.

Ten slotte het proces der latere middeleeuwen. Ook op het gebied van het procesrecht verdwijnt de zwartste duisternis. De godsgerichten worden afgeschaft, eerst de water- en vuurproeven enz., later ook de tweekamp.

Het romeinschrechtelijk beginsel, dat de eischer bij ontkentenis bewijs heeft te leveren, niet om gedaagde's eed uit te sluiten, maar om zijn eigen recht te kunnen geldend maken, wint veld. Op een voornaam punt blijft evenwel het germaansch karakter van het proces bewaard, en wel waar het geldt de veroordeeling van den gedaagde, die gegeven wordt op grond van diens onrecht en niet op grond van het recht van den eischer. Men kan dus evenals voorheen instellen een klacht om een bepaalde schuld bij eede te kennen of te ontkennen en gedaagde, verschenen zijnde, moet zich daarover uitlaten, moet lijen of versaken. Doch hij mag op het hoofdpunt het

zwijgen bewaren (non debet respondere) in verschillende, door schrijver met uitvoerigheid vermelde, gevallen, die voor een groot deel duidelijk met ons exceptief verweer overeenkomen, voor een ander deel, zooals bijv. de rechte weer, van meer twijfelachtigen aard zijn. Ook toen men dit niet-antwoorden later met de romeinsche terminologie als exceptie ging betitelen, is nog langen tijd de germaansche bouw van het actiënrecht bewaard gebleven.

Zoo loopt ongeveer de lijn, die schrijver tot zijn reeds genoemde conclusie voert. Bij de lectuur van het boek is die lijn echter niet altijd even duidelijk te volgen, wat toe te schrijven is aan de vele uitweidingen over verwante velden van onderzoek en ook voornamelijk aan de inrichting van het werk, zooals ik die hierboven heb meenen te mogen kenschetsen.

Het boek is geschreven onder zeer sterk duitsche invloeden. Deze komen ten goede aan vlijtig en onverdrotten zoeken en pluizen, aan systematisch werken en sober stellen. Minder goed werkten zij echter op den schrijver toen deze onder den galm der duitsche geleerdheid zijn dissertatie in het Nederlandsch moest schrijven en menig duitsch woord is in Nederlandsche spelling ongemerkt binnengeslopen. Ik mag deze aanmerking maken, omdat zij de eenige is, die ik ten opzichte van den zeer verzorgden vorm kan te berde brengen.

Een opmerking ten slotte. Een verhandeling te schrijven over procesrecht is een werk, dat eigenlijk alleen goed kan worden volbracht door iemand, die zelf veel in de practijk aan procederen heeft gedaan. Ook waar het een historisch onderzoek geldt. Want wil men een juisten blik hebben op het verleden, dan moet men toch beginnen met het heden goed te kennen. Waar nu de schrijver van dit proefschrift den procesgang in vroegere eeuwen verklaart is het telkens merkbaar, dat hij van

het hedendaagsch proces niet anders dan een zeer oppervlakkig begrip heeft. Dit is zeer vergefelijk, want het proces leert men niet uit wetten of leerboeken in de eerste plaats, maar in de rechtszaal zelve en niet zelden met schade en schande. Die school kon de schrijver niet medegemaakt hebben. Doch wanneer hij over een poosje wellicht door practische ondervinding zich meer in het nieuwere procesrecht zal hebben ingewerkt dan, stel ik mij voor, zal het hem opvallen, hoevele opmerkingen in zijn proefschrift geheel anders en treffender hadden kunnen worden geplaatst en vooral hoeveel rijker op sommige punten de uitkomst van zijn taalkundig en historisch onderzoek zou zijn geweest, indien hij werkelijk met de door hem geschetste processen had kunnen meeleven als iemand, die zelf eischen en antwoorden heeft te stellen of te beoordeelen.

Den Haag, Februari 1909.

Mr. G. VAN SLOOTEN AZN.

MR. E. J. J. VAN DER HEYDEN. *De ontwikkeling van de Naamlooze Vennootschap in Nederland vóór de Codificatie*. Proefschrift verdedigd te Utrecht, den 5en November 1908.

Toen bij de totstandkoming van ons Wetboek van Koophandel de economisch-liberale kooplieden volkomen vrijheid tot het oprichten van naamlooze vennootschappen verlangden en hunne wenschen in een adres aan de Regeering hadden kenbaar gemaakt, heeft de Regeering in antwoord daarop als meest gewichtig argument voor het door haar, naar het Fransche voorbeeld, gewenscht geachte voorbehoud van de Koninklijke bewilliging op de acte van oprichting, medegedeeld: „dat — na door Haar ingesteld wetenschappelijk onderzoek — der Regeering gebleken is, dat naamlooze vennootschappen met de thans (in 1834) daaraan verbonden rechtsgevolgen, te voren, noch in Frankrijk noch in de Nederlanden, hebben bestaan”.

De hoofdstrekking nu van opgemeld van ernstige studie getuigend proefschrift is om aan te toonen, dat de naamlooze vennootschap, zooals ons Wetboek van Koophandel die kent, zich in ons vaderland geleidelijk en vrijwel zelfstandig heeft ontwikkeld en niet het uitsluitend product is geweest van de invoering van de Fransche Codificatie in ons land, althans dat de Regeering in deze op wetenschappelijk gebied niet als autoriteit is te eeren, immers in 1834 eene vreemde vergissing heeft begaan

door vol te houden dat vóór de Codificatie de naamlooze vennootschap in ons land onbekend was.

Want uit schrijver's wetenschappelijk onderzoek — waarbij hij de historisch teruggaande methode toepast — zal blijken, dat, hoezeer de naamlooze vennootschap als door de wetgeving algemeen erkenden en geregelden vereenigingsvorm het eerst in den Franschen Code de Commerce voorkomt, het tijdvak van hare karaktervorming, van de ontmoeting van de verschillende elementen, die nu de kern van deze associatiewijze vormen, ligt vóór de Codificatie.

Om deze karaktervorming op te sporen volgt schrijver op den voet de verschillende in ons land bestaan hebbende vereenigingsvormen, welke de grondkenmerken der moderne naamlooze vennootschap vertoonen, en toont hij aan hoe die grondkenmerken in die associaties succesievelijk meer en meer op den voorgrond treden naar mate het tijdstip nadert waarop deze in de Codificaties van den modernen tijd vastgelegd zijn.

Heeft dus schrijvers onderzoek als geschiedkundige rechtsbeoefening van dezen in ons moderne verkeersleven zoo gewichtigen, in alle werelddeelen uitverkoren, associatievorm, groote waarde, schrijver noemt de bestudeering der vaderlandsche bronnen van de naamlooze vennootschap tevens eene eerezaak, omdat blijken zal dat in onze Vereenigde Gewesten de *eerste* verschijnselen der moderne naamlooze vennootschap zich hebben geopenbaard en wel bij onze zeventiende-eeuwsche handelscompagnieën.

Na in zijne „Inleiding” het nut en de nationale beteekenis van een onderzoek naar de ontwikkeling van de naamlooze vennootschap in Nederland te hebben betoogd, gaat schrijver na in hoeverre onjuist zijn de meeningen van vroegere geschiedkundige navorschers

van de origine der naamlooze vennootschap, die hare kenmerken reeds bij associatievormen in sommige Grieksche Koloniën en bij de societates vectigalium der Romeinen meenden te bespeuren, vraakt hij vervolgens de theorie van de z.g. Oude School, die het ontstaan der naamlooze vennootschap uit het Italiaansche Commendacontract tracht af te leiden, en van de nieuwere Duitsche School, die tusschen de vijftiende-eeuwsche Italiaansche Banken en de eerste handelscompagnieën eenig historisch verband meent te zien, en komt hij dan tot de conclusie dat de vereenigingen, als sociétés anonymes voor het eerst gecodificeerd, slechts terugvoeren tot de groote Europeesche handelscompagnieën uit de zeventiende eeuw, waarvan de Generale Geotroieerde Nederlandsche Oost-Indische Compagnie de eerste was, waarin het naamlooze vennootschapskarakter ondubbelzinnig op den voorgrond treedt. Uitsluitend met onze Nederlandsche Oost-Indische Compagnie vangt de directe ontwikkelingsperiode der naamlooze vennootschap aan.

Aan deze stelling, voor het eerst door Dr. KARL LEHMAN'S Studie over de historische ontwikkeling van het Actienrecht tot aan den Code de Commerce (1895) stelselmatig verdedigd en bevestigd, zal nu de schrijver met nieuw bewijsmateriaal en meerdere rechtsbeschouwingen kracht bij zetten. Natuurlijk moest hieraan eene zeer conscientieuse archievenstudie voorafgaan; de schrijver betreurt het echter dat hij niet in de gelegenheid is geweest om daaraan tevens de protocollen der Amsterdamsche notarissen uit de zestiende en zeventiende eeuw te onderwerpen.

In vijf Hoofdstukken behandelt de schrijver nu successievelijk: I. de Wezenskenmerken en Ontwikkelingscriteria der moderne naamlooze vennootschap; II. het karakter en ontstaan der Oost-Indische Compagnie;

III. het tijdvak 1602 tot 1720 ; IV. het jaar der moderniseering, 1720 ; V. het tijdvak van 1720 tot de Codificatie.

Hier volge eene vluchtige bespreking van den inhoud dier hoofdstukken.

In het eerste hoofdstuk worden eene wetenschappelijke voordracht gehouden over de verschillende in onze wet genoemde associatievormen, hunne kenmerkende verschillpunten gedoceerd en de innerlijke verhouding der associés tegenover de externe werking dier vereenigingen gesteld, het begrip „naamlooze vennootschap” gedefinieerd om ten slotte te komen tot eene opsomming der ontwikkelingscriteria dezer laatste vereeniging, waarbij de schrijver de absolute ontwikkelingscriteria (de collectieve aansprakelijkheid met een bepaald door de leden bijeen te brengen kapitaal en gelijke, verhandelbare actien tot een bij de oprichting vast te stellen gezamenlijk bedrag) die aan eene associatie het naamlooze vennootschapskarakter geven, onderscheidt van de verschillende relatieve ontwikkelingscriteria, die in steeds stijgend aantal zich reeds bij vereenigingen uit den tijd vóór de Codificatie voordeden en haar verwantschap met de gecodificeerde naamlooze vennootschap kunnen helpen vaststellen (beheer door van wege de vennootschap aangestelde bestuurders, toezicht door commissarissen, algemeene vergaderingen van aandeelhouders, stemrechtsregeling, rekening en verantwoording door beheerders, facultatieve reservekas, aandeelen op naam of aan toonder etc. etc.).

Het tweede hoofdstuk behelst eene compilatie van de verschillende bronnen, waarin de hoogst interessante geschiedenis van het tijdvak van vóór en tijdens het ontstaan der Oost-Indische Compagnie te vinden is. Alle bronnen, waaruit de schrijver geput heeft, worden door hem vermeld. Een reuzendossier moet zijn doorgewerkt. In een zeer uitvoerig en logisch betoog tracht nu de

schrijver aan te toonen, hoe VOET, de nieuwere vormen der handelscompagnieën aan de begrippen van het Romeinsche recht willende aanpassen, de beperking der aansprakelijkheid van de leden dier nieuwe vereenigingen ten onrechte als een persoonlijk bij de reederijen bekend evenredig recht van abandon van ieders aandeel kon construeeren, hetwelk door de toenmalige gebruiken eenigszins zoude zijn gewijzigd; dat echter iedere juridische constructie van die nieuwere verschijnselen moet falen omdat die alleen uit de praktijk zijn voortgekomen en dat uit de geschiedenis van het ontstaan der Oost-Indische Compagnie en hare latere ontwikkeling factisch blijkt, dat deze Compagnie voor het eerst zelfstandig een tot het gestorte kapitaal beperkte collectieve aansprakelijkheid der aandeelhouders vertoont. De aandeelhouders verbonden zich immers slechts tot eene bepaalde storting, waarna geen enkel obligo meer overbleef, terwijl noch bij de insolventie der eerste West-Indische Compagnie in 1674 noch bij de opheffing der Oost-Indische met een deficit van 134 millioen gulden, er aan gedacht werd om aandeelhouders voor het debetsaldo aan te spreken.

Bij de Oost-Indische Compagnie waren echter niet alle absolute ontwikkelingscriteria aanwezig; daaraan ontbraken nog: het te voren bepaalde aandeelenkapitaal en de aandeel-eenheid, tevens minimum van inleg. Wel kunnen reeds verscheidene relatieve ontwikkelingscriteria worden geconstateerd en deze nemen tijdens den levensduur der Oost-Indische Compagnie successievelijk in aantal toe. Zeer kenschetsend is daarbij de ontwikkelingsgeschiedenis der rekening en verantwoording in haar verband tot de beheersorganisatie, waarbij botsingen tusschen beheerders en de aandeelhouders, welke die rekening en verantwoording eischten, niet zijn uitgebleven. Niet dan na verscheidene nederlagen in den aanvang, zijn ten

slotte de aandeelhouders zegevierend uit het strijdperk getreden.

Historisch teruggaande worden daarna besproken de vóór-compagnieën, aan welker samensmelting de Oost-Indische Compagnie haar ontstaan te danken had en die slechts waren vereenigingen van bewindhebbers met ieder een eigen aantal participanten achter zich. De bewindhebbers zijn eigenaren der door hen opgerichte reederijen en solidair aansprakelijk voor de schulden. Bij het stijgen der voor uitrusting der schepen benoodigde kosten verschuift zich het zwaartepunt der aansprakelijkheid op de bijeengebrachte sommen en worden de oorspronkelijke reeders bewindhebbers van het door hen en hunne participanten bijeengebrachte vermogen, waarvan zij slechts kunnen verliezen wat zij hebben ingebracht. Eerst in het Octrooi der Oost-Indische Compagnie werd deze door de praktijk als noodzakelijk gevoelde afwijking van de gemeene aansprakelijkheidsregeling publiekrechtelijk gesanctionneerd.

In het derde hoofdstuk behandelt de schrijver stuk voor stuk de verschillende compagnieën, die na de oprichting der Oost-Indische Compagnie zijn ontstaan of geprojecteerd en eene verdere ontwikkeling der naamlooze vennootschap vertoonen. Vooral bij de geschiedenis van het ontstaan der West-Indische Compagnie wordt lang stilgestaan aan de hand van de hoogst interessante literatuur, welke over deze periode bestaat.

Uit de bespreking der artikelen van de in dien tijd opgerichte — en van prospectussen van ten slotte niet tot stand gekomen — vereenigingen is schrijver in de gelegenheid het verder en meerder bewijs voor zijne stellingen aan te brengen. Hoewel de meeste Statuten en concept-statuten geschoeid zijn op den leest van die der Oost-Indische Compagnie, treden steeds meerdere

kenmerken der moderne naamlooze vennootschap voor het voetlicht, b. v. vaststelling van een minimumbedrag van het aandeel, het aandeel aan toonder, de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders wordt uitdrukkelijk omschreven, de directeuren worden gekozen door eene klasse van hoofdpaticipanten, de contrôle van commissarissen op de gestie van directeuren, op de balans en de vaststelling van het dividend wordt vastgesteld. De meeste compagnieën, in deze periode opgericht, hebben ten doel de exploitatie van reederijen en kaper-reederijen en het vestigen van volksplantingen in overzeesche gewesten; zij dragen min of meer een publiekrechtelijk karakter en worden door de overheid goedgekeurd.

Het vierde hoofdstuk houdt in de geschiedenis van het jaar 1720, door schrijver genoemd het jaar der moderniseering. Dit tijdperk, vaak gekarakteriseerd als dat van zwandel, windhandel en aandeelenspeculatie, acht schrijver dat der volle ontsluiting van het naamlooze vennootschapsidee. Want aandeelenspeculatie kwam reeds voor in 1602, kort nadat de aandeeleu der Oost-Indische Compagnie waren gecreëerd en zodoende voorwerp van speculatie waren geworden, evenals de speculatie in handelsgoederen reeds eeuwen vroeger in elk beursmilieu werd aangetroffen. Het jaar 1702 was echter het jaar der oprichting van nieuwe compagnieën. Er heerschte eene ware oprichtingsmanie. Het te exploiteeren object was bijzaak; de vorming van groot-kapitaal uit winstbejag hoofdzaak. Bij de oprichting van de tallooze compagnieën in 1702 vertoonen zich zoodanige en zoovele analoge kenmerken, dat men reeds van naamlooze vennootschappen naar het moderne type kan spreken.

De schrijver behandelt voorts in dit hoofdstuk de bekende débacle van dat jaar, welke ongeveer gelijktijdig in Frankrijk, Engeland en in ons land plaats had en motiveert hoe niet zoozeer de speculatie in aandeeleu

als wel de overdreven toepassing van het bruikbaarheidsbesef van den nieuwen associatievorm de diepere grondslag dezer crisis is geweest.

In het vijfde hoofdstuk behandelt de schrijver het tijdvak van 1720 tot de Codificatie.

Het behoeft wel geen betoog, dat het een geheelen tijd geduurd heeft voordat het door de algemeene crisis van 1720 geschokte vertrouwen hersteld was. Uit de door schrijver aangehaalde litteratuur blijkt dat eerst in 1770 de schrik voor actieën-compagnieën begon plaats te maken voor gezondere opvattingen en het oprichten van compagnieën eerst daarna weer in trek begon te komen. Schrijver behandelt nu de diverse compagnieën, die in dit tijdvak zijn ontstaan en waarvan er eenige thans nog bestaan. Hoe belangrijk de bespreking der statuten dezer vereenigingen voor schrijvers onderwerp ook moge zijn, het zou te ver voeren om schrijver hier op den voet te volgen.

Voldoende zij op te merken dat ook hier gewezen kan worden op eene toeneming der kenmerken van de moderne naamlooze vennootschap en daarmede op eene doorloopende vaderlandsche ontwikkeling van dezen associatievorm en wel zoodanig dat in 1811, het jaar waarin die vrije ontwikkeling wordt afgesloten door de invoering van den Franschen Code, in ons land de actieën-compagnie reeds tot in de geringste zijbelijningen alle criteria der moderne naamlooze vennootschap in zich heeft vereenigd.

In acht bijlagen heeft schrijver eenige voor zijn onderwerp van belang zijnde documenten doen afdrukken en ten slotte volgt eene alphabetische opgave van de groote hoeveelheid litteratuur, welke schrijver in verband met zijn onderwerp heeft bestudeerd.

Ben ik met de bespreking van Mr. VAN DER HEYDEN'S proefschrift uitvoeriger geweest dan oorspronkelijk in

mijne bedoeling lag, dan moet dit worden toegeschreven aan de appreciatie van het omvangrijke en gedeeltelijk oorspronkelijke werk van den bekwamen schrijver.

Een groot gedeelte van den door den schrijver behandelde stof is niet nieuw meer; de groote rol die de zeventiende-eeuwsche handelscompagnieën in en buiten ons land hebben gespeeld was oorzaak, dat hunne geschiedenis reeds vaak door menig geleerde tot voorwerp van zeer uitvoerige en interessante beschrijvingen en beoordeelingen was uitgekozen. Duitsche geleerden hebben ook reeds middels archivenstudie de Oost-Indische Compagnie als de bakermat der moderne naamlooze vennootschap aangewezen. Aan schrijver komt echter de eer toe de eerste Nederlander te zijn, die door het onderzoek dieper en intensiever uit te strekken, de ontbrekende schakels heeft weten op te sporen, die het meer dan waarschijnlijk maken dat niet alleen de origine der naamlooze vennootschap in ons land te vinden is doch ook dat deze zich in ons vaderland zeer geleidelijk en vrijwel onafhankelijk tot de moderne naamlooze vennootschap van onze Codificatie heeft ontwikkeld. Daartoe heeft schrijver niet alleen de oorspronkelijke bronnen van dien tijd moeten opzoeken en bestudeeren, doch deze op zeer verdienstelijke wijze weten te interpreteren en aan te vullen met eene reeks van belangrijke en oorspronkelijke beschouwingen. Daarbij is schrijvers betoogtrant helder en is hij gemakkelijk te volgen. Met deze eerste pennevrucht mag schrijver, naar mijne meening, worden geluk gewenscht.

Den Haag, 24 Maart 1909.

J. C. VAN HAEFTEN.

THEMIS

LXXste deel — VIERDE STUK

Matriarchale volksinstellingen

DOOR

Mr. F. C. HEKMEIJER,
O.-I. rechterl. ambt.

„Het rechtswezen van dat volk toch is in mijn oogen het merkwaardigste van den ganschen archipel, omdat het nog zoo in alle opzichten het kenmerk aan zich draagt van hooge oudheid”.

Mr. G. D. WILLINCK. *Het rechtsleven der Minangkabausche Maleiërs.* Voorwoord.

De tijd dat velen meenden dat in Indië alles anders is dan hier, en dat niets zoo zonderling kon zijn of het was in Indië mogelijk, of zelfs gewoon, is gelukkig voorbij. Nieuwe, ruimere opvattingen hebben doen inzien, dat de verschilpunten tusschen den Europeaan en den Inlander dikwijls veel grooter werden geoordeeld dan zij in werkelijkheid waren, en dat men maar al te dikwijls kan zeggen: „c'est tout comme chez nous”. Toch moet men ook hier niet te veel generaliseeren. Er zijn in Indië ook wel degelijk toestanden die principieel van die bij ons verschillen, omdat de maatschappij bij enkele volken op geheel andere grondslagen is gebouwd als de onze.

Met opzicht tot het recht is dit inzonderheid het geval bij de Inlanders van de Padangsche Bovenlanden op het eiland Sumatra, waar men nog zoogenaamde matriarchale instellingen aantreft. Deze instellingen zijn onlangs op verdienstelijke wijze beschreven door den Indischen rechterlijken ambtenaar Mr. G. D. WILLINCK in een werk getiteld: „Het rechtsleven der Minangkabausche Maleiërs”. Het is het doel van dit opstel den Nederlandschen jurist met dat matriarchaat meer bekend te maken. Daartoe zoude het wel voldoende zijn de aandacht op bovengenoemd werk te vestigen, als niet de omvang daarvan met z'n bijna duizend bladzijden voor velen een beletsel was. Daarenboven veronderstelt het een zekere kennis van het Indische recht en van de adats der primitieve Inlandsche volken, en geeft het niet alleen eene beschrijving van het matriarchale volksrecht, maar ook van zijn afslijting daar waar het met andere rechten in botsing kwam; allemaal zeer belangrijke zaken, maar die het onderwerp voor een Nederlandschen jurist te omvangrijk maken.

Voor dezen is het echter niet zonder belang. Wij allen toch leerden wel aan de universiteit het een en ander over dat matriarchaat, hetwelk aan het patriarchaat voorafging, doch voor diepere studie was daar geen gelegenheid. En nu schijnt het ook voor den Nederlandschen jurist wel interessant om eens kennis te maken met een maatschappij, waar het recht langs matriarchale lijnen loopt. Oppervlakkig gezien meent men zich te bevinden in „de omgekeerde wereld”, maar bij nadere beschouwing blijken de grondslagen van die maatschappij niet zoo onnatuurlijk te zijn als welschijnt, en blijkt het daarop opgetrokken gebouw logisch en stevig in elkaar te zitten.

Aan de hand van het bovengenoemde werk van

Mr. WILLINCK zij het mij thans vergund eene beschrijving te geven van dat moederrecht, zooals het zich bij de Minangkabauërs in de Padangsche Bovenlanden in zijn onvervalschten vorm voordeed, en voor een niet gering deel nog voordoet, zonder inmenging van vreemde bestanddeelen van Hindoe-, Moslemsch en Europeesch recht, en zonder zijn verbastering in de grenslanden, waar het zich stootte aan afwijkend recht van andere volksstammen.

Algemeen karakter. Het matriarchaat noemt Mr. WILLINCK het recht dat zich vanzelf heeft opgebouwd uit de natuurlijkste aller verhoudingen, die onder de menschen en zelfs in de dierenwereld bestaat, namelijk die van de moeder tot de uit haren schoot geboren kinderen. Niet de vrouw in het algemeen, nog minder de man, want „een haan kan geen eieren leggen”, zooals de Minangkabausche spreekwijze luidt, doch alleen de vrouw die moeder werd, maakte er de spil van uit, om welke het gansche familie- en zelfs het staatswezen draaide, de kern, uit welke het weefsel der oorspronkelijk gemeenschappelijke verhoudingen zich ontwikkelde. Noch in zijn familiekring, noch in den stam, noch in den staat kon een man bij de Minangkabauërs op grond enkel van zijn vaderschap eenig recht doen gelden; alle gezag zoo in als buiten de familie berustte uitsluitend bij matriarchale hoofden, nl. bij den oudsten mannelijken bloedverwant van moeders- of van moeders-moederszijde. De moeder met hare kinderen vormde in de Minangkabausche maatschappij de privaatrechterlijke tevens publiekrechtelijke eenheid, waarop zij was opgebouwd, evenals onze Westersche maatschappij staat op den grondslag van de onafhankelijkheid van de individu en van het patriarchale karakter van het gezin.

Om zich eene juiste voorstelling van de matriarchale

verhoudingen te maken, denke men uit wat wij het gezin noemen den echtgenoot en vader weg, stelle men voor het gezin het geslacht, en elimineere men daaruit de individu, want die speelt in de Minangkabausche gemeenschap slechts een zeer ondergeschikte rol.

Terwijl het huwelijk bij ons en bij alle patriarchale volkeren een reeks van verhoudingen doet ontstaan tusschen den man, de vrouw en de kinderen, zoo is dat bij de Minangkabauërs in veel mindere mate het geval. De man die zich in het huwelijk begeeft sticht nimmer een familie, wordt nimmer de grondlegger van een nieuw geslacht. Man en vrouw blijven beide deel uitmaken van de familie waartoe zij krachtens hun geboorte behooren; hun positie daarin verandert door hun huwelijk niet. De gehuwde man krijgt dan ook niet het minste gezag over zijn vrouw, dan voorzoover dit in verband staat met hare materiele persoonlijkheid; van maritale macht is bij de Minangkabauërs nimmer sprake geweest. Op moreele leiding zijner wederhelft heeft de gehuwde man nooit aanspraak kunnen maken. Zij verbreekt door haar huwelijk geen enkelen band, die haar tot nog toe aan hare familie bond; maar ook de man die trouwt, doet zulks niet ten aanzien van de zijnen. Geen onderhoudsplicht wordt den man ten behoeve van zijn vrouw opgelegd. De kosten van hare huishouding komen geheel en al ten laste van hare familie. Hij behoeft haar ook geen huisvesting te geven noch bij zich nog elders. Van samenwoning is geen kwestie. Het Minangkabausche huwelijk heeft voor man en vrouw louter ten doel „een wettelijk gebruik van malkanders lichaam” zooals De Groot zeide. Haar man was voor de Minangkabausche vrouw nooit anders dan haar bed-genoot geweest, nimmer haar echtgenoot. En dan nog niet eens liberorum quaerendorum van zijn zijde, want de kinderen bij de vrouw

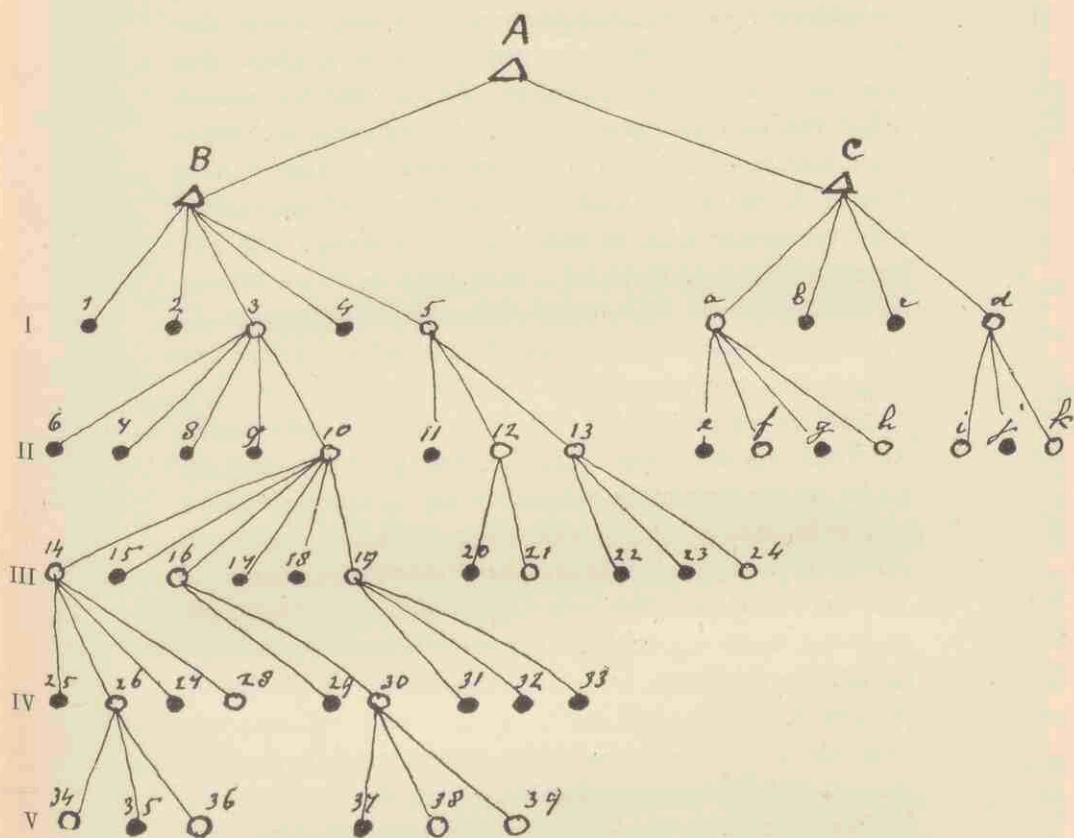
verwekt vermeerderen slechts de familie hunner moeder. De oudste broeder van de vrouw die huwt, blijft ook hare familievader na haar huwelijk, en erlangt hetzelfde gezag, dat hij over haar bezit over hare kinderen. Van een vaderlijke macht is dus ook geen kwestie. De vader heeft over zijn kinderen niets te zeggen, doch behoeft zich daarentegen hun lot ook niet aan te trekken. Deze zijn ten laste der familie, die ook voor de moeder heeft te zorgen. Wat de Minangkabausche man en vader voor zijn vrouw en kinderen wil doen is louter liberaliteit; hij mag dat ook alleen doen van zijne eigen persoonlijke verdiensten, want als hij daarvoor de familiegoederen wilde gebruiken, dan zouden zijne eigen familieleden hem wel beduiden, dat zulks niet geoorloofd was, daar deze voor hen, en niet voor personen behoorende tot andere families bestemd waren.

Het ligt voor de hand dat onder deze omstandigheden voor een gezin als het onze geen plaats is. Met name is daar niet mede te vergelijken het aparte huishoudentje, dat de gehuwde vrouw die kinderen heeft, in het haar toegewezen afzonderlijke vertrek der groote familiewoning heeft. Zij toch is niet het hoofd van het gezin, doch staat samen met hare andere zusters onder het matriarchale gezinshoofd, dat als zoodanig onder meer over de moeder met hare kinderen de, wat wij zouden noemen, maritale en de vaderlijke macht uitoefent, welke echter in meer dan een opzicht daarvan verschilt.

De Minangkabausche familie. De eenheid in de Minangkabausche maatschappij is de familie, de *sa-boewah-paroei*, welk woord beteekent: zij die uit dezelfde moederschoot geboren zijn. Om nu te zien hoe die er uit ziet, moet men zich eerst losmaken van voorstellingen omtrent familie en gezin, waarbij de vader de kern is. Bij de Minangkabauërs is de moeder het uitgangspunt. De Minangkabausche familie

bestaat uit al die personen die middels moeders van een gemeenschappelijke stammoeder afstammen; de man plant zooals gezegd zijn geslacht niet voort. Familiehoofd, *pang-hoeloe*, is altijd zooveel mogelijk dat mannelijk lid der familie dat der gemeenschappelijke stammoeder in geboorte, in afstamming het naaste staat van alle mannen der familie. In den regel is dat dus de oudste broeder van de stammoeder; na hare broeders komen pas haar zoons en daarna haar kleinzoons mits uit dochters geboren. De familie is verder verdeeld in takken, *djoerai's* geheeten, en wel in zoovele *djoerai's* als de gemeenschappelijke stammoeder dochters had. Deze takken staan onder de zoogenaamde *mamaq's*, dat zijn die mannelijke leden der familie, die aan de bedoelde dochters van de stammoeder het naast bestaan, waarbij ook hier de oudere aan den jongere voorgaat. Zoo'n tak nu omvat alle generaties, welke uit die genoemde dochters zijn gesproten, doch wordt pas gevormd wanneer de gemeenschappelijke stammoeder overleden is.

Het beeld eener Minangkabausche familie zal door de nevingaande schematische voorstelling duidelijk zijn. De mannen worden daar door zwarte stippen aangeduid, en hun nakomelingschap wordt geheel terzijde gelaten, omdat dit geen deel der familie uitmaakt. De reeds overleden stammoeders zijn geteekend met driehoekjes. De vrouwen zijn aangegeven met open cirkeltjes. De onderwerpelijke familie, *sa-boewah-paroeï*, die nog vijf levende generaties omvat, bestaat zoolang de leden van generatie I nog leven, uit slechts twee takken (*djoerai*) de nakomelingschap omvattend van de bereids overleden stammoeder B en die, welke voortspoot uit haar zuster C, die ook reeds gestorven is. A was indertijd de gemeenschappelijke stammoeder der gansche familie, toen deze zich ging afscheiden van een ouderen tak, die vermoedelijk nog



△ A = de reeds overleden gemeenschappelijke stammoeder der geheele familie.

△ B en △ C = de ook reeds overleden stammoeders der beide takken (djoerai) van de familie.

○ = vrouwen.

● = mannen.

I-V zijn de nog levende generaties uit de beide stammoeders B en C, alleen door vrouwen voortgebracht.

bestaat elders in het landschap. De oudste *djoerai* van de onderwerpelijke *sa-boewah-paroeï* of *pajoeng* omvat dus de personen 1 tot 39, de jongere de lieden a tot k. Het familiehoofd, de *panghoeloe*, is altijd een der mannelijke leden van de oudste *djoerai* of tak, die der gemeenschappelijke stammoeder het nauwst verwant is, dus in deze familie is dat 1, of indien deze gestorven of om andere redenen daarvoor niet in aanmerking komt, een van zijn broeders 2 of 4. Eerst bij ontstentenis van hen komen de mannen eener jongere generatie in aanmerking, terwijl in dezelfde generatie de oudere in leeftijd altijd voor den jongere den voorrang heeft.

Die 1 is nu *panghoeloe* of hoofd van de geheele familie en heeft als zoodanig publiekrechtelijk gezag over de beide takken, maar daarnevens is hij in de *djoerai*, den tak, welke uit de stammoeder B gesproten is, tevens de *mamaq* d. i. het gezinshoofd, dat privaatrechterlijke macht over de leden van het vrij uitgebreide gezin heeft; als zoodanig heeft hij echter weer niets te maken met den tak C. In elken tak is nooit meer dan één gezinshoofd of *mamaq*.

Wordt de *sa-boewah-paroeï* te groot, dan kan een tak (*djoerai*) zich daarvan afscheiden, en zelf een afzonderlijke familie worden. Dat geschiedt echter als regel zelden vóór het vijfde geslacht. De *mamaq* van den zich afscheidenden tak, wordt dan familiehoofd, *panghoeloe*, van de nieuwe *sa-boewah-paroeï*; deze wordt dan weer verdeeld in zoovele takken als de stammoeder dochters had, en elk dier takken komt dan weer onder een afzonderlijke *mamaq* te staan. Als bijv. de tak uit C zich in generatie II gaat afscheiden van den tak uit B, dan worden deze beide *djoerai's* B en C afzonderlijke families en dan bestaat de nieuwe *sa-boewah-paroeï*. uit B direct uit de takken (*djoerai*) 3 en 5 en hunne nakomelingen en die uit C uit de takken

a en d en hunne nakomelingen. De persoon aangeduid met e, die *mamaq* was in de vroegere *djoerai* uit C, maakt nu promotie en wordt familiehoofd van de nieuwe *sa-boewah-paroëi* uit C, welke direct uit twee *djoerai*'s bestaat n.l. a. en d., waarover de reeds bovengenoemde e en j *mamaq*'s zijn.

Eigenaardig is de gradentelling in de familie. Voor den Minangkabauër is elke generatie één graad, hij meet slechts den afstand tusschen zich zelf en de gemeenschappelijke stammoeder. In de onderwerpelijke familie behooren de personen aangeduid met 14 tot en met 24 tot één zelfde generatie en zijn als behorende tot generatie III elkander nader verwant dan tot personen behorende tot generatie II of IV. Toch wordt binnen dezelfde generatie toch wel weer verschil gemaakt tusschen kinderen van één persoon, van zusters en van nichtjes (dochters van tantes) maar de tegenstelling is generatie tegenover generatie. Die tegenstelling heeft dat eigenaardige karakter, dat de jongere generatie ondergeschikt is aan de oudere generatie. Bij de positie van de moeder komt dit op eigenaardige wijze aan het licht. Voor het woord moeder heeft de Minangkabauër eigenlijk geen equivalent, want de naam *mandeh*, geeft hij niet alleen aan zijn eigen moeder maar ook aan zijn tantes, zusters zijner moeder, en aan alle vrouwen tot de generatie van zijn moeder behorende. No. 33 in de onderwerpelijke familie zegt dus *mandeh* tegen No. 19, zijn moeder, No. 14 en 16, zijn tantes en tegen No. 21 en 24, wat wij zijn nichten in den 7den graad zouden noemen. Al die *mandeh*'s voelen zich min of meer moeders van elkaars kinderen, en ziet men bijv. een Minangkabausche vrouw een kind zoogen, dan kan dat zoowel de moeder zijn als de tante, of een wat wij noemen verre nicht. Wil men de moeder onderscheiden van de overige *mandeh*'s, dan voegt men aan het woord

mandeh een tweede woord, dat zooveel als een nader bepalend bijvoegelijk naamwoord is, toe.

Van de mannen in de familie zijn de kinderen der tot hun generatie behoorende vrouwen nooit wat wij kind noemen, maar altijd neef of nicht. Hun eigen kinderen behooren niet tot hunne *sa-boewah-paroeï*, maar tot die hunner moeder. Tusschen vader en kinderen bestaat niet de minste rechtsband, en nog minder tusschen de kinderen en de familieleden van den vader. Ook van aanverwantschap is bij deze verhoudingen geen sprake.

Familieverband. Bij deze inrichting van de familie komt nu een familie- en stamverband, zooals wij dat in de hedendaagsche Europeesche maatschappij niet kennen. De behoefte aan steun die de mensch in den oertijd had, leidde tot een zeer sterk familieverband. Daarbuiten was hij wel is waar een vrij mensch, maar hij stond buiten het recht. Grondbezit, erfrecht, recht op onderhoud uit de gemeenschappelijke familiegoederen, crediet, alles werd den buiten familieband verstootene onthouden. Hij was als een onteerde, een vogelvrij verklaarde, dien iedereen leed kon aandoen, hem zelfs kon dooden, zonder dat iemand zich voor hem in de bres mocht stellen. Kon de individu in dien tijd niet bestaan zonder de gemeenschap, omgekeerd ging de individu in de gemeenschap op. De *adat tanggoeng-mananggoeng* is het recht dat alle familie- en stamgenooten aaneen bindt en hen verplicht onder elkaar alle lasten en lusten van het leven gemeenschappelijk te deelen en te dragen. De *sa-boewah-paroeï* was dus niet alleen tegenover den staat een eenheid, maar ook naar binnen ten opzichte harer bestanddeelen: hare leden waren altijd één en ondeelbaar met haar.

Die mede-aansprakelijkheid, of juister vertaald, dat recht van over en weer voor elkaar borg te zijn, gold

zoowat in alles. Niet alleen alle lusten, ook alle lasten en tegenspoeden van het leven, alle plichten werden door de familieleden nooit individueel, maar steeds gemeenschappelijk gedragen; alle schulden mits overeenkomstig de adat aangegaan, werden over de gansche familie omgeslagen, daarvoor was elk en een iegelijk niet voor een deel, maar voor het geheel aansprakelijk. Alle schande en oneer, door een lid der familie op zich geladen, vielen terug op al de zijnen; alle ongeluk een enkele hunner overkomen dompelde allen in rouw, bracht verdriet en ellende over allen. Nagenoeg alle vermogen was gemeen goed der familie, en wat de enkeling zelfstandig had kunnen verkrijgen, daar had hij zelfs bij overlijden niet eens volledig over te zeggen; dat verviel voor een groot deel aan de familie. Allen moesten even arm en even rijk zijn, even gelukkig en even ongelukkig, zij hadden te zamen alle tegenspoed te dragen en in elkanders voorspoed te deelen, hoe belangrijk of gering een en ander ook mocht zijn.

Beging in den ouden tijd een Minangkabauër een misdrijf, niet hij alleen, maar zijn gansche familie, zijn gansche stam, de gansche *negrie*, waartoe zijn stam behoorde was daarvoor aansprakelijk tegenover den wreker, diens familie of stam. Was er een moord begaan, dan hadden de wreker en de zijnen het recht den misdadiger eigenhandig te doodden, of indien hij niet te vinden was, van zijn verwanten, van zijn stam den bloedprijs, de *bangoen*, te vorderen. En kon die het niet betalen, dan had het landschap waar zij woonden, de *negrie*, dat te doen, en deed die dat niet, dan ontstonden er oorlogjes tusschen het landschap van den verslagene en dat van den misdadiger. Zochten de familieleden des misdadigers hun heil bij den radja, teneinde den afkoop te ontgaan, dan boetten zij er hun vrijheid zoolang voor in, totdat zij de

afkoopsom bijeen hadden; zij werden dan pandelingen des vorsten. Zoo werden soms geheele families door enkele boosdoeners uit haar midden ten gronde gericht. Men vermoorde niet zelden een familielid om niet langer voor hem aansprakelijk te zijn. Naar Mr. WILLINCK mededeelt, was de *adat tangoeng-mananggoeng* in civilibus een premie op de luiheid, in criminalibus een bestendig gevaar voor de gansche familie.

* * *

De Minangkabausche dorpsstaat, negrie. Ondanks haar zelfstandigheid was de familie toch nog slechts een privaatrechterlijke eenheid, want reeds in den tijd dat de Minangkabauërs nog geen vaste woonplaatsen hadden, waren de aan elkander verwante families tot stammen vereenigd, en was de stam de staatsrechterlijke eenheid waarvan de leiding bij de gezamenlijke familiehoofden berustte. Onder den invloed der Hindoe-overheersching, die bijna over den geheelen Indischen archipel daarvan teekenen heeft achtergelaten, moeten verschillende Minangkabausche stammen het zwervende leven hebben prijsgegeven, vaste woonplaatsen hebben gekozen en zich tot negriën of dorpsstaatjes — thans vrijwel overeenkomende met onderdistricten — hebben georganiseerd. En al gingen niet alle tot den stam behoorende families daartoe tegelijk over, onwillekeurig kwamen de stamverwante *sa-boewah-paroei* die dat wel deden, er toe om zooveel mogelijk in de *kota's* of dorpen bij elkander te gaan wonen. Zoo ontstond de *kampoeëng* niet zoozeer als de territoriale dan wel als de sedentaire vereeniging van bloedverwanten, want zij die hun zwervend leven nog voortzetten, dan wel die elders in een andere *negrie* zich gingen vestigen, werden daardoor nog niet dadelijk van de familie, den stam afgesneden, al zou dat binnen korter of langeren tijd er toch wel van komen.

Doch hierbij kon het op den duur niet blijven. De Hindoe-Javaansche organisators van het eerste negrie-
wezen konden als organen van het centraal gezag geen
vrede hebben met het zoo veelhoofdig karakter, dat tot
nog toe het bestuur van den zwervenden Minangkabauschen
stam had gekenschetst. In den nieuwen negriestaat konden
niet alle familiehoofden der bijeengebrachte stammen
evenveel te zeggen hebben. Het algemeen gezag en als
dat niet ging, dan toch de leidende, de uitvoerende macht
onder hen behoorde voortaan gecentraliseerd te worden.
Dat kon des te gemakkelijker, omdat ten gevolge van de
gemeenschappelijke samenwoning in de *negrie* zelve reeds
een zekere behoefte aan een centraal gezag was ontstaan,
ter behartiging der thans gemeenschappelijk geworden
belangen. De thans nog bestaande verdeeling van elke
negrie in vier *soekoe's* was hiervan het gevolg. Oorspron-
kelijk niets anders dan de naam van een staatsrechterlijk
ressort, werd de *soekoe* van lieverlede tegelijk stam- of
familienaam. De bestaande stammen losten zich lang-
zamerhand gedeeltelijk in de vier *soekoe's* op, zoodat zich
nu het eigenaardige verschijnsel voordoet, dat de geheele
Minangkabausche maatschappij verdeeld is in vier groepen
van personen, stammen, die, zooals we beneden zullen
zien, daardoor in een bijzonder rechtstoestand tot elkander
komen te staan.

Terwijl de leiding van de *negrie*, van den Minangka-
bauschen dorpsstaat, altijd berust heeft bij de gezamenlijke
familiehoofden, in rade vergaderd, werd de uitvoerende
macht, de eigenlijke regeering steeds door de vier soekoe-
hoofden uitgeoefend. Wel heeft men in de Minangka-
bausche landen ook vorsten, *radja's*, gehad; maar
dezen waren uit den vreemde geïmporteerd, en hebben
nimmer veel gezag uitgeoefend; toen zij door ons
bestuur verwijderd werden, werd geen enkel orgaan

van het Minangkabausche staatsbestuur uitgesneden.

Het hoofdkarakter van het Minangkabausche staatsbestuur is altijd zijn veelhoofdigheid geweest. De familiehoofden in rade vergaderd beslisten over de hoogste belangen in den Minangkabauschen dorpsstaat. Daarnaast is voor ons Westerlingen opvallend, dat zonder familiegezag in deze staatsinrichting geen staatsgezag mogelijk was; elk familiehoofd, was qua talis gerechtigd de publieke zaak mede te helpen behartigen, doch vermocht in deze niets afzonderlijk, doch slechts gezamenlijk en in overeenstemming met de anderen. Uit het verband tusschen familie- en staatsgezag volgt, dat de staatsorganen nimmer bij keuze of benoeming, altijd door erfrecht werden aangewezen, en wat eigenlijk nog eigenaardiger is, dat het ressort van die familiehoofden niet door territoriale grenzen, maar door de verwantschap bepaald werd. Bestond de *sa-boewah-paroeï* uit een aantal nog niet van elkaar gescheiden takken (*djoerai*) dan deed het er niets toe of deze te zamen woonden in één plek in de *kota*, dan wel verspreid te midden van andere families. De gemeenschappelijke *panghoeloe* bleef niettemin aller familiehoofd. Ook het ressort van het seekoehoofd was nooit een bepaald geografisch deel van de *negrie*, zijn ressort werd binnen de *negrie* niet door de woonplaats beperkt, maar van de vraag tot welke *seekoe* een bepaald persoon behoorde, hing het af of hij daarover wat te zeggen had.

Het familiehoofd. Het familiehoofd, de *panghoeloe*, is altijd zooveel mogelijk dat mannelijk lid der familie, der *sa-boewah-paroeï*, dat der gemeenschappelijke stammoeder in afstamming het naaste staat van alle mannen in de familie; het is altijd de *mamaq* van de oudste *djoerai*. In de eerste plaats dus wat wij zouden noemen een der broeders van de gemeenschappelijke stammoeder; na haar broeders pas haar zoons en na dezen hare

kleinzoons doch alleen die uit dochters geboren, de oudere steeds zooveel mogelijk aan den jongeren voorgaand. Vrouwen kwamen daartoe nooit in aanmerking.

Die *panghoeloe* (1) was oudtijds in de *negrie* louter staatsorgaan, en vertegenwoordigde als zoodanig de familie publiekrechtelijk tegenover den staat; tegelijkertijd was hij echter *mamaq* van zijn *djoerai* slechts het privaatrechterlijke hoofd daarvan, en had hij alleen met de tot dien tak behoorende leden der familie te maken.

Zijn functiën waren velerlei. Hij was verantwoordelijk voor de orde en tucht binnen den kring der aan hem onderhoorige verwanten. Aangemerkt als de eenige officieele bewaarder der familietraditiën, als beste kenner der onderlinge familieverhoudingen in zijn kring, werd hij vanzelf altijd ook beschouwd als de voornaamste voorlichter en adviseur van 's lands hoofden in zaken die zijne *sa-boewah-paroeï* betroffen. Hij was als het ware haar levend register van den burgerlijken stand niet alleen, maar ook haar grondregister en grootboek, en, al was het middels zijn memorie maar alleen, haar historicus, haar archivaris enz. Maar dat geheugen was dikwijls wondergoed en bleef dat tot op hoogen ouderdom, en wanneer hij gevoelde dat het einde zijner dagen niet meer ver af was, dan moest hij zijn vermoedelijken opvolger op de hoogte brengen van alles wat er niet alleen in zijn eigen *sa-boewah-paroeï*, maar ook in andere families was voorgevallen.

Als representant van het staatsgezag in zijn familie had hij aan de leden de verordeningen over te brengen van het soekoehoofd, zoomede die van de raadszaal, de

(1) Op Java en in tal van andere streken beteekent het woord «panghoeloe» zooveel als Mohammedaansch priester, waarmede de Maleische familiehoofden niet te verwarren zijn.

rapat-negrie afkomstig. Hij was het eenig politiehoofd in zijn kring, en had te zorgen dat zijn onderhoorigen de *adat* en de *sjarat*, de godsdienstige wet, goed in acht namen. Hij had te zorgen voor de uitvoering en in standhouding van publieke werken als het bouwen van een gemeentehuis, een moskee, het onderhoud van wegen enz. Hij was de eenige belasting-inner binnen zijn kring, oefende toezicht uit op de verschillende *mamags* in hun beheer der familiegoederen. Als verantwoordelijk voor de rust en orde in zijn *sa-boewah-paroeï* was hij vanzelf vrede-rechter, en besliste hij grootere en kleinere twisten over mijn en dijn en zelfs vergrijpen door de leden van zijn familie gepleegd moesten voor hem gebracht worden.

Om nu zijn taak van hoeder der belangen der familie behoorlijk waar te nemen, moest hij weten wat daarin voorviel, en daarom waren alle familieleden verplicht bij hem mededeeling te doen van geboorten, sterfgevallen en huwelijken. Bij het sluiten van contracten, van geld-leening op in pand genomen grond was hij altijd tegenwoordig, en hij was dan ook volkomen bekend met den vermogenstoestand der verschillende *djoerai's*.

Tot zijn prerogatieven behoorde den aanspreektitel van *datoek*, hetwelk woordeijk „grootvader” beteekent, en een ambtsnaam die met de waardigheid door zijn opvolger geërfd werd. Hij had het recht een kris te dragen en een bepaalde kleeding. Op alle feestelijke bijeenkomsten had hij een eereplaats.

Doch ook plichten waren aan zijn ambt verbonden. Zoo behoorde hij zich door waarheidlievendheid te kenmerken, op zijn levenswandel mocht niets aan te merken zijn, hij had zich waardig te gedragen, en deed hij dat niet, dan kon hij uit zijn waardigheid ontzet worden.

De soekoehoofden. Boven werd er reeds de aandacht op gevestigd, dat de verschillende stammen waarschijnlijk

onder Hindoe-invloed tot vier groepen, *soekoe's*, waren bijeengebracht, en dat deze vier *soekoe's* van lieverlede zijn beschouwd geworden als de vier stammen waaruit de Minangkabausche bevolking zou bestaan. Deze *soekoe's* nu staan onder soekoehoofden, die zooveel als het uitvoerend gezag uitoefenen. Dat de *soekoe* ontstaan is uit de *sa-boewah-paroeï* blijkt daaruit, dat soekoehoofden altijd waren de familiehoofden, *panghoeloe's*, van de vier voornaamste geslachten uit de *negrie*, van welke het heette dat indertijd haar stichting was uitgegaan. Het soekoehoofd vereenigde dus altijd vier kwaliteiten in zich, als *mamaq* was hij enkel huisvader van de oudste *djoerai* van zijn familie, als *panghoeloe* was hij het eenige staatsorgaan in haar midden, als soekoehoofd was hij het hoogste staatshoofd in het complex van families, dat zijn *soekoe* vormde, en ten slotte in vereeniging met de drie andere soekoehoofden maakte hij 's lands regeering uit.

Toch hadden zij slechts uitvoerend gezag, want de *soekoe* is binnen haar eigen kring te allen tijde veelhoofdig bestuurd, in zooverre dat geen maatregel te haren opzichte kon getroffen worden dan door de gezamenlijke *panghoeloe's* of familiehoofden, die onder de *soekoe* ressorteerden, in rade vergaderd onder de leiding van het soekoehoofd. Op eigen gezag mochten de soekoehoofden nooit iets doen, maar ook in de vergaderingen der *rapat's*, was geen meerderheid die den gang van zaken beheerschte. Daar was altijd eenstemmigheid vereischt, en konden de vereenigde familiehoofden het niet eens worden, dan werd er geen besluit genomen. Was men echter eenmaal tot een beslissing gekomen, dan rustte op de soekoehoofden de taak het genomen besluit uit te voeren, dan werden de familiehoofden hunne ondergeschikten, die hunne bevelen hadden op te volgen.

Naar buiten vertegenwoordigde het seekoehoofd zijn *seekoe* in de *negrie*, en belichaamde haar als het ware, evenzeer als de *panghoeloe* dit deed ten aanzien van zijn familie. Wanneer hij in het college van vieren met de drie andere seekoehoofden als regeeringspersoon optrad, dan was hij geen manditaris der *panghoeloe's* van zijn ressort, maar dan zat hij daar suo jure krachtens zijn erfelijke positie van seekoehoofd. Als regeeringspersonen hadden hij en zijn collega's slechts te doen met *al* de familiehoofden der gansche *negrie* in rade vergaderd, dus met die van de vier seekoe's te zamen, tot een geheel geconstitueerd, als rapat *negrie* bijeengekomen.

* * *

Hebben wij zooeven de familie geschetst als grondslag van het staatsbestuur, thans zullen wij de verhouding der familieleden onderling nader beschouwen.

De familie, de *sa-boewah-paroei*, splitst zich zooals boven reeds gezegd is, in zoovele takken, *djoerai*, als de stammoeder dochters had. Die *djoerai* nu vormt wat wij het gezin zouden noemen, omdat het onder een gemeenschappelijk hoofd, den *mamaq* staat, en in eene gemeenschappelijke groote woning leeft, maar dat behalve daarbij in bijna alles van ons gezin verschilt, inzonderheid doordat er niet één maar verschillende generaties toe behooren.

Verhouding van den mamaq tot zijn familieleden. Het behoeft dus geen verwondering te verwekken, dat het gezag van dien *mamaq* een geheel ander is dan dat van den Romeinschen *pater familias* over zijn vrouw en kinderen. Dat gezag heeft hij niet in verband met de afhankelijke positie van de vrouw of van de onmondigheid der kinderen, maar enkel en uitsluitend op grond van het familieverband. Het begrip van meerderjarigheid zooals

wij dat kennen is in de Minangkabausche wereld onbekend, de leeftijd is geen factor; en men kan zelfs onder een *mamaq* staan die jonger in leeftijd is, en zoolang men tot de familie blijft behooren, staat men hoe oud men ook wordt, altijd onder een *mamaq*. Alleen door opheffing van het familieverband, hetzij door adoptie door een andere familie, hetzij door uitstooting wegens vergrijpen, kan aan het gezag van den *mamaq* een eind worden gemaakt; in het eerste geval gaat het over op den *mamaq* van de *djoerai*, waartoe de geadopteerde zou gaan behooren, in het andere geval staat de verstootene vrijwel buiten de Minangkabausche maatschappij gelijk wij boven reeds gezien hebben.

Binnen den kring der familie hadden allen echter evenveel recht, konden allen behalve natuurlijk onmondige kinderen een duit in het zakje doen, omdat zij allen hetzelfde bloed van de gemeenschappelijke stammoeder in zich hadden. Groot was de invloed van de vrouw, haar stem woog altijd het zwaarst in de familieraad, en men zou niet licht tegen het advies vooral der oudere vrouwen handelen.

En daarom was dit recht van elk familielid om aan de gemeene zaak mede te doen van zooveel belang, omdat de *mamaq*, al heette hij in het bezit van het gezag, dit nooit op eigen autoriteit kon uitoefenen. Hij was niet alleen verplicht de *adat* te volgen, maar geen zijner daden had rechtskracht, wanneer die niet te voren door de gezamenlijke mondige leden zijner *djoerai* was gesanctionneerd. Eerst na met hen beraadslaagd te hebben, en nadat men eenstemmig was geworden, kon hij handelend optreden.

De *mamaq* oefent volgens Mr. WILLINCK zijn gezag dan ook niet suo jure uit, maar als mandataris der *djoerai*, en welk contract hij namens deze ook gesloten had, het

was ten aanzien van zijn *djoerai* rechtens altijd nietig, en de familieleden waren volkomen bevoegd hem te désavoueren, als zij niet te voren hun toestemming hadden verleend. Doch was er in den familieraad een beslissing genomen, dan was hij de persoon die die had uit te voeren, die tegenover de buitenwereld optrad, en die de familie kon verbinden aan anderen en omgekeerd.

Behalve dat de *mamaq* het gezin naar buiten ook in processen vertegenwoordigde, was hij daarbinnen overeenkomstig de *adat* en ook nu weer na gepleegd overleg en bekomen overeenstemming onder de leden van het gezin, belast met het beheer van het gemeenschappelijke vermogen der *djoerai*. Hij was vóór alles hoeder der stoffelijke belangen in het bijzonder der vrouwen en der onmondigen, want de mannen moesten maar in den tijd, dat zij nog in de kracht van hun leven waren, zelf in hun onderhoud voorzien door ambacht of handel. Het genot van de familiegoederen kwam dan ook voor het meerendeel aan de vrouwen, en de *mamaq* was de persoon die voor een verdeling van deze goederen zooals de *adat* dat voorschreef, had te zorgen. Daarnevens had hij voor het moreel heil van alle leden van het gezin te waken, hen bij te staan wanneer zulks noodig was. Ten aanzien van de huwbare meisjes van de *djoerai*, had hij in het bijzonder te zorgen, dat zij op tijd in haren stand trouwden, een zaak waarin deze zich geheel naar de wenschen en beslissingen van den *mamaq* hebben te gedragen.

* * *

Huwelijksrecht. Ofschoon op dit stuk in hoofdzaak de Moslemsche wet gevolgd wordt, is het niet zonder belang op de volgende punten te wijzen.

