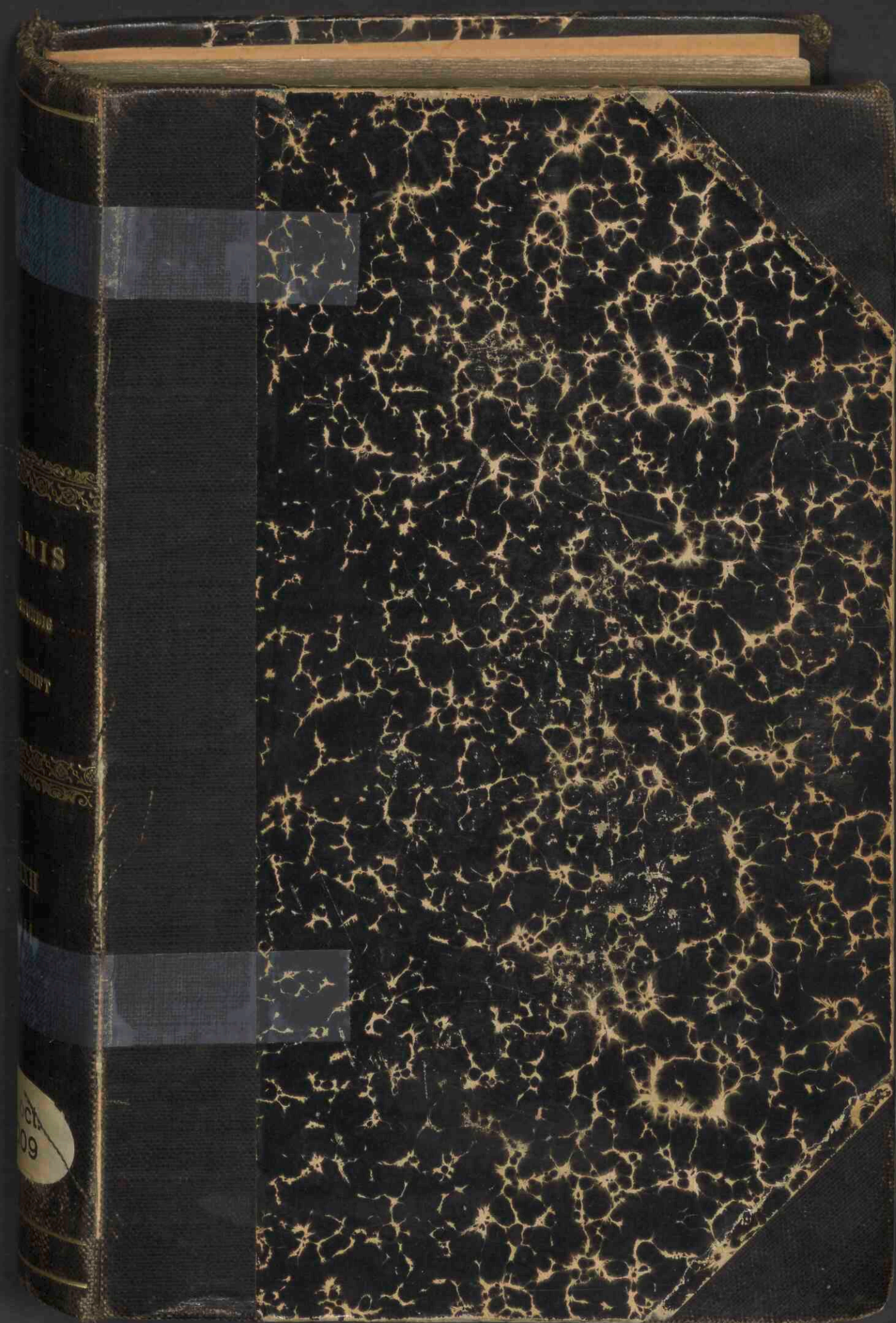




# **Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.**

<https://hdl.handle.net/1874/451826>



MIS

SERIES

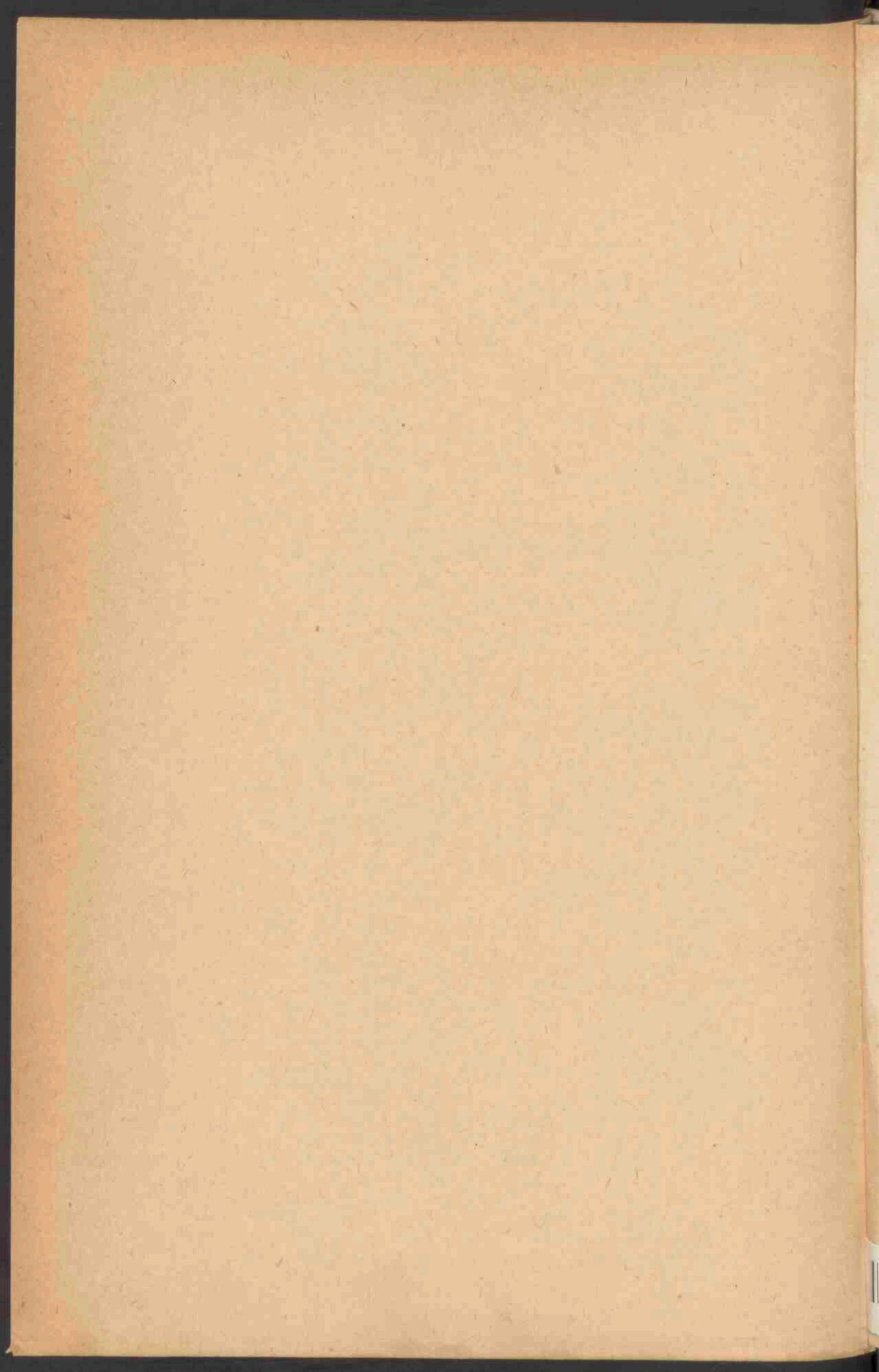
VOLUME

III

Oct  
09

JURIDISCHE  
LEESZAAL

1902/11



*H.C.*  
*d. 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.

TWEE-EN-ZEVENTIGSTE DEEL

1911



's-GRAVENHAGE  
BOEKHANDEL VII. GEBR. BELINFANTE

—  
1911



RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



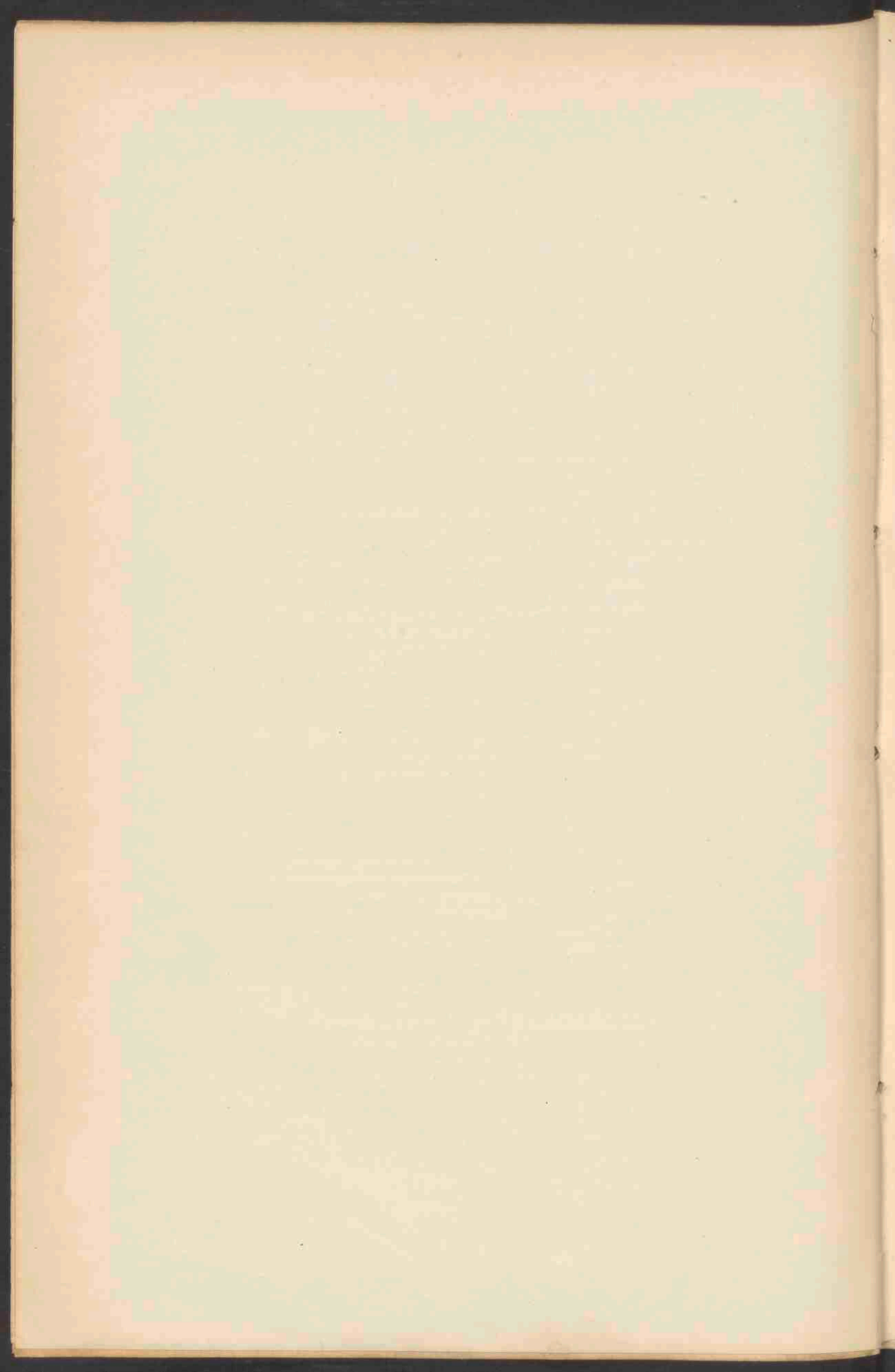
0341 2073

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

## MEDEARBEIDERS

- Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. J. Baron D'AULNIS DE BOURQUILL, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. C. BAKE, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. Ed. BELINFANTE, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. Jac. W. v. D. BIESEN, advocaat, Breda.
- Mr. A. J. E. A. BIK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. G. BROUWER Jz., advocaat en procureur, Amsterdam.
- 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. EYSELL, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. R. H. FEITH, lid van het Gerechtshof, te 's-Gravenhage.
- Mr. R. A. FOCKEMA, president van het Gerechtshof te Leeuwarden.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, oud-president van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. J. J. GOCINGA, vice-president van het Gerechtshof, te Arnhem.
- Mr. S. GBATAMA, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. Th. HEEMSKERK, Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- Mr. C. J. HEEMSKERK, advocaat en procureur, Hilversum.
- Mr. H. VAN DER HOEVEN, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden.
- Mr. J. F. HOUWING, oud-hoogleeraar, Doorn.
- Mr. Ed. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. D. JOSEPHUS JITTA, hoogleeraar, Amsterdam.
- Mr. W. J. KARSTEN, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. VAN KUYK, substituit-griffier bij de Arrond-Rechtbank te 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LEVY, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN, lid van den Raad van State en oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LOEFF, oud-Minister van Justitie en lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DE LOUTER, hoogleeraar, Utrecht.
- Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, oud-advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. NABER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. A. P. L. NELISSEN, oud-Minister van Justitie 's-Gravenhage.
- Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleeraar, 's-Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. POLVLIET, lid van de Arrond-Rechtbank, te 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. J. ROMBACH, wethouder, Rotterdam.
- Mr. C. O. SEGERS, president van de Arr-Rechtbank, te Utrecht.
- Mr. F. N. SIKENGA, Dordrecht.
- Mr. G. VAN SLOOTEN Az., lid van de Arrond-Rechtbank te Rotterdam.
- Mr. F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN WISSEKERKE, directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom, '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. TICHELAAAR, hoogleeraar, Leiden.
- Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. H. Vos, advocaat, te Leiden.
- Mr. G. WITTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem.





# INHOUD.

Bladz.

<i>In memoriam</i> Mr. J. D. VEEGENS.	
<i>In memoriam</i> Mr. J. C. DE MAREZ OYENS.	
<i>Opmerkingen over administratieve rechtspraak</i> , door Mr. H. Vos, advocaat, te Leiden . . . . .	1
<i>Militaire Pensioensaanspraken</i> , door Mr. G. HOVENS GRÈVE, Griffier bij het Kantongerecht te Heerenveen. . . . .	81
<i>Aansprakelijkheid van Emittenten</i> , door Mr. G. VAN SLOOTEN AZN., lid van de Arrond.-Rechtbank te Rotterdam	106
<i>Iets over onze burgerrechtelijke Kinderwetten</i> (naar aanleiding van het proefschrift van Mr. N. DE BENEDITTY: «Ouderlijke macht en kindbescherming»), door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Substituut-officier van Justitie, te 's-Gravenhage	133
<i>Administratieve Rechtspraak en Rechtspraak in Belastingzaken</i> , door Mr. Dr. J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ, commies aan het Departement van Financiën te 's-Gravenhage . . .	199
<i>Wettelijk bewijs in strafzaken</i> , door Mr. B. GEWIN, Advocaat te Utrecht . . . . .	212
<i>Pothier en het annate bezit</i> , door Mr. JULES GOUDEKET AZN. Advocaat en Procureur te Amsterdam . . . . .	236
<i>Het faillissement der vennootschap onder firma en de praktijk</i> , door Mr. G. WITTEWAALL, Raadsheer in het Gerechtshof, te Arnhem . . . . .	247
<i>Het partes secare der Twaalf Tafelen en de sector in het Romeinsche recht</i> , door Mr. J. M. NAP, Commies van Staat bij den Raad van State te 's-Gravenhage . . . . .	264
<i>Opmerkingen over administratieve rechtspraak</i> (II), door Mr. H. Vos, advocaat, te Leiden. (Zie <i>Themis</i> 1914 pag. 80)	369
<i>Gaat de rechtspersoonlijkheid eener Vereeniging van zelf te niet, door het verstrijken van den termijn in de Koninklijk goedgekeurde Statuten bepaald?</i> door Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, te Amsterdam . . . . .	317

- Een volkenrecht-puzzle* door Jhr. J. G. C. DEN BEER POORTUGAEL, Luitenant Generaal b. d. Lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage. . . . . 505
- De jongste phase der arbitrage- en vrede-beweging.* door Mr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage . . . . . 527
- In en om de Papendrechtsche strafzaak,* door Mr. S. J. M. VEN GEUNS, Subst.-Officier van Justitie, te 's-Gravenhage . 554
- Het wetsvoorstel omtrent de onregmatige daad en de rechtszekerheid,* door Mr. A. P. TH. EYSSELL, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage . . . . 568
- Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht,* door Prof. Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken. Tweede druk. Groningen, P. NOORDHOFF, 1910; — beoordeeld door Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleeraar, te 's-Gravenhage . . . . . 150
- Mr. J. H. SCHOLTEN, *Een onderzoek naar de beginselen van Retributieveffing*, Arnhem 1910, — Mr. H. A. G. VENEMA, *Retributiën*, Den Haag, 1910; — beoordeeld door Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, te 's-Gravenhage . . . . . 158
- «*Huur van een Bewaarkhuis-loket*» door Mr. A. HIJMANS; — aangekondigd door Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr, Advocaat en procureur te Rotterdam . . . . . 167
- Eene bastaardwet*, Mr. B. HES, *Het onderzoek naar het vaderschap* (Groningen 1911) bl. 145, door Mr. J. A. LEVY, Advocaat, te Amsterdam . . . . . 305
- «*Straffen*» en hare berechting. Rede, gehouden in de Jaarvergadering van den Bond ter verkrijging eener wettelijke regeling van den rechtstoestand der burgerlijke ambtenaren, den 24<sup>sten</sup> September 1910, door Mr. J. A. LEVY, Advocaat te Amsterdam, 's-Gravenhage, Boekhandel vh. GEER. BELINFANTE, 1910, aangekondigd door Mr. H. VAN DER HOEVEN, Oud-hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden . . . 328
- A. LE COSQUINO DE BUSSY, «*Het ontstaan der satisfactie van Utrechts*», aangekondigd door Mr. J. VAN KUYK, Substituut-Griffier bij de Arrond.-Rechtbank te 's-Gravenhage . . . 335

Bladz.

- De tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak* door Mr. R. KRANENBURG, dissertatie Leiden 1909; aangekondigd door Mr. G. W. J. BRUINS, Commies ter Provinciale Griffie, te 's-Gravenhage . . . . . 344
- Eene inaugureele redevoering* (Mr. J. A. VAN HAMEL, *De taak der strafrechtspleging*, uitgesproken te Amsterdam den 28 November 1910), door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Substituut-officier van Justitie, te 's-Gravenhage. . . . . 441
- Wettelijke Monumenten-bescherming*. Adviezen en voorstellen aan en van den Nederlandschen Oudheidkundigen Bond. 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF. 1910; — aangekondigd door Mr. C. BAKE, referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage . . . . . 450
- Beginselen van Handelsrecht volgens de Ned. Wet*, door Mr. J. G. KIST. Derde deel. Handelsverbintenissen uit overeenkomst. Tweede stuk. 3<sup>e</sup> herziene en vermeerderde druk, door Mr. L. E. VISSER. 's-Gravenhage, 1910; — beoordeeld door Mr. P. POLVLIET, lid der Arrondissements-Rechtbank, te 's-Gravenhage. . . . . 459
- BURGE'S Commentaries on Colonial and Foreign Laws, generally and in their Conflict with each other and with the Law of England*. New Edition. London: SWEET & MAXWELL. Deel I—III; — aangekondigd door Mr. G. VAN SLOOTEN AZ., lid der Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam. . . . . 477
- De strijd tusschen godsdienst en wetenschap*, een protest van den Christelijken kansel tegen het optreden der psychiaters, door Dr. R. VORENKAMP; — beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, Substituut-officier van Justitie, te 's-Gravenhage . . . . . 481
- Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, door Mr. J. D. VEEGENS, voortgezet door Mr. A. S. OPPENHEIM. — Derde deel, Afl. I. — *Verbintenissen Algemeen gedeelte*. — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK & ZOON, 1911, — aangekondigd door Jhr. Mr. RH. FEITH, lid van het Gerechtshof, te 's-Gravenhage . . . . . 618

## V A R I A.

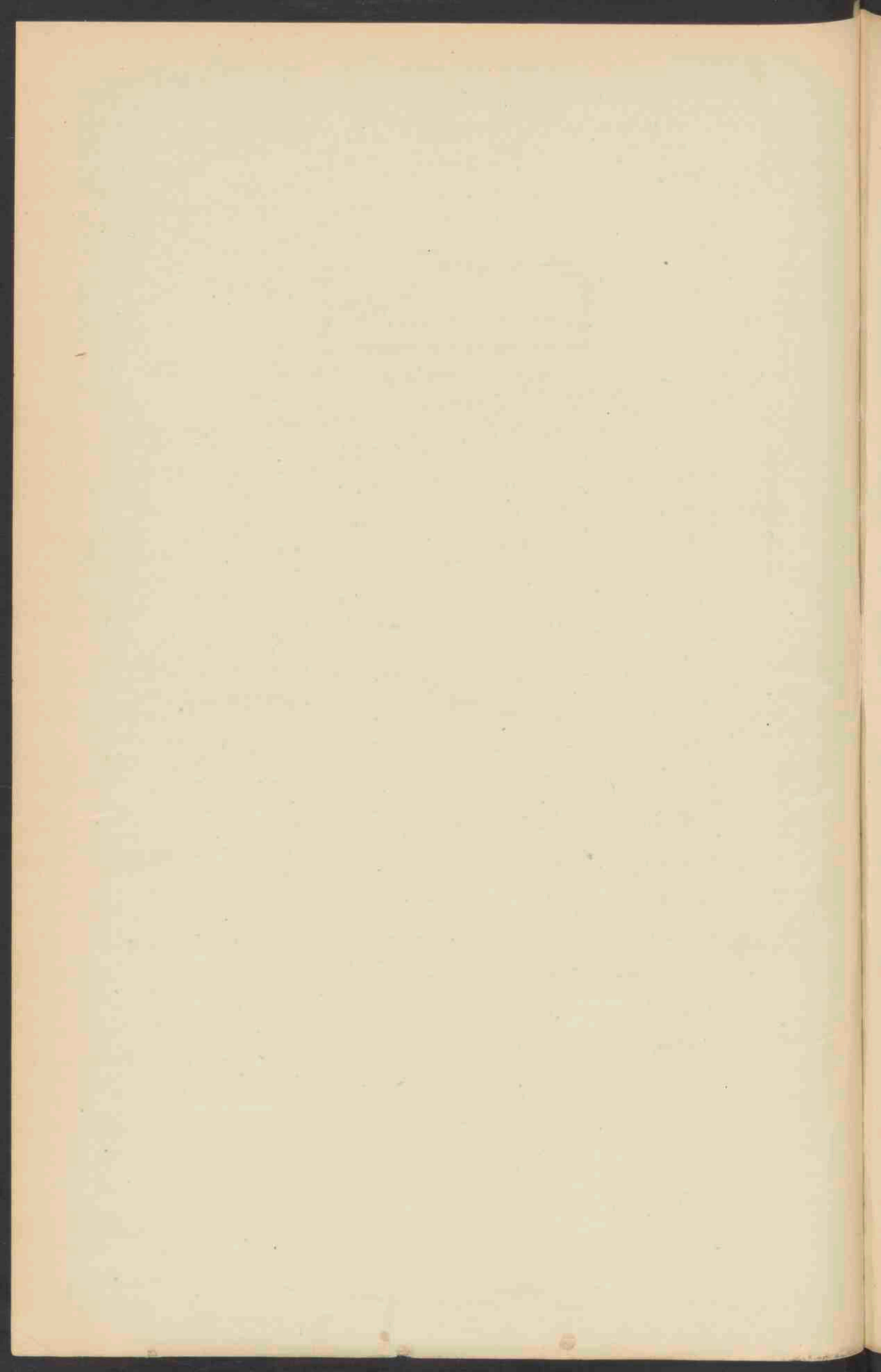
De Statistiek van het Rijkstucht- en opvoedingswezen over 1908. — Feestbundel 100-jarig bestaan Justitia et Amicitia. — Uitgaven: Pandhuiswet, Ned. Staatsalmanak 1911, Invoering stenographie bij de rechtspraak, Onderwerpen a. s. vergadering Juristenvereniging . . . . .	177—198
De statistiek over het Gevangeniswezen over het jaar 1909 .	359
Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht . . . . .	485
Prijsvragen uitgeschreven door de Universiteiten te Leiden en te Amsterdam . . . . .	502
De statistiek van het Rijkstucht- en opvoedingswezen over 1910.	623
Alphabetisch register op deel LXIII—LXXII (1901—1911).	

**In Memoriam.**

Is door het overlijden van Mr. J. D. VEEGENS, Oud-Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel in ruimen kring een leegte ontstaan, die het heengaan van een man van karakter en talent steeds ontegenzeggelijk nalaat, ook *Themis* heeft het verlies te betreuren van een bekwaam rechtsgeleerde, die steeds met liefde voor haar bezielde was en 't niet bij platonische uitingen daarvan deed blijven.

Sedert 1896 — destijds advocaat en procureur en Lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal — voorkomende op de lijst der medewerkers van het tijdschrift is menigmaal een beroep op zijne daadwerkelijke medewerking gedaan en is dit ondanks zijn vele en veelvuldige bezigheden nimmer te vergeefs geschied. Een woord van oprechte hulde en innige dankbaarheid moge daarvoor met het volste recht hier zijne plaats vinden.

RED.



# THEMIS



## LXXIIste deel — EERSTE STUK

### Opmerkingen over administratieve rechtspraak.

#### I.

Met een breede uiteenzetting van het doel der administratieve rechtspraak houdt de Memorie van Toelichting van den Minister LOEFF op het door hem bij Kon. Boodschap van 17 Februari 1905 bij de Tweede Kamer ingediend ontwerp van een „Wetboek van administratieve rechtsvordering”, zich niet bezig. Tweeërlei onrecht kan volgens die toelichting thans de Overheid op het terrein van het publiek recht straffeloos plegen. „Zij kan in strijd met dat recht optreden, waar zij niet, of anders optreden, dan zij bevoegd is; zij kan in strijd met dat recht *niet* optreden, waar zij daartoe gehouden is. Tegen die schennis van het publiek recht door de Overheid moet de administratieve rechtspraak bescherming verleen. Dit is haar doel” (1).

Men moge zich afvragen, in hoeverre dit doel te rijmen is met de eenige regelen vroeger vooropgezette stelling, dat „eigenlijke rechten, bevoegdheden, waarvan de eer-

(1) Mem. v. Toel. blz. 65 (uitg. BELINFANTE).



biediging kan worden afgedwongen, niemand tegen de Overheid, als zoodanig, bezitten kan", en dat „deze hoogheid van het overheidsgezag" alleen daarom rechtspraak niet uitsluit, omdat „de Overheid streeft naar gerechtigheid"; men moge verwonderd zijn dat in dit stelsel, dat immers is de negatie van den Rechtsstaat, nog plaats gevonden wordt voor een administratieve rechtspraak, die toch is de consequentie van den Rechtsstaat, — de ontwerper van het wetboek wil nu eenmaal niet weten van subjectieve rechten van het individu tegenover de overheid, hij heeft ter wille van dit standpunt, in welks verdediging hij m. i., gelijk nader hieronder zal worden betoogd, niet geslaagd is, vele omslachtige en deels overbodige omschrijvingen en opsommingen in zijn ontwerp moeten opnemen, — maar met de verklaring, dat doel der administratieve rechtspraak is „bescherming tegen schennis van het publiek recht door de overheid", kan men ten slotte tevreden zijn.

Ik geloof ook niet, dat iemand een andere verklaring verwacht had, omdat die verklaring de eenig mogelijke is. Hoevele ook de twistvragen zijn, die op het gebied der administratieve rechtspraak zich hebben voorgedaan, in welken verschillenden zin ook die twistvragen in de wetenschap en in de wetgeving van de onderscheiden staten tot oplossing zijn gekomen, hoe men ook moge denken over de organisatie der administratieve rechtspraak, over de omschrijving en den omvang harer competentie, — hierin kan geen verschil bestaan en heeft ook geen verschil bestaan, dat, gelijk de burgerlijke rechtspraak beoogt bescherming tegen rechtsschennis op privaatrechtelijk gebied, het doel der administratieve rechtspraak is bescherming tegen onrecht door de overheid gepleegd.

Men mag er den Nederlandschen wetgever een verwijt van maken dat hij, afgescheiden van het nadeel zelf

dat in de niet-totstandkoming eener wettelijke regeling dezer materie gelegen is, met deze vertraging bovendien aan sommige schrijvers den tijd gelaten heeft, aan deze eenvoudige waarheid te gaan tornen en het eenvoudige, duidelijke, voor de hand liggende karakter der administratieve rechtspraak te gaan vertroebelen.

In een klein geschrift, dat intusschen m. i. tot het beste behoort van wat in den loop der jaren over ons onderwerp verschenen is, omdat het helder en eenvoudig, zonder de dikwijls bijkomende geleerdheid die de hoofdzaak zelve verduistert, de taak van den administratieven rechter uiteenzet, heeft VON LEMAYER („Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit”, 1896) van de denkbeelden van enkele Duitsche schrijvers in deze materie gesproken als van *fin-de-siècle*-ideeën, die hij in de volgende bladzijden van zijn werk overtuigend weerlegd heeft; waar wij inmiddels een nieuwe eeuw zijn ingetreden, is gemelde qualificatie naar de letter zeker op de hierboven bedoelde schrijvers weinig toepasselijk, maar naar den zin geloof ik, dat van hen hetzelfde zonder twijfel gezegd kan worden.

In de allereerste plaats denk ik hierbij aan hetgeen door den Amsterdamschen hoogleeraar in het staatsrecht, Mr. STRUYCKEN op den Juristendag van 4 Juli 1908 bij de bespreking der wenschelijkheid tot opneming van het leekenelement in de rechtspraak, over administratieve rechtspraak in het algemeen en over de tegenstelling van rechtspraak en administratie meer in het bijzonder, geleerd is (1).

(1) Nadat deze bladzijden geschreven waren, verscheen van de hand van denzelfden hoogleeraar eene brochure onder den titel «Administratie of Rechter», waarin de voorstelling der buitenlandsche wetgeving en jurisprudentie op het stuk der administratieve rechtspraak, te Amsterdam gegeven, onveranderd wordt overgenomen. Wat ik in de volgende bladzijden meende, dat tegen die voorstelling kan worden ingebracht, ondergaat dus door die brochure geene wijziging. Wat verder den inhoud dier verhandeling vormt, zal in het vervolg van dit artikel vanzelf aanleiding tot bespreking geven.

Misschien geïnspireerd door den prae-adviseur over dit onderwerp, Mr. J. A. VAN HAMEL, die „de leer van den rechtsstaat niet huldigen kan” en volgens wien administratieve rechtspraak „eigenlijk niets anders is dan administratie, die men ten onrechte opkuift tot rechtspraak”, heeft Mr. STRUYCKEN dien dag bij het mondeling debat een betoog geleverd over aard en doel der administratieve rechtspraak, dat mij in alle opzichten onjuist en tevens voor een heilzame werking van dit instituut weinig bevorderlijk voorkomt.

Met een beroep op hetgeen de ervaring elders, bijzonder in Pruisen, Frankrijk en Engeland, in de wetgeving en vooral in de praktijk der administratieve gerechtshoven op dit punt geleerd heeft, kwam de spreker tot de meening, dat in de ontwikkeling dezer instelling alom éénzelfde drijvende kracht werkt, n.l. deze om „*de administratieve handeling geheel te beheerschen, zóó dat in haar eene behoorlijke waardeering van het individueele belang tegenover het algemeene belang worde verzekerd.*”

Na een enkel voorbeeld uit de jurisprudentie in die landen, dat naar zijne meening die opvatting staaft, te hebben medegedeeld, kwam dan de spreker, met betrekking tot de vraag, wat hieruit voor ons land te leeren valt, tot de volgende conclusie: „Een administratieve rechtspraak, die voor de ontvankelijkheid der actie schennis van objectief of subjectief recht tot eisch stelt, is ten eenenmale onvoldoende. Wij kunnen daarmee bereiken den rechtsstaat in formeel-juridischen zin, zooals zijn idee hier te lande onder leiding van Prof. BUIJS is geïntroduceerd, die beter de „wettenstaat” zou heeten, niet den rechtsstaat in sociaal-ethischen zin, wiens idee gericht is, ja op eene administratie overeenkomstig de wet, maar daarboven op eene administratie naar *billijkheid*, naar *behooren*, met behoorlijke wederzijdsche waar-

deering van algemeen en bijzonder belang, ook waar de wet voor die waardeering geen normen geeft".

Ik houd deze meening van Prof. STRUYCKEN voor eene dwaling, zoowel wat betreft zijn appreciatie van de wetgeving en de jurisprudentie in andere landen, als wat aangaat zijn opvatting van den aard en het doel der administratieve rechtspraak op zich zelve.

Nog steeds is waar wat vóór bijna zestig jaren VIVIEN in zijn „Etudes administratives" van de administratieve rechtspraak zeide, „en cette matière comme en toute autre . . . juger c'est juger", en eene wederzijdsche waardeering van algemeen en bijzonder belang, waar de wet voor die waardeering geen normen geeft, is geen rechtspraak maar administratie. Het is naar mijne bescheiden meening niet op dit onderdeel alleen van de studie van het publieke recht, dat het overboord werpen van eenvoudige grondwaarheden uit vroegere jaren de beoefenaren onzer wetenschap tot vreemdsoortige conclusies geleid heeft.

Het toetsen der administratieve handeling aan de rechtsnorm, waardoor die handeling beheerscht wordt, niet in dien zin dat de taak van den administratieven rechter zich zou bepalen tot de zuiver juridische uitlegging der betrokken norm, maar zóó dat de handeling in haren *vollen omvang*, zoowel wat betreft de daarbij ter sprake komende rechtsvragen als wat aangaat de daarbij betrokken feitelijke vragen, beoordeeld wordt naar de wettelijke norm, die de bevoegdheid der administratie tot die handeling moet hebben gevestigd, — dat is het karakter der administratieve rechtspraak. Dit karakter dus legt voor de administratieve rechtspraak geen ander doel weg dan eene contróle over de *wettigheid* van de administratieve handeling, wettigheid intusschen opgevat in den *ruimsten* zin van niet alleen te strooken met de letter der wet, maar ook met haren zin en met de

strekking, die aan hare normen ten grondslag liggen, — een contrôle dus of de bestreden handeling valt binnen de grenzen der door de wet gestelde regelen, zoo ruim mogelijk beoordeeld naar letter, bedoeling en geest, maar *nimmer een contrôle buiten de wet om* over doelmatigheid, billijkheid en behoorlijkheid. Aldus is inderdaad de strekking der administratieve rechtspraak, gelijk Prof. STRUYCKEN zegt, „de administratieve handeling geheel te beheerschen, zóó dat in haar eene behoorlijke waardeering van het individueele belang tegenover het algemeen belang worde verzekerd”, — mits men er bijvoege, wat hij niet zegt en ook niet wil zeggen, *voor zoover voor die waardeering een maatstaf is te vinden in een wettelijke norm.*

Nu wil het voorgaande niet zeggen, dat het niet wenschelijk zou zijn ook voor een deugdelijke en behoorlijke administratie waarborgen te scheppen, mits men niet goedvinde dit rechtspraak te noemen, en mits men niet bewere, dat dit in het buitenland rechtspraak genoemd wordt.

Die waarborgen zullen moeten worden gevonden in de samenstelling der administratieve organen zelve, met name door de opneming daarin van het zelfbesturend element, en in de wijze waarop in processueele vormen aan de belanghebbenden gelegenheid wordt gegeven, zich door die organen ter voorlichting en voorbereiding hunner beschikkingen, in opvolgende instanties, te doen hooren, maar de taak van den administratieven rechter vangt eerst aan, wanneer, onafhankelijk van de deugdelijkheid en behoorlijkheid der administratieve handeling, hare wettigheid, in den vollen boven aangeduiden omvang, ter sprake komt en ter beslissing moet worden gebracht.

In geen enkel land, waar de administratieve rechtspraak is ingevoerd, is het, in strijd met de meening van

Prof. STRUYCKEN, anders gesteld, noch in de wetgeving noch in de jurisprudentie.

Met name wordt allereerst, wat de Duitsche staten betreft, bij de beoordeeling van de wetgeving op dit punt, niet genoegzaam gelet op het groote verschil in karakter, dat eigen is aan de lagere instanties, die in het stelsel der administratieve rechtspraak zijn ingelascht, en aan het daarboven ressorteerend orgaan, dat met die rechtspraak belast is.

Hier meer, daar minder, het meest in Pruisen maar toch nergens geheel uitgesloten, heeft op de inrichting der administratieve rechtspraak in de lagere instanties vooral de leer van GNEIST haren stempel gedrukt, die inderdaad in het doel van dit instituut minder ziet een rechterlijke contrôle *over* de handelingen der administratie dan wel eene zoo rechtvaardig, deskundig en onpartijdig mogelijke administratie *zelve*, bereikt voornamelijk door eene samenstelling der lagere instanties uit elementen van het zelfbestuur en door de invoering eener proces sueele behandeling der zaak, waarover die instanties te beslissen hebben. Dat in deze instanties die zoogenaamde administratieve rechtspraak zich uitstrekt zoowel over de wettigheid als over de doelmatigheid der administratieve handeling, kan worden toegegeven en is ook niet meer dan natuurlijk. Maar men heeft ook in die instanties niet met rechtspraak over de administratie, maar met administratie *zelve* te doen. Men heeft niet anders gedaan dan, bij gelegenheid van de invoering der administratieve rechtspraak, het karakter en de samenstelling der administratieve organen in opvolgende instanties veranderen, maar men heeft daarmee niet een rechterlijke contrôle over die organen beoogd. Vandaar dan ook dat de vraag, welke administratieve aangelegenheden op *die* wijze behandeld zullen worden, alleen door enumeratie der

verschillende zaken beslist kon worden, omdat maatstaf hierbij alleen is het meer of minder belang der zaken, dat een zoodanige behandeling al of niet wenschelijk maakt. Vandaar evenzeer dat hierbij niet alleen de rechtsvraag maar ook de beleidsvraag, die bij de administratieve handeling ter sprake kan komen, aan een nader onderzoek der hoogere instantie onderworpen wordt, omdat inderdaad dat onderzoek niets anders beoogt dan een waarborg voor een zoo deugdelijk mogelijke administratie in haar vollen omvang.

Men houdt deze omstandigheid, die het karakter dier zoogenaamde administratieve rechtspraak in de lagere instanties beheerscht, bij eene beoordeeling van Duitsche toestanden niet genoeg in het oog. Wel zinspeelt ook Prof. STRUYCKEN op dezen invloed van GNEIST's theorieën, maar alleen om dien invloed geheel te verwerpen bij de beoordeeling van de andere Duitsche staten dan Pruissen, wat bovendien niet geheel juist is, en ook zonder van dit feit gebruik te maken bij het trekken zijner eigen conclusies.

Geheel anders wordt echter de toestand, wanneer men in de Duitsche wetgevingen de lagere instanties voorbij is en genaderd is tot de contrôle, die op de handelingen der administratie door den administratieven rechter zelf wordt uitgeoefend. Daar is niet meer sprake van eene op utiliteitsgronden steunende schifting van zaken, die wel en die niet van genoegzaam belang worden gerekend om in den vorm van een administratief proces door de lagere colleges in opvolgend ressort te worden afgedaan en beslist, zonder onderscheid of het doel is een wettige dan wel ook een onpartijdige en behoorlijke toepassing der overheidstaak te verzekeren. Daar is enkel sprake van een contrôle over de rechtmatigheid der overheidsdaad en is de functie van den administratieven rechter eene van zuivere rechtspraak. Het administratieve element,

dat in de lagere instanties met het rechterlijke vermengd is, is in de algemeene contrôle van het hoogste college geheel uitgelicht.

Werpt men nu tegen, dat het voorafgaande dan toch zooveel bewijst, dat ons, bij de invoering eener administratieve rechtspraak, het Deutsche voorbeeld leert om althans in de lagere instanties de beoordeeling der administratieve handeling naar hare wettigheid en hare be hoorlijkheid niet te scheiden, dan moet, dunkt mij, het antwoord luiden dat, wat daar te lande de wetgever bij de instelling van ons instituut met de organisatie dier lagere instanties beoogd heeft, bij ons reeds jarenlang aanwezig is. Opneming van het beginsel van het zelfbestuur in de administratie, zooals dat in Pruissen en andere Deutsche staten tegelijk met de invoering der administratieve rechtspraak noodig geacht werd, is bij ons niet noodig, omdat wij dit sinds lang bezitten. Invoering eener processueele behandeling der zaken, waarover die zelfbesturende organen te beschikken en te beslissen hebben, en waarvan als voornaamste maatstaf de beantwoording van de vraag, wat wel en wat niet aan die organen in de Deutsche staten moest worden opgedragen, afhankelijk werd gesteld, is bij ons overbodig, omdat die bij ons aanwezig is. Is uitbreiding of verbetering van deze beginselen bij ons wenschelijk, dan is dit mogelijk, maar met eene regeling der administratieve rechtspraak hangt bij ons noch het een noch het ander samen. Wat wij behoeven, dat is, met behoud, zoo noodig met versterking, van ons bestaand stelsel van zelfbestuur, alle handelingen der administratie te onderwerpen aan eene contrôle, die de handhaving van het recht, in zijn volsten omvang, waarborgt.

Juist het feit, dat in onze instellingen reeds aanwezig zijn de administratieve instanties, die, wat samenstelling



en wijze van werken betreft, geheel beantwoorden aan datgene, wat elders bij de invoering der administratieve rechtspraak nog moest worden geschapen, maakt m. i. de taak van onzen wetgever met betrekking tot dit onderwerp zooveel gemakkelijker en eenvoudiger dan daar het geval was.

Het wil mij dan ook voorkomen, dat het Ontwerp-LOEFF van deze omstandigheid niet genoegzaam partij getrokken heeft en de organisatie der administratieve rechtspraak onnoodig omslachtig en ingewikkeld gemaakt heeft.

Terecht wil het Ontwerp de administratieve instanties niet opheffen; dit zou inderdaad, waar vragen van recht en beleid, juist in de eerste phase van het geding, zoo dikwijls nauw samengaan, en ook, zonder dat, de vraag van beleid op zich zelve dikwijls voor den betrokkene van het hoogste gewicht is, een achteruitgang zijn; men zou met die opheffing juist een waardevol instituut in de organisatie dezer materie vernietigen, waarnaar elders opzettelijk gestreefd is. „Het administratief appèl geeft niet alleen herstel van rechtsgrieven. Gebruik makend van haar vrij goedvinden, kan de administratieve hoogere instantie bezwaren opheffen, die met rechtsschennis niets te maken hebben, bezwaren tegen onoordeelkundig administratief beleid. De opheffing dezer bezwaren is voor de betrokkenen soms niet minder gewichtig dan het herstel hunner rechtsgrieven”, zegt met volkomen juistheid de Memorie van Toelichting (blz. 112). Art. 142 van het Ontwerp bepaalt daarom dat niet-ontvankelijk is het beroep bij den administratieven rechter, wanneer het wordt ingesteld tegen besluiten of handelingen van administratieve organen, waartegen administratief beroep openstaat of opengestaan heeft.

Na deze administratieve instanties volgen dan de administratieve rechter in eersten aanleg (arr.-rechtbank, administratieve kamer met één lid), die in hooger beroep (hof, administratieve kamer met drie leden) en die in cassatie (hooge raad, administratieve kamer met vijf leden).

Zoo zou dus elk administratief geschil, wanneer men voor de beslissing daarvan als administratieve instanties aanneemt Gedeputeerde Staten en Kroon, loopen over vijf instanties. Daar echter het beroep van zaken, die in administratief appèl beslist zijn, onmiddellijk wordt aangebracht bij den rechter, die anders als appèlrechter fungeert (d. i. dus het hof) (art. 70 Ontw. R. O.), worden deze instanties teruggebracht tot vier. Slechts wanneer het beroep bij den administratieven rechter wordt ingesteld tegen bestuursdaden van de Kroon zelve, wanneer dus alle administratieve instanties voor de beslissing van het geschil wegvallen, zullen alleen drie instanties, die van den administratieven rechter, zich kunnen voordoen.

Deze regeling nu schijnt mij, hare groote omslachtigheid zelfs voor een oogenblik daargelaten, niet logisch.

Terecht legt, gelijk reeds hierboven gezegd werd, het Ontwerp den nadruk op de waarde van het behoud der administratieve instanties voor de beslissing van geschillen, voordat deze bij den administratieven rechter aanhangig gemaakt worden, maar het is niet in te zien, waarom dáárna nog *drie* rechterlijke instanties noodig zijn om het geschil, thans ontdaan van alle vragen die geen rechtsvragen zijn, tot oplossing te brengen. Eén van tweeën. Of men wenscht, wat m. i. verkeerd zou zijn, in het administratief geding alleen het rechterlijk element op den voorgrond te brengen, en dan is het rationeel om van alle administratieve handelingen onmiddellijk beroep toe te laten op den administratieven rechter, die dan, omdat het geschil bij hem voor het eerst wordt

aangebracht, tot meerderen waarborg voor een goede beslissing uit meer dan één instantie zou kunnen bestaan. Of men wil de eerste phasen van het geding, gelijk het Ontwerp terecht aanneemt, doen loopen in de administratieve instanties, om de voordeelen die hiervoor boven werden aangegeven, maar dan is niet te begrijpen, waarom nà het doorloopen dier instanties, nog de waarborg noodig zou zijn van *drie* rechterlijke instanties om de rechtsvraag, die toch ook in elk geval reeds *naast* de beleidsvraag in de administratieve instanties in onderzoek geweest is, tot een deugdelijke beslissing te brengen, en waarom niet met *éne* centrale rechterlijke instantie, oordeelende over feitelijke zoowel als rechtsvragen, zou kunnen worden volstaan. In dit opzicht schijnt mij het Ontwerp te hinken op twee gedachten, en heeft het daardoor m. i. van de organisatie der administratieve rechtspraak een noodeloos omslachtige instelling gemaakt, waartegen het voorstel der Staatscommissie van 1891, dat toch ook het voordeel van de administratieve instantie had weten te behouden, in zijn eenvoud gunstig afsteekt.

Daarbij komt, dat mij de waarborg, die voor een goede rechtspraak gelegen is in het beroep van een (niet in appèl genomen) besluit of uitspraak van de collegiaal samengestelde Gedeputeerde Staten op den alléén-rechtsprekenden rechter in de administratieve kamer der arr.-rechtbank, op zijn zachtst uitgedrukt, twijfelachtig toeschijnt, aangenomen zelfs in het algemeen, dat de rechtspraak van dien laatsten rechter in aangelegenheden van bestuur wenschelijk is en in elk geval in staat zal zijn bij de justiciabelen groot vertrouwen te wekken.

Eindelijk geloof ik dat, onafhankelijk van al het voorgaande, in elk geval het behoud der Kroon als administratieve instantie bij de beslissing van geschillen in het Ontwerp geen aanbeveling verdient. Het groote voordeel

van een behandeling van administratieve geschillen, vóór dat deze den administratieven rechter bereiken, in de administratieve instantie is, dat, waar dikwijls rechtsvragen en vragen van beleid samenloopen en zelfs niet zelden eerst na een behandeling der zaak van elkaar gescheiden aan het licht komen, een instantie, die door hare samenstelling en wijze van onderzoek de waarborgen voor een onpartijdige en oordeelkundige beslissing oplevert, niet anders dan aan een deugdelijke administratie ten goede kan komen en bovendien tot een vermindering van het aantal werkelijke rechtsgeschillen, dat voor de bemoeiingen van den administratieven rechter zal overblijven, zal bijdragen. Die waarborgen, in de colleges van Gedeputeerde Staten aanwezig, ontbreken uit den aard der zaak bij de Kroon. Behoud dezer instantie in het stelsel der administratieve rechtspraak is daarom m. i. niet alleen niet noodzakelijk, maar zelfs verre van wenschelijk. De individuen kunnen in geen enkel opzicht er bij gebaat zijn, wanneer zij tusschen de instantie van Gedeputeerde Staten en de instantie van den administratieven rechter nog eene instantie van de Kroon te baat moeten nemen om herstel van grieven tegen handelingen der overheid te vinden. Is daarom met de moeilijkheid om in eersten aanleg rechts- en beleidsvragen te schiften, voldoende rekening gehouden, en voor een administratie ook naar billijkheid en behooren voldoende zorg gedragen, door geschillen met de overheid vóór de kennisneming van den administratieven rechter bij Gedeputeerde Staten aan te brengen, dan is er m. i. niets tegen te zeggen om dáárna de scheiding te doen intreden en de rechtsvraag verder bij den administratieven rechter aanhangig te maken.

Die administratieve rechter zou dan, meen ik, veilig één instantie minder kunnen omvatten.

Is er om practische redenen — overlading van werk-

zaamheden, te groote afstand voor de rechtzoekenden — bezwaar tegen, met één centraal gerechtshof te volstaan, dan zal toch wel behoud daaronder van de door het Ontwerp voorgestelde hoven voldoende zijn, en zou m. i. opoffering van de alléén-rechtsprekende rechters in de administratieve kamer der rechtbanken in geen een deele een verlies zijn.

Tegen het aannemen van één enkel centraal administratief gerechtshof en het weglaten dus van de door het Ontwerp voorgestelde hoven, is wellicht dit het grootste bezwaar dat dan dit centrale gerechtshof niet enkel rechter van cassatie zou kunnen zijn, maar ook over de feiten zou moeten oordeelen, waardoor niet alleen, door het grooter aantal geschillen voor hem aangebracht, de arbeid voor dezen éenen administratieven rechter te groot zou worden, maar ook, omdat, wat voor den cassatierichter niet geldt, verhooren van getuigen en deskundigen voor hem plaats moeten hebben, de groote afstand van dien rechter voor de bij het geding betrokken partijen zich als bezwaar sterker zou laten gevoelen.

Op dien grond zou het dan aanbeveling verdienen de vijf hoven, in hunne administratieve kamers, naar het voorstel van het Ontwerp te behouden.

Men zou dan m. i. krijgen een niet alleen eenvoudiger maar ook logischer organisatie der administratieve rechtspraak: in eersten aanleg zouden dan administratieve geschillen, onverschillig of daarbij rechtsvragen dan wel vragen van beleid betrokken zijn, worden aangebracht bij Gedeputeerde Staten, wier behoud om de hierboven uiteengezette redenen voor deze functie in de eerste plaats behoort vast te staan; tegen de uitspraken van Gedeputeerde Staten zou dan een klacht, maar alleen gegrond op rechtskrenking, zijn toegelaten op de hoven, oordeelende zoowel over de feiten als over de rechtsvraag,

terwijl in derde instantie de hooge raad zou fungeeren als enkel hof van cassatie; tegen handelingen en beschikkingen van de provinciale besturen en het centraal gezag zou de klacht over rechtskrenking uit den aard der zaak dan onmiddellijk bij de hoven moeten worden aangebracht.

Op die wijze zouden dan uit het stelsel van het Ontwerp als instantie van administratieve rechtspraak moeten wegvallen de Kroon, wat niet anders dan als aanwinst zou moeten worden beschouwd, en de alléén-rechtsprekende rechter in de administratieve kamer der arrondissementsrechtbank, wat zeker niet als gemis zou moeten worden aangemerkt.

Ik keer terug tot de meening van Prof. STRUYCKEN, dat in de door hem genoemde staten de wetgeving en de jurisprudentie zouden bewijzen, dat daar de administratieve rechtspraak gericht is „op eene administratie naar *billijkheid*, naar *behooren*, met behoorlijke wederzijdse waardeering van algemeen en bijzonder belang, ook waar de wet voor die waardeering geen normen geeft”. Ik meende te mogen zeggen, dat deze opvatting van den Amsterdamschen hoogleeraar op een dwaling berust, en dat, wanneer men wetgeving en jurisprudentie in die staten meer van nabij beschouwt, niet afgaat op den uiterlijken vorm maar in het oog houdt, wat daar als rechtspraak en wat als administratie bedoeld is, het omgekeerde blijkt van wat in bovenstaande uitspraak vervat is.

Het is de moeite waard, dit eenigszins nader aan te toonen. Ik begin daartoe met de wetgeving van de in het aangehaald betoog genoemde staten, om daarna het een en ander uit de jurisprudentie der daar gevestigde administratieve gerechtshoven toe te lichten.

Dat Prof. STRUYCKEN voor zijn betoog *Oostenrijk* niet

noemt, spreekt vanzelf. Daar toch is het administratief gerechtshof, gelijk men weet, beperkt tot den werkring van een hof van cassatie, dat alleen te beslissen heeft of iemand, naar zijn beweren, door een onwettige beslissing of beschikking van een administratief orgaan in zijne rechten gekrenkt is, daarbij de in de laatste administratieve instantie vastgestelde feiten overneemt, en, zoo het de klacht gegrond acht, de aangevallen beslissing of beschikking vernietigt, onder verplichting van de administratieve autoriteiten om, met inachtneming van de door het hof gegeven uitspraak omtrent het rechtspunt, de verdere beschikkingen te nemen die noodig zijn (§§ 2, 6, 7 Wet 22 October 1875). Hier is dus de taak van den administratieven rechter wel rechtspraak in den meest beperkten zin van het woord.

Prof. STRUYCKEN noemt echter wel voor zijn stelling in de eerste plaats *Pruissen*.

Het daar te lande geldende „Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung” van 30 Juli 1883 laat in § 127, al. 2 — op welke wetsbepaling Prof. STRUYCKEN zijn stelling opbouwt —, naast de in al. 1 gegeven „Beschwerde” die, op welken grond dan ook, tegen de politiebeschikkingen van plaatselijke en kreis-autoriteiten kan worden gericht resp. aan den Regierungspräsident en den Oberpräsident in het hoogste ressort, daarna tegen de beschikkingen dezer laatste organen nog toe een „Klage”, welke wordt aangebracht bij het Oberverwaltungsgericht.

Deze klacht kan naar den tekst van al. 3 der aangehaalde wetsbepaling slechts daarop worden gegrond:

„1°. dasz der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze;

20. dasz die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden”.

Dat de Pruissische wetgever met deze algemeen geformuleerde klacht voor het uitgestrekte gebied van alle beschikkingen van lagere en hogere politie-organen een *rechterlijke* contrôle bedoeld heeft, staat vast, en het is merkwaardig dat Prof. STRUYCKEN juist op deze wetsbepaling voor zijne stelling een beroep gedaan heeft.

Ten aanzien van de onder n<sup>o</sup>. 1 gegeven omschrijving kan omtrent den aard der contrôle moeilijk twijfel bestaan; de aangevallen beschikking moet, zal de klacht ontvankelijk zijn, door niet-toepassing of verkeerde toepassing van het geldende recht den klager „in seinen Rechten” gekrenkt hebben.

Maar ook met de omschrijving onder n<sup>o</sup>. 2 is het niet anders.

Prof. STRUYCKEN betoogt dat wettelijke basis voor de door hem waargenomen praktijk, als zou het Pruissische Oberverwaltungsgericht niet langer meer onderzoeken of door de administratieve handeling objectief of subjectief recht is gelaideerd, maar „of die handeling beantwoordt aan de eischen, welke aan eene *behoorlijke* administratie zijn te stellen”, gelegen is in de hier genoemde § 127, al. 3 n<sup>o</sup>. 2 „waar de administratieve actie wordt toegekend, *niet alleen* als de klager in zijn rechten is gekrenkt, *maar ook* als „die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden.”

Deze, door mij gecursiveerde, tegenstelling, bestemd om te doen uitkomen dat de klacht bij het Oberverwaltungsgericht *naast* een contrôle over de wettigheid der administratieve handeling ook eene over hare billijkheid en behoorlijkheid beoogt, heeft mij zeer verwonderd. Want



inderdaad vormt n<sup>o</sup>. 2 geen tegenstelling van n<sup>o</sup>. 1, maar slechts een aanvulling; beide te zamen willen niets anders dan uitdrukken dat de *rechtmatigheid* der administratieve handeling in *haren vollen omvang*, zoowel wanneer wordt opgekomen tegen de door de administratie gegeven uitlegging der wet als wanneer de aanwezigheid van den door de wet voor de bewuste handeling vereischten feitelijken grondslag ontkend wordt, aan de contrôle van den administratieven rechter onderworpen zal zijn. Het een en het ander is niet anders dan rechtspraak.

Wil men, zoo de juistheid dezer bewering niet reeds uit den tekst der aangehaalde wetsbepaling voldoende voortvloeit, nog nader bewijs, dan moet men mij veroorloven enkele plaatsen uit hare wordingsgeschiedenis en de toelichting der schrijvers aan te halen.

Dat n<sup>o</sup>. 2 en n<sup>o</sup>. 1 van § 127, al. 3 enkel beoogen *te zamen* de administratieve handeling volledig, van juridiek en feitelijk standpunt, aan een onderzoek naar hare wettigheid te onderwerpen, blijkt duidelijk uit hetgeen daarover bij de totstandkoming der wet is voorgevallen.

Tegen de met § 127, al. 3, n<sup>o</sup>. 2 van het A. L. V. G. van 1883 woordelijk overeenkomende bepaling van § 30 n<sup>o</sup>. 2 Zuständigk. Ges. van 26 Juli 1876 was in de afdeelingen van het Abgeordnetenhaus opgemerkt, dat zij naast n<sup>o</sup>. 1 overbodig was, omdat ter beoordeeling van de vraag of het bestaande recht op een bepaald geval juist of verkeerd is toegepast (n<sup>o</sup>. 1), ook de feitelijke grondslag van het geval onderzocht moet worden (n<sup>o</sup>. 2). Men behield echter de laatste bepaling om de meening te voorkomen, alsof de administratieve rechter alleen, gelijk in Oostenrijk, als rechter van cassatie zou mogen optreden. „Logisch zutreffend wurde geltend gemacht, dasz zur Prüfung, ob das bestehende Recht auf einen bestimmten Fall richtig oder falsch angewendet sei, die thatsächliche Beschaffenheit

des Falles geprüft werden musz; es bedürfe keiner besonderen Erwähnung des in § 30 n<sup>o</sup>. 2 enthaltenen Satzes, weil derselbe begrifflich bereits in § 30 n<sup>o</sup>. 1 enthalten sei. Die Kommission hielt jedoch die Aufnahme desselben nicht für überflüssig. Es sei eine weitgehende, durch vielfache Prozeszvorschriften angewöhnte Distinktion zwischen Anfechtungen wegen rechtswidriger und wegen sachwidriger Entscheidung, und es sei eine fernere Gewöhnung, den höchsten Gerichtshof mit einer eingeschränkten Prüfung des Thatbestandes befasst zu wissen. Diese Vorstellung müsse für den hier vorliegenden Klagegrund entfernt werden, und es sei überdies von Nutzen, gegen eine zu weite Ausdehnung der Sachprüfung als ausschließlichen Zweck zu bezeichnen, ob die thatsächlichen Verhältnisse die Polizei zum Erlasz der Verfügung berechtigt haben."

Bij deze laatste plaats uit het afdelingsverslag teekent VON BRAUCHITSCH in zijn bekenden commentaar op deze wetgeving („Die neuen Preussischen Verwaltungsgesetze", 6<sup>e</sup> ed. I, p. 174) aan: „Hiernach sollte also durch die Nr. 2 lediglich *in Ergänzung* (1) der Nr. 1 kargestellt werden, dass der Verwaltungsrichter befugt sei, das streitige Sachmaterial soweit zu untersuchen, als für ihn erforderlich ist, um über die *rechtliche* (1) Zulässigkeit der angefochtenen Verfügung unter den gegebenen thatsächlichen Verhältnissen zu einem zutreffenden Urtheil zu gelangen; *dagegen sollte eine Ausdehnung der Sachprüfung auf das Gebiet der reinen Verwaltung, insbesondere auf die Frage, ob die angefochtene Verfügung in casu nothwendig oder angemessen gewesen sei, durch die Fassung der Nr. 2 ausgeschlossen werden*" (1).

Het bovenstaande wordt nog, zoo noodig, bevestigd door het volgende.

(1) Ik cursiveer.

Vóór de invoering van het hierboven behandelde Allgem. Landesverwalt. Ges. van 1883 gold in Pruisen een beperkt middel om tegen beschikkingen der politie bij den gewonen rechter in verzet te komen. Dit middel was gegeven bij § 2 der Wet van 11 Mei 1842 „über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen“. Voorop stond dat bezwaren tegen beschikkingen der politie, van welken aard ook, slechts bij het hooger orgaan van den betrokken diensttak konden worden aangebracht. „Beschwerden über polizeiliche Verfügungen jeder Art, sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit derselben betreffen, gehören vor die vorgesetzte Dienstbehörde.“ Alleen dan was een verzet bij den gewonen rechter toegelaten, wanneer de schending werd beweerd van een uit den particulieren eigendom voortvloeiend recht. „Der Rechtsweg ist in Beziehung auf solche Verfügungen nur dann zulässig, wenn die Verletzung eines zum Privat-Eigenthum gehörenden Rechts behauptet wird.“

Om conflict tusschen den administratieven en den burgerlijken rechter te voorkomen, moest nu bij de invoering der administratieve rechtspraak de laatst aangehaalde wetsbepaling vervallen. Vandaar dat aan de boven besproken § 127 A. L. V. G. een al. 4 werd toegevoegd, zoodat de geheele §, wat betreft hare al. 2, 3 en 4, waarop het hier aankomt, aldus luidt:

„Gegen den in letzter Instanz ergangenen Bescheid des Regierungspräsidenten beziehungsweise des Oberpräsidenten findet die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte statt.“

Die Klage kann nur darauf gestützt werden:

1º. dasz der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer

Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze;

2°. dasz die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welke die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden.

Die Prüfung der Gesetzmäsizigkeit der angefochtenen polizeilichen Verfügung erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in welchen bisher nach § 2 des Gesetzes vom 11 Mai 1842 der ordentliche Rechtsweg zulässig war".

Uit deze laatste alinea, die als een terugslag op de te voren genoemde „Klage", spreekt van een onderzoek der „Gesetzmäsizigkeit" van de aangevallen politiebeschikking, springt ten allen overvloede het karakter van rechtspraak, aan dit middel eigen, duidelijk in het oog.

Ten slotte nog een enkel woord omtrent hetgeen door enkele der meest gezaghebbende schrijvers over deze wetgeving gezegd wordt. Wat daarvan bij VON BRAUCHITSCH te vinden is, merkte ik reeds hierboven op.

Opmerkelijk is eene aantekening in het bekende werk van VON STENGEL („Die Organisation der Preuszischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen", 1884), omdat zij, om zoo te zeggen, regelrecht een antwoord is op de uitlegging, die Prof. STRUYCKEN van de bewuste bepaling gegeven heeft.

„Man könnte nämlich glauben", zoo leest men daar op blz. 473, alsof de schrijver de Nederl. Juristenvergadering van 1908 had bijgewoond, „dasz die beiden angeführten Klaggründe nicht *kopulativ* (1), sondern *alternativ* (1) in der Weise zusammengestellt seien, dass eine polizeiliche Verfügung, bei welcher angeblich die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden waren, welche die Polizeibehörde zum Erlasse derselben berechtigt

(1) Ik cursiveer.

haben würden, auch von Jemand mittels Klage angefochten werden könnte, welcher nicht zu behaupten vermag, dass er durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt worden sei. Nach dieser Auslegung würde der Ausdruck „in seinen Rechten verletze“ sich nur auf den sub Ziff. 1 vorgetragenen Klagegrund beziehen. Eine derartige Auffassung ist aber um deswillen ausgeschlossen, weil, wie sich aus den gesetzgeberischen Verhandlungen ganz zweifellos ergibt, der Gesetzgeber beabsichtigt hat, durch die Beifügung „in seinen Rechten verletze“, der Klage den individuellen Charakter zu geben und eine Popularklage auszuschliessen. Die fraglichen Worten müssen also auch auf den sub N. 2 aufgeführten Klagegrund bezogen werden: d. h. auch dann, wenn die Klage sich auf den Mangel der thatsächlichen Voraussetzungen stützt, muss der Kläger behaupten können, dass er in seinen Rechten verletzt sei. Daraus folgt dann von selbst, dass eine Klage, in welcher lediglich eine Verletzung *der Interessen* des Klägers behauptet wird, in *keinem* Falle zulässig ist.”

Wanneer ik nu nog hierbij voeg, dat in een jong geschrift van БОРННАК („Grundriss des Verwaltungsrechts in Preussen und dem deutschen Reiche“, 1906, p. 120) van de tegenstelling tusschen „Beschwerde“ en „Klage“ in al. 1 en al. 2 van § 127 A. L. V. G. gezegd wordt: „In der Beschwerde kann sowohl die Zweckwidrigkeit wie die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung gerügt werden. Gegen die letztinstanzliche Entscheidung des Regierungspräsidenten oder des Oberpräsidenten findet dann die Klage beim Obergericht statt, in der nur die Rechtswidrigkeit der Verfügung gerügt werden kann“, en dat ROSIN in zijn in het bijzonder over „das Polizeiverordnungsrecht in Preussen“ handelend werk (1882, p. 198) opmerkt: „Die verwaltungsgerichtliche

Nachprüfung bezieht sich als Rechtscontrole auch einer polizeilichen Verfügung gegenüber nur auf die Gesetzmäßigkeit derselben, nicht auf Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit", — dan geloof ik genoeg te hebben gezegd om aan te toonen, dat, voor zooveel *Pruissen* betreft, de wetgever er niet aan gedacht heeft den administratieven rechter in het hoogste ressort bij § 127 A. L. V. G. iets anders op te dragen dan *rechtspraak*.

Van bijzondere leerzaamheid voor de beoordeeling van Prof. STRUYCKEN's meening over buitenlandsche wetgevingen, komt mij voor te zijn de kennismeming van wat in deze materie *Beieren* te zien geeft.

Beieren is het land, dat zich in zijn wet van 8 Augustus 1878 het dichtst heeft aangesloten bij Pruisen. Niet alleen dat ook daar voor de lagere instanties de competentie door enumeratie omschreven is, de algemeene formule waardoor in Pruisen, gelijk hierboven bleek, voor het ruime gebied van de beschikkingen der politie eene klacht bij het hoogste administratief gerechtshof is mogelijk gemaakt, ontbreekt zelfs daar. Het administratief gerechtshof in Beieren oordeelt dus steeds over door enumeratie aangewezen geschillen, hetzij in hooger beroep van de lagere instanties (art. 8), hetzij in eersten aanleg (artt. 10 en 11). Een algemeene formule voor 's rechtens competentie ontbreekt dus in Beieren geheel.

Dat nu bij deze regeling der materie en bij de nauwe aansluiting, die de Beiersche wetgeving tegenover de Pruisische vertoont, in de lagere instanties de beoordeeling van rechtsvragen en vragen van administratief beleid niet streng gescheiden zijn, is voor dit land allerminst te verwonderen. Art. 31, derde lid der Beiersche wet zegt zelfs uitdrukkelijk: „Die Zuständigkeit dieser Senate

[d. w. z. van de Kreisregierungen enz. die in eerste instantie oordeelen] erstreckt sich auch auf Fragen des freien administrativen Ermessens, welche sich in den durch Art. 8 als Verwaltungsrechtssachen erklärten Angelegenheiten überhaupt ergeben". Als uitvloeisel van het beginsel — waarop ik voor Pruisen reeds meermalen wees, en dat ook in navolging van dat land voor Beieren waar is —, dat de lagere zoogenaamde administratieve rechter niet zoozeer als contrôle over dan wel als correctie van de administratie bestemd is, is dit niet anders dan natuurlijk, althans zeer goed te verklaren.

Zoodra echter de zaak bij het hoogst administratief gerechtshof is aangeland, hetzij in hooger beroep voor de enumeratie van art. 8, hetzij in eersten aanleg voor de enumeratie van de artt. 10 en 11, komt de bedoeling van den wetgever om de werkzaamheid van dit hof tot enkel *rechtspraak* te beperken, duidelijk aan het licht.

Art. 13 der wet zegt uitdrukkelijk: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs erstreckt sich nicht... 3) auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind”.

Van groot gewicht is ook, wat hieromtrent in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp gezegd werd, en, waar vooral *Beieren* zoo dikwijls om zijne *volledige* doorvoering van het enumeratiestelsel wordt uitgespeeld als een argument voor de stelling, dat de taak van den administratieven rechter niet tot zuivere *rechtspraak* terug te brengen is, moet ik mij veroorloven eenigszins uitvoerig de woorden juist van *deze* Memorie van Toelichting weer te geven. Een volkomen trouw beeld van de buitenlandsche wetgevingen is in de geschriften over administratieve *rechtspraak* hier te lande, naar mijn bescheiden meening, zelden terug te vinden — het overigens

van diepgaande studie getuigend, als Bijlage aan de Memorie van Toelichting op het Ontwerp-Wetboek van administratieve rechtsvordering toegevoegd, overzicht van buitenlandsche wetgeving heeft m. i., soms ten koste van de duidelijkheid, in korte zinnen te veel willen samenvatten, en heeft daarbij ook, als ik het zeggen mag, in zijn voorstelling wel eens aan den vooropgezette strijd tegen de subjectieve rechten in het publieke recht te veel geofferd —, en daaraan is, geloof ik, veel toe te schrijven dat dit onderwerp bij ons noodeloos van zijne bevattelijkheid beroofd en onder allerlei meer of minder scherpzinnige nieuwere theorieën begraven heeft, veel dat onzen wetgever op een dwaalspoor moet brengen bij de volvoering eener taak, waarin hij in drie en twintig jaren niet noemenswaard gevorderd is.

„Das Gesetz”, zegt dan de ontwerper der Beiersche wet (1), „will *richterlichen* Schutz bei allen Streitigkeiten über öffentliche Rechte und Pflichten, welche durch bestehende *Rechtsnormen* dem freien Belieben der Verwaltungsbehörden entrückt und nicht in anderer Weise [d. i. voor den civielen rechter] genügend bereits geschützt sind. Hienach umfasst die Kasuistik des Gesetzes:

a. thunlichst alle Fälle, in welchen ein verweigertes *Recht* als gesetzlich begründet angesprochen oder eine angesonnene *Verpflichtung* als rechtlich nicht begründet abgelehnt wird . . . .

b. . . . ist es jedoch erforderlich, dass *öffentliche* Rechte und Pflichten in Frage seien . . . .

c. Nur *Rechten*, nicht auch *bloszen Interessen* wird Schutz gewährt, da die Beeinträchtigung letzterer keine Rechtsverletzung und kein Gegenstand richterlicher Thätigkeit

(1) KRAIS, Gesetz vom 8 August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes betreffend, blz. 27.



ist. Ermessenssachen und Ermessensfragen bleiben daher der aktiven Verwaltung überlassen."

Van bijzondere leerzaamheid is hetgeen dezelfde Memorie van Toelichting (1) op het hierboven aangehaald art. 13 aanteekent, omdat daaruit blijkt hoe uit het feit, dat de administratieve rechter ook dikwijls moet oordeelen over zuiver technische vragen, ten onrechte is afgeleid de conclusie dat hij daarbij zou oordeelen over „Ermessensfragen" en zou ophouden uit te oefenen rechtspraak.

„Nur", heet het daar, „gegen definitive Entscheidungen in Verwaltungsrechtssachen kann sohin der Verwaltungsgerichtshof angerufen werden, aber auch hier nur insoweit, als die Verletzung eines *Rechtes* vorliegt, bzw. behauptet wird. In Angelegenheiten, welche von den Verwaltungsbehörden nach ihrem *Ermessen* zu verbescheiden sind, kann deren Entscheidung zwar ein Interesse, nicht aber ein Recht verletzen . . . Es ergibt sich hieraus folgendes:

a. Ob eine Verwaltungsbehörde in einer Angelegenheit nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sei, ist zunächst eine auf Grund des einschlägigen Gesetzes zu beantwortende Frage. Es kommt hiebei vor Allem darauf an, ob das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen einen *Rechtsanspruch* begründet oder ob der Behörde ein *Belieben* eingeräumt ist, vermöge dessen bestimmte Voraussetzungen für ihre bewilligende oder verweigernde *Thätigkeit überhaupt nicht* gegeben sind oder doch nur eine *Direktive* für die Behörde bilden, so dass sie ungeachtet der Erfüllung jener Voraussetzungen nach ihrem Ermessen verfügen darf und ihr Ausspruch zwar logisch unrichtig, unbillig oder unzuweckmässig, nicht aber rechtswidrig sein kann.

(1) t. a. p. blz. 157 en 158.

b. Eine Rechtsfrage wird nicht deshalb zur Ermessensfrage, weil das Gesetz, indem es unter gewissen Voraussetzungen bestimmte Rechtsansprüche eingeräumt hat, diese Voraussetzungen selbst nicht in denkbarst bestimmter Weise formulirte, sondern sich entweder absichtlich — um der entscheidenden Behörde in einzelnen Beziehungen freiere Bewegung zu verstatten — oder in Folge mangelhafter Redaktion *allgemeiner* Ausdrücke bedient hat.

c. Eine Rechtsfrage wird nicht deshalb zur Ermessensfrage, weil die Gründe zu einem Ausspruch nicht aus ganz bestimmten Thatsachen abzunehmen sind, weil die Feststellung der *thatsächlichen* Voraussetzungen, unter welchen ein Rechtsanspruch gewährt ist, und die Subsumtion *thatsächlicher* Verhältnisse unter das Gesetz nicht ohne ein gewisses Ermessen geschehen kan oder die Entscheidungsgründe theilweise in einem solden Ermessen liegen. Es gilt dies insbesondere von jenen Fällen, in welchen die logische Operation der Gesetzesanwendung auf vorliegende Thatsachen nicht zu einem mathematisch sicheren Ergebnisse führt oder wo vom Verwaltungsrichter (bzw. von den Sachverständigen, deren Gutachten er nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift oder doch nach der Natur der Sache zu erholen hat) auch unbestimmte Ereignisse oder unsichere Gröszen, Wahrscheinlichkeiten und Eventualitäten in die Berechnung aufgenommen werden müssen. So wenig für den Civilrichter die Bestimmung der Höhe eines Interesses, der Grösze einer Kaution oder Alimentation deshalb zu einer Frage des bloßen Ermessens wird, weil er auch mit Faktoren obiger Art zu rechnen hat, ebensowenig kann sich im Gebiete des Verwaltungsrechtes die Aufgabe, über ein positives Recht zu erkennen, dadurch in eine Frage bloßen Beliebens verwandlen, weil der Verwaltungsrichter auf eine Schätzung oder Abmessung unsi-

cherer Gröszen, auf ein Ermessen (oder richtiger *Bemessen*) ungewisser Verhältnisse angewiesen ist."

Duidelijker kan niet — en dit verontschuldigt mijn uitvoerig citaat — gezegd worden, dat ook de Beiersche wetgever, hoe ruim hij dan ook in de door hem opgesomde gevallen 's rechtters contrôle, met betrekking tot feitelijke en technische vragen, heeft willen uitstrekken, niettemin daaronder niets anders heeft willen brengen dan eene over de *wettigheid* van de handelingen der administratie.

Niettemin stel ik er prijs op aan hetgeen zooeven ontleend werd aan tekst en geschiedenis der Beiersche wet, nog iets toe te voegen, dat geput is uit den bekenden commentaar op het Beiersche staatsrecht van SEYDEL („Baierisches Staatsrecht", 1883—1895).

Sprekende over de organisatie der administratieve rechtspraak, vangt deze schrijver (II, blz. 415) aldus aan: „Die öffentliche Rechtspflege hat mit der bürgerlichen Rechtspflege das gemeinsam, dasz ihre Aufgabe darin besteht, zwischen Parteien *bestrittenes Recht* festzustellen, also die Grenze zu ermitteln, welche nach der Rechtsordnung zwischen den Interessen der streitenden Theile gezogen ist. Dies geschieht hier wie dort durch die Anwendung der objectiven Rechtsnorm auf den zur Entscheidung stehenden Fall im Richterspruch. Der Richterspruch ist also nichts Anderes als die *viva vox juris*, das objective Recht in concreter Erscheinung".

Toch onderscheidt zich volgens den schrijver de administratieve rechtspraak van de burgerlijke daarin, dat zij zich op een ander gebied van het recht beweegt dan de laatste. De sfeer van het publieke recht is op zich zelf de meerdere tegenover de sfeer van het burgerlijke recht, gelijk dan ook het algemeen belang boven het privaat belang gaat. Werd deze voorrang van het eerste boven

het laatste door de rechtsorde met zoodanige consequentie doorgevoerd, dat het privaatrechtelijk beschermde belang deze bescherming slechts binnen de sfeer van het private recht genoot, maar tegenover het publieke recht in het geheel niet erkend werd, dan zou een administratieve rechtspraak geen veld van werkzaamheid vinden. De individu zou op het gebied van het publieke recht niet kunnen worden aangemerkt als rechtssubject, maar slechts een willoos object van den werkkring der regeering zijn. Zulk een toestand van rechteloosheid van den individu tegenover het staatsgezag is intusschen vreemd aan den constitutioneelen staat. „Unsere öffentliche Rechtsordnung zieht vielmehr Grenzen zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen des Einzelnen, sie bestimmt, in wie weit der Einzelne mit seinen privatrechtlich gewährleisteten Rechten vor den öffentlichen Interessen zurückzutreten, in wie weit er ferner mit seiner Person und seinem Vermögen zur Verfolgung dieser Interessen beizutragen hat. Dadurch entsteht für den Einzelnen auch gegenüber den Anforderungen des öffentlichen Interesses eine selbstständige *Rechtssphäre*; er erscheint auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes als Rechtssubject mit gesetzlich begrenzten Pflichten und mit dem Anspruche darauf, dass in den Kreis seiner Privatrechte nicht über das *gesetzliche* Masz hinaus eingegriffen werde.” (t. a. p. blz. 416).

Maar de individu is in het publieke recht niet tot deze passieve rol beperkt. Als onderdaan van den staat en van de in den staat aanwezige publieke corporatiën heeft hij ook aandeel in de voordeelen, die uit de werkzaamheid van regeering en administratie voortvloeien, neemt hij ook persoonlijk deel in de waarneming der publieke belangen, en voor zoover dit aandeel en die deelneming wettelijk zijn erkend, krijgen zij dus het karakter van

een aanspraak. Zoo wordt dus de individu op het gebied van het publieke recht niet alleen drager van plichten, maar ook subject van rechten.

De conclusie is dan: „Die öffentliche Rechtspflege hat mithin die Aufgabe, *bestrittenes öffentliches Recht* zwischen den Organen der öffentlichen Gewalt und den Einzelnen oder zwischen den Einzelnen festzustellen” (t. a. p. blz. 417).

Komende tot de organisatie der Beiersche administratieve rechtspraak in het bijzonder, wijst dan de schrijver er op — wat ook ik hierboven met nadruk trachtte te doen uitkomen — dat de met die taak belaste organen in de onderste instanties *tevens* zijn administratieve organen. Voor zoover echter het hoogst administratief gerechtshof daarvan in beroep kennis neemt (art. 8 der wet) en ook voor zoover dit hof in een reeks van gevallen in eersten aanleg oordeelt (artt. 10 en 11 der wet), is dit hof „lediglich Gericht und mit dem ganzen persönlichen und sachlichen Schutze eines solchen ausgestattet” (t. a. p. blz. 420 en 421).

De afbakening van het gebied der administratieve rechtspraak tegenover dat der administratie behandelende, legt voorts de schrijver er den nadruk op, dat de in art. 8 der wet vooropgestelde regel, dat object van administratieve rechtspraak slechts zijn „bestrittene Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten”, niet alleen voor de in dat artikel genoemde geschillen geldt, maar als beginsel ook de artt. 10 en 11 beheerscht, zoodat „zum Begriffe des Verwaltungsrechtsstreites gefordert wird, dasz es sich um ein *bestrittenes Recht* handelt. Verletzung eines blossen *Interessen*, welches nicht durch eine Rechtsnorm geschützt wird, begründet keine verwaltungsgerichtliche Klage” (t. a. p. blz. 439).

Wel is bij art. 31, derde lid, gelijk hierboven reeds gezegd werd, uitdrukkelijk bepaald dat de bevoegdheid

der senaten van Kreisregierungen enz. zich ook uitstrekt tot „Fragen des freien administrativen Ermessens”, die zich in het aan hun oordeel onderworpen geschil voordoen, maar — zegt de schrijver — „so befremdlich dies auf den ersten Blick erscheinen mag, so findet doch der aufgestellte Satz seine Erklärung darin, *dasz bei den Unterbehörden Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in Einer Hand liegen*” (1) (t. a. p. blz. 445).

Eene volledige scheiding echter tusschen rechtsvragen en vragen van beleid treedt bij de laatste instantie in. „Eine völlige Trennung der Verwaltungsfragen von den Verwaltungsrechtsfragen tritt bei Anrufung der letzten Instanz ein” (t. a. p. blz. 444), en dit beginsel is hier eene uit de natuur der zaak voortvloeiende noodzakelijkheid, want „die Verwaltungsrechtspflege hat nur den Beruf zu wachen, dasz die Verwaltung sich in ihrer Rechtssphäre hält, sie hat nicht die Aufgabe, in die Rechtssphäre der Verwaltung bestimmend einzugreifen” (t. a. p. blz. 455).

De bepaling der wet in art. 13, die deze scheiding bij het administratief gerechtshof uitdrukkelijk neerlegt in het voorschrift, dat van dit college de competentie zich niet uitstrekt tot vragen „in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind”, wordt dan ook door den schrijver als eigenlijk overbodig en juist daarom voor de vaststelling van den omvang der administratieve rechtspraak als waardeloos aangemerkt (t. a. p. blz. 440), — wat m. i. volkomen juist is.

Ik hoop echter op dit laatste punt later bij de bespreking van de artt. 184 en 185 van het Ontwerp-Wetboek van administratieve rechtsvordering terug te komen.

Op een geheel ander — maar voor het *karakter* der

(1) Ik cursiveeer.

administratieve rechtspraak alweer niet verschillend — stelsel dan in Beieren, steunt de regeling van de competentie van den administratieven rechter in *Wurtemberg*.

De aldaar geldende wet van 16 December 1876 stelt in art. 1 als algemeen beginsel voor deze instelling voorop: „Der Verwaltungsrechtsweg findet statt bei Streitigkeiten und Beschwerden in Beziehung auf *Ansprüche* und *Verbindlichkeiten* aus dem öffentlichen Recht in den im gegenwärtigen Gesetz bezeichneten Fällen”.

In deze algemeene omschrijving ligt de scheiding tusschen de twee hoofdsorten van de administratieve geschillen, nader in de wet uitgewerkt, die van de z.g. „Parteistreitigkeiten” en die welke onder den naam van „Beschwerde” worden aangeduid.

De eerste, welke door enumeratie in art. 10 der wet zijn aangewezen, betreffen zoodanige geschillen, waarbij twee bepaalde partijen tegenover elkaar staan met wederzijdsche rechten en verplichtingen uit het publieke recht, zooals geschillen over verhaal van verstrekten onderstand tusschen twee armbesturen, over het recht tot deelneming in het gebruik en genot van bezittingen der gemeenschap, of omgekeerd over de verplichting tot praestaties aan de publieke gemeenschap enz.

Zij komen in eersten aanleg voor de Kreisregierungen met beroep op het Verwaltungsgerichtshof (artt. 10 en 12 der wet).

De tweede soort is de in art. 13 der wet tegen alle in het hoogste ressort genomen beslissingen en beschikkingen der administratie toegekende „Beschwerde”, welke in eerste en laatste instantie bij het Verwaltungsgerichtshof wordt aangebracht en die in de volgende algemeene formule vervat is:

„Ausserdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehältlich der hiernach bezeichneten Ausnahmen über

Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, dasz die ergangene, auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung *rechtlich* nicht begründet, und dasz er hierdurch in einem ihm zustehenden *Recht* verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden *Verbindlichkeit* belastet sei.

Ausgeschlossen ist die Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind."

In de Memorie van Toelichting (1) op dit artikel teekent de regeering aan, dat voor de ontvankelijkheid dezer klacht bij het administratief gerechtshof noodig is, dat de beweerde krenking tot onderwerp heeft „ein wirkliches *Recht* im Gegensatz von blossen *Interessen*“, ter verklaring waarvan dan nader wordt opgemerkt dat „es wohl als in der Natur der Sache liegend bezeichnet werden darf, dasz Verfügungen der Verwaltungsbehörden der richterlichen Kognition nur unterstellt werden können hinsichtlich ihrer *Rechtmässigkeit*, nicht auch hinsichtlich ihrer *Zweckmässigkeit*. Es folgt hieraus die Ausschlieszung derjenigen Fälle aus der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes, in welchen die Verwaltungsbehörden ihre Verfügungen nach ihrem Ermessen zu treffen befugt sind. Der Verwaltung ist für ihre Thätigkeit innerhalb gewisser Grenzen ein freier Spielraum gewährt und musz gewährt sein, wenn sie ihrer Aufgabe genügen und den Anforderungen des vielgestaltigen Lebens, der Verschiedenheit und dem häufigen Wechsel der Verhältnisse in einer dem Bedürfnisz entsprechenden Weise soll Rechnung tragen können. Auf diesem Gebiet der eigentlichen, reinen Ver-

(1) HOHL, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, blz. 55 en 56.



waltung, wo innerhalb des Ermessens der Verwaltungsbehörden die Verfügungen nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit getroffen werden, gibt es kein *Recht* des Einzelnen darauf, dasz die Verfügung im einzelnen Falle so und nicht anders getroffen wird, und eben darum können solche Verfügungen, soweit es sich nur um die Frage der Zweckmäßigkeit handelt, nicht der Kognition einer richterlichen Behörde unterstellt werden, welche andernfalls zur *mitwaltenden*, den Verwaltungsbehörden *vorgesetzten* Behörde würde, was als durchaus unthunlich betrachtet werden musz."

Op volkomen hetzelfde standpunt als de wetgever, staan met betrekking tot dit karakter der administratieve rechtspraak in Wurtemberg de schrijvers. Ik neem een auteur uit eene vroegere periode, kort na de totstandkoming der wet, en een uit den nieuwsten tijd.

VON SARWEY („Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege", 1880), sprekende van de hierboven genoemde „Parteistreitigkeiten", merkt blz. 263 v.v. op: „Diese Fälle haben durchaus das Gemeinschaftliche, dasz in ihnen stets zwei Personen, seien es Einzelne oder Korporationen, in Wahrung ihrer besondern *Rechtssphäre* auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, in der Mehrzahl der Fälle über vermögensrechtliche, nach dem öffentlichen Rechte zu entscheidende Fragen sich streitend gegenüberstehen", terwijl het van de daarnaast toegekende „Beschwerde" heet „dasz es auszer den eigentlichen Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts zahlreiche Fälle gibt, in welchen der Schutz der individuellen, von dem öffentlichen Rechte des Einzelstaates anerkannten *Rechtssphäre* die Möglichkeit verlangt, einen richterlichen Spruch über eine angebliche Verletzung derselben durch die Verfügungen der Verwaltungsbehörden herbeizuführen."

Dezelfde schrijver maakt ook melding van de in de afdeelingen der Kamer van Afgevaardigden ter sprake gebrachte opvatting, om de administratieve rechtspraak ook uit te strekken tot eene contrôle over eene *behoorlijke* toepassing der wet. Maar, zegt hij (blz. 266), „von keiner Seite wurde auch in den ständischen Verhandlungen die in dem Berichte der Kommission der Kammer der Abg. unter Bezugnahme auf GNEIST erörterte Ausdehnung der Verwaltungsrechtspflege über die in dem Gesetze gezogene Grenze, auf die Wahrung der *richtigen* und *unparteiischen* Handhabung des Ermessens der Verwaltungsbehörden beantragt oder nur verlangt, und es wird allseitig anerkannt werden, dass die Gesetzgebung hiermit begrifflich richtig zu Werk gegangen ist”.

Goetz („Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg”, 1902) bepaalt er zich toe (blz. 97—100) als zijn opvatting weer te geven, wat hierboven uit de Memorie van Toelichting op het ontwerp als het karakter der „Rechtsbeschwerde” is opgeteekend. Kenmerkend is echter wat deze schrijver opmerkt bij het hiervoor medegedeeld art. 13, al. 2 der wet, omdat daaruit blijkt, hoe zelfs de ruimst mogelijke opvatting van de bevoegdheid des rechters om kennis te nemen van vragen van technischen aard, nog niet het recht geeft diens werkring als *administratie*, als iets anders dan *rechtspraak* te beschouwen. „Der Begriff”, zegt hij blz. 100, „des freien Ermessens ist nicht ausser Streit. Unzweifelhaft liegt freies Ermessen da vor, wo über die Vornahme oder Unterlassung eines Verwaltungsakts *keine gesetzliche Vorschriften* bestehen. Auch in diesen Fällen sollen die Verwaltungsbehörden nicht nach Willkür, sondern nach pflichtmässigem Ermessen unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen verfahren; aber für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist hier kein Raum. Ist dagegen ein Verwaltungsakt an

*bestimmte rechtliche Voraussetzungen* geknüpft, so ist damit auch die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Kognition gegeben; die Voraussetzungen können fest normierte Thatbestände (wie Staatsangehörigkeit, ein bestimmtes Alter, strafgerichtliche Urtheile) oder Verhältnisse sein, wie schlechter Leumund, Zuverlässigkeit, Gefährlichkeit, Sicherheit des Verkehrs, Belästigung des Publikums, die einer festen Normierung entbehren, bei denen daher eine subjektive Beurteilung, ein gewisses Ermessen, eine Schlussfolgerung arbiträrer Natur platzgreift."

De wetgeving van het koninkrijk *Saksen* ten slotte, waarop Prof. STRUYCKEN zich almede voor zijne stelling beriep, ontleent voor de vraag, die ons bezig houdt, haar bijzonder belang aan het feit, dat die wetgeving van jongen datum is en vijf en twintig jaren later tot stand kwam dan die der andere hierboven besproken Duitsche staten. Die omstandigheid toch is daarom van gewicht, omdat in dat tijdvak inmiddels de praktijk van het instituut in andere landen gewerkt had en de ervaring de gebreken van het eene stelsel, de deugden van het andere aan het licht heeft kunnen brengen, een praktijk en ervaring, waarmede de ontwerper der Saksische wet zijn voordeel heeft kunnen doen. Ook de vraag, in hoeverre administratieve rechtspraak behoort te blijven een rechterlijke contrôle over de wettigheid der administratieve handeling, dan wel, naar de meening van den Amsterdamschen hoogleeraar, eene contrôle over hare billijkheid en behoorlijkheid ook buiten alle wettelijke normen om, zal, indien zij een vraag is, zich in die vijf en twintig-jarige periode hebben opgedrongen, en zal door den Saksischen wetgever onder de oogen gezien zijn. Het is dubbel leerzaam van hem te hooren, in welken zin hij in die vraag partij gekozen heeft. Prof. STRUYCKEN gaf in zijn rede den raad

in Nederland met de regeling der administratieve rechtspraak niet te beginnen „waar het buitenland is *begonnen*, maar waar het is *geëindigd*”. Dit laatste moge dan blijken uit de jongste buitenlandsche wet op dit punt, de Saksische wet van 19 Juli 1900, die op 1 Januari 1901 is ingevoerd.

Dat al dadelijk deze wet zich rekenschap geeft gegeven van de elders in de voorafgaande periode met betrekking tot dit onderwerp gerezen twistpunten, bewijst het feit dat bij hare samenstelling uitdrukkelijk is overwogen de bekende strijdvraag, of de administratieve rechtspraak bestemd is te geven eene bescherming van subjectieve rechten tegenover de handelingen der overheid, dan wel de handhaving van het objectieve recht in de verrichtingen der administratie. Men heeft, zooals hierna zal blijken, ten slotte die twistvraag in de wet zelve onbeslist gelaten door de opzettelijke keuze eener redactie, die voor beide opvattingen ruimte openlaat. Maar dat in elk geval administratieve rechtspraak ten doel heeft handhaving van het *recht* tegenover onwettige bestuursdaden, is ook voor den Saksischen wetgever het richtsnoer geweest, waarnaar hij dit instituut geregeld heeft.

Naast eene kleine groep van met name aangegeven twistgedingen, die in § 21 der wet als z.g. „Parteistreitigkeiten” aangeduid worden, omdat daarbij, evenals in het civiele geding, geacht worden twee subjecten als gelijken met hunne wederzijdsche aanspraken uit het publieke recht tegenover elkaar te staan (vorderingen van ambtenaren op traktement en pensioen; aanspraken van armbesturen onderling en tegen den Staat wegens ondersteuning van armen; enz.), en die in eersten aanleg voor de Kreishauptmannschaften met beroep op het Oberverwaltungsgericht gebracht worden, staat ook in Saksen een algemeen middel om over rechtschennis door de over-

heid bij den administratieven rechter in beklag te komen.

Dit middel is de z.g. bij § 73 der wet toegekende „Anfechtungsklage”, waarmee in eersten aanleg bij het Oberverwaltungsgericht kan worden aangevallen elke in laatste instantie genomen beschikking en beslissing van binnenlandsch bestuur, zoowel van het centraal gezag als van de organen der onderdeelen van den Staat.

Dat de contrôle, die met dit middel over de handelingen der administratie wordt uitgeoefend, niet anders is bedoeld dan als *rechtspraak*, blijkt ondubbelzinnig uit § 76 der wet, die luidt:

„Die Anfechtungsklage kann nur darauf gestützt werden:

1. dasz das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet worden sei und die angefochtene Entscheidung hierauf beruhe;

2. dasz in dem Verfahren, welches der angefochtenen Entscheidung vorangegangen ist, eine wesentliche Formvorschrift unbeachtet gelassen worden sei.

Dabei unterliegen auch die thatsächlichen Feststellungen der Nachprüfung des Oberverwaltungsgerichtes, soweit sie auf die rechtliche Beurtheilung der Sache von Einfluss sind.”

Het behoeft geen betoog, dat in deze woorden der wet, als grondslag voor de klacht, uitdrukkelijk is neergelegd de bedoeling om haar alleen dan toe te laten, wanneer aan de bestreden handeling de grief van *rechtsschennis* kan worden aangerekend.

Men heeft, gelijk reeds werd opgemerkt, de uitdrukking „*das bestehende Recht*” opzettelijk zóó gekozen, om in den strijd tusschen subjectief en objectief recht geen partij te kiezen, maar dat *rechtspraak* inhoud der opgedragen taak is, staat bij den aangehaalden tekst wel buiten allen twijfel vast. „Es konnte”, zegt de Memorie van

Toelichting op het ontwerp (1), „bei der Ausgestaltung nicht ausser Acht bleiben, dass für die jetzige Nichtigkeitsbeschwerde nur die Verletzung *des bestehenden Rechtes*, nicht aber zugleich die Verletzung eines *subjectiven Rechtes* verlangt wird. An diese Entwicklung knüpft das Gesetz an, indem es im § 76 den Beetheiligten die Klage *bei jedem Verstosz gegen das materielle oder formelle Recht* gewährt, sofern er Einfluss auf die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gehabt hat. Es ist daher vom Standpunkte des Gesetzes aus gleichgültig, ob man mit GNEIST den Begriff selbstständiger Individualrechte im Verwaltungsrecht überhaupt leugnet oder ob man in Uebereinstimmung mit der jetzt herrschenden Ansicht auch subjektive öffentliche Rechte anerkennt”.

Dat echter in elk geval, ook naar het oordeel van den ontwerper der wet, schending van *recht* grond der klacht moet zijn, blijkt, behalve uit de zoeven aangehaalde woorden, ook uit hetgeen door hem wordt aangeteekend op al. 2 van § 76.

In deze laatste bepaling wordt, gelijk de hierboven opgenomen tekst aangeeft, gezegd dat aan het onderzoek van het administratief gerechtshof ook worden onderworpen de *feitelijke* grondslagen van het geschil, *voor zoover* „sie auf die *rechtlliche* Beurtheilung der Sache von Einfluss sind”.

Alleen die feiten dus kunnen een onderwerp van onderzoek bij de „Anfechtungsklage” uitmaken, die op de beoordeeling van de *rechtmatigheid* der aangevallen handeling van invloed zijn. Er is niet veel meer noodig om te doen zien, hoe onjuist de voorstelling, ook met betrekking tot deze jongste wetgeving over dit onderwerp, is,

(1) APALT, Das Königl. Sächsische Gesetz über die Verwaltungspflege, 1901, blz. 58.

alsof administratieve rechtspraak iets anders zou beoogen dan eene rechterlijke contrôle. De Regeering teekent dan ook bij deze alinea aan (1), dat, daar de feitelijke grondslag van het geschil meestal van overwegende beteekenis is voor de rechtsvraag, van de hier toegekende klacht kan worden gezegd, dat zij een „*Rechtsverletzung*” veronderstelt.

Eenige dagen, nadat op 1 Januari 1901 de Saksische wet was ingevoerd, is door een gezaghebbend schrijver bij uitnemendheid over dit onderwerp, den Weener hoogleeraar TEZNER, in de „Gehe-Stiftung” te Dresden op 19 Januari eene voordracht over die wet gehouden (2).

Wie zich omtrent het karakter der Saksische wetgeving op dit punt een juist oordeel wil vormen, zal uit deze rede veel kunnen leeren. Hij zal opmerken, dat omtrent enkele der voornaamste strijdvragen, op het gebied van deze materie heerschende, ook door den Saksischen wetgever niet altijd het laatste woord gezegd is en dat ook daar voor een groot deel de oplossing dier vragen aan de praktijk van den rechter is overgelaten. Maar dit zal hem in elk geval tevens blijken, dat ook den Saksischen wetgever bij de invoering van dit instituut geen ander doel voor oogen gestaan heeft dan het scheppen van een waarborg, dat in het bedrijf der administratie de haar door het *recht* gestelde grenzen zullen worden in acht genomen, en dat de verzekering van „eene administratie naar *billijkheid*, naar *behooren*, met behoorlijke wederzijdsche waardeering van algemeen en bijzonder belang, ook waar de wet voor die waardeering geen normen geeft”, hem met dit instituut even vreemd geweest is als welken wetgever over dit onderwerp ook.

TEZNER behandelt in genoemde voordracht (blz. 7—14)

(1) t. a. p. blz. 238.

(2) Ueber Verwaltungsrechtspflege mit Hinblick auf das neue Sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz (Dresden, 1901).

o. a. de vraag, hoe de Saksische wet staat tegenover deze quaestie, of de administratieve rechter zal geroepen zijn alleen subjectieve *rechten* van het individu dan wel ook bloote individueele *belangen* tegenover onwettige bestuursdaden te beschermen. Hij wijst er op, dat de Saksische wetgever tegenover deze vraag een onzeker standpunt inneemt, dat uit § 76, al. 1 kan worden afgeleid, dat naar de letter der wet reeds op grond eener schending van het *objectieve* recht de klacht is toegelaten. Maar hij meent, dat op deze wijze die klacht in de praktijk de niet voor toepassing vatbare uitbreiding eener *actio popularis* zou verkrijgen, zoodat hij gelooft, dat de jurisprudentie de klacht principieel zal moeten beperken tot de gevallen, waarin bescherming van subjectieve rechten wordt ingeroepen, en haar slechts daar zal mogen toelaten ook voor de bescherming tegen onwettige bestuursdaden van bloote belangen, waar die bescherming in enkele door de wet uitdrukkelijk genoemde gevallen is toegekend. Want, zegt hij, hoe gewichtig deze laatste belangen ook kunnen zijn, gewichtiger zelfs soms dan bepaald genoemde subjectieve rechten, de toekenning eener onbeperkte bescherming daarvan zou tot praktische moeilijkheden kunnen leiden. „Andererseits würde eine Gesetzgebung, welche schrankenlos jedes durch einen *gesetzwidrigen* Verwaltungsakt verletztes Interesse zur Beschreitung des Rechtsweges zuliesze, eine politisch unmögliche, auf den *gesetzmässigen* Gang der *gesamten* Verwaltung gerichtete *actio popularis* zum Schutze bloßer Privatinteressen schaffen” (blz. 12).

Men ziet, hoe ook volgens den schrijver verschillend kan worden gedacht over den in zijne klacht ontvankeijken persoon, of n.l. dit zijn zal hij, die opkomt voor een subjectief recht, dan wel ook hij, die een bloot belang daarbij inroept, — dat de handeling, waartegen die klacht gericht is, enkel kan zijn eene, waarvan de onwettig-



heid beweerd wordt, wordt als vaststaande aangenomen.

Op een andere plaats (blz. 21—30) vraagt dezelfde verhandeling zich af, wat van de Saksische wet kan worden verwacht met betrekking tot de bevoegdheid van den administratieve rechter om kennis te nemen ook van die geschillen, waarbij het aankomt op de vaststelling van zekere min of meer onbepaalde, van subjectieve beoordeeling afhankelijke begrippen, van de beslissing derhalve van vragen, die van zuiver technischen aard kunnen zijn.

Gelijk van dezen schrijver naar zijn andere werken verwacht kon worden, komt hij hierbij tot eene ruime opvatting van 'srechters competentie, en hij meent dat ook in de Saksische wet geen enkele aanleiding te vinden is om die opvatting daar te lande niet te verwachten. Maar ook hierbij kan die opvatting nimmer verder leiden dan tot eene contrôle over de *rechtmatigheid* der overheidsdaad, dan tot eene bescherming van de *rechtssfeer* der daarbij betrokken partij. „Die Motive selbst geben zu”, zegt hij (blz. 26), „dasz zum mindesten materiell durch Steuerüberbürdungen, welche auf Ueberschätzungen der Steuerpflichtigen zurückzuführen sind, wahrhafte *Rechtsverletzungen* zugefügt werden, . . . sie erklären auch in Ermessenssachen die Anfechtungsklage statthaft, *sofern die Ueberschreitung der Ermessensgrenze oder die Erfüllung der im Gesetze aufgestellten thatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer in Einzelfall ergangenen obrigkeitlichen Verfügung in Frage steht.*”

Ik ben hiermede gekomen, wat betreft de Duitsche staten, aan het eind mijner uiteenzetting van het karakter der administratieve rechtspraak, zooals dat uit de wetgeving dier staten, en de toelichting die daarvan bij de ontwerpen zelve en de voornaamste schrijvers gevonden wordt, blijkt. De uitvoerigheid van mijn over-

zicht moge men verontschuldigen uit het feit, dat het noodzakelijk is een zóó gewichtige en verreikende uitspraak als door Prof. STRUYCKEN met betrekking tot buitenlandsche toestanden gegeven werd, niet tegen te spreken zonder voor die tegenspraak in de wetgeving zelve dier staten deugdelijke gronden gevonden te hebben. Daarvoor was het noodig niet af te gaan op eerste indrukken, die een oppervlakkige kennismeming van die wetgeving allicht maken kan, maar eenigszins uitvoeriger daarbij stil te staan.

Ik meen dat het voorafgaande boven allen twijfel heeft vastgesteld, dat, welke verschilpunten ook in de wettelijke regeling van deze materie in de onderscheiden Duitse staten bestaan mogen, hoe ook aan de werkzaamheid van den administratieven rechter hier en daar meerdere of mindere vrijheid van beweging is overgelaten, noch bij den wetgever noch bij de schrijvers ergens met dit instituut, zoodra men tot de instantie van de werkelijke administratieve rechtspraak genaderd is, iets anders beoogd is dan eene rechterlijke contróle over de administratie, een toetsen der overheidsdaad aan de daarvoor vastgestelde wettelijke grenzen, en in geenen deele eene contróle over de deugdelijkheid en behoorlijkheid van het gebruik, dat van eene naar de wet vaststaande bevoegdheid gemaakt is, zooals dat op de Juristenvergadering van 1908 is voorgesteld.

Ik moet thans overgaan tot de vraag, wat in diezelfde staten de administratieve rechter zelf van zijn werkkring gemaakt heeft, of met name de jurisprudentie de ontegenzeggelijk door de wet aan die werkzaamheid gestelde grens zóódanig heeft uitgebreid, dat van rechtspraak daarbij geen sprake meer is en inderdaad administratie daarvoor in de plaats is gekomen, gelijk mede in de hier bedoelde rede betoogd is.

Ik zal daarbij voornamelijk bij de jurisprudentie van Pruisen stilstaan, omdat ook Prof. STRUYCKEN hoofdzakelijk daarop den nadruk gelegd heeft, maar wil mij toch ook een enkele opmerking over de rechtspraak der andere Deutsche staten veroorloven.

Wanneer b.v. Prof. STRUYCKEN in zijne rede tot staving van zijn betoog een stuk aanhaalt uit de overwegingen eener beslissing van het *Saksische* Oberverwaltungsgericht van 19 September 1903, dan behoort in het oog te worden gehouden, dat eene zoodanige wijze van citeeren weinig waarde heeft, omdat uit dit stuk, waarvan ik tot mijn spijt het geheel niet heb kunnen terugvinden, in geenen deele blijkt, of de aangehaalde uitspraak betrekking had op de hierboven behandelde, in eersten aanleg voor het O. V. G. komende „Anfechtungsklage”, in welk geval het citaat iets zou kunnen bewijzen, dan wel op een voor het O. V. G. ingesteld beroep van eene in eersten aanleg voor de Kreishauptmannschaften behandelde zaak, in welk geval, gelijk vroeger werd aangetoond, rechts- en doelmatigheidsvragen beide ter beoordeeling van den z.g. administratieven rechter gebracht worden. Daartegenover mag dan gewezen worden op arresten van het Saksische O. V. G. van 16 Maart 1901 (*Deutsche Jur. Zeit.* VI, 240) en 6 November 1901 (t. z. p. VII, 31 v.), waarbij in eene Anfechtungsklage, ingebracht tegen het verbod der Leipziger politie tot het opvoeren van een bepaald tooneelstuk, het O. V. G. zich uitsluitend plaatst op het standpunt, dat onderzocht moet worden of, gegeven inhoud en strekking van het stuk, de opvoering daarvan een gevaar voor de openbare zedelijkheid *kon* opleveren, en dus de politie tot het uitvaardigen van haar verbod *gerechtigd* was, onafhankelijk van de vraag, of zij, aldus handelende, *behoorlijk* en *doelmatig* te werk ging.

Ten aanzien van de rechtspraak van het Verwaltungs-

gerichtshof in *Württemberg* kan insgelijks worden vastgesteld dat op de hierboven behandelde bij dat hof in eersten aanleg toegelaten Rechtsbeschwerde tegen de handelingen van administratieve organen, de rechter zich onthoudt van eene beoordeeling van de *doelmatigheid* en *behoorlijkheid* dier handelingen en zich bepaalt tot een onderzoek harer *wettigheid*. Men vindt bij Goetz (*Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902*) blz. 444—452 een overzicht van de principes aangegeven, waarnaar o.a. de jurisprudentie van het V. G. H. zich gedraagt bij de Rechtsbeschwerde tegen de weigering of verstrekking door de administratie van bouwvergunningen. Daaruit blijkt dat deze actie alleen dan toegelaten wordt, wanneer de klager kan bewijzen dat de administratie bij de toepassing der bouwverordening de wettelijke voorschriften geschonden en hem dientengevolge in een hem toekomend recht aangetast of met eene op hem niet rustende verplichting belast heeft, maar dat een „*blosze Interessenverletzung*” voor de ontvankelijkheid der actie niet voldoende is, zoodat voor de daarbij in aanmerking komende begrippen, als de vraag over de behoefte aan het te plaatsen gebouw, de veiligheid en orde van het verkeer, de uitvoerbaarheid van het bouwplan enz., het V. G. H. de aan het plichtmatig „Ermessen” van de administratieve ambtenaren overgelaten speelruimte heeft te eerbiedigen. Krachtens hetzelfde beginsel is met betrekking tot de vraag, in hoeverre aan betrokken burenen de actie voor den administratieven rechter tegen eene beschikking der bouwpolitie toekomt, in de praktijk van het V. G. H. de „*prinzipiell richtige Ansicht*” opgenomen „*dasz auch für die Rechtsbeschwerde des Nachbars die Behauptung und der Nachweis zu verlangen ist, dasz er durch die angefochtene baupolizeiliche Entscheidung mit einer in den bestehenden Rechtsnormen nicht begründeten öffentlichrechtlichen Verbind-*

*lichkeit*, die seine eigene Bauberechtigung beschränkt oder sonst in seine Vermögensrechte eingreift, belastet wurde. Dagegen kann *die Rechtsbeschwerde des Nachbarn nicht auf eine Verletzung seiner Interessen gestützt werden.*" Consequent hiermee heeft het V. G. H. tegenover eene aan een bouwondernemer verleende dispensatie van bepalingen der bouwverordening, een actie van den buurman „von der *Verletzung eines ihm zustehenden Rechts* abhängig gemacht und . . . . bei der *bloszen Verletzung erheblicher Interessen versagt*". Uit den laatsten tijd moge dan nog worden vermeld een arrest van het V. G. H. van 10 Maart 1909 (Deutsche Jur. Zeit. XV, 973), betrekking hebbende op het volgende geval. In het jaar 1907 is voor de tot de Israëli. kerk behoorende leerplichtige kinderen in Wurtemberg het aan de hogere onderwijsinrichtingen verbonden Israëlietisch godsdienstonderwijs tot verplicht leervak verklaard; wegens herhaalde weigering om aan dit onderwijs deel te nemen, werd een leerling met verwijdering van de inrichting bedreigd. De door den vader daartegen ingestelde Rechtsbeschwerde werd afgewezen. Overwogen werd door het V. G. H., dat de betrokken inrichtingen behooren tot de openbare instellingen van onderwijs; in Wurtemberg, gelijk in de andere Deutsche Staten, worden de verhoudingen aan openbare instellingen van onderwijs, in het bijzonder de voorwaarden voor en de wijze van het gebruik daarvan, binnen de wettelijke grenzen door de bevoegde administratieve autoriteiten bepaald; voor zoover niet wettelijke voorschriften of privaatrechtelijke verplichtingen ingrijpen, is voor het gebruik van openbare instellingen het plichtmatig vrije Ermessen der tot het bestuur dier inrichtingen geroepen ambtenaren beslissend; wie van een openbare inrichting gebruik wil maken, heeft zich naar de beschikkingen der bevoegde ambtenaren te voegen, behoudens het

recht om zich met zijne bezwaren tot de hoogere organen te wenden; ingeval van voortgezette ongehoorzaamheid aan de voorschriften voor de inrichting geldende, mag de administratieve autoriteit, wanneer geene wettelijke bepaling daaraan in den weg staat, de uitsluiting van het gebruik der inrichting gelasten. „Die *Rechtmäßigkeit* der angefochtenen Verfügung, die auch nicht die verfassungsmäßig garantierte Gewissensfreiheit und das religiöse Erziehungsrecht der Eltern antastet, ist hiernach nicht zu beanstanden, ihre *Zweckmäßigkeit* aber unterliegt nicht der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung.“

Een uit den jongeren tijd dateerend arrest van het Verwaltungsgerichtshof in *Beieren* van 29 April 1908 (Deutsche Jur. Zeit. XIV, 440) besliste op het verzet van een rondreizend koopman, wien uit kracht der Gewerbeordn. zijn vergunningsbewijs als zoodanig geweigerd was, op grond dat hij zijn 12-jarig kind bij zijn bedrijf in een woonwagen het geheele jaar had meegevoerd, zonder voor voldoende onderwijs daarvan zorg te dragen. Het V. G. H. wees het verzet af en nam daarbij aan „daz über die Frage, ob nach den Umständen des vorliegenden Falles den Polizeibehörden ein *Recht zur Untersagung* zustehe, verwaltungsgerichtlich zu erkennen sei; ob von diesem Rechte Gebrauch zu machen sei, hätten die Polizeibehörden nach ihrem Ermessen zu entscheiden“.

Wat nu echter in de voornaamste plaats *Pruissen* aangaat, meent de Amsterdamsche hoogleeraar, dat het Oberverwaltungsrecht voor de door hem waargenomen praktijk de wettelijke basis, naast tal van bijzondere wettelijke voorschriften, vindt in het *Allgemeines Landrecht* (II, 17, § 10) in verband met het hierboven behandelde *Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung* van 1883, § 127.

De hier bedoelde § 10, II, 17 van het *Allgemeines Landrecht* zegt: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung

der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei”.

En § 127, al. 3, sub 2<sup>o</sup> van het A. L. V. G. geeft, gelijk hierboven bleek, een klacht bij het Oberverwaltungsgericht op grond dat „die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden”.

Uit deze beide wetsvoorschriften nu in onderling verband, meent Prof STRUYCKEN, put de administratieve rechter voor zich de bevoegdheid om „steeds meer de administratieve handeling in haar geheel aan zijne beoordeeling te onderwerpen: geen instructie, aan de administratie door de wet in hoe vage termen ook gesteld, of ze is voor den rechter voldoende norm, om de handeling er aan te toetsen; en meer dan eens, waar iedere bepaalde instructie ontbreekt, wordt niettemin de beoordeelingsnorm gezocht in den algemeenen eisch der behoorlijkheid, billijkheid, noodzakelijkheid van ieder het individueel belang krenkend administratief handelen; een „freies Ermessen” der administratie wordt slechts daar erkend, waar uitdrukkelijk wetsvoorschrift het gebiedt”.

Ik houd ook deze conclusie voor onjuist. Hierboven heb ik gesproken over de door den hoogleeraar gegeven uitlegging van de woorden „thatsächliche Voraussetzungen” in § 127, al. 3, sub 2<sup>o</sup> van het A. L. V. G., en meen ik te hebben aangetoond dat die woorden niet staan naast, maar slechts beoogen een verduidelijking van de sub 1<sup>o</sup> derzelfde § gegeven omschrijving van den grondslag der klacht, die steeds moet zijn een beweerde schending van rechten. Ook zijne meening, dat de jurisprudentie van het Oberverwaltungsgericht, door op grond van deze § 127, al. 3, sub 2<sup>o</sup> A. L. V. G. de bestreden

administratieve handeling te toetsen aan de feiten, die in § 10, II, 17 Allgem. Landr. de politie tot haar optreden bevoegd maken, iets anders doet dan de *wettigheid* dier handeling onderzoeken en dus van hare functie iets anders maakt dan *rechtspraak*, komt mij voor eene vergissing te zijn.

Uit de hieronder te vermelden uitspraken van het Pruisische Oberverwaltungsgericht zal integendeel blijken, dat dit college bij de toepassing van § 127, al. 3, sub 2<sup>o</sup>. A. L. V. G. j<sup>o</sup>. § 10, II, 17 Allgem. Landr. zich zorgvuldig onthoudt van een oordeel over de doelmatigheid en wenschelijkheid van den voor hem bestreden politiematregel, en er zich uitdrukkelijk toe bepaalt, dien maatregel te toetsen aan de daarvoor bij laatstgemeld artikel gestelde wettelijke norm. Meer dan eens wordt deze scheiding tusschen rechtsvraag en doelmatigheidsvraag zelfs in de arresten met bijzonderen nadruk op den voorgrond geplaatst.

Zoodra de norm zekere feiten en omstandigheden als voorwaarde stelt voor het optreden der politie, is de vraag, of die feiten aanwezig waren in het concrete geval, dat de bestreden politiematregel genomen werd, een vraag over de bevoegdheid der politie en dus een rechtsvraag, de vraag daarentegen, of die feiten het optreden der politie noodig maakten, of derhalve de politie verstandig, billijk, doelmatig handelde met dien maatregel te nemen, een vraag van administratief beleid.

Het standpunt nu, waarop zich de jurisprudentie van het Pruisische Oberverwaltungsgericht bij de toepassing der hier in aanmerking komende wetsartikelen plaatst, is het volgende.

Het Allgem. Landr. § 10, II, 17 stelt als voorwaarde voor het optreden der politie, dat de door haar getroffen maatregel moet strekken ter bewaring der openbare rust,



veiligheid en orde, of tot afwending van de gemeenschap of hare leden dreigend gevaar; m. a. w. de toestand, de handeling, de inrichting, waartegen de politiemaatregel zich richt, moet de openbare rust, veiligheid en orde *kunnen* aantasten, de gemeenschap of hare leden in gevaar *kunnen* brengen. Beoordeeld moet dus worden, voor zooverre die beoordeeling uit de objectieve gegevens, waaronder zich zekere handeling of toestand voordoet, mogelijk is, of in die handeling of dien toestand de *eigenschap* aanwezig is van de openbare orde, rust of veiligheid in gevaar te kunnen brengen. Van deze beoordeeling hangt af de bevoegdheid der politie om in het gegeven geval op te treden en dus de wettigheid van haren maatregel. Dat de administratieve rechter voor dit onderzoek te maken krijgt met een wettelijke norm, die aan zijn subjectief oordeel veel ruimte overlaat, kan worden toegegeven; hij is voor het vormen van zijn oordeel, behalve op de voorlichting van deskundigen, aangewezen op den indruk, dien zekere handeling of toestand, gegeven de elementen daarvan en de omstandigheden waaronder die plaats vindt, op hem maken; maar de administratieve rechter blijft zich bewegen op het gebied der rechtspraak, omdat hij niet verder gaat dan zich afvragen, of de door de wettelijke norm gestelde voorwaarden voor het optreden der politie aanwezig waren, of dus de politie tot dat optreden *bevoegd* was. De vraag, of zij tevens *goed* en *behoorlijk* deed met aldus op te treden, laat echter de administratieve rechter in het midden; of dus zekere handeling of toestand, hoewel *in staat* de openbare orde, rust of veiligheid in gevaar te brengen, in het gegeven geval dat gevaar ook opleverde, en dus het optreden der politie niet alleen *wettigde*, maar ook *billijkte*, blijft buiten beschouwing; de noodzakelijkheid of doelmatigheid van den

politiemaatregel wordt derhalve aan het administratief beleid van de politie zelve overgelaten. Of de opvoering van een tooneelstuk, voor zoover dat uit zijn inhoud en strekking door den rechter kan worden opgemaakt, gevaar *kan* opleveren voor de openbare zedelijkheid; of het houden eener openbare vergadering, gegeven het doel waarmee zij belegd is, de openbare orde *kan* verstoren; of de verkoop van zekere levensmiddelen, gegeven hunne samenstelling en geaardheid, de openbare gezondheid *kan* schaden; of de aanduiding van zekeren onwaren titel op het naambord van een tandarts, het publiek *kan* misleiden en dus zijn belangen kan afbreuk doen, — dat zijn vragen, die loopen over de aanwezigheid van de bij § 10, II, 17 Allgem. Landr. gestelde voorwaarden, waarvan de wettigheid van het optreden der politie afhankelijk is. Maar òf in het gegeven geval het bepaalde tooneelstuk verboden, de betrokken vergadering opgeheven, zekere koopwaar vernietigd, het bewuste naambord verwijderd *behoorde* te worden, dat zijn vragen van doelmatigheid en administratief beleid.

Het eerste is rechtspraak, het tweede is administratie. Het eerste punt onderzoekt het Pruissische Oberverwaltungsgericht constant, het laatste laat het even constant aan het oordeel der politie zelve over.

Ik geloof, dat de hoogleeraar STRUYCKEN het onderscheid tusschen beide hier genoemde punten heeft over het hoofd gezien en daarmede de jurisprudentie van het Oberverwaltungsgericht verkeerd heeft weergegeven.

De volgende voorbeelden mogen dit nader aantoonen.

Alvorens die voorbeelden uit de laatste jaren eenigszins nader toe te lichten, kan het van nut zijn het algemeen principe aan te wijzen, waarnaar in de eerste jaren na zijne instelling het Pruissische Oberverwaltungs-

gericht al dadelijk zijne houding tot het optreden der politie bepaalde.