Onder de huwelijksbeletselen is altijd het belangrijkste geweest het verbod om in den stam, in de *soekoe* te

trouwen. De Minangkabauër volgt dus de exogamie (1) waaraan de Islam, die dien niet kent, blijkbaar geen eind heeft kunnen maken. Als gevolg van dien kan men niet huwen met iemand van zijn eigen *sa-boewah-paroëi*, noch met een lid der aanverwante families, ja zelfs niet met menschen waarvan wij zouden zeggen dat zij elkander in de verste verte niet bestaan, want enkel het feit, dat twee personen denzelfden soekoenaam voeren, is voldoende om een huwelijk tusschen hen te verbieden.

Daarentegen mogen lieden die elkaar middels mannen in den bloede bestaan wel met elkander trouwen, bijv. broeders en zusters van denzelfden vader mits van moeders die niet tot dezelfde *soekoe* behoorden. Het werd zelfs gaarne gezien dat de families van man en vrouw zich meer aan elkander vermaagschapten. De Islam die hieromtrent andere inzichten heeft, heeft hieraan echter een eind gemaakt.

Toestemming voor het huwelijk wordt van jonge lieden zoo mannen als vrouwen nimmer gevraagd, dat is een zaak van de familie, waarin de *mamaq* te beslissen heeft. Bij echtscheidingen en tweede huwelijken is dit echter niet het geval en handelen partijen zelfstandiger; alleen zal de vrouw om aan haar man een goede ontvangst in de familie te verzekeren, haren *mamaq* daarin kennen.

Het behoeft geen betoog, dat de matriarchale volksinstellingen ook op den aard van het huwelijk invloed gehad hebben. Dat komt al direct uit bij de Minang-

(1) Dit woord staat tegenover endogamie, de gewoonte die sommige volksstammen vergunde om *in* den stam te trouwen, ja, waar dit zelfs wenschelijker werd geacht, al was het niet verboden buiten den stam te trouwen. De exogamie bevat steeds een uitdrukkelijk verbod van huwelijk in den stam.

kabausche uitdrukking voor trouwen „*samando manja-mando*” hetwelk woordelijk vertaald „in pand nemen” beteekent. De gehuwde man, al was hij nog zoo goed geloovig moslim, wordt niet op Arabische wijze heer en meester over zijn vrouw en kinderen, maar is voor haar ondanks den invloed van den Islam gebleven een in pand genomen wezen, wiens roeping slechts is door geslachtsgemeenschap met de vrouw hare *sa-boewah-paroë* in staat te stellen zich verder te ontwikkelen. Het Minangkabausche huwelijk brengt geen verandering in den *status familiae*, dien de man en vrouw te voren bezaten. Geen maritale macht, geen overgang van den een in de familie van den ander, geen samenwoning, elk blijft in zijn eigen familie wat hij of zij daar te voren was.

Toewijding jegens elkaar, zoowel in het materieele als in het moreele, mogen gehuwde Minangkabausche mannen en vrouwen niet van elkaar verwachten. Elk moet zijn zorgen blijven wijden aan zijn matriarchale bloedverwanten, hunne vermogens blijven gescheiden, en wil de man voor vrouwlief wat doen, dan staat het hem wel vrij, maar dan mag hij zijn eigen familie daardoor niet benadeelen; hij mag zich niet met dingen bemoeien, die slechts haren *mamaq* en hare familieleden aangaan, en wanneer hij haar een beduidend levensonderhoud geeft uit zijn particuliere verdiensten, dan is haar *mamaq* er gauw genoeg bij om aan haar een kleiner aandeel in het genot der familiegoederen te geven, en wordt zij er dus niet beter door. In plaats van samenwoning komt de Minangkabausche man des nachts slechts op bezoek bij zijn vrouw, daarop heeft hij recht, daartoe is hij zelfs min of meer verplicht. Ook kan hij er aanspraak op maken dat zij zijn potje rijst kookt, mits hij haar daarvoor slechts het noodige verschaft. Ziet hij echter

dat hij minder welkom is, dan eet hij thuis of bij de zijnen. Is het wonder dat een Minangkabauër dikwijls zijn geheele leven lang zijn vrouw niet doet deelen in wat in zijne ziel omgaat? Dat hij zijn hart liever ontsluit voor de zijnen, zijn moeder, zijn zusters en broeders? En zij zal van hare zijde haar man ook niet gauw lastig vallen met de roerselen in haar gemoed, al mag zij hem wel menigmaal op verwijten tracteeren, wanneer zijn bezoeken bij haar hoe langer hoe minder worden. Want wee de vrouw die zich meer aan haar man mocht geven dan haar recht haar toestaat; zij loopt dan telkens gevaar het met haar eigen familie aan den stok te krijgen.

De vrouwelijke deugden hebben zich onder de Minangkabauërs nooit kunnen ontplooien, zooals in onze maatschappij het geval is. Aan haar man mocht zij zich niet geven, hem tot steun te dienen, met hem wel en wee te deelen was haar niet geoorloofd. Aan de kinderen kon zij zich niet wijden, die behoorden aan de familie. Haar eenig streven was steeds het goed te hebben, om van haar man slechts de plat alledaagsche geneugten der zinnelijke liefde te erlangen, en om overigens te zorgen, dat de beste brokstukken van het familievermogen haar ten goede kwamen. De moedervreugde was haar vaak een vloek. Onder alle vrouwen van den Archipel is zij degene, die zich het meest vergrijpt aan de vrucht die in haar leeft, aan het wichtje dat zij pas ter wereld bracht, omdat haar adat haar dwingt een egoistisch, plat materialistisch schepsel te worden, dat slechts aan zich zelf nooit aan een ander denkt.

* * *

Vermogensrecht. Beheerscht het familierecht de ontwikkeling van de individu, het beheerscht daardoor, zij

het ook indirect, maar niet minder krachtig, het vermogensrecht. Onder de matriarchale rechtsorde der Minangkabauërs was de individu nooit van eenige beteekenis, ook al was hij djoerai- of familiehoofd. Het familiegeheel was haar organisme, vandaar dat dat wel niet geheel alleen, maar dan toch in hoofdzaak eigendomsrechten kon hebben. *Harta poesako*, erfgoed, heeten de goederen die aan de familieëenheid toebehoorden, en om die goederen groepeerd zich althans in hoofdzaak het vermogensrecht.

Eigenaresse van de *harta poesako* was òf de familie, de *sa-boewah-paroei* òf de tak, de *djoerai* als eenheid, nimmer als de som van de levende leden. Als draagster van het *dominium* dier zaken omvatte die eenheid niet enkel de familieleden die nog leefden, maar ook alle volgende generaties. Vandaar dat er van scheiding en deeling tusschen de individueele rechthebbenden geen sprake kan zijn; het blijft star en onbewegelijk als een recht in de doode hand bij de familieëenheid der rechthebbenden berusten, en slechts in bepaalde door de *adat* aangeduide gevallen mochten tot de *harta poesako* behoorende goederen vervreemd worden.

Toch komt het recht van de *djoerai* op de *harta poesako* niet geheel overeen met ons eigendomsrecht, want de *djoerai* zelf heeft niet het recht op genot van die goederen. Dat komt aan samenstellende deelen der familie toe, en maakt in zooverre de lotwisselingen der individuen die er de dragers van zijn, mede. Het gaat over op hunne erfgenamen, is voor koop, huur, ruil, in leen geving, en schenking vatbaar, mits binnen den kring der rechthebbende familieleden, en het kan hun volgens de *adat* door het gezinshoofd, den *mamaq*, ontnomen worden.

Naast de *harta poesako* vindt men de *harta pentjarian*, n.l. de goederen die de individu door eigen arbeid

voor zich persoonlijk heeft verworven. Zij schijnen van jongeren dagteekening, want in de oorspronkelijke familiegemeenschap was er voor individueele bezittingen geen plaats en behoorde alles wat de individu verkreeg aan de gemeenschap. Hiervan zijn nog sporen over. Zoo mag de Minangkabauër bij gelegenheid van zijn dood over de *harto pentjarian* niet beschikken; zelfs tijdens zijn leven zal hij, althans de onroerende goederen, nimmer vervreemden, want de *harto pentjarian* is door het recht bestemd om bij den dood van den verkrijger *harto poesako* te worden. De *mamaq* houdt steeds toezicht op de gedragingen der familieleden die in het bezit van *harto pentjarian* zijn, en het zou hem met zijn aanstaande erfgenamen in zeer onaangename verhoudingen brengen, indien de verkrijger van zulke goederen daarover vrijelijk beschikte.

Hebben de *harto pentjarian* dus slechts een tijdelijk karakter, als zij door vererving *harto poesako* zijn geworden, ondergaan zij niet dezelfde lotswisselingen als de overige *harto poesako*, want zij vallen slechts toe aan bepaalde familieleden en niet aan de geheele *sa-boewah-paroë* of *djoerai*. Van belang is dit met het oog op het beheer, want terwijl het familiehoofd, de *panghoeloe*, de *harto poesako* van de familie beheert, zoo is de *mamaq* niet alleen over de *harto poesako* van zijn *djoerai* gesteld, maar ook over die welke slechts aan bepaalde onderdeelen der *djoerai* toekomen. In dat beheer moet hij echter de voorschriften van de *adat* volgen, en in de eerste plaats overleg plegen met de individueele familieleden vooral de vrouwen; waar ook al weer overeenstemming noodzakelijk is om een besluit te kunnen nemen.

Niet allen hebben gelijkelijk recht op het genot der familiegoederen. De *harto poesako* dienen in de eerste plaats aan die familieleden ten goede te komen die dat

het meest noodig hebben, dus de vrouwen en de kinderen, de ouderen gaan daarbij vóór de jongeren. De mannen moeten als er voor hen niets overblijft, maar zelf den kost gaan verdienen door handel of ambacht. Voor hen is het geen bezwaar dat zij een zwervend leven leiden; anders is het met de vrouwen, die zijn al even immobiel als de rijstvelden die zij bebouwen; men ziet ze zelfs niet gaarne buiten de *negrie* en het is voor hen vernederend elders voor loon te werken.

Verbintenissenrecht. Ook hier heeft het familierecht zijn stempel gedrukt. De onvervreemdbaarheid van de *harto poesako* en de beperkingen in de bevoegdheid tot vervreemding van de *harto pentjarian* waren hier de hinderenissen, die een ontwikkeling van het verbintenissenrecht in den weg stonden. Van een gezond en krachtig handelsverkeer, van transacties van eenige beteekenis kon in de oude Minangkabausche maatschappij geen sprake zijn; eerst na onze komst in haar midden heeft de handel van den Minangkabauër zich buiten zijn dorpsstaatjes kunnen ontwikkelen.

Van eenige ordening van de verschillende verbintenissen zien wij dan ook geen spoor; alles wat men er als obligatierecht aantreft, bestaat uit eenige op zich zelf staande contracten, waaraan de Minangkabauër in verloop van tijd behoefte kreeg, en waarop het matriarchale familieverband slechts bij uitzondering in de gelegenheid was invloed uit te oefenen. Het zij mij vergund hier op twee punten te wijzen.

Het Minangkabausche recht kent zoowel verbintenissen die wij zouden noemen *ex contractu* (*djandjie*) als uit onrechtmatige daad (*salah*). De eerstgenoemde door de individueele leden der familie aangegaan, zijn slechts verhaalbaar op de *harto pentjarian*, maar nu doet zich daarbij het eigenaardige voor, dat er krachtens de *adat*

tanggoeng-mananggoeng waarover wij boven reeds schreven, voor de familie wat wij zouden noemen een soort natuurlijke verbintenis bestaat om de persoonlijke schulden van eenig familielid te betalen, krachtens welke de schuldeischer de familie wel niet kan aanspreken, maar krachtens welke de familie in vele gevallen vrijwillig betaalt, welke betaling eenmaal gedaan zijnde niet meer aan terugvordering onderhevig is. Voor de verbintenissen uit onrechtmatige daad was echter de gansche familie krachtens de *adat tanggoeng-mananggoeng* aansprakelijk, zooals boven reeds werd gezegd.

Het tweede punt waarop de aandacht moet worden gevestigd is de „*hibah*”, een rechtshandeling die wij wel met schenking kunnen aanduiden doch die daarvan in meer dan een opzicht verschilt. Wij hebben boven gezien, dat de Minangkabauër niet bevoegd is over de *harto poesako* van zijn *djoerai* of zijn familie te beschikken; ten aanzien van zijn *harto pentjarian* heeft hij deze bevoegdheid echter in zekere mate wel. De *hibah* is een schenking van goederen die de Minangkabauër als *harto pentjarian* bezit, doch waartoe slechts een vader ten behoeve van zijn kinderen bevoegd is, en die pas kracht erlangt bij zijn dood, zoodat hij die ten allen tijde kan herroepen. Een soort *donatio mortis causa* derhalve, maar met dat verschil dat de aldus geschonken goederen voor de schulden van den vader onaantastbaar zijn. Vermoedelijk is deze rechtshandeling aan het Moslimsche recht ontleend. Zij staat echter onder sterken matriarchalen invloed, want de Minangkabausche vader mag op deze wijze slechts de helft van zijn *harto pentjarian* wegschenken, en deze rechtshandeling moet geschieden wel niet met toestemming, maar dan toch met medeweten van zijn *panghoeloe* of zijn *mamaq* en van zijn naaste erfgenamen, en die goederen worden dan weer het onverdeelbaar

familiebezit van de kinderen, dus van zelf weer *harto poesako*. Een dergelijke schenking van de *harto poesako* is *ab ovo* nietig, evenzoo van het recht op genot van de familiegoederen, waarover alleen ten behoeve van familieleden beschikt mocht worden.

* * *

Erfrecht. Een eigenaardig kenmerk van het Minangkabausche erfrecht die het echter met andere Indische adats gemeen heeft, is dat een testamentair erfrecht daar steeds een onbekende zaak is geweest. Bij primitieve volken is het familieverband dikwijls zoo sterk, dat de mogelijkheid, dat de erflater zijn goed aan anderen dan zijne familieleden wil geven, vrijwel een *casus non dabilis* is. Wij zagen boven reeds dat de *mamaq* had te zorgen dat er van de *harto pentjarian* niet te veel aan anderen dan de familieleden ten goede kwam. Het testamentaire erfrecht is dan ook van betrekkelijk recenten datum, en zelfs in ons burgerlijk wetboek is de legitieme portie nog een overblijfsel van de rechten der familie op de individueele goederen harer leden. De oudste uiterste wilsbeschikkingen vindt men o.a. in de Minahassa nog in den vorm van adoptie terug.

Een ander kenmerk is dat niet alleen het vermogen overgaat, maar ook het privaats- en publiekrechtelijk gezag, de waardigheden in de familie, in de *soekoe*, in de *negrie*, een en ander als een gevolg van de boven reeds genoemde omstandigheid, dat tot het staatsgezag slechts die personen werden geroepen, die krachtens hun verwantschap met de stammoeder binnen den kring der familie met familiegezag bekleed waren. Dit maakte een scheiding tusschen publiek- en privaatrechterlijk gezag onmogelijk, en deed beide naar dezelfde regels van den een op den ander overgaan. Dat gold dus niet slechts

het mamaqschap, dus de positie van djoeraihoofd, maar ook het panghoeloenschap en de waardigheid van seekoehoofd.

Evenals in ons recht gaan alle vermogensbestanddeelen van den overledene op zijn rechtverkrijgenden over, doch ook niet meer dan dat. De eigendom der *harto poesako* bleef dus bij de familie, of dat gedeelte der familie waaraan zij toebehoorde, die behoorde niet tot de nalatenschap. Wat wel daarin viel, was behalve de *harto pentjarian* het recht op genot van de *harto poesako*, een soort persoonlijk vruchtgebruik.

Bij de aanwijzing van wie volgens Minangkabausch recht de naaste erfgenamen zijn, onderscheidt Mr. WIL-LINCK tusschen mannen en vrouwen. Bij het overlijden van den man gaat zijn nalatenschap over naar zijn nog levende broeders, en naar zijn zusters mits uit dezelfde moeder geboren, en met dien verstande, dat voor voor-overledenen zusters hunne kinderen bij plaatsvervulling optreden. De kinderen van voor-overledenen broeders erven natuurlijk niet, omdat zij zelfs niet van hunnen vader erven.

De erfgenamen eener vrouw zijn in de eerste plaats hare kinderen en hare uit dochters geboren kleinkinderen. Bij gebreke daarvan erven hare broeders en zusters waarbij niet alleen de kinderen, maar ook de kleinkinderen, doch alleen van voor-overledenen zusters bij plaatsvervulling optreden. Stellen wij nu dat op de boven gegeven schematische voorstelling eener Minangkabausche familie de vrouw sub 16 overleden is, dan erven het eerst hare kinderen 29 en 30, waarbij 29 als man niet, maar 30 als vrouw bij voor-overlijden wel bij plaatsvervulling door hare kinderen 37, 38 en 39 vertegenwoordigd wordt. Bij gebreke van nakomelingen erven hare broeders en zusters dus 14, 15, 17, 18 en 19, waarbij de kinderen van 14 en 19 eventueel bij plaatsvervulling optreden.

Zijn alle broeders en zusters voor-overleden, dan komt de nalatenschap aan de kinderen der voor-overleden zusters (14 en 19), die nu niet bij plaatsvervulling maar suo jure optreden, omdat de gansche generatie waaruit zij zijn voortgesproten niet meer bestaat; de nalatenschap gaat dus in zeven gelijke deelen, waarvan 25, 26, 27, 28 en 31, 32 en 33 elk een deel krijgen.

Bij gebreke van dezen wendt de nalatenschap zich naar de opgaande lijn, en vervalt zij aan de moeder (10) en bij ontstentenis daarvan aan hare broeders en zusters (6, 7, 8 en 9, waaronder in deze familie geen zusters voorkomen), en de afstammelingen van de laatstgenoemden. Ontbreken dezen zooals in deze familie, dan komt de grootmoeder van moederszijde (3) aan de beurt, en bij voor-overlijden de broeders en zusters van deze en de nakomelingen van laatstgenoemden, dus 1, 2, 4 en 5, die wel allen overleden zullen zijn, doch waarvan 5 door haar nakomelingschap wordt vertegenwoordigd. En zoo gaat het voort. Uit een en ander blijkt dus dat te eeniger tijd de afgesneden takken van de oorspronkelijke familie aan de beurt komen, en in het laatste ressort de oorspronkelijke sa-boewah-paroei, waaruit die van de erflaatster is voortgekomen. Het geval dat er geen door het recht aangewezen erfgenamen zouden zijn, is dus vrijwel uitgesloten.

Eigenaardig is ook dat er geen vermenging van de goederen van den erflater en van den erfgenaam plaats vindt. Daarvoor is in de Minangkabausche maatschappij geen gelegenheid. Immers, de *harto pentjarian* des erflaters worden een afzonderlijk geheel *harto poesako* van zijne erfgenamen, dat nooit samenvloeit met de familiegoederen die zij reeds van elders bezaten. En nu is het duidelijk, dat in éénzelfde *sa-boewah-paroei*, ja zelfs in éénzelfde *djoeraï* complexen van *harto poesako* mogelijk zijn, die

aan verschillende leden der familie toebehooren. De schulden van den doode kunnen slechts uit zijn *harto pentjarian* betaald worden; op de goederen van zijn erfgenamen zijn die nimmer verhaalbaar.

* * *

Alhoewel het boek van Mr. WILLINCK ook over het Minangkabausche proces- en strafrecht vele wetenswaardige bijzonderheden bevat, en dit natuurlijk ook onder den invloed van de matriarchale volksinstellingen staat, zoo zijn de daarop gegronde afwijkingen niet zoo in het oog vallend, en schijnt voor hem die zich daarvoor interesseert naar bovengenoemd werk te kunnen verwijzen. De omvang van dit uittreksel zou daardoor in een niet onbelangrijke mate moeten toenemen.

Het bovenstaande schijnt echter genoeg om zich van het moederrecht een voorstelling te vormen. Men leert er uit kennen een maatschappij gevestigd op gansch andere grondslagen dan de onze, waarin de verschillende rechtsinstellingen evenals bij ons recht met elkaar verband houden, in elkander ingrijpen en elkander steunen, zoodat indien men één steentje van dit rechts-gebouw losmaakt, dit gevoeld wordt in alle overige deelen en zelfs in nog veel sterker mate dan dat in ons recht het geval is.

Van hoe groot wetenschappelijk belang dit moederrecht ook is, in onze tijden schijnt het niet meer op zijn plaats te zijn. Haar eerste levensvoorwaarde was het isolement van het volk, waar het gold: waar het in den loop der tijden stootte op ander recht, daar sleet het af; de voortdurende ontwikkeling van het verkeerswezen alleen is al voldoende om het ten doode op te schrijven. Het was een verdienste van Mr. WILLINCK, de hoofdlijnen van dat recht nog bijtijds te hebben vastgelegd.

Den Haag, Augustus 1909.

De Jagtwet tegenover de gevredigde gronden.

DOOR

Mr. Dr. K. J. FREDERIKS.

De Jagtwet is haar bestaan voor een niet onbelangrijk deel verschuldigd aan amendementen, aan invallende gedachten, en maar al te zeer vertoont zij daarvan de sporen. Zij is eene wet van inconsequenties, waartoe de slechts historisch te verklaren samenkoppeling van jacht en visscherij in niet geringe mate heeft bijgedragen. Zeer sterk doet dit gebrek aan systeem zich gevoelen in de regeling van de rechtspositie der gevredigde gronden, de gronden, die van de omgeving zoo zijn afgesloten, dat de doortocht van de dieren, die de Jagtwet in haar artikel 17 bestempelt als wild — met uitzondering natuurlijk van het vliegend wild, — er door wordt belet.

In slechts één artikel, 12a, — eene bepaling, die woordelijk is overgenomen uit de wet van 6 Maart 1852 (*Stbl.* no. 47), — houdt de Jagtwet zich met deze materie bezig. Wat is de beteekenis en de bedoeling van dit voorschrift, waarbij van het vereischte van het bezit eener jachtacte of eener buitengewone machtiging, als bedoeld in artikel 26 der Jagtwet, worden vrijgesteld de eigenaren en rechthebbenden van de door muren, schuttingen, rasters of grachten geheel van de omgeving afgesloten lust- en bouwhoven en buitenplaatsen?

Een soortgelijk voorschrift als ons artikel 12a komt voor in de Fransche en Belgische jachtwetten. Artikel 2 der Fransche jachtwet van 3 Mei 1844 (*Bulletin des Lois*

no. 1094: Loi sur la police de la chasse) bepaalt, dat niemand eene jachtacte noodig heeft, om te mogen jagen, „dans ses possessions attenant à une habitation et entourées d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins". Het leidende motief van deze bepaling is de onschendbaarheid van de woning, „l'inviolabilité du domicile". Met nadruk stelde in de vergadering van de Chambre des Pairs van 17 April 1843 de zegelbewaarder deze bedoeling op den voorgrond: „Un motif, qui suffirait à lui seul pour justifier l'exception, c'est qu'en supposant que le propriétaire commît un délit en chassant sur ses possessions, situées et closes de la manière prévue par l'article 2, il serait impossible de constater ce délit sans s'introduire, pour ainsi dire dans son domicile". In de Chambre des Députés drukte PASCALIS zich in denzelfden geest uit: „c'est par respect pour le domicile, que nous avons permis aux propriétaires de chasser en tout temps dans leurs propriétés closes attenant à une habitation". Geenszins om eene inbreuk te maken op de gelijkheid van allen voor de wet, maar alleen wegens het onloochenbare feit, dat jachtdelicten in afgesloten bezittingen zoo bij uitstek moeilijk te constateeren zijn zonder de woning binnen te treden, is de bepaling opgenomen.

Beschouwd in verband met deze zoo nadrukkelijk verklaarde bedoeling van het artikel, zijn de woorden „entourées d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins" ongetwijfeld vaag te noemen en deze vaagheid verbetert er niet op, indien men bij de daarover gehouden parlementaire beraadslagingen zijn licht tracht te ontsteken. Uitdrukkelijk verklaarde de pair FRANK-CARRÉ, dat niet de definitie van afsluiting uit den Code rural van 1790, noch die van artikel 391 Code pénal, maar alleen het *beginsel* van afsluiting in de wet moest

neergelegd worden. Wanneer is een terrein dan voldoende afgesloten, om te vallen in de termen van het artikel in quaestie? De wetgever liet zich met het beantwoorden van deze vraag niet in, maar endosseerde de moeilijkheid eenvoudig aan den rechter. „Il est des choses” zoo zeide PASCALIS, „que la loi doit seulement définir, et c'est aux tribunaux à faire ensuite l'application de la définition légale, pourvu qu'elle soit claire, c'est à quoi nous avons pourvu par la rédaction du second paragraphe, où il est dit que la chasse ne sera permise que dans les possessions attenantes à des habitations, et entourées de clôtures continues, faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins. Cet obstacle sera-t-il tel que nous le disions? Les tribunaux en décideront; ils apprécieront par les faits, la nature, la continuité de l'obstacle; nous leur livrons une définition claire, précise, à eux l'application”.

Eenigszins pathetisch en met eene zekere, hem maar al te vaak kenmerkende nonchalance maakte de Fransche wetgever zich van de quaestie af; niet alzo de Belgische. De Belgische bepaling houdt hetzelfde in als de Fransche, maar voegt er aan toe, dat de afsluiting bovendien een beletsel moet bieden „à tout passage de gibier”. Geeft de Fransche wetgever geen leidraad aan den rechter bij de beoordeeling, of in een gegeven geval eene afsluiting als voldoende in den zin van de wet moet worden aangemerkt, het Belgische artikel houdt zelf een positieven eisch in, waaraan de afsluiting moet voldoen.

De minister, wiens contraseign de Belgische wet van 26 Februari 1846 (*Moniteur* du 28 février 1846) draagt, wees bij de behandeling in de volksvertegenwoordiging op het feit, dat de nieuw ontworpen jachtrechtsregeling naast de bestrijding der strooperij ten doel had „la conservation et la reproduction du gibier”. Dit doel beheerscht ook

de draagwijdte van de bepaling in quaestie. De afsluiting moet den doortocht van het wild beletten, want, stelde men zich met eene minder verstrekkende afsluiting tevreden, dan zou de geprivilegeerde eigenaar daarvan de vruchten plukken ten nadeele van den algemeenen wildstand; „au moyen de certains appâts connus de tous les chasseurs, il attirerait le gibier des champs voisins et le tuerait à son aise”. Het kardinale punt in de bepaling was volgens den minister juist gelegen in de slotwoorden, die in de Fransche wet ontbreken, „faisant obstacle à tout passage de gibier”. Welke vredigingen echter een „obstacle à tout passage de gibier” vormen, daarover bewaarde de Belgische wetgever het stilzwijgen en hij liet — mede blijkens de door den met de uitvoering der jachtwet belasten minister tot de onderscheidene gouverneurs gerichte: „Instruction relative à l'exécution de la loi sur la chasse” van 24 Maart 1846 — deze nadere detailleering over aan de rechterlijke macht.

De Nederlandsche jachtwet beperkt de vrijheid van den rechter ten aanzien van dit punt meer dan de Belgische, al moge bij oppervlakkige beschouwing het tegendeel waar schijnen. Artikel 12a bepaalt, dat de daar genoemde lust- en bouwhoven en buitenplaatsen — eene uitdrukking, die blijkens de beraadslagingen van 1852 als vrijwel synoniem mag beschouwd worden met het Fransch-Belgische „possessions attenantes à une habitation” — geheel moeten zijn afgesloten door muren, schuttingen, rasters of grachten, wil de eigenaar er zonder jachtacte en zonder buitengewone machtiging, als bedoeld in artikel 26, mogen jagen. Slechts ten aanzien van de grachten wordt in artikel 9 eene nadere detailleering gevorderd van de Staten der provinciën, die hunne breedte moeten vaststellen. Aan welke vereischten moeten evenwel muren, schuttingen en rasters voldoen, wil

de grond geheel afgesloten kunnen genoemd worden? Oogenschijnlijk is de Nederlandsche rechter evenzeer als de Fransche in de beoordeeling hiervan geheel vrij, daar in onze bepaling niet zooals in de Belgische wet is neergelegd, dat de afsluiting den doortocht van wild moet beletten. In werkelijkheid echter is die vrijheid voor den rechter veel minder groot. Ten duidelijkste blijkt dit uit de bij de beraadslagingen op den voorgrond gestelde bedoeling van den wetgever. De reden, waarom de eigenaren van de in artikel 12a genoemde gronden worden vrijgesteld van het bezit zoowel van eene jachtacte als van eene buitengewone machtiging, is dezelfde als ten grondslag ligt aan de Fransche bepaling: de eerbiediging van den eigendom. Toen toch door den afgevaardigde VAN DAM VAN ISSELT de voorgestelde bepaling werd gekarakteriseerd als eene zij het dan ook zeer wel verdedigbare privilegieering van de groote grondeigenaren als zoodanig, terwijl volgens hem de afsluiting volstrekt geen wezenlijk element van de vrijstelling was, werd door THORBECKE helder op den voorgrond gesteld, dat hier van privilegieering geen sprake was: „afgesloten plaatsen behooren — de eerbiediging van het regt van den eigendom, van de vrijheid van omgang in die plaatsen vordert dit — niet zonder de uiterste noodzakelijkheid door den opziener der jagt te worden bezocht”. Voor THORBECKE was de afsluiting wel degelijk een essentiale, eene *conditio sine qua non* voor het verleenen der vrijstelling. En die afsluiting mocht niet bestaan in eene eenvoudige afscheiding, zij moest zoo intensief mogelijk zijn; zij moest zijn — en hierin ligt het groote punt van overeenkomst met de Belgische bepaling — eene vrediging tegen wild. Toen dan ook de afgevaardigde VAN DER HEYDE tot den Minister de vraag richtte, of het niet doelmatiger zou zijn en minder ruimte voor

onzekerheid zou overlaten, indien de vrijstelling in quaestie verbonden werd aan den eisch van afsluiting op de wijze bedoeld in artikel 391 van den Code pénal: „Voor beslotene plaats of perk wordt gerekend alle grond, die omringd is met grachten of slooten, staketsels, gevlochten rijs- of rasterwerk, planken, groeiende of doode heggen of muren, waarvan ook gemaakt, hoedanige ook de hoogte, de diepte, de oudheid of vervallen staat van deze omschutsels wezen mag, wanneer daaraan geene deur met een sleutel of ander slot is, of wanneer de deur van geene digte planken en gewoonlijk open mogt zijn”, kwam THORBECKE met klem daartegen op. De karakteristieke eisch, waaraan de afsluiting moet voldoen, zou zoo doende niet tot zijn recht komen; „eene plaats, zoo ingesloten, zou den doortogt van het wild niet beletten”. En op eene andere plaats versterkte de minister deze opvatting: „Ik bedoel de reden van de bewoordingen: „door muren, schuttingen, rasters of grachten geheel afgesloten”. De reden is, dat zoodanige sluiting geen doortogt voor het wild openlaat. Of nu eene plaats, aldus afgesloten, een lusthof of eene buitenplaats in den engeren zin van het woord, is, dan wel eene boerenplaats, het doet niets tot de zaak”.

Voor de toepassing van het artikel moet de rechter dus onderzoeken, of de afsluiting door muren, schuttingen of rasters voldoet aan denzelfden eisch, als de Staten tot leidraad zullen moeten nemen bij het vaststellen van hun besluit tot uitvoering van artikel 9d: namelijk of zij van dien aard is, dat zij den doortocht van het wild belet. Eerst als aan deze voorwaarde van afsluiting is voldaan, geniet de eigenaar of rechthebbende van de in artikel 12a genoemde gronden het privilege, dat hij mag jagen zonder in het bezit te zijn van eene jachtacte of buitengewone machtiging.

De eigenaren en rechthebbenden van tegen wild be-

veilige lust- en bouwhoven en buitenplaatsen mogen zonder jachtacte op deze gronden jagen, dat is de beteekenis van artikel 12a, en deze vrijstelling kan de wet in den gedachtengang van THORBECKE verleenen, indien de afsluiting is eene vrediging *tegen* wild, indien n. a. w. het wild niet binnen de genoemde gronden kan doordringen en dus van toezicht op strooperij geen sprake behoeft te zijn. „De vraag is”, zoo sprak THORBECKE „of in alle schuilhoeken, in alle gesloten perken van privaat bezit moet kunnen worden doorgedrongen, om te zorgen dat daar in den gesloten jagttijd geen wild worde geschoten. Ik meen, daarmede staat of valt de wet niet”.

Verder strekt zich volgens den jachtwetgever het privilege niet uit en met name — uit de laatst aangehaalde woorden van THORBECKE blijkt het ten duidelijkste — omvat zij niet evenals de Fransche en Belgische bepalingen het recht om „en tout temps” te jagen.

Terwijl de wet slechts ééne bepaling wijdt aan de tegen wild gevredigde gronden, houdt zij zich in verschillende artikelen met zoovele woorden bezig met vischwateren, die met geen ander water in verbinding staan. In de wet van 1852 was de toestand juist omgekeerd; terwijl toch artikel 12b woordelijk hetzelfde inhield als het thans vigeerende artikel 12a, kwam in de wet geene enkele bepaling voor betreffende het visschen in geheel afgesloten vischwateren.

In artikel 13b van de wet van 1852 werden vrijgesteld van de verplichting van het bezit eener vischacte de eigenaren en rechthebbenden van „vischwater, gelegen in buitenplaatsen en lust- of bouwhoven, door muren, schuttingen, rasters of grachten geheel afgesloten” — de volgorde der gronden is hier juist omgekeerd aan die van

artikel 12a (toen 12b); *varietas delectat!* Deze bepaling dankte evenals ons artikel 12a haar ontstaan aan het streven, om den eigendom te eerbiedigen en aan het feit, dat een doeltreffend jachtpolitiair toezicht op die gronden niet wel denkbaar was. Verheft de overeenkomst van redactie tusschen de twee artikelen dit reeds boven allen redelijken twijfel, het antwoord, dat THORBECKE gaf op eene opmerking van den afgevaardigde VAN DER HEYDE naar aanleiding van dit artikel, doet de deur dicht. Volgens den genoemden afgevaardigde was de ontworpen bepaling onvolledig en tijdens de openbare beraadslagingen vestigde hij dan ook de aandacht op de vischwaten, die met geen ander water in verbinding staan. Bij de voorgestelde redactie zouden deze gevredigde vischwaten volstrekt niet altijd binnen de sfeer van artikel 13b vallen. Ter adstructie zijner opvatting, dat deze waten desniettemin eene bijzondere positie behooren in te nemen, wees hij op artikel 563 sub 3 van het Burgerlijk Wetboek, dat de visschen in vijvers tot onroerend goed verklaart, en op artikel 388 Code pénal, dat het onrechtmatig wegnemen van deze visschen als diefstal straffe. Maar bovenal eischte z.i. de billijkheid eene uitbreiding van het privilege van artikel 13b tot het visschen in geheel afgesloten vischwaten. Waar toch in deze vischmeren en -vijvers vaak met vrij hooge kosten eene kunstmatige vischteelt wordt in het leven geroepen, moest de vrijstelling van het artikel in quaestie ook tot deze waten worden uitgebreid. Met nadruk bestreed de minister deze opvatting: „Ten andere, welke reden bestaat er, om hen vrij te stellen van het nemen van eene acte, die vischvijvers bezitten, waarin de visch wordt gepoot en gevangen? Er bestaat eene reden om ze vrij te stellen zoo die vijvers in besloten plaatsen zijn gelegen. Maar zoo dit het geval niet is,

welke grond is er dan om met geene vischacte te bezwaren iemand die vischvijvers heeft, die daar visch vangt door hem gepoot, hetzij als winstbedrijf, hetzij voor zijn genoegen? De reden, waarom de vrijstelling van litt. *b*, overeenstemmende met art. 12, is voorgesteld, bestaat hier niet." Voor THORBECKE bestond de eenige reden, waarom geene jacht- of vischacte noodig zou zijn, — de basis, waarop ook artikel 12*a* is opgetrokken, treedt hier wel in een zoo helder mogelijk licht — in de eerbiediging van den eigendom van den grond; eene andere reden kon hij zich eenvoudig niet indenken. Waar die eerbiediging van den eigendom niet in het spel kwam, waar aan het houden van politiair toezicht geene overwegende bezwaren in den weg stonden, welnu, daar was voor hem ook geene enkele reden aanwezig, om vrijstelling van de wettelijke verplichting van het bezit eener jacht- of vischacte te verleen.

In 1852 kraaide THORBECKE's haan victorie; bij de behandeling van het wetsontwerp van 1857 kwam de quaestie echter opnieuw ter tafel. Door de Regeering was in 1857 artikel 13*b* uit de wet van 1852 overgenomen met eene aan den zin der bepaling niets veranderende en juist daarom door THORBECKE op de hem bij deze beraadslagingen keumerkende, eenigszins korzelige wijze bestreden toevoeging „de gracht van afsluiting zelve onder zoodanig vischwater begrepen”.

Reeds in het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer ontmoette de overgenomen bepaling verzet en werd door eenige leden op den voorgrond gesteld, „dat het beginsel van art. 12*b* omtrent het jagen niet wel in zijne volle uitgestrektheid op het visschen kan worden toegepast. Het beginsel der wet is dat men slechts vrijelijk jagen en visschen mag dáár, waar men aan den wildstand of den visch in het algemeen geen nadeel toebrengt, en

dus op geheel afgesloten plaatsen. Dit beginsel is goed volgehouden voor zoover het jagen betreft, maar dezelfde bepalingen die voor het jagen doeltreffend zijn, zijn het niet voor het visschen. De visch toch laat zich niet door dezelfde afsluiting als het wild, en dan nog wel door eene afsluiting die slechts op den vasten grond staat, terughouden. Het bevisschen van binnen den omtrek van de buitenplaats of van den lust- of bouwhof gelegen vischwater kan alleen in zoo ver geheel vrij worden toegelaten, als dat water van het buitenwater afgesloten is. Daarom moest, volgens eenige leden, hier niet gesproken worden van vischwater in 't algemeen, maar van *afgeslotene wateren, den eigendom van slechts eenen eigenaar en niet met ander vischwater in gemeenschap*". De Regeering kon met deze beschouwing niet medegaan; zij stelde zich geheel op het standpunt van THORBECKE en voerde tegen de in het Voorloopig Verslag geopperde meening aan, dat de voorgestelde bepaling evenzeer als het voorschrift van de wet van 1852 slechts als de noodzakelijke consequentie van artikel 12a (vroeger 12b) was te beschouwen. De eerbiediging van den eigendom en de daarmede samenhangende omstandigheid, dat in die afgeslotene plaatsen een deugdelijk politie-toezicht niet wel denkbaar is, moesten er van zelf toe leiden, dat zoowel artikel 12a als 13b gehandhaafd werden. De Memorie van Antwoord zeide dan ook: „Dat in artikel 13b niet zóó verre zou behooren te worden gegaan, als in artikel 12b (van 1852) voor de jacht gedaan is, kan de Regering niet wel inzien. Er is *paritas rationum*. Wil men echter een amendement voordragen, de Regering zal dit gaarne afwachten”.

Behalve de in het Voorloopig Verslag neergelegde opvatting, waarin de vrijstelling van artikel 13b werd veroordeeld, kwam ook nu weer het denkbeeld op den voorgrond, om *naast* de voorgestelde bepaling ook de

eigenaren van de geheel afgesloten vischwateren vrij te stellen van de verplichting van het bezit eener vischacte, het denkbeeld, dat in 1852 door den afgevaardigde VAN DER HEYDE verdedigd, maar door het verzet van THORBECKE niet in de wet overgegaan was. Daartoe strekkende amendementen werden thans ingediend door de afgevaardigden TAETS VAN AMERONGEN en STRENS. In het bijzonder de Middelburgsche afgevaardigde VAN ECK steunde met zijn erkend gezag het denkbeeld, dat aan deze beide amendementen ten grondslag lag. „Ik acht het een goed begrip, dat men het gebruik van eigendom niet onderwerpt aan het bezit eener vischacte. Immers moet de visch, die zich in besloten wateren, en dus niet in het gemeene vischwater, bevindt, geacht worden te zijn het eigendom van den eigenaar van dat water. Daarom straft art. 388 van het Code Pénal met tuchthuisstraf het nemen van visch uit de vijvers of vischkommen van een ander”. Het amendement-STRENS werd aangenomen, — de reden, waarom het amendement-TAETS VAN AMERONGEN verworpen werd, betreft niet de kern der quaestie en kan daarom hier buiten bespreking blijven — en daarmede deed de vrediging als *reden* van vrijstelling van de verplichting van het bezit eener acte hare intrede in de Jagtwet.

Toen eenmaal het amendement-STRENS was aangenomen, waren de bepalingen van artikel 19 derde lid en artikel 27 vierde lid daarvan volgens de voorstellers slechts de noodzakelijke consequenties, al bleef deze opvatting ook niet onweersproken. In artikel 19 derde lid worden de eigenaren van geheel afgesloten vischwateren vrijgesteld van de inachtneming der schoontijden, zoodat zij ten allen tijde in hunne gevredigde wateren mogen visschen, en van de werking van de verordeningen, bedoeld in de artikelen 9 en 11, verordeningen, die het visschen

kunnen beperken en zoowel de soorten van vischtuig als de grootte van de mazen der vischnetten bepalen. Meer verzet dan deze bepaling ondervond in de Tweede Kamer het vierde lid van artikel 27, dat zijn ontstaan te danken heeft aan een amendement-STRENS. Van de in de artikelen 13 en 19 aan de eigenaren van gevredigde vischwatersen verleende vergunning was, meende de voorsteller, het onafwijsbare gevolg, dat de in die wateren gevangen visch vrij moet kunnen worden vervoerd, mits onder de noodige waarborgen tegen fraude. De minister VAN DER BRUGGHE en met hem de afgevaardigde SANDER waren evenwel van oordeel, dat de voorgestelde bepaling verder ging dan artikel 13b, omdat „de oorspronkelijke bedoeling niet is geweest de gelegenheid te geven tot het drijven van handel in visch, gevangen in wateren, die geene verbinding hebben met andere, maar welden noodzakelijkheid en het belang voor den eigenaar om zoodanigen visch zelf te kunnen gebruiken”. De juistheid van deze gevolgtrekking kon de voorsteller niet toegeven; zonder de door hem voorgestelde aanvulling beteekende de in artikel 13b aan de eigenaren van geheel afgesloten vischwatersen gegeven vrijstelling niets, „want wanneer ik in eene plaats woon en in eene andere gemeente een afgesloten water in eigendom bezit en daar ga visschen, maar ik mag dien visch niet aan huis laten brengen, dan beteekent de mij verleende gunst niet veel”. En te meer verwonderde hem de bestrijding door den minister, daar deze toch bij de behandeling van zijn eerste amendement op den voorgrond had gesteld, dat, indien het visschen zonder acte in de genoemde wateren werd toegelaten, ook de verdere bepalingen der Jagtwet niet van toepassing behoorden te zijn. De Kamer bleek deze opvatting te deelen en het vierde lid van artikel 27 staat nu het vervoer van visch, die afkomstig

is uit geheel op zich zelf staande vischwateren, ten allen tijde, ook in gesloten vischtijd, toe, mits gedekt door eene verklaring van oorsprong, af te geven door den burgemeester van de gemeente, waar de afzender woonachtig of waar de visch gevangen is. Toch is ook van dit voorschrift de redactie wanhopig onvolledig; klaarblijkelijk is het de bedoeling onder de genoemde voorzorgsmaatregelen niet alleen het vervoer van-, maar ook den handel in visch, die is gevangen in gevredigde wateren, toe te staan. Zooals het artikel nu luidt valt echter die handel onder de verbodsbepaling van het eerste lid.

Naast de artikelen 19 derde lid en 27 vierde lid, die bij uitsluiting betrekking hebben op de gevredigde vischwateren, zondert artikel 25 de eigenaren van alle in artikel 13*b* bedoelde wateren uit van het verbod van gebruik van de in het artikel genoemde vangmiddelen. Daarmede zijn de bepalingen betreffende de gevredigde vischwateren in de Jagtwet uitgeput.

Boven noemde ik de wettelijke bepalingen betreffende de gevredigde gronden en vischwateren een toonbeeld van verwarring en inconsequentie, en niet ten onrechte. Het motief voor de vrijstelling van de verplichting van het bezit eener jacht- of vischacte, dat althans vóór de aanneming van het amendement-STRENS op artikel 13*b* den wetgever bij uitsluiting leidde, was gelegen in het feit, dat het onmogelijk is, om, met eerbiediging van den eigendom van den grond, op de gevredigde gronden toezicht te houden op de naleving van de politiaire voorschriften der Jagtwet. De gegrondheid van dit motief eenmaal aangenomen, moest onvermijdelijk de gevolgtrekking zijn, dat alle bepalingen van de Jagtwet op die gronden niet van toepassing kunnen zijn, dat m. a. w. de eigenaar van zulke gronden carte blanche ten aanzien van jacht

en visscherij moet hebben, het systeem, dat, zij het ook niet volledig, in de Fransche en Belgische wetten wordt gehuldigd. Den eigenaar toch eenerzijds te onderwerpen aan de politievoorschriften der Jagtwet en anderzijds vrij te stellen van het toezicht op de naleving daarvan is een stelsel, dat er niet op berekend is, om den eerbied voor de wet te verhoogen. Toch aanvaardde de wetgever van 1852-57 deze consequentie niet: de geheele Jagtwet, met uitzondering alleen van de bepalingen betreffende de jacht- en vischacten, zou op de genoemde gronden van toepassing zijn, hoewel hij in één adem uitdrukkelijk de onmacht toegaf, om voor de naleving op die gronden te waken. Zoo scherp mogelijk treedt hier wel de inconsequentie op den voorgrond.

Eene andere leemte is gelegen in de opsomming der gronden, waarop de eigenaren en rechthebbenden volgens artikel 12*a* zonder jachtacte mogen jagen en in welker wateren zij volgens artikel 13*b* zonder vischacte mogen visschen. Uit de zij het ook vrij vage woorden van THORBECKE bij de behandeling van de wet van 1852 mag worden afgeleid, dat hij zich de woorden „bouw- en lusthoven en buitenplaatsen” zeer ruim dacht; niet zoo ruim echter, of zij zijn, synoniem met het Fransch - Belgische „possessions attenants à une habitation”, onafscheidelijk verbonden aan het begrip woning. Een door schuttingen of rasters omgeven stuk heide of bouwland nu is noch eene buitenplaats, noch een lust- of bouw- hof. De limitatieve opsomming der gronden in de artikelen 12*a* en 13*b* omvat dus niet alle door muren, schuttingen, rasters of grachten geheel afgesloten terreinen; voor een deel genieten deze niet van het voorrecht dezer twee artikelen. Men voere hier niet tegen aan, dat in de praktijk in de overgrootste meerderheid der gevallen de op de aangegeven wijze geheel afgesloten gronden

tevens zullen zijn buitenplaatsen, lust- of bouwhoven; de mogelijkheid bestaat, dat dit niet het geval is, en daarom had de wetgever rekening moeten houden. Maar ook al neemt men aan, dat die mogelijkheid praktisch ondenkbaar is, zelfs dan had de wetgever de gewraakte opsomming, die niets zegt en die in geenerlei verband staat met het motief der vrijstelling niet moeten bezigen; hij had eenvoudig het woord „gronden” moeten gebruiken. Zooals de bepaling nu luidt is zij nooit te verdedigen.

De grootste verwarring is echter gelegen in den eisch, dat de afsluiting door muren, schuttingen, rasters of grachten — eene opsomming, die van haar kant niet alleen overbodig, maar door haar limitatief karakter ook gevaarlijk is — moet zijn eene vrediging tegen wild. Hoe THORBECKE dezen eisch in verband kon brengen met zijn uitgangspunt voor het verleenen van de vrijstelling in quaestie mag in één woord een raadsel heeten; de zeer vèrgaande vrediging tegen wild heeft toch met de al of niet mogelijkheid om toezicht te houden niets te maken. De eisch, dien THORBECKE, in zijn gedachten-gang streng doorredeneerende, aan de afsluiting van de buitenplaatsen, lust- en bouwhoven had moeten stellen, is niet, dat zij moet zijn eene vrediging tegen dieren, maar tegen menschen. Indien gronden niet dan met moeite, door braak of inklimming door derden kunnen worden betreden, is het jachtpolitiair toezicht er feitelijk zeer bezwaarlijk; of echter al of niet een haas door de afsluiting kan sluijen doet aan de mogelijkheid of onmogelijkheid van jachttoezicht absoluut niets af. Door van de eigenaren en rechthebbenden eene afsluiting tegen dieren te vorderen schoot THORBECKE zijn doel voorbij. Die eisch van afsluiting tegen loopend wild wordt evenwel een paskwil, waar artikel 13b ter sprake komt.

Slechts dan als buitenplaatsen, lust- of bouwhoven zoo van de omringende gronden zijn afgesloten, dat er *geen wild kan binnendringen*, mag de eigenaar er zonder acte *visschen*. Hier vervalt de wetgever in het beslist belachelijke, want wat ter wereld heeft de vrediging tegen wild te maken met de vergunning om zonder acte te mogen visschen. Bij een eisch van vrediging tegen menschen echter is — aangenomen het motief voor de vrijstelling van het vereischte van het bezit eener acte, dat THORBECKE leidde, — zoowel artikel 12a als 13b verdedigbaar, behoudens de bovengemaakte opmerkingen.

Laat de wijze, waarop de vrijstelling van de verplichting van het bezit eener jacht- of vischacte in de Jagtwet is uitgewerkt, alles te wenschen over, daarnaast rijst de vraag, of de reden, waarom de desbetreffende bepalingen in de wet zijn neergeschreven, door den beugel kan. Deze reden is, zooals wij boven zagen, gelegen in de overweging, dat het niet wenschelijk is, dat de ambtenaren, die belast zijn met het toezicht op de naleving van de bepalingen der Jagtwet, dat toezicht ook uitstrekken over de geheel afgesloten gronden, over die gronden, welke zij tegen den wil van den eigenaar, niet dan door braak of inklimming kunnen betreden. Slechts secundair wordt de eisch gesteld, dat de afsluiting niet alleen eene belemmering moet bieden voor het betreden door menschen, maar dat de gronden bovendien zoo van de omgeving afgesloten moeten zijn, dat het wild er niet binnen kan dringen. Tusschen de reden van de opneming der bepaling en de aan de vrediging gestelde voorwaarde bestaat geen onmiddellijk verband en THORBECKE heeft dan ook niet getracht zoo'n verband aan te wijzen. Het motief moet dus op zichzelf beschouwd worden en dan lijdt het geen twijfel, of het is onvoldoende, om de wettelijke vrijstelling in quaestie te rechtvaardigen.

Zij is in strijd met het uitgangspunt van de Jagtwet. Evenals hare voorgangsters, de jachtwetten van 1814 en 1852, en evenals het Burgerlijk Wetboek heeft de thans vigeerende wettelijke regeling van de jacht en visscherij ten doel den wild- en vischstand te beschermen, zij het ook wat het wild betreft, binnen gematigde grenzen; den vischstand en een matigen wildstand beschouwt de wetgever als een nationaal belang. Met dien ondergrond, waarop de Jagtwet is opgebouwd, is natuurlijk eene bepaling, die het vormen van vrijplaatsen voor het ten allen tijde dooden en vangen van wild en visch mogelijk maakt en als het ware stilzwijgend in de hand werkt, in flagranten strijd. Dit nu *zou* de beteekenis *zijn* van artikel 12*a*, indien THORBECKE daartegen geen remedium had gevonden in den eisch, dat de geheele afsluiting moet zijn eene vrediging tegen wild. Dit *is* het geval met de in geheel afgesloten buitenplaatsen, lust- en bouwhoven gelegen vischwatersen, omdat daar een correctief als bovenbedoeld niet aanwezig is. Toch zou eene uitzonderingsbepaling op uitsluitend Thorbeckiaanschen grondslag niet alleen om het feit, dat zij in strijd is met het doel van de wettelijke regeling van het jachtrecht, mogen worden veroordeeld, indien hogere belangen in het spel kwamen. Ook dit is hier echter niet het geval. Het recht om op de volstrektste wijze over den eigendom te beschikken is reeds aan zulke belangrijke beperkingen onderworpen, de grondeigenaren moeten reeds in zoovele gevallen een ingrijpen van het publiek gezag op hun grond dulden, dat het waarlijk niet aangaat, om nu juist bij het jachttoezicht te zeggen, tot hier en niet verder.

Zooals de bepaling van artikel 12*a* — anders is het met artikel 13*b* — nu luidt komt zij niet in strijd met het doel van de Jagtwet; daarvoor waakt het bovenbedoelde, aan het uitgangspunt der bepaling vreemde

correctief. Maar daarvan is dan ook het gevolg, dat dat correctief eigenlijk tot het zwaartepunt der bepaling wordt verheven en dat het oorspronkelijke motief geheel op den achtergrond geraakt. Door dien op den voorgrond getreden eisch van vrediging tegen wild is de bepaling — al heeft de wetgever daaraan niet gedacht en zich allerminst daardoor laten leiden — in harmonie met de algemeene rechtsbeginselen. Dat de wetgever daaraan niet heeft gedacht, moet vooral verwondering wekken, daar de bij amendement voorgestelde artikelen 13*b*, 19 lid 3 en 27 lid 4 juist aan dat motief hun ontstaan danken. De eenige verklaring, die daarvoor is te vinden, is deze, dat de wetgever wel heeft gedacht aan vischteelt en vischcultuur, maar niet aan cultiveering van den wildstand op afgesloten gronden, in zgn. wildparken; de wetgever dacht slechts aan vrediging *tegen*-, niet *voor* wild. Hieraan is het dan ook te wijten, dat niet evenals betreffende gevredigde vischwaters, ook omtrent gevredigde gronden uitgewerkte bepalingen in de Jagtwet voorkomen. Toch mag de beteekenis van dit gemis niet te hoog aangerekend worden, zooals scherp uitkomt, indien men zich een helder beeld vormt van den rechtstoestand van dieren op gevredigde gronden.

In mijn voor eenige maanden verschenen „Jachtrecht” (blz. 240) teekende ik dien rechtstoestand aldus. „Door de vrediging van een terrein, zoodat de zich daarin bevindende dieren niet kunnen uitbreken, verliezen deze hunne natuurlijke bewegingsvrijheid en daarmee de hoedanigheid van *res nullius*. Het zuiverst treedt de bijzondere positie van een gevredigd terrein aan het licht, indien wij nagaan de ten aanzien van de zich daarin bevindende dieren gepleegde delicten. Eene daad van toe-eigening, door een daartoe niet gerechtigde ten aanzien van de in een gevredigd terrein zich bevindende dieren

gepleegd, vormt toch geen jachtdelict, aangezien deze alleen kunnen gepleegd worden ten aanzien van jachtobjecten, van *res nullius*, maar diefstal of poging tot diefstal". Ook de Nederlandsche jurisprudentie stelde zich, telkens als zij geroepen werd, om uitspraak te doen over deze of soortgelijke quaesties, op dit standpunt. In haar vonnis van 10 Februari 1904 *W. v. h. R.* 8079, overwoog de rechtbank te Zutphen, dat „herten en reeën, die zich bevinden in een geheel zoodanig omheind park, dat zij daaruit . . . niet kunnen ontsnappen, niet zijn *wild* maar het eigendom van den eigenaar van het park". Deze zelfde gedachte lag ook ten grondslag aan de vonnissen van de rechtbank te Zutphen van 20 December 1905 *W. v. h. R.* 8387 en te 's-Hertogenbosch van 30 September 1902 *P. v. J.* 1902 no. 195, waarbij werd overwogen, dat visschen in een vijver, die met geen ander water in verbinding staat, althans niet met zoo'n water dat de visschen daaruit kunnen ontsnappen, de eigenschap van *res nullius* missen en het eigendom zijn van den eigenaar van den vijver.

De eigenaar van een gevredigd terrein is tevens eigenaar van de dieren, die zich op dien grond bevinden en niet uit de vrediging kunnen ontsnappen, evenals de eigenaar van een geheel afgesloten water eigenaar is van de zich daarin bevindende visschen. Ten opzichte van die dieren kan daarom van jacht- of vischhandelingen slechts in feitelijkten, niet in juridischen zin sprake zijn. Daaruit volgt, dat artikel 13*b*, voor zoover betreft het visschen in afgesloten vischwateren, en het derde lid van artikel 19 — anders is het, zooals later zal blijken, gesteld met artikel 27 lid 4 — volkomen overbodig zijn; zij hebben geen constitutief, maar slechts een zuiver declaratoir karakter.

Ditzelfde kan evenwel niet gezegd worden, althans niet

in zoo'n algemeenen zin, van artikel 12*a*. Zooals wij boven zagen heeft deze bepaling een deel der tegen wild gevredigde gronden op het oog. Ten aanzien van deze gronden echter heeft de bepaling geen volstrekt declaratoir karakter. Indien de bepaling toch niet bestond, zou voor het schieten van vliegend wild — ten aanzien waarvan de gronden dus niet gevredigd zijn — wel degelijk eene jachtacte of buitengewone machtiging noodig zijn; hier toch heeft men te maken met jachthandelingen niet alleen in feitelyken, maar ook in juridischen zin.

Uit het feit, dat de eigenaar van de in artikel 12*a* uitdrukkelijk genoemde en van alle andere tegen wild gevredigde gronden tevens is eigenaar van de dieren, die niet uit zijne gronden kunnen ontsnappen, volgt, dat hij de hand op die dieren mag leggen zonder in het bezit te zijn van jachtbescheiden, zonder ook, al moge THORBECKE bij de beraadslagingen het tegendeel hebben verkondigd en al moge die opvatting toen ook onweersproken zijn gebleven, gebonden te zijn aan de schoontijden of aan eenige andere bepaling der Jagtwet. Hij verricht geene occupatie-handeling, maar maakt eenvoudig gebruik van zijn eigendomsrecht en als zoodanig mag hij ten allen tijde en met alle middelen de dieren vangen of dooden. Niet krachtens een speciaal voorschrift in de Jagtwet; ook niet door analogische toepassing van artikel 19 derde lid en van de door het amendement-STRENS in artikel 13*b* aangebrachte woorden, maar krachtens den algemeenen rechtsregel: *res nullius cedit primum occupanti* is de eigenaar van een gevredigd jachtveld ten aanzien van de dieren, die niet door de afsluiting kunnen heenbreken even vrij als de eigenaar van een geheel afgesloten vischwater het is met betrekking tot de daarin levende visschen.

Daarnaast is het echter eene groote vraag, of hij de geschoten of gevangen dieren ook mag vervoeren.

Het vervoer van- en de handel in wild is geregeld in artikel 27 der Jagtwet, eene regeling, die het noodzakelijk complement is van het vestigen van schoontijden voor het wild. Was de jacht het geheele jaar door open, het vervoer van- en de handel in hare objecten zou evenzeer kunnen vrijgelaten worden. Als algemeenen regel stelt het artikel in zijn eerste lid voorop, dat wild in gesloten jachttijd niet mag vervoerd of verhandeld worden. De wet houdt echter rekening met de wenschelijkheid, om wild, dat in de laatste dagen van den open jachttijd is geschoten, te vervoeren en van de hand te doen. Daarom wordt — de Jagtwet munt hier weer uit door eene slechte redactie — het vervoeren en verhandelen van wild nog gedurende 14 dagen na sluiting der jacht toegestaan.

De jaarlijksche vaststelling der schoontijden of juistere van de tijden, waarin de jacht open zal zijn, is met het oog op het verschil der locale toestanden overgelaten aan de Gedeputeerde Staten; in de onderscheidene provinciën wijken de schoontijden daardoor niet onbelangrijk van elkander af. Met deze omstandigheid houdt het derde lid van artikel 27 rekening door het vervoer van wild uit eene provincie, waar de jacht nog open is, naar eene andere, waar zij reeds is gesloten, te doen dekken door eene verklaring van oorsprong, af te geven door den burgemeester van de gemeente, waar de afzender woont of het wild geschoten is.

Daar ten slotte de schoontijden naast de zorg voor de landbouwbelangen in engeren zin alleen ten doel hebben de instandhouding en cultiveering van den inheemschen wildstand, staat niets aan in- of doorvoer van uit het buitenland afkomstig wild gedurende den schoontijd in den weg, mits ook hier de noodige waarborgen tegen wetsontduiking worden getroffen. Het vijfde lid van

artikel 27 staat dezen in- en doorvoer dan ook ten allen tijde toe, maar eischt daarbij dekking door een buitenlandsch of transitopaspoort.

Over vervoer van wild, afkomstig uit gevredigde gronden in het algemeen, spreekt de Jagtwet niet en evenmin over vervoer van wild, dat geschoten is in geheel afgesloten buitenplaatsen, lust- of bouwhoven. Het ontbreken der desbetreffende bepaling lag dan ook — uit het voorafgaande betoog volgt het ten duidelijkste — geheel in den gedachtengang van den wetgever. Waar de opvatting van THORBECKE was, dat de eigenaren van de in artikel 12a genoemde gronden slechts in zoover eene bevoorrechte positie zouden genieten, dat zij er zonder jachtbescheiden mogen jagen, maar dan ook alleen in open jachttijd, daar was voor eene bepaling omtrent vervoer in gesloten jachttijd van uit die gronden afkomstig wild natuurlijk geene ruimte. Waar de schoontijden naar het oordeel van den vader der wet op deze gronden toepasselijk zouden zijn, ook op de dieren, welke door de algeheele afsluiting reeds voorwerp van eigendom geworden waren, daar kon van eene speciale vervoerbepaling geen sprake zijn.

Om deze reden kan ook van eene dekking van het vervoer van dat wild in gesloten jachttijd door eene verklaring van oorsprong, bij analogie van het vierde lid van artikel 27 afgegeven door den burgemeester der gemeente, waar het dier geschoten is of waar de vervoerder woont, geen sprake zijn; de letter, de geest en de geschiedenis der wet verzetten zich daartegen. Eene desniettemin door den betrokken burgemeester bij analogie afgegeven verklaring zou blijken een stuk van eene geheel andere kracht te zijn dan de verklaring van het vierde lid van artikel 27. Wat toch is de beteekenis van dit voorschrift? Niets meer of minder dan dat door de daar

bedoelde dekking het lastige bewijs overbodig gemaakt wordt, dat hoewel visch in gesloten vischtijd vervoerd is, toch dat vervoer niet strafbaar is, omdat de visch, afkomstig uit geheel afgesloten vischwaters, reeds vóór de vangst voorwerp van eigendom was. Om dit bij uitstek lastige bewijs te omgaan, bepaalt het artikel, dat, als visch in gesloten vischtijd vervoerd wordt, vergezeld van eene verklaring van oorsprong, eene strafvervolging wegens overtreding van het eerste lid van artikel 27 uitgesloten is. Alleen kan de quaestie opgeworpen worden, of de visch en de verklaring bij elkaar behooren. Of echter het publiek gezag bij het afgeven der verklaring is misleid geworden of zich vergist heeft en eene niet met de waarheid strookende verklaring heeft afgegeven, staat buiten de competentie van de rechterlijke macht. Anders staat de zaak evenwel, indien bij analogie eene verklaring van oorsprong zou zijn afgegeven tot dekking van vervoer van wild uit wildparken in gesloten jachttijd. Indien — ook al stond het vast, dat wild en verklaring bij elkaar behooren — het Openbaar Ministerie uit andere omstandigheden het gegrond vermoeden putte, dat het wild afkomstig is uit niet geheel afgesloten gronden, zou eene strafactie ingesteld kunnen worden en zou, indien het vermoeden waarheid bleek te zijn, eene veroordeeling moeten volgen.

Gedekt wordt het vervoer van wild uit wildparken in gesloten jachttijd door eene bij analogie afgegeven verklaring van oorsprong daarom allerminst en het vereischt dan ook geen nader betoog, dat, bij eene uit de algemeene rechtsbeginselen voortvloeiende bijzondere positie van de eigenaren der gevredigde gronden ten opzichte van het jachtrecht, het ontbreken van eene bijzondere bepaling betreffende het vervoer van dieren, die door de vrediging van de gronden, waarop zij zich bevinden, het karakter

van wild hebben verloren, als eene onverdedigbare leemte moet worden beschouwd.

Bij het tot stand komen der nieuwe jachtwet zal de wetgever ongetwijfeld de materie der gevredigde gronden scherp onder oogen moeten zien. Uit het voorafgaande betoog mag worden afgeleid, in welke richting de oplossing dezer quaestie moet worden gezocht: de wettelijke regeling van de jacht is in hare algemeenheid niet van toepassing op de dieren, die, doordat zij zich in een gevredigd terrein bevinden, hunne natuurlijke bewegingsvrijheid hebben verloren; voor de dieren evenwel, die, ondanks de afsluiting, hun oorspronkelijk karakter van wild behouden hebben, gelden de bepalingen der jachtwet met volle kracht. Daarmede kan de nieuwe jachtwet evenwel niet volstaan; eene bijzondere bepaling is noodig met betrekking tot het vervoer van de dieren, die vallen in de algemeene wettelijke omschrijving van wild en die slechts door den uitzonderingstoestand van de vrediging hun karakter van *res nullius* hebben verloren. Zoo'n bepaling is onmisbaar, ten einde misbruiken en strafvervolgingen te voorkomen; in eene door het bevoegde gezag, op voorbeeld van het thans vigeerende vierde lid van artikel 27 afgegevene verklaring van oorsprong moet de vervoerder zijne *passe-file* vinden.

's-Gravenhage, Juli 1909.

Over Nederlandsche rechtstaal.

I.

In eene studie over het Nederlandsche Wetboek van Strafrecht heeft de onvermoeide Zuid-Nederlandsche strijder voor zuivere Nederlandsche rechtstaal JULIUS OBRIE reeds gewezen op de hooge taalkundige waarde van dat toenmaals (1886) nieuwe wetboek. Hij noemde het de aandacht overwaard van hen, die belang stellen in onze rechtstaal, zoowel om de sierlijkheid en den eenvoud van zijn stijl als om de juistheid der gebezigde uitdrukkingen. Het spreekt van zelf, voegde hij daaraan toe, dat deze voortreffelijke eigenschappen niet alleen hem, die geroepen is het wetboek te verklaren of toe te passen, zeer van dienst zullen zijn, maar dat zij ook uitnemend geschikt zijn om den leek of niet-rechtsgeleerde in staat te stellen, zijne bedoeling en zijn geest te begrijpen. Dit resultaat heeft men grootendeels te danken aan het feit dat de hoogleeraar DE VRIES, op verzoek der Regeering, het Ontwerp woord voor woord uit taalkundig oogpunt heeft nagegaan. Het strafwetboek, zegt niet zonder reden de heer OBRIE, draagt dan ook de bewijzen in zich om niet alleen van de scheppende, maar tevens ook van de verjongende kracht onzer schoone moedertaal. Als voorbeeld noemt hij het oudtijds zeer gebruikelijke, maar thans niet meer gebezigde woord *afdreiging*, dat op voorstel van DE VRIES, in de beteekenis van *chantage*, in Art. 318 op passende wijze in de plaats van het minder juiste *afzetterij* werd gesteld. De opmerking van OBRIE is volkomen juist.

Is nu de taal van het Wetboek van Strafrecht ongetwijfeld een verbetering te noemen, toch is het in mijn oog onbetwistbaar dat onze Nederlandsche rechtstaal in 't algemeen nog zeer veel te wenschen overlaat. En dit geldt wel in de eerste plaats van de rechtstaal van Nederlandsch of Vlaamsch sprekend België, een taal voor wier verbetering en zuivering vooral OBRIE zich groote verdiensten heeft verworven. Maar ook de rechtstaal van Noord-Nederland, zoowel de officieele van de wetboeken, als de min of meer officieuse van rechters en advocaten, van praktijzens en dagbladverslaggevers en dergelijke personen, is nog verre verwijderd van het ideaal, dat misschien reeds onzen HUGO DE GROOT heeft voorgeweefd, een zoo zuiver en zoo eenvoudig mogelijke taal van het recht, vrij van onnoodige bastaardwoorden, niet slechts voor den vakman maar ook voor den leek verstaanbaar, en dus de draagster van een recht dat zijn grondslag, de volksovertuiging, naar waarheid teruggeeft.

Waarom de rechtstaal in België (ware het slechts een hervormd Zuid-Nederland geworden) zooveel te wenschen overlaat, is zeer goed geschiedkundig te verklaren, en wij willen dit aan de hand van meergemelden JULIUS OBRIE even nagaan.

De invloed van het Fransch is altijd veel te groot geweest. Aan de hoogeschole werd de rechtspleging en wat daartoe behoort niet in het Nederlandsch maar in het Fransch onderwezen. De taal der wetgeving was tot voor korten tijd uitsluitend Fransch. Er bestonden bijna geene in het Nederlandsch geschreven werken over rechtsgeleerdheid, geen uitgebreid werk over het burgerlijk recht of over de burgerlijke rechtspleging, en de omvangrijke en goede werken daarover, in Noord-Nederland verschenen, bleven in België bijna volkomen onbekend. In de openbare boekerijen vond men (het is merkwaardig dit te

vermelden) niet de werken van DIEPHUIS en OPZOOMER, van BONEVAL FAURE en de PINTO, evenmin als bekende rechtsgeleerde tijdschriften zooals *Themis* of *Weekblad van het Recht*. Wat te denken trouwens van een land waarvan nog in het jaar 1880 vermeld kon worden dat op de Boekerij der Gentsche Hoogeschool geen enkel Nederlandsch tijdschrift, behalve *De Navorscher*, aanwezig was?

Tot in de eerste helft van de vijftiende eeuw waren taal en stijl van het recht, ook in België, niet zoo verbasterd, dit blijkt uit den oorspronkelijken tekst der oud-Nederlandsche landrechten en keuren, alsmede uit de gewijsden en vonnissen. Eerst onder de regeering der hertogen van Bourgondië raakte de taal van de wetten en van het gerecht in verval; OBRIE laat hier duidelijk doorschemeren hoe de invloed der Fransche taal een middel was om de volksregeering in Vlaanderen te stuiten en te fnuiken.

Ook in het volgende tijdvak werd het niet beter, en de verbastering drong evenzeer in de Noordelijke als in de Zuidelijke Nederlanden door. In 1531, zegt OBRIE, werd door Keizer Karel V aan de bestaande rechtspleging voor het Hof van Holland de nekslag toegebracht, want bij Instructie van 20 Augustus 1531 werd een nieuwe wijze van rechtspleging ingevoerd, die eigenlijk geen andere was dan de in Fransch-Bourgondië gevolgde stijl van procederen. Tot in 1811, toen de Fransche wetgeving in Noord-Nederland werd ingevoerd, heeft deze Instructie kracht van wet blijven behouden. Daarbij kwam nog iets anders. De werken der groote rechtsgeleerden werden meestal niet in het Nederlandsch, maar in het Latijn geschreven, en dit geldt zoowel van DE GROOT als van BIJNKERSHOEK, van VOETIUS, VAN LEEUWEN, en zoovele anderen. Het Latijn werd algemeen beoefend, de landstaal

verwaarloosd. Tot op zekere hoogte slechts maakte HUGO DE GROOT hierop een uitzondering, want aan wien is het onbekend dat juist zijn hoofdwerk in vreemde taal geschreven is? Wel heeft hij in de voorrede zijner bekende Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid vortreffelijke wenken gegeven om onnoodige vreemde termen door vaderlandsche te vervangen, wel heeft hij daartoe zelf de hand aan den ploeg geslagen — maar het misbruik was reeds te diep ingeworteld, en kon door de hervorming van één man, hoe uitnemend ook, niet worden gekeerd. En ook na de tijden van den grooten HUGO werd het niet veel beter. Dit is duidelijk te zien uit een verhoog over de ongerijmdheid der rechtsgeleerdheid en praktijk, in 1777 van de hand van Mr. WILLEM SCHORER, president van den raad van VLAANDEREN, verschenen. Hij wijst er op dat er geen joodsche synagoge is die haalt bij de taal, gesproken wanneer men op de rollen komt, en geeselt het dat de alleronverstaanbaarste kunsttermen, die de sprekers zelfs ter nauwernood verstaan, daar met veel arrogantie worden uitgebromd. Het schijnt onnoodig van dit alles voorbeelden te geven, ze zijn bij OBRIE in overvloed te vinden. Men kreeg zodoende allengs een uit Latijn, Fransch, Nederlandsch, enzoo voort samengestelde en voor het publiek onbegrijpelijke wana- of wartaal.

Na de groote Omwenteling kwam de tijd van Napoleon, en daarmee is de toestand, zoowel in de Zuidelijke als in de Noordelijke Nederlanden, niet veel beter geworden. Er ontstond, ook in de rechtstaal, ook in de wetboeken, een dualisme, een tweeheid van taal, die het zuivere Nederlandsch ten zeerste in den weg stond. De opschriften der titels en hoofdstukken van het Wetboek Napoleon waren meestal dubbel; zoo spreekt men daar van: *disso-lutie* of ontbinding des huwelijks, van *confusie* of schuld-

vermenging, van *prescriptie* of verjaring, enz. terwijl het er ook overigens wemelt van bastaardwoorden, zooals: *interruptie* en *interrumpeeren*, *prescriptie*, *donateurs*, *donatrice*, *descendenten*, *legitimeeren*, en dgl. — Wie zou overigens, tot onze schande, durven beweren dat al deze bastaardwoorden en termen heden ten dage in onbruik geraken, en door zuivere en goede Nederlandsche zijn vervangen?

De vertaling der Fransche wetboeken in het Nederlandsch, na de inlijving van het Koninkrijk Holland, bracht ook al niet veel verbetering, hetzij omdat men daarbij met overhaasting te werk ging, hetzij wegens andere oorzaken. Het is bekend dat onze Bilderdijk ook daarbij een rol heeft gespeeld. In een zijner brieven aan TYDEMAN, gedateerd 15 Juli 1811, gaat hij op zijn gewone wijze te keer tegen het nieuwe wetboek, dat zijn vriend, althans volgens hem, prijst en ophemelt, terwijl hij al het Fransche en nieuwe afkeurt. De waarheid zal wel in het midden liggen. Maar wij moeten ons tot de taal beperken, en van taalkundig standpunt is het zeker te betreuren dat BILDERDIJK, zoowel groot taalkenner als grondig rechtsgeleerde, geen oorspronkelijken arbeid heeft kunnen leveren, die wellicht de grondslag had kunnen worden van een nieuwe in zuivere taal vervatte rechtspleging, waaraan zooveel behoefte bestond; dit alles echter onder voorbehoud dat hij zich had kunnen vereenigen met allerlei nieuwe denkbeelden en beginselen, in zulk een wetgeving en rechtspleging neergelegd.

Ook na BILDERDIJK's tijd is het met de rechtstaal van Noord, en vooral van Zuidelijk Nederland, voortdurend haspelen geweest. Tijdens de vereeniging der beide Nederlanden is er vele jaren lang beraadslaagd over een nieuwe wetgeving, reeds voorgeschreven door de grondwet van 1815. Deze zou een nieuw Burgerlijk Wetboek, een Wet-

boek van Koophandel, van Burgerlijke Rechtsvordering, en van Strafvordering omvatten, en hare invoering was juist voor het begin van het jaar 1831 bepaald, toen in 1830 de omwenteling uitbrak, en daarmede de geheele hervorming, als met één tooverslag, verviel.

Met de staatkundige scheiding tusschen Nederland en België is ook de kloof van taal verwijd; in het Zuiden won de Vlaamsche beweging slechts langzaam veld, en hoewel door de taal en letterkundige Kongressen, en door het optreden van kundige mannen zooals JULIUS OBRIE, DE HOON en anderen, ook voor eenheid van rechtstaal in Zuid en Noord een en ander duurzaam is tot stand gebracht, het ware dwaasheid te beweren, dat hier reeds het laatste woord is gesproken. Integendeel. Wij mogen niet rusten voordat het einddoel: eenheid van rechtstaal, van zuivere en duidelijke Nederlandsche rechtstaal, in alle Nederlandsch sprekende landen, ten volle is bereikt. Wat België aangaat, behoeven wij slechts te verwijzen naar verschillende redevoeringen en verhandelingen van JULIUS OBRIE, die niet ophoudt het rechtsgeleerde kaf van het koren te schiften, en wiens waarschuwend stem niet genoeg kan worden aangehoord.

Terecht heeft hij er, op het Amsterdamsche Kongres van 1887, op gewezen dat het streven naar taalzuiverheid en de vertaalwoede in België juist dikwijls ongewenschte en verkeerde gevolgen heeft gehad. Ook spaarde hij zijne kritiek niet aan de vertaling der Belgische wetboeken door LEDEGANCK, den verdienstelijken dichter en rechtsgeleerde, wiens arbeid hij waardeert en toejuicht, maar juist daarom ook naar zijn beste krachten tracht aan te vullen en te verbeteren. Hiervan nog enkele staaltjes.

Wanneer LEDEGANCK voor: *jugement contradictoire* in plaats van: *vonnis op tegenspraak*, het woord *wederspraak*

in 't leven roept, weerklinkt bij OBRIE een helder protest. Evenzeer berispt hij het wanneer LEDEGANCK *exception* door *uitneming* vertaalt, een veel te woordelijke vertolking, zooals trouwens het letterlijk vertalen de groote fout is, dagelijks door onze Zuid-Nederlandsche stamverwanten gemaakt. Aardig wordt deze wijze van doen door den geleerden jurist OBRIE gehegeld. Wanneer — zegt hij ergens — bij ons de behoefte ontstaat tot het scheppen van een nieuw woord, dan vragen wij ons niet af welk denkbeeld wij willen uitdrukken. Tot het wezen der zaak dringen wij niet door; in plaats van ons het aan te duiden begrip zoo goed mogelijk voor den geest te roepen, ontleden wij het Fransche woord in zijne onderscheiden bestanddeelen. Wij knippen het eerst aan stukken, en daarna brengen wij ieder stuk afzonderlijk, desnoods met behulp van een Grieksch of Latijnsch woordenboek, in onze taal over. Vervolgens worden die verschillende stukken, zoo goed of zoo kwaad als het gaat, aaneengenaaid, en zoo wordt een nieuw woord, of liever een nieuw taalmonstertje, de wereld ingezonden. — Is het te verwonderen dat de nuchtere Noord-Nederlander glimlacht, als hij zulk een taal leest, of hoort voordragen? Maar met lachen zijn wij niet geholpen. Nogmaals, wij moeten streven naar eenheid van rechtstaal, een levensbehoefte ook voor den groei en bloei van onze rijke en volschoone Nederlandsche taal, zoowel ten Noorden als ten Zuiden der Schelde. Kan die eenheid, dit voeg ik er in één adem bij, tevens worden uitgestrekt tot Zuid-Afrika, dan ware voor de toekomst onzer taal nog veel meer tot stand gebracht. Zóó ver strekt het streven van Mr. JULIUS OBRIE zich, naar het schijnt, niet uit, en het is zeer de vraag of zulk een doelwit niet te ver, en te wijd, gesteld is, ook met het oog op het vaak zeer afwijkende Zuid-Afrikaansche recht. Maar dit

terloops (1). Dat Nederland en België, alvast door het recht en de rechtstaal, meer en meer tot één kan versmelten, is een feit dat door niemand, die de beweging volgt, meer met grond kan worden tegengesproken. In hoeverre dit samen zou kunnen gaan met eene algeheele hervorming van het recht, in vaderlandschen en oud-Germaanschen zin, is een andere, veel diepzinniger vraag, die zeker niet binnen de enge ruimte van dit tijdschrift-artikel grondig genoeg kan worden besproken.

Het goede voorbeeld van den rusteloozen en bekwamen rechtsgeleerde JULIUS OBRIE wordt allengs in België ook door anderen nagevolgd. Op het Brusselsche Kongres van 1906, dus drie jaar geleden, heeft eene belangrijke gedachtenwisseling over onze rechtstaal plaats gehad, schriftelijk ingeleid door den Luikschen hoogleeraar PAUL BELLEFROID, die verhinderd was de vergadering zelve bij te wonen.

De tijd is voorbij, zegt BELLEFROID, dat de meening wordt voorgestaan alsof het Nederlandsch geen geschikte rechtstaal zoude zijn. Dank zij het optreden van advocaten, die ook in burgerlijke zaken voor hoven en rechtbanken het geding voeren in het Nederlandsch, dank zij verscheidene Nederlandsche rechtswerken, o. a. het *Rechtskundig Tijdschrift*, die in den laatsten tijd in België het licht zagen, werd het bestaan eener duidelijke, keurige en volledige Nederlandsche rechtstaal onmiskenbaar. Een der hoofdargumenten der Franschgezinden is thans de bodem ingeslagen; 't is een overwinning, roept BELLE-

(1) Men denke, bij voorbeeld, aan de Dictata van Prof. VAN DER KEESSEL, een handschrift dat in de Leidsche Universiteitsboekerij berust, en waarvan indertijd een afschrift naar Kaapstad is verzonden. Volgens een bericht, vroeger in de pers verschenen, zou er van die Dictata ook eene vertaling uitgegeven worden. Maar dit geheele vraagstuk is te omvangrijk om hier nader te behandelen.

FROID uit, die wij gaarne vaststellen en op het actief brengen der wetenschappelijke Vlaamsche beweging.

Verder wijst de hoogleeraar op de toenadering tot de Nederlandsche rechtstaal der Noorderbroeders, die bij de jonge Vlaamsche rechtsgeleerden valt te bespeuren. De eenheid van taal, zoo gaat hij voort, sluit echter niet uit dat in Vlaamsch-België een zeker aantal rechtstermen voorkomen, die in 't Noorden minder bekend zijn, en omgekeerd. Het is onvermijdelijk, beweert hij, dat de wetgevingen van beide staten mettertijd al meer en meer zullen uiteenloopen. Ik voor mij zie dit nog niet in. Ik voor mij ben juist een tegenovergesteld streven toegedaan. Als voorbeeld wijst de Luiksche rechtsgeleerde op de Belgische drieledige verdeling van *misdrifven* (*strafbare feiten*) in: *misdaden*, *wanbedrijven* en *overtredingen*, die thans in de Hollandsche wetgeving niet meer bestaat. Is dit voorbeeld gelukkig gekozen? Zouden niet alleen de rechtstermen, maar daarmee ook de rechtsinstellingen zelf van Zuid en Noord méér tot elkaar kunnen naderen? Is het noodig, is het natuurlijk, dat de scheiding steeds grooter worde? Is die laatste stelling juist, dan is de eenheid van rechtstaal eigenlijk slechts een onjuist begrip, een holle klank, want taal en inhoud van recht en wet en rechtspleging is nooit ofte nimmer streng van elkander te scheiden.

De Noord-Nederlandsche rechtsgeleerden, beweert BELLE-FROID, zijn, vooral in de praktijk, van een onmatig gebruik van bastaardwoorden niet vrij te pleiten. Ik zou die bewering niet durven tegenspreken, want reeds sedert jaren erger ik mij aan veel taalverbastering en wartaal, zoo op staatsrechtelijk als op strafwettelijk en ander gebied. Vooral in de praktijk, onze Zuiderbroeder heeft volkomen gelijk, laat de zuiverheid van Nederlandsch vaak zeer veel te wenschen over. De oorzaak moet, volgens hem,

worden gezocht in de geschiedkundige ontwikkeling der rechtstaal in Holland, ook in de macht der gewoonte. Dit alles is niet onjuist. Hij behoorde er evenwel bij te voegen onze gebrekkige en nog veel te formalistische rechtsgeleerde opleiding. Ook andere invloeden zijn hierbij aan het werk geweest. Maar hoe dit alles ook te verklaren zij, dat de rechtstaal van Noord-Nederland, taalkundig gesproken, zeer veel loutering noodig heeft, staat bij mij althans vast. Zij is nog vol van vreemde begrippen en vreemde termen en bastaardwoorden, die met eenigen goeden wil door zuiver Nederlandsche kunnen worden vervangen. Tal van voorbeelden zouden hier kunnen worden gegeven, maar ik wensch mij ten zeerste te beperken. Men zou kunnen uitgaan van de klachten, reeds door OPZOOMER geuit, Onze achterlijkheid enz. (Amst. 1873), blz. 72, en ook de rechtstaal en rechts-termen stelselmatig dienen te behandelen. Wat te denken b.v. van een studie, getiteld: Iets over appellabiliteit bij objectieve cumulatie van vorderingen (*Themis* 1895), waarvan de titel alleen reeds drie bastaardwoorden bevat? Tegen die bastaardwoorden moet, ook in de rechtstaal, een strijd worden aangebonden. Maar het geheele vraagstuk is zeer omvangrijk, en daar het hier een kwestie van geven en nemen geldt — geheel en al gezuiverd worden kan de vaktaal nooit — uitermate moeielijk. Door A. HEEMSKERK is er reeds in eene studie (*Themis* 1893) op gewezen dat er op rechtsgebied veel is, dat door vertaling der namen in het Vlaamsch of in het Nederlandsch minder duidelijk zou worden. Voor *hypotheek* heeft de wetgever het goed Nederlandsche *onderzetting* niet in gebruik kunnen brengen. *Uiterste wil* wordt door het publiek weinig gebezigd, wel: *testament*, enz. enz. En dit zijn maar enkele voorbeelden uit honderden, die te geven zijn.

Volgens BELLEFROID is, in dit opzicht, de toestand in België beter, omdat de Nederlandsche rechtstaal daar opnieuw wordt ingevoerd. Zeer duidelijk is deze uitlating niet, en ik voor mij zie niet in waarom in België eer dan in Holland een zuiver vaderlandsche rechtstaal zou kunnen worden geschapen, vooral wanneer men het feit in aanmerking neemt dat het taalgevoel in het Zuiden veel minder juist en zuiver ontwikkeld is dan in het Noorden, een gebrek aan ontwikkeling dat zeker ook bij de rechtsgeleerden, die Vlaamsch, of liever Nederlandsch, leerden spreken, nog in hooge mate bestaan zal. Zijn mannen als OBRIE en DE HOON en wijlen VAN RIJSWIJCK, die zuiver Nederlandsch spreken en schrijven, dan niet altijd nog een uitzondering in het Zuiden? Of is de toestand plotseling veranderd? Ik althans vermag dit nog niet in te zien.

Gaan wij thans enkele voorbeelden na, door den Luikschen hoogleeraar gegeven. Wanneer het Nederlandsche wetboek (dus zijn zijne woorden), bij huwelijksvoorwaarden, spreekt over het beding van *ameublissement*, dan verkieze men *roerendmaking* in tegenstelling met de *onroerendmaking* (*immobilisatie*). Voor *advocaat-procureur* hoor ik liever: *advocaat-pleitbezorger*, in afwachting dat het pleitbezorgersambt bij de rechtbank worde afgeschaft. *Verzekering* verkiez ik boven *assurantie*, *zeeschade* boven *averij*, *verzekerbrief* boven *polis*, *aanneming* van een wisselbrief boven *acceptatie*, *schorsing van betaling* boven *surseance*, *herstelling* in eer en rechten boven *rehabilitatie*. Echter drijf ik de zucht naar taalzuivering niet zoo ver dat ik den steen werpe naar hem die *gendarm* zegt en niet *rijkswachter*, *provincie* en niet *gouw*, *protest*, *procesverbaal*, *griffie*, *parket*, *procureur*, enz. Zulke woorden immers zijn doorgedrongen tot in de volkstaal, en worden door iedereen verstaan.

Tot zoover de Belgische geleerde. In hetgeen hij aanhaalt schuilt zeer veel waarheid. Wanneer de bovenaangehaalde bastaardwoorden, en vele andere, door goed Nederlandsche konden worden vervangen, en als 't ware verdrongen, niemand zou daarover luider juichen dan ik. Evenals de geneeskundige vaktaal, krioelt en wemelt ook de rechtskundige van honderden en duizenden indringers, die wel is waar niet zonder groote inspanning en voorzichtigheid, maar dan toch best zouden kunnen worden geweerd. Reeds vroeger heb ik op het woord *arbitrage* gewezen, thans in Den Haag en elders algemeen in omloop, maar dat toch zeer goed door een zuiver Nederlandschen term kan worden omschreven. Dit voorbeeld is één uit vele. In beginsel ben ik het dus volkomen met BELLEFROID eens, en hoop dat men ten onzent ook deze soort van taalzuivering spoedig ter hand moge nemen. Het Leidsche Woordenboek der Nederlandsche Taal zou, wanneer men wilde, hier tot gids kunnen verstrekken.

Zeer terecht zegt BELLEFROID, en hierin sta ik geheel aan zijne zijde, dat de wetten worden gemaakt voor het volk, dat ze moet naleven, en dat zij bijgevolg zoo verstaanbaar mogelijk dienen te zijn, niet alleen voor den beperkten kring der rechtsgeleerden, maar voor iedereen. Ik wil die stelling nog uitbreiden. De wetten gaan uit van het volk, zij moeten niet alleen worden gemaakt voor, maar ook door het volk, dat in hoogsten aanleg soeverein, of heerscher is. Maar niet iedereen is die meening toegedaan. Toch juich ik het zeer toe dat onze Vlaamsche stamverwant en taalbroeder, zij het in de meest gematigde termen, een soortgelijke meening schijnt te huldigen.

Verouderde termen, zegt hij zeer juist, die buiten omloop zijn geraakt, of nieuwbakken woorden, die pijnlijk aaneengesmeed worden, zijn allerminst geschikt om

te worden opgenomen in de levende rechtstaal. De paar voorbeelden, die hij verder aanhaalt, wil ik den lezer niet onthouden. Voor het Fransche *homicide* of het Nederlandsche *levensberooving*, *dooding* (waarom niet gesproken van *moord* en *manslag*, of zijn hem die woorden onbekend? Ik durf het niet te denken) wenscht hij niet in de plaats gesteld te zien het woord *ontlijving*, ofschoon dit etymologisch juist is. In een nieuwe bewerking van het Belgisch Burgelijk Wetboek wenscht hij, evenals zijn voorganger OBRIE, ook het leelijke en hardklinkende woord *elkheelheid*, dat bij LEDEGANCK voorkomt, voorgoed te zien verbannen, en hoopt dat het zuiver Nederlandsche *hoofdelijkheid*, dat nu toch reeds gansch Noord-Nederland door zijn vaste beteekenis heeft, daarin eene plaats zal vinden.

Voorbeelden evenwel zijn nooit genoeg. Men behoort op te klimmen tot de bron zelve van het kwaad. En die wordt, mijns inziens, niet alleen door OBRIE maar ook door BELLEFROID met juistheid aangegeven. In de Stellingen, achter zijne inleiding afgedrukt, zegt hij met het volste recht, en ik kan niet anders dan zijne woorden zonder wijziging overnemen: Het groote gebrek der Zuid-Nederlanders ten opzichte der rechtstaal ligt bij de rechtsgeleerden, magistraten, advokaten, notarissen, en ook bij de wetgevers, die de wetten in het Fransch bespreken en opmaken. De meesten hunner kennen de Nederlandsche rechtstaal niet, of liever, zij kennen de Nederlandsche taal zelve niet behoorlijk. Dat is het gevolg van het verfranscht onderwijs in de colleges en hoogeschoolen en van het nog onvoldoend Nederlandsch onderwijs in de atheneums. 't Is het gevolg ook van de verfransching onzer burgerlijke rechtbanken, en van ons gansche rechtswezen. Daar zit de wortel van het kwaad en gemakkelijk uit te roeien is hij niet. — Waar zóó

door de Belgen zelf gesproken wordt, hebben wij daaraan niets toe te voegen. Niet alleen de gebreken liggen open en duidelijk vóór ieders oog, maar ook de eenige weg ter verbetering. Een algeheel ophouden van den Franschen invloed. Een verbeterd en hervormd grondig Nederlandsch onderwijs. Ziedaar wat de toekomst in België brengen moet.

De gedachtenwisseling over de Nederlandsche rechtstaal, te Brussel naar aanleiding van de toelichting van den hoogleeraar BELLEFROID ontstaan, heeft nog een staart gehad, om 't zoo uit te drukken, die onze volle aandacht waard is. Het betrof n.l. de rechtstaal van het notariaat.

Door den advokaat DESWARTE van Brussel werden een aantal voorbeelden gegeven, ten bewijze dat het Vlaamsch, of Nederlandsch, in het notariaat van België een zeer betreurenswaardigen toestand vertoont. Natuurlijk kan ik te dezer plaatse die voorbeelden niet alle herhalen, maar moet ik verwijzen naar de later uitgegeven Handelingen van het Brusselsche Kongres. Wie ze leest zal het met mij eens wezen dat zij tegelijkertijd treurig en lachwekkend zijn, droevige staaltjes van taalverval in het verfranschte en niet alleen taalkundig ontaarde België. Of wat anders te zeggen van woorden en taalwendingen als de volgende: *Na gedane voorlezing dezer akte aan den comparant heeft hij verklaard niet te kunnen of te weten schrijven nog naamteekenen*; als de onbegrijpelijke woorden *wanof* en *danof*, waarvan een zeker notaris een groot liefhebber is, en die hij gebruikt in de volgende wending: *om door hem danof gebruik te maken* — enzoovoort, te veel om te herhalen? Op honderd notarissen, zoo beweerde de spreker, ontmoet men ternauwernood twee die op behoorlijke wijze Nederlandsch schrijven. Meer sterk sprekende feiten werden aangehaald, en ten slotte de wensch uitgesproken dat de studenten in het notariaat

een grondig examen zullen afleggen in de Nederlandsche taal, alvorens een getuigschrift te verkrijgen dat voor het Vlaamsche land geldig is. In hoeverre aan dezen wensch reeds is voldaan, is mij op het oogenblik niet bekend.

Genoeg hierover. Ten slotte wil ik de aandacht vestigen op de wenschelijkheid eener Vlaamsche, of liever Nederlandsche, rechtsfaculteit, zooals die nog kort geleden bepleit is door den advokaat **LODEWIJK DOSFEL**, in het Verslag over de vervlaamsching der hoogeschool van Gent, in 1909 te Gent als uitgave van het Algemeen Nederlandsch Verbond verschenen.

Dit geheele verslag is zeer lezenswaard. Vooreerst wat het burgerlijk recht aangaat, wijst onze schrijver er op, dat de rechtspleging voor de meeste colleges bijna uitsluitend, voor het hof van verbreking of cassatie (burgerlijke kamer) uitsluitend in het Fransch geschiedt, dat die toestand de rechten der Vlamingen krenkt en een hinderpaal is voor het goede rechtsbeleid zelf. De waarborgen, die voor beide partijen gelijk moeten zijn, bestaan voor de van het Fransch onkundige burgers slechts op het papier, niet in de werkelijkheid. De dagvaarding om te verschijnen is bijna altijd in het Fransch. Wat de pleitbezorgers ter zitting doen heeft gewoonlijk in die zelfde taal plaats. De vonnissen worden in verreweg de meeste gevallen in het Fransch uitgesproken. Bij de uitvoering der vonnissen gebruiken de deurwaarders veelal de taal, waarin die vonnissen zijn opgesteld. Het bevelschrift, het herhaald bevelschrift om te betalen, het proces-verbaal van inbeslagneming zijn dan ook meestal al weer in het Fransch vervat. Ditzelfde geldt van echtscheidingszaken, van onteigeningen ten openbaren nutte, van verbetering van akten van den burgerlijken staat, van faillissementen en accoorden tot voorkoming van faillissement, maar

evenzeer van kiesaangelegenheden, van militiezaken, enzoovoort. De lijst zou te lang worden, wilden wij onzen Zuid-Nederlandschen rechtsgeleerde op den voet volgen. De slotsom van zijn betoog is dan ook deze: dat in Vlaanderen het Nederlandsch de gewone taal der burgerlijke rechtspleging dient te worden, en dat dit alleen gebeuren kan door de oprichting eener Nederlandsche rechtsfaculteit.

Ten tweede, wat de strafrechtspleging betreft, is de toestand vrij wel hetzelfde, en wordt tengevolge daarvan ook dezelfde wensch bepleit. Het taalgebruik, wat dit gedeelte van het recht aangaat, is bij velerlei wetten, van 1873, 1889, 1898 en 1908 geregeld. Het is waar dat een zekere gelijkstelling der twee talen door die wetten is bereikt, maar in de praktijk schijnt dit nog altijd veel te wenschen over te laten. Wel is waar zijn er aan de vier Belgische hoogeschoolen Nederlandsche leergangen in het strafrecht en in de strafvordering ingericht, maar het is zeer de vraag of daarmede reeds genoeg is bereikt. De algemeene vervlaamsching, wij zeggen het den schrijver na, zoude nuttig zijn tot loutering der taal, en opdat minder advokaten, dan tot nu toe het geval is, de vrijheid zouden benuttigen, die zij met instemming van hun client genieten, om in het Fransch te pleiten. Een Nederlandsche rechtsfaculteit, allereerst te Gent, zoude natuurlijk ook op de militaire strafrechtspleging van België gunstigen invloed kunnen uitoefenen.

Ook over het notariaat en de notarieele rechtstaal bevat het verslag van den heer DOSFEL behartigingswaarde bijzonderheden en wenken, die zich volkomen aansluiten bij hetgeen reeds hierboven is medegedeeld. Het goed opstellen van overeenkomsten van partijen, zegt DOSFEL terecht, is iets dat voor den vrede, voor het recht belangrijk is. Om de magistraten, advokaten, notarissen heen, in de rechterlijke wereld leeft er nog gansch een leger

van bedienden, griffiers, hulpgriffiers, klerken ter griffie, parketbedienden, deurwaarders, zaakwaarnemers, en dergelijken. Ook zij ondergaan wat de gedachten, de opvattingen, de taal betreft, den invloed van magistraten, advokaten en notarissen. Ook hun beroepsleven is meestal geheel verfranscht en zal vervlaamschen, wanneer zij die den toon aangeven voor het taalgebruik Vlamingen zullen zijn.

De oprichting eener Nederlandsche rechtsfaculteit ten slotte, zal zonder twijfel den bloei der Nederlandsche rechtstaal en rechtsliteratuur in Vlaamsch-België verzekeren. Op het gebied van het recht in de Nederlandsche taal wordt in België nog schier alles gemist: zoowel algemeen wetenschappelijke leerboeken als verzamelingen van formules, zoowel geleerde standaardwerken als volksboekjes, en toch bestaat daaraan voor den ontwikkelden werkman, den landbouwer, den bouwmeester, den aannemer, den koopman enz. de grootste behoefte. Aansluiting dus bij Noord-Nederland, roept de schrijver met geestdrift uit. De geheele wereld heeft de taal en den inhoud van de Nederlandsche wetboeken van strafrecht en van strafvordering bewonderd, en naast de lijn der taalverbasteraars liep altijd de zuivere lijn, getrokken door hen, die hunne taal beminden en ze zuiver van vreemde smetten hielden: JAN DE MIERSEM, JAN VAN DE WERVE, MARNIX, KILIAEN, COORNHERT, SPIEGHEL en vooral GROTIUS. Twijfelt men nog aan het bestaan eener goede en schoone Nederlandsche rechtstaal? Hoor dan liever de getuigenis over de boven vermelde wetboeken van den Franschen advokaat-generaal CHEVRIER in 1884 uitgesproken, of van den Italiaan BRUSA te Turijn, vroeger hoogleeraar te Amsterdam, die het nieuwe Strafwetboek van Nederland de gelukkigste en volledigste uitdrukking der hedendaagsche wetenschap heeft genoemd. Tegenover zulke uitlatingen, en die van PICARD, die

onze rechtstaal op schitterende wijze heeft verdedigd, moet de stem der eenzijdige verdedigers van het Fransch verstommen.

Dit alles en nog veel meer (want over het geheele vraagstuk ware een boekdeel te schrijven) moet ons allen, beminnaars en beoefenaars van het Nederlandsche recht en de vaderlandsche rechtstaal, er toe brengen om schouder aan schouder met Mr. JULIUS OBRIE en zoovele anderen te strijden voor herstel van onrecht in België, en voor het bevorderen onzer zuivere en rijke taal van het recht. Kon hij in 1889, in ditzelfde tijdschrift, nog schrijven dat er ondanks een vijftigjarigen strijd voor het herstel der taalgrieven in het Vlaamsche land op het gebied der rechtsbedeeling een toestand heerschte, waarvan men bij geen ander volk ter wereld de wedergade zal vinden — thans is, zoowel door de zoogenaamde gelijkheidswet DE VRIENDT-COREMANS als door het optreden en voortdurend strijden van geleerde en andere Vlamingen de steen aan het rollen gebracht, en onze Vlaamsche broeders, daar ben ik zeker van, zullen niet rusten voordat de volle zege is behaald. Ook onze rechtstaal in het Noorden heeft daarbij de grootste belangen. Haar bloei hangt ten nauwste samen met een volledige aaneensluiting van het rechtsgeleerde Noord en Zuid.

H. C. MULLER.

Repressief of preventief stelsel in later huwelijk?

Bekend is dat de constitutie van de Romeinsche Keizers LEO en ANTHEMIUS van het jaar 469 (lex 6 Cod. de Sec. Nupt. V. 9) ten voorbeeld strekte aan de verschillende rechtsregelingen, die met het oog op de financiëele belangen der voorkinderen beperkende bepalingen bevatten ten aanzien van bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot uit het vermogen van den hertrouwde. Deze wet verbood den hertrouwden echtgenoot om *door schenking* of *bij testament* den nieuwen echtgenoot boven zekere mate te bevoordeelen, ingeval voorkinderen aanwezig waren. Voor zoover is na te gaan stuitte men bij de toepassing dier wet niet op bijzondere moeilijkheden. Geheel anders onder de latere wetgevingen, vooral waar zooals bij ons ook de bevoordeeling *door huwelijksgemeenschap* werd tegengegaan. De navolging der Romeinsche regeling, doch vooral de toepassing dier regeling op de Germaansch-rechtelijke huwelijksgemeenschap leidde voor de wetenschap tot een leerstuk berucht om zijne ingewikkeldheid en stelde de praktijk voor haast onoverkomelijke moeilijkheden. Zeker is dit het geval ten aanzien van de artikelen 235—240 en 949 B. W.

Prof. HAMAKER komt de eer toe het eerst te hebben in het licht gesteld, dat men zich de werking der artt. 235 en volg. B. W. denken kan *repressief* of *preventief* en volkomen terecht merkt de hooggeleerde schrijver op dat alvorens tot eene bespreking van de vele kwesties naar aanleiding dier wetsbepalingen met vrucht kan worden overgegaan, men allereerst dient uit te maken

of aan onze wet een repressief dan wel preventief stelsel ten grondslag ligt (1). Volkomen terecht. Immers geen gering deel der gerezen moeilijkheden is te wijten aan onvastheid van systeem. Bij de bespreking van sommige controversen denkt men zich onze wetsbepalingen van preventieve strekking, bij andere weer schijnt men van een repressief stelsel uit te gaan.

Het is dus onvermijdelijk eene keuze te doen. Vroeger werd, voor zoover mij bekend, de vraag niet principiëel besproken; over het algemeen pasten onze schrijvers en rechtspraak het preventieve stelsel toe al bleef men daaraan niet steeds getrouw. Na het betoog van Prof. HAMAKER, die met kracht het repressieve stelsel voorstaat, schijnt kentering te zijn ingetreden. Mr. SCHOUTEN verdedigt uitvoerig het repressieve stelsel (2). Men heeft beweerd dat het arrest van den Hoogen Raad van 13 Mei 1907 eveneens het repressieve stelsel toepast (3). Prof. HOUWING dit aannemende, noemt de z.i. thans dan door den H. R. gevolgde leer „historisch de meest juiste, praktisch de meest eenvoudige en in resultaat de meest redelijke” (4).

Elders heb ik de opvatting verdedigd, dat uit het voormelde arrest niet is op te maken, dat ons hoogste rechtscollege zich tot een voorstander van het repressieve stelsel heeft verklaard (5). Het deed mij genoegen, dit te kunnen doen, daar bestudeering van beide stelsels mij tot de meening bracht, dat onze wetsbepalingen zich het meest bij het *preventieve* stelsel aansluiten. Ik hoop geen on-

(1) *Weekblad voor Privaatrecht* enz. no. 1337, en vooral no. 1767

(2) «Het beginsel der lex hac edictali in het Burgerlijk Wetboek» Acad. Proefschr. Utrecht 1902.

(3) Mr. HAMAKER: *Weekbl. voor Privaatr.* enz. no. 1971. Mr. HOUWING in no. 1959.

(4) T. a. p.

(5) *Weekbl. voor Privaatr.* enz. Nos. 2037 en volg.

dienstig werk te doen door hier deze meening te motiveeren, temeer waar in de overigens zoo uitnemende artikelen van Mr. C. O. SEGERS in dit tijdschrift jaargangen 1900 en 1901 de vraag niet is behandeld.

„Wanneer men meent dat het vermogensrecht in tweede of verder huwelijk eene bijzondere voorziening in het belang der voorkinderen vereischt in de door de *lex hac edictali* aangegeven richting kan men op tweeërlei wijze te werk gaan.

Men kan vooreerst alle tusschen de echtgenooten in het leven geroepen vermogensrechtelijke verhoudingen *hare normale werking* doen toekomen, doch bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot aan de voorkinderen een actie geven waardoor zij voor zich kunnen vorderen een gedeelte der bevoordeeling, door die vermogensrechtelijke verhoudingen aan den nieuwen echtgenoot opgekomen ten koste van den hertrouwde. Op deze wijze gaat men *repressief* te werk, zoodat men daarbij van het *repressieve stelsel* kan spreken.

Er is een tweede weg, die men kan volgen om den hertrouwden echtgenoot te beletten de belangen van den nieuwen echtgenoot al te zeer te stellen boven de belangen der voorkinderen. Men kan de werking der vermogensrechtelijke verhoudingen tusschen de echtgenooten *wijzigen*, wanneer zij te veel van het vermogen van den hertrouwden echtgenoot in dat van den nieuwe zouden overbrengen, aan die verhoudingen voor het geheel of voor een gedeelte *die kracht ontnemen*. Men kan dit doen in dien vorm, dat men den nieuwen echtgenoot het recht ontzegt, hem verbiedt meer dan een bepaald voordeel uit die verhoudingen te trekken. Hier grijpt men dus preventief in: doordat men het vermogen van den hertrouwden echtgenoot behoedt tegen al te groote vrijgevigheid ten opzichte

van den nieuwen echtgenoot zijn vanzelf de belangen der voorkinderen beschermd. Dit stelsel kan men dien-tengevolge het *preventieve stelsel* noemen".

Zóó meende ik beide stelsels in het kort tegenover elkáár te kunnen stellen (1). Thans volge nadere beschouwing.

Huwelijksgemeenschap, schenking, testamentaire making zijn de voornaamste kanalen, waardoor den nieuwen echtgenoot vermogen van den hertrouwen echtgenoot kan toevloeien. Het *repressieve* stelsel wil geen wijziging brengen in aard of gevolgen dier verhoudingen. Bij het overlijden van den parens binubus wordt nagegaan of tengevolge dier verhoudingen den nieuwen echtgenoot voordeel is toegekomen boven de door de wet gestelde maat en zoo ja, dan kent men den voorkinderen eene actie toe om dat meerdere voordeel voor zich te vorderen. Eene soortgelijke actie dus als men aan de legitimarissen geeft tot inkorting van uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen. Zoo maakt men ook de huwelijksgemeenschap in tweede of volgend huwelijk tot eene huwelijksgemeenschap in niets onderscheiden van die in eerste huwelijk. Er bestaat gelijkheid ten aanzien van de goederen en schulden, die er deel van uitmaken, gelijkheid ten aanzien van het beheer, *gelijkheid bovenal ten aanzien van ieders rechten na de ontbinding*. Wanneer echter bij het overlijden van den hertrouwen echtgenoot blijkt, dat door de gemeenschap de nieuwe echtgenoot bovenmatig bevoorreed werd, dan wordt „een recht der kinderen tot repressie geboren" en geeft men hun eene actie tot inkorting. (art. 236 al. 2 B. W.) (2).

Wanneer men vraagt of aan dit stelsel bijzondere ken-

(1) *Weekbl. voor Privaatr.* enz. No. 2041 blz. 62.

(2) cf. HAMAKER t. a. p. No. 1335 blz. 382, SCHOUTEN t. a. p. blz. 35.

merken eigen zijn, dan kan vooreerst gewezen worden op het eigenaardige recht tot inkorting. Men geeft aan de kinderen de *bevoegdheid* repressie uit te oefenen; zolang zij er geen gebruik van maken zal de nieuwe echtgenoot *met volkomen recht* aanspraak hebben op het geheele voordeel dat de aangeduide verhoudingen hem deden toevloeien (1).

Eene conseqwente toepassing van het repressieve stelsel brengt verder mede alleen den voorkinderen een recht tot inkorting te verleenen, niet ook aan de kinderen uit het latere huwelijk. De voorkinderen en niet de andere behoeven in deze bescherming. Ten aanzien van de kinderen uit het latere huwelijk is dit huwelijk waaraan zij hun ontstaan danken in niets onderscheiden van een eerste huwelijk. Hetgeen zij in de nalatenschap van den eenen ouder mochten missen zullen zij hoogst waarschijnlijk aantreffen in de nalatenschap van den ander. Zijn daarentegen de voorkinderen tengevolge van een nieuw huwelijk, aangegaan dus na hun geboorte, teleurgesteld in hunne verwachting op de nalatenschap van hun ouder, dan is voor hen geen herstel mogelijk, *zij* erven niet uit de nalatenschap van den nieuwen echtgenoot. *Hen* voor mogelijk financieel nadeel te behoeden is daarom uitsluitend doel van elke regeling gebaseerd op de *lex hac edictali*. Maar waarom zou men dan de kinderen uit het latere huwelijk een recht tot repressie geven?

Eene logische opvatting van dat stelsel vordert tevens hetgeen de voorkinderen mogen terugvorderen aan hen ook werkelijk ten goede te doen komen. Men zal hen daartoe op het teruggevorderde recht moeten geven

(1) Dat deze rechtsconstructie niet onaangevochten is ontgaat mij geenszins. In elk geval het repressieve stelsel bezigt ze. Vgl. ook hierna blz. 528.

zonder eenig verband tot de nalatenschap van den hertrouwen echtgenoot. Of zoo men het teruggevorderde wel als deel van de nalatenschap wil beschouwen, zooals zulks gewoonlijk ook geschiedt bij hetgeen de legitimarissen inkorten, dan zal men toch de *voorkinderen* daarop *uitsluitend recht* moeten toekennen. Het is in strijd met het repressieve stelsel het teruggevorderde tot de nalatenschap te brengen zóó dat het daarvan een gewoon bestanddeel uitmaakt, waarop dientengevolge niet alleen de voorkinderen maar ook andere gerechtigden tot de nalatenschap als mede erfgenamen, legatarissen, schuldeischers aanspraak kunnen doen gelden. Want op die wijze zou men geven òf den voorkinderen te weinig òf hun genoeg, maar dan zou men noodeloos te veel aan den nieuwen echtgenoot onttrekken.

Resumeerende meen ik als kenmerkende eigenschappen van het *repressieve* stelsel te kunnen stellen: *toekening van een actie tot inkorting; aan de voorkinderen; en aan hen uitsluitend ten goede komende.*

Het *preventieve* stelsel vertoont geheel andere werking. Men verbiedt den nieuwen echtgenoot meer dan een zeker voordeel te genieten door huwelijksgemeenschap, door schenking, door uiterste wilsbeschikking. Men ontnemt aan die verhoudingen rechtskracht om meer vermogen van den hertrouwen echtgenoot in dat van den nieuwe over te brengen. Zoo zal de huwelijksgemeenschap in tweede huwelijk over het algemeen wel gelijk zijn aan die in eerste huwelijk, doch voor de bepaling van ieders recht op het gemeenschapsvermogen bij de ontbinding openbaart zich verschil. Het recht van den nieuwen echtgenoot bij de ontbinding wordt besnoeid zoodanig dat hij niet meer voordeel geniet dan de wet toestaat.

Ook dit stelsel ontkomt zijne conseqwenties niet. Al

is het belang der *voorkinderen* doel der regeling, toch *wijzig*t men reeds de verhoudingen *tusschen de echtgenooten* en den wil der voorkinderen daarop invloed te geven zou ongepast zijn. Vandaar dat hier geen plaats is voor de eigenaardige actie der voorkinderen.

Voorts voor zoovèr de aangeduide verhoudingen rechtskracht missen om vermogen van den hertrouwd en echtgenoot in handen van den nieuwe te doen overgaan, voor zóóver ook zal dat vermogen van den hertrouwd en echtgenoot intact blijven en aanstonds of later deel uitmaken van zijn nalatenschap. Dat vermogen is in niets onderscheiden van zijn overig vermogen; zijne schuldeischers zullen er verhaal op hebben. Als gewoon bestanddeel van zijn nalatenschap zullen er van profiteeren niet alleen de voorkinderen, doch ook de overige kinderen, ook andere erfgenamen of legatarissen.

Wat blijkt dus bij nadere beschouwing van het *preventieve* stelsel? *Dat juist de kenmerkende eigenschappen van het repressieve stelsel hier geheel gemist worden* (1).

(1) Met het bovenstaande hoop ik de tegenstelling waarom het hier gaat te hebben uiteengezet. Of de benamingen van repressief en preventief systeem daarvoor geheel passend zijn mag betwijfeld worden. Zeker niet wanneer men ze opvat in den zin zooals Mr. SCHOUTEN dit doet op blz. 32 en 33 van zijn uitnemend proefschrift. Volgens schrijver komt de repressieve werking daarin uit, dat eerst *ex post facto* wordt beslist of de gestelde beperking is overschreden en zoo ja, het middel verschaft daartegen op te komen in tegenstelling met de preventieve werking, die bij elke daad van bevoordeeling aanstonds zou moeten doen constateeren of de geoorloofde grenzen ook waren overschreden om, is dit het geval, daarvan terstond redres toe te staan. Maar als schrijver direct erkent dat dit laatste in den grond eigenlijk onmogelijk is, dan mag worden gevraagd of daarover alleen de strijd dan wel gaat.

Men zou dan integendeel al dadelijk kunnen vooropstellen, dat zoodanige *repressieve* werking ten aanzien van de bevoordeelingen

Om na te gaan het stelsel onzer wetsbepalingen betrekkelijk later huwelijk is de aangewezen weg op te sporen welke werking de wetsbepalingen vertoonen en of daarin de eigenschappen van het eene dan wel van het andere stelsel zich openbaren. Men moet daarbij gelijkelijk aandacht wijden aan de artt. 949 en 237 B.W. als aan art. 236 B.W.

Vooreerst dan art. 949 B.W. Dit artikel verbiedt den hertrouwd en echtgenoot aan den nieuwen echtgenoot bij uitersten wil meer te geven dan het minste wettig kindsdeel met maximum van een vierde zijner nalatenschap. Het heeft een plaats gevonden in de afdeeling handelende „van de bekwaamheid om bij uitersten wil te beschikken of daarvan voordeel te genieten”. Uit art. 945 B.W. bepalende dat de bekwaamheid van den *erflater om te beschikken* wordt beoordeeld naar zijn staat bij het maken van den uitersten wil volgt dat art. 949 inhoudt niet een geval van onbekwaamheid des erflaters om te beschikken, doch van *onbekwaamheid van den ingestelden erfgenaam of legataris om te genieten*. Immers het ontmoet geen tegenspraak dat het al of niet aanwezig zijn van voorkinderen op het oogenblik van het overlijden van

ter zake des doods (bij testament of bij huwelijksvoorwaarden) «in den grond eigenlijk onmogelijk is».

Verder dit dat tengevolge van den maatstaf, dien de wet gebruikt ter beoordeeling van de geldigheid der schenkingen (bij huwelijksche voorwaarden door den parens binubus aan den stiefouder) het zonder eenigen twijfel is dat *niet* bij de daad zelf kan worden geconstateerd of de geoorloofde grenzen ook zijn overschreden en *niet* daarvan terstond redres kan worden toegestaan.

Ten aanzien van de huwelijksgemeenschap alleen zou dan grond bestaan voor twijfel. Maar ik herhaal, daarover uitsluitend gaat de strijd niet. Waarover dan wel hoop ik, ook naar de bedoeling der voorstanders van het repressief systeem, hierboven te hebben aangeduid.

den erflater beslissend is voor de al of niet toepasselijkheid van art. 949. Juister ware het daarom indien de wet bepaalde, dat de nieuwe echtgenoot uit den uitersten wil van den hertrouwen echtgenoot bij aanwezigheid van voorkinderen niet meer mag genieten dan het zoo juist aangeduide gedeelte. Moge het voorbeeld van art. 1098 C. N. op deze minder juiste terminologie al niet zonder invloed zijn geweest, vast staat dat ook de woordenkeus der artt. 947, 948, 950 en 953 in deze niet onberispelijk is. Aan de bewoordingen van art. 949 zal daarom geen argument kunnen worden ontleend tegen de opvatting dat dit artikel inhoudt een geval van onbekwaamheid om te genieten. Wie het tegendeel mocht beweren zou èn de plaatsing van het artikel miskennen èn art. 958 B. W. als onmisbaar complement ook van art. 949 moeten derven.

Uit deze praemisse volgt dat art. 949 van *preventieven* aard is, geen *repressief* karakter heeft. Wie onbekwaam is om te genieten verkrijgt niet, *de uiterste wil mist in zooverre rechtskracht*. Voor het intreden van dit rechtsgevolg is irrelevant het instellen van een actie door de voorkinderen; ieder belanghebbende bij de nalatenschap zal inachtneming van art. 949 kunnen eischen en daarop zijn recht doen steunen (1).