Een arrest van 30 April 1877 (Entscheid. d. Königl. Preusz. Oberverwaltungsger. Bd. II, blz. 353) verklaart: „Zunächst ist das Verwaltungsstreitverfahren überhaupt seiner ganzen Anlage und Aufgabe nach — wie jedes andere gerichtliche Streitverfahren — darauf beschränkt und nur dazu bestimmt, dem Schutze solcher Interessen zu dienen, deren Verletzung zugleich eine *Verletzung subjectiver Rechte* in sich schlieszt”.

Een ander arrest van denzelfden datum (t. a. p. bl. 398) overweegt: „Nur hierauf [n.l. op de vraag, of de feitelijke voorwaarden aanwezig zijn „welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung *berechtigt* haben würden”] aber darf die den Verwaltungsgerichten zustehende Prüfung des einer angefochtenen polizeilichen Verfügung zu Grunde liegenden Sachverhältnisses gerichtet werden; eine *darüber* hinausgehende Erörterung der Frage, ob die Verfügung nach Lage der Sache *durch das öffentliche Wohl geboten* gewesen sei, ist dem Verwaltungsstreitverfahren entzogen und der vorgesetzten Beschwerdeinstanz vorbehalten”.

Met betrekking tot de met § 127, al. 3 A. L. V. G. van 1883 overeenkomende §§ 30 en 31 Zuständigkeits-Ges. van 1876 heet het in een arrest van 26 Juli 1876 (t. a. p. Bd. III, blz. 291) dat daarin „für die Prüfung der im Wege der Klage angefochtenen polizeilichen Verfügungen durch den Verwaltungsrichter bestimmte Grenzen gezogen sind, welche es nicht gestatten, diese Prüfung bis zu einer freien Würdigung der *polizeilichen Nothwendigkeit, Angemessenheit, und Zweckmäßigkeit auszudehnen*”.

Ten aanzien eener vraag van wegenpolitie werd bij een arrest van 31 October 1878 (t. a. p. Bd. IV, bl. 233) verklaard „das öffentliche Interesse wird hier lediglich

von der Polizeibehörde wahrgenommen, und die Geltendmachung des Interesses, welches der Einzelne an der *ordnungsmässigen* Handhabung der Polizeigewalt hat, ist hier, wie auf den meisten polizeilichen Gebieten, nach wie vor auf den Weg der Vorstellung oder der Beschwerde bei den Verwaltungsbehörden gewiesen. Die Aufgabe des Richters im Streitverfahren ist dagegen auch hier auf die *Rechtskontrolle* über das positive Einschreiten der Polizeibehörde und deren Anforderungen beschränkt".

In een geval dat de politie een gemeentebestuur had aangeschreven om voor de verlichting eener straat door het aanbrengen van petroleum- of gaslantaarns zorg te dragen, werd door een arrest van 15 November 1878 (t. a. p. Bd. V, blz. 407) opgemerkt: „Ob das Geforderte im öffentlichen Interesse *nothwendig* ist, ob und wieweit etwa für den Fall, dasz die Durchführung der Masznahme mit erheblichen Kosten verknüpft sein sollte, die *Bedürfniszfrage* eine billige Berücksichtigung der finanziellen Lage der Gemeinde gestattet, diese Fragen sind *nicht vom Richter* im Verwaltungsstreitverfahren, sondern nur von der Polizeiaufsichtsbehörde bzw. der Kommunal-aufsichtsbehörde zu entscheiden".

Na deze algemeene principes, waarmee het Oberverwaltungsgericht zijn juist aanvaarde functie in de eerste jaren van zijn bestaan, om zoo te zeggen, inleidde (1),

(1) In den, nadat het bovenstaande reeds geschreven was, inmiddels nieuw verschenen Bd. LV (1910) der «Entscheidungen», is te vinden een arrest van het O. V. G. dd. 15 October 1909, waarbij wordt afgewezen een klacht tegen het bevel der politie om van een huis, dat een nieuw straatnummer verkregen had, het oude nummer te verwijderen. De klager had beweerd dat voor het ingrijpen der politie geen aanleiding bestond, omdat beide nummers zich jarenlang aan zijn huis bevonden hadden, zonder dat daaruit moeilijkheden ontstaan waren, en omdat ook het oude nummer door het oververven van het

mogen thans nog eenige mededeelingen volgen uit de jurisprudentie van dat college uit den jongsten tijd, om te doen zien dat zijn standpunt tegenover deze vraag in de vijf en dertig jaren zijner werkzaamheid niet veranderd is, maar de opvatting huldigt, die ik hierboven meende als zijne interpretatie van § 127, al. 3 A. L. V. G. j<sup>o</sup> § 10 II, 17 Allgem. Landr. te kunnen weergeven.

Een zekere B. vraagt verlof, een aantal automobielen voor het verkeer in de gemeente F. in dienst te stellen. De politie weigert dat verlof, onder andere hierom, omdat de behoefte aan een dergelijken dienst in de genoemde gemeente niet bestaat. In zijne klacht ontkent B., dat de politie de bevoegdheid heeft, het verlof van die behoefte afhankelijk te maken, maar beweert bovendien, dat die behoefte, met het oog op de bijzondere voordeelen van automobielen boven met paarden bespannen rijtuigen, niet ontkend kan worden. Het *Oberverwaltungsgericht* wijst bij *arr.* 25 *Februari* 1900 (Entscheid. Bd. XXXVII, blz. 338 v.) de klacht af; het toont op wettelijke gronden aan, dat de politie *bevoegd* was, bedoeld verlof van de behoefte afhankelijk te stellen, maar *gaat de door klager gestelde bewering, dat die behoefte i. c. wel aanwezig was, stilzwijgend voorbij.*

In een ander geval doet zich de vraag voor, *hoever* de bevoegdheid der politie gaat om op grond van § 10, II 17 Allgem. Landr. op te treden tot afwending van gevaar voor de openbare gezondheid. Beslist wordt door het O. V. G. bij *arr.* 1 *Februari* 1901 (Entscheid. Bd. XXXIX, blz. 390 v.), dat hiertoe niet behoort het verbod aan den klager opgelegd, om het water uit zijn bron voor zich

huis, bijna niet meer in het oog viel. Het O. V. G. overwoog echter «Diese Behauptungen betreffen vorwiegend die *Notwendigkeit* der angeordneten Maszregel, zu deren Prüfung der auf die *Rechtskontrolle* beschränkte Verwaltungsrichter nicht berechtigt ist».

zelf te gebruiken, omdat het de taak der politie in het algemeen niet is, de menschen tegen zich zelve te beschermen. Hoewel de politie wegens den voor de gezondheid schadelijken toestand van het water in het algemeen belang de sluiting van een bron bevelen *mag* en daarmee tevens den eigenaar het gebruik daarvan onmogelijk kan maken, zoo *mag* zij toch naar het voorafgaande den eigenaar der bron het gebruik van het water voor zich zelf niet kortweg verbieden. Daarentegen wordt door het arrest aangenomen, dat het gebod der politie om aan de bron eene in het oog loopende waarschuwing voor het gebruik van het water aan te brengen, *rechtmatig* was. „Eine solche Anordnung war nach dem Gesagten *zulässig, während ihre Zweckmäßigkeit vom Verwaltungsrichter nicht nachzuprüfen ist.*”

De politie had een winkelier, die in het uitstalraam van zijn winkel in een zeer drukke maar nauwe straat, mechanisch zich bewegende beelden had opgesteld, uit kracht van § 10, II, 17 A. L. R. aangezegd die beelden te verwijderen, op grond dat de ophooping van toeschouwers voor gemelden winkel het verkeer, door versperring der straat, stoorde. Het *O. V. G.* wees bij *arr. 28 October 1901* (Entscheid. Bd. XL, blz. 216 v.) de daartegen gerichte klacht af. „Ob die Polizei den Störungen der Verkehrs auch in anderer Weise hätte entgegenreten können, ist hier nicht zu erörtern; *denn die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der getroffenen Anordnung unterliegt der Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter nicht.* Jedenfalls war die Polizei *berechtigt, ihre Maszregeln auch gegen den Kläger zu richten*”; en verder: „Dasz damit [n.l. met het feit, dat de politie tegenover andere winkeliers niet op dezelfde wijze was opgetreden] das *Recht* der Polizei zu der gegen den Kläger erlassenen Verfügung nicht beseitigt sei, *bedarf keiner weiteren Ausführung.*”

Een naamlooze vennootschap brengt aan huizen reclameborden aan, om die voor eigen doeleinden te gebruiken of aan derden voor dat doel te verhuren. Op haar verzoek om 4 reclameborden, alle van 4 M. lengte en 1.50 M. hoogte, aan een bepaald gebouw aan te brengen, weigert de politie het verlot op grond van de belangen van het verkeer (§ 10, II, 17 A. L. R.). Op de daartegen ingebrachte klacht overweegt het *O. V. G.* bij *arr.* 12 Januari 1903 (Entscheid. Bd. XLII, blz. 425 v.), dat de geheele onderneming der klagende partij er op gericht is, de aandacht van het zich op de straat bevindende publiek tot zich te trekken, en dat aangenomen kan worden dat dit doel bereikt worden *zal* of *kan*. Staat dit vast, dan is niet te ontkennen, dat de politie zich door motieven, ontleend aan de zorg voor het verkeer, waarop zij zich alleen beroept, heeft laten leiden. Wel is waar heeft daartegenover de klagende partij gesteld, dat de politie tot dusverre meer dan eens reclames op andere gebouwen toegelaten heeft, maar, geheel afgescheiden van de vraag, of dit geschied is en in het bijzonder of dit op zoo groote schaal, als door klaagster beweerd werd, geschied is, zoo volgt daaruit niet, dat de politie in het voorliggend geval niet het recht had te handelen, zooals zij deed. „*Ob die Maszregel zweckmässig ist oder nicht, hat der Verwaltungsrichter nicht zu entscheiden, für ihn handelt es sich, abgesehen von der Beurteilung der rechtlichen Erfordernisse, nur darum, ob etwa die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden.*”

Iemand had toegestaan, dat aan den gevel van zijn huis bevestigd werden de rozetten tot het dragen van de spandraden, die gebruikt werden bij de exploitatie eener electrische tramlijn in de gemeente. Na verloop van eenigen tijd verlangt hij de verwijdering daarvan,

maar stuit hierbij op de vordering der politie om den bestaanden toestand te blijven dulden, zoolang niet op andere wijze een aanhechting der spandraden gevonden en aan de eischen van openbare orde en veiligheid, met betrekking tot het bedrijf der tram, voldaan is. De hiertegen door den huiseigenaar gerichte klacht werd door het O. V. G. bij *arr. 2 Maart 1903* (Deutsche Jur. Zeit. VIII, blz. 455 v.) afgewezen. Overwogen wordt dat een electriche tramlijn in een stad en de exploitatie daarvan dienen voor het verkeer van het publiek en derhalve staan onder het toezicht en de bescherming der politie. De aan de huisgevels aangebrachte rozetten tot het dragen der spandraden, vormen een bestanddeel van den aanleg der lijn, en hare verwijdering grijpt onmiddellijk in de exploitatie daarvan in. Doordien de klager verlot gaf, dat die rozetten aan zijn huis bevestigd werden, stemde hij er in toe dat zijn huis in zooverre in den aanleg der aan de zorg der politie toevertrouwde verkeersinrichting werd opgenomen. Hieruit volgt dat aan de politie het *recht* toekomt de verwijdering der rozetten te verbieden, wanneer zij meent dat daardoor de aan hare zorg toevertrouwde verkeersbelangen in gevaar zouden worden gebracht, zoolang niet op andere wijze de bestaande inrichting voldoende vervangen is. „*Ob der Strassenbahngesellschaft Mittel, die diesen Zweck zu erfüllen geeignet sind, zur Verfügung stehen, namentlich ob, wie der Kläger glaubt, die Spanndrähte anstatt an den mit den Häusern verbundenen Rosetten an Tragmasten, die auf der Strasse aufgestellt werden, befestigt werden können, ist aber eine Frage, die nur aus polizeilichen Gesichtspunkten entschieden werden kann und daher allein dem pflichtmässigen Ermessen der Polizeibehörde überlassen werden muss. Hat diese, wie im vorliegenden Falle, die Möglichkeit verneint, dass ohne Beeinträchtigung*



zu beachtender polizeilicher Interessen die Einrichtung beseitigt werden könne, *so ist dies für den Verwaltungsrichter bindend.*"

Een klacht was ingediend tegen het voorschrift eener politieverordening, bepalende, dat het op openbare straten en markten verboden is, handel te drijven met behulp van voertuigen van welken aard ook. Het *O. V. G.* beslist bij *arr. 9 Maart 1903* (Entscheid. Bd. XLIII, blz. 209 v.), dat dit voorschrift in § 6*b* der Wet van 11 Maart 1850 „über die Polizeiverwaltung", zijn *wettelijken* steun vindt. Want naar deze wetsbepaling behoort tot de onderwerpen van plaatselijke politievoorschriften de zorg voor de orde, de veiligheid en de gemakkelijheid van het verkeer op openbare straten en markten. Daarmede is ook het zich op de openbare straten bewegende handelsverkeer aan de regeling der politie onderworpen. En het is duidelijk, dat door het drijven van handel op de straat met behulp van voertuigen de orde, veiligheid en gemakkelijheid van het verkeer *kan* worden gestoord, daar zulk een handel er noodzakelijk toe leidt, de voertuigen op de meest verschillende punten van straten en markten, in het bijzonder ook op hoeken van straten en overwegen, op te stellen, ten einde het publiek te bewegen, de voertuigen te naderen en tot bezichtiging en koopen der waren te blijven stilstaan. „*Darüber, ob es angemessen und zweckmässig war, das Verbot für alle Strassen und Plätzen zu erlassen, hat der Verwaltungsrichter nicht zu entscheiden; seiner Prüfung unterliegt nur die Rechtsgültigkeit der Vorschrift.*" En *rechtsgeldig* schijnt ook een zoo algemeen gesteld verbod. Het kan zijn, dat het openbaar verkeer in enkele straten gering is; daardoor wordt echter de mogelijkheid niet uitgesloten, dat ook in deze straten het onbeperkt toelaten van handel met behulp van voertuigen het verkeer storen

kan; waarbij nog in aanmerking komt, dat de omvang van het openbaar verkeer in een straat geen vastheid bezit, veeleer elk oogenblik door toevallige omstandigheden plotseling voor langeren of korteren duur belangrijk stijgen kan. „*Damit ist die rechtliche Grundlage für das Verbot auch in seiner Ausdehnung auf alle öffentlichen Strassen gegeben; im übrigen beruht dasselbe auf Erwägungen der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, die einer Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter entzogen sind.*”

Twee uitspraken van dezelfde strekking mogen hier ten slotte nog vermelding vinden. In beide gevallen gold het een door de hoogere politie-autoriteit aan de plaatselijke politie verstrekte last om proeven van in de gemeente in den handel gebrachte voedingsmiddelen op te zenden naar een daarvoor aangewezen bureau van onderzoek, en het verhaal op de gemeente van de daarvoor verschuldigde kosten.

Op de daartegen ingebrachte klacht overweegt in het eerste geval het *O. V. G.* bij *arr.* 30 *October* 1908 (*Entscheid.* Bd. LIII, blz. 62 v.), dat de bestreden last valt onder de algemeene bevoegdheid van het hooger gezag om in aangelegenheden van politie aan de plaatselijke organen bevelen te geven, en dat de *Wet* van 14 *Mei* 1879, betreffende den handel in voedingsmiddelen, geenerlei voorschriften bevat, waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat de plaatselijke politie-organen op dit gebied, in afwijking van hunne algemeene overigens geldende positie als ondergeschikt lid van het politiegezag in zijn geheel, zelfstandiger tegenover de hoogere organen geplaatst zouden zijn. „*Die Anweisungen der Polizeiaufsichtsbehörden sind für die Ortspolizeibehörde verbindlich und müssen von ihr befolgt werden, gleichviel, ob die Anweisungen notwendig und zweckmäßig sind.*” Daarom valt de vraag, of het onderzoek, zooals de klagende gemeente

beweert, vroeger in E. op *voldoende* wijze plaats vond en of er *behoefte* bestond om in deze wijze van handelen verandering te brengen, hier volledig buiten beschouwing. Ook kan in het midden gelaten worden, of het bevel, om de proeven juist naar het bureau van onderzoek te M. te zenden, *noodzakelijk* was, om aan de bepalingen der wet en het algemeen belang te voldoen, en of het ter behartiging van het algemeen belang, dat door het onderzoek van voedingsmiddelen beschermd moet worden, niet *toereikend* zou geweest zijn, wanneer het bevel zoodanig had geluid, dat een bepaald aantal proeven naar eene, aan de keuze der plaatselijke autoriteiten overgelaten plaats, gezonden moest worden „*Alles dies ist hier nicht zu prüfen.*”

In het tweede geval had de klagende gemeente aangevoerd, dat door het bestreden bevel de plaatselijke autoriteiten in de plichtmatige vervulling der haar door de wet op de voedingsmiddelen opgelegde taak in zooverre gehinderd werden, als door de verwijzing van alle onderzoekingen naar het openbaar bureau van onderzoek te E., een doeltreffend onderzoek in vele gevallen, zooals bij drinkwater, melk enz. in den zomer, onmogelijk gemaakt of op bedenkelijke wijze vertraagd werd. De gedaagde Regeeringspresident stelde daartegenover, dat zijn bevel slechts een minimum voor de onderzoekingen van voedingsmiddelen voorschreef, zoodat het de plaatselijke besturen vrij bleef staan, dit minimum te overschrijden en in het bijzonder spoedeisende onderzoekingen van aan bederf licht onderworpen voedingsmiddelen, evenals te voren, op de plaats zelve te laten uitvoeren. Het *O. V. G.* wees bij *arr. 26 Maart 1909* (Entscheid. Bd. LIII, blz. 65, noot) de klacht af. „*Die zur Zwangsetatisierung gebrachte Forderung unterliegt im Verwaltungsstreitverfahren der Nachprüfung lediglich auf ihre Gesetzmäßigkeit, nicht aber auch auf ihre Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit.*” Daarom

moet ook de vraag worden uitgeschakeld, of en in welken omvang het bestreden bevel in staat was *tot ongewenschte praktische gevolgen* te leiden. Over niets anders echter als dit loopt het verzet van de klagende gemeente, want daarmede wordt slechts uit overwegingen van praktischen aard ontkend, dat het doelmatig is alle onderzoekingen bij het bureau te E. te doen plaats hebben. Het bestreden bevel echter belet niet, onderzoekingen, voor zooveel noodig, ook in de gemeente zelve te doen uitvoeren. Worden daardoor meerdere onkosten in het leven geroepen, die naast de kosten, welke het onderzoek aan het bureau te E. met zich brengt, de contrôle op de voedingsmiddelen voor de klagende gemeente duurder maken, „*so berührt das alles die hier allein in Betracht kommende Frage der Gesetzmäßigkeit der streitigen Anordnung nicht.*”

Ik geloof, dat uit de hierboven gegeven mededeelingen betreffende de jurisprudentie van het Pruissische Oberverwaltungsgericht, waarvan men de uitvoerigheid om het gewicht van de zaak moge verontschuldigen, duidelijk de bevestiging blijkt van hetgeen ik te voren als de opvatting weergaf, die dat Hof huldigt van de taak, welke hem door § 127, al. 3 sub 2°. A. L. V. G. in verband met § 10, II, 17 A. L. R. is voorgeschreven, een taak n.l. die er zich toe bepaalt, de administratieve handeling te toetsen aan hare wettigheid, zooals die door laatstgenoemde norm is afgebakend, en zich van elke beoordeeling harer doelmatigheid zorgvuldig onthoudt. Niet alleen, dat uit geen der meegedeelde arresten een onderzoek van den rechter in de laatste richting is op te maken, uitdrukkelijk zelfs wordt, zooals bleek, herhaaldelijk door hem zijn onbevoegdheid tot dat onderzoek op den voorgrond gesteld, en na de wettigheid der bestreden handeling te hebben vastgesteld, een verzet van den klager in die richting

afgewezen. Wel verre van, gelijk door Prof. STRUYCKEN beweerd is, de administratieve handeling aan zijne contrôle te onderwerpen, waar elke wettelijke norm ontbreekt, doet het administratief gerechtshof in zijne arresten met nadruk uitkomen, dat zijne contrôle niet verder reikt dan om na te gaan, of de feitelijke voorwaarden, die de norm van § 10, II, 17 A. L. R. voor het optreden der politie stelt, naar het voorschrift van § 127, al. 3, sub 2<sup>o</sup>., A. L. V. G. in het hem voorgelegde geval aanwezig waren, en dat, zoodra naar zijn aan de objectieve gegevens van dat geval ontleend oordeel die aanwezigheid moet worden aangenomen, de vraag, of de politie goed deed en doelmatig handelde met van deze aldus vastgestelde bevoegdheid gebruik te maken, door hem niet mag worden beoordeeld, maar aan het inzicht der politie moet worden overgelaten. Men kan beweren dat eene beoordeeling der feiten, waarvan § 10, II, 17 A. L. R. de wettigheid van het optreden der politie afhankelijk stelt, veel ruimte overlaat aan het subjectief inzicht van den administratieven rechter, te beweren, dat daarmee diens taak wordt „een contrôle over de billijkheid en behoorlijkheid der administratie, een wederzijdsche waardeering van algemeen en bijzonder belang, ook waar de wet voor die waardeering geen normen geeft”, schijnt mij volkomen onhoudbaar. Tusschen de vraag, of zekere inrichting of handeling, gegeven hare elementen, die door den rechter objectief beoordeeld kunnen worden, gevaar *kan* opleveren voor openbare rust en veiligheid, en dus de politie tot haar optreden het *recht* geeft, en de vraag, of de politie goed en verstandig doet van dat recht gebruik te maken, ligt een principieel verschil. Tusschen deze beide vragen, waarvan de eene een rechtsvraag, de andere een doelmatigheidsvraag is, het onderscheid in het oog te houden, is bij al de rekbaarheid van § 10, II, 17 A. L. R. zeer

goed mogelijk. En het is, meen ik, uit de bovenvermelde arresten gebleken, dat ook het Pruissische O. V. G. dit onderscheid zeer duidelijk en met grooten nadruk in het oog wenscht te houden.

Alleen deze conclusie is m. i. uit de jurisprudentie van dit gerechtshof mogelijk, wanneer men zich daarvan nauwkeurig en los van een oppervlakkigen indruk reken-schap geeft.

Tot staving zijner stelling heeft Prof. STRUYCKEN zich in zijne rede op de Juristenvergadering te Amsterdam ook beroepen op de jurisprudentie van den Conseil d'Etat in *Frankrijk*.

Hij heeft daaromtrent het volgende gezegd: „Met trots en voldoening spreekt de Franschman van „notre admirable recours pour excès de pouvoir”, waarmede de Staatsraad aan de burgerlijke vrijheid en het individueele belang eene garantie geeft tegenover *onbehoorlijke* handelingen der administratie, als in geen land door een beroep op den rechter wordt verkregen. Met den dag nog breidt de tusschenkomst van den Staatsraad zich uit, zoowel wat betreft den aard der gecontroleerde handelingen als de gronden der geoeffende contrôle. Onder die gronden neemt de krenking van objectief en subjectief recht zeker eene plaats in, maar daarnaast spreekt steeds luider de eisch, dat ieder administratief handelen beantwoorde aan een zekeren eisch van *billijkheid* tegenover het strijdige individueele belang. De Staatsraad stelt zich geheel in de plaats van het handelend administratief orgaan en overweegt, niet alleen of de wet is in acht genomen, maar vooral of de bijzondere belangen tegenover de algemeene behoorlijk zijn gewaardeerd. Eén voorbeeld uit vele. Er wordt in een gemeente een gemeente-secretaris ontslagen; het ontslag is met geen enkel

wettelijk voorschrift in strijd, d. w. z. het orgaan, dat het ontslag gaf, had volkomen de wettelijke bevoegdheid tot die handeling. De secretaris brengt de zaak voor den Staatsraad, stelt, dat uitsluitend politieke motieven tot het ontslag hebben geleid. De Staatsraad beaamt dit, overweegt, dat een ontslag op die gronden tegenover een ambtenaar, die geheel zijn plicht doet, *onbehoorlijk* is, en veroordeelt de gemeente tot schadevergoeding. Dit voorbeeld kan met tal van andere uit de laatste 10 jaren worden vermeerderd. De Staatsraad is een administratief college met quasi-rechterlijke functie; de Franschman is er — behoudens de groote centralisatie — mede tevreden, en die tevredenheid klimt met den dag, waar dat lichaam steeds meer zich tot taak stelt, niet alleen eene *wettelijke*, maar ook eene *billijke* administratie aan Frankrijk te verzekeren”.

Ik geloof, dat ook deze voorstelling van de jurisprudentie van den Franschen Conseil d'Etat niet juist is, en dat men het recht niet heeft te zeggen dat de contrôle die dit college over de handelingen der administratie uitoefent, hoe ruim ook opgevat, iets anders is dan eene over de *wettigheid* dier handelingen. Het moge waar zijn, wat een Fransch schrijver van deze contrôle zegt: „il est difficile de pousser plus loin la recherche scrupuleuse de la légalité”, te zeggen, gelijk Prof. STRUYCKEN doet, dat zij zóó ver gaat, dat zij ook de *behoorlijkheid* en de *billijkheid* der bestuursdaad omvat, is bepaald onjuist.

Prof. STRUYCKEN heeft bij zijne hierboven aangehaalde uiteenzetting der Fransche rechtspraak, natuurlijk op het oog gehad het rechtsmiddel tegen de handelingen der administratie bij den Conseil d'Etat aangebracht, dat in Frankrijk den naam gekregen heeft van *détournement de pouvoir*.

Gelijk bekend is, is dit middel nergens met name in de wet toegekend, maar is het door de jurisprudentie van den Conseil d'Etat ingevoerd. De wet zelve (art. 9 der Wet van 24 Mei 1872) zegt slechts dit: „Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour *excès de pouvoir*, formées contre les actes des diverses autorités administratives”. Maar de jurisprudentie heeft onder dit rechtsmiddel van het „excès de pouvoir” gaandeweg gebracht vier onderdeelen, t. w. „incompétence”, „vice de formes”, „violation de la loi” en „détournement de pouvoir.”

Nu moet reeds dadelijk op zich zelf de omstandigheid, dat dit laatste door de jurisprudentie ingevoerde middel van redres door haar ontleend is aan hare wettelijke bevoegdheid om kennis te nemen van klachten over overschrijding van macht, er op wijzen dat dit middel nimmer kan leiden tot eene beoordeeling der administratieve handeling in zoodanigen omvang, als Prof. STRUYCKEN het voorstelt, dat het m. a. w. kan worden een contrôle over de naleving der rechtsnorm, zoo noodig in hare ruimst denkbare uitgestrektheid, maar dat het nimmer kan strekken tot een contrôle over de behoorlijkheid en billijkheid der administratieve daad buiten alle rechtsnormen om, zooals in de hierboven aangehaalde redevoering verdedigd wordt.

Afgescheiden echter ook van deze ontwikkeling van het instituut uit zijn wettelijke basis, vertoont ook de aard van het middel, zooals de Franschman, waarvan Prof. STRUYCKEN spreekt, het zich voorstelt, en de jurisprudentie het toepast, geenszins het beeld, dat daarvan te Amsterdam gegeven is.

Bij een eenigszins diepere beschouwing van dit onderwerp blijkt inderdaad, dat in het wezen der zaak de Fransche Conseil d'Etat met dit „détournement de



pouvoir" hetzelfde doet wat, naar de hierboven gegeven uiteenzetting, het Pruisische Oberverwaltungsgericht blijkt te doen met zijn jurisprudentie in zake § 10, II. 17 A.L.R. Wanneer het mij dus gelukt is aan te toonen, dat dit laatste gerechtshof daarbij niet verder gaat dan een contrôle over de rechtmatigheid der administratieve handeling, en hare behoorlijkheid en doelmatigheid onaangetast laat, dan zal van de jurisprudentie van het Fransche college hetzelfde gezegd mogen worden.

In beide gevallen — in Pruisen bij de interpretatie van § 10, II, 17 A. L. R., in Frankrijk bij de toepassing van het „détournement de pouvoir” — onderzoekt de administratieve rechter of de bestreden handeling gebleven is binnen het doel, waarvoor, binnen de motieven, waarmee de wet aan de administratie de bevoegdheid tot handelen gegeven heeft. In Pruisen is dat doel en zijn die motieven uitdrukkelijk neergelegd in de algemeene formuleering van § 10, II, 17 A. L. R., in Frankrijk worden deze in elke wettelijke norm afzonderlijk geacht uit aard en strekking van het geregelde onderwerp voort te vloeien. Dit is het eenige verschil, dat echter in het wezen der zaak geen verandering brengt. Bij beide toetst de administratieve rechter de bestreden handeling aan de rechtsnorm; bij beide gaat hij in dat toetsen zoover als hem slechts eenigszins mogelijk is, door niet alleen aan de letter der wet, maar ook aan haren geest en hare bedoeling de handeling der administratie te toetsen; het is, zooals HAURIOU (1) zegt, een contrôle, waarbij „le point de vue de la *légalité stricte* est dépassé”, waarbij niet „violation du *texte* de la loi”, zooals bij het andere onderdeel van het „recours pour excès de pouvoir”, maar „violation de son *esprit*” in onderzoek is, — maar

(1) Précis de droit administratif (7<sup>e</sup> éd. 1914) blz. 450.

het blijft in beide gevallen een contrôle over de *wettigheid* van de bestuursdaad, en het is een verkeerde voorstelling van zaken, zoowel voor Pruissen als voor Frankrijk, wanneer deze jurisprudentie wordt aangevoerd als het bewijs, dat in die landen de administratieve rechter geworden is tot eene instelling, wier taak het is eene *billijke* en *behoorlijke* administratie te verzekeren.

Integendeel, juist die behoorlijkheid en billijkheid der bestuursdaad onderzoekt de Conseil d'Etat *niet*, gelijk uitdrukkelijk hieronder uit de daar genoemde voorbeelden blijken zal. Maar wat hij aanneemt, dat is dit — en alleen zóó is hij ook in staat geweest dit middel van het „*détournement de pouvoir*” zelf te scheppen door het af te leiden uit het bij de wet toegekend „*recours pour excès de pouvoir*” — dat elke norm, die aan de administratie zekere bevoegdheid geeft, hoe *discretionnaire* die bevoegdheid ook formeel gesteld zij, daarbij zich gedacht heeft een zeker doel van algemeen belang, waarvoor die bevoegdheid noodig was. Zoodra vaststaat — en hieronder zal blijken dat dit vaststaan niet afhangt van het oordeel van den administratieven rechter zelf — dat de administratie zich bij hare handeling heeft laten leiden door een ander doel, is er overschrijding van bevoegdheid en is dus de verrichte handeling *onwettig*; zoolang dit niet vaststaat, wordt aan de administratie het vrije oordeel over de vraag of het doel, waarvoor de norm haar tot handelen bevoegd verklaarde, haar optreden ook in het concrete geval *noodzakelijk* maakte, geheel en al overgelaten, en onthoudt zich de administratieve rechter van een oordeel over de behoorlijkheid en billijkheid van die handeling.

Dit is geheel hetzelfde, wat ook het Pruissische Oberverwaltungsgericht doet bij zijn contrôle over de handelingen der politie; het eenige verschil is, gelijk gezegd werd, dat in Pruissen de wetgever het doel, waarvoor de politie

mag optreden, heeft omschreven in de algemeene formule van § 10, II, 17 A. L. R., en dat in Frankrijk dat doel in elke norm op zich zelve door den administratieven rechter wordt opgespoord. Beide echter, Oberverwaltungsgericht en Conseil d'Etat, onthouden zich van een beoordeeling der vraag of de administratie, gebleven binnen de wettelijke norm, behoorlijk, billijk of doelmatig gehandeld heeft.

Het tegendeel door Prof. STRUYCKEN geleerd, geeft een onvolledigen en oppervlakkigen indruk van den werkelijken aard der jurisprudentie in genoemde staten.

Hoe weinig het Fransche „détournement de pouvoir” beantwoordt aan de voorstelling, dat daarbij de Conseil d'Etat „overweegt, niet alleen of de wet is in acht genomen, maar vooral of de bijzondere belangen tegenover de algemeene behoorlijk zijn gewaardeerd”, gelijk Prof. STRUYCKEN zegt, hoezeer daarentegen dit middel juist niet anders is dan een onderzoek naar de vraag *of de wet is in acht genomen*, moge blijken uit hetgeen van dit instituut, vooral als schepping van de jurisprudentie zelve, gezegd wordt door den ook thans nog in Frankrijk meest gezaghebbenden auteur over het onderwerp der administratieve rechtspraak. Ik veroorloof mij daarom diens opvatting eenigszins uitvoerig weer te geven.

Na de beteekenis te hebben uiteengezet van het „recours pour excès de pouvoir” voor den Conseil d'Etat in den eigenlijken zin, zegt LAFERRIÈRE (1): „La jurisprudence a fait plus encore. Elle a trouvé moyen d'étendre aux actes faits par l'administration en vertu de ses pouvoirs

(1) *Traité de la juridiction administrative* (2<sup>e</sup> éd. 1896).

«Pour plus amples détails» verwijst HAURIU, voor de «détournement de pouvoir» in zijn hierboven aangehaald «*Précis de droit administratif*» (7e éd. 1911) op blz. 450, noot 1, naar dit werk.

discrétionnaires un contrôle de *légalité* auquel il semblait difficile de les soumettre. Ce contrôle ne pouvait pas s'exercer sur des questions de violation ou de fausse application de la loi, puisque les actes discrétionnaires ne sont point réglés d'avance par des prescriptions légales et qu'ils relèvent de la libre appréciation de leurs auteurs. Mais si la loi ne fixe pas d'avance la teneur de ces décisions, elle détermine du moins leur but général et l'esprit dans lequel elles doivent être prises: ainsi les pouvoirs de police n'ont été donnés à l'administration que dans un but d'intérêt général, et ils seraient dénaturés s'ils étaient exercés dans un but de fiscalité ou pour favoriser des entreprises particulières. S'inspirant de cette vérité, la jurisprudence a admis — et c'est là une de ses plus ingénieuses créations — que les actes discrétionnaires peuvent être annulés comme *illégaux* lorsqu'ils sont faits dans un but étranger à celui que la loi a eu en vue. Elle décide que, dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire est *détourné* de sa destination *légale*, et que l'administration commet *une espèce particulière d'excès de pouvoir* que l'on appelle le détournement de pouvoir" (o. c. II, blz. 411).

„Le détournement de pouvoir constitue donc un abus du mandat que l'administrateur a reçu; celui qui le commet prend, sous *une fausse apparence de légalité*, des décisions qu'il ne lui appartient pas de prendre, et qui sont ainsi entachées d'*une sorte d'incompétence*, sinon par les prescriptions qu'elles édictent, du moins par le but qu'elles poursuivent" (t. z. p. blz. 548). „Le détournement de pouvoir est donc *une véritable illégalité*, qui peut entacher un acte discrétionnaire, malgré la pleine liberté de décision qui paraît inhérente aux actes de cette nature; cette *illégalité* résulte de ce que l'administrateur poursuit un but qu'il n'a pas le droit de poursuivre par les moyens qu'il emploie, ou qui même lui est complète-

ment interdit, comme étant en dehors des attributions de l'administration. Dans ce dernier cas, le détournement de pouvoir peut constituer *un véritable cas d'incompétence*, et c'est par ce lien que la jurisprudence l'a d'abord rattaché à la théorie de l'excès de pouvoir" (t. z. p. blz. 559).

Het karakter van het „détournement de pouvoir”, zooals dit uit de zooeven aangehaalde omschrijving van Frankrijk's meest gezaghebbenden schrijver in deze materie voortvloeit, wordt nader bevestigd door hetgeen men omtrent dit instituut in de arresten zelve van den Conseil d'Etat aantreft.

Met betrekking hiertoe is een algemeene opmerking vooraf van groot belang, omdat zij dadelijk in het oog doet springen de onjuistheid van Prof. STRUYCKEN's voorstelling, alsof de jurisprudentie in Frankrijk van dit middel gemaakt heeft een contrôle van den administratieven rechter over de behoorlijkheid en de billijkheid van de handelingen der administratie. Die opmerking raakt de vraag, *hoe* de Conseil d'Etat zich het bewijs verschaft, dat aan een daad der administratie kleeft het gebrek van het „détournement de pouvoir”.

Wanneer men Prof. STRUYCKEN hoort, moet men den indruk krijgen, dat den Conseil d'Etat het recht toekomt zelfstandig te treden in eene beoordeeling van de motieven der bestreden handeling, en, zoo hem die motieven „*onbehoorlijk*” voorkomen, die handeling te vernietigen.

„Er wordt in een gemeente een gemeente-secretaris ontslagen; het ontslag is met geen enkel wettelijk voorschrift in strijd, d. w. z. het orgaan, dat het ontslag gaf, had volkomen de wettelijke bevoegdheid tot die handeling. De secretaris brengt de zaak voor den Staatsraad, stelt, dat uitsluitend politieke motieven tot het ontslag hebben geleid. De Staatsraad beaamt dit, overweegt, dat

een ontslag op die gronden tegenover een ambtenaar, die geheel zijn plicht doet, *onbehoorlijk* is, en veroordeelt de gemeente tot schadevergoeding."

Prof. STRUYCKEN vermeldt niet, waar hij dit door hem medegedeeld voorbeeld gevonden heeft, maar ik veroorloof mij toch de vrijheid te betwijfelen, of *aldus* het daarop betrekking hebbend arrest van den Conseil d'Etat gemotiveerd zal zijn geweest. Ik vermoed, dat daarin ongeveer deze overwegingen zullen hebben gestaan: „dat, hoewel de wettelijke voorschriften het gemeentelijk orgaan aan geen bepaald genoemde redenen van ontslag gebonden hebben, het toch vanzelf uit den aard en de strekking dier voorschriften voortvloeit, dat alleen redenen, aan de belangen van den dienst ontleend, tot zoodanig ontslag leiden kunnen; dat, hoewel het den Conseil d'Etat niet vrij staat, in eene beoordeeling te treden van de vraag, of die belangen van den dienst in het gegeven geval aanwezig waren, een ontslag om redenen, aan dien dienst vreemd, oplevert overschrijding van bevoegdheid door het gemeentebestuur in den zin van „*détournement de pouvoir*”; dat, nu in het proces gebleken is, dat werkelijk zoodanige redenen, buiten het belang van den dienst om, ontleend aan de politieke richting van den ambtenaar, tot het bewust ontslag geleid hebben, de bestreden handeling oplevert een onwettige daad, enz.”

Dat „*beamens*” toch door den Conseil d'Etat van de door den secretaris gevoerde bewering, dat uitsluitend politieke motieven tot zijn ontslag geleid hebben, geschiedt op een eenigszins andere wijze dan men uit Prof. STRUYCKEN's voorstelling zou opmaken.

In beginsel veroorlooft zich de Conseil d'Etat niet, de motieven te beoordeelen van de administratieve beschikkingen, die hem voorgelegd worden. „*Considérant que l'appréciation des motifs n'est pas susceptible d'être soumise*

au Conseil d'Etat statuant au contentieux" (Conseil d'Etat 2 Juni 1905, *de Crozals*) (1). „Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier *en elles-mêmes* les raisons qui ont motivé, *dans l'intérêt du service*, la mesure prise" (Conseil d'Etat 8 Januari 1909, *Roux*).

Maar in géval van „détournement de pouvoir" moet de Conseil d'Etat de motieven der aangevallen handeling wél beoordeelen. Intusschen, hoe?

Men is het er in Frankrijk over eens dat het onderzoek naar deze motieven voor den Conseil d'Etat is een uiterst moeilijke en delicate aangelegenheid. Als administratieve rechter kan hij niet voor zich dagvaarden de administratieve organen, om hun rekenschap te vragen van de motieven hunner beschikkingen, hij kan ook niet buiten hen om een enquête organiseeren, om de gedachte op te sporen, die hen bij hunne handeling geleid heeft. „De telles investigations", zegt LAFERRIÈRE (2), wien ik hier verder het woord laat, „permises au supérieur hiérarchique, sont interdites au juge administratif qu'elles feraient indûment pénétrer dans l'administration active. La preuve du détournement de pouvoir doit donc résulter, autant que possible, de documents émanés de l'administration elle-même et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil a pu faire en communiquant le pourvoi au ministre compétent. Parmi ces documents on peut mentionner: les motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision; la correspondance qui l'a précédée ou suivie et

(1) Zie dit en de verder aangehaalde arresten op den aangegeven datum en naam in *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* (Paris, Larose).

(2) t. a. p. II, blz. 549 v.v.

Zie ook HAURIOU t. a. p. blz. 450.

qui en fait connaître la portée; les instructions du supérieur hiérarchique d'après lesquelles la décision a été prise; les explications contenues dans les observations du ministre et dans les rapports des agents intéressés répondant à la communication du pouvoit. Le Conseil peut aussi se fonder sur les circonstances de fait révélées par l'instruction écrite et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes; mais nous ne pensons pas qu'il puisse aller jusqu'à ordonner des mesures d'instruction pour rechercher lui-même quelles ont été ces circonstances."

Men legge naast deze plaats de hierboven aangehaalde voorstelling, door Prof. STRUYCKEN van den werkkring van den Conseil d'Etat gegeven, en het zal, meen ik, in het oog springen, hoe onjuist deze voorstelling is. Niet de billijkheid, niet de behoorlijkheid van de administratieve handeling controleert dit lichaam, wat immers alleen aan zijn subjectief oordeel zou kunnen en moeten zijn overgelaten, maar gegeven het onafhankelijk van dat oordeel, uit de in het geding overgelegde stukken of de door de administratie afgelegde erkenning, *vaststaande feit* (1), dat de administratie hare macht heeft gebruikt voor andere doeleinden, dan waarvoor haar door de wet die macht gegeven was, verklaart het dat deze hare bevoegdheid is te buiten gegaan. Dit is *rechtspraak* en niets anders.

Enkele voorbeelden, die hier volgen, mogen deze opvatting van de Fransche jurisprudentie nader bevestigen, en duidelijk maken dat de Conseil d'Etat nimmer de doelmatigheid en behoorlijkheid der administratieve

(1) Zie ook HAURIOU t. a. p. blz. 450: «Il faut que le détournement de pouvoir résulte des documents versés au dossier ou de l'aveu de l'Administration», en Conseil d'Etat 16 Nov. 1900, *Maugras*; 22 Maart 1901, *Roz.*



handeling onderzoekt, maar alleen hare onwettigheid uitspreekt, wanneer uit de stukken of uit de verklaring zelve der administratie blijkt, dat zij verricht is voor een doel, waarvoor de wettelijke voorschriften de bevoegdheid tot handelen niet gegeven hebben.

Verschillende arresten hebben beslist, dat de beschikkingen, waarbij vergunning wordt gegeven tot het leggen van gas- of waterleidingsbuizen onder een openbaren weg, hoewel in beginsel herroepelijk, niettemin niet wettig kunnen worden herroepen om redenen, vreemd aan de bruikbaarheid en vrijheid van den openbaren weg. Dientengevolge hebben deze arresten wegens overschrijding van macht vernietigd beschikkingen, die vergunningen van dezen aard introkken, op grond dat, hetzij de vergunninghouder weigerde zich te verbinden tot betaling eener zekere geldsom, hetzij de administratie het gebruik van den ondergrond uitsluitend wilde reserveeren voor een bepaalden persoon (Conseil d'Etat 29 Nov. 1878, *Dehaynin*; 23 Maart 1880, *Compagnie centrale du gaz*; 8 Juni 1883, *Société du matériel agricole*; 18 Maart 1868, *Dubur*; 12 Febr. 1886, *Chanet*). Zoo dikwijls daarentegen het intrekkingbesluit uitdrukkelijk een belang van begaanbaarheid of instandhouding van den openbaren weg inroept, beslist de Conseil d'Etat dat de administratie heeft gehandeld „dans l'exercice de ses pouvoirs de police”, en verwerpt hij, zonder te willen onderzoeken „si elle a bien ou mal agi”, het verzoek tot vernietiging (Conseil d'Etat 25 Jan. 1884, *Leblanc*; 19 Febr. 1886, *Georgi*).

Tengevolge van de wet van 2 Augustus 1872, die aan den Staat het monopolie van de vervaardiging en den verkoop van lucifers had toegekend en beslist had, dat de bestaande particuliere fabrieken zouden worden ont-eigend, had de minister van financiën, teneinde de kosten van onteigening voor de schatkist lichter te maken, de

prefecten aangeschreven om een zeker aantal dier fabrieken te sluiten, en daarbij geen melding te maken van bovengenoemde wet van 1872, opdat hunne beschikking uitsluitend gemotiveerd zou schijnen door redenen van openbare gezondheid. De Conseil d'Etat heeft de besluiten der prefecten, genomen tengevolge dezer ministerieele aanschrijving, vernietigd, omdat, zoowel uit den tekst dezer aanschrijving als uit de onderteekening zelve van den minister van financiën, tot wiens departement niet behoort de zorg voor de openbare gezondheid, bleek, dat hier een maatregel, die naar de wet bestemd is de openbare gezondheid te dienen, was toegepast in het geldelijk belang van den Staat. „*Considérant qu'il est établi par l'instruction que le préfet, en ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes du sieur . . . . en vertu des pouvoirs qu'il tenait des lois et règlements sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres, n'a pas eu pour but les intérêts que ces lois et règlements ont en vue de garantir; qu'il a agi en vertu d'instructions émanées du ministre des finances, à la suite de la loi du 2 août 1872 et dans l'intérêt d'un service financier de l'Etat; qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui appartenaient sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférées. . .*” (Conseil d'Etat 26 Nov. 1875, *Laumonnier-Carriol*).

In een ander geval had een beschikking van den prefect, bekrachtigd door den minister van handel, den eigenaar van een mineraal-waterbron verboden het water uit die bron afkomstig, te verkoopen, ten einde te voorkomen dat die verkoop schade zou toebrengen aan de exploitatie van soortgelijke aan den Staat toebehoorende bronnen. Deze beschikking is door den Conseil d'Etat vernietigd: „*Considérant qu'il résulte tant du texte*

*de la décision attaquée que des déclarations que le ministre de l'agriculture et du commerce a faites sur le pourvoi, que ledit ministre n'a pas entendu apprécier la demande au point de vue de la santé publique, mais qu'en refusant l'autorisation, il a entendu prendre une mesure de conservation pour la protection d'une source minérale appartenant à l'Etat; que si la loi du 14 juillet 1856 autorise l'administration à prendre, dans l'intérêt de la conservation des sources minérales les mesures de protection que ladite loi détermine, le ministre ne pouvait faire servir à ce but les pouvoirs que lui ont été conférés dans l'intérêt de la santé publique . . ."* (Conseil d'Etat 6 Dec. 1878, *Larbaud*).

Op grond, dat de zorg der politie voor het openbaar verkeer niet dienstbaar kan worden gemaakt aan de geldelijke belangen van de gemeente of van een enkelen particulier, zijn vernietigd beschikkingen van het gemeentebestuur, waarbij de verkoop van waren op andere plaatsen dan op de markt werd geweigerd met het doel alleen om daarmede rechten op staanplaatsen te innen (Conseil d'Etat 15 Febr. 1895, *Tostain*; 21 Dec. 1900, *Trottin*), en beschikkingen, waarbij het recht om op den openbaren weg met rijtuigen te stationneeren, geweigerd werd aan alle rijtuigen, behalve aan die van een bepaalden ondernemer (Conseil d'Etat 2 Aug. 1870, *Bouchardon*).

In het belang der openbare orde en rust kan in het algemeen aan muziekgezelschappen verboden worden op den publieken weg uitvoeringen te geven, maar de maire overschrijdt zijne bevoegdheid, wanneer hij, zonder opgaaf van redenen, dit verbod uitsluitend richt tot één bepaald gezelschap. „Considérant que s'il appartenait au maire, en vertu des pouvoirs de police qui lui sont conférés par la loi, d'interdire par mesure générale, aux sociétés musicales de sortir en corps sur la voie publique,

il n'a pu, *sans excéder ses pouvoirs*, prononcer, en dehors de tout motif spécial mentionné à son arrêté, cette interdiction contre la seule Société „la Seynoise” (Conseil d'Etat 1 Juli 1898, *Société la Seynoise*).

Een veldwachter is door den maire voor een maand in zijne bediening geschorst; de Conseil d'Etat vernietigt dit besluit uit overweging (en ziehier tevens het verschil met de hierboven door Prof. STRUYCKEN gegeven voorstelling der vernietiging van het ontslag van den gemeente-secretaris wegens „onbehoorlijkheid”) „*qu'il résulte des pièces du dossier que l'arrêté ci-dessus visé par lequel le maire de la commune de Labossère a suspendu le sieur Rigal de ses fonctions de garde champêtre, a été pris pour des motifs étrangers au bon fonctionnement du service confié à cet agent; que, dès lors, le requérant est fondé à soutenir que, dans l'espèce le maire a fait du droit qu'il tient de l'art. 102 de la loi du 5 avr. 1884 un usage contraire à la loi et que par suite son arrêté est entaché d'excès de pouvoir...* (Conseil d'Etat 14 Jan. 1910, *Sieur Rigal*).

Een verzoek echter tot vernietiging van een besluit van den prefect der Seine, waarbij iemand „ter beschikking” wordt gesteld, wordt afgewezen op grond dat het besluit is gemotiveerd met redenen aan den dienst ontleend, en de beoordeeling dezer motieven *niet toekomt* aan den Conseil d'Etat. „*Considérant que la décision attaquée a été prise par le préfet de la Seine dans la limite des pouvoirs qui lui appartiennent en vertu de la loi du 18 juill. 1837, et pour des motifs tirés de l'intérêt du service, dont l'appréciation ne peut être soumise au Conseil d'Etat par la voie contentieuse*” (Conseil d'Etat 14 Jan. 1910, *Sieur Kuentzmann*).

Op denzelfden grond wordt afgewezen het verzoek van een beambte der stadswaag tot vernietiging van een be-

sluit van den prefect, houdende zijn ontslag. „Considérant que, d'après l'art. 3 de l'arrêté du Gouvernement du 7 brum. an IX, le préfet avait qualité pour révoquer le sieur Dufréchon de son emploi de préposé du poids public de Saint-Pierre-sur-Dives, et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier les faits qui ont motivé la décision par laquelle le préfet a pris cette mesure à l'encontre du requérant, pour manquement à ses devoirs professionnels; . . . . (Conseil d'Etat 18 Jan. 1910, *Dufréchon*).

Insgelijks ten slotte wijst de Conseil d'Etat af het verzoek van een maire tot vernietiging van het besluit van den prefect, houdende zijne schorsing gedurende een maand, op grond dat „ni le bien-fondé des motifs retenus par le préfet, ni l'opportunité de la mesure prise, ne sont des questions susceptibles d'être discutées devant la juridiction contentieuse”. (Conseil d'Etat 11 Febr. 1910, *Sieur Angladé*).

Ik ben hiermede gekomen aan het einde mijner opmerkingen over administratieve rechtspraak, voor zooveel die betreffen de wetgeving en de jurisprudentie van enkele voornamen staten in den vreemde. Indien ik daarbij wat al te uitvoerig geweest ben, dan moge dat zijne verontschuldiging vinden in het belang, dat er aan gelegen is een dwaling te bestrijden, die te gevaarlijker is door den apodictischen vorm, waarin zij verkondigd wordt.

Ik meen in het bovenstaande te hebben aangetoond, dat in geen der genoemde staten de administratieve rechter, hoever ook zijne competentie uitstreckende, verder gaat dan een toetsen van bestuurshandelingen aan de wettelijke normen, die haar beheerschen, en dat nergens zijne taak zich uitstrekt tot eene beoordeeling van de billijkheid en de behoorlijkheid dier handelingen, over de wettelijke norm heen.

Het ontwerp van den Minister LOEFF van een „Wetboek van administratieve rechtsvordering”, als beginsel vooropstellende dat het doel der administratieve rechtspraak is „tegen schennis van het publiek recht door de overheid bescherming te verleenen”, is, in overeenstemming met het karakter dier rechtspraak, aldus gebleven in de lijn van wat ook buitenlandsche wetgeving en jurisprudentie, zonder uitzondering, ons te zien geven.

Het beeld van die wetgeving en jurisprudentie door Prof. STRUYCKEN gegeven, is een oppervlakkig en onvolledig, en daarom onwaar beeld.

*Leiden*, November 1910.

H. Vos.

---

#### NASCHRIFT.

Nadat het bovenstaande geschreven was, kwam ik door toevallige omstandigheden in aanraking met den heer Dr. HENRY RIPERT, auditeur au Conseil d'Etat, te Parijs. Het scheen mij niet zonder belang, van deze omstandigheid gebruik te maken om, naast de schrijvers en de jurisprudentie hierboven aangehaald, ook te hooren het oordeel van iemand, die de praktijk van den Conseil d'Etat zelf meeleeft. Ik deelde hem dus de opvatting van Prof. STRUYCKEN over de Fransche jurisprudentie op dit stuk mede en stelde daartegenover de meening, zooals die door mij hierboven ontwikkeld werd, met het verzoek mij daaromtrent zijn oordeel te willen zeggen.

Ziehier wat Dr. RIPERT onder dagteekening van 23 November l.l. zoo vriendelijk is mij te antwoorden:

„Quant à la question du recours pour détournement de pouvoirs, voici la réponse très nette que je puis vous faire. Jamais, jusqu'à ce jour, le Conseil d'Etat ne s'est servi du recours pour excès de pouvoir pour apprécier l'opportunité des actes administratifs; ce serait sortir du rôle juridictionnel qui est le sien, pour faire oeuvre d'administrateur. Le Conseil d'Etat, quand il statue au contentieux, ne peut fonder ses décisions que sur des raisons de droit, non sur des raisons de fait; il contrôle uniquement la légalité des actes administratifs, non leur utilité ou leur opportunité. Ce qui peut faire illusion, c'est qu'il annule quelquefois, pour détournement de pouvoirs, des actes qui ont l'apparence extérieure de la légalité, mais qui au fond sont illégaux, parce que l'administrateur s'est servi de ses pouvoirs dans un but autre que celui, pour lequel ils lui ont été confiés, et a, par là-même, violé la loi. Dans ce cas, il est vrai, le Conseil d'Etat examine le but de l'acte administratif et les mobiles de son auteur, mais lorsqu'il reconnaît que ce dernier n'a fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire d'administrateur, il ne peut substituer son appréciation à la sienne et il doit rejeter le recours.

Telle est la théorie actuelle du recours pour détournement de pouvoirs, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Vous l'avez d'ailleurs parfaitement comprise, et tout ce que vous dites à cet égard est tout à fait exact.”

Dec. 1910.

H. V.

## Militaire Pensioensaanspraken.

Naar het mij voorkomt, zou men het verstandigst handelen door, wanneer deze wet tot stand komt, eerst eens enkele jaren af te wachten, wat de praktijk zal leeren, en mocht het dan blijken, dat de dienstplichtigen door deze wet niet voldoende gebaat zijn, dan zou de tijd gekomen zijn om in een afzonderlijk wetsontwerp alles te regelen, wat een gevolg is van den verplichten militairen dienst.

[Woorden, door Minister BERGANSIUS gesproken, in de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij de behandeling van de militaire pensioenwetten 1902.]

Onder de vele adressen, die over militaire aangelegenheden de Tweede Kamer der Staten-Generaal bereiken, moeten o. m. genoemd worden de requesten, waarbij belanghebbenden hunne aanspraken op militair pensioen wegens lichaamsgebreken, in den dienst ontstaan, aan het oordeel van dit hooge college onderwerpen. Het is niet van belang ontbloot eens na te gaan, of de belangen der militairen in dit opzicht in de militaire pensioenwetten wel voldoende verzekerd zijn, en zoo neen, op welke wijze hierin verandering kan worden gebracht.

Ten einde de stof te beperken en niet in herhalingen te vervallen, zullen alleen de bepalingen, die betrekking hebben op de landmacht aan een onderzoek worden onderworpen. Bij dit onderzoek zullen achtereenvolgens in behandeling komen de vragen:

- I. Welke maatregelen worden genomen, indien een militair lichamelijk ongeschikt is voor den militairen dienst?



II. In welke gevallen heeft een militair wegens lichaamsgebreken aanspraak op militair pensioen?

Ad I. Blijkt, dat een militieplichtige, of een persoon, die zich vrijwillig voor den militairen dienst wil verbinden, ongeschikt is voor den dienst, dan zal hij worden afgekeurd.

Nu kan het evenwel gebeuren, dat een loteling, die oogenschijnlijk geschikt is bevonden, binnen vier maanden na zijne aflevering voor den dienst blijkt ongeschikt te zijn. In dit geval wordt zijne herkeuring aangevraagd bij Gedeputeerde Staten der provincie, voor welke hij heeft geloot, die den betrokkene door eene geneeskundige commissie doen onderzoeken en bij ongeschiktverklaring hem uit den dienst ontslaan. Beroep van deze uitspraak is niet mogelijk.

Geschiedt de afkeuring vóór den 31<sup>sten</sup> Januari, volgende op het jaar, waartoe de lichting behoort, voor welke de loteling is ingelijfd, dan wordt de houder van het aan de beurt liggend hooger nummer der lichting van dat jaar en van de gemeente, voor welker aandeel hij is opgetreden, ter inlijving opgeroepen. Blijkt ook de houder van dit hooger nummer, voordat hij eenigen dienst heeft verricht, voor den militairen dienst ongeschikt te zijn, dan wordt deze, nadat de ongeschiktheid door den Inspecteur van den Geneeskundigen Dienst der Landmacht is geconstateerd, door den Divisie-Commandant ontslagen.

In deze gevallen, die geheel buiten het Departement van Oorlog worden afgedaan, is van verleening van militair pensioen gewoonlijk geen sprake, daar de ongeschiktheid meestal reeds bestond vóór de aflevering en de gebreken dus ten eenenmale vallen buiten elken invloed van den militairen dienst.

Heeft daarentegen een milicien reeds langer dan vier maanden gediend of is het duidelijk, dat het gebrek na

de inlijving is ontstaan, of wel betreft het een vrijwilliger, dan zullen bij lichamelijke ongeschiktheid voor de verdere waarneming van den militairen dienst de navolgende maatregelen worden genomen.

De chef van den militairen geneeskundigen dienst van het garnizoen maakt, na ontvangst van de ter zake noodige inlichtingen van het korps — welke inlichtingen bij voorkeur worden gegeven in den vorm van processen-verbaal of van getuigenverklaringen — eene geneeskundige verklaring op, welke hij zendt aan den Inspecteur van den Geneeskundigen Dienst der Landmacht. De Inspecteur zal vervolgens door eene Commissie, bestaande uit drie officieren van gezondheid, een geneeskundig onderzoek doen instellen. Nadat de Inspecteur het rapport van deze commissie heeft ontvangen, doet hij dit, al dan niet voorzien van nadere opmerkingen zijnerzijds, toekomen aan den Minister van Oorlog.

De Minister van Oorlog zal nu op grond van dit rapport hebben te beslissen niet alleen, of de militair ongeschikt is voor den dienst (van welke beslissing mededeeling wordt gedaan aan den betrokken chef of korpscommandant), maar ook, of er termen zijn tot het verleenen van militair pensioen.

Zooals bekend mag worden voorondersteld, kan een militair tweërlei soort pensioen bekomen t. w. voortdurend of tijdelijk.

Terwijl het voortdurend pensioen strekt tot vergelding van bewezen diensten of tot vergoeding van door den dienst toegebracht blijvend nadeel, is het tijdelijk pensioen bedoeld als vergoeding van in den dienst bekomen minderwaardigheid, welke echter maar tijdelijk wordt verleend, omdat te kort diensten zijn bewezen. Recht op tijdelijk pensioen bestaat bij een werkelijken dienst van tenminste vijf jaren.

De beslissing van den Minister van Oorlog omtrent het militair pensioen kan nu als volgt luiden: òf het staat vast, dat de betrokkene geen aanspraak heeft op pensioen; òf het is twijfelachtig, of er termen bestaan tot het verleenen van pensioen; òf de betrokkene heeft aanspraak op pensioen.

In het tweede en derde geval wordt de Militaire Pensioenraad (1) advies gevraagd omtrent de al- of niet-verleening en het bedrag van het pensioen. Is de Pensioenraad van oordeel, dat pensioen moet worden verleend, en kan de Minister zich met het advies van dit college vereenigen, dan worden aan de Koningin de noodige voorstellen gedaan tot het toestaan van pensioen. Wenscht de belanghebbende zich niet neer te leggen bij de ten zijnen aanzien genomen beslissing, hetzij, omdat hij meent wel recht te hebben op pensioen, of op een voortdurend pensioen, als hem slechts een tijdelijk is verleend, dan kan hij beginnen met binnen drie maanden aan den Minister van Oorlog een herhaald militair geneeskundig onderzoek aan te vragen. Brengt dit onderzoek geen verandering in de oorspronkelijke beslissing, dan kan hij om dezelfde redenen, alsmede, wanneer hij meent recht te hebben op een hooger pensioen, zich binnen drie maanden wenden tot de Koningin met verzoek, dat omtrent zijne bezwaren ter zake het gevoelen worde ingewonnen van de Afdeeling van den Raad van State, voor de geschillen van bestuur aangewezen.

Ad II. Het groote struikelblok nu in deze geheele materie is de bepaling van art. 2, sub 2<sup>o</sup>. van de Pensioenwet voor de Landmacht van 9 Juni 1902 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 90), aldus luidende:

---

(1) Ingesteld bij de Wet van 21 Maart 1896, (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 50).

„Het recht op *voortdurend* pensioen wordt verkregen:  
 2<sup>o</sup>. ter zake van verwonding of verminking, tijdens de uitoefening van den militairen dienst in den strijd bekómen, of veroorzaakt door gevorderde of bevolen militaire diensten, alsook ter zake van ziels- of lichaamsgebreken, welke het gevolg zijn van verrichtingen of vermoeienissen, aan de uitoefening van den militairen dienst verbonden, of van bijzondere omstandigheden of toestanden, die zich bij de uitoefening van dezen dienst hebben voorgedaan, — voor zoover die verwonding, verminking, ziels- of lichaamsgebreken den belanghebbende tot de verdere waarneming van den militairen dienst ongeschikt maken” (1).

Aan deze bepaling sluit zich onmiddellijk aan, wat sub 3<sup>o</sup> wordt gezegd:

„3<sup>o</sup>. ter zake van ongeschiktheid voor de verdere waarneming van den militairen dienst uithoofde van verwonding of verminking, dan wel ziels- of lichaamsgebreken, ontstaan door andere oorzaken dan onder 2<sup>o</sup>. vermeld, mits de ongeschiktheid niet het gevolg zij van eigen moedwillige handelingen of van ongeregeld gedrag en de belanghebbende tenminste tien jaren werkelijken dienst hebbe.”

Gaat men de wordingsgeschiedenis van deze bepalingen na, dan blijkt daaruit, dat zij slechts met zeer veel moeite de goedkeuring hebben verworven van de meerderheid der leden van de Tweede Kamer.

Drie dagen werd over deze bepalingen gedebatteerd, zoodat het gesprokene in de Handelingen liefst eene ruimte beslaat van veertig bladzijden druks (2).

Ofschoon het natuurlijk wenschelijk is, dat een belang-

(1) Voor de Zeemacht is de bepaling gelijkloidend.

(2) Handelingen Tweede Kamer 1901—1902, bladz. 941—968, 999—1012.

rijk beginsel niet zonder ernstig beraad in de wet wordt ingedragen, zoo mag men toch vragen, of eene discussie, die door de talrijke amendementen en sub-amendementen zóó lang wordt gerekt, dat ze tenslotte verwarring sticht omtrent de ware beteekenis der woorden van een wets-artikel, bevorderlijk is aan eene juiste toepassing van dit artikel in de practijk (1).

In het genoemde art. 2, sub 2<sup>o</sup>. worden alzo vier voorwaarden gesteld, die elk op zichzelf tot het bekomen van voortdurend pensioen kunnen leiden, t. w.:

- a. verwonding of verminking, tijdens de uitoefening van den militairen dienst in den strijd bekomen;
- b. verwonding of verminking, veroorzaakt door gevorderde of bevolen militaire diensten;
- c. ziels- of lichaamsgebreken, welke het gevolg zijn van verrichtingen of vermoeienissen, aan de uitoefening van den militairen dienst verbonden;
- d. ziels- of lichaamsgebreken, welke het gevolg zijn van bijzondere omstandigheden of toestanden, die zich bij de uitoefening van dezen dienst hebben voorgedaan.

Als algemeene eisch geldt echter ongeschiktheid (voor altijd) tot de verdere waarneming van den militairen dienst tengevolge van deze verwonding, verminking of gebreken.

Hoewel uit de Kamerdiscussie blijkt, dat de bedoeling van de onderwerpelijke bepaling is geweest, dat de militair aanspraak zou hebben op voortdurend pensioen wegens gebreken *in en door den dienst* ontstaan, zoo is het toch te betwijfelen, of dit beginsel voldoende duidelijk in de woorden van het artikel is uitgedrukt.

(1) Niet zonder reden sprak de heer HEEMSKERK van een «kruis-vuur» van amendementen, waartegen de Minister van Oorlog een onbeperkt weerstandsvermogen moest toonen.

Voor eene tegenstelling tusschen verwonding en verminking eenerzijds en ziels- of lichaamsgebreken anderzijds bestaat, volgens mijn bescheiden meening, geen reden. Er zijn ziekten, die men evengoed kan brengen onder verminking als onder lichaamsgebreken, terwijl het niet ondenkbaar is, dat zielsgebreken in den strijd zijn ontstaan.

Dit nu daargelaten, zal men moeten nagaan, of iedere voorwaarde zoo duidelijk is geformuleerd, dat men in elk voorkomend geval kan zeggen, of er al dan niet recht bestaat op voortdurend pensioen krachtens art 2, sub 2°.

De eerste twee voorwaarden zullen weinig aanleiding geven tot moeielijkheden en kunnen dus buiten bespreking blijven. Anders is het evenwel gesteld met de derde en vierde voorwaarde.

Hoewel de derde voorwaarde zoo algemeen mogelijk spreekt van verrichtingen of vermoeienissen, aan de uitoefening van den militairen dienst verbonden, zoo schijnt het toch de bedoeling van den wetgever te zijn geweest (blijkende uit de gedachtenwisseling, in de Tweede Kamer gevoerd) dat gebreken, die het gevolg zijn van de vermoeienissen van den gewonen dagelijkschen dienst geen aanspraken op pensioen krachtens art. 2, sub 2°. doen geboren worden: men moet te doen hebben met buitengewone verrichtingen en vermoeienissen.

Een marechaussee, die tengevolge van den zwaren dienst van dit wapen vroegtijdig veroudert, een militair, die wegens het tropisch klimaat aan algemeene lichaamszwakte lijdt, kunnen derhalve niet onder dit artikel worden begrepen. Blijkt evenwel, dat de marechaussee zwaarderden dienst heeft verricht dan gewoonlijk, heeft de koloniaal in een ongezond klimaat onder moeraskoortsen moeten verblijven, dan zijn er termen om voortdurend pensioen krachtens art. 2, sub 2°. te verleen.

Voor deze gevallen is het m. i. niet noodig, dat er verband worde aangewezen tusschen eene *bepaalde* dienstverrichting en het gebrek. De eisch, voorkomende in de Mem. v. Antw. (1) op het Voorl. Versl. betreffende art. 2, sub 2<sup>o</sup>, dat er een *oorzakelijk* verband zij tusschen de concrete dienstverrichting en de ongeschiktheid voor de verdere waarneming van den militairen dienst, wordt voldoende betracht, indien door de geneeskundige commissie wordt verklaard, dat talrijke buitengewoon zware patrouillediensten of expedities in een ongezond terreingebied hunne vernietigende werking op het lichaamsgestel van den afgekeurden militair hebben doen gelden.

Bij de eerste twee voorwaarden daarentegen zal de oorzaak moeten bestaan in een bepaald vaststaand feit, en zal men niet zoozeer waarde hechten aan de uitspraak van den geneeskundigen dienst dan wel van hen, die het ongeluk hebben bijgewoond.

Hoe is het nu met de vierde voorwaarde gesteld?

Hierin wordt gesproken van bijzondere omstandigheden of toestanden, die zich bij de uitoefening van dezen (d. i. militairen) dienst hebben voorgedaan.

Het behoeft niet te worden gezegd, dat het zeer moeielijk is uit te maken, of er bijzondere omstandigheden of toestanden aanwezig zijn. Wat de een bijzonder noemt, zal de ander heel gewoon vinden. Bovendien moet nog uitgemaakt worden, welke handelingen van den militair als militaire dienst te beschouwen zijn. Ziedaar eene reeks van moeielijkheden!

Verder is eene strenge scheiding tusschen de derde en vierde voorwaarde, zooals nader zal blijken, in de practijk dikwijls moeielijk vol te houden.

---

(1) Gedrukte stukken 1900—1904, 36 n<sup>o</sup>. 2, bladz. 23.

Er doen zich gevallen voor, dat men in twijfel verkeert, welke voorwaarde toepasselijk is. Het voornaamste is dan te beslissen, of het de bedoeling van den wetgever van 1902 is geweest in dergelijke gevallen pensioen krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>. te verleenen.

Dikwijls ook hangt de vraag, of de derde of vierde voorwaarde toepasselijk is, af van de opvatting, die men heeft van het oorzakelijk dienstverband. Zoo zal het getroffen worden door den bliksem tijdens eene manoeuvre, het krijgen van een zonnesteek onder den marsch, het dienstdoen op een fort, waar eene besmettelijke ziekte heerscht, door den een worden beschouwd als te vallen onder de derde voorwaarde (verrichting, aan de uitoefening van den militairen dienst verbonden), door den ander als te vallen onder de vierde voorwaarde (bijzondere omstandigheden of toestanden, tijdens de uitoefening van den militairen dienst).

Wanneer echter een militair in de kazerne eet, slaapt, zich wast, of met andere militairen onder geleide gaat zwemmen, roeien enz., is het duidelijk, dat men te doen heeft met eene niet zuiver militaire handeling. Toch wordt militaire dienst verricht. Uit de geschiedenis van art. 2 moet worden afgeleid, dat het de bedoeling van den wetgever is geweest, om in dergelijke gevallen voortdurend pensioen krachtens ditzelfde artikel te verleenen, indien bijzondere omstandigheden of toestanden aanwezig zijn, dus bijv. indien het eten bedorven is, de slaapvertrekken zeer tochtig zijn, de waschlokalen onvoldoende beveiligd, de temperatuur van het water beneden het normale enz.

Ook bij deze niet zuiver militaire handelingen blijve als eisch gesteld, dat er verband zij tusschen den dienst en het lichaamsgebrek. Gaat een militair voor zijn plezier zomers zwemmen en wordt hij ziek, valt hij thuis



van de trappen en krijgt een beenbreuk, dan zal er nooit aanspraak op pensioen bestaan krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>.

Natuurlijk zullen zich grensgevallen voordoen en blijft de toepassing van meergenoemd artikel zeer moeielijk. De beoordeeling, of er al dan niet sprake is van buitengewoon zware dienstverrichting, buitengewone vermoeienis, bijzondere omstandigheden of toestanden is bovendien geheel overgelaten aan het willekeurig inzicht van de autoriteiten, die belast zijn met de toepassing van de militaire pensioenwetten. De navolgende voorbeelden mogen de moeielijkheden in een helder licht stellen.

Tijdens eene manoeuvre in de duinen onder heftige windvlagen en regenbuien worden de krachten van de eene partij op bijzondere proef gesteld, daar zij verplicht is, als zijnde door den tegenstander overvallen, met den looppas tegen den wind in terug te trekken. Na de oefening wordt gedurende de rust aan alle manschappen, waarvan de meesten erg bezweet zijn, uit een nabijgelegen woning koud water verstrekt, dat zij zich goed laten smaken.

In de kazerne teruggekeerd, gevoelt een der militairen zich niet erg plezierig. Hij is koortsig en heeft zwaren hoofdpijn. Het blijkt, dat hij heeft koude gevat. Ten einde zich niet al te spoedig ziek te melden voor eene misschien ingebeelde kwaal, blijft hij nog enkele dagen dienst doen. Gaandeweg echter verergerd zijn toestand en daar hij ook pijn begint te krijgen in de zijde, meldt hij zich eindelijk ziek. Opgenomen in het militair hospitaal, wordt hij na eenigen tijd ontslagen en voor den militairen dienst ongeschikt verklaard wegens slepende ontsteking van het borstvlies (pleuritis)

Heeft deze milicien aanspraak op militair pensioen krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>?

Zoo oppervlakkig beschouwd, zou men geneigd zijn deze vraag bevestigend te beantwoorden, als zijnde de ziekte ontstaan door het kouvatten tengevolge van eene militaire dienstverrichting tijdens bijzonder ongunstig weer.

Weet men nu echter, dat eene borstvliesontsteking alleen tengevolge van kouvatten door de geneeskundigen zoo goed als onmogelijk wordt beschouwd, dan is er alle reden om met hen aan te nemen, dat de pleuritis van dezen milicien vermoedelijk op tuberculeusen bodem tot stand kwam, nadat het lichaam door eene bijkomende omstandigheid t. w. het kouvatten minder weerstand-biedend is geworden.

Is dit juist, dan bestond hier alzoo eene voorbeschiktheid tot tuberculose, waarvan dan de pleuritis eene uiting is en van een gebrek, *ontstaan in en door den dienst*, is geen sprake. Daar geen direct oorzakelijk verband tusschen den dienst en de ziekte bestaat, is art. 2 sub 2<sup>o</sup>. niet toepasselijk.

Toch is het uiterst moeielijk te beslissen, of er bij een afgekeurd militair al dan niet voorbeschiktheid tot een of ander gebrek bestond. Reeds de heer IDENBURG sprak in de Tweede Kamer zijne afkeuring uit over de gewoonte om in sommige gevallen met een beroep op de lichaamsgestellen van andere militairen te concludeeren, dat de dienstoefening onmogelijk zóó vermoeiend kan zijn geweest, dat daaraan de ziekte van den ongeschikt verklaarden militair moet worden geweten. Deze afgevaardigde gebruikte als voorbeeld een militair, die tengevolge van eene vermoeiende dienstverrichting onder felle hitte een zonnesteek had gekregen en daarna krankzinnig was geworden. Men zou dit voorbeeld met tallooze kunnen vermeerderen.

Moet een milicien, die, na een oorlogsmarsch (1) ziek geworden, in het hospitaal opgenomen, wordt ongeschikt verklaard voor verderen dienst wegens ziekelijk gewijzigde hartswerking pensioen bekomen krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>., indien hij vóór de indiensttreding nooit van een hartkwaal heeft geweten?

De eene autoriteit zal misschien zeggen, dat hier praedispositie bestond, daar de marsch niet zoo schrikbarend was om eene hartverlamming acuut te doen ontstaan, de andere autoriteit is het met deze opvatting niet eens en acht het gebrek acuut te zijn ontstaan, alzoo „in en door den dienst”.

De milicien, die tijdens eene gymnastiekoefening bij het hoogspringen over een koord komt te vallen en eenigen tijd later wordt afgekeurd wegens gewrichtsmuis in de linker knie zal geen pensioen krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>. bekomen, indien hij reeds bij het geneeskundig onderzoek na aankomst bij het korps heeft medegedeeld, dat hij meermalen last had, dat de linker knieschijf van haar plaats ging (2).

Bij afkeuring wegens belangrijke misvorming van de voeten, waardoor het gaan en staan bemoeilijkt wordt, is men spoedig geneigd het gebrek toe te schrijven aan langdurige marschen en op dien grond pensioen aan te vragen. Dikwijls echter blijkt, dat de betrokkenen reeds vóór hun indiensttreden behept waren met eenigszins sterk gewelfde voeten en dit gebrek is nu door den dienst verergerd, zoodat er geen sprake is van een direct oorzakelijk verband.

---

(1) Men denke aan den marsch door de Grenadiers en Jagers eenigen tijd geleden met volledige bepakking gemaakt van 's-Gravenhage naar Rotterdam.

(2) Dit geval is destijds in de kranten uitvoerig vermeld.

Men vraagt zich echter in dergelijke gevallen af: waarom werden de betrokkenen voor den militairen dienst goedgekeurd?

Eene strenge keuring vóór het indiensttreden blijft zeer gewenscht, daar personen met voorbeschiktheid voor eene of andere ziekte na goedkeuring het risico loopen, dat in den dienst de ziekte tot uiting komt, of zóó verergert, dat zij niet alleen voor den militairen dienst maar voor iedere betrekking ongeschikt zijn. In zoo'n geval staat onder de tegenwoordige militaire pensioenwetten de man met eene kleine gratificatie, die slechts éénmaal wordt uitbetaald, op straat, hulpeloos en gebrekkig.

Evenwel zal zelfs de strengste keuring niet kunnen verhinderen, dat er personen in dienst treden, die wegens eene verborgen voorbeschiktheid voor een of andere ziekte of gebrek beter deden niet in dienst te komen. Zoo is een veel voorkomend lichaamsgebrek, dat meestal geen aanspraak geeft op voortdurend pensioen krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>. de liesbreuk (1). Wegens dit lichaamsgebrek worden vele militairen ongeschikt verklaard om langer dienst te doen. Wel wordt dan door belanghebbenden opgegeven, dat de breuk is ontstaan door springen, vallen (z.g. hernie de force) en dergelijke, maar gewoonlijk is hier praedispositie tengevolge van zoogenaamde lieswandsdunheid aanwezig. In deze gevallen moet men volgens de deskundigen aannemen, dat de breuk onder invloed van spierspanning bij den sprong, val enz. voor het eerst door de bestaande opening naar buiten is getreden. Met een breukband kunnen gewone bezigheden dikwijls zonder bezwaar worden verricht.

Dat zenuwachtige personen in den militairen dienst

---

(1) De naam is zeer oneigenlijk.

zelden genezing vinden, bewijst het groot aantal gevallen, waarbij militairen wegens overprikkeling van het zenuwstelsel worden afgekeurd.

Meestal was de betrokkene dan al zenuwachtig, toen hij in dienst trad, en is de ziekte in dienst verergerd, zoodat art. 2, sub 2<sup>o</sup>. niet van toepassing kan worden verklaard. Dit neemt niet weg, dat ook eene overprikkeling van het zenuwstelsel wel degelijk „in en door den dienst” kan zijn ontstaan.

Er zijn gebreken, waar van twijfel, of art. 2, sub 2<sup>o</sup>. toepasselijk is, geen sprake kan zijn, daar het oorzakelijk verband tusschen den dienst en de gebreken meer dan duidelijk is. Men denke slechts aan de talrijke gevallen, waarin militairen van de bereden wapens voor den dienst ongeschikt worden verklaard, omdat zij een lichaamsgebrek hebben, dat ontstaan is tengevolge van een val of een trap van het paard.

Maar al moge het oorzakelijk verband tusschen dienst en gebreken pensioenverleening krachtens art. 2, sub 2<sup>o</sup>. noodzakelijk maken, daarmede is niet gezegd, dat deze verleening van voortdurend pensioen in alle gevallen moet geacht worden overeenkomstig de bedoeling van het pensioen te zijn. Als voorbeeld moge dienen een typisch militair gebrek: de middenvoetsbreuken.

Geheel gezond komt iemand in militairen dienst, en maakt op zekeren dag een grooten marsch mee. Na afloop van den marsch zijn de voeten gezwollen en doen pijn. Verpleegd in het hospitaal wordt de militair ongeschikt verklaard voor den dienst, daar in een van beide of in beide voeten eene breuk van een der middenvoetsbeentjes (pied forcé) bestaat. Deze breuk is ontstaan door den marsch. Neemt men een bepaalden tijd rust, dan schijnt het gebrek geheel te kunnen genezen, zonder dat

men bij zijne gewone bezigheden eenigen hinder ondervindt van de oude kwaal.

De pensioenverleening in een dergelijk geval is m.i. in strijd met het karakter van het pensioen d. i. eenë vergoeding van door den dienst toegebracht *blijvend* nadeel of voor gepraesteerde diensten. Men gevoelt het onbillijke van deze pensioenverleening tegenover dengene, die bijvoorbeeld wegens slepende borstvliesontsteking zonder pensioen wordt ontslagen en zijn geheele leven misschien lijdend blijft. Waarschijnlijk bestaat er bij deze borstvliesontsteking geen oorzakelijk verband tusschen den dienst en de ziekte, maar in hoevele gevallen is het niet hoogst moeielijk, bijna onmogelijk, de absolute afwezigheid van verband te bewijzen!

Moge hierboven door eenige voorbeelden aangetoond zijn, welke bezwaren verbonden zijn aan de tegenwoordige militaire pensioenwetten, wanneer men moet beslissen, of een militair, die wegens ziels- of lichaamsgebreken voor den dienst is ongeschikt verklaard, op grond van deze gebreken (dus niet wegens diensttijd) aanspraak heeft op militair pensioen, thans wil ik tenslotte een bescheiden poging wagen om eene betere regeling in overweging te geven.

Onwillekeurig is men hierbij geneigd het oog te richten naar Duitschland en zich de vraag te stellen, hoe daar deze aangelegenheid is geregeld. Met het oog op den omvang van mijn opstel is het niet wel mogelijk ten aanzien van dit punt de Deutsche wet tot in bijzonderheden te behandelen. Slechts de voornaamste bepalingen vinden daarom eene bespreking.

Volgens de Deutsche militaire pensioenwet wordt aan alle militairen, beneden den officiersrang, die het leger verlaten en wier vermogen om in hun levensonderhoud

te voorzien (Erwerbsfähigkeit) opgeheven of in zekere mate verminderd is, een tijdelijke of voortdurende onderstand (Militärrente) toegekend.

Dit beginsel is neergelegd in § 1 van de „Gesetz über die Versorgung der Personen der Unterklassen des Reichsheeres, der Kaiserlichen Marine und der Kaiserlichen Schutztruppen“ van 31 Mei 1906, luidende:

„Die zur Klasse der Unteroffiziere und Gemeinen gehörenden Personen des Soldatenstandes haben bei der Entlassung aus dem aktiven Dienste Anspruch auf eine Rente (Militärrente), wenn und solange ihre Erwerbsfähigkeit infolge einer Dienstbeschädigung (1) aufgehoben oder um wenigstens zehn Prozent gemindert ist.

Kapitulanten (2) mit einer Dienstzeit von mindestens acht Jahren haben bei der Entlassung aus dem aktiven Dienste ohne Nachweis einer Dienstbeschädigung Anspruch auf eine Rente, wenn und solange ihre Erwerbsfähigkeit infolge von Gesundheitsstörungen, die während der Dienstzeit eingetreten sind (3), aufgehoben oder um wenigstens zehn Prozent gemindert ist.“

Opdat men niet in twijfel verkeere, wat onder „Dienstbeschädigung“ moet worden verstaan, geeft § 3 eene nadere omschrijving: „Als Dienstbeschädigungen gelten Gesundheitsstörungen, welche infolge einer Dienstverrichtung oder durch einen Unfall während der Ausübung des Dienstes eingetreten oder durch die dem Militärdienst eigentümlichen Verhältnisse verursacht oder verschlimmert sind. Eine von dem Verletzten vorsätzlich herbeigeführte Gesundheitsstörung gilt nicht als Dienstbeschädigung“.

(1) Ons „in en door den dienst“.

(2) Zij, die zich boven den wettelijken diensttijd voor den actieven dienst verbonden hebben.

(3) Ons artikel 2, sub 3<sup>o</sup>.

Het voordeel van het Duitsche stelsel bestaat nu vooreerst hierin, dat niet langer pensioen wordt verleend dan de arbeidsongeschiktheid duurt (terecht spreekt de wet van „Rente”). Voorkomen wordt derhalve, dat iemand levenslang pensioen bekommt wegens een lichaamsgebrek, dat in en door den dienst is ontstaan, maar na korten tijd geheel kan genezen (middenvoetsbreuken).

Bovendien geeft de Duitsche wetgever blijkens de omschrijving van het woord „Dienstbeschädigung” aan het begrip, „in en door den dienst” eene ruimere uitlegging dan de onze. Treft iemand een ongeluk in de kazerne, dan wordt niet geëischt, dat zich bijzondere omstandigheden of toestanden hebben voorgedaan om pensioen te erlangen. Bij gewrichtsrheumatiek tengevolge van eene oefening onder aanhoudenden regen, longontsteking tengevolge van een patrouilledienst, hartsziekte tengevolge van een langen marsch, behoeft men niet angstvallig na te gaan, of de regen, de patrouilledienst, de marsch wel zoo buitengewoon was, dat ze noodzakelijk een ongunstigen invloed moest uitoefenen. Men werpt den zieke niet tegen: „uwe kameraden, die met u onder dezelfde omstandigheden verkeerden zijn gezond gebleven, dus was er zeker bij u eene praedispositie aanwezig. We lezen toch in de „Dienstanweisung zur Beurteilung der Militärdienstfähigkeit und zur Ausstellung von militärärztlichen Zeugnissen” van 9 Februari 1909:

„Das schädigende Ereignis braucht nicht ein solches zu sein, das auf jeden Betroffenen gesundheitsschädigend einwirken musz. Es genügt vielmehr, wenn der Nachweis erbracht ist, dasz es auf den einzelnen seine schädigende Wirkung ausgeübt hat. Es ist ferner nicht erforderlich, dasz die Dienstverrichtung an sich in regelwidriger Weise abgelaufen ist. So können z. B. einerseits



die Einwirkungen groszer Hitze oder Kälte, Durchnäsungen u. s. w., auszerordentlicher Marschanstrengungen bei einzelnen Leuten zu Krankheiten (z. B. Hitzschlag, Lungenentzündungen, Störungen der Herztätigkeit) führen und damit zu Dienstbeschädigungen werden, auch wenn zahlreiche andere Leute, die den gleichen Schädlichkeiten ausgesetzt waren, von denselben Einwirkungen gesundheitlich unberührt geblieben sind. Andererseits können bei einzelnen Leuten durch regelmässige laufende Dienstverrichtungen, die der Soldat tagtäglich ohne Schaden auszuführen pflegt, Dienstbeschädigungen erzeugt werden, z. B. durch gewöhnliche Exerzierübungen bei nicht an Anstrengung gewöhnten Leuten Störungen der Herztätigkeit, Entzündungen der Knochenhaut oder der Sehnen und dgl.; auch Schädigungen infolge unweckmässiger Bewegungen beim gewöhnlichen Turnen und Reiten z. B. Muskelrisse, sog. Spontanknochenbrüche infolge übermässigen Muskelzugs, kommen hier in Betracht."

De eigenaardige militaire levensomstandigheden heeft de Duitsche wetgever terecht vermeld als een afzonderlijke oorzaak, waardoor lichaamsgebreken kunnen ontstaan. Dit zijn „Schädigungen, deren Entstehung zwar nicht nach Ort und Zeit bestimmbar ist, welche aber erfahrungsgemäss auf die Sonderverhältnisse (Ernährung, Kleidung, Ausrüstung, Unterkunft) der militärischen Dienstes zurückgeführt werden müssen.

Gebreken, ontstaan tengevolge van moedwillige handelingen (vorsätzlich herbeigeführte Gesundheitsstörung) geven geen recht op eene uitkeering, wel daarentegen de gebreken, die moeten worden toegeschreven aan verregaande nalatigheid (grobe Fahrlässigkeit).

Het geval doet zich, zooals we gezien hebben, meer-

malen voor, dat een militair, met name een milicien, die gedwongen in dienst is getreden, en schijnbaar volkomen gezond is ingelijfd, eenigen tijd later in ziekelijken of gebrekkigen toestand uit den dienst wordt ontslagen, zonder dat hem op grond van de tegenwoordige pensioensbepalingen eenig pensioen kan worden verleend, daar de gebreken niet zijn ontstaan „in en door den dienst” en de diensttijd minder dan vijf jaren bedraagt. Dat de niet-verleening van eenige geldelijke tegemoetkoming in dergelijke gevallen, vooral, wanneer de militair uit een behoeftige omgeving komt, eene groote hardheid is, valt niet te loochenen. De Duitsche militaire pensioenwetgever heeft, in tegenstelling van den onze, dit ingezien en daarom in § 25 bepaald: „Unteroffizieren und Gemeinen, die wegen körperlicher Gebrechen aus dem aktiven Dienste entlassen werden und auf Rente keinen Anspruch haben, kann eine solche im Falle dringender Bedürftigkeit vorübergehend bis zum Betrage von 50/100 der Vollrente ihres Dienstgrads gewährt werden” (1).

Daar het voorschrift facultatief is gesteld, wordt de mogelijkheid opengelaten om, wanneer de ongeschiktheid het gevolg is van eigen moedwillige handelingen (vecht-

---

(1) De Memorie van Toelichting zegt daaromtrent: Für diejenigen Unteroffiziere und Gemeinen, welche mit erheblich geminderter Erwerbsfähigkeit aus dem Dienste entlassen werden, ist er erfahrungsmässig mit Schwierigkeit verknüpft, im bürgerlichen Leben wieder Arbeit und Erwerb zu finden. Haben sie auf Rente keinen Anspruch und stehen ihnen Privatmittel nicht zur Verfügung, so fehlt ihnen häufig des Nötigste zum Lebensunterhalte. In derartigen Fällen soll die Vorschrift die Möglichkeit gewähren, eine dem Grade der Hilfsbedürftigkeit angemessene Rente vorübergehend bewilligen zu können, wie solches schon nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften geschieht.”

partij) of van ongeregeld gedrag (syphilis) geen vergoeding te verleen.

Volledigheidshalve diene hier de vermelding, dat de Duitse militaire pensioenwet voor de officieren eene regeling bevat, die eenigszins afwijkt van die, welke voor de minderen geldt, daar het pensioenscriterium gelegen is niet in de arbeidsongeschiktheid maar in de ongeschiktheid voor den militairen dienst (1). Overigens gelden de bovenstaande opmerkingen ook voor de officieren. De desbetreffende bepalingen vindt men in de §§ 1, 5 en 7 van de „Gesetz über die Pensionierung der Offiziere einschliesslich der Sanitätsoffiziere des Reichsheeres, der Kaiserlichen Marine und der Kaiserlichen Schutztruppen“ van 31 Mei 1906.

§ 1: „Die Offiziere des Friedensstandes haben Anspruch auf eine lebenslängliche Pension, wenn sie nach einer Dienstzeit von mindestens zehn Jahren zur Fortsetzung des aktiven Militärdienstes dauernd unfähig geworden sind und deshalb aus diesem Dienste ausscheiden müssen.

Bei kürzerer als zehnjähriger Dienstzeit haben die Offiziere des Friedensstandes Anspruch auf Pension, wenn sie infolge einer Dienstbeschädigung zu jedem Militärdienst unfähig werden. Die Pension wird jedoch nur solange gewährt, wie die Dienstfähigkeit infolge der Dienstbeschädigung aufgehoben ist.

§ 5 is gelijkloidend aan § 3 van de Pensioenwet voor mindere militairen.

§ 7, lid 2: „Scheidet ein Offizier vor vollendeter zehnjähriger Dienstzeit wegen Dienstunfähigkeit ohne Pensions-

---

(1) Het kan niet ontkend worden, dat dit systeem een hinken is op twee gedachten. Navolging hiervan in onze wetten zou ik niet wenschelijk achten.

berechtigung aus, so kann ihm für die Dauer und nach dem Grade einer festgestellten Bedürftigkeit eine Pension bis zum Betrage von 20/60 des zuletzt bezogenen pensionsfähigen Dienstinkommens gewährt werden."

Ik zou geneigd zijn in overweging te geven het Duitse beginsel in onze militaire pensioenwetten in te dragen, door het bedrag der te verleenen pensioenen meer het karakter te geven van vergoeding der geleden lichamelijke schade, wanneer ik mij niet bewust was, dat een dergelijke maatregel veel tegenstand zal ondervinden.

In de eerste plaats zal men mij het kosten-bezwaar tegemoet voeren. Ik heb mij niet voldoende gegevens kunnen verschaffen om dit bezwaar geheel te ontzenuwen. Toch meen ik te mogen betwijfelen, of de Nederlandsche schatkist door invoering van het Duitse beginsel zoo veel meer zal worden gedrukt. Immers, daar wegens lichaamsgebreken niet langer pensioen wordt verleend dan de arbeidsongeschiktheid duurt, zal een einde komen aan de tallooze pensioenen, die door oud-militairen levenslang worden genoten, hoewel zij bij de waarneming hunner betrekking geen of nagenoeg geen invloed ondervinden van de lichaamsgebreken, die hen destijds ongeschikt maakten voor den militairen dienst.

Bovendien zal bij eene wijziging in dien zin, dat de pensioensaanspraken verband houden met de arbeidsongeschiktheid eene beoordeeling moeten plaats hebben van de dringende behoefte en van den graad van arbeidsongeschiktheid, wat, bij het ontbreken van eene schaal, aangevende het percentage van vermindering der arbeidsongeschiktheid bij ieder lichaamsgebrek, tot vele moeilijkheden zal aanleiding geven.

Hoewel deze opmerking juist is, zullen de moeilijkheden toch niet onoverkomelijk zijn.

Tenslotte zal ook de beoordeeling van den graad van arbeidsongeschiktheid tot willekeur aanleiding kunnen geven. Door eene regeling echter, als in de Dienstankündigung voorkomt, kan men den belanghebbende m. i. voldoende waarborgen verzekeren.

Evenwel, ik begrijp zeer goed, dat een belangrijk beginsel als het Duitsche niet zoo maar op anderen bodem kan worden overgeplant, dat iedere wet hare wordingsgeschiedenis heeft en dat in een land, waar het capitulant-stelsel (toekenning van burgerlijke betrekkingen aan gewezen militairen) reeds is ingevoerd (1), andere pensioensbepalingen kunnen gelden dan in een land, zooals het onze, waar dit stelsel nog in voorbereiding is.

In het belang van leger en vloot is eene herziening van de tegenwoordige pensioenwetten dringend noodig. Eene principieele herziening zal wegens de talrijke bezwaren en de menigvuldige wijzigingen, die ook in andere opzichten noodzakelijk zijn, veel tijd vereischen. Eene partieele herziening wordt in deze omstandigheden door mij de meest wenschelijke geacht.

Deze herziening zou dan hierin kunnen bestaan, dat allereerst artikel 2, sub 2°. zoodanig worde gewijzigd, dat duidelijker dan thans blijke, dat de lichaamsgebreken moeten zijn ontstaan „in en door den dienst.”

De mogelijkheid worde geopend voor miliciens en vrijwilligers met minder dan 5 jaren dienst, die voor

---

(1) De bepalingen omtrent den overgang van militairen in burgerlijke betrekkingen vormen in Duitschland een onderdeel van de militaire pensioenwet. De §§ 15—23 van deze wet hebben vereenigd onder het opschrift: „Zivilversorgung” betrekking op de voorwaarden, waaronder en de wijze, waarop de overgang van militairen in burgerlijken dienst geregeld is.

den militairen dienst ongeschikt worden verklaard wegens lichaamsgebreken, welke in den dienst tot uiting zijn gekomen of verergerd, eene geldelijke tegemoetkoming, bestaande in een tijdelijk pensioen, te verschaffen. Dit zal dienen te geschieden niet door een afzonderlijk wetsontwerp, zooals minister BERGANSIUS wenschte, doch door eene aanvulling van de bepalingen betreffende het tijdelijk pensioen in de militaire pensioenwetten (1). Het bedrag van dit tijdelijk pensioen zal dan overeenkomstig het tegenwoordig minimum tijdelijk pensioen moeten worden berekend naar een werkelijken diensttijd van 10 jaren.

Natuurlijk zal bij eene dergelijke regeling de toestand van den belanghebbende in vele gevallen toch nog treurig blijven, daar de hardheid niet wordt opgeheven, maar verplaatst naar het tijdstip, waarop het pensioen zal ophouden. Toch is deze regeling een stap in de goede richting t. w. van het Duitsche stelsel.

Eene permanente keurings-commissie worde benoemd rechtstreeks staande onder den Inspecteur van den Geneeskundigen Dienst. Indien een militair, die voor verderen dienst is ongeschikt verklaard en vermeent aanspraak te hebben op militair pensioen wegens lichaamsgebreken „in en door den dienst” bekomen, zich met den uitspraak van de geneeskundige commissie in eersten aanleg niet kan vereenigen, zal de herkeuring geschieden door deze permanente commissie. Hoewel niet de geneeskundige commissie, doch de Militaire Pensioenraad de wet toepast, zoo zal toch op deze wijze worden verhinderd, dat in ongeveer gelijksoortige gevallen door de eene geneeskundige commissie oorzakelijk verband wordt aan-

---

(1) Gedeputeerde Staten zullen met deze wijziging rekening moeten houden bij de keuring krachtens art. 100 der Militiewet.

genomen tusschen dienst en ziekte, terwijl door de andere praedispositie aanwezig wordt geacht (1).

De Militaire Pensioenraad zal, wanneer deze permanente commissie heeft beslist, dat de ziekte is ontstaan „in en door den dienst”, niet kunnen volstaan met te zeggen, dat de gebreken van belanghebbende niet in oorzakelijk verband staan met eenige bepaalde dienstverrichting, zonder deze uitspraak nader te motiveeren.

Met het begrip „voorbeshiktheid” zij men zeer voorzichtig. Wanneer de stelling juist is, dat ieder mensch een ziektekiem in zich draagt en dat het alleen van de bijzondere omstandigheden afhangt, of deze kiem tot uiting zal komen, zou tenslotte iedere ziekte in den militairen dienst uit voorbeshiktheid kunnen worden verklaard en behalve bij verwonding of verminking zou art. 2, sub 2<sup>o</sup>. geen toepassing vinden.

Het geneeskundig onderzoek vóór den dienst worde zeer gestreng, ten einde te verhinderen, dat personen met verborgen gebreken deze opzettelijk verzwijgen, met het doel na korten tijd den dienst met een (tijdelijk) pensioen weer te verlaten. Personen, van wie blijkt, dat zij eene voorbeshiktheid hebben voor een of andere ziekte of gebrek worden niet tot den dienst toegelaten.

Eene wijziging van het keuringsreglement zal voor een en ander noodzakelijk zijn.

Het bezwaar blijft bestaan, dat militairen, die ongeschikt worden verklaard wegens een lichaamsgebrek, dat door

---

(1) Terecht zei minister BERGANSIUS in de Tweede Kamer (Handelingen 1901—1902 bladz. 1007): «Het is in de eerste plaats het advies van den Geneeskundigen Dienst, waarmede rekening moet worden gehouden. In de toekomst zal in de wijze, waarop die aangelegenheid zal zijn geregeld, een grooter waarborg liggen voor een regelmatige uitspraak dan in de redactie van dit artikel (t. w. art 2, sub 2<sup>o</sup>).

den dienst is ontstaan doch voor spoedige genezing vatbaar is, en den betrokkene derhalve slechts tijdelijk bezwaren doet ondervinden bij de waarneming zijner burgerlijke betrekking, levenslang pensioen erlangen. Mag men dit ten aanzien van sommige gebreken minder ongerijmd vinden, bij gebreken als middenvoetsbreuken, die na korten tijd geheel en al, volgens het oordeel der geneeskundigen, kunnen genezen, zonder schadelijke gevolgen achter te laten, is het pensioen, als zijnde eene vergoeding van door den dienst toegebracht blijvend nadeel, niet te verdedigen.

Zoolang men evenwel het Duitsche beginsel niet geheel en al wil aanvaarden, door het bedrag der te verleenen pensioenen het karakter te geven van vergoeding der geleden lichamelijke schade, en dus dit bedrag grooter of kleiner te doen zijn naar gelang van de arbeidsongeschiktheid van den betrokkene, zal de toestand ten onzent, volgens mijn bescheiden meening, onbevredigend blijven.

Mr. G. HOVENS GRÉVE,

*Griffier bij het Kantongerecht te Heerenveen.*



### **Aansprakelijkheid van Emittenten.**

Er zijn in het rechtsleven verschillende gebeurtenissen, die, ofschoon zij in het oog van de onmiddellijk betrokken personen, in belangrijkheid boven andere niet uitsteken, ten aanzien van het aantal en de moeielijkheid van de rechtsvragen, die daarbij ter sprake komen, als reuzen oprijzen. Terwijl andere voorvallen zich in hun eigen titel of afdeeling geheel afspelen, geven deze den stoot aan een plotseling en heftig bewegen, dat zich tot in de verste hoeken van het rechtssysteem voortplant. Men denke aan faillissement, hypotheek en dergelijke.

Wanneer nu zulke gebeurtenissen de hoedanigheden van het min of meer roestig samenstel van ons geschreven recht op zware proeven stelden, vertoonden zich reeds spoedig, ook aan niet-deskundigen, allerlei bedenkelijke haperingen, kortsluitingen en beklemmingen, waarmee men zich ijlings vervoegde bij den reparateur, den wetgever, eerst met de bede, straks met den eisch, om spoedige en afdoende hulp.

En dan werd somwijlen het werktuig opnieuw gesteld, dusdanig dat eene gelijke stoornis in een gelijk geval zich niet licht meer zou kunnen voordoen.

Ik breek niet den staf over zulk werk, dat dikwijls niet lijdend kon het uitstel noodig voor de bespiegeling van hooge beginselen, maar toch — het heeft dit kwaad gevolg, dat de wetgeving op zeer uiteenliggende plaatsen niet zoozeer wordt ingericht voor algemeene doeleinden als wel gespittst tot die enkele toepassing, welke noodig

is gebleken in de bijzondere omstandigheden welke zich in de practijk voordeden. Allerlei onderwerpen van ruimere beteekenis kunnen daardoor worden ondergeschikt aan de behoeften van het oogenblik.

Iets dergelijks dreigt te geschieden met de wettelijke regeling van de oprichting van naamlooze vennootschappen. Ook hier kwamen ter sprake allerlei onderwerpen van den meest uiteenloopenden aard, in het rechtssysteem op zeer verspreide punten te vinden. En wanneer men zich dan ging zetten aan een regeling van die oprichting, werden somtijds al die onderwerpen daarbij ingetrokken, zonder dat men er veel aan dacht, dat hun belang geenszins door hunne betrekking tot het onderhavig vraagstuk was bepaald en begrensd. Een eenzijdige en onvolledige regeling moest daarvan het gevolg zijn.

Zoo werd ook het vraagstuk van de aansprakelijkheid van emittenten doorgaans uitsluitend in verband met de oprichting van naamlooze vennootschappen beschouwd. Daar vertoonde het immers meestal zijne netels! Dit geschiedde nog onlangs bij de besprekingen ter jongste vergadering der Nederlandsche Juristenvereening, in de verschillende, en zeer lezenswaardige, praeadviezen verschenen ter gelegenheid van het Congrès International des Sociétés par Actions in dit jaar te Brussel bijeengekomen, en ook in het keurig proefschrift van Mr. A. S. OPPENHEIM: „Het Prospectus der Naamlooze Vennootschap” in 1908 te Leiden verdedigd. Het Ontwerp 1910 vertoont ten deele dezelfde fout.

Fout, want in twee opzichten is deze samen koppeling onjuist.

Het ligt immers reeds aanstonds voor de hand, dat voor den emittent niet alleen zaken van belang zijn te doen met naamlooze vennootschappen, doch dat hij een

ieder, die een in zijne oogën geschikt papier wil uitgeven, welkom heet. Vereenigingen, stichtingen, alle andere vennootschappen, gemeenten, provinciën, koning- en keizerrijken zijn mede van zijne gading.

Doch ook de emittent, die zich tot naamlooze vennootschappen beperkt, heeft zijn rol bij de oprichting nog lang niet uitgezegd. Hij wordt weer ten tooneele geroepen wanneer het kapitaal moet worden vergroot, wanneer schuldbrieven of obligatiën aan den man moeten worden gebrächt, wanneer geld noodig is bij amalgamatie of reconstructie.

Onvolledig en eenzijdig wordt het werk van den man, die bij de regeling der rechtspositie van den emittent alleen aan oprichting van naamlooze vennootschappen denkt. Het ware alsof men de aansprakelijkheid van den verkooper beschouwde met het oog op den handel ter beurze, of die van den verhuurder in verband met het pachtvraagstuk. Wij moeten dus beginnen met ons vrij te maken van oude banden, de oprichting van naamlooze vennootschappen laten voor hetgeen zij is, en onzen eigen weg gaan.

Wat is een emittent?

Hij is de bemiddelaar, het intermediair, tusschen hen, die crediet vragen, en het publiek, dat belegging zoekt voor zijn vrij kapitaal. Aan zijne eene zijde staan regeeringen, gemeentebesturen, ondernemers, die voor min of meer productieve doeleinden kapitaal noodig hebben, aan zijne andere zijde staat een breede schare van bijzondere personen, met spaarpotten, die van de productie zijn uitgesloten, omdat zij daarvoor geen roeping of gelegenheid hebben. Daaronder een enkele producent, die meer geld heeft, dan hij in zijn bedrijf kan gebruiken. Van de eene zijde wordt crediet gevraagd, van de andere

wordt het aangeboden. De voorwaarden moeten worden vastgesteld, partijen moeten tot elkaar worden gebracht.

Een en ander geldt ook voor de naamlooze vennootschap en hare aandeelhouders. Hoe ook hunne verhouding naar het recht moge worden beoordeeld, in staathuishoudkundigen zin is de aandeelhouder, althans in die naamlooze vennootschappen, waarbij emittenten optreden, slechts een kapitalist, die crediet verleent aan een ondernemer, maar zelf geen ondernemer is. Wellicht moet de verhouding van aandeelhouder en vennootschap bij maatschappijen, welke zonder bemiddeling in een kleinen kring haar leden hebben gevonden, zgn. private companies, anders worden beoordeeld. Doch de aandeelhouder in een maatschappij, die met bankiershulp wordt gefinancierd en wier aandelen ter beurse worden verhandeld, staat even ver van de onderneming zelve als de gewone obligatiehouder, al is hij ook meer onmiddellijk bij de uitkomsten van die onderneming geïnteresseerd.

Deze bemiddeling van den emittent geschiedt op velerhande manieren, doch kan tot drie hoofdfiguren worden herleid.

1. De credietvrager richt zich met zijne bede rechtstreeks tot het publiek, formuleert eenzijdig de voorwaarden in zijn prospectus en wijst een of meer bankiers aan, bij wie inschrijfbiljetten kunnen worden bezorgd. Na dit te hebben verricht, gaat hij zitten om de komende dingen af te wachten, zoo ongeveer als een winkelier, die geadverteerd heeft, dat zekere goederen in zijn magazijn voor bepaalde prijzen te koop zijn, doch dat zij, voor wie de wandeling te ver is, die waren ook kunnen bestellen bij de dienstverrichting, den kruier op den hoek, of bij eenig ander aangewezen adres. Hier is de bankier-emittent slechts figurant, hij stelt alleen een loket beschikbaar voor het aannemen van inschrijfbiljetten en,

indien bij het noemen van zijn firma door het publiek aan eerlijkheid of aan een groot vermogen, of misschien aan beiden, pleegt te worden gedacht, geeft hij, door zich met den credietvrager in het openbaar te vertoonen, een min of meer officieele introductie bij het publiek in het algemeen en bij zijn clientèle in het bijzonder. Voor een en ander bedingt hij een kleinigheid, berekend naar het aantal der bij hem in te komen inschrijvingen. Voor het overige laat de mate van applaus, waarmee de emissie wordt begroet, hem koud.

2. De credietvrager richt zich tot den emittent en polst hem op welke voorwaarden een beroep op het publiek kans van gehoor zou kunnen hebben. Komen zij tot het resultaat, dat een bepaald geformuleerd aanbod waarschijnlijk wel zal inslaan, dan verzoekt de credietbehoefte den emittent het welslagen van de uitgifte te garanderen, aldus, dat hij tegen een zekere belooning, eventueel met zijne storting te verrekenen, voor zich zelf zal nemen het gedeelte van de emissie, waarop, na verloop van zekeren termijn, het publiek niet zal hebben ingeschreven. Stemt de emittent hiermede in, dan is van af dat oogenblik de credietvrager feitelijk tevreden gesteld en verdwijnt van het tooneel, waarop de emittent als eenig belanghebbende bij het succes van het prospectus en de ruime opkomst van liefhebbers achterblijft. Zijn belooning is in hoofdzaak risicopremie geworden. Hij zou boos worden, wanneer men hem vergeleek met een impressario, die een vollen schouwburg heeft gegarandeerd, doch die vergelijking zou niet buitengewoon onjuist zijn.

3. De credietvrager wendt zich tot den emittent zelf, als geldgever, en vraagt hém het geheele crediet in eens te willen verleen en op tusschen hen beiden overeen te komen voorwaarden, in het bijzonder wat den strijdstok betreft. De verdere emissie is dan geheel eigen zaak van

den bankier geworden, die het publiek daarin kan betrekken op de wijze en op de voorwaarden door hem te stellen, tenzij daaromtrent nog bijzondere afspraken tusschen hem en den credietvrager zijn gemaakt. Iemand, die de opmerking zou maken, dat deze emittent te land veel gelijkt op den haringjager ter zee zou de plank niet ver mislaan.

Hoezeer deze drie typen van bemiddeling ook mogen verschillen, het eigenaardige is, dat doorgaans voor de buitenwereld geen onderscheid wordt gemaakt. Ook bij garantie en bij geheele overneming van het gevraagde crediet plegen de emittenten zich tegenover het publiek niet anders voor te doen dan „dat zij gemachtigd zijn tegen een koers van  $x\%$  inschrijvingen aan te nemen, waarvoor te hunnen kantore inschrijfbiljetten, benevens prospectussen verkrijgbaar zijn”. De reden hiervan zal aanstonds wel blijken.

Dit verschijnsel heeft intusschen bij zeer velen, en ook bij verscheidene binnen- en buitenlandsche rechtscolleges, de meening doen postvatten, dat het geval waarin de emittent als eenvoudige „Subscriptionsstelle” fungeert, het normale is, terwijl de andere figuren van garantie en overneming slechts uitzonderingen vormen.

Dit is eene dwaling.

Het geval, waarin de credietvrager zich rechtstreeks tot het publiek wendt, kan, bij emissies van eenigen omvang, niet meer als het normale worden beschouwd. Deze wijze van handelen spaart zeker een belangrijke som aan bankiersprovisie, welke elders als oprichtingskosten de balans moet versieren, doch zij heeft zooveel bezwaren, dat men doorgaans met haar de wijsheid zou bedriegen.

Het onderbrengen bij het publiek heeft tijd, soms veel tijd noodig. De bestorming van het emissiekantoor door

een op aandelen of obligaties verzotte menigte komt slechts voor in crisisperioden van de intermitterende speculatiekoorts. Een regeering van een niet voorspoedig land, die vele millioenen wil leenen, een hypotheekbank, die een millioen aan pandbrieven wil plaatsen, of een nieuwe cultuur-onderneming, die een groot aandelenkapitaal moet onderbrengen, kan in normale tijden lang moeten wachten op volteekening door particulieren. Intusschen is het bedrag voor dekking van vlottende schuld, hypotheeken, fabrieksbouw en aanplant dadelijk of op korten termijn noodig.

Dan ook — en dit geldt vooral nieuwe handels-ondernemingen — kan men nooit zeker zijn van een minimum succes van de publieke inschrijving, al komt men ook met de beste bedoelingen en met een voordeelig aanbod in een gunstigen tijd ter markt. De kans op een aanvankelijk fiasco bestaat altijd. Het publiek, dat geld te verliezen heeft, is doorlopend min of meer zenuwachtig en achterdochtig, en de verspreiding, daags vóór de publieke inschrijving, van een goed gestelde circulaire, of een ingezonden brief in een krant, waarin anonymi sombere waarschuwingen laten hooren, kan tot algeheele mislukking leiden. Ware er nu geene garantie, dan zou dit dikwijls een onherstelbaar ongeluk worden, omdat het spaak moet loopen met bedongen betaling van terreinen of installaties.

Vervolgens — ik noem maar eenige voor de hand liggende bezwaren, doch put den voorraad niet uit — de credietvrager kan zich wel rechtstreeks tot het publiek willen wenden, doch de groote vraag is, of hij de menschen, die hij noodig heeft, met eigen hulpmiddelen wel bereiken kan. Met het schrijven van een fraai prospectus is men er nog niet. Dit fraais moet ook komen onder de oogen van hen, voor wie het bestemd is, en daarvoor moet

men kunnen beschikken over een kanalisatie, die over verschillende geldmannen en -mannetjes naar den particulieren spaarpot leidt. Men kan toch bezwaarlijk prospectussen als strooibiljetten aan den uitgang van stations of theaters uitdeelen, of op goed geluk de huizen der gegoede ingezetenen afbellen. Voor zoover ik weet hebben pogingen tot rechtstreeksche onderbrenging van een belangrijk aandeelenkapitaal in normale tijden zelden succes gehad. De weg naar den rentenier is het geheim dat de kracht vormt van den emittent van beroep.

In zeer vele gevallen wordt dus, al blijkt dat dan ook niet uit de stukken, door emittenten een geheel andere en veel belangrijker rol gespeeld dan die van een eenvoudig adres, domicilie van inschrijving, en ik meen zelfs, dat wij beter doen met deze laatste figuur naar het rijk der theorie te verwijzen, wanneer het er op aankomt de zaak uit legislatief oogpunt te beschouwen.

De emittent dan garandeert de inschrijving en neemt het restant, of neemt de geheele leening en organiseert zelf de inschrijving. De eerste is de meest voorkomende figuur in Engeland (underwriting) en naar ik meen ook hier te lande bij het financieeren van handelsondernemingen, de tweede is in Frankrijk en Duitschland (Simultangründung) ook voor naamlooze vennootschappen de gewone en is algemeen gebruikelijk bij leeningen van publiekrechtelijke lichamen.

Het spreekt wel vanzelf, dat het risico, dat toch altijd voor in de notering op te nemen fondsen zich over minstens een half millioen uitstrekt, in den regel niet door de emittenten, die in het prospectus staan, alléén wordt gedragen. Dat ligt niet in den aard van het bedrijf. Het risico wordt verdeeld over een onder hunne leiding werkend en voor een bepaalden tijd aangegaan



syndicaat, waarvan echter het publiek nooit of zeer zelden iets te zien krijgt.

Zeer ten onrechte plegen sommigen van deze werkzaamheid van emittenten in afkeurenden zin te gewagen. Ontegenzeggelijk is zij vrij speculatief en wordt daarom wel eens in bankstatuten van den werkring der vennootschap uitgesloten. Doch, in het algemeen beschouwd, behoeft het publiek zich er niet over te beklagen.

Zij heeft allereerst dit vóór, dat de zaak van den credietvrager en het beloop van de daarvoor noodige bedragen benevens de zekerheid, welke aangeboden wordt, door bij uitstek deskundigen zijn beoordeeld, voordat het publiek er mede wordt gemoeid. De onderneming heeft dan reeds een tentamen bestaan.

Vervolgens ook dit: de emittent, in tegenstelling met den credietvrager, moet morgen en overmorgen wederom voor andere zaken zich tot het publiek wenden, en heeft er dus belang bij ervoor te waken, dat hij door al te avontuurlijke uitgiffen zijn prestige, zijn voornaamste kapitaal, niet verspele.

En eindelijk, hier valt het licht, waar bij rechtstreeksch beroep op het publiek de schaduw lag. Verstandige en bekwame emittenten bevorderen nevens hun eigen belang dat van de gemeenschap, door het mogelijk te maken, dat allerlei nuttige ondernemingen kunnen worden aangevat en doorgezet, welke men zou hebben laten liggen wanneer men niet de zekerheid had kunnen verkrijgen, dat het voor installatie en bedrijf benoodigd kapitaal op tijd aanwezig zou zijn.

Evenwel, hiermede is niet gezegd, dat juist hier de god van den handel zijn nevenbedrijf zou verloochenen. Integendeel, ook voor sombere overpeinzing is hier alle aanleiding.

De financier toch moet in zijn bedrijf het kapitaal doen rouleeren. Hij is koopman, niet belegger. Bij iedere emissie is het dan ook zijn groote angst, dat hij de stukken niet spoedig en voordeelig zal kunnen spuien, dat het syndicaat zal worden ontbonden, voordat het publiek alles heeft opgenomen. Van het begin tot het einde der emissie is er dus een neiging om de plaatsing zooveel als maar mogelijk is te forceeren. Totale uitverkoop: alles moet weg! Gaat de zaak financieel wat boven de krachten van het syndicaat, dan geraakt de kat in benauwdheid en doet verwonderlijke sprongen.

Om zich van het pakket te ontdoen zal de emittent in de eerste plaats de stemming onder het publiek ten gunste van de inschrijving bewerken, en wanneer deze is afgelopen en een deel van de leening nog geplaatst moet worden, zal hij moeten zorgen dat deel ter beurze tot zoo hoog mogelijken koers te loozen. Vandaar overdreven reclame: verdichtselen, en beursmanipulaties: listige kunstgrepen.

Het is waar, dat de grens van het moreel geoorloofde niet al te nauw moet worden getrokken. Heel wat van den opgewekten toon van prospectus en advertenties, van de publicaties van stroomannen, dat zij de nieuwe stukken reeds op levering boven pari ter beurze verkoopen, van de steunorders en potloodaffaires is nu eenmaal als door het gebruik geheiligd en ik twijfel er aan of velen zich daardoor laten misleiden. Het publiek, dat aan beursaffaires doet, bestaat, zooals ik reeds meer dan eens elders betoogde, volstrekt niet uit naïve stumperds en het doet doorgaans aan het lanceeren van beursgeruchten en de opvijzeling van het papier lustig mede. Men moet de taal van den effectenhoek niet al te kritisch ontleden; de emittent verwacht evenmin als de wonderdokter en de jager, dat men zijne beweringen voor onaangelengde waarheid zal slikken.

Het ligt nu niet in mijn bedoeling de kunstgrepen en verdichtselen, die tot het loozen van de stukken worden aangewend in den breedte te bespreken. Hun aantal en verscheidenheid zijn daartoe te groot en volledigheid is onbereikbaar, daar dagelijks nieuwe kunnen worden uitgedacht. Zij kunnen worden gerangschikt onder de twee hoofden, die ik reeds heb genoemd: reclame en beursmanoeuvre. Onder het eerste vindt men valscheden in prospectussen, advertenties, artikels in finantieele bladen; onder het tweede: onware geruchten, fantasie-noteringen, the rigging of the market. De vindingrijkheid op dit gebied is nog steeds vruchtbaar, als is het ook waar, dat enkele oude en sinds jaren aan het licht gebrachte kunstgrepen nog steeds het meeste succes hebben. Het publiek is in dat opzicht als een kind, dat steeds opnieuw wordt geboeid door den ouden truc van de eierkoek in den hoed.

Met deze uiteenzettingen meen ik te hebben gelegd het fundament voor verdere overwegingen omtrent de aansprakelijkheid van emittenten.

Wij verwaarloozen de vrij theoretische figuur van de loutere subscriptionsstelle en houden ons aan de voorstelling van den emittent als garant en als overnemer van de te plaatsen leeningen.

De aansprakelijkheid gaat dan drie kanten uit. Vooreerst bestaat er eene rechtsverhouding tusschen den emittent en den eigenlijken credietvrager. Vervolgens eene tusschen emittenten onderling, de syndicaatsverhouding. In de derde en voornaamste plaats vinden wij de aansprakelijkheid tegenover het publiek, de credietgevers.

Een en ander worde thans beschouwd met het oog op de bepalingen van geldend recht.