Uitgangspunt van deze redeneering is de plaatsing van art. 949, door de verdedigers van het repressieve stelsel onbesproken gelaten. Alleen Mr. SCHOUTEN (t. a. p. blz. 93) wijst er met een enkel woord op: „De plaatsing is wellicht minder gelukkig gekozen in eene Afdeeling, welke handelt van de bekwaamheid om bij uiterste wil te beschikken en daaruit te genieten. Toch mag men zich daardoor niet op een dwaalspoor laten brengen en

(1) Vgl. hiervoor pag. 513.

wijst veeleer alles er op dat ook hier aansluiting bij het stelsel van den Code bedoeld is (1).

Mag hier van eene minder gelukkige plaatsing gesproken worden? In den C. C. komt de bepaling overeenstemmende met art. 949 niet voor in de afdeeling „De la capacité de disposer ou de recevoir par Donation entre vifs ou par Testament” (art. 901 en volg. C. C.) Men vindt ze (art. 1098 C.C.) in de afdeeling „Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage”. Verwantschap met de bepalingen der artt. 901 en volg. wordt daar dan ook niet gezocht. Algemeen aanvaarden de Fransche schrijvers de beschouwing dat het beschikbaar vermogen van den hertrouwden echtgenoot bijzonder wordt beperkt of m. a. w. dat aan de kinderen van den hertrouwden echtgenoot eene *bijzondere legitieme portie* ten opzichte van den nieuwen echtgenoot wordt toegekend (2).

Door de gewijzigde plaatsing moet men zich afvragen of niet op andere wijze aanpassing aan het erfrechtsysteem is gezocht. De wet verklaart sommige personen onbekwaam om voordeel te genieten of boven eene zekere maat voordeel te genieten uit den uitersten wil van een bepaalden erflater (art. 948 en volg. B. W.) En niet alleen uit uitersten wil doch ook door schenkingen (art. 1718 B. W.). Altijd staat de onbekwame in een bijzondere verhouding tot den erflater. In art. 948 is de onbekwame de echtgenoot des erflaters, in art. 951 is

(1) Op blz. 97 erkent schrijver uitdrukkelijk, dat hier niet van onbekwaamheid kan worden gesproken.

(2) Zie de systematisering bij Zachariä (Crome) dl. 4, blz. 335 j° 352 cf PLANIOL dl. 3 no. 1409 en 1414 BAUDRY LACANTINERIE (Courtois et Surville) dl. XV no. 1454 «Il s'agit, en effet, dans notre hypothèse, d'une véritable action en réduction. Elle ne leur appartient qu'en leur qualité d'héritiers réservataires». Vgl. verder de aldaar aangehaalde rechtspraak en schrijvers.

het zijn voogd, in art. 951 zijn leermeester, gouverneur of gouvernante, in art. 953 zijn geneesheer enz., in art. 955 zijne erkende natuurlijke kinderen. Zal in sommige gevallen de reden voor de onbekwaamverklaring wel gezocht moeten worden in het tegengaan van met de openbare orde strijdige verhouding (artt. 948, 956), in andere gevallen is de wetgever meer bevreesd dat juist van de bijzondere betrekking tot den erflater misbruik zal worden gemaakt om hem te bewegen tot eene bevoordeeling, die onder normale omstandigheden niet zou zijn geschied (artt. 951, 955). Gewoonlijk beschermt de wet in laatstgenoemde gevallen allen, die krachtens de wet of eene normale uiterste wilsbeschikking recht op zijne nalatenschap kunnen doen gelden. Anders echter, bij de bepaling van art. 955 B. W. Daar worden onbekwaam verklaard de erkende natuurlijke kinderen van den erflater. Doch alleen indien de erflater ook wettige kinderen nalaat. De erkende natuurlijke kinderen mogen dan door uiterste wilsbeschikking of door schenking niet meer van hun ouder genieten dan hun ab intestato erfdeel in zijne nalatenschap bedraagt. Men gaat de vrijgevigheid van den erflater tegen ten opzichte van bepaalde personen om hunne bijzondere verhouding tot den erflater en zulks in het belang van sommigen zijner afkomelingen. Hier vertoont zich verrassende analogie met het onderwerp dat mij bezighoudt. Ook ten opzichte van den nieuwen echtgenoot beperkt de wet de vrijgevigheid van den erflater en wel in het belang zijner voorkinderen. Erkent iemand natuurlijke kinderen en heeft hij ook wettige kinderen dan acht de wet ingrijpen noodzakelijk; evenzeer indien hij hertrouwt terwijl er voorkinderen aanwezig zijn. In beide gevallen voorts wordt de vrijgevigheid *beperkt tot een zeker gedeelte der nalatenschap.*

Als men dit in het oog houdt, mag den wetgever zeker niet eene verkeerde plaatsing van art. 949 worden verweten en is men gerechtigd uit die plaatsing de gevolgtrekkingen te maken die daaruit te maken zijn. Waarom zou men hier ook aan een bijzondere legitieme portie denken? Het wettelijk erfdeel beschermt sommige bloedverwanten tegen vrijgevigheid des erflaters *in het algemeen*, voor hen wordt een zeker erfrecht gereserveerd. *Wie* de erflater heeft bevoordeeld of zou willen bevoordeelen blijft daarbij buiten beschouwing. Vreest men daarentegen de vrijgevigheid des erflaters *ten opzichte van bepaalde personen*, dan maakt men die personen onbekwaam om te genieten. Wil men daarvan afwijken en bij de regeling der *lex hac edictali* aan een bijzonder wettelijk erfdeel denken, dan zouden met evenveel recht aldus verschillende andere gevallen van onbekwaamheid kunnen worden geformuleerd. En dat al die verschillende legitieme porties tot een bron van verwarring zouden worden meen ik voor als nog te mogen aannemen (1).

Thans vereischt art. 237 B. W. nadere beschouwing. Het verbiedt den hertrouwdten echtgenoot aan den nieuwen echtgenoot bij huwelijksche voorwaarden meer voordeel te bespreken dan art. 236 toestaat.

Dit voordeel kan het gevolg zijn van eene gift hetzij „van tegenwoordige en bij de akte bepaaldelijk omschreven goederen” hetzij „van de geheele of gedeeltelijke nalaten-

(1) PLANIOL (dl. 3 no. 1401) critiqueert de regeling van den Code in zake later huwelijk o a, door er op te wijzen dat zij «*complique outre mesure les réglemens de succession par la coexistence de deux quotités disponibles, qui ne concordent pas*».

schap van den schenker" (art. 224 B.W.) (1). Laatstgenoemde gift door den hertrouwden echtgenoot aan den nieuwe gedaan komt in aard en gevolgen bijna geheel overeen met de testamentaire making van art. 949 en wat hiervoor omtrent de werking van dit artikel is opgemerkt zal ook hier gelden. De gift van „tegenwoordige en bij de akte bepaaldelijk omschreven goederen" daarentegen is in wezen een schenking. Ziet men in art. 1718 B.W. de onbekwaamheid om te genieten uit uitersten wil krachtens artt. 954, 954, 955, 956 en 958 B. W. uitgebreid tot schenkingen, een gelijke plaats neemt art. 237 ten aanzien van art. 949 in. De nieuwe echtgenoot mag niet meer dan zeker voordeel genieten uit testament, en evenmin door schenking bij huwelijksche voorwaarden. Art. 237 behelst dienaangaande een verbod en wat in strijd met dit verbod is gedaan zal rechtskracht moeten worden ontzegd. Dat men hierbij op moeilijkheden stuit is geenszins te ontkennen. Men ontnemt aan de handeling rechtskracht van hare totstandkoming af aan doch men stelt dit afhankelijk van later pas uit te maken omstandigheden. De schenking is nietig indien later blijkt dat voorkinderen nog bestaan, indien later blijkt, dat het maximum van art. 236 overschreden is. Deze constructie is zeker verre van fraai, doch de wetgever past ze in analoge gevallen ook toe en ze is moeilijk te vermijden. Ik wil hier slechts wijzen: 1o. *op art. 953 jo. art. 1718*. De nietigheid der schenking aan geneesheeren enz. is afhankelijk van de latere omstandigheid of de schenker

(1) Hierbij wordt uitgegaan van de meening, dat art. 236 toepasselijk is op *elke* huwelijksgemeenschap, hetzij dan de wettelijke of eenige andere bij huwelijksche voorwaarden bedongene. cf. Mr. SCHOUTEN t. a. p. blz. 35.

overleden is aan de ziekte tijdens welke de schenking geschiedde en eerst bij het overlijden des schenkers is uit te maken of de schenking bij uitzondering toch rechtsgeldig zal zijn in het geval van art. 953 No. 3. 2o. *op art. 955 jo. art. 1718*. Voor de al- of niet rechtsgeldigheid der schenkingen aan erkende natuurlijke kinderen is beslissend de latere omstandigheid of bij het overlijden van den schenker al of niet wettige kinderen aanwezig zijn en ook op de vraag in hoeverre die schenkingen wettig zijn is eerst antwoord te geven bij het overlijden van den schenker, daar dan eerst het ab intestato erfdeel der natuurlijke kinderen is vast te stellen, dan eerst kan worden nagegaan of het maximum overschreden is.

Met juistheid schrijft dan ook ASSER (Ned. Burg. Recht dl. 3 blz. 392) „De al of niet voortdurende geldigheid geheel of ten deele der aan een natuurlijk erkend kind gedane en door hem aangenomen schenking zal dus van den familie- en vermogenstoestand van den schenker ten tijde van diens overlijden afhangen”.

Bij den maatstaf, dien de wet de geldigheid der schenking in de artt. 955 j°. 1718 en 237 aanlegt, moeten onvermijdelijk latere omstandigheden beslissend zijn. Doch voor toepassing van art. 955 j°. 1718 is wel de aanwezigheid van wettige kinderen bij het overlijden van den schenker noodwendig maar geenszins heeft op de rechtsgeldigheid der schenking het al- of niet instellen eener actie door de wettige kinderen eenige invloed. Ook staat vast dat voor zoover de schenking nietig is, de geschonken zaken tot de nalatenschap van den schenker behoort, en daarvan gewone bestanddeelen uitmaken. Ofschoon de bepaling gemaakt is in het belang der wettige kinderen profiteeren ervan niet alleen zij doch evenzeer andere rechthebbenden op de nalatenschap. Men mag aannemen dat bij toepassing van art. 237 op schenkingen niet anders

geldt. Doch zoo beschouwd vertoont art. 237 evenzeer als art. 949 *preventief* karakter (1).

Bij art. 236 B.W. is de eigenlijke strijd over de beide stelsels ontbrand. Daar is het verschil in werking dan ook het gemakkelijkst te onderkennen en openbaren zich practisch de gewichtigste verschilpunten.

Voor de artt. 959 en 237 *preventieve* werking aannemende ligt ook deze werking bij art. 236 voor de hand; tweeërlei stelsel zal de wetgever bij deze ten nauwste tot elkaar in verband staande wetsbepalingen toch wel niet hebben verkozen (2). Doch ten slotte moet ook hier den doorslag geven of zich in de werking van art. 236 de kenmerken van het repressieve dan wel van het preventieve stelsel vertoonen.

Art. 236 al. 1 is opgesteld in *verbodsvorm*, de nieuwe echtgenoot *mag* door vermenging van goederen en schulden niet meer voordeel genieten dan daar is aangegeven. Het verband met het voorafgaande art. 235 maakt den indruk te zijn dat van uitzondering tot regel: wijziging van de normale gevolgen der huwelijksgemeenschap. Een en ander heenwijzend op het *preventieve* stelsel.

Voorts stelt art. 236 al. 2 onbetwistbaar vast, dat hetgeen aan den nieuwen echtgenoot onttrokken wordt tot de nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot behoort. Het maakt daarvan een gewoon bestanddeel uit, alle belanghebbenden bij de nalatenschap kunnen

(1) Verg. hiervoor blz. 513 en 514.

(2) Zoo prijst ook Prof. HAMAKER in *Weekbl. voor Privaatrecht* No. 1767 met een beroep op den *repressieven* aard der artt. 237 en 949 deze voor art. 236 aan.

er recht op doen gelden. Kenmerkend element van het *preventieve* stelsel (1).

Evenwel art. 236 al. 2 bepaalt ook: „De voorkinderen of derzelver afkomelingen hebben, ten tijde van het openvallen der nalatenschap van den hertrouwd en echtgenoot een regtsvordering tot inkorting of vermindering”. En ziedaar, zoo zou men geneigd zijn te zeggen, een beslissend argument voor het *repressieve* stelsel, waarbij de actie tot inkorting toekomende aan de voorkinderen als kenmerkende eigenaardigheid op den voorgrond is gesteld (1). Inderdaad is steeds aan de actie tot inkorting en art. 236 al. 2 groote waarde toegekend. Of dit terecht krachtens geschied meen ik ernstig te mogen betwijfelen. Die actie tot inkorting schijnt mij in de beteekenis, die er aan wordt toegekend, niet te handhaven tusschen onze overige bepalingen in zake later huwelijk.

Aan wie de actie tot inkorting toe te kennen? Het antwoord moet voor het *repressieve* stelsel noodwendig zijn: Alleen aan de voorkinderen, niet ook aan anderen (1). Maar dan mag het wel verwondering baren dat de voorstanders van het *repressieve* stelsel gewoonlijk tot een ander resultaat komen. Voornamelijk heb ik hier het oog op de Fransche schrijvers. Zooals hierna nog zal blijken, volgen de commentatoren op het „*Edit des secondes nocces*” (van FRANS II anno 1560) bijna unaniem het *repressieve* stelsel en bouwen ook de schrijvers over den Code Civil voort op hetgeen de oude doctrine leerde en beschouwen evenzeer het *repressieve* stelsel als het stelsel van den Code.

De commentatoren op het edict van FRANS II nu zijn eenstemmig van meening, dat niet alleen de voorkinderen doch ook de kinderen uit later huwelijk de actie kunnen

(1) Vgl pag. 513 en 514 hiervoor.

instellen (1). De auteurs over den C. C. huldigen evenzeer als de rechtspraak dezelfde opvatting (2), MARCADÉ verdedigt de tegengestelde meening doch staat vrijwel alleen (3). Hoe argumenteert men deze beslissing?

BAUDRY—LACANTINERIE (4) stellen voorop dat de tekst der wet tot geen positief resultaat leidt. Art. 1496 C.C. geeft de „action en rétranchement” aan de *voorkinderen*, art. 1527 daarentegen verklaart „sans effet” hetgeen door regeling bij huwelijkscontract meer wordt toegekend dan art. 1098 toestaat. Naar hunne meening zal dus een beroep moeten worden gedaan op de algemeene beginselen. Waar het nu hier betreft eene actie tot inkorting van hetgeen het beschikbaar gedeelte te boven gaat moet men de actie toekennen „aux héritiers réservataires”, waartoe zoowel de kinderen uit het later huwelijk als de voorkinderen behooren. Wel is de „action en rétranchement” ingesteld ten behoeve der voorkinderen, maar zij is niet uitsluitend te hunnen voordeele. Aldus voormelde schrijvers.

Deze redeneering steunt op de hierboven bestreden opvatting dat het hier eene bijzondere legitieme portie geldt. Maar aangenomen nu eens dat hier van eene bijzondere legitieme portie sprake is, dan late men ook aan het bijzondere karakter recht wedervaren bij de beslissing voor wie men het onbeschikbaar gedeelte gereserveerd moet achten en aan wie men de actie tot

(1) Zie de litteratuur aangehaald door Mr. HAMAKER in meergemeld Weekblad n^o. 1334 blz. 372, n^o. 1335 blz. 381, n^o. 1336 blz. 395 en 396.

(2) Vgl. BAUDRY—LACANTINERIE t. a. p. dl. 15 blz. 912 en de in de noot aangehaalde schrijvers. Zie voor de rechtspraak blz. 913 noot 1. Zoo ook ZACHARIA (Crome) dl. 4 blz. 356. PLANIOL dl. 3 n^o. 1412.

(3) MARCADÉ ad art. 1098 n^o. 5.

(4) T. a. p. dl. 15 blz. 912 en 913.

inkorting moet toekennen. Het *algemeen* onbeschikbaar gedeelte is voor alle afkomelingen, hun aller belangen had men daarbij op het oog; dit *bijzonder* onbeschikbaar gedeelte geve men aan de voorkinderen, in wier belang men het in het leven riep, en ook aan hen alleen kenne men de actie tot inkorting toe. Omdat het algemeen onbeschikbaar gedeelte aan alle kinderen komt en zij allen de actie tot inkorting hebben, moet daarom hetzelfde bij dit bijzondere onbeschikbaar gedeelte gelden? Wie deze vraag bevestigend wil beantwoorden zal dit nader moeten bewijzen, doch de eminente schrijvers blijven daarbij in gebreke. En m. i. zullen zij dit bewijs onmogelijk kunnen leveren. Wijst niet in geheel andere richting art. 921 C. C. bepalende dat de inkorting der giften onder de levenden slechts kan worden gevraagd door hen in wier belang de wet „la réserve”, het onbeschikbaar gedeelte instelde (1)?

DÉMOLOMBE (dl. XXIII n°. 602) motiveert op andere wijze de meening dat alle kinderen de actie tot inkorting kunnen instellen en zijne redeneering is volgens Prof. HAMAKER onweerlegbaar (2). „Si en effet les enfants du second mariage profitent du bénéfice de l'action en réduction, une fois exercée, c'est évidemment que cette

(1) Nog veel verder dwaalt men af van de beginselen, die omtrent de legitieme portie overheerschen. Men brengt het op den nieuwen echtgenoot ingekorte tot de *nalatenschap* van den hertrouwen echtgenoot, men laat daarvan dus niet alleen genieten naast de voorkinderen ook de overige kinderen, doch bovendien andere belanghebbenden bij de nalatenschap, dus ook „les légataires” zij het „universelles”, „à titre universel” of „à titre particulier”, ook verder de schuldeischers. Een regeling van legitieme portie en toch in flagranten strijd met het karakteristieke slot van art. 921 C. C. dat „les légataires ou les créanciers” verbiedt de actie tot inkorting in te stellen of *daarvan voordeel te genieten!*

(2) t. a. p. n°. 1336 blz. 396.

action elle même est dans la succession; car le bénéfice de l'action ne peut tomber dans la succession, que parce que l'action elle même y était; et si l'action est dans la succession, l'exercice, aussi bien que le bénéfice, en appartient à tous les enfants sans distinction, puis que tous les enfants ont un droit égal à toutes les valeurs héréditaires".

Inderdaad deze redeneering is zuiver. Maar zij past alleen in het preventieve stelsel niet in het door DÉMOLOMBE gehuldigde repressieve stelsel. Want met laatstgenoemd stelsel is niet overeen te brengen de alles beheerschende praemisse, dat ook de kinderen uit het tweede huwelijk van het ingekorte profiteeren en dat het ingekorte tot de nalatenschap behoort. Met dezelfde redeneering moet men ook de actie toekennen aan de „légataires universels" of à titre universel. Zij moeten wel in bezitstelling voor het hun toekomende aandeel vragen aan de legitimarissen, maar dat aandeel zal toch omvatten „toutes les valeurs héréditaires" dus ook de actie tot inkorting. Maar zoo is het duidelijk dat de geheele redeneering voert tot de beschouwing, dat het instellen der actie niet meer *conditio sine qua non* is voor het ontstaan van het recht op het ingekorte doch slechts noodig is wanneer het reeds bestaande recht op het z.g. ingekorte moet worden gehandhaafd. Beschouwing ten eenenmale vreemd aan het *repressieve* stelsel.

Wat de Nederlandsche voorstanders van het repressieve stelsel aangaat, Prof. HAMAKER wil de actie tot inkorting toekennen aan *alle* kinderen en beroept zich daarvoor op de juist besproken redeneering van DÉMOLOMBE (1).

Mr. SCHOUTEN geeft de actie tot inkorting slechts aan

(1) *Weekblad voor Privaatrecht*, enz. n^o. 1336 blz. 396.

de voorkinderen of hunne afkomelingen (1). Dezen schrijver komt de opvatting van DÉMOLOMBE onjuist voor, die zou zijn toe te schrijven aan de door DÉMOLOMBE verdedigde verwantschap met de legitieme portie. De actie behoort volgens Mr. SCHOUTEN niet tot de nalatenschap, evenmin als uit de nalatenschap wordt verkregen het recht op eene door den erfflater gesloten levensverzekering of lijfrente, bij zijn overlijden ten bate van een ander in te gaan. Het zou hier een volkomen analoog geval gelden. In overeenstemming daarmede zou art. 236 al. 2 de actie slechts toekennen aan de voorkinderen; nu hetgeen ingekort wordt aan alle kinderen ten goede komt ware het wel rationeeler geweest de actie aan alle kinderen toe te kennen, doch waar art. 236 al. 2 dit niet doet moet men die inconsequentie aanvaarden. Aldus Mr. SCHOUTEN.

Het betoog van Mr. SCHOUTEN kan mij niet overtuigen. Er wordt zeer verschillend gedacht over het verband van eene aldus gesloten levensverzekering of lijfrente tot de nalatenschap van hem, die het contract aanging. Ontkent men verband met de nalatenschap dan staat echter vast dat daartoe evenmin behoort de uitkeering als de actie om die uitkeering te verkrijgen. Zoo men daarentegen de uitkeering tot de nalatenschap brengt, dan zal men de actie om die uitkeering te verkrijgen er ook in aanwezig moeten achten. Bij art. 236 al. 2 staat de zaak geheel anders, de opbrengst der actie behoort onbetwistbaar tot de nalatenschap en de redeneering van DÉMOLOMBE dat dan ook de actie zelf tot de nalatenschap behoort, heeft Mr. SCHOUTEN niet ontzenuwd. Dat voorts deze redeneering zou steunen op de door DÉMOLOMBE verdedigde verwantschap met de legitieme

(1) t. a. p. blz. 124 en 125.

portie ontgaat mij geheel; zooals ik reeds opmerkte steunt zij m.i. op eene gewijzigde beschouwing omtrent de actie tot inkorting (1). Ook Mr. SCHOUTEN ontkomt daaraan niet, waar hij opmerkt dat het rationeeler ware geweest, nu hetgeen ingekort wordt aan alle kinderen ten goede komt, om ook de actie aan alle kinderen toe te kennen. Het ingekorte behoort volgens art. 236 al. 2 tot de nalatenschap, het komt dus niet alleen ten goede aan de kinderen; stelde de erfflater een vreemde in tot erfgenaam dan zal ook deze zijn aandeel daaruit verkrijgen. Maar moet Mr. SCHOUTEN dien vreemden dan ook niet de actie tot inkorting geven?

Om in deze tot klaarheid te geraken is het noodzakelijk zich een juiste voorstelling te maken van de z.g. actie tot inkorting. Bij de bespreking van art. 949 en 237 stelde ik reeds en voor art. 236 geldt m.i. hetzelfde: ieder rechthebbende op de nalatenschap des hertrouwdens echtgenoots kan eerbiediging dier rechtsvoorschriften vorderen (2). Hij kan dit doen door middel eener rechtsvordering zooals ieder die zich verplicht ziet zijn recht te handhaven. Maar zoo beschouwen de voorstanders van het repressieve stelsel het niet. Zij bedoelen aan de voorkinderen de *bevoegdheid* te geven repressie uit te oefenen; zoolang zij er geen gebruik van maken of m. a. w. zoolang zij de actie tot inkorting niet instellen zal de nieuwe echtgenoot met volkomen recht aanspraak hebben op het geheele voordeel dat uiterste wil, schenking of huwelijksgemeenschap hem deden toevloeien (3). Doch

(1) Vgl. blz. 526 hiervoor.

(2) Vgl. blz. 516 en 521 hiervoor.

(3) De gelijkstelling met de actie tot inkorting wegens benadeeling der legitime portie leidt van zelf tot deze beschouwing. Vgl. art. 976 B. W. bepalende dat de schenkingen en uiterste wilsbeschikkingen, welke het wettelijk erfdeel verkorten «bij het openvallen der nalaten-

deze actie kent noch art. 949 noch art. 237 en bij art. 236 is ze niet te handhaven nu het ingekorte als gewoon bestanddeel tot de nalatenschap wordt gebracht. Dat bewijzen juist de vergeefsche betoogen om de actie ook te kunnen toekennen aan de kinderen uit het later huwelijk. Men voelt dat het niet aangaat die kinderen in de opbrengst der actie te laten deelen doch uitsluitend aan de voorkinderen de bevoegdheid te geven om de actie in te stellen. Maar geldt niet hetzelfde voor de andere erfgenamen van den hertrouwd en echtgenoot? En voor zijne legatarissen en schuldeischers kan het van overwegend belang zijn of ingekort wordt en daardoor de nalatenschap vergroot wordt of niet. Maar is het dan niet bedenkelijk wellicht groote belangen hunner afhankelijk te stellen van den willekeur van hen die de actie kunnen doch niet behoeven in te stellen? Op grond van dit alles is men wel genoodzaakt de eigenaardige actie tot inkorting op te geven en keert men terug tot de actie in

schap zullen kunnen worden verminderd, doch alleen op de vordering van de legitimarissen en van deszelve erfgenamen of rechthebbenden». Men laat aan de legitimarissen de beslissing of zij den wil des erflaters zullen eerbiedigen of niet.

Zoo Prof. HAMAKER t. a. p. no. 1335. blz. 382. «Van een verbodsbepaling, die de nietigheid der handeling, geheel of gedeeltelijk, zou tengevolge hebben, is even weinig sprake als van een persoonlijke onbevoegdheid. De handeling, schenking of uiterste wilsbeschikking is juridisch volkomen geldig en heeft haar volle effect, slechts dit is waar, dat haar gevolg, onder zekere voorwaarden, door zekere in de wet aangewezen personen zal kunnen worden te niet gedaan of verminderd krachtens het hun gegeven recht van inkorting. Juridisch is de handeling volkomen in orde, slechts of zij haar economisch gevolg ten volle hebben of behouden zal is onzeker.»

Zie ook SCHOOTEN t. a. p. blz. 35 en 157. «Wordt dus bij een ontbinding door het overlijden van den hertrouwde op de beperkende bepaling geen beroep gedaan, ook dan heeft eenvoudig verdeling bij helfte plaats».

de eerstaangegeven beteekenis, die van een actie dienende tot handhaving van art. 236 al. 1.

Wat blijkt uit dit alles? Dat ook art. 236 in werking de kenmerken van het *preventieve* stelsel vertoont. Hier is geen eigenaardige bevoegdheid tot inkorting, toekomende aan de voorkinderen en aan hen uitsluitend ten goede komende. *De kenmerken van het repressieve stelsel* worden gemist.

Wanneer men beide stelsels vergelijkt om ten slotte eene keuze te doen, moet ook de practische werking gewicht in de schaal leggen.

Voor art. 236 openbaart zich groot verschil in werking wanneer de gemeenschap anders dan door het overlijden van den hertrouwen echtgenoot ontbonden wordt. Het repressieve stelsel brengt mede, dat dan de nieuwe echtgenoot op het gemeenschappelijk vermogen dezelfde rechten kan doen gelden als gold het een eerste huwelijk; eerst bij overlijden van den hertrouwen echtgenoot kan een actie der voorkinderen tegen hem ingang vinden. Er is hieraan een groot bezwaar verbonden; het kan toch zijn dat op dit later tijdstip bij den nieuwen echtgenoot het door hem te veel genoten voordeel niet meer terug te halen is. Wie weet langs welke wegen soms de vermogens bij overlijden der bezitters zijn ingeslonken om betrekkelijk geringe belastingen te besparen zal dit bezwaar niet geringschatten.

Bij aanneming van het preventieve stelsel ontkomt men deze moeilijkheid. Daarbij worden de gevolgen der huwelijksgemeenschap tusschen de echtgenooten zelf al gewijzigd ten einde te groote bevoordeeling van den den nieuwen echtgenoot te voorkomen. De nieuwe echtgenoot kan dus bij de ontbinding op niets meer aanspraak maken dan art. 236 toestaat. Doch hier vertoont zich ook een zwakke zijde van het preventieve stelsel, men is

genoodzaakt aan te nemen, dat de regeling der wet gebrekkig is. *In welke mate* het recht van den nieuwen echtgenoot wordt beperkt is toch onvoldoende aangeduid, daar art. 236 alleen het oog heeft op het geval dat de huwelijksgemeenschap door overlijden van den hertrouwdene echtgenoot wordt ontbonden. Men zal als het meest in overeenstemming met het door den wetgever aangenomen systeem in andere gevallen het voordeel voor den nieuwen echtgenoot moeten beperken tot het aandeel waartoe ieder voorkind zou zijn gerechtigd geweest in den boedel van den hertrouwdene echtgenoot indien hij bij de ontbinding der gemeenschap ware overleden (1).

Uit het voorgaande volgt dan, dat de parens binubus zich op art. 236 kan beroepen indien de gemeenschap wordt ontbonden door overlijden van den stiefouder, door echtscheiding, door scheiding van goederen of in geval door hem een nieuw huwelijk wordt aangegaan bij afwezigheid van zijn echtgenoot (art. 549). Overlijdt hij daarna terwijl nog geene verdeeling van den gemeenschapsboedel heeft plaats gehad, dan zullen zijne erfgenamen die verdeeling met inachtneming van art. 236 kunnen eischen. Maar hoe wanneer de gemeenschap ontbonden wordt door overlijden van den parens binubus? Het is opmerkelijk dat dan ook de voorstanders van het in de noot vermelde arrest weer denken aan een actie

(1) Ik kan deze kwestie hier slechts even aanstippen om te doen zien hoe men bij het preventieve stelsel tot een bevredigend geheel kan komen. Het in den tekst aangenomene is in overeenstemming met het arrest van den H. R. van 23 Maart 1849 (*W. v. h. R.* No. 1013). Ook thans nog heerscht hierover groot verschil van opinie. Dit staat vast dat de voorstanders van het arrest tevens voorstanders van het *preventieve* stelsel moeten zijn. Vgl. over de kwestie zelf o.a. Mr. SEGERS in dit tijdschrift 1901 blz. 84 en volg, waar op bevredigende wijze de meening van den H. R. wordt verdedigd.

tot inkorting toekomende alleen aan de voorkinderen. Wel sterk komt dit uit bij Mr. SEGERS t. a. p. 1901 blz. 99. Schrijver meent den wetgever te moeten prijzen, dat hij in art. 236 al. 2 uitdrukkelijk besliste wie tegen te groote bevoordeelingen van den stiefouder kan opkomen, en kent de actie dan ook alleen toe aan de voorkinderen, niet aan anderen en wil dit ook uitbreiden tot art. 237 en 949. Maar gaat zoo de consequentie niet te loor? Bij ontbinding der gemeenschap bij het leven van den parens binubus gaat men verdeelen met inachtneming van art. 236, beschouwt dus dit artikel als een uitzondering op art. 183 *zonder daarbij als conditie te stellen, instellen van een actie door den hertrouwen echtgenoot* (1). Verandert de bepaling van art. 236 nu van aard als de gemeenschap ontbonden wordt door overlijden van den hertrouwen echtgenoot? Na hetgeen ik op blz. 528 en 529 schreef, aarzel ik niet ook in dit geval art. 236 als uitzondering op art. 183 aan te nemen indien slechts voorkinderen bij de ontbinding der gemeenschap aanwezig

(1) Deed men dit laatste men zou de geheele regeling van art. 236 op losse schroeven zetten. Het mag toch niet van den hertrouwen echtgenoot afhangen of dit artikel toepassing zal vinden of niet. Mr. FENNEMA (Acad. Proefschr. Leiden 1897 blz. 29) meent dat de actie van art. 236 al. 2 nog den voorkinderen zal kunnen baten indien bij de scheiding de hertrouwe echtgenoot de belangen der voorkinderen heeft verwaarloosd. Ook dit komt mij niet consequent voor. Ingeval van benadeeling bij boedelscheiding geldt art. 1158 No. 3. De rechtsvordering tot vernietiging der boedelscheiding heeft de parens binubus en bij zijn overlijden zijne erfgenamen. Art. 1162 beperkt dit recht wel tot drie jaar. Men vergete echter niet dat in bovenstaande gevallen de parens binubus wel weinig lust meer zal hebben tot bevoordeeling van den stiefouder. Bijna altijd is dan ook het huwelijk ontbonden en kan van bevoordeeling door de scheiding aan den nieuwen *echtgenoot* geen sprake meer zijn. De bepalingen in zake later huwelijk gelden daarvoor niet meer.

zijn. *En alle erfgenamen van den parens binibus kunnen zich daarop beroepen* (1).

Bij het *repressieve* stelsel staat men ook wat aangaat de werking der eigenaardige actie tot inkorting alles-behalve op vast terrein. De Fransche doctrine beschouwt de actie als eene wegens benadeeling van een bijzondere legitieme portie. Vandaar dat men daarop toepasselijk verklaart de artt. 953 en volg. C.C. regelende de actie tot inkorting wegens benadeeling van het wettelijk erfdeel (2).

Voor ons recht meent Prof. HAMAKER dat men naar de bedoeling des wetgevers handelt door het voorbeeld der Fransche schrijvers te volgen (3). Dus toe te passen de artt. 972 en volg. B.W. omtrent de inkorting wegens benadeeling der legitieme portie (4). Deze bepalingen nu zijn op zich zelf al niet zeer volledig; de inkorting op roerende goederen is onvoldoende geregeld. Doch meerdere moeilijkheden zullen zich voordoen als men een zeker bedrag zal moeten gaan inkorten op een geheel vermogen met activa en passiva zooals het aandeel in een huwelijks-gemeenschap vormt. Men bedenke ook, dat de inkorting in vele gevallen zal moeten geschieden jaren nadat de huwelijks-gemeenschap is ontbonden. Vervreemdingen der goederen zullen hebben plaats gehad, affossingen van vorderingen evenzeer. Schulden zullen zijn betaald. Art. 976 B.W. zal toepassing moeten vinden bij de beoordeeling of men ook een actie tegen derde verkrijgers der onroerende goederen zal kunnen instellen. Dit laatste zal betrekkelijk dikwijls kunnen geschieden en is op

(1) Ca. ASSER I blz. 252. DIEPHUIS IV blz. 409. LAND I blz. 208 e.a.

(2) Vgl. blz. 517 noot 2.

(3) *Weekbl. voor Privaatrecht* enz., n^o. 1336 blz. 396.

(4) Vgl. mijne bedenkingen tegen de opvattingen, dat hier van eene bijzondere legitieme portie sprake zou zijn, op blz. 519, noot 1 hiervoor.

zich zelf al bedenkelijk met het oog op de belangen van derden. De toepassing van art. 976 bij vervreemding van geschonken onroerende goederen is betrekkelijk zeldzaam, omdat aan inkorting onderworpen schenkingen niet veelvuldig plaats hebben. Maar tweede huwelijken met voorkinderen zijn veelvuldig en in het overgroot aantal gevallen worden geene huwelijksvoorwaarden gemaakt. Algeheele gemeenschap van goederen is daarbij regel en nu zou het repressieve stelsel bij ontbinding der gemeenschap anders dan door overlijden van den hertrouwd en echtgenoot regelmatig een toestand in het leven roepen, waarop later weer moet worden teruggekomen en waarbij overigens op normale wijze verkregen rechten van derden dikwijls zullen moeten worden prijsgegeven.

Mr. SCHOUTEN, die de gelijkstelling met de actie tot inkorting wegens benadeeling der legitieme portie verworpt, ziet zich genoodzaakt aan de actie tot inkorting ook met betrekking tot onroerend goed elke zakelijke werking te ontzeggen. Hij kent den voorkinderen eene persoonlijke vordering toe op den nieuwen echtgenoot, die het excès in contanten of hoe dan ook moet teruggeven (1). Dit laatste is al even vaag als de geheele opvatting weinig bevredigend is. De voorkinderen gelijk te stellen met de overige schuldeischers van den nieuwen echtgenoot, terwijl men hen bovendien in sommige gevallen de actie slechts toekent na lange jaren, voorzeker het repressieve stelsel voert Mr. SCHOUTEN tot een weinig aanlokkelijk resultaat (2).

(1) t. a. p. blz. 128. In gelijken zin ook op blz. 157.

(2) Is de stiefouder vooroverleden, dan zal de vordering ten laste zijn van diens erfgenamen. Ik zal wel niet nader behoeven te motiveeren, dat de stiefouder of diens erfgenamen het recht der voorkinderen illusoir kunnen maken. Art. 1377 B. W. zal hier niet baten.

Op een veel gemakkelijker standpunt plaatst ons in deze het preventieve stelsel. Direct bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap zal het aandeel van den stiefouder daarin worden teruggebracht tot zoodanige proportie, dat hij niet meer te veel voordeel geniet. En het aandeel, waarop de hertrouwde echtgenooten zijne rechtverkriggenden aanspraak kunnen maken is dientengevolge zooveel grooter.

Zoo zou nog op meerdere punten vergelijking tusschen de werking van beide stelsels zijn te maken doch ik moet mij beperken. Wel moet ik er nog op wijzen dat de voorstanders van het *repressieve* stelsel het in het algemeen doen voorkomen alsof door dit stelsel alleen aan de vele moeilijkheden, waarop men in de praktijk stuit een einde zal geraken. Men duide mij mijn twijfel aan die gouden bergen niet euvel! Wel valt het op dat de Fransche schrijvers betrekkelijk zoo weinig beschouwingen aan dit onderwerp wijden. Maar men houde vooral in het oog dat bij hen *niet* wordt besproken de vraag, *hoe men het voordeel dat de nieuwe echtgenoot mag genieten berekent*. Juist die berekening is bij ons het schrikbeeld der praktijk en dat de Franschen daarin gelukkiger zijn is met grond te betwijfelen, als men de vele artikelen van Prof. HAMAKER en het lijvige boek van Mr. SCHOUTEN doorleest (1).

(1) Integendeel, het lijkt mij weinig twijfelachtig dat de berekening ingeval van ontbinding der gemeenschap anders dan door overlijden van den parens binubus nog veel ingewikkelder wordt. Mr. SCHOUTEN (t. a. p. blz. 154 en volg.) zet die berekening wel met bewonderenswaardige consequentie uiteen. Doch hoe juist van 's schrijvers standpunt deze berekening ook moge zijn in theorie, getwijfeld mag worden of ze practisch is te gebruiken. Het is zeker jammer, dat schrijver aan het slot van zijn werk slechts voorbeelden heeft uitgewerkt waarbij de gemeenschap ontbonden werd door overlijden van den parens binubus. Speciaal de factor ingevoerd op blz. 154 n^o. 3 in verband met het opgemerkte op blz. 176 n^o. 1 schijnt practisch

Op gevaar af dat mij het verwijt zou treffen het paard achter den wagen te spannen liet ik tot hier de historische ontwikkelingsgang onzer wetsbepalingen buiten beschouwing en daarmede het gewichtige argument der voorstanders van het repressieve stelsel (1). Hunne rede-neering komt neer op het volgende. Aan de constitutie van LEO en ANTHENIUS werd reeds repressieve werking toegekend in verband met caput 28 der 22^e novelle (2). Ook aan het „Edit des secondes nocés” van FRANZ II anno 1560, waarmede het beginsel der *lex hac edictali* in Frankrijk voor het eerst algemeen zijne intrede deed, werd door de schrijvers bijna eenstemmig repressieve strekking toegeschreven (3). De commentaren dier auteurs — vooral POTHIER (*contrat de mariage* n^o. 533 en volg.) — strekten ten voorbeeld aan den *Code Civil* en zoo is het niet te verwonderen dat men hunne beschouwingen in hoofdzaak terugvindt bij de tegenwoordige Fransche

moeilijk te hanteeren en het is bedenkelijk dat bij het vaststellen van dien factor in aanmerking komt de waarde ten tijde van het overlijden van den hertrouwen echtgenoot van de inmiddels aan den nieuwen echtgenoot of diens erfgenamen toegedeelde goederen der gemeenschap.

(1) De historie onzer wetsbepalingen in zake later huwelijk is uitvoerig behandeld door Mr. H. J. KOENEN „Het stiefouderdeel” Bijvoegsel van het *Weekl. voor Privaatrecht*, enz, n^o. 1331. Mr. HAMAKER in voormeld weekblad n^{os}. 1333 en vgl. Mr. SCHOUTEN t. a. p. Mr. C. O. SEGERS t. a. p.

(2) SCHOUTEN t. a. p. blz. 32.

(3) Vgl. de litteratuur bij SCHOUTEN t. a. p. blz. 40. Afwijkend LE BRUN. *Traité des successions* II blz. 347 en volg. Zoo leert POTHIER dat het door inkorting verkregene niet behoort tot de nalatenschap van den parens bumbus en dat de kinderen er aanspraak op kunnen maken onverschillig of zij zijne nalatenschap aanvaard hebben of niet. Maar eigenaardig geeft hij aan alle kinderen de actie tot inkorting.

doctrine. De geschiedenis van het ontstaan onzer wetsbepalingen doet zien, dat men zich wilde aansluiten bij de bepalingen van den Code al ging men tot een omwerking over (1). Zoo moet ook het stelsel van den Code en van de Fransche juristen het stelsel onzer wet zijn en is men ten onrechte ten onzent daarvan afgeweken. Aldus de redeneering van hen, die het repressieve karakter onzer wetsbepalingen verdedigen.

De waarde dezer argumenteering is niet gering te schatten maar zij is voor mij geen reden om het resultaat waartoe ik door redeneering kwam prijs te geven. De *lex hac edictali* stond in nauw verband met het leerstuk der legitieme portie en de bij beide leerstukken toegepaste beginselen hielden gelijken tred. Maar bij voortschrijdende ontwikkeling volgde ieder leerstuk zijn eigen weg, zoodat ook langzamerhand in toepassing groote verschilpunten aan het licht traden. Hoe meer men van de beginselen der legitieme portie ging afwijken hoe meer men in toepassing tot het preventieve systeem naderde. Ten onzent is men daarmede wel het verst gekomen. Bij het omwerken van de bepalingen van den Code Civil kwam men tot wetsbepalingen die — het moge dan wellicht niet in de bedoeling van den wetgever hebben gelegen (2), — een goeden grondslag vormen voor het preventieve stelsel en zich daarentegen in wer-

(1) HAMAKER t. a. p. n^o. 1335.

(2) STRUYCKEN. „Het Rechtsbegrip”. Acad. Proefschrift, blz. 207. „Niet alsof we steeds angstvallig hadden te zoeken naar — en vast te houden aan den gedachtengang, die den wetgever bij het maken der wet voor den geest stond. Integendeel, meer dan eens zal blijken, dat de wetgever, als orgaan der heerschende rechtsopvatting, van den wezenlijken grond dier rechtsopvatting eene verkeerde voorstelling had, te streng zich hield binnen het raam der bekende rechtsfiguren, zijne conclusie trok in strijd met eigen praemisse”.

king niet meer aanpassen bij het repressieve stelsel. Van af de invoering van het Burgerlijk Wetboek heeft doctrine en rechtspraak aan die wetsbepalingen op voornamelijk punten preventieve werking toegekend, al kon men zich naar het schijnt in andere opzichten niet onttrekken aan den invloed van de Fransche litteratuur. De praktijk heeft rechtspraak en doctrine gevolgd. In de laatste jaren openbaart zich echter krachtig streven om weer geheel tot de beschouwingwijze der Fransche rechtsgeleerden terug te keeren. Mogen bovenstaande regelen nog eens tot overdenking stemmen.

N. C. VAN DEN DRIES.

Sittard, Mei 1909.

**Rechtsingang en verstek in de middeleeuwsch-
stedelijke procedure in verband met het recht
der Republiek**

DOOR

Mr. J. VAN KUYK,

Advocaat en Procureur te 's-Gravenhage.

EERSTE GEDEELTE.

§ 1. Als bekend mag worden aangenomen, hoe in Karolingischen tijd de *mannitio* vervangen is door de *bannitio*, de dagvaarding door partij plaats maakte voor die uitgaande van den rechter. De standaardwerken van SCHRÖDER en BRUNNER hebben ons beide instituten en de vervanging van het eerste door het tweede geschetst. SCHRÖDER (1) ziet in dit laatste een moment uit den strijd tusschen „Verhandlungs-“ en „Untersuchungsprinzip“; m. i. terecht waar deze verandering niet een alleenstaand verschijnsel is, maar zich ook in andere deelen van het proces analogieën voordoen: in het algemeen kan men zeggen, dat in Germaanschen tijd partijen de leiding van het proces hebben, in Frankischen tijd daarentegen de rechter op den voorgrond treedt. Volgens BRUNNER (2) heeft de rechterlijke *bannitio*, daar zij voor den eischer eenvoudiger en gevaarloos was, de oude volksrechtelijke *mannitio* volkomen verdrongen. Ook VON BETHMANN—

(1) Lehrbuch D. R. G., 360.

(2) D. R. G., I, 410. — Cf. t. z. p., II, 332 en volgg.

HOLLWEG (1) wijst hierop. Op dit punt behoeft hier niet nader te worden ingegaan; van belang is het echter te doen opmerken, dat deze twee verschillende beginselen, die voor eeuwen, in den tijd waarin de oudste bronnen uit deze streken spreken, als *mannitio* en *bannitio* tegenover elkander werden gesteld, dit ook thans nog worden en dat met name gestreden wordt over de vraag, welk van beide als het meest doelmatige te aanvaarden is. Als reactie tegen het systeem, door ons wetboek van burgerlijke rechtsvordering gehuldigd, hierin afwijkend van de oud-hollandsche praktijk, van het kort te voren onder Koning LODEWIJK ontworpen wetboek en van de wenschen van verschillende Kamerleden, gaan in den allerlaatsten tijd weer stemmen op om de dagvaarding te doen uitgaan van den rechter. Het aan mondeling en schriftelijk debat over herziening onzer procedure zoo rijke jaar 1907 leverde ons hierover de volgende niet weinig krasse uitspraak van Mr. J. A. LEVY (2): „Dit is het keerpunt op den weg onzer valsche, en het steunpunt der met de waarheid rekening houdende procesregeling”. Men ziet: geen onbelangrijk punt dus, en de vraag schijnt gerechtvaardigd: hoe was het hiermede in de middeleeuwsche procedure? Eene behandeling *ex professo* van dit punt bestaat in onze literatuur niet; wel worden hier en daar enkele woorden er aan gewijd, maar zoo algemeen en in hoofdzaak zonder bronnenopgave, dat een meer nauwkeurig onderzoek der middeleeuwsche bronnen mij nuttig en noodzakelijk voorkomt. Reeds dadelijk dient dan geconstateerd, dat een dergelijk onderzoek, althans voor ons vaderland, niet veel materiaal verschaft en dat bij gebreke

(1) *Civilprocesz des gemeinen Rechts*, V, 111—113 en 335—336 en de daar op blz. 111, noot 4, genoemde schrijvers.

(2) *Proceshervorming*, blz. 118.

van direct bewijs voor een groot deel tot indirect bewijs een toevlucht genomen moet worden. Dan is, in verband met wat ons van elders bekend is, een m.i. toch voldoende licht te verkrijgen.

Allereerst treffen ons een aantal Vlaamsche bronnen, die duidelijk spreken. Een bepaling uit Waes van het jaar 1242 behandelt het geval, dat iemand zich over een hem aangedaan onrecht heeft te beklagen, naar het Germaansche idee van een proces, waar niet eischers recht, maar gedaagdes onrecht op den voorgrond wordt geplaatst (1), dus een geding wil beginnen. In dit geval, zegt de bepaling, begeve hij zich naar den baljuw (2), die voor de citatie zorg heeft te dragen. — Een artikel uit het handvest voor Eecloo en Caprike van 1240 (3) neemt dezelfde situatie als punt van uitgang en bepaalt, dat de klager zich met zijn in schrift gestelde klacht tot den baljuw heeft te wenden, aan wien weder de zorg voor de dagvaarding is toevertrouwd. Dat hier schrift vereischt wordt, is ons op het oogenblik onverschillig, hoofdzak is, dat duidelijk blijkt, dat de dagvaarding van den rechter uitgaat, van wèlken rechter moet naar de regelen der competentie bepaald worden.

Beide artikelen zijn tot één — in naar mijn smaak

(1) Dit punt kan hier slechts genoemd, niet uitgewerkt worden. Den belangstellenden lezer noem ik de zeer lezenswaardige opmerkingen daarover van Dr. SCHWARTZ «Erneuerung deutscher Rechtspflege» (1908), blz. 71 vlgg.

(2) Waes, 1242, § 20: «Quicumque voluerit de aliquo querimoniam facere, accedat ad Ballivum, maxime eo loco, ubi consuevit placitare» (WARNKÖNIG, Flandr. St. u Rechtsg., II, U. CCXXII).

(3) Eecloo en Caprike, 1240, § 2: «Quicumque super aliqua re vel ad aliquid querelam movere voluerit ipsam in cartula scriptam ballivo, vel illi, qui in loco ejus est, debet praesentare» (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII).

fraaiere redactie — versmolten in de oudste keur van Steenberg en van 1272 (1).

Meer plaatsen, die ons als de hier genoemde aanschouwelijk voorstellen, hoe de aanstaande eischer zich wendt tot den rechter om een dagvaarding uit te lokken, heb ik in Nederlandsche bronnen niet gevonden. Het oud-Fransche costumier recht levert er een groot aantal, hieronder genoemd (2). — Voor het oud-Saksische recht leest PLANCK (3): „es ist in Magdeburg im Uebrigen die

(1) Steenberg, Antiqua Kora, 1272, 1: «Quicumque super aliqua re vel ad aliquid querelam movere voluerit, debet querelam et rem suam ostendere ballivo vel illi qui in loco eius est» (BEZEMER, Rbr. Steenb., 1).

(2) Etab. de St. L. I, 1: «Li prevoz de Paris tendra ceste forme à ses plaiz: Se aucuns muet devant li question de marchié qu'il ait fait encontre I autre, ou demande heritage, li prevoz semondra celui dom l'en se plaindra» (VIOLETT, II, 2).

Etab. de St. L. I, 71: «Se aucuns se plaint d'un autre à la joutise de heritage, la joutise li doit metre jor» (VIOLETT, II, 112).

Etab. de St. L. I, 106: «Se aucuns . . . fesoit tort à aucune gent, et cil s'an venist plaindre à la joutise, l'on li devroit metre terme.» (VIOLETT, II, 181).

Etab. de St. L. I, 107: «Se einsinc avenoit que l'en se pleinsist d'un home, ou de batre ou de ferir, ou de deniers ou de terres, ou d'aucune autre chose, et joutise li meist terme.» (VIOLETT, II, 184).

Cout. de Normandie, IV: «Aux iusticiers doibuent estre les plaintes apportees & il doibt les recepuoir, & prendre pleiges de les par poursuyr. & assigner iour aux parties de pleder & entretenir la court & faire garder ce que sera iugié» (Le Coustumier de Normandie, etc.) (1552).

Cout. de Norm., LVII: «Plaincte ou clameur est quand aucun monstre à la justice en soy plaignant le tort que luy à esté faict affin qu'il en puisse auoir droict en court. Les iusticiers peuvent recepuoir les clameurs & les plainctes, & assigner iour d'en pleder» (t. z. p.).

Ordon. d'Eschiquier, 1426 (t. z. p.).

(3) Gerichtsverf., I, 349. — Evenzoo voor andere Duitsche steden: I, 353 en 356.

Regel, dass, wer klagen will, zum Richter geht mit der Bitte, er möge den Beklagten zu einem der alle 14 Tage wiederkehrenden ordentlichen Gerichte zu dinge vorladen". Ook Zuid-Duitsche bronnen wijzen hierop (1). Geheel op zich zelf staat een eveneens Zuid-Duitsche bepaling van 1279, die uitdrukkelijk het tegengestelde systeem huldigt en met zooveel woorden de rechterlijke inmenging buitensluit (2). Welke beteekenis aan dit voorschrift te hechten is, is mij niet duidelijk geworden; wellicht is de bepaling eenigszins onduidelijk geredigeerd en alleen aan de dagvaarding na panding te denken en wordt dus niet op de gewone dagvaarding gedoeld. Omdat wij anders voor een onverklaarbare afwijking staan, ben ik geneigd dit als het meest waarschijnlijke aan te nemen (3).

Naast het weinige, dat Nederlandsche bronnen ons in zoo ondubbelzinnige termen leeren (4), staan tal van andere

(1) Bv. Leobschütz, Handv. 1270 § 18: «Sin autem effugerit et ad mandatum iudicis vocatus non comparuerit, statim proscribetur» (GENGLER, Deutsche Stad. des M. A., 248).

(2) Landshut, Handv. 1279 § 10: «Item apparitor seu praeco ad petitionem civis non requisita licentia vel voluntate iudicis interdicit pignora et evocandos ad iudicium evocabit» (GENGLER 234; GAUPP D. Stad. des M. A. I, 153). Hierop berust ook Deggendorf, 1316, § 11 (GENGLER, Codex J. M., 729).

(3) Met weinige woorden wordt het oud-Duitsche recht juist en scherp geteekend door WETZEL: «Der Gerichtsdienner ist der Arm des Richters, ist ein im Dienste des Richters als solchen stehendes Werkzeug. Auf richterlichen Befehl besorgt er die nöthigen Ladungen, Insinuationen, Verhaftungen und Executionen, ruft während der Sitzung die Parteien, Zeugen, Sachverständigen auf, und vollzieht überhaupt Alles, was der Richter zum Zweck der Verhandlungen oder zur Handhabung der Ordnung zu verfügen für gut findet» (System des ordentl. Civilprocesses, 3^e dr., 437).

(4) Hoewel minder duidelijk verdient hier toch gewezen op een Friesche bepaling, die ons aantoonst, dat het bevel tot dagvaarding van den rechter uitgaat. De skelta, waarover ons het Westl. Schoutenrecht uitvoerige inlichtingen geeft, heeft ook deze functie; in

bepalingen, die op hetzelfde wijzen. In de eerste plaats verdient dan de aandacht het beroemde handvest voor Haarlem van graaf WILLEM II uit het jaar 1245 en de daarmede overeenstemmende privileges voor andere Nederlandsche steden. Zij toonen aan, dat Mr. Pors terecht kon schrijven: „Ze [d. i. de dagvaarding] geschiedde ook door den bode van wege den heer of den rechter, en bevel of verlot van dezen, met bepaling van den dag van rechten, was in beginsel noodig” (1). Vooreerst toch vinden wij in deze handvesten de zoo herhaaldelijk voorkomende citatie „per judicem vel per preconem ejus” of, zooals de Hollandsche tekst luidt: „mit den rechter of mit sinen bode” (2), waarop wij spoedig nog uitvoeriger moeten terugkomen. Ik beschouw dit naast elkander plaatsen van den rechter en zijn bode als een overgangsvorm tusschen de citatie door den rechter en die door den bode. In het oudste recht is de rechter zelf werkzaam, later wordt het hem praktisch onmogelijk dit alles zelf te doen, de vermeerdering der processen met de vermeerdering van het verkeer hand in hand gaande en de stijgende autoriteit van den rechter als algemeen verschijnsel daarnaast, maken dat hij meer en meer den bode in zijn plaats doet treden, wat eindigt met de wettelijke toestand te worden. Ik hoop deze ontwikkeling nader uit de bronnen zelf uitvoerig aan te toonen, hier is het alleen

geval de geroepene niet komt, dagvaardt hij persoonlijk: Westl. Schoutenrecht § 55: «Ief ma een man ti da how op elaget, so schil di grewa da schelta bieda dat hine to how bodie; so schel di schelta da bannere byeda, dat hi dine man toe howe bodie ief hi dan naef komma wil, so aegh him di schelta dis tredda deys self to bodyen» (v. RICHTHOFEN, Fr. Rq., 396). Cf. H. JAEKEL, «Forschungen zur altfriesischen Ger.-und Ständevert» (1907), 212—213. Wellicht mag hier ook genoemd worden: BLOK, Leidsche Rbr. 282 (n^o. 361).

(1) Westfr. Stadr. Inl. CII.

(2) ENSCHEDÉ, Keurboeck, blz. 3.

van belang om te doen opmerken, dat de dagvaarding door den rechter wijst op de bannitio. Tusschen dagvaarding door den rechter en die door den bode met verlof of op bevel van den rechter bestaat eene logische chronologische opvolging. De partij, die gedagvaard wil hebben, wendt zich tot den rechter, die naar aanleiding van dit verzoek hetzij zelf, hetzij in later tijd door zijn bode den gedaagde voor de vierschaar roept. Op dezen toestand wijzen ook ondubbelzinnig de bepalingen, waaruit blijkt, dat ook de eischer zelf wordt gedagvaard. Gaat naar hedendaagsch recht de dagvaarding van den eischer uit, dan is dit onnoodig en wordt alleen de gedaagde in rechte geroepen. Gaat de dagvaarding echter van den rechter uit en bepaalt dan ook deze den dag waarop de zaak zal dienen, dan is ook citatie van den eischer denkbaar. Ik zeg denkbaar, want noodig is het natuurlijk niet. Dit laatste wordt duidelijk wanneer wij b.v. lezen (1): „geen richter oft schulte sal van ener saken vnde vp ener tydt meer wetten yth senden dan ene wette ann die gene, die anghesproken wert vmme hem den sekeren bestendigen rechtdach tho verkundigen, vnd nicht an den anspreker, want die den rechtdach seluest solliciteert hefft.” Dagvaarding van wege den rechter heeft niet als noodzakelijk gevolg, dat ook de eischer moet worden gedagvaard, maar wel wijst omgekeerd dagvaarding van den eischer noodzakelijk op een van den rechter uitgaande dagvaarding. Het is verklaarbaar, dat van deze citatie in de bronnen veel minder sprake is dan van die van den gedaagde. Er was geen aanleiding om deze zoo vaak te memoreeren, omdat het geval, dat de eischer op den bepaalden dag niet verschijnt, om zeer voor de hand liggende redenen veel en veel minder voorkomt dan niet

(1) WINHOFF—DE CHALMOT, Landrecht van Averissel, 205—206.

verschijnen van den gedaagde. Er was dus weinig of geen aanleiding voor de minder systematisch dan praktisch opgezette middeleeuwsche bronnen om het verstek van den eischer uitvoerig te regelen. Het dikwijls stilzwijgend voorbijgaan in de bronnen van dit laatste wijst er op, dat het in de praktijk weinig of niet voorkwam, niet dat het niet voorkomen kon (1). Dagvaarding van den eischer zien wij in een aantal Vlaamsche bronnen (2), b.v.:

Brugge, \pm 1190, § 51: „Quicumque de querela sua non citatus infra annum tacuerit, responsum super hoc non habebit” (3). Het instellen van een eisch moet binnen bepaalden tijd plaats hebben, anders heeft eischer zijn recht hiertoe verzwegen, kan gedaagde op het ongebruikt laten voorbijgaan van den gegeven termijn de exceptieve

(1) De oud-Fransche bronnen, die veel meer een systematisch karakter hebben, bevatten dan ook over het niet verschijnen van den eischer talrijke bepalingen. Zij laten ons dan ook herhaaldelijk de dagvaarding van den eischer zien, en bevestigen dus hetgeen in den tekst wordt gezegd. Ik noem b.v.:

Cout. de Normendie, LVIII: «Et si doit len scauoir que s'il default en court de suyr sa plaincte au iour qui luy est mis: son adversaire qui a court vient, doit auoir congé de s'en aller sans iour».

Etab. de St. L., I, 70: «et quant les deus parties ont terme . . .» (VIOLETT, II, 110).

Compilatio de usibus et consuet. Andegavie 88: «Il est usage que se . . . jor en soit mis as parties, et cil qui se plaint ne viegne au jour qui mis li est . . .» (VIOLETT, III, 134; BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, I, 58).

(2) Er worde hier in het algemeen op gewezen, dat vele der in het vervolg ter sprake komende punten duidelijke toelichting ontvangen door de uitvoerige inleidingen, waarvan de Belgische costumen in het «Recueil des anciennes coutumes de la Belgique, publié par ordre du Roi» zijn voorzien. De verschillende door mij geciteerde Belg. cost. zijn in deze uitgebreide verzameling opgenomen. Ik onderhoud mij er van deze telkens afzonderlijk aan te halen.

(3) GILLIODTS v. SEVEREN, C. d. Fr. d. B., II, 14.

verdediging gronden, dat hij niet schuldig is te antwoorden. „Non citatus” slaat hier blijkbaar op den eischer.

Brugge, \pm 1190, § 50: „Quicumque citatus fuerit ad exhibendum querelam suam, et non venerit, ipsi super hoc amplius non justificabitur” (1). In mijn proefschrift trachtte ik aan te toonen, dat het middeleeuwsche procesrecht uitgaat van de gedachte, dat de gedaagde wordt gedagvaard ten antwoord, om te antwoorden (2). Deze toevoeging wordt verklaarbaar als daartegenover gesproken wordt van dagvaarden „ad exhibendum querelam suam”, dagvaarden om te klagen (3). De bijvoeging „om te antwoorden” wordt onnoodig en derhalve weggelaten, wanneer de dagvaarding om te klagen vervalst, en er maar een soort dagvaarding bestaat, zooals in ons tegenwoordig recht, n.l. die van den gedaagde. De dagvaarding van beide partijen vindt men behalve in een aantal Belgische bepalingen (4), b.v. ook in Dordrecht in een vonnis uit het jaar 1455, waar wij over een geschil lezen, „dair hem

(1) T. z. p. — Ook Eecloo en Caprike, 1240, § 3, hieronder geciteerd, spreekt van citatie van den eischer. — Anders wordt de bepaling uit Brugge verklaard door BENNECKE, Strafverfahren nach den holländ. und flandr. Rechten des XII u. XIII Jahrh., 32.

(2) Hist. beschouwingen over het antwoord van den gedaagde, 138 vlgg.

(3) Dingtaal Zalt-Bommel: «So wiist die scepen, dat men die voer-genoemde dach sal leggen van der clagen, die een op siin aenspraeck ende den anderen op siin antwoordt.» (Versl. Rbr., V, 280). Een Zuid-Duitsch wijsdom uit de 13^e eeuw zegt: «quociens pro querimonia citatus defuit, toties II sol. satisfactionis reus habebitur» (GRIMM, Weisthümer, V, 467).

(4) Waes, 1241, § 9: «..... ad ipsam diem debent citari conquereutes et adversarii eorundem» (WARNKÖNIG, II, U. CCXX).

Desseldonc, etc., 1268, § 11: «Endet elken dinghedaghe es men sculdich te daghene de claghers ende haere adversarise ende de orconden, ende els niemene» (WARNKÖNIG, II, U. XXXIV).

Desseldonc, etc., 1268, § 58: «Amman ofte meyere es sculdich te

beiden op huden enen entachtigen dach off beteikent" (1).

Niet van belang ontbloot is ook, dat wij dikwijls vinden, dat de eischer bij niet verschijnen een boete verbeurt. In het handvest voor Haarlem vinden wij dit niet; eischer, die niet verschijnt, verliest zijn zaak (2); verschillende Vlaamsche bronnen bepalen hetzelfde (3). Een boete verbeurt eischer, wanneer hij wegblijft, naar een reeks artikelen, zoowel Vlaamsche (4), als Noord-Nederlandsche (5). Deze boete wijst op de bannitio.

De vraag, die ons bezighoudt wordt door JAN MATTHIJSSSEN en HERMAN CROESER uitdrukkelijk beslist. De eerste geeft in het rechtsboek van den Briel twee uitspraken: „Ende die rechter sal enen poirter, dien hy tot tsaterdaghes ban daghet, hetsy tot mijns heren behoef off tot eens anders poirters behoef, enen dach van rechten bescheiden

claghene de claghers, ende hare adversarise, ende de orconden» (WARNKÖNIG, II, U. XXXIV). Luik, Li Paweilhars, 109: «ly esquevins..... le radjournal et l'autre partye à quinzaine..... Ly justiche adjournat les partyez à quinzaine....» (J. J. RAIKEM, Cout. du pays de Liège, I, 107).

(1) FRUIN, Rbr. Dordr., II, 129.

(2) ENSCHEDÉ, Keurboeck, 5.

(3) B. v. Waes, 1241, § 9; Brugge, Kb. ± 1190, § 50.

(4) Eecloo en Caprike, 1240, § 3: «actor autem non comparens tempore citationis suae emendabit Domino duos solidos, et citato duos solidos» (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII).

Waes, 1241, § 9: «Si autem conquerens prima die vel secunda non comparuerit, si querimonia fuerit hereditaria, erit in forefacto decem solidorum erga comitem et erga adversarium suum similiter; si vero fuerit pecuniaria, erit forefactum duorum solidorum, et querimonia suam amittet» (WARNKÖNIG, II, Urk CCXX).

Desseldone, etc., 1268, § 11, naarmate van de belangrijkheid der zaak in eene boete jegens den graaf en jegens zijn tegenpartij van III pont, V s. en XX s.

Aardenburg, keur 1330, § 37.

(5) Kampen, Boeck v. Rechten, blz. 51 (anno 1365).

des dinxdaghes nader noenen" (1), „ghelije den clagher ende diemen beclaecht aldair een dach van rechte gheleit is" (2). De rechter daagt dus tot eens poorters behoef en legt den eischer een dag van rechte. CROESER spreekt van dagvaarding „durch bevell des burgemeisteren" (3).

Hiermede is het duidelijk voorschrift uit het stadrecht van Grafhorst van 1417 te vergelijken, waar op boete van een pond wordt bepaald: „nyemandt en sal.... bieden met onser stadt boode, hij en sal den burghenmeister eerst bidden om den bode" (4).

Bronnen uit de 16^e en 17^e eeuw laten zich herhaaldelijk in denzelfden zin uit; als buiten mijn onderwerp vallend bepaal ik mij tot het opgeven van een aantal daarvan (5), waarbij men in den persoon, van wien het bevel tot dagvaarding uitgaat, groote verscheidenheid zal vinden; dikwijls behoort het tot de taak van den burgemeester (6), in Zierikzee b.v. tot die van den secretaris (7) (8).

(1) Oude Vad. Rbr. I, 1, blz. 137.

(2) T. z. p., blz. 150.

(3) Ontwerp stadr. Campen, I, blz. 13.

(4) Overijs. St. D. en M. R., I, 14, blz. 19. Cf. artt. 30 en 33 (t. z. p., 21 en 22).

(5) Keurb. van Doetichem, art. 84 (Versl. Rbr. III, 354); Zierikzee, Ord. 1579, art. 5 (BEZEMER—DE BLÉCOURT, Rbr. Zierikzee, 410); Steenwijk, Stadb. 1609, I, 33 (Overijs. St. D. en M. R., I, 10, blz. 178); Kuilenburg, Handv. 1533, art. 2 (VOET, Beschr. van Culemborg, II, 630); WIELANT, Instr. Haarlem, 45 (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1874, blz. 11).

(6) Aldus met name in Overijsselsche bronnen.

(7) Als zeer duidelijk noem ik nog een plaats uit de gerechtsord. van Hoehefeld: «das fürgebot sol gescheen mit laube des richters ader in abwesen sein mit des gegenwartigen eltesten von den schoeffen durch den gericht's knecht» (GRIMM, Weisthümer, VI, 26); en Villingen, Stadr. 1592, § 20: «sollen die stattknecht uff des herren schultheissen erlauben, sonsten aber nit, einer oder mehr partheien... fürbieten und vertagen» (Oberrh. Stadtr., II, I, 174).

(8) Van de schrijvers zijn te noemen: WIELANT, Praktijke-Civile,

Mogen wij uit dit alles de conclusie trekken, dat de dagvaarding uitgaat van den rechter, dan is hiermede slechts het beginsel bedoeld, dat de eischer aan den rechter vraagt om te dagvaarden, terwijl de vraag wie daarna de dagvaarding uitbrengt, ons later zal moeten bezighouden.

§ 2. Een tweede punt, dat mij aanleiding geeft tot enkele algemeene beschouwingen, is de plaats der vreemdelingen in het middeleeuwsche proces. Natuurlijk is het niet de bedoeling om hier op tal van zeer principieele vragen, die zich daarbij in de wetenschap hebben voorgedaan, in te gaan of daartegenover stelling te nemen. Te minder noodig is dit waar vooral in Duitschland in den laatsten tijd hierover een aantal belangrijke monographieën is verschenen. In het algemeen wijst dit reeds op de moeilijkheid van het onderwerp; deze indruk wordt bevestigd, wanneer wij reeds over de vraag, wat de bronnen onder „gast” verstaan, een groot meeningsverschil moeten constateeren.

Vooreerst zijn de bronnen lang niet altijd overeenstemmend in haar terminologie — zelfs een en dezelfde bron is in dit opzicht dikwijls niet constant — en evenmin in haar regeling; zooals met zoo talrijke, wij kunnen wel haast zeggen, alle rechtsinstituten, vertoonen zij ons een bout beeld. Overal vindt men zekere gemeenschappelijke hoofdtrekken, de meest karakteristieke bepalingen komen den lezer telkens en telkens weer onder de oogen,

II, I; S. v. LEEUWEN, Rooms-Holl. R., V, XIII, 2; MERULA, Man. v. Proc., IV, XXIV, 2 en 4 (naar de oud-Hollandsche practijk van het Hof, niet voor de stedelijke gerechten, waar de bode daagt zonder bijzonder verlof, daar in de aanstelling en beëdiging een algemeene auctorisatie gezien wordt; zie bv. Delft bij SOUTENDAM, Keuren en Ord. der stad Delft, blz. 13, n^o. I).

maar het bijwerk is zeer verschillend. In verhoogde mate vertoonen de bepalingen, die bestemd zijn om den rechts-toestand der gasten te regelen, dit algemeene kenmerk van het middeleeuwsche recht, wat te begrijpen is, daar tal van factoren aanwezig zijn, die hier de eene stad tot andere voorschriften brachten dan de andere: als zeer sterk sprekend voorbeeld noem ik het meer of minder levendige verkeer en daarmede gepaard gaanden handel in een stad en — wat ten deele reeds als oorzaak daarvan beschouwd moet worden — de geografische ligging eener plaats.

Van de bijzondere rechtsregelen voor gasten zijn voor ons doel alleen van belang, die welke op hun plaats in het proces betrekking hebben. Zij vormen trouwens het hoofdbestanddeel. Waar de processueele positie der gasten van die der poorters verschilt, is het motief voor bijzondere regelen steeds in het belang der laatsten te zoeken. Stelt de bijzondere regel den gast in minder gunstigen toestand, zooals bij den door ons uitvoeriger te schetsen rechtsingang, dan ligt dit voor de hand en kan wel niet betwijfeld worden, maar ook waar den gast door den bijzonderen regel een voorrecht verleend wordt, moge toevallig voordeel voor hem ontstaan, voordeel voor den burger der stad was het motief. Ik denk hier aan de marktvrijheid, de gastgerechten, en zooveel andere instituten. Het is onloochenbaar, dat hierdoor de gasten werden gediend, maar niet minder de burgers; dat de marktvrijheid een zeer begeerd goed was, toonen de talrijke „privileges”, waarbij zij verleend werd, reeds aan; de considerans van een Amsterdamsche keur van 1495 (1) omschrijft het niet onaardig aldus: „om zaicken hun dairtoe porrende, te weten omdat dien tiit doere de

(1) BREEN, Rbr. Amsterdam, 309. De keur is 15 September 1497 en 15 September 1498 vernieuwd.

comanscap wat loops mach hebben ende dat zoowel vreemde als poirteren mogen gauderen ende gnyeten hanteringe ende bewindt, dat totter kermisse off jairmeret dient ende behoirt", al wordt hieraan dan ook een mooie wending gegeven, die het diplomatiek beleid der Amsterdamsche vroedschap verraadt. Was in de gastgerechten het verkrijgen van vlug recht voor den gast een voordeel, voor den burger niet minder, terwijl het voor hem tevens het risico verminderde, dat de tegenpartij zich uit de voeten maakte.

Wat de marktvrijheid betreft is ook een ander punt niet uit het oog te verliezen. Zij werd uit eigenbelang den vreemden kooplieden verleend om hen naar de markten te lokken, ter bevordering dus van eigen handel en welvaart. Maar het waren uit den aard der zaak faciliteiten, die slechts tot hare herroeping bleven bestaan; deze dreigde den vreemdeling steeds en de onrustige tijden maakten dit geval niet onmogelijk of onwaarschijnlijk. Hoe de handel door het in het leven roepen van koopliedenorganisaties en den in de Duitse stad-rechten soms voorkomenden „hausgravius" of „hansecomes" aan deze moeilijkheid trachtte te ontkomen, kan hier niet worden nagegaan, maar bij de bepaling van de waarde, die deze marktvrijheden voor de vreemde kooplieden hadden, mag hare steeds dreigende herroeping niet uit het oog worden verloren, vooral waar de middeleeuwsche handel zich voor een groot deel tot de markten bepaalde en dus de marktvrijheid feitelijk aan de bijzondere regelen van rechtsingang bij het proces, waarin een gast partij is, in hooge mate derogerend werkte.

Er bestaat echter tusschen den rechtsingang bij het proces, waarin de poorter tegenover zijnen medepoorter staat, en bij dat, waarin dit laatste niet het geval is, een zoo groot verschil, dat het noodig zal zijn beide ge-

vallen afzonderlijk te beschouwen. In de hier volgende paragrafen zal dan allereerst op de procedure tusschen poorters onderling de aandacht worden gevestigd. Wij hebben daarbij tevens de gelegenheid een aantal punten van algemeen processueelen aard kort te bespreken. Bijzondere bepalingen, die soms aangetroffen worden voor het geval, dat er gevaar bestaat dat een burger, hetzij alleen, hetzij met zijne bezittingen zich uit de voeten zal maken vóór eischer er in geslaagd is een vonnis tegen hem te verkrijgen en door de executie daarvan zich te verschaffen, waarop hij recht heeft, brengen den burger eenigszins in afwijkenden toestand, welke aan dien van den gast doet denken, en dus het best tegelijk met de wijze van rechtsingang tegen gasten ter sprake komt.

§ 3. In § 1 wees ik reeds op de functie van den rechter bij de dagvaarding. De eischende partij wendt zich tot hem om eèn verlot tot oproeping van zijn tegenpartij te verkrijgen. Meer bijzonderheden hierover vermelden onze bronnen niet, met de mededeeling „accedat ad Ballivum”, „debet querelam et rem suam ostendere ballivo” moeten wij ons voorloopig tevreden stellen (1). De oudste toestand is deze, dat alsnu de rechter zelf tot citatie overgaat; later draagt hij deze taak meer en meer

(1) Wij kunnen alleen nog op een niet al te duidelijke bepaling uit Kampen wijzen: *Digestum vetus*, 1466: «Alle borger ende inwoenre die den anderen willen doen bieden dat jerste bot sullen coemen des dinxedages of des donredages voirmiddage alsdie clocke gelut is jn die scepenkamer of voir dat raethuus ende laten dat van den baeden teijken, wtgesacht noetsaken of jemant wt der see of van buten jn queme dat men den allikewel solde aent recht hebben ende bieden nae older gewoenten» (*Overijs. St. D. en M. R.*, I, 2. blz. 32).

aan den bode over, totdat deze *de* man wordt (1). Op welk tijdstip deze ontwikkeling plaats greep, is niet met juistheid te bepalen; het is hier eerder, daar later geschied. Toch is het niet onbelangrijk dit punt aan de hand onzer bronnen wat uitvoeriger na te gaan.

Den rechter alleen vinden wij vermeld in een aantal meest oudere bepalingen (2); zij wijzen echter niet op een uitsluitende bevoegdheid van deze, wat in het oog moet springen, wanneer de oudste keur van Steenberg van 1272 in artikel 1 den rechter of bode, daarentegen in artikel 44 alléén den eerste noemt. Volgens de ons bewaard gebleven eedsformulieren van baljuw en schout van Brugge, dagteekenend uit de tweede helft der 14^e eeuw, zweren deze „rechte maninghe te doene” (3). Ook

(1) De tegenwoordigheid van den eischer bij de dagvaarding wordt uitdrukkelijk verboden in Stadrecht van BAMBERG, § 273: «vmb furgebietenn darff nymant mit dem putel geen» (ZOEFL, Das alte Bamb. Recht, 78).

(2) Steenberg, Antiqua Kora, 1272, art. 44: «Nec iudex debet citare aliquem nisi per nomen et cognomen suum» (BEZEMER, Rbr. Steenberg, 14).

Brugge, 1304, § 7: «wat poortre iof poortighe met den schoutete ende met twee scepenen gheboden wordt» (GILLIODTS VAN SEVEREN, C. d. I. Ville d. B., I, 311).

Buren en Beusichem, Landr. 1383, art. 16: «Voert soe en sal een richter niet meer nemen van eenre besettinghe, dan die weerde van eenre dordr. placke... ende van elken verboede des ghelijcs» (Versl. Rbr., II, 69).

Ameyden, 1433, § 40: «... soe soude onse richter die weet daer off doen» (Versl. Rbr., II, 24).

Putten, 1459, art. 29: «sal onsen schout gehouden wesen de partien by synen eede te doen een behoorlike weete» (Versl. Rbr., I, 142).

Zeer belangrijk is de Delftsche dingtaal (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1878, blz. 207), die bij haar uitvoerige beschrijving van de daging zegt: «Soe gaet die scout mitten scepenen ende daghet hem». Cf. hierover: BRUNNER, D. R. G., II, 338.

(3) GILLIODTS VAN SEVEREN, C. d. I. V. d. B., I, 437 en 439.

van elders zijn uitspraken in dezen zin te noemen (1). Talrijker echter zijn de bepalingen, waarin rechter en bode naast elkander worden genoemd, en dus beiden bevoegd zijn (2). Ik ben geneigd aan te nemen, dat de citatie door den rechter in onbruik is geraakt, dat hij van zijne bevoegdheid hiertoe geen gebruik meer maakte, hoofdzakelijk omdat de tijd hem hiertoe ontbrak. Hiertoe zal ook medegewerkt hebben de stijgende autoriteit der rechterlijke organen. Treedt echter in de praktijk de bode steeds op, dit neemt niet weg, dat de van ouds bestaande bevoegdheid van den rechter gehandhaafd blijft. Zoo is ook m. i. te verklaren de negatieve vorm, die JAN MATTHJESSEN gebruikt, wanneer hij zich zeer algemeen aldus uitlaat, dat „nyement en mach daghen enen poirter

(1) Weenen, Stadr. 1221, § 1: «... sed a iudice civitatis tribus edictis vel uno pro omnibus peremptorie citetur». (GENGLER, 530; F. KEUTGEN, Urk. z. städt. Verf. Geschichte, 204).

Zürich, 1332: «Und swem der schulheisse gebutet...» (H. ZELLER—WERDMÜLLER, Die Zürcher Stadtbücher, (1899), I, 55).

(2) Haarlem en daaraan ontleende handvesten, b.v. Medemblik, 1289, art. 6: «Cum autem aliquis oppidanus fuerit in causa trahendus, debet citari per iudicem vel per preonem ejus» (POLS, Westfr. Stadr., I, 4); art. 8: «Cum eciam quis citatur de re pecuniali, debet citari per iudicem vel preonem» (t. z. p., I, 5). — Delft, 1246 (v. D. BERGH, Oorkb. I, 226) spreekt niet van iudex, maar van «villicus».

Eecloo en Caprike 1240, § 2: «... justitiarius debet per se vel per nuntium suum et praeonem citare illum vel illos, quos dictum negotium tangit» (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII). — Volkomen hiermede overeenstemmend: Steenberg, A. K., 1272, art. 1 (BEZEMER, Rbr. Steenberg, 1).

Aardenburg, 1330, § 32: «Item, toutes ces personnes [de in § 31 genoemde: «ballis, scoutete, sergans jures, lieutenans de escoutete»]... porront appeler ou adjourner a loy toutes manieres de gens appartenans a loy» (VORSTERMAN VAN OYEN, Rbr. Aardenburg, 63).

Zutphen, kondichboek, § 142: «Wanneer die scolte off syn bade enen in synen ampte geseten enen wette doen, dat sy van besate,

dan een rechter of een bode" (1). Immers hier is het er hem om te doen de *bevoegdheid* vast te stellen; wat hiervan in de praktijk terecht kwam, zal wel zeer weinig zijn geweest, wanneer wij in zijn uitvoerige beschouwingen over de middeleeuwsche procedure, terecht als een der zuiverste bronnen om deze te leeren kennen beschouwd, steeds den bode als *de* man zien fungeeren. Dit punt kan in hooge mate bijdragen tot recht begrip van het zeer groote aantal bronnen (2), dat eenvoudig zegt, dat de

pendinge ofte opbadinge ofte dergelike» (PIJNACKER HORDIJK, Rbr. Zutphen, 45). — Vriezeveen, Priv. 1364, art. 15 (Versl. Rbr. IV, 221); Buren, Landr. 1416, art. 35 (Versl. Rbr., IV, 83); Barsingerhorn, Handv. 1427, artt. 25 en 27 (Pols, Westfr. Stad., I, 52—53); Hoogwoude, Handv. 1450, art. 17 (t. z. p., I, 71); Nydorp en Winkel, Handv. 1452, art. 5 (t. z. p., I, 96); Burchorn, Handv. 1489, artt. 7 en 9 (t. z. p., I, 117—118); 's-Gravenzande, keurb. 1448, XLIII (Versl. Rbr., IV, 381); Ketel, 1551, art. 3 (Versl. Rbr., III, 570).

(1) Rechtsboek van den Briel (Oude Vad. Rbr., I, 1, blz. 86).

(2) Gent, keur 1192, § § 5—8: «Si cui imputetur, praeco eum cum tribus schabinis citabit» (WARNKÖNIG, II, U. VI).

Gent, keur 1228, § 4: «Qui aliquem vult submoneri, potest eum submoneri cum uno scabino et praecone, tam hereditarium, quam inhereditarium, et ad domum ejus sive praesentem sive absentem» (WARNKÖNIG, II, U. XV).

Desseldonc, etc. 1268, § 58: «Amman ofte meyere es sculdich te claghene de claghers, ende hare adversarise, ende de orconden, t'son-daechs met vulre stemmen, voor t'vole, bi namen ende bi toenamen» (WARNKÖNIG, II, U. XXXIV).

Dordrecht, Kb. 1401, art. 156: «Die anden anderen inden ghebreke is, dien salmen daghen in zijn teghenswoordicheit bider stede boden» (FRUIN, Rbr. D., I, 50); Hoogwoude, kb. 1460, art. 5 (POLS, Westfr. Stad., II, 366); Geervliet, kb., 17 (Versl. Rbr. II, 85); Utrecht, Liber Albus, XXIII (MULLER, Rbr. U., I, 18); Utrecht, L. A., XCV, 2 (anno 1378) (t. z. p., I, 49); Harderwijk, kb. 1470, art. 22 (BERNS, Rbr. Harderwijk, 5); Harderwijk, kb. 1562, art. 25 (t. z. p., 54); Nijmegen, 1406 (KROM en POLS, Rbr. Nijmegen); Nieuwpoort, 1557, art. 28 (Versl. Rbr., IV, 32); Nieuwpoort, Ord. 1568, art. 5 (Versl.

dagvaarding door den bode geschiedt. Dit behoeft dan niet de beteekenis te hebben, dat hem met uitsluiting van den rechter zelf die bevoegdheid toekomt: de wet zal zich als praktisch geredigeerd aan den feitelijken toestand, dat de bode het deed, hebben aangesloten. In tal van deze laatste bepalingen is trouwens blijkbaar niet de bedoeling om voor te schrijven *wie* dagvaardden zal, maar wel *hoe* het geschieden moet; dan is er zeker nog meer grond om aan te nemen, dat de bronnen alleen aan hem denken en dus van hem spreken, die het in de praktijk deed. Het algemeen karakter der oude rechtsbronnen om niet in de eerste plaats systematisch, maar wel zich aansluitend aan de praktijk te werk te gaan, en alleen dat te regelen, wat in de praktijk tot dubia aanleiding had gegeven, rechtvaardigt deze wijze van interpretatie. Nauwkeurig onderzoek der teksten bevestigt en illustreert dit en kan tevens bijdragen om ons over het tijdstip, waarop de bode den rechter in deze werkzaamheid vervangen gaat, eenigszins nader in te lichten. Grootendeels zijn de bronnen, die den rechter en den bode noemen van ouderen datum dan die welke alleen den laatste noemen, behalve dan de reeks nieuwere Westfriesche handvesten, die echter slechts als copieën van het Haarlemsche van 1245 zijn te beschouwen. Daarbij blijft trouwens de mogelijkheid open, dat in die kleine steden de rechter lang, althans geruimen tijd langer dan elders, van zijne bevoegdheden om zelf te dagvaardden, gebruik is blijven maken. De aandacht ver-

Rbr., IV, 43); Schiedam, kb. 1556, II, 1 (HEERINGA, Rbr. Schiedam, 90); Putten, Consult. van 1562, art. 6 (Versl. Rbr., III, 244); Putten, Consult. art. 4 (Versl. Rbr., III, 240); H. CROESER, Ontw. Stadr. Campen, I, blz. 10; Zwolle, Stadb. I, art. 29 (Overijs. St., D. en M. R., I, 12, bl. 22); Steenwijk, Stadb. 1609, I, 33 (Overijs. St., D. en M. R., I, 10, blz. 178).

dient, hoe het handvest van Haarlem vooropstelt en tot tweemaal toe herhaalt, dat de gedaagde „debet citari per indicem vel per preconem”, maar dat later bij de uitwerking te lezen is: „Preco burgensem non vocabit ad iudicium nisi ad domum ipsius coram duobus oppidanis vel pluribus” (1). Omgekeerd leest men in de oudste keur van Steenberg van 1272 in artikel 1 dat de rechter of de bode moet dagvaarden, terwijl artikel 44, de vereischten waaraan de dagvaarding moet voldoen opsommend, alleen den rechter noemt, wat eveneens in artikel 3 van de keur van 1308 het geval is. In Haarlem schijnt dus in 1245 de praktijk den bode gekend te hebben, in Steenberg daarentegen tegen het einde der 13^e en het begin der 14^e eeuw de citatie door den rechter nog dikwijls te zijn voorgekomen. De grootte van Haarlem tegenover die van Steenberg maakt dit verschil begrijpelijk. Wanneer wij in Waes reeds in 1242 lezen, dat de baljuw *doet* dagvaarden (2), schijnt hieruit de gevolgtrekking te maken, dat in dat jaar de praktijk reeds medebracht, dat hij niet meer persoonlijk werkzaam was. Uit de redactie van het Liber Albus (3), is op te maken dat dit in Utrecht in 1378 eveneens het geval was. Het Kondichboek van Zutphen vertoont dezelfde figuur als het Haarlemsche handvest: § 142 noemt „die scolte off syn bade”, terwijl in 1369, volgens een ander artikel uit

(1) ENSCHEDÉ, Keurboek, blz. 17. — Handvest voor Medemblik van 1289, art. 44 (POLS, Westfr. Stadr., I, 12).

(2) Waes, 1242, § 20: «Et tenetur ballivus quamlibet personam facere citari ad instantiam conquerentis» (WARNKÖNIG, II, U. CCXXII).

(3) Utrecht, L. A., XGV, 4: «Voert so zellen die boden, die de lude voer den scepene te bieden pleghen» (MULLER, Rbr. Utrecht, I, 49). — Evenzoo een keur van 1403 (t. z. p., I, 401). — Cf. Utrecht, die Roese, CCXLIV, 1 (anno 1445) (t. z. p., I, 356).

hetzelfde rechtsboek (1), de bode de man was, die de dagvaarding uitbracht. Er zijn ons enkele bepalingen bewaard, die uitdrukkelijk alleen den bode tot dagvaarden bevoegd verklaren, met name de keurboeken van Utrecht (2) en Nijmegen (3). Wat de laatste stad betreft stemmen hiermede overeen de gerechtsformulieren der schepenbank, die steeds uitgaan van de gedachte, dat de praeco heeft gehandeld. De redactie der keurboeken toont echter aan, dat het bij het toekennen dezer bevoegdheid uitsluitend aan den bode, te doen was om het dagvaarden door privaatspersonen onmogelijk te maken, zonder daarbij aan den rechter zelf te denken. Mogen wij dus misschien deze artikelen aldus interpreteren, dat tot den rechter het verbod niet is gericht, zeker zal de praktijk wel den bode hebben gekend als steeds den rechter vervangend. Den bode beschouwen wij dus van uit historisch oogpunt als den plaatsvervanger van den rechter. Hiermede is in overeenstemming, dat hij herhaaldelijk zowel in Nederlandsche (4) als in buitenlandsche bron-

(1) Zutphen, Kondichb. § 141: «So we den ander doet ghebeden mit onser stad boden vor stats vrede, dat aen schult dreght» (PLINACKER HORDIJK, Rbr. Z., 31).

(2) Utrecht, die Roese, L, 1: «dat der stat doerwaarders ende anders nyemant die lude bieden zullen voer den raet ende voer de oudermans» (MULLER, Rbr. U., I, 201).

(3) Nijmegen, Keurb. C, art. 174: «dat van nu vort aen gein notarij ende burgeren deser stat, niet onderstaen en sullenn ennige insinuatien ende weten toe doen alhier inder stat ende schependomb. . . dan die weten vnuud insinuatien sullenn alleinlich geschieden durch vnse geswarenn rodedregeren ende gerichtzbadenn» (KROM en POLS, Rbr. Nijmegen, 132).

(4) Medemblik, Handv. 1289, art. 6 (POLS, Westfr. Stadr. I, 4); Zutphen, Kondichb. § 142 (PLINACKER HORDIJK, Rbr. Zutphen, 45); Vianen, Handv. 1336, art. 6 (Versl. Rbr., II, 125); Vriezeveen, Handv. 1364, artt. 13 en 15 (Versl. Rbr., IV, 221); Schellinkhout, oude keuren, 91 (POLS, Westfr. Stadr. II, 304); Barsingerhorn, Handv.

nen (1) *zijn* bode wordt genoemd. Ook Mr. NORTIER (2) schijnt hierin een aanwijzing te zien voor de bemoeiing van den rechter bij de dagvaarding, wanneer hij zegt: „In de 15^e eeuw te Leiden was echter de persoonlijke daging door den eischer niet meer in gebruik. Zij geschiedde toen door den bode, waarschijnlijk nadat vooraf toestemming aan den schout was gevraagd: de bode toch was de dienaar van den schout en daagde niet uit naam des eischers maar „van 's Heeren wege””.

Hij citeert als bewijsplaats hiervoor de bekende formule van JAN MATTHIJSEN (3): „Pieter, ic daghe u van mijns

1427, art. 25 (t. z. p., I, 52); 's-Gravenzande, 1448, XLIII (Versl. Rbr., IV, 381); Zwolle, Stadb. II, art. 316 (Overijs. St., D. en M. R., I, 12, blz. 229). — Onduidelijk is Steenberg, Ant. Kora, 1272, art. 1 door te zeggen: «justitarius citare debet per se vel per nuncium suum vel per preconem». Waarschijnlijk is hiermede bedoeld wat men in de keur van het dorp Ter Pieten van 1265 leest: «... selve of met sinen bode of met den scoutette dat es den amman» (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXIV), omdat deze keur een vertaling is van Eecloo en Caprike van 1240 waar in § 3 dezelfde redactie als in de Steenbergsche bepaling voorkomt. Maar zelfs in dezen Nederduitschen tekst blijft de bedoeling onduidelijk. Misschien ware licht te putten uit art. 3 van de Ant. Kora, waar gesproken wordt van panding «cum justiciario vel aliquo loco sui», welke laatste woorden vertaald worden door «of mit sinen bode». Men zou dan den nuncius in art. 1 en evenzoo den bode in de keur van Ter Pieten als plaatsvervangend-justitarius kunnen beschouwen. — In een ordon. van 1544 voor Amersfoort wordt in XL, 6 gesproken van «den schoudt ofte zijn dienaers» (FRUIN, Kl. Steden, I, 325).

(1) Colmar, Handv. 1293, art. 21: «des rihters botte» (GAUPP, I, 118). — München, Handv. 1294, art. 33: «... der rihter... oder sin boten» (GENGLER, 297). — Ook in de Maagdenburgsche rechtsbronnen vindt men den rechter en «seyn gefronter bote».

(2) Mr. A. NORTIER, Bijdrage tot de kennis v. h. burgerlijk proces in de 15^e eeuw binnen de stad Leiden (1874), 13—14.

(3) Rechtsb. den Briel (Oude Vad. Rbr., I, 1, blz. 85).

heren wegghen, vander steden wegghen ende vant recht wegghen, te recht te staen teghen ...”.

§ 4. Over den ambtenaar, dien wij tot hiertoe bode noemden, en wien talrijke functies, speciaal ook bij de executie, waren opgedragen, moeten wij naar aanleiding van zijne werkzaamheden in verband met den rechtsingang, nog eenigszins uitvoeriger spreken (1). De meest voorkomende benaming is die van „bode” — of in het oosten van ons land „bade” —, wat uit tal van reeds geciteerde plaatsen reeds voldoende zal kunnen blijken, zoodat ik mij van het geven van bewijsplaatsen meen te kunnen onthouden (2). Daarbij zal den lezer ook niet ontgaan zijn, dat de in Latijn gestelde teksten dit door „praeco” weergeven. Daarnaast vindt men dikwijls de benaming „roedragers” (3), ontleend aan de roede of staf, het teeken zijner waardigheid; in dezen zin spreken de

(1) Een uitvoerige monographie bezitten wij in de in 1897 te Giessen verdedigde dissertatie van CHR. ECKERT: «Der Fronbote im Mittelalter nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen» (121 blz.). — Cf. verder: PLANCK, *Gerichtsf.*, I, 94—98.

(2) Taalkundig wordt het woord onderzocht door ECKERT, blz. 7—12. — Hij zoekt den oorsprong in *piotan* = *nuntiare*. Merkwaardig is in dit verband de verklaring, die door JAN MATTHIJSEN wordt gegeven: «Item sal die bode ygheliken, nyement uutghesondert, ghelijc bereet wesen recht te doen om sijn loen; dairom heet hy bode, dat te segghen is dieghene, diemen ghebieden of senden mach» (*Oude V. Rbr.*, I, 1, blz. 82).

(3) B.v.: Amsterdam, keur 1494 (BREEN, *Rbr. A.*, 293); Brielle, Kb. 1445, I, 25 (DE JAGER, *Rbr. Brielle*, 53); JAN MATTHIJSEN, blz. 83; Nijmegen, Kb. C., 174 (KROM en POLS, *Rbr. N.*, 132); Breda, Ord. 1508, artt. 12, 14, 17 (BEZEMER, *Rbr. B.* 78 en 79); Harderwijk, Ord. 1582 (BERNS, *Rbr. H.*, 75).

Leidsche keurboeken (1) van den bode met de roede. Over dit instrument vinden wij een enkele maal in de bronnen nadere aanwijzingen, in Schiedam b.v. bestaat het uit een zwarte stok van minstens twee voet lang (2); JAN MATTHIJSSSEN deelt mede, dat het rechtop gedragen moet worden, opdat de bode hierdoor voor een ieder kenbaar zij (3); verzuim om de roede bij zich te hebben wanneer ambtsbezigheden moeten worden verricht, brengt nietigheid van de voorgenomen handeling mede (4) of doet een boete verbeuren (5). Het gebruik van de roede door den bode is een algemeen voorkomend verschijnsel, dat ook door de buitenlandsche bronnen bewezen wordt (6), maar de daarover tot ons gekomen berichten zijn schaarsch (7) en wijzen op onderling verschil der bronnen. Dit laatste is niet minder het geval met de benamingen, die van den ambtenaar, die ons bezighoudt, voorkomen. Als voorbeelden noem ik: der poorte, der stad, der stede

(1) B.v. Kb. 1508, V, 2, 24; Kb. 1545, IV, 2; Kb. 1545, IV, 9; Keur van 1576.

(2) Schiedam, Kb. 1556, IV, 1 (HEERINGA, Rbr. S, 94). — Men zie verder: Aardenburg, keur 1330, § 7: «..... sergans jurtes, qui porteront machue ou bastons des armes du conte» (VORSTERMAN VAN OYEN, Rbr. A., 57); Hagesteyn, Handv. 1382, art. 49 (Versl. Rbr., III, 316).

(3) JAN MATTHIJSSSEN, blz. 83.

(4) Geervliet, Kb., art. 113 (Versl. Rbr., II, 103); Ter Horst, oud. Priv. artt. 47 en 48 (HABETS, Limb. Wijsd., 253); Luik (J. J. RAIKEM, Cout. d. P. de Liège, I, 287).

(5) Grafhorst. 1417, art. 16 (Overijs. St., D. en M. R., I, 14, blz. 19).

(6) Men zie voor het oud-Duitsche recht: ECKERT, t. a. p., 57—61. — Talrijke plaatsen bij GRIMM, Weisthümer, I, 727; II, 93; V, 259; 515—517.

(7) Roede of «doorne-stoxken»: S. v. LEEUWEN, Man. v. Proc. I, V, 2; PECKIUS—VAN LEEUWEN, Van handt-opleggen ende besetten, XXI, noot op blz. 337.

bode (1); gezworen bode (2); gewaerde bode (3); scepenbode (4); gerechtsbode (5); gezworen stede bode (6);

(1) Breda, Het houten Boecxken, 49 (BEZEMER, Rbr. B. 10); Arnhem, 1361 (Versl. Rbr., II, 494); Zaltbommel, 1409, 5 (Versl. Rbr., V, 261); Zutphen, Kondiehb., 111 (PUNACKER HORDIJK, Rbr. Z., 31); Groningen, 1425, XVIII (TELTING, Stadb. Gr. 6); Tiel (v. VEEN, Rbr. T., 139); Doetichem, Kb., 44 (Versl. Rbr., III, 345); Leiden, Kb. 1450, III. 7; Rotterdam, O. Kb., 47 en 93 (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1876, blz. 66 en 75); Delft, O. Kb. (t. z. p., blz. 409); Dordrecht, Kb. 1401, 156, 158, 175 (FRUIN, Rbr. D., I, 50, 51, 57); Goedereede, 1492, 5 (Versl. Rbr., II, 312); Schiedam, 1524 (Versl. Rbr., V, 256); Bolsward, 1455, 11 (TELTING, Fr. Stadr., 13); Zwolle, Stadb. I, art. 29 (Overijs. St., D. en M. R., I, 12, blz. 22); Steenwijk, Stadb. midden 16^e eeuw, I, 39 (t. z. p., I, 10, blz. 29); Montfoort, Cost. 1570, 48 (FRUIN, Kl. St., II, 395); Wijk-bij-Duurstede, 1598, V, 9 (t. z. p., II, 241). — Evenzoo een aantal Duitsche stadrechten.

(2) Amsterdam, 1494 (BREEN, Rbr. A., 293); Brielle, 1445, I, 21 (DE JAGER, Rbr. B., 52); Heenvliet, Ontwerp 1536, 90 (Versl. Rbr., I, 220); Geervliet, Kb., 113 (Versl. Rbr., II, 103); Burchorn, 1489, 7 (POLs, Westfr. Stadr., I, 117); Nijmegen, Kb. A., 190 (KROM en POLs, Rbr. N., 41); Doetichem, Kb., 36 (Versl. Rbr., III, 343); Tiel, 1447, 5 (v. VEEN, Rbr. T., 10); Amersfoort, 1514, 39 (FRUIN, Kl. St., I, 324).

(3) Burchorn, 1489, 9 (POLs, Westfr. Stadr., I, 118); Schellinkhout, O. Kb., 91 (t. z. p., II, 304).

(4) Utrecht, Liber Albus, XXIII en XCV, 2 (MULLER, Rbr. U., I, 18 en 49), waar zij in de oorspronkelijke redactie «ambochtmans» genoemd worden. — Een reeks artikelen uit die Roesse (bv. t. z. p. I, 356). — Het scepenrecht van 1456 zegt: «der scepen ghezworen bode» (t. z. p., II, 229 vlgg.).

(5) Tal van Limburgsche bronnen; Amersfoort, Schepenb., 284 (FRUIN, Kl. St., I, 192); Amersfoort, 1544, 38 (t. z. p., I, 324); Wijk-bij-Duurstede, 1598, V, 2 en VII, 3 (t. z. p., II, 240 en 245); Vianen, Cost. 1570, 15 (Versl. Rbr., II, 188).

(6) In bronnen uit de 16^e eeuw, b.v. Brielle, 1552 (DE JAGER, Rbr. B., 360); Reimerswaal, Cost. 1570, 36 (FRUIN, Rbr. R., 239); Nieuwpoort, 1557, 28 (Versl. Rbr., IV, 32).

dienaer (1). De Vlaamsche bronnen noemen dikwijls den amman of meyere (2), dien ik in Noord-Nederlandsche niet vond. Het tegenwoordig uitsluitend voorkomende deurwaarder is in de middeleeuwsche teksten slechts bij hooge uitzondering te vinden (3), komt pas op in den tijd der Republiek. Andere benamingen ga ik stilzwijgend voorbij, hetzij omdat zij slechts een enkele maal voorkomen (4), hetzij omdat alleen jongere bronnen ze gebruiken (5). — ECKERT in zijn genoemde monographie gebruikt voor het oud-Duitsche landrecht *fronbote*, voor het stadrecht *büttel*; dit is in overeenstemming met de bronnen, die deze termen steeds gebruiken overeenkomstig den *Sachsenspiegel*, die steeds van den „vrône bote” spreekt en in III, 61, § 3 den „butel” noemt. Het oud-Fransche recht heeft den „sergans”, „sergenz” (6). Aan

(1) Breda, 1446 (BEZEMER, Rbr. B., 45); keuren van Oostham (GRAHAY, Cout. de Looz, III, 438 vlgg.); in het Stadb. midd. 16^e eeuw van Steenwijk.

(2) Desseldonc, etc., 1268, § 58 (WARNKÖNIG, II, U. XXXIV); Ter Pieten, 1265, § 3 (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXIV); Brugge, 1330, 25 (GILLIODTS VAN SEVEREN, C. du Franc de Br., II, 84); Veurne, 1615, XLV, 3 (GILLIODTS VAN SEVEREN, Cout. de Furnes, II, 196).

(3) Utrecht, die Roese, LII, 1 (MULLER, Rbr. U., I, 203) (anno 1391). — Men zie voor Utrecht over de boden en busmeesters uitvoeriger, MULLER, Rbr. U., Inl., 195—211.

(4) B.v. «garsoen» in Brugge; «stadtknapan» in Amersfoort (FRUIN, Kl. St., I, 182).

(5) «Clereck» in Zierikzee en Steenberg; «gerichts- of «stadtdiener» bij Groeser en elders in Overijssel; «gefroende bode» in Wijk-bij-Duurstede (FRUIN, Kl. St., II, 71).

(6) Aldus b.v. BEAUMANOIR; Etab. de St. Louis; Coutumier de Normandie; Le Conseil de Pierre de Fontaines; etc. — Uitvoerig handelt over hen: GLASSON, Histoire du droit et des institutions de la France, VI, 400—416. — Ook de in de Fransche taal gestelde Vlaamsche rechtsbronnen, met name de verschillende keuren van 1330, voor een aantal steden in gelijken vorm gegeven, komen hier in aanmerking. — In de oude rechtsbronnen van Luik vinden wij de benaming «boteilhons», «botelhons».

den Latijnschen vorm *bedellus* (1) herinnert het cout. de Normendie, Chap. V, door van „*bedeaulx*” te spreken (2). Naar aanleiding van de hier vermelde titelatuur wil ik er nog op wijzen hoe de dikwijls aangetroffen benaming van stadsbode kan bijdragen om ons van het karakter van het ambt een juist begrip te vormen. Er ligt hierin een aanwijzing, die van elders en vooral uit de formulieren voor den eed (3) van den bode wordt bevestigd, dat het zoowel een rechterlijk als een stadsambt is, dat de bode zoowel tot den rechter als tot de stad in dienstbetrekking staat en aan beide gehoorzaamheid verschuldigd is (4). Dit is trouwens in overeenstemming met het algemeen karakter der middeleeuwsche stedelijke indeeling van rechterlijke- en stedelijke magistratuur. Bovendien lette men er wel op, dat in de middeleeuwsche stad soms andere stedelijke beambten voorkomen, die ook

(1) In verschillende Duitsche stadrechten, o.a. in Dresden (GENGLER, Codex J. M., 890).

(2) Over den bode in hof-, dienst- en leenrecht zie men: ECKERT, t. a. p., 107—112 en de plaatsen bij GRIMM, Weisthümer, VII, 227—228, waar meer dan twintig verschillende benamingen voorkomen, veelal *weibel* of *waibel*. — Een volledig denkbeeld van diens werkkring geeft het recht van Goersdorf (t. z. p., V, 522—528), waarvan vooral § 22 hoogst merkwaardig is.

(3) Men vindt b.v. den eed van den bode te Nijmegen (KROM en POLS, Rbr. N., 85); Wageningen (Versl. Rbr., IV, 494); Hagesteyn (Versl. Rbr., III, 319); Arnhem (Versl. Rbr., II, 505); Brielle (JAN MATTHUSSEN, blz. 82); Abbekerk (POLS, Westfr. Stadr., II, 381); Vollenhove (Overijs. St., D. en M. R., I, 6, blz. 177); ter Horst (HABETS, Limb. Wijsd., 257); Ootmarssum (Overijs. St., D. en M. R., I, 7, blz. 19); Deventer (J. v. VLOTEN, Vijftal lezingen over Deventer, 1866, blz. 151); Erkelenz (Bijdr. en Meded. «Gelre», VIII, 400).

(4) Men zie hierover ook: ECKERT, blz. 85 en 86. — In Utrecht wordt in 1445 bepaald, dat hij zal gekleed «wezen vander stat» (Utrecht, die Roese, CCXLIV, 1 — MULLER, Rbr. U., I, 356).

„bode” genoemd worden, maar wier functie, geheel verschillend van den tot hiertoe door ons bedoelden „bode”, bestaat in het overbrengen van berichten en boodschappen voor de stedelijke overheid, en die dus met hun tegenwoordige naamgenooten overeenstemmen. Een dergelijk ambtenaar vinden wij in de keurboeken van Nijmegen, in den Briel volgens de beschrijving van JAN MATTHIJSSEN (1), in Leiden (2) en elders. Ik noem deze ambtenaren, die met ons onderwerp dus niet in verband staan, om er op te wijzen, dat het hierdoor soms vrijwel onmogelijk wordt om met zekerheid te zeggen of bepalingen, die sommige keurboeken over den stede bode inhouden (3), wel betrekking hebben op wat wij zouden noemen den deurwaarder. — Over het aantal boden, dat in een stad te vinden is, zijn wij slecht ingelicht. Dordrecht heeft er in 1419 een tweetal (4), evenzoo Maastricht in

(1) Blz. 107—109. — MATTHIJSSEN omschrijft uitvoerig zijn plichten en vermeldt den door hem af te leggen eed; hij wordt ook *messagier* genoemd.

(2) Onder den naam bode «mitten busse», het eerst vermeld in Kb. 1450, II, 48. Later zijn er vier in getal, wier aanstelling volgens een keur van 1576 (HAMAKER, Midd. Keurb. van de stad Leiden, 359) bij de burgemeesters berust. Deze keur stelt de boden «mitte ruede» tegenover die «mitte busse». — Cf. MULLER, Rbr. Utrecht, Inleiding, 195—211.

(3) Bv. Schiedam, Kb. 1556, V, 2 (HEERINGA, Rbr. S., 95) bepalende: der stede bode «den heere ende den burghemeesters van der stede wegghen dienstachtich, bereyt, goet ende getrou wesen» zal. — Slaat deze bepaling op den gerechtsbode, dan wordt hierdoor misschien beter dan door iets anders bewezen, dat deze tevens stedelijke beambte is, en onder de stedelijke regeering staat. — Van de beantwoording der vraag, welke bode bedoeld is, zal ook moeten afhangen of men Schiedam, Stadb., 1524, voorschrijvende «dat der stede bode, een nyeuwe cledinghe hebben sal van de stede, om t'anderde jair, van vier Rinsgulden» (Versl. Rbr., V, 256), naast de hierboven geciteerde bepaling uit Utrecht van 1445 mag plaatsen.

(4) Met name genoemd bij FRUIN, Rbr. D., II, 33.

1283 (1), Aardenburg in 1330 (2), Kampen in 1462 (3) en Utrecht in 1445 (4), in deze laatste stad gelijk van ouds. 's-Hertogenbosch heeft er in 1403 een drie-, Leiden en Delft in de 16^e eeuw een viertal (5); Gorinchem naar het handvest van 1409 ten hoogste vier (6). — Het getal twee schijnt dus veelvuldig voorgekomen te zijn, wat ook uit Deutsche plaatsen blijkt (7). Ik ben geneigd om aan te nemen, dat het aantal boden in een bepaalde stad niet vaststond, maar naar de behoefte een of meerderen werden aangesteld (8), hoewel dan toch uit den aard der zaak zich hierbij geen groote verschillen konden voordoen: de beslissing over het aantal berust in dit geval bij hem of hen, die benoemen. Wie dit zijn is uit de bronnen niet met zekerheid op te maken. Volgens de geciteerde bepaling uit het stadboek van Steenwijk van 1609 zijn het de schepenen. Middeleeuwsche berichten hierover bezitten wij, voorzoover ons land betreft, niet in grooten getale, meer uit het buitenland. Het karakter van het bodenamtb brengt mede benoeming door het gerecht, door schout en schepenen. Dit wordt dan ook voor Leiden uitdrukkelijk in de keurboeken gezegd. Een

(1) Die oude caerte, 15 (GRAHAY, Cout. d. l. v. de M., 13).

(2) Aardenburg, 1330, § 7 (VORSTERMAN VAN OYEN, Rbr. A., 57).

(3) Digestum Vetus, 1462 (Overijs. St., D. en M. R., I, 2, blz. 22).

(4) Utrecht, die Roese, CCXLIV, 1 (MULLER, Rbr. U., I, 356).

(5) Kb. 1545, IV, 2. — Keur van 1576 (HAMAKER, blz. 359). — Delft (J. SOUTENDAM, K. en Ord. v. Delft, 13, n^o. I).

(6) VAN MIERIS, Groot Charterb., IV, 129 (art. 12).

(7) B.v. Wertheimer Stadtrecht van 1446 art. 1 (Oberrheinische Stadtrechte, I, 1, 28).

(8) Dit blijkt het geval te zijn in Steenwijk naar Stadb. 1609, I, 33: «De schepenen sullen oock annemen ende holden twe ofte drie stadtdienaers» (Overijs. St., D. en M. R., I, 10, blz. 178). — Het getal drie vindt men ook te Brielle in het jaar 1552 (DE JAGER, Rbr. B., 360).

keur van 1445 (1) geeft de benoeming aan 't gerecht, iets later, in 1450 (2), wordt dit hiertoe onbevoegd verklaard en de benoeming gelegd in handen der vier burgermeesters, om in 1576 (3) weder op het college van schout en schepenen over te gaan. Voor andere steden ontbreken dergelijke uitvoerige gegevens (4). Wat de Duitse steden betreft lezen wij bij ECKERT (5): „Zur Wahl selbst dürften in den weitaus meisten Fällen Richter und Schöffen bezüglich Ratsherren gemeinsam geschritten sein, gelegentlich mögen sich dabei die Stadtherren, z. B. Erzbischöfe ihren Einflusz gesichert haben” (6).

(1) Leiden, 1445 (HAMAKER, 475): «datten voirt an tgerecht up Sinte Pieters avont ad Cathedram, bij den meesten stemmen ende ommevragen des gerechts, kiesen ende setten sullen vier boden».

(2) Leiden, Kb. 1450, II, 32: «dat die vier burgermeesteren alle jair op Sinte Pieters avont ad Cathedram ele een nuwe bode nemen ende kiesen sullen op hem selven, die hem elc gelieft, sonder die scout ende scepenen enich stemme te segghen of bewint dairin te hebben».

(3) Leiden, 1576 (HAMAKER, 359): «dat van nu voorts de boden mit de rueden gecoren ende gestelt zullen worden bi den schout ende acht schepenen in der tijt».

(4) Dat schepenen zonder medewerking van den schout benoemen, komt ook in oudere bepalingen dan het stadboek van Steenwijk van 1609 voor, b.v. te Vollenhove, Handv. 1408, 3 (Overijs. St., D. en M. R., I, 6, blz. 11). Dit artikel toont tevens aan, dat het gebruik van den term: den schout of *zijn* bode, niet tot eene benoeming door den schout mag doen besluiten, omdat niettegenstaande de schepenen in Vollenhove sinds 1408 benoemen, toch in het Kb. A., dat van jongeren datum is, van «den scolte ofte sinen baeden» wordt gesproken (art. 41, t. z. p., blz. 53).

(5) T. a. p., 86. — In een aantal Noord-Fransche steden benoemen de maire en de schepenen (b.v. bij THIERRY, Recueil des Monuments inédits de l'histoire du tiers-état, I^e serie, I, 169; IV, 782).

(6) Een voorbeeld van dit laatste geeft Dortmund, 1343 (GENGLER, Codex J. M., 854), waar de graaf en de stadsraad benoemen, maar wegens niet-nakoming van zijne verplichtingen door den raad alléén ontslag kan worden verleend.

Deze uitspraak wordt niet gedocumenteerd, en de mededeeling kan daarom nuttig zijn van een aantal stad-rechten aan verschillende steden verleend, waarbij aan de stedelijke overheid — immers deze zal door „burgenses” aangeduid worden — het recht om den bode te kiezen wordt gegeven, met uitdrukkelijke uitsluiting van de inmenging van den stadsheer (1). Bevestiging van den gekozone door dezen wijst ECKERT aan te Halle a/S., naar eene bepaling uit het jaar 1463. Een veel uitgebreider bevoegdheid, n.l. die der benoeming zelve, komt hem waarschijnlijk toe in Hagesteyn (2), Gorinchem en de omliggende steden, wier recht daarmede overeenstemt (3). Dit beschouw ik echter als een uitzondering tegenover

(1) Soest, oudste Stadr., § 11: «Quicumque etiam preconem burgenses statuerint, illum advocatus acceptabit» (KEUTGEN, 140).

Bern, Stadr. 1218, § 7: «Illud etiam vobis statuendo promittimus, quod nos nec aliquis successorum nostrorum vobis . . . preconem . . . instituat, sed quos vos cum communi consilio prefeceritis nos tenebimur confirmare» (t. z. p., 127).

Innsbrück, Stadr. 1239, § 3: «Ut nullus iudex sine communi consensu et consilio civium eligatur, nec iudex aliquem praeconem constituat sine consensu et consilio civium praedictorum» (GAUPP, II, 254).

Freiburg im Uechtlande, 1249, § 2: «. . . praeconem per se, nullo ad nos respectu habito, eligent, instituent et destituent, et quidquid super his ordinaverint, id ratum tenemus, et debimus inviolabiliter observare» (t. z. p., II, 83).

Evenzoo: Burgdorf, 1316, § 10 (t. z. p., II, 121); Murten, Stadtrodel 13^e eeuw, § 4 (t. z. p., II, 153); Cham, 1341, § 13 (GENGLER, Codex J. M., 484); Kleef, 1348 (t. z. p., 496).

(2) Hagesteyn, 1382, 49: «Item sullen onse boden jaerlix haer roeden nederleggen opten dach dat wy onse gerechte versetten, ende niet weder aenvaen, wy en bevelent hem» (Versl. Rbr., III, 316). — Ik geef toe, dat de bepaling onduidelijk is. De bedoeling is blijkbaar eene herbenoeming. — Cf. GRIMM, Weisthümer, V, 517 § 1 en § 6.

(3) Zie: C. VAN ZOMEREN, Beschr. der stadt Gorinchem en landen van Arkel, 1755.

het later meest voorkomende geval, dat het gerecht benoemt. Ik zeg het later meest voorkomende geval, want benoeming door den heer zal dikwijls aan de benoeming door de stedelijke overheid zijn voorafgegaan; er zal zich hier dezelfde ontwikkeling vertoont hebben als bij het schepenambt: eerst benoemt de heer (1), daarna wordt hij aan een voordracht van den magistraat gebonden (2), die dan ten slotte zelf het recht van benoeming krijgt. De benoeming geschiedt hetzij voor een jaar (3), hetzij voor onbepaalden tijd (4).

Over verdere bijzonderheden aangaande het bodenamtb die in de bronnen gevonden worden, als vereischen voor hunne benoeming, het verbod om als taalman op te treden (b.v. in Brielle, Delft, Leiden, Groningen), hun uitvoerig door keuren vastgestelde belooning voor verichte werkzaamheden, en tal van andere, zwijg ik verder, omdat het voor ons onderwerp niet noodig is hierop nader in te gaan, en omdat de meermalen genoemde studie van ECKERT er een denkbeeld van kan geven. Alleen zij hier nog opgemerkt, dat een rechtspraak voor zaken van geringe beteekenis, als door schrijver voor tal van Duitsche steden wordt aangenomen (5), ook in Nederlandsche bronnen een enkele maal voorkomt. Duidelijk is in dit opzicht het oudste keurboek van Dordrecht (6),

(1) Benoeming en ontslag behoort aan den stadsheer naar het priv. van JAN II van Kleef voor Sevenaer van 1487, § 1 (TESCHENMACHER, *Annales Cliviae*, 1721, *Cod. Dipl.*, 24).

(2) Cf. Ter Horst, *Oud Priv.*, 45 (HABETS, *Limb. Wijsd.*, 253).

(3) B.v. Kleef, 1368 (GENGLER, *Codex J. M.*, 496); Leiden, 1445 (HAMAKER, *Midd. Kb. Leiden*, 475).