Tusschen den credietvrager en den emittent wordt de

eigenlijke credietoperatie geheel of gedeeltelijk afgesloten. Neemt de emittent het geheel voor zijn rekening, dan ontstaat er dus, al naar mate van het juridiek kleed van de handeling, een terleengeving op interessen, al dan niet door hypotheek of andere zekerheid gedekt, of een vennootschappelijke overeenkomst, oprichting van of deelneming in een vennootschap. Garandeert hij de publieke inschrijving dan geschiedt eigenlijk hetzelfde, alleen het bedrag kan door een nadere gebeurtenis beneden het maximum worden gefixeerd. Eenige moeilijkheid zou gelegen zijn in de bepaling van de juiste beteekenis van de provisie in dit geval. Zij heeft veel van een assurantiepremie; de geheele overeenkomst draagt een sterk aleatoir karakter. Het geheel is zuiver contractueel en geeft geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

De syndicaatsverhouding tusschen emittenten is die van handeling voor gemeene rekening. Zij betreft, ook waar het geldt het nemen van aandeelen in een naamlooze vennootschap, eene handelsonderneming als waarvan art. 58 K. H. gewaagt, omdat die handeling wordt verricht door „bankiers in hunne betrekking als zoodanig” overeenkomstig art. 4, 3<sup>o</sup> K. H. Zij is derhalve geheim, er wordt door credietvrager en -gever alleen met de leiders gehandeld, en het zijn uitsluitend deze personen, welke in het prospectus en de andere reclamepapieren worden genoemd. De overige syndicaatsleden kunnen dus volgens art. 58 nimmer worden aangesproken, noch door het publiek, noch door de andere partij. Alleen de leiders zijn tegenover de buitenwereld onmiddellijk verbonden, al zal natuurlijk middellijk iedere tegen hen geldend gemaakte aanspraak zich over de syndicaatsrekening ook aan alle andere leden doen gevoelen.

De wijzen van werken van een emissie-syndicaat kunnen sterk verschillen en daarmee kunnen ook de inwendige

rechtsverhoudingen ver uiteenloopen. Het ware te veel, wanneer een onderzoek naar alle verschillende figuren werd ondernomen. Hier is alleen de bespreking van enkele trekken, welke de meeste syndicaten gemeen hebben, op hare plaats.

Op den voorgrond staat, dat de leiding ook het feitelijk bezit van de stukken in zich houdt. Hoewel de syndicaatsleden ieder een bepaald gedeelte van pakket voor hun rekening hebben, blijven de stukken bij den leider. De reden is duidelijk: het syndicaat kan slechts slagen, wanneer streng aan één verkoopkoers wordt vastgehouden en iedere mogelijkheid van onderkruiping wordt uitgesloten. Anders zou het syndicaat als een rij dominostukken neerslaan.

Tusschen de syndicaatsleden onderling bestaat geen band, zij ontmoeten elkaar in den leider, die met elk hunner de zaken afwikkelt. Het is zelfs niet noodig, dat de leden elkander kennen. Wanneer aan een onderlingen band behoefte ontstaat, ziet men dat de syndicaatsfiguur wordt verlaten voor den een of anderen vorm van vennootschap. Voorbeelden daarvan vindt men in de Engelsche Incorporated Syndicates, in de Fransche Société Centrale des Banques de Province.

Bij de afrekening zal de leider geen anderen koers aan het syndicaat mogen berekenen dan hij zelf heeft besteed, tenzij hij het syndicaat heeft gevormd, nadat hij zelfstandig de oorspronkelijke credietoperatie had verricht. In dat geval kan hij aan de leden andere koersen aanbieden.

Is op den datum, waarop het syndicaat eindigt, de geheele emissie bij het publiek ondergebracht, dan heeft er slechts afrekening in geld plaats. Is dat niet het geval, dan krijgt ieder der leden ook een aantal stukken thuis. Hierbij zijn verschillende regelingen denkbaar. Het is mogelijk, dat de ongeplaatste stukken worden verdeeld

in evenredigheid met ieders aandeel in het syndicaat. Het komt ook voor, dat reeds bij den aanvang het geheele pakket in gedachten is verdeeld, en van ieders deel zijn afgenomen de door hem zelf gedurende het bestaan van het syndicaat bij zijne clientèle geplaatste stukken.

Na de ontbinding van het syndicaat is ieder vrij om met de stukken zoo te handelen als hij goedvindt. Die ontbinding verraadt zich dan ook doorgaans onmiddellijk in het koersverloop. Een voor leeken onverklaarbare baisse treedt in.

Ofschoon met deze verhoudingen doorgaans aanzienlijke belangen gemoeid worden, zou men bedrogen uitkomen, wanneer men verwachtte, dat de betrekkingen altijd nauwkeurig in schriftelijke overeenkomsten geformuleerd worden gevonden. Er wordt op dit gebied veel per correspondentie en dan nog in de oogen van juristen vrij onvolledig afgedaan. Dat er niet meer processen over syndicaatsaangelegenheden worden gevoerd is dan ook alleen te verklaren hieruit dat de weezin om deze affaires aan de groote klok te hangen tot minnelijke oplossing voert.

Ik zal bij dit alles niet langer stilstaan en liever overgaan tot de derde verhouding van den emittent n.l. jegens het publiek, den afnemer der stukken.

Uit hetgeen werd medegedeeld omtrent het feitelijk verloop van eene emissie volgt, dat emittenten ook met het publiek contractueel verbonden kunnen zijn. Immers indien de geheele leening is overgenomen en de publieke inschrijving alleen den emittent aangaat, wordt door het publiek niet met den credietvrager een geldleening gesloten of een vennootschap aangegaan, doch worden van den emittent aandelen of obligaties gekocht. Hetzelfde

doet zich voor bij garantie van de inschrijving ten aanzien van de stukken, die de emittent voor zijn rekening kreeg. Hij werd daardoor aandeel- of obligatiehouder; bij het publiek, aan hetwelk hij de stukken weer overdoet, komen ze door koop en verkoop in de tweede hand. Anders is het met de aan inschrijvers toegewezen aandeelen of obligaties. Ten opzichte van dezen bestaat geen rechtstreeksche contractueele band tusschen inschrijvers en garanten.

Nu zou men wellicht aanvechting gevoelen om „Heureka” te gaan roepen. Want hier schijnt ons een stevig punt van houvast te worden geboden. Immers in de meeste gevallen: een eenvoudige contractueele band van koop en verkoop, welke al dadelijk iedere verbintenis uit de wet uitsluit en waarvan de bijzonderheden met zorg in het Burgerlijk Wetboek zijn geregeld. Is er dus bedrog geweest, dan wordt geageerd tot vernietiging der overeenkomst, is geen bedrog te bewijzen dan zal nog in vele gevallen de vrijwaring wegens verborgen gebreken zijn in te roepen. En met die laatste gedachte kan men er zich over heen zetten, dat de Nederlandsche wet door de beperkte redactie van hare bepalingen een actie uit dwaling metterdaad uitsluit. Zeker, dit alles is theoretisch zeer goed te verdedigen en heeft ook verdedigers gevonden.

Het komt mij echter voor, dat in de practijk dergelijke vorderingen geen kans aan slagen zullen hebben.

Voor beiden moet men beginnen met het bestaan van den contractueelen band te bewijzen. De emittent wijst dien af; hij kent den eischer niet. Hij heeft zich volstrekt niet voor principaal uitgegeven, doch heeft zich slechts geadverteerd als iemand, die gemachtigd is inschrijvingen te ontvangen en bij wien prospectussen en billetten verkrijgbaar zijn. Was hij in werkelijkheid iets anders en iets meer, het is naar buiten niet gebleken, het is het

geheim tusschen hem en den credietvrager. Den eischer zal zelfs zijn eigen inschrijfbillet voor den neus worden gehouden ten blijke, dat hij met den emittent niet heeft gehandeld. En dit bezwaar blijft hetzelfde, wanneer de stukken ter beurze door emittenten zijn verkocht. Immers degeen, die verlokt werd tot het koopen van aandeelen of obligaties, ging niet zelf ter beurze, maar moest zich bedienen van een commissionair in effecten en heeft reeds daardoor, ook al werd direkt gekocht, tegen den emittent geen rechtsvordering. Trouwens de commissionair behoeft zijn verkooper niet op te geven en de usance brengt mede dat hij dit zelfs niet mag doen.

En dan nog — bedrog is een zeer technisch begrip, zooal niet scherp dan toch nauw omljnd in ons art. 1364 B. W., eene bepaling, die jaloers pleegt te worden uitgelegd. Het bedrog als naar de wet: de door een der partijen gebezigde kunstgrepen, welke van dien aard zijn, dat de andere partij klaarblijkelijk zonder die kunstgrepen de verbintenis niet zou hebben aangegaan, moet ook, zooals de wet nog eens inscherpt, worden bewezen, wordt niet verondersteld. En juist deze bewijsaangelegenheid kleurt onder het harde licht, dat in de rechtszaal valt, zoo geheel anders dan onder het schijnsel van de studeerlamp.

De gedaagde kan hier zoo rustig den aanval afwachten. Hij is immers doorgaans verstandelijk, geldelijk en maatschappelijk de meerdere van zijn belagers, hij kan den uitnemendsten rechtsgeleerden bijstand koopen en de geheele strijd moet worden geleverd op het terrein van zijn eigen beroep, waar hij in alle onderdeelen doorkneed is en waar hij moet worden opgezocht door menschen, die daarvan weinig of geen begrip hebben. Financiers, die elkaar te lijf gaan, ziet men niet veel. „Corsaires à corsaires, l'un l'autre s'attaquant, ne font pas leurs



affaires". Tegenover den deskundige staat de leek en de uitslag van de worsteling zal niet twijfelachtig zijn.

Voor de theoretische actie wegens verborgen gebreken is ter beurze geen plaats. Ik geloof, dat men als vaststaande beursusance moet aannemen, dat effecten zonder eenige garantie van intrinsieke waarde worden verhandeld. Slechts bij uitzondering geeft art. 14 van het Reglement gelegenheid tot vernietiging van den koop, wanneer het gekochte stuk niet gelijk is aan andere van dezelfde soort. Dit nu is volstrekt niet het geval bij verkoop van ongedekte obligaties of verwaterde aandeelen. Het is één pot nat. Bij obligaties is bovendien door het gemeen recht de actie doorgaans reeds uitgesloten op grond van art. 1571 B. W., krachtens welke bepaling de verkoper de soliditeit van den debiteur niet behoeft te waarborgen.

Op grond van deze bezwaren, waaraan de aandachtige lezer nog een aantal zou kunnen toevoegen, zal een actie uit overeenkomst in den regel moeten worden afgeraden.

Doch al bestonden deze bezwaren niet, en al ware het procederen een gemakkelijk en dankbaar werk, dan nog zou men bij lange na niet alle personen, die door emittenten zijn benadeeld, met de acties uit overeenkomst kunnen helpen.

Men bedenke toch, dat de reclame en de beursmanoeuvres niet zijn besteed uitsluitend aan inschrijvers en koopers bij emittenten, maar ook aan directe inschrijvers bij gegarandeerde uitgiften en aan de verdere koopers der fondsen ter beurze. Dit gevolg van hunne handelingen wordt zelfs door emittenten gewild, omdat zij beoogen den afzet der stukken door de eerste koopers te vergemakkelijken en daardoor een bona-fide markt in het fonds te vormen. Dit kan aan de verdere loozing van hun voorraad slechts ten goede komen. Die derden staan

evenwel geheel buiten contractueele banden met emittenten, en daar alleen bedrog van partij aanleiding geeft tot vernietiging van koop, kunnen zij ook op grond van de overeenkomst met hun vóórman geen redres krijgen, wanneer deze — zooals in den regel — te goeder trouw was.

Conclusie: de emittent zal van acties uit overeenkomst weinig last hebben. Voor zoover hij ze niet met gronden van niet-ontvankelijkheid kan afweren, zullen zij vanzelf vastloopen in onoverkomelijke bewijsmoeielijkheden.

Nu rijst de vraag of dan geen verbintenis uit de wet, buiten overeenkomst, bestaat. Een vraag, welke, theoretisch gesproken, alleen van belang kan zijn voor hen, die, zooals wij zagen, met emittenten niet contractueel zijn verbonden, omdat van de anderen de jurisprudentie nevens hun overeenkomst geen wettelijken band erkent. In de practijk evenwel is de vraag voor de laatsten van evenveel belang, omdat de verbintenis uit overeenkomst toch latent blijft.

De teleurgestelde obligatie- of aandeelhouder zal kunnen ageeren uit onrechtmatige daad, wanneer hij kan bewijzen dat de door hem geleden schade is veroorzaakt door den emittent, terwijl deze zich schuldig maakte aan een der misdrijven van artt. 326, 334 en 335 van het Wetboek van Strafrecht. Waarom zijne actie aldus beperkt is, heeft men reeds tot vervelens toe gehoord, wanneer de beteekenis van het woord „onrechtmatig”, zooals het in art. 1401 B. W. voorkomt, werd besproken.

Het komt er dus op aan te bewijzen, dat de emittent schade toebreacht, doordat hij:

met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordeelen, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, den houder tot het koopen of nemen van het stuk heeft bewogen;

of, met hetzelfde oogmerk, door het verspreiden van een leugenachtig bericht, den prijs van de fondsen heeft doen stijgen of dalen;

of, zich belastende met of zijne medewerking verleende tot het plaatsen van schuldbrieven van eenigen staat, eenige provincie, gemeente of openbare instelling, of van aandeelen in of schuldbrieven van eenige vereeniging, stichting of vennootschap, het publiek heeft trachten te bewegen tot inschrijving of deelneming door het opzettelijk verzwijgen of verminken van ware of voorspiegelen van valsche feiten of omstandigheden.

Deze artikelen zijn niet ruim gesteld en mogen niet anders dan strikt worden geïnterpreteerd. Op zich zelf is dat zeker niet verkeerd. Voor de civiele vordering heeft dit echter het onaangename gevolg, dat buiten de enkele in de strafartikelen genoemde trucs, een geheel arbeidsveld voor den geslepen beursman vrij blijft, waarop hij zich zonder eenige beduchtheid voor schadeplichtigheid kan bewegen. Een voorbeeld. Het verspreiden van logenachtige berichten is een onrechtmatige daad. Nu is de interpretatie deze, dat het verspreiden altijd uit meer dan één handeling bestaat. De mededeeling aan één persoon, ook al is zij gedaan opdat deze ze zou overbrengen, is geen verspreiding. Maar ter beurze geschiedt het lanceeren van geruchten en het bewerken van de markt in den regel juist door vage mededeelingen aan één persoon. Het nieuws verspreidt zich dan van zelf wel verder.

Het allergrootste bezwaar is echter ook hier weer de moeilijkheid van het bewijs. Daarvan geldt alles wat in verband met de vordering uit overeenkomst werd medegedeeld. Men zal nog bijzonder hebben te letten op het bewijs van het in deze artikelen gevorderde opzet. Ook dit is niet gemakkelijk, zij het dan ook, dat van deze moeilijkheid wel wat al te veel ophef wordt gemaakt.

Staat toch eenmaal vast, dat de emittent zekere handelingen heeft verricht, die tot een bepaald gevolg leidden, dan is de vraag omtrent het opzet in de practijk gemakkelijker dan zij in de theorie wel schijnt. Het al of niet vaststaan van opzet is eigenlijk een zaak van gevoel. Van een zoo intern feit zal men nooit rechtstreeksch bewijs kunnen eischen, doch dan is het bewijs ook altijd te leveren. Dat de jurisprudentie hier het onmogelijke zou vergen, kan men met een beroep alleen op de enkele uitspraken in civilibus gegeven, moeielijk volhouden tegenover het getuigenis van de massa strafvonnissen van iederen dag.

Het veld van onderzoek omtrent de acties uit onrechtmatige daad is overigens zoo platgetreden, dat ik het bij deze enkele opmerkingen kan laten en besluiten met de conclusie, die wel nergens verzet zal vinden: dat naar geldend recht de procedeerende emittent zich vrij zal kunnen maken van iedere aansprakelijkheid tegenover het publiek, hetzij uit overeenkomst, hetzij uit de wet worde geageerd.

Hiermede kan ik van het geldend recht afscheid nemen en den blik wenden naar een nieuwe regeling van de rechtspositie van den emittent. Als uitgangspunt is aangewezen het onlangs ingediend ontwerp van wet op de naamlooze vennootschappen, waarin enkele artikelen aan dit onderwerp zijn gewijd.

Voordat ik het systeem van die artikelen nader bezie, zou ik enkele opmerkingen omtrent de redactie willen maken. Opmerkingen, waaraan men, zoo ze juist zijn, bij aanvaarding van het systeem met enkele wijzigingen van den text wel tegemoet zou kunnen komen.

Ik laat dáár de fout dat hier alleen van emissie van papier eener naamlooze vennootschap sprake is. Deze

fout is een gevolg van de verkeerde methode om bij een urgent wetsvoorstel een partieele regeling van een verwant onderwerp in één moeite mede af te doen. Ik sprak daarvan reeds. Nu men daartoe eenmaal overging, was het onmogelijk in deze artikelen een ruimere regeling van de emissie voor te stellen. Trouwens indien die regeling overigens goed ware, had men ze slechts uit het verband van het wetsontwerp te lichten en algemeen te maken om niet zonder tevredenheid op het geleverd werk te kunnen terugzien.

Het wetsontwerp dan beschermt uitsluitend hen, die aandeelen, schuldbrieven of certificaten eener naamlooze vennootschap *nemen*. Dit kan alleen slaan op de eerste inschrijvers of oprichters, maar niet op hen die de stukken van derden koopen. Reeds dadelijk vallen dus buiten de regeling de emittenten, welke de uitgifte geheel of gedeeltelijk hebben overgenomen, voor het geheel of voor dat gedeelte. Niet gewaagd is dus de voorspelling, dat zoodra het ontwerp wet geworden is, alle syndicaten deze figuur zullen aanwenden, zelf de stukken zullen *nemen*, daarmede zich zullen zetten op de plaats van door de wet beschermden en alle acties tot schadevergoeding of herstel voor den neus van het publiek zullen wegkapen. Toegegeven moet worden, dat zij daarmede hun stelling bloot geven aan hen, die als eerste inschrijvers een actie wegens bedrog zouden willen instellen.

Deze technische fout is te onbegrijpelijker nu men aan het Departement nog had liggen het ontwerp CORT VAN DER LINDEN, dat ten deele beoogde dezelfde ommissie in art. 335 S. R. te herstellen.

Vervolgens: de aandacht van den ontwerper werd geheel in beslag genomen door het prospectus in den technischen zin des woords. Wij zagen echter reeds, dat men met het prospectus slechts uitspeelt één van de

vele, telkens weer met nieuwe aanwinsten vermeerderde, trucs welke de loozing van het papier moeten bevorderen. Alle andere publiciteit, de geheele afdeeling van beursmanipulaties is over het hoofd gezien.

Nog geringer wordt de beteekenis van de artikelen, wanneer men bemerkt, dat ze alleen gelden voor prospectussen van binnenlandsche maatschappijen en enkele daarmee gelijkgestelde buitenlandsche. Art. 38 toch veronderstelt, dat de acte van oprichting in de *Staatscourant* is opgenomen, waarbij alleen aan binnenlandsche vennootschappen kan zijn gedacht. Nu bedenke men, in de eerste plaats, dat tegenover „binnenland” juridisch niet alleen staat het „buitenland”, maar ook het koloniaal gebied, Nederlandsch-Indië. Alle bestaande en toekomstige Indische ondernemingen vallen er dus buiten. In de tweede plaats, men lette op den overvloed van te Amsterdam geïntroduceerde emissien van zuiver buitenlandsche naamlooze vennootschappen, waarvan het gehalte aan ernstige bedenking onderhevig was en die slechts met kunst- en vliegwerk aan den man konden worden gebracht. Zou het te verwonderen zijn, wanneer onder een nieuwe regeling, zooals het ontwerp die voorstelt, de financieele wereld nog meer dan reeds heden geschiedt, haar aandacht zou gaan schenken aan buitenlandsche papieren en hare bemiddeling zou weigeren aan binnenlandsche industrie en handel?

Zooals ik reeds zeide: men mag terecht de opmerking maken, dat aan deze bezwaren door eenige veranderingen en bijvoegingen in het Ontwerp nog wel tegemoet te komen zou zijn.

Iets anders is het echter met het eigenlijke systeem van het Ontwerp, dat uitgaat van het beginsel eener felle repressie. Men kan het als volgt weergeven:

Indien in het prospectus, of eenig ander stuk waarop

op eenige wijze in het prospectus beroep wordt gedaan, valsche feiten of omstandigheden zijn vermeld of ware feiten of omstandigheden zijn verzwegen of verminkt, zoodat daardoor bij het publiek redelijkerwijze een onjuiste indruk omtrent de zaak moest worden opgewekt, kan degen, die na het verschijnen van het prospectus een of meer aandeelen of schuldbrieven der naamlooze vennootschap, of certificaten daarvan, genomen heeft, van de emittenten, die in het prospectus genoemd zijn, hoofdelijk, hetzij volledige schadevergoeding vorderen, hetzij zonder eenig bewijs van geleden schade, tegen teruggave of overdracht van zijne aandeelen, schuldbrieven of certificaten, na het verschijnen van het prospectus genomen, het bedrag vorderen, waarvoor die waarden bij het prospectus zijn aangeboden of zooveel minder als hij er voor heeft betaald. De in de tweede plaats genoemde vordering zal slechts dan worden toegewezen, indien de rechter oordeelt, dat de eischer, ware hij met de juiste feiten of omstandigheden bekend geweest, de aandeelen, schuldbrieven of certificaten niet voor het daarvoor besteed bedrag zoude genomen hebben. De emittent is van iedere verantwoordelijkheid ontheven, wanneer hij bewijst, dat hij bij het verschijnen van het prospectus deugdelijke gronden had om den inhoud van het stuk voor waar te houden, of wel dat zijn naam of firma in het prospectus ten onrechte is gebezigd, of althans niet in de vermelde hoedanigheid had gebezigd mogen worden, en dat hij zoo spoedig mogelijk, na van het prospectus kennis bekomen te hebben, van het onrechtmatige dier vermelding openlijk kennis heeft gegeven.

Toegegeven kan worden, dat dit stelsel, de aansprakelijkheid vastknoopende aan objectief vast te stellen feiten en op de moeilijke punten den bewijslast omkeerende,

voor een groot deel de bezwaren opruimt die het geldend recht den eischer in den weg stelt. Doch deze deugd is tevens zijn ondeugd. Geplaatst voor de vraag een wetgeving op emissies, zij het dan ook alleen van naamlooze vennootschappen, saam te stellen, dient men naar mijne meening, zich allereerst los te maken van de gedachte aan het oude recht en zijne gebreken, en afgescheiden daarvan zijne beginselen te kiezen.

Men moet daartoe beginnen met te vragen welk belang moet beschermd worden, althans, zoo er meerdere zijn, welk belang het voornaamste is. Deze vraag nu is blijkbaar niet gesteld. Men ging er van uit, dat men eenvoudig de obstakels had weg te nemen, welke personen, die op hun beleggingen verloren hadden, plachtten te vinden op den weg naar schadevergoeding. Ik erken dit belang, al was ik nooit onmiddellijk bereid om gaaf te antwoorden op de vraag: Waarom toch moet de wetgever uitzonderingsbepalingen maken ten behoeve van de eene partij bij de negotie in effecten, waarbij de andere partij, de verkoper, zeker niet gedrukt gaat van scrupules, maar ook de koper er dikwijls slechts op bedacht is om het gekochte weer zoo spoedig mogelijk aan een ander met winst over te doen en daarbij met graagte gebruik maakt van de aanprijzingen, welke hij wel heeft vernomen, maar waarschijnlijk niet geloofd?

Maar er is een ander belang. Wanneer emissieschandalen menigvuldig worden zal men bij de groote en kleine beleggers van overgespaard kapitaal zien wortelen een wantrouwen tegen alle nieuwe en omvangrijke ondernemingen, welke slechts met bankiershulp kunnen worden tot stand gebracht. Een wantrouwen, dat zou leiden tot onthouding van kapitaal aan de productie, en waardoor ons land zou achterblijven in den wedstrijd der volkeren. Wat vroeger geschieden kon onder willekeur



van de overheid of militair geweld, zou thans kunnen plaats hebben bij ongebreidelde misbruiken van een machtige financieele wereld, namelijk, dat aan steriele oppotting en demoraliseerend dobbelspel den voorkeur zou worden gegeven boven productieve belegging.

Wil men nu wetten maken, dan overwege men in de eerste plaats hoe dit belang moet worden gediend, en niet hoe men den particulier weer zal toestoppen het oortje, dat hij op de beurs heeft versnoept. Dit kan later geschieden, wanneer de hoofdzaak is geregeld.

Nu is, mijns inziens, het eigenlijke belang waarom het moet gaan, met een stelsel als het in het ontwerp gebodene niet voldoende gediend. Het noodige vertrouwen wordt niet geschonken met een gemakkelijke procedure tot schadevergoeding. Wanneer men zich er van rekenschap geeft, waarom men met groote kalmte plaats neemt in een spoorwegrijtuig, dan zal men dit zeker niet in de eerste plaats gegrond achten op de overweging, dat art. 1 van de Spoorwegwet de bewijslast bij de vordering tot schadevergoeding ten gunste van den passagier heeft omgekeerd. Zoo zal het publiek ook wel denken over het systeem van het ontwerp.

Men zij overigens indachtig, dat de voorgestelde repressie in vele gevallen uitblijven moet.

Met de landswet zal men al zeer bezwaarlijk schadevergoeding kunnen krijgen van buitenlandsche emissiehuizen. Het zal niet moeielijk zijn allerlei constructies uit te denken, waardoor men aan de repressie gemakkelijk kan ontsnappen. Ik wees zoo terloops reeds op enkele groote mazen in het ontwerp, aan welker vervolmaking nu tientallen van jaren hard is gewerkt, indien men althans mag afgaan op de opeenvolgende begrootingsreden. Een zoo dreigende wetgeving werkt zeer gunstig

op den groei van stroomannen. En bovendien, wordt de machine in werking gezet, wat alleen bij zeer flagrante gevallen van zwendel zal gelukken, dan zal zij doorgaans de aansprakelijke personen financieel geheel verpletteren, en daarom is het toch zeker niet te doen geweest.

Nu spreek ik maar niet eens van het heerlijke middel dat hiermede wordt gegeven aan de baisse-partij.

Ik meen, dat men van stelsel moet veranderen.

Het vraagstuk van emittenten is niet een onderdeel van dat der vennootschappen, maar van het vraagstuk van de beurs, in het bijzonder van de effectenbeurs. Daarom draaien alle bij de emissie betrokken belangen. Zonder toelating van de uit te geven fondsen in de noteering, kan de emissie niet gelukken. Liefhebbers voor fondsen, die uit zich zelf reeds incurant zijn, vindt men niet in den benoodigden grooten getale. Het is weer op de beurs, dat men door allerlei manoeuvres een markt in het fonds maakt, en daardoor de verdere plaatsing onder het publiek vergemakkelijkt. Het is ook de beursnoteering, die den aandeel- of obligatiehouder zijn voor- of nadeel toont, en het is aan die noteering, dat men ook onder een eenvoudig repressief stelsel van individueele schadevergoeding de berekening daarvan heeft willen verbinden. Met den toestand en den geest ter beurze hangen ten nauwste samen de mogelijkheid en de voorwaarden van nieuw crediet en hiermede juist het te beschermen hooger belang.

Practisch bezien heeft de regeling van de emissie als onderdeel van beurswetgeving reeds onmiddellijk twee bijkomende voordeelen. De regeling is veel ruimer dan die der vennootschappen en omvat al het papier waarmede het belang is gemoeid. Doch zij is ook weer zóó beperkt, dat emissies beneden het minimum, dat voor toelating

ter beurze in aanmerking komt, daarbuiten vallen. Men voorkomt dus reeds aanstonds de fout van vele moderne wetgevingen, die klein en groot over één kam scheren, en grootscheepsche regelingen geven voor kistjesmannen en vletterlieden. Wij hebben dan ook alleen te letten op de personen, die zich hebben ingelaten met emissies, welke ter beurze reeds zijn of nog zullen worden geïntroduceerd. Dit is een juist beginsel, want iedereen kan geacht worden te weten, dat gevaar dreigt bij den handel in fondsen, waarvan men geen officieele noteering heeft aangevraagd of kunnen verkrijgen. Wie daarom niet geeft, moet de gevolgen dragen van het gevaar, waarin hij zich vrijwillig heeft begeven, want niemand wordt genoodzaakt effecten te koopen.

Ik stel mij op het standpunt, dat een jurist van beroep niet geheel bevoegd is om aan te geven hoe een beurswetgeving in elkaar moet zitten en in het bijzonder hoe het vraagstuk der emissies daarbij moet zijn geregeld. De opstelling en de uitwerking der beginselen zal of moeten uitgaan van samenwerking van juristen en deskundigen uit de financieele wereld of het resultaat zijn van de botsing van eenzijdig gevormde meeningen van beide groepen.

In afwachting van het een en ander zou het echter den lezers van dit tijdschrift belang kunnen inboezemen, te vernemen, welke denkbeelden omtrent de beginselen van een beurswetgeving, speciaal met het oog op emissies, zich bij mij hebben gevormd. In die veronderstelling hoop ik binnen niet langen tijd daarvan iets ten beste te geven.

Mr. G. VAN SLOOTEN AZN.

### **Iets over onze burgerrechtelijke Kinderwetten**

(naar aanleiding van het proefschrift van Mr. N. DE BENEDICTY :  
„Ouderlijke macht en kinderbescherming“).

Men zie in de volgende bladzijden niet eene aankondiging, in den bepaalden zin des woords, van het belangrijk en verdienstelijk proefschrift, door Mr. DE BENEDICTY den 9 Maart l.l. aan de Amsterdamsche Universiteit verdedigd. Waar natuurlijk in die bladzijden gelegenheid zal zijn om op den hoofdinhoud van het werk de aandacht te vestigen, is toch mijne bedoeling vóór alles om een woord te wijden aan het beginsel en de werking der „civiele” Kinderwetten, en de vraag te beantwoorden, of de door schrijver daarop uitgeoefende critiek als juist moet worden aangemerkt. Hoe heeft de wetgever zijne taak vervuld, toen hij zijne krachten wijdde aan het moeilijk, omvangrijk, diep ingrijpend probleem van de kinderbescherming in verband met de ouderlijke macht? Moet de door hem in het leven geroepen regeling *theoretisch* als deugdelijk worden beschouwd? Wat heeft omtrent de toepassing dier regeling de *practijk* geleerd? Inderdaad interessante vragen, tot welker beantwoording het proefschrift eene te waardeeren bijdrage levert. Ook zij, die op die vragen een ander antwoord geven als de jonge doctor, zullen gaarne erkennen, dat zijn werk getuigt niet alleen van ijver en studie maar ook van een juist inzicht en in het gewicht en in de moeilijkheden van het door hem gekozen onderwerp, en dat het is eene eerlijke poging om het debat en credit van onze burgerrechtelijke Kinderwetten op te maken.

Ik meende deze opmerking te moeten laten voorafgaan, omdat zij het karakter van de volgende bespreking bepaalt. In verband hiermede zal bij die bespreking het derde hoofdstuk (handelende over ons stellig recht vóór de Kinderwetten blz. 47—62) met stilzwijgen worden voorbijgegaan, en wordt niet stilgestaan bij vorm en indeeling van het proefschrift maar volstaan met de opmerking, dat de systematiek hier en daar te wenschen overlaat, dat de betrekkelijke veelheid van citaten aan de lectuur van het werk iets onrustigs en vermoeiends geeft, en dat de vraag naar het karakter van de ouderlijke macht (recht of plicht) eene meer uitvoerige bespreking had verdiend. Mede in verband hiermede bied ik weerstand aan de verleiding om met den schrijver van gedachten te wisselen over enkele quaesties, buiten het terrein der „civiele” Kinderwetten vallende. Ik noem b.v. de quaestie van de *lijfstraf* als strafmiddel. Deze heeft zijne sympathie als eene geschikte reactie niet alleen tegen de baldadigheid der jeugd, maar ook tegen tyrannieke en barbaarsche ouders (blz. 131). Die sympathie deel ik niet. Om de bekende argumenten blijf ik nog steeds de lijfstraf als politiemaatregel of strafmiddel tegen *jeugdige* delinquenten afkeuren; langs andere wegen moet tegen de baldadigheid der jeugd krachtiger dan tot nu toe worden opgetreden (1). En wat de *ouders*

(1) Ik wijs op het in een onzer Weekbladen onlangs ontwikkeld denkbeeld om in de groote steden eene bijzondere *Kinderspolitie* in het leven te roepen, eene op zichzelf staande en uitsluitend onder de kinderen werkende organisatie. Tegen de baldadige of misdadige jeugd zou eene dergelijke organisatie — lettende op de kinderen, samenwerking zoekende met de ouders, met verstand optredende tegen houders van pandjeshuizen bij wie de jeugdige dieven het gestolene te gelde maken, enz. — veel kunnen uitwerken, al zou zij uit den aard der zaak alleen voor de grootere steden kunnen worden ingevoerd.

aangaat, n.l. de ontaarde en verdorvenen, kan ik mij evengoed voorstellen, dat er oogenblikken zijn waarop men iets voelt voor eene „Prügelstrafe” tegenover dezulken, als dat men op theoretische gronden toch ten slotte weigert om aan die straf eene plaats te gunnen in de „crimineele politiek”.

Wij komen nu tot ons eigenlijke onderwerp en gaan achtereenvolgens een blik werpen op de Hoofdstukken I (Historisch overzicht, bl. 1—25), II (Critisch onderzoek, blz. 26—46), IV (de Kinderwetten, blz. 63—80), V (jurisprudentie in binnen- en buitenland, blz. 81—118) en VI (jus constituendum (blz. 119—132).

Er zijn twee uitersten — zoo vangt schrijver zijn eerste Hoofdstuk aan —, twee opvattingen „die om beurt het beginsel der verschillende rechtssystemen, het uitgangspunt der meest gezaghebbende schrijvers vormen”. De ééne beschouwt elk individu slechts als een deel van een grooter geheel, als volkomen gebonden aan een bepaalde groep, de familie; de andere beschouwt elk individu als een geheel onafhankelijk, zelfstandig persoon, die zich geheel vrij mag ontwikkelen, als een „nieuw” mensch.

Intusschen is 't er verre van af, dat er in den ontwikkelingsgang door den loop der tijden heen ééne rechte lijn zou zijn waar te nemen, gaande van de eerste naar de tweede opvatting. Reeds in overoude tijden vinden wij voorstanders van het *individualisme*, en tot op den huidigen dag overtuigde aanhangers van het *familiebegrip*.

In dit opzicht is er in dien terugblik iets troosteloos. Twijfel en aarzeling is de eenige les, die schrijver uit zijn historisch overzicht putten kan. Hier een ARISTOTELES, die de heerschappij van den vader over zijne kinderen als de heerschappij van een koning over zijne onderdanen

rechtvaardigt; daar een PLATO, die — de uitgebreide macht van den huisvader veroordeelende — eene maatschappij teekent, waarin de kinderen niet aan den vader alleen maar aan *allen* toebehooren. Hier een BODIN, die — omstreeks 1600 — niet aarzelt om den vader weêr het recht over leven en dood van zijne kinderen toe te kennen; daar — in dienzelfden tijd — een CHARRON, die wêl het ouderlijk gezag hoog houdt maar toch den Staat wil doen ingrijpen, wanneer de ouders in hun plicht om voor hunne kinderen uitmuntend te zorgen te kort schieten. Hier een MONTESQUIEU, die van een eigendomsrecht der ouders op hunne kinderen spreekt en niet gelooft aan misbruik van het vaderlijk gezag; daar een ROUSSEAU, voor wien de ouders zoo weinig beantwoorden aan de hooge eischen welke aan de opvoeders moeten worden gesteld. En eindelijk — om te komen tot de negentiende eeuw — *hier* een CHRESTIEN DE POLY, die een betoog van bijkans duizend bladzijden (!) er voor over had om te trachten aan het vaderlijk gezag zijn oud aanzien terug te geven; *hier*, tot op den huidigen dag, een vasthouden aan het ouderlijk gezag, als eene macht, aan de ouders van Hoogerhand geschonken, een recht, dat zij tegenover ieder, ook tegenover de overheid, hebben te verdedigen; *dáár* een STEINTHAL, die het zoo scherp mogelijk formuleert „die Kinder gehören nicht den Eltern sondern der Gesellschaft“.

Het tweede Hoofdstuk — een critisch onderzoek — tracht nu eene appreciatie te geven van de beide boven aangeduide opvattingen. Aan den éénen kant zien wij daarin al datgene ontwikkeld wat de strekking heeft om de familie-idee te rechtvaardigen: het ouderlijk gezag is een onmisbare factor voor het rustig voortbestaan van den Staat; door zich te onderwerpen aan dat gezag leert het kind zich te buigen voor den wil van anderen en

leert het begrijpen, dat hij verplichtingen heeft aan anderen, en dat *eigenbelang* nooit de richtsnoer zijner daden moet zijn; de ouderlijke macht bewaart de bestaande zeden en moraal; door het ouderlijk gezag wordt het verkeerde geweerd, het goede behouden, het betere voorbereid. Aan den anderen kant zien wij deze gedachte uitgewerkt, dat, waar het ouderlijk gezag den ouders de toekomst van het menschelijk geslacht in handen geeft, aan de ouders bij de uitoefening van dat gezag geen volkomen vrijheid kan worden gelaten, en dat, waar in de *Kinderverwaarloozing* een zeer groot gevaar is gelegen, maatregelen daartegen moeten worden genomen en zoonoodig in het ouderlijk gezag moet worden ingegrepen.

De wetgever — ziehier de conclusie op blz. 46 — heeft nu de *beide* gedachten (ouderlijk gezag slechts voor hen, die het uitoefenen; ouderlijk gezag uitsluitend ten bate van het kind) tot elkander te brengen, heeft te verzoenen wat steeds een punt van oneenigheid is geweest.

Is de strijd *thans* uitgestreden? Het vierde Hoofdstuk — handelende over de *Kinderwetten* — is bestemd om op deze vraag het antwoord te geven, en wel in ontkenningen zin. Zoo men aanvankelijk mocht meenen, dat thans — na de onder de oude wetgeving bestaande onzekerheid — de wetgever zich duidelijk heeft uitgesproken en het beginsel onzer wet geene moeilijkheid meer geeft, . . . . de werkelijkheid is anders. Altijd en altijd wêer vinden wij de oude strijdvraag terug. Ernstige critiek is op onze Kinderwetten uitgeoefend, eene critiek, welke *niet alleen* hare oorzaak vond in de opgedane ervaring, dat er ouders zijn, die gaarne zien, dat de Staat voor hunne kinderen zorgt, en met graagte de aandacht op hun slecht gedrag doen vestigen teneinde



„ontzetting” uit de ouderlijke macht te verkrijgen en zodoende van de zorg voor hun kind bevrijd te worden, maar *ook* voortspoot uit de overweging, dat de wet zeer harde gevolgen na zich kan slepen, waar zij er toe leidt, dat aan niet onwaardige maar enkel ongelukkige en beklagenswaardige ouders het ouderlijk gezag wordt ontnomen. Daarnaast staat dan bovendien de vrees, dat de kinderen, die aan de ouderlijke zorg worden onttrokken om elders te worden opgevoed en aldaar een goed en zorgeloos bestaan te hebben, opgroeien zonder gevoel van plichtbesef en verantwoordelijkheid. Ziehier de voornaamste bezwaren tegen de Kinderwetten, aan welker goede zijde de schrijver overigens alle recht doet wedervaren. De waardeering van die bezwaren — aldus besluit hij dit hoofdstuk — hangt daarvan af, wáarop men den nadruk wil leggen: op de handhaving van het huisgezin of op het volle recht der persoonlijkheid.

Altijd weér de oude strijdvraag! Dit leert ons ook het vijfde Hoofdstuk, hetwelk aan de jurisprudentie is gewijd.

Bij drie belangrijke interpretatievragen bepaalt schrijver onze aandacht.

De *eerste* vraag betreft de *onthefving* van de ouderlijke macht. Zij is deze, of alleen in die gevallen de ontheffing achterwege blijft, waarin een uitdrukkelijk verzet daartegen vóór den rechter wordt gedaan, dan wel reeds telkens wanneer den rechter blijkt, dat de persoon, wiens ontheffing gevraagd wordt, deze niet wil. De laatste opvatting werd gehuldigd door de Rotterdamsche Rechtbank, die eene gevraagde ontheffing weigerde, omdat aan de Rechtbank gebleken was (*niet* uit eene uitdrukkelijke verklaring van de betrokken moeder ter terechtzitting, maar van *elders*) dat de moeder zich tegen de ontheffing verzette. Ten aanzien van de ontheffing van een *krank-*

*zinnige* werd door eene andere Rechtbank beslist, dat deze niet kon worden uitgesproken, daar de wet die het middel van verzet geeft, geacht moet worden hem, die wegens zijn geestestoestand niet in staat is daarvan gebruik te maken, niet te hebben willen treffen met ontheffing; terwijl daarentegen het Hof van oordeel was, dat, waar de wet geene beperking op den algemeenen regel maakt voor het geval de onmacht of ongeschiktheid is een gevolg van krankzinnigheid, en waar de wet niet eischt eene positieve verklaring van berusting in de verzochte ontheffing, deze moet worden uitgesproken.

De *tweede* vraag (waarbij nog veel sterker de beide bedoelde principes met elkander in botsing komen) is deze, of de *verwaarloozing*, welke tot *ontzetting* kan leiden, „objectief” dan wel „subjectief” moet zijn, m. a. w. of reeds het enkele feit der verwaarloozing voldoende is, dan wel bepaaldelijk schuld bij de ouders wordt vereischt. Ook ten aanzien van dit punt ziet men groot verschil van opvatting in de jurisprudentie. *Hier* wordt elk schuldelement geheel of nagenoeg geheel buiten rekening gelaten, en de volle nadruk gelegd op het belang der kinderen; *daar* stelt men zich vooral op het standpunt der ouders, om dan te beslissen, of hun gedrag den maatregel van ontzetting rechtvaardigt. Zeer sterk komt dit verschil in standpunt uit, wanneer de ontzetting van een niet toerekenbare wordt gevraagd. Aan den éénen kant de meening, dat de ontzetting niet is een strafmaatregel maar enkel een maatregel in het belang van den betrokken minderjarige, zoodat voor de vraag van verwaarloozing de „mogelijke grondslag van lichamelijken of geestestoestand, welke tot die verwaarloozing leidde, buiten aanmerking blijft”. Aan den anderen kant de uitspraak ten aanzien van eene moeder „dat vooral onder het licht van hare opkomende krankzinnigheid hier geen

zoodanig moedwillig, plichtverzuim en onwaardigheid aanwezig is om hare ontzetting uit de ouderlijke macht te wettigen”.

En niet anders ten aanzien van deze strijdvraag is 't in Frankrijk en Duitschland, waarheen schrijver ons vervolgens medeneemt. Ook in Frankrijk wordt ten haren aanzien de rechterlijke uitspraak beheerscht door de opvatting omtrent de *ouderlijke macht*, welke de rechter huldigt; ook daar vermag de objectieve theorie veel en leidt zij er b.v. toe om aan krankzinnige ouders hun gezag te ontnemen. In Duitschland is insgelijks eene sterke neiging tot het aanvaarden der objectieve theorie waar te nemen; steeds verder gaat de jurisprudentie: reeds de *mogelijkheid* van eene verwaarloozing in *objectieven* zin geeft den rechter aanleiding om in het ouderlijk gezag in te grijpen.

De *derde* en *laatste* strijdvraag betreft die gevallen, waarin de wet zwijgt, waarin dus van geene ontzetting of ontheffing de rede is. Mag in die gevallen toch op eenigerlei wijze in het ouderlijk gezag worden ingegrepen, krachtens het beginsel, dat de wet, die het *meerdere* toestaat (de vernietiging van het ouderlijk gezag), het *mindere* veroorlooft? Of moet in die gevallen het ouderlijk gezag als onaantastbaar worden beschouwd? Vooral omtrent Frankrijk deelt schrijver ons interessante bijzonderheden mede, om ons te toonen, hoe de rechter telkens ingrijpt om — met handhaving van het ouderlijk gezag — toch daarop inbreuk te maken en in het huisgezin een woord mede te spreken, feitelijk dus daardoor eene „*déchéance partielle*” uitsprekende. Voor ons land deelt hij eenige rechterlijke uitspraken mede, o. a. eene beslissing van den Hoogen Raad, waarbij de leer wordt gehuldigd, dat geene wetsbepaling den rechter de bevoegdheid geeft om buiten de in de wet zelve gegeven voorschriften regelen te geven omtrent de uitoefening van

de voorgedij (in een geval, waarin de kinderen aan de moeder waren toegewezen na echtscheiding).

De conclusie, waartoe schrijver komt in dit Hoofdstuk — waarbij wij wegens het belang van het daarin verhandelde voor de toepassing der Kinderwetten iets langer stilstonden — is deze, dat de jurisprudentie wordt beheerscht door de vraag, wat het beginsel is van het ouderlijk gezag: „zooveel doenlijk handhaven van het recht der ouders òf het begunstigen van het recht der persoonlijkheid”.

Het slothoofdstuk is gewijd aan het jus constituendum.

Waar schrijver op den voorgrond stelt, dat eene verzoening tusschen de twee ideeën, de twee richtingen, welke wij overal ontmoetten, niet is uitgesloten, eene verzoening, waarbij het denkbeeld van kinderbescherming volkomen wordt verwezenlijkt zonder dat van het ouderlijk gezag zóózeer het aanzien wordt ontnomen hetwelk daaraan toekomt —, daar toetst hij vervolgens aan dit ideaal onze bestaande Kinderwetgeving. „Waarom mogen de Kinderwetten, wier invoering toch zoo noodig was, zich niet in aller waardeering verheugen; waarom is bij hare toepassing zoo groote onzekerheid ontstaan?” (blz. 120). Het antwoord op deze vraag vindt hij in het feit, dat de wetgever de *tweezijdigheid* van het op te lossen probleem voorbijzag, en, het verschijnsel der kinderverwaarloozing aantreffende, alleen lette op het verwaarloosde kind en *niet* op de *verwaarloozende ouders*. Het verschijnsel is dus door den wetgever niet in zijn ware gedaante, in zijn vollen omvang onder de oogen gezien. *Hinc lacrimae!*

Is nu deze critiek als juist en billijk te beschouwen? Naar mijne stellige meening niet. Slechts dan zou den wetgever het verwijt van eenzijdigheid kunnen treffen, wanneer hij, weinig voelende voor het ouderlijk gezag maar begrijpende dat met dat gezag niet eenvoudig

tabula rasa kan worden gemaakt, ruwweg en zonder eerbiediging van het historisch geworden in het ouderlijk gezag had ingegrepen. Het tegendeel is intusschen waar. De wetgever heeft de ouderlijke macht als instelling ten volle geëerbiedigd, heeft rekening gehouden met de belangrijke plaats, welke zij in de maatschappij inneemt en welke aan haar ook in de toekomst moet worden toegekend. Maar dáár, waar de uitoefening van die ouderlijke macht niet beantwoordt aan hetgeen redelijkerwijze daarvan mag worden verwacht, waar òf dat gezag wordt uitgeoefend zóó dat het strekt niet tot zegen maar ten verderve van het kind òf een niet-uitoefenen van dat gezag de belangen van het kind ernstig schaadt en diens toekomst in gevaar brengt, heeft hij — wetgever — de mogelijkheid geopend, dat aan dat gezag een einde worde gemaakt. Allermint is dan ook waar, hetgeen schrijver op blz. 120 zegt, dat de wetgever zich uitsluitend door de individueele idee liet leiden! Of bij de *toepassing* der Kinderwetten die idee te veel op den voorgrond is getreden, is *hier* de vraag niet; wij komen daar straks nog op terug. *Hier* is 't enkel te doen om de vraag of de *wetgever* zich uitsluitend door die idee liet leiden, dan wel heeft trachten te *verzoenen* de beide opvattingen, beginselen, levensbeschouwingen, aan welker uiteenzetting ons proefschrift is gewijd. En deze vraag is m. i. niet anders dan in laatstbedoelden zin te beantwoorden.

In onmiddellijk verband hiermede worde gewezen op wat schrijver, na zijn bovenvermeld oordeel, als opbouwende critiek ten beste geeft. Opbouwende critiek is voorzeker ook hier te prijzen, en alles, wat schrijver aan het staatsgezag aanbeveelt in de richting van het tegengaan van exploitatie van jeugdige krachten, uitbreiding van de taak der school, verzekering tegen werkeloosheid enz., in één woord in de richting van beschaving en ver-

edeling in den ruimsten zin des woords en uitroeiing van „ouderlijke onmacht, onkunde, onverschilligheid”, verdient instemming en steun. Maar men vergete niet, dat die beschaving en veredeling niet dan geleidelijk kunnen worden verkregen, en dat den wetgever, die — in afwachting daarvan — minder krachtig, minder ingrijpend was opgetreden dan de Kinderwetgever heeft gedaan, het verwijt had moeten treffen van de groote beteekenis van het kwaad, hetwelk hij geroepen was te bestrijden, geheel te hebben miskend.

Wat nu de *toepassing* der Kinderwetten aangaat, 't valt niet te ontkennen, dat deze ten aanzien van cardinale punten tot onzekerheid heeft geleid, dat bij die toepassing enkele bezwaren tegen, juister nog gezegd: enkele niet gewenschte gevolgen van de door den wetgever in het leven geroepen regeling zijn aan het licht gekomen, en dat in verband hiermede van eene zekere reactie zou kunnen worden gesproken. Dit alles is volkomen waar, en Mr. BENEDITTY deed een goed werk met hierop de volle aandacht te vestigen. Intusschen, men make daarvan den wetgever, die deze zoo uiterst moeilijke materie had te regelen, geen verwijt. Wat het hoofdbezwaar aangaat, de klacht dat de mogelijkheid van de *ontzetting* een motief is voor vele ouders om hunne kinderen te verwaarloozen, — het door schrijver op blz. 68 vermeld oordeel der voogdijraden, toch waarlijk bevoegd om in deze te oordeelen, staaft de gegrondheid dier klacht in hare algemeenheid niet (1). Geheel wegcijferen kan men

(1) «Door de groote meerderheid der voogdijraden werd op grond van hunne ervaring ten sterkste ontkend, dat ouders of voogden opzettelijk een slecht levensgedrag zouden gaan leiden om zodoende van de ouderlijke macht of van de voogdij ontzet en aldus van de zorg voor hun kinderen ontslagen te worden . . . Slechts vijf van de 27 voogdijraden hadden kennis gemaakt met één geval, één voogdij-

mijns inziens het bezwaar niet; er blijft m. i. altijd een zeker gevaar bestaan, dat het verantwoordelijkheidsgevoel der ouders wordt verminderd. Daartegenover staat echter, dat Regeering en Staten-Generaal gebleken zijn dit gevaar te erkennen, zoodat mag worden verwacht, dat de wetgever — wanneer het kwaad blijkt van eenigszins aanmerkelijken omvang te zijn — inderdaad zal optreden.

Ik meen in dit opzicht te mogen herinneren aan de algemeene beraadslagingen, den 12 Maart 1909 in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het wetsontwerp tot herziening der burgerrechtelijke Kinderwetten gehouden, met name aan de redevoering van den Minister van Justitie Mr. NELISSEN (1). Door dien bewindsman werden toen enkele middelen tot bestrijding van het bedoelde kwaad genoemd, van welke middelen mij de *verplichte dwangarbeid* der ouders (om bij te dragen in het onderhoud van hun kinderen) veel meer zou toelachen dan verscherping of uitbreiding van strafbepalingen. Als middel tegen het bedoelde kwaad verdient die arbeidsdwang m. i. de bijzondere aandacht, en zou hij de goede werking der Kinderwetten kunnen bevorderen en hare zedelijke beteekenis verhoogen.

Een tweede hoofdpunt, met het vorige in nauw verband staande, betreft de vrees, dat bij de kinderen, die aan het ouderlijk gezag zijn onttrokken en *elders* worden verpleegd, zorgeloosheid worde aangekweekt, zoodat zij, later de wereld ingaande zonder voldoende plichtsbesef,

---

raad met vier, een andere met vijf, en één, te 's-Gravenhage, met acht gevallen, waarop bedoelde klacht betrekking zou kunnen hebben.» — Interessant is een lijst, door den heer VAN VUUREN overgelegd in de vergadering der Tweede Kamer van 12 Maart 1909 (Handelingen, blz. 1792), behelzende «eenige sprekende gevallen van opzettelijke verwaarloozing door ouders van minderjarige kinderen».

(1) Handelingen, blz. 1798.

missende de moreele eigenschappen welke de strijd om het bestaan vordert, niet bij machte zullen blijken om dien strijd met goed gevolg te strijden. Men voelt, dat dit inderdaad een cardinaal punt is. Maar men voelt tevens, dat dit niet is het terrein van den *wetgever*; dat deze dit heeft moeten overlaten aan hen, die zich wijden aan de opvoeding van de bedoelde kinderen, en aan hen die geroepen zijn over die opvoeding toezicht uit te oefenen. Slechts dan staat de *wetgever* in deze schuldig, wanneer hij door onvoldoende voorschriften 't in de hand werkt, dat meer dan strikt noodzakelijk de kinderen aan de ouders worden ontnomen en dus de opvoeding door *vreemden* in de plaats komt van de in het algemeen *verkiezelijke* opvoeding door de *ouders*.

Is nu de wetgever in dit opzicht schuldig? Dit brengt ons tot de moeilijkste vraag: die der *ontzetting* en *ontheffing*. Wat Mr. BENEDICTY mededeelt omtrent de sterk uiteenloopende jurisprudentie, vormt m. i. het interessantste deel van zijn geschrift en is de overdenking alleszins waard. Men kan zich van deze quaestie niet afmaken met de op zich zelf juiste overweging, dat verschil van wetsuitlegging — vooral bij *deze* materie, waar het subjectief inzicht van den rechter noodwendig op den voorgrond treedt — onvermijdelijk is. Neen! men moet 't met zichzelf *hierover* eens trachten te worden, of in eenigszins belangrijke mate *ontzetting* van de ouderlijke macht door den rechter wordt uitgesproken daar, waar slechts eene *ontheffing* op hare plaats was geweest, en *ontheffing* wordt uitgesproken daar, waar de ouderlijke macht beter ware gehandhaafd.

Gaan wij daartoe de door schrijver medegedeelde jurisprudentie na, dan zijn er voorzeker gevallen van ontzetting aan te wijzen, waarin deze mijns inziens niet voldoende was gerechtvaardigd, gevallen waarin aan de zijde der



ouders geene *onwaardigheid* aanwezig was maar alleen *onmacht* om de ouderlijke macht in het belang der kinderen uit te oefenen, waar dus geene *schande* de ouders mocht treffen. In zulke gevallen is eene ontzetting niet op hare plaats. De wordingsgeschiedenis der Kinderwetten maakt elken twijfel omtrent de bedoeling van den wetgever dienaangaande onmogelijk (1). Juist wegens haar ignominieus karakter mag de ontzetting nimmer als middel worden gebezigd om de ouderlijke macht te ontnemen aan die ouders, die buiten hunne schuld onmachtig zijn, zelfs niet, wanneer zij zich tegen de *ontheffing* verzetten en dus *ontzetting* het eenige middel zou zijn om aan de ouderlijke macht een eind te maken (2).

---

(1) In de Memorie van Toelichting op het *tweede* wetsontwerp (CORT VAN DER LINDEN) lezen wij: «Doch overigens verschillen zij — ontz. en onth. — ten eenenmale van karakter. De ontzetting berust op het bewezen feit van moedwillig plichtverzuim of onwaardigheid, de ontheffing op het voor den rechter juist gebleken eigen oordeel der ouders dat het belang van hun kind medebrengt dat een ander zich met de taak der opvoeding belast» en iets verder ten aanzien van de ontheffing: «Waar de omstandigheden, waaronder de ouders verplicht zijn te leven, ten verderve strekken van hun kind, waar de moreele of physische eigenschappen van den natuurlijke verzorger hem geheel ongeschikt maken voor zijn taak, waar de nooddrift een blijvend karakter aanneemt van volslagen hulpeloosheid, daar houdt ook de natuurlijke verplichting op. *Ultra posse nemo obligatur*» (Uitgave tweede ontwerp, Gebr. BELINFANTE, 1898, blz. 61 en 62).

(2) *Dàn* zou nog verkieselijk zijn om in de wet de *ontheffing* ook toe te laten *tegen den wil der ouders*, hetgeen mij echter overigens niet zou toelachen. In dien zin vinden wij in de *bijlage* van de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp der novelle van 1909, behelzende het oordeel der voogdijraden over de praktijk der Kinderwetten: «Meermalen reeds is gebleken, dat ontzetting van den vader weinig gunstige resultaten opleverde, wanneer de moeder

Toch zou 't naar mijne meening voorbarig zijn om op grond van de bedoelde gevallen te besluiten, dat in het algemeen de rechter niet voldoende rekening houdt met de aan de wettelijke bepalingen omtrent ontzetting en ontheffing ten grondslag liggende beginselen.

Twee opmerkingen veroorloof ik mij in dat verband nog te maken.

In de eerste plaats deze. Blijkens het voorafgaande meen ik voor de ontzetting bepaaldelijk *schuld* aan de zijde van de ouders te moeten eischen, en sta ik dus op subjectief standpunt. Over de vraag echter, of in een bepaald geval met het oog op de ten processe gebleken feiten, voldoende schuld moet worden aangenomen en dus van subjectief standpunt ontzetting gerechtvaardigd is, kan verschillend worden gedacht. Ik wijs b.v. op hetgeen Mr. BENEDICTY op blz. 99 mededeelt uit de overweging, voorkomende in een Fransch arrest. „Attendu que ce père, qui, dans l'impossibilité ou il se trouve par sa faute de pourvoir aux besoins matériels et moraux de ses enfants, refuse sans motifs plausibles de les tirer de la vie de misère et de privations où ils sont et veut les maintenir dans un état où leur santé physique et morale doit nécessairement être atteinte, *les traite mal.*” Schrijver meent, dat hier alleen een objectieve maatstaf is aangenomen, terwijl mijns inziens hier wel degelijk op grond der gebleken feiten *schuld* bij den vader wordt geconstateerd. — Voor de Nederlandsche jurisprudentie verwijs ik naar de volgende overweging uit een arrest van het Amsterdamsche Hof (blz. 87): „dat echter, waar tevens vaststaat, dat de vader dier kinderen met zijn

---

weigerde hare ontheffing te verzoeken. Daarom werd van meer zijden aangedrongen op de mogelijkheid ontheffing te doen plaats hebben ook tegen den wensch van den te ontheffen ouder» (Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1907—1908, n<sup>o</sup>. 280, 4).

gezin samenwoonde, herhaaldelijk van die feiten is getuige geweest en een goed loon verdiende, zoodat verwaarloozing dier kinderen niet behoefde plaats te vinden, dien vader met alle recht kan worden verweten, dat hij niet de noodige maatregelen heeft genomen om aan die bedroevende feiten een eind te maken, dan wel, indien dat niet mogelijk bleek, de kinderen aan den rampzaligen invloed der moeder te onttrekken". Hoewel m. i. de *schuld* van den vader hier niet zóó luide spreekt als in het voorgaande (Fransche) geval, zou ik toch van oordeel zijn, dat — waar hier een bepaald schuldverband is geconstateerd en dus is aangenomen, dat de vader heeft nagelaten wat hij niet alleen had *behooren* maar ook had *kunnen* doen — de subjectieve theorie is gehuldigd, en zou ik dus niet onderschrijven schrijver's oordeel, dat het Hof „meer op objectief standpunt" staat.

In de tweede en laatste plaats eene opmerking nog over de *onthefing*. Mij trof vooral het door schrijver op blz. 74 en 75 medegedeelde geval van eene moeder, wier echtgenoot in een krankzinnigengesticht werd verpleegd, en die, zelve fysiek en psychisch zeer achteruitgegaan, zonder geldmiddelen met zeven kinderen achterbleef. „Moest deze diep beklagenswaardige vrouw" — vraagt schrijver — „nu nog door een *capitis diminutio* (onthefing) worden getroffen?" En hij knoopt daaraan de opmerking vast, dat die maatregelen steeds als iets schandelijks zullen gevoeld worden. Waar echter, zooals hierboven werd betoogd, de onthefing geen *schandelijk* karakter draagt, mag een dergelijke overweging geen gewicht in de schaal leggen. Medelijden met de beklagenswaardige vrouw mag niet wegnemen het besef, dat de onthefing hier inderdaad de eenige uitweg was, en dat de wetgeving, die deze mogelijk maakt, ook in dit opzicht dient te worden geprezen.

Met de volgende conclusie meen ik te mogen besluiten:

- 1°. De wetgever, het probleem van de kinderverwaarlooing willende oplossen, heeft *niet* de tweezijdigheid van het probleem voorbijgezien, heeft zich *niet* uitsluitend door de individueele idee laten leiden; juist met het oog op het in evenwicht houden van de balans (het niet doen doorslaan naar ééne der beide zijden) kan men spreken van het goede beginsel, dat aan de Kinderwetten van 1901 ten grondslag ligt (1).
- 2°. Het verschil van uitlegging en toepassing der Kinderwetten, dat in de practijk gebleken is te bestaan, mag niet aan den wetgever worden geweten, en is niet van dien aard, dat *hierin* een bezwaar tegen die wetten zou kunnen worden gevonden.
- 3°. Bij de toepassing der Kinderwetten is gebleken van schaduwzijden en bezwaren. Dit was intusschen met het oog op de behandelde materie onvermijdelijk. Bovendien staat daartegenover zooveel goeds, dat zonderernstig voorbehoud van eene zegenrijke werking dier wetten kan worden gesproken. Verwacht mag worden, dat de wetgever — evenals in 1909 — het zijne zal doen om aan gebleken bezwaren tegemoet te komen en de werking der beginselen van de Kinderwetten zoo noodig krachtiger te verzekeren.

S. J. M. VAN GEUNS.

Den Haag, November 1910.

---

(1) Mr. LOEFF in de Tweede-Kamerzitting van 16 Maart 1909, Handelingen, blz. 1818.

*Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, door  
Prof. Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht.  
Eerste deel. Algemeene leerstukken. Tweede  
druk, Groningen, P. NOORDHOFF 1910.

De eerste druk van bovengenoemd werk verscheen in 1904. De geachte schrijver sprak in zijn voorwoord de hoop uit, dat het voor de studenten eene bruikbare handleiding zou zijn, die hun zonder overlading geeft, wat zij voor hunne studie behoeven, en dat het ook voor hen, die in de practijk van het strafrecht werkzaam zijn, een niet onnutte gids zou kunnen wezen. Nog geen zes jaren later, dat is betrekkelijk spoedig, bereikte hem het verzoek van den uitgever om tot de bewerking van een tweeden druk over te gaan. Daaruit is door hem afgeleid, dat zijn boek niet geheel ongeschikt is gebleken voor het doel waarvoor het bestemd is. Dat is ongetwijfeld met bescheidenheid door hem gezegd. Zoowel Mr. A. A. DE PINTO, zijn beoordeelaar in het *Weekblad van het Recht* n<sup>o</sup>. 8095, als Mr. T. J. NOYON, zijn beoordeelaar in het *Rechtsgeleerd Magazijn* 23ste jaargang 1904, hadden van dat werk veel grootere verwachtingen. Deze zijn — wij mogen het met vrijmoedigheid erkennen — ten volle verwezenlijkt. Door de Redactie van *Themis* uitgenoodigd om den tweeden druk van dit werk aan te kondigen, is het mij eene aangename taak aan die vereerende uitnoodiging gehoor te geven.

Ware mijn oordeel niet gunstig geweest, ik had het werk van een der redacteuren van dit tijdschrift, tevens mijn geachte mederedacteur van het *Tijdschrift voor*

*Strafrecht* hier niet aangekondigd, daarbij gedachtig aan het bekende gezegde: *Amicus Socrates, amicus Plato, magis amica veritas.*

Gelukkig is mijn oordeel zoo gunstig, dat ik zonder aarzelen dit werk een voor de studenten in de rechtswetenschap en het rechtsgeleerd publiek hoogst nuttig werk durf noemen. Ik vereenig mij dan ook gaarne met hetgeen Mr. NOXON, bij zijne beoordeeling van den eersten druk, aldus formuleerde: „het nieuwe leerboek munt uit door eenvoud en helderheid van stijl en juiste zeggingswijze, die het ten hoogste bevattelijk maken”.

Het thans aangeboden werk is niet van karakter veranderd. Het is, wat inrichting en systeem betreft, ongewijzigd gelaten. De schrijver bepaalde zich, gelijk hij in zijn tweede voorwoord opmerkte, tot eene zooveel mogelijk zorgvuldige bijwerking, ook van rechtspraak en literatuur. Het is in omvang slechts weinig toegenomen. De eerste druk geeft aan de lezers 291, de tweede 314 bladzijden. De bijvoegingen vindt men hoofdzakelijk in nieuwe of uitgebreidere noten aan den voet eener bladzijde. Niet duidelijk is het mij, waarom in de paragraaf over de strafrechtstheorieën op blz. 12 de volgende in de vroegere uitgave voorkomende noot is verdwenen: „De verbeteringstheorie wordt op natuurwetenschappelijken grondslag verdedigd door KRAEPELIN. „Die Abschaffung des Strafmasses” en door J. VARGHA, „Die Abschaffung der Strafknechtschaft”. Wel is naar diens oordeel de straf „ein rechtliches Ausgleichungsmittel des kriminellen Willens” en staat zij in dienst der rechtsorde, maar zij kan in hoofdzaak een opvoedend karakter dragen”.

Antwoordt Mr. SIMONS wellicht op deze bemerking, dat gevoelens betreffende de afschaffing van de strafmaat eer vermelding verdienen bij de bespreking van de zogenoemde onbepaalde straffonnissen dan bij de ver-

beteringstheorieën, dan is mijn wederwoord: Er is hier toch ook sprake van eene mede op natuurwetenschappelijken grondslag gegroundveste verbeteringstheorie. Meent hij intusschen, dat KRAEPELIN en VARGHA niet als typen dier zienswijze behoeven te worden vermeld, ik kan er vrede mee hebben, maar dan had hij een ander persoon als type moeten aangeven, b.v. F. GROOS (1) die — gelijk ook Mr. G. A. VAN HAMEL heeft opgemerkt — de verbeteringstheorie van natuurwetenschappelijk standpunt verdedigde. Er is eene *moreele* verbeteringstheorie (KRAUSE, AHRENS, RÖDER) er is eene *intellectueele* of *natuurwetenschappelijke* (GROOS, KRAEPELIN), er is ook eene *juridische*, de laatste — gelijk STELTZER ontwikkelde in zijn: Kritik ueber den Eggerischen Entwurf eines peinliches Gezetsbuches für Schleswich Holstein 1812 — tot bevordering van 'smenschen zin voor recht tegenover de buitenwereld, opdat niemand de algemeene zekerheid meer hinderlijk zij.

Dat de tekst zelf opnieuw door den schrijver nauwkeurig is overwogen, blijkt op onderscheidene plaatsen, b.v. in de paragraaf over handeling en gevolg (causaliteit), waar hij op blz. 99 de tusschenmeening van TRAEGER ontwikkelt, en de paragrafen over toerekenbaarheid, waar hij o.a. op blz. 146 en 147 meer bijzonder de aandacht vestigt op de in de laatste jaren meer op den voorgrond getreden vraag omtrent de verminderde toerekenbaarheid. Zoo bespreekt hij ook op eene meer uitvoerige wijze in de paragraaf betreffende het opzet op blz. 162—164 het verschil tusschen de wils en de voorstellingstheorie en schijnt de laatste minder genegen dan in de vorige uitgave.

(1) Zie zijn: *Ideëen zur Begründung eines obersten Prinzipes für die psychologische Legalmedecin*, 1829 en zijn door VAN HAMEL (Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, blz. 40) vermelde: *Der Skepticismus in der Freiheitslehre*, 1830.

De paragrafen betreffende poging, daderschap en deelneming waren bij den eersten druk reeds uitnemend in elkander gezet. Zelfs is Mr. SIMONS reeds toen in de laatste paragraaf exceptionneel getreden in eene wederlegging van het gevoelen van Mr. NOYON over het medeplegen. Deze heeft daarop geantwoord in zijne bovengemelde beoordeeling. Deze vraag wordt door de schrijver opnieuw besproken. Ten slotte zegt hij, dat de nadere opmerkingen van Mr. NOYON (supplement van zijn werk blz. 22 en 23) hem geen aanleiding geven zijne beschouwingen over deze vraag te wijzigen. Ziet NOYON in het medeplegen een vorm van medewerking aan het delict van den dader, door den aard der handeling van de medeplichtigheid onderscheiden; SIMONS zegt, dat „medeplegen” in art. 47 Swb. op niets anders wijst dan op mededaderschap, waarbij dan van toepassing is de z. i. volkomen juiste omschrijving van NOYON zelf (1): „Twee personen, die in vereeniging een diefstal plegen, zijn elkanders mededaders; A is niet dader en B mededader of omgekeerd; ten aanzien van het gepleegde feit zijn beide daders, met betrekking tot elkander mededaders.” Erkennende, dat de behandeling van dit punt bij de samenstelling van het Wetboek wel eenige verwarring vertoont, vindt Mr. SIMONS evenmin als Mr. VAN HAMEL (2) noch in de woorden noch in de geschiedenis der Wet voldoende aanleiding om met Mr. NOYON in het mededaderschap een tusschenvorm van medewerking te zien, tusschen hulpverleening en daderschap in.

In eene noot op blz. 18 vestigt Mr. SIMONS de aandacht op de vraag, of de beginselstrijd tusschen de

(1) Zie zijn: Het Wetboek van Strafrecht verklaard I, blz. 225.

(2) Zie Inleiding, blz. 446.



klassieke en zoogenaamde nieuwe richting op strafrechterlijk gebied een compromis mogelijk laat bij de strafrechtshervorming. Terwijl VON LISZT de mogelijkheid daarvan verdedigt, wordt zoodanig compromis door BIRKMEYER met grooten nadruk afgewezen. Met Mr. H. L. A. VISSER schaart zich Mr. SIMONS aan de zijde van VON LISZT, terwijl Mr. B. GEWIN de vraag ontkennend beantwoordt (1).

Ongaarne misten wij in de paragraaf over de samenloop van strafbare feiten de vermelding van het in 1867 te Leiden door Mr. A. M. B. HANLO, thans Raadsheer in den Hoogen Raad, verdedigde academische proefschrift (2). Deze niet-vermelding verwondert mij des te meer, omdat Mr. A. A. DE PINTO, in zijne bovengenoemde beoordeeling van den eersten druk, den schrijver op het ten onrechte ontbreken daarvan opmerkzaam maakte. Mijns inziens had deze helaas! in 1907 overleden uitstekende criminalist gelijk de niet-vermelding te betreuren. Mr. HANLO toch verdedigde het hier te lande niet aangenomen en ook zeer bestreden stelsel van het Duitsche Strafwetboek ten aanzien der meerdaadsche samenloop van misdrijven. Dit in § 74 van gemeld wetboek gehuldigde stelsel der strafverscherping (eene straf voor alle feiten samen doch met verscherping van het zwaarste maximum) sluit zich meer aan bij het absorptiestelsel (poena major absorbet minorem) dan bij het cumulatiestelsel (quot delicta tot poenae). Het neemt namelijk aan, dat de lichtere straf in de zwaardere wordt opgelost doch die zwaardere als eene collectieve (Gesammtstrafe) ter zake van al de gepleegde misdrijven uitgesproken boven het maximum kan worden verhoogd binnen zekere door de wet te stellen grenzen (15 jaren tuchthuis, 10 jaren gevangenisstraf, 15 jaren

(1) Zie o. a. T. v. S. XX, 13 en 258.

(2) Over samenloop van misdrijven, volgens de hedendaagsche wetgevingen.

vestingstraf). Tegen dat in Duitschland vooral door ROTTECK, JOHN en SCHWARZE, in Nederland door HANLO verdedigde stelsel geldt dit bezwaar: het lichtere misdrijf wordt behandeld als eene verzwarende omstandigheid van de niet daarmede in verband staande zwaardere, daardoor worden misdrijven soms met zwaardere straffen gestraft dan de daartegen op zich zelf bij de wet bepaalde. HANLO daarentegen gaat uit van de bewering, dat de rechtsgrond der straf in niets anders gelegen is dan in de strafwaardigheid van den booswicht en dat deze afhangt van de zedelijke schuld, welke is uitgedrukt in het zwaarste misdrijf, vermeerderd door die andere geringere misdrijven. HANLO werd vooral bestreden door Mr. L. E. VAN PETERSOM RAMRING, in zijn in 1885 te Utrecht verdedigd, door Mr. SIMONS wel aangehaald proefschrift (1). Het in art. 57 van ons Wetboek gehuldigde stelsel van gematigde cumulatie werd zelfs in Duitschland verdedigd, o. a. door JOSEF ROSENBLATT (2). Het ligt niet in mijn voornemen de voordeelen daarvan hier te ontwikkelen. Het was alleen mijn doel de gronden te motiveeren, waarop m. i. het werk van HANLO had behooren te worden vermeld.

In de paragrafen over de straf en de straftoemeting wordt veel goeds gezegd, maar o. i. ten onrechte gezwezen over de gronden voor en tegen, m. a. w. over de voor- en nadeelen van de gevangenisstraf en de geldboete. Schrijver behandelt wel de gronden voor en tegen de hier te lande, alleen bij uitzondering in het militaire strafrecht, geldende doodstraf, waarom ook niet de gronden voor en tegen eerstgenoemde straffen die in ons gewone strafrecht de

---

(1) Bijdrage tot den leer van den samenloop van strafbare handelingen, blz. 112, vlg.

(2) Die Strafenconcurrentz. 1879.

hoofdstraffen zijn? Zoo had hij ook over de afzonderlijke opsluiting in § 275 wel iets meer mogen zeggen dan door hem geschied is. Dit wordt niet opgemerkt, omdat er aan getwijfeld wordt, of de schrijver deze materie wel voldoende overwogen heeft; het tegendeel is door zijne geschriften ruimschoots gebleken, o. a. in de Gids, enz. Recensent is hem erkentelijk voor de herhaalde vermelding van het in zijn eigen proefschrift en in latere publicaties daaromtrent voorkomende. Desniettegenstaande mocht hij deze opmerking niet terughouden.

Z. i. had het werk niet veel meer bladzijden beslaan dan drie of vier, indien de schrijver overeenkomstig dezen wensch had gehandeld.

Bij de aanhaling van het werk van HINTRAGER, Amerikanisches Gefängniss und Strafenwesen, op blz. 283, was de vermelding gewenscht geweest van het geestige opstel van zijn Nederlandschen beoordeelaar Mr. D. J. MOM VISCH in T. v. S. XIV, blz. 116 vlg. Het draagt den titel: Amerikaansche proefnemingen, met eene nabetrachting.

Ook het geschiedkundig gedeelte is met zorg bewerkt en geeft den lezer een goed en duidelijk overzicht van het oude en nieuwere strafrecht. Wat ons land betreft heb ik een enkele bedenking tegen hetgeen de schrijver op blz. 38 zegt met betrekking tot het Ontwerp van 1827. Hij deelt daar mede, dat het zich kenmerkte door nauwe aansluiting aan het Wetboek van 1809. De helaas! in 1897 overleden Utrechtsche hoogleeraar Mr. M. S. POLS zou zich zeker aan die woorden geërgerd hebben. Het Wetboek toch van LODEWIJK NAPOLEON, ook wel genoemd het Crimineel Wetboek van het Koninkrijk Holland, stond hoog bij hem aangeschreven. Mr. SIMON, zelf geeft daaraan op blz. 36 veel lof en zegt o. a. dat het strafstelsel betrekkelijk zacht was. En nu is dat zeer zeker niet het geval met het Ontwerp VAN MAANEN van 1827, dat door

den Heidelbergschen hoogleeraar MITTERMAIER (1) werd gestempeld als een *monsterkaart* van misdrijven en straffen. De geest van afschrik sprak daaruit dan ook zeer stellig en zulks op een oogenblik, dat de bezwaren tegen de onteerende en de lijfstraffen al meer en meer werden erkend en de penitentiaire denkbeelden in het buitenland meer en meer veld wonnen. Men denke aan LIVINGSTON'S Wetboek voor Louisiana (2). Het ontwerp werd ook in Nederland zoo bestreden, dat het werd ingetrokken.

Onder de in den tweeden druk door Mr. SIMONS aangebrachte verbeteringen behoort voorzeker de vermelding van het koloniale strafrecht, dat in den eersten druk gemist werd, gelijk ook door Mr. A. A. DE PINTO was opgemerkt. Het vindt thans eene plaats onder het buitenlandsche strafrecht, blz. 56 en 57.

Het geheel overziende breng ik gaarne een eeresalut aan mijn geachten ambtgenoot voor het door hem volbrachte werk. Hij ontvange, de verzekering, dat ook bij verschil van gevoelen door mij zeer wordt gewaardeerd de wijze waarop hij de meeningen zijner tegenstanders vermeldt. Mr. NOYON heeft reeds vroeger terecht opgemerkt: „Mr. SIMONS toonde door kwistige vermelding van bronnen van gelijk- en andersdenkenden dat hij zelfstandige studie hoog stelt en zijne leerlingen niet in eenig gareel wil houden of in eene bepaalde richting drijven.” Moge zijn wensch worden vervuld, dat zijn werk, ook in zijn nieuwen vorm, bij de beoefening en toepassing van het Nederlandsche strafrecht nuttig zal kunnen zijn.

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS.

's-Gravenhage, November 1910.

(1) Zie de Rechtsgeleerde Bijdragen van DEN TEX en VAN HALL III, bl. 574.

(2) Zie de brochures van Mr. W. L. F. C. VAN RAPPARD en Mr. W. B. DONKER CARTIUS VAN TIENHOVEN.

Mr. J. H. SCHOLTEN, *Een onderzoek naar de beginselen van Retributieheffing*, Arnhem, 1910.  
Mr. H. A. G. VENEMA, *Retributiën*, Den Haag, 1910.

Met een korte tusschenruimte van slechts enkele maanden werden de beide bovengenoemde proefschriften voor de faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Leidsche universiteit verdedigd. Zeker een sterk bewijs van de belangstelling welke het retributie-vraagstuk wekt. Een belangstelling, vooral niet moeilijk te verklaren bij hen, die, gelijk beide schrijvers, geen onderscheid maken tusschen heffingen voor openbare werken en inrichtingen en betalingen aan burgerrechtelijke bedrijven van publiekrechtelijke lichamen. In verband met de ontwikkeling der bedrijven van gemeenten en staat is het retributie-vraagstuk — zóó ruim opgevat — inderdaad van groot gewicht.

Hoewel de conclusies van beide schrijvers in menig opzicht overeenstemmen, is de wijze van behandeling der stof bij beiden zeer verschillend. Mr. SCHOLTEN begint met een historisch staatsrechtelijke behandeling van ons Nederlandsch positieve recht. Deze positiefrechtelijke studie voert hem tot eene veroordeeling der onderscheiding in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke retributies.

Na aldus op dit punt tot een negatieve conclusie te zijn gekomen, gaat Mr. SCHOLTEN over tot een onderzoek naar den internen aard der retributie. Dit onderzoek,

waarbij hij weder vastknoopt zoowel aan de geschiedenis der *belastingpractijk* als aan de historie der *belastingtheorie* leidt Mr. SCHOLTEN tot de slotsom, dat privaatrechtelijke overwegingen niet alleen bij de belastingen in engeren zin, maar ook bij de retributiën niet thuis behooren.

Belastingheffing is — volgens hem — een terugkeeren door den Staat op de goederenverdeeling. „Van de onderdanen wordt datgene opgevorderd, wat zij meer bezitten dan waartoe zij *tegenover den staat* gerechtigd kunnen worden geacht.” Dit geldt volgens Mr. SCHOLTEN ook voor de retributie-heffing. Hier echter komt in zoover een nieuw element in het spel, dat de staat nog een bijzondere reden heeft tot ingrijpen in de goederenverdeeling. Retributie-verheffing komt namelijk daar voor, waar de staat, hoewel optredende in het algemeen belang, toch „op geld waardeerbare voordeelen aan categoriën van personen verschaft, daardoor hunne economische positie verbetert en mitsdien — waar hij aldus de goederen- en dienstverdeeling te hunnen gunste wijzigt — daarin een grond heeft om van deze meer te vorderen dan van anderen, zoodat langs dien weg tot eene rechtvaardiger verdeeling van lasten kan gekomen worden.”

Zoo komt deze schrijver tot de vrij algemeen gehuldigde opvatting dat de retributie „een bijzondere soort van belasting” is en wel „een extra bedrag” waarvan de betaling gevorderd wordt voor een bijzonder op geld waardeerbaar voordeel dat de staat verschaft.

Als Mr. SCHOLTEN meent, dat hij op die wijze elk privaatrechtelijk element uit zijn definitie heeft gebannen, vergist hij zich, of wel, hij speelt met woorden. Terecht betoogt hij dat voor de belastingen in het algemeen de voorstelling van praestatie tegenover contra-praestatie is losgelaten. Het eigenaardige echter van de retributie

is juist — gelijk Mr. SCHOLTEN zelf goed doet uitkomen — dat hier verband is tusschen de praestatie *van* den staat en de retributie als contra-praestatie *aan* den staat. Dat nu is het privaatrechtelijk element in de retributie zonder hetwelk de retributie ophoudt retributie te zijn.

Het derde hoofdstuk over „Beginselen van retributie-heffing” sluit zich goed bij de vorige aan. Uit zijn betoog in het tweede hoofdstuk leidt Mr. SCHOLTEN af, dat het criterium voor het bedrag of het maximum der retributie-heffing niet mag worden gezocht in hetgeen de staat ten koste legt, maar in het subjectieve voordeel dat de retributiebetaler ontvangt. Dit voert hem natuurlijk tot een principieele veroordeeling van art. 254 der Gemeentewet, zooals het luidde vóór 1897. „Slechts één ding zou er ten voordeele van het (daar) neergelegde beginsel, voorzoover dat artikel de kosten als limiet stelt, aan te voeren zijn, namelijk dit, dat wanneer men eenmaal aan de gemeentebesturen het verkrijgen van zulke saldo's veroorlooft, er gevaar zou kunnen ontstaan, dat genoemde besturen meer het oog zullen hebben op de financieele zijde der zaak, dan op het hun toevertrouwde algemeene belang”. Maar — zoo zou ik willen vragen — is niet dat ééne ding gewichtig genoeg, dat de wetgever het niet als een „quantité négligeable” heeft te behandelen?

Een tweede niet minder belangrijke conclusie, die Mr. SCHOLTEN uit zijn betoog omtrent den aard der retributie trekt, is deze, dat die aard „gradatie in verband met de draagkracht medebrengt”. Het gedeelte van zijn proefschrift, waarin hij verdedigt dat ook bij de retributieheffing — voor zoover dit practisch mogelijk is — met de draagkracht der belastingplichtigen behoort te worden rekening gehouden, is wel het meest belang-

rijke daarvan, al ware het alleen omdat het de meest betwiste vraag bij de retributieheffing behandelt.

De redeneering is logisch en klemmend en ik sluit mij bij zijne conclusie gaarne aan, echter onder één voorbehoud: zijn retributie-begrip is, dunkt mij, voor de practische staatkunde te ruim en daardoor strekt zijne conclusie zich uit over een gebied, waarop zij mij niet meer houdbaar schijnt.

Alvorens ik echter mijn bezwaar tegen den omvang van Mr. SCHOLTEN's retributiebegrip met een enkel woord aangeef, moet ik eerst mededeelen, hoe Mr. VENEMA de zaak aanpakt. Mijn zooveen bedoeld bezwaar toch richt zich tegen beiden tegelijk.

Terwijl Mr. SCHOLTEN zijn retributiebegrip uit zijn staatsrechtelijk-historisch onderzoek *vindt*, construeert Mr. VENEMA zich een abstract retributiebegrip, waarmede hij zijn onderzoek begint en dat hij zijn proefschrift doet beheerschen of liever poogt te doen beheerschen. Het kan niet worden ontkend dat Mr. VENEMA bij de analyse van zijn retributiebegrip van groote scherpzinnigheid en vooral van een zeer ontwikkeld onderscheidingsvermogen blijk geeft, maar zijn methode van behandeling van het onderwerp staat toch bij die van Mr. SCHOLTEN achter. Zelfs als hij met een abstract theoretisch staathuishoudkundig onderzoek, los van elke positieve wetgeving, had willen aanvangen, had zijn retributiebegrip daarvan het resultaat en niet het uitgangspunt moeten zijn. In dit opzicht beging Mr. VENEMA een dubbele fout, want niet alleen spande hij het paard achter den wagen, maar voor abstract-theoretische bespiegelingen, los van alle practijk, leent zich de retributie bij uitstek slecht.

Het is dan ook geen wonder dat het geschrift van Mr. VENEMA, niettegenstaande zijne goede hoedanigheden



zich kenmerkt door gebrek aan eenheid, door afwezigheid van logischen bouw. Het rammelt.

Ook Mr. VENEMA stelt het begrip retributie zóó ruim, dat de betalingen voor gas, water en andere leveringen door den staat of een zijner onderdeelen daaronder vallen. Ook hij ziet voorts den grond der retributieveffing in het aan den retributie-plichtige verschafte voordeel.

Zijne beschouwingen over de hoogte der retributieveffing leidt hij in met een in menig opzicht interessant betoog over de bepaling van monopolieprijzen. De staat heeft echter nog eene andere overweging te doen gelden dan de particuliere monopolist, namelijk die der behartiging van het algemeen belang. Al naarmate de zaak waarom het gaat meer tot staatsplicht is geworden, zal daarom de retributieveffing lager moeten zijn of zelfs geheel moeten plaats maken voor kosteloze beschikbaarstelling.

Mr. VENEMA onderscheidt dan drie groepen van publieke diensten, waarbij retributieveffing voorkomt: 1°. Bedrijven en ondernemingen (naar analogie van particuliere ondernemingen werkend), 2°. Instellingen, werken en inrichtingen, 3°. Werkzaamheden en diensten. Hij erkent intusschen dat tusschen die drie groepen geen scherpe grenzen zijn te trekken. Voor de laatste twee groepen verlangt hij dat hetgeen de staat ten koste legt het maximum zal aangeven van het totaal bedrag der retributieveffing; voor de eerste groep niet.

In zijn tweede hoofdstuk geeft Mr. VENEMA eenige beschouwingen over „retributiën gelijk zij voorkomen in het belastingstelsel van eenige staten van Europa”, waarbij hij voornamelijk het Pruisische Kommunalabgabengesetz behandelt. Zijn derde en laatste hoofdstuk wijdt hij aan de retributiën van staat, provincie en

gemeente in de Nederlandsche wetgeving. In dit hoofdstuk wreekt zich reeds aanstonds zijne minder gelukkige methode. Zonderling genoeg merkt hij het feit dat het eerste en het laatste deel van zijn proefschrift elkaar niet dekken, zelf op, maar ziet hij toch niet in, dat er dus een methodologische fout in zijn werk zijn moet.

Eerst tracht hij de retributie scherp af te scheiden van andere belastingen, maar als hij aan de positieve wetgeving komt, scheert hij „*alle theorie ten spijt* de beide zaken over één kam”. En dat waarom?

Omdat hij inziet, dat niet ieder zal instemmen met zijn retributiebegrif en de regeling in de wetgeving zoodanig moet zijn, dat zij voldoet aan hen die dat begrif niet aanvaarden.

Hij wil alle retributiën, ook de betalingen voor gas, water enz. door gemeenten geleverd, wat betreft het goedkeuringsrecht der Kroon beschouwd en behandeld zien als belastingen, opdat de hoe langer hoe belangrijker wordende gemeentebedrijven niet buiten toezicht van het centraal gezag blijven.

De inbreuk op de autonomie der gemeenten die aldus gemaakt zal worden, acht hij een noodzakelijk gevolg van de ontwikkeling der gemeente-huishouding in deze richting. Art. 254 wil hij, in verband hiermede, vervangen zien door een bepaling, welke in hoofdzaak hierop neerkomt, dat ten aanzien van bedrijven de goedkeuring aan de tarieven zal worden onthouden als deze lager zijn dan tot dekking der kosten noodig is, en ten aanzien van andere gemeentelijke inrichtingen en werkzaamheden als de tarieven hooger zijn dan tot die dekking vereischt wordt.

Reeds het feit dat Mr. VENEMA, die meer dan Mr. SCHOLTEN poogt scherpe onderscheidingen te maken,

er toe komen moet voor de bedrijfsretributiën zoo sterk afwijkende regelen te verlangen van die welke hij voor de andere retributiën noodig acht, wijst er op dat er iets hapert aan de uitbreiding van het retributiebegrip tot betalingen voor leveringen of diensten gedaan of bewezen door staats- of gemeentebedrijven. Die uitbreiding heeft dan ook groote bezwaren. In de eerste plaats doet zij het spraakgebruik geweld aan. Wanneer hetzij in de litteratuur hetzij in wetgevende vergaderingen gesproken wordt van retributies, denkt men nu eenmaal niet aan de tarieven van bedrijven van openbare lichamen, tenzij men er door omstandigheden van buiten af toe gebracht wordt. En ook de gebruiker van gas, water, telefoon, tram enz., maakt een groot onderscheid tusschen hetgeen hij voor dat gebruik heeft te betalen en zijn belastingaanslag.

Men sticht dan ook niets dan verwarring door het retributiebegrip toch uit te strekken over de vergoedingen voor zulke privaatrechtelijke praestaties van gemeenten, provincie of rijk. Vat men met Mr. VENEMA dat begrip toch zoo ruim op, dat ook die vergoedingen er onder vallen, maar stelt men als het op de practische toepassing aankomt, voor deze vergoedingen toch weer afzonderlijke regelen, welk nut hebben dan de theoretische bespiegelingen over het ruime retributiebegrip?

En aanvaardt men Mr. SCHOLTEN's conclusie dat ook bij de retributies — voor zoover dat mogelijk is — heffing naar draagkracht moet worden nagestreefd, hoe zal men dan een *commercieele* exploitatie der bedrijven van staat en gemeente kunnen voeren? En dat deze *noodzakelijk* is, niet alleen in de boekhouding, maar in den geheelen opzet en in het gansche beheer van het bedrijf, wordt tegenwoordig door niemand meer ontkend.

Van welken kant men de zaak ook bekijkt, men sticht met het ruime retributiebegrif slechts moeilijkheid en verwarring en scheert zaken over één kam, die eene verschillende behandeling vragen. Dit wil intusschen niet zeggen dat Rijk of gemeente bij hun bedrijven geen afzonderlijke tarieven zouden mogen stellen voor meer en minder vermogenden. Of zij dit echter doen zullen, hangt niet af van bedrijfsoverwegingen, maar van motieven ontleend aan hun *algemeene* sociale politiek. En vandaar dat, als en voor zoover zij voor minder-vermogenden lagere tarieven stellen dan uit zuivere bedrijfsoverwegingen gewettigd zouden zijn, de daardoor in het bedrijf te lijden schade door de algemeene staats- of gemeentekas aan de speciale bedrijfskas moet worden vergoed. Alleen op die wijze is een commercieel beheer van bedrijven mogelijk, en alleen op die wijze kunnen staat en gemeenten zich rekenschap blijven geven van de resultaten welke hunne bedrijven opleveren.

Door vergoedingen voor bedrijfspraestaties van openbare lichamen als retributies te beschouwen en te behandelen, gaat men niet alleen tegen het spraakgebruik en het algemeen verspreid gevoel van den belastingbetaler in, maar leidt men staat en gemeente van den goeden weg af, hunne commercieele of industriele bedrijven naar de eischen van goed commercieel of industrieel beleid in te richten en te beheeren. Hoe meer in deze materie publiekrechtelijk fiscale overwegingen medespreken, hoe verder men van een goede, oordeelkundige inrichting en exploitatie zal afdwalen.

Men kan het intusschen aan jonge lieden die hun intrede in het practische leven nog hebben te maken, niet kwalijk nemen dat zij voor de eischen van het practische leven nog niet zooveel gevoelen als voor de conclusies waartoe hun logische redeneering hen brengt,

en men kan hen evenmin er over hard vallen dat hun logische redeneering niet steeds zoo „lückenlos" is, als zij zelven meenen.

Het vraagstuk waarover beide proefschriften handelen, is de algemeene belangstelling waard en beide geschriften nemen in de litteratuur over het onderwerp een plaats in, waarvoor deze jonge auteurs zich waarlijk niet behoeven te schamen.

M. W. F. TREUB.

„*Huur van een Bewaarkluis-loket*” door Mr.  
A. HIJMANS, aangekondigd door Mr. S. J.  
L. VAN AALTEN Jr, Advocaat en Procureur  
te Rotterdam.

Het proefschrift, waarvan de titel hierboven is vermeld, behandelt een actueel en belangwekkend onderwerp. Begrijpelijk is dat het den schrijver aantrok, en dat het feit dat in het vorige jaar door Mr. S. G. CANES een studie aan „De Loketovereenkomst” werd gewijd — in de vorige aflevering van dit tijdschrift door den vice-President van het Arnhemsche Hof, Mr. GOCKINGA, beoordeeld — hem er niet van terughield om in zijn eerste pennevrucht deze overeenkomst te behandelen. Niets toch is aantrekkelijker dan zijn krachten te beproeven aan de rechtsvragen, die een in het maatschappelijk verkeer zich meer en meer inburgerende overeenkomst, waaraan bij de totstandkoming onzer wetboeken nog niet werd gedacht, doet ontstaan; niets kan beter doen zien of de schrijver inderdaad terecht zich niet vergenoegd heeft met verdediging van stellingen ter verkrijging van den graad van doctor in de rechtswetenschap, doch er de voorkeur aan heeft gegeven daartoe een onderwerp wetenschappelijk te behandelen.

Waar ik met genoegen van dit proefschrift kennis heb genomen, behoeft men aan mijn antwoord op deze laatste vraag niet te twijfelen. Dit behoeft evenwel niet mede te brengen dat de wijze van behandeling van het onderwerp in alle opzichten mijn instemming heeft en dat ik

ten aanzien der verschillende rechtsvragen en juridische puzzles steeds tot dezelfde conclusie kom als de schrijver.

Na een korte inleiding, waarin het ontstaan der safe-deposit's wordt geschetst, wordt de stof in een twaalftal hoofdstukken behandeld; verschillende daarvan zouden m. i. gerustelijk kunnen zijn samengevoegd. De hoofdstukken II tot en met VI, elk één of twee bladzijden tellende, en behandelende: Bekwaamheid en Bevoegdheid, Toestemming, Uitlegging, Zaak van Koophandel, Roerend of Onroerend Goed, zouden zonder bezwaar tot één hoofdstuk „Algemeene Bepalingen” kunnen zijn samengevoegd, en ook hoofdstuk IX, Verandering in den rechtstoestand des huurders, zou daarin kunnen worden onder dak gebracht.

Ook een samenvoeging der hoofdstukken VII, Verplichtingen des Verhuurders, VIII, Verplichtingen des Huurders, en XI, Rechten des Verhuurders na afloop der huurovereenkomst, tot één hoofdstuk, behandelende de rechten en verplichtingen van verhuurder en huurder zou de voorkeur hebben verdiend. De schijn ware daardoor vermeden, alsof de huurder alleen verplichtingen en geen rechten, alsof de verhuurder eerst na afloop der huurovereenkomst rechten, en tevoren alleen verplichtingen zou hebben.

Indien de schrijver zijn stof in plaats van over een twaalftal over een vijftal hoofdstukken had verdeeld, n.l.: I. Rechtskarakter, II. Algemeene Bepalingen, III. Rechten en Verplichtingen van Verhuurder en Huurder, IV. Einde der Overeenkomst, V. Invloed der Overeenkomst op de rechten van derden — dit laatste in plaats van het in hoofdstuk XII behandelde Beslag op Goederen in het Loket —, dan zou de indeeling systematischer zijn geweest; en dit kon niet anders dan aan de behandeling van het onderwerp ten goede komen.

In hoofdstuk I het rechtskarakter der overeenkomst besprekende, komt schrijver tot de conclusie — trouwens reeds in den titel van zijn proefschrift uitgedrukt — dat wij bij de loket-overeenkomst met „huur” te doen hebben. Al ben ik het met deze conclusie eens; al voldoet m. i. <sup>B</sup> de loket-overeenkomst niet aan de vereischten van bewaargeving, doch wel aan die van huur; al meen ik dat de <sup>A</sup>schrijver op goede gronden de door Mr. CANES aangenomen constructie van „gebruikshuur” heeft bestreden; betwist kan niet worden, dat wij hier te doen hebben <sup>C</sup> met een zeer bijzonder soort huur, waarvoor, ook indien geen bijzondere bepalingen bij de overeenkomst gemaakt zijn, uit den aard der overeenkomst voortvloeiende, niet op andere huurovereenkomsten toepasselijke, bepalingen gelden. Schrijver toont dit onder anderen te beseffen, waar hij de verplichtingen des verhuurders bespreekt, en waar hij betoogt hoe — al worden in de overeenkomst geen bijzondere bedingen aangetroffen — men moet handelen, indien een reparatie aan de safe-inrichting noodig is. Doch hij ziet niet in dat de loket-overeenkomst daardoor meer het karakter krijgt van een „contractus innominatus”, een „contractus sui generis”, waarop zekere voor „huur” vastgestelde bepalingen toepasselijk zijn, dan van zuivere huur. Dat de schrijver er niet toe komt dit in te zien, ligt aan zijn opvatting van art. 1355 B. W. Volgens hem — en hij vindt hierdoor steun bij den President van ons hoogste rechtscollege, bij Mr. EYSELL, in zijn artikel in dit tijdschrift (Jaargang 1908, blz. 583) „Naar aanleiding van een oud arrest” — is een „rechtsconstructie, waarbij men aanneemt overeenkomsten, welke beheerscht worden door de regels, gesteld voor meerdere benoemde overeenkomsten, omdat hare bestanddeelen, afzonderlijk beschouwd, tot meerdere contractstypen blijken te behooren”, volgens ons geldend recht niet toelaatbaar,



daar zij in strijd komt met art. 1355 B. W. Al gaat schrijver niet zoo ver als Mr. CANES, die een dergelijke constructie „in juridischen zin een wangedrocht” noemt, ook volgens hem kan „zoodanige overeenkomst alleen vallen onder het eerste lid van art. 1355, hetzij dezelve onder geene bijzondere benaming bekend zijn”. Immers zij behoort niet thuis bij eene der in titel V en vlg. van het 3e boek B. W. genoemde bijzondere overeenkomsten, weshalve de voor die genoemde overeenkomsten vastgestelde regels, ingevolge het tweede lid van genoemd artikel ook niet op haar toepasselijk zijn. Zij mag dus alleen beoordeeld worden volgens de algemeene bepalingen, geldend voor alle overeenkomsten, opgenoemd in artt. 1356—1388 B. W.” Ongeoorloofd acht schrijver verder „één overeenkomst te beoordeelen naar de regels gesteld voor meerdere benoemde contracten”; dit strijdt volgens hem met art. 1355.

2/ Indien deze opvatting juist was, dan zou het met ons recht — gegeven den langzamen gang onzer wetgevende machine — slecht uitzien. Het maatschappelijk leven staat niet stil; wijziging in de economische toestanden schept nieuwe behoeften; overeenkomsten, waaraan vroeger niet werd gedacht, worden gesloten om deze behoeften te bevredigen; deze onder te brengen onder een der overeenkomsten, die in bijzonderheden in ons B. W. zijn geregeld, is niet steeds mogelijk. Aan de eene overeenkomst ontleent men deze, aan de andere gene bepaling, om daardoor het best aan het doel, waarmede men de overeenkomst sluit, te beantwoorden. Aanvankelijk regelt men de niet in de Titels V tot en met XIX van ons derde Boek B. W. behandelde overeenkomsten meer in bijzonderheden; doch wanneer deze overeenkomsten zich meer en meer in het maatschappelijk verkeer inburgeren, dan wordt langzamerhand vermelding dier bijzondere

voorwaarden overbodig geacht en wordt de vermelding van den nieuwen naam, waaronder de nieuwe overeenkomst zich burgerrecht verschaft heeft, dikwijls voldoende geacht.

✓ En zou nu art. 1355 verhinderen deze nieuwe overeenkomst „te beoordeelen naar de regels gesteld voor meerdere benoemde contracten”? Ik weiger het aan te nemen, en kan het ook niet in het artikel lezen. Alleen door gebruik te maken van het argumentum a contrario — iets wat steeds met groote voorzichtigheid moet geschieden, eene voorzichtigheid in dezen niet door schrijver in acht genomen — kan men tot zijne conclusie komen. In artikel 1355 staat niets anders dan, zooals OPZOOMER bij dit artikel zoo juist zegt „dat voor de bepaalde overeenkomsten de regels gelden voor haar vastgesteld, en voor handelszaken de regels, waaraan de wetgever de handelszaken onderwierp; dat het algemeene voor het algemeene geldt, en het bijzondere voor het bijzondere”. En uit schrijvers interpretatie blijkt hoe terecht OPZOOMER, die geen onnoodiger artikel denkbaar achtte dan art. 1355, tegen de stelling, „het onnoodige schaadt niet” opkwam.

∫ Indien een overeenkomst de kenmerken bevat van verschillende in ons B. W. in bijzonderheden geregelde overeenkomsten, dan zullen — het vloeit reeds uit art. 1375 B. W. voort — de bepalingen betreffende die verschillende overeenkomsten, welke kenmerken zij bevat, toepasselijk zijn; in geval van strijd tusschen die bepalingen zal de rechter hebben na te gaan welke bepaling naar den aard der gesloten overeenkomst de overheerschende moet zijn. Op deze wijze zal de rechter tot de rechtsontwikkeling kunnen bijdragen en tegen verstijving van het recht kunnen waken. De rechter zal, bepalingen betreffende meerdere in bijzonderheden in ons B. W. geregelde overeenkomsten op één overeenkomst toepassende, niet een met ons geldend recht strijdend beginsel

in praktijk brengen. Dit blijkt — ook Mr. GOCKINGA wees er reeds bij zijne beoordeeling der studie van Mr. CANES op — uit art. 1637c B. W., waarbij uitdrukkelijk is bepaald dat, indien een overeenkomst de kenmerken bevat van een arbeidsovereenkomst en van eenige andere soort van overeenkomst, zoowel de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst, als die betreffende de andere soort van overeenkomst, welke kenmerken zij mede bevat, van toepassing zullen zijn; en dat in geval van strijd tusschen deze bepalingen die der arbeidsovereenkomst van toepassing zijn.

Bij dit punt heb ik eenigszins uitvoerig stil gestaan, omdat, waar de loket-overeenkomst een in tal van opzichten van andere huur-overeenkomsten afwijkende overeenkomst is, schrijvers opvatting van art. 1355 tot een de loket-overeenkomst in haar gezonde ontwikkeling bedreigende jurisprudentie zou moeten leiden. In de practijk houdt schrijver — ik wees reeds hierboven op zijn betoog hoe men moet handelen, indien een reparatie der safe-inrichting noodig is — zich gelukkig niet aan zijn theorie. Ik wijs nog op de bespreking van den eisch dat de safe-inrichting niet alleen „inbraakvrij,” maar ook „diefvrij” moet zijn; waar schrijver zegt: „dat ook wanneer in enkele formulieren deze uitdrukking in 't geheel niet aangetroffen wordt, deze eigenschap toch uit den aard der zaak moet geacht worden aan de safe verbonden te zijn, omdat zij er een essentieel bestanddeel van uitmaakt.” Zou, zoo zou ik den schrijver willen vragen, „de aard der zaak ook niet kunnen medebrengen dat bepalingen, door den wetgever voor andere overeenkomsten dan huurovereenkomsten geschreven, op de loket-overeenkomst moeten worden toegepast?

Indien ik schrijver op den voet wilde volgen bij de

behandeling der vele vragen, waartoe de loket-overeenkomst aanleiding geeft, zou ik de grenzen, bij de aankondiging van een geschrift in acht te nemen, overschrijden. Slechts wensch ik nog bij een enkel punt stil te staan en om zijn practisch belang en omdat de beantwoording der daarbij rijzende vragen in belangrijke mate van de gevolgde methode van wetsinterpretatie afhankelijk is; dit punt is het door schrijver in zijn laatste hoofdstuk, behandelde „beslag op goederen in het loket.”

Schrijver, die, zooals wij gezien hebben, bij zijn uitlegging van art. 1355 B. W. geen zich aan nieuwe maatschappelijke verhoudingen aanpassende interpretatie volgde, gaat in zijn laatste hoofdstuk van een betere opvatting uit. Den rechter acht hij bevoegd al die uitspraken te doen, welke voor een goede rechtsbedeeling noodig zijn; de rechter dient de wet vrij uit te leggen en moet haar bij het ontstaan van nieuwe maatschappelijke verhoudingen aan deze aanpassen (blz. 115).

Dat men bij beslag op goederen in het loket met beslag onder den schuldenaar — den huurder van het loket — en niet met beslag onder een derde — den verhuurder van het loket — te doen heeft, wordt door schrijver terecht aangenomen.

Het is de huurder, die de goederen onder zich heeft; de mede-afsluiting door den verhuurder dient slechts, zooals het in het formulier der Wissel- en Effectenbank heet, „om bij haar een nauwkeurige contrôle mogelijk te maken”; de verhuurder krijgt daardoor de in het loket geborgen zaken niet onder zich; hij weet zelfs niet of zich iets en zoo ja, wat zich in het loket bevindt.

De oplossing, die schrijver voor de talrijke zwarigheden tracht te vinden, die de toepassing van het beslag oplevert, is niet in alle opzichten bevredigend en wordt

ook door hem zelf niet bevredigend geacht. Zijn slotsom eenerzijds, dat naar ons geldend recht het den schuldenaar niet al te moeilijk wordt gemaakt om, door het opbergen van zijn goederen in een safe-loket, die goederen aan het verhaal van zijn schuldeischers te onttrekken, zou tot het dringend noodige eener wetswijziging moeten doen concludeeren; doch waar hij er aan toevoegt dat anderzijds het veel zal afhangen van de wijze van wetsuitlegging, alsmede van de opvatting, welke de President der Rechtbank omtrent zijn bevoegdheden en de wijze, waarop hij daarvan meent te moeten gebruik maken, heeft, of die bezwaren meer of minder zullen worden gevoeld, schijnt bij den schrijver twijfel aan het urgente eener wetswijziging te bestaan. Met den schrijver ben ik van oordeel dat de bestaande wettelijke bepalingen het leggen van beslag op goederen in een loket toelaten. De wetgever heeft zich zeer zeker alleen gedacht het leggen van beslag op goederen, zich bevindende in het huis van den gearresteerde. Doch daarom heeft hij het beslag op zich elders bevindende goederen niet verboden. Omtrent het met beslag op in een loket geborgen goederen te bereiken resultaat ben ik echter zeer sceptisch gestemd.

Niet, omdat art. 444 Rv. niet toepasselijk zou zijn; integendeel ik neem met schrijver aan dat, indien de deurwaarder eenmaal „binnen” is, — ik versta echter onder „binnen” niet alleen binnen het bankgebouw, doch binnen de bewaarkluis, die van het overige deel van het bankgebouw door een deur of hek is afgesloten — hij met inachtneming der formaliteiten bij dit artikel voorgeschreven, ook tot het openbreken van het loket mag overgaan. Evenmin, omdat ik den President niet bevoegd zou achten om in kort geding doorzetting van het beslag te bevelen. Ik meen toch dat die bevoegdheid uit art. 289 Rv. kan worden afgeleid en dat art. 158 der

Grondwet, in welk artikel schrijver, voorzoover de kluis zich in een woning bevindt, een bezwaar ziet, geen bezwaar oplevert. Schrijver ziet m. i. voorbij dat den President niet gevraagd moet worden een bevel aan den verhuurder om den deurwaarder toegang tot het loket te verschaffen, maar een bevel om met het beslag voort te gaan, niet-tegenstaande de weigering van den verhuurder om de deuren van bankgebouw of van kluis te openen; de President heeft bij zijn vonnis alleen te constateeren dat het geval van art. 444 Rv. aanwezig is en te beslissen dat de opening der deuren, toegang gevende tot bankgebouw en kluis, met vervulling der formaliteiten van art. 444 Rv. in casu geoorloofd is.

Maar ik ben te dien opzichte sceptisch gestemd, omdat vermoedelijk, vóórdat men tot het beslag zal kunnen overgaan, niets meer in het loket zal geborgen zijn. Alleen bij weigering van opening van het loket zal de deurwaarder er toe kunnen overgaan zich te vervoegen bij het hoofd van het gemeentebestuur of een door dezen aangewezen commissaris van politie om in diens tegenwoordigheid het loket te openen. Om deze weigering te constateeren zal, waar de te executeeren persoon niet in het gebouw, waar het loket zich bevindt, woont, niet kunnen volstaan worden — zooals indien het beslag in het huis van den geëxecuteerde geschiedt — met bij het proces-verbaal die weigering te constateeren. De te executeeren persoon zal dus bevorens — b.v. bij het doen van herhaald bevel — moeten gesommeerd worden om op een bepaalden tijd in het bankgebouw tegenwoordig te zijn om tot de opening van het loket mede te werken. Hoe kort men dien tijd ook neme, de kans dat de te executeeren persoon zijn huurcontract beëindigt en het in het loket geborgene elders wegbergt, zal groot zijn; en te grooter, waar de verhuurder van het loket, met

het oog op de belangen van zijn bedrijf, er weinig op gesteld zal zijn in zijn kluis den deurwaarder met getuigen, vergezeld van een commissaris van politie en een smid, te zien verschijnen.

Behoeft, waar ik over de kansen van welslagen van beslag zoo weinig gunstig denk, de conclusie van schrijver dat het den schuldenaar niet al te moeilijk wordt gemaakt om, door het opbergen van zijne goederen in een safe-loket, die goederen aan het verhaal van zijn schuldeischers te onttrekken, aanvaard te worden? Geenszins, immers bij het algemeen beslag op de goederen van den schuldenaar, bij faillissement, zullen de aldaar opgeborgen goederen gemakkelijk kunnen achterhaald worden. In een faillissement, waarin ik Curator was, en waarin de sleutels van het safe-loket „niet te vinden waren” mocht ik dit kort geleden nog ervaren.

Mijn aankondiging meen ik hiermede te kunnen beëindigen; aan hem, die kennis wil nemen van de verschillende vragen, waartoe de loket-overeenkomst aanleiding geeft, kan ik de lezing van het aangekondigde proefschrift wel aanbevelen.

Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr.

Rotterdam, 15 September 1910.

## V A R I A.

### **De Statistiek van het Rijkstucht- en opvoedings- wezen over 1908.**

---

Blijkens het voorbericht is deze statistiek in hoofdzaak op den bestaanden voet ingericht, in de verwachting, dat het spoedig mogelijk zal zijn haar aan te vullen met verschillende gegevens, welke thans voorkomen in het Overzicht over de werking der Kinderwetten, door het departement van Justitie samengesteld. Op de staten zijn thans de opgaven van het totaal-generaal voor de beide, in karakter uiteenlopende groepen van gestichten, vervallen.

In de inleiding, wederom bewerkt door Mr. L. W. E. M. LASONDER wordt medegedeeld, dat gestreefd is, zoo door briefwisseling als door persoonlijk bezoek, de juistheid der opgaven nog te bevorderen, hetgeen wenschelijk was, daar uit den aard der zaak wegens de nieuwhed der materie, eenvormige beantwoording der vragen niet altijd werd verkregen.

In den loop van het verslagjaar werd de tuchtschool voor jongens te Velsen geopend, zoodat in 1908 het aantal van die inrichtingen bedroeg 4 voor jongens en één voor meisjes. Zij zijn elk geschikt tot het opnemen van 56 verpleegden, maar Velsen heeft 16 vertrekken voor afzonderlijke opsluiting, van verpleegden, tegen de andere gestichten elk slechts 8.

Van de drie opvoedingsgestichten voor jongens kunnen Avereest en Doetinchem elk 240 verpleegden bevatten en



Alkmaar 172, tien meer dan in het vorige jaar. Het opvoedingsgesticht te Montfoort biedt ruimte aan voor 84 meisjes.

Het personeel, aan de tuchtscholen verbonden, bedroeg 83. Door de indienststelling van de school te Velsen is het met 17 personen vermeerderd maar te Haren en te Zeist met één verminderd. Het personeel der opvoedingsgestichten bedroeg 141 personen.

In dit jaar, 1908, is in werking getreden het zoogenaamde distributiestelsel, waarbij iedere tuchtschool is aangewezen tot het opnemen van kinderen uit eene bepaalde streek.

Gedurende 1908 werden (Staat III) in de *tuchtscholen* *nieuw opgenomen* 427 jongens, van wie 385 schuldig verklaard en 42 krachtens bevel van den burgerlijken rechter op verzoek van ouders of voogden; en 38 meisjes, van wie 22 schuldig verklaard en 16 op verzoek van ouders of voogden.

Er bevonden zich op 31 Dec. 1908 in deze scholen 165 *jongens*, aldus verdeeld: te Ginneken 48, twee *minder* dan op 31 Dec. 1907; te Haren 30, veertien *minder*; te Nijmegen 38, acht *minder*; en te Velsen 49. In Zeist bedroeg het aantal *meisjes* 20, zijnde 3 *meer* dan een jaar te voren op bovengenoemden datum.

De scholen werden verlaten door 404 jongens en 38 meisjes.

Op 31 Dec. 1908 waren er in de *opvoedingsgestichten* 552 jongens, zijnde 9 *meer* dan in 1907 en 61 meisjes of 8 *meer* dan in het voorafgaande jaar.

*Nieuw opgenomen* werden uit de vrije maatschappij 120 jongens en 22 meisjes, en uit een particulier gesticht of gezin 25 jongens en 8 meisjes, zijnde 67 jongens *minder* dan in het voorafgaande jaar en evenveel meisjes. De nieuw opgenomen jongens worden geplaatst in Alkmaar,

waar zij ter schifting in klassen en in gestichten in observatie worden gehouden.

262 jongens en 24 meisjes verlieten de gestichten en 1 jongen overleed er. Onder hen komen voor 21 jongens en 3 meisjes als voorwaardelijk en 42 jongens en 2 meisjes als tijdelijk (wegens evacuatie enz.) ontslagen; 46 jongens en 14 meisjes overgeplaatst naar een particulier gesticht of een gezin; 9 jongens als vervroegd onvoorwaardelijk ontslagen. Een voorwaardelijk ontslagen verpleegde werd in het gesticht te Montfoort teruggebracht. Dit was het eerste geval, dat een ontslag moest worden ingetrokken. In den loop van het verslagjaar zijn de *tuchtscholen* bevolkt geweest (Staat IV) door 567 jongens en 55 meisjes en de *opvoedingsgestichten* door 688 jongens (in den staat worden verplaatsten naar eene andere school of gesticht als nieuw geplaatsten geteld) en 84 meisjes.

De *gemiddelde* bevolking en het aantal verblijfdagen was wederom grooter dan in 1907. De vermindering van het aantal bewoners der *tuchtscholen*, tengevolge van de opening der school te Velsen, bedroeg, volgens de mededeeling in de inleiding, 13 pCt., terwijl de bevolking der *opvoedingsgestichten* eene vermindering aanwijst van 2½ pCt. Van het aantal *jongens*, dat de *tuchtscholen* heeft bevolkt, behoorden er 268 tot de Nederduitsch-Hervormden, 39 tot de Gereformeerden, 238 tot de Roomsch-Katholieken en 7 tot de Israëlieten; van de *meisjes* waren er 29 Nederduitsch-Hervormden en 20 Roomsch-Katholieken.

In de *opvoedingsgestichten* voor *jongens* kwamen voor 362 Nederduitsch-Hervormden, 14 Gereformeerden, 346 Roomsch-Katholieken en 27 Israëlieten.

Evenals in de beide voorafgaande jaren kwam er noch in de tuchtschool, noch in het opvoedingsgesticht voor meisjes eene Israëliete voor.

De opgaven betreffende het school- en godsdienstonder-

wijs (Staat VI) hebben eenige verandering ondergaan. Omtrent het aantal kinderen aan wie geheel of gedeeltelijk *hoofdelijk onderwijs* werd verstrekt, werd opgegeven om welke reden zij dat onderwijs ontvingen n.l. wegens plaatsing in afzondering, wegens achterlijkheid, wegens andere redenen. Thans wordt alleen opgegeven het aantal van hen, die *uitsluitend* hoofdelijk onderwijs ontvingen. Het zijn degenen, die in afzondering geplaatst waren, waartoe behooren zij, die in de eerste klasse, de afzonderingsklasse geplaatst zijn en zij die zich in die klasse bevonden op 31 December benevens zij, die in de vierde of strafklassen waren en enkele achterlijken. Van de 568 *jongens*, die in den loop van het jaar 1908 de *opvoedingsgestichten* bewoonden, ontvingen 375 klassikaal-, 189 hoofdelijk onderwijs en 2 te Nijmegen en 2 te Velsen in het geheel geen. Van de 55 *meisjes* gedurende 1908 in Zeist aanwezig geweest, hebben er 46 klassikaal en 9 hoofdelijk onderwijs genoten.

Bij het onderwijs gedroegen zich 20 jongens slecht, maar geen van de meisjes, — wat evenzoo in het vorige jaar het geval was.

Aan 750 *jongens* van de 785 over 1908 in de *opvoedingsgestichten* aanwezig geweest werd klassikaal, aan 33 (te Alkmaar, de observatieplaats) uitsluitend hoofdelijk onderwijs en aan 2 geen onderwijs gegeven. Van de 84 *meisjes* ontvingen er 78 klassikaal-, 5 hoofdelijk en 1 geen onderwijs. Ook hier kwam onder de *meisjes* geen voor, wier gedrag bij dat onderwijs slecht was; van de *jongens* was het gedrag van 39 slecht. Van 252 *jongens* en van 4 *meisjes* was het gedrag redelijk.

Alle verpleegden ontvingen godsdienstonderwijs, behalve één te Velsen, die daar slechts één dag verbleef en 2 te Doetinchem.

In de *opvoedingsgestichten* wordt vakonderwijs gegeven

en instructieve arbeid verricht (Staat VIIa). Hieraan werd deelgenomen door 721 (83 pCt.) van de 869 aanwezig geweest zijnde, tegen 79 pCt. in het voorafgaande jaar. Dat percentage is voor Alkmaar gestegen, van 62 pCt. in het vorige jaar tot 75 pCt.; voor Doetinchem bedroeg het 99 pCt. en voor Avereest 70 pCt., het laagste percentage, omdat de 72 jongens, die geen vakonderricht ontvingen, onder den veertienjarigen leeftijd waren en nog alleen schoolonderwijs genoten.

Van de vakken wordt te Alkmaar onderricht gegeven in het kleermaken aan de verpleegden, die in afzondering zijn, uitmakende de tweede afdeeling, en in het kleerlappen en matten maken uitsluitend aan de achterlijken.

Het gedrag bij dit vakonderwijs was van 72 pCt. goed, van 21 pCt. redelijk en van 7 slecht, terwijl bij ontslag de mate van ontwikkeling daarin bij 48 pCt. goed was tegen 41 pCt. in het vorige jaar, bij 40 pCt. redelijk tegen 46 pCt., en van 12 pCt. slecht evenals in 1907.

De hier gegeven percentages loopen ten opzichte van de uitkomsten bij de gestichten zeer uiteen, gelijk in de inleiding wordt aangetoond, wat aan onderscheidene oorzaken moet worden toegeschreven. Zoo is het percentage van de resultaten van het vakonderwijs te Avereest veel gunstiger dan dat te Doetinchem, maar dat moet o. a. worden toegeschreven aan den jongeren leeftijd, waarop de knapen te Avereest komen, waardoor eene doelmatige behandeling betere uitkomsten kan geven dan het geval is met iets oudere jongens enz. Eene vergelijking van de uitkomsten van het onderwijs tusschen de verschillende gestichten mag niet tot bepaalde gevolgtrekkingen leiden en blijft dus hier achterwege.

De verpleegden in de *tuchtscholen* verrichten buiten het schoolonderwijs ook handenarbeid. Staat VIIb geeft de uren aan, die daaraan in de verschillende gestichten

gewijd worden. Uit dezen staat blijkt, dat het aantal werkuren sedert het voorafgaande jaar is toegenomen.

De opgaven omtrent het gedrag komen voor in Staat VIII. Blijkens de inleiding loopen de opvattingen omtrent den aard der straffen in de verschillende gestichten zeer uiteen en bestaat er geen eenstemmigheid omtrent de wijze waarop van die straffen wordt melding gemaakt. Zoo wordt in het eene gesticht eene straf als disciplinaire beschouwd welke in een ander gesticht als huishoudelijke wordt aangegeven. Ten opzichte van de straffen schijnt dus zeer terecht aan de directeuren der gestichten vrijheid van opvatting gelaten te worden. Eene vergelijking voor de opgelegde straffen in de verschillende gestichten enkel van cijfers zoude dus leiden tot onjuiste gevolgtrekkingen, wanneer men daarnaast niet zoude raadplegen de omvangrijke toelichting in de inleiding gegeven.

Ook in de uitvoering der straffen is verschil waar te nemen. Zoo wordt de cachotstraf, de zwaarste der op te leggen straffen, in verhouding tot de bevolking het veelvuldigst toegepast in de tuchtschool te Velsen, en in de opvoedingsgestichten te Doetinchem en te Montfoort, het minst in die te Nijmegen, te Zeist en te Avereest; maar in de drie laatstgenoemde komt, wordt cachotstraf opgelegd, het meeste voor verscherping van die straf door bijv. geen gelegenheid tot arbeid te geven of het gebruik van matras en deken te onthouden. Zoo zijn in Nijmegen de disciplinaire straffen zeer zwaar als zij worden opgelegd, wat slechts in weinige gevallen geschiedt; de huishoudelijke bestraffingen daarentegen komen daar veelvuldig voor. Deze laatste bestaan bijv. in afzondering in de chambretten, in plaatsing aan een afzonderlijk tafeltje in de verblijfzaal enz.

In de gestichten zijn èn jongens èn meisjes tusschen

zestien en achttien jaar het lastigst; zij leveren het grootste contingent van gestraften, zoowel in de tuchtscholen als in de opvoedingsgestichten.

Ook voorwaardelijk worden er straffen uitgesproken. In de *tuchtscholen* had dit dertigmaal plaats, ééns te Zeist. In den staat wordt ook opgegeven (kol. 35) in hoevele gevallen aan de opgelegde verplichtingen niet werd voldaan. Dit geschiedde slechts in 8 gevallen. Voor de *opvoedingsgestichten* waren de bovenbedoelde getallen 37, waarvan 32 in Alkmaar en 1 in Montfoort, en 22, waarvan 19 in Alkmaar.

De straf van water en brood en de cachotstraf zijn de meest voorkomende straffen. Sluiting in de boeien had in de *tuchtschool* te Ginneken 4 maal en te Nijmegen en te Velsen 1 maal plaats; in de *opvoedingsgestichten* geen enkel maal.

Een jongen tusschen 12 en 14 jaar ontsnapte tweemaal uit Ginneken, maar werd toch binnen vier en twintig uur teruggebracht, wat eveneens het geval was met 1 jongen tusschen de 16 en 18 jaar, die uit Haren en 1 jongen tusschen de 14 en 16 jaar en een andere jongen, 18 jaar oud, die uit Nijmegen waren ontvloden.

Uit de *opvoedingsgestichten* liepen weg uit Alkmaar 23 jongens, 17 tusschen 16 en 18 jaar; uit Doetinchem 29, 11 tusschen 16 en 18 jaar en 11 die 18 jaar of ouder waren en 1 meisje uit Montfoort. De weggelooopenen werden weder teruggebracht behalve 5 uit Doetinchem, die niet konden worden opgespoord.

Noch in de gestichten noch in de scholen werd een misdrijf of overtreding gepleegd.

In de *tuchtscholen* werd uitbetaald (Staat X) aan geldelijke belooning een bedrag van 895.40 gulden, waaronder 89.14 gulden te Zeist, uitmakende eene belooning voor den arbeid van twee centen per arbeidsdag. Voor de

*opvoedingsgestichten* bedroegen die sommen 5485.65<sup>5</sup> gulden, waaronder 528.15 gulden te Montfoort, en 4 centen per arbeidsdag.

Van 402 *jongens*, die in den loop van het jaar uit de *tuchtscholen* werden ontslagen om in de vrije maatschappij terug te keeren of in een gesticht of in een gezin te worden geplaatst, hadden er 262 eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden, 34 eene van 5 tot 10 gulden, 9 eene van 10 tot 25 gulden en 1 van 50 gulden of hooger; van de 36 ontslagen *meisjes* hadden er 21 eene uitgaanskas van beneden 5 gulden en 11 eene van 5 tot 10 gulden.

Van de 128 *jongens* ontslagen uit de *opvoedingsgestichten* hadden bij hun ontslag 43 eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden, 11 eene van 5 tot 10 gulden, 39 eene van 10 tot 25 gulden, 21 eene van 25 gulden tot 50 en 3 eene van 50 gulden en hooger. Van de 22 ontslagen *meisjes* hadden er 5 eene uitgaanskas van 5 gulden of minder, 3 eene van 5 tot 10 gulden, 11 eene van 10 tot 25 gulden en 2 eene van 25 tot 50 gulden.

Reisgeld of reisgelegenheid werd, volgens den staat, bij het vertrek uit de *tuchtschool* in het voorafgaande jaar slechts aan de meisjes gegeven. Dit jaar daartegen werd het slechts aan 2 meisjes en aan 393 jongens *niet* verstrekt. Aan de uit de *opvoedingsgestichten* vertrekkenden werd een en ander gegeven aan 20 meisjes en uitsluitend reisgeld aan 41 jongens.

De staat (XI) betreffende den gezondheidstoestand geeft aan, dat van de 568 jongens in de *tuchtscholen* 102 eens of meermalen onder dokters handen zijn geweest en van de 55 meisjes 46, zijnde 18 pCt. en 84 pCt.

Van de 789 *jongens* in de *opvoedingsgestichten* kwamen er 288 eens of meermalen onder handen van den geneesheer en van de 84 *meisjes* 55, zijnde 37 en 65 pCt.

Uit de tuchtschool te Ginneken werd 1 jongen naar een ziekenhuis overgebracht en 3 meisjes uit Zeist naar een krankzinnigengesticht.

Uit het opvoedingsgesticht te Alkmaar werden 7 jongens naar een ziekenhuis gebracht en 1 naar een krankzinnigengesticht en 1 jongen uit Doetinchem en 1 meisje uit Montfoort naar een ziekenhuis. Te Alkmaar overleed 1 jongen aan longtering.

De opgaven van den aard der ziekten komen voor de tuchtscholen voor op staat XII<sup>A</sup> en op staat XII<sup>B</sup> voor de opvoedingsgestichten.

Niet minder dan twaalf rubrieken van ziekten worden er op die staten gevonden, welke weder onderverdeeld zijn, terwijl de dertiende rubriek nog acht verschillende ziekten bevat. De ziekten, die het meest blijven voorkomen, zijn huidziekten en ziekten van het celweefsel en daarna die van de spijsverteringsorganen.

De meeste ziektegevallen kwamen in de *tuchtscholen* voor bij verpleegden van 18 jaar en ouder en, wat de jongens betreft, ook van onder de 12 jaar en in de *opvoedingsgestichten* bij alle verpleegden tusschen 12 en 16 jaar en bovendien bij de meisjes van 18 jaar en ouder.

---

Kan het niet in de bedoeling liggen den inhoud van de daarin voorkomende belangrijke bijdragen te dezer plaatse te bespreken, toch zij de aandacht gevestigd op den *feestbundel met rechtsgeleerde bijdragen der Eereleden van het Genootschap „Justitia et Amicitia” ter gelegenheid van zijn honderd-jarig bestaan*, uitgegeven bij den Boekhandel v. Gebr. BELINFANTE te 's-Gravenhage.

Waar van de werkzaamheden van het Genootschap naar buiten bleek door de uitgave der *Rechtsgeleerde Adviezen* die een gunstigen naam hebben verworven in de rechts-



geleerde wereld waarvan binnenkort de verschijning van den twaalfden bundel wordt tegemoet gezien en het vijftigjarig bestaan destijds schitterend gevierd werd, is het een gelukkige gedachte geweest van het Genootschap dat het het honderd-jarig bestaan niet alleen met een feestmaal maar ook door het uitgeven van een feestbundel meende te moeten vieren. Het riep daartoe de medewerking van zijn eere-leden in en de inhoud van dien bundel brengt ons van ganscher harte 't *mehercle non frustra* op de lippen.

---

Met belangstelling namen we kennis van de uitgave van de *Pandhuiswet*, wet van 8 November 1910 (*Stbl.* n° 321) met aantekeningen door Mr. J. P. H. KROON, Commies ter Gemeente-Secretarie van Amsterdam, verschenen bij den boekhandel vh. Gebr. BELINFANTE te 's-Gravenhage.

Het doel van dit werkje om naast de vermelding der wet een toelichting te geven voor degenen die met de uitvoering daarvan in welke hoedanigheid ook, in aanraking komen, achten we met het oog op de manier waarop het is ingericht, op doelmatige wijze bereikt.

Het bevat behalve een lijst der gedrukte stukken, den tekst der wet, een historische inleiding, een algemeen overzicht alsmede de verschillende artikelen, terwijl aan het slot de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek zijn toegevoegd die de wet uitdrukkelijk toepasselijk verklaart, behoudens afwijking door hare bijzondere artikelen en door een alphabetisch register de bruikbaarheid van het werk zeer verhoogd wordt.

Met het oog op de daaraan bestede zorg wenschen wij 't werk in veler handen en twijfelen er ook niet aan dat die wensch naar genoegen van bewerker en uitgever zal verwezenlijkt worden.

---

Al mocht ook, blijkens het voorwoord de verwachting bij het verschijnen van den elfden jaargang uitgesproken, dat ditmaal aan verschillende wenschen zou worden tegemoet gekomen, niet verwezenlijkt kunnen worden, zoo heeft toch door de uitgave van den twaalfden jaargang van de *Nederlandsche Staatsalmanak voor iedereen, jaargang 1911* een in menig opzicht voor velen zeer bruikbaar handboek 't licht gezien betreffende zaken en personen in betrekking tot Nederland en Koloniën, Samengesteld door den Heer H. PYTTERSEN Tz., *oud-lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* kan van de zorg, waarmede dit geschied is, o. a. blijken uit de in 't voorwoord gedane mededeeling dat inzending van noodig gebleken aanvullingen en verbeteringen zeer gewaardeerd wordt. Ook voor een netten vorm waarin het lijvige boekdeel vervat is, is door de Firma H. J. VAN DE GARDE & Co. te Zalt-Bommel zorg gedragen.

---

### **Invoering van stenographie bij de rechtspraak. (1)**

---

#### Inleiding.

Op de laatste, 16 Juli j.l., gehouden algemeene vergadering van de Nederlandsche Stenografenvereeninging „Stolze-Wery” werd met algemeene stemmen de volgende motie aangenomen:

„De Algemeene Vergadering der Nederlandsche Stenografenvereeninging „Stolze-Wery”;

(1) Met het oog op het gewicht der zaak meenen wij goed te doen de aandacht onzer lezers op den inhoud daarvan te vestigen door in zijn geheel hier het ons door het Hoofdbestuur der Nederlandsche Stenografenvereeninging, «Stolze-Wery» toegezonden exemplaar te doen afdrucken.

(RED.)

overtuigd dat de verplichte of facultatieve invoering van de stenographie bij de rechtspraak in hooge mate bevorderen kan een vlugge en rechtvaardige rechtsbedeeling en overwegende dat in dit opzicht ons land bij het buitenland zeer achterstaat,

noodigt het Hoofdbestuur uit zich tot de Regeering of tot bevoegde autoriteiten te wenden, teneinde ook in ons land invoering van de stenographie bij de rechtspraak te bevorderen."

Naar aanleiding daarvan neemt het Hoofdbestuur der genoemde vereeniging de vrijheid zich tot U te richten en U het volgende ter overweging aan te bevelen.

Wanneer hier nog eens kort zal worden uiteengezet welke voordeelen het gebruik van stenographie voor onze rechtspraak kan opleveren, dan geschiedt dit zeer zeker niet, omdat deze voordeelen niet zouden worden erkend. Integendeel, zij worden algemeen toegegeven. Wij meenen echter, dat men met deze waardeering alleen niet langer kan volstaan, maar dat thans het oogenblik is gekomen om maatregelen te nemen ten einde ook hier te lande het hulpmiddel der stenographie bij onze rechtspleging in te voeren.

Evenmin wenschen wij bij ons betoog den schijn te wekken, als zou naar onze meening die rechtspleging, waarbij hetzij ter openbare zitting hetzij bij de instructie niet van stenographie is gebruik gemaakt, noodzakelijk de waarborgen voor deugdelijkheid missen. Dit is volstrekt niet onze bedoeling. Doch wie iets tracht te bereiken, zoekt den kortsten en zekersten weg. In menig proces, waar men de hulp van den stenograaf niet tot zijn beschikking had, zou het kortschrift onschatbare diensten hebben kunnen bewijzen, zou veel dat nu verloren ging, en dat een juister licht op de feiten kon werpen, bewaard zijn gebleven en zou bovendien vaak het kortschrift

nieuw onderzoek overbodig gemaakt en daardoor den duur van het proces aanmerkelijk hebben bekort. Het kortschrift biedt de mogelijkheid van juistere en snellere rechtspraak; er bestaat alle aanleiding ons ernstig af te vragen of niet ook ons land — men is ons elders reeds voorgegaan — het zich in het belang onzer rechtspraak dient ten nutte te maken.

Het kortschrift bij burgerlijke en  
strafzaken.

Bij de civiele rechtspraak zal de toepassing van kortschrift veel beperkter zijn dan bij de strafzaken. Dit valt aanstonds in het oog wanneer wij letten op het karakter dier beide procedures. De civiele rechtspraak steunt voor een belangrijk deel, — vaak geheel en al — op de schriftelijke conclusies, die door de partijen worden gewisseld; het getuigenverhoor is daarbij binnen zekere grenzen beperkt; tot dat deel van de procedure — echter een zeer belangrijk deel — zou zich in civiele zaken het gebruik der stenographie bepalen. Van overwegende beteekenis is echter het kortschrift bij de strafzaken, waar bijna alles aankomt op *mondelijke behandeling*, n.l. op het verhoor van den verdachte bij de instructie en op de ondervragingen van den beklaagde en van de getuigen ter terechtzitting. Hier komt de waarde van de stenographie duidelijk uit. Wel houdt de griffier of substituut-griffier aanteekening van hetgeen voor den rechter wordt verklaard, maar uit den aard der zaak is dit beperkt tot een kort uittreksel. Noodzakelijk gaat daarbij veel verloren, wat, op zich zelf beschouwd of in onderlingen samenhang met de verklaringen van anderen, voor den rechter de grootste waarde zou hebben. Eerst door een woordgetrouwe weergave van wat getuigen of beklaagden voor den rechter verklaren, kan men met

stelligheid hun gedachtengang bepalen. Veel wat niet of slechts ten halve gezegd is, zal door de wijze van spreken, door een enkel woord, uit het stenogram met vrij groote zekerheid kunnen worden aangevuld. Bij een strafproces, vooral als de beklaagde het hem ten laste gelegde ontkent, komt het, ook met het oog op een mogelijke bekentenis, juist op de woordgetrouwe weergave van het gesprokene aan.

Twee dingen komen hier met elkaar in botsing: aan den eenen kant de moeilijkheid om het gesprokene op betrouwbare wijze weer te geven zonder gebruikmaking van kortschrift en aan den anderen kant de wensch, toch een deugdelijke rechtspraak te waarborgen. Alleen door veel tijdverlies kan deze wensch ten deele worden verwezenlijkt.

#### Hooger beroep.

Dit blijkt vooral duidelijk, wanneer men let op het hooger beroep. Hier komt de zaak voor een ander college. Meestal liggen de feiten reeds in een ver verleden; de beklaagde zoowel als de getuigen hebben van de toedracht der zaak niet zelden een zeer vervaagde herinnering. En nu is het bekend dat, zelfs als het feiten van zeer recenten datum betreft, een ooggetuige vaak een zeer onjuisten indruk krijgt en bovendien dien indruk niet zelden zeer onvolkomen weergeeft. Prof. SIMONS, een deskundige bij uitnemendheid, verklaart: de wetenschappelijke onderzoekingen omtrent de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen geven tot resultaat „dat ook de verklaringen van volkomen te goeder trouw zijnde getuigen dikwijls niet onbelangrijk van de waarheid afwijken. Voorzichtigheid bij de waardeering van het getuigenbewijs is dus een dringend vereischte”. Het is te begrijpen dat men in hooger beroep vaak aan de verklaringen van

de getuigen — en deze zijn toch van het uiterste gewicht, ja vormen vaak het eenig bewijsmateriaal — zeer weuig houvast heeft; zelfs is het gevaar niet denkbeeldig, dat zij verwarring stichten, zooals b.v. bij de bekende Papendrechtsche zaak is gebleken. Het is dan ook op dezen grond dat in Engeland bij de wet van 18 April 1907 (Criminal Appeal Act) is voorgeschreven, dat *alle voor hooger beroep valbare strafzaken stenographisch worden opgenomen.*

#### Het proces-verbaal.

Artikel 198 van het Wetboek van Strafvorderingen schrijft bij ons voor, dat het door den griffier op te maken proces-verbaal zal inhouden: „den zakelijken inhoud van de verklaringen der getuigen en deskundigen en van de opgaven van den beklaagde”. Men gevoelt in verband met het bovenaangevoerde, welk een voordeel het zou opleveren, indien de griffier zich somtijds niet bepaalde tot het weergeven van den „zakelijken inhoud”, maar hij sommige verklaringen volledig, d. i. geheel woordelijk kon opnemen. Trouwens, voor de civiele rechtspraak heeft de wetgever dit zelf begrepen. Hier toch zal, volgens wettelijk voorschrift, het proces-verbaal inhouden de getuigenverklaringen *in hun geheel*; deze verklaringen worden aan den getuige voorgelezen en door hem ondertekend; aldus art. 111 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het maken van dit volledig verslag kost uit den aard der zaak veel tijd, onverschillig of de griffier de aantekeningen zelf maakt of dat zij hem worden gedictieerd. Het is waarschijnlijk op grond daarvan dat zoo'n proces-verbaal alleen is voorgeschreven voor civiele zaken, die vatbaar zijn voor hooger beroep; bij zaken die dadelijk in hoogste instantie worden beslist, maakt de griffier aantekeningen, die

alleen „den summieren inhoud van de afgelegde getuigenissen” inhouden. Deze bepaling, die naar ons voorkomt alleen te verklaren is uit den omslachtigen arbeid, aan het opmaken van een proces-verbaal verbonden, wordt door bekwame rechtsgeleerden sterk afgekeurd. Er wordt op gewezen, dat hier aan het geheugen van den rechter onmogelijke eischen worden gesteld; waar processen, vooral bij de rechtspraak voor een college, soms maanden lang duren, is deze grief zeker volkomen billijk. Niet zelden worden verklaringen onjuist afgelegd of onjuist begrepen, zoodat de getuige bij voorlezing van het proces-verbaal op zijn verklaringen terugkomt of die aanvult. Door zich te behelpen met de korte aantekeningen van den griffier ontstaat groot gevaar voor vergissingen. Een der schrijvers over proces-recht, Mr. POLENAAR, schreef dan ook: „het proces-verbaal is èn voor de getuigen zelve èn voor de rechters zóó noodzakelijk, dat het zeer te betreuren is dat het niet altijd is voorgeschreven”.

Dit bezwaar zou naar het ons voorkomt door de stenographie — en ook door haar alleen — kunnen worden weggenomen. Indien de griffier zelf de stenographie toepaste, leverde het maken van een volledig proces-verbaal voor hem niet meer zooveel bezwaar op en zou het veel minder tijdroovend zijn; was hij zelf het kort-schrift niet machtig, dan zou een aanwezige stenograaf zijn arbeid kunnen aanvullen.

#### Gerechtsstenographie in het buitenland.

Wanneer wij na deze korte uiteenzetting een blik slaan op het buitenland, zal daaruit blijken tot hoe groote ontwikkeling de gerechtsstenographie in de omliggende landen reeds is gekomen. Dat in Engeland sedert 1907 alle voor hooger beroep vatbare strafzaken worden gestenografeerd, werd reeds opgemerkt. In de

Vereenigde Staten is het stenografeeren van terechtszittingen van Staatswege zóó gebruikelijk, dat in 49 van de 55 Staten de positie der gerechtsstenografen bij de wet is geregeld. Wij mogen er in dit verband op wijzen dat ook het geschil tusschen Amerika en Engeland, dat dezen zomer voor het Haagsche Hof van Arbitrage is behandeld, stenographisch werd opgenomen. Ook in Frankrijk is de toepassing zeer uitgebreid; belangrijke strafzaken als het Dreyfuss-proces worden daar van Staatswege gestenografeerd. In Duitschland heeft zich pas in de laatste jaren het instituut der gerechtsstenographie ontwikkeld. Herhaaldelijk werd in de parlementen der Staten op invoering ervan aangedrongen. Ook onder de rechterskringen zelf wordt sterk de behoefte gevoeld, bij de velerlei administratieve werkzaamheden de hulp van het kortschrift te genieten. De Duitse Regeeringen gaan ook in dit opzicht voortvarend te werk. Belangrijke procedures als die tegen HAU, PETERS, LIEBKNECHT, het Hardenproces en dat tegen van EULENBERG werden op last van den Staat door officieele stenografen gestenografeerd; in Mecklenburg geschiedt dit b.v. bij alle processen, die tot een doodvonnis kunnen leiden. Maar daarnaast beijvert zich de Duitse Regeering om onder de rechterlijke ambtenaren zelven stenografen te kweeken. Vanwege de Pruisische Regeering werden in de grootere steden cursussen ingericht, waar de rechterlijke ambtenaren het kortschrift kunnen bestudeeren. De Pruisische Minister van Justitie heeft bekend gemaakt, dat advocaten die met het kortschrift bekend zijn, bij voorkeur voor rechterlijke betrekkingen in aanmerking zullen komen.

Gerechtsstenographie hier te lande.

In ons land is tot nog toe van het stenografeeren van processen weinig gekomen. De volksvertegenwoordiging



begint zich echter meer en meer voor deze quaestie te interesseeren. Zoo werd bij het afdeelingsonderzoek der Staatsbegroting voor 1909 door een aantal leden aangedrongen op het maken van stenographische verslagen van de terechtzittingen. De Minister van Justitie, de heer Mr. NELISSEN, antwoordde hierop in de Memorie van Antwoord:

„Wel zou een stenographisch verslag, niet alleen van het verhandelde ter openbare terechtzitting, maar ook van hetgeen in de instructie is verklaard, voor eene juiste beoordeeling van eene afgelegde bekentenis of verklaring van gewicht kunnen zijn, doch de doorvoering van dat stelsel op eenigszins ruime schaal zou zulke enorme uitgaven ten gevolge hebben, dat reeds daarom dat denkbeeld niet voor nadere overweging vatbaar schijnt.

In geen geval is invoering van zoodanigen maatregel tot heden noodzakelijk gebleken.”

De waarde van het gebruik der stenographie voor de rechtspraak wordt dus door den vroegeren Minister van Justitie volkomen erkend. Het is zeer toe te juichen, dat Mr. NELISSEN reeds zeer kort daarna zijn overtuiging door een daad heeft getoond, toen hij n.l. in den loop van het vorige jaar last gaf, de voortgezette behandeling der bekende Papendrechtsche strafzaak, welke voor het Gerechtshof te Arnhem plaats had, stenographisch op te nemen. Dit feit is niet zonder beteekenis, daar dit, voor zoo ver wij weten, het eerste proces is, dat van Regeeringswege werd gestenografeerd. Het is niet noodig, ons in de vermoedelijke aanleiding daartoe te verdiepen (1). Wel mogen wij er op wijzen dat een hooggeplaatst rechterlijk ambtenaar, Mr. A. TAK, advocaat-generaal bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch het

---

(1) Men zie *De Gevleugelde Pen*, Jg. 1909, no. 9.

betreurde, dat niet reeds van de vroegere instanties dezer strafzaak een stenographisch verslag werd opgemaakt. In een ingezonden stuk in het *Handelsblad* van 13 Mei j.l. schreef hij o. a.: „Juist na afloop van het Papendrechtsche proces ontving ik een schrijven van een onzer beste criminalisten, waarin vermeld stond, dat hij het ontbreken van een stenographisch verslag betreurde”.

. . . . „Thans . . . voel ik de zwaarte dezer opmerking in haar vollen omvang en ik heb ontzettend veel spijt, dat ik niet desnoods voor eigen rekening een stenograaf heb laten komen, op wiens verslag met recht een beroep kan worden gedaan.”

Toen hier stenographische hulp werd ingeroepen, was dit proces al eenige jaren oud. Toch zijn bij de behandeling in Arnhem nog een groot aantal getuigen gehoord en nog steeds is deze zaak aanhangig. Indien men van den aanvang af op een stenographisch verslag had kunnen steunen, zou de zaak wellicht niet zulke groote afmetingen hebben aangenomen; stellig zou daardoor op vele punten licht zijn ontstoken, waar men thans in het duister tast.

#### Welke houding gewenscht?

Welke houding zal men nu hier te lande ten opzichte van de invoering der stenographie bij de rechtspraak aannemen?

De Minister van Justitie Mr. NELISSEN meende: „de doorvoering van dat stelsel op eenigszins ruime schaal zou zulke enorme uitgaven ten gevolge hebben, dat reeds daarom dat denkbeeld niet voor nadere overweging vatbaar schijnt”.

Hier schijnt de Minister van een verkeerde voorstelling uit te gaan. Reeds dadelijk de stenographie „op eenigszins ruime schaal” in te voeren, zal door niemand worden voorgesteld, al was het alleen hierom, dat men toch niet

de benoodigde stenografen zou vinden. De Minister stelt zich misschien voor, dat elke rechtbank en elk gerechtshof over een gerechtsstenograaf zou kunnen beschikken; al wilde men dit ook, de stenografen zouden ontbreken. Zelfs indien de Minister wilde beginnen met de aanstelling van b.v. 10 stenografen, — een tweetal voor elk gerechtshof — is het nog twijfelachtig of hij voldoende geschikte personen daarvoor zou vinden. Er is toch een lange voorbereiding noodig, zelfs bij den onmisbaren goeden aanleg, voordat iemand als practisch stenograaf zou kunnen optreden, en aan een gerechtsstenograaf moeten nog bijzondere eischen gesteld worden. Men zal dus in het klein moeten beginnen, met de benoeming van een klein getal stenografen; de Staat zal zodoende den weg openen om geleidelijk tot uitbreiding van dit instituut over te gaan. En wat blijft er dan van het bezwaar der „enorme uitgaven” over? Eerst mettertijd, als het aantal stenografen sterk is gestegen, zullen de uitgaven van eenig belang zijn, maar men zal tot zoodanige uitbreiding immers alleen overgaan, wanneer men ziet dat daaraan inderdaad behoefte bestaat.

Wij hebben hier niet gesproken van toepassing der stenographie door de rechtelijke ambtenaren zelf. Natuurlijk zal de Regeering goed doen de beoefening der stenographie onder de rechterlijke ambtenaren zoo krachtig mogelijk te bevorderen. De rechter en vooral ook de griffier zal van het kortschrift bij het maken van aantekeningen zeer kunnen profiteeren. Men denke bijv. aan de opstelling van het vonnis. Maar een goed rechtsgeleerde en een stenograaf tegelijk te zijn, dit kan men van onze rechterlijke ambtenaren niet vergen; het zijn twee vakken die men dient uit elkaar te houden. Ook is de toeloop voor onze rechterlijke betrekkingen niet zoo groot, dat men gemakkelijk buiten de wetenschappe-

lijke eischen bezwarende voorwaarden zou kunnen stellen, zooals de kennis van stenographie. Echter bevordere de Regeering ten sterkste de bestudeering van het kortschrift door rechterlijke of aanstaande rechterlijke ambtenaren en vooral ook door de ambtenaren ter griffie, dezen zouden door kennis van stenographie den hooger ambtenaar zeer tot steun kunnen zijn.

#### Conclusie.

Wanneer er een beperkt aantal gerechtsstenografen ter beschikking stonden, konden deze personen in den aanvang door den Minister met het stenografeeren van zulke processen belast worden, die daarvoor naar hun aard het meest in aanmerking kwamen. Hiermede was reeds veel bereikt. Mettertijd zou het zoo ver kunnen komen, dat voor bepaalde soorten van processen stenographische hulp werd ingeroepen, of wel dat de rechter de bevoegdheid kreeg, indien hij dat wenschelijk acht, het opmaken van een stenographisch verslag te gelasten. Aldus is de regeling in Oostenrijk; § 271 van de Oostenrijksche „Strafprozessordnung” bepaalt: „Als de Voorzitter of het gerechtshof het wenschelijk vindt, kan hij de stenographische opteekening van alle getuigenissen en verklaringen gelasten; bij tijdig uitgedrukt verlangen van een der partijen en tegen voorloopige vergoeding der onkosten moet zij steeds gelast worden”.

De onlangs ingestelde Staatscommissie, die tot opdracht heeft ons Wetboek van Strafvordering aan een herziening te onderwerpen, zal wellicht willen overwegen of niet een dergelijke bepaling ook voor ons strafproces wenschelijk is.

---

### **Nederlandsche Juristen-Vereeniging**

Ter kennis van de leden wordt gebracht:

dat voor de Algemeene Vergadering in 1911 te Zutphen te houden, gekozen zijn de volgende onderwerpen:

1. Over den invloed, die aan psychiaters in strafzaken behoort te worden toegekend. (Praeadviseurs: Prof. Dr. K. HEILBRONNER, Hoogleraar in de Psychiatrie te Utrecht, en Mr. S. J. M. VAN GEUNS, substituut-Officier van Justitie te 's-Gravenhage.)
2. Herziening van het gemeenterecht, ten aanzien van de taak van den Raad en van Burgemeester en Wethouders en van de samenstelling van laatstgenoemd college, in het bijzonder met het oog op de gemeentebedrijven. (Praeadviseurs: Mr. M. W. F. TREUB, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal te 's-Gravenhage, en Prof. Mr. D. P. D. FABIUS, Hoogleraar aan de Vrije Universiteit, lid van den Gemeenteraad, te Amsterdam.)

Zij, die met ingang van 1 Januari a. s. lid wenschen te worden, gelieven zich tijdig op te geven. De contributie bedraagt f 5.—.

Het adres van den Secretaris is: **Nic. Witsenkade 48**, dat van den adjunct-Secretaris, Mr. J. C. VAN KEMPEN, **Keizersgracht 612**, te Amsterdam.

Correspondentie liefst aan laatstgemeld adres.

AMSTERDAM, 15 December 1910.

De Secretaris-Penningmeester,  
G. A. VAN HAMEL:

# THEMIS

LXXIIste deel — TWEEDE STUK

## Administratieve Rechtspraak en Rechtspraak in Belastingzaken.

Hoewel de kans, dat het Wetboek van Administratieve Rechtsvordering, hetwelk thans reeds zoo geruimen tijd in staat van wording verkeert, spoedig in openbare behandeling zal komen, gering kan worden geacht, en een onlangs in het licht gekomen geschrift (1) die kans voorzeker niet vergroot heeft, geeft het enkele feit, dat bedoeld ontwerp aanhangig is, mij voldoende aanleiding om eenige opmerkingen te berde te brengen nopens de verhouding tusschen de administratieve rechtspraak, zooals het ontwerp zich die denkt, en de rechtspraak, waarmede op het oogenblik diegenen zich hebben te vergenoegen, die met den Staat als belastingheffer in aanraking of botsing komen. Ik bepaal mij bij die uiteenzetting tot dat, trouwens omvangrijk, gedeelte der belastingwetgeving, waarmede ik, krachtens mijn werkring, op eenigszins vertrouwelyken voet sta, namelijk de wetgeving nopens de directe belastingen, invoerrechten en accijnzen.

(1) Mr. A. A. H. STRUYCKEN, Administratie of Rechter.

Themis, LXXIIe dl. (1911) 2e st.

Gelijk den lezer bekend zal zijn, biedt de wetgeving op de directe belastingen eene groote variëteit van rechtspraak (1). Daar zijn vooreerst de raden van beroep voor de vermogens-, de bedrijfs- en de personeele belasting. Daar is verder de Kroon; en eindelijk komt ook aan den Commissaris der Koningin en aan de colleges van gedeputeerde staten in diverse gevallen rechtsmacht toe.

Hoe verhoudt zich nu het Wetboek van Administratieve Rechtsvordering tot al deze bijzondere rechters? (2)

Het antwoord op deze vraag kan men nedergelegd vinden in art. 2 van het Wetboek (3) waar onder n<sup>o</sup>. 4 de raden van beroep voor de vermogens-, de bedrijfs- en de personeele belasting worden genoemd als niet behoorende tot de administratieve organen, die in art. 1 van het Wetboek zijn omschreven en die voor het vervolg hunne besluiten, handelingen en weigeringen door den administratieven rechter gecontroleerd zullen

(1) Zie omtrent deze materie het academisch proefschrift van J. J. ROCHUSSEN: Rechtspraak in geschillen tusschen belasting-schuldigen en Administratie bij de heffing van 's Rijks directe belastingen, Leiden 1895.

(2) Veel is er gestreden over de vraag of men in de organen, aan welke thans de rechtspraak in zake directe belastingen is toevertrouwd, heeft te zien rechters, dan wel organen der Administratie, belast met het geven van uitspraken. Mijns inziens zal het antwoord verschillend moeten luiden, naar gelang van de opvatting, die men van het begrip: rechterschap, koestert. Voor het onderwerpelijke betoog acht ik het niet ongerechtvaardigd, ze aan te duiden als belast met rechtspraak, om deze enkele reden dat de wet, een beroep op een orgaan toekennend, van dat orgaan eene *bestissing* verlangt *in overeenstemming met het recht*. Of de wet daartoe de juiste organen geroepen heeft, is een tweede vraag, en deze vraag juist is het, die den drang naar administratieve rechtspraak heeft helpen bevorderen.

(3) Met de uitdrukking «Wetboek» wordt, hier en in het vervolg van dit artikel, bedoeld het Ontwerp-Wetboek van Administratieve Rechtsvordering.

zien. *A contrario* ligt voor de hand, dat de uitspraken van de overige organen te beschouwen zullen zijn als besluiten, onderworpen aan de administratieve rechtspraak. Dit laatste ligt geheel in het stelsel van het Wetboek, en ik zal daarover niet verder spreken.

Is nu deze regeling geheel correct? Schijnbaar, ja. Er valt inderdaad te zeggen voor het gevoelen dat de raden van beroep, die van de Administratie onafhankelijk zijn; die op eene wijze, welke die onafhankelijkheid waarborgt, worden benoemd (1), en wier leden hun ambt als eereambt vervullen, voldoende waarborgen voor behoorlijke rechtspraak geven en dus geene rechterlijke contrôle van noode hebben. Hoevele bezwaren men overigens ook tegen leeken- en jury-rechtspraak kan inbrengen, de rechtspraak der raden van beroep was en is nog altijd eene, die het vertrouwen der belastingplichtigen heeft weten te wekken.

Intusschen, met het bovenstaande is geenszins gezegd, dat die raden van beroep door het Wetboek terecht geheel zijn uitgeschakeld. Immers, hoe goed hunne rechtspraak ook moge zijn, zij ontbeert eenheid. Zoovele raden van beroep, zoovele beslissingen kunnen over geheel dezelfde quaestiën worden genomen. Het is een euvel, dat reeds vroeger in dit Tijdschrift gesignaleerd werd (2) en dat zich aan de Administratie, die uit den aard der zaak bij gelijkvormige wetstoepassing overwegend belang heeft, op maar al te duidelijke wijze voelbaar maakt. En niet alleen dat de raden van beroep onderling van meening kunnen verschillen; evenzeer doet het zich voor dat de uitspraak van een raad van beroep onvereenig-

---

(1) Vergelijk art. 29 der wet van 27 September 1892 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 223) en art. 58 der wet van 16 April 1896 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 72).

(2) Jaargang 1905, blz. 293.



baar is met een vonnis, door den strafrechter gewezen. Hier heeft men den misstand zelfs in een veel verscherpten vorm, want, terwijl het verschil van wetsuitlegging tusschen twee raden van beroep allicht slechts zal betreffen *gelijksoortige* quaestiën in *verschillende* gevallen (bijv. de eene raad acht A belastingplichtig in een geval, waarin een andere raad B niet belastingplichtig heeft geoordeeld), is het volkomen denkbaar, dat een raad van beroep en een rechtbank in *hetzelfde geval* onvereinigbare beslissingen geven (bijv. de raad van beroep voor de personeele belasting acht A niet belastingplichtig wegens eene bepaalde haardstede, doch de rechtbank veroordeelt denzelfden A wegens het niet aangeven van dezelfde haardstede).

Deze conflicten vragen dringend om eene oplossing. Het Wetboek geeft die oplossing niet. En waar het zwijgt, waag ik het, eene regeling aan de hand te doen.

De wet (1) late toe een beroep in cassatie van de uitspraken der raden van beroep op den Hoogen Raad, van welk college de administratieve kamer de aangewezenen zal zijn om dit beroep te behandelen. Eene beroepsinstantie tusschen de raden van beroep en den Hoogen Raad acht ik niet bepaald noodig, waar het er alleen om te doen is, eenheid van rechtspraak te verkrijgen. Het zou trouwens nog de vraag zijn of die beroepsinstantie — allicht zouden als zoodanig de gerechtshoven in aanmerking komen — wel zeer geëigend zou zijn om over de *feitelijke* vragen (omtrent hoegrootheid van vermogen of inkomen, en dergelijke) eene betere rechtspraak te geven dan de raden van beroep, of zelfs maar eene gelijkwaardige; want voor die raden is de behandeling

(1) Tamelijk onverschillig schijnt het mij, of deze regeling in het Wetboek, in de invoeringswet of in de bijzondere belastingwetten eene plaats vindt.

juist van zulke vragen, om zoo te zeggen, dagelijksch werk. Met deze opmerking wordt, naar duidelijk zal zijn, geenszins een blaam geworpen op onze gerechtshoven, maar eenvoudig erkend het feit dat hij, die met eene bepaalde soort rechtspraak het meest te doen heeft, met die rechtspraak het meest vertrouwd moet worden geacht. Voor den Hoogen Raad geldt dit bezwaar uiteraard niet, omdat aan zijne beslissing in hoofdzaak alleen de toepassing der wet op de door den raad van beroep vastgestelde feiten zal worden onderworpen.

Wordt op deze wijze de mogelijkheid geopend om in zake directe belastingen eene uniforme rechtspraak te verkrijgen, ook de tweede hierboven aangewezen moeilijkheid, namelijk de conflicten tusschen de raden van beroep en den strafrechter, zullen daardoor uit de wereld kunnen geraken. Heeft namelijk de administratieve kamer van den Hoogen Raad op een beroep in cassatie van een uitspraak van een raad van beroep eene beslissing gegeven, die onvereinigbaar is met een vonnis, door den strafrechter in dezelfde zaak gewezen, dan geeft de vierde titel van het derde boek van het Wetboek de gelegenheid om die onderling onvereinigbare gewijsden te herzien. Eenig verschil met de gewone procedure blijft dan nog bestaan, namelijk in zoover dat men onvereinigbare beslissingen van een raad van beroep en den strafrechter alleen dan aan het oordeel van den Hoogen Raad zal kunnen onderwerpen, als eerst de beslissing van den raad van beroep aan het oordeel van den cassatierechter is onderworpen, daar de raad van beroep niet begrepen is onder de rechters, genoemd in art. 262 van het Wetboek. Groot kan ik dit bezwaar intusschen niet vinden, en, mocht men hierover anders denken, dan is de mogelijkheid toch niet uitgesloten om in genoemd artikel ook de uitspraken van de raden van beroep op te nemen.

Niet alleen bijzondere colleges of administratieve organen zijn in zake directe belastingen met rechtspraak belast: ook de burgerlijke rechter heeft in die rechtspraak zijn, zij het dan bescheiden, deel. Hij neemt namelijk kennis van het verzet tegen de dwangbevelen, tot invordering van directe belasting uitgevaardigd, maar deze algemeene bevoegdheid wordt aanmerkelijk ingekort door de opsomming van een aantal gronden, waarop het verzet niet gegrond kan zijn (1). Voorts is de burgerlijke rechter competent in beroep van uitspraken van den Commissaris der Koningin, gegeven krachtens art. 16 der wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 22). En eindelijk zal men hem kunnen naderen met eene actie tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde directe belasting, indien althans de actie niet gegrond is op eene der zoolook bedoelde gronden van niet-ontvankelijkheid (2).

Het lijdt, dunkt mij, geen twijfel of er bestaan alleszins termen om de taak, hier aan den burgerlijken rechter opgelegd, over te dragen op den administratieven rechter. De onderwerpelijke bepalingen hebben haar nut gehad; zoolang geen afzonderlijke administratieve rechter bestond; heeft die eenmaal in de wetgeving zijne intrede gedaan, dan zijn er geene gronden om hem eene rechtspraak te onthouden, die evenzeer tot zijne taak behoort als de

---

(1) Zie art. 15 der wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 22) en (voor de vermogensbelasting) art. 42 der wet van 27 September 1892 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 223). — Vergelijk omtrent de draagwijdte der gronden van niet-ontvankelijkheid de resolutie van den Minister van Financiën van 13 Juni 1907, n<sup>o</sup>. 13, opgenomen in de verzameling «Beslissingen in Belastingzaken», onder n<sup>o</sup>. 347.

(2) Voor wat de invordering der bedrijfs- en der vermogensbelasting aangaat is dit, in het voorbijgaan als het ware, vermeld in de meergenoemde wetten van 1845 en 1892; voor de overige directe belastingen mag men mijns inziens hetzelfde aannemen.

rechtspraak met betrekking tot alle andere publiek-rechtelijke wetten. Bij de indiening van de voorgestelde regeling heeft trouwens, naar het mij toeschijnt, geene andere gedachte voorgezeten (1).

Geheel anders dan bij de directe belastingen is het gesteld met de rechtspraak in zake invoerrechten en accijnzen. Hier is de burgerlijke rechter heel algemeen bevoegd verklaard om van alle actiën kennis te nemen (2); hier ook komt dengene, die in verzet wil komen tegen een dwangbevel tot betaling van accijns, dat recht van verzet onbeperkt toe, en heeft dus de rechter zich aan niemands uitspraak te storen (3). Hier heeft men dus, zoo schijnt het, eene administratieve rechtspraak, zoo volledig en goed als maar mogelijk is.

Echter dient wel onderscheiden te worden. Hoewel de wetsgeschiedenis dienaangaande geen licht geeft, wil het mij voorkomen, dat art. 246, vooreerst, met zijne „civiele zaken” bedoeld heeft: actiën tot betaling van belasting; waaruit, ten andere, voortvloeit, dat in de voornaamste plaats beoogd is de actie van den Staat tegen den belastingschuldige. Dat dit zoo is, kan men gevoegelijk hieruit afleiden, dat anders de Staat geen enkel middel zou hebben om de hem verschuldigde invoer-

(1) Vergelijk de Memorie van Toelichting, § 10 in fine.

(2) «Alle louter civiele zaken, welke niet gepaard gaan met eene eisch tot straf, boete of verbeurdverklaring, zullen als summier zaken worden aangebracht en geïnstrueerd, en berecht bij de gewone civiele rechtbanken van eersten aanleg, en, in geval van hooger beroep bij de hooge gerechtshoven, overeenkomstig het wetboek van burgerlijke rechtspleging». Art. 246 der Algemeene wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 38). Eenige uitzonderingen zullen hierbeneden besproken worden.

(3) Zie art. 291 der voornoemde Algemeene wet.

rechten in te vorderen (1); en het blijkt nog te meer uit art. 249 der Algemeene wet, waar de strafrechter bevoegd is verklaard om kennis te nemen, nevens de strafactie, van eene vordering tot betaling van rechten of accijnzen „en alzoo”, zoo luidt het artikel, van „eene civiele actie”. Heeft men dus bij het neerschrijven van art. 246 voornamelijk gedacht aan de vordering van den Staat tot betaling der verschuldigde belasting, ik zou wel zoover durven gaan om, als noodzakelijk complement en door de bewoordingen van het artikel niet uitgesloten, er mede in te lezen het recht van den particulier om tegen den Staat eene vordering tot terugbetaling van onverschuldigd betaald invoerrecht of accijns in te stellen (2).

Ongetwijfeld zal deze bevoegdheid van den burgerlijken rechter hem bij de invoering der administratieve rechtspraak niet gelaten worden; de gronden voor dit gevoelen zijn dezelfde als die ik had, toen ik hierboven aannam, dat de burgerlijke rechter in zake directe be-

(1) In tegenstelling tot de accijnzen kunnen de invoerrechten niet bij dwangbevel geïnd worden, behalve in één geval (vergelijk de artt. 290 en 103 der Algemeene wet). Meestal zal de invordering van het invoerrecht geene moeilijkheid geven, omdat de belanghebbende, zonder invoerrecht betaald te hebben, geen document tot dekking van het ingevoerde kan verkrijgen. Maar het gemis aan eene actie zou zich kunnen doen gevoelen, bijv. wanneer in gevallen, als geregeld in art. 28 der Waardewet 1906 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 246), het aan het Rijk verschuldigde niet ten volle op de aangehouden goederen of op de gestelde zekerheid kan worden verhaald.

(2) Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft, met bevestiging van een vonnis der Rechtbank aldaar, bij een arrest van 29 Maart 1909 (*W. v. h. R.* n<sup>o</sup>. 8865) afgewezen eene vordering tot terugbetaling van invoerrecht, dat onverschuldigd betaald zou zijn. Hadde het Hof zich niet uit art. 246 der Algemeene wet bevoegd geoordeeld, dan zou het zich, mijns inziens, wel ambtshalve onbevoegd hebben verklaard,

lastingen na het tot stand komen der nieuwe regeling zijn laatste woord gesproken zal hebben. Maar, het zal niet enkel en alleen neerkomen op eene verwisseling van rechter: voor zoover het betreft de vervanging van art. 246 der Algemeene wet (1) zal de rechtspraak eene tamelijke uitbreiding ondergaan. Zooeven zeide ik reeds, dat ik de bevoegdheid van den burgerlijken rechter uit dat artikel beperkt achtte tot geldvorderingen; de administratieve rechter daarentegen zal kunnen oordeelen over alle besluiten, handelingen en verzuimen der Administratie, waardoor de belanghebbenden zich in strijd met de wet te kort achten gedaan (2). Zoo zal, om een voorbeeld te noemen, degene die aangifte deed van eene bergplaats van gedistilleerd op den voet van art. 15, § 1, der wet van 20 Juni 1862 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 62), en wien de afgifte van een bewijs tot toelating, zoowel door den ontvanger als in administratief beroep, geweigerd is (§§ 3 en 4 van genoemd art. 15), zich over die weigering bij den administratieven rechter kunnen beklagen; en een dergelijk recht van beklag zal toekomen aan den brander of distillateur, wiens werktuigen krachtens art. 52 der genoemde wet van 1862 door de Administratie verzegeld zijn en die vruchteloos aan den Minister van Financiën opheffing van dat beslag heeft verzocht.

Zal dus in deze en dergelijke gevallen, anders dan tot dusver, een beroep op den rechter open komen te staan, algeheele afschaffing van art. 246 zou, zooals men uit het hierboven medegedeelde kan afleiden, tengevolge hebben, dat de Administratie in die gevallen, waarin zij

---

(1) Ten aanzien van art. 291 der Algemeene wet zal, naar ik meen, uitsluitend verandering van rechter en van procedure, dus geen verandering in competentie plaats vinden.

(2) Art. 15 van het Wetboek.

invoerrecht (1) te vorderen heeft en den belastingschuldige niet door weigering van document tot betaling kan nopen, machteloos zou staan, daar met art. 246 ook hare actie verdwenen zou zijn. Het spreekt van zelf, dat zoo iets niet aangaat. En vermindering van dit bezwaar schijnt mij niet moeilijk. Waar het Wetboek reeds uitgaat van het beginsel, dat de Overheid elken haar geboden tegenstand vermag neer te werpen (Memorie van Toelichting, § 1) en dat zij nimmer tot het verrichten van eene handeling vooraf een vonnis zal hebben te vragen (*ibidem*, § 3, no. 1), daar ligt het voor de hand, dat ook ter zake van de invoerrechten aan de Administratie eene bevoegdheid worde ingeruimd, die haar zoowel ten aanzien van de accijnzen als ten aanzien van de directe belastingen reeds toekomt, namelijk om ook de verschuldigde invoerrechten bij dwangbevel te mogen innen. Eenmaal deze bevoegdheid verleend, kan art. 246 in allen vrede verdwijnen (2).

De competentie van den burgerlijken rechter in zaken van invoerrechten en accijnzen is, ik zeide het hierboven reeds, geheel algemeen. Dit neemt niet weg, dat de wetgeving waarin die belastingen zijn neergelegd, enkele bijzondere rechters kent, over wier verhouding tot de ontworpen administratieve rechtspraak wel het een en ander te zeggen valt.

Daar is vooreerst de rechtspraak van de commissiën van beoordeeling en den raad van beroep, neergelegd in de Waardewet 1906 (*Stbl.* no. 216) en wel voornamelijk

(1) Of ook wel kosten, voor zoover niet bij dwangbevel inbaar (vergelijk het arrest van den Hoogen Raad van 19 Februari 1909, *W. v. h. R.* no. 8825).

(2) De verwezenlijking van deze gedachte, zij het in anderen vorm, is, blijkens § 35 der Memorie van Toelichting op het Wetboek, zeer waarschijnlijk.

in de artt. 17—26 dier wet. Het Wetboek heeft deze bijzondere rechtspraak niet over het hoofd gezien: art. 2 zondert onder n<sup>o</sup>. 6 den raad van beroep uit van de administratieve organen (1). Waar deze raad van beroep in zijne wijze van samenstelling en zijn karakter aan de raden van beroep voor de directe belastingen ten nauwste verwant is, schijnt mij die uitzondering alleszins rationeel. En omdat er hier niet, zooals bij de directe belastingen, sprake zal kunnen zijn van gemis aan eenheid in de rechtspraak, noch ook van conflicten met den strafrechter, acht ik het onnoodig, den raad van beroep onder contrôle van den cassatierechter te stellen. Te minder bestaat hiertoe aanleiding, omdat de raad zich zelden voor vragen van wetsuitlegging gesteld zal zien, en de bepaling der waarde van ingevoerde goederen uitteraard geen punt van onderzoek in cassatie kan uitmaken.

Verder kent de onderwerpelijke wetgeving nog eenige bijzondere commissiën, wier taak het is, in gerezen geschillen te beslissen. Ik heb het oog op de deskundigen, aangewezen volgens art. 151 der Algemeene wet teneinde te beslissen in geschillen nopens de verificatie van accijns-goederen; verder op de commissiën van deskundigen, bedoeld in art. 31 der wet van 20 Juli 1870 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 127) betreffende den wijnaccijns; en eindelijk op de commissie' genoemd in art. 80 van de Suikerwet (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 63 van 1897). Al deze commissiën oefenen rechtsmacht uit, daaraan kan geen twijfel bestaan; zij zijn geen deel van de Administratie, maar, naar de bedoeling der wet, van de

---

(1) Van de uitspraak der commissiën van beoordeeling is beroep op den administratieven rechter uitgesloten door het algemeene voorschrift van art. 142 van het Wetboek; hetzelfde geldt ten aanzien van de beslissingen, door de visiteerende ambtenaren of den inspecteur krachtens de Waardewet genomen.



Administratie onafhankelijk (2). En toch zullen zij, als administratieve organen welke voldoen aan de omschrijving van art. 1 van het Wetboek en niet in art. 2 zijn uitgezonderd, aan de rechtsmacht van den administratieven rechter onderworpen zijn. Ik vraag mij af, of dat wel in de bedoeling heeft gelegen en of er niet alleszins termen bestaan om die commissiën — tenzij men ze geheel zou willen afschaffen, wat wel geene aanbeveling zal verdienen — alsnog te begrijpen onder de organen wier verrichtingen zonder contrôle blijven.

Ten slotte mogen hier plaats vinden een paar opmerkingen naar aanleiding van de wet van 18 September 1852 omtrent den waarborg en de belasting der gouden en zilveren werken, laatstelijk opgenomen in het Staatsblad van 1901 onder n<sup>o</sup>. 235.

Deze wet bevat een art. 105, luidende: „Alle burgerlijke gedingen, waarin het Rijk ter zake van den waarborg, hetzij eischende hetzij verwerende, optreedt, worden in eersten aanleg ingesteld voor de arrondissementsrechtbanken, en voorts in hooger beroep en cassatie naar de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voortgezet. Zij worden behandeld als summiere zaken”. Dit artikel is in strekking geheel overeenkomstig met art. 246 der Algemeene wet, hetwelk hierboven behandeld werd. Hier gelijk daar ben ik van meening, dat de bepaling bij de invoering van het Wetboek zal behooren te vervallen, met toekenning aan den Staat van het recht van parate executie van vorderingen, uit deze wet voortspruitend.

---

(2) Vergelijk § 23 der Memorie van Toelichting op het ontwerp, dat geworden is de (sedert ingetrokken) wet van 20 Juli 1884 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 447) nopens den suikeraccijns (Bijlagen 1883/1884, n<sup>o</sup>. 186,

En in de tweede plaats wilde ik met een enkel woord de aandacht vestigen op art. 25 der onderwerpelijke wet hetwelk (in zijne gewijzigde lezing) aan den muntmeester de uitspraak opdraagt over geschillen van allooi en essaai en nog eenige andere. Ook over deze rechtspraak zal, komt het Wetboek ongewijzigd tot stand, de administratieve rechter voor het vervolg zijn wakend oog doen gaan. In zooverre is dit eenigszins minder ongemotiveerd dan ten opzichte van de hierboven genoemde commissiën van deskundigen, dat de muntmeester, weliswaar deskundige, doch tevens ambtenaar is. Toch betwijfel ik, of deze rechtspraak willens en wetens van hare onaanvechtbaarheid is beroofd, en het zou mij geheel verklaarbaar lijken, indien het tot dusver in den muntmeester gestelde vertrouwen bij nadere overweging dermate gerechtvaardigd voorkwam, dat hem ook voor het vervolg het doen van uitspraak in het hoogste ressort bleef toevertrouwd.

J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ.

## Wettelijk bewijs in strafzaken,

DOOR

Mr. B. GEWIN,

*Advocaat te Utrecht.*

Met het oog op eene eventueele herziening van ons Wetboek van Strafvordering, welke steeds meer den gezichteinder nadert, zal ook hier ter plaatse met een enkel woord gewezen worden op een zoo belangrijk punt als ons bewijsrecht.

Het laatst heeft dit op uitvoerige wijze plaats gehad bij de behandeling dezer materie in de Juristenvereeniging (1), kort te voren door Mr. KARSTEN (2).

Hoewel we ons niet voorstellen, vooral na wat ten vorigen jare op dit gebied is geleverd, veel nieuws te verkondigen, blijft toch de mogelijkheid bestaan, dat de door ons te maken opmerkingen, naast het vele wat in deze reeds bestaat, bij eene toekomstige wetswijziging er toe leiden zal aan eene wettelijke bewijsleer den zege te bezorgen.

Ons tegenwoordig wetboek huldigt, zooals men weet, de negatief-wettelijke bewijsleer, voor wier behoud, al is

---

(1) Handelingen van de Nederlandsche Juristenvereeniging, 1910, dl. I, p. 1-95 en dl. II, p. 109-220, waar men respectievelijk het praeadvies van Jhr. Mr. R. FEITH en de openbare behandeling aantreft.

(2) Mr. E. H. KARSTEN: Over de bewijsleer in het Strafproces, in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1910, dl. XXI, p. 357-377.

het dan ook in anderen vorm, we hier eene lans wenschen te breken.

Hoewel mag worden aangenomen, dat de lezers van dit tijdschrift op de hoogte zijn met wat op het gebied van het bewijs geleerd wordt, is het misschien niet ongewenscht, met het oog op hetgeen hier nader zal worden betoogd, met een enkel woord nog eens op de hoofdpunten van de bewijsleer de aandacht te vestigen.

Eerst echter een enkel woord over de alles beheerschende vraag: Wat is eigenlijk het bewijs en waartoe dient het?

Bewijzen dan is het met stellige zekerheid aantonen, dat eenig feit heeft plaats gehad. Sprekende over het doel van het bewijs, zegt o. a. Mr. POLS (1) „Het doel van het bewijs in strafzaken is, evenals in alle andere zaken, het verschaffen van de voor een bepaald oordeel vereischte zekerheid omtrent de feiten, waarop dat oordeel moet gevestigd worden. Men heeft een oordeel te vellen, eene beslissing te nemen, en de waarde van dat oordeel, de juistheid dier beslissing is in de eerste plaats afhankelijk van de meerdere of mindere zekerheid, die wij kunnen bekomen omtrent de feiten, waarop dat oordeel door ons wordt gevestigd.”

Men heeft in den loop der tijden op verschillende wijze getracht in het bezit te komen van de vereischte zekerheid voor zijn oordeel.

Verschillende bewijstheorieën zijn naar aanleiding hiervan opgebouwd.

Het scherpst staan tegenover elkaar de zuiver objectieve leer, welke gehuldigd werd in het Canonieke en de zuiver subjectieve, welke men vindt in het Romeinsche recht.

(1) Mr. M. S. POLS: De wettelijke bewijsleer in strafzaken, in *Themis*, 1882, dl. XLIII, p. 337.

Volgens de eerste of z.g.n. „positief wettelijke leer”, welke werd toegepast in het inquisitoriale proces, worden zoowel de bewijsmiddelen als de bewijsgronden door de wet aangewezen en is de rechter hieraan ten strengste gebonden.

Lijnrecht tegenover deze leer staat de in de tweede plaats genoemde, die der bloot gemoedelijke overtuiging, welke noch bewijsmiddelen noch bewijsgronden in de wet vastlegt, maar den rechter absolute vrijheid laat naar innerlijke overtuiging te oordeelen.

Minder seherp dan de bovengenoemde, staan die theorieën tegenover elkaar, welke naast zekere objectiviteit den rechter eenige vrijheid wenschen te laten.

Wij hebben hier het oog op wat men noemt de theorie der rechterlijke overtuiging. Deze leer gaat in twee richtingen uiteen, de vrije en de negatief-wettelijke bewijsleer.

Volgens beide moet de rechter de overtuiging hebben, dat het bewijs is geleverd, waarbij hij zich heeft te houden aan bepaalde bewijsregels, die echter volgens de vrije bewijsleer geheel aan de wetenschappelijke opvatting van den rechter blijven overgelaten, doch naar de wettelijke bewijstheorie in de wet moeten worden opgenomen.

Ter nadere verduidelijking van het standpunt, door de verdedigers van de „vrije bewijsleer” ingenomen, laten we hier volgen, wat hieromtrent o. a. door Mr. SIMONS werd gezegd (1).

„Waar over”, zoo heet het, „loopt toch de strijd tussen hen, die onze wettelijke bewijstheorie verdedigden

---

(1) Mr. D. SIMONS: Een paar vragen naar aanleiding van onze wettelijke bewijsleer, in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1899, dl. XII, p. 257 volg.

en hen, die van geene bewijsregelen in de wet weten willen en dus de zoogenaamde vrije bewijstheorie verdedigden? Over het bestaan van bewijsregelen heerscht tusschen die beide partijen geen verschil; beide erkennen de noodzakelijkheid dat de rechter niet slechts mag oordeelen naar eene min of meer bepaalde, van alle redegeving vrije, zedelijke overtuiging, maar dat elke veroordeeling moet worden gerechtvaardigd door de ontwikkeling der bewijsgronden, welke de rechter naar de regelen eener logische deductie uit het aanwezige bewijsmateriaal heeft afgeleid en ook dat de rechter zich bij de waardeering dier gronden moet laten leiden door voorschriften, welke de wetenschap der ervaring als juist heeft doen kennen, wordt niet betwist.

Geldt dit ten aanzien van de eigenlijk gezegde motivering, van de wijze waarop van het verkregen materiaal wordt gebruik gemaakt, ook ten opzichte van de samenstelling en verkrijging van dat materiaal bestaat overeenstemming hierover, dat regelen kunnen worden gesteld, welke de rechter, wil hij waarborgen geven voor een goed rechtvaardig vonnis, niet mag verwaarloozen. Bewijsregelen bestaan er dus, *omnium consensu* en de eenige vraag is: zijn er enkele of meerdere van die regelen, die in de wet moeten worden opgenomen? En waarvan zal nu het antwoord op die vraag afhankelijk zijn? Mij dunkt alleen hiervan of er onder die regelen zoodanige zijn, dat daarvan onder geenerlei vorm en in geenerlei geval mag worden afgeweken of die, wanneer ook al eene uitzondering er op te pas zou komen, toelaten dat die uitzondering scherp en nauwkeurig in de wet wordt omschreven. Indien er eenige bewijsregel bestaat, waarvan iedereen erkent dat hij ten allen tijde en onder alle omstandigheden behoort te worden nageleefd; dat zijne veronachtzaming de waarborgen voor eene goede

rechtspraak doet te loor gaan of verzwakt, dan kan er geen redelijke grond gevonden worden, waarom men hem niet in de wet zou opnemen; integendeel dan bestaat daartoe alle aanleiding want dan is de wetgever verplicht er voor te waken dat aan de eerbiediging van dien regel door geen rechter wordt te kort gedaan, ook dan wanneer deze excentriek genoeg mocht zijn niet te denken zooals alle anderen en de vruchten van wetenschap en ervaring niet te waardeeren. Ook een zoodanigen rechter kan men zich denken en, al wil ik gaarne toegeven dat men hem slechts zelden zal ontmoeten, ook in onze rechterlijke macht zal hij wel niet geheel ontbreken. Ook voor dat zeldzame geval moet de wetgever zich wapenen en den aangeklaagde beschermen. Slechts zij kunnen eenen wettelijken bewijsregel verwerpen, die op hetzelfde oogenblik, waarop zij dien regel wetenschappelijk vaststellen, de *reservatio mentalis* maken dat de uitzondering hem in sommige gevallen zal moeten bevestigen. Wie een absoluut gangbaren bewijsregel als bestaande aanneemt, kan dien neerschrijven in de wet, ja, is verplicht zijn wettelijke sanctie met vreugde te begroeten. En zoo loopt m.i. de strijd tusschen beide theorieën alleen over de vraag, bestaan er absoluut geldige, onvoorwaardelijk toe te passen bewijsregelen?"

Ons inziens bestaan er zeer zeker absoluut geldige rechtsregelen, ook ten opzichte van het bewijs.

Zulke regelen, die eeuwig en onveranderlijk vaststaan, dienen in de eerste plaats in de wet te worden vastgelegd, maar ook die regelen, welke wel degelijk voor verandering vatbaar zijn, die zich naar gelang van de omstandigheden ontwikkelen en wijzigen, behooren volgens de verdedigers eener wettelijke bewijsleer door de wet, puttend uit wetenschap en ervaring, te worden geconstateerd.

En zoo loopt o.i. de strijd tusschen beide stroomingen

in de theorie der rechterlijke overtuiging over de vraag of men alle bewijsregelen aan den rechter heeft over te laten dan wel of men voor de vaststelling van een deel dier regelen de wet te hulp heeft te roepen.

Volgens ons is het dus niet zoozeer de vraag, of er al dan niet absoluut geldende bewijsregelen zijn, dan wel, of men bewijsregelen in de wet moet vastleggen of vrijelijk daarnaar moet zoeken met behulp van wetenschap en ervaring.

Naar wij meenen, zal men zich na het voorafgaande de bewijsleer wel weer voldoende voor oogen stellen.

De vraag dient thans besproken te worden, in welke richting men bij eene komende wijziging van het Wetboek van Strafvordering heeft te koersen.

Noch de in de eerste plaats genoemde zuiver objectieve noch de subjectieve theorie kan bevredigen, terwijl er eveneens gegronde bezwaren bestaan tegen de vrije bewijsleer.

Wat betreft de leer van het positief wettelijk bewijs, zooals ze vroeger werd toegepast, hoewel eene absolute gebondenheid aan de wet ook ten aanzien van het bewijs wenschelijk zou zijn, is zulks toch onmogelijk. De positief-wettelijke bewijsleer is dood en begraven en behoort dood en begraven te blijven. Ze vindt geene verdedigers meer, een ieder ziet hare onhoudbaarheid onder de tegenwoordige omstandigheden in. Een absoluut uitsluiten van het oordeel des rechters, zooals ze wil, is inzake het bewijs eene onmogelijkheid.

Breedvoerig bij deze bewijsleer stil te staan, lijkt ons, na wat er reeds over is gezegd, geheel overbodig. Bij de verdediging eener wettelijke bewijsleer, die den rechter gelegenheid tot medespreken geeft, zal zich vanzelf de gelegenheid openen over wettelijk bewijs in het algemeen te spreken.

Is eene zuiver objectieve bewijsleer, zooals ze in de



oude positief-wettelijke werd belichaamd, eene onmogelijkheid, tegen de subjectieve, die aan den rechter alleen alle medezeggenschap inzake het bewijs overliet en die evenals de wettelijke door een ieder verlaten is, dient met kracht stelling te worden genomen.

Ons geheele betoog in dit opstel komt juist hierop neer, dat men ook waar het bewijs bestaat, zich zooveel mogelijk aan de wet behoort aan te leunen.

En nu een woord over de theorieën die behooren tot die der rechterlijke overtuiging.

Wat zijn de bezwaren tegen de vrije bewijsleer en in hoeverre kan en moet de negatief-wettelijke bewijstheorie worden gehandhaafd?

De vrije bewijsleer vond en vindt vele warme verdedigers, vooral in Duitschland.

Wat Nederland betreft, in de laatste halve eeuw is ze o. a. verdedigd door Mr. DE BOSCH KEMPER (1) en twee jaren later door Mr. MODDERMAN (2).

In 1882 werden aan de leden van de Nederlandsche Juristenvereeniging een tweetal praeadviezen voorgelegd, die zich beide verklaarden voor eene vrije bewijsleer. Het waren Mrs. C. M. J. WILLEUMIER en GUST. TRIPELS, die toen van advies dienden (3).

Vele jaren later vond ze weer een verdediger in Mr. D. SIMONS in een tweetal artikelen in het *Tijdschrift voor Strafrecht* (4), terwijl er terzelfder

---

(1) Mr. B. DE BOSCH KEMPER: De strafvordering in hare hoofdtrekken beschouwd (dissertatie, Leiden) 1865, hoofdstuk VI, p. 173 volg.

(2) Mr. W. MODDERMAN: De wettelijke bewijsleer in strafzaken, 1867, p. 157 volg.

(3) Zie Handelingen van de Nederlandsche Juristenvereeniging, 1882, dl. I, p. 100 volg.

(4) Mr. D. SIMONS: Motiveering van strafvonnissen, in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1898, dl. XI, speciaal p. 347 volg. en: Een

tijd kortelijk op gewezen werd door Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN (1).

Evenals de vrije bewijsleer, vindt ook de theorie van het wettelijk bewijs vooral in Duitschland hare voorname voor- en tegenstanders.

In den laatsten tijd schijnt men in Nederland veel te gevoelen voor eene wettelijke bewijsleer.

Werd ze in de laatste decennieën o. a. verdedigd door Mrs. POLS (2) en DE RIDDER (3); bij de behandeling van het vraagstuk in de Nederlandsche Juristenvereniging 1910 (4) sprak de groote meerderheid zich uit ten voordeele van het wettelijk bewijs, nadat Jhr. Mr. R. FEITH, over de zaak een zeer belangrijk praeadvies had uitgebracht waarin hij zich voorstander eener negatief-wettelijke bewijsleer toonde.

Alvorens onze wetgeving nader te beschouwen zullen we eerst in hoofdtrekken het pro en contra der negatief-wettelijke bewijsleer nagaan.

Het is geenszins de bedoeling alles wat in den loop des tijds voor en tegen te berde is gebracht, hier te resumeeren en te beoordeelen. Er zal slechts eene greep worden gedaan, enkele der meest gebruikte argumenten worden genoemd.

---

paar vragen naar aanleiding van onze wettelijke bewijsleer, t. a. p., dl. XII, p. 253 volg. Anders, zie Hand. Jur. ver. t. a. p., dl. II, p. 181 volg.

(1) Jhr. Mr. O. Q. VAN SWINDEREN: Wenschelijke wijzigingen in het Nederlandsche Wetboek van Strafvordering, in *Themis*, 1898, dl. LIX, p. 406 volg.

(2) Mr. M. S. POLS: De wettelijke bewijsleer in strafzaken, in *Themis*, 1882, dl. XLIII, p. 333 volg.

(3) Mr. N. DE RIDDER: Opmerkingen over bewijs en bewijsleer in strafzaken, in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1900, dl. XIII, p. 288 volg.

(4) Handelingen van de Nederlandsche Juristenvereniging, 1910, t. a. p.

Het eenige doel is gelegenheid te hebben ons standpunt voor het behoud eener wettelijke bewijsleer kortelijk uiteen te zetten, waartoe we dezen vorm kozen.

Men zegt, om met het contra te beginnen, dat zoo men wettelijk bewijs eischt, de rechter soms gedwongen is vrij te spreken, terwijl hij intiem overtuigd is, dat de beklagde schuldig is en dat vaak de grootste misdadigers vrij uit gaan, zoo men er niet in slaagt de bij de wet gevorderde bewijsminima te leveren.

Wettelijk bewijs, zoo zegt men verder, is niet in staat in aanmerking te nemen het eigenaardig karakter van ieder bewijsmiddel in het bijzonder, inzoverre het aan elk bewijsmiddel eene constante bewijskracht geeft; bovendien is het onmogelijk voor de overtuiging des rechters vaste regels te maken. Ook bemoeilijkt het het onderzoek naar de waarheid, waarom het juist bij het bewijs te doen is, het sluit bewijsmiddelen uit en is onvolledig.

Door wettelijke bewijsregelen, zoo redeneert men verder, maakt men den rechter zorgeloos, terwijl er een zeker wantrouwen uit spreekt.

De in de eerste plaats genoemde grief, is zeker wel de ernstigste en meest algemeen gebruikte. Vooral zij, die in het strafrecht zien een middel ter verdediging der maatschappij, beklagen er zich over, dat de slimste en ernstigste belagers der maatschappelijke orde door de mazen heensluipen.

Het is volkomen waar, dat, wanneer men zich op dit standpunt stelt, elk wettelijk bewijs, dat opzettelijk den rechter aan banden legt, ten zeerste moet hinderen. Het mag niet worden ontkend, dat elke wettelijke bewijstheorie straffeloosheid in de hand werkt uit vrees voor het straffen van onschuldigen.

Wanneer men zich daarentegen houdt aan de ver-

geldingsleer, volgens welke getroffen wordt de zich in het misdrijf openbarende schuld, dan is het er niet om te doen, dat er in elk geval worde gestraft, maar alleen dat diegene worde getroffen, wiens schuld duidelijk is aangetoond.

Wanneer men daarbij in aanmerking neemt, dat men ter vervulling dezer taak gebruik moet maken van de overtuiging van een kortzichtig mensch als de rechtsbedeelende Overheid, dan wordt men wel eens bevreesd, een onschuldige te treffen en dan komt men er toe het verkieselijker te vinden, dat er dan maar schuldigen blijven loopen dan dat men iemand, wiens schuld niet ten volle bewezen is, treft.

Het is geen geringe zaak, hoezeer men ook overtuigd moge zijn, iemand zonder eenige gebondenheid aan wettelijke regelen te veroordeelen.

Terecht zegt Mr. POLS (1) „Het zou dwaas zijn te ontkennen, dat door de toepassing der negatieve bewijsleer, niet meermalen schuldigen aan eene veroordeeling ontsnappen. Het is een noodzakelijk gevolg van de omstandigheid, dat zij rechterlijke overtuiging vordert, dat zij vordert bewijs van de schuld en dat bewijs niet altijd te leveren is. Waar men zich met gemoedelijke of subjectieve overtuiging vergenoegt, is misschien dat aantal geringer, hoewel de ervaring in Frankrijk het tegendeel zou doen vermoeden. En zoolang er bewijs wordt gevorderd, zullen altijd schuldigen ontsnappen, evenals er ook altijd zullen zijn die volkomen onbekend blijven. Maar men kan toegeven dat, naarmate men een hooger graad van zekerheid vordert voor veroordeeling,

---

(1) Mr. M. S. POLS: De wettelijke bewijsleer in strafzaken, t. a. p. p. 361 volg.

het aantal schuldigen dat daaraan ontsnapt grooter zal zijn. Dit is zeker een nadeel, maar dat verre wordt overwogen door de meerdere zekerheid, dat geene onschuldigen zullen worden veroordeeld”.

Wat betreft het in de tweede plaats genoemde bezwaar tegen wettelijke bewijsregels, dit is volkomen waar. Elke vastlegging van bewijsregels in de wet moet, met voorbijgaan van het concrete, iets abstracts hebben.

Toegegeven moet worden, dat de wettelijke bewijsleer niet in aanmerking kan nemen het eigenaardige karakter van elk bewijsmiddel in ieder bijzonder geval. Wanneer men den rechter geheel vrijlaat om naar gelang van de wisselende omstandigheden op grond van ervaring en wetenschap zijn oordeel op te bouwen, zooals de voorstanders der vrije bewijsleer wenschen, dan zal daardoor zeer zeker eene groote plooibaarheid ten opzichte van zijne uitspraak ontstaan.

De vraag is echter, is dit de bedoeling van het bewijs in strafzaken? Mag men zich met eene zekerheid, als die welke de vrije bewijsleer voldoende acht, vergenoegen?

Absolute zekerheid zal men ook met behulp van wettelijk bewijs wel nimmer krijgen. Ook is het waar, dat de rechtsbestellende Overheid, die de wettelijke regelen aangeeft, evenals de rechtsbedeelende, bestaat uit kortzichtige schepselen.

Niemand zal echter willen ontkennen, dat wanneer wetgever en rechter hier samenwerken, de betreffende zekerheid in elk geval zal worden verhoogd.

Wanneer de wetgever den rechter wettelijke regelen voorschrijft, die hij in elk voorkomend geval als minimum heeft te eerbiedigen, zal daardoor wel is waar eene reeks van bezwaren voor het oordeel des rechters worden geboren, zal constante bewijskracht het oordeelen naar concrete verscheidenheid in den weg staan, maar daardoor

zal tevens dat oordeel hechter worden, inzoverre de grondslag hechter is.

Wat betreft de bedenking dat het onmogelijk is vaste regelen voor eene overtuiging te geven; hierop kan geantwoord worden, dat dit volkomen juist is, maar dat men inzake een zoo gewichtig punt als dit de bloote overtuiging heeft uit te sluiten. Het kan niet worden ontkend, dat de rechter zijne overtuiging moet laten meespreken. Welke wettelijke regelen men ook maakt, hoezeer men ook streeft naar objectiviteit door wettelijke vaststelling der bewijsregelen, zeker is het, dat men niet alle oordeel des rechters kan uitsluiten. Het staat vast, dat men de slotsom der bewijsgronden aan het subjectieve oordeel des rechters heeft over te laten.

We vragen echter, sluit dit de mogelijkheid uit om objectieve regelen bij de wet te stellen, welke voor den rechter bij zijn subjectief oordeel bindend zijn?

Niemand ontkent toch, dat er bewijsregelen zijn, en wat is er dan voor bezwaar tegen, de hoofdpunten van de richting in de wet vast te leggen en ze niet ter vaststelling over te laten aan den rechter?

Men bindt toch de overtuiging des rechters aan beide laatste punten en wenscht, dat hij er werkelijk aan gebonden zij, omdat men anders komt tot de conviction-intime. Maar waarom, wanneer men toch gebondenheid eischt, niet eene gebondenheid aan de wet, waardoor, wel is waar veel minder plooibaarheid ontstaat, alleen reeds hierdoor, dat de wet zich minder spoedig aan de rechtsontwikkeling aansluit, maar daarentegen, dat er geen lichtvaardig oordeel zal worden geveld?

Men heeft tegen wettelijk bewijs het bezwaar geopperd, dat daarin gelegen zou zijn eene belemmering voor den rechter om de waarheid te vinden.

In zekeren zin is het waar, dat de rechter, wanneer

bij door wettelijke regelen wordt aan banden gelegd, daarin bij zijn onderzoek naar de waarheid belemmering vindt, maar zeker is het waar, dat hij tevens meer gevrijwaard wordt tegen het verstrikt raken in onwaarheden.

Het is juist, dat men bij het leveren van bewijs buiten den rechter vaak genoeg neemt met de enkele overtuiging, maar wij meenen, dat de beste overtuiging voor het leveren van bewijs in strafzaken onvoldoende is.

Reeds meermalen is er, ook in dit tijdschrift op gewezen, dat men nog zoo vast overtuigd kan zijn van iemands schuld en dat wanneer gevraagd wordt, „durft ge daarop veroordeelen”, het antwoord moet luiden, „neen, dat niet”. Er is hiervoor nog wat meer noodig.

De voorstanders van de vrije bewijsleer zeggen, dat de overtuiging met redenen omkleed moet zijn, maar, vragen we, ligt in deze gebondenheid dan geen belemmering voor het zoeken naar waarheid?

Wanneer er van de overzijde geen genoeg genomen wordt met de bloote, aan niets gebundene overtuiging, maar wanneer men eischt, dat deze zal steunen op bepaalde gronden, dan zien we niet in, waarom het zoeken naar de waarheid op deze wijze niet belemmerd wordt en wel wanneer men die gronden in de wet vastlegt. Dat er in wettelijk bewijs eene uitsluiting van bewijsmiddelen zou gelegen zijn, zooals men verder zegt, kan evengoed aangevoerd worden tegen de andere theorie der rechterlijke overtuiging, n.l. de vrije bewijsleer.

Wanneer men den rechter niet de volle vrijheid laat om naar innerlijke overtuiging te werk te gaan, zal men steeds stuiten op het bezwaar van uitsluiting van bewijsmiddelen, bij de vrije bewijsleer wel is waar minder dan bij de wettelijke, maar toch evenzeer.

Ten aanzien van de bedenking, dat de wettelijke bewijsleer uit den aard der zaak onvolledig moet zijn,

zij alleen opgemerkt dat het nu eenmaal aan de wet niet gegeven is, om op welk gebied ook, volledig te zijn. Zegt men, ze is ten aanzien van het bewijs al zeer onvolledig, dan merken we op, dat het ook in deze niet het minst hare bedoeling was volledig te zijn. Ze stelt slechts hoofdregels, die de rechter als minimum heeft te eerbiedigen, de rest, evenals de vrije bewijstheorie, aan zijne prudentie overlatend.

Reeds vroeger hebben we gezegd en we herhalen het hier, dat het inzake bewijs nu eenmaal onmogelijk is alles wettelijk te regelen, zooals de oude wettelijke bewijisleer het deed.

Wanneer men nu dit standpunt ter zijde laat, moet elke bewijstheorie bij de wet onvolledig zijn.

Wat betreft de vaak gehoorde bedenking, dat wettelijk bewijs den rechter zorgeloos zou maken, ten aanzien hiervan kan worden opgemerkt, dat eene zoodanige bedenking niet pleit voor den rechter.

We nemen aan, dat onze rechters nog wel zooveel verantwoordelijkheidsgevoel hebben, dat welke regeling bij de wet ook hen niet minder oplettend en nauwgezet zal maken.

Zeer vaak hoort men de opmerking, dat in het maken van wettelijke bewijsregelen zou gelegen zijn een wantrouwen in den rechter, die men beneden het wettelijk minimum in het geheel niet vertrouwt, terwijl men hem overigens de gewichtigste beslissingen doet nemen.

We kunnen volstaan met te zeggen, dat aldus gereedeerd, uit iedere wettelijke regeling wantrouwen spreekt.

Hoewel in de bespreking van het contra, reeds een gedeelte van het pro ligt opgesloten, willen we dit toch nog eenigszins aanvullen.

Ons hoofdbezwaar is en blijft, dat de beste rechter een kortzichtig mensch is, die men, zonder eenige gebonden-



heid aan de wet in zake een zoo gewichtig punt als het bewijs in strafzaken, te veel macht verleent.

Men dient den rechter in de vestiging zijner overtuiging omtrent schuld of onschuld niet geheel aan eigen inzichten over te laten. De regelen van het bewijs, die te putten zijn uit wetenschap en ervaring behooren, met behoud van een zekere vrijheid voor den rechter, in de wet te worden vastgelegd.

De wetgever moet hem rekenschap vragen van de wijze waarop hij tot zijne overtuiging komt. Voorstanders der vrije bewijsleer geven toch toe, dat het kenmerk der waarheid niet gelegen is in de overtuiging, maar in de wijze waarop zij verkregen is.

Overtuiging mag niet alleen steunen op subjectieve gronden, de wet moet objectieve criteria stellen.

Men zal van de zijde der voorstanders eener vrije bewijsleer zeggen, „maar het is in het minst onze bedoeling niet den rechter alleen aan subjectief gevoel over te laten, wij willen immers, dat hij zijn subjectief oordeel vestigt op objectieve criteria”. Maar, vragen wij, vreest men dan niet, dat de rechter, wanneer de wet hem op geenerlei manier bindt, door zelve criteria vast te stellen, zal kunnen vervallen tot zuiver subjectieve overwegingen?

Het kan den rechter, die zijne menschelijke kortzichtigheid kent, niet anders dan aangenaam zijn, wanneer de wet hem vrijwaart tegen oogenblikkelijke indrukken, tegen te levendige verbeelding, tegen dwaling en willekeur.

Het is den mensch nu eenmaal niet gegeven om met volkomen zekerheid het ware van het valsche te onderscheiden, hij is ieder oogenblik tot struikelen geneigd.

Aangenomen moet worden, dat de wetgever evenmin als de rechter in staat is absoluut ware regelen te geven.

Ook de rechtsbestellende Overheid, d.i. de wetgever, bestaat uit kortzichtige en zondige schepselen, maar, zeiden we, de wijze waarop bij ons de wet tot stand komt, biedt grootere waarborgen, dan die kunnen verkregen worden, wanneer men de geheele vorming van het bewijs overlaat aan den rechter.

Heeft men er verder van de zijde der vrienden van de vrije bewijsleer, die meenen dat wettelijke bewijsregelen het onderzoek naar de waarheid zoozeer belemmeren, wel aan gedacht, dat dit onderzoek aan den kortzichtigen rechter alleen overgelaten, wel eens kon uitloopen, niet op het vinden van waarheid, maar slechts van waarschijnlijkheid?

Hoewel wettelijk bewijs, als zijnde menschenwerk, niet in staat is om in alle gevallen tot het vinden van de absolute waarheid te leiden, zal daardoor toch meer onzekerheid en willekeur dan bij de vrije bewijsleer mogelijk is, uitgesloten worden.

Al zijn we volstrekt niet van meening, wat somtijds door verdedigers van wettelijk bewijs wordt gezegd, dat de vrije bewijsleer *moet* uitloopen op willekeur en op eene jury, zoo meenen we wel, dat het gevaar hiervoor wordt weggenomen, indien men den rechter ten minste aan een minimum van wettelijke regelen bindt.

Dat het vertrouwen in den rechter mede hiermede zal worden verhoogd, is te verwachten.

Men wenscht terecht, dat er een zekere band besta tusschen rechter en volk, dat beide elkander kennen en verstaan en niet het minst, dat men vertrouwen stelt in eerstgenoemde.

Een groote waarborg voor eene goede rechtsbedeeling ligt ongetwijfeld in de mate van vertrouwen, die het volk in zijne rechters stelt.

Naarmate de mogelijkheid van willekeur vermindert, de

zekerheid toeneemt, zal het vertrouwen worden verhoogd.

Eene bron van onzekerheid moet ook gelegen zijn in de omstandigheid, dat de vrije bewijsleer, wil ze den Hoogen Raad niet maken tot een wetgevend college, dat eigener beweging eenheid in de rechtspraak brengt, in vele gevallen cassatie uitsluit.

Terecht heet het bij Mr. DE RIDDER (1), waar hij spreekt over de gevolgen van een vrije bewijsleer in verband met cassatie „Gevolg alzoo: onzekerheid, ongelijkmatigheid in rechtspraak, die niet is te verhelpen. Want immers, waar de wet geen bewijsmiddelen aangeeft, kan ook geen cassatie wegens schending op dit punt worden te hulp geroepen”.

Wat hierboven gezegd is omtrent het voor en tegen van eene wettelijke bewijsleer, was, we erkennen het gaarne, zeer cursorisch. De bedoeling is ook niet geweest eene eenigszins volledige uiteenzetting van de verschillende argumenten te geven, want aangenomen mag worden, dat zij, die studie van deze materie maakten, door de groote hoeveelheid van wat op dit gebied reeds ten beste is gegeven, voldoende op de hoogte zijn.

Wil men eene bredere uiteenzetting, men sla o.a. de bovengenoemde bekroonde prijsvraag van Mr. W. MODDERMAN na.

Onze bedoeling was alleen om door eene korte uiteenzetting van enkele argumenten ons standpunt ten opzichte van het bewijs aan te geven.

En nu iets over de bepalingen onzer wet.

Titel XXI van het Wetboek van Strafvordering handelt in de artt. 391—409 over het bewijs in strafzaken.

In art. 391 vindt met het hoofdbeginsel onzer bewijsleer.

(1) Mr. N. DE RIDDER: Opmerkingen over bewijs en bewijsleer in strafzaken, t. a. p. 283.

Deze bepaling, de grondslag der negatief-wettelijke bewijsleer, die de rechterlijke overtuiging bindt aan wettelijke bewijsmiddelen, behoort behouden te worden.

Het woord „bewijsmiddel” dient echter door een ander vervangen.

Door Mr. POLS (1) is er reeds uitvoerig op gewezen dat het woord „bewijsmiddel” ontleend is aan de positief-wettelijke bewijsleer en in het minst niet past in een stelsel, dat naast wettelijk bewijs de overtuiging des rechters vordert. „Zelfs de naam dien ze dragen, bewijsmiddelen”, zoo heet het, „is onnauwkeurig, omdat ze in werkelijkheid niet zijn middelen van bewijs. Het verschil tusschen de positieve en de negatieve bewijsleer, tusschen formeel en materieel bewijs, ligt juist hierin, dat volgens de eerste het bewijs geleverd wordt door de bewijsmiddelen, de bewijskracht in die middelen gelegen is, terwijl volgens de tweede de bewijskracht uitsluitend ligt in de bewijsgronden, in de feiten welke door die middelen ter kennis van den rechter worden gebracht, het bewijs door die feiten wordt geleverd.”

De bewijskracht van het z.g.n. „bewijsmiddel”, ligt niet in het middel maar in den inhoud.

De bewijskracht is alleen te zoeken in de feiten, die met behulp van het z.g.n. „bewijsmiddel” ter kennis van den rechter komen.

Mr. POLS drukt dit aldus uit: „Het bewijs berust niet op het formeel deugdelijke van het middel, maar op de waarheid der erkende feiten, die de rechter dan ook verplicht is alsnog aan eene nadere toetsing te onderwerpen. De z.g.n. bewijsmiddelen zijn niets dan middelen, waardoor een aantal feiten ter kennis wordt gebracht van

---

(1) Mr. M. S. POLS: De wettelijke bewijsleer in strafzaken, t. a. p. blz. 373 volg.

den rechter, die na eene zorgvuldige toetsing van de interne waarheid, ze bezigt tot vestiging van zijne overtuiging omtrent het werkelijk bestaan eener strafbare handeling en de schuld des beklagden”.

In verband met bovenstaande opmerkingen, dient bij eventueele wetswijziging art. 392 veranderd te worden.

Reeds herhaaldelijk is er in leerboek en verhandeling op gewezen, dat aanwijzingen, die de wet onder de z.g.n. „bewijsmiddelen” rangschikt, dienen te worden beschouwd als bewijsgronden, wier bestaan door andere z.g.n. bewijsmiddelen moet worden bewezen.

Al kan hierdoor slechts in enkele gevallen eenig direct bewijs voor een gepleegd misdrijf worden geleverd, toch dienen, naast bekentenis, getuigenbewijs en schriftelijke bescheiden, in de wet inplaats van aanwijzingen te worden genoemd: persoonlijk onderzoek of bezichtiging door den rechter.

En nu een woord over de verschillende bij de wet genoemde z.g.n. „bewijsmiddelen” in het bijzonder.

De wet noemt in de eerste plaats in de artt. 396—399 *getuigenbewijs*, slechts enkele bepalingen dus, alleen handelende over de bewijskracht, terwijl men elders in de wet vindt hetgeen verder op dit onderwerp betrekking heeft.

Aanbeveling zou het verdienen, voor zoover dit ten minste mogelijk is, de verschillende verspreide bepalingen samen te brengen.

Niet ten onrechte noemt men vaak het bewijs door getuigen het voornaamste.

Zeker is het het meest voorkomende. In bijna ieder strafgeding ziet men, voorzoover men het niet uitsluitend met aanwijzingen heeft te stellen, getuigen optreden.

Is het, zooals we boven aantoonde, in het algemeen wenschelijk wettelijke bewijsregelen te stellen, zeker hier.

De rechter moet hier, uitsluitend op eigen oordeel steunende, menigmaal bedrogen uitkomen.

Van de gevallen, dat men opzettelijk niet de volle waarheid zegt, gezwezen, kan het niet anders of het moet vaak voorkomen, dat men geheel te goeder trouw niet precies getuigt.

Het is volstrekt geene gemakkelijke taak om wat men gezien, gehoord of waargenomen heeft, juist weer te geven. Hiervoor is veel oefening en ervaring noodig, eene zekere onbevangenheid en kalmte, die men bij de meeste getuigen niet mag veronderstellen. Het is toch voor zeer velen een evenement om voor te komen. Vaak zijn het hoogst eenvoudige lieden, die er in het minst niet voor berekend zijn scherp en duidelijk hunne gedachten weer te geven.

Al moge de rechter ook nog zoozeer de persoonlijke overtuiging krijgen, dat wat men zegt overeenkomt met het gebeurde, eene veroordeeling hierop te gronden gaat zeker te ver.

De wet heeft regelen gesteld, waaraan de rechter zich heeft te houden.

In de eerste plaats art. 396 en de daarmede in verband staande wettelijke uitsluitingen.

Het dient nauwkeurig in de wet te worden vastgesteld, wie getuigenis kan afleggen.

Met het oog op het belang der getuigenis en de mogelijke onbetrouwbaarheid om de redenen boven aangestipt behoort men in de eerste plaats de getuigen door den eed te plaatsen voor het aangezicht van een alwetend God.

Er is in den laatsten tijd overvloedig geschreven over den eed, zoodat wij ons hier ontslagen achten van den plicht om nader over dit punt te handelen.

Wat betreft de bepaling van art. 162, waar bloed- en aanverwanten alsmede de tegenwoordige en vroegere

echtgenoot van den beklagde van het doen van getuigenis worden uitgesloten, deze behoort te vervallen, daar het geen zin heeft zulke personen onvoorwaardelijk en voor alle gevallen het afleggen van getuigenis te verbieden. Voldoende is het hun, evenals aan de in art. 163 genoemde personen, het recht te geven zich als getuigen te verschoonen.

Geene wettelijke bepaling kan den rechter verhinderen om wie ook, tot het geven van inlichtingen te hooren. Wel kan en moet de wet uitdrukkelijk bepaalde groepen van personen van het afleggen van beëdigde getuigenissen uitsluiten, wat ze ook reeds doet in art. 164.

Wenschelijk ware het in dit artikel de volgende wijzigingen aan te brengen en dus de bedoelde uitsluitingen aldus te regelen. „Naar het oordeel des rechters, kunnen alleen tot het geven van inlichtingen buiten eede worden gehoord, krankzinnigen en kinderen, die niet in staat zijn de beteekenis en het gewicht van den eed en van eene verklaring in rechte te begrijpen”.

Het verdient verder aanbeveling de bepaling van art. 165 wat betreft de meenedigen geheel te laten vervallen.

Personen toch, die zich aan meened hebben schuldig gemaakt, behooren onder geenerlei omstandigheid te worden gehoord, immers dezulken, die door den eed geplaatst voor het aangezicht van den Allerhoogsten Rechter, zich niet hebben ontzien valschelijk te getuigen, verdienen in geen enkel opzicht vertrouwen meer. De wetgever behoort zich niet anders dan straffend met hen in te laten.

Niet wel is het in te zien, waarom personen, die tot gevangenisstraf zijn veroordeeld of tegen wie eene vervolging is ingesteld, van het geven van getuigenis onder eede absoluut moeten zijn uitgesloten. Wanneer hunne veroordeeling of vervolging in geenerlei verband staat met

eenig misdrijf, dat het vertrouwen in hunne getuigenis kan schokken, bestaat er geenerlei reden voor uitsluiting.

De veel bestreden bepaling van art. 397, dat op de enkele getuigenis van één persoon niet mag worden veroordeeld, is volstrekt niet overbodig.

Al moet men, op historischen grond en krachtens de woorden der wet, aannemen, dat zoo de enkele getuigenis van één persoon niet op zich zelf staat, maar van elders bevestiging vindt, die getuigenis als wettelijk bewijs moet gelden, verdient het toch aanbeveling bij eventueele wetswijziging duidelijk te doen uitkomen, dat in geen geval de getuigenis van een enkel persoon voldoende is.

Reeds meermalen is er op gewezen, dat de mensch nu eenmaal een feilbaar schepsel is, wiens getuigenis steeds kan falen.

Het is natuurlijk zeer wel mogelijk, dat ook de getuigenissen van twee personen onjuist zijn, maar dit is zeker, dat de kans op vergissing minder wordt, vooral wanneer men de verdere wettelijke bepalingen betreffende getuigen onaangetast laat.

Men bezit in de dubbele getuigen een voortreffelijk middel tot toetsing der waarheid. Dit moet men niet uit het oog verliezen.

Daar er over den inhoud der bepalingen van de artt. 398 en 399 wel weinig meeningsverschil zal bestaan kunnen ze verder met stilzwijgen worden voorbijgegaan. Deze nuda praecepta zouden gevoeglijk uit de wet kunnen verdwijnen.

In verband met het voorafgaande een enkel woord over de bepaling van art. 409, betreffende de kracht van onbeëdigde verklaringen.

Volgens onze wet geldt als regel, dat onbeëdigde verklaringen geen volkomen geloof verdienen en slechts als toelichting mogen worden in aanmerking genomen.



Het nut van deze verklaringen is om bekend te worden met feiten, die langs anderen weg kunnen worden bevestigd.

Hoewel de redactie van het artikel behoort verduidelijkt te worden, zoodat meeningsverschil uitgesloten is, dient als beginsel gehandhaafd de opvatting, dat de onbeëdigde verklaring elke kracht van bewijs mist.

En nu iets over de *bekentenis*.

Het lijkt ons zeer juist gezien van den wetgever in de artt. 403 en 404 het beginsel vast te leggen dat de bloote bekentenis geene waarde als bewijsmiddel heeft, wanneer ze niet van elders bevestigd wordt (1).

Juist omdat er voor den rechter zooveel aanleiding bestaat aan eene bekentenis groote waarde te hechten is het van veel belang, dat men hier scherp toezie.

Al komt het misschien niet vaak voor, het gebeurd toch, dat men om welke reden dan ook eene geheel onware bekentenis aflegt.

Ten aanzien van *schriftelijke bescheiden*, zij alleen opgemerkt, dat art. 401, dat aan ambtseedige rapporten volledige bewijskracht toekent, als in strijd met de bepaling, dat de enkele getuigenis van een persoon niet als wettelijk bewijs geldt, behoort te vervallen.

Daar we echter gevoelen, dat op deze wijze de behandeling van kleine strafzaken voor den kantonrechter eene onmogelijkheid wordt, zou men ter wille van de praktijk kunnen bepalen, dat als uitzondering bij zeer kleine strafgedingen, verklaringen, verbalen en relazen op ambtseed opgemaakt of nader beëdigd als volledig bewijs kunnen gelden. Wel is dit in strijd met het verdedigde beginsel, maar, het kan niet anders, wil

(1) Mr. N. DE RIDDER, hoewel voor het behoud van wettelijk bewijs ijverende, is van gevoelen, dat de bloote bekentenis wel als bewijs moet worden aangenomen. Zie het m. g. artikel: Opmerkingen over Bewijs en Bewijsleer in Strafzaken, t. a. p. blz. 290 volg.

men de kantonrechtspraak niet tot eene onmogelijkheid maken.

Men zorge er echter voor, dat men den regel voor alle eenigszins belangrijke zaken handhaaft en de inbreuk daarop uitdrukkelijk beperkt tot die gevallen, waarin de praktijk de toepassing van het beginsel in vollen omvang verbiedt.

Wat betreft de bepaling der wet in de artt. 406—408, handelende over aanwijzingen, ten opzichte hiervan kunnen we ons van het maken van opmerkingen onthouden.

De aanwijzing toch, hoewel in vele processen het voornaamste middel zijnde, waarop de rechter bij het onderzoek naar het gebeurde moet afgaan, behoort, zooals we reeds opmerkten, niet tot het wettelijk bewijs.

In het laatste gedeelte van ons opstel sprekende over de wettelijke bepalingen inzake het bewijs, beoogden we geenszins volledigheid, wat men dan ook terecht kan zeggen, dat op verre na niet is geschied. De bedoeling was alleen om te doen blijken, dat het behoud der wettelijke bewijstheorie in ons Wetboek van Strafvordering belangrijke wijzigingen vordert.

*Utrecht*, Januari 1911.

#### NASCHRIFT.

Na het gereed komen van bovenstaand opstel verscheen in het *Tijdschrift voor Strafrecht* eene verhandeling over het bewijs van de hand van Mr. DOMELA NIEUWENHUIS (1), waarin deze zich eveneens doet kennen als een voorstander van wettelijk bewijs.

---

(1) Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS: Het bewijs in strafzaken in de Nederlandsche Juristenvereniging, in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1911, dl. XXII, blz. 35 volg.

### Pothier en het annale bezit.

---

Hoe meer men de bepalingen van den Titel over het Bezit vergelijkt met hetgeen POTHIER in zijn *Traité de la Possession* omtrent dat bezit leert, des te meer wordt men doordrongen van de juistheid van de meening van KAPPEIJNE (1) dat onze wetgever zijne bepalingen grootendeels aan dien Franschen jurist heeft ontleend. Niet alleen de inhoud, maar dikwijls zelfs de woorden van een artikel zijn in den *Traité de la Possession* terug te vinden. Daarom is het voor de uitlegging van onzen titel van het grootste belang POTHIER niet alleen goed te kennen maar ook hem te begrijpen. Het lijkt mij daarom geen nuttelooze poging om eens na te gaan of en in hoever POTHIER de leer van het annale bezit heeft aanvaard. Ja ik zou haast zeggen, dat als er één onderwerp is waarbij het gewenscht is POTHIER te raadplegen, het dan wel het annale bezit is. Immers juist de bepalingen die op de leer van het annale bezit schijnen te berusten, omdat daarin van het genot van een jaar wordt gesproken, n.l. de artt. 601 en 2015, zijn bij POTHIER terug te vinden (2). De groote vraag is nu deze: zijn die artikelen als uitvloeisels van de leer van het annale bezit te beschouwen, mag men aannemen, dat juist uit die bepalingen blijkt, dat onze wet die leer heeft aanvaard, of moeten ze als

---

(1) KAPPEIJNE in *Themis* 1870, blz. 352 vgg.

(2) Alleen met art. 603 (verlies van het bezit van onlichamelijke zaken) is dit niet het geval.

op zich zelf staande bepalingen worden beschouwd en niet verder worden uitgebreid tot andere dan de uitdrukkelijk genoemde gevallen? Wanneer men bedenkt, dat er bij onze schrijvers verschil van meening bestaat omtrent de vraag of POTHIER het annale bezit heeft gekend, dat eenerzijds KAPPEIJNE (1), LAND (2) en SCHOLTEN (3) aannemen, dat dit wèl het geval is geweest, doch anderzijds CONINCK LIEFSTING (4) de vraag ontkennend beantwoordt, dan ligt de conclusie voor de hand, dat POTHIER op dit punt niet al te duidelijk is. Bij de bestudeering van den *Traité de la Possession* ben ik in die meening versterkt. Het bleek mij, dat POTHIER eigenlijk zonder zich daarvan voldoende rekenschap te geven, tweëerlei stelsel naast elkander heeft opgenomen en dat de poging om éénheid in de verschillende uitspraken te brengen vruchteloos is. Ter rechtvaardiging van dit oordeel diene het volgende.

Wanneer men de eerste vier hoofdstukken, waarin de aard en de verschillende soorten van het bezit, de bezitsgreken, de voorwerpen, de verkrijging en het behoud van het bezit behandeld worden, heeft doorgelezen, dan twijfelt men er niet aan, of de bezitsleer van POTHIER is door en door Romeinsch. Ja men zou niet overdrijven, wanneer men zou beweren, dat POTHIER ons een overzicht geeft van het Romeinsche bezitrecht. Bijna zonder uitzondering toch wordt, onmiddellijk achter de beschouwing omtrent een bepaald punt, de uitspraak van een Romein-

---

(1) KAPPEIJNE t. a. p.

(2) LAND, Inleiding blz. 165 n. 3.

(3) SCHOLTEN in zijne bewerking van den vierden druk van ASSER II, blz. 40 en 53.

(4) CONINCK LIEFSTING, De Algemeene Beginselen van het Bezitrecht enz., blz. 251 en 328.

schen jurist medegedeeld, die met die beschouwing overeenstemt. Geen woord hier over annaal bezit (1). In n<sup>o</sup>. 39 lezen wij: „Pour acquérir la possession d'une chose, il faut la volonté de la posséder, jointe à la préhension de cette chose”; achter deze uitspraak wordt onmiddellijk L. 3 § 1 D. de acq. poss. aangehaald. Dat bij bezitsverkrijging van onroerende goederen, althans van die welke reeds in het bezit van een ander zijn, iets meer, bepaaldelijk bezit van jaar en dag vereischt is, wordt in het Hoofdstuk over de bezitsverkrijging nergens gezegd. Wel wordt in n<sup>o</sup>. 41 opgemerkt, dat er verschil bestaat tusschen occupatie van onroerend goed met en occupatie zonder toestemming van den vorigen bezitter, maar dit verschil is geen ander dan dat, wat ook in L. 3 § 1 en L. 18 § 4 D. h. t. wordt gemaakt, welke plaatsen dan ook worden aangehaald. In geval van toestemming van den vorigen bezitter „je suis censé avoir acquis la possession de tout l'héritage, aussitôt que j'y

---

(1) Men zou kunnen meenen, dat er op wordt gezinspeeld in n<sup>o</sup>. 10 waar men leest: «Quoique le possesseur ne produise aucun titre de sa possession, lorsqu'elle a duré un temps assez considérable pour en faire présumer un, ne paraissant d'ailleurs aucun vice dans cette possession on ne la doit pas regarder comme absolument déstituée de titre, étant censée procéder d'un titre présumé: elle est, en conséquence, une possession civile, et non une possession purement naturelle”. Maar vooreerst wordt hier niet de termijn van een jaar genoemd, en dan loopt het hier over den *titel* van het bezit. Wat POTHIER hier bedoelt blijkt uit den *Traité de la Prescription*. In n<sup>o</sup>. 172 van dezen *Traité* wordt gezegd, dat voor de dertigjarige verjaring geen *titel* vereischt wordt, en als reden daarvan wordt opgegeven: «Le seul laps du temps fait présumer que la possession procède d'un juste titre dont on a perdu la mémoire, et dont l'acte s'est égaré, tant que le contraire ne paraît pas». Deze woorden slaan blijkbaar terug op de woorden van n<sup>o</sup>. 10 van den *Traité de la Possession*.

suis entré et que j'y ai mis le pied", in het tegenovergestelde geval is het anders: „cet usurpateur n'acquiert la possession que pied à pied, des parties de l'héritage dont il s'empare". Behoudens dit verschil wordt het bezit van een erf, ook al is het in bezit bij een ander, dus verkregen door occupatie, en wel onmiddellijk. Wie er nog aan twifelen mocht wordt geheel overtuigd door hetgeen hij in n<sup>o</sup>. 2 leest: „La possession est un fait, plutôt qu'un droit dans la chose qu'on possède. *Un usurpateur a véritablement la possession de la chose dont il s'est emparé injustement; (1) il est néanmoins évident qu'il n'a aucun droit dans cette chose*".

Wij komen thans tot het Vijfde Hoofdstuk, dat over het verlies van het bezit handelt. Aanvankelijk wordt weder de oude methode voortgezet. Wij hooren, dat het bezit verloren gaat met of tegen den wil van den bezitter; dat het eerste geval zich weder splitst in twee andere, de traditie en de derelictie, en dat het bezit van een erf tegen onzen wil verloren gaat door gewelddadige ontzetting; en dit alles is als steeds behoorlijk met Romeinsche plaatsen gedocumenteerd. Maar dan vernemen wij, ditmaal zonder een Romeinsch citaat, in n<sup>o</sup>. 76: „Une seconde manière dont nous perdons malgré nous la possession d'un héritage, est lorsque nous la laissons usurper par quelqu'un qui s'en est mis en possession et en a joui pendant un an et jour, sans que nous ayons, de notre part, fait pendant ce temps aucun acte de possession, et sans que nous ayons apporté de notre part, aucun trouble à sa jouissance; car, par cette jouissance d'an et jour, il a acquis la possession, et nous a, par conséquent, fait perdre

---

(1) De cursiveeringen in de aangehaalde woorden van POTHIER zijn altijd van mij, behalve bij de Latijnsche citaten, die reeds door POTHIER gecursiveerd zijn.

*la nôtre*". Dat deze beschouwing afwijkt van die welke in het vorige hoofdstuk wordt gevonden, springt in het oog. Die afwijking wordt echter met geen woord gerechvaardigd, laat staan verklaard. Zoo treffen wij dus bij POTHIER dezelfde antinomie aan, die men in onze wet heeft gemeend aan te treffen (1); eenerzijds heet het, dat het bezit onmiddellijk door occupatie verkregen wordt; anderzijds wordt geleerd, dat het bezit eerst verloren gaat na verloop van een jaar, sedert de inbezitting door dengene, die zich van het onroerend goed heeft meester gemaakt. Zeker echter is het, dat de laatst aangehaalde plaats wel een van de sterkste argumenten oplevert vóór de stelling dat POTHIER de leer van het annale bezit heeft aanvaard. Wij komen er dan ook op terug.

Maar zoeken wij eerst verder naar andere bewijspplaatsen. Wij komen dan bij een hoofdstuk, dat zeker wel als het belangrijkste voor dit onderwerp moet worden beschouwd, n.l. het zesde, waarin de leer van de bezitsactiën ontvouwd wordt. De aanhalingen uit het Romeinsche Recht verminderen hier in aantal, en worden dikwijls door aanhalingen uit de Fransche Coutumes vervangen. Hier bevinden wij ons dus zeker meer op Germaanschen bodem. Geen wonder dan ook dat het in n<sup>o</sup>. 94 als vanzelf sprekend beschouwd wordt, dat hij, die de complainte wil instellen wegens stoornis in het bezit van eene algemeenheid van roerende zaken, daarvan moet hebben „joui pendant an et jour” (vg. ons art. 601 laatste lid). Maar welke zijn nu de voorwaarden voor het instellen van de complainte in het algemeen? Behoort daartoe het bezit van jaar en dag? Neen, in het algemeen niet.

---

(1) Zie hierover blz. 217 noot van de door mij bewerkte derde uitgave van OPZOOMER, dl. III, Eerste stuk.

„Il suffit donc que quelqu'un ait de fait la possession d'un héritage, quelle que soit sa possession, pour qu'il soit fondé à intenter la plainte contre tous ceux qui l'y troublent, quelqu'ils soient: *Qualiscumque possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet*; l. 2 uti possid." lezen wij in n<sup>o</sup>. 95 dat volkomen overeenstemt met § III Hoofdstuk III van het 2<sup>e</sup> deel van den *Traité de la Procédure Civile*, waar zoo mogelijk nog iets duidelijker uitkomt, dat elk bezit, mits het slechts een bezit „*animo domini*” is, voldoende is voor het instellen eener plainte (1). Maar daarop volgt nu in n<sup>o</sup>. 96 eene uitzondering, die ook in den *Traité de la Procédure Civile* t. a. p. gemaakt wordt, en die hierop neerkomt: „Il faut excepter de cette règle les possesseurs qui ont usurpé leur possession, soit par violence, soit par des voies clandestines, ou dont la possession est précaire, lesquels ne sont pas fondés à former la plainte contre celui sur qui ils ont usurpé la possession par ces voies, ni contre celui de qui ils la tiennent précairement. Mais ces possesseurs sont fondés à la former contre des tiers. C'est ce qu'enseigne Ulpien. Quod ait praetor in interdicto, *NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDEBIT, hoc eo pertinet ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc quod ab eo possidet, vincere: has enim possessiones non debere proficere palam est: l 1 § fin. dict. tit.* C'est ce que prétendait notre ancienne Coutume d'Orléans, par ces termes: *On acquiert possession en jouissant par an*

(1) «Quelle que soit la possession en laquelle quelqu'un est troublé, juste ou injuste, de bonne ou de mauvaise foi, qu'elle procède d'un titre, ou qu'elle soit sans titre, elle donne lieu à la plainte, pourvu qu'on ait possédé *animo domini*.»



*et jour, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario; lesquels termes n'ont été retranchés, lors de la réformation, que comme superflus, et devant être suffisamment sousentendus*'.

Men vergeve mij dit lange citaat, dat ik echter noodzakelijk in zijn geheel moet weergeven. Het is in meer dan één opzicht merkwaardig. Merkwaardig is het voor- eerst hierom, omdat men hier het Germaansche Recht onmiddellijk naast het Romeinsche geplaatst, ja als het ware daarmede vermengd en daardoor verklaard ziet. Maar in de tweede plaats is deze passage van POTHIER merkwaardig, omdat ze een zeer eigenaardige opvatting van het annale bezit te aanschouwen geeft. De Fransche jurist is blijkbaar van meening, dat dat vereischte van annaal bezit niets nieuws is, maar dat daardoor in een anderen vorm een beginsel wordt gehuldigd, dat ook reeds in het Romeinsche Recht erkend was. Wie het bezit door geweld, heimelijk of ter bede heeft verkregen kan daarin niet worden gehandhaafd tegen dengene, van wien hij het bezit aldus verkregen heeft; na verloop van een jaar zijn die bezitsgebreken echter uitgewischt. Men kan dit nu ook aldus uitdrukken: in dergelijke gevallen heeft de nieuwe bezitter eerst na verloop van een jaar het bezit verkregen ten opzichte van den vorigen bezitter. Het is dan ook op grond van deze plaats, dat CONINCK LIEFSTING beweerd heeft, dat POTHIER het annale bezit niet heeft erkend. Volgens genoemden schrijver heeft POTHIER het annale bezit eigenlijk „weggeredeneerd”, door het n.l. te verklaren door de zgn. *exceptio vitiosae possessionis* (1).

Zijn wij nu verplicht de conclusie van dien rechtsgeleerde te aanvaarden? Zeker is het volkomen juist, dat

(1) Ook ons art. 601. 1o. verklaart CONINCK LIEFSTING door de *exceptio vitiosae possessionis*. Zie blz. 330 n. 232.

POTHIER in dat n<sup>o</sup>. 96 het annale bezit uit de exceptio vitiosae possessionis verklaard heeft, maar dan toch ook alleen in dat n<sup>o</sup>. 96. In n<sup>o</sup>. 76 toch, waar gesproken werd over bezitsverlies door usurpatie vinden wij het beginsel van het annale bezit veel algemeener uitgedrukt. En bijna nog algemeener vinden wij het vereischte in n<sup>o</sup>. 102, alwaar wij lezen: „Lorsque je suis ainsi troublé dans la possession que j'ai d'un héritage, je ne dois pas laisser passer l'année depuis le trouble, sans former la plainte contre celui qui a fait le trouble, ou sans m'opposer de fait à son entreprise, putà, en détruisant ce qu'il a fait sur mon héritage; autrement, comme la possession s'acquiert en jouissant par an et jour sans trouble, il pourrait prétendre avoir acquis la possession de l'héritage par la jouissance qu'il en aurait eue sans trouble par an et jour.”

Nu is er reeds door SCHOLTEN (1) terecht de aandacht op gevestigd, dat zelfs wanneer men het beroep op de exceptio vitiosae possessionis aan den termijn van een jaar gebonden acht, er toch nog twee verschilpunten bestaan tusschen het beroep op deze exceptie en het beroep op het ontbreken van annaal bezit. De exceptie toch kan alleen worden tegengeworpen door dengene, van wien het bezit op vitieuse wijze verkregen is, zoodat de vitieuse bezitter wel dadelijk een actie heeft tegen derden. Maar wanneer annaal bezit voorwaarde is voor de ontvankelijkheid der bezitsactie, dan zal het ontbreken daarvan ook door ieder kunnen worden tegengeworpen. En in de tweede plaats bestaat er een verschil in den bewijslast, daar de feitelijke grondslag van de exceptie bewezen moet worden door den gedaagde, de aanwezigheid van annaal bezit echter door den eischer.

(1) T. a. p. blz. 55.

Ik zou echter nog op een derde verschilpunt willen wijzen, waardoor nog duidelijker uitkomt, dat het eigenlijk twee geheel verschillende voorstellingen zijn, die niet met elkander verward mogen worden. Ik bedoel n.l. dit. Het vereischte van annaal bezit geldt niet alleen dan, wanneer de indringer het bezit door geweld, heimelijk of ter bede heeft verkregen, maar altijd, ook dan wanneer niet een van die drie bezitsgebreken aanwezig is. Juist uit dat n<sup>o</sup>. 76 kan dit duidelijk blijken. Immers er wordt daar verondersteld, dat wij het erf „*laissons usurper* par quelqu'un qui s'en est mis en possession". Hier wordt dus niet in de eerste plaats, misschien zelfs in het geheel niet gedacht aan een wijze van bezitsverkrijging als door den Romeinschen praetor was bedoeld, toen hij de formule „*nec vi, nec clam, nec precario*" in het Interdictum Uti Possidetis opnam. De gewelddadige ontzetting wordt zelfs door de beide voorafgaande nummers uitdrukkelijk uitgesloten. Maar ook op precarium of heimelijke inbezittingen kunnen de woorden *laissons usurper* niet doelen. Veeleer wordt hier gedacht aan het geval, dat de bezitter weet, dat een ander zijn erf is binnengedrongen, maar nu in plaats van zijn bezit te doen gelden, de handen in den schoot legt en den indringer een jaar lang het rustig genot laat. Het bezit van den occupant wordt nu door dat tijdsverloop als het ware geconsolideerd, en tegenover den vorigen bezitter is het bezitsverlies gerechtvaardigd doordien hij geacht mag worden „*animo*" er van afstand te hebben gedaan. Wij hebben hier iets dergelijks als bij de acquisitieve verjaring. Maar ik wil er hier uitdrukkelijk op wijzen, dat ook aldus opgevat, het in n<sup>o</sup>. 76 gestelde vereischte van annaal bezit alleen geldt voor de bezitsverkrijging van erven, die in het bezit zijn van een ander. Het wordt dan ook vermeld bij het bezitsverlies. Voor onroerende goederen, die in

niemands bezit zijn is dat vereischte nergens door POTHIER genoemd.

En wat is nu de conclusie uit dit alles? Vooreerst meen ik te hebben aangetoond recht te hebben tot de meening, dat POTHIER ons zijn standpunt in deze niet duidelijk heeft gemaakt. POTHIER was van huis uit Romanist en hij schijnt de beginselen van het Romeinsche Recht gaarne op den voorgrond te hebben gesteld. Maar ook bij hem was de natuur sterker dan de leer. Het beginsel van het annale bezit was nu eenmaal doorgedrongen, en onbewust en als ware het iets vanzelf sprekends, wordt hier en daar aan die „jouissance d'an et jour" herinnerd. Maar hij verzuimde — behalve dan op minder gelukkige wijze in dat n<sup>o</sup>. 96 — zich daarvan behoorlijk rekenschap te geven en zich voor oogen te stellen, dat dit annale bezit niet in overeenstemming was met hetgeen hij elders omtrent het bezit geleerd had.

Maar in de tweede plaats volgt er m. i. voor onze wet uit, dat ook daarin het vereischte van annaal bezit niet *in het algemeen* mag worden gesteld. Had de wetgever de bepaling van art. 601, 1<sup>o</sup>. niet opgenomen, dan zou men èn op grond van art. 594 èn op grond van hetgeen POTHIER over de bezitsverkrijging in Hoofdstuk IV zegt, mogen aannemen, dat bij ons omtrent de bezitsverkrijging van onroerende goederen geen andere regels gelden dan daarvoor ook in het Romeinsche Recht gegolden hebben. Nu hij dit wel heeft gedaan, mag men aannemen, dat hij blijkbaar aan de tweede voorstelling van POTHIER de voorkeur heeft gegeven, en zal men de bepaling ook op dezelfde wijze moeten uitleggen (1). Hetzelfde geldt van de artt. 601, laatste lid en 2015 (2). Maar in het alge-

(1) Zie nader hierover OPZOOMER 3e druk t. a. p.

(2) De bepaling van art. 2015 vindt men terug in den *Traité de la Prescription* n. 39.

meen het vereischte van annaal bezit voor de acties van de artt. 606 en 618 te stellen lijkt mij niet geoorloofd, nu POTHIER dit ook niet blijkt te hebben gedaan, en bovendien in onze wet de bepaling van art. 23 Code de Procédure (1), dat het vereischte wel stelde, is weggelaten.

Mr. JULES GOUDEKET AZN.

---

(1) GARSONNET, *Traité théorique et pratique de Procédure* I 2<sup>e</sup> Ed. (1898) § 368 blz. 630 vgg. gaat zelfs zoover te beweren, dat, daar art. 23 C. d. P. niet onderscheidt, het vereischte van annaal bezit evenzeer voor de réintégrande geldt als voor de complainte, maar de constante jurisprudentie in Frankrijk denkt daar anders over.

### **Het faillissement der vennootschap onder firma en de praktijk.**

Het geding tusschen de Curators van de failliete Arnhemsche Bank en een commanditair Aandeelhouder tot bijstorting gaf mij aanleiding een oude twistvraag onder de oogen te zien. Kent de wet een faillissement van de vennootschap onder firma, afgescheiden van de privé-faillissementen der firmanten? Zoo neen, heeft de vennootschap dan toch een afgescheiden vermogen?

Het onderzoek voerde mij in het goede gezelschap van den Hoogen Raad tot eene bevestigende beantwoording der eerste vraag.

Verder ontstond bij mij het vermoeden, dat de Rechtenbanken zeer verschillende opvattingen hadden over het karakter der vennootschap onder firma, en dientengevolge verschillend handelden bij staking van betaling. Ik besloot heeren Griffiers inlichtingen te vragen. Allen hebben bereidwillig aan mijn verzoek voldaan, waarvoor ik hun hierbij dank zeg.