(4) Leiden, 1576 (HAMAKER, *Midd. Kb. Leiden*, 359).

(5) T. a. p., 104-105.

(6) Dordrecht, Kb. 1401, 175: «Item zullen der stede boden recht doen tusschen twyer man tael tot X scellinge Hollants toe, ende daerbeneden, op alsulke costume als van outs haercomen is» (FRUIN, *Rbr. D.*, I, 57). — Hetzelfde in het middeleeuwsch Italië. (E. MAYER, *Ital. Verfass. Gesch.*, II, 509).

waar, zooals uit den tekst blijkt, zulks van ouds gebruikelijk was.

§ 5. Belangrijker voor ons is de vraag, of — afgezien nu van de dagvaarding door den rechter — steeds de bode met uitsluiting van ieder ander tot het uitbrengen der dagvaarding bevoegd is, of om de vraag anders te stellen: komt ook dagvaarding door een ander dan den bode voor en is deze rechtsgeldig? De vraag moet bevestigend worden beantwoord, hoewel ik slechts enkele bepalingen vond, die eenig licht kunnen geven.

Het oud-Germaansche recht kent onder den met de executie belasten ambtenaar personen, die onder zijn verantwoordelijkheid hem hierbij behulpzaam zijn. Meestal zijn het onvrijen, die feitelijk executeeren en in privaatdienst staan van den graaf of schout. Dit zelfde wordt voor den vrône bode van het oud-Duitsche recht aangenomen (1) en evenzoo voor den stadsbode. Deze heeft in privaatdienst knechten onder zich, die hem behulpzaam zijn bij verschillende werkzaamheden, maar rechtens niet in zijn plaats kunnen treden. Tot ambtshandelingen is alleen de gezworen bode bevoegd. ECKERT noemt ons een uitspraak uit Stendal, die het duidelijk aldus zegt: „Mer wat des sculteten bode dede, de to deme richte nicht ghesvoren heft, dat en darf man nicht halden von rechtes weghene” (2). Ook uit het rijke Maagdenburgsche recht blijkt, dat wel de fronbode tot dagvaarding bevoegdheid heeft, maar niet diens knechten (3). Hiernaast blijft

(1) Zie ECKERT, t. a. p., 32—35.

(2) ECKERT, t. a. p., 84. — Cf. Stadrecht Erkelenz, 16^e eeuw: «Der botte, der tottem gericht gehoirt, sall geschwoirn sijn, want geschreven steit: wer tottem gericht gehoirt, der sall mit dem eid bestedigt werden» (Bijdr. en Meded. «Gelre», VIII, 399).

(3) PLANCK, Gerichtsv., I, 350.

echter de mogelijkheid open, waarop geen der schrijvers wijst, dat de bode een knecht, onderbeambte, heeft, die beëdigd wordt en daarna tot ambtsverrichtingen, met name ook het uitbrengen van dagvaardingen, als plaatsvervanger van den bode, bevoegd is. Het beslissende moment om deze laatste bevoegdheid aan te nemen, zie ik derhalve in de beëdiging en dit sluit zich aan bij de zinsnede uit Stendal; immers, heeft de beëdiging plaats gehad, dan is hij niet meer te rekenen onder hen „de to demerichte nicht ghesvoren” hebben en staat niets hem meer in den weg om het bodenampt waar te nemen (1). Een bode is de aldus beëdigde persoon niet, er ware dan geen aanleiding geweest om hem in de bronnen afzonderlijk te noemen. De wijze, waarop ik mij het ontstaan van dezen onderbeambte voorstel, verklaart mij tevens waarom hij zoo zelden genoemd wordt. Alleen historische beschouwing kan dit instituut een aannemelijke verklaring verschaffen: de bode heeft van ouds privaathelpers onder zich en uit dezen ontwikkelt zich de beëdigde helper, die daardoor een ambtelijk karakter krijgt, eene ontwikkeling die als volkomen analogie te beschouwen is van die, waardoor de bode zelf ontstond. Want ik neem aan, dat hij op zijn beurt ook ontwikkeld is uit den privaten knecht, die den met de executie belasten schout bij zijn verrichtingen ter zijde stond, na beëdiging gezwoeren bode werd en als zoodanig ambtenaar, aanvan-

(1) Het vereischte der beëdiging staat in verband met het bewijs der dagvaarding door den eed van den bode. Wij kunnen in dit verband misschien wijzen op art. 26 van de coutume van Amiens uit de 13^e eeuw: «Nulle semonce, qui sont faite des sergans le maieur, ne vault, fors des IIII sermentés ou de l'un d'aus, ne ne porte recort qu'il soit semons, dont on puist amende lever» (THIERRY, Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers-état, I^e Serie, I, blz. 161).

kelijk alleen onder den schout, zijn vroegeren meester, later ook onder het stedelijk bestuur. Ik herinner in dit verband aan den term „schout of *zijn* bode” en aan de veelvuldig voorkomende benaming van *stadsbode*. Is de bode niet langer in staat zijne functies alle zelf waar te nemen, dan is de meest voor de hand liggende oplossing het aanstellen van een tweeden, of verderen, opdat door hen gezamenlijk de bodendiensten kunnen worden uitgeoefend. Dit zal dan ook de wijze geweest zijn, waarop men in de meeste steden hulp heeft verschaft, maar op enkele plaatsen zal een ander proces zijn gevolgd door aansluiting aan bestaande toestanden, waardoor zich de ontwikkeling, waaruit de bode was ontstaan, herhaalde. Die bestaande toestand was deze, dat de bode private hulp had in door hem aangestelde knechten, die onder zijn verantwoordelijkheid hem ter zijde stonden, maar juist wegens dit private karakter der dienstbetrekking en het ontbreken eener beëdiging voor zelfstandig optreden onbruikbaar waren. Door hen te beëdiggen werd in dit gebrek voorzien en dit middel greep men aan om in de behoefte te voorzien. — Waar vinden wij nu dezen beëdigden knecht van den bode, aan wien de bevoegdheid om rechtsgeldig op te treden toekomt? Bij de dagvaarding wordt hij uitdrukkelijk genoemd in een keur van 1330 voor het vrije van Brugge: „Item tous homs qui sera amonestez ou citez en la vierscare par lamman ou par ses varles jurez pardeuant bailli et escheuin” (1). In de tweede plaats verdient het belangrijke recht der Zuid-Duitsche stad Murten, een der dochtersteden van Freiburg i. B., de aandacht. Het noemt op verschillende plaatsen (2) de dagvaarding door den praeco „per se vel

(1) GILLIODTS VAN SEVEREN, C. du F. d Br., II, 84.

(2) Stadtrodel 13^e eeuw, § 35 en 40 (GAUPP, II, 158 en 159); Handv. van 1377, § 30 (GAUPP, II, 166).

per suum certum nuncium", „per se vel per alium suum certum nuntium", „per preconem vel per eius certum nuncium", en hiermede moet op denzelfden gedoeld zijn. En ik kan geen andere verklaring vinden voor den gemachtigde van den bode, die naar het keurboek van Hoorn van 1528 (1), tot dagvaarden bevoegd is, al wordt dan ook niet van zijne beëdiging gesproken.

Deze mogelijkheid, dat de bode door een beëdigden knecht wordt vervangen, waarbij verschillende punten duister blijven en waarover de bronnen een zeer onvoldoende licht werpen, vormt een tusschenvorm tusschen de dagvaarding door den bode, die als regel te beschouwen is, en die door een gewoon burger. Ook deze ontmoeten in de middeleeuwsche procedure en hierop moeten wij dus nog met een enkel woord wijzen. Vooreerst regelen de bronnen het geval, dat de bode niet disponibel is, „dat onser stadt geswaeren bade enyge tit niet thoe hues en weer, off dat syns gebreck weere enigerhande wiss" (2); wat vooral tot moeilijkheden moest leiden bij de op snelheid gerichte bekommering van vreemden. — Is op deze wijze de hulp van den bode niet te verkrijgen, dan mag een poorter in zijn plaats

(1) Hoorn, Kb. 1528, art. 69: «Item die ghedaecht is van den bode of sijn ghemachtichde» (POLS, Westfr. Stadr., II, 87). — Nog twijfelachtiger is art. 2 van het reeds vroeger door mij genoemde en in verschillende opzichten merkwaardige stadrecht van Landshut in Beieren, waar wij zoo algemeen mogelijk lezen: «Item quod apparitor seu praeco civitatis potest auctoritatem suam dare cuicumque placuerit, pro debitis civium, ut eisdem det pignora et exerceat alia in omni jurisdictione et dominio nostro pro rebus civium vehendis» (GAUPP, I, 152; GENGLER, 233).

(2) Doetichem, Kb., art. 36 (Versl. Rbr., III, 343). — In het hofrecht vinden wij voor hofgenooten onderling soms hetzelfde (b.v. GRIMM, Weisthümer, V, 176).

optreden. JAN MATTHIJSEN (1) stelt voor de bekommering door een poorter zelfs niet als vereischte, dat de bode in de onmogelijkheid is om het te doen, maar laat haar in het algemeen toe door den rechter, den bode, en ieder die poorter van Den Briel is, terwijl hij voor den rechtsingang tegen poorters alleen de beide eerstgenoemden toelaat. Beprekter zijn dus de bepalingen, waarnaar bij gebreke van den bode een poorter mag bekommeren, of hiertoe op verzoek verplicht is, zelfs op straffe van een boete. — Hetzelfde vinden wij voor de dagvaarding van een poorter ook in het zoeven genoemde keurboek van Doetichem. Toch schijnt in het proces tusschen poorters een neiging aanwezig te zijn om den bode bij verhindering niet door een poorter te vervangen, maar door een ambtenaar, waarschijnlijk omdat men weer een beëdigd persoon wenschte. Wij vinden hiervoor ambtenaren aangewezen, wier gewone functiën hen hiervoor in de eerste plaats in aanmerking deden komen, b.v. „des stadts lopende bode” (2), een der gezworenen (3), ambtenaren die in talrijke steden voorkomen en verschillende justitieele werkzaamheden verrichten.

Eindelijk is te noemen de besteding van de dagvaarding aan den minstbiedende, meestal voor het geval dat de te

(1) Blz. 86. — In overeenstemming met het handvest van 1343 (v. MIERIS, Charterb., II, 674). — Men zie ook Excursus II van de uitgave van MATTHIJSEN in de O. Vad. Rbr.

(2) Wijk-bij Duurstede, Ord. 1598, V, 9 (FRUIN, Kl. St., II, 241).

(3) B.v. Freiburg im Uechtlande, 1249, § 124 (GAUPP, II, 103). — Als op zich zelf staande bepaling is te noemen een keur van Burchorn, afgedrukt bij POLS, Westfr. Stadr., II, 412, welke den gezworenen blijkbaar ook buiten het geval van verhindering van den bode het recht geeft om te dagvaarden: «Item een yegelijcken van de gesworen van Burchorn die sullen mogen beg. off dagen gelijcken den gesworen bode van Berchorn, indien dat sy dat doen willen, behoudelyken die bode sijn boetpenning ende dat den boet toebehoirt».

dagvaardden persoon buiten de stad woont (1), waarbij soms bepaald wordt, dat alleen de poorter dit zal mogen aannemen (2). Dit besteden aan den minstbiedende van te verrichten werkzaamheden komt in het oudere recht ook in andere gevallen voor. In het hier bedoelde geval geschiedt het door den schout (3).

§ 6. Het middeleeuwsche proces is een mondeling proces, mondeling in al zijn deelen. Niet alleen de dingtalen, door partijen of hun voorspraken gevoerd, maar alle processueele handelingen hebben mondeling plaats. En alléén mondeling, schriftelijke mededeelingen, van wien ook uitgaande of aan wien ook gericht, zijn in elken stand van het geding uitgesloten. Ook het verkeer met afwezig en heeft niet door schrift plaats, maar door mondelinge boodschap, zoo — wat ons hier meer bijzonder belang inboezemt — de dagvaarding.

BEAUMANOIR zegt het zeer nauwkeurig, wanneer hij als tegenstelling met het even te voren beschreven kanonieke proces, zich aldus uitdrukt: „Mes de tout ce ne fait on rien en court laie selone nostre coustume de Beauvoisins, car l'en ne plede pas par escrit; ainçois convient fere sa demande ou sa requeste sans escrit et recorder toutes

(1) B.v. Schellinkhout, O. K., 93 (POLS, Westfr. Stadr., II, 305); Hoorn, oud-Keurb, 77 (t. z. p., II, 36); Ketel, 1551, art. 3 (Versl. Rbr., III, 570); Leiden, Kb. 1545, IV, 43 en 73).

(2) B.v. Burghorn, (POLS, Westfr. Stadr., II, 414).

(3) Is de dagvaarding door een gewoon burger uitgebracht in gevallen, waarin hem hiertoe niet de bevoegdheid is toegekend, dan is zij nietig en wordt als niet gedaan beschouwd. Een vonnis uit Dordrecht van 1403 (FRUIN, Rbr. D., II, 1) geeft hiervan een voorbeeld, nadat eischer de dagvaarding heeft doen uitbrengen door «ROBBRECHT sijn knecht, van sinen weghe ende van hem gemachticht». Schepenen spreken als recht, dat de gedaagde «gheen wete ghehadt en heeft, als recht is».

les fois que l'en revient en court" (1). De groote plaats, die het bewijs door „record" in het Fransche en dat door „Gerichtszeugnis" in het Duitsche bewijsrecht inneemt, is alleen door het streng vasthouden aan het beginsel der mondelinge procedure in al haar deelen te verklaren.

In beginsel blijft gedurende de middeleeuwen de procedure mondeling, en ontleent hieraan haar in veel opzichten eigenaardig karakter. Toch moet men zich omtrent het voortbestaan van het mondeling gevoerde proces geen al te groote denkbeelden maken en is in het algemeen het bestaan eener schriftelijke procedure eerder te stellen dan dikwijls wordt gemeend. De opvolging, die ten aanzien van schriftelijke stukken heeft bestaan, moet wel die geweest zijn van verbod, toelating, gebod; toelating dan allereerst voor de meer belangrijke zaken. Na de toelating wint het gebruik van schrift vrij spoedig veld, en in den strijd tusschen mondeling en schriftelijk proces, in de bronnen der 15^e en 16^e eeuw telkens weer opduikend, overwint het laatste, en overwint afdoende, het allerlaatste mondelinge stukje in ons gewoon burgerlijk proces, het pleidooi, vertoont een neiging om als pleitnota schriftelijk te worden en daardoor een deel van zijn beteekenis in te boeten. Wij kunnen deze verandering, waarbij de invloed van het kanonieke proces — bekend en verspreid in elk deel van het land — zich in de eerste plaats zal hebben doen voelen, niet in bijzonderheden nagaan. Ik spreek van verandering, want met eene ontwikkeling van het een uit het ander hebben wij hier niet te doen; er is niet anders dan een chronologische opvolging met een overgangsstadium van gemengd karakter. Het zuiver Germaansche systeem, dat het mon-

(1) BEAUMANOIR, Cout. de Beauvaisis, 211.

delinge en openbare proces kende als elkander noodzakelijk aanvullend, zóódanig dat het een met het ander staat of valt, heeft voor Romaansche beginselen het veld moeten ruimen. Ik wensch alleen nog in verband met ons onderwerp over het mondelinge der middeleeuwsche procedure enkele opmerkingen te maken.

Eene schriftelijke dagvaarding heeft vooreerst het voordeel, dat een vaak lastig bewijs, dat zij behoorlijk is uitgebracht, daardoor wordt vermeden (1), omdat het stuk dat de gedaagde in handen houdt alle moeilijkheden oplost, vooral wanneer dit afschrift als oorspronkelijk geldt. Vandaar dat het middeleeuwsche recht zich verplicht ziet dit bewijs opzettelijk te regelen, en dus het ter sprake zijnde beginsel genoodzaakt heeft tot het opstellen der regelen over de beëdigde verklaring door den bode van wat hij heeft verricht, over de tegenwoordigheid van getuigen bij de dagvaarding en over de hiertegenover staande bevoegdheid van den gedaagde om zich op onwetendheid te beroepen, die ons weldra nog zullen bezighouden. Maar behalve als bron, waaruit een aantal instituten, die het moderne recht geheel kan voorbijgaan, zijn voortgekomen, dient het mondelinge der dagvaarding ook beschouwd te worden in verband

(1) Het zal dan ook mede hierom zijn, dat veelal voorgeschreven is, dat de stedelijke klerk of secretaris de dagingen in een register moet aantekenen, zulks door de bemoeiingen van den bode. Ook deze moet naar latere bepalingen een repertorium houden, gelijk onze deurwaarder. — Men zie b.v. MATTHIJSEN, Rb. v. d. Briel, blz. 137; Edam, Kb. 1467, 83 (Versl. Rbr., III, 145); Amersfoort, 1544, 39 (FRUIN, Kl. St., I, 324); Wijk-bij-Duurstede, 1598, V, 3; VII, 3 (t. z. p., II, 240, 245); Schiedam, Kb. 1556, II, 1 (HEERINGA, Rbr. S., 90); Zierikzee (BEZEMER—DE BLÉCOURT, Rbr. Z., 430). — Ook in Duitsche rechten treffen ons dergelijke bepalingen (b.v. Oberrh. Stadtr., I, 3, blz. 644).

met de voor inhoud en vorm gestelde vereischten van de oproeping in rechte. Wat het eerste betreft, is een wisselwerking aanwezig, want brengt aan den eenen kant het karakter van het Germaansche proces mede, dat eischer eenvoudig zijne tegenpartij voor den rechter roept om dâar te hooren over welk onrecht geklaagd wordt en hij zich dus te verantwoorden zal hebben, en is deze eenvoudige mededeeling evengoed mondeling als schriftelijk te doen, aan den anderen kant komt het mij niet onwaarschijnlijk voor, dat het formeele procesrecht in dien zin op het materieele heeft ingewerkt, dat juist de mondelinge citatie zich lang tegen meer uitgebreide motiveering door den eischer reeds bij de oproeping in rechte heeft verzet. Naar het oudste recht geeft eischer aan wât hij vordert, niet wâarom, en het is merkwaardig met welk een moeite en hoe langzaam pas later vereischten om de dagvaarding te motiveeren in het recht worden opgenomen (1). Het wezen van het Germaansche proces brengt dit mede en daarin is in de eerste plaats de verklaring te zoeken, maar het is niet anders mogelijk dan dat de mondelinge dagvaarding mede heeft gewerkt om de vereischten in dit opzicht lang zeer laag te blijven stellen. Voorzover de dagvaarding zekere mededeelingen moet inhouden, zeggen de bronnen, dat de bode ze moet „noemen” (2).

Wat den vorm der beteekening betreft, heeft ook de omstandigheid, dat zij mondeling plaats had, haar invloed gehad; zoo worden hierdoor vormen van beteekening

(1) BEAUMANOIR 198 gaat in dit opzicht reeds zeer ver: «Qui veut demander muebles et chateus . . . doit dire reson pour quoi il le doit avoir». — Cf. mijn proefschrift, blz. 184.

(2) Aldus b.v. de Hollandsche tekst van het handvest van Haarlem van 1245 en de daarvan afgeleide West-Friesche Stadrechten, afgedrukt bij POLS. — Latijnsche rechtsbronnen gebruiken ook «nominare».

mogelijk, die bij het vereischte van schrift zeker niet toegepast zouden zijn, gelijk zij in moderne wetten niet meer gevonden worden; ik denk b.v. aan de dikwijls voorkomende dagvaarding in de kerk.

De beteekening van den dag van rechte, in de procedure tusschen burgers — wij letten steeds alleen op deze — meestal „dagen” (in het Westen) of „bieden” (in het Oosten van ons land) genoemd, wordt algemeen ook aangeduid door „een wete doen” (1). De naam wordt afgeleid uit de omstandigheid, dat de bode den gedaagde den dag van verschijning laat weten (2). Deze wete, oorspronkelijk een mondelinge aankondiging, wordt later ook het schriftelijk exploit, hoewel daarvoor veelal weetbrief wordt gebruikt (3). Lektuur der bronnen vestigde bij mij den indruk, dat schriftelijke dagvaarding eerder in zwang is gekomen, wanneer de gedaagde ver verwijderd, dan wanneer hij binnen de poort te vinden was. Opmerkelijk is in dit opzicht b.v. het voor Wijk-bij-Duurstede vastgestelde tarief voor het loon van den bode (4). Eerst

(1) Den term «dagvaarden» zelf vinden wij alleen in de bronnen van de 16^e eeuw en later; b.v. Amersfoort, Ord. 1544, 38 (FRUIN, Kl. St., I, 324); Reimerswaal, Voorb. 1564, 76 (FRUIN, Rbr. R., 110); Rotterdam, Cost. 1570, 5 (Versl. Rbr., IV, 556); Zierikzee, Ord. 1579, 2 (BEZEMER—DE BLÉCOURT, Rbr. Z., 410); Steenwijk, Stadb. midden 16^e eeuw, I, 21 (Overijs. St., D. en M. R., I, 10, blz. 20).

(2) Heel aardig is uit dit oogpunt een formulier van dagvaarding uit Harderwijk (BERNS, Rbr. H., 167): «Wy laten u hieromme weten, dat ghy coemen bijnnen XIIIII dagen dairnae, dat ghy dese wete hebben»

(3) De ord. van 1598 voor Wijk-bij-Duurstede laat zoowel mondelinge als schriftelijke dagvaarding toe, maar op verzoek van den gedaagde moet de bode hem een afschrift laten (V, 7). Beide worden in V, 9 tegenover elkander gesteld: «die citatiën ofte inthimatiën, tsy by monde ofte weetbrieven» (FRUIN, Kl. St., II, 241).

(4) Poortboek, CXXXII (FRUIN, Kl. St., II, 70).

wordt daarin gesproken van „een weet in die kerck”, van „bieden aen den recht op rechte dagen” en daarna van „weetbrief te dragen” en dit laatste wordt berekend „die mile enen stoter”, slaat dus zonder twijfel op een gedaagde, die buiten de poort vertoeft. Ook zijn, waar in het oudste keurboek van Dordrecht van 1401 en andere oude bepalingen uit die stad (1) van schriftelijke dagvaarding wordt gesproken, steeds gevallen, dat de gedaagde buiten de stad woont, bedoeld (2). Overigens is het tijdstip van de vervanging van de mondelinge door de schriftelijke niet in het algemeen aan te geven, en van opsomming waar en wanneer wij het een en het ander vinden, onthoud ik mij, daar het resultaat de moeite hiervan niet zou loonen, en te groote onvolledigheid door gebrek aan berichten haar toch waardeloos zou doen zijn. Zooveel is zeker, dat tot het begin der 15e eeuw de mondelinge boodschap het algemeen voorkomende is en op vele plaatsen dit nog langen tijd daarna zoo blijft (3).

(1) Kb. 1401, artt. 157 en 186 (FRUIN, Rbr. D, I, 51 en 63); keur 1435 (t. z. p., I, 110); onged. keur (t. z. p., I, 236). Eene schriftelijke dagvaarding wordt daar ook genoemd in een vonnis van 1455 (t. z. p., II, 129), en voor de hooge vierschaar van het baljuwschap Zuid-Holland in een vonnis van 1429 (t. z. p., I, 103).

(2) Ook de stadrechten van Villingen zijn in dit verband zeer leerrijk. In deze toch vindt men in beginsel eene mondelinge oproeping; maar, wanneer gedaagde een buitenpoorter is, geschiedt het door een brief van den schultheiss door den bode beteekend: Stad., 1374, §§ 88 en 95; Stad. 1592, § 20 (Oberrh. Stadtr., II, I, 63, 65 en 174). — Men zie ook: Brünn, Schöffeb., 125 (RÖSSLER, Stadtr. v. Brünn, 64), waar de dagvaarding geschiedt «voce praeconis», echter «per litteras» wanneer gedaagde «forte in alio loco residentiam habet».

(3) Cf. GLASSON, t. a. p., VI, 461—467 over het mondelinge der procedurê in het algemeen, en 479—480 over de dagvaarding; A. KÜHLMANN, Romanisierung des Zivilpr. in Bremen (GIERKE'S Untersuchungen zur D. Staats- u. Rechtsgesch., XXXVI), blz. 70.

§ 7. Zooals uit enkele opmerkingen in de vorige paragraaf reeds blijkt, is de inhoud der dagvaarding niet groot. Dit hangt samen met het geheele systeem van het middeleeuwsche actiënrecht en het zich daarbij aansluitende bewijsrecht, zooals beide op zoo meesterlijke wijze door LABAND in zijn in 1869 verschenen boek „Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters” zijn geschetst (1).

Naar geldend recht beheerscht de dagvaarding het proces, door de bepaling, dat de eisch voor geen verandering of vermeerdering, maar alleen voor vermindering of wijziging vatbaar is, in hoofdzaak het geheele proces. De eerste der gewisselde conclusiën is als regel een copie daarvan; de dagvaarding is de vorm, waarin een eisch wordt ingesteld, de wijze, waarop van den rechter de erkenning van een beweerd recht wordt gevraagd. Natuurlijk wordt daarin ook de rechtsdag uitgedrukt, maar op dien dag zelf verneemt de verweerder niets nieuws. In de middeleeuwsche procedure is dit anders. De gedaagde verneemt uit de wete wat van hem wordt gevraagd, met het oog op te leveren bewijs kan eischer dit motiveeren, maar als grondslag van het geding is deze oproeping niet te beschouwen. Op den bepaalden rechtsdag doet eischer na daartoe gevraagd verlof zijn klage. Hij is hierbij wat het gevorderde betreft aan de opgave bij het doen der wete gebonden, in zooverre, dat bij vermeerdering de gedaagde van den antwoordsplicht is ontslagen (2), maar een het geheele proces beheerschende handeling is het doen der klage evenmin als dat der wete. Eischer moet mededeelen over welk onrecht hij meent zich te

(1) Belangrijke gegevens in dezelfde lijn zijn te vinden bij R. LOENING: «Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen» (1880).

(2) Zie mijn proefschrift, blz. 168, waar bewijsplaatsen hiervoor zijn genoemd.

moeten beklagen, hij moet dit nauwkeurig doen en in voor den gedaagde begrijpelijke bewoordingen, maar tot motiveering is hij niet verplicht. Hij vordert bij de klage dan ook niet, dat de rechter zijn tegenpartij tot deze of gene praestatie zal veroordeelen, maar hij vraagt van den rechter een antwoordsbevel, om pas na de verneming van de middelen van verweer, van zijn zijde tot motiveering en aanbieding van bewijs over te gaan. Dit is het principieele verschil, wat den inhoud der dagvaarding betreft, tusschen het Germaansch-middeleeuwsche en het hedendaagsche procesrecht, dat hij in het eerste niet, in het laatste wèl uitsluitend de basis vormt van het te voeren geding.

Het ligt niet in den opzet van deze verhandeling om deze punten uit te werken en te documenteeren. De dagvaarding in het middeleeuwsche proces vervult feitelijk geen andere rol dan die van een oproeping in rechte, zooals het omschreven wordt in het coutumier de Normandie (1): „Semonse est vn commandement qui est faict a auleun a certains termes tant de lieu que de temps”. De bepaalde dag moet een open dag zijn, een dag waarop recht gedaan mag worden (2). Als gesloten tijden worden beschouwd zon- en feestdagen en een groot aantal dagen, die met den godsdienst in verband staan en in de bronnen meer of minder uitvoerig opgegeven

(1) Chap. 61.

(2) Verschillende beantwoording vindt de vraag hoe te handelen, wanneer de beteekende dag een gesloten dag is. Of de oproeping heeft geen effect, of zij wordt gerekend tegen de eerstvolgende zitting gedaan te zijn. Ook na de Middeleeuwen wordt verschillend hierover geoordeeld. — Cf. S. v. LEEUWEN, R. H. R., V, XVII, 6; S. v. LEEUWEN, Man. van Procederen, I, 5, 7; Cost. v. Rijnland, art. 83; MERULA, Man. v. Proc., IV, XXIV, 14, n^o. 41; WIELAND, Praktijke Civ., II, 8.

worden (1). Uit de overblijvende moet dus de keuze gedaan worden; hierbij zijn echter twee gevallen te onderscheiden. Het van ouds eenige malen per jaar gehouden echte ding is weldra voor de toenemende hoeveelheid rechtzaken onvoldoende geworden. Er vormden zich daarnaast met kortere tusschenruimte terugkeerende rechtzittingen, welke hetzij op bepaalde dagen in de week, hetzij wanneer de behoefte er aan zich voordeed, werden gehouden. Het eerste is het meest voorkomende; talrijk zijn de bepalingen der stedelijke rechtsbronnen, waarin de dagen, waarop het gerecht zitting zal houden, eens en voor al worden vastgesteld (2). In de steden, die dezen toestand kennen, zijn twee wijzen denkbaar, waarop de dag, dat de zaak zal dienen, bepaald kan worden. Wij kunnen ons denken, dat de rechter bij zijn opdracht aan den bode om den gedaagde de wete te doen, ook tevens zelf den dag aangeeft, die beteekend moet worden, maar evenzeer ware het denkbaar, dat dit laatste aan den eischer wordt overgelaten. Naar middeleeuwsch recht heeft de dagbepaling plaats door den rechter (3). Wij

(1) De grootste lijst «van vierdagen ende vacantien als geen recht gehouden word» vindt men wel bij H. CROESER, *Ontw. stadr. Campen*, blz. 7—9. — De *Sachsenspiegel* spreekt van «gebundenen tagen» (II, 11, § 4).

(2) Over deze punten handelt uitvoerig de 4^e Bundel der «Bijdragen» van Prof. FOCKEMA ANDREAE. — Over de juiste beteekenis van een Leidsche orden. van 1536 (HAMAKER, blz. 343): «alsoe die dagen van der poordingen voert an niet onderhouden en zullen worden, naevolgende de kuer dair van wesende, die alsnu gesurceert wordt, dat daer omme eenen ygelicken sal moegen doen dagen ende beclagen alle de poerters ende inwoenders deser stede tot allen tijden, als hem des believen zal» zie men Mr. NORTIER, *Burg. Proces binnen Leiden*, 36—41. Het artikel is eigenaardig gesteld, maar niet in strijd met het in den tekst geschrevene.

(3) Cf.: *Rechtsb. van RUPRECHT v. FREISING*, 72 (Uitg. von MAURER blz. 87): «der richter ainen tag geit vnnnd der pütel fürpeut».

kunnen ons hieromtrent het best een beeld vormen door het aanknoopen van een enkele beschouwing aan den termijn van dagvaarding. — Deze moet naar hedendaagsch recht door den eischer als minimum worden inachtgenomen, maar niets belet hem op langer termijn te dagvaarden, waartegenover gedaagde echter kan anticipceeren. Dat nu juist dit laatste in de middeleeuwsche bronnen slechts hoogst zelden voorkomt (1), moet reeds een aanwijzing zijn, dat daar over den termijn van dagvaarding een andere gedachtengang wordt gehuldigd. Dit blijkt bij nader onderzoek dan ook inderdaad zoo te zijn. Gedagvaard wordt tegen den eerstvolgenden rechtsdag, met dien verstande, dat de termijn in acht genomen moet worden. Met dezen termijn moet de rechter bij het bepalen van den dienenden dag rekening houden; hij moet hem aldus vaststellen, dat er tijd overblijft om den gedaagden behoorlijken tijd vooraf op te roepen, maar willekeurig verlengen is niet toegestaan. Gedagvaard moet dus worden tegen den eerst mogelijken rechtsdag. De bronnen toonen dit duidelijk aan. In de eerste plaats dient gewezen op een keur uit Haarlem van 1392, waar den rechter voorgeschreven wordt, dat hij ter zake van „broken, koren of van twiste” op geen langer termijn

(1) Het moederhandvest van Haarlem van 1245 is hier te noemen: «Oppidanus vero citatus potest diem citacionis anticipare et breviare; sed de jure cedunt ei due ebdomade», en de hieraan ontleende handvesten. — Ook de latere keurboeken van Haarlem, en de steden, die met haar recht begiftigd zijn, hebben bepalingen in dezen zin. — Iets beperkter is de Delftsche dingtaal, door anticipatie niet toe te laten «als een den anderen doet daghen op kennisse van scepenen of op beloefde hant» (N. Bijdr. voor Regtsg. en Wetg., 1878, blz. 174). — Cf. voor Brabantsch recht: v. COETSEM, Droit pénal au XIII siècle dans l'ancien duché du Brabant, 148 (Si breviorum diem accep-taverit).

dan veertien dagen mag dagvaarden (1). Uitdrukkelijk dus het middeleeuwsche systeem in de wet neergelegd. — De termijn is in de middeleeuwsche procedure kort; hij loopt natuurlijk uiteen, maar wanneer wij herhaaldelijk dagvaarding tegen den volgenden dag (2) of tegen den derden dag (3) zien, zullen wij toch in het algemeen kunnen stellen, dat de termijn kort was. Langer is hij juist daar, waar het recht van anticipatie voorkomt, in Haarlem en dochtersteden. Hier was de gewone termijn tusschen poorters 14 dagen (4). — Waar de dagvaarding eene eenvoudige oproeping is om te verschijnen, is een korte termijn verklaarbaar; langeren tijd om zich op verdediging voor te bereiden, waartoe in theorie de langere termijnen in het hedendaagsche recht gegeven zijn, behoeft gedaagde niet. De korthed van den termijn en het beginsel, dat deze niet uitsluitend als minimum geldt, maar het aantal dagen aanwijst, dat tusschen oproeping en verschijning moet liggen als minimum en

(1) Haarlem, 1392: «Item so mach die rechter daghen doen wie hi wil ende wanneer hi wil binnen der weke die hi anespreken wil van broken koren of van twiste vans rechts wegghen, ende en genen dach langer legghen dan binnen XIIIII dagen» (ENSCHEDE, Keurboeck, blz. 38).

(2) B.v. Nijmegen, keur van 1406 (KROM en POLS, Rbr. N.); Arkes, Priv. 1231, § 16 (WARNKÖNIG, III, U. CLXVI); Dordrecht, Kb. 1401, art. 158 (FRUIN, Rbr. D., I, 51); Dordrecht, keur van 1455 (t. z. p., II, 131); Vollenhove, Kb. C, artt. 97 en 98 (Overijs. St., D. en M. R., I, 6, blz. 135); Zwolle, Stadb. I, art. 29 (t. z. p., I, 12, blz. 22); Zwolle, Stadb. II, art. 120 (t. z. p., I, 12, blz. 151); Putten, Cost. (Versl. Rbr., III, 493); Vianen, Cost. (Versl. Rbr. II, 136); Westwolder Landr. 1470, XI, 5 (RICHTHOFEN, Fr. Rq., 271); Murten, Priv. 1377, § 17 (GAUPP, II, 164); Straatsburg, 11^e eeuw, § 26 (GAUPP, I, 54; F. KEUTGEN, 94). — Speciaal aldus Geldersche bronnen.

(3) Aldus met name tal van Vlaamsche bronnen uit de dertiende eeuw.

(4) Cf. POLS, Westfr. Stadr., Inl., CIII.

maximum tegelijk, leiden er toe, dat met vaste dagen, waarop recht wordt gehouden, vaste dagen gepaard gaan, waarop de weten gedaan worden (1). De termijn wordt in middeleeuwsche bronnen dan ook dikwijls aldus geformuleerd, dat eenvoudig de dag genoemd wordt, waarop tegen de volgende terechtzitting gedagvaard moet worden. Er is alleen dan in zoover soms eenige speling, dat hiertoe een paar dagen genoemd worden (2). Andere bronnen spreken hetzelfde beginsel in eenigszins anderen

(1) Men zie in verband hiermede ook voor de daging voor het poortding te Leiden: Mr. NORTIER, t. a. p., 15.

Cf. ontwerp-gemeentewet 16^e eeuw art. 33 (Versl. Rbr., I, 442).

(2) Leiden, Kb. 1406, III, 6: «dattie boden sullen ommegean daghen voir elken dinghedach voirsers up ten naesten zonnendach sonder één, ende smanendaghes dairnae». — Nijmegen, Kb. A., art. 190: «da den gericht dach van gedagen der gezwoeren baden... die geschien plege tusschen den vrijdach ind manendach, dair men dan aff te richten plege opten manendach dess voirmiddages, so sall van nu voirtain... desen seluen gericht dach halden opten dijndach des voirmiddages» (KROM en POLS, Rbr. N., 41).

Cost. van Vianen, art. 2: «Item soe wie rechts te doen had op ten anderen van schade off van schoude, die sal en anspreken opter poirte dingdach ende des dages te voren voer doen bieden» (Versl. Rbr., II, 136).

Schiedam, Kb. 1556, II, 1: «Item men sal Sonnendaech nae Meydach, nae Sinte Katherinen dach, ende nae O. Vrouwe Lichtmisse dach, ghebieden van der stede huys tpoording, ende telcken maele van die tyt aff tot des sWoensdachs te elf nuyren toe daeran volgende sonder langher sullen die booden moegen daeghen, die men in tpoordinge gheroepen off ghedaecht wil hebben» (HEERINGA, Rbr. S., 90).

Amersfoort, Schepenb., CCXCII: «Item zoe mach een burger eynen anderen burger van onser stadt van schade ende van schulde doen bieden tot sijne weren binnen die weke, wanneer hy wil, mitten boede totten naesten Woensdaige» (FRUIN, Kl. St., I, 193).

Breskens, Ord. 16^e eeuw, art. 1: «Eerst dat men alle veertien dagen eenen dag van recht houden zal, te weten Dingsdag, ... ende men sal den inwonder(en) terselve(n) Zondagh mogen gebodt geven te compareren, te weten tenselven regtdagen» (Versl. Rbr., V, 23).

vorm uit door te bepalen, dat tegen den naasten rechtsdag moet worden gedagvaard (1). JAN MATTHIJSEN geeft een vasten dag van dagvaarding: „Want sal een rechter een poirter te recht aenspreken off die een poirter den anderen, men moet den poirter, dairmen op claghen wil, doen daghen tot saterdaghes ban, na inhoud der hantvesten” (2), „ende die rechter sal enen poirter, dien hy tot tsaterdaghes ban daghet, hetsy tot myns heren behoef off tot eens anders poirters behoef, enen dach van rechten bescheiden des dinxdaghes nader noenen” (3). Dagvaarding op den Zaterdag brengt dus mede eene verplichting om op den daarop volgende Dinsdag te verschijnen; komt men alsdan met alle aangebrachte zaken niet gereed, dan komt het gerecht ook den volgende dag samen. Uit deze plaats van MATTHIJSEN blijkt nu tevens, dat ook daar waar vaste zittingsdagen zijn, de

(1) Utrecht, Liber Albus, XCV, 4 (anno 1378): «Voert so zellen die boden . . . daghelix tfolc moghen bieden tieghens den naesten rechten dingdach, zonder opten rechten dingdach, dat is te verstaen opten Dinxdach ofte [ander H.S : «ende»] opten Donredach, alse die scepene terechte te zitten pleghen» (MULLER, Rbr. U., I, 49).

Utrecht, Keur van 1403, art. 1: «Inden yersten so zellen die boden . . . daghelix dat volc bieden teghens den naesten rechte als men recht hout» (t. z. p., I, 401).

Leiden, Kb. 1545, IV, 2: «. . . . ende sal die bode die verdaginge gehouden wesen te doen binnen sdaechs zonneshijn, ende den dach van recht gehouden wesen te leggen den eersten rechtdach daer an volgende».

Bamberg, Stadrecht, § 18: «Item wem furgeboten wurdt auff das negst gericht» (H. ZOEPFL, Das alte Bamb. Recht, Inl. 229 en 9).

Zie verder: Utrecht, Scepenrecht, 1456, II, 1 (MULLER, Rbr. U., II, 230). — Cf. S. v. LEEUWEN, Man. v. Proc. I, V, 3 en 7.

(2) Blz. 135.

(3) Blz. 137. — Naar art. 47 van het oudste keurboek van Rotterdam wordt op Zaterdag gedagvaard tegen den naasten Maandag (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1876 (blz. 66).

rechter den dag van verschijnen aangeeft; het is echter geen bepaling daarvan meer in den eigenlijken zin van het woord; uit de oproeping op Zaterdag volgt noodzakelijk, dat de gedaagde op den daaropvolgenden Dinsdag moet verschijnen, en het komt dus met een oproeping tegen den naasten rechtsdag overeen. Nu wordt hierdoor echter niet tevens aangetoond, dat ook de dag waarop gedagvaard zal worden door den rechter wordt bepaald; en is het waar, dat de rechter den dag van verschijnen bepaalt, dan zal hij toch, waar tusschen dezen en den dag van dagvaarding een bepaalde termijn is vastgesteld en deze niet enkel het karakter van een minimum heeft, juist den laatsten dag moeten bepalen. En dit nu doet hij in zooverre, dat hij den eersten dag, waarop dit na het bij hem door eischers klacht aanhangig worden der zaak mogelijk is, moet doen dagvaarden (1). — Hebben wij een stad voor ons, waarin niet op regelmatig terugkeerende dagen terechtzittingen worden gehouden, maar alleen dan wanneer het noodig is, dan blijft de regeling dezelfde, alléén moet allereerst een dag, waarop het gerecht bijeen zal komen, worden aangewezen. Of de rechter hierbij aan medewerking of toestemming van schepenen gebonden is, is een vraag, die de bronnen ons niet beantwoorden. De costumen van Putten uit de

(1) Dit blijkt duidelijk uit Steenberghe, Antiqua Kora, 1272, art. 1: «... justitiarius citare debet per se vel per nuncium suum vel per preonem illum vel illos, quos dictum negotium tangit, *proxima* dominica in virscharnia in villa predicta prae iudicium scabinorum ad diem competentem placiti in eadem sequenti ebdomada» (BEZEMER, Rbr. S., 1). — De dagvaarding geschiedt dus des Zondags tegen een zittingsdag in de volgende week, en wel op den eersten, den naasten Zondag. — Vlaamsche bronnen hebben volkomen dezelfde terminologie, h.v. Eecloo en Caprike, 1240, § 2 (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII). — Men vergelijkte Keur voor Waes, 1241, § 9 (WARNKÖNIG, II, U. CCXX).

16e eeuw sluiten, in een ook uit anderen hoofde merkwaardig voorschrift, alle medewerking van schepenen uit (1).

§ 8. Beschouwde ik in de vorige paragraaf den termijn van dagvaarding niet als een minimum, een maximum is het maar tot zekeren graad. Het verschil met het recht der nieuwere wetboeken ligt hierin, dat de verlenging naar willekeur is uitgesloten (2). Wij noemden reeds plaatsen, waar verschillende dagen voor het uitbrengen der dagvaarding in aanmerking kwamen. Bovendien durf ik niet te beslissen in hoeverre het daar geschetste stelsel algemeen heeft gegolden, er zullen ongetwijfeld langzamerhand door de kennismaking met kanoniek- en romeinsch recht termijnbepalingen als minimum zijn ontstaan. Zoo blijft dan altijd de keuze over op welken dag nu zal worden gedagvaard, en het treft ons dan, dat, anders dan in het hedendaagsche recht, in vele steden dit op

(1) «Die officier als baliu behoort alle vierendelljaers te sitten ter hogher vierschaere . . . Als schoudt mach hy ban houden tot allen tyden van den jaere sonder schepenen te moyen, uytgheseyt oigst ende als men niet die bruyt mach trouwen, all en waerder geen partye dan die heere met sijn partye, ende leggen parthye tot allen tyden een onvertogen rechedach daerthoe versocht sijnde sonder schepenen te vraeghen, die ghehouden sijn te coomen, . . . op peyne van 10 pondt». — Deze merkwaardige omschrijving vinden wij terug in het Cout. de Normandie, Ch. 84: «Len doit scauvoir qu'il y a vn temps en quoy les loix ne doibuent pas estre faictes ne simples ne appertes. Ce sont les temps en quoy mariages ne se peuent assembler».

(2) Dit laatste beginsel houdt lang stand; ordonnanties uit den tijd van de Republiek vermelden veelal en minimum en maximum; MERULA, Man. van Proc., IV, XXIV, XIV stelt als maximum 1 maand tegenover een minimum van twee of drie weken. — Anders: WIELANT, Practijke Civile, II, 8. — En voor de stedelijke gerechten: MERULA, Man. v. Proc., II, I, 4: «jegens den naasten Regtdage».

den Zondag mag plaats hebben. — Er wordt dikwijls bepaald de Zondag voor aangewezen (1); ongetwijfeld staat dit in verband met de citatie in de kerk. — Ook over den tijd van den dag, waarop de wete gedaan moet worden, vinden wij voorschriften; het moet geschieden tusschen zonsopgang en zonsondergang (2). Of in spoedeisende gevallen hiervan mag worden afgeweken, blijkt niet.

Wanneer wij in meerdere plaatsen vinden, dat den

(1) Als voorbeelden van dagvaarding op Zondag noem ik Leiden, Kb. 1406, III, 6; Steenberg, die nyeu kore, 1308, 1 (BEZEMER, Rbr. S., 21); Waes, 1242, § 20 (WARNKÖNIG, II, U. CCXXII); de in de vorige paragraaf genoemde bepalingen geven andere voorbeelden. — Zeer opmerkelijk is artikel 31 van het handv. voor Burgdorf van 1316: «Si quis unum de duodecim juratis ad justitiam citare voluerit, si sit residens in villa, per diem dominicum ipsum citare debet; si autem residens non est, qualibet die ipsum citare potest» (GAUPP, II, 122).

(2) Arkes, Priv. 1231, § 16 (WARNKÖNIG, III, U. CLXVI): «sole lucente».

Keur van Zeeland, 1258, 72 (VAN DEN BERGH, Oorkondenboek, II, 24): «Nullus citandus est... ante solis ortum vel post occasum solis». — (Zoo ook: t. z. p., II, 336).

Schellinkhout, O. K., 98 (POLS, Westfr. Stadr., II, 305): «by scynender sonnen».

Murten, Stadtrodel, 35 (GAUPP, II, 158): «Tenetur prece citare... quacunq[ue] hora super hoc fuerit requisitus, usque ad noctis initium cum stellae ceperint aparere». — [Evenzoo: Murten, 1377, 30 (GAUPP, II, 166)].

Grootebroek. Kb., 26 (24) (POLS, Westfr. Stadr., II, 242); Steenwijk, Stadb. midden 16^e eeuw, II, 1 (Overijs. St., D. en M. R., I, 10 blz. 38); Leiden, Kb. 1545, IV, 2; Wijk-bij-Duurstede, Ord. 1598, VII, 3 (FRUIN, Kl. St. II, 245); Wertheim, Stadr. 1466, 5 (Oberrheinische Stadr., I, I, 29); Neckarsteinach, 1537, 12 (t. z. p., I, 379); Danzig, Schepenb., 51 (TOEPPEN, Danz. Schöffenb., 28); Bamberg, Stadr., § 18 (H. ZOEPFL, Das alte Bamb. Recht, 9).

avond voor de terechtzitting gedagvaard wordt (1), zal dan ook vermoedelijk wel vóór zonsondergang bedoeld zijn, hoewel het niet uitdrukkelijk gezegd wordt. — Bij dagvaarding 's avonds worden althans soms voorschriften gegeven, waaruit blijkt, dat het alsnog licht moet zijn: men moet b.v. de munteekening van een geldstuk nog kunnen onderscheiden (2) (3).

Wel mag naar sommige bronnen des nachts bezet worden; ook CROESER stelt in dit opzicht dagen en bekommeren tegenover elkander (4). Als uitzonderingen op den algemeenen regel zijn te beschouwen de bepalingen, die slechts op een gedeelte van den dag de daging toelaten, b.v. voormiddags (5).

Uitvoeriger zullen wij moeten stilstaan bij de vraag „waar” de wete gedaan moet worden. Wij moeten echter bij de bepalingen, die hierover voorschriften inhouden, eene

(1) B.v. in Zwolle naar Stad. I, art. 29: «... also hi dan des auondes gheboden is, so sal hi des anderen daghes comen voer die scepene» (Overijs. St., D. en M. R., I, 12, blz. 22). — Cf. Stad. II, art. 112 en Stad. III, Dl. V, art. 3. — In Duitse stadrechten vinden wij hetzelfde, b.v. GENGLER, Codex J. M., 760: «were ok dat ein bõrghere des avendes vorebodet wõrde unde des morghenes vor gericht nicht en qweme»; Muenzenberg, 1427, § 6 (GRIMM, Weisthümer, V, 258).

(2) GRIMM, Weisthümer, VI, 226 § 24; Bamberg, Stadr. § 18.

(3) Volgens VAN MEURS, Geschiedenis en Rechtsontwikkeling van Elburg, (1885), 51, noot 3, staat «des avonds» hier als uiterste termijn. Zie art. 34 der oudste Willekeur van Elburg en art. 30 der Willekeur uit de 15^e eeuw (Ed. v. MEURS, 51 en 75).

(4) Ontw. Stadr. Campen, 12. — Men zie ook de scherpzinnige redeneering bij JAN MATTHIJSSEN, blz. 86, over de vraag «of men tot alre tijt bestellen ende daghen mach?» en Excursus II, blz. 234.

(5) Aldus b.v. het keurboek van Grootebroek, art. 28 (26) (POLS, Westfr. Stadr., II, 243). — Over de uitvoerige regeling van dit punt in het recht van Goslar, zie men ECKERT, t. a. p., 88 en 89. — Over dagvaarding des nachts leest men in het Stad. van Schlettstadt, 1503, art. 10 (Oberrh. Stadr., III, 644).

onderscheiding maken; het vereischte, dat de niet verschenen gedaagde opnieuw zal worden opgeroepen, dwingt ons hiertoe. In het middeleeuwsche proces wordt, gelijk naar de regeling in ons wetboek van burgerlijke rechtsvordering, indien de gedaagde niet verschijnt, verstek tegen hem verleend; maar terwijl naar geldend recht na het verleende verstek de eisch wordt toegewezen, wanneer hij den rechter nòch onrechtmatig nòch ongegrond voorkomt, moet naar middeleeuwsch recht na het eerste verstek opnieuw gedagvaard worden en dit vervolgens nogmaals en zelfs meestal meer malen worden herhaald. Gedaagde heeft recht op meerdere rechtsdagen, waartoe hij telkens moet worden opgeroepen. Aldus in ruwe trekken het middeleeuwsche systeem, dat later nog uitvoeriger moet worden beschreven om dan tevens op afwijkende regelingen de aandacht te vestigen. Hier was er in het kort op te wijzen, omdat wij bij een onderzoek „waar” de wete moet geschieden, door deze omstandigheid twee reeksen van bronnenuitspraken moeten onderscheiden: die waarin eenvoudig over de dagvaarding wordt gehandeld zonder op deze herhaalde oproeping acht te slaan, en die — in zóóver vollediger en leerrijker — waarin dit wel geschiedt. Bij deze laatste wordt dan soms eene gelijke regeling voor alle oproepingen gegeven, soms een onderscheid gemaakt naarmate het de eerste of een der volgende betreft.

Onderzoeken wij eerst de bronnen, dié in het algemeen voorschrijven, „waar” gedagvaard moet worden. — Een groot aantal plaatsen wijst hiervoor aan den persoon of zijn woonplaats. Het eerste wordt genoemd „aen” of „in synen mont” (1), „in zijne antwoor-

(1) In Geldersche en Overijsselsche bronnen, b.v. Landr. Buren en Beusichem, 1383, 10 (Versl. Rbr., II, 68); Doetichem, Kb. 40 (Versl. Rbr., III, 344); Wijk-bij-Duurstede, Rb. J. v. Hollant, XX (FRUIN,

de" (1), „in syne tegenwoordicheyt" (2); aan zijn persoon komt in latere bronnen voor (3). Wordt in tegenstelling

Kl. St. II, 410); Elburg, O. Willek., § 34 (Ed. VAN MEURS, 51); Elburg, Willek. 15^e eeuw, § 30 (Ed. v. MEURS, 75); Harderwijk, 1470, 129 (BERNS, Rbr. H., 19); Wageningen, 1392, 26 (Versl. Rbr., IV, 464); Ameyden, Cost., 5 (Versl. Rbr., II, 29); Deventer, 1381 (J. v. VLOTEN, Vijftal lezingen over Deventer, 1866, blz. 158); Vollenhove, Kb. C, 97 (Overijs. St., D. en M. R., I, 6, blz. 135); Grafhorst, 1417, 36 (t. z. p., I, 14, blz. 23); Nijmegen, 1447 (KROM en POLS, Rbr. N., 145); CROESER, Ontw. Stadr. Campen, blz. 12; Steenwijk, Stadb. midden 16^e eeuw, I, 18 (Overijs. St., D. en M. R., I, 10, blz. 18). — De in het Latijn gestelde gerechtsformulieren uit Nijmegen gebruiken herhaaldelijk den term «oretenus» citare. — In Holland vindt men het slechts zelden, b.v. FRUIN, Rbr. Dordrecht, I, 250. — Ook Duitse stadrechten: «an sinen munt», b.v. Winterthur, 1297, III, 5 (GAUPP, I, 143). — Cf. VERDAM, Middelned. Woordenboek, IV, 1907.

(1) Dordrecht, 1430, 1455 (FRUIN, Rbr. D., I, 104; II, 131); Geervliet, Kb., 100 (Versl. Rbr., II, 100); Utrecht, die Roese, CCXLIV, 3 (anno 1445) (MULLER, Rbr. U. I, 356); Wageningen, 1392, 28 (Versl. Rbr., IV, 464). — Een voorbeeld uit Duitse stadrechten geeft GENGLER, Codex J. M., 927.

(2) Geervliet, Kb. 7, 13, 17, 23 (Versl. Rbr., II, 83—86); Edam, 1467, 120 (Versl. Rbr., III, 152); Amersfoort, Kb. 1523, 6 (FRUIN, Kl. St., I, 95). — Evenzoo de Westfriesche stadrechten. — Antwoord heeft in de middeleeuwsche rechtstaal dikwijls de beteekenis van tegenwoordigheid (Cf. VERDAM, Middelned. Woordenboek, I, 424; v. KUYK, Hist. Besch. over het antwoord v. d. gedaagde, 138); in zijn tegenwoordigheid correspondeert dus met in zijn antwoord. Beide naast elkander komt ook voor, b.v.: «tot zijre antwoord ende in zijn teghenswoordicheit» (Dordrecht, Kb. 1401, 157 bij FRUIN, Rbr. D., I, 51).

(3) B.v. Nieuwpoort, 1557, 28 (Versl. Rbr., IV, 32); Amersfoort, Ord. 1544, LXI (FRUIN, Kl. St., I, 335); Wijk-bij-Duurstede, Ord. 1598, VII, 4 (t. z. p., II, 245). — Cf. Aardenburg, 1330, § 56 (VORSTERMAN VAN OYEN, Rbr. A., 68). — Een aantal Zuid-Duitse bronnen noemt het «under Augen», «under Ougen», b.v. Asperg, Stadr. 1510 (REYSCHER, Sammlung altwürtt. St. R., 112); Bönnigheim, 1599 (t. z. p., 457); Villingen, Stadr. 1377, §§ 84 en 95, Stadr. 1592, § 20 (Oberrh. Stadtr., II, I, 62, 65 en 174); een aantal wijsdommen bij GRIMM, Weisthümer, I, 227; IV, 389; V, 151 § 25, 184 § 17; VI, 327.

hiermede genoemd de dagvaarding aan zijn woonplaats, dan blijkt reeds daaruit, dat men de wete aan den gedaagde zelf mag doen wààr men hem aantreft. Dit wordt dan ook soms met zooveel woorden gezegd (1) en moet ook de bedoeling zijn waar wij lezen, dat de wete mondeling of te huis moet worden gedaan (2).

Is de te dagvaardden persoon niet te vinden, dan gaat de bode naar zijn huis, om daar de wete te doen (3). De bronnen spreken in dit geval van de wete doen „tot zinent”, „tot sijne maelstede”, „tot synen huuse”, „aen

(1) B.v. Arkes, 1231, § 16: «Citationes.... faciet ipse praeco.... ad eorum domum vel residentiam, vel ubi praesentes inventi fuerint infra villam» (WARNKÖNIG, III, U. CLXVI). — Straatsburg, O. Stadr. 11^e of 12^e eeuw, § 26: «.... vel viva voce presenti ubicunque ei occurrerit, vel ad domum illius» (GAUPP, I, 54, F. KEUTGEN, 94).

Nijmegen, onged. keur: «Soe soelen die baden dyen persoen opter straten sueken, ende en vijnden sy des daer nyet, soe soelen sy hem sueken an sijn were» (KROM en POLS, Rbr. N., 316).

Zie hetzelfde in: Dordrecht, Kb. 1401, 156 (FRUIN, Rbr. D., I, 50); Nijmegen, keur 1406 (KROM en POLS, Rbr. N., 217); Reimerswaal, Voorboden 1564, 148 (FRUIN, Rbr. R., 136); Steenwijk, Stadb. midden 16^e eeuw, I, 20 (Overijs. St. D. en M. R., I, 10, blz. 20).

(2) Deventer, 1381: «mundelinge of in sijn woninghe» (J. v. VLOTEN, Vijftal lezingen over Deventer, 1866, blz. 155).

Steenbergen, Voorgeboden, 1523, 1: «des sal hy gehouden sijn... de wete selve mondeling te doen oft ten huuse» (BEZEMER, Rbr. S., 108).

Wertheim, Stadr. 1466, 5: «müntlichen oder zu huse und zu hofe» (Oberrh. Stadtr., I, I, 29).

(3) Behalve wanneer wij met het hoogst zeldzame geval te doen hebben, dat gedaagde alleen op den openbaren weg, niet ten zijnent mag worden gedagvaard. Aldus b.v. in Luik naar eene bepaling van 1355 (RAIKEM, C. d. P. de L., II, 5), afgeschaft in 1386 (t. z. p., II, 65). — De bepaling van 1355 is in overeenstemming met art. 11 van het handvest voor Luik van 1208 (t. z. p., I, 364). — Gelijk bekend kan naar het oud-Frankische recht, zooals reeds uit het begin der Lex Salica kan blijken, alleen aan de woning gedagvaard worden.

sijnre woonstede”, „an sijn were”, en stellen dit voortdurend als alternatief met den persoon zelf (1). Daarom kan hiermede niet anders bedoeld zijn dan het geval, dat hij aan zijne woonplaats niet wordt gevonden; immers anders geschiedt het aan zijn persoon. Dit laatste, hoe de bronnen het noemen, omvat twee gevallen, de mededeeling aan den gedaagde, hetzij hij thuis is of niet, maar is nòch het een nòch het ander mogelijk, dan pas geschiedt de wete aan de woonplaats. Noemen de bronnen dit laatste, dan is het geval bedoeld, dat gedaagde ook daar niet te spreken is (2), en wij zullen dus de vraag te beantwoorden hebben, hoe de wete gedaan moet worden, wanneer gedaagde niet thuis is. Het wordt verschillend geregeld en ik meen het beste te doen met hiervan voorbeelden te noemen:

1^o. De wete wordt gedaan aan twee zijner bureu ten hunnen huize:

Dordrecht, Kb. 1401, art. 156: „tot zinen huse voor die dore, ende dat bekennen met zinen naesten ghebueren, ten ware of zijn ghesinne waer maken mochten, dat hi op dien tijt binnen der stede niet en ware” (3).