Uit de antwoorden bleek mij het bestaan eener ongelijke en onzekere rechtsbedeeling. De strekking van onderstaand opstel is om aan te sporen aan dezen ongewenschten toestand een einde te maken en den Hoogen Raad te volgen.

Voor de geldelijke gevolgen bij faillissement is de belangrijkste vraag: heeft de vennootschap onder firma een vermogen, afgescheiden van dat der firmanten. Bij eene bevestigende beantwoording strekt dit vermogen tot

betaling der vennootschapsschuldeischers, terwijl de privé-schuldeischers daarvan niets krijgen, tenzij in het zelden voorkomend geval, dat er na geheele afbetaling der vennootschapsschuldeischers nog een saldo overblijft. De laatste zijn er dus beter aan toe, dan de privé-schuldeischers, die de privé-baten met hen moeten deelen. Het al of niet aannemen van een afgescheiden vermogen heeft ook invloed op den vermogenstoestand der vennoten.

In een noot hoop ik een en ander door een voorbeeld duidelijk te maken (1).

(1) De vennootschap A & B, die hare betalingen staakte, heeft een actief van  $f$  150.000 en een passief van  $f$  200.000. A heeft een privé-vermogen van  $f$  20.400 en aan huisschuld  $f$  1000; B heeft een inboedel ter waarde van  $f$  2200 en ten gevolge van speculaties en malversaties een schuld van  $f$  60.000.

Neemt men een afgescheiden vermogen der vennootschap aan, dan strekt het actief, groot  $f$  150.000 tot betaling der  $f$  200.000 vennootschapsschulden. Er wordt dan 75 pCt. uitgekeerd. Op ieder der privé-boedels blijft drukken:  $f$  200.000 -  $f$  150.000 =  $f$  50.000 vennootschapsschulden.

In den boedel van A is het actief  $f$  20.400. De schulden bedragen  $f$  1000 +  $f$  50.000 =  $f$  51.000. Derhalve wordt uitgekeerd 40 pCt. De vennootschapsschuldeischers ontvangen uit dit faillissement 40 pCt. van  $f$  50.000 of  $f$  20.000. Dit bedraagt 10 pCt. van  $f$  200.000, het geheele bedrag vennootschapsschulden.

In den boedel van B is het actief  $f$  2200. De schulden bedragen  $f$  60.000 +  $f$  50.000 =  $f$  110.000. Derhalve wordt uitgekeerd 2 pCt. De vennootschapsschuldeischers ontvangen uit dit faillissement 2 pCt. van  $f$  50.000 of  $f$  1000. Dit bedraagt  $\frac{1}{2}$  pCt. van  $f$  200.000.

De vennootschapsschuldeischers ontvangen dus: 75 pCt. + 10 pCt. +  $\frac{1}{2}$  pCt. =  $85\frac{1}{2}$  pCt.

De privé-crediteuren van A ontvangen 40 pCt. en die van B 2 pCt.

De tweede vraag is, welke schuldenlast blijft er op A en op B drukken.

A keert uit 40 pCt. en blijft dus schuldig 60 pCt., zijnde over het bedrag zijner schulden, uitmakende  $f$  51.000 =  $f$  30.400. Dit cijfer moet

De Fransche schrijvers en jurisprudentie nemen vrij algemeen de rechtspersoonlijkheid der vennootschap onder

echter verminderd worden met  $f$  1000, die, zooals wij gezien hebben de vennootschapsschuldeischers uit den boedel van B ontvingen. Op A blijft dus drukken een schuldenlast van  $f$  30.400 —  $f$  1000 =  $f$  29.400.

B keert uit 2 pCt. en blijft dus schuldig 98 pCt., zijnde over  $f$  110.000 =  $f$  107.800. Dit cijfer moet echter verminderd worden met  $f$  20.000, die, zooals wij gezien hebben, de vennootschapsschuldeischers uit den boedel van A ontvingen. Op B blijft dus drukken een schuldenlast van  $f$  107.800 —  $f$  20.000 =  $f$  87.800.

Verwerpt men het afgescheiden vermogen, dan wordt de verdeeling gemaakt naar de regelen, omtrent de verdeeling der nalatenschappen gegeven. In iederen boedel komt, aannemende, dat de vennoten voor gelijke deelen in de baten gerechtigd zijn, de helft van het actief der vennootschap en zoude de helft van het passief komen, indien de hoofdelijkheid zich daartegen niet verzette.

Het actief van A bestaat dan uit  $f$  20.400 privé-actief +  $f$  75.000 actief uit vennootschap =  $f$  95.400. Zijn passief wordt gevormd door  $f$  1000 privé-schulden +  $f$  200.000 vennootschappelijke schuld =  $f$  201.000. De uitkeering bedraagt 47,46 pCt.

Het actief van B bestaat dan uit  $f$  2200 privé-actief +  $f$  75.000 actief uit vennootschap =  $f$  77.200. Zijn passief wordt gevormd door  $f$  60.000 privé-schuld +  $f$  200.000 vennootschappelijke schuld =  $f$  260.000. De uitkeering bedraagt 29,69 pCt.

De vennootschapsschuldeischers ontvangen 47,46 pCt. + 29,69 pCt. = 77,13 pCt.

Welke schuldenlast blijft er nu in dit systeem op A en B drukken?

A keert uit 47,46 pCt. en blijft dus nog schuldig 52,54 pCt., zijnde over  $f$  201.000 =  $f$  105.600. Dit cijfer moet echter verminderd worden met het bedrag, dat uit den boedel van B aan de vennootschapsschuldeischers wordt uitbetaald, zijnde 29,69 pCt. over  $f$  200.000 =  $f$  59.380. Op A blijft dus drukken een schuldenlast van  $f$  105.600 —  $f$  59.380 =  $f$  46.220.

B keert uit 29,69 pCt. en blijft dus nog schuldig 70,31 pCt., zijnde over  $f$  260.000 =  $f$  182.800. Dit cijfer moet echter verminderd worden met het bedrag, dat uit den boedel van A aan de vennootschapsschuldeischers wordt uitbetaald, zijnde 47,46 pCt. over  $f$  200.000 =  $f$  94.920. Op B blijft dus rusten een schuldenlast van  $f$  182.800 —  $f$  94.920 =  $f$  87.880.



firma aan. Ook in ons land telde die leer aanhangers, doch werd door den Hoogen Raad verworpen bij een aantal arresten; laatstelijk bij arrest van 20 Januari 1905 (W. 8173).

Ook KIST verwierp de rechtspersoonlijkheid, doch nam aan een afgescheiden vermogen, toebehoorende aan de vennoten. Dit gevoelen werd aangenomen door den Hoogen Raad bij arrest van 11 Juni 1880 (W. 4512).

De Juristen-Vereeniging behandelde in 1881 de vraag: Welke wijzigingen zijn wenschelijk in de bepalingen onzer wet betreffende de vennootschappen onder firma. De rapporteur HINGST was vóór, de rapporteur LODER tegen een afgescheiden vermogen. Slechts 4 van de 51 leden verklaarden zich voor rechtspersoonlijkheid. Met 35 tegen 16 stemmen werd het aannemen van een afgescheiden vermogen verworpen.

Eigenaardig was de omstandigheid, dat het debat voor een groot deel liep, niet over het recht der toekomst, doch over het bestaande recht. Men mag dan ook aannemen, dat de meerderheid van de leden der Juristen-Vereeniging zich verklaarde tegen de wetsuitlegging, waarbij een afgescheiden vermogen wordt aangenomen.

De Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel, ingesteld bij K. B. van 22 November 1879, diende in 1890 een ontwerp in, onder anderen

---

Volgens het eerste systeem ontvangen de vennootschapsschuldeischers 85½ pCt., volgens het tweede 77.13 pCt. Op A blijft rusten volgens het eerste systeem een schuldenlast van f 29.400, volgens het tweede van f 46.220.

In het tweede systeem wordt de toestand voor de vennootschapsschuldeischers en voor A nog nadeeliger als A niet tot de helft, doch slechts tot een kwart in het actief gerechtigd is. Die crediteuren ontvangen dan 72.8 pCt., terwijl op A een schuldenlast blijft drukken van f 55.100.

regelende de vennootschap onder firma. De Commissie verwierp het afgescheiden vermogen, daarbij ook steunende op het gevoelen der Juristen-Vereeniging. In art. 15 drukte zij haar gevoelen op vrij onduidelijke wijze uit.

Inmiddels had Mr. MOLENGRAAFF verklaard van tegenstander te zijn geworden voorstander van het afgescheiden vermogen (1). Een tevoren slechts terloops aangevoerd argument bracht hij op den voorgrond.

In het kort is zijne redeneering aldus. Indien, wat gewoonlijk geschiedt, de vennoten kapitaal hebben ingebracht, dan volgt uit de overeenkomst van vennootschap, dat dit steeds ten behoeve der vennootschap beschikbaar blijft. Het strekt tot dekking van de financieele gevolgen der bij de overeenkomst bedoelde rechtshandelingen. Bij liquidatie worden uit het te zamen gebrachte kapitaal de schulden betaald. Dit is een recht der vennoten ten opzichte van elkander, uit de overeenkomst voortvloeiende. In art. 1689 B. W. wordt in strijd met het juiste rechtsbeginsel voor de burgerlijke maatschap een andere wijze van vereffening voorgeschreven (2). De activa en passiva moeten, alsof het een erfenis gold, verdeeld worden. Ieder krijgt zijn deel in het actief en in het passief. De wet schrijft dit aan vennootschappen van koophandel niet voor. Veeleer geven de artt. 32—35 K. het tegendeel te kennen.

Door het faillissement wordt aan de rechten en verplichtingen der vennoten onderling niets veranderd

(1) *Rechtsg. Mag.* 1884 blz. 15 volg.

(2) Art. 1689: De regelen omtrent de verdeling der nalatenschappen, de wijze dier verdeling, en de verplichtingen, die daaruit tusschen de mede-erfgenamen voortspruiten, zijn ook toepasselijk op de verdeling tusschen vennoten.

Derhalve moeten ook dan de vennootschapsschulden uit de vennootschapsbaten betaald worden.

Het betoog van Mr. MOLENGRAAFF acht ik juist, doch vatbaar voor versterking.

In de eerste plaats merk ik op, dat, ook al werd er geen kapitaal ingebracht, het de bedoeling van partijen was, dat de schulden uit de baten zouden voldaan worden.

Het wordt verder door de tegenstanders van een afgescheiden vermogen als een onbetwistbare waarheid vooropgesteld, dat ten gevolge van art. 1689 B. W. bij de burgerlijke maatschap de activa en passiva tusschen de vennoten na het eindigen der maatschap moeten verdeeld worden. Mr. MOLENGRAAFF geeft dit toe, maar ik waag twijfel te opperen (1). Met hem aannemende, dat zulk eene vereffening in strijd is met de overeenkomst van maatschap, moet] de wet duidelijk dwingen, wil men gerechtigd zijn de overeenkomst opzij te schuiven.

Ten opzichte van erfenissen wordt het recht van een erfgenaam om afdoening der schulden te vorderen voor de deeling ontkend, omdat het door de wet niet wordt gegeven. Verder volgt met het *argumentum a contrario* uit art. 1148a dat het recht buiten de daar genoemde gevallen niet bestaat (2). Een wetsartikel, waarbij het recht ontzegd wordt, ontbreekt. Mag nu de overeenkomst van partijen opzij geschoven worden op zulke indirecte wetsgronden? Ik betwijfel het.

Hoe dit zij, in ieder geval heeft de wet in de artt. 32—35 K duidelijk een afbetaling der schulden uit de vennoot-

(1) Ook Mr. LIMBURG schijnt te twijfelen. Zie ASSER. deel III, blz. 56.

(2) Art. 1148a: Indien onroerende en tot de nalatenschap behoorende goederen met hypotheken bezwaard zijn, heeft ieder der mede-erfgenamen het regt om te vorderen, dat die lasten uit den boedel worden gekweten, en de goederen van het verband bevrijd, alvorens er tot het vormen der kavelingen worde overgegaan.

schapskas op het oog. Dit volgt al dadelijk uit het woord „vereffenen”. Het sluit betalen der schulden in. Een erfenis wordt niet vereffend, doch gescheiden en gedeeld. Art. 1079 legt wel aan den beneficiairen erfgenaam de verplichting op de nalatenschap „tot effenheid te brengen”. De uitdrukking is daar juist passend, want hij moet uit de baten de schulden betalen.

Volgens art. 33 K. worden schulden uit de kas betaald (1). Zelfs heeft de vereffenaar de bevoegdheid om daartoe van de vennooten versterking der kas te vorderen.

De vennooten ten slotte hebben er belang bij, dat de schulden uit de kas worden betaald. Dit is reeds na het eindigen van een burgerlijke maatschap het geval. Als de schuldeischer niet betaling kan verkrijgen uit de kas, zal hij de vennooten aanspreken naar verhouding van hun aandeel in de schulden. Dit kan tot geldelijke moeilijkheden en zelfs tot faillissement leiden.

Bij de vennootschap onder firma geldt hetzelfde bezwaar en ontstaat nog een tweede, voortvloeiende uit de hoofdelijkheid. Na de verdeeling der baten, kan een der vennooten failliet gaan. De andere vennoot blijft verplicht de geheele schuld te betalen en heeft slechts verhaal op een faillieten boedel. Ware de schuld uit de kas betaald, dan zoude hij niet benadeeld worden door het latere faillissement van zijn medevenoot.

Wij hebben reeds gezien, dat ingeval van faillissement der vennootschap — en dan komen wij uit het gebied der mogelijkheid in dat der werkelijkheid — het al of

---

(1) Art. 33: Indien de staat der kas van de ontbonden vennootschap niet toereikt om de opeisbare schulden te betalen, zullen zij, die met de vereffening belast zijn, de benoedigde penningen kunnen vorderen, welke door elk der vennooten, voor zijn aandeel, zullen moeten worden ingebracht.

niet aannemen van een afgescheiden vermogen invloed uitoefent op den schuldenlast, die op de vennooten blijft rusten. Veelmeer belang hebben echter de schuldeischers. Bij het aannemen van een afgescheiden vermogen zijn de vennootschapsschuldeischers er beter aan toe, dan bij het verwerpen. De grondslag van het afgescheiden vermogen moge zijn de wil en het belang der vennooten, in de praktijk strekt het voornamelijk tot bevoordeeling van de vennootschapsschuldeischers boven de privé-schuldeischers. Vandaar dat door KIST en den Hoogen Raad deze zijde in het licht werd geplaatst.

De vennootschap onder firma heeft dus een afgescheiden vermogen. Kan die boedel failliet verklaard worden? De Hooge Raad antwoordt bevestigend, Mr. MOLENGRAAFF ontkennend.

Zooals wij reeds zagen nam de Hooge Raad in 1880 het bestaan van een afgescheiden vermogen aan. Niet-tegenstaande de beslissing der Juristen-Vereeniging volhardde het College bij arrest van 28 Juni 1889 (*W.* 5735) in deze leer. Zeer belangrijk is het arrest van 26 November 1897 (*W.* 7047), gewezen na de invoering van de Faillissementswet.

Door de Utrechtsche Rechtbank waren failliet verklaard twee rijtuigmakers, zoo in privé als gehandeld hebbende onder een firma. Het schaars voorkomend geval deed zich voor, dat de vennootschapskas na betaling der vennootschapsschulden een saldo zoude overhouden. Dit werd verantwoord in de boedels der vennooten. Hiermede was echter een privé-schuldeischer niet tevreden. Hij eischte verdeling van baten en schulden der vennootschap, waarvan het gevolg ware, dat hij meer en de vennootschapsschuldeischers minder zouden krijgen. Zijn grief tegen de uitdelingslijst was, dat de rechter-commissaris had gehandeld alsof de vennootschap een afgescheiden

vermogen bezat. Rechtbank en Hof stelden den schuld-eischer in het ongelijk. In cassatie werd beweerd, dat voor de wet geen afscheiding bestaat tusschen het ver-mogen der firma en dat der vennoten. De Advocaat-Generaal PATJN was het hiermede eens, doch de Hooge Raad verwierp het middel op de volgende gronden :

„O. ten dien aanzien, dat volgens de wet bij eene „vennootschap onder eene firma welke twee of meer „personen aangaan, teneinde onder een gemeenschappe- „lijken naam koophandel te drijven, elk der vennoten, „die daarvan niet is uitgesloten, bevoegd is ten name „van de vennootschap te handelen, en de vennootschap „aan derden, en derden aan de vennootschap te verbinden; „dat, teneinde de vennootschap aldus tegenover derden „zal kunnen optreden, de voornaamste bepalingen van „de akte waarbij zij is aangegaan, openbaar moeten „worden gemaakt; dat de vennootschap onder haar „eigen naam in rechten optreedt en failliet kan worden „verklaard ;

„O. dat in al die bepalingen der wet de vennoten en „hetgeen door de overeenkomst van vennootschap is tot „stand gebracht: de vennootschap, onderscheiden en „tegenover elkander gesteld worden op eene wijze, welke „in de plaats stelling van de vennoten voor de vennoot- „schap uitsluit, en dat die bepalingen der wet er op wijzen, „dat het vermogen, hetwelk de vennoten afzonderen „om daarmede handel te drijven, is een afgescheiden ge- „deelte van hun vermogen met eene bepaalde bestemming, „waaraan dit moet blijven beantwoorden zoolang de „vennootschap duurt, van welk afgescheiden vermogen „de vennoten tegenover elkander de verdeeling niet „kunnen vorderen voordat de schulden der vennootschap „zijn voldaan ;

„O. dat een en ander bepaald uitkomt in de artt. 32

„tot 35 W. v. K., waarin bij de ontbinding der vennoot-  
 „schap uitdrukkelijk vereffening van de zaken der gewezen  
 „vennootschap is voorgeschreven, die, volgens die be-  
 „palingen, als van een afgescheiden vermogen, niet  
 „anders plaats heeft dan door betaling van de vennoot-  
 „schappelijke schulden en daarna verdeling van het  
 „saldo; dat er geen reden is waarom deze in het algemeen  
 „voor de ontbinding der vennootschap gegeven voor-  
 „schriften niet zouden gelden bij ontbinding der vennoot-  
 „schap tengevolge van het faillissement van de vennoten,  
 „en tegenover hunne bijzondere schuldeischers, die niet  
 „meer recht hebben dan de vennoten zelve;

„O. dat reeds in het Romeinsche recht voor handels-  
 „ondernemingen de mogelijkheid, van een zelfstandig,  
 „van de overige goederen des eigenaars afgescheiden  
 „vermogen aangenomen werd, terwijl het stelsel der  
 „Nederlandsche wet, wel verre van te zijn nieuw, over-  
 „eenstemt met de opvatting, die sedert meerdere  
 „eeuwen in het handelsrecht van verschillende volken  
 „gevonden wordt, en praktijk was in het Oud-Nederland-  
 „sche recht;

„O. dat dan ook door de beslissing van het Hof niet  
 „zijn geschonden of verkeerd toegepast de bij het middel  
 „aangehaalde wetsartikelen, bepaaldelijk niet de artt. 1177  
 „en volgende B. W. en art. 18 W. v. K., daar geen  
 „sprake is van een privilege, evenmin als in de gevallen  
 „van de artt. 1083, 1147 en 1153 B. W., doch van een  
 „afgescheiden vermogen met eene bepaalde bestemming,  
 „tot de gevolgen waarvan noodwendig behoort, dat zij, die  
 „met de vennootschap gehandeld hebben bij de ontbinding  
 „daarvan, niet komen te staan tegenover een schaduwbeeld,  
 „doch hunne vorderingen kunnen doen gelden op de  
 „baten van de handelsvereniging, waarmede zij gehandeld  
 „hebben; terwijl hierbij de solidaire aansprakelijkheid

„van de vennooten wegens de verbintenissen der vennootschap in haar geheel blijft.”

In de eerste plaats vestig ik er de aandacht op, dat de Hooge Raad voor de derde keer — ditmaal bij breedvoerig gemotiveerd arrest — aannam het afgescheiden vermogen der vennootschap onder firma.

Verder is het arrest merkwaardig, omdat het College van oordeel blijkt te zijn, dat een faillissement der vennootschap, afgescheiden van de faillissementen der firmanten, bestaat. Als een bewijs toch, dat de vennootschap heeft een afgescheiden vermogen, wordt ook genoemd, dat zij failliet kan worden verklaard. Indien het faillissement der vennootschap beteekende het faillissement der firmanten, dan konde er nimmer uit afgeleid worden, dat de vennootschap heeft een afgescheiden vermogen.

Mij komt het gevoelen van den Hoogen Raad juist voor. Toen eenmaal in het moderne recht aan de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen werd toegekend, kwam men er vanzelf toe aan te nemen, dat zij failliet konde gaan (1). Over dit vermogen toch moest een curator aangesteld worden, die voor de belangen der vennootschapsschuldeischers, mogelijk strijdig met die der privé-schuldeischers, waakte. Reeds art. 440 C. de C. nam aan dat de vennootschap onder firma konde faillieren. Dit zelfde deed ons W. v. K. in de artt. 765 en 794. Ook de Faillissementswet gaat van deze gedachte uit. Art. 4b toch luidt: Ten aanzien eener vennootschap onder eene firma, moet de aangifte inhouden

---

(1) Zie omtrent de geschiedenis: De liquidatie der vennootschap onder firma, door Mr. W. H. M. WERKER. blz. 96 volg.

Krachtens § 198 der Konkursordnung heeft thans ook in Duitsland faillietverklaring der vennootschap onder firma plaats.



den naam en de woonplaats van elk der hoofdelijk voor het geheel verbondene vennoten. Met „aangifte” is bedoeld de „aangifte tot faillietverklaring”, in de eerste alinea vermeld.

De uitlegging van Mr. MOLENGRAAFF dat het faillissement van de vennootschap onder firma zoude zijn „niets anders dan eene verkorte uitdrukking van faillissement van de vennoten” (1), lijkt vrij gewrongen en in strijd met de doorvoering van zijn eigen beginsel.

De hooggeachte Schrijver leidt zijn uitlegging af uit art. 2c: Ten aanzien van vennoten onder eene firma is de rechtbank, binnen welker gebied het kantoor der vennootschap is gevestigd, mede bevoegd (2). Heel duidelijk is mij zijne redeneering niet.

In de Memorie van Antwoord weigerde Minister SMIDT in de Faillissementswet bepalingen op te nemen omtrent het karakter van de vennootschap onder firma, omdat deze thuis behoorden in een wet op de vennootschappen (3). Na het later gevolgd mondeling overleg werd door den Minister de bewuste alinea ingevoegd. Dit geschiedde, nadat de Commissie uit de 2<sup>de</sup> Kamer het bezwaar had geopperd, dat de firmanten in verschillende arrondissementen konden faillietverklaard worden.

Uit de alinea volgt m. i. slechts, dat een venoot in privé kan faillieeren, zonder dat de vennootschap hare betalingen gestaakt heeft, wat door niemand nog ontkend is. Dat de rechtbank, binnen welker gebied het kantoor gelegen is, mede bevoegd wordt verklaard, is niets dan eene erkenning, dat de vennootschap een groote rol speelt in het geldelijk bestaan der firmanten. Deze uitlegging

(1) Faillissementswet, blz. 90.

(2) Faillissementswet blz. 89 en 130.

(3) VAN DER FELTZ, deel I, blz. 257.

heeft het voordeel, dat men Minister SMIDT niet, zooals Mr. MOLENGRAAFF wil, in strijd doet handelen met zijne vroegere verklaring, wat van dezen stoeren Minister allerminst te onderstellen is (1).

De Hooge Raad heeft tweemaal na het arrest van 1897 beslist, dat uit het ophouden van betalen der vennootschap, noodzakelijk volgt het ophouden van betalen der firmanten (2). Deze beslissingen, overeenstemmende met het gevoelen van KIST (3), zijn niet in strijd met de voorgaande uitspraken.

Ten einde te weten te komen hoe de Rechtbanken handelen, heb ik het volgend schrijven aan de Griffiers gericht. „De ondergeteekende zoude gaarne ingelicht worden over de praktijk ten opzichte van het faillissement eener vennootschap onder firma. Dientengevolge verzoekt hij u beleefdelyk onderstaande verklaring te teekenen, na doorhaling van hetgeen door u niet verklaard wordt. Mocht het geven van meerdere inlichtingen u wenschelyk voorkomen, dan beveelt hij zich daarvoor aan”.

De verklaring luidde als volgt:

„De ondergeteekende, Griffier van de Arrondissements-Rechtbank te . . . . .

„verklaart:

„A. dat volgens de opvatting zijner Rechtbank het „faillissement eener vennootschap onder firma „moet onderscheiden worden van de faillissementen „der firmanten, zoodat er voor eerstgemeld fail-

(1) In den 3<sup>den</sup> druk van het 3<sup>de</sup> deel van KIST's werk verklaart Mr. VISSER zich tegen de opvatting van Mr. MOLENGRAAFF, (blz. 316).

(2) 15 Maart 1901, W. 7582; 29 Sept. 1905, W. 8271.

(3) Deel III blz. 285. Hij nam ook aan het afgescheiden faillissement der firma.

- „lissement een afzonderlijk proces-verbaal van  
 „verificatie wordt gehouden, en het actief der  
 „vennootschap in de eerste plaats strekt tot  
 „voldoening der handelsschulden;  
 „of
- „B. dat volgens de opvatting zijner Rechtbank het  
 „faillissement eener vennootschap onder firma  
 „beteekent het faillissement der firmanten, doch  
 „bij het opmaken der uitdeelingslijsten het actief  
 „der vennootschap in de eerste plaats wordt be-  
 „stemd tot voldoening der handelsschulden.
- „C. dat volgens de opvatting zijner Rechtbank het  
 „faillissement eener vennootschap onder firma  
 „beteekent de faillissementen der firmanten, en  
 „de handelsschulden niet meer aanspraak hebben  
 „op voldoening uit het actief der vennootschap,  
 „dan de privé-schulden”;  
 „of;
- „D. dat er bij zijne Rechtbank niet eene gevestigde  
 „opvatting bestaat over het faillissement van een  
 „vennootschap onder firma en zijne gevolgen”.

Verklaring A. behelst systeem Hooge Raad, verklaring  
 B. systeem MOLENGRAAFF; verklaring C. systeem LODER;  
 Verklaring A. werd afgelegd door 8 griffiers; verklaring  
 B. door één; verklaring C. door 3 en verklaring D. door  
 niet minder dan 11 (1).

Er blijkt een betreurenswaardige ongelijkheid en onzeker-  
 heid van rechtsbedeeling te bestaan.

---

(1) Drie Griffiers schreven mij, dat hunne Rechtbanken in meer  
 dan tien jaren niet in aanraking waren gekomen met vennootschappen  
 onder firma, die hare betalingen staakten. Wellicht bestond bij  
 meerdere Rechtbanken de zelfde gezonde reden voor het ontbreken  
 van een gevestigde opvatting.

Het verschil in geldelijke gevolgen, of men een afgescheiden vermogen al dan niet aanneemt, heb ik reeds aangetoond. Ook de opvatting omtrent het faillissement eener vennootschap onder firma is van belang. Treedt iemand op in hoedanigheid van curator der firma, dan staat hij bloot er aan niet ontvankelijk verklaard te worden bij de eene Rechtbank. De andere Rechtbank verklaart hem niet ontvankelijk, als hij eene vordering der vennootschap wil innen in hoedanigheid van curator in de faillissementen der firmanten A en B.

Moge dit opstel de overtuiging schenken, dat de Hooge Raad den juisten weg heeft ingeslagen.

Ten slotte nog een woord over een variëteit. Het dictum van de Arnhemsche Rechtbank in het faillissement der Arnhemsche Bank luidde als volgt: „verklaart meer- „genoemde commanditaire vennootschap Arnhemsche „Bankvereniging PLESTER & Co., gevestigd te Arnhem „en hare beheerende vennoten Mr. GESINUS WILHELM „KAREL PLESTER, COENRAAD CONSTANT LINCKER en „Mr. KAREL MARIE GIJSBERTUS DE MEIJER, allen wonende „te Arnhem, in staat van faillissement”.

Blijkbaar werden hier op Rotterdamsche wijze vier faillissementen uitgesproken. Dienovereenkomstig werd ook door den Rechter-Commissaris en de Curators gehandeld. Er werden vier processen-verbaal van verificatie gehouden, en bij het accoord PLESTER werd aangenomen, dat de Arnhemsche Bankvereniging een afgescheiden vermogen had (1). Toen de Curators een aandeelhouder aanspraken tot bijstorting, traden zij dan ook op in hoedanigheid van curators in het faillissement der Arn-

---

(1) Later vond de Rechtbank goed in strijd met de woorden en de toepassing der faillietverklaring aan te nemen, dat slechts de drie firmanten werden faillietverklaard.

hemsche Bank. Zij verkeerden echter in de meening, dat niet de firma PLESTER & Co. failliet was verklaard, maar de Commanditaire Vennootschap, afgescheiden van de firma (1).

Zeer juist maakte de Rechtbank uit, dat zij voor deze Commanditaire Vennootschap niet in rechten konden optreden, omdat die niet had een *jus standi in judicio*, noch een afgescheiden vermogen. Zij had evenwel verder moeten gaan en beslissen, dat zulk een vennootschap niet bestond.

Bij hetzelfde artikel der statuten werden opgericht de vennootschap onder firma PLESTER & Co. en de Commanditaire Vennootschap. Het geheel trad op als commanditaire vennootschap Arnheemsche Bankvereniging PLESTER & Co. Het was een ondeelbaar geheel.

Dit is altijd het geval, als een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap te zamen gaan. Er is maar één zaak. De firmanten hebben het beheer en de commanditaireren aandeel in winst en verlies. Er bestaat een vennootschap onder firma, die commanditaire vennoten heeft. Zeer juist zegt dan ook art. 19 K. dat de zelfde vennootschap tergelijktijd kan zijn een vennootschap onder firma en een vennootschap bij wijze van geldschieting.

In werkelijkheid traden de Curators op voor een vennootschap onder firma met commanditaire leden. Zij werden misleid door het gewichtig doen van zulk een Bank. Dat noemde zich Arnheemsche Bank. Het kapitaal der vennootschap was verdeeld in aandelen. De firmanten brachten als zoodanig geen kapitaal aan. Er waren

---

(1) In de conclusie van hooger beroep beweerden zij, dat de firma failliet was geraakt ten gevolge van het faillissement der firmanten.

commissarissen. Er werden algemeene vergaderingen gehouden. Men deed zooveel mogelijk, als of men een naamlooze vennootschap ware, doch men bleef voor den rechter een vennootschap onder firma. Als zoodanig had het geheel *jus standi in judicio*, een afgescheiden vermogen, en werd het failliet verklaard.

Arnhem, Januari 1911.

G. WTEWAALL.

**Het partes secare der Twaalf Tafelen en de  
sector in het Romeinsche recht**

DOOR

Mr. J. M. NAP,

*Commies van Staat bij den Raad van State.*

De strijd over de vraag, of inderdaad de Twaalf Tafelen den schuldeischer veroorloofden, het lichaam van den insolventen schuldenaar in stukken te snijden, is zooals hieronder zal blijken, reeds in de eerste eeuw onzer jaartelling opgekomen. Bevreemdend is dit echter niet: destijds en eerder zelfs was over de beteekenis van verschillende voorschriften der oudste wetgeving twijfel gerezen. In vele gevallen is de moderne wetenschap er in geslaagd, dien twijfel op te heffen en wanneer wij ons vleien, de hier gestelde strijdvraag op te lossen, hebben wij dit vertrouwen niet zoozeer aan positieve uitspraken onzer bronnen te danken, dan wel aan toepassing der nieuwere methoden van onderzoek, waarbij de zin der bepalingen van de Twaalf Tafelen wordt beschouwd onder het licht van volkszedes en volkskarakter, van oud-Italisch geloof en bijgeloof. Alleen langs dezen weg kan worden aannemelijk gemaakt, dat de Romeinsche schuldeischer geen Shylock, het oudste procesrecht niet wreeder was ten opzichte van den failliet dan het oudste volkenrecht tegenover den kriegsgevangene; dat de gangbare opvatting, als zou het lichaam van den schuldenaar in letterlijken zin het gemeenschappelijke onderpand zijn der schuldeischers, berust op een reeds in de Oudheid opgekomen misverstand.

De nadruk, waarmede deze gangbare opvatting bij gezaghebbende moderne schrijvers wordt voorgestaan, maakt uitvoerige uiteenzetting noodzakelijk. Het *partes secare* — waaronder ook IHERING vierendeeling van den schuldenaar verstaat — „kunstmatig uit den weg te willen ruimen, bewijst eene volkomen onbekwaamheid, zich in den geest van het primitieve recht in te denken” (1). Aldus niemand minder dan IHERING. De schim van den grooten Romanist moge het mij vergeven, zoo ik, na aanvankelijk zijne zienswijze te zijn gevolgd, thans een afwijkend gevoelen voorsta. *Amicus Plato, magis amica veritas.*

I. *De beteekenis van partes secare en de gevallen waarin het voorkomt.*

Rome's oudste wetgeving wordt zoowel door LIVIUS (2) als door GELLIUS (3) vergeleken met de bekende sage van den Albaanschen vorst Mettus Suffetus, die om zijn trouweloosheid zou zijn uiteengescheurd door strijd-wagens, in tegengestelde richting door paarden voortgetrokken. Doch terwijl de geleerde schrijver der Attische nachten in deze bloedige straf eene toepassing ziet van het *partes secare* der Twaalf Tafelen (4), acht LIVIUS eene schrille tegenstelling aanwezig tusschen de bloedige legende en de Romeinsche wetten, wier zachtmoedigheid hij aan andere volken ten voorbeeld stelt (5). Daar wij kort na

(1) IHERING, *Geist* I<sup>5</sup>, bl. 153, noot 37.

(2) LIVIUS 1, 28.

(3) GELLIUS 20, 1, 48 vgl.

(4) GELLIUS 20, 1, 48. *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt.*

(5) LIVIUS 1, 28 i. f. *Primum ultimumque illud (sc. Metti Suffeti) supplicium apud Romanos exempli parum memoris legum humanarum fuit. In aliis gloriari licet, nulli gentium mitiores placuisse poenas.*



LIVIVS en wel bij QUINCTILIANUS (1), dus in de tweede helft der eerste eeuw na Chr., de opvatting zien opkomen, die later uitdrukkelijk door GELLIUS zou worden gehuldigd, mogen wij als waarschijnlijk aannemen, dat het reeds in LIVIVS' tijd niet ontbrak aan oudheidkundigen, die de bepaling der Twaalf Tafelen als doelende op eene lijfstraf opvatten. Doch in elk geval moet bij ons onderzoek op den voorgrond staan, dat LIVIVS het *partes secare* der Twaalf Tafel niet heeft opgevat als *partiri corpus addicti*, zooals GELLIUS het uitdrukt.

Reeds dit feit levert tegen de gangbare opvatting een machtig argument: het blijkt, dat ook LIVIVS' bronnen, waarbij in de eerste plaats aan de annalisten uit Sulla's tijdperk moet worden gedacht, GELLIUS' opvatting niet hebben gehuldigd. Wij mogen echter veilig een stap verder gaan: wanneer in de geschiedenis der Romeinsche republiek — GELLIUS zelf erkent het (2) — geen geval bekend was, waarin de failliet in stukken zou zijn gesneden, wanneer zelfs geen legende dit gruwelstuk vermeldde, dan mag men ongetwijfeld in GELLIUS' interpretatie het product zien van wanbegrip en misverstand. Immers, het behoort tot het wezen der Romeinsche geschiedenis dat zoo vaak mogelijk daden van het voorgeslacht opzettelijk verzonnen werden, om het gedrag van het nageslacht te bepalen; precedenten en tradities speelden hier een rol als nergens elders (3). En zouden dan de oudste door patriciërs in patricischen zin geschreven annalen, zouden de jongere plebeische tusschenvoegsels het hebben versmaad, om eene met bloed geschreven wetsbepaling te gebruiken als stramien voor een pakkend

(1) *Inst. or.* 3, 6, 51.

(2) GELLIUS 20, 1, 52 *dissectum esse antiquitus neminem equidem legi neque audivi*. Eveneens DIO CASSIUS Ed. BOISSEVAIN fragm. 17, 8.

(3) MOMMSEN, *Röm. Forsch.* II, bl. 217.

tafereel? Zoo ergens, dan mag hier uit het volkomen stilzwijgen van de geheele overlevering, met inbegrip van hetgeen voor ons onherroepelijk verloren is gegaan, worden geconcludeerd tot onbekendheid der oudere generatiën met de onder den keizertijd opgekomen interpretatie.

Er is echter meer, dat tegen deze uitlegging pleit. Zij strijdt met de voorstelling, die de Romeinen zelf zich omtrent de eerste eeuwen hunner geschiedenis maakten. Ook die historische critiek, welke bij de *decemviri legibus scribundis* allermint weekhartige sentimentaliteit wil zoeken, kan niet aannemen dat, terwijl de krijgsgevangene in den regel in het leven werd gelaten en alleen de vrijheid verbeurde (1), de insolvente schuldenaar een dood zou hebben ondergaan, dien de pen weigert te beschrijven (2).

De in onze bronnen herhaaldelijk en stellig uitge-

(1) Stellig werden oorspronkelijk alleen overloopers ter dood gebracht, de krijgsgevangen genomen vijanden in den regel verkocht. Waarom ook deze laatste te dooden? Het Romeinsche volk was meer plutocratisch en utilitair in zijne opvattingen dan wreed; het was door zijn zin voor orde en regel minder hartstochtelijk, dus minder barbaarsch dan de Atheners of Carthagers. Gevallen, waarin Livius' wijze van uitdrukking leidt tot de slotsom, dat de krijgsgevangene in het leven werd gelaten, vindt men, om ons tot de oudste tijden te bepalen, bij Livius 1, 37, 5; 3, 8, 10; 3, 29, 1; 4, 29, 4; 4, 34, 4; 4, 53, 10; 4, 57, 7; 4, 59, 8 enz.

(2) Merkwaardig is het protest tegen de bedoelde opvatting bij Dio Cassius, die in het begin der derde eeuw na Chr. schreef. Dio (Ed. BOISSEVAIN fragm. 17, 8) betwijfelt of de wet den marteldood van den schuldenaar verordende: immers, hij zegt alleen dat *indien* de wet de bedoelde straf gebod, deze bepaling nooit zoude zijn opgevolgd. Hoe toch zou het mogelijk zijn, zegt hij, dat zoodanige wreedheid werd bedreven door hen, die dikwijls misdadigers spaarden zoo dezen den val van de Tarpeïsche rots hadden overleefd? Men zie over deze laatste straf MOMMSEN, *Röm. Strafrecht* bl. 931, noot 1.

sproken opvatting, dat in het Rome in de oudste tijden alleen onbloedige offeranden aan de Goden werden gebracht, doet, al is zij niet geheel juist (1), toch blijken van een afkeer van bloedvergieten, die bij de interpretatie van het *partes secare* niet uit het oog mag worden verloren (2). Veilig mag dan ook worden aangenomen, dat de uitdrukking *partes secare*, daargelaten voor het oogenblik wat hare primitieve beteekenis is geweest, toch in geen geval datgene kan hebben beteekend, wat GELLIUS daarin leest.

Humaner dan hetgeen IHERING en anderen in de bepaling der Twaalf Tafelen betreffende *partes secare* lezen, klinkt de opvatting van KARLOWA (3); de uitdrukking zou doelen op de slooping van het huis van den veroordeelde en op den verkoop zijner goederen. Hier echter is de interpretatie niet zoozeer onjuist, dan wel onklaar gedacht en onduidelijk geformuleerd: immers, terwijl slooping van een huis en verkoop van het vermogen twee geheel verschillende handelingen uitmaken, blijkt niet, waarom de Romeinen beide handelingen als *secare* aanduidden. Intusschen is in zoover de kern van KARLOWA's opvatting, het verband tusschen *partes secare* en het sloopen van een huis, bruikbaar punt van uitgang voor verder onderzoek, dat sloopen en in stukken snijden

(1) WISSOWA. *Religion und Kultus der Römer*, bl. 345.

(2) Men lette ook op het pontificale decreet bij LIVIUS, 8, 10, 12. *Si is homo, qui devotus est, moritur, probe factum videri; ni moritur, tum signum septem pedes altum aut maius in terram defodi et piaculum hostiam caedi*. Slechts een zeer platonische blaam rust op den mensch, die zich aan de onderaardsche goden heeft gewijd, doch in leven is gebleven: *ni moritur, neque suum neque publicum divinum pure faciet*. Niet onaardig herinnert SOLTAU (*Die Anfänge der römischen Geschichtschreibung*, bl. 48) in verband hiermede aan de opvatting van Heine: *Leben bleiben wie das Sterben für das Vaterland ist süsz*.

(3) *Röm. Rechtsgeschichte* II, bl. 11.

veilig als synoniemen kunnen worden beschouwd. Als *partes secare* moet in de eerste plaats de slooping van een huis gelden.

Zoowel in de oudste tijden als tegen het einde der Republiek wordt het huis van den ter dood of tot ballingschap veroordeelde met den grond gelijk gemaakt, waarna op de ledige plek dikwijls een tempel verrijst. Aldus bij Spurius Cassius: zijne woning op den Esquilinus wordt na de terechtstelling gesloopt en op de plaats een tempel van Tellus gebouwd (1); aldus bij M. Manlius: waar eens zijne woning stond, verhief zich na zijn dood een tempel van Juno Moneta. (2) Eenigszins anders bij Spurius Maelius; wel wordt ook na diens catastrophie zijn huis gesloopt, doch geen ander gebouw siert de plek, voortaan Aequimaesium geheeten (3). Dat nog tegen het einde der Republiek het huis van Cicero tijdens zijne ballingschap gesloopt is en plaats maakte voor een tempel van Libertas, is bekend.

Ontegenzeggelijk maakt het sloopen dezer woningen een vreemden indruk. Dat de Staat den verdienstelijken burger als nationaal geschenk eene nieuwe woning vereert; dat hij evenzoo handelt ten opzichte van den tot burger geworden vreemdeling of den uit de ballingschap herroepen burger, (4) laat zich begrijpen. Doch wanneer de

(1) MOMMSEN, *Röm. Forsch.* II, bl. 174.

(2) MOMMSEN l. c., bl. 182.

(3) MOMMSEN l. c., bl. 202.

(4) PLINIUS hist. nat. 29, 6. *Cassius Hemina . . . auctor est, primum e medicis venisse Romam Peloponneso Archagathum Lysaniae filium . . . eique ius Quiritium datum, et tabernam in compito Acilio emptam ob id publice.* — CICERO in *Pisonem* 52. ASCONIUS in *Pisonianam* 52 Ed. Orelli, p. 13. . . . *Valerio Maximo, ut Antias tradidit, inter alios honores domus quoque publice aedificata est in Palatio . . . Varronem autem tradere, M. Valerio, quia saepius vicerat, aedes in Palatio tributas, Julius Hyginus dicit in libro priore de viris claris . . .*

van oudsher duidelijk gebleken zorg voor de huizen (1) plotseling voor slooping plaats maakt, moeten daarvoor al zeer klemmende redenen hebben bestaan,

Wat de Romeinen ten dezen bewoog, wordt ons duidelijk uit het alleszins betrouwbaar verhaal van den wederopbouw van het Kapitoel na den brand onder Keizer Vitellius. Voordat daartoe wordt overgegaan, raadpleegt de leider van het werk de *haruspices*, deskundigen in sacrale aangelegenheden. Naar luid van hun advies moeten de overblijfselen van den ouden tempel in moerassen worden geworpen, al mag op de fondamenteen worden voortgebouwd. (2) Men lette hier op de uitdrukkelijk bevolen verwijdering der wellicht nog bruikbare overblijfselen: klaarblijkelijk wordt dit bevel ingegeven door vrees voor den toorn der in die overblijfselen nog huizende bovennatuurlijke wezens. En eveneens moet de slooping van huizen in gevallen als hierboven aangehaald uit soortgelijke overwegingen worden verklaard.

Vrees voor in gebouwen huizende bovenaardsche wezens is in de Latijnsche litteratuur geen onbekend verschijnsel. (3) Dat die vrees in verband kan staan met verdiend

---

*Antiochi regis filio obsidi domum publice aedificatam . . . Varro quoque in libro III de vita populi Romani . . . dicit Mutini (lees Mutinum) quod in Sicilia cum equitatu suo transierat ad nos, civitatem Romae datam aedesque et pecuniam ex aerario.*

(1) Twaalf Tafelen 6, 7; l. 1 D. de tigno iuncto 47, 3. Men denke ook aan de *legis actio damni infecti*, aan de Senaatsbesluiten *de aedificiis non diruendis* en aan het privilege van den *creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit* (l. 24 § 1 D. de rebus a. i. possid. 42, 5; l. 1 D. de cess. bon. 42, 3). KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, bl. 1415.

(2) TACITUS *hist.* 4, 53, *haruspices monuere ut reliquiae prioris debri in paludes aveherentur, templum isdem vestigiis sisteretur.*

(3) Zie bv. PLAUTUS, *Mostellaria* (spookhuis) 2, 2, 471 vlg. PLINIUS *epist.* 7, 27, 5 vlg.

of onverdiend leed, den voormaligen bewoner aangedaan, ligt voor de hand. Tusschen den bewoner en de huisgoden bestaat een nauwe band: bij het huwelijk wordt het jonggetrouwde paar, vertegenwoordigd door vuur en water, aan den god van den drempel voorgesteld (1). En even natuurlijk als het is, dat de huisgoden den bewoner, tevens hun vereerder, beschermen, evenzeer verklaarbaar is hun wrok ten opzichte van zijne vijanden. Zelfs op ons, aan dergelijke voorstellingen ontwassen, maakt het nog een machtigen indruk, wanneer CICERO aan de schoonmoeder, die bij haar schoonzoon de plaats harer dochter inneemt, toeroept: „Zoo de almacht der Goden, het verlies van Uwen goeden naam bij de menschen U onverschillig liet, voeldet gij dan geene huivering bij het betreden van den drempel van het slaapvertrek, geen vrees voor het huwelijksbed Uwer dochter, voor de wanden, eens stomme getuigen van haar huwelijk?” (2) Duidelijk zien wij hier hoe naar Romeinsche voorstelling ieder der samenstellende deelen van het huis zetel is eener geheimzinnige macht, die den bewoner beurtelings begunstigen en kwellen kan. Immers, aan louter rhetorica valt hier niet te denken: hier is werkelijk het huis „bezeten” door geesten, wier namen ons trouwens vrij wel bekend zijn. Zoo zijn de Penaten de goden van den voorraadkamer; Janus de god der deur; Forculus zetelt in de deurposten; Limentinus in den drempel; Cardea in de scharnieren enz. Ook wordt de bewaking van de

(1) VARRO de l. l. 5, 61. *Igitur duplex causa nascendi ignis et aqua; ideo ea nuptiis in limine adhibentur, quod conjungit. Hinc et mas ignis, quod ibi semen, aqua femina, quod fetus alitur humore.*

(2) CICERO *pro Cluentio* 6, 15 *o audaciam singularem, non timuisse, si minus vim deorum, hominumque famam, at illam ipsam noctem faecesque illas nuptiales! non linen cubiculi, non cubile filiae, non parietes denique ipsos, superiorum testes nuptiarum.*

deur of van den klinker toevertrouwd aan Gorgo, Hecate of aan eene andere godheid (1).

In gewone omstandigheden zal de wrok van kwelgeesten o. a. ook economische gevolgen hebben: het door hen bewoonde huis zal in waarde dalen (2). Doch wie durft eene woning betrekken, waarvan de laatste gebruiker door zijne medeburgers verbannen of van het leven beroofd is? Gaat hij, die dit aandurft, niet een wanhopigen strijd aan met verbitterde bovenaardsche machten? Naar Romeinsche opvatting is — ik aarzel niet het uit te spreken — het huis dan onbewoonbaar en moet het lot ondergaan der veroverde stad, die alleen door slooping belet wordt, langer een bolwerk te zijn voor Rome's onzichtbare, bovenaardsche vijanden (3). Wat noch het leger, noch de beul vermag, volbrengt het houweel van den slooper.

De slooping van het huis van den veroordeelde is eene uit sacrale redenen te verklaren vernietiging van een vermogensbestanddeel. Bij het *partes secare* der Twaalf

(1) Vgl. HUVELIN. *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, (*Mélanges APPELTON*) bl. 413.

(2) Zoo heet het van het spookhuis bij PLINIUS *epist.* 7, 27, 7: *Venit Athenas philosophus Athenodorus, legit titulum* (het opschrift, dat het huis te huur of te koop stond) *auditoque pretio, quia suspecta vilitas, percunctatus, omnia docetur ac nihilo minus, immo tanto magis conducit.*

(3) Hoe krachtig het bijgeloof zich nog in volkomen historische tijden toonde, bewijst het lot der Romeinsche kolonie te Carthago; daar hyena's de pas gezette grenssteen hadden omvergewoeld, meende men den wederopbouw der bij goden en menschen gevloekte stad niet ter hand te mogen nemen. MOMMSEN *Röm. Gesch.* II<sup>8</sup>, bl. 121. PLUTARCHUS *C. Gracchus* 11. Vgl. ook CICERO *de lege agraria* 1, 2, 5 *Karthaginem . . . . . P. Africanus, nudatam tectis ac moenibus, sive ad testificandam nostram victoriam, sive ad oblatam aliquam religionem, ad aeternam hominum memoriam consecravit.*

Tafelen sluit deze handeling zich zoo natuurlijk aan, dat wij in haar ontegenzeggelijk eene toepassing van het decemvirale voorschrift hebben te zien.

Evenals het huis, is ook de kleeding en de wapenrusting van den Romein ondergeschikt aan magischen invloed en daarvan uitgangspunt. Alleen bij wijze van voorbeeld herinneren wij aan den purperen zoom op de toga van minderjarigen en magistraten: deze kleur, zinnebeeld van het leven, moet den dood afweren (1). Eveneens behoeden amuletten (*bullae, amuleta*) den drager en storten diens vijand in het verderf. Doch dit geloof onderstelt, dat ook de vijand op bovennatuurlijke wijze kan worden gesteund. En wanneer de Romeinsche veldheer na de overwinning de buitgemaakte wapenen en gewaden (*spolia, exuviae*) van den vijand laat verbranden, vernietigen of ze aan eene Romeinsche Godheid wijdt (2) en daardoor neutraliseert (3), doch ze in geen

(1) GUSTAVE GLOTZ, *L'ordalie dan la Grèce primitive*, bl. 116 vlg.

(2) LIVIUS 1, 37, 5, *spoliis hostium, id votum Vulcano erat, ingenti cumulo accensis* 8, 7, 12 *spoliisque contactum iuvenis corpus . . . . . structo extra vallum rogo (crematum est)* 8, 30, 8 *multis positus spoliis congesta in ingentem acervum hostilia arma subdito igne concremavit, seu votum id deorum cupiam fuit, seu credere libet Fabio auctori . . . . .* 8, 1, 6 *Armorum magna vis cum inter caesa hostium corpora tum in castris inventa est. Ea Luae matri dare se consul dixit*; 10, 29 *spolia Jovi victori vota et cremata. 45, 33 Marti Minervae Luaeque Matri et ceteris diis quibus spolia hostium dicare fas est.* Op deze magische kracht der wapenen doelt ook TACITUS *Germania* 13: *nihil . . . . . neque publicae neque privatae rei nisi armati agunt.*

(3) Naar primitieve opvatting wordt de magische kracht van wapenen geneutraliseerd door wijding aan eene godheid der tegenpartij. Iets dergelijks verklaart ook den merkwaardigen ruil van wapenen bij HOMERUS II. 6, 235: Glaucus en Diomedes erkennen elkander als gastvrienden en ruilen van wapenen, zoodat de wapenen van den eenen den anderen niet meer zullen deeren. Bij de wijding der *spolia* van vijanden aan eene Romeinsche godheid (b.v. aan Jupiter Feretrius LIVIUS 1, 10, 6) treft men eene dergelijke gedachte aan.



geval overlaat aan de profane handen zijner soldaten, ligt ook daaraan ten grondslag de geheimzinnige vrees voor bovenaardsche machten. Bij de Romeinen der oudste tijden, die geen tropaëen op de slagvelden oprichtten, werden buitgemaakte wapenen aan boomen, vooral aan eiken, opgehangen (1): de aanraking met den boom van Jupiter moest de booze geesten neutraliseeren. Ook werden zij gehecht aan de wanden van tempels, openbare gebouwen of private woningen. Daardoor zou, naar men meende, hun magische invloed aan den bewoner van het gebouw ten goede komen: toen na Cannae Fabius de in den Senaat opengevallen plaatsen moest bezetten, koos hij een aantal burgers, wier woningen met vijandelijke *spolia* waren versierd (2). Eeuwen lang bleven die gedenkteekenen bewaard: Pompeius' woning, de *rostrata domus*, droeg nog de voorstevens van Cilicische schepen, toen het in handen kwam van den triumvir Antonius, later, door vererving, aan keizer Gordianus' grootvader (3). En nog onder Augustus bevond zich in den tempel van Jupiter Feretrius het linnen pantserhemd van den in

(1) LIVIUS, 4, 40, 5. VERGILIUS. *Aeneis* 11, 5 vlg. REINACH. *Revue Archéologique* 1908, bl. 44. CATO *orig.* 3, 1. Ed. Jordan p. 15.

(2) LIVIUS, 23, 23. Hierbij bedenke men dat naar Romeinsche opvatting hij, die zich de gunst eener vijandelijke godheid wilde verzekeren, niet beter doen kon dan die godheid (haar beeld, of een voorwerp, haar gewijd) te vereeren. Daarom werd het beeld van Juno overgebracht van Veii naar Rome; zoo werd de vereering van Kronos te Carthago gerescontreerd door den eeredienst van Saturnus te Rome. Waarschijnlijk moest de bronzen wolvin op het Lupercal strekken om de kudden voor wolven te beschermen. (SOLTAU. *Die Anfänge der römischen Geschichtschreibung*, bl. 29). Om dezelfde reden ontvingen wapenen en amuletten van verslagen vijanden te Rome eene eereplaats.

(3) CICERO *Philipp* 2, 28, 68. RICHTER *Topographie der Stadt Rome*, bl. 324.

428 v. Chr. gesneuvelden koning der Veienten, dat de consul A. Cornelius Cossus, door wiens hand de vorst was getroffen, aan Jupiter had gewijd (1). De buitgemaakte kleederen (*spolia, exuviae*) en wapenen (dit is de primitieve beteekenis van *manubiae*) behooren dus niet tot hetgeen als *praeda* privaatzit (vgl. *praedium*) van den soldaat wordt, doch werden verbrand, vernietigd of aan de goden gewijd. Juist hier komt de scherpe tegenstelling tusschen *praeda* en *manubiae* helder aan het licht: dit laatste woord, saamgetrokken uit *manu* en *habere* (2) is wel de zoo duidelijk mogelijke uitdrukking voor de wapenen, die de vijand hanteert en wier magische kracht door het Romeinsche bijgeloof wordt gevreesd, zoodat zij na den veldslag evenmin aan de onvoorzichtige willekeur van soldaten worden overgelaten als thans met dynamietbommen het geval zoude zijn. En Rome stond in die vrees waarlijk niet alleen: zoo hebben de Cimbren en de Teutonen, na den consul Cn. Mallius Maximus en den proconsul Q. Servilius Caepio te hebben overwonnen bij Arausio (6 Oct. 105 v. Chr.), zich meester gemaakt van twee Romeinsche legerplaatsen en daar, onder het uitspreken van magische vervloekingen, een onmetelijken voorraad vernield, — klaarblijkelijk enkel

---

(1) LIVIUS 4, 20.

(2) In dien zin WALDE Lat. Etymol. Wörterbuch 2, bl. 463. De door WALDE gegeven omschrijving van *manubiae* als «die vom Feinde abgelieferte Kriegsbeute und der Erlös daraus» komt mij echter minder juist voor: in *habere* ligt niet het begrip «abliefern» opgesloten. *Manubiae*, verwant met *manubrium*, handvat is oorspronkelijk: hetgeen men in de hand houdt. Voorzoover mij bekend, komt het woord in die beteekenis niet meer in onze bronnen voor: reeds ten tijde van CICERO schijnt de primitieve zin in vergetelheid te zijn geraakt.

uit vrees voor tooverij, die door hun eigen tooverformulieren moest worden bezworen (1).

Keeren wij terug tot ons punt van uitgang: ook de vernietiging van wapenen en kleederen is een *partes secare* om sacrale redenen en bevestigt ons vermoeden, dat het (*tertiis nundinis*) *partes secanto* der Twaalf Tafelen in gelijken gedachtengang zijne verklaring vindt.

De oud-Italische gewoonte, buitgemaakte wapenen en kleederen aan boomen op te hangen, bewijst dat van den boom naar primitieve voorstellingen een magische invloed uitging, zooals dan ook de heilige wouden (*luci*) in bijzonder aanzien staan. Wie dus een onroerend goed, waarop boomen groeien, in bezit wil nemen, kan door niets zoo duidelijk als door het afrukken van een tak te kennen geven, dat de sacrale bescherming, den voormaligen bezitter door den boom (of door diens god) verleend, heeft opgehouden. En hier nu zien wij den oorsprong van het

---

(1) OROSIUS 5, 16 (*nova quadam atque insolita execratione*). REINACH Revue Archéologique 1908, bl. 48. Iets dergelijks moet ten grondslag hebben gelegen aan de bekende jaarlijksche *venditio bonorum Porsenae* door de quaestoren. PLUTARCHUS *Publicola* 19. LIVIUS 2, 14. DIONYSIUS 5, 34. Nog in den keizertijd was het gebruikelijk, dat de quaestoren *ominis causa* een schijnverkoop hielden van het vermogen van Porsena. Naar de sage, die het duidelijkst bij PLUTARCHUS wordt vermeld, zou Porsena bij zijn vertrek zijne met kostbaarheden gevulde legerplaats aan de Romeinen hebben overgelaten; ter herinnering daaraan zou ieder jaar die symbolische verkoop der aldaar te vinden goederen hebben plaats gehad. In werkelijkheid zal het verloop der zaak wel hierin hebben bestaan, dat de Romeinen na het aftrekken van den gevreesden vijand, niet dan schoorvoetend en met bijgeloovige vrees vervuld de voormalige legerplaats dorsten te betreden. Dat deze weinig krijgshaftige expeditie zoo goed voor hen afliep, vervulde hen met eene blijde verrassing, die waarschijnlijk door een tooneeldichter is vereeuwigd. Vgl. SOLTAU *Die Anfänge der römischen Geschichtschreibung*, bl. 98.

bekende: *ex iure civili surculo defringendo usurpare* (1), de verjaring wordt gestuit, het bezit verkregen door hem, die een tak van een boom afsnijdt of afscheurt. Uit een psychologisch en juridisch oogpunt staat het afbreken van een tak volkomen op ééne lijn met de hierboven vermelde handelingen; ook hier wordt door breking van een voorwerp, tevens de bovennatuurlijke (en juridische) macht gebroken. Ook hier vinden wij eene toepassing van het *partes secare* der Twaalf Tafelen.

In de drie hier besproken handelingen, het sloopen van een huis, de vernietiging van buitgemaakte wapens, het afrukken van een tak vinden wij verbijzonderd terug, wat de Twaalf Tafelen in het algemeen als *partes secare* aanduiden. Doch wij kunnen veilig een stap verder gaan en *partes secare* op alle gevallen toepasselijk achten, waar de mensch eene snijding, d. i. eene afscheiding bewerkstelligt tusschen hetgeen voor zijne behoeften moet strekken en hetgeen aan de Godheid wordt gewijd. In dien

(1) CICERO *de oratore* 3, 28, 110. Met KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte II*, bl. 401 kan men wel aannemen, dat *usurpare* hier absoluut is gebruikt, en uit het voorgaande niet *possessionem* moet worden bijgedacht. Eene duidelijke toespeling op dit gebruik komt voor bij CICERO *pro Caecina* 21, 60 *vinces . . . non fuisse armatos eos, qui praetereuntes ramum defringerent arboris*. Daarentegen mocht van een *lucus* geen hout worden weggenomen; vandaar dat na den Gallischen brand *saxi materiaeque caedendae, unde quis vellet, ius factum* (LIVIVS 5, 55). Vgl. *lex luci Spoletini* (BRUNS—MOMMSEN *Fontes I*, bl. 283): *Honce loucum (= hunc lucum) ne quis violatod, neque exvehito neque exferito quod louci siet*. — Een *arbor infelix* is gewijd aan onderaardsche goden: CICERO *pro C. Rabirio* 4, 13 *caput obnubito, arbori infelici suspendito*. Bij VERGILIUS *Aeneis* 11, 5 snijdt Aeneas de takken van den eik af, voordat hij er de wapenrusting van Mezentius aan ophangt. Het afsnijden der takken zal wel hier moeten beteekenen, dat de boom aan onderaardsche goden werd gewijd. Vgl. ook VERGILIUS *Aeneis* 3, 27 vlg., waar met levendige kleuren wordt geschilderd, hoe de geest van een afgestorvene in een boom huist.

zin doelt *partes secare* in het bijzonder op het doen eener offerande. En inderdaad, zoo in het oudste rechtsleven iets vaststaat, is het wel de gewoonte, bij elke verkrijging, b.v. krachtens overeenkomst, aan de Godheid een offer te brengen. Even natuurlijk als deze handeling elders is, even natuurlijk is zij bij executie op het vermogen van den schuldenaar: waarop, zooals hieronder zal blijken, de bepaling der Twaalf Tafelen toepasselijk was.

De hier uiteengezette sacrale beteekenis van *secare* vindt een parallel bij elk der vrij talrijke werkwoorden, die eveneens oorspronkelijk op sacrale handelingen konden doelen, hoewel zij in historischen tijd die bijgedachte niet of in minder sterke mate opwekten. Zoo werden oorspronkelijk ἐξέζω en ἔρδω, *facio* en *operor* gebezigd in den zin van offeren en had ook *spondeo* naast eene algemeene beteekenis van willen, handelen (vgl. *sua sponte*), eene bijzondere van offeren, die zich in σπέριδω en σπονδαί heeft gehandhaafd. Hetzelfde geldt bij *ago*: *agone*? zal ik het dier slachten? vraagt in de overoude sacrale taal de *popa* (offerdienaar) aan den priester, waarop deze met *age* of *hoc age* antwoordt. Met *secare* moet een dergelijk verloop van beteekenis worden aangenomen: oorspronkelijk moet dit denominatief van *secus* (anders) hebben beteekend: scheiden, schiften, eene tegenstelling teweegbrengen tusschen oorspronkelijk vermengde bestanddeelen. Vandaar: een bepaald deel aanwijzen voor de Godheid, dus wijden, offeren. Immers, de nuchtere, naieve oud-Italische wijze van Godsvereering eischt dat het deel der Godheid en dat der menschen gescheiden worden met eene scherpte, die op ons modernen een vreemden, schier raadselachtigen indruk maakt (1).

(1) Zoo b.v. in de niet geheel verstaanbare tempelwet van Furfo (BRUNS—MOMMSEN *Fontes* I<sup>7</sup>, bl. 284): *comulateis olleis legibus illeis regionibus, utci extremæ undae quae (undique? unde quae?) lapide facta hoiusque aedis ergo . . . Lex arae Augusti Narbonensis* (BRUNS—

Aan deze sacrale beteekenis van *secare* nu worden wij herinnerd door *assignae*, (naar alle waarschijnlijkheid van *an* en *secare*), het gewijde stuk vleesch dat bij eene processie rondgedragen wordt (1); door *prosecare*, dat herhaaldelijk offeren beteekent (2), door *prosciciae*, de gewijde ingewanden van een dier. Ik aarzel niet, ook *partes secare* in sacralen zin op te vatten; deze handeling zou dus plaats vinden, b.v. wanneer de Koning of consul in gedachte eene ruimte (*templum*) afscheidt voor de Godheid (3) of haar een tiende van den buit belooft (4), eveneens wanneer ter eere der Godheid het heilig kruid (*sagmen*, van *secare*) wordt afgesneden of een dier wordt geofferd: immers slechts een deel daarvan wordt door de Godheid, naar men zich voorstelde, verorberd; het overige vindt in menschelijke magen een onderkomen.

MOMMSEN, I, bl. 286) *his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque quas hic hodie palam dixero, uti infimum solum huiusque arae titulorumque est* (d. i. *illis regionibus dedicabo uti infimum solum huius arae est*: letterlijk: binnen de grenzen, waar de grond, waarop het altaar steunt, het laagst is, zal ik [het daarbinnen gelegene] wijden). *Lex arae Jovis Salonitanae* (BRUNS—MOMMSEN, bl. 286): *ollis legib(us) ollisque regionibus dabo dedicaboque, quas hic hodie palam dixero uti infimum solum huius arae est. Lex arae urbanae* (BRUNS—MOMMSEN, bl. 287) *Haec area, intra hanc definitionem cipporum . . . . hac lege dedicata est, ne cui liceat intra hos terminos aedificium exstruere, manere, negotiari . . . .* Vgl. ook de controverse of een *votum incertae pecuniae* geoorloofd was (LIVIUS 31, 9).

(1) Zie WALDE. *Lat. Etymol. Wörterbuch* v.v. *assignae*. Dat *sacer* met *secare* in verband zou staan, acht een door mij geraadpleegd bij uitstek deskundige om formeele redenen onwaarschijnlijk.

(2) B.v. LIVIUS 5, 21 *qui eius hostiae exta prosecuisset, ei victoriam dari*. Wij komen op deze plaats aanstonds terug.

(3) B.v. LIVIUS 4, 10. *Juppiter Feretri, inquit (Romulus), haec tibi . . . . regia arma fero templumque his regionibus, quas modo animo metatus sum dedico*.

(4) LIVIUS 5, 21, 2. ATHENAEUS 5, 65; 4, 38. MACROBIUS 1, 7, 30. RICHTER, *Topographie*, bl. 187, noot 3.

Zoozeer is lichamelijke afzondering en deeling het oudste kenmerk van het heilige, dat zelfs de geofferde vloeistof als een heilig naast een onheilig *deel* wordt opgevat (1). Eerst in later tijd werd deze afzondering, afscheiding als gevolg van reinheid, onbevlektheid beschouwd: dat de gewijde zwijnen niet alleen afgezonderd, doch ook rein moesten worden gehouden (2) is stellig eene gedachte van secundaire dagteekening.

De erkenning, dat GELLIUS' opvatting strijdt met den geest van het oudste Romeinsche rechtsleven en met de ware beteekenis van *partes secare*, leidt tevens tot de vraag naar het ontstaan dezer onjuiste interpretatie. Combineeren wij de bekende woorden van GELLIUS 20, 1, 47 vlg. . . . *trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. . . . Et quidem verba ipsa legis dicam: . . . . Tertius . . . nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto* met GAIUS 3, 80: *bona autem veneunt. . . . iudiciorum post tempus, quod eis . . . lege XII tabularum . . . ad expediendam pecuniam tribuitur.*

(1) Zoo is volgens KIRCHER, *Die sakrale Bedeutung des Weines im Altertum (Religionsgeschichtliche Versuche und Vorarbeiten IX, 2)*, bl. 39 de primitieve beteekenis van *libo* (λείβω) en *σπέρδω* (spondeo): «das Ausgieszen nur eines Teiles der Flüssigkeit, deren Rest mithin der Spender selbst geniesst». Hij omschrijft *σπέρδω* als «mit einer ruckenden Handbewegung eine Flüssigkeit hinschleudern» en *λείβω* als «eine Flüssigkeit tröpfelnd ausgieszen».

(2) VARRO *de l.l.* 2, 1, 20. *Porci puri ad sacrificium, ut immolentur, olim appellati sacres. Quos appellat Plautus, cum ait: Quanti sunt porci sacres? Vgl. 2, 4, 16. Porci . . . qui a partu decimo die habentur puri, ab eo appellantur ab antiquis sacres, quod tum ad sacrificium idonei dicuntur primum. FESTUS p. 318, Sacrem porcum dici ait Verrius ubi iam a partu habetur purus.*

Klaarblijkelijk hebben beide schrijvers dezelfde bepalingen der Twaalf Tafelen op het oog, en wel de bepalingen betreffende een verkoop, in het geval de schuldenaar *iudicatus* is. Doch terwijl GAIUS die bepalingen in verband brengt met een verkoop van het vermogen, acht GELLIUS ze op een verkoop van den schuldenaar toepasselijk, natuurlijk met dien verstande dat ook diens vermogen in handen van den koper overgaat. De slotsom ligt voor de hand: tijdens de Twaalf Tafelen kende men zoowel een verkoop van den schuldenaar zelf (met diens vermogen) als een verkoop van het vermogen alleen. Men denke b.v. aan de *venditio bonorum Porsennae* (1). Uiteraard golden bij beide handelingen dezelfde formaliteiten, die slechts ééns door de Twaalf Tafelen behoeften te worden vermeld. Doch hetzij het vermogen met of zonder den schuldenaar was verkocht, in elk geval werd het na de derde veiling definitief verkregen. Om nu te kennen te geven, dat op dat tijdstip het vermogen in volledigen eigendom was overgegaan, konden de decemviri wel geen duidelijker uitdrukking bezigen dan het verlot, ter zake van de verkrijging van het vermogen een deel daarvan aan de Goden te offeren. Dit is — ik aarzel niet het te zeggen — de juiste beteekenis van: *tertiis undivis partis secanto* en geheel verklaarbaar is het, dat kwantiteit en kwaliteit van het offer aan de inzichten van den verkrijger werd overgelaten. *Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.*

*Partis secare* betreft dus in de Twaalf Tafelen de verkrijging van het vermogen van een *iudicatus*. Die verkrijging kan het gevolg zijn van executie op den persoon door achtereenvolgende *manus iniectio* en *addictio* door de Overheid, *ductio* door den schuldeischer. Zij kan echter

(1) LIVIUS 2, 14.



ook de laatste formaliteit zijn van eene uitsluitend op het vermogen gerichte procedure, die klaarblijkelijk reeds in de oudste tijden bestond en waarvoor LIVIUS de uitdrukking *bona multare* bezigt (1). Wij willen deze weinig bekende rechtsinstelling zoo nauwkeurig mogelijk zien te reconstrueeren.

Op den voorgrond sta, dat evenals voor de *ductio* van den schuldenaar, zoo ook voor de inbezitneming van zijn vermogen of van zijn eigendom eene uitdrukkelijke vergunning van de Overheid noodig is en wel de *missio in bona*, wanneer op het geheele vermogen beslag wordt gelegd, een interdict, wanneer het beslag slechts eene bepaalde zaak betreft. Doch evenals bij de *ductio*, verleent ook hier de Overheid slechts dan de gevraagde vergunning, wanneer de aanvaller door daden van eigenrichting de tegenpartij weerloos — Romeinsch uitgedrukt: *iudicatus* — heeft gemaakt. Om nu de tegenpartij tot *iudicatus* te stempelen, kan de aanvaller eigenrichting plegen op de persoon van zijn tegenstander door het voltrekken der *manus iniectio iudicati*. Hetzelfde doel kan hij echter ook bereiken door *pignoris capio*, mits het hem te doen is om het vermogen van den schuldenaar of een bestanddeel daarvan.

Bij het in primitieve tijden heerschend bijgeloof, moest dikwijls vrees voor bovenaardsche bondgenooten van den schuldenaar den schuldeischer weerhouden, zich in het bezit te stellen van het vermogen van den debiteur. Wie waarborgde den schuldeischer, dat huis of akker niet alleen door den schuldenaar, maar ook door diens beschermgoden waren verlaten? Alvorens dus in het bezit

(1) LIVIUS 10, 23, *Eodem anno Cn. et Q. Ogulnii aediles curules aliquot feneratoribus diem dixerunt; quorum bonis multatis, ex eo, quod in publicum redactum est, aenea in Capitolio limina . . . . posuerunt.*

te treden van datgene, waarop hij beslag wenscht te leggen, zal de schuldeischer proefondervindelijk nagaan of op het onroerend goed alles „pluis” is (1). Evenals bij *surculum defringere*, zal hij ook hier een voorwerp, en wel hier bij voorkeur een voorwerp dat met den schuldenaar nauw in betrekking staat (b.v. huisraad of kleedingstukken) bemachtigen en vernietigen: met het bedoelde voorwerp worden ook de daarin huizende geesten geacht, op te houden te bestaan. Als *pignora caedere* (2) is deze handeling in het Staatsrecht bekend gebleven: de Overheid ontnemt der lagere Overheid of den burger een pand en vernietigt dit, waaruit aanschouwelijk moet blijken, dat de aldus gestrafte te vergeefs heeft gehoopt op de door het pand uitgestraalde magische kracht en zich dus op erger, op verlies van het geheele vermogen heeft voor te bereiden. Door de vernietiging van het pand werd — en hier treden wij uit het gebied van het *fas* in dat van het *ius* — de schuldenaar *iudicatus* of weerloos.

Is naar de oudste, proëthnische opvatting hij weerloos, wien een pand ontnomen en daarna vernietigd is, het gezond verstand der Romeinen heeft om begrijpelijke redenen deze opvatting in zoover beperkt, dat het ontnemen van een pand slechts hem vrijstond, die door de Overheid of door de wet daartoe bevoegd was verklaard (3).

(1) Goederen, waarmede het niet «pluis» is, heeten besmet. LIVIUS 9, 1 *bona eorum, ne quid ex contagione noxae remaneret penes nos, Roman portavimus* 4, 15 i. f. *bonaque, contacta pretiis regni mercandi, publicarentur. lubere itaque quaestores vendere ea bona atque in publicum redigere.*

(2) MOMMSEN, *Staatsrecht* I, bl. 160, noot 2.

(3) GAIUS IV; 29, *Ex omnibus autem istis causis* (dus niet in andere gevallen) . . . . *pignus capiebatur.* De om sacrale en Staatsrechtelijke redenen bevoorrechte aard dezer vorderingen wijst op parate executie.

Alleen in die gevallen had het ontnemen van een pand ten gevolge, dat de schuldenaar *iudicatus* werd.

Het laat zich echter begrijpen, dat tusschen schuldenaar en schuldeischer het pand, wanneer het niet onmiddellijk vernietigd was, het voorwerp was van loven en bieden. Door den schuldeischer werd alvorens het pand terug te geven zooveel mogelijk er voor geëischt, door den schuldenaar zoo weinig mogelijk er voor geboden. Vandaar de opkomst der opvatting, dat het pand eene nieuwe verbintenis in het leven riep: na de *pignoris capio* mocht de schuldenaar niet meer denken aan zelfverweer tegen den schuldeischer, doch moest in de eerste plaats het pand zien terug te erlangen, waarin misschien zijne beschermgoden huisden. Romeinsch uitgedrukt: de *intentio* der vordering was na *pignoris capio* niet meer *dare oportere*, doch *pignus luere oportere* (1). Ook ten opzichte van haar bedrag verschilden beide vorderingen: *pignus luere* eischte anderhalf maal het oorspronkelijk bedrag der vordering, zoodat hij, die oorspronkelijk honderd schuldig was, alleen tegen betaling van honderdvijftig het genomen pand kon lossen (2).

(1) GAIUS IV, 32. *Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnatur.* WLASSAK, *Röm. Processgesetze* I, bl. 251.

(2) Met WLASSAK, *Processgesetze* I, bl. 251, noot 24, kan men het bestaan der verhooging afleiden uit GAIUS IV, 33. Hebben wij eene civiele vordering op *pecunia certa* of *res aliqua certa*, zegt GAIUS, en stellen wij de *condictio* van het nieuwere proces in, dan *eam ipsam dari nobis oportere intendimus*. Wij mogen hierbij in gedachte aanvullen, dat de *publicanus* daarentegen met de *actio ficticia* niet het bedrag zijner oorspronkelijke vordering eischt, doch, als had hij de *pignoris capio* voltrokken, het verhoogde bedrag. Ongetwijfeld was deze verhooging de *multa* in den oudsten zin des woords; vandaar dat *multa* en *pignus* zoo dikwijls in één adem werd genoemd. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, I, bl. 160, noot 4.

In historische tijden gaat aan de *pignoris capio* steeds eene verklaring der Overheid vooraf, die deze handeling geoorloofd verklaart; in de praktijk geschiedde zij alleen tegenover schuldenaren van den Staat. Een geval, waarin zij ongetwijfeld oorspronkelijk voorkwam, vinden wij geregeld in de z.g. *lex Julia municipalis* (1); deze regeling leidt in verband met de bekende bepaling der Twaalf Tafelen (3, 1) tot de slotsom, dat op de *pignoris capio* dertig dagen — de *triginta dies iusti* — volgden, waarin geen verdere maatregelen van den schuldeischer mochten worden genomen. Bleef echter ook daarna de vordering — met de helft van haar oorspronkelijk bedrag verhoogd — toch onbetaald, dan was de schuldeischer bevoegd, bij den praetor de *missio in possessionem* aan te vragen en na verkrijging dezer bevoegdheid het vermogen in beslag te nemen (2). Daarop volgde dan de bij GELLIUS 20, 1, 47 bedoelde verkoop van het vermogen in drie termijnen, die bij GELLIUS wel is waar als verkoop van

---

Bevestigd wordt ons vermoeden aangaande het bestaan der verhooging door de bepalingen der z.g. *lex Julia municipalis*, betreffende de aanbesteding van het onderhoud van den weg: oorspronkelijk kon de aannemer na *pignoris capio* anderhalf maal het bedrag der oorspronkelijke vordering eischen. In later tijd verviel de *pignoris capio*, doch de verhooging van het bedrag bleef behouden.

(1) *Lex Julia municipalis* regel 41 vlg. *Sei is qui adtributus erit eam pecuniam diebus XXX proxumeis . . . non solverit . . . , quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto.*

(2) Hierop doelt CICERO in *Verr.* 2, 3, 11, 27. *Quum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse.* M. a. w. de publicanus eischte op wettige wijze en voltrok in geval van wanbetaling de *pignoris capio*, maar was niet gewoon te rooven en zich de *bonorum possessio* te laten toewijzen; deze laatste bevoegdheid werd (althans volgens CICERO) door den *publicanus* in den regel niet aangevraagd. Vgl. ook CICERO in *Verr.* 2, 1, 54, 142.

den *iudicatus* wordt voorgesteld, doch waarvan de formaliteiten ongetwijfeld ook op *bonorum venditio* toepasselijk waren. Op de derde veiling volgde de definitieve aanwijzing, hetgeen de Twaalf Tafelen uitdrukten als het verlot, te offeren (*partes secare*).

De evolutie der eenzijdige rechtshandelingen, m. a. w. der handelingen, welke slechts door ééne partij worden verricht, brengt mede dat de historisch oudere en als daad van eigenrichting strengere daad gaandeweg wordt voorafgegaan door eene later opgekomen en minder strenge daad. Werd het *partes secare*, de definitieve toeëigening, oorspronkelijk alleen door *pignora caedere* voorafgegaan, deze laatste handeling werd in later tijd op hare beurt aangekondigd door een jonger element, de *pignoris capio*. Een stap verder was de evolutie gegaan, toen de *pignoris capio* moest worden aangekondigd door eene openbare aanzegging, die onder den naam *detestatio* door de Twaalf Tafelen in verband met de *pignoris capio* wordt genoemd (1). Openbare aanzegging van den eisch (*detestatio*), pandneming (*pignoris capio*), inbeslagneming van het vermogen (*bonorum possessio*), ziedaar de étapes die tijdens de Twaalf Tafelen tot *partes secare* leiden.

## II. *De sector.*

### § 1. Beteekenis van het woord.

Het oudste vermogensrecht in zijn geheelen omvang wordt beheerscht door de opvatting, dat elke verkrijging, in oorlog zoowel als in vrede, voorafgegaan moet worden door eene offerande en aan die offerande haar sacraal-

(1) l. 238 § 1. GAIUS, *libro sexto ad legem duodecim tabularum* D. de verb. sign. 50, 16 «*Detestatum*» est *testatione denuntiatio*. «*Pignus*» appellatum a *pugno* quia *res, quae pignori dantur, manu traduntur* . . . .

juridisch karakter ontleent. Vandaar dat, naar Romeinsche opvatting, de nederlagen bij de Allia en bij Caudium te wijten zijn, niet aan omstandigheden van materieelen of moreelen aard, doch aan het feit, dat vóór den veldslag op een ongelukkigen kalenderdag een offer is gebracht (1). Om met een ander voorbeeld het verband tusschen offerande en verkrijging duidelijk te maken, zij het mij vergund te wijzen op het legendair verhaal der inneming van Veii. Hetgeen LIVIUS ons daarover weet mede te deelen, is direkt of indirekt ontleend aan een Romeinsch drama, waarvan de motieven ontleend waren aan het beleg van Troje door de Grieken (2). Evenals Troje, is ook Veii tien jaren lang belegerd door veldheeren, wier oneenigheden telkens de twisten der Grieksche vorsten in herinnering brengen. De dapperste Romein, CAMILLUS, is dan ook niets anders dan een op Italischen bodem verzeilde ACHILLES. Doch merkwaardiger dan de overeenkomst is voor ons thans het verschil.

Naar Romeinsch gebruik, wijdt CAMILLUS vóór de inneming der vijandige veste een tiende van den buit aan Apollo (3), een moment, dat uit een sacraal-juridisch oogpunt te belangrijker is, omdat de Romeinsche dichter het niet aan zijne Grieksche modellen heeft kunnen ontleenen. Even merkwaardig is het volgende: voor Troje sluipen DIOMEDES en ULYSSES heimelijk in de veste, dooden de wachters, sleepen het beeld van Pallas uit de stad naar de Grieksche legerplaats, zoodat Pallas zich genoopt ziet, de zijde der Trojanen te verlaten, die der Grieken te kiezen (4). Heeft de Romeinsche dichter, wien

(1) W. SOLTAU, *Die Anfänge der römischen Geschichtschreibung* 1909, bl. 208.

(2) SOLTAU l. c., bl. 40.

(3) LIVIUS 5, 21.

(4) VERGILIUS, *Aen.* 2, 161 vlg.

het vrijstond, dit motief over te nemen, zich aan zijn voorbeeld gehouden? In geen en deele: met geweld of met list het standbeeld eener godheid uit eene vijandige veste weg te voeren, zou naar Romeinsche opvatting strijden met den eerbied, den onsterfelijken verschuldigd. Met eene Romeinsche godin valt te sollen noch te spotten. Daarom werd, in het Romeinsche tooneelstuk, het standbeeld van Juno eerst na de inneming der stad en nadat de godin daarin uitdrukkelijk had toegestemd, naar Rome overgebracht (1). Vóór de inneming werd de roof van het standbeeld vervangen door eene episode, die het rechtskarakter der offerande en de beteekenis van *partes secare* in een helder daglicht stelt. Terwijl de koning der Veienten, zoo heette het, een offer bracht, profeteerde de haruspex, dat de overwinning zou worden geschonken aan hem, *qui eius hostiae exta prosecuisset*. Toevallig — ook destijds was het papier geduldig — werd de godspraak gehoord door Romeinsche soldaten, die zich onder den Koninklijken burcht in eene mijn bevonden. Zij breken uit hun schuilplaats te voorschijn, nemen in allerijl de *exta* van het offerdier mede en brengen die naar den Romeinschen dictator, die ze offert (2). Onmiddellijk daarop wordt de stad stormenderhand ingenomen.

Veilig kunnen wij hier *prosecare*, offeren, beschouwen als een jonger synoniem van hetgeen de Twaalf Tafelen *partes secare* noemden en dus ook de laatste uitdrukking door offeren vertalen. En eveneens kunnen wij den bekenden rechtsterm *sector* omschrijven als hij, die offert; de Romeinsche dictator is hier een *sector* in den oudsten zin des woords; hij brengt een offer en maakt zich tevens van iets meester.

---

(1) Livius 5, 22.

(2) Livius 5, 21.

De scheiding tusschen *ius* en *fas* heeft er toe geleid, dat *sector* gaandeweg niet meer aan een offer, doch aan eene verkrijging deed denken. Een tijdlang moet *sector* dus ieder „verkrijger” hebben aangeduid. Doch de beteekenis van het woord is, evenals die van zoo menigen anderen rechtsterm, steeds beperkter geworden.

Vooreerst werd het alleen van hem gebezigd, die van den Staat verkreeg. Bovendien heette slechts hij *sector*, die het vermogen van een veroordeelde had gekocht (1), in tegenstelling met den *praediator* of kooper van een *praes* of *praedium obligatum*. Wel zijn *praediator* en *sector*, die door GAIUS op dezelfde wijze worden aangeduid (2), ten nauwste verwant; wel kunnen wij eigenaardigheden, hoewel in de overlevering alleen bij *sectio* of alleen bij *praediatura* vermeld, op beide verkoopen toepasselijk achten. Dit neemt echter niet weg, dat de *sectio* het gevolg is eener strafrechtelijke veroordeeling, terwijl de Staat bij *praediatura* verkoopt wegens niet-voldoen aan vermogensrechtelijke verplichtingen.

Merkwaardig is de gedachtengang, die aan de voortdurende beperking van de beteekenis van *sector* ten grondslag ligt. Alleen bij verkoop door den Staat — dit is het uitgangspunt — wordt aan de goden een offer gebracht, niet bij koop tusschen particulieren gesloten. In dat laatste geval immers is vrees voor inmenging van boven-

(1) PSEUDO-ASCONIUS in *Verr.* II, 1, 52. *Sectorem autem dicit aestimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui spem sectans lucri sui, id est, secutus spem aestimationis suae, bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam aerario vel sociis.* § 61. *Sectores autem dicti sunt, qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel aucionabantur, proque his pecunias pensitabant (populo) ac in postera pro compendio suo singulas quasque res pecunia populo vendituri.*

(2) GAIUS II, 61, *qui mercatur a populo praediator appellatur*; IV, 146, *sectores vocantur qui publice bona mercantur.*



natuurlijke wezens ten eenenmale uitgesloten. Verkoopt Titius een huis aan Maevius, dan behoeft deze den wrok van Titius' bovennatuurlijke huisgenooten niet in het minst te duchten; vrijwillig heeft Titius het perceel verkocht; in den koopprijs vindt hij een equivalent voor het te lijden verlies en, mocht hij zich over dit laatste beklagen bij de huisgoden, dan zouden dezen, verstandig als altijd, hem de nuchtere opmerking toevoegen: *habes quod tibi imputes*. Anders echter wanneer door het misdrijf van den eigenaar diens vermogen in den sacralen zin des woords „besmet” is, zoodat den nieuwen bezitter als een dreigend zwaard de wrok van eene of andere vertoornde godheid boven het hoofd hangt. Om in het bezit van het besmet vermogen te kunnen treden, moet de verkrijger vooreerst den sacralen bijstand genieten van het Romeinsche volk en met dit laatste eene overeenkomst van koop en verkoop aangaan (1). Bovendien moet hij, alvorens in het bezit van het vermogen te treden, een offer verrichten (*secare*), waaraan hij den naam *sector* ontleent.

De *sector* koopt van het Romeinsche volk, vertegenwoordigd door een of meer *magistratus*, in den regel de *quaestores urbani*. Reeds daardoor onderscheidt hij zich van den *bonorum emptor*, den koper van een faillieten boedel, die met den curator (*magister bonorum*) contracteert en dan ook, in tegenstelling met den *sector*, elk publiekrechtelijk karakter mist. Onmiskembare gelijkenis daarentegen heeft de *sector* met den *praediator* of koper eener *cautio praedibus praediisque*; doch, terwijl de *sector* b.v. een deel van den buit of het vermogen van een veroordeelde koopt, dus eene zaak of een vermogen, waarmede hij vóór den koop niet in rechtsbetrekking

(1) LIVIUS 4, 15 i. f. *bonaque, contacta pretiis regni mercandi, publicarentur. Iubere itaque, quaestores vendere ea bona atque in publicum redigere.*

stond, is bij den *praediator* in den regel het tegendeel het geval. Zooals bekend, wordt te Rome door ieder die met den Staat contracteert een waarborg, een onderpand gesteld, hetzij in *praedia obligata*, hetzij in *praedes*, hetzij in beiden bestaande en bekend onder den naam *cautio praedibus praediisque* (1). In geval van wanpraestatie van den schuldenaar van den Staat wordt deze *cautio* verkocht en wel bij voorkeur aan den schuldenaar, die haar heeft gesteld of aan hem, die anderzins bij de *cautio* betrokken is (2), zoodat de koper voor de betaling van den koopprijs in de rekeningen van den Staat wordt gedebiteerd en de *cautio* als te voren voor de vorderingen van den Staat aansprakelijk blijft. Maakt dus de *praediator* of koper der *cautio* eenigen aanspraak tegen een belanghebbert bij de *cautio*, b.v. tegen een *praes*, dan is de tegenpartij uiteraard bevoegd zich te beroepen op de omstandigheden, waaronder hij, in den regel op verzoek van hem, die later *praediator* is geworden, zich tegenover den Staat aansprakelijk heeft gesteld.

Zooals men ziet, zijn de gevolgen der *praediatura* in den regel even ingewikkeld (3) als het rechtskarakter der *sectio* van primitieven eenvoud getuigt. De *sectio* mist dan ook den bij de *praediatura* voorkomenden verkoop in twee termijnen: bij *praediatura* wordt eerst getracht *lege praediatrica* een koper te vinden voor de *cautio*; gelukt dit niet, dan wordt *in vacuum* verkocht (4).

(1) KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II, bl. 47.

(2) CICERO in *Verr.* II 1, 54, 142. *Ubi illa consuetudo in bonis praedibus praediisque vendendis omnium consulum . . . ut optima conditione sit is, cura res sit, cuium periculum?*

(3) Vgl. CICERO *pro Balbo* 20, 45. *Q. Scaevola ille augur, quum de iure praediatrico consuleretur . . . consultores suos nonnumquam ad Furium et Cascellium, praediatore reiciebat.*

(4) *Lex Malacitana* LXIV *dum ea(m) legem is rebus vendundis dicant, quam legem eos, qui Romae aerario praecerunt, e lege praediatrica*

Ter verklaring van een en ander sta op den voorgrond, dat hetzelfde onderpand dikwijls jarenlang den Staat tot onderpand strekt (1); hiertoe werkt immers mede de gewoonte, de *cautio* bij voorkeur aan een belanghebbende te verkoopen en hieruit laat zich verklaren, dat wijzigingen in den rechtstoestand der *cautio* op steenen of bronzen tafelen worden gegraveerd (2). Dat bij deze langdurige aansprakelijkheid van het onderpand de aard en het bedrag der vorderingen van den Staat onzeker wordt, ligt voor de hand. Met deze omstandigheid nu hangt het verschil samen tusschen den verkoop *lege praediatrica* en den verkoop *in vacuum*. Terwijl bij den verkoop *lege praediatrica* het verkochte onderpand aansprakelijk blijft op denzelfden voet als te voren (3), aan-

*diatoria praedibus praedisque vendundis dicere oportet, aut, si lege praediatrica emptorem non inveniet (lees: inveniet) quam legem in vacuum vendendis dicere oporteret, et dum ita legem dicant, uti pecunia in fore (sic) municipi Flavi Malacitani referatur luatur solvatur* (Voor het corrupte *in fore* moet m. i. *in formam* gelezen worden; vgl. *lex agraria* regel 7: *inve formas tabulasve retuli referere iusit*; regel 78: *idque in formas publicas facito ut(i) referatur*; regel 80: *in formam publicam rellatum erit*). SÜETONIUS Claudius 9: *cum obligatam aerario fidem liberare non posset, in vacuum lege praediatrica venalis pependerit sub edicto praefectorum*.

(1) Vandaar de slotbepaling der *lex Tarentina* welke, door MOMMSEN (*Ges. Schr. I*, bl. 159) aangevuld, aldus luidt: *quei pecuniam municipio Tarentino non debebit, sei quis eorum quei municeps erit neque eo sexennio proximo, quo exire volet, duovirum a [edilisve fuerit, ex municipio Tarentino exire volet, id ei sine fraude sua facere liceto]*. De gewezen ambtenaar moet dus vijf jaar wachten voordat hij de stad mag verlaten; gedurende dien tijd blijft de door hem gestelde *cautio* aansprakelijk. Zie ook PLUTARCHUS *Cato minor* 17: *εἰρὼν χρεῖα παλαιὰ τῷ δημοσίῳ πολλοὺς ὀφείλοντες*.

(2) Een voorbeeld hiervan levert de inscriptie n<sup>o</sup>. 156 bij BRUNSMOMMSEN, *Fontes I* 7, bl. 353.

(3) Vgl. l. 36 D. de iure fisci 49, 14. *Praediis a fisco distractis praeteriti temporis tributum* (lees met MOMMSEN: *tributorum*) *eorundem prae-*

gezien dan de kooper een *praediator* is in den gewonen zin des woords, wordt bij den verkoop *in vacuum* het perceel als vrij (*vacuus*) van alle verbintenissen verkocht, zoodat in dit laatste, voor den Staat ongunstige geval, naar onze moderne terminologie, eene zuivering van hypotheken plaats vindt.

Het is duidelijk dat bij de *sectio* deze verkoop in twee termijnen ten eenenmale uitgesloten is; alleen om de tegenstelling tusschen *sectio* en *praediatura* duidelijk te maken, voelden wij ons genoopt in het kort het wezen der *praediatura* uiteen te zetten.

## § 2. Rechten en verplichtingen van den *sector*.

Voor zaken, waarmede het naar het oordeel der bijgevoegde menigte niet „pluis” is — men houde mij de

*diorum onus emptorem spectare placuit*. Terwijl dus bij den privaatrechtelijken verkoop *iure pignoris* de schuldeischer al zijne rechten op het verkochte goed laat varen (*non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa controversiam movere* l. 10 D. de distractive pignorum 20, 5) geldt in het Staatsvermogensrecht het tegendeel. Waar de Staat verkoopt, behoudt hij zich voor, nader aan het licht te komen rechten geldig te maken. Zoo kan zelfs, ten behoeve van vorderingen van den Staat, de eens gesloten koop vernietigd worden, opdat met een ander kooper een koopcontract tot stand kome op voor den Staat gunstiger voorwaarden: l. 9 D. de rescindenda venditione 18, 5 *Fundus qui Lucii Titi erat, ob vectigale rei publicae venit; sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, praeses provinciae rescidit venditionem eumque restitui iussit Lucio Titio*. Eeuwenlang bleef deze opvatting zich handhaven. Nog in den laten keizertijd worden de vorderingen van den Staat met buitengewone consequentie geldig gemaakt. Zoo waren de verkrijgers van goederen van *murileguli* (purpervisschers) aansprakelijk voor het tekort aan schelpen, die de corporatie der *murileguli* aan den Staat schuldig was (Собр. Труд. X, 20, 14).

populaire, doch kenschetsende uitdrukking ten goede —, vindt het Romeinsche volk als verkooper slechts dan een kooper, wanneer de *sector*, dus hij die de hierboven uiteengezette sacrale handelingen verricht, zoowel naar het *fas* als naar het *ius* krachtdadigen bijstand geniet. Het eerste geschiedt door den verkoop *sub hasta*, dus onder de bescherming der aan Mars gewijde lans plaats te doen vinden. Doch de Romein is te nuchter en te juridisch aangelegd om het bij dezen platonischen steun te laten. *Pro populo* optredend, geniet de *sector*, krachtens de spreuk: *Praetores secundum populum vindicias dicunt* (1) dit tastbaar voordeel, dat hij bij een proces voorloopig in het bezit der door hem geïndiceerde zaak wordt gesteld, hetgeen practisch beteekent, dat de tegenpartij haar recht op de zaak verbeurt, tenzij ze dit recht kan bewijzen. De bewijslast wordt dus van den *sector* op den bezitter overgedragen en het recht van parate executie wordt den *sector* toegekend, op gelijke wijze als geschiedde bij den aannemer van het onderhoud van een werk, dat door den Staat aanbesteed wordt ten koste van den onderhoudsplichtige (2).

Om de toekenning der *vindiciae* te kunnen vorderen, moet de *sector* door eene *usurpatio* althans rechtens, zoo niet feitelijk, bezitter zijn geworden.

Als zoodanige *usurpatio* werd in den regel beschouwd het afrukken van een tak: daardoor werd, zooals hierboven is opgemerkt, aan de heerschappij van vijandige

(1) CATO, Ed. Jordan p. 50.

(2) CICERO in *Verr.* 2, 1, 54, 142. *Quid enim? quisquam ad meam pecuniam, me invito, adspirat? . . . Locatur opus id, quod ex mea pecunia reficiatur; ego me refecturum esse dico; probatio futura est tua, qui locas; praedibus et praediis populo cautum est; et, si non putas cautum, scilicet tu praetor in mea bona, quos voles, immittes? me ad meas fortunas defendendas accedere non sines?*

geesten een einde gemaakt, naar het oorspronkelijk heette. Houdt men in het oog, welke gewichtige processueele voordeelen aan die symbolische handeling waren verbonden, dan wordt het verklaarbaar, dat geweld of bedreiging met geweld hier dikwijls werd aangewend (1). Deze symbolische handeling staat in alle opzichten gelijk met *pignoris capio*, al is deze laatste naam alleen bij persoonlijke vorderingen gebruikelijk; vandaar dan ook dat beide handelingen moesten worden voorafgegaan door eene *detestatio* of *denuncialio*, welke uiteraard ook tot een *incertus possessor* kan worden gericht (2). Zoo een en ander in onze bronnen uit den Keizertijd alleen met de *praediatura*, niet met de *sectio* in verband wordt gebracht, is dit hieruit te verklaren, dat destijds alleen *praediatura* als rechtsterm in zwang was gebleven. Doch stellig heeft dezelfde rechtspleging gegolden bij ieder die, hetzij als *redemptor*, *praediator* of *sector*, tegen derden optreedt met aan de Overheid ontleende bevoegdheden. Veilig mag men dan ook aannemen, dat zoowel de *sector* als de *praediator* hun recht verbeuren door *non-usus*, voor zoover zij niet binnen twee jaar het bezit hebben verkregen van door hen gekochte onroerende goederen (3).

Om zich in het bezit der gevorderde zaak te stellen, is de *sector* bevoegd een interdict aan te vragen, dat *i. sectorium* heet, naar alle waarschijnlijkheid omdat het wordt aangevraagd op grond der *sectio*, waaronder hier

(1) Vgl. CICERO pro CAECINA 21, 60.

(2) l. 39. D. de verborum sign. 50, 16. PAULUS 53 ad Edictum. *Subsignatum dicitur quod ab aliquo subscriptum est, nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant.* § 1. *Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.* § 2. *Detestari est absenti denunciare.* § 3. *Incertus possessor est quem ignoramus.*

(3) GAIUS II, 61.

zeker b.v. het afrukken van een tak moet worden verstaan. Heeft echter de *sector* eens het bezit der zaak verkregen, en daarna verloren, dan heeft het afrukken van den tak, het wegnemen van een pand of in het algemeen hetgeen als *sectio* geldt en vóór de inbezitneming is verricht, uitgewerkt. Uit een oogpunt van *fas* zijn na deze *sectio* andere goddelijke machten het huis binnengedrongen; juridisch uitgedrukt, strekt het *interdictum sectorium* alleen om het bezit te verschaffen, niet om in het verloren bezit te herstellen (1).

Krachtens de *sectio*, in verband met de wilsverklaring der Overheid, verkrijgt de *sector* de gekochte voorwerpen *optimo iure Quiritium* (2). Staat eens vast, dat eene zaak verkocht is door het Romeinsche volk en in bezit genomen door den koper, dan is deze rechtens eigenaar geworden, onverschillig aan wien de zaak vóór den verkoop toebehoorde. Lijnrecht verschilt de *sector* dus van den *bonorum emptor*, die eerst door *usucapio* civielrechtelijk eigendom verkrijgt, tenzij hij, wat ook mogelijk is, als *peregrinus* de bevoegdheid mist zich op *usucapio* te beroepen (3).

(1) GAIUS IV, 144. *Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quod ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.* IV, 146. *Item ei qui publice bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium.*

(2) Vgl. CICERO *de lege agraria* 3, 2, 7. *Quae . . . . . agri aedificia lacus stagna loca, possessiones . . . . . publice data . . . . . sunt . . . . . ea omnia eo iure sint . . . . . ut quae optimo iure privata sint.* CICERO's bezwaren tegen deze wetsbepaling nemen niet weg, dat zij de geldende opvatting inhield.

(3) GAIUS 3, 80. *Interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, veluti si peregrinus sit bonorum emptor, nec lex vel senatusconsultum concesserit eius civitati ius, quo quae civibus eius populi a nostris civibus alienantur usucapere possunt.*

Ook ten opzichte van de opvolging in de vorderingen en schulden van het gekochte vermogen bestaat analogie tusschen *praediator* en *sector*. In zijn commentaar op het praetorisch edikt acht PAULUS (1) het noodzakelijk, uitdrukkelijk op te merken, dat van de *bona (obligata)* de schulden moeten worden afgetrokken. Bij den *sector* zal wel hetzelfde hebben gegolden. Doch deze opvatting neemt niet weg, dat oorspronkelijk, evenals in analoge gevallen, het tegendeel gold. En trouwens ook *à priori* moet men wel aannemen, dat de *sector* en de *praediator* niet in de vorderingen en schulden van het gekocht vermogen opvolgen, omdat zij niet in de rechten van den titularis van dat vermogen, doch in die van den Staat treden. Formeel-juridisch zijn beiden vertegenwoordigers van het Romeinsche volk, zij treden op *pro populo* en verkrijgen om die reden aan de gekochte lichamelijke zaken het *optimum ius Quiritium*. Anders echter ten opzichte der onlichamelijke zaken als rechten en verplichtingen van het gekocht vermogen. Vooreerst gaan verscheidene daarvan teniet door elke *capitis deminutio*, ook al is niet de Staat, doch een privaat persoon *successor per universitatem* (2). Wat nu betreft die vorderingen in rechten, welke de *capitis deminutio* in beginsel overleven, zij zouden, door overgang op den *sector* of *praediator*, een publiekrechtelijk karakter verkrijgen en bij wijze van parate executie kunnen worden ingevorderd, zoodat de positie van den schuldenaar, geheel buiten zijn toedoen, ongunstiger zou worden. Om dit te ontgaan, zal men wel oorspronkelijk hebben aangenomen dat bij *sectio* en *praediatura* de vorderingen *ipso iure* teniet gaan. En, daar formeel-juridisch de privaatpersoon wel schuldenaar,

(1) Zie blz. 295 noot 2.

(2) GAIUS III, 83.



doch niet schuldeischer van het Romeinsche volk kan zijn — eene *manus iniectio* van den burger tegen het volk in zijn geheel is immers feitelijk en juridisch ondenkbaar —, worden oorspronkelijk ook de schulden *ipso iure* vernietigd. Wat niet belette dat het praetorisch edikt uit overwegingen van billijkheid hier evenals elders (1) een tegengesteld stelsel invoerde.

De voornaamste, zool niet de eenige verplichting van den *sector* is de betaling van den koopprijs aan den Staat. Eenvoudig als die verplichting op zich zelve schijnt, behoort zij toch te worden toegelicht in verband met de opmerking van PSEUDO-ASCONIUS, dat de betaling van den koopprijs hetzij aan den Staat, hetzij aan *socii* kan geschieden (2).

Bij dit woord *socii* heeft men hier te denken aan eene *societas publicanorum*, eene dier welbekende vennootschappen, die in de Romeinsche wereld tal van werkzaamheden voor den Staat verrichten en tevens bankiers- en kassiersdiensten bewijzen. Daar omtrent deze laatste werkzaamheden bij juristen evenmin als bij philologen altijd even duidelijke voorstellingen worden aangetroffen en toch hier het historisch uitgangspunt ligt van eene gewichtige rechtsinstelling als de wissel, zal men mij hier eenige uitvoerigheid allicht vergeven. Op den voorgrond sta, dat, waar eene vrij gevorderde beschaving nog met onveiligheid te kampen heeft — men denke hier met name aan Griekenland en Rome in de Oudheid, aan Italië in de eerste helft der Middeleeuwen — gemunt geld zooveel mogelijk in bewaring blijft in de goed gesloten en wel bewaakte kisten van den bankier. Betalingen geschieden bij voorkeur in schriftelijke aanwij-

(1) GAIUS III, 34; IV, 80.

(2) Zie hierboven bl. 289, noot 1.

zingen op den bankier, in checks, assignaties of mandaten van betaling zouden wij zeggen (1), en zoo zij al in geld geschieden, ook dan wordt in den regel bij den bankier het geld gestort. Wanneer dus de *sector* aan *socii* betaalt, beteekent dit dat hij voor rekening van den Staat den koopprijs betaalt aan eene *societas publicanorum*.

Naast het geval dat A. aan B. eene assignatie geeft op den bankier C. staat het geval dat A. en B. assignaties *ruilen*. Dit nu is hetgeen te Rome *permu-*

(1) In den regel wordt daarvoor onder de Republiek *perscribere* gebezigd. CICERO in *Verrem* 2, 1, 21, 57. *P. Servilius quae signa atque ornamenta ex urbe hostium . . . . imperatorio iure sustulit, ea populo Romano apportavit, per triumphum vexit, in tabulas publicas ad aerarium perscribenda curavit* (M. a. w. hij gaf voor bepaalde geldsommen een mandaat van betaling af op den quaestor, deze daarvoor een check op den bankier, de bankier op zijn correspondent te Rome; duidelijker wordt het uitgedrukt bij CICERO, *ad fam.* 2, 17, 4 en *pro Flacco* 19, 44; zie ook *ad fam.* 5, 20, 9.) LIVIUS 24, 18, 14 *a quaestore perscribatur*; CICERO *ad Att.* 13, 51, . . . *debere non esse dignitatis meae, perscriptionem tibi placere.* 16, 2, 1. *De Publilio autem, quod perscribi oportet, moram non puto esse faciendam.* *Orator* 1, 58, 250. *Si de tabulis et perscriptionibus controversia est; Philipp.* 5, 4, 11 *sestertium septiens miliens falsis perscriptionibus* (d. i. waarschijnlijk door checks, afgegeven wegens verdichte schulden) *et donationibus avertit.* *ad Atticum* 9, 12, 3 *viri boni usuras perscribunt* (de bezitters, de bourgeoisie int de rente van haar kapitalen; anders, doch m. i. onjuist, MOMMSEN, *Ges. Schr.* III. bl. 245, noot 1, die hier denkt aan boeking in een kasboek). SÜETONIUS, *Caesar* 42 *deducto siquid usurae nomine numeratum aut perscriptum fuisset.* De wastafel, die de *perscriptio* bevat, kan tevens eene schuldbekentenis van den ontvanger inhouden, zoodat de bankier tegen betaling van het geld een document ontvangt, dat tegelijkertijd een check van zijn cliënt is en eene kwitantie van hem, die het geld in ontvangst neemt. Voorbeelden daarvan treft men aan bij de Pompeiaansche wastafels, verschillende daarvan dragen het opschrift *perscriptio* (check) en houden tevens het woord *chirographum*, schuldbekentenis, kwitantie in.

*tatio* (1) en in het Italië der Middeleeuwen *cambium* heet. Allerlei doeleinden kunnen daarmee worden bereikt. Stel dat CICERO van Laodicea geld wil verzenden naar Rome, dan *geeft* hij aan A eene assignatie op zijn (CICERO's) quaestor of bankier te Laodicea; hij *ontvangt* van A assignaties op diens bankier te Rome (2). Deze van A ontvangen assignaties zendt hij op naar de regeering te Rome en door deze *permutatio* wordt het te Laodicea betaalde geld te Rome geïnd.

Stel dat ATTICUS aan CICERO geld wil leenen, dan geeft hij CICERO eene assignatie op zijn eigen bankier en ontvangt van CICERO eene assignatie, waarbij CICERO's bankier op eene latere dagteekening verzocht wordt aan ATTICUS te betalen. Aldus was de gang van zaken in de Grieksch-Romeinsche wereld; aldus was hij eveneens bij hetgeen later *cambium* heette.

Het *cambium* der Middeleeuwen was inderdaad niets anders dan een andere naam voor de *permutatio* der Romeinen, die hier ongetwijfeld eene Grieksche instelling

(1) CICERO *pro Rabirio Postumo* 14, 40; in *Pisonem* 21, 48; *ad Qu. fr.* 1, 3, 7; *ad fam.* 3, 5, 4; 2, 17, 7; *ad Atticum* 5, 13, 2; 15, 15, 4; 5, 15, 2; 11, 1, 2; 11, 24, 3; 16, 1, 5.

(2) CICERO *ad fam.* 2, 17, 4. *Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo.* Deze *praedes* (letterlijk schuldenaren van den Staat) zijn hier checks van deze schuldenaren van den Staat op hun bankiers te Rome. Bij zijn vertrek uit Rome had Cicero door *permutatio publica* (d. i. door ruil van *perscriptiones*) assignaties ontvangen op bankiers te Laodicea): *ad fam.* 3, 5, 4. Pr. K. *Sextiles pulo me Laodiceae fore. Perpaucos dies, dum pecunia accipitur, quae mihi ex permutatione publica debetur, commorabor.* Vgl. *ad Att.* 15, 15, 4: *...cures... ut permutetur Athenas, quod sit in annum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit.* *ad Att.* 11, 1, 2. *Ego in eistophoro* (eene Aziatische muntsoort) *in Asia habes ad sestertium bis et vicens. Huius pecuniae permutatione fidem nostram facile tuebere.*

overnamen (1). Met meer recht dan aan het Italië der Middeleeuwen, zou dus aan de klassieke Oudheid de lof toekomen van de eerste toepassing van den wissel (2). Wij hebben hier iets dergelijks als bij het Italiaansch boekhouden, dat naar gangbare opvattingen als een product der Middeleeuwen geldt, doch in werkelijkheid, zooals door ERMAN is opgemerkt, ongetwijfeld als eene

(1) L'histoire se répète. Iets dergelijks als in de Oudheid en in de Middeleeuwen treft men nog tegenwoordig aan. In sommige buitenlandsche havens wordt de arbeider uitbetaald, tegen eenige verplichte vertering, door een herbergier; deze krijgt van hem een bewijs, waarop hij aan het kantoor van den werkgever of op eene andere plaats het loon des arbeiders kan gaan in ontvangst nemen. Deze methode zal vooral dan toepassing vinden, wanneer de uitbetalingsplaatsen ongunstig zijn gelegen, zoodat het uitbetaald krijgen van het loon met veel tijdopoffering zou gepaard gaan. In de Oudheid was de praktijk nog achterlijker: het bewijs, waarop het geld in de eene plaats kon worden geïnd, werd *geruild* (*cambium*, *permutatio*) tegen een bewijs, waarop in eene andere plaats geld in ontvangst kon worden genomen.

(2) Een duidelijk voorbeeld is het volgende. Cicero ontvangt van Atticus het bericht, dat deze laatste 12 sestertia ( $\pm$  f 1137.—) voor rekening van Cicero onder zich heeft. Atticus raadt hem aan, een check te zenden aan Terentia, waarop deze bij Atticus dit bedrag kan innen en het aan Cicero kan overmaken. Cicero zendt inderdaad den bedoelden check aan Terentia en ontvangt van deze in ruil (*permutare*) een brief, waarin zij hem meldt dat zijn tegoed bij Atticus slechts 10 sestertia bedraagt, en waarbij zij tevens een bankier te Brundisium, waar Cicero zich toen bevond, machtigt, tegen overgave van dien brief aan Cicero dit bedrag uit te betalen. *Scripturas*, schrijft CICERO aan ATTICUS *ad Att. 11, 24, 3, ut H S. XII permutarem; tantum esse reliquum de argento. Misit illa (sc. Terentia) CCIDJ mihi et adscripsit tantum esse reliquum*. Is het hier niet alsof wij een modernen wissel hebben, waarin de trekker (Terentia) den betrokkene (den bankier te Brundisium) verzoekt aan den nemer (Cicero) of diens order de wisselsom uit te betalen? Papier aan toonder van particulieren was destijds ook bekend; zoo b.v. SUTTONIUS

nalatenschap der Romeinsche Oudheid moet worden beschouwd.

Stellen wij naast de onze de gangbare zienswijze. Wij geven het woord aan LAND, *Wisselrecht*, blz. 21 vlg.:

„Oorspronkelijk . . . , zoodra de handel eenigszins tot ontwikkeling geraakte, het eerst derhalve in Italië, had men het wisselcontract, een bepaald contract, dat men naast ruil kan stellen. Het was eigenlijk gewone geldwisseling; de koopman, die geschonden stukken tegen goed geld of de munt van de eene stad of staat tegen die der andere moest inwisselen, vervoegde zich daartoe bij de wisselaars (campsors, bankiers, geldhandelaars) en ging dit eenvoudige, zoogenaamd cambium minutum, manuale met hen aan; het was hetzelfde contract dat wij nog steeds zien op grensplaatsen en andere, die in geregeld verkeer staan met streken, waar andere munten gelden. Wilde nu de koopman, zooals licht wenschelijk was, in ruil voor het toegetelde geld eene som verkrijgen, op een anderen tijd en op een andere plaats uit te keeren — in den regel door een bijkantoor des wisselaars —

---

Caesar 17 *Vettius etiam chirographum eius (sc. Caesaris) Catilinae datum pollicebatur*; de schuldbekentenis behoeft dus enkel aan een derde gegeven te worden om dezen tot rechthebbende te stempelen. Zie ook B. G. U. n<sup>o</sup>. 69, 272 aangehaald door SCHULTEN, *Hermes* 1897, bl. 280. Γ. Σήσιος Α. Τυτίω χείρειν, ὁμολογῶ ἔχειν παρὰ σοῦ χρῆσιν ἔντοκον.....δραχμῶν ἑκατόν, ἃς καὶ ἀποδώσω σοὶ..... καθάπερ ἐκ δίκης. τὸ δὲ χειρόγραφον τοῦτο κίριον ἔστω παντάχῃ καὶ πάντι τόπῳ ἐπιφέροντι (dus aan toonder) ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον. De schuldbekentenis is dus in duplo opgemaakt: het eene exemplaar berust in het stedelijk archief ter voorkoming van vervalschingen; het andere exemplaar circuleert als papier aan toonder. Vgl. ook l. 18 § 2 D. de mortis causa donationibus 39, 6. l. 59 D. de legatis et fideicommissis III, 32, 1.

dan wijzigde zich de handeling van *permutatio pecuniae praesentis cum praesenti* tot *permutatio pecuniae praesentis cum absenti et futura* en de nemer ontving van den wisselaar een brief (*cambium per literas*) waarbij het filiaalhuis, de commandiet, op die bepaalde plaats de opdracht kreeg het bedrag uit te keeren. Het bezit van zulk een brief was gerieflijker, en vooral toenmaals veiliger dan dat van het contante geld."

Inderdaad zeggen wij, was destijds het bezit van zulk een brief gerieflijker en veiliger. Maar juist om die reden werden in plaats van gemunt geld, brieven niet alleen naar elders verzonden, maar ook thuis bewaard en — hierop komt het aan — tegen andere brieven *verruild*. Ware het anders, de benamingen *permutatio* en *cambium* voor de wijze, waarop men dergelijke brieven verkrijgt, zouden kortweg onverklaarbaar zijn. De ruil dezer brieven is uit de Oudheid overgegaan in de Middeleeuwen; in beide tijdvakken is de handeling volkomen dezelfde, zooals dan ook de beste kenners der Oudheid — ik noem slechts MOMMSEN (1) — getroffen worden door de analogie met hetgeen in later eeuwen als wisselverkeer wordt waargenomen. In beide tijdvakken wordt dit opkomend wisselrecht begunstigd door de opvatting dat vennooten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elkanders schulden (2), ook al zijn zij niet in dezelfde plaats gevestigd. Stel dus dat de reiziger A bij zijn vertrek tegen betaling of tegen ruil van een schuldbrief eene schuldbekentenis verkrijgt van den bankier B, waarin deze erkent eene bepaalde som van A te hebben

(1) MOMMSEN, *Staatsrecht* II, bl. 550, noot 4.

(2) *Ad. Herenn.* 2, 13, 19 noemt als voorbeeld van een consuetudinair rechtsbeginsel: *id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte repetere possis.*

ontvangen en zijn elders gevestigden vennoot C verzoekt, aan A bij diens komst eene som uit te betalen, dan is C, hoewel hij, modern uitgedrukt, den wissel niet teekende en zich dus niet wisselrechtelijk aansprakelijk stelde, niettemin rechtens verplicht de bedoelde som aan A te voldoen, daar hij aansprakelijk is voor de handelingen van zijn vennoot B.

### **Eene bastaardwet.**

Mr. B. HES. *Het onderzoek naar het Vaderschap.* (Groningen 1911) blz. 145.

#### I.

Geruimen tijd heeft de wettelijke regeling der onechte geboorte het openbare geweten verontrust. Zij onderging verschillende veranderingen, al naar gelang het kanonieke recht, het huwelijk als sacrament verheerlijkend, bij machte bleek zijn invloed te doen gelden.

Naar Oud-Fransch recht had het natuurlijk kind geenerlei familie-aanspraak. Was echter de „heiligheid” van het huwelijk geborgen, de Kerk toonde zich mild in hare gaven. Het moederschap mocht, door alle middelen, bewezen worden. Indien de ouders buiten echt hadden geleefd, rees een vermoeden ter gunste van het vaderschap. Zelfs werd de moeder, tegen den vader, geloofd: „Creditur virgini praegnanti.” De strekking van dit alles was het levensonderhoud van het kind te verzekeren.

De stormwind der Revolutie vaagde het gezag der Kerk weg. In de wet van 12 Brumaire an II, werden natuurlijke en wettige kinderen gelijk gesteld. De gedwongen erkenning werd afgeschaft, het bezit van staat zou voldoende zijn. Daartegen, keert zich de reactie van den Code Civil van 1804. Deze verbiedt het onderzoek naar het vaderschap, niet om den wille der Kerk, maar uit hoofde der moeilijkheid van het bewijs. „Kinderen „van schaamteloze vrouwen mochten eens zich onder„staan in de aanzienlijkste en vooral rijkste familiën „zich te dringen”, zoo luidt, woordelijk, het motief van



den Code. Daarmede, was het natuurlijk kind vereenzaamd, een verstooteling, te midden der maatschappij. Het oude adagium van LOYSEL: „Qui fait l'enfant doit le naurrir” was, door de wet, te niet gedaan.

Tegen de wet evenwel keerde zich de openbare meening, het tooneel, de pers. Zij sleepten de rechtspraak mede. Deze laatste liet het vaderschapsonderzoek verboden blijven, doch bestrafte den verleider, die zwangerschap had veroorzaakt, met schadevergoeding. Door die achterdeur, kreeg de moeder een aalmoes, al bleef het kind rechteloos (1).

Onze wetgeving van 1838 verergerde dien toestand. Als naar gewoonte, vertalend, nam zij het fransche voorschrift van onderzoeksverbod, klakkeloos, over. Het blijkt zelfs niet, dat men van het gewicht van dien stap rekenschap zich gaf. Onze rechtspraak daarentegen sloot zich bij de fransche niet aan. Het gevolg was dat, in onomwonden brutaliteit, aan het onechte kind eene plaats werd aangewezen, van die der paria's niet veel verschillend.

Dien stand van zaken vond de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, toen zij, in 1886, het onderwerp op hare agenda plaatste. In het zaakrijk praeadvies, door Mr. D. P. D. FABIUS, uitgebracht, trillen deernis en rechtsgevoel. Zij leidden hem tot het besluit: „dat ieder kind, welks „vader in rechten onbekend heet, aan den wetgever de „vraag voorlegt, of hem geen hulpe kan geboden, of „hem geen recht verschaft kan worden”. Dit voetspoor volgde de Vergadering, toen zij, als hare meening, uitsprak, dat het onderzoek naar het vaderschap van natuurlijke kinderen, in bepaalde gevallen, moet worden toegelaten.