Id. art. 157: „tot zijnre antwoord ende in zijn teghenswoordicheit, of tot zinent, daer hi buten woent, ende

(1) Bij GENGLER, Codex J. M., 927 lezen wij: «in sin antworde edir in sine herberge». — Een enkele maal vinden wij dit ook in Nederlandsche bronnen, b.v. Elburg, O. Willek., § 34 en § 35 (Ed. v. MEURS, 51).

(2) Wanneer dan ook in het privilege van Gent van 1228, § 4 (WARNKÖNIG, II, U. XV) gezegd wordt, dat de wete geschieden kan «ad domum ejus sive praesentem sive absentem» ontbreekt het alternatief «aan zijn persoon of aan zijn woonplaats». — Een analoge plaats heb ik elders niet gevonden.

(3) FRUIN, Rbr. D., I, 50. — Art. 158 van hetzelfde Keurb. noemt echter ook zijn vrouw en zijn boden.

dat met kenlichkeiten met zinen twee naeste ghebueren" (1).

Grootebroek, Kb., art. 27 (25): „so wie . . . niet in huis en waer, dat sal men II van synen buieren te weten doen tot haren huisen" (2).

Bankrechten van Heer, art. 41: „Item einen anderen die men daeght, en derselve niet heim en were, soe sal men 't den neesten nabuer bevelen, van des Heren wege, dat sy 't hem cont doen" (3).

Grafhorst, Stadr. 1417, art. 36: „. . . so sal dat die bode sijnen nabuiren toe weten laten van beyden tsijden daer hij woont; dat gebodt sal wesen off hij in sijnen mont gheboden worde" (4).

Amersfoort, Kb. 1523, art. 6: „tot synen huysse ende totten naesten bueren an beyden zyden, alsoe vere als hy selve huysrait hout" (5).

2^o. Aan twee zijner buren of iemand van zijn huisgezin:

Edam, Kb. 1467, art. 120: „een van sijn huysghesin of twe van sijn naeste bueren" (6).

Leiden, Kb. 1406, III, 6: „Ende wie niet thws en wair up ten zonnendach of manendach als men daghede, dair sel die bode tuuch of nemen van twie der naesten buren, dat die man ghedaecht is, ende dair sel hi een wete of hebben van den huysghesinde of van sinen naesten buren, updat hi thus comt voir den dinghedach

(1) T. z. p., I, 51. — Evenzoo: Dordrecht, keur van 1435 (FRUIN, Rbr. D., I, 110).

(2) POLS, Westfr. Stadr., II, 243.

(3) HABETS, Limb. Wijsd., 203.

(4) Overijs. St., D. en M. R., I, 14, blz. 23.

(5) FRUIN, Kl. St., I, 95. — Men vindt ditzelfde in sommige plaatsen tot lang na de middeleeuwen, b.v. in de Costumen van St. Truyden uit de 18^e eeuw, VII, 2 (CRAHAY, Cout. de Looz, III, 520). — Men zie ook BEAUMANOIR 69.

(6) Versl. Rbr., III, 152.

voirsr., ende dairmede sel hi ghedaecht wesen". Blijft hij echter afwezig, dan moet een der genoemde personen dit komen verklaren en onder eede bevestigen, volgens het Kb. van 1406 op den eersten dag van het poortding, volgens Kb. 1450, III, 10 op een der drie dagen, dat dit gehouden wordt (1).

Westl. Schoutenrecht, § 55 : „schel di schelta da bannere byeda, dat hi dine man toe howe bodie tweer dagen aen syne bura andert; ief hi dan naet komma wil, so aegh him di schelta dis tredda deys self to bodyen oen synre bura andert". Men zal echter bemerken, dat in deze plaats niet uitgedrukt is, dat de gedaagde thuis niet gevonden is.

3°. Aan een der huisgenooten. Wij zullen dit overal moeten aannemen, waar dagvaarding aan de woonplaats is toegelaten, en niet bepaald wordt, dat het aan een ander moet geschieden. — In het algemeen worden in het middeleeuwsche procesrecht meer waarborgen vereischt, dat de wete den gedaagde ook werkelijk ter oore zal komen dan in het moderne recht. Daar is het exploiteeren aan een huisgenoot evengoed als aan den gedaagde zelf. Niet aldus in het oude recht (2). Behalve dat dikwijls aan de naaste bureu de wete wordt gedaan, blijft gedaagde, wanneer niet tot hem persoonlijk gesproken is, naar sommige bronnen, waarop wij terugkomen, bevoegd onder eede te verklaren, dat hij niet bekend was met de oproeping. Een aantal bronnen laat het doen der wete aan de woonplaats niet toe, dan aan den gedaagde zelf. Wordt hij aldaar niet gevonden, dan moet een andere weg worden gevolgd. — In den tijd der Republiek wordt

(1) Mr. NORTIER, t. a. p., 14—15.

(2) Het oud-Fransche recht vertoont meer gelijkenis met het hedendaagsche en laat met name de beteekening aan huisgenooten in ruimer mate toe dan het oud-vaderlandsche recht. Men zie GLASSON, t. a. p., VI, 479.

meer en meer de dagvaarding aan een der huisgenooten als voldoende beschouwd, vervalt de beteekening aan de bureu tot een subsidiair voorschrift voor het geval geen huisgenooten gevonden worden (1), maar wordt het vereischte gesteld, dat de huisgenoot, met wien de deurwaarder gesproken heeft, tot het huisgezin van den gedaagde behoort, en jaren van discretie heeft (2).

Heeft gedaagde geen woonplaats binnen de poorte, dan wordt op een publieke plaats de dagvaarding uitgebracht. Meestal is hiervoor de kerk aangewezen (3); in Westfriesche dingtalen „die roester van der kerkhof” (4); in Brugge vinden wij de daging „bi roepeghedaen ter marect” (5); in Leiden (6) wordt gedaagd „upten blawen stien”, de oude rechtsplaats binnen de stad, waarop eenige van de allerplechtigste rechtshandelingen

(1) Dit laatste blijkt uit verschillende plaatsen uit ordonnanties van de 16^e en 17^e eeuw. Men vergelijk ook: MERULA, Manier van Procederen, IV, XXIV, Cap. XIV; S. v. LEEUWEN, Rooms-Hollands-Regt, V, 13, 3; CROESER, Ontw. Stadr. Campen, blz. 15—16; WIELANT Practijke Civile, II, 6.

(2) MERULA, VAN LEEUWEN, CROESER en andere schrijvers eischen dit. — Uitdrukkelijk wordt hierop gewezen door den Hoogen Raad in zijn arrest van 26 November 1906, opgenomen in het «Weekblad van het Recht», n^o. 8462.

(3) B.v.: Aardenburg, 1330, § 34 (VORSTERMAN VAN OYEN, Rbr. A., 63); Buren en Beusichem, Landr. 1383, art. 10 (Versl. Rbr., II, 68); Nijmegen, 1406 en 1447 (KROM en POLS, Rbr. N., 217, 145); Amersfoort, Kb. 1523, art. 6 (FRUIN, Kl. St., I, 95). — Dit zal ook de bedoeling zijn, wanneer in een keur van 1465 voor Wageningen bepaald is, dat gedagvaard zal worden «aen oer tegenwoirdicheit off oer schoenster weer off in der kercke». (Versl. Rbr., IV, 483).

(4) POLS, Westfr. Stadr., I, 154 en 157. — Cf. t. z. p., Inleiding. CIII.

(5) Brugge, Keur van 1281, art. 1 (GILLIODTS VAN SEVEREN, Cout. d. l. V. d. B., I, 240).

(6) Kb. 1406, III, 3. [Cf. Kb. 1508, V, I, 4].

plaats hebben (1), en deze daging „sel der stede bode condighen in der kerke”.

In de steden, waar aan de woonplaats alleen aan den te dagvaardden persoon zelf de wete mag worden betee-kend (2), staat het geval, dat hij daar niet wordt ge-vonden, met het hier beschouwde, dat hij geen bekende woonplaats heeft, op één lijn. Buitenpoorters, dat zijn poorters, die van de verplichting om in de stad te wonen vrijgesteld zijn, moeten in sommige plaatsen binnen de stad een domicilie kiezen, ten einde hen daar te kunnen dagvaardden (3). Hier geldt dus niet als vereischte, dat de wete aan den gedaagde zelf wordt gedaan en wordt hun oproeping op een openbare plaats voorkomen (4).

(1) Mr. NORTIER, t. a. p., 16; L. KNAPPERT, De opkomst van het Protestantisme in eene Noord-Nederlandsche stad, (1908), blz. 21.; P. J. BLOK, Gesch. eener Hollandsche stad (1909), I, 49.

(2) B.v. in verschillende plaatsen uit het Schepenboek van Amersfoort (FRUIN, Kl. St., I, 193—194). — Een ongedateerde keur uit Dordrecht (FRUIN, Rbr. D., I, 238) schrijft bij het niet thuis zijn van den gedaagde voor, dat de wete zal geschieden voor de Tollebrugtoorn, en voegt er zeer merkwaardig aan toe: «mer niet zinen wive, want si gheen voocht en is». — Het recht van Goslar heeft ook als hoofdregel, dat de wete aan den gedaagde in persoon moet worden gedaan; zie PLANGK, Gerichtsv., I, 353.

(3) Aldus b.v. in Westfriesche steden (POLS, Westfr. Stadr., Inl. CIII en noot 4); Breda, Ord. 1508, art. 11 (BEZEMER, Rbr. B., 78). — Verder zijn te noemen Utrecht en Goor: zie Mr. FOCKEMA ANDREAE, Het Oud-Ned. Burgerlijk Recht, I, 74. — Cf. Stadtrodel van Murten, art. 40 (GAUPP, II, 159).

(4) Aan deze woonplaats kunnen ook andere processueele handelingen verricht worden; zie b.v. een keur voor Amersfoort uit 1436 (FRUIN, Kl. St., I, 31). — Iets anders is de figuur in het Handv. van Ameyden, 1433, art. 40 (Versl. Rbr., II, 24), waar de wete «aan die ware des goedes off des lants gedaan wordt, wanneer de te dagvaardden persoon buiten het gebied der vierschaar woont, maar daarbinnen onroerend goed heeft. Hij moet alsnu den eigenaar op de hoogte stellen.

Bijzondere bepalingen voor het geval, dat de persoon, aan wien de wete gedaan moet worden niet te vinden is, en geen bekende woonplaats heeft, waar dit geschieden kan, moeten hier stilzwijgend voorbij gegaan worden. Ik noemde de kerk, omdat dit het meeste voorkomt, en omdat daardoor tevens de gelegenheid ontstaat om daarover nog eenige opmerkingen te maken. Want behalve als uiterste maatregel wordt de dagvaarding in de kerk in sommige bronnen ook als „de” dagvaarding vermeld. Aldus met name een aantal zuidelijke rechten uit de 13e en 14e eeuw (1).

Nadere inlichtingen, hoe dit geschiedde, geven de bronnen echter niet (2). De bode zal het wel bij het uitgaan der mis met luider stemme hebben verkondigd. Zoo schetsen het althans Fransche costumen. — Het geschiedde zoowel des Zondags als op andere kerkdagen.

Met deze mededeelingen uit de bronnen, die regelen „waar” de wete gedaan moet worden, zonder acht te slaan op de omstandigheid of het de eerste of een volgende oproeping is, moet ik volstaan. Grootere volledigheid kan bij de onderlinge verschillen der bronnen niet worden nagestreefd. Alleen nog de opmerking, dat studie van buitenlandsch recht hier veel kan bijdragen om met bij ons onbekende regelingen kennis te maken. Zoo de in

(1) Eecloo en Caprike, 1240, § 2 (WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII); Waes, 1242, § 20 (t. z. p., II, U. CCXXII); Desseldone, etc., 1268, § 58 (t. z. p., II, U. XXXIV); Steenberg, 1308, 1 (BEZEMER, Rbr. S., 21). — Aldus ook van later datum het Kb. van 's-Gravezande van 1448, art. 54 (Versl. Rbr., IV, 384).

(2) Er zijn wel enkele verspreide gegevens, maar te weinig om een volledig beeld te vormen. — In een keur van Nijmegen, 1406 (KROM en POLS, Rbr. N., 217) lezen wij, dat het onder die hoemijssen plaats heeft. — Aldus ook Nijmegen, Oude brief, 1445, art. 20 (KROM en POLS, Rbr. N. 145); en Gerechtsformulier 20 (t. z. p., 462).

Duitsche literatuur besproken bepalingen, die uitvloeisel zijn van het beginsel, dat aldus wordt geformuleerd: „der Büttel darf sich bei Ausführung seiner Pflicht keine Verletzung der Interessen anderer Unbetheiligter noch Gefährdung der allgemeinen Wohlfahrt zu schulden kommen lassen” (1). Analoge bepalingen vind ik in onze bronnen niet.

De openbare dagvaarding (edictale citatie) in het kano-nieke recht in toepassing gebracht en door zijn invloed en dien der Romanistische doctrine in het wereldlijk recht overgegaan, valt buiten het systeem der middel-eeuwsch-germaansche procedure, al vertoont deze punten van aanraking in de dagvaarding op een openbare plaats. Zij vindt in den tijd der Republiek algemeen toepassing (2) en heeft in ons geldend recht nog sporen nagelaten, maar kan door de grenzen, aan deze verhandeling ge-steld, hier niet besproken worden (3).

Alleen verdient het in dit verband de aandacht, dat wij soms in middeleeuwsche rechtsboeken aanteekening vinden van eene oproeping van een gedaagde, dien men nergens weet te vinden of die voortvluchtig is (4).

(1) Zie: ECKERT, t. a p., 88—89; PLANCK, *Gerichtsv.*, I, 353—354. — Hun beschouwingen baseeren zich op het stadrecht van Goslar. Ook het beroemde stadrecht van Soest verdient in dit verband be-schouwing (§§ 58 en 59; F. KEUTGEN, 144).

(2) Men zie: H. CROESER, *Ontw. Stadr. Campen*, blz. 16—17; MERULA, *Manier van Procederen*, IV, XXIV, Cap. XVI; VAN DER LINDEN, *Judicieele Practycq*, I, 332; S. VAN LEEUWEN, *Rooms-Hollands-Regt*, V, XIII, 4; benevens de daar genoemde schrijvers.

(3) Literatuur wordt genoemd door WETZEL, *System des ord. Civilprocesses*, 3^e Aufl., 909, noot 78. — Cf. van meer algemeen standpunt GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 332—335.

(4) B.v. in *Klepboek* n^o. 3 f^o 98^{vo} van Dordrecht van 1456, afge-drukt bij FRUIN, *Rbr. D.*, I, 306; 's-Gravezande, Kb. 1448, XXVII (Versl. Rbr., IV, 371).

De wijze, waarop de wete gedaan moet worden, is bij de volgende dagvaardingen dezelfde als bij de eerste. Aldus het hoofdbeginsel. Het is hieruit af te leiden, dat alle plaatsen, die wij tot hertoe noemden, geen onderscheid maken met welke dagvaarding wij te doen hebben. Het onderling verband tusschen verschillende bepalingen van een en dezelfde rechtsbron wijst er in vele gevallen niet minder op. Om een voorbeeld te noemen wijs ik op het handvest van Haarlem van 1245. Wanneer wij hier eerst algemeen de wijze genoemd vinden hoe een poorter „fuerit in causa trahendus” en daarna voor de procedure om onroerend goed lezen: „cum vero aliquis . . . ad iudicium citatus prima die sibi prefixa in iudicio non comparuerit citandus est secundo et si secundo non comparuerit tercio citabitur”, moeten wij, bij het ontbreken van een artikel dat het tegendeel bepaalt, aannemen, dat deze drie citaties op gelijke wijze plaats hebben.

Er bestaan echter op dezen hoofdregel uitzonderingen, hoewel niet veel. Laten wij het voorschrift van sommige bronnen, dat na een eerste verstek de volgende oproeping in tegenwoordigheid van getuigen moet plaats hebben, voorloopig rusten, omdat dit in ander verband weldra ter sprake komt, dan blijft slechts weinig over. In de eerste plaats dan vordert men soms, dat de eerste wete aan den gedaagde persoonlijk is gedaan, terwijl de tweede en volgende op een der andere wijzen kan geschieden; sommige bepalingen echter beschouwen het blijkbaar als voldoende wanneer één der oproepingen persoonlijk is gedaan. Hoofdzakelijk vindt men dit in Geldersche rechten (1). — Naar PLANCK opmerkt, schijnt in het

(1) B.v. Wageningen, Kb. 1392, art. 25 (Versl. Rbr., IV, 464); Wageningen, 1454 en 1465 (Versl. Rbr., IV, 481 en 483); Doetichem, Kb., art. 48 (Versl. Rbr., III, 346); Harderwijk, Kb. 1470, art. 129

Maagdenburgsche recht niet vereischt te worden „dass die Ladung, wie es hie und da üblich war, das erste Mal dem Beklagten persönlich in seyn antlicz, erst die beiden folgenden Male in sein Haus verkündigt werde” (1). Voorgescreven vond ik het b.v. in de stadrechten van Straatsburg (2) en Winterthur (3).

Op de bepaling van § 55 van het Westl. Schoutenrecht, dat de derde oproeping door den skelta persoonlijk moet geschieden, wees ik reeds vroeger.

Ik noemde zooeven de dagvaarding in tegenwoordigheid van getuigen. Dit staat in verband met het bewijs der dagvaarding, waarover in een volgende paragraaf uitvoeriger te handelen is.

§ 9. Dit bewijs komt alleen dan te pas, wanneer ge-daagde beweert niet of niet behoorlijk gedagvaard te zijn, en wanneer hij niet verschijnt.

Het eerste is in overeenstemming met het in het Germaansche procesrecht scherp doorgevoerde beginsel, dat alleen een betwist feit bewijs behoeft, waardoor — wat men thans noemt — de bewijslast geregeld wordt en waardoor voor het dogma der onsplitsbare bekentenis geen plaats is. In de stadtrodel van Murten uit de 13e eeuw wordt dan ook het bewijs der behoorlijke oproeping

(BERNS, Rbr. H., 19); Harderwijk, Kb. 1599, § 3 (BERNS, Rbr. H., 99); Nijmegen, verschillende keuren en formulieren, bij KROM en POLS, Rbr. N., 145, 217, 316, 454; Reimerswaal, Voorboden, 1564, art. 76 (FRUIN, Rbr. R., 110); CROESER, Ontw. Stadr. Campen, blz. 12; Bankrechten van Beek, art. 7 (HABETS, Limb. Wijsd., 196); ter Horst, Oud Priv., art. 82 (t. z. p., 257).

(1) Gerichtsverf., I, 350.

(2) GAUPP, I, 54; F. KEUTGEN, 95.

(3) GAUPP, I, 143. — Cf. Villingen, Stadr., 1371, § 84 (Oberrh. Stadtr., II, I, 62).

in rechte geregeld voor het geval „si super hoc per negationem alicujus fuerit dubitatum” (1); in de coutumes van Anjou lezen wij: „les records sont seulement pour l'adjournement s'il est nyé” (2). — Het tweede behoeft eigenlijk ook geen nader betoog; moet bij de schriftelijke dagvaarding de rechter om verstek te kunnen verleen nagaan of de dagvaarding in orde is, bij het ontbreken van schrift moet toch dit laatste vaststaan en dus op een of andere wijze bewezen worden. Het blijkt bovendien duidelijk uit de bronnen.

De regelen van het middeleeuwsche bewijsrecht brengen mede, dat bij het ontbreken van objectief bewijs de ontkenningseed gaat boven den bevestigingseed. Wanneer dus voor het bewijs hier geen bijzondere regelen zijn gesteld, zal de ontkenkende gedaagde zijne bewering mogen bezweren. Op twee wijzen is hier echter voorziening getroffen: of de wet stelt vast, dat de eed van den bode, dat de wete behoorlijk is gedaan, dien van den gedaagde, die het laatste ontkent, zal uitsluiten, of de wet schrijft voor, dat getuigen bij het doen der wete moeten tegenwoordig zijn, zoodat objectief bewijs den eed van gedaagde uitsluit.

Den eed van den bode met deze beslissende kracht treffen wij aan in een groot aantal bronnen. Het is een eed zonder eedhulpers (3) afgelegd; de bronnen noemen

(1) Art. 35 (GAUPP, II, 158).

(2) BEAUTEUPS-BEAUPRÉ, Cout. et Instit. de l'Anjou et du Maine, III, 11.

(3) Het oudste stadrecht van Straalsburg, art. 27 (GAUPP, I, 54; F. KEUTGEN, 95) eischt, dat de bode zweert «tercia manu». De meest voor de hand liggende beteekenis hiervan is wel: met twee eedhulpers. De mogelijkheid bestaat echter dat op twee getuigen gedoeld is. — Dubieus is de tekst in de keur van Eecloo en Caprike, 1240, § 2. — WARNKÖNIG, II, U. CCXXXII leest: «praeco debet jurare: se tertio

het wel het gichtigen (1), yechten (2) van den bode, vanwaar weer de benaming van ghighteghen (3) bode is afgeleid (4).

Verschijnt gedaagde niet, dan wordt den bode gevraagd of hij behoorlijk is gedagvaard (5). Beantwoordt hij dit bevestigend, dan wordt dit door hem met zijn eed versterkt en kan daarna verstek worden verleend; later schijnt de bevestiging voldoende te zijn en wordt het als waar aangenomen op den eed door den bode bij het aanvaarden van zijn ambt afgelegd. Volledigheidshalve zij hier vermeld, dat de bode alle ambtshandelingen, door hem verricht, op deze wijze kan waar maken. JAN MATTHIJSSSEN (6) stelt dan ook den algemeenen regel op: „in alre manieren so die bode dat recht doet, so sal hijt ter vierscharen kennen voir den rechter ende tgherecht op sinen eedt”, terwijl uit een andere plaats (7) blijkt, dat ook in het geval, dat wèl gedaagde, maar niet de eischer

illum vel illos, quos evocabit, citasse legitime, nisi scabini duo ad minus cognoscant citationem», GILLOOTS VAN SEVEREN, *Cout. d. P. et C. de Flandres, Q. de Br., Pet. V., II*, 53 daarentegen: «debet jurare se tercio, se illum etc.» en moet dus «se» in den tekst invoegen. Ik meen mij daarom en met het oog op andere Vlaamsche teksten en de laatste zinsnede van de bepaling, aan de eerst genoemde lezing te mogen houden. — Anders BENNECKE, t. a. p., 42. — Hij schijnt echter op blz. 48, noot 2, anders te oordeelen.

(1) Nijmegen, onged. keur (KROM en POLS, *Rbr. N.*, 316); CROESER, *Ontw. Stadr. Campen*, blz. 13 en 16; Wageningen (*Versl. Rbr.*, IV, 494).

(2) Utrecht, die Roese, CGXLIV, 7 (MULLER, *Rbr. U.*, I, 357). — «Gicht bij sinen ede» zegt het Scepenrecht, 1456, II, 3 (t. z. p., II, 232).

(3) Kampen, Boeck van Rechten, 51, 52.

(4) Cf. VERDAM, *Middelned. Woordenboek*, II, 1943—1948.

(5) Dit wordt aanschouwelijk voorgesteld b.v. in de dingtaal van Zalt-Bommel (*Versl. Rbr.*, V, 280).

(6) Blz. 85. — Hiermede stemt overeen: Brielle, Kb. 1445, I, 7 (DE JAGER, *Rbr. B.*, 47).

(7) Blz. 149.

verschenen is, door den eed van den bode wordt vastgesteld, dat gedaagde is gedagvaard. — Ook Nijmeegsche bronnen laten ons zien, hoe de bode op zijn eed verklaart, dat hij den gedaagde niet thuis heeft gevonden (1), dat hij zijn woonplaats niet kent (2), enz. Verder verdienen de Nijmeegsche formulieren hier genoemd, omdat daarin voortdurend over het doen der citatie gezegd wordt: „ut idem prece profitebatur”, „per suum iuramentum dicebat”. — Ten slotte kan op een reeks leerrijke plaatsen uit andere bronnen gewezen worden, waarvan ik er in een noot nog eenige noem (3). — Mede in verband met des boden verplichting om hetgeen hij verricht heeft te beëedigen, staat zijn plicht om van het begin tot het einde ter terechtzitting tegenwoordig te zijn. Hij heeft hier tal van andere werkzaamheden te verrichten, overeenkomend met wat tegenwoordig de deurwaarder heeft te doen, maar de bronnen leggen

(1) Nijmegen, onged. keur (KROM en POLS, Rbr. N., 316).

(2) Formulier bij KROM en POLS, Rbr. N., 461.

(3) Wageningen, Kb. 1392, art. 28: «ghicht die boede by synen ede, dat hijt geboeden heeft daer en sall geen wederseggen in wesen» (Versl. Rbr., IV, 464).

Zierikzee, Ord. 1579, 2: «citeren oft dachvaerden, waarvan die voorss. clercken gelooft zullen zijn by haeren eedt» (BEZEMER-DE BLÉCOURT, Rbr. Z., 410).

Brugge, 1330, art. 25 (GILLIODTS VAN SEVEREN, C. du Fr. d. B., II, 84); Heer, 1500, 7 (HABETS, Limb. Wijsd., 82); WIELANT, Instr. Haarlem, 93 (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1874, blz. 19); BLOK, Leidsche Rbr., 237; Cost. van St. Truyden, 18^e eeuw, VI, 8 en VII, 3 (CRAHAY, C. d. Looz, III, 516 en 520); Murten, Stadtrodel, 35 (GAUPP, II, 158); Murten, Priv 1377, 30 (GAUPP, II 166); Schlettstadt, 1503, 10 (Oberrh. Stadtr., III, 644). — Voor het Duitsche recht zie men: PLANCK, Gerichtsverf., I, 98; ECKERT, t. a. p., 92, waar in noot 6 meer plaatsen genoemd worden.

meermalen tusschen het „gichtigen” en het tegenwoordig zijn een band (1).

In de tweede plaats moet gewezen worden op de gevallen, dat de wete gedaan wordt in tegenwoordigheid van getuigen, zoodat dezen naderhand door hunne verklaringen kunnen bevestigen, dat gedaagde behoorlijk is gedagvaard. Bekend is, hoe de oud-Germaansche mannitio, zooals zij ons in het eerste hoofdstuk der Lex Salica wordt geschetst, de tegenwoordigheid van getuigen vorderde: *ille qui alium mannit, cum testibus ad domum illius ambulare debet.* — Chronologisch volgen drie regelingen elkander op: de oproeping heeft plaats met getuigen; hun tegenwoordigheid wordt alleen bij de laatste oproeping, die bij ongehoorzaamheid tot verlies van het proces leidt, vereischt; getuigen zijn onnoodig, omdat de eed van den bode als voldoende wordt beschouwd. — Spraken wij over dit laatste reeds, ook de beide eerste punten worden in onze bronnen teruggevonden, hoewel de meerderheid der bronnen uit de 14e en 15e eeuw reeds de laatste phase der ontwikkeling vertoont.

Het handvest van Haarlem van 1245 schrijft voor, dat de wete gedaan moet worden in tegenwoordigheid van ten minste twee poorters als getuigen. Evenzoo de hierop rustende keurboeken uit de 15e eeuw van Westfriesche steden en 's-Gravezande, Edam, Delft, enz. (2). Het keurboek van Hoogwoude van 1460 beperkt dit in artikel 5 tot de zaken van den heer; in andere is de

(1) Zeer duidelijk b.v. Utrecht, die Roese, CCXLIV, 7 (MULLER, Rbr. U., I, 357); Wijk-bij-Duurstede, Ord. 1598, V, 2 (FRUIN, Kl. St., II, 240).

(2) Men zie de plaatsen geciteerd bij POLS, Westfriesche Stadr., I,

eed van den bode voldoende (1). Wij zien hier dus in de bronnen zich de ontwikkeling afspelen, die ik zooeven aangaf. Leerzamer is in dit verband nog het zestiende-eeuwsche keurboek van Delft. Dit stelt voorop, dat de boden geloof verdienen omtrent hetgeen zij over hun verrichtingen mededeelen, tenzij echter „wetelycken de contrarie beweesen worde, twelek sal staen tot discretie van schout ende scepenen.” Het is hierom, dat de boden in zaken van belang een of twee personen als getuigen zullen mogen gebruiken tot versterking van hunne bewering en tot wederlegging van hetgeen de tegenpartij zal willen bewijzen (2). Duidelijk is hier de overgang van het een in het ander waar te nemen, vooral wanneer men daarbij in aanmerking neemt, dat de Delftsche dingtaal, die veel ouder is, nog twee getuigen bij de daging van een poorter bepaald voorschrijft. — Ten minste twee getuigen worden ook vereischt in het landrecht van Buren en Beusichem uit het jaar 1383 (3) en hier en daar elders.

Soms wordt gezegd, dat de getuige het ambt van schepen moet bekleeden. Wij vinden dit met name in Vlaamsche bronnen herhaaldelijk (4), waaronder meer

Inl., CIII, noot 3; 's-Gravezande, Kb. 1448, 74 (Versl. Rbr., IV, 389); Edam, Kb. 1467, 83 (Versl. Rbr., III, 145); Delftsche dingtaal (N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg., 1878, blz. 174).

(1) POLS, Westfr. Stadr., II, 366.

(2) Delft, Kb. 16^e eeuw, 22 en 23 (SOUTENDAM, 23).

(3) Artt. 10 en 16 (Versl. Rbr., II, 68 en 69). — Men vergelijkte: Desseldone, etc., 1268, § 58 (WARNKÖNIG, II, U. XXXIV).

(4): B.v.: Brugge, 1304, § 7 (GILLIODTS VAN SEVEREN, C. d. I. V. d. B., I, 311); Steenberghe, 1272, 1 (BEZEMER, Rbr. S., 1); Geervliet, Kb., art. 23 (Versl. Rbr., II, 86). — Men zie ook de Delftsche dingtaal (N. Bijdr. v. R. en W., 1878, blz. 207), en Leiden, Kb. 1406, III, 3. — Voor Brabantsch recht: v. COETSEM, Droit pénal au XIII^e siècle dans l'ancien duché du Brabant, 147.

speciaal onze aandacht verdienen de Gentsche, omdat zij ons de geleidelijke vermindering der vereischten te zien geven. Wordt toch in het handvest van 1192 (1) nog de tegenwoordigheid van drie schepenen vereischt, in dat van 1228 is dit reeds tot één verminderd en worden twee niet-schepenen, mits aan zekere eischen van gegoedheid voldoende, daarmede op één lijn gesteld (2).

Het Fransche costumier recht kent zeker de dagvaarding in tegenwoordigheid van getuigen in vele gevallen. Stellig blijkt dit, wanneer gedaagde een edelman is, want in beginsel — al zijn inbreuken hierop niet zeldzaam — is dan de dagvaarding door zijn pairs noodig. BEAUMANOIR 58 zegt het uitdrukkelijk: „Puis que li sires veut semonre un gentil homme il doit prendre II de ses hommes qui soient *per* a celui qu'il veut semonre”, en waar het anders is, zijn toch een aantal getuigen noodig; zoo wordt b.v. naar het coutumier van Normandië (3) de baron gedagvaard door den baljuw, den vicomte, den maistre sergent met minstens vier ridders. — Ook in Nederland moet de edelman of ridder somtijds op bijzondere wijze worden gedagvaard (4), maar ik bespreek deze niet, omdat zij niet in het kader valt van deze verhandeling, die alleen de stedelijke procedure beschouwt; het zijn bepalingen van landrecht, niet van

(1) § § 5 en vlgg. (WARNKÖNIG, II, U. VI).

(2) § 4: «Qui aliquem vult submoneri, potest eum submoneri cum uno scabino et praecone». § 5: «Si submonitor habuerit unum scabinum vel duos viros hereditarios in testes, . . . tunc firma et stabilis submonitio erit» (WARNKÖNIG, II, U. XV).

(3) Chap. 61.

(4) FOCKEMA ANDREAE, Het Oud-Ned. B. R., I, 32, dezelfde, Opmerkingen over ministerialiteit (Kon. Akad. van Wetensch., Afd. Lett., 3^e reeks, XII, 340).

stadrecht, de burgers eener stad vormen als zoodanig een eigen stand, die elk verschil in stand overheerscht: het stadrecht maakt alleen onderscheid tusschen poorters en niet-poorters. — Voor den gewonen burgerman heeft het oud-Fransche recht den sergent en het is van hem, dat wij bij GLASSON lezen: „celui-ci devait en général être assisté de deux records” (1). Schrijver citeert voor dezen regel en de daarop gemaakte uitzonderingen, verband houdende met den aard der vordering, die de eischer wil geldend maken, een aantal plaatsen uit het costumier recht van Anjou (2), dagteekenend uit de tweede helft der vijftiende eeuw. Ik geloof echter, dat wij in Frankrijk dezelfde ontwikkeling zullen mogen aannemen als in het oud-vaderlandsche recht en die door PLANCK (3) ook voor het Duitsche recht wordt aangenomen. Het vereischte, dat getuigen bij het doen der wete tegenwoordig zijn, wordt langzamerhand en geleidelijk op zij gezet om met de beëdigde verklaring van den bode genoeg te nemen. Dezen eed tot bewijs der dagvaarding vinden wij dan ook bij BEAUMANOIR (4), wiens werk uit de dertiende eeuw dagteekent, reeds tot tweemaal toe zoo stellig mogelijk uitgesproken, met de bijvoeging „sans alliguer encontre” en eveneens in de Etablissements de St. Louis. Voegen wij hierbij, dat het Fransche recht ook kent de tegenwoordigheid van getuigen alléén bij de laatste oproeping, de in menig opzicht merkwaardige semonse ojugemant (5), dan komen wij daarmee tot dit punt in

(1) T. a. p., VI, 479. — Evenzoo op blz. 408.

(2) Te vinden bij BEAUTEMPS—BEAUPRÉ, t. a. p., III, 40 en 82 vlgg.

(3) T. a. p., I, 98 en 350.

(4) N^{os} 68 en 855.

(5) Hierover handelt VIOLLET in zijne Etab. de St. Louis, I, 193—194. — De schrijver citeert een groot aantal hierover handelende plaatsen uit Fransche bronnen.

ons recht. De bepalingen daarover zijn schaarsch, maar wij kunnen behalve weder op Zuid-Nederlandsche plaatsen (1), wijzen op de eerste paragraaf van het stadsboek van Zutphen, voorschrijvende, dat de derde oproeping geschieden moet „mit orkonde mit tveen burgheren” (2). Het oud-Duitsche recht geeft hiervan mede een aantal voorbeelden (3). — Volgens het oudste stadrecht van Deventer (1381) worden de eerste en de tweede oproeping door den stadsbode, de laatste echter door een schepen gedaan (4).

In hoeverre de gedaagde door te beweren en onder eede te bevestigen, dat de dagvaarding niet te zijner kennis is gekomen, op het hier geschetste invloed kan oefenen, zullen wij later nog nagaan.

(Wordt vervolgd).

(1) B.v. Aardenburg, 1330, § 32 (VORSTERMAN v. OYEN, Rbr. A., 63); Brugge, 1396 (GILLIODTS VAN SEVEREN, C. d. l. V. d. Br., I, 444).

(2) PIJNACKER HORDIJK, Rbr. Z., 49. — Evenzoo t. z. p., 32.

(3) PLANCK, Gerichtsv., I, 354, noot 8 en 356 noemt Brunswijk, Hamburg en Bremen. — Buiten het gebied van het Saksische recht is te wijzen op Lechnich, 1279 § 14 (GENGLER, 243); Brühl, 1285, § 14 (GENGLER, Codex J. M., 413); Dortmund, Jura Civ., § 3 (t. z. p., 873).

(4) J. v. VLOTEN, Vijftal lezingen over Deventer, 1866, blz. 155.

Leerboek der gerechtelijke verloskunde, door
Dr. HECTOR TREUB en Mr. A. TAK.

Onlangs ontving ik van de Redactie van dit tijdschrift het verzoek om bespreking van het werk waarvan de titel hierboven is afgedrukt.

Het spreekt van zelf dat verre het grootste deel daarvan, dat aan de obstetrie als vak van geneeskunde is gewijd, geheel buiten mijn gezichtsveld ligt. Ik kan daaromtrent slechts rekenschap geven van den algemeenen indruk dien het werk op mij heeft gemaakt. Gaarne verklaar ik dat, aangenomen de juistheid der gegevene medische uitspraken, die indruk een beslist gunstige is. Het komt mij voor, dat dit boek eenen schat van nuttige wenken, ook voor den rechter, in het bijzonder den rechter in strafzaken, bevat, die deze wel zal doen zich in elk proces, waarbij obstetrische vragen zich voordoen, ten nutte te maken. Daardoor zal zeker bereikt worden wat de schrijvers zich blijkens hunne Voorrede ten doel stelden: er toe mede te werken dat geneeskundigen en rechtsgeleerden ten aanzien van onderwerpen die de gerechtelijke verloskunde raken elkander beter zullen leeren begrijpen.

Eene andere vraag is of in het bijzonder tot bereiking van dit doel ook het juridieke gedeelte van het werk dienstig zal zijn. Datgene waarin de medisch-deskundige en de vonnis wijzende rechter elkander volkomen moeten verstaan is de beteekenis van wetenschappelijk geconstateerde feiten, niet de toepassing der wet, die uitsluitend tot het gebied van den rechter behoort. Daarom heeft

het juridieke gedeelte voor den medicus minder waarde. Dit ligt echter alleen aan den aard van het onderwerp, geenszins aan de wijze van bewerking, die dooi het onderwerp wordt bepaald.

Wat de wijze van samenwerking tusschen de zich op geheel verschillend terrein bewegende schrijvers aangaat mag de onderstelling wel niet gewaagd heeten dat hoofdzakelijk het medische gedeelte van het werk uit de pen van Prof. TREUB, het juridieke uit die van Mr. TAK is gevloeid. Toch schijnt het dat hier en daar de medicus zich wel op juridiek terrein heeft begeben. Tot die onderstelling geeft mij o. a. aanleiding de eerste alinea van bladz. 174, alsmede hetgeen op bladz. 176 gezegd wordt omtrent abortus criminalis als doodsoorzaak.

Op bladz. 122 zien we hoe de medicus door den jurist op de vingers wordt getikt. In den tekst wordt daar gezegd dat absoluut deugdelijke inwendige middelen tot het veroorzaken van abortus niet bestaan, en dat het antwoord op de vraag of het aangewende middel relatief deugdelijk is zoo moeielijk is dat het verstandiger is indien de rechter hier met den dichter zegt: men rekent d'uitslag niet doch telt het doel alleen, en dus straf oplegt. Deze juridieke ketterij is zeker niet afkomstig van Mr. TAK, die daarentegen blijkbaar aan het woord is in de noot, waarin de uitspraak in den tekst in deze woorden gekritiseerd wordt: practisch is deze raad zeker, doch of hij in foro ingang zal vinden, staat nog te bezien; het adagium „in dubiis pro reo” toch geldt daar nog te recht onbeperkt.

De kritiek had op grond van art. 45 Sr. en 216 Sv. nog wel wat scherper kunnen zijn.

Het werk is verdeeld in tien hoofdstukken. Het eerste is zuiver medisch; onder het opschrift Verloskundige gegevens behandelt dit het begrip van zwangerschap en

haar ontstaan, het intraüterine leven, den invloed der zwangerschap op het vrouwelijke organisme, het afbreken der zwangerschap, de gevolgen der baring voor het lichaam der moeder, oorzaken van den dood der vrucht tijdens de baring, schijndood van den pasgeborene en buitenbaarmoederlijke zwangerschap; onderwerpen waarvan sommige in de volgende hoofdstukken weder ter sprake komen.

Hoofdstuk 2 behandelt den duur der zwangerschap en levert kritiek op de bepalingen omtrent den wettelijk aangenomen duur, waarbij betoogd wordt dat met meer anderen onze wetgever te absoluut is in het vaststellen van wettelijk minimum en maximum van dien duur in een bepaald aantal dagen, en zulks om verschillende redenen.

De wetenschap leert ten eerste dat het maximum wel overschreden wordt en dat ook binnen 180 dagen een levend kind geboren kan worden, terwijl in de tweede plaats bij geboorte kort na den 180^{sten} dag van het huwelijk medisch zeer goed te constateeren kan zijn dat het kind reeds lang vóór het huwelijk moet zijn geconcipieerd en het wettelijke vermoeden dus met de werkelijkheid in strijd is.

Historisch wordt aangetoond hoe de zeer beperkende bepalingen der Fransche wetgeving, die aan de onze tot voorbeeld heeft gestrekt, dienden om het misbruik tegen te gaan dat door den rechter gemaakt werd van de hem vroeger verleende vrijheid, ten gevolge waarvan soms in de onmogelijkste gevallen de wettigheid van een kind werd aangenomen. Bij de huidige rechtspraak is zulk misbruik niet te vreezen, en kan, ook al wil men in beginsel niet van de wettelijke termijnbepaling afstand doen, aan het bewijs van omstandigheden die uitzondering rechtvaardigen grootere ruimte worden gegeven.

Niet geheel duidelijk schijnt mij het op bladz. 47 en 48

voorkomende betoog omtrent de bepaling van art. 309 B.W. Gewezen wordt op de bevoegdheid tot het leveren van het bewijs dat de man, die de echtheid ontkent van een kind, geboren 300 dagen nadat een vonnis tot scheiding van tafel en bed kracht van gewijsde heeft gekregen, werkelijk de vader van het kind is, en dan de vraag gesteld of, nu daarvoor alle daadzaken mogen worden aangevoerd die geschikt zijn dat te bewijzen, men ook kan ontkomen aan den in art. 310 gestelden termijn van 300 dagen. Art. 310 behandelt echter een ander geval dan art. 309; het verklaart het kind, 300 dagen na ontbinding van het huwelijk geboren, absoluut onwettig en laat geen tegenbewijs toe. Op stilzwijgen van den wetgever kan men zich hier niet beroepen.

Moet men hier aan eene drukfout denken, en 309 voor 310 lezen? Dan wordt het betoog, uitsluitend eerstgenoemd artikel betreffende, duidelijker: de vrouw mag alle daadzaken aanvoeren; behoort daaronder een feit van gemeenschap 300 dagen of meer aan de geboorte voorafgegaan? Ik zou deze vraag niet met de schrijvers bevestigend durven beantwoorden. Wel is waar sluiten de woorden van art. 309 alleen de toelaatbaarheid van dit bewijsmiddel niet uit, maar uit al de betrokkene bepalingen der wet blijkt dat zij eene zwangerschap van 300 dagen of meer niet erkent en ze dus niet onder de bewijsbare feiten toelaat.

In de volgende hoofdstukken worden de onderscheidene onderwerpen in verband gebracht met de strafrechtelijke bepalingen waarmede handelingen ten opzichte van de vrucht, het kind en de moeder den dader in aanraking kunnen brengen.

Hier en daar bestaat reden tot het stellen van de vraag of de aan de wetboeken van strafrecht en strafvordering ontleende beschouwingen wel eene bijzondere

plaats juist in dit werk hadden behoeven te vinden. Zoo schijnt het mij twijfelachtig of die over de beteekenis van zwaar lichamelijk letsel in hoofdstuk 6, die over het algemeene schuldbegrip in civilibus en criminalibus in hoofdstuk 7, die over het beroepsgeheim en den beroepseed van den medicus in hoofdstuk 8, die over den omvang van het advies dat door den rechter van eenen deskundige verlangd kan worden ter beantwoording van de vraag der toepasselijkheid van art. 37 Sr. in hoofdstuk 9, in hoofdzaak ook die over kinderdoodslag en kindermoord in hoofdstuk 10 niet meer de gerechtelijke geneeskunde in het algemeen of de gerechtelijke psychiatrie dan wel de gerechtelijke verloskunde raken.

Bij het doorlezen der onderscheidene strafrechtelijke beschouwingen heb ik nog al eens moeten ervaren dat de schrijvers door mij vroeger uitgesprokene meeningen verwerpen (1). Al kan ik niet erkennen door hen van ongelijk overtuigd te zijn, wil ik niet alle verschilpunten ter sprake brengen; daarvoor is het dunkt mij hier niet de plaats; ik beperk mij tot bespreking van de afwijkende meeningen op enkele meer belangrijke punten.

In de eerste plaats dan de taak van den deskundige in het strafgeding waarin de toepassing van art. 37 Sr. ter sprake komt. Ik heb de stelling verdedigd dat de rechter aan den deskundige niet alleen de vraag behoort te stellen, of er gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing der verstandelijke vermogens van den beklaagde bestaat, maar ook of het begane feit hem deswege niet kan worden toegerekend.

Ten aanzien van mijne bedoeling schijnt er misverstand

(1) De lezer die mocht willen vergelijken zij indachtig dat overal behalve op bladz. 185 de eerste uitgave van mijnen commentaar op het wetboek van strafrecht wordt aangehaald.

te bestaan. Op bladz. 203 wordt mij verweten dat ik met mij zelven in tegenspraak kom door eenerzijds den rechter de bevoegdheid te geven tot het vormen van een eigen oordeel en anderzijds den deskundige in den rechterstoel te plaatsen wanneer ik hem de vraag wil voorleggen of den dader het feit kan worden toegerekend. Ik zie echter niet dat ik ergens den medicus een beslissend oordeel heb toegekend; dat zou inderdaad eene juridieke ketterij zijn. De rechter vraagt nooit meer dan een advies om zich daardoor voor het nemen van zijne beslissing te doen voorlichten. Hij kan beslissen zonder eenig advies, ook in strijd met het gegevene advies. De vraag is enkel op welke punten hij advies kan vragen en behoort te vragen, en het antwoord is: op die punten waarop zijne eigene kennis hem in den steek laat omdat het op te lossen dubium niet een rechtskundig dubium is. En nu kan ik nog steeds niet inzien op grond van welke gegevens der rechtswetenschap de rechter zal komen tot de beslissing dat, aangenomen de onvolkomene toestand der verstandelijke vermogens, die toestand zoodanig is dat hij de toerekenbaarheid van het feit opheft. Dat is toch zuivere psychiatrie.

Nu is het volkomen waar zooals Prof. SIMONS, door de schrijvers met ingenomenheid aangehaald, zegt (Leerboek I, n^o. 140) dat de rechter zal hebben te beslissen of de toestand der geestvermogens de voorwaarde vervult welke hij voor de ontoerekenbaarheid noodig oordeelt, maar daaruit volgt niet dat hij zich ook hieromtrent niet mag doen voorlichten. De rechter moet ook beslissen of de feitelijke gegevens omtrent de handelingen van den beklagde de voorwaarden vervullen welke hij voor ziekelijke storing of gebrekkige ontwikkeling noodig oordeelt.

De voorwaarde voor toepassing van art. 37 wordt

evenzeer in den toestand der geestvermogens als in de daarmede in verband gebrachte toerekenbaarheid gevonden. Zoo lang niet wordt aangetoond dat het bij de toerekening niet evenzeer als bij de vaststelling van den toestand der geestvermogens het werk van den psychiater is den rechter, die hier door de rechtswetenschap in den steek wordt gelaten, voor te lichten, maakt men dus eene willekeurige onderscheiding door te zeggen dat de rechter voor het eene wel, voor het andere niet, die voorlichting mag inroepen.

In de tweede plaats breng ik ter sprake het begrip van bevalling in art. 290 en 291 Sr., in verband met het onderscheid tusschen kinderdoodslag en kindermoord.

De rechtbank te Middelburg had wegens kinderdoodslag veroordeeld eene vrouw die bij het optreden der eerste barensweeën het voornemen had opgevat het kind te dooden, een en ander had bijeengepakt waarin zij het lijkje zou kunnen wikkelen, zich daarop naar eene eenzame plaats buiten de stad harer inwoning had begeven en daar het kind ter wereld gebracht en gedood. Deze uitspraak wordt door de schrijvers (bladz. 255) tegen mij in bescherming genomen omdat bevalling taalkundig niet anders zou zijn dan te bed gaan liggen, in de kraam komen, en, wanneer men aan deze medisch en juridisch eenig toelaatbare beteekenis vasthoudt, de bevalling begint met de (het) eerste wee. Ik laat nu daar dat het te bed gaan liggen hier wel eene wat zonderlinge figuur maakt en over de beteekenis van in de kraam komen nog wel een en ander te zeggen zou zijn. Maar ik ga dunkt mij niet buiten de wet wanneer ik onder bevalling van de vrouw, dezelfde gebeurtenis versta als onder de baring, het feit van het ter wereld brengen van het kind, dat toch eerst het einde van het geheele proces is. Het is

toch zeker niet de vrees voor ontdekking van het bestaan van barensweeën, maar die voor ontdekking van het resultaat, de afscheiding tusschen kind en moeder, die de wetgever tot element van kindermoord en kinderdoodslag heeft gesteld. Die vrees bepaalt naar de onderstelling van art. 290 eerst het besluit tot dooden wanneer het kind er is, het besluit ontstaat dus bij of na de geboorte; naar de onderstelling van art. 291 waren vrees en besluit reeds te voren aanwezig. Ik meen dus te mogen volhouden dat in de betrokkene artikelen bevalling de beteekenis heeft van ter wereld brengen van een kind, dat zij voor de moeder is hetzelfde wat voor het kind de geboorte is.

Ten slotte de vraag of het begrip dooden van de vrucht (art. 295 en volg.) moet beperkt worden tot het dooden van de vrucht in het moederlijf. De beschouwingen der schrijvers daaromtrent op bladz. 108 en volg. kunnen mij ook niet bevredigen. Ik heb de vraag beantwoord in bevestigenden zin; maar, ofschoon erkend wordt dat er voor mijne meening veel te zeggen valt omdat de wetgever tusschen de begrippen kind en vrucht bepaald onderscheid maakt, wordt toch betoogd dat eene andere meening de voorkeur verdient, en zulks op grond dat, nu de wet eischt dat de dood der vrucht veroorzaakt is, logisch is de doodsoorzaak slechts te vinden in het tijdvak waarin de vrucht het moederlijf nog niet verlaten had, onverschillig of de dood al of niet na de uitdrijving is ingetreden. Bij levend doch onvoldragen ter wereld komen van de vrucht en sterven na de geboorte ten gevolge van tijdens de zwangerschap aangewende middelen zou de dader den dood der vrucht hebben veroorzaakt omdat de doodsoorzaak in het onvoldragen geboren worden ligt.

Het is dunkt mij duidelijk dat hier begripsverwarring

heerscht en men het veroorzaken van den dood en het veroorzaken van afdrijving dooreen haalt.

Uit het feit dat de vrucht ten gevolge van de aangewende middelen wel levend maar onvoldragen is ter wereld gekomen en sterft, niet rechtstreeks ten gevolge van de handeling des daders maar ten gevolge van het te vroeg ter wereld komen, blijkt dat die handeling afdrijving heeft veroorzaakt, welke op hare beurt den dood ten gevolge heeft.

Nu zijn wel het doen afdrijven en het dooden van de vrucht gelijkelijk strafbaar gesteld, maar de wetgever heeft afdrijving en dood niet als synoniemen dooreen gebruikt, niet de bedoeling gehad (zooals de schrijvers zeggen) het afdrijven en dooden der vrucht tijdens de zwangerschap gelijk te stellen zonder te onderscheiden of dood in of buiten het moederlijf is ingetreden mits de doodskiem slechts gelegd zij tijdens het vrucht zijn.

Ik doe in dit verband opmerken dat ik in het werk nergens het eigenlijke karakter van afdrijving aangegeven zie.

Naar de strafwet moet men m. i. in het veroorzaken van afdrijving der vrucht zien het aanwenden van middelen waardoor het uitdrijven rechtstreeks wordt veroorzaakt onverschillig of de onvoldragene vrucht dood of levend te voorschijn komt, in het veroorzaken van den dood het aanwenden van middelen die het sterven van de vrucht in het moederlijf veroorzaken. In het eerste geval is de dood het rechtstreeksche gevolg van de uitdrijving, het verwijderde gevolg van het aanwenden der middelen, in het andere het rechtstreeksche gevolg van dat aanwenden, dat eerst tot verwijderd gevolg heeft de uitdrijving der vrucht.

Ik voeg hieraan nog toe een enkel woord over het opzet bij dit misdrijf, dat door de schrijvers niet in het

bijzonder in oogenschouw wordt genomen. Ten aanzien van het materieele bestanddeel maakt de wet onderscheid, stelt zij dood en afdrijving naast elkander.

Volgt hieruit dat, indien dooden bedoeld, maar afdrijving gevolgd is, of afdrijving bedoeld en dooden gevolgd, het opzet op iets anders dan het verkregene resultaat gericht is geweest en het feit dus buiten de strafbepaling zou vallen? Ik geloof het niet. De wet stelt niet strafbaar het opzettelijk dooden en het opzettelijk doen afdrijven, maar het opzettelijk veroorzaken van dood of afdrijving. Dit is een misdrijf tegen het leven gericht, waarbij het voorwerp van het opzet is het doen eindigen van het leven der vrucht, zonder dat het bepaald wordt door het feitelijke resultaat van het aangewende middel.

April 1909.

T. J. NOYON.

L. W. A. M. LASONDER, *Bijdrage tot de geschiedenis van de hooge vierschaar in Zeeland.*
's-Gravenhage, M. NIJHOFF 1909.

Het werk, welks titel hierboven voorkomt en waarvan ik de aankondiging op verzoek der Redactie van dit Tijdschrift op mij nam, werd als academisch proefschrift door den S. te Utrecht verdedigd. Het laat zich gemakkelijk en aangenaam lezen, en geeft een overzicht van de historische ontwikkeling der rechterlijke instelling in den titel vermeld. De S. beheerscht kennelijk zijn onderwerp, en heeft daaromtrent, niet zonder goeden uitslag, zorgvuldige onderzoekingen ingesteld, in vergelijking met hetgeen bekend was nieuwe dingen te berde gebracht, in zijn arbeid verwerkt, en daarmee de kennis van en het inzicht in de geschiedenis der rechtsspraak in Zeeland, verrijkt en verruimd. Geen wonder, in zooverre, nu de S. reeds eenige jaren aan het Rijks-archief in die provincie is verbonden, en daarmee zeker wel een buitengemeen gunstige gelegenheid had de voor zijn werk noodige studies te maken, waarvan hij dan ook op prijzenswaardige wijze heeft gebruik gemaakt.

Toch wil het mij voorkomen, dat waar de S. een zeer kort overzicht geeft van den invloed der Frankische instellingen, met name ten aanzien der rechterlijke inrichting, hij dien ten aanzien der oostelijke provincies onderschat, en misschien voor de westelijke overschat. Intusschen, waar de S. geheel deze zaak maar even aanroert, zou het zeker in een aankondiging als de onderhavige minder op zijn plaats zijn hierop dieper in te gaan.

Het wil mij daarom ook het beste voorkomen een kort overzicht te geven van den inhoud van dit in menig opzicht belangrijk proefschrift, onder invoeging van een enkel vraagteeken daar, waar of de bedoeling van den S. mij ten opzichte van een op den voorgrond tredend punt niet duidelijk is geworden, of, naar het mij wil toeschijnen, des S.'s voorstelling inderdaad niet juist kan zijn. Zooals gezegd, ik zal dit slechts doen, door hier en daar een vraag stellende mijn bedenkingen in het midden te brengen, en meen daarvoor in dezen den meest geschikten vorm te hebben gekozen, omdat een uitvoerig betoog, waarvoor waarschijnlijk een nader onderzoek in de archieven, met name in Zeeland, noodig zoude zijn, mij thans en hier veel te ver zoude voeren.

In de Inleiding, omschrijft de S. de zich zelve gestelde taak in dier voege, dat hij met uitsluiting der geestelijke rechtspraak, in Zeeland van meer belang nog dan wel elders, en met ter zijde lating van Zeeuwsch-Vlaanderen, van de vroegere Generaliteits-landen dus, de rechterlijke instellingen in Zeeland Bewesten- en Beosten-Schelde zal nagaan, daarbij zijn beschouwingen vastknoopende aan de geschiedenis der „hooge vierschaar”. Hierbij is de hoofdvraag door wie de rechtspraak werd uitgeoefend; op den achtergrond treedt dus die op welke wijze zij geschiedde.

De „hooge vierschaar” is van oorsprong het grafelijk gerecht. In deze „vierschaar” wijst de graaf zelf, of zijn plaatsvervanger, in dezen de burggraaf, met zijne „leenmannen” het recht. Hun getal is reeds in de 13^e eeuw bepaald en wordt geleidelijk kleiner. Bij deze rechtbank zijn tevens eenige vastaangestelde ambtenaren in functie, onder welke wel als de voornaamste de „baljuw”, die tevens den naam van „eischer” voert, en daarmede onwillekeurig en niet geheel ten onrechte ons hedendaagsche menschen aan den tegenwoordigen officier van justitie doet denken.

Deze functies zijn later overgegaan op de rentmeesters in de twee bovengemelde deelen der provincie.

Dit grafelijk gerecht was het algemeen gerecht, maar reeds voordat het een bepaald georganiseerd lichaam was geworden, en wij dus meer aan rechtspraak door den graaf met een meer of minder toevalligen kring van bijstanders hebben te denken, was reeds een gedeelte zijner rechtsbevoegdheid op de lagere gerechten in de verschillende ambachtsheerlijkheden overgegaan. Ten aanzien der — wat de S. noemt — civiele zaken had dit zijn beslag gekregen vóór de 16^e eeuw, en, dit is zeker merkwaardig, maar historisch verklaarbaar, met hooger beroep op het Hof van Holland, den raad van den heer van Zeeland, nadat de geheele afscheiding van de grafelijkheid van Vlaanderen was tot stand gekomen. Toch is deze voorbijgang van het hoogste rechterlijke college in de provincie niet zoo absoluut geweest, als de S. het wil doen voorkomen.

In leenzaken is de „hooge vierschaar” competent gebleven, totdat na het slagen van den opstand tegen de Spaansche heerschappij aan de Gecommitteerde Raden alle bevoegdheid in dezen is opgedragen. De S. beperkt in deze zaken de rechtspraak tot de eigenlijk gezegde, en sluit uit de vrijwillige. Hij maakt hierbij echter, zij het dan in hoffelijke termen, de toenmalige Staten van Zeeland uit voor weetnieten omtrent de in hun tijd geldende rechterlijke organisatie. Mij wil dit reeds a priori een stout bestaan toeschijnen, en het is daarom dat ik hier wel mijn eerste, eenigszins groot, vraagteken zou willen zetten.

Immers, al moet worden erkend, dat in het laatst der 15^e eeuw de over de overdracht van het leen staande leenmannen niet anders zijn dan de getuigen, voor wie deze geschiedt, en dat zij dus dezelfde functie vervullen als bij den notaris, of als het gerecht zelf, voor wien of waarvoor

een rechtshandeling plaats grijpt, den S. kan niet worden toegegeven, dat, omdat de beleening door den graaf zelf of diens gemachtigde plaats vond, nu de geheele zaak buiten het grafelijk gerecht zou moeten zijn omgegaan. En dit juist daarom niet, omdat de S. den ouden vorm, waarin overdracht van leen plaats vindt, over het hoofd ziet. Immers oorspronkelijk was noodig een formeele opdracht aan den leenheer door den leenman, die zijn leen wil overdragen, met verzoek aan eerstgenoemden om na aanneming daarvan, de beleening van den ontvanger te doen plaats hebben. Oorspronkelijk leidde de laatste dus zijn recht formeel van den leenheer af, en niet van zijn voorganger in het recht. En nu wil het mij zeer onwaarschijnlijk toeschijnen, dat die opdracht aan den graaf buiten zijn gerecht, immers in dezen met leenmannen bezet — en dit vergete men vooral niet — zou zijn geschied. Voorloopig zou ik dus de drie leenmannen liever willen beschouwen als een soort commissarissen, aan wie deze functie van het grafelijk gerecht is opgedragen en door wie zij werd uitgeoefend, tenzij reeds zeer vroeg, waarvan echter uit het proefschrift niet blijkt, van een afzonderlijke leenkamer, in tegenstelling van het gerecht, de „hooge vierschaar,” sprake is.

Aan het voorafgaande sluit zich nog deze opmerking aan, dat het ook zeer merkwaardig zoude zijn dat de overdracht van allodiaal goed oorspronkelijk wel en die van leengoed niet gerechtelijk zouden hebben moeten geschieden, waar voor het laatste een voor het eerste niet bestaande reden, hierboven nader aangegeven, tot gerechtelijke overdracht moest leiden. Hoe dit zij, het wil mij inderdaad voorkomen, dat alsnog twijfel hier gerechtvaardigd is.

Als het belangrijkste onderdeel van zijn onderzoek wijst de S. aan de rechtspraak der „hooge vierschaar” in crimineele zaken. Hier zoude aanleiding tot mis-

verstand kunnen zijn, nu op p. 57 in verband met p. 19 een tegenstelling wordt gemaakt tusschen boetstraffelijke en lijfstraffelijke zaken. Een onderscheid, dat in den zin van zwaardere en lichtere misdrijven naar latere opvatting in zooverre niet opgaat voor den vroegeren tijd, omdat, al zijn lijfstraffen waarschijnlijk in gebruik geweest van zeer vroege tijden af, zij toch zeer zeldzaam waren, en zelfs voor naar onze beschouwing zeer zware misdrijven, geldstraf de gewone was. Ik behoef slechts te herinneren aan de weergeldsbepalingen en aan de zeer uitvoerige en tot in kleine bijzonderheden afdalende taxaties van verwondingen en verminkingen in de leges barbarorum, met name in de Lex Frisionum. En ook in de tijden, waarin de rechtspraak bij „de hooge vierschaar” in Zeeland geschiedde, was de geldstraf nog de gewone. Gelukkig echter, dat de S. ter laatst aangehaalder plaatse ons de regeling zelf geeft, en daarmede juiste beoordeeling mogelijk maakt.

Overigens is dit deel van het werk belangwekkend. De overgang der functies van de hooge vierschaar op de stedelijke gerechten van Middelburg en Zierikzee, respectievelijk voor Zeeland Bewesten- en Zeeland Beosten-Schelde, en de geleidelijke inperking harer rechtshoogheid ten behoeve der gerechten in andere steden en hooge heerlijkheden, worden in bijzonderheden nagegaan en in het licht gesteld. Merkwaardig is daarbij, en er wordt te recht door den S. opgewezen, dat tot den Franschen tijd toe men in gemelde steden zich bewust bleef van het verschil tusschen het stedelijk gerecht in zijn eigenlijke functie, en in de bovenbedoelde als „de hooge vierschaar”, rechtsprekende voor het platte land en de niet uitgezonderde heerlijkheden.

In het bijzonder is er één omstandigheid, die ons met verbazing vervult en die naar 't mij voorkomt, in het

proefschrift, met betrekking tot hare oorzaken vooral, den lezer nog wel wat duidelijker had mogen worden gemaakt.

In het laatst der 15^e eeuw toch, en wel ongeveer gedurende een tijdsverloop van veertig jaren, heeft de hoogere crimineele justitie, namelijk die welke onder de bevoegdheid van de hooge vierschaar viel, vrijwel stilgestaan. Ik weet wel, dat de S. ons spreekt van de toekenning dier jurisdictie aan de genoemde steden bij het Groot-Privilege van 1477, en van een dergelijke regeling in 1490, maar hij voegt er tevens bij, dat deze regelingen niet tot feit zijn geworden, en dat dit eerst in het begin der volgende eeuw plaats vond. Nu schijnt mij die stilstand onmogelijk, en veroorloof ik mij de veronderstelling te opperen, of men misschien juist hetgeen de S. vermeldt omtrent de vermelding van „brueken gedadinet bij den rentmeester”, waarbij men bij overeenkomst zich van de straf afmaakte, mag opvatten als een soort regeling, die, zij het dan zeer onvoldoende, in den nood bij het niet in allen vorm be-rechten der misdrijven eenigermate kon voorzien. Daarbij dient dan niet uit het oog te worden verloren, dat uit de rekening van den rentmeester over 1500 (Bijl. VIII) blijkt, dat deze verschillende gevangenen voor liet brengen, ter berechting in „de hooge vierschaar”; want is dit inderdaad — hetgeen ik hier niet kan uitmaken — niet een unicum, dan volgt daaruit, dat de rentmeester de noodige preventieve maatregelen nam ter beteugeling der misdaden, en deze in stand bleven tot de berechting of tot de afmaking voor dezen; welk laatste alternatief de meesten zoo eenigzins mogelijk al licht zullen hebben verkozen. Ook hier dus een vraagteeken. De beantwoording der vraag zelf schijnt mij niet onbelangrijk.

In een laatste afdeeling trekt de S. een parallel tusschen de ontwikkeling in Zeeland en die in de andere gewesten, en wijst op de tegenstelling tusschen het eerstgenoemde

met zijn reeds aanvankelijke eenheid van rechtspraak, althans in crimineele zaken, geoefend door de „hooge vierschaar”, en de elders zeer verdeelde, met name oorspronkelijk, gelijk in Friesland, bij de schoutengerechten berustende hoogste crimineele rechtsspraak. In Holland zelf vindt men die eenheid slechts in de meer zuidelijke, verdeeldheid in den zoo even bedoelden zin in de noordelijke baljuwschappen. In Gelderland, Utrecht en Overijssel in de middeleeuwen is daarentegen het graven- of het gouwgerecht in het bezit van alle rechtspraak gebleven, terwijl eerst in veel lateren tijd op dit punt en nog niet eens in alle genoemde gewesten afdoende eenheid in de rechtspraak werd bereikt.

Echter ook in Zeeland kan tegenover de eenheid in het provinciaal bestuur, weder ten aanzien der rechterlijke organisatie het minst van eenheid worden gesproken. En als verklaring hiervan wijst de S. op het feit, dat de unificeering op dit gebied, onder Karel V en Philips II begonnen, door den opstand van Spanje in haar begin werd gestuit. Toen is ten gevolge van den wederzijdschen naijver, ook in de gewesten zelf en met name in Zeeland tusschen de steden en de bezitters der hooge heerlijkheden onderling, de verdere ontwikkeling naar de eenheid, bij gebreke van een voldoende krachtig gezag om haar door te drijven, blijven steken. Ik meen dan ook deze aankondiging te mogen eindigen met den m. i. geheel juisten slotzin van den S.:

„Zonder onzen worstelstrijd tegen Spanje zouden wij „ook ongetwijfeld veel eerder in het bezit zijn gekomen „van die eenheid van rechtspraak . . . die ons, zooals „het nu geloopt is, eerst het genie van een Napoleon „heeft geschonken”.

Den Haag, Juli 1909.

SEERP GRATAMA.

De Grondwet van 1887 toegelicht, ook in verband met de praktijk door Mr. T. SYBENGA.
Vierde uitgave.

De eerste uitgave van dezen commentaar was een dun boekje en heette: „De Grondwet van 1887 beknopt toegelicht”. In 1894 verscheen eene tweede uitgave met den titel: „De Grondwet van 1887 toegelicht, in verband met de latere praktijk”. In 1902 kwam een derde, in dit jaar eene vierde uitgave uit. Het woord „latere” verviel uit den titel. Het werk is thans een lijvig boekdeel geworden en het heeft door de aangebrachte aanvullingen en verbeteringen veel gewonnen. Een Hollandsch geschrift, dat vier uitgaven beleeft, is eene zeldzaamheid. Dit succes is, blijkens de gunstige beoordeelingen van verscheidene bevoegde beoordeelaars, welverdiend en het is, na al hetgeen reeds is gezegd, wel onnoodig nogmaals over de verdiensten van het werk uit te wijden.

Ook uit dezen commentaar blijkt, tot welk een massa quaesties onze Grondwet aanleiding geeft. Er zijn er nog veel meer dan de daarin vermelde, want de aanvankelijke opzet heeft tengevolge gehad, dat het boek, ondanks de vele aanvullingen, toch op volledigheid geen aanspraak kan maken. Vraagt men, hoe het komt, dat de uitlegging der Grondwet tot zooveel verschil van gevoelen aanleiding geeft, dan zal het antwoord wel moeten zijn, dat het moeilijk is wetten te maken en te moeilijker, naarmate zij beginselen en regelingen van wijder strekking betreffen. Bovendien hebben wij nog steeds te doen met de gewijzigde Grondwet van 1815

welke, zooals de hoogleeraar Buys in zijn commentaar op de Grondwet (I blz. 229) zegt, geschreven werd in een tijd, toen men zich om den strengen technischen zin der woorden vrij wat minder bekreunde dan sedert, en welke zich door niets zoozeer dan door de slordigheid van hare redactie onderscheidt. Het was later niet mogelijk afdoende verbetering aan te brengen. Wel zijn de herzieningen van 1848 en 1887 voorbereid door commissies, uit bekwame en geleerde mannen samengesteld, maar de werkzaamheid van commissies geeft vaak het aanzijn aan voorstellen, die het gevolg zijn van een compromis tusschen uiteenloopende meeningen en daardoor zekere halfheid hebben. Bovendien zijn de Ministers, die ook in onderling overleg en dus op de wijze van eene commissie werkten, in 1848 en in 1887 op menig punt van de voorstellen der Grondwetscommissies afgeweken. Het overleg met de Staten-Generaal bracht nieuwe wijzigingen. De tegenwoordige Grondwet is dus allerminst een werk uit één stuk. Ook is niet uit het oog te verliezen, dat bij het maken van wetten niet in de eerste plaats gestreefd wordt naar het leveren van uit wetenschappelijk oogpunt voortreffelijk werk, maar naar regelingen, welke uit een praktisch oogpunt bevrediging kunnen schenken en quaesties, die in de praktijk lastig zijn geworden, oplossen. Eindelijk is geen wetgever bij machte alle geschillen te voorzien, welke uit zijne voorschriften kunnen voortvloeien. De uitlegger, die alle vragen aan die voorschriften heeft te toetsen, komt daarom vaak in groote moeilijkheden. Kon men van den Grondwetgever een persoon maken en hem vragen, hoe hij over opkomende twistpunten dacht, hij zou zeker niet zelden zeggen, dat men in de wet tevergeefs naar eene oplossing zou zoeken, aangezien hij, in zijne onwetendheid, niet getracht had daarin te voorzien, en dat hij, hadde hem de zaak voor de oogen gestaan, iets

anders of meer zou hebben bepaald dan hij deed.

Uit deze beschouwingen volgt, dunkt mij, dat men bij de uitlegging der Grondwet vooral niet moet doen alsof men wetenschappelijk, nauwkeurig geredigeerd werk voor zich had, maar daarentegen, de woorden niet letterlijk nemende, moet nagaan, welke gedachten aan dikwerf de bedoeling niet volkomen uitdrukken de voorschriften ten grondslag liggen, waarbij dan natuurlijk rekening is te houden met de opvattingen, welke bestonden in den tijd, waarop eenig voorschrift werd opgenomen.

Dit is, geloof ik, niet altijd in voldoende mate geschied bij de behandeling van eene vraag, waaromtrent de heer SYBENGA eene zeer besliste meening heeft, namelijk de vraag, in hoeverre het woord „wet” in de Grondwet in materieelen zin is te verstaan.

In zijne inleiding spreekt de schrijver van „het zoo-genaamde materieel begrip van wet, hetwelk meebrengt iets uit zijn aard al of niet onderwerp van wettelijke regeling te noemen, naarmate al dan niet „algemeene bindende regels” moeten worden gesteld”. Hieruit, zegt hij, zou dan voortvloeien, dat de Koning eene regeling maken kan van wettelijken aard en het eveneens mogelijk is, dat de Wetgevende Macht, de Koning en Staten-Generaal te zamen, maatregelen nemen die een uitvoerend karakter hebben”. Op blz. 118 leest men: „Daar m.i. de theorie van het formeele wetsbegrip de juiste is en niets wat de Koning doet van wetgevend aard mag heeten, doch elke verrichting — zoo zij door hem geschiedt — een besturend, uitvoerend karakter heeft, acht ik geen bepaling als van art. 69 noodig”. Heel duidelijk zijn deze verklaringen niet. Indien de uitdrukking „wet”, een zuiver formeele beteekenis heeft, dan kan men, dunkt mij, kwalijk spreken van „wetgevende aard” en „besturend uitvoerend karakter”. De wet en het Koninklijk besluit

hebben dan geen objectief kenmerk van onderscheiding. Men drukt, dunkt mij, den gedachtengang des schrijvers uit, wanneer men zegt, dat naar de Grondwet wet is elk besluit, genomen door den Koning met medewerking van de Staten-Generaal, en dat onder uitvoerende macht valt alles, wat de Koning doet zonder die medewerking.

Men moge uit een wetenschappelijk oogpunt over deze meening denken, zooals men wil, hier geldt het enkel de vraag, in welken zin de Grondwet is te verstaan. En dan moet erkend worden, dat er voor de stelling, dat die wet een formeel wetsbegrip huldigt, door gezaghebbende schrijvers belangrijke argumenten zijn aangevoerd. Het is niet te loochenen, dat er artikelen in de Grondwet zijn, waar „wet” in zuiver formeelen zin wordt gebezigd. Benoeming van voogden eens minderjarigen Konings, vaststelling van begrootingen, zulke regelingen zijn zeker geene wetten in den materieelen zin des woords. Voorts zijn er in de Grondwet bepalingen, waarin gezegd wordt, dat zekere „bindende rechtsregelen” bij de wet moeten worden vastgesteld; zulke artikelen zijn overbodig indien in art. 109 het woord wet in materieelen zin te verstaan is. Deze beide argumenten schijnen mij juist, maar niet beslissend. Waar de redactie der Grondwet verre van onberispelijk is, kan het licht voorkomen, dat een woord in verschillenden zin werd gebezigd. De last van het bewijs rust echter in elk bijzonder geval op hem, die dit beweert. Ik zal dan ook trachten aannemelijk te maken, dat het woord „wet” in art. 109 in materieelen zin is te verstaan en merk voorshands slechts op, dat ook het woord „opperbestuur” in de Grondwet niet overal dezelfde beteekenis heeft. In artikel 61 omvat deze uitdrukking het maken van wetten; in andere artikelen heeft het woord zeker niet dien ruimen zin. Voorts is het zeker

waar, dat sommige bepalingen overbodig zijn, indien het woord „wet” in art. 109 in materieelen zin gebruikt is, maar de Grondwetgever had in 1815 de grondlijnen der constitutioneele monarchie te trekken en wijdde eene reeks artikelen aan elk van de voornaamste onderwerpen, die hij te bespreken had; dat hij daarbij bepalingen neerschreef, die niet meer dan gevolgtrekkingen uit het in art. 109 nedergelegd beginsel zijn, schijnt verklaarbaar.

Een derde argument is, dat, zooals de heer DE SAVORNIN LOHMAN het op blz. 268 der tweede uitgave van zijn commentaar op de Grondwet uitdrukt, sinds 1815 de bevoegdheid des Konings om regelen te stellen, die ook voor de burgers bindend zijn, is erkend. Maar mijns inziens heeft de Grondwet van 1815 niet bedoeld, dat *alle* bindende rechtsregelen in wetten moesten worden opgenomen. Zij wilde voor den Koning een zeker recht reserveeren om voor onderwerpen, die de administratie of de politie betreffen, verordeningen te maken. Zij maakte dan ook melding van door den Koning vast te stellen algemeene maatregelen van bestuur. De bevoegdheid des Konings om daarin bindende rechtsregelen op te nemen, werd in de Grondwet niet uitdrukkelijk erkend, maar de wet van 6 Maart 1818 heeft haar geïnterpreteerd en willen beslissen, dat die bevoegdheid den Koning inderdaad toekwam. Het is bekend, hoe desniettemin in latere jaren de rechterlijke macht in zekere gevallen aan den Koning regelende bevoegdheid is gaan ontzeggen. Deze beslissingen zijn naar mijne ouderwetsche opvatting niet juist, omdat zij bij de interpretatie der Grondwet aan de logica eene te groote plaats inruimden en niet genoeg rekening hielden met de bedoeling en de geschiedenis. Het is intusschen onbetwistbaar, dat het bij deze opvatting moeielijk, om niet te zeggen onmogelijk is te zeggen, hoever zich dan de reglementeerende bevoegd-

heid des Konings uitstrekke en het was in zekeren zin eene tegenstrijdigheid te bepalen, dat bindende rechtsregelen niet zonder medewerking van de Staten-Generaal kunnen tot stand komen en dan toch ook den Koning de bevoegdheid tot vaststelling van zulke regelen toe te kennen. Intusschen in 1887 is in dit bezwaar tot op zekere hoogte voorzien. De bevoegdheid des Konings tot het maken van bepalingen, door straffen te handhaven, is nu in art. 56 erkend, maar met de toevoeging, dat daarvoor eene machtiging van de wet noodig is. Hierin ligt delegatie van wetgevende macht opgesloten, als men het woord „wet” in materieelen zin verstaat. Ten aanzien van door politiedwang te handhaven bepalingen bleef echter onzekerheid bestaan.

Ik kom nu tot art. 109. De heer LOHMAN acht het moeielijk te bewijzen, dat de Grondwetgever hier onder „wetgevende macht” een speciaal gebied heeft willen verstaan. Ik meen te mogen vragen, of het artikel een anderen zin kan hebben. Waarom was het in 1815 te doen? Om organisatie der constitutioneele monarchie, en een van de kenmerken dier monarchie is de beperking der Koninklijke macht door die eener volksvertegenwoordiging. Het artikel kon m. i. alleen dienen om die beperking uit te drukken, maar eene begrenzing van de macht des Konings bevat het alleen, wanneer daarin het woord „wet” in materieelen zin wordt gebruikt. Was dit gebruik zonderling? Bezigde men destijds de uitdrukking „wetgevende macht” niet in dien zin? Het tegendeel is het geval. De thans verouderde theorie, welke aangeduid pleegt te worden met de woorden: „trias politica”, was de gangbare, en men kan de Staatsmacht niet in wetgevende, uitvoerende en rechterlijke machten verdeelen zonder te meenen, dat ieder van die machten een speciaal gebied heeft. Stond het vast, welke

de grenzen van deze gebieden waren? Zoo neen, het zou weinig afdoen. Het kan moeilijk zijn de grenzen van het begrip „bebouwde kom” te definieeren en te beslissen, of de eene of andere woning tot zulk eene kom behoort, maar in de meeste gevallen zal de beslissing gemakkelijk zijn en het is niet noodig het geheele begrip om de onzekerheid van grensgevallen overboord te werpen. Het is uiterst bezwaarlijk eene definitie van krankzinnigheid te geven, maar dit is toch geene reden om de onderscheiding tusschen krankzinnigen en niet-krankzinnigen te verwerpen. Het schijnt ook niet zoo moeilijk aan te duiden, wat naar de begrippen van 1815 tot het speciaal gebied der wetgevende macht behoorde. Men heeft, dunkt mij, willen zeggen, dat de Koning, behoudens eene ondergeschikte uitzondering ten aanzien van reglementen, lijf en goed zijner onderdanen niet zou mogen aantasten dan in overleg met de Volksvertegenwoordiging; dat hij, altijd behoudens die uitzondering, het dwangrecht van den Staat niet zou mogen toepassen zonder daarvoor een grondslag te hebben in bepalingen, vastgesteld met medewerking van de Staten-Generaal. Moet het woord „wet” in art. 109 in formeelen zin verstaan worden, dan zou het een vrijbrief geven om bij de wet alles te doen wat men maar wil. Constitutioneel zou b.v. wezen de indiening van een wetsontwerp door een lid van de Tweede Kamer tot benoeming van een Commissaris des Konings in eene provincie. De voorsteller zou kunnen beweren, dat zulk een voorstel alleszins geoorloofd is, aangezien het woord „wet” volgens de Grondwet in formeelen zin is te nemen en zij dan ook b.v. zegt, dat de voogden van den minderjarigen Koning en de Regent worden benoemd bij eene wet. Tevergeefs zou men hem tegemoet voeren, dat in de artikelen 40 en 45 der Grondwet van 1815

deze uitdrukking niet voorkwam, maar gezegd werd, dat de voorgedij vooraf wordt beraamd door den regeerenden Koning in eene vereenigde zitting der Staten-Generaal en dat de regent door den regeerenden Koning en de Staten-Generaal in eene vereenigde zitting der beide Kamers te voren wordt benoemd, uit welke bepalingen blijkt, hoe men begreep, dat het gebruik van het woord „wet” hier minder gepast was. De voorsteller zou terecht antwoorden, dat hij met vervallen bepalingen niet te maken heeft. Mijns inziens zou zulk een voorstel echter inconstitutioneel zijn, omdat eene Grondwet, die, gemaakt in een tijd, toen de leer der trias politica de gangbare was, zegt, wie wetgevende macht zullen uitoefenen, niet kan bedoelen, dat bij eene wet bepalingen gemaakt worden, welke zonder twijfel liggen binnen het gebied, dat naar die leer aan den Koning toekomt.

Eene eigenaardige gevolgtrekking uit het door hem verdedigd stelsel maakt de heer SYBENGA op blz. 104 van zijn boek, waar hij zegt tegen een recent arrest van den Hoogen Raad over de verbindbaarheid van tractaten voor de ingezetenen geene overwegende bedenking te hebben, maar wel tegen de daarin voorkomende bewering, dat de Koninklijke medewerking tot het verdrag zou moeten heeten eene uitoefening van *wetgevende* bevoegdheid, zij het ook op internationaal gebied. „Geen enkel attribuut der Koninklijke macht”, verklaart hij, „stempelt die Macht tot eene wetgevende, ook niet de grondwettelijke bevoegdheid tot sluiting van een verdrag.” Hij wil daarmede, meen ik, zeggen: aangezien de Grondwet het woord „wet” in formeelen zin bezigt, is hetgeen de Koning doet nooit wetgeving. Wie de Grondwet anders opvat, zal deze meening niet deelen. Maar naar het mij voorkomt, kan men, op het standpunt des schrijvers staande, dit arrest moeilijk goedkeuren.

De Hooge Raad zegt „dat toch bij art. 59 der Grondwet aan de Koningin de bevoegdheid is toegekend, verdragen met vreemde mogendheden te sluiten en te bekrachtigen met dien verstande, dat, zoo die verdragen wettelijke rechten van Nederlandsche onderdanen betreffen, zij door de Koningin niet bekrachtigd kunnen worden, dan na door de Staten-Generaal te zijn goedgekeurd en dat die voorafgaande goedkeuring geen zin zou hebben, indien het de bedoeling van art. 59 was, dat slechts door wetswijziging tengevolge van verdragen met vreemde mogendheden en dienovereenkomstig verandering in wettelijke rechten der onderdanen zouden kunnen worden gebracht; dat veeleer moet worden aangenomen, dat door art. 59 der Grondwet aan de Koningin de bevoegdheid is toegekend, om, mits zij vooraf door de Staten-Generaal zijn goedgekeurd, verdragen, waarbij wettelijke rechten van Nederlandsche onderdanen betrokken zijn, voor die onderdanen verbindend te maken, zoodat de bepaling van art. 59 der Grondwet, aan de Koningin wetgevende bevoegdheid toekennende op internationaal privaatrechtelijk gebied, staat naast de bepalingen van artt. 150 en 109 der Grondwet en art. 5 der Wet, houdende algemeene bepalingen van Wetgeving van het Koninkrijk”. Volgens laatstgemeld artikel kan eene wet alleen door een latere wet hare kracht verliezen, wat in het stelsel van den heer SYBENGA beteekent, dat bepalingen door den Koning met de Staten-Generaal vastgesteld, alleen door bepalingen, door den Koning met de Staten-Generaal gemaakt, hare kracht kunnen verliezen. Maar dan kan eene wet niet ophouden van kracht te zijn door de vaststelling van een tractaat, gelijk toch de Hooge Raad, al bezigt hij de duistere uitdrukking „staat naast”, heeft willen uitmaken. De heer LOHMAN, die — eene schoone overwinning voor den heer W. J. M. VAN EYSINGA! — na de

lezing van diens proefschrift zijn gevoelen over de verbindbaarheid van tractaten heeft gewijzigd, drong dan ook op wijziging van gemeld artikel aan en het is de vraag, of hij zich gerechtigd zou geacht hebben een arrest als dat van den Hoogen Raad te wijzen, zoolang het artikel niet gewijzigd is en dus voor den rechter bindend blijft. Kan het bezwaar echter door wijziging van het artikel wel worden weggeruimd, indien aangenomen moet worden, dat de Grondwet het woord „wet” in formeelen zin gebruikt? Het schijnt niet boven bedenking aan de uitdrukking „wet” een anderen zin te geven dan haar in dit stelsel volgens de Grondwet toekomt. Neemt men aan, dat bij art. 109 der Grondwet het woord in materieelen zin is gebezigd, dan kan daarentegen uit dit oogpunt beweerd worden, dat art. 59 der Grondwet bij uitzondering aan den Koning wetgevende macht toekent en daarom eene wet bij tractaat gewijzigd kan worden. Of die bewering ook uit andere oogpunten houdbaar is, wordt daarmede natuurlijk niet uitgemaakt.

Dat de strijdvraag, waarom het hier gaat, door het arrest van den Hoogen Raad voorgoed tot oplossing is gebracht, zooals de heer SYBENGA meent, lijkt mij nog zoo zeker niet. Er komt in dit arrest eene bewering voor, die waarschijnlijk in eene volgende uitspraak door den Hoogen Raad niet zou worden herhaald. Dat de aan ratificatie voorafgaande goedkeuring van een tractaat door de Staten-Generaal geen zin zou hebben, indien nog eens bij eene afzonderlijke wet een landsbevel aan de onderdanen zou moeten worden gegeven, is, gelijk in de bekende brochure van den heer DE MAREZ OYENS is aangetoond, niet juist en het is misschien wel daarom, dat de heer SYBENGA dit gedeelte van het arrest in zijn werk niet overnam. Het is inderdaad duidelijk, dat de voorafgaande goedkeuring het aangaan van ver-

bintenissen tegenover het buitenland kan voorkomen, terwijl de Staten-Generaal bij eene op de ratificatie volgende wet die verbintenissen als geldend hebben te beschouwen. Maar indien de onjuistheid van het eerste gedeelte der hierboven uit 's Raads arrest overgenomen overweging wordt erkend, blijft dan het verdere, daarmede door het woord „veeleer” in verband gebrachte, gedeelte wel houdbaar? Er blijft dan de stelling over, dat bij art. 59 aan den Koning de bevoegdheid is toegekend om, onder goedkeuring der Staten-Generaal verdragen, waarbij wettelijke rechten van Nederlandsche onderdanen betrokken zijn, voor die onderdanen verbindend te maken. Hetgeen verder volgt is slechts eene uit deze stelling afgeleide gevolgtrekking. Sprak nu de Grondwet inderdaad van de wettelijke rechten van onderdanen, men zou daarin eenigen grond kunnen vinden om te meenen, dat aan de gevolgen van tractaten voor de burgers gedacht is, maar de woorden „van onderdanen” komen in het artikel niet voor. De Grondwet zwijgt over de vraag, of tractaten rechtstreeks de onderdanen verbinden. Men kan uit dat zwijgen afleiden, dat zij eene nadere wet niet noodig heeft geacht, omdat zij dat anders wel gezegd zou hebben. Tevens is voor deze oplossing aan te voeren, dat het wel wat overbodig is nog eens bij de wet vast te stellen hetgeen reeds op rechtsgeldige wijze en met medewerking van de Staten-Generaal in een tractaat is opgenomen, zooals door den heer RÖELL werd opgemerkt in de vergadering der Tweede Kamer van 24 Juni 190 . Men kan aan de andere zijde zeggen, dat een tractaat, hoe men het moge wenden of keeren, dan toch is eene overeenkomst tusschen Staten en dat al worden de Staten daardoor verbonden, de gemaakte bepalingen daarom nog geene wijziging brengen in de wetgeving der contractanten. Het is jammer, dat bij de Grondwetsherziening van 1887, toen reeds

veler aandacht op de quaestie was gevestigd, niet eene bepaling in art. 59 is opgenomen, waardoor het vraagpunt wordt beslist en het zal, dunkt mij, goed zijn dat alsnog te doen, wanneer opnieuw tot Grondwetsherziening wordt overgegaan.

Nu ik toch over art. 59 spreek, zou ik de aandacht van den heer SYBENGA wel willen vestigen op een opstel van den oud-minister van Koloniën DE BRAUW over art. 44 van het Regeeringsreglement van Nederlandsch-Indië, opgenomen in den jaargang 1889 van de Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur, blz. 259. In dit artikel worden belangrijke argumenten aangevoerd voor de door den schrijver en door de heeren RÖELL, BUYS en LOHMAN bestreden meening der Regeering van 1887, dat art. 59 der Grondwet niet toepasselijk is op de verdragen, welke volgens de krachtens de Grondwet aan den Gouverneur-Generaal gegeven bevoegdheid door dezen gesloten worden met Indische vorsten en volken. Al wordt de heer SYBENGA door dit opstel, dat waarschijnlijk aan zijn aandacht is ontgaan, niet overtuigd, zou toch, meen ik, eene bespreking of althans eene vermelding daarvan in eene volgende uitgave, welke, naar ik onderstel, niet zal uitblijven, op hare plaats zijn.

In zijne inleiding bespreekt de schrijver ook de vraag, of de Grondwet afstemming der begrooting gedooft op grond van politieke consideraties, aan de posten en de cijfers der begrooting vreemd. Hij komt daarbij ook op tegen de stelling van Professor BUYS, dat de begrooting vaststellen is de wet uitvoeren en dat wie die uitvoering weigert om redenen, welke niet in de voorgestelde begrootingen zelven hare rechtvaardiging vinden, wederspanning wordt aan de wet. Ten onrechte brengt de schrijver m. i. hierbij de quaestie van het materieel begrip

van wet ter sprake. Het schijnt mij onbetwistbaar, dat, als men stemt tegen een post, waarvan het bedrag vaststaat ingevolge de Grondwet (zooals b. v. het inkomen des Konings) of ingevolge eene wet, men wederspanning wordt aan de wet, want men weigert op die wijze mede te werken tot hetgeen de wet beveelt. Intusschen het is eene uitzondering, dat in begrootingsposten bedragen voorkomen, die bij de wet zijn bepaald. In den regel laat de wet vrijheid ten aanzien van het te besteden bedrag of steunen de posten in het geheel niet op eene wet.

Weigering om mede te werken tot vaststelling der door de Grondwet geëischte begrooting, om redenen, die met den inhoud daarvan niets te maken hebben, schijnt ook mij ongeoorloofd. Het spreekt, zou ik zeggen, vanzelf, dat de gronden van weigering behooren gelegen te zijn in het voorstel, dat men uitgenoodigd wordt aan te nemen. Hiermede is de bekende quaestie echter zeker niet afgedaan, want de vraag blijft over, *welke* redenen buiten de begrooting liggen; *welke* politieke consideraties aan de posten der begrooting vreemd zijn. De heer SYBENGA heeft dit ook gevoeld en ontkent zelfs het recht van bestaan der onderscheiding van redenen binnen en buiten de begrooting gelegen. Hij vereenigt zich met de meening van Professor DE HARTOG (*Themis* 1894, blz. 488), „dat de politieke redenen eener afstemming wel degelijk liggen binnen de grenzen van het oordeel over de begrooting, dat niet enkel de objecten daarvan, maar ook het subject in den kring zijner motieven mag trekken”.

Eene begrooting dient om gelden beschikbaar te stellen voor het doen van Staatsuitgaven. Zij geeft de beschikking over gelden aan een bepaalden persoon; zij realiseert om zoo te zeggen 's Ministers politiek en administratief beleid. Als men nu den Minister niet bekwaam of eerlijk

acht, is er dan geen reden om te zeggen: ik weiger gelden te uwer beschikking te stellen? Het kan voorkomen, dat de wijze van besteding van gelden in nauw verband staat met politieke beginselen. Als men bijvoorbeeld van meening is, dat het verkeerd is uit de staatskas subsidie te verleen en aan vereenigingen, die een confessioneel karakter hebben en er geene wet bestaat, die het toestaan daarvan beveelt, is het dan niet geoorloofd een subsidiepost, gevraagd door een Minister, die daarover anders denkt, af te stemmen op grond van de wijze, waarop zulk een Minister verwacht kan worden het toegestane krediet te zullen besteden?

Ik ga op de zaak niet dieper in en merk alleen op, dat in de questie weinig verandering zou komen, indien men, gelijk voorgesteld wordt door den heer W. H. DE SAVORNIN LOHMAN, de eindstemming over begrotingen deed vervallen. Het vraagpunt zou blijven bestaan ten aanzien van de stemming over de afzonderlijke posten. Ook de quaestie van vertrouwen in den Minister kan, gelijk de voorsteller doet uitkomen, bij de behandeling van een artikel gesteld worden. Verwerping van het artikel betreffende het tractement des Ministers zou wel hetzelfde gevolg hebben als thans verbonden is aan verwerping eener begrooting en coalitie van minderheden zou ook bij de stemming over zoodanig artikel alleszins mogelijk zijn. In de Pruisische Kamer pleegt bij dat artikel eene algemeene beraadslaging over het Hoofdstuk gehouden te worden.

A. R. ARNTZENIUS.

V A R I A.

Uit de juist verschenen *Justitieele Statistiek over 1908* blijkt, dat in burgerlijke zaken bij den Hoogen Raad zijn aangebracht 90 zaken, 26 *meer*, gewezen 74 arresten, 17 *meer*, terwijl er op 31 December 56 zaken, 16 *meer* dan in 1907, onafgedaan waren gebleven.

Behoudens de verzoeken om gratie werden door den Hoogen Raad nog behandeld 85 verzoekschriften (verzoeken om brieven van wettiging, om meerderjarigverklaring enz.).

Van strafzaken werden er 526 aangebracht en 528 bij arrest afgedaan, zijnde respectievelijk 26 en 29 *meer* dan in 1907. Op 31 December waren er 32 zaken onafgedaan tegen 34 in 1907.

Terwijl het gemiddeld getal der arresten in strafzaken over 1900 tot 1904 368 bedroeg, was dat over 1904 tot 1908 met bijna 100 gestegen en bedroeg het 466. Bovendien werden nog 33 uitspraken gegeven op aanvragen tot revisie, waarvan 11 eene afwijzende beschikking inhielden en 22 eene niet-ontvankelijkverklaring.

Bij de Hoven werden 427 burgerlijke zaken aangebracht, 11 *meer* dan in 1907 en 59 *meer* dan in 1904. 389 Zaken werden er afgedaan. Op 31 December waren er 589 zaken nog aanhangig, terwijl dat aantal op 1 Januari bedroeg 557. Bovendien werden er nog 223 eindbeschikkingen op requesten gegeven.

In strafzaken werden er bij de Hoven aangebracht 1027 voorzieningen in hooger beroep, zijnde 33 *minder* dan in 1907. Er werden 1056 arresten in hooger beroep

gewezen, 21 *meer* dan in 1907, terwijl er 139 voorzieningen op 31 December nog aanhangig waren, tegen 168 op 1 Jan. 23 arresten werden gewezen ingevolge verwijzing door den Hoogen Raad.

Bij de rechtbanken werden aangebracht 10 694 burgerlijke zaken, waarvan 7413 rolzaken, zijnde 976 *meer* dan in 1907. Op 31 December bleven er 4807 onafgedaan.

Het getal eindvonnissen was 8208, in eersten aanleg 8077 en in hooger beroep 131, respectievelijk 730 en 3 *meer* dan in 1907.

Bij de gezamenlijke rechtbanken werden aangebracht in eersten aanleg 15 243 strafzaken, zijnde 1287 *meer* dan in 1907. Het aantal gewezen vonnissen bedroeg 15 737 of 1450 *meer*. Het aantal beklaagden was 18 213, of 315 op de 100 000 zielen, tegen 290 in 1907. Veroordeeld werden 16 236, 89 pCt. van de beklaagden, 1139 of ruim 6 pCt. vrijgesproken.

In strafzaken werden bovendien 853 voorzieningen in hooger beroep aangebracht, zijnde 72 *meer* dan in 1907. 847 eindvonnissen in hooger beroep werden gewezen, 100 *meer* dan in 1907. Er bleven 124 voorzieningen op 31 December onafgedaan.

Bij de kantongerechten werden aangebracht 22 877 burgerlijke zaken, zijnde 2217 *meer* dan in het voorafgaande jaar. 22 723 zaken werden afgedaan en 1336 bleven op 31 December aanhangig. Het gemiddelde aantal der eindvonnissen der kantonrechters was over 1904—1908 18 317 tegen 17 299 over 1900—1904.

Strafzaken zijn er bij de kantongerechten aangebracht 163 871 of 4616 *meer* dan in het voorafgaande jaar.

Er werden 163 323 vonnissen gewezen. In deze zaken waren 173 784 beklaagden, maar 139 838 of ruim 80 pCt. van hen bleven afwezig. Op 31 December waren er 2421 zaken aanhangig.

Veroordeeld werden 165 907 of bijna 95,5 pCt. der beklagden, vrijgesproken 3104 of nog niet 2 pCt., ontslagen van rechtsvervolging 610 of nog geen half pCt.

Het gemiddelde getal der beklagden bedroeg over 1900—1904 129 947, over 1904—1908 160 789.

Van de geheele bevolking van het Koninkrijk stonden 3003 op de 100 000 terecht voor de kantongerechten.

De statistiek van het Rijkstucht- en -opvoedingswezen over 1907.

De statistieke opgaven worden ook ditmaal voorafgegaan door eene inleiding, bewerkt door Mr. L. W. E. M. LASONDER, welke in haren aanvang er op wijst, dat er enkele verschillen gevonden worden tusschen deze statistiek en die voorkomende in het „Overzicht over de werking der Kinderwetten gedurende de periode 1 December 1905 tot 1 Januari 1908”, uitgegeven vanwege het Departement van Justitie. Die verschillen moeten voornamelijk worden toegeschreven aan eene bij het inrichten van eene nieuwe statistiek onvermijdelijke omstandigheid, namelijk aan het niet eenvormig beantwoorden der gestelde vragen.

Aangaande den staat der gebouwen, voorkomende in de eerste tabel, wordt de mededeeling gedaan, dat ten vorigen jare ten onrechte is opgegeven, dat de tuchtschool te Ginneken is ingericht voor 48 jongens. Ook dit gesticht kan, evenals de tuchtschool te Haren, te Nijmegen en te Zeist, 56 personen opnemen.

De Rijksopvoedingsgestichten kunnen bevatten in Alkmaar 162, in Avereest en in Doetichem 240 jongens en in Montfoort 84 meisjes.

Het personeel (Staat II) werd sedert 1906 vermeerderd met drie personen, één adjunct-directeur te Avereest en twee beambten in algemeenen dienst, en bedroeg 207.

Volgens Staat III, betreffende de beweging der bevolking, werden in den loop van het jaar 1907 in de *tuchtscholen* nieuw opgenomen, zonder dus rekening te houden met de teruggebrachte kinderen, die de gestichten tijdelijk hadden verlaten wegens overbrenging naar een ziekeninrichting enz., 369 *jongens*, waarvan 33 krachtens bevel van den burgerlijken rechter op verzoek van ouders of voogden, en 33 *meisjes*, waarvan 9 op verzoek van ouders of voogden, zijnde over het geheele aantal 86 jongens en 9 meisjes *meer* dan in het voorafgaande jaar. In dit aantal zijn ook begrepen de op verzoek van ouders of voogden geplaatste kinderen. Deze categorie wijst eene vermeerdering aan van drie jongens en één meisje.

Op 31 December 1907 hielden verblijf in de tuchtscholen 140 *jongens*, zijnde 7 *meer* dan in 1906, namelijk te Ginneken 50, te Haren 44, te Nijmegen 46 en 17 *meisjes* te Zeist, evenveel als in het voorafgaande jaar op dien datum. 361 jongens en 33 meisjes verlieten de tuchtscholen, terwijl er één jongen overleed.

In de *opvoedingsgestichten* bevonden zich op 31 December 1907 543 *jongens*, namelijk te Alkmaar 123, te Avereest 218, te Doetichem 202 en te Montfoort 53 *meisjes*, zijnde 57 jongens *meer* en 10 meisjes *minder* dan een jaar te voren. Gedurende het jaar 1907 werden nieuw opgenomen 359 jongens en 23 meisjes, zijnde 116 jongens en 11 meisjes *minder* dan in het voorafgaande jaar, 323 jongens verlieten de gestichten, waaronder 31 als voorwaardelijk ontslagen en 33 meisjes, waaronder 3 als voorwaardelijk ontslagen.

De totale bevolking in de *tuchtscholen* aanwezig geweest in den loop van het jaar bedroeg aan *jongens* (Staat IV) 502 en aan *meisjes* 50 en in de *opvoedingsgestichten* 705 aan *jongens* en 86 aan *meisjes*, zijnde naar de mededeeling in de inleiding 182 of 16 pCt. *meer* dan in 1906. Deze vermeerdering kwam geheel voor rekening der tuchtscholen,

waar de bevolking met 243 of 79 pCt. toenam tegen eene vermindering met 61 of 7 pCt. in de opvoedingsgestichten. Van de *jongens*, die in de *tuchtscholen* verblijf hebben gehouden (Staat V), behoorden o. a. 218 tot de Nederduitsch-Hervormden, 44 tot de Gereformeerden, 217 tot de Roomsch-Katholieken en slechts 4 tot de Israëlieten. Van de *meisjes* waren er 21 Nederduitsch-Hervormd en 25 Roomsch-Katholiek.

Van de jongens in de opvoedingsgestichten waren er 419, die tot de Nederduitsch-Hervormde, 15 die tot de Gereformeerde, 351 die tot de Roomsch-Katholieke en 20 die tot de Israëlietische gezindte behoorden.

Noch in de tuchtschool, noch in het opvoedingsgesticht voor meisjes bevond zich eene Israëliete. Dit was eveneens het geval in het voorafgaande jaar.

Van de 419 kinderen, aan wie op de *tuchtscholen* schoolonderwijs werd gegeven, waren er 15 jongens, geen meisjes, wier gedrag slecht was. In de *opvoedingsgestichten* werd schoolonderwijs gegeven aan 932 kinderen. Daarbij was van 58 jongens, van geen der meisjes, het gedrag slecht en van 281 jongens en van 15 meisjes redelijk.

Aan alle verpleegden werd, met uitzondering van 2 Oud-Roomschen in de tuchtscholen en van 3 in de opvoedingsgestichten, wier kerkgenootschap niet bekend was, godsdienstonderwijs gegeven. (Staat VI).

Door 740 verpleegden van de *opvoedingsgestichten*, uitmakende 79 pCt. der bevolking, werd vakonderricht of instructieve arbeid (Staat VIIa) genoten; in Alkmaar is dat percentage door den aard van het verblijf, veelal tijdelijk, het geringst (62 pCt.). In het gesticht te Doetichem namen daarentegen allen deel aan dat onderwijs, dat niet minder dan veertien vakken omvat. De verpleegden te Alkmaar ontvingen onderricht in timmeren, kartonbewerking, smeden, schoenmaken, kleermaken (alleen de

in afzondering geplaatsten) en de achterlijken in kleerlappen en mattenvlechten; die te Doetichem en te Avereest in timmeren, smeden, verven, land-, tuin- en boschbouw en veeteelt; te Avereest nog in schoenmaken en mandenmaken en te Doetichem in boekdrukken, boekbinden en kleermaken. In Montfoort wordt alleen onderwijs in handwerken gegeven. Bij dit onderwijs was het gedrag van 81 pCt. goed, van 15 redelijk en van slechts 4 pCt. slecht.

De mate van ontwikkeling bij het vakonderwijs verkregen was bij ontslag van 71 jongens goed, van 80 redelijk en van 19 slecht.

In de *tuchtscholen* wordt handenarbeid, geen vakonderwijs in den eigenlijken zin, verricht: hout- tuin-, klei-, papierarbeid, timmeren, touwbreien, stoken en machinepoetsen, huis- en keukenarbeid. Staat VII b verstrekt opgaven van het aantal uren, dat aan die verschillende soort arbeid wordt besteed. Uit de inleiding blijkt, dat in alle gestichten het aantal werkuren per verblijfdag aanzienlijk is toegenomen.

Omtrent het gedrag (Staat VIII) der verpleegden zij vermeld, dat, volgens de inleiding, van de bevolking der *tuchtscholen* 29 pCt. disciplinair gestraft werd en van die der *opvoedingsgestichten* 33 pCt. In deze gestichten nam het aantal gestraften met den leeftijd toe; verpleegden van den leeftijd van tien jaren of minder, van wie 15 in den loop van het jaar daar vertoefden, werden in het geheel niet gestraft. Daarentegen geeft laatst genoemde categorie in de *tuchtscholen* het hoogste percentage der gestraften, n.l. 40 pCt. Dat percentage daalt dan tot 22 pCt. in de groep van 12 tot 14 jaar, om daarna wederom te stijgen tot bijna het maximum in de groep van 18 jaar en ouder.

Disciplinaire straffen werden er in de *tuchtscholen* opgelegd aan *jongens* 398 en aan *meisjes* 16. De straf van

water en brood werd het meest opgelegd (230 maal), de cachotstraf 168 maal. In het voorafgaande jaar was daarentegen laatstgenoemde straf meer toegepast dan eerstgenoemde.

De straf van sluiting in de boeien werd slechts eenmaal toegepast en wel te Nijmegen op een jongen van 18 jaar of ouder.

Misdragingen, welke huishoudelijk bestraft worden, vinden het meest plaats bij het schoolonderwijs. Van het gesticht te Ginneken wordt thans nog geene afzonderlijke opgave van deze categorieën van bestraffing gegeven, daar zij onder de rubriek der disciplinaire zijn opgenomen. Dit zal ten vorigen jare ook het geval zijn geweest. (Zie Themis 1908, bl. 653.)

In de *opvoedingsgestichten* werden 543 disciplinaire straffen opgelegd, waarvan 133 aan de meisjes, toegepast op 265 jongens en 41 meisjes.

Het aantal misdragingen bedroeg bij de jongens 515 en bij de meisjes 46.

Slechts één strafbaar feit werd gepleegd, namelijk te Doetichem door een jongen tusschen de 16 en 18 jaar, die opzettelijk goederen vernielde.

Voorwaardelijk werden uitgesproken 45 straffen of 4,7 pCt. van het totaal aantal, waarvan 12 in de *tuchtscholen* en 33 in de *opvoedingsgestichten*. Uitgezonderd 2 gevallen betreffen zij verpleegden van 14 jaar en ouder. Hierbij worde nog aangegeven, dat slechts 2 maal, beide keeren te Ginneken, aan de daarbij opgelegde verplichtingen niet werd voldaan.

Uit de *tuchtschool* te Ginneken ontvluchtte één jongen, evenzoo één jongen uit die te Haren. Zij waren beiden boven de 16 jaar en werden achterhaald.

Uit de *opvoedingsgestichten* ontsnapten er 32 jongens, namelijk 8 uit Alkmaar, 6 uit Avereest en 18 uit Doe-

tichem. Zij werden teruggebracht, evenals nog 4 jongens die vroeger ontvlucht waren.

Aan belooning (Staat X) werd uitgereikt in de *tuchtscholen* een bedrag van 936,39 gulden, waarvan 70,63 te Zeist, uitmakende 0,025 gulden per arbeidsdag en in de *opvoedingsgestichten* 4909,095 gulden, waarvan 440,70 gulden te Montfoort, uitmakende 4 centen per arbeidsdag.

Van de 362 uit de *tuchtscholen* ontslagen *jongens* hadden er bij hun ontslag: 260 eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden, 35 eene van 5 tot 10 gulden en 3 eene van 10 tot 25 gulden. Een jongen uit Ginneken had meer dan 50 gulden tengevolge van wekelijksche uitkeering krachtens de Ongevallenwet! Van de 33 ontslagen *meisjes* hadden er 30 eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden, 2 eene van 5 tot 10 gulden en 1 eene van 10 tot 25 gulden.

Bij hun ontslag uit de *opvoedingsgestichten* hadden van de 160 *jongens*: 31 eene uitgaanskas van beneden de 5 gulden, 36 eene van 5 tot 10 gulden, 60 eene van 10 tot 25, 23 eene van 25 tot 50 gulden en 3 (Doetichem) eene van 50 gulden en hooger. Van de 33 ontslagen *meisjes* hadden 9 eene uitgaanskas van beneden 5 gulden, 2 eene van 5 tot 10 gulden, 13 eene van 10 tot 25 en 4 eene van 25 tot 50 gulden.

Bij hun ontslag werd aan 33 *meisjes* uit Zeist geheel reisgeld of reisgelegenheid verstrekt, aan 20 *jongens* uit Doetichem en aan 20 *meisjes* uit Montfoort.

Uit de opgaven (Staat XI) betreffende den gezondheidstoestand blijkt, dat er van de in de *tuchtscholen* aanwezig geweest zijnde 502 *jongens*, 64 en van de 50 *meisjes* 43, uitmakende 19 pCt. van de totale bevolking, eens of meermalen in den loop des jaars onder behandeling van den geneesheer waren.

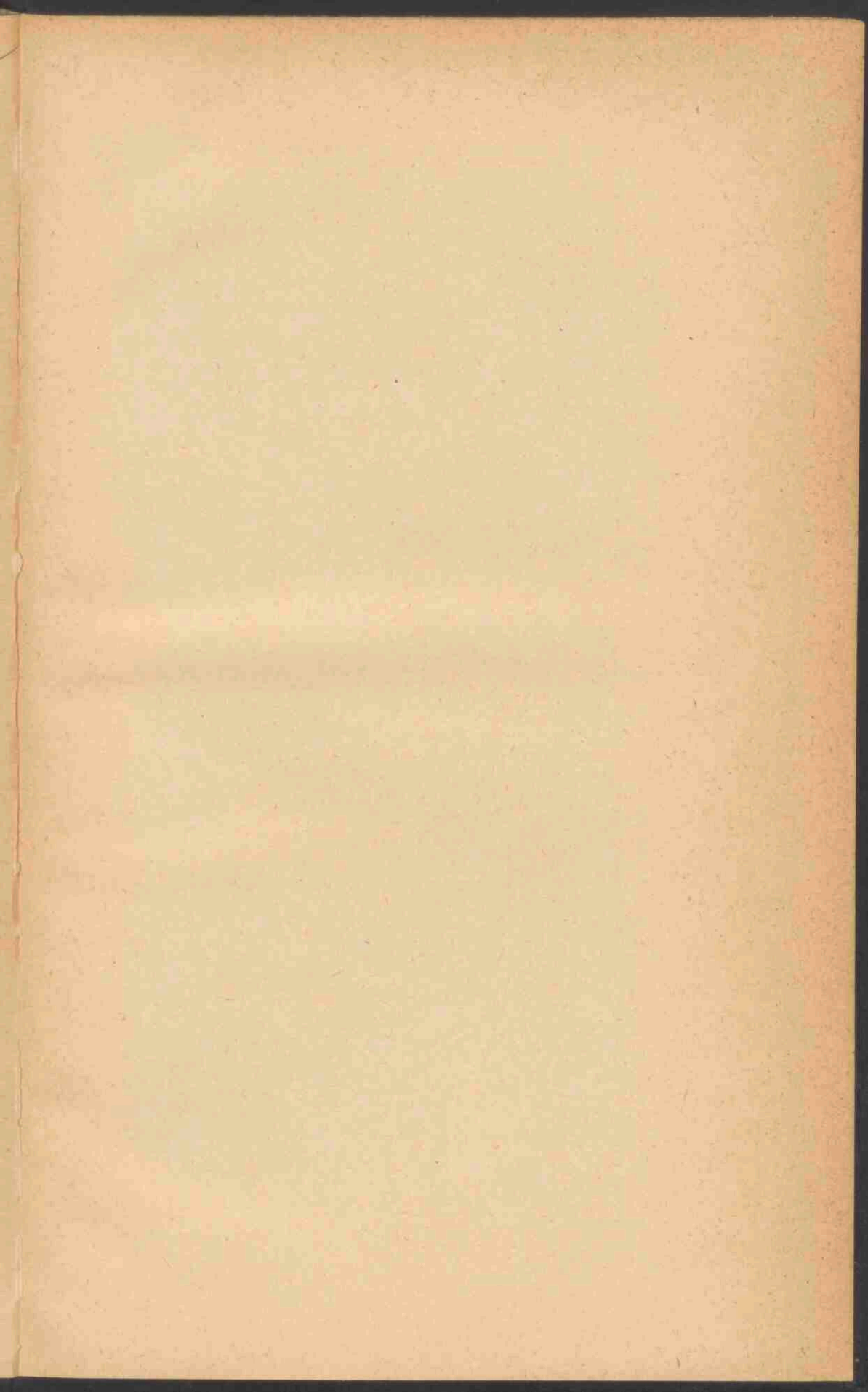
Voor de *opvoedingsgestichten* bedragen die cijfers succesievelijk 311 en 41 of 37 pCt. der totale bevolking.

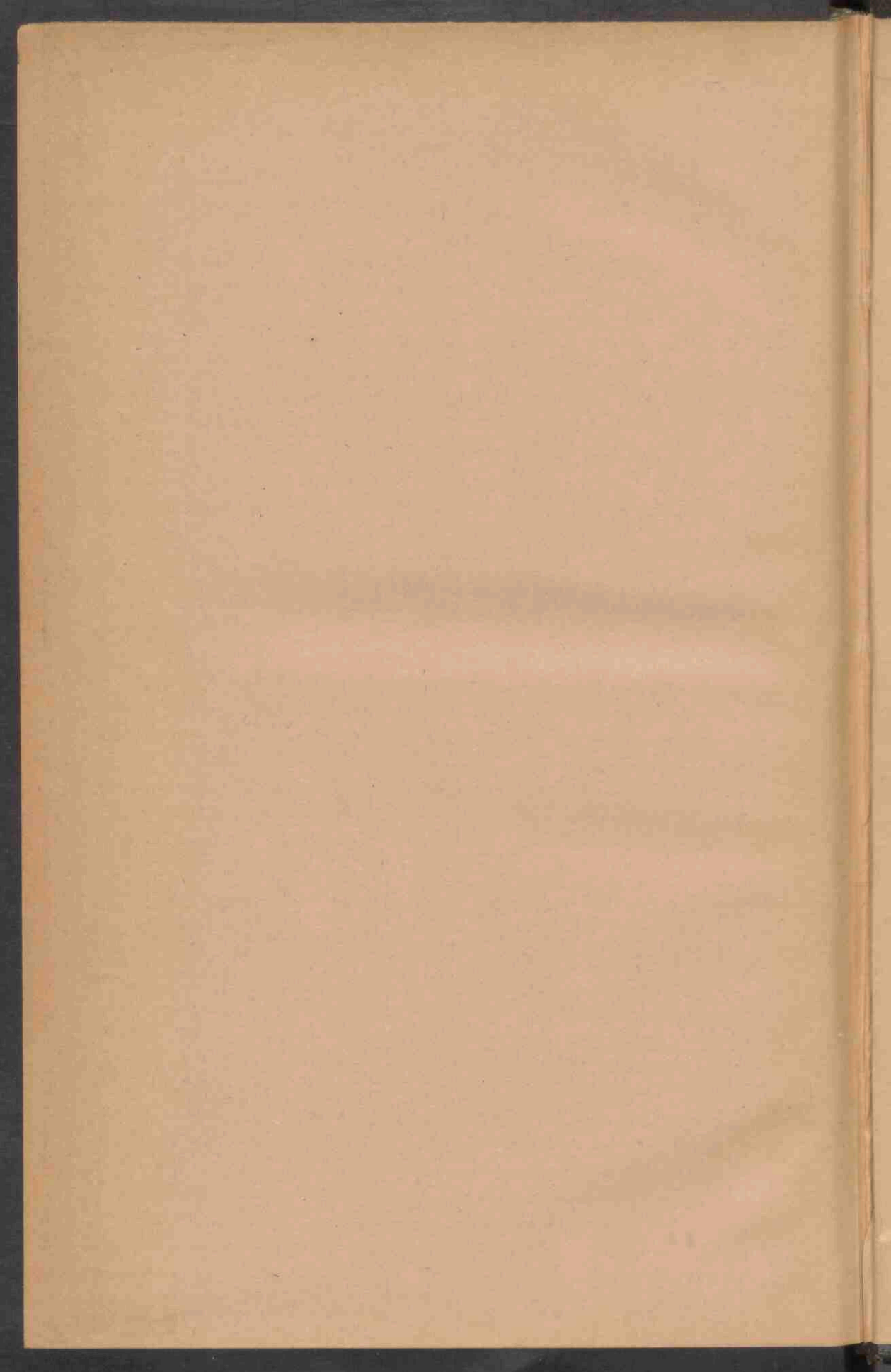
Jan

Naar een ziekenhuis werden overgebracht 3 jongens uit Nijmegen, 1 meisje uit Zeist en 16 jongens uit de opvoedingsgestichten. Naar een krankzinnigengesticht werden overgebracht 3 jongens, n.l. uit Ginneken, Alkmaar en Doetichem. Er overleed 1 jongen uit de tuchtschool te Nijmegen.

Van de ziekten (Staat XII *a* en *b*) komt die van de huid en het celweefsel het meest voor en daarna die der spijsverteringsorganen.

Het grootst aantal ziektegevallen wordt over het algemeen aangetroffen in de leeftijdsgroep van 16 tot 18 jaar.







F. H. DANNER
BOEKBINDERIJ
UTRECHT