---

(1) Vg. het overzicht der lotswisselingen van de onechte geboorte in *Livre du Centenaire* (Paris 1904) I, blz. 265 vlg.

Welk rechtsgevolg dit vaderschap hebben zou, werd niet, met zoovele woorden, aangeduid. De strekking van den ommekeer echter wees Mr. G. BELINFANTE aan, toen hij zeide: „Wij voorstanders van ingrijpende hervorming, „wij pleiten hier voor de eer van het kind. Wanneer „eenmaal bij rechterlijk vonnis de afstamming van het „kind van dezen of genen vader is bewezen, dan moet „dit met opgeheven hoofde in de maatschappij kunnen „rondgaan en van haar oordeel niet hebben te vreezen, „dan moet het volkomen dezelfde rechten hebben als „het kind, door den vader vrijwillig erkend” (1).

Mijn hooggeschatte vriend, gelijk Minister CORT VAN DER LINDEN, blijkens diens Ontwerp, in beginsel zijn medestander, hadden beiden buiten de macht der Kerk gerekend. Minister LOEFF, haar gehoorzame zoon, beriep zich, als toelichting tot zijn (straks door Minister VAN RAALTE verdedigd) Ontwerp, op: „de waarheid dat de „heilige instelling van het huwelijk de bron is van het „familierechtelijk begrip vaderschap”. Wat hoogstens kon en dan ook zou geschieden was, dat uit des vaders beurs, voor onderhoud en opvoeding, aan het onechte kind eenig geld werd toegeworpen. Aldus is gebeurd, nog wel na volijverige tegenkanting, in lijvige boekdeelen, door de wet van 16 November 1909 (*Stbl.* 363).

Van deze wet, heeft de Heer HES, in boven vermeld werk, eene verklaring gegeven, maar dan ook, in den meest strikten zin, daartoe zich bepaald. Die verklaring is helder, bevattelijk ook voor leeken, eenvoudig en naar den eisch systematisch geordend. De vragen, die de wets-tekst doet rijzen, zijn voor het groote meerendeel, ook m. i., juist beantwoord. Toch is de aanleg van het werkje en des schrijvers methode niet geheel vrij van bedenking.

(1) *Handel. Ned. Jur.-Ver.* 1886 I, blz. 179; II, blz. 67.

Wat den aanleg betreft, critiek ontbreekt ten eenemale. Nu moet men eenen schrijver nooit een verwijt maken van hetgeen hij niet geven wilde, mits hetgeen hij wèl gaf, deugdelijk zij. Alhoewel wij in dit laatste geval verkeerden, mag toch, bij *dit* onderwerp, de ontstentenis van critiek worden betreurd.

Zoo licht zou de meening kunnen post vatten, die de titel van het werkje helpt verbreiden, dat wij thans, ten langen leste, wettelijk, een: „onderzoek naar het vaderschap” mogen instellen.

Welnu, het heeft er niets van. Deze wet blijft op den grootst mogelijken afstand van: „het vaderschap”. Zij reserveert die eigenschap voor de betrekking tot het wettige kind, omdat de Roomsche Kerk, in het huwelijk, een sacrament ziet. Daarom, behaagde het de wet de oogen te sluiten voor de moeders, die slachtoffers zijn van verleiding, Messalina's immers, die strikken spannen en lagen leggen, belust op afdreiging, loerend op de rust der gezinnen. Daarom, bekreunde zij zich om het onechte kind slechts in zooverre als daaraan eene gave wordt toegereikt. Immers, de met bijbelteksten doorspekte goedertierenheid wil nu eenmaal, dat men de schuld van de ouders, op onschuldige kinderen verhaale, ook al slaat men daarmede ieder rechtvaardigheidsbegrip in het aanzicht.

Ware des schrijvers werkje critisch aangelegd, het zou die, waarlijk niet geringe, steenen des aanstoots der wet, niet ontweken hebben. Thans, laat het anderen over, zeer duidelijk en zeer verstaanbaar te zeggen, dat, in Nederland, het onderzoek naar het vaderschap verboden is en verboden blijft.

## II.

Des schrijvers methode schijnt mede te brengen, dat

hij zekere devotie koestert voor parlementaire retroacta eener wet, derhalve, voor hare exegese, op hare geschiedenis, ministerieele uitlatingen en dergelijke geleiders den klemtoon legt.

Op menige plaats van zijn geschrift, komt die trek uit, ook al heeft hij, zakelijk, volkomen gelijk. Hij bestrijdt, lang en breed, minister NELISSEN (62 vlg.), waar deze, den als vader gedaagde, van *bewijs* der exceptio plurium ontheft, in stede van, kort en goed, naar de woorden der wet te verwijzen. Hij verdedigt, tegenover denzelfden minister, de kapitalisatie van de onderhoudsgelden (71 vlg.), die de wet kennelijk beoogt. Na het verslag eener gedachtenwisseling, tusschen den Heer PIERSON en den minister, nopens de vraag, of bij het onderhoudsbedrag, op den stand der moeder moet worden gelet, verklaart de schrijver, nu beiden het daaromtrent eens waren, dat wel de rechter vrij is, doch: „uit de geschiedenis ten duidelijkste blijkt, hoe deze laatste zich te gedragen heeft” (78).

Het is noodeloos de voorbeelden te vermeerderen, want, hoe langer zoo meer, wordt, in de leer der wetsvertolking, tegen deze methode den strijd aangeboden. Hetgeen, bij de totstandkoming eener wet, door Regeering of Vertegenwoordiging is gezegd, is niet ten eenenmale onverschillig. Meer echter dan eene zijdelingsche bijdrage tot de kennis der wet, is het niet. Allereerst, kent men haar uit haar zelve, uit de plaats, die zij in het rechtstelsel inneemt, uit de leemte, die zij geroepen is aan te vullen. Dit alles te gader heet de zelfstandigheid der wet. Op die zelfstandigheid kan, door de geleibrieven der wet, zeker licht worden geworpen. Nooit echter in die mate, dat zij, van dit licht, afhankelijk is. De wet, in het leven geroepen, staat *boven*, niet *onder* hare wordingsgeschiedenis. Hetgeen Regeering en Kamer ver-

handelen, toont en loont beider moeite om aan de wet het leven te schenken. Dit evenwel moet beiden genoeg zijn. Op gezagsoefening, ook nadat de wet er is, hebben zij niet te rekenen. Het veld, door haar zelfstandig geopend, beploegt de rechter, zelfstandig, gelijk zij.

Er zou, tot deze principieele beschouwing, weinig aanleiding bestaan, ware het niet, dat ik, op een allerge-wichtigst punt, van des schrijvers gevoelen meen te moeten verschillen. Ik bedoel, den rechtsgrond der alimentatie.

Volkomen juist, wijst de schrijver de strekking der wet aan, als volgt: „Het eenige wat (lees! dat) de nieuwe „wet aan het natuurlijke kind gebracht heeft, is een „vordering tot uitkeering van geld, zonder dat daardoor „een recht op den naam of op de nalatenschap of eenige „familierechtelijke relatie ontstaat tusschen hem en den „genen, die voor zijn verwekker wordt gehouden” (18). Met volle recht, maakt hij zich min of meer vroolijk over de, uit het wijwater des huwelijks gerezen, beduchtheid om de grenzen daarvan te naderen. Hij zegt: „Vrees „dat men alleen door het gebruik van het woord „vader” „een onderzoek naar de afstamming zou mogelijk maken „in dien zin, dat het resultaat van dat onderzoek zou „kunnen zijn de vaststelling van den *staat* van een „bepaald kind, was totaal overbodig” (27).

Op welken grond evenwel, steunt gindsche stelling, en met welke middelen, werd de gerezen angst gesust?

Volgens den schrijver, op het *ipse dixit* des ministers, in verband met de geschiedenis der wet. Hij verzekert: „Ontelbare malen heeft Minister VAN RAALTE het ge- „durende de mondelinge behandeling der wet herhaald, „dat het woord „vader” gekozen werd, juist om klaren „wijn te schenken” (27). En hij verklaart: „Uit de ge- „schiedenis der wet blijkt dus dat het woord „vader”

„alleen gebezigd wordt in den zin van „physiologische” „vader, en niet in dien zin dat dit vaderschap burgerlijke „familiebetrekkingen schept” (28). Zijdelingsche bronnen, alzoo. Heeft de schrijver vergeten, dat, hetgeen hij afleidt uit de beraadslaging, met zoovele woorden te lezen staat in art. 342 lid 1, luidende: „De rechtsvordering tot in- „roeping van staat op grond van beweerd vaderschap „wordt niet toegelaten”? Heeft hij niet bedacht, dat wij: „de geschiedenis” kunnen missen, wanneer wij eene wet hebben?

Waarlijk, hoe onwaarschijnlijk het zij, het schijnt zoo. Mij althans, ware het anders, is het ondoenlijk, een redelijken zin te verbinden aan de navolgende opmerkingen des schrijvers: „Het komt mij voor, dat ondanks de „gebezigde terminologie de bedoeling des wetgevers duideljk aan het licht getreden is, en dat de stellers der „verschillende staatsstukken beter gedaan hadden met „ruiterlijk te erkennen, waarop het toch ten slotte aankomt, dat n.l. de verplichting tot onderhoud alleen in „de afstamming, in het eigenlijke vaderschap, wortelt. „Terecht merkte minister VAN RAALTE op: „Al bestaat „er geen eigenlijke familierelatie, al onderschrijft men „dat civielrechtelijke familierchten in de volle beteekenis „van het woord alleen voorkomen bij huwelijk, er is „tusschen den vader en het natuurlijk kind een band „des bloeds, een feitelijke betrekking, die niet te ignoreeren is” (19).

Is men, in Groningen, zóó naïef? *Ruiterlijk* zou men erkennen, dat . . . . de grondslag der wet niet deugt! *Erkennen* zou men, dat misleiding, van deze wetschering en inslag is! Het eenige, dat, als repliek, op de ministerieele vermaning past, is iets in den navolgenden trant: „De eerste, die dien band des bloeds ignoreert, zijt gij, minister. Het middel, dat daartoe, vóór u, gebezigd

en, door u, overgenomen is, bestaat in het goochelen met: „physiologisch” vaderschap, dat iets anders zijn en iets anders uitwerken zou, dan het ons allen bekende, doodgewone en zeer alledaagsche vaderschap”.

Is, waarlijk en werkelijk, het huichelachtig karakter der wet, die bestemd is, om voor: „het sacrament des huwelijks” eene kniebuiging te maken, den schrijver geheim gebleven? Het ligt anders nog al voor de hand: wat de natuur vereent, kan de vingervaardigheid eener wet niet scheiden, ook niet, al draagt die wet Roomsch merk. Men is òf vader, òf men is het niet. Is men het wèl, dan is het 1<sup>e</sup> lid van art. 342 een leugen, want het, daar bedoeld, vaderschap wordt niet „beweerd”, maar bij rechterlijk vonnis uitgemaakt. Heet men het niet te zijn, ofschoon men, krachtens vonnis het wèl is, dan is de wet, die zoodanige valsheid verordent, een wan-gedrocht, bestemd om, door het rechtsgevoel des volks, achterhaald, te bezwijken.

De wenschelijkheid van dit laatste, hoe eer zoo liever, toont een punt, door den schrijver, met hier onverklaarbare vluchtigheid, slechts aangeroerd.

Wij lezen: „Ieder gevoelt, dat de regeling der uit-„keering voor onderhoud en opvoeding van natuurlijke „kinderen hier eene leemte vertoont” (26).

Welke is die leemte? Stel, een vader wil met zijne onechte dochter, of twee onechte kinderen, door denzelfden vader, bij verschillende personen verwekt, willen, met elkander, een huwelijk aangaan. Kan zoodanig huwelijk worden gestuit? Neen, want daartoe is noodig, dat, naar luid van art. 87 B. W. bedoelde personen: „elkander „bestaan in de opgaande en (lees: of) nederdalende linie, „hetzij door wettige, hetzij door onwettige geboorte”.

Bij deze wet nu, heeft men, met ongelooflijke krachts-inspanning, betoogd, dat zoodanig: „bestaan” niet bestaat.

Het uitvloeisel daarvan: de onmogelijkheid der stuiting, ontging den schrijver niet (23 vlg.). Hoe te oordeelen, over eene machinatie, die, om den wille van de onvolprezen: „heiligheid des huwelijks”, in allerlei bochten zich wringt, en tot gevolg hebben kan — dat onze rechtsorde tegen incest weerloos is?

Wij zagen echter, dat de schrijver de „leemte” aangevuld wil hebben. Inderdaad, zijne naïveteit begeeft hem niet. Er bestaat slechts één middel om gevolg te geven aan zijn wensch. Dit namelijk, dat men toegeven gaat, hetgeen met kracht en macht werd ontkend: het onderling „bestaan” van vader en onecht kind.

Va-t-en voir s'ils viennent, Jean.

Va-t-en voir s'ils viennent.

Waarlijk — de logische rechtsdwang moest, langs dien weg, op nietswaardige sophisterij zich wreken. Maar, dan ware deze wet, in hoofd en ledematen, te niet gedaan. Te meenen, dat onze gebenedijde coalitie dit niet inziet, ware wel het toppunt van naïveteit.

### III.

Het beginsel, dat kinderen, in overspel of bloedschande verwekt, niet kunnen worden erkend, behoort tot die bepalingen, waarop GOETHE het oog moet hebben gehad, toen hij schreef:

Es erben sich Gesetz und Rechte

Wie eine ewige Krankheit fort.

Het werd, door NICOLAÏ, wiens breedsprakigheid in omgekeerde verhouding tot zakelijkheid staat, bij de wording onzer burgerlijke wetgeving, als volgt, aangeprezen: „Le bienfait de la reconnaissance ne peut être „étendu aux enfants adultérins ou incestueux; leur „naissance est déjà envisagée comme une calamité pour



„les bonnes moeurs; ce serait donc renouveler le scandale si la loi accordait la faculté de les reconnaître „publiquement” (1).

Het schijnt den zwetser niet in het hoofd gekomen te zijn, dat dit: *donec* volmaakt in de lucht hangt. Het allereenvoudigste rechtsgevoel immers had kunnen leeren, dat het verbod van erkenning de onvergeeflijke zonde begaat, voor de schuld der ouders, het onschuldige kind te doen boeten. *Dit* wordt gedoemd, in deze onze schijnheilige maatschappij, rond te dolen zonder steunpunt, het onverdiende Kaïnsmerk op het voorhoofd, geschandvlekt, voor hetgeen het niet misdreef. Is het wonder, zoo dat kind, straks tot volwassene gerijpt, bitterheid voelt opkomen, in zijne ziel, tegen eene samenleving, die, voor zooveel van haar afhangt, tegen hem, het banvonniss uitspreekt en uitvoert? Zal niet die stemming zeer gemakkelijk aanwakkeren tot lichte laaie en ontembare wrok vaardig worden over den aldus uitgestootene? Indien al, door een of ander gelukkig toeval, hier, misdrijf de toevlucht niet wordt, beteekent het niets, een menschenleven, dat het niet gebeteren kon, vergiftigd te zien? De Nicolaï's en genooten — want het ras is niet uitgestorven —, schildknappen als zij zijn, voor de „bonnes moeurs” *in het openbaar*, mogen dan zich verknukelen. Het onbedorven gevoel klaagt hen aan, als rechtsverkrachters, want het *sum cuique* is, van alle Recht, de kern en de ziel.

Dat het bedoeld erkenningsverbod in wezen bleef, boekt de schrijver, zonder er verder een woord aan te verspillen (15). Mij schijnt de vruchteloze poging der H.H. LIMBURG, SMIDT en VAN DEVENTER om het te doen verdwijnen, voor den voortgang der ethische ideeën, meer

(1) VOORDUIN, Gesch. enz. II, blz. 559.

waard, dan heel de armzalige wet, die hier ter sprake komt.

Plaatsen wij ons op haar standpunt, dan schijnt mij de slotzin van art. 344a, die afwijzing van den eisch voorschrijft: „indien de rechter in gemoede overtuigd is „dat de verweerder niet is de vader van het kind” aan ernstige bedenking onderhevig.

Wij zagen reeds, dat de schrijver, volkomen terecht, opkomt tegen de, aan dien slotzin vastgeknoopte, zonderlinge, leer van minister NELISSEN, als zou de verweerder: „enkel het gemoedelijk geloof aan het bestaan van be- „vrijdende feiten te wekken” hebben (66). Eene interpretatie als deze, had den schrijver de overtuiging moeten schenken, dat, door dien slotzin, een vaarwater is geopend, met klippen bezaaid. In stede daarvan echter, lijdt hijzelf aan het euvel, dat hij bestrijdt, en laat *subjectieve overwegingen*, in stede van *objectieve feiten*, bij den rechter, den doorslag geven.

De schrijver zegt: „In dit verband herinner ik er aan „dat *zelfs het bewijs* van gemeenschap met nog een ander „dan den verweerder volstrekt niet behoeft te leiden tot „toewijzing der exceptie en afwijzing der vordering. Het „kan zeer goed zijn, dat de bewezen gemeenschap met „dien anderen man niet bevrijdend voor den verweerder „zal werken omdat b.v. de verweerder zich blijkens zijne „gedragingen tegenover de moeder als de verwekker heeft „beschouwd. Hij kan zich schriftelijk of mondeling in „dien zin hebben uitgelaten” (68).

Ziehier den invloed van de: „overtuiging in gemoede”, die subjectieve momenten, voor objectieve bewijsgronden, neemt, en waaraan de schrijver niet ontkomen is. Ik begrijp, dat aan een bittertafel, dergelijke fanfaronnades opgeld doen, gretig opgevangen en gecolporteed worden. In de rechtszaal, is meer noodig, dan praatjes van dien aard. Was het ernst met die uitlating, dan zal de ver-

weerder het toonen, door of de actie te voorkomen, of verstek te laten gaan. Verzet hij zich daarentegen, dan moet hij worden gehoord, en is zijne uiting één, maar ook niet meer, dan één moment der beslissing. Tegen een luchthartig dictum als, naar het schijnt, van den schrijver kan worden verwacht, kan niet genoeg worden gewaarschuwd.

Wij vervolgen: „Het is denkbaar dat bewezen wordt, „dat de verweerder vóór den aanvang der zwangerschap, „daarentegen de derde na het intreden daarvan gemeen- „schap met de vrouw heeft gehad, hoewel beiden binnen „den wettelijken conceptietijd. In zulke gevallen zal de „verweerder derhalve niet veel bereiken door het bewijs „zijner exceptio plurium. De rechter zal in zulke ge- „vallen wel uitmaken, dat het kind uit die andere ge- „meenschap onmogelijk kan zijn ontvangen” (68).

Zeer zeker zal dit de rechter, maar staat dit geval gelijk met het onmiddellijk voorafgaande? Hier hebben wij — ex hypothesi — objectief bewijs. De slotzin van art. 344a heeft immers niet deze strekking, dat het onraadzaam ware idioten tot rechters aan te stellen?

Wij gaan voort: „En omgekeerd zal de actie van het „kind worden afgewezen, indien de verweerder, hoewel „hij het bewijs van meerdere concumbenten niet kan „leveren, er in slaagt bij den rechter de overtuiging in „gemoede te wekken, dat hij niet is de verwekker van „het kind. Indien b.v. de verweerder niet kan bewijzen „de gemeenschap van een vrouw met een derde, doch „wèl dat een andere man zich tegenover de vrouw als „verwekker heeft gedragen, dan zal hij (verweerder) „ondanks zijn bewezen gemeenschap niet mogen worden „veroordeeld, omdat hij den rechter de overtuiging in „gemoede heeft weten bij te brengen, dat niet hij, doch „een ander het kind verwekt heeft” (68).

Dit is een verslimmerde editie van het eerste geval, en men staat eenvoudig verbaasd over de verwoesting, die een valsch wettelijk voorschrift, tot zelfs bij wèl ingelichten, aanrichten kan. Hier, hebben wij niet eens eene *eigen* uiting, die bekentenis zijn *kan*, en waarvan, ook in dit geval, de rechter maakt, wat hij wil (art. 1965 B. W.) Hier, hebben wij niets dan *gedragingen van een derde*. Moet de schrijver worden herinnerd aan den regel: quod inter alios fit, alteri neque nocere neque prodesse potest? Hij zal toch niet, *in het algemeen*, van dien regel zich ontslagen achten, omdat het *speciale* geval van concumbenten daarop inbreuk maakt?

## IV.

In de wet, die een schijnvertooning levert, opent de slotzin van art. 344a de mogelijkheid om zelfs deze te niet te doen. Ik behoor zeker niet tot hen, die 's rechters vrijheid aan banden willen leggen, naar ik mij vlei herhaaldelijk te hebben getoond. Eene: „overtuiging in gemoede” echter, onbeperkt en onbestemd, kan onberekenbare gevolgen hebben.

Op zich zelf reeds, weet ieder, dat het generatie-proces geheimenissen heeft, die nog niet zijn ontsluitend. Daaruit vloeit voort de moeilijkheid der bewijsvraag en de noodzakelijkheid om met aanwijzingen zich tevreden te stellen. Wederom, hangt daarmede samen, dat het onderling verband van geheel den eisch en geheel het verweer, niet één oogenblik, uit het oog mag worden verloren. Nergens toch, wordt, van 's rechters onverzwakte aandacht, ook voor schijnbaar lichte trekken, meer gevergd, dan hier het geval is. Nergens, wordt zijn combinatie-vermogen op zwaardere proef gesteld. Hoe lichtelijk zou, bloot standsverschil den rechter parten kunnen spelen! Hoe

gemakkelijk, kan beweerd: „fatsoen”, ten voor- of ten nadeele, in de weegschaal geworpen worden! Kortom, welke breede rij van imponderabiliën kan, hier, haren schier onnaspeurlijken invloed doen gelden!

— Bedoelde men dit te zeggen, in den slotzin van art. 344a? Dan is men al zeer ongelukkig geslaagd. Voorschriften voor, niet vermaningen aan den rechter behooren in eene wet. Het oude recept: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* (1) heeft nog niet uitgediend. Indien men evenwel vermaant, moet men niet eenzijdig zijn. Men leest, in de wet: de rechter wijze af, indien hij in gemoede overtuigd is, dat de verweerder niet is de vader van het kind. Waarom schrijft zij niet voor, de rechter wijze toe, indien hij in gemoede overtuigd is, dat de verweerder wèl is de vader van het kind? Ligt er meer aan gelegen, dat, met de uiterste zorgvuldigheid, worde gewaakt tegen mistasting in geldelijke bijdragen, als: „vaderschap” hier figureerend, dan tegen vergissing, nopens de behoeften eens kinds?

Toen de zaak, in de Juristen-Vereeniging, ter sprake kwam, gaf het Bestuur eenige feiten aan, die, als uitgangspunt van en leidraad voor, het bewijs, dus den rechter, dienen konden. Met name, werden genoemd: verleiding der moeder, trouwbelofte, bezit van staat, informeele erkenning. De bedoeling was niet, de lijst daarmede gesloten te verklaren, gelijk dan ook, in het debat, verwezen werd naar voortdurende samenleving. Wat men echter wilde doen uitkomen was, dat eisch noch verweer, steunen mocht op eene of andere algemeenheid, maar geworteld moest zijn in een concreet aanwijsbaar, deugdelijk omschreven, in rechte bewijsbaar *feit*.

Het blijkt niet, dat de schrijver, van die noodzakelijk-

(1) L. 7 D. de Leg. (I. 3).

heid, doordrongen is. Zijne, reeds bestreden, voorbeelden geven aanleiding tot dien twijfel. Doch ook zijne bestrijding van de — zachtst genomen — onverklaarbare interpretatie van minister NELISSEN maakt den indruk eener wankele opvatting.

's Rechters, „gemoedelijk geloof aan het bestaan van „bevrijdende feiten” zou, volgens NELISSEN, voldoende zijn. Neen, zegt de schrijver: „*Bewijs* dier andere gemeenschap „wordt door de wet geëischt, zij het ook, dat indirect „bewijs (b.v. indien het een prostituée betreft) soms voldoende zal kunnen zijn” (67).

Wederom, staan wij, hier, voor eene algemeenheid. Is de genoemde qualificatie, of nog erger: zoogenaamde bekendheid, voldoende? Ik moet het, met nadruk, betwisten. De vroeger geprostitueerde kan, door bekendheid met *dezen* man, opgehouden hebben, het te zijn. Wat rechtigt tot de loochening dier gebeurlijkheid? Nooit derhalve mag, met indirect bewijs, de rechter genoeg nemen.

De slotzin van art. 344a werkt echter, ook bij den schrijver, na. Hij oordeelt: „Naast (het bewijs der exceptio „plurium) geeft de wetgever den verweerder tot zijne „bevrijding het middel aan de hand bij den rechter *de „gemoedelijke overtuiging* te wekken, dat hij — verweerder — niet is de vader (verwekker van het kind”). Nader wordt dit aangedrongen als volgt: „De slotalinea „dient alleen om te bepalen, dat, ook al is de gemeenschap van den verweerder bewezen, de rechter de actie „toch moet afwijzen, indien hij door welke omstandigheden „ook de overtuiging in gemoede krijgt, dat de verweerder het kind niet heeft verwekt” (67).

Dit alles, ronduit gezegd, hangt mij veel te veel in de lucht, en ik vrees ernstig, dat men, afgaande op den zeer verdienstelijken commentaar, den schrijver ook volgt,

waar zijne gewone scherpzinnigheid faalt, of — hetgeen ook mogelijk is — zijn woord zijne gedachte voorbij streeft.

Vraagt men mij, waartoe: „de slotzin dient” het antwoord zou, op den man af, luiden: om door den rechter in onbruik te worden verklaard. Bij de behandeling in de Juristen-Vereeniging zeide onze eerste magistraat: „(Het verbod van onderzoek) laat het miskende kind, „(meisje) met haar armoede en haar schande, alleen beladen „met den last van de opvoeding der vrucht van verboden „liefde. Ook straft zij de vrouw, die uit armoede zich „tot begunstiging van dergelijke handelingen leende; „maar den bedrieger, die aan het weldra van zich afge- „stooten kind met behulp van bedriegelijke middelen een „onherstelbaar kwaad berokkende, laat de wet geheel „vrij en onverlet, om zich wellicht te beroemen op zijn „bedrijf en hetzelfde met een ander slachtoffer te her- „halen. Is dat recht?”

Zóó sprak CONINCK LIEFSTING (1), en die woorden zijn, op den huidigen dag nog, eene aanklacht tegen deze wet.

Deze wet werpt moeder en kind een handvol geld in den schoot. Maar *hoe* doet zij dit? Na het winnen eener actie, die, ten nadeele des eischers en ten voordeele des gedaagden, in des rechters gemoedelijke overtuiging, een veiligheidsklep opent. En *waarom* doet zij dit? Omdat zij het woord: vader, van allen inhoud ontbloot wil hebben. Omdat zij, in het onechte kind, niets meer en niets anders wil zien, dan de belichaming eener onrechtmatige daad, die immers, eveneens door schadevergoeding, wordt opgewogen. De hulde aan het Recht, in deze wet, is gehuicheld. Hare weldaden zijn schoorvoetend en afgedwongen verleend. De clericale ijver voor het huwelijks-sacrament heeft haar gemaakt tot eene *lex faultrix stupro*.

---

(1) t. a. p. II, blz. 23.

Heeft onze magistratuur, juist hier, niet eene gelegenheid om den wetgever te toonen, dat zij zijn slippedragers niet verkiest te zijn, noch wenken van dezen wil laten zich aanleunen? In het algemeen reeds, is het haar niet onbekend, dat eene, steeds meer veldwinnende, meening haar toestaat, in wetsvertolking, zoo ver te gaan, als mogelijk is, totdat de uiterste wetsgrens is bereikt. Waar echter eene wet zich onderstaat den rechter toe te voegen: gij moet afwijzen, bijaldien gij niet in gemoede overtuigd zijt, daar antwoorde deze laatste: wanneer ik af te wijzen heb, moet ik weten, niet gij. Mijne overtuiging, hier en nu, gelijk steeds en overal, is een heiligdom, door niemand voor mij, door mij alleen, bewaakt. Daarom moge de herinnering, in het Parlement, het middel geweest zijn om eenige dierbare stemmen te winnen. In de wet, is zij eene belediging voor mij.

Mocht evenwel een rechter, aan letterknechterij verslaafd, de neiging gevoelen om *bewijs* te doen overvleugelen, door „overtuiging”, hij verneme, hoe CONINCK LIEFSTING vermeldt eene opmerking: „die bij de rechters „zoo menigmaal in de gedachten gekomen is, waar zij „over een beschuldiging van kindermoord te oordeelen „hadden, namelijk deze: dat, wanneer het recht de vrouw „in haar ongelukkigen toestand niet alleen had laten „staan, en haar toestond om onderhoud voor haar kind „te eischen van den vader, zij wellicht niet eene slechte „en ontaarde moeder, niet eene misdadige vrouw, zou „geworden zijn” (1).

Wat het Recht niet doen mag, doe de rechter evenmin.

---

(1) t. a. p. II, blz. 26.



## V.

„Regel zal wel worden, dat hetzij een aanstaande „moeder, hetzij iemand, die vóór of na hare bevalling „zich haar lot of dat van haar kind aantrekt, zich in „de eerste plaats tot den Voogdijraad wendt om de toe- „passing der wettelijke bepalingen te bevorderen.”

Aldus, de vermoedelijk zeer juiste prognose des schrijvers (122). De wenken, die hij, daaraan verbindt, voor de bemoeiingen van den Voogdijraad, zijn uitnemend gevoeld en geuit. Inzonderheid behartigenswaard is zijne opmerking: „dat reeds bij het bijeengaren van het feitenmateriaal”, met de meeste kieschheid en met veel beleid, gehandeld moet worden. Inderdaad, zou ieder ondoordacht ingrijpen, geheel onschuldigen b.v. vrouw en kinderen kunnen treffen, of wel veroorzaken, dat, bij den man, een geest van verzet wordt gewekt. De ervaring leert, dat handelingen, die het volle daglicht niet verdragen, door medewetenschap van derden, eer geschaad dan gebaat worden. Daardoor is, voor deze laatsten, groote omzichtigheid geboden, zal niet een: va, banque! hunne pogingen verijdelen.

Mag, van den Voogdijraad, zoodanig behoedzaam optreden worden verwacht? De vraag kan, toevallig, naar verkiezing, worden beantwoord.

In het Voorloopig Verslag der Comm. van Rapporteurs der Eerste Kamer, over Hoofdstuk IV der Staatsbegrooting voor het loopende dienstjaar, leest men: „Door eene „Afdeeling werd hulde gebracht aan de Voogdijraden „en in het bijzonder aan hunne secretarissen voor het „vele, dat door hen op zoo hoogst verdienstelijke wijze „wordt gedaan”.

Die secretarissen zelve echter beginnen hunne vergadering, met de navolgende jeremiade: „De dagbladpers

„heeft laatstelijk nog al eens klachten over de bemoeiingen van den Voogdijraad opgenomen, waardoor het publiek, onvoldoende op de hoogte van deze instelling en haar werkring, wel een eenzijdigen en minder gunstigen indruk van dit nieuwe lichaam moest krijgen, hetgeen weinig bevorderlijk werkt op het doel, dat het bestemd is na te streven” (1).

Pers contra Eerste Kamer. Wie heeft nu gelijk? vraagt een onbevangen lezer. Prophete rechts, Prophete links; das Weltkind in der Mitte, zegt GOETHE. Laat ons desgelijks handelen en de waarheid in het midden plaatsen. Dan nog, zij de vraag, herhaald: kan een optreden, waarbij tact niet het hoog noodige maar het eenige noodige is, aan den Voogdijraad worden toevertrouwd? Ik doe de vraag, zonder den allergeeringsten bijsmaak van arglist. Individueelen tact vindt men reeds niet te kust en te keur, maar corporatieve tact behoort tot de groote zeldzaamheden.

Vandaar, mijn twijfel. Ging het naar den wensch der secretarissen, de corporatie — en daarmee het gevaar — slonk tot een paar personen. Nu de Hooge Raad, in zake de kinderen van de Hilversumsche weduwe DE RIJK, beslist heeft, dat, waar een besluit bij meerderheid is voorgeschreven, een te bekrachtigen besluit onwettig is, verlangen genen wetswijziging om dit laatste mogelijk te maken.

Het is te hopen, dat, wordt zoodanig aanzoek gedaan, een besliste weigering volge. Publiekrechtelijke bepalingen, waartoe art. 12 van den Bestuursmaatregel, rakende de samenstelling der Voogdijraden behoort, moeten, stipt naar de letter, worden nageleefd. Bekrchtiging ware het

---

(1) Zie Bijeenkomst van Voogdijraad-Secretarissen in *N. Rott. Courant* 5 Dec. 1910, Avondblad B.

middel om den, in het voorschrift gelegen, waarborg te ontwrichten. Zij werkt roekeloosheid en sleur in de hand, met haar adagium: het zal wel goed zijn. Zij bevordert wankelmoedigheid, speculeerend op de hebbelijkheid, dat men liever eene meening, dan een bestuur verloochent. Zij opent gelegenheid tot allerlei bespiegelingen, over hetgeen meer of min, al of niet spoedeischend is, en kweekt zorgeloosheid, bij hen, die dan toch voorloopig van vergaderen worden ontheven.

Corporatief derhalve moeten, naar mijne meening, *alle besluiten* van den Voogdijraad blijven. Dit neemt niet weg, dat ik des schrijvers meening gaarne onderschrijf, waar hij: „aan een uit het midden van den Voogdijraad „gekozen Commissie” het werk der bedoelde voorbereiding toevertrouwd wil zien (123). Daartoe, bestaat thans reeds, krachtens art. 11 voormeld, gelegenheid. De Voogdijraad pleegt vrouwen in zijn midden te tellen. Het behoeft nauwelijks gezegd, dat, waar het op tact aankomt, bij voorkeur op hare hulp behoort te worden gerekend.

Minder ingenomen kan ik zijn met het richtsnoer, door den schrijver, den Voogdijraad, aangeprezen, nadat het werk der voorbereiding afgelopen is, en men te handelen heeft. Alsdan, zegt de schrijver: „zal (de Voogdijraad) den beweerden vader gemoedelijk kunnen toespreken, zich ook uit zijn mond materiaal ter contrôle „van de beweringen der moeder kunnen verschaffen” (124).

Zoodanige poging zou m. e. mislukken, omdat het stadium der voorbereiding achter den rug en gemoedelijkheid, zoomin als tact, van eene corporatie te wachten is.

Trouwens, zij zou dáár misplaatst zijn. In het stelsel onzer Kinderwetgeving, is de instelling van den Voogdijraad een weldaad. Het hangt echter, in den meest letterlijken zin, van hem af, ook in de volkswaardeering

die plaats zich te veroveren. Gaat de Voogdijraad, bij onverschillig welke zijner handelingen, bureaucratisch te werk, vat hij zijne functie werktuigelijk op, dan wordt het goed bedoelde der wet verkeerd, in een overgroot kwaad der practijk. Niets hebt ge meer te ontzien, dan waar ge met een menschenziel in aanraking komt, en niets verdraagt minder paperassen-werk, dan waar ge haar spoor hebt te volgen.

Wat de Voogdijraad, hier gelijk elders, onophoudelijk voor oogen zich stellen moet, heeft met gemoedelijkheid niet uit te staan. Het is de kiesche, maar besliste vastberadenheid eener vierschaar. Hij heeft den dunk te geven, dat hem, van Staatswege, eene hooge roeping is toevertrouwd. Ter vervulling daarvan, moet hij den indruk wekken, dat hij, voor iedere overtuiging toegankelijk, misleiding of bedrog zou weten te achterhalen. Alsdan, *kan* de rechter een uiterste toevlucht blijven. Leidt de Voogdijraad het daarheen, hij heeft, jegens ons rechtswezen, verdienstelijk zich gemaakt.

Vatten wij samen.

Het werk des schrijvers, is, voor de toepassing der wet, een veilige gids. Het gaat geen enkele vraag, die zij doet rijzen, uit den weg. In zijne soberheid, ontziet het echter de wet zoozeer, dat men in onzekerheid verkeert, of de schrijver aan haar zijne stem zou hebben gegeven, dan wel onthouden. Wij lezen zelfs van een: „wetgever, „die natuurlijk kind en moeder beschermt” (123). Dit is eene meening, die valsche voorstellingen kan doen ontstaan. Ik plaats de mijne daartegenover.

Deze wet is zelve eene bastaardwet. Zij is niet het wettige kind eener onverzettelijke geneigdheid om recht te doen. Zij is de halfslachtige uitkomst eener benepen bekribbeling, die mondjesmaat toekent, wat zij niet weigeren dorst. Haar vader is geloofsijver en sectegeest,

wier onzalige bond nooit iets goeds heeft gewrocht. Haar moeder is de meening, dat men, met geld, zich loskopen kan van den plicht om rechtvaardig te zijn. De losprijs, die moeder en kind, in naam der: „heiligheid van het huwelijk” wordt toegeworpen, dient om den kreet te paaïen van het geweten, dat ieder verantwoordelijk stelt voor eigen daden. In deze wet, heeft weer eens, dank zij de onvolprezen zegeningen van het clericalisme, de vorm gezegevierd over den inhoud, het dogma over het plichtsgevoel. Het Nederlandsche volk erkenne deze wet niet als zijner waardig. Het „Onderzoek naar het Vaderschap” wacht, alsnog, op eene plaats in onze rechtsorde.

J. A. LEVY.

Amsterdam, Febr. 1911.

#### N A S C H R I F T.

Het bovenstaande was geschreven, toen mij onder de ooggen kwam de beoordeeling door Prof. MOLENGRAAFF van des schrijvers werk, voorkomende in *Rechtsgeleerd Magazijn*, Jrg. XXX, Aflev. 1—2, blz. 209.

Ik ontleen daaraan de navolgende opmerking:

Op bl. 23 vlg. stelt Schr. de vraag: «wanneer nu vaststaat, dat de natuurlijke betrekking tusschen verwekker en kind de grondslag der vordering tot alimentatie uitmaakt, brengt dit dan als gevolg mede, dat de verbodsbepalingen nopens *huwelijk en getuigenis* van art. 87 en 1947 B. W. op die personen als bloedverwanten toepasselijk zijn, zoodra er eenmaal een alimentatievonnis bestaat?” Hij beantwoordt niet alleen deze vraag ontkennend, maar meent ook, dat een nieuw onderzoek naar het vaderschap ter toepassing van deze artikelen niet mag geschieden. «Een onderzoek naar den natuurlijke band tusschen vader en kind met elk ander rechtsgevolg (dan om daaraan den onderhoudsplicht vast te knoopen) wordt in ons recht uitgesloten” (bl. 25). Schr. verzuimt te zeggen, waar die uitsluiting

is te vinden. In art. 342 eerste lid B. W. is zij niet geschreven. Immers de strekking van het daarin vervatte wetsvoorschrift is enkel de zgn. actie tot gedwongen erkenning te verbieden. De staat, waarvan daar sprake is, is de staat (de positie) van een natuurlijk erkend kind. Bij de rechtsvordering daar genoemd, is het constateeren van een bepaalde afstamming *doel*, niet enkel *middel*. Het gaat om het vaststellen van een rechtstoestand, niet om het bereiken van een bepaald gevolg. Men vindt dit bij Mr. HES, op bl. 10 vlg., duidelijk uiteengezet. Maar hieruit volgt dan ook, dat de zooeven aangehaalde uitspraak niet juist is. Nergens wordt in het Burg. Weth., zooals het thans luidt, het onderzoek naar het vaderschap uitgesloten. Uitgesloten is alleen de vordering tot inroeping van den staat dien een natuurlijk erkend kind bezit, uitgesloten dus ook het maken van aanspraak op de rechten die zoodanig kind geniet. Noch bij art. 87, noch bij art. 1947 B. W. gaat het echter om dergelijke rechten. Het onderzoek naar het vaderschap ter toepassing van deze artikelen is derhalve toegelaten. De argumenten, door Mr. HES voor het tegendeel aangevoerd, zijn in strijd met hetgeen hij zelf ons mededeelt omtrent de strekking van het gewijzigde art. 342 B. W.

Met dit gevoelen, kan ik mij niet vereenigen en het wil mij voorkomen, dat, bij den hoogleeraar, de wensch de vader der gedachte is.

In het onderstelde geval, zou de stuiting des huwelijks moeten volgen op eene qualificatie des rechters, die, tusschen man en kind, *bloedverwantschap* aanneemt, gelijk de natuur die tusschen vader en kind vestigt. Dit juist verbiedt deze armzalige wet. Haar ligt aan de natuur niets, aan het huwelijks sacrament alles gelegen. Hij, dien zij „vader” heet, kan, in zijne beurs, worden lastig gevallen, meer niet. Heeft hij betaald, hij houdt op: „vader” te zijn. Dit laffe goochelspel staat in de wet. Verder kan de rechter niet gaan, maar wèl de verontwaardiging van het Nederlandsche volk.

J. A. L.

„Straffen” en hare berechting. Rede, gehouden in de Jaarvergadering van den Bond ter verkrijging eener wettelijke regeling van den rechtstoestand der burgerlijke ambtenaren, den 24<sup>sten</sup> September 1910, door Mr. J. A. LEVY, Advocaat te Amsterdam. 's-Gravenhage, Boekh. v h. GEBR. BELINFANTE, 1910.

Mr. LEVY heeft in de hierboven vermelde Rede de door hem behandelde kwesties uit een wetenschappelijk oogpunt niets nader tot hare oplossing gebracht. Trouwens, dit zal zijn streven ook niet geweest zijn. Kenlijk was zijn oogmerk alleen, voor zijne hoorders, grootendeels leeken, eene verhandeling te houden over disciplinaire bestraffing van ambtenaren, en vooral, hun een begrip te geven aangaande de „verschilpunten” welke op dat terrein „eene aanmerkelijke plaats innemen”.

Indien de spreker — gelijk ik inderdaad geloof — in dit doel niet geslaagd is, dan is dit zeker mede hieraan te wijten, dat hij zich niet gehouden heeft aan den eisch, door hem zelve ergens in zijne Rede gesteld. „Er bestaat”, zoo lezen we op blz. 11, „geen onderdeel van het rechtsgebied, waarop de alleruiterste *nauwgezetheid*, zelfs en bovenal *in woordenkeus*, meer van noode is, dan het terrein, dat wij thans naderen.” Al dadelijk echter is het onderwerp zijner verhandeling: „„Straffen” en hare berechting”, met zijne voorkennis zóó ongelukkig en onbeholpen aangeduid, als ik mij niet herinner het ooit meer te hebben gezien. Want vooreerst moest hij beginnen

met zijn gehoor te waarschuwen, dat hij 't inderdaad niet zou hebben over „straffen”; niet over wat hij noemt: „straffen, in den technischen zin”, daarmede bedoelende de straffen die staan op Misdrijven en Overtredingen; maar dat hij alleen zou spreken over „tuchtmiddelen”, aan te wenden tegen „ambtenaren”. En in de tweede plaats had hij er wel bij mogen voegen, dat hij 't eigenlijk óók niet zou hebben over „berechting”. Immers, in verband met straffen of tuchtmiddelen kan men niet spreken van „berechting”: een straf of een tuchtmiddel wordt niet berecht, doch een feit, een zaak, een misdrijf, een overtreiding, diè worden berecht; desnoods kan men dat óók zeggen van het disciplinair vergrijp, maar zeker niet van de straf, die ter zake van zoodanig vergrijp wordt opgelegd.

Drie onderwerpen heeft de spreker voor zijn gehoor uiteengezet. Hij begint met de vraag te beantwoorden: „Wie is ambtenaar?” Vervolgens behandelt hij de vraag: „Wat is tucht?”, maar hij meent eigenlijk: „Wat is disciplinaire straf?” of: „Wat zijn tuchtmaatregelen in tegenstelling met de „straffen in technischen zin?” Het laatste onderdeel eindelijk van zijne rede had „ten doel, de lijnen aan te geven, langs welke berechting plaats grijpen moet”, en dit omschrijft hij — wáárom, is niet duidelijk — met: „van welke onderstellingen gaan wij uit?”

„Ambtenaar” is volgens Mr. LEVY: „al wie bekleed is met overheidsgezag.”

„Overheidsgezag” is een mooi, groot woord. Dat hierin echter onmogelijk een bruikbaar criterium van den ambtenaar gelegen kan zijn, springt dadelijk in het oog, wanneer men denkt aan honderden personen, die onder aan de hiërarchische ladder staan, en aan wie toch niemand hunne hoedanigheid als ambtenaar zal ont-



zeggen, bijv. de klerken aan de Departementen van Algemeen Bestuur, de klerken ter Gemeente-secretarie of bij den Gemeente-ontvanger. Zóó zijn er tal van personen, die tot de overheid in een hiërarchisch verband staan en door de overheid gebruikt worden ter uitvoering van den op haar rustenden plicht, personen die ook Mr. LEVY ongetwijfeld tot de ambtenaren zal rekenen, doch aan wie geen greintje overheidsgezag is opgedragen. Wil Mr. LEVY volhouden, dat de bovenbedoelde personen wel degelijk met „overheidsgezag” bekleed zijn, dan gebruikt hij dat woord in eene heel bijzondere beteekenis en had hij inderdaad wel mogen mededeelen wat hij onder die vage uitdrukking verstaat.

„Zoodra eene wet eene functie geschapen en deze begiftigd heeft met overheidsgezag, hoe gering ook, staat gij voor een ambt en hebt gij, in den drager, een ambtenaar voor u. Zoo niet, niet.” Aldus tracht Mr. LEVY zijne meening te verduidelijken.

Het is dus niet genoeg, dat de wet een functie heeft geschapen, maar zij moet bovendien aan die functie overheidsgezag hebben toegekend.

Men weet — (Mr. LEVY heeft het echter voor zijn leekengehoor niet duidelijk genoeg uiteengezet) —, dat de kwestie betreffende het al dan niet ambtenaar zijn, voornamelijk speelt ten aanzien van de bij de *gemeente-bedrijven*, bijv. gasfabriek, electriciteitsfabriek, waterleiding, tram, slachthuis, hetzij voor vast, hetzij tijdelijk werkzame personen. Er is echter niet de minste reden, om de kwestie niet evenzeer te stellen ten aanzien van de *rijks-bedrijven*. Doen we dat, dan stuiten we in Mr. LEVY's omschrijving weer dadelijk op het „overheidsgezag”. Wanneer de Staat, met uitsluiting van anderen, het vervoer van brieven aan zich trekt of zich, in concurrentie met anderen, inlaat met het vervoer van pakjes, zijn

dat dan ondernemingen, die voortvloeien uit het overheidsgezag van den Staat, en zijn dan de personen, die met de zorg voor en de uitoefening van die bedrijven belast worden, bekleed met *overheidsgezag*? Uit den aard van de hun opgedragen werkzaamheden volgt het natuurlijk niet: Van Gend & Loos, schippers en vrachtrijders, die soortgelijke werkzaamheden verrichten, hebben geen overheidsgezag. Toch zijn onze postmannen enz. ongetwijfeld ambtenaren; zoowel de Postwet als het Wetboek van Strafrecht noemt hen uitdrukkelijk zoo. Maar zijn ze het ook volgens de omschrijving van Mr. LEVY? Indien hij, ten betooge dat zijne omschrijving ook op hen past en dat het vervoer van brieven geschiedt krachtens overheidsgezag, verwijst naar de Postwet — en wáárheen anders zou hij kunnen verwijzen? —, dan komt de redeneering eigenlijk hierop neer: De postmannen zijn ambtenaren, *indien* eene wet overheidsgezag aan hen heeft toegekend. En: het hun toegekende gezag is *overheidsgezag*, omdat de wet het hun heeft toegekend. Heel overtuigend is die redeneering niet.

Bij de behandeling van de vraag, welke personen, in dienst van de *gemeente*, ambtenaren zijn, wordt weér een nader criterium gesteld: „Voor hetgeen de gemeente *doen moet*, heeft zij ambtenaren noodig, aan wie zij overdraagt het haar toegekende overheidsgezag.” De vraag, of de gemeente nu speciaal iets *doen moet*, zal ook weér aanleiding geven tot verschil van gevoelen. Mr. LEVY's bedoeling is, dat de personen, bij de gemeentebedrijven, de gas- en electriciteitsfabriek enz., gebruikt, volgens die formule niet tot de ambtenaren zullen behooren. Dat is echter, ook al acht men die formule juist, nog lang niet zeker: onder hetgeen de gemeente *doen moet*, behoort ook het zorgen voor de openbare orde en veiligheid. Die beide worden verzekerd en be-

vorderd door 's avonds en 's nachts goed verlichte straten. Als dus de gemeente voor die verlichting zorgt, hetzij door de leverantie van gas enz. op te dragen aan eene particuliere gasfabriek, hetzij door zelve zoodanige fabriek te exploiteeren, doet zij wat zij doen moet. Ergo.

Zóó zal er telkens ten aanzien van de vraag, of zekere gemeentezorg behoort tot hetgeen zij „doen moet”, een even groot verschil van gevoelen zijn als ten aanzien van het „overheidsgezag”.

Ik heb voorts nooit begrepen, waarom de (voor vast aangestelde) mannen van de gemeentebedrijven niet, de (voor vast aangestelde) mannen van de rijks-bedrijven daarentegen wèl tot de ambtenaren zouden behooren. En Mr. LEVY's onderscheiding van „hetgeen de gemeente doen moet” en „hetgeen zij ook laten kan”, maakt mij te dien aanzien niet wijzer. Want, ga ik voor de beantwoording van de vraag, of iemand een Rijksambtenaar is, mij van het criterium: „hetgeen het Rijk *doen moet*” bedienen, dan raak ik ook weer dadelijk, bijv. met de postambtenaren, aan den grond. Wat het Rijk *doen moet*, leert mij de Grondwet; en daartoe behoort niet het vervoeren van brieven en pakjes, zoodat volgens dat criterium het personeel der posterijen enz. zeker niet tot de ambtenaren zou zijn te rekenen!

Evenmin als het eerste gedeelte der rede acht ik het tweede gelukkig geslaagd. Daar zal gehandeld worden over tuchtmiddelen; het is dáár, dat de spreker zich zelve den eisch stelt van „alleruiterste nauwgezetheid, zelfs en bovenal in woordenkeus”; en .... daar krijgen we, met woordelijke overneming van hetgeen hij 25 jaar geleden schreef over de destijds zoo veel besproken „Amsterdamsche Kerktuchtzaak”, eenige bladzijden lang eene vergelijking, niet tusschen *straf* en *tuchtmiddel*, maar tusschen *straf* (in den zin van het *leed* dat wordt opge-

legd wegens krenking van de openbare rechtsorde) en *tucht* (in den zin van de *bevoegdheid* tot kastijding in eene bijzondere rechtssfeer) — twee begrippen derhalve van gansch verschillenden aard, die niet met elkaar vergelijkbaar zijn, evenmin als het *tuchtmiddel*, waarmee het disciplinair vergrijp wordt gekastijd, vergeleken kan worden met de *rechtsnormen* der strafwet of met de *rechtsorde*.

Is het op zich zelf al niet aannemelijk, dat de „leeken”, tot wie Mr. LEVY het woord richtte, door zoodanige valsche vergelijking een helder begrip hebben gekregen van een tuchtmaatregel, de aard en de inhoud van dit gedeelte der rede zijn bovendien weinig geschikt tot bereiking van het doel. Ik kan althans niet gelooven, dat het wezen van het tuchtmiddel aan iemand ter wereld duidelijk wordt, als hij bijv. hoort verkondigen: „*Straf* is het uitvloeisel van rechtsregelen en rechtsbegrippen, wier logische bestanddeelen allengs tastbaar geworden, door wet en doctrine *geobjectiveerd* zijn. *Tucht* is de slotsom van overwegingen, die niet zelden binnen de *subjectieve* gevoelssfeer verwijlen.”

In het derde gedeelte der rede, over de handhaving van de tucht, geeft de spreker enkele opmerkingen ten beste over *berisping* en *ontslag*, en over de door hem verlangde drie waarborgen tegen overijling bij de oplegging van tuchtstraffen, namelijk:

- a. dat niemand veroordeeld mag worden zonder gehoord te zijn; — wie zou het dáármeê niet eens zijn?
  - b. dat de tuchtrechtelijk beklagde gehoord moet worden in regelmatigen rechtsgang, en wel zóó, dat van elke disciplinaire bestraffing hooger beroep mogelijk moet zijn; — wat ook ik volkomen juist acht; en
  - c. dat de vormen rechtens moeten worden nageleefd.
- Zonder twijfel, wanneer zekere vormen zijn voorgeschreven,

mogen zij niet worden veronachtzaamd, en Mr. LEVY heeft volkomen gelijk, als hij zegt, dat men er dan niet laag op mag neêrzien. Aan den anderen kant is elke niet strikt noodzakelijke „vormelijkheid” uit den booze. En de vraag is dus maar: *welke* vormen behoort de wet, ter verzekering van rechtvaardigheid bij disciplinaire bestraffingen, voor te schrijven? Dienaangaande nu wordt ons door Mr. LEVY hoegenaamd *niets* medegedeeld.

Ter verzekering van de stipte naleving van die vormen zijn, naar Mr. LEVY's besliste overtuiging, beroepsrechters noodig.

Indien hij onder „beroepsrechters” de leden van de gewone rechterlijke macht verstaat, zal zijne meening wel niet door velen gedeeld worden; en indien hij er iets anders onder verstaat, ware eene uiteenzetting, hoe hij zich die beroepsrechters in disciplinaire zaken heeft gedacht, wel wenschelijk geweest.

H. VAN DER HOEVEN.

A. LE COSQUINO DE BUSSY, „*Het ontstaan der  
satisfactie van Utrecht*”.

Na verdediging van het proefschrift, waarvan de titel hierboven is weergegeven, verkreeg de Heer DE BUSSY in November 1910 te Leiden den doctorstitel in de rechten. Het wekt bij eerste beschouwing een eenigszins zonderlingen indruk een juridische promotie aan dit historisch geschrift te zien verbonden. Deze indruk wordt door de voorrede weggenomen, die ons eene verhandeling over een onderwerp ontleend aan de geschiedenis van ons publiek recht in het vooruitzicht stellende, als aanleiding tot de keuze van dit onderwerp doet kennen de bestudeering van de ten archieve van Utrecht berustende stukken van en over den bekenden Utrechtschen advocaat Mr. FLORIS THIN. De lectuur van het geschrift echter deed dezen eersten indruk weder naar voren treden. Ik vermag althans heel veel meer dan historische beteekenis aan het grootste deel daarvan niet toe te kennen.

Waar een aankondiging van des Heeren DE BUSSY's geschrift van mij wordt verwacht, meende ik dit te moeten vooropstellen. Het is de indruk, die bij iederen lezer zal worden gewekt. Maar juist dit laatste rechtvaardigt wel, dat ik deze — ik zou haar willen noemen — bedenking verder laat voor wat zij is. Haar gewicht stond ter beoordeeling van de faculteit, die daarover in hoogste instantie tot oordeelen bevoegd was. Daarover na te pleiten lijkt mij ten slotte weinig vruchtbaar.

Ik wensch mij daarom tot het proefschrift, zooals het hier ligt, te bepalen.

Aan de behandeling van artikel 7 der Pacificatie van

Gent (Hoofdstuk I) en de onderhandelingen, die aan het ontstaan der satisfactie van Utrecht voorafgingen (Hoofdstuk II), gaat eene Inleiding vooraf ter schetsing van de omstandigheden, die in 1577 Utrecht naar een stadhouderschap van den Prins van Oranje deden wenschen, en — in strijd met de historische lijn — de sinds eeuwen bestaande vijandschap tusschen Utrecht en Holland op den achtergrond stelden. Ten slotte volgt als aanhangsel de tekst der satisfactie met aanteekeningen.

De inleiding — gelijk het heele werk stylistisch uitstekend verzorgd — kan hier verder buiten beschouwing blijven. Het mag voldoende zijn het slot hier over te nemen: „De laatste kreet, voordat Utrecht zich wenscht aan te sluiten bij Oranje, calvinist en rebel, was een angstkreet voor de Spanjaarden. Na jaren lang gezocht en deerlijk geleden te hebben onder het Spaansch bewind, was het geweest een vruchtbare bodem geworden voor het anti-Spaansch beginsel, waarvan de Prins steeds de drager was geweest”.

Tot juridische beschouwingen kan het eerste hoofdstuk leiden.

De Pacificatie van Gent — 8 November 1576 onderteekend — was geboren uit den algemeenen wensch, niet minder van de aan Philips trouw gebleven gewesten dan van de rebellen, om de gehate Spaansche troepen te doen vertrekken. Gesloten tusschen Holland, Zeeland en den Prins aan de eene, en de Staten-Generaal, uit afgevaardigden van de overige gewesten saamgesteld, aan de andere zijde, had zij de verdrijving dier Spanjaarden ten doel. Bekend is de twistvraag, of hier van een *vereeniging* dan wel van een *verbond* sprake is. Het is op dit staatsrechtelijk punt, dat schrijver in de eerste plaats de aandacht vestigt.

Nader wordt het verbond ons aldus geteekend: ver-

schillende soevereinen laten tot bereiking van eenzelfde doel hun krachten samengaan; in het contract, waarbij zij van hun soevereiniteit slechts zooveel afstaan als voor hun gemeenschappelijke actie noodig is, omschrijven zij het doel en regelen de punten, die tot geschil zouden kunnen leiden; ter verwezenlijking van het doel wordt een bestuur aangewezen; het verbond neemt met bereiking van het doel een einde. Bij de vereeniging daarentegen wordt een nieuwe eenheid gevormd, welke door het contract, dat de zelfstandige soevereiniteiten vernietigt, wordt geregeld. De vraag wordt aldus anders gesteld: zouden, na verdrijving der Spanjaarden, Holland en Zeeland terugkeeren in hun isolement of streefden de Nederlanders, door schade wijs geworden, naar verwezenlijking van het centralisatie-streven der Bourgondiërs, hadden zij uit de geleden rampen geleerd, dat de eenheidsstaat voor hun welvaart het meest bevorderlijk was?

Schrijver kiest partij voor de vereeniging, maar het wil mij voorkomen, dat het klemmend bewijs door hem niet is geleverd.

De Staten-Generaal zett'en zich aan de uitvoering der Pacificatie en daarin namen de nieuwe afgevaardigden zitting als gedeputeerden van hun afzonderlijke gewesten, niet als afgevaardigden van Holland, Zeeland en den Prins. Schrijver noemt dit beslissend. Ik vermag het niet in te zien. In de eerste plaats al, omdat zij alleen op die wijze zitting *konden* nemen. De Staten-Generaal te Gent worden ons aangediend als soverein, dit blijvend ook na de Pacificatie. „Was het van soverein geworden tot een uitvoerend college ad hoc?”

„Waar was voorts de soevereiniteit gebleven, die te Gent zich had doen gelden en die noch door Don Juan noch door den machtelozen Raad van State kon worden uitgeoefend?” wordt ons verder gevraagd. Maar met die



vragen te stellen, zijn zij niet tevens beantwoord. Ik geloof bovendien van de souvereiniteit van de Staten-Generaal, zoowel vóór als na de Pacificatie, niets. Ik ben geneigd aan te nemen, dat de schrijver zich hier door de feitelijke machtsverhoudingen heeft laten misleiden. De z.g.n. souvereiniteit, die zich te Gent had doen voelen, was slechts de machtsaanmatiging van de Staten-Generaal, mogelijk door de zwakheid van den soeverein, maar werd daardoor nooit souvereiniteit als wettelijk begrip. Dit revolutionnair karakter der Pacificatie, waardoor zij in strijd kwam met het vorstelijk gezag, werd trouwens door den tijdgenoot ter dege gevoeld; niet anders dan practische overwegingen konden haar veler goedkeuring verschaffen. De voor de hand liggende stelling, dat deze door Nederlandsche en Zeeuwsche afgevaardigden aangevulde Staten-Generaal juist het door het verbond gevraagde bestuur waren, welks taak verwezenlijking was van het beoogde doel, kan niet worden omvergeworpen door met schrijver de vraag te stellen: welk college zette dan de overige werkzaamheden der oude Staten-Generaal voort? Dit beroep op de geschiedenis van het tractaat wordt door schrijver zelf — één bladzijde vroeger — gewraakt, met de toevoeging: de Pacificatie toch heeft te kort en in te bewogen tijd geheerscht om met ernst te kunnen worden uitgevoerd. Maar daarmee ontvalt dan ook aan het geheele betoog op blz. 42 zijn kracht.

Ter adstructie zijner stelling voert schrijver verder aan, dat men den Gentschen vredehandel als de voortzetting van dien te Breda beschouwde en de laatste, uitgegaan van Spaansche zijde, nimmer een verbond bedoeld kan hebben. Terwijl dan ten slotte ook in 1577 de Pacificatie als een vereeniging zou zijn beschouwd. Hiertegen zou ik willen opmerken: wanneer de vredehandel te Breda een vereeniging had beoogd, dan ware

hij van de zijde van den Prins van Oranje en de zijnen met zelfmoord gelijk te stellen. En voor de Pacificatie geldt hetzelfde. Wat zou daartoe bewogen hebben? De slotopmerking lijkt mij ter beantwoording van de twistvraag niet beslissend.

Ik geloof, dat de vragen, die schrijver op blz. 40 stelt als bij bevestigende beantwoording tot de vereenigingstheorie te leiden, ontkennend beantwoord kunnen worden. Hadden de Nederlanders in de jaren van rampspoed begrepen, dat de eenheidsstaat voor hun welvaart het meest bevorderlijk was? Neen, en die jaren konden hen dat ook niet doen begrijpen. Voor mij blijft de grond van het verzet tegen Spanje in de eerste plaats het particularisme, dat onze geheele historie zijn stempel heeft opgedrukt. En dit was niet en kon niet worden op zij gezet door den tegenzin tegen Spanje. Er was geen reden om naar verwezenlijking van het ideaal der Bourgondiërs te streven, en er blijkt dan ook niets van.

Het is slechts om aan te toonen, dat een klemmend betoog voor de vereenigingstheorie ontbreekt, dat ik deze punten ter sprake bracht. Het gaat met een punt als dit om een quaestie van smaak. Voor het een en voor het ander zijn argumenten. En het is niet critiek, althans niet in malam partem, die met het schrijven dezer regelen is beoogd. Ware dit zoo, dan zou ten slotte de bijzondere meening van den recensent de toetssteen worden der critiek. En van een dergelijk, voor wetenschappelijke studiën verderfelijk systeem, heeft de schrijver eener aankondiging zich naar mijn overtuiging te onthouden. Het zou verre voeren van het nut, dat eene aankondiging — èn voor haar schrijver èn voor haar lezer — heeft, dat zij leide tot hernieuwd overdenken van wetenschappelijke vraagstukken. Men plaatse haar liefst onder het opschrift: *Audi et alteram partem.*

Schrijver komt daarna tot bespreking van de artikelen 6 en 7 der Pacificatie van Gent. Artikel 6 vangt aan met de verklaring „dat mijn Heere den Prince sal blyven Admirael Generael van de Zee, ende Stadhouder van syne Maj. van Holland, ende Zeeland, Bommele, ende andere Geassocieerde plaetsen, om in als te gebieden, soe deselve jegenwoordelick doet”, enz., waarop — met cursiveering van mij — artikel 7 doet volgen: „maer belangende die Steden ende Plaetsen, begrepen onder *die commissie, van de Conincklyke Maj. by hem ontfangen*, die jegenwoordelik onder 't gebiet en gehoorsaemheyte van syn Excell. nyet en staen, sal dit point geschorst blyven, *ter tyt en wylen* deselve Steden en Plaetsen hen metten anderen Staten gevoecht hebbende tot dese Unie ende accordt, syn Excell. henlieden sal gegeven hebben *Satisfactie* op de punten, daerinne sylieden hen zouden vinden geinteresseert onder syn Gouvernement, 't sy ten opsiene van de exercitie van de Religie, oft anderssins, op dat *de Provintien niet gedemembreert en worden*, ende om alle twist ende tweedragt te schouwen”.

Aan de interpretatie van dit staatsrechtelijk curiosum, zooals schrijver het te recht noemt, zet hij zich blijkbaar met voorliefde. En zij lijkt mij dan ook het belangrijkste deel van zijn proefschrift.

Het artikel spreekt van: „tot tijd en wijl”. Leidt dit conditie in, dan wel tijdsbepaling? De Heer DE BUSSY leest er het eerste in, en wel terecht. Maar daarna de hoofdvraag, of Utrecht verplicht is satisfactie te nemen. Alzoo twee vragen ter beantwoording: vestigt artikel 7 een satisfactieplicht, en spreekt het ook voor Utrecht?

De Staten van Utrecht lazzen in het artikel de verplichting om den Prins van Oranje als Stadhouder aan te nemen. Zij grondden zich hierbij vooral op de Unie van 1534, die het gouverneurschap over Utrecht aan

dat over Holland had verbonden voor eeuwig. De Raad van State vereenigde zich met dit gevoelen niet en het is leerrijk de argumenten van de eene en van de andere zijde, en waarbij partijen elders hulp zochten, na te gaan.

Enkele punten mogen hier worden aangestipt. Art. 7, zegt de Raad van State, als motief noemend: opdat de provinciën niet gedismembreerd worden, kan slechts doelen op enkele steden, niet op een gansche provincie. Deze stelling vindt afdoende weerlegging. Vooreerst leest de Raad „dismembratie” terwijl de tekst spreekt van „demembratie”, en dit laatste geeft afval van een lid te kennen, dismembratie wijst meer op het uiteenvallen van een geheel. Holland en Utrecht vormden sinds 1534 een persoonlijke eenheid in dien zin dat stadhouder van Holland dit tevens van Utrecht zou zijn. Ten onrechte acht de Raad van State artikel 7 der Pacificatie alleen te doelen op bijeenhouden van een politieke eenheid sterker dan Holland en Utrecht. Een ander bezwaar van den Raad: Utrecht is niet genoemd, ook niet bij het sluiten der Pacificatie. Daartegen voeren de voorstanders der satisfactie aan, dat artikel 7 als grondslag aannam de commissie, door Philips bij zijn vertrek naar Spanje gegeven. Deze omvatte Utrecht, zoodat afzonderlijke vermelding overbodig was. Maar de Raad van State gaat verder: en Utrecht had zeker genoemd moeten worden. Zelfs Bommel werd uitdrukkelijk herdacht! Terecht weerlegt schrijver ook dit beweren door te wijzen op de omstandigheid, dat Bommel wèl, Utrecht niet onder Oranje's bewind stond en bovendien niet tot Holland behoorde. Zelfs wraakt de Raad elk beroep op de Unie van 1534, maar hij grondt dit, zegt schrijver, op een zonderlinge, schier negeerende uitlegging van de vermelding der koninklijke commissie, en op een verder onge-

motiveerde en dubbelzinnige verklaring dat de Unie van 1534 geen, althans geen onverwijld toepassing vorderde.

De voorstanders der satisfactie bleven niet uit des Raads argumenten te bestrijden en met vernieuwde kracht de Unie van 1534 in het vuur te brengen. Nieuwe argumenten werden daarbij gevoegd, aan wier kracht schrijver terecht twijfelt (blz. 80—84). De Raad van State won daarop advies in van den Grooten Raad van Mechelen. Dit rechtscollege vereenigde zich met de zienswijze, dat satisfactieplicht voor Utrecht niet bestond. Het put een nieuw argument uit de toekomstige wijs, waarin artikel 7 spreekt: totdat die steden en plaatsen zich met de andere staten gevoegd hebbende. Dit kan op Utrecht, dat zich reeds gevoegd had, niet slaan. Het gewest had zijn afgevaardigden ter Staten-Generaal, het had de Pacificatie doen onderteekenen en zich bij de algemeene Unie gevoegd. Eene nieuwe voeging te vormen had geen zin. De sterkte van het argument schijnen tijdgenooten niet te hebben gevoeld. Het heeft blijkbaar schrijver overtuigd en ik geloof terecht. Zijn geheele betoog, saam te trekken tot de stelling, dat artikel 7 der Pacificatie van Gent, dat een satisfactieplicht schiep, zweeg over Utrecht, lijkt mij juist.

Het tweede hoofdstuk geeft ons een historisch overzicht van de totstandkoming der satisfactie. Het verwarrende voorspel, de reeks ontwerpen en de telkens en telkens herhaalde wijziging daarvan, eindigende met de onderteekening der satisfactie door den Prins en de Utrechtsehe afgevaardigden op 9 October 1577, worden tot in bijzonderheden geschetst. De feitelijke machtsverhoudingen en de politiek speelden hierbij een te groote rol om de juridieke beteekenis der argumenten, door voor- en tegenstanders te berde gebracht, tot hun recht te doen komen.

Hoofdstuk I geeft van het ontstaan der satisfactie van Utrecht de juridische, hoofdstuk II de politieke geschiedenis. Systematisch moge deze scheiding — wellicht door schrijver onbewust tot stand gebracht — minder fraai zijn, daar zij tot herhalingen leidde, zij geeft het voordeel, dat beide deelen daardoor beter tot hun recht zijn gekomen. Voor „Themis” meen ik echter met een meer uitvoerige bespreking van dat eerste hoofdstuk te kunnen volstaan.

Als bijlage volgt een commentaar à la SMIDT van de satisfactie.

De wordingsgeschiedenis van de teksten, waarmede de rechtshistoricus werkt, heeft door de omstandigheid, dat zij dikwijls zich zelfs niet laat benaderen, hem gelukkig tot op heden vrijwel ongemoeid gelaten. Gelukkig, want nagaande wat schrijver ons mededeelt van de kennis van hen, die tot de samenstelling van staatsstukken medewerkten, aangaande de stukken waarover zij zich uitlieten, vestigt dit bij ons geen hoogen dunk. En ik geloof niet, dat hier een exceptie aanwezig is. Als verzachtende omstandigheid geldt voor dit deel van schrijvers arbeid, dat hij schreef over het *ontstaan* der satisfactie.

Hiermede wensch ik de bespreking van deze dissertatie te eindigen. Zij bevat, naast hetgeen ik aan mij gebleven twijfel of aan volkomen instemming neerschreef, tal van andere punten, waarover verschil van meening niet is uitgesloten en waarover viel te debatteeren. Daartoe kan de lectuur worden aanbevolen. Het geschrift bevat de goede eigenschappen, die den lezer niet onvoldaan laten. Ik durf het met gerustheid te rangschikken onder de zeer verdienstelijke proefschriften.

J. VAN KUYK.

*De tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht  
en de ontwerpen tot regeling der administratieve  
rechtspraak door Mr. R. KRANENBURG. Dissertatie  
Leiden 1909.*

„Onverminderd het in andere wetten bepaalde, neemt de regterlijke magt, oordeelende in administratieve zaken, kennis van alle beroepen tegen besluiten, handelingen en weigeringen van administratieve organen.”

Aldus zal bij invoering der administratieve rechtspraak overeenkomstig het ontwerp-LOEFF het tweede der achter art. 2 der Wet op de Regterlijke Organisatie in te voegen artikelen komen te luiden.

Voorts bepalen de artt. 3 en 4 van het ontwerp-Wetboek van Administratieve Rechtsvordering, dat onder „besluit van een administratief orgaan” moet worden verstaan „iedere uitspraak van een administratief orgaan als zoodanig, die eenig publiekrechtelijk rechtsgevolg te weeg brengt”, onder „handeling van een administratief orgaan” „iedere daad van zulk een orgaan als zoodanig” en onder „weigering van een administratief orgaan” „de weigering van zulk een orgaan, als zoodanig een besluit te nemen of eene handeling te verrichten”. Blijkens de Memorie van Toelichting bedoelt de toevoeging der woorden „als zoodanig” te doen uitkomen, dat het hier enkel gaat om besluiten, handelingen en weigeringen van administratieve organen optredend als „Overheid”.

Ten slotte stelt art. 84 den eisch, dat het ingestelde beroep zich moet gronden op schennis van publiekrechtelijke wetten of wettelijke voorschriften.

Bij invoering van de administratieve rechtspraak volgens het ontwerp-LOEFF zullen deze bepalingen met het nieuwe art. 2 der Wet op de Regterlijke Organisatie, dat den burgerlijken rechter alle burgerrechtelijke rechtsvorderingen toewijst, de competentie van burgerlijken en administratieven rechter regelen.

Zal deze regeling in de praktijk bruikbaar zijn?

Een onderzoek naar deze vraag vormt het onderwerp van het proefschrift, waarop ten vorigen jare Mr. R. KRANENBURG aan de Leidsche Universiteit den titel van Doctor in de Staatswetenschap heeft verkregen.

Volgens Mr. KRANENBURG — of deze voorstelling juist kan heeten, moge later blijken — komt de hierboven in het kort aangegeven regeling hierop neer, dat de toekomstige administratieve en burgerlijke rechter zich bij ieder voorkomend geval de vraag zullen hebben te stellen: „behoort deze vordering uit haren aard tot het publiek- of tot het privaatrecht”. De wet geeft hierbij — aldus Mr. KRANENBURG — geen oplossing. Mitsdien zal de rechter zich tot de wetenschap hebben te wenden. Doch geeft deze eene scherpe, duidelijke, ondubbelzinnige onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht? De schrijver onderzoekt dit in zijn tweede hoofdstuk.

Een aantal schrijvers en schier evenzoovele theorieën passeeren de revue. THON, BIERLING, LOEFF, HAMAKER, Vos, ziedaar enkele namen, die den lezer op dit gebied bekend zullen zijn. Tot slot wordt een in 1905 te Zürich verschenen dissertatie van een zekeren HOLLIGER besproken.

Het resultaat van het onderzoek is — hoe ware het anders te wachten — negatief. De schrijver bestrijdt de verschillende auteurs en stelt hen op lezenswaardige wijze tegenover elkander. Dikwerf zal de lezer geneigd zijn,



zich aan zijne zijde te scharen. Zoo mag de bestrijding van de theorie ontwikkeld in Mr. LOEFF's dissertatie — al moet erkend, dat meerderen in deze bestrijding voorgingen — en van de bekende ook in boekvorm uitgegeven artikelenreeks van Mr. Vos in vele opzichten geslaagd heeten.

Anders schijnt het met de bestrijding van de door Prof. HAMAKER in zijne in 1894 voor de Kon. Academie van Wetenschappen gehouden voordracht over dit onderwerp. Prof. HAMAKER — het zij kortelings in herinnering gebracht — ziet in het privaatrecht het oude volksrecht, het billijkheidsrecht, dat zijn directen grond vindt in het in het volk levende rechtsbewustzijn. Daarnaast is opgekomen het in den aanvang nauwelijks den naam van recht verdienend overheidsbevel, een aan de overheid toegekend uitzonderingsrecht, dat langzaam aan gereglementeerd, het publieke recht is gaan vormen. Mr. KRANENBURG meent deze tegenstelling tusschen rechtsbewustzijn en overheidsbevel te kunnen te niet doen door aan te voeren, dat bv. de gemeentelijke autonomie evenzeer in het rechtsbewustzijn van het volk is ingedrongen als b.v. het verbintenissenrecht. Dit argument schijnt toch langs de zaak heen te gaan. Onder rechtsbewustzijn in den zin, waarin Prof. HAMAKER het neemt, zal men toch niet moeten verstaan de historisch in het volk ingedrongen rechtsbegrippen, die een *gevolg* zijn van het feit, dat men gedurende langen tijd onder een zeker rechts- of staatsysteem heeft geleefd, doch het natuurlijke, het den samenlevenden menschen als zoodanig eigen rechts- of billijkheidsbegrip, dat niet gevolg, maar *grondslag* van positief recht is. Niet anders schijnt het begrip te zijn opgevat in de door den schrijver geciteerde woorden uit Prof. KRABBE's *Lehre der Rechtssouveränität*. Het standpunt, dat laatstgenoemde hoogleeraar ten deze inneemt,

schijnt trouwens dat van Prof. HAMAKER zeer te naderen. Al moge dus de door Prof. HAMAKER opgebouwde tegenstelling een dieper waarheid inhouden en van grooter wezenlijkheid zijn dan de schrijver der hier besproken dissertatie schijnt te hebben gevoeld, zoo kan toch niet ontkend worden, dat overigens tegen Prof. HAMAKER'S beschouwingen veel is aan te voeren. Met name zijn verder betoog, dat mitsdien de overheid voor iedere overheidshandeling, welke buiten het gemeene recht valt, eene bijzondere wettelijke bevoegdheid moet kunnen aanwijzen, — een voorstelling wellicht voor Engelsche toestanden juist — schijnt voor ons in ieder geval historisch onjuist te zijn en mitsdien ook den tegenwoordigen toestand, waarin historische invloeden zich nog in velerlei opzicht doen gelden, niet juist weer te geven.

De schrijver wendt zich vervolgens naar de jurisprudentie en behandelt een viertal onderwerpen — concessie, dienstverhouding, waterschapsverband en onrechtmatige daad — waarbij de vraag, of men met eene verhouding van privaat- of publiekrechtelijken aard te doen heeft, voor den rechter heeft gespeeld.

Groot is de winste in deze bladzijden over het geheel niet. En geen wonder! Immers voor de competentie-quaestie is heden ten dage volgens de constante jurisprudentie de aard der vordering van geen beteekenis. Slechts bij de vraag, of de publiekrechtelijke verhouding, waarin partijen staan, of de publiekrechtelijke norm, waarop de actie gebaseerd is, voldoende en bruikbaar steunsel geeft, kan de quaestie zich voordoen. Toch treft men ook hierin dikwijls onzuiverheden en worden beide vragen verward. Met name in de jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad zijn hiervan meerdere voorbeelden te vinden. Ook de schrijver dezer dissertatie schijnt aan deze verwarring niet geheel te ontkomen.

In dit opzicht is de dissertatie van Mr. VAN SCHAİK „De Overheid tegenover de artt. 1401 en v. B. W.” (Utrecht 1905) ongetwijfeld beter. Het wekt bevreemding, dat Mr. KRANENBURG, die overigens van een groote belesenheid blijk geeft, dezen schrijver, die de jurisprudentie ten deze veel uitvoeriger en diepgaander bespreekt en wiens beschouwingen ook overigens met de zijne voor een groot deel parallel loopen (1), nimmer aanhaalt.

Te geringer is nog de winste, omdat, eenmaal de ontvankelijkheid aanvaard, de rechter zich vooral in den lateren tijd door het publiekrechtelijk karakter der rechtsverhouding niet laat weerhouden om daar, waar blijkbaar een gebonden zijn van beide partijen, ook van de administratie was bedoeld, dezen band in rechten te doen gelden.

Daar evenwel, waar de band dubieus is, waar niet duidelijk blijkt, dat bedoeld werd een rechtsplicht voor de administratie te scheppen, daar vindt men plotseling weer het publiekrechtelijk karakter der verhouding als beletsel voor de toewijzing der actie aanvaard. Is dit nu een gelegenheidsargument? Een enkele maal, men denke aan sommige beslissingen over de verplichtingen van de overheid tegenover concessionarissen, maakt het dezen indruk. In den regel echter — en hierbij hebben wij bv. het oog op de beslissingen omtrent art. 179*h* der Gemeentewet, hetwelk aan B. en W., voorzoover van hen afhangt, de zorg voor de instandhouding der publieke wegen, bruggen, enz. opdraagt — schijnt dit beroep op het publiekrechtelijk karakter der rechtsverhouding volkomen gerechtvaardigd. Immers het is juist het bijzon-

---

(1) Ook Mr. VAN SCHAİK geeft in zijn derde hoofdstuk een literatuuroverzicht, enkel voor Nederland. Zeer lezenswaardig zijn hier de beschouwingen aan Prof. HAMAKER'S standpunt gewijd.

dere van publiekrechtelijke rechtsnormen, dat zij enkel en alleen als instructie of als competentieregeling voor organen van openbaar gezag bedoeld kunnen zijn en geenszins rechtsnormen behoeven te vormen, welke overtreding tot schadevergoeding aan particuliere personen aanleiding behoeft te geven. Het eenige, dat men wellicht nog zou kunnen opmerken, is, dat de Rechterlijke Macht beter hadde gedaan met nog een stap verder te gaan en zich bijzonderlijk op het karakter der gelaedeerde publiekrechtelijke norm als „instructienorm” te beroepen in plaats van zich te vergenoegen met eene algemeene verwijzing naar haar publiekrechtelijk karakter. Immers het karakter van te zijn instructienorm is in ons moderne publieke recht al sinds langen tijd niet meer een essentiale van de tot dat recht behoorende normen — indien het dit al ten onzent ooit geweest is.

De hier gevoerde beschouwingen zijn geenszins die van den schrijver der hier besproken dissertatie. Deze constateert op het gansche gebied der door hem besproken jurisprudentie telkens en telkens slechts begripsverwarring. In een opzicht schijnt hij het zich hierbij echter veel te gemakkelijk te maken. Allerminst toch zouden wij met hem durven aannemen, dat de Rechterlijke Macht al die gevallen, waar een gebonden zijn der administratie niet twijfelachtig was en waar de Rechterlijke Macht, desnoods met toepasselijkverklaring van regels uit het contractenrecht, dezen rechtsband in rechte deed gelden, hiermede tot privaatrechtelijke rechtsverhoudingen wilde stempelen!

Over een der door den schrijver behandelde onderwerpen — het waterschapsverband — nog een enkel woord.

Als bewijs voor de ook hier bestaande verwarring haalt de schrijver aan de bekende beslissingen inzake het geschil

over het onderhoud van een verlaat in de Nieuwe Vecht, waartoe door Gedeputeerde Staten aan de gemeente Zwolle bevel was gegeven, doch aan welk bevel niet was voldaan. De onderhoudsplicht grondde zich op eene overeenkomst van het jaar 1639 met een paar buurschappen of marken. In eersten aanleg was de vraag, of deze marken al of niet als publiekrechtelijke lichamen moesten worden beschouwd, uitvoerig aan de orde geweest; in beroep werd deze vraag geheel geëcarteerd en beslist, dat, onverschillig welke het karakter dezer marken was, zij, voorzoover zij binnen hun gebied waterschapsbelangen behartigden, als voorgangers der tegenwoordige waterschappen konden worden beschouwd, en mitsdien een met deze lichamen gesloten overeenkomst mocht beschouwd worden als eene bedoeld in art. 38 5<sup>de</sup> lid der wet van 1900. Geeft nu deze beslissing in beroep den schrijver recht tot het constateeren eener verwarring *op het oogenblik?* Door het aanhalen van enkele algemeene historische overwegingen uit het arrest, waarvan ééne nog wel met weglating der slotwoorden, waarin van „waterschappen in den zin onzer tegenwoordige waterstaatswetgeving” als een vaststaand begrip gesproken wordt, is dit toch waarlijk niet te bewijzen! Ook de verklaring, die de schrijver geeft van de door hem geconstateerde verwarring, is allerminst juist. Volgens hem toch is het privaaf- of publiekrechtelijk karakter van het waterschap afhankelijk van de vraag, of het waterschap enkel en alleen is ingesteld ad singulorum utilitatem, alleen de private belangen der ingelanden behartigt, dan wel, of bij het waterschap belangen van ruimer kring betrokken zijn. De schrijver wenscht zelfs een onderzoek naar den *inhoud* van ieder waterschapsreglement, teneinde na te gaan, in hoeverre het algemeen belang bij het waterschap betrokken is. Hiertegen dient toch te worden opgemerkt,

dat een van de voornaamste regelen van ons waterschapsrecht deze is, dat alle gronden, die bij de betrokken waterstaatswerken belang hebben, ook in het waterschapsverband moeten worden opgenomen. Behartiging van de belangen van ruimer kring kan, indien althans geen fouten in de grensomschrijving zijn gemaakt, alleen zijn grond vinden in historische omstandigheden. Niet dus op ruimere belangen, mogelijk bij het waterschap betrokken, doch op den aard der behartigde belangen komt het aan. En dan blijkt, dat hier te lande historisch de overtuiging gegroeid en in de Grondwet, in de Provinciale wet en in de waterstaatswetten is vastgelegd, dat het behartigen van de waterstaatsbelangen van een kring waterstaatkundig bij elkander behoorende gronden van zoodanige importantie is, dat het lichaam hiermede belast met overheidsgezag behoort te worden bekleed. Of dit metterdaad door de Staten is geschied, hangt van allerlei, niet in de laatste plaats historische omstandigheden af. Van grooten invloed is hierbij natuurlijk in het algemeen de grootte en belangrijkheid van het waterschap en in het bijzonder het feit, dat het waterschap zee- of rivierwaterkeerende dijken onderhoudt. Ook het meest eenvoudige poldertje kan evenwel, is er behoefte aan het maken van verordeningen en aan dwanginvordering der omslagen, de publiekrechtelijke erkenning door de Provinciale Staten erlangen.

„Het voorgaande voert tot de niet te vermijden consequentie, dat de onderscheiding publiek- en privaat-recht geen recht van bestaan meer heeft” — aldus 's schrijvers conclusie. Principieel verschil in rechtsgevolgen, voor den schrijver de proef op de som, is er al evenmin. Tegenover de eigen richting, die bij uitstek als eene bevoegdheid van het publieke recht pleegt te worden aangezien, plaatst

de schrijver art. 41 van het Strafwetboek, dat het recht tot zelfverdediging in ruime mate erkent, en de bevoegdheid tot conservatoir arrest, in een enkel geval (art. 735 W.v.Rv.) zelfs zonder rechterlijke van waarde verklaring. Wordt een tweede verschil in rechtsgevolg geacht gelegen te zijn in de uitsluiting van de bevoegdheid van den gewonen rechter, de schrijver wijst er op, hoe de petitum-leer in 1815 blijkbaar met opzet aanvaard is, en, niettegenstaande de pogingen van velen, door de Rechterlijke Macht constant is gehandhaafd.

Verdeeling der rechtsstof was eertijds de grondslag voor de onderscheiding tusschen het publiek- en het privaatrecht. Nu de specialiseering is voortgegaan, nu wij Staats-, Administratief en Strafrecht kennen naast Privaatrecht, Volkenrecht en zoo meer, ieder met hun Procesrecht, nu scheidt het slechts verwarring aan de oorspronkelijke onderscheiding in tweeën vast te houden. In plaats van het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht tot grondslag der competentieregeling te maken, zou Mr. KRANENBURG dan ook den toekomstigen administratieven rechter slechts de beslissing willen geven over geschillen, welke hun oorsprong vinden in schending van eene bepaling van staats- of administratief recht. Geen principieel getrokken grens, doch ingegeven door een streven naar een nuttige en bruikbare arbeidsverdeeling.

Moet nu dit alles worden aanvaard?

Al dadelijk moet ernstig bezwaar worden gemaakt tegen de zooeven aangehaalde conclusie van den schrijver. In de litteratuur moge over den theoretischen grondslag en het juiste criterium voor de besproken onderscheiding verschil bestaan, uit de jurisprudentie over enkele als zoodanig beruchte grensgevallen moge blijken, dat ook hier dikwerf zekerheid over den juiststen loop der schei-

dingslijn gevonden wordt — hieruit kan toch niet zonder meer geconcludeerd worden, dat materieel publiek- en privaatrecht eigenlijk identiek zijn!

Laat men de grensgevallen, die toch slechts luttel in aantal en beteekenis zijn, daar en stelt men de verhoudingen, die naar de gewone en algemeene opvatting van publiekrechtelijken aard zijn, tegenover de privaatrechtelijke, dan zal het weinig tegenspraak ontmoeten, wanneer geconstateerd wordt, dat eene publiekrechtelijke verhouding daar als regel wordt aangenomen, waar de staat, provincie, gemeente of het waterschap als zoodanig d. w. z. als drager van het overheidsgezag en niet als een willekeurig particulier persoon staat tegenover het individu. Evenmin kan ontkend worden, dat, wil men het een meerwaarde van het gerepraesenteerde algemeene belang boven de bijzondere belangen noemen, deze meerwaarde in hooge mate tot uiting komt, wanneer de staat en de overige publiekrechtelijke lichamen algemeene regels scheppen, wetgevende bevoegdheid uitoefenen, terwijl ook op bestuursgebied deze meerwaarde zich althans in de van politiestaats-ideeën beïnvloede regeerstelsels heeft doen gevoelen.

In hoeverre in ons huidig staatsrecht deze meerwaarde ook ten opzichte der administratie nog bestaat, is wellicht het best en het eenvoudigst na te gaan op het gebied van het waterschapsrecht, indien men eene kleine privaatrechtelijke poldervereeniging stelt tegenover een even kleinen, doch gereguleerde polder. In het eerste geval eene verhouding, beheerscht door de regelen van het gesloten contract, slechts geldend te maken via den rechter; in het tweede geval — voorzover het in het reglement is toegelaten, wat in de meeste provincies regel is — de bevoegdheid verordeningen te maken bindend niet alleen voor alle ingelanden doch tevens



voor allen, die zich begeven binnen den belangenspheer van den polder, voorts een wettelijk recht om tot de heffing van omslagen en andere belastingen te besluiten en — alweer indien het reglement het toestaat — tot het instellen van een dijkleger en tot regeling hiervan enz. Naast deze uitgebreide bevoegdheden op wetgevend gebied, waaraan ieder grondeigenaar binnen den polder en ieder, die verder binnen den gezagskring van het waterschap valt, als zoodanig is onderworpen, staan ook op uitvoerend gebied bevoegdheden, welke, hoewel van minder beteekenis, toch uit het gemeene recht niet zouden voortvloeien. Zoo, om over de noodstandsbevoegdheden niet te spreken, de bevoegdheid tot parate executie bij niet betaling van omslagen en andere belastingen, bij overtreding van keuren en bij niet voldoening aan bevelen tot daarstelling van werken of opruiming. Tegen het dwangbevel is evenwel verzet bij den rechter of de hoogere administratieve macht opengelaten.

Het blijkt dus wel, dat ook bij de hier te lande het laatst (1895—1902) definitief wettelijk georganiseerde publiekrechtelijke lichamen op wetgevend en ook op uitvoerend gebied afwijkingen van het gemeene recht zijn aangenomen. Op het gebied van ons overig administratief recht is het o. i. dikwijls niet anders. Nu eens gaat de aan de administratie toegekende bevoegdheid heel ver, dan weer is de norm, waaraan de administratie zich te houden heeft, zeer vaag, terwijl juist in deze gevallen het geschreven recht op de regeerpraktijk dikwerf aan den ambtenaar of het college met de eigenlijke uitvoering belast ook tegenover hooger gezag een groote vrijheid laat.

Hiernaast staan evenwel vele gevallen, waarbij de handelingen der lagere administratieve organen aan een

vergaande contrôle zijn onderworpen, welke, zoo al niet aan eenen rechter opgedragen, toch in vele opzichten naar eene rechterlijke zweemt.

Al naarmate men nu geneigd is, de zooeven genoemde meerwaarde ook hier nog in zekere mate te aanvaarden, of wel zich hierbij meer door theoretische overwegingen laat leiden of wederom aan historische en practische argumenten meer gewicht hecht, zal men hetzij genoeg blijven nemen met onze administratieve instanties, dikwijls wellicht met nog meer waarborgen omkleed, aan het geding voor den rechter ontleend, hetzij een meer of minder algemeen recht van beroep op een afzonderlijken administratieven rechter of op den gewonen burgerlijken rechter voorstaan.

Hoe dit evenwel zij, dat een kenmerkend onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht telkens duidelijk herkenbaar naar voren treedt, schijnt moeilijk te kunnen worden volgehouden.

Moet hieruit dan niet de conclusie worden getrokken, dat mitsdien deze onderscheiding allerminst een bruikbare en vaste competentiegrens voor den burgerlijken en den administratieven rechter kan opleveren? Zeker, moest de rechter voor de bepaling zijner competentie zich telkenmale deze principieele vraag stellen: „behoort „de vordering uit haren aard tot het publiek- of tot „het privaatrecht?“, dan, dit kan men Mr. KRANENBURG toegeven, zou deze meer dan eens verlegen zitten. Maar — en dit is de voornaamste grief tegen het geschrift, welke den geheelen opzet ervan treft — zoodanig antwoord behoeft de rechter gelukkig niet te geven. De rechter moet niet, gelijk de schrijver dezer dissertatie hem wil laten doen, uit de normen, welke de competentie regelen, den theoretischen achtergrond opzoeken en dan op dezen onvasten grond zijn competentie bepalen,

hij behoort zich aan de normen zelve, aan de woorden der wet te houden. Doet men dit, dan stelt de competentievraag zich in vele opzichten eenvoudiger. In de eerste plaats toch beperkt het Ontwerp de door den administratieven rechter te berechten geschillen tot de zoodanige tusschen een particulier persoon en een administratief orgaan, dat is een persoon of college binnen het Rijk voortdurend of tijdelijk met eenig openbaar gezag bekleed, d. w. z. alle zoodanige organen van rijk, provincie, gemeente of waterschap. Voorts bepaalt het Ontwerp, dat het moet zijn een geschil over een uitspraak met publiekrechtelijk rechtsgevolg of een daad van een administratief orgaan als zoodanig of eene weigering tot zoodanige uitspraak of daad. De toevoeging „met publiekrechtelijk rechtsgevolg”, die volgens de toelichting slechts dient om die uitspraken, die geen gevolgen hebben, als adviezen enz. uit te sluiten, kan hier buiten rekening worden gelaten. Rest slechts de eisch, dat het administratief orgaan optreedt „als zoodanig”, dat is „als overheid”. Wanneer is dit het geval? Ongetwijfeld komt hier de principieele quaestie om den hoek kijken, doch in dien zin, dat zij door het Ontwerp in den geest der zgn. subjectentheorie is opgelost, terwijl de administratieve rechter bovendien nog een groot houvast zal hebben aan de bepaling, dat het beroep slechts gegrond kan zijn op schennis van publiekrechtelijke wetten of wettelijke voorschriften, dat zijn algemeene maatregelen van bestuur of verordeningen en reglementen van provinciën, gemeenten en waterschappen, die algemeene regels inhouden. Is toch deze bepaling eenerzijds bedoeld als competentiegrens tegenover het vrije goedvinden der administratie, anderzijds ligt hierin tegelijkertijd in zekeren zin een authentieke en beperkende interpretatie van den eisch, dat het ad-

ministratief orgaan „als zoodanig” heeft gehandeld. En welke wetten en wettelijke voorschriften tot het publieke, welke tot het burgerlijk recht behooren, — een vraag van wetsuitlegging, waarbij theoretische beschouwingen niet kunnen dienen — is voor ons recht, ook zonder dat men zich op art. 150 der Grondwet beroept, in het algemeen niet twijfelachtig.

Past men dit stel van regelen voor de competentie van den administratieven rechter — negatief voor den burgerlijken rechter — op de door den schrijver behandelde grensgevallen toe, dan blijkt de vereenvoudiging. Zoo bij de concessie. Ook bij die concessies, waarin, men denke bv. aan vele gemeentelijke gasconcessies, allerlei elementen dooreen zijn gemengd, is meestal zonder moeite aan te wijzen, wanneer de overheid in privaatrechtelijke hoedanigheid — bv. als grondeigenaar of als afnemer van gas voor de straatverlichting — en wanneer zij als „zoodanig” — bv. als beheerder van den openbaren weg of in het algemeen krachtens haar overheidstaak — is opgetreden. Alle verdere theoretische quaesties kunnen dan ter zijde gelaten worden.

Bij het dienstverband is de zaak eenigszins anders. Wanneer hier de overheid als zoodanig, wanneer zij op de wijze van een gewoon werkgever optreedt, is niet met scherpte aan te geven; evenmin, of de hiervoor in het leven geroepen regeling van publiek- of privaatrechtelijken aard is. Moeilijkheden zullen zich hier voornamelijk voordoen bij die ambtenaren, die niet of slechts in geringe mate met overheidsgezag zijn bekleed, doch wier positie zich anderzijds in meerdere opzichten van die der werklieden in van overheidswege geëxploiteerde bedrijven onderscheidt en dan ook afzonderlijke en afwijkende regeling pleegt te vinden. Wetsduiding, als voorzien in art. 1637z van het Burgerlijk Wetboek, is hier de oplossing.

Het gereguleerde waterschap geeft geen moeilijkheden meer, althans niet meerdere dan rijk, provincie en gemeente, terwijl ten slotte bij de onrechtmatige daad alweer de soort der gelaedeerde norm beslissend zal zijn. Gelijk reeds gezegd zal deze soort zich, behoudens in een enkel geval — is er behalve de evengenoemde ambtenaarsverhouding nog een voorbeeld te vinden? — gemeenlijk met voldoende zekerheid aanwijzen. In ieder geval kan niet worden ingezien, welk verschil of welke verduidelijking hier zou kunnen worden aangebracht door in plaats van „publiekrechtelijke” met den schrijver „staats- en administratiefrechtelijke” wetten en wettelijke voorschriften te lezen.

Tot besluit dezer toch al lange en door omstandigheden verlate aankondiging zij nog medegedeeld, dat het proefschrift zich zeer aangenaam laat lezen en op meerdere bladzijden blijk geeft, dat den schrijver ook de praktijk van het rechtsleven niet vreemd is, een eigenaardigheid (of wellicht: oneigenaardigheid), die het proefschrift met vele andere tot verkrijging van den graad van doctor in de staatswetenschap gemeen heeft en die de beteekenis van het geschrift slechts kan verhoogen.

G. W. J. BRUINS.

's-Gravenhage, 1910.

## VARIA.

### **De statistiek van het Gevangeniswezen over het jaar 1909.**

De opgaven omtrent de gebouwen en het personeel en die betreffende de godsdienstige gezindten komen in de statistiek van het jaar 1909 niet voor, daar zij om de vijf jaren worden opgenomen en dit in de statistiek over het jaar 1908 was geschied.

*Bevolking* (Staat I). In de gevangnissen en huizen van bewaring werden uit de vrije maatschappij opgenomen 32 574 personen, zijnde 595 *minder* dan in het jaar 1908. In de bijzondere strafgevangnissen werden geen veroordeelden geplaatst tegen 3 (mannen) in het voorafgaande jaar; in de gewone strafgevangnissen: 5 272 mannen, 54 *meer* en 344 vrouwen, 61 *minder*; in de huizen van bewaring 25 440 mannen, 474 *minder* en 1 518 vrouwen, 111 *minder* dan in 1908.

In de Rijkswerkinrichtingen werden geplaatst 1 790 mannen en 36 vrouwen, tegen 2 351 mannen en 46 vrouwen in 1908. Bij deze *hier* gegeven opgave is geen rekening gehouden met hen, die het gesticht tijdelijk hadden verlaten wegens plaatsing in een ziekenhuis, enz.

Deze aanzienlijke vermindering van 561 mannen en 10 vrouwen is het gevolg van de omstandigheid, dat in het jaar 1909 door de rechtbank te Utrecht een veel geringer aantal bedelaars en landloopers werd vervolgd dan vroeger, tengevolge waarvan o. a. in het huis van bewaring in genoemde stad het aantal opgenomenen (2 645) 1 260 *minder* bedroeg dan in 1908.

Van de uit de vrije maatschappij in de huizen van bewaring opgenomenen, waren 20 pCt. *principaal veroordeeld*: namelijk 5 064 mannen en 317 vrouwen; 60,6 pCt. *subsidiair* veroordeeld, 15 376 mannen en 967 vrouwen, en 19,2 pCt. *niet* veroordeeld, 4 938 mannen en 227 vrouwen; 55 mannen en 7 vrouwen *gegijzeld* en 7 *disciplinair gestrafte* verlofgangers der Marine, schepeelingen enz.

In deze opgave van *nieuw* opgenomenen komt, blijkens de inleiding, bewerkt door Mr. L. W. E. M. LASONDER, het, niet groote, aantal bedelaars en landloopers van het huis van bewaring te 's-Gravenhage tweemaal voor, n.l. eens onder de niet veroordeelden, als preventief gedetineerden en daarna nog eens onder de principaal veroordeelden, onder welke rubriek zij niet behooren. In het vervolg zullen dergelijke gevallen, waarin gevangenen binnen hezelfde gesticht van positie veranderen, in eene afzonderlijke kolom worden opgenomen.

In het verslagjaar werden de gestichten voor goed *verlaten* door 40 828 personen, van wie 34 579 mannen en 1 982 vrouwen wegens het eindigen van hunnen straftijd, gijzeling enz. en werden 759 mannen en 63 vrouwen als vreemdelingen over de grenzen gezet.

*Voorwaardelijk* werden in vrijheid gesteld 12 personen, wier invrijheidstelling niet behoefde herroepen te worden.

Dat van dit instituut geen ruim gebruik wordt gemaakt, blijkt wel uit de mededeeling in de Inleiding, dat het aantal gevangenen, die in verband met den duur van hun verblijf in de gevangenis voor deze vrijstelling in aanmerking kwamen, 128 bedroeg, zoodat dus 9 pCt. van hen werkelijk in vrijheid werden gesteld. Intusschen moet worden toegegeven, dat de keuze uit de daartoe in aanmerking komenden zeer oordeelkundig wordt gedaan, want van de gedurende de jaren 1900 tot en met 1909 in

voorwaardelijke vrijheid gestelden (90) behoefden er slechts twee weder geïnterneerd te worden.

*Aanwezig* waren in de verschillende gestichten op 31 December 1909 6 176 personen (niet medegerekend de tijdelijk afwezigen, die in een ziekenhuis of krankzinnigengesticht waren opgenomen) n.l. 5 987 mannen en 189 vrouwen, zijnde 461 mannen en 31 vrouwen *minder* dan op 31 December 1908.

De verhouding der gestichtsbevolking, waaronder de tijdelijk afwezigen medegeteld, tot de totale bevolking van het Rijk bedroeg 1,08 ‰, zijnde het kleinste cijfer sedert 1900, tegen 1,17 ‰ in 1908 en 1,29 ‰ in 1900. De meest ongunstige verhouding in het tijdvak 1900—1909 kwam voor in 1902 toen het 1,40 ‰ bedroeg.

Van de op 31 December 1909 werkelijk aanwezigen bevonden zich in de *bijzondere strafgevangenissen* 230 mannen en 11 vrouwen (2 mannen en 1 vrouw *minder* dan op 31 December 1908); in de gewone strafgevangenissen 1 961 mannen en 74 vrouwen (80 mannen *meer* en 12 vrouwen *minder*); in de huizen van bewaring 1 090 mannen (van wie 2 in gijzeling) en 37 vrouwen, (69 mannen *meer* en 1 vrouw *minder*); in de Rijkswerkinrichtingen 2 706 mannen en 67 vrouwen (608 mannen en 17 vrouwen *minder*).

Van de in de huizen van bewaring op voornoemden datum aanwezigen waren 676 mannen en 20 vrouwen *niet veroordeeld* en 411 mannen en 17 vrouwen *veroordeeld*.

Van het gedurende den loop van het jaar geheele aantal aanwezigen, 47 050, in de gestichten bevonden zich 31 pCt. in afzonderlijke en 69 pCt. in gemeenschappelijke opsluiting.

112 kinderen (32 *minder* dan in 1908) werden in de verschillende gestichten met hunne moeders opgenomen.

Het aantal verblijfdagen bedroeg 2 215 963 zijnde



70 889 minder dan in het jaar te voren, hetgeen uitkomt op respectievelijk 47 en 48 dagen per hoofd. Ook hier dus eene daling.

Als ongeschikt voor afzonderlijke opsluiting werden 173 gevangenen in gemeenschap geplaatst en 97 voor gemeenschappelijke opsluiting aangewezenen op hun verzoek in afzondering geplaatst.

*Gezondheidstoestand* (Staten IX en X). De grootere eenheid in de opgaven, waaromtrent overleg werd gepleegd met de geneesheeren, is thans wel verkregen, maar nog niet over het geheele jaar 1909. De zeer uitgebreide staat betreffende den aard der ziekten in verband met leeftijd der lijdens en duur der gevangenschap, welke in het vorige verslag als staat XIII voorkwam, is om deze laatste reden thans niet opgenomen.

Het aantal personen, dat onder behandeling moest worden genomen, bedroeg 3 715 of 7,9 pCt. van de totale bevolking der strafinrichtingen, tegen 7,7 pCt. in het voorafgaande jaar.

Er overleden, volgens de opgave in den staat IX, 76 mannen, van wie 59 in de Rijkswerkinrichtingen, en 5 vrouwen. In den staat I, houdende opgaven omtrent de beweging der bevolking, vindt men (kol. 28, 29) echter 83 mannen en 5 vrouwen als overleden. In de inleiding wordt in eene noot opheldering gegeven van de reden van dit verschil. Gevallen van voltooiden zelfmoord of plotselingen dood, waarin dus geen geneeskundige behandeling heeft plaats gehad, worden in staat IX niet vermeld. Daarentegen worden in laatstgenoemden staat in de kolom van overledenen wel opgenomen de gevallen van overlijden van personen, wier straftijd geëindigd was, maar die met machtiging van den Minister van Justitie wegens ernstige ziekte alsnog in het gesticht mochten blijven;

die gevallen zijn op staat I niet medegeteld (1). Van overledenen pleegden 5 personen zelfmoord; 4 personen deden poging tot zelfmoord.

Overgebracht naar een bijzonder ziekenhuis werden 37 mannen en 2 vrouwen en naar een krankzinnigen-gesticht 68 mannen en 9 vrouwen, van wie 36 mannen en 3 vrouwen uit de Rijkswerkinrichtingen. Slechts eenmaal wordt als vermoedelijke oorzaak der krankzinnigheid opgegeven het verblijf in de gevangenis (zeven maanden), tweemaal het gevangenisverblijf gepaard gaande met andere omstandigheden.

Bij samenvoeging van de opgaven omtrent de vermoedelijke oorzaken der krankzinnigheid over het tijdperk 1903—1909 blijkt het, dat bij ruim 26 pCt. het verblijf in de gevangenis de vermoedelijke oorzaak is.

Ziekte der spijsverteringsorganen komt het meest voor: 791 gevallen of 20,3 pCt. van alle ziektegevallen, tegen 17,2 pCt. in het vorig jaar. Er waren 140 tuberculose-lidders van wie 77, of 55 pCt. dezer categorie van zieken, in de Rijkswerkinrichtingen. Aan ziekten der ademhalingswerktuigen waren er 382 lidders of 9,8 pCt. tegen 11,5 in 1908. De lidders aan ziekten van de huid en het celweefsel maakten 17,3 pCt. uit (671) van alle zieken.

*Onderwijs* (Staat III). Van de 47 050 personen gedurende het jaar 1909 in de gestichten aanwezig geweest, werden er 3 855 *toegelaten* tot het onderwijs, 8,2 pCt.;

---

(1) Hieruit blijkt alweder, hoe voorzichtig men moet zijn bij het trekken van conclusies uit enkel statistieke cijfers. Zonder raadpleging van de inleiding zoude men het verschil in de opgaven niet kunnen begrijpen, daar het opschrift van de kolommen 35, 36, 37 «Overleden» in staat IX, «Gezondheidstoestand in de onderscheidene gestichten» niet zoude doen vermoeden, dat de plotseling overledenen daarin niet waren geteld.

*niet toegelaten*: 2,7 pCt. als zijnde genoegzaam onderwezen; 21,1 pCt. wegens gevorderden leeftijd, 59,5 pCt. wegens te kort verblijf. Het aantal gevangenen of verpleegden, die konden lezen en schrijven bij hunne opneming of bij het begin van het jaar, was 9,1 pCt., een gelijk percentage als in het vorige jaar.

Van de tot het onderwijs toegelatenen konden: *niet lezen* 269 of 7 pCt. (7,3 pCt. in 1908); *niet schrijven* 355 of 9,2 pCt. (10,2 pCt.); *niet rekenen* 1 090 of 28,3 pCt. (30,4 pCt.). Van hen, die het onderwijs hadden genoten, konden bij hun ontslag of aan het einde des jaars: *niet lezen* 97; *gebrekkig* 965; *goed* 2 793; *niet schrijven* 122; *gebrekkig* 1 383; *goed* 2 350; *niet rekenen* 378; *gebrekkig* 1 801 en *goed* 1 676.

Aan 230 personen werd meer uitgebreid of vakonderwijs verstrekt tegen 170 in 1908. Van hen waren er 217 in de gewone strafgevangnissen en 9 vrouwen in de Rijkswerkinrichting te Leiden.

Het aantal boeken bedroeg 36 668 waarvan door bijna 80 pCt. der totale bevolking werd gebruik gemaakt.

*Gedrag* (Staat IV). Disciplinair werden gestraft in de gezamenlijke strafinrichtingen 1 864 personen, terwijl 2 657 vergrijpen gepleegd werden.

Van de in cellen geplaatsten (14 496) werden er 1 085 of 7,5 pCt. gestraft; van de in gemeenschap geplaatsten (32 571) 779 of 2,4 pCt.

Tot eerstgenoemde categorie behoorden 238 mannen en 2 vrouwen tot de *onveroordeelden* en 826 mannen en 19 vrouwen tot de *veroordeelden*. Van de gestraften onder de in gemeenschap geplaatsten waren 33 mannen *onveroordeeld* en 735 mannen en 11 vrouwen *veroordeeld*.

Over het algemeen moeten de cellulair opgeslotenen het meest gestraft worden, voornamelijk wegens pogingen

tot verboden verstandhouding. Dit vergrijp maakte dan ook meer dan de helft uit van alle in de gewone strafgevangenen begane. In het geheel kwam het 866 maal voor, waarvan 740 maal in de gewone strafgevangenen. Vernieling of beschadiging kwam 296 maal voor (8 maal in de Rijkswerkinrichtingen); verstoring der orde 181 maal in de gevangenen, 72 maal in de huizen van bewaring en 15 maal in de Rijkswerkinrichtingen (9 maal in Hoorn); gewelddadigheid 70 maal (58 maal in de werkinrichtingen); insubordinatie 200 maal, waarvan 53 maal in de werkinrichtingen voor mannen.

Uit de strafgevangenis wist één persoon te ontsnappen en één uit het krankzinnigengesticht te Zutphen, waarheen hij uit dat te Medemblik was overgebracht; van hen werd één teruggebracht. Uit de Rijkswerkinrichting te Veenhuizen ontvluchtten 211, van wie bijna allen weder werden teruggebracht.

Uit Veenhuizen werden 4 personen veroordeeld, wegens in het gesticht gepleegde strafbare feiten, namelijk drie wegens brandstichting en een wegens diefstal.

Als straf werd in de huizen van bewaring 5 maal opsluiting in eene gewone cel en 78 maal in eene gewone strafcel toegepast, in de werkinrichtingen respectievelijk 615 maal en 67 maal. In de gewone strafgevangenen werden 120 personen gestraft met plaatsing in eene gewone strafcel en 1 met plaatsing in eene volstrekt donkere strafcel.

Water en broodstraf vond 1 284 maal toepassing, waarvan slechts 182 maal in de werkinrichtingen; 23 mannen werden uit Veenhuizen naar Hoorn overgeplaatst.

De lijfstraf werd in de bijzondere strafgevangenis te Leeuwarden niet opgelegd.

*Arbeid* (Staten V, VI, VII). Het aantal *verplichte* werkdagen (Staat VII, kol. 1—7) bedroeg 1 889 210,5 zijnde

30 154 *minder* dan in het vorige jaar; het aantal der *feitelijke* 1 749 511,5 zijnde 28 084,5 *minder* dan in 1908.

Het percentage van de dagen, waarop in de gezamenlijke gestichten niet gewerkt kon worden wegens ziekte of lichaamsgebreken, was 3,1 en wegens gebrek aan werk 0,3.

Het komt ook wel voor, dat de aard van het te verrichten werk niet toelaat het op te dragen aan hen, die slechts gedurende zeer korten tijd in het gesticht vertoeven. Gebrek aan arbeid is dan niet de eigenlijke reden van het niet-werken.

Van de arbeidsdagen werd er 80,4 pCt. werk gedaan voor het Rijk tegen 77,9 in 1908 en 71,1 in 1900 en 19,6 pCt. voor particulieren tegen 22,1 pCt. het vorige jaar en 28,8 in 1900.

*Arbeidslooien* (Staat VIII). Aan arbeidslooien werd in in de gezamenlijke gestichten verdiend eene som van 218 948,13 gulden, wat een gemiddeld loon van 13 centen per arbeidsdag uitmaakt, zijnde één cent hooger dan in de perioden 1900—1904 en 1906—1908, en een halve cent hooger dan in 1905.

Het gemiddelde loon per arbeidsdag bedroeg voor de bijzondere strafgevangenen 16 centen, evenals in 1906—1908; voor de gewone strafgevangenen 12 centen; voor de huizen van bewaring 8 centen evenals in de twee voorafgaande jaren; voor de kleine huizen van bewaring 4 centen tegen 5 in 1908 en 6 in 1907; voor de werk-inrichtingen 14 centen tegen 13 in 1906—1908.

Van het verdiende loon werd een bedrag van 79 364,38 gulden als uitgaanskas bewaard. Voor zakgeld werd bestemd 139 583,75 gulden.

*Gijzeling* (Staat XI). In gijzeling wegens schulden werden *opgenomen* 55 mannen en 7 vrouwen en *ontslagen*

54 mannen en 7 vrouwen. Op 1 Januari 1909 bevonden zich bovendien reeds in gijzeling 3 personen, terwijl er op 31 December van dat jaar nog 4 personen in gijzeling waren.

Van de in gijzeling opgenomenen werden 5 reeds op den dag zelven hunner opneming en 6 op den daaropvolgenden dag ontslagen. De langste duur der gijzeling was van 31 dagen tot 3 maanden, welke zich tot 4 personen uitstreckte; voor de meesten, 22, uitmakende 36,1 pCt, van het totaal der gegijzelden, bedroeg de duur 2 tot 5 dagen.

Ten opzichte van 16 personen was faillissement de reden van ontslag; van 19 de geheele betaling of de inbewaargeving van het verschuldigde.

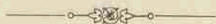
In 12 gevallen geschiedde de gijzeling om eene som beneden vijftig gulden; in de meeste gevallen (23) eene som van honderd tot tweehonderd gulden; in 2 gevallen eene som van vijf tot tienduizend gulden.

*Kosten.* Eene globale opgave van de uitgaven voor de gevangenen en de Rijkswerkinrichtingen, welke aan het slot van de Inleiding gevonden wordt, ontbreekt ditmaal. De mededeeling wordt gedaan, dat de gewoonlijk gepubliceerde gegevens, wat het jaar 1908 betreft, in den volgenden jaargang tegelijk met die over 1909 zullen worden opgenomen.

---

100  
100

# THEMIS



## LXXIIste deel — DERDE STUK

### Opmerkingen over administratieve rechtspraak.

(Vervolg van blz. 79, LXXIIste deel, 1<sup>e</sup> stuk.)

#### II.

Mr. J. A. VAN HAMEL heeft Prof. STRUYCKEN op de Juristenvergadering van 1908 geïnspireerd. Heeft Mr. G. A. VAN HAMEL hem misschien de inspiratie voor zijn brochure (1) bezorgd?

In eenige geestdriftvolle woorden heeft deze oud-hoogleeraar in het strafrecht de brochure van zijn vroegeren collega in de vergadering der Tweede Kamer van 9 December 1910 in de aandacht van den Minister van Justitie aanbevolen en hem zelfs verzocht, alvorens verder het ontwerp van het Wetboek van administratieve rechtsvordering in de Kamer te doen behandelen, haar in de gelegenheid te stellen allereerst principieel een keuze te doen tusschen het stelsel van het ontwerp en dat van Prof. STRUYCKEN.

Ook de heer VAN DOORN verklaarde zich in dezelfde vergadering der Tweede Kamer met de verschijning van

(1) Mr. A. A. H. STRUYCKEN, *Administratie of rechter* (1910).

*Themis*, LXXIIe dl. (1911) 3e st.



het geschrift van den Amsterdamschen hoogleeraar zeer ingenomen, hoewel uit zijn rede eigenlijk bleek dat, wat deze afgevaardigde ter sprake bracht, met het *beginsel* der administratieve rechtspraak en dus met het door hem geprezen geschrift, niets te maken heeft.

Gelukkig dat tegenover deze sprekers de heeren LIMBURG, VAN IDSINGA en SMIDT een nuchter woord in het midden brachten, en dat ook de Minister van Justitie zelf verklaarde in de door hem voorgenomen behandeling der aanhangige wetsontwerpen geen verandering te willen brengen.

Het is te hopen, dat de Minister ook verder zich aan het enthousiasme van den heer VAN HAMEL zal weten te onttrekken en het zijne zal doen om een spoedige verwezenlijking te bevorderen van wat vormt de *grondgedachte* van het ontwerp-LOEFF, een gedachte die, steunende op de reeds lang hier en elders gevestigde overtuiging dat zij is de logische consequentie en noodzakelijke aanvulling van de heerschappij van het recht ook in het staatsbedrijf, moet blijken bestand te zijn tegen de bekoring, die een oogenblik kan uitgaan van een goed geschreven maar wetenschappelijk onbetrouwbare brochure, en tegen den indruk beoogd met een enkele Kamerrrede of een vluchtig dagbladartikel.

Hoe Prof. STRUYCKEN zijn hoorders en lezers heeft ingelicht omtrent buitenlandsche wetgeving en jurisprudentie op het stuk van administratieve rechtspraak, heb ik getracht in mijn vorig artikel aan te toonen. Indien ik omtrent die wijze van voorlichting eenigszins onomwonden mijne meening gezegd heb en ook verder zeggen zal, dan wijte men dit aan het belang van de zaak, waarom het gaat, en aan de verbazing, die het wekken moet bij iemand, die buitenlandsche wetgeving en jurisprudentie

eenigszins nauwkeurig beschouwd heeft, wanneer van wetenschappelijke zijde in eenige vluchtige regelen kortweg een voorstelling daarvan gegeven wordt, die met de werkelijkheid lijnrecht in strijd is, en die het groote gevaar oplevert van bij de groote menigte, ook onder de juristen, die geen andere contrôle heeft dan het gezag van den schrijver, geloof te vinden (1).

Intusschen heeft na de verschijning van mijn vorig artikel het buitenland nog nieuw materiaal bijgebracht om te bewijzen, hoe onjuist de voorstelling is, die Prof. STRUYCKEN daaromtrent ingang heeft willen doen vinden, en het is de moeite waard om, alvorens verder te gaan, ook daarop nog met een enkel woord te wijzen.

Ik wil dit echter niet doen zonder vooraf in het kort een schijnbare leemte in mijn vorig artikel te hebben aangevuld. De geachte recensent van mijn artikel in het

---

(1) Zelfs een zoo kundig en zelfstandig man als Mr. C. A. J. HARTZFELD spreekt tot mijn verwondering in zijne overigens zeer lezenswaardige recensie van Prof. STRUYCKEN'S brochure in *Rechtsgel. Magaz.* 1911, blz. 205 nog van «gekunstelde redeneeringen zooals die, gevolgd door de Fransche jurisprudentie, die in menig geval onbehoorlijke gezagsuitoefening als onwettig weet te qualificeeren, op den grond dat de wet niet geacht kan worden gezag te hebben opgedragen opdat er onbehoorlijk gebruik van zou worden gemaakt», en meent dat ik ten onrechte deze redeneering in bescherming neem. Ik heb echter deze redeneering niet in bescherming genomen om de eenvoudige reden dat zij niet de redeneering van de Fransche jurisprudentie is. Zij is de redeneering van Prof. STRUYCKEN, zooals hij die de Fransche jurisprudentie toedicht. De werkelijke jurisprudentie, zooals die uit de door mij uitvoerig weergegeven arresten luce clarius blijkt, is «dat de wet geen gezag heeft gegeven voor doeleinden, waarvoor de wet niet geschreven is, en dat dus een handeling die uit de *processtukken* blijkt met zoodanig doel verricht te zijn, *onwettig* is». Zie nadere jurisprudentie op blz. 388 noot 4.

*Weekbl. v. h. Recht* van 7 April l.l. (n<sup>o</sup>. 9132) wijst er op, dat ik bij de bespreking van buitenlandsche wetgevingen die van *Engeland* en *Italië*, waarop Prof. STRUYCKEN zich voor zijne stelling insgelijks beroept, heb overgeslagen. Het zou den schijn kunnen hebben, dat ik althans voor die beide wetgevingen in gebreke ben gebleven het bewijs te leveren van de juistheid van hetgeen ik beweet. Dit is intusschen het geval niet.

Ik heb over *Engeland* niet gesproken, omdat de ontwikkeling der rechtsinstellingen in het algemeen, en in het bijzonder die van de administratieve rechtspraak, daar te lande een zóó specifiek nationaal karakter draagt, dat, behalve uit wetenschappelijk oogpunt, eene vergelijking daarmee voor ons land geacht kon worden weinig waarde te hebben, — een omstandigheid, die ook den samensteller van het overigens zoo volledig „Overzicht van buitenlandsche wetgevingen in zake de administratieve rechtspraak”, dat bij brief van den Minister van Justitie van 5 Februari 1906 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, er toe leidde de Engelsche wetgeving in dat overzicht niet op te nemen. En ik zou op dit oogenblik nog minder reden hebben dan toen om over Engeland te spreken, nu intusschen iemand, beter kenner in elk opzicht dan ik van Engelsche rechtstoestanden, de heer VAN IDSINGA, bij de begrootingsdebatten in de Tweede Kamer op 9 December 1910 (*Handel*. 1910/11 blz. 863—864) reeds met een enkel woord kritiek heeft uitgeoefend op de appreciatie van de Engelsche wetgeving op dit punt in Prof. STRUYCKEN's brochure, een kritiek die, daaraan twijfel ik niet, nog heel wat scherper zal uitvallen, wanneer genoemde afgevaardigde van deze brochure, die hij zeide op dat oogenblik nog slechts gelezen, niet bestudeerd te hebben, nader zal hebben kennis genomen.

Nu echter eenmaal deze opmerking naar aanleiding van mijn overzicht gemaakt is, en nu ook intusschen *Italië* met een enkel woord door Prof. STRUYCKEN in zijn brochure is aangeroerd, schijnt het mij toch niet zonder belang, ook naar aanleiding van de wetgeving dezer beide staten een korte opmerking te maken.

Wat nu in de eerste plaats *Engeland* betreft, hiervan zegt Prof. STRUYCKEN op blz. 53 zijner verhandeling (1): „steeds meer wordt in Engeland de contrôle over de administratie tot eene interne aangelegenheid der administratie gemaakt en aan den rechter onttrokken; vooral de County-Councils en de Local Government Board treden hierbij op de eerste plaats”.

Ik geloof dat deze uitspraak in hare algemeenheid onjuist is; dat daarentegen de van ouds in Engeland geldende regel, dat iedere handeling der administratie met betrekking tot hare wettigheid staat onder de contrôle van den gewonen rechter, ook in de nieuwere wetgeving onverzwakt gehandhaafd blijft; dat, indien deze rechterlijke contrôle in de praktijk minder uitwerkt, dit te wijten is aan feitelijke en praktische oorzaken, die het beginsel niet aantasten; dat door mannen van gezag (reeds de heer VAN IDSINGA wees hierop in zijne aangehaalde Kamerrede) deze verzwakking in de praktijk der rechterlijke contrôle betreurd wordt; dat dan ook een land, dat zijn administratieve rechtspraak nog regelen moet, de oorzaken dier verzwakking kan vermijden; en dat in elk geval de administratieve contrôle, die aldus de rechterlijke contrôle in de praktijk *facto* is komen ondermijnen, weinig beantwoordt aan het ideaal,

---

(1) Waar nu verder Prof. STRUYCKEN wordt aangehaald, wordt bedoeld de hierboven genoemde brochure «*Administratie of rechters*» (1910).

door Prof. STRUYCKEN op blz. 100 voor eene regeling der administratieve rechtspraak gekoesterd.

Om met het laatste te beginnen, wat is in werkelijkheid de samenstelling van den Local Government Board, in wiens handen als hoogst administratief orgaan, naar de nieuwere wetgeving, het oppertoezicht berust over vier voornamelijk takken van overheidszorg: het armwezen, de bouwpolitie, de openbare gezondheid en de locale financiën?

Hoewel volgens de wet, die den Local Government Board instelde, een reeks ministers als college (Board) daarin zitting zouden hebben, heeft dit college nimmer gefungeerd. De ministers, die met de overige werkzaamheden van hun departement en hun optreden in het parlement overladen zijn, missen daartoe den noodigen tijd. Derhalve is deze z. g. Board in werkelijkheid niet collegiaal maar bureaucratisch samengesteld. Aan het hoofd staat een president, die zitting heeft in het kabinet, maar die slechts bij gewichtige administratieve functiën optreedt, in het bijzonder slechts algemeene administratieve voorschriften (z.g. general orders) onderteekent, waarbij de mede-onderteekening van den permanenten secretaris noodig is. Voor het overige heeft de president op grond van wettelijke machtiging krachtens general order aan den permanenten secretaris en de assistent-secretarissen opgedragen, hem in bepaalde aan gelegenheden te vertegenwoordigen, zoodat in werkelijkheid de z.g. „Board” neerkomt op verschillende (ten getale van vijf) ministerieele bureaux, aan het hoofd van elk waarvan staat een z.g. assistent-secretaris, die voor zijne werkzaamheden verantwoordelijk is aan den permanenten secretaris. In dezen laatste concentreert zich de werkzaamheid van den president met betrekking tot de taak aan den Local Government Board opgedragen.

Hij is voor zijn verrichtingen verantwoordelijk aan den president, en deze laatste aan het parlement (1). Onder de vijf assistent-secretarissen, chefs der afdeelingen van den Local Government Board, ressorteert dan verder een staf van ambtenaren, bestaande uit general inspectors, gewone inspecteurs, clerks, district auditors, ingenieurs, artsen enz., waarvan wel de voornaamste zijn de genoemde inspecteurs, omdat zij de eigenlijke spil zijn, waarom de geheele werkzaamheid van den Local Government Board draait. Zij wonen als gedelegeerden van de centrale administratie geregeld de zittingen bij van de plaatselijke armenraden (boards of guardians) en nemen aan de beraadslagingen daarin deel; door hen wordt de centrale macht op de hoogte gehouden omtrent de uitvoering van de verschillende wetten door de plaatselijke organen, en omtrent den stand der administratie in het algemeen; zij zijn het, die voor den Local Government Board alle ambtelijke onderzoekingen instellen, aan de plaatselijke ambtenaren en organen de noodige inlichtingen verschaffen, van deze de overlegging van boeken en papieren vorderen, en bovendien ieder onder eede als getuige kunnen hooren (2).

Deze instelling nu, aan welke in den ruimsten omvang de zorg voor de naleving der hierboven genoemde wetten is opgedragen, en die bekend staat onder den naam van Local Government Board, is in werkelijkheid niets anders dan een ministerieel departement, dat onder de opperste leiding van zijn aan het parlement verantwoordelijken chef met behulp van een staf van regeeringsambtenaren zijn administratieve werkzaamheid uitoefent.

Er is veel op publiekrechtelijk gebied, dat in Engeland

---

(1) HATSCHKEK, *Englisches Staatsrecht* (1906), II blz. 646—647.

(2) REDLICH, *Englische Lokalverwaltung* (1901), blz. 617 enz.

— dank zij bijzondere locale oorzaken — gelukt is, en dat, naar elders overgebracht, mislukken zou, maar zoo-veel is in elk geval zeker, dat deze zuiver bureaucratische inrichting, die den naam draagt van Local Government Board, bezwaarlijk kan beantwoorden aan den eisch, door Prof. STRUYCKEN zelf op blz 100 omschreven — ik kan het moeilijk korter en duidelijker zeggen dan met de woorden van den schrijver zelf — als die „eener behoorlijke administratie, door de bevolking zelve toevertrouwd aan organen, zich bewust van hun plicht, en door samenstelling en werkwijze daarvoor berekend, den arbeid der gemeenschap slechts onder behoorlijke waardeering der bijzondere belangen te verrichten, in de overtuiging, dat de idee van het gemeenschapsleven, en daarmede het belang der gemeenschap zelve, die waardeering vordert”.

De werkring, die voor de richtige naleving der aan zijne zorg toevertrouwde wetten — voornamelijk, gelijk gezegd is, die betreffende armbestuur, openbare gezondheid, bouwpolitie en locale financiën — aan den Local Government Board is opgedragen, is een zeer uitgebreide en zeer gewichtige. Hij omvat het recht van onderzoek naar den stand van zaken bij de locale administratieve organen en de verplichting van deze laatste tot het geven van de verlangde inlichtingen; een zeer ruime bevoegdheid tot het geven van algemeene verordeningen voor de locale organen ter verzekering van de naleving der wetten, met wier toepassing zij belast zijn; een doorlopende contrôle over het financieel beheer der verschillende aan zijn toezicht onderworpen bestuursorganen, bestaande in het afnemen van rekening en verantwoording, het goedkeuren van geldleeningen enz. En het omvat ook de beslissing van geschillen in bepaalde door de wet genoemde gevallen, over hare toepassing oprijzende.

Maar bij dit laatste behoort — en dit zal ook de Engelsche

wetgeving, naar ik hoop, weder onder een ander licht brengen dan Prof. STRUYCKEN daarop vallen laat — tweeërlei in het oog te worden gehouden.

Het is vooreerst dit, dat, hoe gewichtig ook het gebied zij, waarover de werkzaamheid van den Local Government Board zich uitstrekt, de hier bedoelde geschillen betrekkelijk eng begrensd zijn, omdat de meeste dier geschillen zoodanige zijn, die oprijzen tusschen administratieve organen onderling maar de *verhouding tusschen de individuen en de administratie niet raken*. Er zijn, zeker, ook geschillen van de laatste soort, die tot de competentie van den Local Government Board behooren, maar deze vormen een kleine minderheid. Tot de voornaamste geschillen, die de Local Government Board zich aantrekt, behooren b.v. die over de bijdragen, die elk district afzonderlijk in de kosten van armenzorg, van openbare gezondheid enz. te dragen heeft, over het verzet tegen de opheffing (disallowance) door de district auditors van door de locale administratieve lichamen onwettig gedane uitgaven enz. (1). Gewichtig is ook deze functie van den Local Government Board zeker, maar hoofdzakelijk raakt zij toch alleen de verhouding van de „local bodies” onderling en van deze tot de hen controleerende organen. De talloze punten van aanraking, die op het groote gebied der administratie tusschen individu en overheid tot rechtsgeschillen aanleiding kunnen geven, vallen echter, behoudens enkele uitzonderingen, buiten dezen werkring van den Local Government Board. Prof.

---

(1) Het is dan ook voornamelijk alleen bij *deze* soort van geschillen tusschen administratieve organen onderling, dat de door Prof. STRUYCKEN met zooveel nadruk naar voren gebrachte bevoegdheid van den Local Government Board uitkomt om onwettig gedane uitgaven op administratieve gronden te handhaven.



STRUYCKEN laat (blz. 31—34, en 52—54) dit punt zeer onvoldoende uitkomen.

En in de tweede plaats behoort wel dit in het oog te worden gehouden, dat, wat er ook op administratief gebied in den loop der 19<sup>e</sup> eeuw in Engeland veranderd is, het oude beginsel dat tegen elk administratief onrecht een middel open staat bij den gewonen rechter, tot op heden *onverzwakt gehandhaafd is*.

Dit is allereerst waar voor het groote gebied, dat, gelijk zoeven betoogd werd, buiten de bemoeiingen van den Local Government Board valt. Met de verschillende *writs* (die „of habeas corpus”, zoo dikwijls in welk opzicht ook, de individueele vrijheid wordt aangetast; die „of mandamus”, wanneer de administratieve organen in de vervulling hunner wettelijke verplichtingen nalatig zijn; die „of certiorari”, waardoor met name de beslissingen van den lageren rechter of van de lagere bestuursorganen voor een nieuw onderzoek van de rechtsvraag voor het hoogste gerechtshof getrokken kunnen worden) oefent de High Court een algemeene rechterlijke contrôle over alle handelingen der administratie uit. Een zeer belangrijke uitbreiding onderging deze contrôle nog in den loop der 19<sup>e</sup> eeuw door den z.g. „*stating of special case*”, waarmee aan ieder, die zich door een politierechtelijke beschikking bezwaard acht, het middel toekomt die beschikking op grond harer onwettigheid voor den High Court aan te vallen. Met dit middel, ingesteld bij een wet van 1858 en nog uitgebreid in de jaren 1879 en 1880, is inderdaad een *algemeene rechtscontrôle* over elke handeling en elke beschikking van politierechtelijken aard in het leven geroepen, die veel gelijkt op die, welke naar het Pruisische recht bij § 127, al. 2 van het Allgem. Landesverwalt.Ges. (zie boven blz. 16 env.) aan het Oberverwaltungsgericht is toegekend.

De bedoelde wet van 1858, waarbij dit middel werd ingesteld, luidt in S. 33 (1): „Any person aggrieved who desires to question a conviction, order determination, or other proceeding of a court of Summary jurisdiction, (2) on the ground that it is erroneous in point of law, or is in excess of jurisdiction, may apply to the Court to state a case setting forth the facts of the case, and the grounds on which the proceeding is questioned, and if the Court decline to state the case, may apply to the High Court of Justice for an order requiring the case to be stated”.

Blijkt hieruit dat buiten het betrekkelijk enge gebied, waarop de Local Government Board zijn toezicht op de lagere bestuursorganen uitoefent, de contrôle van den rechter over de handelingen van de administratie, en daarmee de bescherming van het individu tegen die handelingen, onverzwakt gehandhaafd blijft, het is een dwaling te meenen, dat ook op dat gebied zelf, waarover de werkkring van den Local Government Board zich uitstrekt, iets van het oude beginsel dier rechterlijke contrôle is op zij gezet.

*Naast* en in concurrentie met het appèl op den Local Government Board blijft de gewone weg met de gewone rechtsmiddelen bij den rechter (Quarter Sessions en High Court) tegen de bestreden handeling of beschikking voor de betrokken organen openstaan; wat meer is, *boven* de beslissing van den Local Government Board blijft die weg openstaan, omdat van elke zoodanige beslissing binnen een korten termijn regres op den High Court is toegelaten (3). Er zijn op dit laatste ook uitzonderingen

(1) REDLICH o. c. blz. 612.

(2) Naar de Engelsche rechtsterminologie valt hieronder het geheele gebied van politierechtelijke werkzaamheid der vrederechters.

(3) REDLICH o. c. blz. 642.

maar deze uitzonderingen — zoo min als het feit, dat de Local Government Board in afwijking van den regel, in enkele gevallen ook geschillen tusschen particulieren en de administratie, en niet uitsluitend geschillen tusschen administratieve organen onderling beslist — doen niet te kort aan het beginsel, dat de nieuwere wetgeving van het oude standpunt, dat ieder, die zich door een handeling der overheid, op welk gebied ook, in zijn rechten gekrenkt acht, de middelen bezit om daartegen bij den rechter op te komen, *geen haarbreed is afgeweken* (1).

De meest gezaghebbende schrijvers en beste kenners van het Engelsche administratieve recht uit den lateren tijd laten niet na hierop, nog eens en weer eens, den na-

---

(1) Het is de fout van Prof. STRUYCKEN, dat hij de enkele *uitzonderingen*, voor zoover zij er zijn, op dezen regel zijnen lezers voorstelt als den normalen toestand in de Engelsche wetgeving. Reeds de heer VAN IDSINGA zeide hiervan in zijne aangehaalde Kamerrede van 9 December 1910 (Hand. 1910/11, blz. 864): «In de eerste plaats bewijst dit, dat het bestaan van een administratieve rechtspraak, een rechtspraak voor zulke geschillen, volstrekt niet vanzelf medebrengt, dat de wetgever niet in sommige bepaalde quaesties de eindbeslissing zou kunnen onttrekken aan de bestaande administratieve rechtspraak, aan elke rechterlijke contrôle, door uitdrukkelijk in een bepaalde wet ten aanzien van die bepaalde quaesties de eindbeslissing op te dragen aan de administratie die in die zaken optreedt. Dat het tegendeel zou voortvloeien uit het bestaan der administratieve rechtspraak, is nooit beweerd en kan ook niet beweerd worden. Zulk een uitzondering kan zeer goed daarmede samengaan».

Daar komt nog bij dat, naar de woorden van REDLICH, o. c. blz. 731, noot «selbst diese sozusagen kryptogamen Bildungen einer administrativen Rechtsprechung vielen Juristen und Staatsmännern Englands so bedenklich erscheinen, dass sie bestrebt sind, ein weiteres Fortschreiten auf dieser Bahn zu verhindern». Kenteekenend in dit opzicht is de bepaling van den Private Streets Works Act 1892, die de beslissing van geschillen over de verdeeling van kosten voor nieuw aangelegde straten onder de aanliggende eigenaars, van den tot nu toe competenten Loc. Gov. Board op den gewonen rechter heeft overgebracht.

druk te leggen en te waarschuwen voor de dwaling, waarin Prof. STRUYCKEN vervallen is of zijne lezers laat vervallen.

„Has *droit administratif*”, vraagt DICEY (1), en hij verstaat daaronder het Fransche stelsel, dat de contrôle over de administratie onttrekt aan den gewonen rechter en overbrengt op de administratie zelve of van haar min of meer afhankelijke colleges, „has *droit administratif* been of recent years introduced in any sense into the law of England?

This is an inquiry which has been raised by writers of eminence, and which has caused some perplexity. We may give thereto a short and decided reply.

The powers of the English Government have, during the last sixty years or so, been largely increased; the State has undertaken many new functions, such, for example, as the regulation of labour under the Factory Acts. Nor is the importance of this extension of the activity of the State lessened by the consideration that its powers are in many cases exercised by local bodies, such, for example, as County Councils. But though the

(1) *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 6<sup>e</sup> ed. (1904) blz. 488 en 489.

Over dezen schrijver is Prof. STRUYCKEN niet best te spreken. Waarom? Omdat hij «min of meer tendentius, hoewel in den treure handelende over de «rule of the law», met geen woord rept over de moderne ontwikkeling van het Engelsche administratieve recht, die van dit beginsel steeds meer afwijkt» (blz. 34, noot 2). Nu is dit vooreerst niet waar, gelijk blijkt uit de plaats, die hierboven is afgedrukt. Maar, indien dit zoo was, zou dit dan niet juist bewijzen, dat DICEY in de moderne ontwikkeling van het Engelsche administratieve recht niet ziet een aantasting van het beginsel der rechterlijke contrôle over de administratie? Een zoo gewichtig verschijnsel kan toch den Oxfordschen geleerde in zijn eigen land moeilijk ontgaan zijn, en «tendentieuze» behandeling van een wetenschappelijk onderwerp is, dit zal Prof. STRUYCKEN zelf toch ook moeten toegeven, niet wel aan te nemen.

powers conferred on persons or bodies who directly or indirectly represent the State have been greatly increased in many directions, there has been no intentional introduction into the law of England of the essential principles of *droit administratif*. Any official who exceeds the authority given him by the law incurs the common law responsibility for his wrongful act; he is amenable to the authority of the ordinary Courts, and the ordinary Courts have themselves jurisdiction to determine what is the extent of his legal power, and whether the orders under which he has acted were legal and valid. Hence the Courts do in effect limit and interfere with the action of the „administration”, using that word in its widest sense. The London School Board, for example, has claimed and exercised the right to tax the rate-payers for the support of a kind of education superior to the elementary teaching generally provided by School Boards; the High Court of Justice has decided that such right does not exist. A year or two ago some officials, acting under the distinct orders of the Lords of the Admiralty, occupied some land alleged to belong to the Crown; the title of the Crown being disputed, a court of law gave judgment against the officials as wrongdoers. In each of these cases nice and disputable points of law were raised, but no English lawyer, whatever his opinion of the judgments given by the Court, has ever doubted that the High Court had jurisdiction to determine what were the rights of the School Board or of the Crown.

*Droit administratif*, therefore, has obtained no foothold in England, but, as has been pointed out by some foreign critics, recent legislation has *occasionally* (1), and for *particular purposes* (1) given to officials *something like* (1) judicial authority. It is possible in such instances, which

(1) Ik cursiveer.

are rare, to see a slight approximation to *droit administratif*, but the innovations, such as they are, have been suggested merely by considerations of *practical convenience*(1), and do not betray *the least intention on the part of English statesmen to modify the essential principles of English law* (1). There exists in England no real *droit administratif*".

In het reeds eerder geciteerde standaardwerk van REDLICH „*Englische Lokalverwaltung*” (1901), vrucht eener jarenlange op persoonlijke kennismaking steunende studie van de moderne administratieve instellingen van Engeland, wordt ook deze schrijver niet moede er telkens weer op te wijzen, dat die nieuwe ontwikkeling in geen enkel opzicht het beginsel van de rechterlijke contrôle op het gebied der administratie heeft aangetast.

Ik moet mij een enkel citaat van dezen boven allen deskundigen auteur veroorloven, waarbij de cursiveering van de meest sprekende plaatsen van mij afkomstig is.

Samenvattend de beteekenis, die in den door de wet van 1888 tot stand gebrachten overgang van bevoegdheden van de oude vrederechters op den nieuw ingestelden County Council gelegen is, zegt hij (blz. 473): „Diese Reform, sagten wir, unterscheidet „Administrative Business” von „Jurisdiction”, Verwaltung von Rechtsprechung, und überträgt erstere von den bisherigen richterlichen Inhabern an einen neuen repräsentativen Verwaltungskörper. Damit ist zuvörderst an den verfassungsmässigen Grundlagen der englischen Verwaltung, deren Linien wir soeben kurz skizziert haben, *nicht das Geringste geändert*. Nach wie vor bleibt die Rechtsprechung in den Händen der formell von der Krone ernannten Friedensrichter und des über ihnen stehenden obersten Gerichtshofes sowie der in diesem Jahrhundert neu geordneten Appel-

---

(1) Ik cursiveer.

lationsinstanzen; nach wie vor giebt es in England keine Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine Sonderart der Rechtsprechung, sondern die Feststellung rechtlicher durch Verwaltungsakte berührter Einzelinteressen bildet genau so wie der Schutz aller anderen rechtlichen Einzelinteressen die Aufgabe der ordentlichen Gerichte im ordentlichen Verfahren. *An allem dem ist nichts geändert worden.*"

Sprekend van de taak, aan den Local Government Board toekomend in zake geschillen op het gebied der armenwetgeving, zegt de schrijver (blz. 643): „*Man würde aber völlig fehlgehen, hier etwa von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit im festländischen Sinne zu reden. In allen den bisher angeführten Fällen ist die Jurisdiktion der Centralbehörde einzig und allein zur Förderung der praktischen Interessen der lokalen Verwaltungsorgane, in letzter Linie zu Gunsten der Steuerzahler eingeführt, denen das kostspielige und langwierige Verfahren nach gemeinen Rechte erspart werden soll. Theoretisch aber handelt es sich hier nur um eine sehr nützliche Ausdehnung des Schiedsgerichtsprincipes auf Streitigkeiten von öffentlichen Korporationen; irgend eine Einengung der Kompetenz der ordentlichen Gerichte oder gar die Schaffung eines Administrativrechtes und Administrativverfahrens als besonderer Kategorien des Rechtes ist damit nie und nimmer beabsichtigt.* Nach wie vor bleibt die englische Centralbehörde des Armenwesens fest eingefügt in den verfassungsmässigen Organismus des einheitlichen Rechtes sowohl aktiv als passiv. Aktiv insofern, als sie den Staatsbürgern und den durch die Wahl derselben gebildeten Organen immer nur als ein gleichberechtigtes Rechtssubjekt gegenüber steht, welches die ihm auf Grund von Parlamentsakten zustehenden Befugnisse resp. die ihm geschuldeten Leistungen und Handlungen mit der gewöhnlichen Aufforderungsklage des Mandamus einzuklagen hat; passiv aber insofern,

als die Armencentralbehörde bei Ausübung der besonderen, ihr zuerkannten administrativen Befugnisse dennoch der *Kontrolle der Gerichte in Bezug auf die Legalität ihrer Verordnungen*, wenn auch nur innerhalb einer kurzen Präklusivfrist, *ausnahmslos unterworfen ist*'.

Dezelfde opmerking vindt men op blz. 664 ten aanzien van de bevoegdheden van den Local Government Board in zake de beslissing van geschillen op het gebied van de Public Health Act van 1875, welke opmerking de schrijver aldus besluit (blz. 665): „*Die dominierende Stellung des englischen Richters*, als des Hüters allen Rechtes im Lande gegenüber jeglichem Eingriffe, sei es dem eines privaten Staatsbürgers oder eines Trägers der öffentlichen Gewalt, wird durch diese rein praktische Zwecke verfolgende *Ausnahms-Judikatur der Centralbehörde* nie und nimmer beeinträchtigt”.

Ik kan ten slotte de verleiding niet weerstaan de aandacht van den lezer te vragen voor de volgende plaats, waarin op een der laatste bladzijden van zijn werk de geleerde schrijver de conclusie uit zijn diepgaande studie opmaakt. „Es giebt in England”, zegt hij (blz. 730) „theoretisch und praktisch genommen, keinen Akt der öffentlichen Gewalt, sei er gegen wen immer gerichtet oder von wem immer vollführt, gegen den nicht das ordentliche Gericht zur Feststellung der Legalität jenes Aktes angerufen werden könnte, den Träger der Krone ausgenommen; und es giebt keinen Akt der öffentlichen Gewalt, der nicht durch eine auf Illegalität lautende Entscheidung des ordentlichen Gerichtes eo ipso hinfällig und damit beseitigt würde. Ausnahmslos gilt für England der Satz, dasz jede Verfügung der öffentlichen Gewalt, ob es nun ein Haftbefehl, ein Steuermandat, eine Zollauf- lage oder ein polizeiliches Gebot ist, geradeso ein Vorkommnis des gemeinen Rechtes vorstellt, wie etwa ein



Zahlungsmandat aus einem Wechsel, eine Besitzstörung, die Führung eines Titels oder Namens u. s. w.; und dass in jedem dieser Fälle die Frage, was Rechtens sei, von den ordentlichen Gerichten des Landes innerhalb des gesetzlichen Aufbaues der gerichtlichen Instanzen übereinander zu entscheiden ist. Nach wie vor sind also Begriffe von „Verwaltungsrechtspflege“ als einer durch besondere Instanzen vorzunehmenden Prüfung der Legalität von Verwaltungsakten und von „Verwaltungsrechtssprechung“ als einer besonderen kontentiosen Jurisdiktion über subjektive Ansprüche aus öffentlichem Rechte dem englischen Rechtsleben völlig unverständliche sowie verfassungswidrige Begriffe. Der High Court of Justice und die seit der grossen Gerichtsreform von 1875 über ihm stehenden Tribunale, der Court of Appeal und das House of Lords in seiner jurisdiktionellen Funktion, sind in letzter Linie die einzigen Instanzen zur Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten, gleichviel ob eine der Parteien oder selbst beide Träger der öffentlichen Gewalt sind, gleichviel ob es sich um Ansprüche des „privaten“ oder „öffentlichen“ Rechtes handelt“.

Ik heb in deze plaats niets onderstreept, omdat ik anders alles had moeten onderstrepen, omdat in deze plaats elke zin, elk woord het beeld omverwerpt, dat Prof. STRUYCKEN in enkele bladzijden zijnen lezers van het karakter der administratieve rechtspraak in Engeland voorlegt, de uitspraak vernietigt, die hij op blz. 53 neerschrijft „steeds meer wordt in Engeland de contrôle over de administratie tot eene interne aangelegenheid der administratie gemaakt en aan den rechter onttrokken“ (1).

(1) Dat de weg naar den rechter in geschillen met de administratie in Engeland door de particulieren niet zoo dikwijls wordt ingeslagen, als men zou verwachten en als bijv. in de landen met afzonderlijke administratieve gerechtshoven zooals Pruisen het geval is,

Ik heb in mijn vorig artikel over *Italië* niet gesproken, omdat ook Prof. STRUYCKEN dit land op de Juristenvergadering van 1908 niet had aangeroerd. Ook thans geven mij echter de enkele regelen, door hem op blz. 29 zijner brochure aan Italië gewijd, geen aanleiding tot nieuwe opmerkingen. Men leest daar „De Raad van State in Rome tracht zooveel mogelijk het Fransche voorbeeld te volgen, en zijne rechtspraak te verheffen tot eene pretorische billijkheidscontrôle over de administratie”.

Ik ben zoo vrij naar aanleiding van deze korte uitspraak alleen dit op te merken, dat daar, gelijk ik meen te hebben aangetoond, het Fransche voorbeeld *nimmer* zich mengt in de *billijkheid* der administratie, maar zich bepaalt tot een onderzoek naar hare *wettigheid* in den omvang, vroeger door mij aangewezen, ook een verder bewijs dat Prof. STRUYCKEN hier dwaalt, gelijk hij in het Fransche voorbeeld deed, als overbodig mag worden beschouwd.

Inderdaad is de nieuwere Italiaansche wetgeving op dit punt een navolging van de Fransche, en de jurisprudentie schijnt op haar beurt, gelijk Prof. STRUYCKEN terecht opmerkt, daar te lande die van den Franschen Conseil d'Etat te volgen.

Het bij art. 24 der Italiaansche wet van 2 Juni 1889 aan de vierde afdeeling van den Raad van State opgedragen oordeel over beroepen tegen besluiten en voorzieningen eener administratieve autoriteit wegens „incom-

---

kan natuurlijk aan al het voorafgaande niet te kort doen. Het verschijnsel raakt niet het beginsel eener rechterlijke contrôle over de administratie, maar heeft zijn feitelijke oorzaak in de kostbaarheid en omslachtigheid van Engelsche rechtsgedingen. Landen, die hun administratieve rechtspraak nog moeten regelen, kunnen hierin een prikkel te meer zien om, bij de processueele regeling van het onderwerp, het administratief geding zoo min kostbaar en zoo eenvoudig mogelijk te maken.

petenza", „eccesso di potere" en „violazione di legge", is ontleend aan de hierboven (blz. 65) omschreven bepaling van art. 9 der Fransche wet van 24 Mei 1872, en evenals de Fransche jurisprudentie onder het „excès de pouvoir" van de wet haar „détournement de pouvoir" heeft weten te brengen, heeft ook de Italiaansche rechtspraak dit middel uit den „eccesso di potere" weten te distilleeren. Zoo min echter als in Frankrijk brengt in Italië de jurisprudentie onder dit middel een contrôle over de *behoorlijkheid* der administratieve handeling, maar bepaalt zij zich er toe om te onderzoeken of uit de *stukken van het geding* blijkt, of niet de administratie hare macht gebruikt heeft voor een doel, waarvoor haar de *wet die macht niet gegeven heeft* (1).

Duidelijk springt dit, ook voor de Italiaansche juris-

---

(1) Zie uitvoeriger de jurisprudentie van den Conseil d'Etat hierboven op blz. 74—78.

Een enkel sprekend voorbeeld, dat mij na dien tijd onder de oogen gekomen is, moge hier nog een plaats vinden.

Een arrêt van den *Cons. d'Et* van 15 April 1910 (Abbé SELLENET) vernietigt een besluit van den maire, waarbij aan de geestelijken verboden wordt begrafenisplechtigheden te leiden in de kleeding, die zij gewoon zijn in de uitoefening hunner bediening te dragen.

«*Considérant* . . . qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoirs contre un arrêté rendu par l'application de l'art. 97 de la loi du 5 avr. 1884, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas dans l'espèce *fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi*; . . . qu'il résulte de l'instruction que dans la commune de Saulieu aucun motif tiré de la nécessité du maintien de l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour interdire aux ministres des cultes ou à leurs auxiliaires d'assister aux convois funèbres «*revêtus des ornements ou vêtements qu'ils ont coutume de porter dans l'exercice de leur culte*» et que l'arrêté attaqué a été pris au contraire *pour donner*

prudentie, in het oog uit hetgeen mij omtrent dit punt Prof. UGO FORTI te Florence schrijft: „Il va sans dire”, zoo zegt hij, „que le recours de l'art. 24 ne peut être porté que contre des actes *illégaux* et jamais contre des actes, qui soient simplement *inopportuns*. Seulement on peut pousser l'examen de la légalité jusqu'aux dernières limites, qui le séparent de l'examen de l'opportunité: c'est ce qui arrive dans les recours portés pour excès

*satisfaction à un vœu du conseil municipal inspiré par des considérations étrangères au maintien de l'ordre; qu'ainsi il est entaché d'excès de pouvoirs; . . . »*

Een arrêt van den *Cons. d'Et.* van 29 April 1910 (MARIUS VALETTE) handhaaft een besluit van den prefect, waarbij de maire eener gemeente voor een maand in zijn ambt geschorst is. «*Considérant* qu'en suspendant pour faute dans l'exercice de ses fonctions le maire de la ville de Nîmes, le préfet du département du Gard n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 86 de la loi du 5 avr. 1884, modifié par la loi du 8 juill. 1908; que l'arrêté attaqué a été pris dans les formes prescrites par ledit article, et que l'appréciation des motifs sur lesquels il est fondé n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat statuant au Contentieux; . . . »

Een arrêt van den *Cons. d'Et.* van 29 Juli 1910 (*Commune de Saint-Gilles*) vernietigt wegens «excès de pouvoir» een beschikking van den prefect, waarbij ambtshalve een post op de gemeentebegroeting verhoogd is. «*Considérant qu'il résulte* de l'instruction et des pièces versées au dossier que si le crédit à inscrire aux chapitres additionnels du budget de 1908 de la commune de Saint-Gilles, pour frais d'assistance aux vieillards en 1907, a été porté par le préfet de la Manche de 55 fr. 54 à 265 fr. 54, c'est uniquement à raison du fait que cette commune n'aurait pas procédé au cours de ladite année à la location de son presbytère; que le supplément de crédit de 210 francs mis à la charge de la commune, dans ces conditions, ne pouvait constituer une dépense obligatoire provenant de l'application pure et simple des dispositions de la loi du 14 juill. 1905 et des barèmes y annexés; qu'il suit de là qu'en inscrivant d'office, aux chapitres additionnels du budget de 1908, ce crédit de 210 francs, et en supprimant ou en réduisant, à la suite de cette inscription nouvelle, divers autres crédits, le préfet de la Manche

(pour détournement) de pouvoir d. . . . In quelques cas où notre jurisprudence a reconnu la possibilité de l'annulation (les deux cas les plus importants ont été appelés : 1o. déguisement des faits; 2o. contradiction entre les faits, tels qu'ils résultent des documents et des motifs du décret). Dans tous ces cas le recours pour illégalité est poussé aussi loin qu'il est possible de le faire sans toucher effectivement au fond de l'affaire. Mais il reste toujours *un recours contre des actes illégaux*".

Ik meen, dat dit zoo duidelijk mogelijk is en dat ik hierop verder niet kan ingaan zonder in een herhaling te treden van hetgeen ik vroeger omtrent de Fransche jurisprudentie opmerkte.

Ik zei in het begin van deze bladzijden, dat na mijn vorig artikel nieuwe verschijnselen in het buitenland de onjuistheid der voorstelling van de toestanden aldaar door Prof. STRUYCKEN gegeven, zijn komen versterken.

Op denzelfden dag ongeveer, waarop Prof. STRUYCKEN

---

*a pris une décision pour des raisons étrangères à celles pour lesquelles il pouvait la prendre, par application des dispositions combinées des art. 145, 147 et 148 de la loi du 5 avr. 1884 . . . »*

Een arrêt van den *Cons. d'Et.* van 25 November 1910 (*Sieur DEMEULEMEESTER*) handhaaft een besluit van den maire, waarbij de adjunct-secretaris uit zijne bediening ontslagen is. «*Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur DEMEULEMANS a été révoqué de ses fonctions de secrétaire adjoint de la mairie d'Houplines pour des raisons de service et à la suite d'une rixe qui s'est produite le 30 Oct. 1907, entre lui et le sieur GAUQUIÉ, secrétaire de la mairie; que, dans ces conditions, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'arrêté attaqué ait été inspiré par des motifs étrangers au bon fonctionnement du service public, et à réclamer à raison du préjudice qui lui aurait été causé par cet arrêté, l'allocation de dommages-intérêts; . . . »*

zijnen lezers weet mede te deelen, dat in *België* „eene strooming ten gunste eener administratieve rechtspraak in het geheel niet bestaat” (blz. 64), komt in het *Journal des Tribunaux* van 27 November 1910 een hoofdartikel onder het opschrift „L'arbitraire administratif” voor, waarin, naar aanleiding van eene rede van den hoogleeraar ERRERA aan de Vrije Universiteit te Brussel, wordt gewezen op de steeds meer en meer gebleken noodzakelijkheid van de invoering eener zelfstandige administratieve rechtspraak daar te lande. „Tous ceux”, heet het, „qui en Belgique ne vivent point dans le passé, sont d'accord pour reconnaître la nécessité d'armer l'individu contre l'arbitraire du pouvoir administratif”. In het artikel wordt dan verder stilgestaan bij de vraag, of dit doel moet worden bereikt doordien, gelijk de hoogleeraar ERRERA bepleit had, de gewone rechter zijne bevoegdheid, om van geschillen over administratieve handelingen kennis te nemen, ruimer zou kunnen opvatten, dan wel, gelijk de redactie van het *Journal* meent, door de instelling eener afzonderlijke administratieve rechtspraak, maar, eindigt het blad „Quelque soit la complexité du problème, une solution prochaine s'impose. Si les querelles quotidiennes laissent à nos législateurs le loisir de faire oeuvre sage, ils se préoccuperaient d'apporter au mal un remède dont l'application ne semble plus pouvoir être différée”.

Op 1 Januari l.l. zijn tien jaren verloopensinds in *Saksen* de administratieve rechtspraak in werking getreden is. Naar aanleiding daarvan wijdt Dr. WACHLER te Dresden in de „Deutsche Juristen-Zeitung” van dien datum (blz. 65 env.) eenige regelen aan dat feit, om een blik te werpen op hetgeen tot nu toe met dit instituut verkregen is. Hij wijst vooral op de vruchtbare werking der „Anfechtungsklage”, het middel waarmee, naar men zich herinneren zal (zie boven blz. 38 volg.), elke administratieve beschikking van binnenlandsch bestuur op grond van

onwettigheid bij het Oberverwaltungsgericht in eersten aanleg kan worden aangevallen. Dat dit middel, als algemeene rechtsbescherming der individuen tegenover de overheid, werkelijk niet overbodig is ingevoerd, kan blijken uit het feit, dat het O.V.G. gedurende de jaren 1901 tot 1909 alleen hierop in 4483 gevallen uitspraak gedaan heeft, tegenover 676 gevallen van appèl van de vonnissen der Kreishauptmannschaften (zie boven blz. 37). „Das zunehmende Vertrauen des Publikums”, zegt dan ook de schrijver, „zum Oberverwaltungsgerichte erhellt aus der stetig wachsenden Inanspruchnahme des Gerichtshofes, und zwischen diesen und den Behörden entwickelt sich mehr und mehr ein verständnisvolles Zusammenarbeiten.” Prof. STRUYCKEN meent (blz. 42, 56), dat invoering van administratieve rechtspraak belemmerend en verzwakkend zal werken op de administratie, haar kracht en verantwoordelijkheidsbesef zal ondermijnen. De tienjarige ervaring in Saksen heeft het tegendeel geleerd. „Die anfangs wohl hier und da gehegte Befürchtung”, zegt de genoemde schrijver, „dass die Energie der Staatsgewalt durch die Nachprüfung ihrer Massnahmen unterbunden werden könnte, hat sich nicht bewahrheitet”; integendeel „ist es anscheinend der Verwaltung von Vortheil gewesen. dass unter dem Einflusse der richterlichen Instanz auf die formale Sachbehandlung — Aktenführung, Zustellungswesen, Rechtsmittelverfahren — mehr Gewicht gelegt werden musste”.

Dat ook onder de kleinere Staten van het Duitsche Rijk de drang naar administratieve rechtspraak zich doet gelden, bewijst een artikel in de „Deutsche Juristen-Zeitung” van 1 Februari l.l. (blz. 193 volg.). Tot nu toe bezitten van de *Thüringsche Staten* eene wettelijke regeling op dit punt alleen *Meiningen* (wet 15 Maart 1897) en *Koburg-Gotha* (wet 14 November 1899). Maar zoowel het beperkt aantal

gevallen, waarin op dat kleine grondgebied de werkzaamheid van de aldaar opgerichte rechtscolleges wordt ingeroepen, als de moeite die het kost om voor de bezetting daarvan de geschikte personen te vinden, maken uit den aard der zaak deze instelling aldaar tot eene van geringe beteekenis. Thans hebben, na jarenlange overleggingen, de andere Thüringsche Staten, n.l. *Weimar-Eisenach*, *Altenburg*, *Schwarzburg-Rudolstadt* en *Schwarzburg-Sondershausen*, zich bij verdrag van 15 December 1910 vereenigd tot de oprichting van een gemeenschappelijk *Thüringisches Oberverwaltungsgericht*, waartoe men hoopt dat ook Meiningen en Koburg-Gotha, met loslating hunner eigen gebrekkige inrichting, evenals Reusz, oudere en jongere linie, die zich aanvankelijk bij het Oberverwaltungsgericht van het Koninkrijk Saksen hadden aangesloten, nader zullen toetreden. De thans tot stand gekomen regeling geeft slechts de grondtrekken aan, waarvan de verdere uitwerking aan het nader gemeen overleg van de wetgevende lichamen der afzonderlijke Staten is overgelaten. Tot de reeds vastgestelde grondtrekken behoort o. a. deze, dat de tegen de handelingen der overheidsorganen toe te kennen klacht zoowel op enkele schending der wet als op het ontbreken der feitelijke voorwaarden voor de geldigheid der handeling gegrond zal kunnen worden, maar *niet de noodzakelijkheid of doelmatigheid* der bestreden handeling zal kunnen betreffen. Het hier medegedeelde is om de geringe beteekenis der betrokken Staten niet van zooveel gewicht, maar verdient als *verschijnsel* tegenover Prof. STRUYCKEN's voorstelling van zaken, de aandacht, te meer omdat, gelijk uit de stukken blijkt en ook vanzelf spreekt, die kleinere Staten alle de wetgeving van de grootere Deutsche Staten, z. a. Pruisen, Wurtemberg en Saksen, tot model genomen hebben.

Van meer gewicht is een zeer recent voorstel om voor



de in omvang en beteekenis belangrijker „vrije en hansestad” *Hamburg* te komen tot de invoering eener administratieve rechtspraak. Onder dagteekening van 12 December 1910 is door den Senaat aldaar bij de „Bürgerschaft” ingediend een ontwerp van wet tot het instellen van een Verwaltungsgerichtshof, waaraan zal zijn opgedragen de beslissing van een lange reeks in het ontwerp opgesomde geschillen uit het publiek recht voortkomende. De memorie van toelichting op het wetsontwerp herinnert er aan, dat op dit oogenblik 13 Staten van het Deutsche Rijk, omvattende ongeveer 90 pCt. van de algeheele bevolking, een volledige wettelijke regeling der administratieve rechtspraak bezitten, en meent „der Hamburgische Staat wird sich deshalb der Prüfung der Frage, ob auch für ihn der Zeitpunkt für die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit gekommen ist, nicht länger entziehen können” (1). De contrôle van den administrativen rechter zal zich uitstrekken zoowel over de rechtsvragen als over de feitelijke vragen, waarvan naar de wet de bevoegdheid der administratie tot het verrichten der bestreden handeling afhankelijk is, maar zal vragen van doelmatigheid van haar onderzoek uitsluiten (2). Met het oog op de vooral in administratieve rechtsgeschillen zich opdringende behoefte aan een snelle en eenvoudige wijze van berechting, wordt slechts ééne rechterlijke instantie voorgesteld en de behandeling daarvóór aan de administratieve instanties overgelaten (3).

In het algemeen wordt het doel der nieuwe instelling aldus omschreven. „Zweck und Aufgabe einer Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen in erster Linie darin, eine

(1) Gedrukte stukken, no. 316, blz. 1106.

(2) t. a. p. blz. 1109 en 1110.

(3) t. a. p. blz. 1116. Verg. hiermede de instantieregeling in het ontwerp-LOEFF, waartegen de opmerkingen hierboven blz. 10 env.

*Rechtskontrolle* über Masznahmen und Verfügungen von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsbeamten zu schaffen und einen *Rechtsschutz* in denjenigen Fällen zu gewähren, in welchen durch solche Masznahmen und Verfügungen *ohne gesetzliche Grundlage* in die Rechtssphäre von Privatpersonen eingegriffen wird" (1), — een omschrijving der administratieve rechtspraak, die tot nu toe voor niemand moeilijkheden heeft opgeleverd, totdat de heeren VAN HAMEL en STRUYCKEN *hun* rechtstaat voor BULJS' verouderden „wettenstaat" in de plaats stelden.

Dit brengt mij vanzelf tot den overigen inhoud van Prof. STRUYCKEN's brochure.

Indien ik er in geslaagd ben, met al het voorafgaande het bewijs te leveren dat er op dit oogenblik in Europa geen staat van beteekenis is, waarin niet het beginsel, dat aan het ontwerp-LOEFF tot regeling van de administratieve rechtspraak ten grondslag ligt, is ingevoerd of op het punt staat van ingevoerd te worden, dat de voorstelling, door den Amsterdamschen hoogleeraar van de wetgeving dier staten gegeven, een onjuiste is, en dat ook in het bijzonder zijne stelling, dat althans de jurisprudentie in die staten de contrôle van den administratieven rechter veel verder doet reiken dan eene contrôle over de naleving van de *rechtsnorm* door de administratie, en haar gemaakt heeft tot een toezicht over de *behoorlijkheid* en de *billijkheid* van de overheidsdaad buiten de rechtsnorm om, een gevolg is van een zeer oppervlakkige en zeer onvolledige kennismeming van die jurisprudentie, — dan zal het begrijpelijk zijn, dat zich het gevoel met moeite laat onderdrukken, dat met het bovenstaand bewijs ook de noodzakelijkheid eener verdediging van dat beginsel zelf vervallen is, en dat de opgewektheid niet

(1) t. a. p. blz. 1106.

groot is, dat beginsel nog eens *ab ovo* tegen de aanvallen der brochure in bescherming te nemen.

Met de „*academische* declamatiën” van BUIJS en zijn volgelingen is het toch thans zóódanig gesteld, dat zij in de *praktijk* van de wetgeving en jurisprudentie van elken beschaafden staat hare toepassing vinden. Het „*Duitsch* doctrinarisme”, dat de oorzaak is van de dwalingen die de brochure bestrijdt, vormt de basis van de wetgeving in *Frankrijk* en *Italië*, zoo goed als in die van Duitschland zelf. Het „*legalistisch justitialisme*”, dat aan het bestreden ontwerp ten grondslag ligt, neemt niet weg dat in landen, waar de bevoegdheid van den administratieven rechter niet ruimer soms minder ruim omschreven is dan in dat ontwerp, die rechter zich de bevoegdheid toekent om de contrôle over de *wettigheid* der overheidsdaad tot de uiterste grens door te voeren, ver over de „legalistische” grens heen, — zóó ver zelfs, dat het Prof. STRUYCKEN in de war gebracht heeft en dat hij daarin een contrôle over de *behoorlijkheid* der administratieve handeling is gaan zien.

Zou het niet te verontschuldigen zijn, indien men zich van den plicht ontslagen rekende om, na dit alles, nog eens, als leefde men zestig jaren terug, het goed recht van het beginsel, waarop het ontwerp-LOEFF gebouwd is, te verdedigen?

Intusschen, nu eenmaal dit gedeelte der brochure ook elders ter sprake gebracht is, nu het gezag van schrijver's rang in de wetenschap bij die bespreking niet zonder invloed gebleven is, nu worde hieronder ook dat gedeelte eenigszins van meer nabij beschouwd, zij het dan ook met het onaangename gevoel, dat daarbij dingen moeten worden gezegd, die reeds honderd maal te voren gezegd zijn.

Ik sluit hierbij dadelijk uit hetgeen in de brochure tegen de aanhangige ontwerpen in het bijzonder wordt aangevoerd. Ik zelf merkte reeds vroeger op, dat veel

daarin onnoodig ingewikkeld en omslachtig geregeld is, en ik hoop hierna gelegenheid te vinden nog nader op die ontwerpen terug te komen. Maar de grieven, die de schrijver heeft tegen die ontwerpen, kunnen hier op dit oogenblik buiten beschouwing blijven. De wijze, waarop een zeker beginsel wordt toegepast, kan niet als argument tegen dat beginsel zelf worden aangevoerd. Prof. STRUYCKEN nu bestrijdt niet alleen de ontwerpen, maar het beginsel der administratieve rechtspraak zelf.

Nu zal het noodig zijn dat beginsel nog eens, in al zijn eenvoud, voorop te zetten. Het kan niet korter en duidelijker worden gezegd dan zóó, dat overal, waar rechtsregelen de betrekkingen tusschen verschillende subjecten beheerschen, hun onderlinge rechten en verplichtingen afbakenen, een eerste voorwaarde voor de instandhouding dier regelen, voor de handhaving dier wederzijdsche rechten en verplichtingen is, dat niet een der betrokken subjecten met die instandhouding en handhaving belast wordt maar dat aan een van beide onafhankelijk orgaan die taak wordt opgedragen. Die eisch, welke als een axioma geldt waar het betreft de betrekkingen tusschen individuen onderling, wordt door de voorstanders eener administratieve rechtspraak insgelijks gesteld voor de betrekkingen tusschen individu en overheid. M. a. w., gelijk de geschillen over de toepassing van de normen van het privaatsrecht sinds eeuwen en eeuwen worden beslist door van partijen onafhankelijke rechters, zoo verlangt men dat diezelfde geschillen evenzeer worden berecht door van partijen onafhankelijke organen, wanneer zij over de toepassing van publiekrechtelijke normen oprijzen.

Ik kan, dit aldus neerschrijvende, een gevoel van vrees niet van mij afzetten, dat ik aan een soort zwakheid van geestvermogens, althans aan een groote mate van achterlijkheid lijdende ben, nu ik tegenover dit, wat mij steeds

zoo eenvoudig heeft toegeschenen en nog schijnt, het betoog geplaatst zie, waarmee Prof. STRUYCKEN het beginsel der administratieve rechtspraak bestreden heeft.

Immers volgens den geleerden schrijver „van dien dwang op onzen geest, door het legalistisch justitialisme, als ware het onafwijsbare rechtseisch, geoefend, hebben wij ons los te maken, en in onzen tijd opnieuw te vragen, welke plaats onze cultuur aan de eischen der gerechtigheid heeft in te ruimen, en op wat voor wijze aan die eischen moet worden voldaan” (blz. 14).

Want die „formeel juridische rechtstaatsgedachte” is ontstaan „in den tijd, toen Overheid en Volk zich als twee heterogene elementen met eigen levenskring tegenover elkander plaatsten; toen als eerste eisch ter verzekering der individueele vrijheid de verplichte medewerking der volksvertegenwoordiging in de wetgeving werd afgedwongen; toen iedere nieuwe wet een nieuwe waarborg was tegen de den individueelen rechtskring bedreigende Overheidsbemoeiing; toen de rechter het enig orgaan scheen, dat *tegen* de Overheid kon worden ingeroepen, om rechtskrenking te weren”, (blz. 15). Tegenover die „formeel juridische rechtstaatsgedachte” staat nu de „moderne rechtstaatsgedachte”, waarnaar „wij steeds meer onzen individueelen levenskring verengen, steeds meer onze arbeidskrachten samentrekken tot bewust gemeenschappelijken cultuurarbeid” (blz. 16), waarnaar niet „*gerechtigheid*” het eerste woord, de alles overstemmende afwerende eisch is, dien de burger in het midden der 19<sup>e</sup> eeuw tot de Overheid sprak, maar *gemeenschappelijke ontwikkeling, cultuur in gerechtigheid* het positieve ideaal is, dat wij in onzen gemeenschappelijken arbeid leggen” (blz. 17). In één woord „wetgeving en rechtspraak plaatsten zich vroeger tegenover de administratie, om in abstracto en in concreto den wil van den vorst en zijne ambtenaren

te binden aan de regelen, waarmede de bevolking had ingestemd, en slechts met hare medewerking voor wijziging vatbaar; wetgeving, administratie en rechtspraak zijn thans niet dan drie verschillende staatkundige functies in het leven der gemeenschap, dat de beginselen zijner organisatie en ontwikkeling rechtens slechts door de volksovertuiging ziet bepaald" (blz. 18).

Ik moet zoo eerlijk zijn van te erkennen, dat niet alles mij hierin duidelijk is, en ik zou wel eens willen weten, of de 85 leden van de Tweede Kamer, wien Prof. VAN HAMEL op 9 December l.l. enkele passages uit deze brochure voorlas, dit alles begrepen hebben.

Ik kan in de werkelijkheid van die samenwerking tusschen individu en overheid „tot cultuurarbeid in gerechtigheid" niets bespeuren.

Wanneer A. door de overheid niet wordt gebracht op de kiezerslijst, aan B. belasting wordt opgelegd, wanneer C. bij de militie wordt ingelijfd, aan D. wordt verboden om op zijn grond te bouwen en E. de bevoegdheid tot tappen wordt ontzegd, — dan staan *tegenover elkaar* de *individueele belangen* van A., B., C., D., en E. om te kiezen, geen belasting te betalen, niet te dienen, wel te bouwen en 't bedrijf van tapper uit te oefenen, en het *belang van de gemeenschap*, als wier orgaan de overheid optreedt, om die personen niet te laten kiezen, wèl belasting te laten betalen, wèl te laten dienen, niet te laten bouwen en te laten tappen. En wanneer dan tusschen die personen en de overheid geschil ontstaat over de vraag, aan *welk* van die twee belangen door de wettelijke norm hogere waarde is toegekend, m. a. w. of de overheid het recht had om op te treden zooals zij deed, dan wel het individu om daartegen in verzet te komen, dan is zulk een geschil een *rechtsgeschil*, zoo goed als een geschil over conflicten tusschen individueele belangen

onderling, en dan is er geen reden denkbaar, waarom zulk een geschil in het eerste geval niet, in het tweede wel aan het oordeel van een onafhankelijken rechter zou onderworpen worden.

Het is eigenaardig te zien, hoe Prof. STRUYCKEN deze dood-nuchtere waarheid wegstopt achter een opeenstapeling van geleerde zinswendingen.

Klachten van de betrokken personen of corporatiën over de onthouding van actief- en passief kiesrecht in de verschillende vertegenwoordigende lichamen, over het opleggen door hooger gezag aan provinciën en gemeenten van door de wet verplichte uitgaven, over uitzetting en uitlevering van hen die beweren Nederlander te zijn, over de onthouding van bij de wet toegestane subsidiën voor lager onderwijs of uit anderen hoofde, over de oplegging van verplichtingen tot het maken van werken aan ingelanden en waterschappen, over onwettig ontslag en pensionneering van ambtenaren, over de inhouding van tractementen, over de uitkeeringen aan kerkgenootschappen, over het aanslaan in rijks- of gemeentebelastingen, over de inlijving bij de militie, over het domicilie van onderstand van arme krankzinnigen, over het karakter eener instelling van weldadigheid, over de vernietiging van de besluiten van lagere besturen wegens strijd met de wet, — al deze klachten, en ik doe slechts een greep, geven aanleiding tot een geschil, waarbij over een zuivere *rechtsvraag* beslist moet worden, in volkomen dezelfde mate als dat met de geschillen uit het privaat recht het geval is. Over al deze geschillen op het gebied van het publiek recht, die in zijn stelsel van de „moderne rechtstaatsgedachte” niet passen, glijdt de geleerde schrijver heen, hij stipt ze hoogstens even in het voorbijgaan aan als een onbelangrijke minderheid — terwijl zij inderdaad de gewichtigste en meest voorkomende geschillen zijn —, om met te

meer nadruk de aandacht te laten vallen op die geschillen, welke voortkomen uit publiekrechtelijke normen, die de administratie binden aan minder gepreciseerde juridische begrippen dan de hierboven genoemde, maar die daarmede al evenmin ophouden *rechtsgeschillen* te zijn.

Het is deze laatste groep van geschillen, waarop de schrijver het volle licht laat vallen, die in zijn geschrift een zoo voorname plaats innemen, dat de eerste voorname groep, hierboven aangegeven, daarachter geheel verdwijnt.

Hij doet dit in dat gedeelte zijner brochure, dat tot motto heeft den „terugtrek van den wetgever”.

Immers, „terwijl bescherming der individueele vrijheid het motief was, waarom de rechtswetenschap drong naar wettelijke regeling van de wetgevende en de politiemacht der Regeering, had onze administratieve wetgeving der laatste 25 jaren tot motief, juist de Regeering te machtigen, te bevelen, die vrijheid steeds meer te beperken ter wille van de door de Volksvertegenwoordiging gekoesterde idealen” (blz. 20 en 21). Zij doet dit in de eerste plaats, door steeds meer bij de wet de nadere uitwerking harer voorschriften over te laten aan algemeene maatregelen van bestuur en Koninklijke besluiten (blz. 21), en wat de wetgever doet in het Rijk, datzelfde doen de verordenende colleges in de gemeente (blz. 22).

Niet alleen blijkt die terugtrek van den wetgever ten aanzien der reglementeerende bevoegdheid, ook op het gebied van de eigenlijke uitvoering treedt hij naar voren, doordien de wetgever in steeds toenemende mate, hetzij aan de administratie een algemeenen titel geeft om zonder meer „verlof”, „vergunning”, „dispensatie” enz. voor zekere handelingen te verleenen, hetzij aan haar optreden als richtsnoer voor te leggen ideeën als „algemeen belang”, „openbare orde” e. d. (blz. 22—25).



Uit dien terugtred van den wetgever dan volgt, naar schrijver's meening, dat de wettelijke normen van den nieuweren tijd meer en meer „eene opdracht bevatten tot *rechtschepping* buiten de wet, welke aan de administratie zelve wordt toevertrouwd”. „In die *rechtschepping* wordt pas de wettelijke idee tot *recht*, zoodat het oordeel, of volgens de wet is gehandeld niet van die *rechtschepping* is te scheiden. Verschil in oordeel dienaangaande is niet verschil in uitlegging der wet, maar verschil in *rechtschepping* volgens de wet” (blz. 27 en 28). Bij deze normen is een oordeel over de wettigheid der administratie niet mogelijk „tenzij als onafscheidelijk bestanddeel van dat omtrent de vraag, of de administratie behoorlijk hare taak als *rechtscheppend* orgaan heeft vervuld, m. a. w. of ze *behoorlijk* d. i. onder behoorlijke waardeering van het algemeene en bijzondere belang, heeft gehandeld” (blz. 28). Daarom behoort de vraag naar den rechtstaat opnieuw te worden gesteld als de vraag: „hoe verzekert men eene behoorlijke administratie?” (blz. 28). Deze vraag wordt dan nog eens nader (blz. 39) aldus omschreven: „daar zijn niet twee vraagstukken, hoe de administratie in te richten, hoe daartegenover eene controleerende rechterlijke macht, daar is, evenals in de vrijwillig gevormde vereeniging, slechts één vraagstuk, hoe de administratie in te richten, opdat er *behoorlijk* worde geadministreerd, d. w. z. zóó, dat aan den in de gemeenschapsgedachte besloten eisch, dat de belangen der leden behoorlijk worden gewaardeerd, worde rechtgedaan”.

Het wil mij voorkomen, dat bovenstaande beschouwingen berusten op een miskennis van het ware karakter der administratie, van de ware verhouding tusschen haar en den wetgever.

*Rechtschepping* is nooit de taak van de administratie,

maar uitsluitend die van den wetgever. Rechtschepping is het stellen van *abstracte* normen, taak van de administratie is steeds het uitvoeren van die normen in *concrete* gevallen. Dit kan niet veranderen met den inhoud der norm, met hare mindere of meerdere gepreciseerdheid, omdat, gepreciseerd of niet gepreciseerd, de norm steeds blijft abstract, en de taak van de administratie steeds blijft concreet. Rechtschepping is het *wederzijds* waardeeren van verschillende tegenover elkaar staande belangen. De administratie waardeert niet tegenover elkaar staande belangen, zij schat alleen *haar* eigen belang, d. w. z. het gemeenschapsbelang, gelijk het individu alleen *zijn* belang schat tegenover dat van de administratie. Zoodra nu in het concrete geval die beide schattingen met elkaar in strijd komen, beslist moet worden aan welk van die beide belangen, naar de waardeering van den wetgever, hogere waarde moet worden toegekend, is er een rechtsgeschil. Die beslissing kan nimmer toekomen aan een van de beide organen van elk dier belangen op zich zelf, maar kan alleen toekomen aan een orgaan, dat buiten en boven die belangen geplaatst is.

Om die reden kan de administratie niet zijn de rechter, die geschillen beslist over de vraag, aan welk belang door de wet hogere waarde is toegekend, omdat de administratie het orgaan zelf is van een van die beide belangen. Men kan de administratie zoodanig inrichten — en dat is zij reeds bij ons — dat de grootst mogelijke waarborg verkregen wordt, dat zij haar eigen belang niet hooger schat dan de wet toelaat, dat zij m. a. w. de grootst mogelijke waarborgen oplevert voor een uitoefening harer taak overeenkomstig de wet, maar deze inrichting kan alleen ten gevolge hebben, dat geschillen over de wettigheid van overheidsdaden verminderen, niet dat daarmee de administratie geschikt wordt die

geschillen, *indien* zij zich voordoen, als rechter te beslissen.

De door den schrijver geconstateerde „terugtrek van den wetgever” kan m. i. in dit alles geen wijziging brengen.

Het is allereerst de vraag of die „terugtrek” zoo sterk is als de schrijver het voorstelt.

Daar heeft men allereerst het door hem genoemde geval dat de wetgever het stellen van nadere regelen aan de uitvoerende macht overlaat, de wetgever van het rijk aan algemeene maatregelen van bestuur, de gemeenteraad aan voorschriften van Burg. en Weth. Daarmede wordt het karakter van de norm, en het karakter van de handeling, die die norm heeft toe te passen, niet veranderd. De handeling van de administratie blijft een concrete, gebonden aan den rechtsregel die in de norm vervat is, en de concrete daad van de overheid, die met den algemeenen maatregel of met de algemeene voorschriften van Burg. en Weth. in strijd is, blijft object van rechtspraak evengoed alsof die norm in een wet of raadsverordening vervat was.

Daar heeft men in de tweede plaats de door den schrijver gestelde gevallen, dat de wetgever ook tegenover de concrete besluiten van de administratie meer en meer terugtreedt en haar òf vrijheid geeft om, zonder meer, voor zekere handelingen „verlof”, „vergunning”, „concessie”, „dispensatie” te verlenen, òf hare beschikkingen alleen bindt aan zóó vage begrippen als „algemeen belang”, „openbare orde” enz.

Het zou blijken, indien men de verschillende wetten en verordeningen naging, waarin van dergelijke „vergunning”, „concessie” of „dispensatie” sprake is, dat de wetgever zeer dikwijls die „vergunning” of „dispensatie” afhankelijk stelt van zekere door hem gestelde voorwaarden. Men denke, om slechts iets te noemen, aan de vergunningen die krachtens Hinderwet of Drankwet

verleend worden. Hier is voor rechtspraak plaats, zoodra over de aanwezigheid dier wettelijke voorwaarden in het concrete geval geschil ontstaat. En waar inderdaad de norm de „vergunning” enz. aan geen voorwaarden gebonden heeft, daar is ook inderdaad geen rechtspraak mogelijk. Wat wil dit echter zeggen tegenover de tallooze andere gevallen, waarin zij wèl mogelijk is? Hier komt nog bij, dat zelfs daar, waar formeel de norm onbepaalde macht aan de administratie gegeven heeft, voor den administratieven rechter de taak kan overblijven, om te controleeren, of niet de administratie hare macht, gelijk uit het geding en de overgelegde processtukken blijken kan, gebruikt heeft voor een doel, waarvoor de norm haar die macht niet gegeven heeft, — gelijk hierboven uitvoerig is aangetoond uit de Fransche jurisprudentie betreffende het „*détournement de pouvoir*”.

Hoe dit echter zij, nimmer kan het feit, dat de wet de administratie in *sommige* gevallen volle vrijheid van handelen heeft *willen* geven, een reden zijn om haar zonder rechterlijke contrôle te laten in de *vele* gevallen, waarin zij dit *niet* gewild heeft.

Ook in de gevallen echter, waarin de norm de administratie bindt aan een zoo vaag begrip als „algemeen belang”, „openbare orde” enz., kan geen reden gelegen zijn om verandering te brengen in hetgeen hierboven gezegd werd.

Allereerst zou ook hier, indien de geleerde schrijver eens ging tellen, blijken dat de gevallen, waarin inderdaad die algemeene termen, zonder meer, door den wetgever als richtsnoer voor de administratie gebruikt worden, niet zoo talrijk zijn als hij wil doen voorkomen, en dat dus ook hier de „terugtred van den wetgever” niet dien omvang heeft als het schijnt.

Maar ook afgescheiden daarvan, waar een enkelen keer

de wetgever bevoegdheden geeft aan de administratie „in het algemeen belang”, daar is ook door den wetgever de mogelijkheid van administratieve rechtspraak uitgesloten, en staat de norm gelijk met eene, die de administratie aan geen voorwaarden bindt. Niet „in het algemeen belang” te handelen, kan de wetgever gecenseerd worden de administratie nimmer te machtigen, en de vraag wat „algemeen belang” is, hangt zoo innig samen met het gebied, waarop de administratie naar eigen plicht en geweten vrij moet zijn tot handelen, dat een rechterlijke contrôle dáárover gelijk zou staan met een opheffing der administratie zelve.

Hier heeft men dus te doen met een enkele norm, waarbij de wetgever getoond heeft de administratie buiten de rechterlijke contrôle te hebben willen plaatsen, administratieve rechtspraak dus te hebben willen uitsluiten. Wat bewijst dit echter voor het overige? Het zal toch niet noodig zijn te zeggen, dat de gebondenheid der administratie niet voortspuit uit de administratieve rechtspraak, maar uit de normen, die door die rechtspraak gehandhaafd worden. Er zit dus niets vreemds in, dat een enkelen keer normen aan de administratie geven een ongebonden macht, en daarmee vanzelf administratieve rechtspraak uitsluiten. Daarmede wordt echter niets bewezen tegen dit instituut zelf.

Anders is het gesteld met die normen, welke de administratieve handeling afhankelijk stellen van begrippen als „openbare orde”, „openbare zedelijkheid”, „openbare gezondheid” enz.

Prof. STRUYCKEN meent — en dit vormt het zwaartepunt van zijn geheele betoog — dat juist deze normen, volgens hem in steeds toenemende mate in onze wetgeving voorkomende, bewijzen, hoe ondoenlijk het is de vraag naar de *wettigheid* der administratieve handeling te scheiden

van die naar hare *behoorlijkheid* (blz. 28), en hieraan knoopt zich vast zijn bezwaar tegen administratieve rechtspraak, dat met het stellen van deze normen onder de hoede van een rechter, deze zou worden gemaakt tot eene doublure van de administratieve macht, omdat de rechter „om die taak te vervullen, alle motieven, ontleend aan het belang der gemeenschap en dat der individuen, welke de administratie tot het nemen harer besluiten hebben te leiden, zal moeten zoeken en doen gelden” (blz. 40 en 41) Op een andere plaats wordt dit herhaald als het bezwaar, dat er in gelegen is „de leiding van de administratie te brengen bij den administratieven rechter”, toe te vertrouwen „aan een stand, die zich meer dan eenig andere kan sluiten buiten de ontwikkeling van de sociale ideëen der gemeenschap” (blz. 43 en 44).

Prof. STRUYCKEN is hier in dezelfde fout vervallen, die hem er toe geleid heeft, zijnen lezers een voorstelling te geven van de jurisprudentie van het Pruissische Oberverwaltungsgericht, die met de werkelijkheid in strijd is, en waarop ik hierboven gewezen heb (1).

„Openbare orde”, „openbare zedelijkheid”, „openbare gezondheid” zijn, evenals de in de Nederlandsche litteratuur over administratieve rechtspraak beroemd geworden uitdrukkingen „gevaar”, „schade” en „hinder” van art. 11 Hinderwet, begrippen, die een rechter *objectief* uit de omstandigheden, waarin zich het aan zijn oordeel onderworpen geschil voordoet, en uit de hem in het geding medegedeelde feiten en overgelegde stukken, beoordeelen kan, zonder te treden in de vraag of de administratieve handeling, die zich op die begrippen gegrond heeft, *behoorlijk* en *doelmatig* geweest is.

(1) Zie blz. 49—61.

*Wettigheid*, d. i. de vraag of voor de administratieve handeling de objectieve omstandigheden aanwezig waren, waaronder de norm haar toelaat, en *behoorlijkheid*, d. i. de vraag of de administratie goed en verstandig deed onder die omstandigheden op te treden en op te treden zooals zij optrad, zijn twee verschillende vragen, die Prof. STRUYCKEN niet uit elkaar houdt, maar die een rechter zal behooren en ook zal weten uit elkaar te houden. Hij zal daartoe moeten beoordeelen, *voor zooverre* die beoordeeling uit de *objectieve* gegevens, waaronder zich zekere handeling of toestand voordoet, *mogelijk* is, of in die handeling of dien toestand de *eigenschap* aanwezig is van de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid in gevaar te *kunnen* brengen. Van deze beoordeeling hangt niet af de behoorlijkheid der administratieve handeling, maar de bevoegdheid der administratie om in het gegeven geval op te treden en dus de wettigheid van haren maatregel. De administratieve rechter is voor het vormen van dit oordeel, behalve op de voorlichting van deskundigen, aangewezen op den indruk, dien zekere handeling of toestand, gegeven de elementen daarvan en de omstandigheden waaronder die plaats vindt, op hem zelf maken. Maar de administratieve rechter blijft zich bewegen op het gebied der rechtspraak, omdat hij niet verder gaat dan zich afvragen, of de door de wettelijke norm gestelde voorwaarden voor het optreden der administratie aanwezig waren, of dus de administratie tot dat optreden *bevoegd* was. De vraag, of zij tevens *goed* en *behoorlijk* deed met aldus op te treden, laat echter de administratieve rechter in het midden; of dus zekere handeling of toestand, hoewel *in staat* de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid in gevaar te brengen, in het gegeven geval dat gevaar ook opleverde, en dus het optreden der administratie niet alleen *wettigde*, maar ook

*billijkte*, blijft buiten beschouwing; de noodzakelijkheid en behoorlijkheid van den administratieven maatregel wordt derhalve aan het beleid der administratie zelve overgelaten. Of het houden eener openbare vergadering, gegeven het doel waarmede zij belegd is en de omstandigheden waaronder zij plaats heeft, de openbare orde *kan* verstoren; of zekere uitstalling of vertooning, gelet op haar vorm en inhoud, de openbare zedelijkheid *kan* schenden; of de verkoop van zekere levensmiddelen, met het oog op hunne samenstelling en geaardheid, de openbare gezondheid *kan* schaden, — dät zijn vragen, die loopen over de aanwezigheid van de door de norm gestelde voorwaarden, waarvan de *wettigheid* van het optreden der administratie afhankelijk is. Maar òf in het gegeven geval de betrokken vergadering opgeheven, de bepaalde uitstalling of vertooning verboden, de verkoop van zekere levensmiddelen belet moet worden, dät zijn vragen van *behoorlijkheid* en *doelmatigheid*. Het eerste is rechtspraak, het tweede administratie; het eerste trekt de administratieve rechter zich aan, van het tweede zal hij zich zorgvuldig onthouden.

Van een „doublure der administratie”, van een overbrengen van de „leiding der administratie” op den administratieven rechter, van eene noodzakelijkheid voor dezen om „alle motieven der administratie, ontleend aan het belang der gemeenschap en dat der individuen” te zoeken en te doen gelden, zooals Prof. STRUYCKEN (blz. 40—44) meent, is hier in geen enkel opzicht sprake. De „leiding der administratie” blijft aan de overheid, met de „motieven” der administratieve handeling laat de rechter zich niet in; wat hij onderzoekt, dat is, of de objectieve voorwaarden van de wet voor het optreden der administratie aanwezig zijn, of hare daad wettig is.

Er is geen land, waar in vager normen het *geheele*



*gebied* der politie aan de administratie is overgelaten, dan in Pruissen bij de vroeger behandelde § 10, II, 17 van het Allgem. Landrecht, en er is ook geen land, waar de overheid minder zou dulden dan daar, dat de „leiding der administratie” zou overgaan op den administratieven rechter. Toch heeft het Oberverwaltungsgericht te Berlijn, gelijk vroeger uitvoerig is aangetoond, een zeer ruime contrôle, uit kracht van § 127, al. 3 sub 2<sup>o</sup>. van het Allgem. Land. Verw. Ges., over de administratie zich aange trokken door *elke* handeling van de politie aan die vage normen van § 10, II, 17 Allgem. Landr. te toetsen. Dit alles verklaart zich, omdat het Pruisische Oberverwaltungsgericht bij dat toetsen nimmer verder gaat dan een oordeel over de *wettigheid* der administratieve handeling, en niet nalaat er steeds den nadruk op te leggen, dat „*Erwägungen der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter entzogen sind*” (1).

Zal het nu, indien waar is, gelijk hierboven getracht werd aan te toonen, dat, ook met den „terugtrek van den wetgever”, dien Prof. STRUYCKEN ons afschildert, en juist daarbij in verhoogde mate, er een onafzienbaar terrein van geschillen tusschen individu en overheid zich voordoet, waarbij geklaagd kan worden over *onwettigheid* van bestuursdaden, over aantasting van de individueele rechtssfeer buiten de wet om, zonder dat met deze klacht eenigszins wordt aangetast de *behoorlijkheid* der overheidsdaad en dus wordt ingegrepen in de zelfstandigheid der administratie, — zal het nu nog noodig zijn aan te toonen, dat de beslissing dezer rechtsgeschillen behoort te worden opgedragen aan een rechter, even onafhanke-

---

(1) Men zie uitvoeriger de hierboven, blz. 52—69, aangehaalde jurisprudentie.

lijk van de in het geschil betrokken partijen als dit met den rechter in burgerlijke geschillen het geval is?

Bestaat er noodzakelijkheid om nog eens, één voor één, na te gaan de argumenten (1), waarmede Prof. STRUYCKEN (blz. 41—51) zich moeite geeft om aan te toonen, dat de rechterlijke macht *niet* oplevert grootere waarborgen voor een onpartijdige beslissing van rechtsvragen tusschen overheid en individu dan de administratie zelve?

Moet nog eens worden bewezen, dat bezoldiging bij de wet en aanstelling voor het leven (blz. 46 en 47) wèl zijn een garantie voor zelfstandigheid; dat het verantwoordelijkheidsgevoel van de administratie (blz. 42), gelijk de ervaring elders leert en reeds werd opgemerkt, nièt lijdt onder de rechterlijke contrôle; dat van een overbrenging van de leiding der administratie op de rechterlijke macht (blz. 43), gelijk nog zooveen werd betoogd, geen sprake is, omdat aan de administratie *blijft* de beoordeeling van de noodzakelijkheid en de behoorlijkheid van haar optreden?

Ik acht dit, na al het gezegde, overbodig, vooral omdat,

---

(1) Prof. STRUYCKEN's argument ontleend aan de *zuinigheid*, die men met het niet invoeren van administratieve rechtspraak betracht, zal ik maar in een noot noemen. De schrijver had dit ook moeten doen, want dit materiele argument in den tekst ontsiert in hooge mate de ideëele behandeling van de moderne rechtstaatsgedachte. Voor het overige is het argument niet billijk tegenover den Minister LOEFF, die in § 17, n<sup>o</sup>. 4, zijner memorie van toelichting op het wetsontwerp reeds tot in de kleinste bijzonderheden heeft uitgerekend, hoe er iets op de administratieve rechtspraak kan worden bezuinigd, en o. a. als een voordeel van de opdracht dier rechtspraak aan den gewonen rechter aanvoert, dat aldus dezelfde gebouwen, dezelfde bibliotheken, hetzelfde dienstponeel ter beschikking zullen kunnen worden gesteld van de verschillende takken der rechterlijke macht. En dan kan, bij vereenvoudiging van de organisatie door het ontwerp voorgesteld, waarschijnlijk nog wel meer bezuinigd worden.

het is reeds eerder gezegd (1), wat vanzelf spreekt, dikwijls moeilijk te bewijzen is.

Alleen hierop zij nog eens de nadruk gelegd, dat het antwoord van Prof. STRUYCKEN aan hen, die beweren, dat de burger, die zich door de administratie in zijne rechten gekrenkt acht, haar als zijne tegenpartij beschouwt, en niet van haar eene onpartijdige uitspraak verwachten kan, toch weinig meer is dan een phrase. Dat antwoord luidt, dat „voor hem, die in de rechtspraak ziet eene gemeenschapsfunctie ter verzekering der objectieve sociale gerechtigheid, en niet een apparaat ter voldoening aan het toch nimmer te bevredigen, dikwijls door het eigenbelang ziekelijk overprikkelde individueele gerechtigheidsgevoel” (blz. 46), het genoemde bezwaar niet als afdoende gelden kan.

De nuchtere waarheid tegenover deze zonderlinge voorstelling van het „ziekelijk overprikkelde individueele gerechtigheidsgevoel”, is dat de administratie nimmer optreedt ter „wederzijdsche waardeering van gemeenschaps- en individueel belang” (blz. 49), maar enkel en uitsluitend, zooals ook haar taak en haar plicht is, ter bevordering van het gemeenschapsbelang, welks bevordering haar is opgedragen; dat de administratie voor dit doel moet ingrijpen in het individueel belang, maar dat de wet haar daarbij grenzen heeft gesteld; dat de administratie in het algemeen kan worden geacht die grenzen te willen eerbiedigen, en dit niet doende, daarbij volkomen te goeder trouw te handelen, maar dat in elk geval het individu kan meenen, terecht of ten onrechte, dat de hem door de wet gewaarborgde rechtssfeer door de administratie geschonden is, en dat het individu onmogelijk van diezelfde administratie kan verwachten een even onpar-

(1) Mr. HARTZFELD in *Rechtsgel. Magaz.* 1911, blz. 202.

tijdige, objectieve beslissing van de rechtsvraag, die hem en de administratie verdeeld houdt, als van een buiten de administratie geplaatst zelfstandig orgaan. (1). Al ware al het andere dat voor administratieve rechtspraak wordt aangevoerd, waardeloos, al ware het nièt waar dat geen denkbare grond te vinden is voor een verschil in berechting tusschen rechtsvragen uit het publiek recht en die uit het privaat recht, al ware de administratie wèl deskundig en wèl onpartijdig, — dãn nog zou dit ééne argument, dat hij die zich in zijn rechten gekrenkt acht door een handeling van de administratie, geen geloof stelt in de onpartijdigheid dier administratie, als rechter over zijn

(1) Prof. STRUYCKEN heeft (blz. 62) van een algemeene klacht over onze administratie, en zeker van een roep om administratieve rechtspraak niet gehoord. Wat het laatste betreft, zal het tegendeel moeilijk kunnen worden aangetoond, wanneer men de «academische declamatiën» van BUYS en zijn volgelingen, alsook den jaarlijks terugkeerenden aandrang in de begrootingsverslagen, volgens schrijver niet mag meerekenen, en dus vanzelf er ook van terugschrikt op de pers, wetenschappelijke zoowel als andere, te wijzen, in wier redactie-bureaux ongetwijfeld ook nog enkele volgelingen van BUYS zitting hebben. Er blijft dan niet veel over, want het houden van volksbetoogingen om te komen tot administratieve rechtspraak, ligt niet in onzen aard. Ten aanzien van de klachten over de beslissingen der administratie zal men goed doen rekening te houden met het «ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas». Er zijn natuurlijk duizende klachten, die men niet uit, wanneer daar toch niets aan te doen is, en vele andere, die wel geuit zijn misschien, zijn allicht Prof. STRUYCKEN niet ter oore gekomen. Bovendien houde men in het oog, dat over een zeer groote reeks van administratieve beschikkingen en beslissingen geen klachten gehoord kunnen worden, om de eenvoudige reden dat zij in hoogste instantie genomen worden en dus elk beroep daarvan, ook op de administratie zelve, ontbreekt, n.l. alle administratieve besluiten en uitspraken van de Kroon zelve. Zoo nu en dan hoort men echter toch nog wel eens van een klacht daarover in den vorm van petitiees aan de Kamer. Prof. STRUYCKEN meent (blz. 63, noot 2), dat men beter had gedaan den

klacht, voldoende zijn voor de opdracht van publiek-rechtelijke geschillen aan een, van administratie en individu beide, onafhankelijken rechter. „*Il ne suffit pas qu'un tribunal soit indépendant, il faut encore qu'il le paraisse*” (1).

Prof. STRUYCKEN, begrijpende dat het niet genoeg is zijne tegenstanders te bestrijden, omver te werpen wat tot nu toe als een eisch van de rechtspositie van het individu tegenover de overheid werd aangemerkt, op te komen tegen wat in elken cultuurstaat van den tegenwoordigen tijd is ingesteld, heeft dan ook voor de administratieve rechtspraak in de plaats zijn eigen wensch geformuleerd. Die wensch is, het werd reeds eerder aangehaald, de administratie zóó in te richten, dat er behoorlijk worde geadministreerd (blz. 28 en 39).

---

tijd en de moeite, aan de theorieën der administratieve rechtspraak besteed, aan te wenden ter critische bestudeering der administratieve praktijk, ook omdat daarmee een krachtige invloed op de administratie zou zijn uitgeoefend. Indien de schrijver goed zoekt, zal hij van die kritiek af en toe nog al iets in de wetenschappelijke tijdschriften en bladen aantreffen. In de Kamer heeft die kritiek ook nog al eens weerklank gevonden. Dat het echter veel invloed op de administratie heeft uitgeoefend, is mij niet gebleken. Mag ik, om slechts uit den nieuwsten tijd iets te noemen, b.v. herinneren aan de Breda'sche Baronielaan-quaestie? Ik grijp deze gelegenheid aan om, ter verdere «critische bestudeering» van de administratieve praktijk, den geleerden schrijver te wijzen op een zeer recent Kon. Besluit van 29 Maart 1911, n<sup>o</sup>. 39 (*Weekbl. Burg. Adm.* n<sup>o</sup>. 3227), waarbij de Kroon, onder het contraseign van den Minister van Waterstaat, den Minister van Waterstaat in het gelijk stelt in zake de afvoering van een weg van den legger, die den Minister van Waterstaat door Ged. Staten van Zuid-Holland geweigerd was. Naar het stelsel van Prof. STRUYCKEN (blz. 17) heeft dan hier de Minister van Waterstaat met den Minister van Waterstaat samengewerkt tot «gemeenschappelijke cultuur in gerechtigheid».

(1) SAINT GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs* (1881), blz. 492.

„In de organisatie der administratie” zegt schrijver op blz. 52 „legge de democratie de hoofdlijn harer ontwikkeling; de administratie op te voeren tot de gedachte, dat het hââr taak is, van den jongsten ambtenaar tot het hoogste college, de harmonie van gemeenschap en individu naar de heerschende sociale overtuigingen te verwezenlijken, daarvoor in de administratie zelve de noodige waarborgen te leggen, dat is de weg, dien onze wetgever heeft te volgen”.

En komende tot de praktische slotsom uit zijne voorafgaande beschouwingen, eindigt Prof. STRUYCKEN (blz. 100):

„In één woord: tegenover het uit het antagonisme tusschen administratie en volk geboren legalistisch justitialisme, dat het dualisme van administratie en rechterlijke macht tot noodwendigen rechtseisch stempelt, herstelle men de éénheid der gedachte in den eisch eener behoorlijke administratie, door de bevolking zelve toevertrouwd aan organen, zich bewust van hun plicht, en door samenstelling en werkwijze daarvoor berekend, den arbeid der gemeenschap slechts onder behoorlijke waardeering der bijzondere belangen te verrichten, in de overtuiging, dat de idee van het gemeenschapsleven, en daarmede het belang der gemeenschap zelve, die waardeering vordert”.

Men mag geen kwaad met kwaad vergelden, en daarom past het niet de vraag te stellen, of hier niet voor de „academische” declamatiën zijner tegenstanders een andere heel wat grootere „declamatie” in de plaats is gekomen.

Maar wel past het te vragen, of Prof. STRUYCKEN nu eens duidelijk wil zeggen, hoe hij zich die door hem verlangde organisatie denkt, en welke de veranderingen zijn, die voor dat doel in onze bestaande administratieve inrichting noodig zijn.

Zoolang zijn antwoord mij niet van dwaling overtuigd heeft, waag ik het te beweren, dat in beginsel onze administratieve organisatie voortreffelijk is, dat wij juist in onze colleges van Burgemeester en Wethouders, Gemeenteraden en Gedeputeerde Staten de organen bezitten, door samenstelling en werkwijze daarvoor berekend, aan den eisch te voldoen door Prof. STRUYCKEN gesteld voor een goede en behoorlijke administratie, en dat juist om die reden, gelijk vroeger werd aangetoond, eene regeling der administratieve rechtspraak, bij ons niet, zooals bijv. in Pruissen, gepaard behoeft te gaan met eene reorganisatie der administratieve instanties.

Het eenige wat wij behoeven, is dat boven die administratieve instanties, welke alle waarborgen voor een *behoorlijke* administratie naar den eisch van Prof. STRUYCKEN's betoog opleveren, een *rechter* worde geplaatst, die de handelingen der administratie toetse aan de *wet*, niet in den zin dien Prof. STRUYCKEN goed vindt te qualificeeren als „legalistisch justitialisme”, maar in dien zin, dat daarmede de *rechtmatigheid* der overheidsdaad, in den ruimsten omvang, naar letter en strekking der wettelijke norm — maar ook niet verder — aan een deskundige, onpartijdige, objectieve contrôle onderworpen worde.

Leiden, April 1911.

H. Vos.

**Gaat de rechtspersoonlijkheid eener Vereeniging  
van zelf te niet, door het verstrijken van den  
termijn in de Koninkl. goedgekeurde  
Statuten bepaald? (1)**

---

In zijn inaugureele oratie voor de aanvaarding van het hoogleeraarsambt aan de hoogeschool te Amsterdam heeft Mr. HJLMANS getracht aan te toonen, dat de rechtspraak in burgerlijke zaken om de rechtvaardigheid te dienen, zich zal hebben vrij te maken van de wet.

Hij noemt dit: toepassing van het recht der werkelijkheid, in tegenstelling tot het wettelijk recht.

Dat betoog wordt door hem vastgeknoopt aan de vermelding der beslissing, in drie instanties (rechtbank en gerechtshof te Amsterdam en Hooge Raad) gevallen, waarbij is uitgemaakt, dat de Vereeniging tot Uitbreiding der Verzameling van Kunst en Oudheden op het stedelijk museum te Haarlem, door zekeren Heer DRUIJVESTELJN bij zijn testament tot erfgename ingesteld, geen recht had als erfgename op te treden, omdat bij het overlijden van dien heer de tijd, waarvoor die vereeniging was aangegaan, verstreken was en zij nu wel feitelijk was blijven bestaan, maar eerst na gezegd overlijden op nieuw Koninklijke goedkeuring op haar gewijzigd reglement had gevraagd.

Mr. H. plaatst zich, terwijl hij die beslissing afkeurt,

---

(1) De inaugureele oratie van Prof. HJLMANS en de wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 32).



op dit standpunt: er is een erflater, die zijn vermogen voor een bepaald doel wenschte te bestemmen — een doel, dat, zooals hem bekend was, ook vervolgd werd door de bovengenoemde vereeniging. Deze bestond feitelijk nog. Daarom eischt het recht der werkelijkheid, dat dit vermogen aan dat doel ten goede komt. De wet verzet zich daartegen, daarom is het gewenscht, deze op zij te zetten. Dat mag; want, dat de vereeniging rechtspersoonlijkheid bezit wanneer zij erkend is, en anders niet, is een constructie-norm van de wet, en een dergelijke norm bindt niet. Wij kunnen eene andere constructie maken. In de feitelijk nog voortbestaande vereeniging wordt een doelvermogen bijeengehouden en voor dat zelfde doel wilde de testateur zijn vermogen aanwenden. Het is nu als eene leemte der wet te beschouwen, dat het doelvermogen niet zelf kan optreden, om op te eischen wat door den wil van dien erflater er bij moet gevoegd worden; hij toch wilde het doel en noemde de vereeniging slechts om dit doel. Het recht der werkelijkheid eischt derhalve, dat de vereeniging, die het doel steeds bleef vervolgen, zoodra zij maar als rechtspersoon kan optreden, krijgt wat voor dit doel is bestemd.

Het is zeker een zeer vreemde constructie, welke Mr. H. hier in het leven roept, om tot het door hem gewenschte resultaat te komen. Als *deus ex machina* laat hij optreden het doelvermogen. Maar is dit een nieuwe persoonlijkheid, zoo zoude, om den eisch der vereeniging te rechtvaardigen, er een overgang van recht op deze van gene bij moeten geconstrueerd worden. Bovendien is het „doelvermogen” in ons rechtssysteem als ideaal wezen, als rechtspersoonlijkheid, niet erkend, ja zelfs niet als zoodanig bekend. Het wordt door BRINZ ter verklaring gebezigd van de door het recht gedachte persoonlijkheid, waar een menschelijk individu als het subject van rechten en

plichten niet is aangewezen. Wij laten in het midden, of dit een verklaring mag worden genoemd, en of zij al dan niet noodzakelijk is.

Doch waartoe dient nu Mr. H.'s constructie? Indien toch met dat optreden van het doelvermogen niets anders wordt bereikt dan een intermediair voor den tijd, dat de vereeniging rechtspersoonlijkheid had verloren — zoo is waarlijk niet in te zien, waartoe die schepping noodig was en waarom Mr. H. zich dan niet aansluit bij het gevoelen van Prof. HAMAKER, ook gehuldigd door den Proc. Gen. NOYON, dat men n.l. te onderscheiden heeft tusschen rechtsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid en dat eene vereeniging, welke de rechtspersoonlijkheid mist, daardoor wel ontbeert de handelingsbevoegdheid, maar niet noodzakelijk ook de rechtsbevoegdheid? In de inleiding zijner oratie (blz. 6) zegt hij daaromtrent: „Vreest nu niet, dat ik hier in den „breede de verschillende beslissingen zal bespreken. „Rechtbank en hof hebben voor hunne beschouwingen „een scherpen bestrijder gevonden in den Utrechtschen „hoogleeraar HAMAKER, terwijl na het arrest van den Hoogen „Raad het academisch proefschrift van mej. L. C. POLANO „is verschenen, waarin met veel geleerdheid en groote „scherpzinnigheid de gegeven beslissing wordt verdedigd.

„En HAMAKER en POLANO ontleenen evenwel hunne „wapenen aan hetzelfde arsenaal van theorie en wets- „exegese, waaruit ook de stellers van vonnissen en arresten „hebben geput. In *die* richting is dan ook inderdaad „niets nieuws meer bij te brengen. Maar, gelijk ik u „hoop aan te toonen, voor het geven van een juiste „beslissing, moet in deze een geheel andere richting „worden ingeslagen.”

Het bewijs echter, dat een nieuwe richting noodig was, heeft de spreker niet geleverd.

Zijn redeneering vormt een eigenaardig vicieusen cirkel, waarin gezocht wordt een voorbeeld ten betooge, dat het soms noodig kan zijn van de wet af te wijken; en, naar het schijnt, wordt juist daarom aangenomen, dat de door *het rechtsgevoel* geëischte beslissing niet mag worden gevonden langs wettelijken weg.

Van welk rechtsgevoel spreekt Mr. H.? — Waarom moet de wet er voor wijken?

Mr. H. constateert: De heer DRUIJVESTEYN, die op 2 April 1905 was overleden, had de vereeniging, tot erfgename ingesteld, die in 1875, voor den tijd van 29 jaren, was opgericht, een tijdperk dat op 31 Mei 1904 was verstreken, waarom zij, nadat de bewuste erfenis was opengevalen, haar reglement had gewijzigd zóó, dat haar duur nader werd bepaald en voor dit gewijzigde reglement had zij Koninklijke goedkeuring gevraagd en verkregen. Na dit relaas gaat Mr. HIJMANS aldus voort: „Voor den leek (1) levert dit geval niet de minste moeilijkheid op. Ziedaar eenerzijds een erfflater, geheel vrij „in het nemen van beschikkingen, die zijn vermogen „nalaat aan wie hij daarvoor uitkiest, en anderzijds de als „erfgenaam ingestelde vereeniging, die *misschien tijdelijk* (1), „tengevolge van bijzondere wetsbepalingen niet in staat „was het voor haar bestemde vermogen op legale wijze „tot zich te nemen, maar thans, na voldoening aan die „zelfde wetsbepalingen in het bezit van het voor haar „bestemde wenscht te treden; wat, zoo zal men vragen, „belet den wil des erflaters tot verwezenlijking te komen?”

Het is derhalve het gevoel van den leek, waarvoor door Mr. H. bevrediging wordt gezocht en daarom moet de wet ter zijde worden geschoven! Daarom mag ook niet het gevoelen van professor HAMAKER en van den

---

(1) Ik cursiveer.

Proc.-Gen. Mr. NOYON worden aanvaard, die met handhaving der wet, haar anders uitleggen!

Aanbevolen wordt, met andere woorden, huldiging der oppervlakkigheid in rechtsvragen. Men is geneigd, dit ziende te vragen, waartoe nog de rechtsstudie moet dienen, waartoe de hoogleeraar in het recht zich zal hebben in te spannen? Hoe minder geschooldheid, hoe betere rechters er zullen zijn! — Deze geheele redeneering is ook daarom zoo vreemd te noemen, omdat zij — en dat nog wel in een redevoering tot aanprijzing van het recht der werkelijkheid — doet, alsof eene rechtsvraag ware op te lossen zonder rekenschap te houden met den strijd der belangen, die voor den rechter ter beslissing wordt gebracht.

Het gebrek aan inzicht in dezen strijd is te vreemder bij een man, die zoo pas van den rechterstoel was opgestaan. Dat een leek alleen het oog richt naar ééne zijde (hier: de bedoeling van den testateur) kan men begrijpen; maar Mr. H. had toch niet de vraag zich zóó te stellen: hoe kan ik er voor zorgen, dat, ondanks alle *wettelijke* bezwaren, niet de door de wet geroepen erfgenamen, des overledenen zuster, maar de door het testament aangewezen vereeniging het vermogen verkrijgt? Wist dan de gewezen rechter niet, of hoe kon hij één oogenblik het vergeten, dat hier twee partijen tegenover elkaar stonden en dat elke partij *met rechtsgronden aan de wet ontleend* haar belangen verdedigde?

Waarom voorts door Prof. H. aan de testamentaire erfopvolging de voorkeur wordt gegeven boven de wettelijke, wordt door hem niet gezegd, zelfs niet aangeduid. Misschien is deze voorkeur te verklaren uit een herinnering van het Romeinsche recht. Maar de eerbied voor de *historie* van het recht had hem er toe moeten leiden, voor het recht der werkelijkheid dien voorkeur voor den wil des erflaters niet te huldigen.

Ik laat de professorale oratie, die het recht der werkelijkheid bepleit en op *deze* werkelijkheid niet let, verder rusten. Één staaltje nog slechts wensch ik hier te geven van de er uit sprekende onverschilligheid voor den strijd, dien de rechter in een burgerlijk proces te beslissen heeft.

Na in tegenstelling tot de beslissing, door rechtbank, hof en Hoogen Raad gegeven, te hebben uiteengezet, hoe de beslissing had behooren te zijn, gaat Mr. H. voort:

„Zoo is de beslissing die m.i. de werkelijkheid als „haar recht eischt.

„Ik zal thans niet nagaan in hoeverre wellicht de „rechtbank was gebonden door de dagvaarding, het ge- „rechtshof door de aangevoerde grieven, de Hooge Raad „door de middelen van cassatie, en aldus een of meer „der uitgesproken beslissingen zijn te verklaren. Voor „het doel, dat ik heden nastreef, is het geheel onver- „schillig, of de schuld (sic) bij de balie, dan wel bij de „magistratuur ligt: waarop het aankomt, is, dat een „belangrijke zaak (!) onder de handen der juristen een „beslissing heeft gevonden, die niet in overeenstemming „was met de eischen van het rechtsgevoel en die ons „bleek niet noodig te zijn geweest.”

Prof. **HJLMANS** is gelukkig nog jong.

Indien hij in jeugdigen overmoed op een dwaalweg is geraakt, zoo mogen wij verwachten, dat hem zijn dwaling door voortgezette studie van recht en werkelijkheid beiden duidelijk zal worden. Al doceerende zal hij meer en meer inzien, dat voor de vorming van goede juristen eerbied voor de wet noodzakelijk is en dat het rechtsgevoel van den leek niet voldoende is voor hen, die later als leden der balie of der magistratuur tot handhaving van het recht in de maatschappij zullen worden geroepen.

Terwijl wij nu die inaugureele redevoering verder laten rusten, wenschen wij het door professor HILMANS besproken rechtsgeval nog even nader te betrachten. Daarbij moeten wij zeggen, dat wij met den hooggeleerden spreker van meening zijn, dat de gevallen beslissing eene *onjuiste* is geweest. Wel verre echter van eene juiste oplossing buiten de wet te zoeken, meenen wij te mogen stellen, dat eene onjuiste opvatting der wet van 1855 partijen en rechters het spoor bijster heeft doen worden.

Het doel van den wetgever is ongetwijfeld geweest te voorkomen, dat voortaan vereenigingen van personen zouden ontstaan, welke zonder contrôle van het staatsgezag de vorming van kapitaal in de doode hand zouden beoogen. De eens gevormde kapitalen durfde men niet aan te tasten; doch men vond het noodig, dat de regeering een oog in het zeil kon houden zoo dikwijls eene vereeniging van personen eene vermogensrechtelijke eenheid wilde vormen. Art. 15 der wet verklaart onomwonden, dat „vereenigingen welke vóór het in werking komen dezer wet bestonden, worden beoordeeld naar de wetten, waaronder zij zijn opgerigt”. Met vereenigingen welke daarna zouden tot stand komen, mits zij maar niet bedoelen als vermogensrechtelijke eenheden op te treden, wilde zich de wet ook niet bemoeien. Art. 12 der wet drukt dit aldus uit: „Vereenigingen, niet als regtspersonen volgens deze wet ingesteld of erkend, kunnen als zoodanig geene burgerlijke handelingen aangaan.

„De overeenkomsten, namens haar gesloten, en de goederen, namens haar verkregen, worden ten opzichte van het Rijk en van derden beschouwd als volgende de personen, welke de overeenkomst gesloten en de goederen aanvaard hebben, al is het ook dat in de overeenkomsten en titels de handelende personen slechts als gemagtigden of beheerders der vereeniging zijn aangewezen.”

Evenmin zoude de wet van toepassing zijn op die lichamen, welke door de Grondwet of andere wetten zijn of worden ingesteld. Kerkgenootschappen b.v., welke voldoen aan de bepalingen der wet van 10 September 1853 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 102), behoeven derhalve niet ook te voldoen aan de wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 22), waarover wij het nu hebben, en evenmin vereenigingen, welke armenverzorging zich ten doel stellen, mits zij voldoen aan de bepalingen der wet tot regeling van het armbestuur. Dit leert art. 5 onzer wet in de woorden van het eerste lid „buiten die door de Grondwet of andere wetten ingesteld.” *In dit art. 5 ligt de hoofdregel der wet.* Het komt er op aan de woorden van dit artikel goed te lezen en er niets in te leggen wat er niet in staat. Het luidt in zijn geheel: „Geene vereeniging, buiten die door de Grondwet of andere wetten ingesteld, treedt als regtspersoon op dan na of door de wet, of door Ons te zijn erkend.

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

Dergelijke vereenigingen, voor minder dan dertig jaren aangegaan, kunnen door Ons worden erkend.”

Eene vereeniging, voor dertig jaren of minder aangegaan, kan derhalve als rechtspersoon optreden, na door den Koning te zijn erkend, en die erkenning geschiedt (art. 6) door goedkeuring van de statuten of reglementen der vereeniging. Worden de statuten of reglementen na de goedkeuring gewijzigd of veranderd, zoo moeten ook deze wijzigingen of veranderingen worden goedgekeurd (art. 8).

Hoe is het nu echter, wanneer de tijd, waarvoor de eens goedgekeurde vereeniging is aangegaan, verstreken is, terwijl tot verlenging niet uitdrukkelijk is besloten, of in elk geval voor deze wijziging der statuten de K. G. niet

is gevraagd, en de vereeniging toch blijft voortbestaan? Verliest zij dan van rechtswege haar rechtspersoonlijkheid?

Deze vraag wordt — zoover mij bekend is — algemeen zonder aarzelen bevestigend beantwoord (1).

*Toch geloof ik, dat dit antwoord onjuist is.*

Uit de economie en de bedoeling der wet volgt allerm minst het automatisch einde der vereeniging. Men wilde zooveel mogelijk voor nieuw op te richten vereenigingen een preventief toezicht der regeering hebben op de vorming van kapitaal in de doode hand. Waar de regeering zoude meenen redenen te hebben, op gronden ontleend aan het algemeen belang (art. 7) de erkenning te weigeren, daar zoude de rechtspersoonlijkheid niet ontstaan. Deze ratio brengt niet mede, dat, wanneer zij eenmaal ontstaan is, de rechtspersoonlijkheid door het enkel verloop van den tijd zoude verloren gaan. Er is dan ook, van dit gezichtspunt beschouwd, geen enkele reden voor de toekenning dezer doodelijke werking aan het tijdsverloop.

Het argument, dat de vereeniging, voor dertig jaren of voor korteren duur opgericht, door den eigen wil der oprichters niet langer kan voortbestaan en dat daarom ook noodzakelijk de goedkeuring der statuten voor *niet langer* kan gelden, is klaarblijkelijk van te verre strekking. Het zoude moeten gelden, wanneer de vereeniging in haar geheel moest ophouden te bestaan, indien zij niet door den wil der latere leden den duur kon verlengen. Deze stelling zal echter wel door niemand worden verdedigd, te minder, daar het bestaan eener vereeniging, ook volgens de wet, *niet afhankelijk is van het al of niet hebben der rechtspersoonlijkheid*. De artt. 12 en 13 onzer wet

(1) Prof. HAMAKER maakt geen uitzondering; al wordt toch door hem aan de vereeniging de rechtsbevoegdheid gelaten, de handelingsbevoegdheid ontzegt ook bij haar.



zijn hieromtrent onmiskenbaar duidelijk. Ware dan ook de stelling juist, dat de vereeniging onherroepelijk wat den duur betreft gebonden is aan den wil der eerste oprichters, zoo zoude een besluit eener latere vergadering van leden tot verlenging van dien duur van nul en geener waarde moeten zijn, vooral in het geval, dat dit besluit genomen werd na afloop van den tijd, in de oorspronkelijke statuten bepaald. Hoe zoude ook een dergelijke verandering *ex post*, door Koninklijke goedkeuring kunnen worden gedekt? Toch wordt door niemand — zoover mij bekend is — deze consequentie verdedigd der opvatting, dat het verloop van den tijd als een automatische vernietiging der rechtspersoonlijkheid werkt.

In de wet is dan ook die stelling niet uitgesproken. In art. 5 kan niets anders worden gelezen, dan wat er in staat: „De vereeniging *treedt niet op als rechtspersoon*, dan na te zijn erkend. Dat is alles wat de wet er van zegt. Voegt de wet er aan toe, dat wijziging of verandering der goedgekeurde statuten nadere goedkeuring vereischen, zoo wordt daaraan niet verbonden, ook niet voor de tijdsaanwijzing, eenige andere sanctie, dan die welke gelegen is in art. 10 en geenszins deze, dat door het niet inacht nemen van het voorschrift de rechtspersoonlijkheid van zelf vervalt.

Behelst de Koninklijke erkenning dan de voorwaarde, dat de rechtspersoonlijkheid slechts zal gelden b.v. voor dertig jaren? Allerminst. De erkenning geschiedt eenvoudig door goedkeuring der statuten; zoo bepaalt het de wet en zoo geschiedt het dan ook in de praktijk.

De duur, waarvoor de vereeniging is opgericht, maakt uit eene der bepalingen van de statuten en deze bepaling staat geheel op ééne lijn met elke andere bepaling, b. v. die, waarin het doel der vereeniging wordt omschreven.

Eene bijzondere beteekenis voor het bestaan der rechts-persoonlijkheid heeft zij slechts bij de eerste erkenning, omdat de vereeniging, wanneer zij voor onbepaalden tijd of langer dan dertig jaren is aangegaan, voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid erkenning behoeft *door de wet*, terwijl zij, voor dertig jaren of korteren duur aangegaan, de erkenning van den Koning behoeft. De sanctie op de willekeurige verlenging van den duur zonder de Koninklijke goedkeuring eener daartoe strekkende statutenwijziging wordt uitsluitend gevonden in art. 10. Evenals wanneer de vereeniging van doel is veranderd, het Openbaar Ministerie de bevoegdheid heeft bij den burgerlijken rechter eene vordering in te stellen tot vervallenverklaring der vereeniging van hare hoedanigheid van rechtspersoon, zoo hangt ook dit Damocleszwaard over de vereeniging, die langer blijft voortbestaan dan zij volgens de oorspronkelijke bepaling der statuten zoude bestaan, zoolang zij niet door een uitdrukkelijk besluit dien duur heeft verlengd en op de wijziging harer statuten de Koninklijke goedkeuring heeft verkregen. *Maar zoolang dan ook het Openbaar Ministerie niet is opgetreden en die vervallenverklaring door den rechter heeft doen uitspreken, behoudt de vereeniging de eens verkregen rechtspersoonlijkheid.* Ook art. 12 der wet bepaalt het niet anders. Zooals art. 5 zegt: „geene vereeniging . . . treedt „als regtspersoon op dan na . . . te zijn erkend”, zoo luidt art. 12 al. 1: „Vereenigingen, niet als regtspersonen „volgens deze wet ingesteld *of erkend*, kunnen als zoodanig „geene burgerlijke handelingen aangaan”. Er staat ook daarin achter het woord „erkend” *niet* „of waarvan de goedgekeurde tijd is verstreken”, of iets anders, waaruit zoude volgen, dat de eens erkende vereeniging belemmerd is in het aangaan van burgerlijke handelingen wanneer de aanvankelijk bepaalde duur is afgelopen.

In December 1894 heb ik met deze argumenten en enkele andere getracht (tot mijn spijt tevergeefs) den toenmaligen Officier van Justitie te Alkmaar te overtuigen van de wenschelijkheid, om op grond van art. 10 der wet de vervallenverklaring der rechtspersoonlijkheid eener vereeniging te vragen, wier bestaan onzeker was geworden. In dat geval was niet slechts de tijd verstreken, waarvoor de vereeniging opgericht was, maar was ook in den boezem der vereeniging zelve strijd ontstaan, of zij nog bestond, tengevolge waarvan groote rechtsonzekerheid voor derden was veroorzaakt. Om het belang der zaak laat ik hier den brief volgen, dien ik destijds tot den Officier heb gericht, al zullen enkele der reeds gebezigde argumenten hierdoor tweemaal onder de aandacht der lezers komen.

*Edelachtbare Heer!*

Namens den Heer K. C., cirkelzager, wonende te Hoorn, heb ik de eer het navolgende onder Uwe aandacht te brengen.

In 1872 is te Hoorn eene vereeniging opgericht onder den naam „Werkmansvereeniging Door Eendracht Sterk”. Volgens het slot van art. 35 der statuten, waarvan een gedrukt exemplaar bij deze wordt overgelegd, werd zij aangegaan voor den tijd van 29 jaren, ingegaan op den dag der oprichting, zijnde 1 Juli 1872. De statuten zijn goedgekeurd bij K. B. van 27 December 1872, n<sup>o</sup>. 22 en nader bij K. B. van 16 November 1896, *Stbl.* n<sup>o</sup>. 66.

Op Zondag 30 Juni 1901, den dag waarop zij volgens hare statuten zoude moeten ophouden te bestaan, heeft eene algemeene ledenvergadering plaats gevonden, waarop het bestuur, overeenkomstig zijn voorstel, werd gemachtigd tot tijdelijke besturing der loopende zaken. Een besluit tot ontbinding en liquidatie der vereeniging werd *niet* genomen. Evenmin werd een tijd bepaald voor de

aan het bestuur opgedragen tijdelijke directie. Klaarblijkelijk bedoelde het bestuur, waarvan nu nog zijn overgebleven de Heeren . . . . ., allen wonende te Hoorn, de vereeniging *op onbepaalden tijd* te laten voortbestaan en heeft de vergadering aldus besloten. Men gaf zich echter hierbij er geen rekenschap van, dat men zodoende handelde in strijd met het bij de statuten vastgestelde omtrent *den duur* der vereeniging, in strijd ook met de regeling voor het bestuur gegeven, wat betreft het toezicht van commissarissen en de wijze van benoeming en aftreding zijner leden. Later scheen het bestuur een, zij het ook niet duidelijk, bewustzijn te hebben gekregen van den onwettigen toestand, waarin het zelf en de vereeniging verkeerde, althans het nam in sommige van hem uitgegane acten verklaringen op, alsof in de boven aangeduide vergadering hem ook opgedragen ware de afwikkeling der zaken van de vereeniging. Het is maar jammer, dat die bewering niet steunt op het in de vergadering gevallen besluit. Wat besloten werd moge blijken uit een exemplaar der convocatie-biljetten voor de bewuste vergadering zooals die (zonder jaartal) aan de leden waren toegezonden. De voorstelling van het bestuur wordt dan ook in het mede hierbijgaand exploit van 28 November 1903 ten verzoeken van K. S. tot den Heer C. gericht bestreden. Wat echter meer dan het voorafgaande beslissend is, die voorstelling lijdt aan innerlijke tegenstrijdigheid. Men kan niet tegelijkertijd hebben de taak eene vereeniging te besturen en haar tevens te liquideeren. Het is dan ook bij de woorden van het bestuur gebleven. Immers zijne handelingen en gedragingen zijn in strijd met elk begrip van liquidatie. Het gaat toch voort met de inning der vaste bijdragen van tien cents per week van de leden en onder zijn oppertoezicht werkt de met de vereeniging verbonden bakkerij geregeld door; kortom de

vereeniging *bestaat*, zulks met een ongecontroleerd en onafzetbaar bestuur, rustig voort.

Voor den Heer C. is deze toestand hoogst bezwarend, daar hem bij het hierbij overgelegd exploit van 29 Augustus 1903 is aangezegd, dat het voorloopig bestuur aflossing wenscht van een door hem op 4 Januari 1900 aangegane geldleening onder hypotheclair verband, maar bij het bovenaangehaalde exploit van 28 November van dat jaar wordt hem de aflossing *verboden*. De Heer C. vreest nu, en m. i. terecht, dat indien hij tot aflossing zoude overgaan, hij groot gevaar loopt tegen de betaling geen bevrijding voor zijn perceel te zullen krijgen, daar het hem door het voorloopig bestuur eventueel verleend royement niet door ieder als geldig zoude worden erkend.

Dat de vereeniging in waarheid nog bestaat, kan ondertusschen moeilijk worden betwist. De vraag is, wie kan namens haar handelen? Heeft zij nog rechtspersoonlijkheid? Mag zij die nog hebben?

Ondergeteekende meent met alle bescheidenheid dat aan UEdelachtbare door de wet de taak is opgelegd, een vonnis Uwer Rechtbank uit te lokken, waardoor die persoonlijkheid, nu nog bestaande, aan de vereeniging zal worden ontnomen. Zijn toch bevoegdheden aan het Openbaar Ministerie tot handhaving der rechtsorde toegekend, te beschouwen als verplichtingen, Uwe bevoegdheid hier ter verdediging der rechtsorde op te treden, leest ondergeteekende in art. 10 der wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 32). Een korte toelichting van deze zienswijze zij den ondergeteekende geoorloofd.

Dat de vereeniging feitelijk nog voortbestaat is boven betoogd en zou uit een te houden getuigenverhoor afdoende kunnen blijken. Wat verzet zich nu tegen het optreden van het Openbaar Ministerie, om bij Uwe Rechtbank te requireeren de vervallenverklaring der

vereeniging van hare hoedanigheid van rechtspersoon? *Schijnbaar* dit: dat die rechtspersoonlijkheid een gevolg is van hare erkenning als zoodanig door den Koning voor een nu reeds verstreken tijd. Het komt den ondergeteekende echter voor, dat hier inderdaad alleen van *schijn* mag worden gesproken. De waarheid is anders.

De algemeene regel voor het *bestaan* der zedelijke lichamen, waartoe ook vereenigingen behooren (zie art. 1690 B. W.) wordt gevonden in art. 1700 B. W.

„Alle andere zedelijke lichamen *blijven bestaan* totdat zij „*uitdrukkelijk* zijn ontbonden, volgens hunne instellingen, „reglementen of overeenkomsten of totdat het doel of „het voorwerp der vereeniging ophoudt.”

Van de laatstgenoemde oorzaak van ontbinding is hier geen sprake en een uitdrukkelijke ontbinding heeft niet plaats gehad. Volgens art. 1700 j°. 1690 B. W. beteekent echter bestaan ook het bezit der rechtspersoonlijkheid.

Bevat dan de wet van 1855 eenige afwijking van deze bepaling uit het Burgerlijk Wetboek? Naar de overtuiging van den ondergeteekende moet het antwoord *ontkennend* luiden.

Het verband der artt. 5 tot en met 10 toont duidelijk aan, dat de duur waarvoor eene vereeniging wordt opgericht alleen een verschil maakt voor de *erkenning* der vereeniging. Het is al dadelijk een dwaalbegrip, alsof de Koning (Koningin) aan eene vereeniging *rechtspersoonlijkheid toekent*. De waarheid is, dat er zijn erkende of niet erkende vereenigingen. De erkenning vindt plaats door de wetgevende macht ten aanzien van vereenigingen voor onbepaalden tijd of voor langer dan 30 jaren aangegaan, terwijl vereenigingen voor minder dan 30 jaren aangegaan, door den Koning kunnen worden erkend.

Het *optreden als rechtspersoon* kan niet anders geschieden,

dan na erkenning òf door eene wet òf door den Koning. Maar de rechtspersoonlijkheid *sterft niet*. *Zij gaat niet te niet door den tijd*. Eens geschapen blijft zij zelfstandig voortbestaan totdat de rechter de vervallenverklaring heeft uitgesproken, of op een andere in de wet aangegeven wijze zij heeft opgehouden te bestaan.

Wil men beweren, dat de erkenning door den Koning slechts voor zekeren duur (van minder dan 30 jaren) heeft plaats gehad, *en daarom ook voor niet langer kan werken*, dan verliest men uit het oog, dat aan deze opmerking de *wettelijke grondslag* ontbreekt. Aan haar ontbreekt echter ook de *waarheid der feiten*. De Koning erkent niet eene vereeniging, *voor een bepaalden tijd*, maar, overeenkomstig art. 6 der meergemelde wet, *keurt de Koning de statuten of reglementen der vereeniging goed en door die goedkeuring geschiedt de erkenning*.

Nu is het volkomen juist, dat in de goedgekeurde statuten onder anderen ook de *duur* der vereeniging wordt bepaald. Maar deze duur is één der bepalingen van de statuten, evenzeer als elke andere bepaling daarvan. Zij heeft niet minder maar ook niet méér kracht dan elke andere. De afwijking der vereeniging van hare statuten ten aanzien van het *doel* bijv. kan zelfs van rechtskundig, economisch en staatkundig oogpunt uit bezien, wellicht van veel grootere beteekenis zijn dan die ten aanzien van den tijd. De Koning, goedkeurende de statuten der Werkmansvereeniging „Door Eendracht Sterk” heeft daarmede art. 35 van die statuten goedgekeurd; nu heeft het Openbaar Ministerie er voor te waken, dat niet, in strijd daarmede en met de wet, de vereeniging zich ontpopt tot eene voor onbepaalden tijd aangegane. Het is daarmede als met de ook goedgekeurde bepaling van art. 1. Gesteld, dat de tijd nog niet ware verstreken, maar dat de vereeniging,

in plaats van de middelen tot bereiking van het doel, in art. 1 aangewezen, eenig met 's lands wetten strijdig middel zoude hebben willen toepassen, zoude dan de vereeniging vanzelf ophouden te bestaan? zoude de stelling kunnen worden verdedigd, dat de vervallenverklaring der rechtspersoonlijkheid niet behoeft te worden of niet mag worden uitgesproken, omdat art. 1 der statuten door den Koning goedgekeurd zijnde, aan de vereeniging de rechtspersoonlijkheid ook *alléén* is toegekend onder de *voorwaarde*, dat de geoorloofde en daargenoemde middelen ter bereiking van haar doel worden aangewend? Zoo neen — wat geeft ons dan het recht, om ten aanzien van den tijd tot een andere gevolgtrekking te komen?

Alleen indien feitelijk de vereeniging niet meer bestond, zoude men kunnen zeggen, dat wat niet meer bestaat ook geen rechtspersoonlijkheid meer heeft. Deze Werkmansvereeniging „Door Eendracht Sterk”, bestaat wèl, maar zij bestaat niet meer overeenkomstig hare statuten. Zij is niet meer ook „Door Eendracht Sterk”, integendeel, op eenige vergaderingen, gehouden in het jaar 1903, stonden de Heeren Mrs. K. en H. als leiders van verschillende groepen der leden tegenover elkaar. Elk van beiden ging toen uit van het dwaalbegrip, dat de vereeniging niet meer bestond, maar toch ried elk zijne volgelingen aan, de contributie te blijven betalen en zoo logenstraffen zij met de daad hunne met het recht strijdige opvatting.

De volgelingen van Mr. H. hebben eene commissie van liquidatie benoemd, maar de volgelingen van Mr. K. erkennen die commissie niet; doch eene commissie van liquidatie moet er komen in het belang van het recht en het belang der openbare orde. Moge de Rechtbank door U voorgelicht haar in 't leven roepen!”



Gelijk gezegd is het mij niet mogen gelukken den Heer Officier van Justitie te Alkmaar te overtuigen, dat de door mij verdedigde opvatting juist, die van gezaghebbende schrijvers als DIEPHUIS, ASSER e. a. onjuist is.

Indien ik nu hier voor het rechtsgeleerde publiek mijne opvatting nog eens verdedig, zoo dien ik wel mijne argumentatie nog te versterken. Laat ons dan eens zien, wat de geschiedenis der wet ons daaromtrent kan leeren. Veel is het niet, maar toch blijkt voldoende, dat men er toen niet aan heeft gedacht, de rechtspersoonlijkheid door het enkel verloop van den tijd te laten vervallen.

In de Mem. van Toel. (bijlage Handelingen 1854- '55, blz. 65) lezen wij: „De Artikelen 8 tot 10 (11) zijn noodig, wil men het eenmaal in art. 5 aangenomen beginsel handhaven.

De hoedanigheid van regtspersoon moet niet alleen geweigerd kunnen worden om bepaalde redenen, er moet voortdurend *toezigt* bestaan, ten einde de eenmaal goedgekeurde statuten geen doode letter zijn en de wet onafgebroken geëerbiedigd blijve.

De vereeniging, die de hoedanigheid van regtspersoon erlangde, omdat zij niet gevaarlijk was, moet die hoedanigheid verliezen, zoodra zij in een toestand geraakt, waarin volgens art. 7 haar de rechtspersoonlijkheid zoude geweigerd zijn.

Maar dit *verlies* der rechtspersoonlijkheid moet niet, gelijk de verleening ervan kunnen plaats hebben bij administratieven maatregel. Daartoe is meer, daartoe is een regterlijk onderzoek en vonnis noodig”.

Zou men nu meenen, dat de wetgever, die het verlies der rechtspersoonlijkheid niet eens wilde laten plaats vinden door een administratieven maatregel, dit verlies zonder een enkelen maatregel wilde zien plaats vinden automatisch door het verloop van den tijd?

Maar, zoo zal men misschien vragen, is het wel denkbaar, dat de regeering aan het Openbaar Ministerie zoude hebben willen opdragen de contrôle over al die duizenden vereenigingen, om telkens, wanneer de tijd van haar bestaan zoude zijn verstreken, tegen haar op te treden? Ons antwoord op deze inderdaad gewichtige vraag kan kort zijn en luidt: „De regeering heeft zich van de geheele regeling geen rekenschap gegeven. In de zitting der Tweede Kamer van 5 Maart (zie Handelingen blz. 580) heeft DE KEMPENAER er op gewezen, dat de vrees geuit is voor te groote belemmering van het vereenigingsleven tengevolge van het voorschrift van art. 5 en zegt dan: *„De Minister heeft daarop geantwoord: vreest het niet; er zullen maar weinigen zijn, die zich zullen aanmelden om dit te verkrijgen; de meesten zullen zich zonder dat behelpen”*. Dit antwoord is juist!!! Deze veronderstelling, waartegen geen verzet in de Kamer werd vernomen, is wel karakteristiek en verklaart, waarom men er geen bezwaar in zag aan het Openbaar Ministerie tot taak te stellen voortdurend toezicht te houden op de enkele met rechtspersoonlijkheid voorziene vereenigingen. Trouwens men was in die dagen nog niet gewend veel te vragen, en VAN DER LINDE, die verschillende vragen stelde, o. a. naar de wijze waarop het O. M. zou moeten procederen, kreeg een hoogst bits antwoord van den Minister. Het grootste bewijs echter voor onze stelling, dat geen rechtspersoonlijkheid anders vervalt dan op de conclusie van het O. M., vindt men op de zooeven aangehaalde bladzijde van de Handelingen. Van verschillende kanten was n.l. gevraagd, of de Minister niet te ver ging, door in art. 10 op te nemen, dat, wanneer de rechtbank de vervallenverklaring der rechtspersoonlijkheid van eene vereeniging zoude uitspreken, tegelijkertijd zoude worden benoemd, evenals bij een onbeheerde nalatenschap, een

curator ter vereffening harer zaken. De Minister vond echter, dat het niet anders kon, immers: „Het ideale wezen, de fictie bezit het vermogen, niet de leden en als ik dit denkbeeldig wezen wegneem, dan blijft er over een massa van goederen en rechten, waarop niemand aanspraak heeft”. Kan men nu in gemoede meenen, dat een wetgever, ook al heeft hij nog zoo gebrekkig inzicht in hetgeen hij doet, voor alle vereenigingen, die later zouden ontstaan en die niet bijtijds er om zouden denken hunne rechtspersoonlijkheid bij afloop van den oorspronkelijken tijd te vernieuwen, willens en wetens zoude scheppen een toestand van anarchie? Immers wanneer men, zooals dit geschiedt, aanneemt, dat in zoodanig geval de rechtspersoonlijkheid zonder meer door het enkel tijdsverloop te niet gaat, zoo had de wetgever de vereffening van het vermogen der vereeniging moeten gelasten, ook in dat geval, en niet enkel wanneer de vervallenverklaring bij rechterlijk vonnis is uitgesproken. Zelfs vereischte juist dit geval zeer bijzondere regeling. Want het is in dit geval niet enkel een theoretische kwestie zooals na de uitspraak van het vonnis tot vervallenverklaring der rechtspersoonlijkheid. Willen de leden der vereeniging dan toch eene vereeniging blijven vormen, zoo belet hun niets de deelen van het vermogen voor het doel beschikbaar te houden. Bij verval door den tijd ontstaat er rechtsonzekerheid ook voor derden, zooals voor den hypothecairen debiteur der Hoornsche vereeniging, voor wien ik tevergeefs bij den Alkmaarder Officier van Justitie naar zekerheid heb gezocht. Bij die Hoornsche vereeniging was nog dit bijzondere geval, dat de leden, die tot vereffening wilden overgaan, stonden tegenover hen, die de vereeniging wilden laten voortbestaan. Beide partijen kregen van hunne rechtsgeleerde raadsliden het advies met de betaling der wekelijksche

contributie door te gaan. De advocaat der eene partij grondde zijn advies op de meening, dat de vereeniging toch bestond al had zij haar rechtspersoonlijkheid verloren en dat volgens art. 13 der wet, de onderlinge verhouding der leden van vereenigingen, welke niet als rechtspersonen kunnen optreden, zich regelt naar de vastgestelde reglementen en de algemeene regelen van het burgerlijk recht; de advocaat der tegenpartij durfde niet adviseeren om op te houden met betaling, omdat degeen die niet betaalde, ook ophield met lid te zijn en daardoor zijne aanspraken zoude verliezen op het gemeenschappelijk bijeengebrachte vermogen.

Men ziet tot welk een onhoudbaren toestand men komt door de aanneming van het automatisch einde der rechtspersoonlijkheid van de vereenigingen, waarvan de tijd, bij de oprichting bepaald, is verstreken.

Een zeer vreemde toepassing van het boven door ons aangehaald antwoord der regeering werd door den Hoogen Raad gemaakt in het arrest van de zaak DRUIJVESTEYN d.d. 17 December 1909, W. 8947. De Hooge Raad, overwegende, dat handelingsbevoegdheid en rechtsbevoegdheid samenvallen, zegt: „Terwijl die in de vorige overweging aangenomen beteekenis van art. 5 nog verder „blijkt uit art. 10 en de wijze waarop dit artikel is tot „stand gekomen; dat toch, wat dit laatste betreft, als „bezwaar tegen de voorgestelde regeling werd aangevoerd, „dat met de ontneming der rechtspersoonlijkheid de „gansche vereeniging zou worden vernietigd, en hierop „door de regeering niet werd geantwoord — zooals in „het stelsel van eischeres voor de hand zou gelegen „hebben — dat de vereeniging daadwerkelijk blijft bestaan en haar goederen behoudt, doch alleen haar handelingsbevoegdheid verliest, maar de noodzakelijkheid „der bepaling door de regeering o. a. met deze woorden

„werd betoogd: „het ideale wezen, de fictie bezit het „vermogen, niet de leden en als ik dit denkbeeldig wezen „wegneem, dan blijft er over een massa van goederen „en rechten, waarop niemand aanspraak heeft”.

Er is — zegt de Hooge Raad — bezwaar gemaakt tegen de voorgestelde regeling, dat met de ontneming der rechtspersoonlijkheid de gansche vereeniging zou worden vernietigd; maar dit is geen juiste voorstelling van de strekking van het debat. De regeering had *niet* voorgesteld, dat de geheele vereeniging zou worden vernietigd wanneer de rechtspersoonlijkheid werd ontnomen, en derhalve kon *daartegen* geen bezwaar worden gemaakt. Integendeel had de regeering doen uitkomen, dat eene vereeniging ook na de vervallenverklaring van de rechtspersoonlijkheid zou kunnen blijven bestaan, een gedachte, welke dan ook in de art. 12 en 13 der wet is uitgedrukt. Wat de regeering had voorgesteld, was, dat wanneer de rechtbank bij vonnis de vervallenverklaring der rechtspersoonlijkheid zoude uitspreken in dat zelfde vonnis ook moest worden gelast, dat een vereffening der zaken dier vereeniging onder toezicht der rechtbank moest geschieden. Hiertegen nu hadden verscheiden leden der Kamer bezwaar, omdat men meende, dat de regeering hier te ver ging. Waarom moest, nu de vereeniging hare rechtspersoonlijkheid verloren had, het den leden niet vrijstaan het eens bijeengebrachte vermogen voor dat doel in vrije overeenstemming met elkaar te blijven gebruiken, waar toch in het algemeen het grondwettige recht om zich te vereenigen ook in het Burgerlijk Wetboek in de art. 1690 en volgende gehuldigd door de regeering niet werd opgeheven? Dit was de vraag. Hierop antwoordde de regeering, dat het niet mogelijk was het vermogen te laten voortbestaan als eene eenheid, omdat dit vermogen bij eene

vereeniging, als rechtspersoon erkend, aan de fictieve persoon behoort en niet aan de individuele leden te zamen. Wordt derhalve dit ideale wezen weggenomen, zoo is hier als het ware een onbeheerde nalatenschap. Men begrijpt, dat de regeering onmogelijk het antwoord zoude hebben kunnen geven tegen het geopperde bezwaar, „dat een vereeniging daadwerkelijk blijft bestaan en hare goederen behoudt, doch alleen hare handelingsbevoegdheid verliest” en allermint is het waar wat de Hooge Raad zegt, dat dit antwoord „in het stelsel van eischeres voor de hand zou gelegen hebben”. Dit zoude waar zijn, indien de regeering zoude hebben voorgesteld, dat door het verloop van den tijd de rechtspersoonlijkheid verloren ging en dan die rechtspersoonlijkheid had willen splitsen in rechtsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid. Nòch aan het eene, nòch aan het andere heeft echter de regeering gedacht. Haar stelsel was, zooals wij betoogd hebben, dat de eens erkende vereeniging blijft bestaan als rechtspersoon met rechtsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid, totdat de rechtbank aan die vereeniging wegens afwijking van de statuten die rechtspersoonlijkheid had ontnomen. En in dat stelsel paste niet het betoog, dat de vereeniging bleef bestaan en haar vermogen en rechten behield, omdat nu andere personen als rechthebbenden zouden optreden in plaats van het ideale wezen, dat vroeger het vermogen had bezeten. Het is niets dan een *petitio principii*, wanneer de Hooge Raad veronderstelt (trouwens in overeenstemming met de opvatting der strijdende partijen) dat het enkele verloop van den tijd een einde maakt aan de rechtspersoonlijkheid der vereeniging.

Indien derhalve ooit weer een strijd zoude ontstaan als naar aanleiding van het testament van den Heer DRUIJVESTYEN ontstaan is, zoo zal het bestuur dier

vereeniging niets anders hebben te doen dan zoo spoedig mogelijk eene statutenwijziging uit te lokken met betrekking tot den duur waarvoor zij is opgericht en de Koninklijke goedkeuring daarop vragen, om te voorkomen, dat de wettige erfgenamen van het Openbaar Ministerie uitlokken een optreden tegen de vereeniging, teneinde haar de rechtspersoonlijkheid te ontnemen. Heeft het bestuur dit gedaan zoo zal m. i. de strijd tusschen de vereeniging en de wettige erfgenamen ten voordeele van eerstgenoemde moeten worden beslist. *Immers de eens erkende vereeniging had hare rechtspersoonlijkheid behouden en bestond dus ook op het tijdstip van het openvallen der nalatenschap.*

*Amsterdam, Januari 1911.*

B. J. POLENAAR.

### Eene inaugureele redevoering (1).

---

Daar is in de rede van den „jongen” VAN HAMEL eene frischheid en eene soberheid, die mij aantrekken. Geen opzettelijk geleerdheidsvertoon biedt zij ons, geene veelheid van citaten of noten, maar — bij innerlijke kracht en gloed — een eenvoud in den vorm, welk sympathiek aandoet.

Wijd ik hierom gaarne aan haar enkele regels, er is nog eene persoonlijke reden, die mij daartoe brengt. Voor hem, die door zijn dagelijkschen werkkring als 't ware staat midden in de strafrechtspleging, is 't een genot om van uit die roezige wereld zich nu en dan terug te trekken en in kalmte kennis te nemen van wat de mannen der wetenschap komen mededeelen omtrent die strafrechtspleging, haar karakter, hare beteekenis, de richting waarin zij zich moet bewegen. Een voorrecht is 't voor hem om zóó niet alleen van die wijze mannen te leeren, maar tevens *hunne* wetenschappelijke, theoretische conclusies te toetsen aan wat de practijk *hem* heeft geleerd.

Ook uit dit oogpunt is eene redevoering als de onderhavige van belang. Natuurlijk meer bepaald voor hem, die in het onderwerp zelf belangstelt. Hij, die in de strafrechtspleging uitsluitend ziet een noodzakelijk kwaad, iets dat hoogstens zich kan opwerken tot eene tweede-

---

(1) Mr. J. A. VAN HAMEL, «De taak der strafrechtspleging», uitgesproken te Amsterdam den 28 November 1910.



rangs rechtspraak, zal slechts met matige belangstelling van de beschouwingen van den jeugdigen professor kennis nemen. Maar al wie aan de strafrechtspleging eene meer voorname plaats toekent en doordrongen is van de hoogere, meer ideëele beteekenis, welk daaraan in de maatschappij en het rechtsleven toekomt, zal aan die beschouwingen zijn volle aandacht geven en zich daarover van harte verblijden.

Om eene „aankondiging” van de redevoering is 't mij in de volgende regels niet te doen. Voor den *Themis*-lezer zou zij m. i. eene geringe waarde hebben, en mijzelf zou zij niet bevredigen. Het zij mij dus vergund uit die redevoering datgene te lichten, wat als de hoofdgedachte daarvan is te beschouwen, en daaraan eenige opmerkingen mijnerzijds vast te knooien.

Tegenover de veeleischende, steeds meer op den voorgrond tredende „gemeenschap” het onveranderlijk goed recht van de „persoonlijkheid” bepleit te hebben, schijnt mij van de redevoering zoowel de beteekenis als de verdienste. De eisch van de persoonlijkheid komt zich aan ons opdringen, krachtig, onwéerstaanbaar. Wij zien hem als element van de rechtspleging reeds terug in het rechtsleven der primitieve en wilde volken (blz. 14). Wij zien hem bijzonder sterk geopenbaard in meer dan ééne periode van de wereldgeschiedenis, tijdperken, waarlijk niet van zwakheid of achteruitgang, tijdperken waarin in de strafrechtspleging het beginsel der humaniteit gehuldigd werd: de bloeitijd der Atheensche republiek onder SOLON's hervormingen, toen ook in de strafwetgeving de rechten van het individu werden erkend; de tijd der renaissance en der reformatie, toen de procesvorm werd verbeterd, de straffen werden verzacht; het einde der achttiende eeuw, toen de eerbied voor de persoonlijkheid, als reactie tegen het overheerschende autoritaire

stelsel, zich baan brak; het Engeland van het midden der vorige eeuw, toen de strafrechtspleging werd hervormd en getemperd (blz. 15 en 16). De *overdrijving* van het beginsel verbergt de spreker ons niet; er zijn perioden geweest, waarin het juiste beginsel moest wijken voor eene ziekelijke philanthropie en de misdadiger werd geïdealiseerd; en het hedendaagsche Amerikaansche strafproces, waarin behalve de wezenlijke rechten van den beklaagde ook de *formeele* rechten op de spits zijn gedreven, is daar om ons de nadeelen van een *te ver* doorgevoerd individualisme te doen zien. Aan deze overdrijving is een groot gevaar verbonden, evenals trouwens aan de overdrijving *naar den anderen kant*, wanneer het rechtstreeksch belang der maatschappelijke orde geheel naar voren wordt geschoven en op het gemeenschapsbelang en het afschrikkingsdenkbeeld teveel de nadruk wordt gelegd (blz. 16—19).

Tusschen deze beide uitersten nu ligt de ideale strafrechtspleging; hare taak is meer omvangrijk en gewichtig dan enkel de schuldigen te straffen en de orde te bewaren, n.l. om eene beschavende, opvoedende kracht te zijn; zij zal — zonder aan den eisch van gestrengheid tekort te doen — in zich hebben te vereenigen de elementen van zelfbeheersching, gematigdheid, verdraagzaamheid. Zóó kunnen beide eischen, die van de gemeenschap en die van de persoonlijkheid, het best worden verzoend. Eene algemeene formuleering is voor de wijze, waarop die verzoening zal geschieden, niet te vinden; maar in den gedachtengang van den spreker wordt zij 't meest juist *uitgedrukt*, wanneer men spreekt van eene gezonde en hoogstaande humaniteit (blz. 19—21).

Kan men het voorgaande noemen het *thema* van de redevoering, dan wil ik nu daarop doen volgen: niet eenige variaties, maar eenige kantteekeningen, mij in de

pen gegeven door wat de practijk der strafrechtspleging mij heeft geleerd.

Vooreerst worde dan ook mijnerzijds gewezen op de noodzakelijkheid om ook thans aan het beginsel van de eerbiediging van de persoonlijkheid te blijven vasthouden. Ook thans, misschien moet men zeggen *juist* thans, nu de „nieuwe richting” in het strafrecht zich baan heeft gebroken en bezig is door te dringen overal, zelfs in de rechtzaal, waar 't de rechters zelve zijn, die — vaak onbewust, min of meer bij intuïtie, niet op grond van dogmatische overwegingen maar gedreven door wat de *werkelijkheid* hun te zien en te denken geeft — de nieuwe denkbeelden komen binnenhalen. Waar in de nieuwe richting een tendens is om met de eischen der gemeenschap (maatschappij) niet alleen rekening te houden maar daaraan in sommige opzichten een overheerschenden, alles vernietigenden invloed toe te kennen, heeft het woord, dat opkomt voor de rechten van het individu, dubbele beteekenis. Tegenover QUACK'S „kreet voor de gemeenschap” deed in 1897 de strafrechts-hoogleraar aan de Utrechtsche Universiteit zijn kreet hooren voor het belang der individueele vrijheid ook in het strafproces(1). En thans doet de Amsterdamsche hoogleraar voor die vrijheid zijn stem luide klinken, komt hij in herinnering brengen, in hoeverre door een tendens als bovenbedoeld de waarde van het „vrije leven” wordt miskend, komt

(1) Mr. D. SIMONS, «De verdediging in het strafproces», rede uitgesproken ter aanvaarding van het hoogleeraarsambt den 15 October 1897; blz. 7. — Zie laatstelijk de rede, door hem als rector-magnificus uitgesproken op den 275<sup>sten</sup> gedenkdag der Utrechtsche hoogeschool, 27 Maart 1914, «Het Wetboek van Strafrecht van 1881 en de bestrijding van de misdadigheid», in het bijzonder het slot, waarin hij 't uitspreekt, dat «straffen zonder rechtszekerheid voor het individu, zonder humaniteit overgaat in onrecht».

hij met voldoening constateeren, dat in het programma der moderne school toch ook te vinden is eene groote waardeering van de rechten van het individu.

Nauw hangt hiermede samen, iets, dat wel verdient hier afzonderlijk naar voren gebracht en onder de oogen gezien te worden. Uit de redevoering spreekt eene onverdeelde liefde voor een gezond en krachtig verantwoordelijkheidsgevoel. „Mocht” — zoo wordt onderstellenderwijze van de nieuwe richting gezegd — „zij de mogelijkheid openen, dat in het gebied der strafrechtspleging de begrippen van ziekelijkheid en abnormaliteit zich meer en meer uitbreiden, ook daar zou zij te kort komen in den eerbied voor de persoonlijkheid” (blz. 23). Woorden die m.i. de volle aandacht verdienen en mij in herinnering, brachten het slot van HELJMANS' overbekend en nog actueel Gidsartikel over de „uitwassen der Crimineele Anthropologie”, wanneer hij spreekt van dien naar het ziekelijke overhellenden en door de voorstelling van ziekte en lijden aangetrokken geestesaanleg, van die neiging om in het normale iets abnormaals, in de gezondheid een bijzonder geval van ziekte te zien (1). En, zoo vraag ik mij af, is niet *dit* de opgave voor den tegenwoordigen tijd, waarin *deze* neiging onmiskenbaar is maar aan den anderen kant de strafrechtspleging practisch nog te weinig in staat blijkt te zijn om met de werkelijk bestaande psychische abnormaliteit rekening te houden, om hier een toestand van evenwicht te doen ontstaan en meer rechtvaardigheid te brengen? Ligt in dat gemis aan evenwicht niet de verklaring van het verschijnsel, dat op dit gebied ook bij ons de kennis-making met de strafrechtspleging vaak een gevoel van onvoldaanheid achterlaat? Daarom worde 't nog

(1) *De Gids*, 1901, I, blz. 50 vlg.

eens nadrukkelijk gezegd, dat zij *moeten* en *kunnen* samengaan: de meer juiste en volledige erkenning van de werkelijk bestaande geestelijke stoornissen, de geestesziekten, welke niet alleen rechtvaardigen maar eischen eene andere behandeling dan die welke op de *normale* overtreders der strafwet moet worden toegepast, — èn het verzet tegen een alles verlamdend en elk verantwoordelijkheidsbesef ondermijnend gevoel van ziekelijkheid (sentimentaliteit), hetwelk ook voor de gemeenschap zulke noodlottige gevolgen heeft.

Ik kom nu tot een derde punt, waarin ik ook op grond van mijne ambtelijke ervaring groote beteekenis toeken. Ik bedoel het belang van een, wat ik met één woord zou willen noemen, *waardig* optreden van de justitie. Toen onze Juristenvereeniging in 1909 te Utrecht het brandend en nog op bevredigende oplossing wachtend vraagstuk van de politiebewaring behandelde, toen met name het *politieverhoor* aan critiek werd onderworpen, toen was 't o. a. de toenmalige hoogleeraar VAN HAMEL, die met nadruk wees op het goede voorbeeld, door Engeland in dit opzicht gegeven, waar de *politie* door een rustig en rechtvaardig optreden vertrouwen weet te wekken (1). En toen de Papendrechtsche strafzaak in de Tweede Kamer aanleiding gaf tot de debatten, die ons nog zoo versch in het geheugen liggen, voerde dezelfde spreker zijn auditorium wederom naar onze overzeesche naburen om in het rustige, onbevangene optreden der *justitie* de verklaring te vinden van het feit, dat daar het vertrouwen in de rechterlijke macht zoo groot is (2). In dienzelfden gedachtengang beweegt zich *onze* redenaar. Ook hij voert ons de zee over om ons nogmaals getuige

(1) Handelingen, 1909, II, blz. 93 en 94.

(2) Vergadering van 10 December 1910, Handelingen, blz. 929.

te doen zijn van het geruchtmakende Crippen-proces, hetwelk met even groote volledigheid als onpartijdigheid gevoerd werd en de „olympische rust” deed bewonderen, waarmede de justitie hare taak volbracht. Het deed mij goed deze stemmen te mogen hooren, overtuigd als ik ben dat ook ons land in dit opzicht nog wel iets te leeren heeft. Ook mij trok dat door Engeland gegeven voorbeeld steeds aan. Met het strafproces, zooals het d  ar bestaat, kunnen mij ons voordeel doen, natuurlijk niet om het, in zijn eigenaardig karakter, zoo geheel samenhangend met de Engelsche zeden en eeuwenoude traditie, zoo maar over te nemen, maar om ons telkens en telkens voor den geest te roepen, dat in de strafrechtspleging gestrengheid en zelfbewuste kracht kunnen samengaan met waardigheid, humaniteit en eerbiediging van het individu. Wil de strafrechtspleging ook in het volksbewustzijn haar hoog standpunt blijven innemen, dan zal zij *dat* karakter hebben te handhaven. Alleen door eene volstrekte eerbiediging van het recht van den   nling, en door eene wijze van optreden, die daarvan onder alle omstandigheden blijken doet, kan zij hare grootsche taak vervullen: werkzaam te zijn tot de verwezenlijking van de rechtsidee.

En nu nog   ene opmerking ten slotte, verband houdende met de wijze, waarop de nieuwe hoogleeraar geacht mag worden zijne taak als docent niet alleen maar tevens als leider en bezieler der studeerende jongelingschap te zullen opvatten. Wat mij in de redevoering aangenaam trof, is de daaruit sprekende erkenning van de noodzakelijkheid om bij de wetenschappelijke behandeling van het strafrecht rekening te houden met de *geschiedenis*, den ontwikkelingsgang, en uit lang vervlogen tijdperken datgene op te diepen, wat nog voor het heden waarde bezit. Hij, die kennis nam van des schrijver's Gidsartikel

nu twee jaar geleden, waarin herinnerd werd aan het verband tusschen den „verlichtingstijd” van eene eeuw geleden en de hedendaagsche strafrechtsbeweging, gewezen werd op het *verschil* maar ook op de *overeenkomst* tusschen het oude en het nieuwe (1), . . . hij zal van dezen criminalist niet anders hebben verwacht. En hij, die diezelfde waardeering voor de zegeningen van de oudere school terugvond in meer dan ééne uitlating van den *vader* VAN HAMEL — ik herinner o.a. aan diens opstel „Kriminal-Aetiologie” in een Duitsch tijdschrift (2) — hij zal hier aan de wet der erfelijkheid haar gezag niet betwisten. Ook in dit opzicht zal de opvolger de traditie van zijn voorganger voortzetten. Tegenover de neiging, bij vele woordvoerders van de nieuwe richting aanwezig, om in hun ijver voor het maken van *propaganda* zoover te gaan, dat zij geen oog meer hebben voor het goede van de oudere richting en dus in hunne beoordeeling daarvan schromelijk onbillijk zijn, acht ik dit een heugelijk verschijnsel. RENAN'S uitspraak, dat de ware mannen van den vooruitgang zij zijn, die eerbied voor het verledene hebben (3), heeft m. i. ook op dit gebied hare volle beteekenis.

En zoo vervulle dan de nieuwe hoogleeraar met liefde de schoone, benijdenswaardige taak, door hem onder gunstige auspiciën aanvaard. Hij behoude daarbij die frischheid van geest, die kracht van overtuiging, welke spreken uit zijne inaugureele rede. En wanneer hij zijn

---

(1) *De Gids* 1909, II, blz. 11 vlg. («Strafrechtspolitiek van voor honderd jaar».)

(2) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXI (1901), blz. 345 vlg.

(3) Aangehaald in de voorrede van het mooie werk van ADOLPHE PRINS «Science pénale et droit positif», 1899.

wensch mag zien verwezenlijkt om niet alleen goede juristen te kweeken maar bovendien te bezielen tot groote idealen, dan zal zijn onderwijs ten goede komen én aan de strafrechtswetenschap, welke beteekenis nog steeds is toenemende, én aan de Universiteit, waarvan zijn vader een sieraad was.

*Den Haag*, 15 Mei 1911.

S. J. M. VAN GEUNS.



*Wettelijke Monumenten-bescherming.* Adviezen en voorstellen aan en van den Nederlandschen Oudheidkundigen Bond. 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1910.

Op voorstel van den Leidschen Archivaris Mr. J. C. OVERVOORDE werd op de jaarvergadering van den Nederlandschen Oudheidkundigen Bond, in 1901 te Edam gehouden, eene motie aangenomen waarbij het waken voor het behoud en de goede verzorging van oude kunstwerken tot een eereplicht van den Staat verklaard werd en eene beschrijving van de in Nederland nog aanwezige oude bouwwerken en eene wettelijke regeling tot speciale bescherming en verzekering van hun behoud noodzakelijk werden geacht. Zes jaar later, in 1907, besloot de Bond in zijne Algemeene Vergadering, te Kampen gehouden, eene commissie te benoemen, die zou nagaan, „welke wettelijke maatregelen in het belang van het behoud van monumenten voor Nederland geschikt en gewenscht zijn”. Die Commissie werd samengesteld als volgt: Jhr. Mr. V. E. L. DE STUERS (Voorzitter), Mr. M. J. DUPARC, Mr. SEERP GRATAMA, Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, Mr. J. C. OVERVOORDE, Jhr. Mr. A. F. O. VAN SASSE VAN YSSELT, Dr. C. W. VOLLGRAFF, JAN KALF (Secretaris).

Den 15<sup>den</sup> Febr. 1910 zond de Commissie haar rapport bij het Bestuur van den N. O. B. in, dat op 22 April in de groote zaal van het Haagsehe Schildersgenootschap Pulehri Studio eene buitengewone vergadering belegde, waar de heeren DE STUERS, GRATAMA, VOLLGRAFF, BERLAGE

en KALF de strekking en beteekenis van het rapport nader uiteenzetten. Tal van vereenigingen hadden op die vergadering een vertegenwoordiger gezonden. Ten slotte werd met algemeene stemmen de volgende motie aangenomen :

„De buitengewone vergadering van den Nederlandschen Oudheidkundigen Bond, bijgewoond door vertegenwoordigers van tal van vereenigingen tot bevordering van bouw- en schilderskunst, van oudheidkunde en geschiedenis, van touristen- en vreemdelingenverkeer en door een groot aantal belangstellenden, gehoord de uiteenzetting door de heeren DE STUERS, GRATAMA, VOLLGRAFF, KALF en BERLAGE gegeven van de voorstellen belichaamd in het aan den Oudheidkundigen Bond uitgebracht rapport in zake wettelijke bescherming van monumenten van geschiedenis en kunst, betuigt hare instemming met het streven naar eene zoodanige regeling en verzoekt het Bestuur van den Oudheidkundigen Bond om bij de Regeering krachtig aan te dringen op het spoedig ontwerpen eener wet in overeenstemming met de hoofdbeginselen in bovengenoemd rapport aangegeven.”

Deze feiten heb ik ontleend aan hetgeen de Secretaris van den Oudheidkundigen Bond mededeelt in de voorrede van het werkje, welks titel boven deze aankondiging is afgedrukt.

Dat werkje bevat de redevoeringen van de vijf hierboven genoemde sprekers en als bijlage het „Verslag der Commissie ter Voorbereiding van Wettelijke Monumentenbescherming”.

Wat de Commissie voorstelt luidt als volgt:

- I. Van Rijkswege worden onroerende zaken, die tenminste 50 jaar oud zijn, of onderdeelen daarvan, beschermd:
  - a. voor zoover zij behooren aan openbare lichamen, instellingen onder openbaar bestuur, kerkgenootschappen

of kerkelijke instellingen, indien zij belangrijk zijn voor geschiedenis of kunst;

b. voor zoover zij behooren aan particulieren of aan niet onder *a* vallende stichtingen of zedelijke lichamen, indien zij bijzonder belangrijk zijn voor geschiedenis of kunst.

(Men lette op het onderscheid tusschen belangrijk en bijzonder belangrijk.)

2. Ten behoeve hunner bescherming worden de bedoelde onroerende zaken of onderdeelen daarvan geklasseerd (1) als „beschermde monumenten van geschiedenis en kunst”, bij besluiten van een daartoe in te stellen Rijkscommissie, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van den eigenaar. De besluiten betreffende de klasseering worden ter algemeene kennis gebracht, medegedeeld aan de betrokken (2) eigenaren en, nadat zij te hunnen opzichte onherroepelijk zijn geworden, ingeschreven in de openbare registers.

Hetzelfde geldt ten opzichte van de klasseeringsbesluiten, wegens veranderde omstandigheden door de Rijkscommissie ingetrokken.

3. De in punt 2 bedoelde Commissie is tevens belast met het voorschrijven van maatregelen in het belang van de instandhouding der geklasseerde onroerende zaken en met het houden van toezicht op de uitvoering daarvan.

4. Een geklasseerde onroerende zaak of het geklasseerde onderdeel daarvan mag niet worden vernietigd, gewijzigd, hersteld of aan aanbouw onderworpen, dan na verkregen machtiging van de in punt 2 bedoelde Rijkscommissie.

---

(1) Waarom niet ingeschreven? of moeten wij, nu wij eene *reclasseering* hebben in onze wetgeving, maar in gansch anderen zin, noodzakelijk ook eene *klasseering* krijgen?

(2) Dit woord is, dunkt mij, overbodig.

Aan die machtiging kunnen voorwaarden verbonden worden in het belang van geschiedenis en kunst.

5. Het openbaar lichaam, eigenaar eener geklasseerde onroerende zaak, kan door de Rijksc commissie worden aangeschreven de door haar voor de instandhouding der zaak noodig geachte werken uit te voeren binnen een door haar te bepalen tijd en is gehouden daarbij te volgen de door haar gegeven aanwijzingen. Blijft het in gebreke, dan worden de werken van Rijksweg uitgevoerd. De kosten der instandhouding kunnen geheel of gedeeltelijk voor rekening van het Rijk worden gebracht.

Ieder ander eigenaar eener geklasseerde onroerende zaak is verplicht deze in stand te houden. Bij nalatigheid moet hij toelaten, dat de instandhouding geschiedt van Rijksweg, in welk geval de kosten dezer instandhouding, voor zooverre de eigenaar er niet door wordt gebaat, voor rekening van het Rijk worden gebracht.

(Is dat niet eene belooning van nalatigheid?)

6. Eene geklasseerde onroerende zaak kan ten algemeen nutte worden onteigend.

7. Van de in de punten 2, 4, 5 en 11 bedoelde beslissingen kan de belanghebbende binnen eene maand, nadat die beslissing te zijner kennis werd (lees: is) gebracht, in beroep gaan bij den Minister van Binnenlandsche Zaken. Indien op zulk beroep niet binnen drie maanden is beslist, wordt het geacht gegrond te zijn bevonden. Hangende het beroep is de bepaling van punt 4 toepasselijk.

8. Aan de gemeenteraden wordt de bevoegdheid verleend maatregelen te treffen tegen wijziging in de omgeving van geklasseerde onroerende zaken, welke voor deze nadeelig zijn (lees: is).

9. Bij de oprichting eener inrichting als bedoeld in art. 1 der Hinderwet, binnen een kring van 200 M. van

een geklasseerde onroerende zaak, is het gemeentebestuur verplicht eene kennisgeving, als voorgeschreven in art. 6 dier wet, te zenden aan de in punt 2 genoemde Rijkscommissie.

10. Roerende zaken, wegens de daaraan door de gerechtigden gegeven bestemming, kennelijk tot onroerende zaken behoorende, worden, indien zij belang bezitten voor geschiedenis en kunst, als onroerende zaken beschouwd.

11. Roerende zaken, belangrijk voor geschiedenis of kunst, voor zooverre zij behooren aan openbare lichamen, worden door de in punt 2 bedoelde Rijkscommissie geklasseerd en mogen niet worden vernietigd, gewijzigd, hersteld, vervreemd of verpand, zonder de machtiging dier Rijkscommissie, die aan deze machtiging voorwaarden in het belang van geschiedenis of kunst kan verbinden. De klasseeringsbesluiten — en, eventueel, hunne intrekking — worden ter algemeene kennis gebracht en medegedeeld aan de daarbij betrokken besturen van openbare lichamen.

12. Van alle toevallig in den bodem gevonden oudheden, hetzij onroerend, hetzij roerend, is de vinder verplicht binnen 24 uur aangifte te doen bij den burgemeester der gemeente, waarin de vondst geschiedde (lees: geschied is).

13. De vinder of de eigenaar van het terrein, waarin de vondst plaats had, is verplicht aan den daartoe door den Minister van Binnenlandsche Zaken aangewezen ambtenaar gelegenheid te geven de gevonden oudheden te onderzoeken en af te beelden, gedurende een door dezen ambtenaar te bepalen termijn, doch niet langer dan zes weken nadat de aangifte is geschied. Het is verboden gedurende dit tijdsbestek gezegde oudheden te vernietigen, te wijzigen of te vervreemden.

14. Zij, die opgravingen willen ondernemen met het doel oudheden te vinden, zijn verplicht daartoe machtiging te vragen aan den Minister van Binnenlandsche Zaken, die deze machtiging niet verleent, dan onder voorwaarden, welke een wetenschappelijk onderzoek waarborgen. Deze machtiging wordt geacht te zijn verleend, indien zij niet binnen zes weken na de aanvraag geweigerd is.

15. Indien bij het doen van gravingen, ook zonder dat zij geschieden met de bedoeling oudheden te vinden, zoodanige oudheden worden aangetroffen, als het vermoeden wettigen, dat een wetenschappelijk onderzoek gewenscht is, heeft de Regeering de bevoegdheid binnen twee weken nadat van de vondst aangifte is gedaan, aan de voortzetting der graving voorwaarden te verbinden, welke het bedoeld onderzoek waarborgen. De door den ondernemer der graving tengevolge van deze tusschenkomst geleden schade wordt van Staatswege vergoed.

16. Van terreinen, waarin oudheden van groot historisch belang aanwezig zijn, kan onteigening plaats vinden. Ten behoeve der voorbereiding van deze onteigening is de eigenaar of gebruiker van terreinen verplicht de werkzaamheden, bedoeld in art. 9 der onteigeningswet, toe te laten.

17. Handelingen in strijd met bovenstaande bepalingen, of belettende de uitvoering daarvan, worden strafbaar gesteld en beschouwd als overtredingen. —

Van de redevoeringen in de vergadering van 22 April 1910 gehouden zal ik geen uitvoerig overzicht geven.

Jhr. Mr. VICTOR DE STUERS gaf treffende staaltjes ten beste van onverschilligheid en zorgeloosheid ten aanzien van historische monumenten, en wees er op, dat er gelukkig nog veel schoons en merkwaardigs is dat wij behooren te redden. Mr. S. GRATEMA hield een juridisch betoog tot toelichting van de voorstellen der commissie.

Prof. Dr. C. W. VOLLGRAFF deed een beroep op hetgeen in de eerste plaats noodig is: steun, sympathie, mede werking. Met ingenomenheid haalde hij de woorden aan van art. 61 van de reeds in 1834 afgekondigde Grieksche wet op de oudheden en opgravingen: „Alle „oudheden in Griekenheid worden, als werken der „voorouders van het Grieksche volk, beschouwd als „nationaal bezit van alle Grieken te zamen”. H. P. BERLAGE Nzn. lichtte het standpunt toe, dat de moderne architecten inzake het vraagstuk der oude monumenten innemen; en JAN KALF deed in een doorwrochte rede uitkomen, welke kostelijke bronnen voor de geschiedenis onzer beschaving die oude gedenkstukken zijn. —

Dat thans met zoo veel nadruk de aandacht op deze zaak gevestigd is, komt mij alleszins prijzenswaardig voor. Reeds een zestal jaren geleden heeft Prof. MOLENGRAFF, die tot de leden van bovengenoemde commissie behoort, in een onzer meest gelezen tijdschriften (1) de „bewaring van gedenkstukken van geschiedenis en kunst” bepleit. Hij wees daarbij op de Engelsche wet van 1882, de *Ancient Monuments Protection Act*; op een soortgelijke wet, van 2 April 1883, in Finland geldende, op de Zweedsche wet van 29 November 1867, de Fransche van 30 Maart 1887, die van Neuchâtel van 4 November 1902, die van Hessen van 16 Juli 1902, die van Bern van 16 Maart 1902 en de Italiaansche wetten van 12 Juni 1902 en 27 Juni 1903.

Zelfs de Bei van Tunis is niet achtergebleven en heeft een dekreet van 7 Maart 1886 uitgevaardigd betreffende den eigendom en de bewaring van oudheden en voorwerpen van kunst.

En Nederland? De Wetgever heeft nog niets gedaan.

(1) *De Gids*, 1905, dl. III, blz. 44-72.

De Regeering heeft een paar keer gemeend te moeten ingrijpen, toen gemeentebesturen historische gedenkstukken van groote waarde, ook uit een oogpunt van kunst, wilden vervreemden. Prof. MOLENGRAAFF noemt een drietal Koninklijke besluiten waarbij gemeenteraadsbesluiten tot verkoop van gedenkstukken van geschiedkundige waarde, als in strijd met het algemeen belang zijn vernietigd: namelijk die van 9 Sept. 1881 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 154) en 1 Febr. 1884 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 26) betreffende den zilveren beker door MAXIMILIAAN VAN BOURGONDIË aan de gemeente Veere ten geschenke gegeven, en dat van 24 Febr. 1897 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 68) betreffende den zoogenaamden Globebeker, in 1607 aan de gemeente Franeker geschonken. Ook is bij Kon. Besl. van 27 Juli 1900 gehandhaafd een besluit van Gedeep. Staten van Zeeland, die goedkeuring onthouden hadden aan een raadsbesluit van Veere tot verkoop van den Campveerschen toren.

Nog wijst Mr. MOLENGRAAFF op eenige andere maatregelen van de Nederlandsche Regeering tot behoud van monumenten en op de instelling, bij K. B. van 7 Juli 1903, n<sup>o</sup>. 44, van eene Rijksc commissie tot het opmaken en uitgeven van een inventaris en eene beschrijving van Nederlandsche monumenten van Geschiedenis en Kunst.

Aan het slot van deze aankondiging — want meer heb ik niet kunnen geven — wil ik nog op één punt de aandacht vestigen.

Wat baten — zou ik willen vragen — wettelijke maatregelen tot bescherming van merkwaardige kerken, torens en kasteelen, als het gevaar blijft bestaan, dat door den bliksem of 'smenschen onvoorzichtigheid in één etmaal een kostbaar bouwgewrocht door de vlammen verslonden wordt?

Kan de zorg voor het blusschen van brand wel uit-



sluitend aan de gemeentebesturen blijven worden overgelaten? Zijn de brandblusmiddelen van kleine gemeenten er op ingericht om het vuur te bedwingen, als het zulke vaak reusachtige gebouwen heeft aangetast?

Kan men dien eisch aan het bestuur van eene dorpsgemeente stellen?

Men heeft eene Rijksveldwacht, zou men ook niet een Rijksbrandweer moeten hebben? of althans eene provinciale brandweer? Indien in elk onzer provinciale hoofdplaatsen een flink brandweerstation gevestigd was, van waaruit hulp kon verleend worden, waar de plaatselijke brandblusmiddelen te kort schoten, zou er — bij de snelle middelen van vervoer onzer dagen — reeds een flinke stap gedaan zijn.

Moge — en met dezen wensch eindig ik mijn aankondiging — de arbeid der Commissie niet vergeefs zijn geweest, en het Nederlandsche volk meer en meer toonen, dat het naast belangstelling in het Heden en zorg voor de Toekomst ook Liefde voor het Verleden heeft.

's-Gravenhage, Febr. 1911.

MR. C. BAKE.

*Beginselen van Handelsrecht volgens de Ned. Wet,*  
door Mr. J. G. KIST. Derde deel. Handelsver-  
bintenissen uit overeenkomst. Tweede stuk.  
3<sup>e</sup> herziene en vermeerderde druk, door Mr. L. E.  
VISSER. 's-Gravenhage, 1910.

De nieuwe uitgaaf van het werk van KIST door Mr. VISSER behoeft geen aanbeveling meer bij het rechtsgeleerd publiek. Elke nieuw verschijnende aflevering wordt met vreugde begroet en alleen betreurd dat de eene de andere niet vlugger opvolgt: tusschen het voorlaatste stuk dat ik in dit Tijdschrift mocht aankondigen en het jongste ligt een tijdsverloop van ruim 4 jaren.

Het nu verschenen tweede stuk van het deel over de handelsverbintenissen uit overeenkomst loont weder ten volle de moeite van de kennismaking. Het vangt aan met een korte, heldere inleiding over de handelsvereniging in meer uitgebreiden zin en de belangrijkste groep daarvan, de handelsvennootschappen, alle ontsproten uit de burgerlijke maatschap en met deze onderscheiden van het zedelijk lichaam door haar doel, bevordering van de stoffelijke belangen harer leden. Daaraan wordt, als het geheele vereenigingswezen rakend, vastgeknoopt een schets van den aard der rechtspersoonlijkheid, kenbaar aan de zelfstandige aansprakelijkheid van het lichaam met uitsluiting van die der leden, waarna als hoofdinhoud volgt de uiteenzetting van het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van de handelsvennootschap onder firma.

Een stof dus opzichzelf aantrekkelijk, omdat de praktijk

ons telkens met haar in aanraking brengt, en behandeld door Mr. VISSER met de hem eigen duidelijkheid en frischheid, waardoor men vergeet met een leerboek te doen te hebben en de lezing en overweging zijner beschouwingen een niet alleen nuttig maar ook aangenaam werk is.

De bewerking is zoo goed als geheel nieuw en heeft uit het oogpunt van systematiek veel gewonnen. Zooals Schrijver mededeelt heeft hij zijn voornemen om den tekst van KIST zooveel mogelijk op den voet te volgen, hier moeten opgeven, aangezien diens systeem tot herhalingen leidde. Vermoedelijk doelt Schrijver op de omstandigheid dat KIST, die aan de bespreking der verschillende vennootschappen van koophandel deed voorafgaan eene behandeling van de maatschap, de gemeenschappelijke basis voor de verhouding der vennoten onderling, niet kon nalaten daarbij reeds telkens te wijzen op de punten van verschil met de handelsvennootschappen. Bovendien wijkt Mr. VISSER soms in hoofdpunten van zijn voorganger af.

Uiterlijk evenwel heeft hij getracht zijn eenmaal aangenomen systeem getrouw te blijven: de aanduiding van den nieuwen tekst door een grooter lettertype en plaatsing tusschen vierkante haken is gebleven.

Maar daardoor valt dan ook terstond in het oog hoe weinig van den vorigen druk onveranderd is gebleven, zoo zelfs dat het m. i. niet twijfelachtig is dat het beter geweest ware wanneer hij die onderscheiding nu reeds had doen vervallen, wat toch bij een volgenden druk niet zal uitblijven, terwijl desnoods in noten kon worden aangegeven welke gedeelten behouden zijn of — zooals ook nu soms geschiedt — hoe het afwijkend betoog van KIST luidde. Een tekst bijna geheel tusschen haken geplaatst is wel wat zonderling.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat ook van de volgorde van den vorigen druk afgeweken is, daar het expeditie- en het vrachtcontract, die bij Kist evenals in het Wetboek onmiddellijk volgden op het commissiecontract, waarmede het vorige stuk besloot, overgeslagen zijn; de reden daarvan wordt niet vermeld.

Ons wetboek is op het stuk der vennootschappen van koophandel en die onder firma in 't bijzonder uiterst beknopt, heel wat beknopter dan bijv. het Deutsche Handelsgesetzbuch. Hoewel soberheid een deugd is bij den wetgever, mag men toch eischen dat de beginselen duidelijk in de wet zijn neergeschreven en niet aan de wetenschap en rechtspraak ter oplossing worden overgelaten. Wij zullen natuurlijk bij deze aankondiging Schrijver niet volgen in zijn onderzoek van de vele, voor een deel oude en bekende, rechtsvragen die hij op zijn weg ontmoette. Een enkele greep hier en daar moge volstaan, bij een werk dat toch door ieder zal geraadpleegd worden waar hij het noodig heeft.

Dat, zooals Schrijver opmerkt, in de definitie die de wet in art. 16 van de handelsvennootschap onder firma geeft, juist datgene ontbreekt wat haar onderscheidt van de andere vennootschappen van koophandel, de onmiddellijke en onbepaalde aansprakelijkheid der vennoten jegens derden, en deze eerst later in een afzonderlijk artikel volgt, is ofschoon niet fraai minder erg.

De strijd waartoe het bekende art. 22 over de oprichting der v. o. f. door te groote beknoptheid aanleiding gaf is, althans in hoofdzaak, wel beslecht. Toch schijnt het niet overbodig dat nog eens duidelijk in het licht gesteld wordt (blz. 210), dat dit artikel een voorschrift van bewijs inhoudt, dat dus alleen toepassing vindt wanneer het bestaan der vennootschap bewijs behoeft, doordat het betwist wordt.

Mr. V. vereenigt zich op historische gronden met de nu haast algemeen gedeelde uitlegging, dat de bedoeling der bepaling alleen is voor de vennooten, zoowel onderling als tegenover derden, het bewijs van het bestaan eener vennootschap door getuigen uit te sluiten, niet dus door eed of bekentenis, en zelfs neemt hij die uitsluiting slechts aan zoolang geen begin van bewijs door geschrift aanwezig is en acht hij haar alleen toepasselijk wanneer het gaat om het bestaan der vennootschap en niet slechts om de daarbij overeengekomen voorwaarden.

Een punt waarover nog wel misverstand heerscht, en dat wij op blz. 203 aangeroord vinden, betreft het processueel optreden der vennootschap onder firma. Volgens art. 5, 2<sup>o</sup>., 2<sup>o</sup> lid B. R. zal de dagvaarding den naam der vennootschap moeten uitdrukken wanneer zij daarin als eischende of verwerende partij voorkomt. Dit geldt trouwens voor elke maatschap.

Men heeft daarin wel gelezen dat in zaken van vennootschap of maatschap deze steeds zelve als eischer of verweerder moet optreden. Noodig is dat zeker bij rechtspersonen, maar met Schrijver en v. Rossem in zijn bekend werk ad art. 5 schijnt het mij onjuist in die bepaling iets anders te zien dan een voorschrift hoe andere vereenigingen moeten optreden *indien* de deelhebbers als eenheid wenschen te dagvaarden of gedagvaard worden, maar bedoelt zij geenszins een verbod om gezamenlijk, ieder onder eigen naam, met vermelding van de kwaliteit die hen vereenigt, in rechte te verschijnen. Zoodat de dagvaarding ten verzoeken van X en Y, als te zamen handelende onder de firma Z, evenzeer geoorloofd is als die ten name van de handelsvennootschap onder de firma Z. Art. 5 toch is een voorschrift van procesrecht, slechts bestemd om de tegenpartij te doen weten wie tegenover

hem in rechte staat. Bij een rechtspersoon is dat geen ander dan deze zelf, bij andere vereenigingen de gezamenlijke leden of vennooten als zoodanig, wat kan worden uitgedrukt door hen allen te noemen met vermelding van hoedanigheid, maar ook, volgens genoemd artikel, door vermelding van den gemeenschappelijken naam.

Een andere vraag is evenwel, wie bij rechtspersonen, die van nature geen orgaan hebben, feitelijk het proces zal leiden, een vraag van materieel recht, waarop het antwoord gegeven zal worden door de Statuten en anders door de wet, art. 1692 B. W. of speciale wetsbepalingen. Dat hieromtrent wel misverstand bestaat blijkt uit twee zeer recente arresten van den Hoogen Raad (in *W. v. h. R.* 9110 en 9119) en de daarbij vernietigde rechterlijke beslissingen, waarbij resp. een naamlooze vennootschap en een coöperatieve vereeniging als eischeressen niet ontvankelijk waren verklaard, op grond dat zij, de eene volgens hare statuten de andere krachtens de wet op de coöperatieve vereenigingen, in en buiten rechte vertegenwoordigd werden door haar bestuur en mistdien dat bestuur had moeten optreden.

Als ik mij niet bedrieg vervalt v. Rossem in dezelfde fout, waar hij (blz. 34) leert dat art. 5, 2<sup>o</sup>., 2<sup>e</sup> lid, niet uitsluit dat krachtens art. 1692 B. W. het bestuur van een zedelijk lichaam — of krachtens de statuten eener naamlooze vennootschap, het bestuur der vennootschap — in rechte optreedt. Al sloot die wetsbepaling dat niet uit (de Hooge Raad maakte in het arrest in *W.* 9110 tevens uit dat het voorschrift dat de eischende rechtspersoon in de dagvaarding onder haar eigen naam moet voorkomen van openbare orde is) het is in strijd met het beginsel dat ieder die procedeert, natuurlijke of rechtspersoon, dat moet doen onder eigen naam, tenzij de wet uitdrukkelijk

het tegendeel zegt. Art. 5, 2<sup>o</sup>. 2<sup>e</sup> lid, behelst dan alleen deze uitzondering of uitbreiding, dat het toelaat dat ook vereenigingen die geen rechtspersoon zijn onder den gemeenschapsnaam procederen. Art. 1692 B. W. echter en voorschriften in eenige speciale wetten hebben met de formeele vereischten der dagvaarding niets te maken en behelzen de vrij overbodige, bij de naamlooze vennootschap bijv. ontbrekende, bepaling dat het proces voor het zedelijk lichaam enz., zoo niet anders is voorgeschreven bij de statuten, gevoerd wordt door zijn bestuur, maar geenszins dat het *ten name van* het bestuur of van de bestuurders moet of mag gevoerd worden (1).

Hetzelfde beginsel beheerscht de vraag, die herhaaldelijk in *utramque partem* beslist is, of de ontbonden vennootschap in liquidatie of de liquidateur in het geding moet optreden (2). Eenmaal aangenomen dat de liquideerende vennootschap nog bestaat, spreekt het m. i. vanzelf dat zij, als degene om wier rechten en verplichtingen 't gaat, partij moet zijn in het proces, al berust de feitelijke leiding daarvan bij den liquidateur, die de geheele vereffening bestuurt. Wat de vennootschpp onder firma betreft zegt art. 32 K. trouwens met zooveel woorden dat de vereffening moet geschieden in naam van de firma. Mr. VISSER echter (blz. 304) is van oordeel dat zoowel de vennootschap in liquidatie als de liquidateurs q.q. kunnen optreden.

(1) Wel bevat art. 19 der Onteigeningswet een uitzondering, door te bepalen dat het geding tot onteigening gevoerd wordt *op naam van* den Commissaris der Koningin of van het hoofd van het bestuur der gemeente of op naam van het bestuur van een waterschap. Ook de artt. 71 der Gemeentewet en 33 der Provinciale wet bevatten de bijzondere bepaling dat de Burgemeester resp. de Commissaris in alle gedingen namens de gemeente of provincie optreedt *en de vonnissen en gewijsden voor of tegen hem uitgesproken en ten uitvoer gelegd worden*.

(2) Zie o. a. *W. v. h. R.* nos. 8108, 8185, 8213, 8305.

Een ander punt waarin wij niet met hem kunnen meegaan betreft de vraag of vennoten ook verbonden zijn voor verplichtingen der vennootschap indien zij na het aangaan daarvan tot de vennootschap zijn toegetreden. Mr. KISR beantwoordde die vraag ontkennend op grond van het stilzwijgen der wet, DIEPHUIS (*Handelsrecht* I, blz. 63) bevestigend, evenals LYON CAEN en RENAULT, door schrijver aangehaald, laatstgenoemden op grond dat de wet niet onderscheidt. VISSER wil (blz. 275) verschil maken of het optreden van den nieuwen vennoot behoorlijk ingeschreven en openbaar gemaakt is en alleën in dat geval hem ontslaan van aansprakelijkheid voor de oude schulden. Zijn redeneering dat er dan geen aanleiding is om derden te bevoordeelen door hem een schuldenaar erbij te geven, met wien bij het aangaan der handeling geen rechtsband geboren werd, schijnt mij niet krachtig genoeg tegenover het stellige voorschrift der wet dat elk der vennoten aansprakelijk is voor de verbintenissen der vennootschap. Het mag een onverwacht voordeel zijn voor de schuldeischers der vennootschap dat zij een schuldenaar meer krijgen — als deze ten minste vermogen bezit — maar dat is het evenzeer wanneer aan een der oude firmanten een fortuin te beurt valt waarop zij niet gerekend hadden. En wat zijn oude schulden? Ook die welke haar oorzaak vinden in een vóór zijn opname in de vennootschap aangegaan contract waarvan de uitvoering echter eerst na zijn optreden moet geschieden?

't Geldt hier m. i. wel degelijk een beperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid der vennoten, door Schrijver zelf genoemd een bestaansvoorwaarde der vennootschap onder firma, en daarom zonder uitdrukkelijk wetsvoorschrift ongeoorloofd.

Voor den nieuwen vennoot behoeft dat geen onbillijk-



heid mede te brengen. Vooreerst staat er tegenover dat hij medegerechtigd wordt tot de vroegere verbintenissen tegenover de vennootschap aangegaan en hij zal zich vooraf op de hoogte gesteld hebben van den stand van zaken en de voorwaarden zijner toetreding daarnaar geregeld hebben. Derden hebben daarmede echter niet te maken.

In elk geval lijkt de onderscheiding die VISSER maakt mij niet voldoende gemotiveerd. Bij gemis van publicatie van de opname van den nieuwen vennoot, zegt hij, behoeven derden zich niet af te vragen of de verbintenis is ontstaan vóór dan wel na zijn optreden en kunnen zij volstaan met aan te toonen dat de nieuwe vennoot zich als zoodanig gedraagt en behoeven niet te bewijzen dat zulks reeds tijdens de betreffende transactie het geval was. Dat de vennoot zich ten minste kan bevrijden door het tegendeel te bewijzen, zegt hij niet. Maar al is dat de bedoeling, dan ontgaat mij toch het gewicht van de onderscheiding waardoor de schuldenaar in zooveel ongunstiger positie komt. Schrijver komt m. i. dan ook in strijd met zijn even tevoren verkondigde stelling dat art. 18 met het hoofdelijk aansprakelijk stellen alleen het oog gehad kan hebben op de vennootschap zooals die tijdens het aangaan der transactie zich aan de schuldeischers voordeed. Als dat zoo is — wat ik niet aanneem — dan gaat 't ook niet aan iemand aansprakelijk te stellen die bij het aangaan der transactie noch vennoot was noch zich als zoodanig gedroeg en doet 't er niets toe óf zijn latere toetreding al of niet gepubliceerd is.

Ten slotte willen wij wat langer stilstaan bij de veelbesproken verhouding van het vennootschappelijk kapitaal tot de vennoten en de schuldeischers. Zij hangt samen

met het rechtskarakter der vennootschap en is praktisch van het grootste belang.

Dat de vennootschap onder firma naar ons stellig recht niet is rechtspersoon wordt tegenwoordig bijna algemeen aangenomen. Wel gebruikt de wet menigen term die op het tegendeel schijnt te duiden, spreekt zij van verbintenissen en van de kas der vennootschap, kent zij haar een afzonderlijk domicilie, een eigen naam of firma toe, waaronder zij ook in rechte kan verschijnen, maar dat alles is zonder beteekenis tegenover het afdoende feit dat de vennoten persoonlijk de direct aansprakelijke debiteuren zijn van de ten name der vennootschap aangegane verbintenissen en te zamen persoonlijk gerechtigd tot de op haar naam verkregen aanspraken.

Het door de vennoten samengebracht kapitaal is dan ook niet eigendom der vennootschap, die als rechtsubject niet bestaat, maar behoort in gezamenlijken eigendom aan de vennoten. Evenwel zoolang de vennootschap duurt vormt het een afgescheiden deel van de bezittingen der vennoten. Krachtens het contract van vennootschap waarbij zij overeenkwamen de door hen ingebrachte gelden of goederen te doen strekken tot bereiking van het met de vennootschap beoogde doel, is ieders recht op dat gemeenschappelijk vermogen onderworpen aan die verplichting, kunnen zij ook voor hun aandeel niet afzonderlijk en in hun privé-belang beschikken, doch alleen gezamenlijk en ten nutte der vennootschap.

Die bijzondere positie van het vennootschapsgoed geldt ook tegenover derden. Wel hebben ook zij die met de vennootschap gehandeld hebben, daar deze geen eigen persoonlijkheid heeft, slechts de vennoten tot debiteuren, maar in tegenstelling met diegenen die met een of meer der vennoten in privé, buiten hunne handelszaak, hebben gecontracteerd, kunnen eerstgenoemden bij voor-

keur hun verhaal zoeken in de baten der vennootschap en zulks krachtens den wil der vennooten zelve, daar deze immers met dat doel die baten hebben bijeengebracht en afgezonderd van hun overig vermogen.

Aldus de tegenwoordig meest aangenomen leer, ook in naburige landen, bij ons het duidelijkst uiteengezet door MOLENGRAAFF in zijn bekende verhandeling in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1884 (1).

Zij wordt ook aanvaard door VISSER (blz. 246 v.v.).

Ook KIST was voorstander van het afgescheiden vermogen der vennootschap, was zelfs de eerste die het hier te lande verdedigde, maar zijne motiveering was eene andere. Hij achtte de afscheiding geboden op grond van het vertrouwen dat de handelscrediteuren gesteld hebben in het vennootschappelijk kapitaal, als een bijzonderen waarborg voor hunne aanspraken, met het oog waarop zij hun crediet geschonken hebben.

VISSER, wijzende op de onbekendheid van derden met den inbreng der vennooten, de onzekerheid zelfs dat zij geld of goederen hebben bijeengebracht of het bijeengebrachte niet hebben terruggenomen, legt evenals MOLENGRAAFF den nadruk op de door de vennooten in hun eigen belang aan het vennootschappelijk vermogen contractueel verzekerde bestemming, immers ter voorkoming van de uitwinning hunner privé-vermogens voor handelsschulden, zoolang de kas der vennootschap reikt, welke bestemming ook bindend is voor derden, krachtens het beginsel dat crediteuren niet meer of andere rechten

---

(1) Als andere gevallen van aldus uiterlijk zelfstandige vermogens noemt MOLENGRAAFF in zijn Leidraad: de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap, de volgens art. 1153 B. W. afgescheiden boedel eens overledenen, het scheeps- of zeevermogen na den afstand van art. 321 K.

kunnen doen gelden op de goederen van hunnen debiteur dan deze zelf.

De Hooge Raad, die reeds sedert lang aan de afscheiding zijn sanctie verleend heeft, motiveerde haar in zijn arrest van 28 Januari 1889 (*W.* 5735) met de overweging dat het vennootschappelijk vermogen een zelfstandigen en afgezonderden waarborg vormt voor de crediteuren der vennootschap, terwijl hij in zijn arrest van 26 November 1897 (*W.* 7047) de bepaalde bestemming van het afgezonderde kapitaal op den voorgrond stelde.

Praktisch maakt dit natuurlijk weinig uit. Hoe men de afscheiding ook beschouwt en verklaart, dat zij feitelijk een bevoorrechtiging meebrengt van de vennootschapscrediteuren en een uitzondering schept op het beginsel der wet dat alle goederen eens schuldenaars tot gemeenschappelijken waarborg strekken voor al zijne crediteuren, valt niet te ontkennen. Men behoeft zich evenwel geen moeite te geven om te betoogen dat die bevoorrechtiging niet strijdt met den regel dat overeenkomsten geen voordeel of nadeel aan derden kunnen aanbrengen, een regel die natuurlijk alleen bedoelt dat men niet over de rechten van anderen kan beschikken, maar geenszins belet dat men door eene beschikking, met het volste recht over zijn eigen vermogen genomen, contractueel of niet, aan anderen voor- of nadeel kan toebrengen.

De bijzondere bestemming van het afgezonderd kapitaal ondergaat geen verandering door het besluit tot ontbinding der vennootschap. Het zijn dan ook de voorschriften van de wet omtrent de wijze van vereffening der vennootschap waaruit men afleidt dat de wetgever zich geheele afwikkeling van de zaken der vennootschap en betaling harer schulden gedacht heeft alvorens tot verdeeling van het saldo onder de vennoten mag worden overgegaan. En evenmin wanneer de ontbinding en vereffening het

gevolg is van faillissement der vennootschap. Integendeel, juist dan krijgt de afscheiding beteekenis, wanneer de activa der vennootschap niet toereikend zijn om hare schulden te dekken en de handelscrediteuren zich eerst afzonderlijk zoover mogelijk daarop kunnen verhalen, om daarna nog gezamenlijk met de privé-crediteuren voor hun tekort in de boedels der vennoten op te komen.

Het voorbeeld dat Schrijver in een noot op blz. 257 geeft doet uitkomen het verschil van de uitkeeringen aan de diverse schuldeischers bij afzonderlijke liquidatie der vennootschap of onmiddellijke verdeling van de baten der vennootschap over de boedels der vennoten.

Onze wet kent het faillissement van de vennootschap onder firma; zij doelt er op in art. 4 der Faillissementswet en herhaaldelijk worden vennootschappen onder firma failliet verklaard.

Maar 't komt er op aan wat men daaronder verstaat.

Vooropgesteld dat de v. o. f. geen zelfstandig vermogens-subject is, dus niets meer dan eene overeenkomst, is het duidelijk dat er van een faillissement der vennootschap in den gewonen zin geen sprake kan zijn, maar wij daarbij, evenals waar de wet spreekt van het vermogen, de verbintenissen, enz. der vennootschap, eenvoudig hebben te denken aan een verkorte aanduiding van de gezamenlijke vennoten in hunne betrekking als zoodanig. Mits men dus in het oog houdt dat ophouden met betalen van de vennootschap niets is dan ophouden met betalen van hare vennoten, faillissement der vennootschap niets dan faillissement der vennoten, d. i. van hen die voor de ten name der vennootschap aangegane verbintenissen aansprakelijk zijn, kan men met de faillietverklaring der vennootschap desnoods vrede hebben maar zal men haar naast de faillietverklaring der ven-

nooten hoogstens onschadelijk, maar zeker nutteloos moeten achten. In elk geval zal men haar geen invloed kunnen toekennen op de wijze van behandeling der failliete boedels.

Blijkens zijn opstel „Het faillissement der vennootschap onder firma en de praktijk” in de 2<sup>e</sup> afl. van den loopenden jaargang van dit Tijdschrift, is de Arnhemsche raadsheer Mr. WITTEWAALL van een ander gevoelen. Mr. W. hecht bijzonder aan de afzonderlijke fallietverklaring der vennootschap, ofschoon ook hij daaraan geen rechtspersoonlijkheid toekent, en aangezien hem uit een daartoe bij de griffiers der Rechtbanken ingesteld onderzoek gebleken is, dat de bij die colleges gehuldigde opvatting van het faillissement der v. o. f. zeer uiteenloopt, dringt hij aan op een gelijke toepassing in den door hem gewenschten en z. i. ook door den Hoogen Raad aangegeven zin.

Meer gelijkheid in deze ware zeker wenschelijk. Het heeft ook mij altijd gehinderd dat, ook door hetzelfde college, nu eens in staat van faillissement worden verklaard „X en Y, zijnde de leden van de handelsvennootschap onder de firma Z”, dan weer „de handelsvennootschap onder de firma Z, waarvan de leden zijn X en Y”, en een derden keer zoowel de vennootschap als de firmanten. Maar dat is bloot gevolg — althans ten aanzien van de beide Rechtbanken waarvan ik persoonlijk ervaring heb, die te Rotterdam en te 's-Gravenhage, kan ik dat getuigen — van wel wat ver gedreven lijdelijkheid, die er toe brengt het vonnis eenvoudig te doen luiden in overeenstemming met de aanvraag of aangifte. Een bewijs voor de opvatting van de Rechtbank is daaruit dus niet te putten.

Trouwens een algemeene opvatting omtrent het faillissement der v. o. f. zal ook wel bij geen enkele

Rechtbank bestaan, tenzij louter toevallig en onbewust en 't komt mij voor dat de elf griffiers die aan Mr. W. antwoordden dat bij hun college geen gevestigde opvatting daaromtrent bestond 't wel bij het rechte eind gehad zullen hebben en de overigen gerust hetzelfde hadden kunnen verklaren.

Het is toch zoover mij bekend geen gebruik bij de colleges om in pleno overleg te plegen omtrent algemeene rechtsvragen, ten einde die bij de rechtsbedeeling in denzelfden geest uit te leggen en toe te passen. Het zou ook alleen mogelijk zijn bij kwesties van vormen, niet in de wet geregeld, zooals zich met name bij de behandeling van faillissementen zoovele voordoen, waarbij voor het aannemen van eenzelfde gedragslijn veel zou te zeggen zijn. Nu is wel de faillietverklaring der vennootschap naast die der firmanten, bij verwerping harer rechtspersoonlijkheid, m.i. niet veel meer dan eene formaliteit, maar juist daarom kan daaraan ook geen gewicht worden toegekend voor de vraag hoe de vereffening behoort te geschieden.

Uit de door den Rechter-Commissaris goedgekeurde uitdeelingslijst en het in geval van verzet door de Rechtbank in hoogste ressort te wijzen vonnis zal moeten blijken welke opvatting wordt toegepast, 't zij dat het actief der vennootschap in de eerste plaats ten goede komt aan de handelserediteuren, het stelsel van MOLENGRAAFF c. s. en den Hoogen Raad, 't zij dat na verdeling onder de firmanten daaruit gelijkelijk worden voldaan zoowel de handels- als de privé-schulden, het stelsel door Mr. LODER in 1881 als praeadviseur der Juristen-Vereeniging met succes verdedigd.

Mr. WTEWAALL onderscheidt — behalve de opvatting dat de v. o. f. is rechtspersoon — drie stelsels, door als afzonderlijke systemen te beschouwen dat van den Hoogen

Raad en dat van MOLENGRAAFF. M. i. ten onrechte. Het is waar dat de Hooge Raad een faillissement der vennootschap erkent, terwijl MOLENGRAAFF daarvan niet wil weten, maar wanneer daarin werkelijk eenig verschil gelegen is, dan is dit toch als gezegd niets dan een formeel, uiterlijk verschil, geenszins op één lijn te stellen met het principieele verschil tusschen het aannemen van een afgescheiden vermogen en het verwerpen daarvan.

Het eenige praktische belang dat Mr. W. noemt van de door hem gemaakte onderscheiding bestaat hierin, dat de eene Rechtbank den curator der vennootschap als zoodanig niet ontvankelijk zou verklaren, de andere den curator der firmanten, wanneer hij eene vordering der vennootschap wilde innen. Zoowel het een als het ander schijnt mij ondenkbaar, althans in flagranten strijd met de opvatting, die het noodzakelijk uitvloeisel is van het verwerpen der rechtspersoonlijkheid, dat het faillissement der v. o. f. niets anders is dan eene korte uitdrukking voor het faillissement der vennoten, woorden die Mr. W. bij MOLENGRAAFF afkeurt, maar die ook door VISSER (blz. 317), op wien Mr. W. zich in deze beroept, worden gebezigd en ook door hem blijkbaar worden beschouwd als synoniem met de door den Hoogen Raad verkondigde leer, dat het faillissement der Vennootschap is dat der firmanten (1).

Het is waar dat ook Mr. VISSER hecht aan de afzonderlijke faillietverklaring der vennootschap, en wel (blz. 320) opdat de activa der vennootschap, die tot dusver een afzonderlijk bestaan hebben gehad, ook in het faillissement afzonderlijk zullen worden behandeld, hetgeen volgens hem praktisch nut kan hebben bij de afwikkeling van de verhoudingen tusschen de vennoten en het vennoot-

---

(1) Arresten opgenomen in W. 6287, 7582, 8173, 8271.



schappelijk vermogen. Schrijver doelt hier op het geval dat de vennoot iets te vorderen heeft van de vennootschap of haar iets schuldig is. Dit zal ongetwijfeld de afwikkeling bemoeilijken, daar de vereffening van de vennootschap, welke aan die der prive-boedels moet voorafgaan, dan juist van deze afhankelijk is. Schrijver geeft evenwel zelf den weg aan om deze bezwaren op te lossen, door n.l. zoo goed mogelijk de rechten van de diverse boedels over en weer te schatten en vast te stellen wat aan elken boedel toekomt. Gaat 't om groote geldelijke belangen dan is 't wenschelijk met het oog daarop een afzonderlijken curator voor elken vennoot te benoemen. Maar het is mij niet duidelijk hoe men iets verder komt door een afzonderlijk faillissement der vennootschap uit te spreken. Formeel kan men dan den curator der vennootschap als zoodanig verifieeren in de faillissementen der vennoten en omgekeerd, maar daarmede lost men de moeilijkheden niet op die voortspruiten uit het feit dat de v. o. f. niets is dan de naam waaronder de firmanten handel drijven, het actief der vennootschap niets dan een deel van het actief der vennoten.

Ongetwijfeld moet, wanneer men de afscheiding aanneemt, dat vermogen afzonderlijk verdeeld worden, maar dat kan evengoed geschieden bij de uitdeelingslijsten in de faillissementen der vennoten of nog eenvoudiger door ééne uitdeelingslijst op te maken, die aanvangt met de verdeling van de goederen der vennootschap onder de handelscrediteuren.

Wanneer er werkelijk een faillissement der vennootschap naast dat der vennoten bestond zou dit logisch medebrengen de mogelijkheid dat deze zelfstandig een akkoord aanbod, maar die consequentie zal men toch wel niet aanvaarden. Zoo wreekt zich het fingeeren van een faillissement meer dan er debiteuren zijn.

Mijn slotsom is dus dat naast de faillietverklaring der firmanten een afzonderlijke faillietverklaring der vennootschap geen zin heeft en liefst de laatste behoort te worden nagelaten, maar dat zij in elk geval op de behandeling der failliete boedels geen invloed mag en kan hebben.

Ten slotte een enkel woord over de vraag of er jure constituendo voldoende gronden bestaan voor het aannemen van een afgescheiden vermogen.

De Staatscommissie van het bekende Ontwerp-1890 gaf een ontkennend antwoord, zeker verrassend waar KIST en MOLENGRAAFF deel uitmaakten van die commissie, zij 't ook wat laatstgenoemde aangaat eerst sedert kort voor de vaststelling. Art. 15 van het Ontwerp luidt: „Indien de vennootschap ophoudt te betalen worden al de vennoten in staat van faillissement verklaard. De schuldeischers der vennootschap zijn bevoegd in den boedel van iederen vennoot voor het volle bedrag op te komen. De bijzondere schuldeischers van iederen vennoot komen alleen op in den boedel van dien vennoot.” En het zestal gronden dat de commissie aanvoert tot toelichting van dit voorstel is zeker ernstige overweging waard en wel in staat twijfel te wekken aan de juistheid van het stelsel dat — het moet erkend — eenerzijds de handelscrediteuren een voorrecht geeft op een deel van het vermogen hunner debiteuren, maar hun aan den anderen kant elke contrôle op het bestaan daarvan onthoudt.

De beslissing zal in deze moeten afhangen van de algemeene opvatting van den handel. Als haar krachtigste argument voert de commissie dan ook aan, dat niet gebleken is dat de handelsovertuiging in Nederland de afscheiding van het in de vennootschap gestoken vermogen wil, hetgeen zij afleidt uit het feit dat geen der

Kamers van Koophandel, waaraan het Ontwerp ter beoordeeling was toegezonden, wijziging van genoemd artikel heeft verlangd. Wel merkwaardig is 't, dat MOLENGRAAFF in 1884 de afscheiding aanbeval juist als overeenkomende met de algemeene opvatting van het verkeer en hulde bracht aan het rechtsbewustzijn van den handel, dat reeds vanzelf had geleid tot het juiste stelsel, voordat de juridische grondslag daarvan gevonden was.

Nu schijnt het stilzwijgen der Kamers van Koophandel mij niet afdoende en een nieuw onderzoek wenschelijk, waarbij dan uitdrukkelijk de vraag te stellen is of naar de heerschende opvatting de v. o. f. haar crediet uitsluitend ontleent aan de personen der firmanten dan wel in de eerste plaats aan het door deze in de vennootschap gestoken kapitaal. Dit moge voor hen die met Mr. V. den grond der afscheiding uitsluitend zien in de door de vennoten contractueel vastgelegde bestemming van het vennootschappelijk kapitaal voor het geldend recht niet beslissend zijn, jure constituendo zal het toch den doorslag moeten geven. Maar wanneer zich dan in strijd met de verwachting der commissie een zoo krachtige drang openbaart voor de afscheiding dat zij dientengevolge bij een eventueele wetsherziening — en dan liefst duidelijker dan nu — wordt voorgeschreven, dan behoort dit gepaard te gaan met openbaarmaking van het vennootschappelijk kapitaal en zekerheid dat dit niet aan zijn bestemming wordt onttrokken.

Hiermede neem ik afscheid van deze aflevering, in de overtuiging dat zij een veilige gids zal blijken bij de studie en toepassing van ons recht op de handelsvennootschap onder firma.

Mr. P. POLVLIET.

's-Gravenhage, Mei 1911.

BURGE's *Commentaries on Colonial and Foreign  
Laws, generally and in their Conflict with  
each other and with the Law of England.*  
New Edition. London: SWEET & MAXWELL.  
Deel I—III.

WILLIAM BURGE, gedurende 20 jaren (1808—1828) rechterlijk ambtenaar op Jamaica, waarvan 12 jaren attorney-general, en later te Londen gedurende langen tijd voornaam advocaat in koloniale appellen bij den Privy Council, heeft ruimschoots de gelegenheid gehad om op te merken, dat toenmaals reeds de rechter met de kennis van het inheemsch recht niet kon volstaan. De engelsche koloniale politiek is steeds uitgegaan van het beginsel, dat het recht, dat als bestaand werd aangetroffen in de nieuwe toevoegingen tot het overzeesch gebied, zooveel mogelijk onaangetast mocht blijven voortbestaan; en zoo was het na de oorlogen en veroveringen van het napoleontisch tijdvak zoover gekomen, dat in het rijk, waarin de zon niet ondergaat, recht werd gesproken naar de Coutume de Paris (Canada), de Coutume de Normandie (Kanaal-Eilanden), den Code Civil (Mauritius), het Roomsche-Hollandsche recht (Zuid-Afrika, Ceylon, Guyana), het Spaansch recht (Trinidad), om van het Mohammedaansch en ander oostersch recht niet te gewagen. Van de 165 appellen-koloniaal welke in 1837 voor de Judicial Committee of the Privy Council dienden, waren 115 gericht tegen de beslissingen van gerechts-hoven, waarin volgens vreemd recht werd gevonnisd. Hij zag ook, dat bij de buitengewone moeilijkheid van

het eigen recht de kennis van al die vreemde wetgevingen bij de leden van den Privy Council niet diep ging. Inderdaad, het kan nauwelijks verbazing wekken, wanneer men verneemt, dat in dien tijd nagenoeg bij ieder proces de uitslag voor een deel afhing van het referaat van een ondergeschikt ambtenaar, wien men wetenschap van het onderhavig rechtssysteem toevertrouwdde. Een en ander heeft hem aanleiding gegeven het in de verschillende deelen van het koloniaal gebied geldende recht saam te lezen in een handboek, de „Commentaries” waarvan de volledige titel hierboven is vermeld, en dat steeds bij de rechtsgeleerde wereld van het britsche rijk in hoog aanzien heeft gestaan. Het in 1838 verschenen werk is inmiddels sterk verouderd, en daar nog steeds de koloniën voor een groot deel haar oude recht hebben behouden, werd besloten tot een nieuwe uitgave op de hoogte van den tijd.

Het in omvang sterk uitgebreide en op vijf zware deelen geraamde werk, waarvan thans het derde deel verscheen, is dus in de eerste plaats bestemd voor de praktijk van het koloniaal appel in Engeland en met het oog op die bestemming geredigeerd. Een aankondiging in een nederlandsch tijdschrift zou derhalve minder op hare plaats zijn, ware het niet, dat deze Commentaries ook voor den nederlandschen rechtsgeleerde op enkele punten van een niet te onderschatten middellijk belang zijn. Vooral in rechtsgedingen met een internationaal-privaat-rechtelijk luchtje is het menigmaal van groot gewicht zich spoedig te kunnen vergewissen van de bepalingen van eenig buitenlandsch of exotisch recht. Komt men daartoe in de noodzakelijkheid dan blijkt zulk een rechtssysteem dikwijls ontoegankelijk, of de text onverstaaubar, de strekking duister, de verbindende kracht dubieus. Het thans geboden handboek kan in zulk geval

dienen als vertrouwbare gids. Daarnevens vinden wij een groot deel van het werk gewijd aan een onderwerp voor ons, Nederlanders, van zeer groot belang, namelijk het heden ten dage in sommige engelsche koloniën nog geldende roomsch-hollandsch recht, de met ons volk gegroeide en te kwader ure verstooten wet. Eindelijk is, zooals de titel aanduidt, ook het vraagstuk van de wetsconflicten tot een hoofdpunt van studie gemaakt. En om dezelfde reden als uit den warboel der gewestelijke en stedelijke rechten der Geünieerde Provinciën de studie der beginselen van het internationaal privaatrecht door de noodwendigheden der practijk werd geboren, is onder de verscheidenheid van wetten in het rijk van George V die studie steeds voortgezet en op menig punt bij die van het vasteland vooruitgekomen. Voor hem, die bij gerezen moeilijkheden van dezen aard precedënten zoeken wil, zal hier belangrijk materiaal worden verzameld. Nu komt daarbij nog iets van meer persoonlijk belang. Aan dit handboek is voor het roomsch-hollandsch recht medegewerkt door nederlandsche rechtsgeleerden, waaronder de professoren FOCKEMA ANDRAE en HEERES en den Londenschen advocaat Mr. ROOSEGAARDE BISSCHOP, zoodat het voor dat gedeelte eigenlijk ook tot onze rechtslitteratuur behoort.

In het voor het geheele werk gevolgde stelsel van behandeling is in het eerste deel eene afdeling gewijd aan de geschiedenis van het roomsch-hollandsch recht met een verklaring van de rechterlijke organisatie in het moederland en de koloniën. In een vrij kort bestek is hier veel belangrijks samengevat, vooral omtrent de wording en de verbindende kracht van de indische plakkaten. In de volgende deelen wordt het recht systematisch verklaard, volgens de oude verdeling naar

personen, zaken en verbintenissen. De tot nu toe verschenen deelen behandelen het personenrecht, huwelijk en echtscheiding inbegrepen. Ieder afzonderlijk onderdeel wordt dan in verschillende hoofdstukken beschouwd volgens de in het britsche rijk nog geldende rechtssystemen, waarbij doorgaans de eereplaats aan het roomsch-hollandsche is ingeruimd. De verklaring hiervan vervalt in een eerste gedeelte, betreffende het moederland, en een ander gedeelte gewijd aan de verschillende koloniën. Het komt mij voor, dat de verklaring van het eigenlijk gezegde r.-h. recht, zooals het hier te lande heeft gegolden, bijzonder goed geslaagd is. Ieder, die onderzocht heeft hoe moeilijk het is op dit gebied systeem te maken uit de op zoovele plaatsen ver uiteenlopende rechtsvoorschriften, zal beseffen dat het niet gemakkelijk moet zijn geweest om voor dit boek, dat in den geraamden omvang geen behandeling van controversen kan herbergen, ter voorlichting van de practijk der twintigste eeuw de „instituten” van dat recht te schrijven. Toch vindt men hier bij alle soberheid een groote mate van volledigheid en daarbij een uitvoerige opgave van bronnen en litteratuur, ook waar het betreft twijfelachtige punten in den text zonder nader betoog in dezen of genen zin vermeld.

Ook de rechtsgeleerde wereld der britsche eilanden is sedert eenige tientallen van jaren heel wat meer uit haar isolement geraakt dan men hier te lande, het oordeel der vaders nazeggend, wel vermoedt. Daarvan is ook de thans verschenen nieuwe bewerking van BURGE's oude handboek weder een verblijdend teeken.

MR. G. VAN SLOOTEN AZN.

*De strijd tusschen godsdienst en wetenschap*, een  
protest van den Christelijken kansel tegen  
het optreden der psychiaters, door Dr. R.  
VORENKAMP.

Dit geschriftje is eene preek, den 20 November 1910 te Leeuwarden gehouden en daarna door den spreker op verzoek van eenige toehoorders in het licht gegeven. Uit den aard der zaak valt het in zijne hoedanigheid van kanselrede, m. a. w. in zijn vollen omvang, gedeeltelijk *buiten* het terrein waarop *Themis* zich beweegt en buiten het terrein van ondergeteekende, die de aankondiging daarvan op zich heeft genomen. Immers het roept ons voor den geest de worsteling tusschen godsdienst en wetenschap, eene worsteling door alle eeuwen heen, welke niet naliet eene verbittering te kweeken, „die noodlottig moest zijn voor een billijke wederzijdsche waardeering” (blz. 6).

Met de door den redenaar behandelde vraag, welk aandeel de vertegenwoordigers van den *godsdienst* hebben gehad in het misverstand, dat in den bedoelden strijd eene belangrijke rol heeft gespeeld, mogen wij ons hier niet inlaten. Nader ligt ons die andere vraag, welk verwijt de mannen der *wetenschap* in deze kan treffen, eene vraag, waarop het volgend antwoord wordt gegeven : „De aanleiding tot strijd wordt in onze dagen hoe langer hoe veelvuldiger gevonden bij de vertegenwoordigers der wetenschap, die de grenzen van hun bevoegdheid overschrijden, omdat ze onbewezen stellingen, theorieën en phantasieën uitgeven voor welverzekerde wetenschappelijke waarheden, omdat ze de regelen en wetten,



die ze vinden op het gebied der natuur zonder eenigen schroom overbrengen op het gebied van het geestelijk leven en aldaar invoeren als norm, als richtsnoer van zedelijkheid" (blz. 8).

Is nu de spreker bij het uitwerken van deze stelling ten aanzien van het „optreden der psychiaters" geheel onbevangen en billijk geweest? Geeft hij daarbij voldoende blijk van die waardeering, welke in den aanhef werd genoemd? *Deze vraag mag ons hier, in dit tijdschrift, bezighouden, en daarop zou ik geen toestemmend antwoord durven geven.*

Zie, wanneer hij met verontwaardiging spreekt over wat ik zou willen noemen de „uitwassen" der psychiatrie, over „afschuwelijke uitspraken" ons voorgezet als resultaten van wetenschap, wanneer hij protesteert „tegen de gewoonte van die psychologen, die op grond van materialistische en naturalistische dogma's het zieleleven van den mensch herleiden tot dierlijke en mechanische verrichtingen", dan heeft hij vasten grond onder de voeten. Wanneer hij zijne strenge afkeuring uitspreekt over het psychiatrisch-psychologisch gedeelte der Papendrechtsche strafzaak, dan geeft hij uiting aan wat duizenden hebben gevoeld bij de behandeling van dit geding, dat meer kwaad heeft gedaan aan de positie van den psychiater in het strafproces dan lange vertoogen of scherpzinnige argumentaties bij machte waren geweest. Maar hij verliest m. i. den vasten grond onder de voeten en wordt het spoor bijster, wanneer hij gaat generaliseeren en tot deze uitspraak komt: „Wat mij betreft, ik acht het wenschelijk, dat de wetenschap der psychiaters voorloopig beperkt blijve binnen de muren der krankzinnigengestichten en dat onze rechtspraak zij toebetrouwd aan rechters met gezond verstand, met gezonde en veelzijdige menschenkennis, met hoog karakter

en Christelijk gevoel" (blz. 14). Natuurlijk, 't staat den redenaar vrij zulks wenschelijk te achten, mits hij zich hiervan bewust zij, dat eene dergelijke uitspraak onhoudbaar is voor ieder, *van welke richting ook*, die in het moeilijke vraagstuk van de positie van den psychiater in het strafgeding getracht heeft door te dringen en zich een oordeel daarover heeft gevormd.

Eene dergelijke uitspraak — evenals trouwens de geheele rede — is vooreerst onbillijk tegenover die psychiaters, die de theoretische ontwikkeling en practische toepassing hunner wetenschap juist doen steunen op de Christelijke beginselen en dus het verband tusschen godsdienst en wetenschap beslist en uitdrukkelijk handhaven. Dat dezulken ook hier te lande worden aangetroffen, is vermoedelijk den spreker niet onbekend. Maar bovendien — en dit is mijn hoofdbezwaar — miskent zij ten eenenmale de taak, die de psychiatrie *juist in naam van die hoogere beginselen*, welke in deze kanselrede zulk een warme verdediging vinden, in het strafproces heeft te vervullen. Die taak is *niet* om den geest van materialisme in de rechtzaal binnen te halen, maar om — door uitbreiding van de kennis omtrent de psychische gesteldheid van den misdadiger — de rechtspraak *rechtvaardiger* te maken, haar *ethisch* karakter te verhoogen en daardoor haar beter te doen beantwoorden aan hare hooge, ideëele roeping. Reeds thans werkt het optreden der psychiaters — al is 't nog niet voldoende — in deze richting. Hen te bannen uit de rechtzaal zou gelijkstaan met de verlaging van het peil der strafrechtspraak, zou in strijd zijn met het begrip van recht en humaniteit.

De spreker houde mij deze opmerking, welke allerminst door vitzucht wordt in de pen gegeven, ten goede. Ik meende daartoe verplicht te zijn. Tegenover den spreker zelve, die in zijne beschouwingen veel schoons en waars

gaf en recht heeft op eene volkomen oprechte critiek. Ook tegenover het vraagstuk van het „optreden der psychiaters”, meer bijzonder in het strafgeding, een vraagstuk van zulk een gewicht voor den tegenwoordigen tijd, een vraagstuk omtrent welks karakter zooveel misverstand bestaat — niet alleen bij het „grootte publiek”, en dat dus vóór alles eischt juistheid van inzicht in zijn wezen en klaarheid van voorstelling omtrent zijne beteekenis. Tot die juistheid van inzicht en klaarheid van voorstelling bij te dragen is de plicht van ieder, die zich geroepen voelt de publieke opinie omtrent het „optreden der psychiaters” voor te lichten.

*Den Haag, Mei 1911.*

S. J. M. VAN GEUNS.

VARIA.

**Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht  
und Konkursrecht.**

---

Band 63, Heft 1—3, verschenen 1908.

Prof. Dr. KARL HILFE, Syndicus te Berlijn, opent met een artikel „Die gesetzliche Regelung des Verkehrs mit Kraftfahrzeugen”, bl. 1—18, waarin behandeld wordt het (toen nog niet bij den Rijksdag ingediende) ontwerp van wet op 't automobielenverkeer. De voornaamste beteekenis van het ontwerp ligt in de bepalingen omtrent aansprakelijkheid van houders van automobielen voor veroorzaakte schade, waarbij de bewijslast is omgekeerd in dier voege, dat de eigenaar heeft aan te toonen, dat de schade is veroorzaakt buiten zijn schuld of die van den chauffeur; bedoelde bepalingen worden echter door schr. als onvoldoende gecritiseerd.

Bl. 19—42 geeft Dr. ANTON PAVLIČEK, advocaat te Praag, in een artikel „Das Scheckgesetz des Deutschen Reiches vom 11. März 1908. Mit Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung, insbesondere des österreichischen Gesetzes und des ungarischen Entwurfes” zakelijk den inhoud der Deutsche, Oostenrijksche en Hongaarsche bepalingen omtrent den chèque weer, met hier en daar een opmerking over andere wetgevingen.

In een goed gestyleerde verhandeling „Ist der Kommanditist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs?” bl. 43—70, doet WALTER TOMALLA, te Charlottenburg-

Berlijn, een poging tot oplossing der in het opschrift uitgedrukte vraag. Door de thans heerschende meening wordt zij ontkennend beantwoord. Schr. komt tot een tegenovergestelde conclusie. Bij de beantwoording, aldus schr., moet uitgegaan worden van de definitie van „koopman” in § 1, lid 1 H. G. B. De vraag is nu welke vereischen deze definitie involveert en of deze bij den commanditair vennoot aanwezig zijn. Men is het erover eens, dat iemand niet koopman is, doordat hij de bedrijfsfuncties feitelijk uitoefent (handelsbediende, curator, liquidateur), maar doordat hij aan de uitoefening van het bedrijf rechten en verplichtingen ontleent. Openbaarheid van het bedrijf wordt geëischt; zij is aanwezig ten aanzien van den comm. vennoot; immers zijn naam, stand, woonplaats alsook het bedrag, waarmee hij geïnteresseerd is, moeten in het handelsregister opgenomen worden. Ook zijne beperkte aansprakelijkheid is geen beletsel; men zal niet kunnen volhouden, dat zij bij kooplieden niet voorkomt. De vraag, waar het ten slotte op aankomt is, of de comm. vennoot subieet van de rechten en verplichtingen is, die in het bedrijf ontstaan. Op grond van het karakter der commanditaire vennootschap als „personenrechtliche Zweckverbindung”, beheerscht door het beginsel der gezamende hand, en van verschillende voorbeelden wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Ten slotte worden eenige practische gevolgen van het koopmanzijn van den comm. vennoot besproken.

Volgt „Der gegenwärtige Stand der schweizerischen Gesetzgebung betreffend das Obligationenrecht (Handels- und Wechselrecht)” door Prof. KARL WIELAND te Bazel, bl. 71—85. Het Zwitsersch burgerlijk wetboek, dat 21 Maart 1908 wet geworden is en 1 Januari 1912 in werking zal treden, omvat nog slechts personenrecht, familie-recht, erfrecht en zakenrecht. De herziening van het

verbintenissenrecht is nog niet gereed. Voor het geval zij vóór 1912 niet voltooid mocht zijn, zijn in de slotbepalingen van het nieuwe burgerlijk wetboek de artikelen van het geldend verbintenissenrecht, die naar het kantonaal recht verwijzen, afgeschaft. Terzelfder plaatse zijn voorloopig geregeld grondkoop en schenking, thans nog door het kantonaal recht beheerscht. Schr. geeft nu den tekst van de artikelen betreffende grondkoop en schenking, alsmede van de bepalingen, ook reeds in het nieuwe burgerlijk wetboek voorkomende, omtrent verkrijging en verpanding van roerende zaken, handelingsbevoegdheid, koopvrouwen en rechtspersonen.

Daarna een uitvoerige verhandeling van Prof. Dr. ERNST JACOBI te Münster i. W. over „Der Scheck als Wertpapier”, bl. 86—144. Het artikel splitst zich in de volgende onderdeelen: I. Das verbrieftte Recht. Eigenlijk heeft de chèquenemer geen recht, maar slechts een feitelijke macht, doordat hij gelegitimeerd is om een praestatie op rekening van den trekker in ontvangst te nemen. II. Das Papier als Legitimationsmittel: 1. Bezüglich der Person des Berechtigten; 2. Bezüglich der Entstehung der Rechte; deze ontstaan in het algemeen „durch die einseitige, empfangsbedürftige, durch die Aushändigung des Schecks abgegebene Erklärung des Ausstellers”; de creatietheorie wordt bestreden als op een fictie berustende; 3. Bezüglich der Inhalts der Rechte; 4. Uebergang des skripturmässigen Schecks zum nicht skripturmässigen Papier; III. Grundsätzlich einziges Legitimationsmittel. Ausnahmen. Uitzonderingen doen zich voor in verband met nietigverklaring door rechterlijke uitspraak van een in het ongereede geraakten chèque, welke uitspraak voor de partij, die haar verkreeg, treedt in de plaats van bezit van het papier; voorts in verband met de toelaatbaarheid van duplicaten.

In een artikel „Zur Theorie des interlokalen Konkurs-

rechts", bl. 145—169, bespreekt Dr. S. RUNDSTEIN, advocaat te Warschau, de conflicten tusschen het faillissementsrecht van Rusland en van Polen, waar nog de Code de Commerce geldt. Het Russische recht kent faillissement van niet-kooplieden alsmede de „administratie" in handelszaken, welke instelling eenigszins overeenkomt met de Nederlandsche surséance van betaling. Het Poolsche recht kent deze geen van beide. Terwijl nu door de jurisprudentie zoowel van Rusland als van Polen internationale conflicten betreffende faillissementsrecht steeds worden opgelost volgens het territorialiteitsprincipe, zoodat b.v. een in Frankrijk uitgesproken faillissement in Rusland zonder gevolg is, wordt ten aanzien van conflicten tusschen het Russische en het Poolsche recht het universaliteitsbeginsel gehuldigd. Zoo werkt b.v. de Russische „administratie" evenzeer op Poolsch gebied. Een eigenaardig gevolg hiervan is, dat in Polen gevestigde naamlooze vennootschappen, die de voordeelen eener surséance willen genieten, hun domicilie eenvoudig (in naam) doen overbrengen naar Rusland, hetgeen geschiedt bij ministeriële beschikking, waaraan het fictieve karakter dezer manoeuvre niets afdoet.

Daarna volgt de afdeeling „Rechtsquellen". Zij bevat I. „Gesetze etc. des Deutschen Reichs", bl. 170—286. Onder dit hoofd vindt men den tekst van de wet op het verzekeringscontract van 30 Mei 1908 met de invoeringswet en de wet tot wijziging van de voorschriften van het Handelsgesetzbuch over de zeeverzekering, beide eveneens van 30 Mei 1908; „Bekanntmachungen" van den Rijkskanselier van 18 Juni 1908 betreffende het toezicht over de binnenlandsche particuliere verzekeringsondernemingen; van 1 Juli 1908 betreffende afrekenplaatsen in het chèqueverkeer; van 5 Augustus 1908 betreffende het uitbrengen van wissel- en chèqueprotesten

door postbeambten en van 18 Juli 1908 betreffende de sloopstelegrafie; voorts den Franschen en Duitschen tekst van de internationale conventie betreffende de radiotelegraphie van 3 November 1908. Volgt II. „Österreichisches Gesetz vom 9. August 1908 über die Haftung für Schäden aus dem Betriebe von Kraftfahrzeugen“, bl. 286—291, en III. „Uebersicht über die niederländische Handelsgesetzgebung und Rechtsliteratur der Jahre 1906 und 1907“ door Mr. H. W. M. VAN HELTEN te Groningen, bl. 291—300.

Daarna literatuuroverzicht over 1907 en 1908, samengesteld door Prof. Dr. K. SCHULZ, opperbibliothecaris bij het Rijksgerecht te Leipzig, bl. 301—317.

Ten slotte de afdeeling „Literatur“, bestaande uit 31 boekbesprekingen (bl. 318—410); o.a. wordt besproken „De Hollandsche Handelscompagnieën der zeventiende Eeuw. Hun ontstaan — hunne inrichting“, van Mr. S. VAN BRAKEL.

In Heft 4, verschenen 1909, een uitvoerig artikel, getiteld: „Der Kuxschein“ door Dr. jur. AUGUST DIEDERICHS te Berlijn (bl. 411—522). Tenzij anders gemeld wordt, is in dit artikel sprake van den hedendaagschen Pruisischen Kux. Kux wordt gedefiniëerd als het lidmaatschap van een „Gewerkschaft“, het totaal der rechten en plichten aan dit lidmaatschap verbonden. Gewerkschaft is de steeds in stand gebleven oud-duitsche vorm van vereeniging tot mijnexploitatie. De leden („Gewerken“) kunnen zich desverlangd een bewijs van lidmaatschap doen geven. Dit is de „Kuxschein“.

Uiteengezet wordt nu de beteekenis van den Kuxschein: a. voor het verkrijgen van den Kux volgens het Burgerlijk Wetboek. De overdracht geschiedt bij schriftelijke akte, die aan den verkrijger overhandigd moet zijn. Bestaat een Kuxschein, dan is ook overgave hiervan



vereischt, aldus schrijver, in tegenstelling met WESTHOFF en NOTH. Bestaat er geen Kuxschein, dan gaat door de schriftelijke akte en overhandiging daarvan reeds het lidmaatschap over; teneinde tot de uitoefening zijner rechten te worden toegelaten, is het echter noodig, dat de nieuwe „Gewerke” zich onder overlegging der akte van overdracht in het „Gewerkenbuch” laat inschrijven. — De beteekenis *b.* voor het verkrijgen van den Kux volgens het Algemeene Landrecht en *c.* volgens het gemeene recht; *d.* voor het „Gewerkenbuch”; bij overgang van den Kux moet, ter verkrijging van inschrijving van den nieuwen gerechtigde in het Gewerkenbuch de akte van overdracht, alsmede de Kuxschein worden overgelegd. Is aan den vorm voldaan, dan is de Gewerkschaft verplicht de overschrijving onverwijld te bewerkstelligen. — *e.* Voor het vestigen van pandrecht en vruchtgebruik op den Kux. Beide door schriftelijke overeenkomst en overgifte van den Kuxschein. — *f.* Voor executie van den Kux, *g.* voor „Heimfallrecht” en „Verzicht”, verschillende vormen van afstand van den Kux, ter ontcoming aan hoofdelijken omslag.

Onderzocht wordt daarna de rechtsnatuur van den Kuxschein, speciaal de vraag, of deze is te beschouwen als „Wertpapier”, effect. Schr. bestrijdt de „Verkörperungstheorie” van GIERKE, welke gehuldigd wordt in de bekende beslissing van het Obertribunal van 14 September 1877, en komt tot de conclusie, dat de Kuxschein, wjl aan de effectenbeurzen verhandelbaar en in de officieele noteeringen begrepen, wel degelijk als „Wertpapier” te beschouwen is.

De afdeeling „Rechtsquellen” bevat: IV. „Gesetze etc. des Deutschen Reichs”, bl. 523—538, te weten den tekst van de „Bekanntmachung betreffend die Postscheckordnung” van 6 November 1908 en van de conventie

van 19 September 1906 tot wijziging van de internationale conventie betreffende het spoorweggoederenvervoer van 14 October 1890. — V. „Die italienische Handelsgesetzgebung in den Jahren 1906 und 1907” door Dr. ARNALDO BRUSCHETTINI, Professor aan de Universiteit te Messina (bl. 539—551).

Ten slotte rechtspraak, (bl. 552—556): eenige gevallen van Noordamerikaansche rechtspraak, medegedeeld door Reichsgerichtsrat A. D. H. WITMAACK te Leipzig; en literatuur (bl. 557—578): zeven boek aankondigingen.

Band 64, Heft 1—3, verschenen 1909.

Bl. 1—26 vindt men „Gesetzgebungsfragen des Versicherungsrechtes” door Prof. Dr. KARL ADLER te Czernowitz. Dit artikel is tevens een aankondiging van het boek „Gegenentwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag” door Dr. JOSEF HUPKA, professor te Weenen, verschenen 1908 te Leipzig en Weenen bij FRANS DEUTICKE. Een tegenontwerp, n.l. tegen het Oostenrijksche regeeringsontwerp van 1907. Schr. geeft aan het ontwerp van HUPKA verre de voorkeur boven het regeeringsontwerp, doch oefent ook op het eerste kritiek. Krachtig trekt hij te velde tegen het maken van wijdloopige, alle details regelende wetten, die ook in het Oostenrijksche recht reeds veel verwarring stichtten en dikwijls niet behoorlijk toegepast worden, wijl men ze eenvoudig niet kent; als sterk staaltje wordt medegedeeld, dat dikwijls pleiters met het eenvoudig citeeren van een wetsbepaling de verbazing van rechtbank en tegenpleiter opwekken: „Die Schuld trifft nicht die überbürdeten Richter, sondern die Gesetzesverfasser”.

Als bijlage geeft schr. een door hemzelf samengesteld ontwerp van eenige bepalingen van het algemeen deel van een verzekeringswet.

In een artikel „Die Entstehung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft” door Prof. Dr. RICHARD PASSOW te Aken (bl. 27—57) bewijst de schr., dat de term „Aufsichtsrat”, die te voren noch in de praktijk, noch in het vennootschapsrecht, noch in de litteratuur gevonden werd, in het Duitsche recht opgenomen is tengevolge van een aaneenschakeling van misvattingen, die de Neurenberger conferentie parten gespeeld heeft. Dit is niet eenvoudig een quaestie van terminologie, maar de onjuiste opvatting, dat de Aufsichtsrat in de eerste plaats een controleerend en niet een beheerend orgaan was, is op de ontwikkeling van het Duitsche vennootschapsrecht niet zonder invloed geweest en heeft er toe geleid, dat bij de novelle van 1870, ter vervanging van het staatstoezicht op naamlooze vennootschappen, dat verviel, eenvoudig een Aufsichtsrat verplichtend gesteld werd, in plaats van nàast den Aufsichts- of Verwaltungsrat een speciaal controleerend college voor te schrijven.

Vervolgens worden besproken „Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritte veranlasst hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger”, door Dr. ALFRED WIELAND, advocaat te Bazel, (bl. 58—126). De vraag: welke rechten ontleent iemand, die door bedrog werd bewogen tot een handelsvennootschap toe te treden, aan dit feit? kan hij tegen den eisch tot storting van zijn inbreng opwerpen de exceptio doli? kan hij zelf een actio doli instellen? wordt door de wetenschap niet op systematische wijze behandeld; slechts met het oog op bepaalde soorten handelsvennootschappen werd zij onder het oog gezien. Er heerschte dan ook in deze materie geenszins eenstemmigheid.

Schr. onderzoekt nu eerst naar de toelaatbaarheid van de exceptio doli tegenover de crediteuren van de vennoot-

schap, die storting van den inbreng kunnen vorderen. In overeenstemming met de heerschende meening besluit hij tot niet-toekenning der exceptie in dit geval, en wel op dezen grond, dat de rechten der crediteuren niet berusten op het vennootschapscontract, maar daarop, dat het toetreden tot een handelsvennootschap tevens in zich sluit de vestiging van een aansprakelijkheid tegenover eventueele crediteuren der vennootschap, zulks in verband met het feit, dat het ontstaan van een handelsvennootschap is afhankelijk gesteld van de publicatie van haar vermogen of van het openlijk op zich nemen der aansprakelijkheid voor de vennootschapsschulden door de vennoten. Door deze vestigingshandeling, „Konstitutivakt”, inhaerent aan, maar niet identiek met het vennootschapscontract, wordt de verhouding tegenover de schuldeischers beheerscht.

Tegenover de vennootschap zelve zou naar algemeene regelen de exceptio doli van kracht zijn. Echter is zij dit niet tegenover die vennootschappen, aan welke in het belang der schuldeischers door de wet de verplichting is opgelegd het kapitaal te innen en te bewaren. Waar de wet zich tevreden stelt met de aansprakelijkheid der vennoten voor de schulden der vennootschap, kan tegenover deze de exceptio doli toegelaten worden.

Eenzoo is het in dit geval met de actio doli. Bij de andere vennootschappen, de „Kapitalgesellschaften” heeft volgens schr. de meergenoemde vestigingshandeling, inhaerent aan het toetreden tot de vennootschap, niet alleen de beteekenis, dat de vennoot zich tegenover de crediteuren verplicht tot het storten van zijn inbreng, maar tevens, dat hij met al zijne uit het vennootschapscontract voortspruitende vorderingen bij de overige crediteuren zal achterstaan. Hierom nu zal de actio doli hem nooit kunnen volgen dan na volledige voldoening van

alle schuldeischers. Schr. nu kent den bedrogen vennoot het recht toe de vennootschap te noodzaken tot gedeeltelijke of zelfs geheele liquidatie, waarbij eerst de andere crediteuren voldaan worden, daarna ook hijzelf.

Hierna volgt het eerste gedeelte van een verhandeling „Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das Kausale Schuldverhältnis”, door JULIUS ADLER, Rechtspraktikant te Würzburg (bl. 127—240). In een inleidende beschouwing ontwikkelt schr. een drieledige verdeling in causale, abstracte en causalooze verbintenissen. Een verbintenis is causaal, wanneer in de wilsverklaringen van partijen haar doel is uitgedrukt. Wordt dit opzettelijk niet uitgedrukt, dan is er een abstracte verbintenis; deze zal zich steeds aan een bestaande causale aansluiten; „es gibt kein abstraktes Wollen”. Het practische resultaat van het van de causa abstraheeren bestaat in de verplaatsing van den bewijslast; de eischer behoeft slechts te beweren en te bewijzen, dat de gedaagde zich abstract en in den voorgeschreven vorm verbonden heeft; echter kan de gedaagde daartegenover wel een verweer, met de causa in verband staande, voeren. Wanneer dit laatste geheel is uitgesloten, heeft men de door schr. dus genoemde „kausallöse” verbintenis. Het typische voorbeeld hiervan is de verhouding van den wisselschuldenaar tot een naman, die niet onmiddellijk op hem volgt, tot wien hij in geenerlei causale betrekking staat.

Nadat vervolgens is vastgesteld, dat de wisselverbintenis reeds in haren grondvorm (de verhouding tusschen remittent en trekker) een abstracte verbintenis is, komt schr. tot zijn eigenlijk onderwerp door — als onbetwistbaar aannemende, dat door het geven van een wissel een tusschen trekker en remittent bestaande causale verbintenis niet teniet gaat — de volgende vraag te stellen: kan de schuldeischer zich eerst op de causale verbintenis

beroepen, nadat hij tevergeefs getracht heeft betaling van den wissel te erlangen of kan hij zich naar keuze bedienen van de causale en van de wisselvordering? Deze vraag zal het eerst onder het oog worden gezien ten aanzien van de „Normaltratte”, den wissel, waarbij trekker, remittent en betrokkene alle verschillende personen zijn, daarna met betrekking tot de wissels, waarbij een dezer personen ontbreekt.

De heerschende meening is, dat door het aannemen van een wissel de remittent zich tegenover den trekker verplicht om eerst te trachten den wissel te incasseeren; is de remittent hierin nalatig, dan verliest hij niet alleen zijn regresrecht, maar ook zijn causale vordering. Om tot deze conclusie te komen, moet men echter uitgaan van de onjuiste meening, dat de wissel een mandaat van den trekker aan den remittent inhoudt, krachtens hetwelk hij tot incasseering verplicht is; de remittent ontleent echter aan den wissel slechts rechten, geen plichten. Verzuimt hij van die rechten tijdig gebruik te maken, dan verliest hij wel zijn wisselrechtelijk regresrecht, doch geenszins zijn causale vordering op den trekker.

Is voor een bestaande schuld een wissel gegeven, dan heeft de remittent twee vorderingen op hetzelfde doel gericht. Is van één dier vorderingen betaling verkregen, dan is het doel bereikt en ook de andere door „Zweckerreichung” teniet gegaan. Is de wissel door den remittent geëndosseerd, dan wordt dit doel bereikt, zoodra hij niet meer met de regresactie kan worden aangesproken; tot zoolang blijft hier dus zijn wisselvordering en zijn causale vordering tegen den trekker bestaan. Wat den geëndosseerde betreft, deze verliest zijn causale vordering tegen den endossant, wanneer hij zijn regresrecht verliest; immers dit laatste geschiedt, doordat hij betaling verkrijgt, en dan is het doel bereikt, of tengevolge van

verzuim, en dan moet de geëndosseerde met zijn causale vordering ervoor boeten, dat hij den endossant diens regresactie en causale vordering deed verliezen; dit wordt afgeleid uit § 823 BGB.

Kortelijks wordt verder besproken de invloed van het trekken van een wissel op een causale vordering van trekker op betrokkene. Deze blijft bestaan; daar echter de wissel de toestemming van den trekker voor den betrokkene tot betaling aan een derde inhoudt, gaat zij door uitbetaling van den wissel teniet. Gevaarlijk schijnt de toestand voor den betrokkene, wanneer hij den wissel geaccepteerd, doch nog niet betaald heeft; uit art. 273 BGB. wordt echter afgeleid, dat hij betaling van de causale vordering mag weigeren, zoolang hij den wissel niet terugkrijgt.

Volgt „Die Venediger Entwürfe des Comité maritime international” (bl. 241—301), bestaande uit twee artikelen: „Die Beschränkung der Haftung des Reeders und ihre einheitliche internationale Regelung”, door E. BRODMANN, Oberlandesgerichtsrat te Hamburg, en „Nachträgliche Aeusserungen zu den Venediger Entwürfen”, door E. BOYENS, Justizrat te Leipzig. — Door den eersten schrijver worden de ontwerpen opgesteld door de Venetiaansche conferentie van 1907 (die intusschen in 1909 door de Brusselsche is gevolgd) vrij scherp gecritiseerd. De bedoeling was het Duitsche systeem betreffende de aansprakelijkheid van den reeder te volgen en subsidiair den schuldenaar de keus te geven tusschen twee of drie andere wijzen van aansprakelijkheid. Dit nu moge in de bedoeling gelegen hebben, de ontworpen bepalingen zijn veel te beknopt om een uniforme toepassing te waarborgen; sommige zijn zelfs met het genoemde systeem in strijd; de verkregen eenheid is voorts slechts eene eenheid in schijn, daar eenvoudig alle systemen naast

elkaar ter keuze gesteld zijn. Materieel is schrijvers grief, dat eenzijdig is gelet op de belangen van den scheepsverbandhouder. — BOYENS betoogt, dat uit de besprekingen blijkt, hoe men desbewust althans tot op zekere hoogte het Deutsche systeem als grondslag heeft willen aannemen; sommige bepalingen zijn hiermee direct in strijd en zullen geschrapt moeten worden; overigens legt schr. er den nadruk op, dat de kritiek zich voornamelijk met de grondgedachten moet bezighouden; de redactie kan dan later verbeterd worden.

Prof. Dr. H. REHM te Straatsburg geeft „Beiträge zum Hypothekenbankrecht” (bl. 302—321), voornamelijk betreffende de plaats aan tot dekking der pandbrieven bestemde hypotheeken en aan achterstallige hypotheekrenten op de balans toekomend.

Hierna volgt de afdeeling „Rechtsquellen”, met I. „Gesetze des Deutschen Reichs”, bl. 322—332, twee „Bekanntmachungen” van den Rijkskanselier „betreffend Abrechnungsstellen im Scheckverkehr” van 21 Januari en 4 Februari 1909 en een „Bekanntmachung, betreffend benachbarte Orte in Wechsel- und Scheckverkehre” van 9 Januari 1909. II. „Börsenordnung für Berlin vom (7.) 23 Dezember 1908,” bl. 333—351. III. „Der Englische Companies Act von 1907” weergegeven en besproken door Dr. jur. ED. CRUESEMANN, Solicitor of the Supreme Court of Judicature of England, te Londen, bl. 351—368.

In de afdeeling „Rechtsprüche” wordt onder den titel „Die Aufsichtspflicht der Automobilversicherung” door Dr. HERMAN REHM, hoogleeraar te Straatsburg een uitspraak van het „Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung” van 8 April 1908 behandeld (bl. 369—386).

Voorts „Literatur”, bevattend 26 boekaankondigingen (bl. 387—431); o.a. wordt door KARL LEHMANN met veel lof besproken de Utrechtsche Dissertatie van E. J. J. VAN



DER HEYDEN. De Ontwikkeling van de naamlooze Vennootschap in Nederland vóór de Codificatie.

Het Heft sluit met een in memoriam van Dr. BRUNO MAYER, gestorven te Weenen 24 December 1908, door KARL LEHMANN, bl. 432.

In Heft 4, verschenen 1909, bespreekt Dr. ANTON RITTER VON RANDA, oud-minister, bl. 433—444 „Das künftige deutsche Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen” (zooals dat 27 Maart 1909 door den Rijksdag met algemeene stemmen was aangenomen), speciaal in vergelijking met de Oostenrijksche wet van 9 Augustus 1909. In de belangrijkste bepaling, die betreffende de aansprakelijkheid van den eigenaar van de automobiel voor aangerichte schade, komen beide vrijwel overeen. Volgens de Deutsche wet is deze aansprakelijk, tenzij hij aantoon, dat „ein unabwendbares Ereignis”, dat echter niet voortvloeide uit den toestand van het voertuig, oorzaak was; naar Oostenrijksch recht is hij bevrijd, als hij aantoon, dat niettegenstaande inachtneming van de vereischte voorzichtigheid in besturing en behandeling van het voertuig, het ongeval niet afgewend kon worden.

Hierna volgt een verhandeling over „Die Grundlagen des internen Scheckrechts” (bl. 445—529), door den op dit gebied bekenden schrijver Dr. JAMES BREIT, advocaat te Dresden. Met „internes Scheckrecht” wordt bedoeld de verhouding tusschen chèquegever en betrokkene. In navolging van COHN duidt men de tusschen hen bestaande betrekking veelal aan als „Scheckvertrag”; een zekere beroemdheid heeft de formule: „Kein Scheck ohne Scheckvertrag” verkregen. Ten onrechte, volgens schr., wordt hier de Scheckvertrag losgemaakt uit de, één geheel vormende, z.g. giro-overeenkomst, welke in den regel de verhouding tusschen den bankier en zijne cliënten beheerscht en krachtens welke hij verplicht is de door hen

gedeponeerde gelden ten allen tijde te hunner beschikking te houden en na mondelinge of schriftelijke opdracht aan hen zelve of derden uit te betalen.

Bestaat een schuld van den betrokkene aan den chèquegever, dan wordt die door betaling van een chèque tot het bedrag van dien chèque gedelgd. De vraag of hierbij de chèquenemer als vertegenwoordiger van den chèquegever fungeert, wordt door schr. ontkennend beantwoord; de chèquenemer blijft geheel buiten de verhouding tusschen chèquegever en betrokkene, is ten deze hoogstens als bode te beschouwen. Een belangrijke vraag is, of de betrokkene (aangenomen, dat er tusschen hem en den chèquegever een giro-overeenkomst bestaat) verplicht is een chèque, die door het tegoed van den chèquegever slechts gedeeltelijk gedekt is, gedeeltelijk uit te betalen, dan wel, of hij betaling geheel kan weigeren; schr. is de laatste meening toegedaan; er heerscht over de vraag echter nog geen eenstemmigheid. Omtrent de herroepbaarheid van chèques bevat het Scheckgesetz in § 13 de bepaling: „Ein Widerruf des Schecks ist erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam". Dit beteekent, dat de bank op een ontijdige herroeping geen acht behoeft te slaan, niet, dat zij er geen acht op mag slaan. Questionus is, of herroeping den chèquegever tot schadevergoeding tegenover den nemer verplicht. Volgens schr. hangt dit hiervan af, of de herroeping „frivol" is, tegen de goede zeden, en daardoor valt onder § 826 BGB. Behandeld worden voorts nog de invloed van faillissement alsmede de vraag, wie de schade, veroorzaakt door uitbetaling van vervalschte chèques, heeft te dragen; als beginsel mag gesteld worden, dat de bank de schade draagt; heeft echter de client, wiens naam misbruikt is, schuld (b.v. doordat bij de chèqueformulieren niet behoorlijk bewaard heeft), dan is hij aansprakelijk; hebben

beiden schuld, dan heeft elk een deel van de schade te dragen, volgens het beginsel van § 254 BGB.

Ten slotte wordt door Prof. Dr. RUDOLF MÜLLER-ERZBACH te Bonn besproken „Der Schutz der Unternehmerarbeit”, bl. 530—549. De rechtsbescherming van producten van arbeid als zoodanig is uiteraard begonnen bij tastbare producten: een voorbeeld levert de leer van de specificatie in het Romeinsche recht. Vervolgens komen de voortbrengselen van kunst, wetenschap en techniek. Betrekkelijk zeer weinig aandacht is nog geschonken aan die arbeidsresultaten, wier qualiteit van economisch goed niet zoo dadelijk in het oog springt; men denke aan den arbeid, die bestaat uit het transporteeren van goederen; het arbeidsproduct is hier de verhoogde gebruikswaarde der goederen. Reeds in het oude recht der Hanzesteden kende men een bescherming van dit arbeidsresultaat, n.l. in de bepaling, dat zaken, die overzee aangevoerd waren, in het geheel niet en zaken, die overland uit den vreemde waren gekomen, na jaar en dag niet meer door den vorigen bezitter, wien zij onttrokken waren, konden worden opgeëischt. Minder eenvoudig, maar van niet minder belang is het arbeidsproduct, door de organisatie van een onderneming geschapen. Hier behandelt schr. het in 1907 verschenen geschrift van Dr. OSKAR PISKO te Weenen „Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs”. Ofschoon in het algemeen met definities niet zeer ingenomen, vermeldt schr. Pisko's difinitie van Unternehmen als „eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Ueberlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann”. De belangrijkste quaestie is, of de wet de executie van

een onderneming als geheel behoort toe te laten, en daarnaast executie van enkele als bijzaken beschouwde zaken, wier onttrekking aan de onderneming onevenredig groote schade zou kunnen teweegbrengen, verbieden. Het Oostenrijksche recht kent executie van een onderneming als zoodanig, echter niet in den vorm van verkoop, maar van beheer of verpachting ten behoeve van den schuldeischer; executie van bijzaken verbiedt het in sommige gevallen.

De afdeeling „Rechtsquellen”, hierna volgend, bestaat uit een bespreking van den Engelschen Limited Partnerships Act 1907 (Edward VII cap. 24) door Dr. EDUARD CRUESEMANN, Solicitor of the Supreme Court of Judicature of England te Londen (bl. 550—556).

Vervolgens „Literatur”, bevattend elf boekaankondigingen (bl. 557—572) en ten slotte een in memoriam van Dr. ANTON PAVLICEK, gestorven te Karolinenthal 2 Mei 1909, door O. FRANKL, bl. 573.

C. J. H.

### Prijsvragen.

Rector en senaat der universiteit te Leiden hebben de volgende prijsvragen uitgeschreven:

*Faculteit der rechtsgeleerdheid.* I. De faculteit verlangt een uiteenzetting betreffende de vraag, hoe naar geldend recht de grens loopt tusschen de koloniale bevoegdheden van den Koning der Nederlanden en de bevoegdheden der drie koloniale landvoogden, alsook welke mate van zelfstandigheid die landvoogden naar geldend recht tegenover den Koning bezitten.

II. De faculteit verlangt een geschiedkundige verhandeling tot beantwoording der vraag, tegen wien naar Romeensch recht de rei vindicatio kan worden ingesteld.

De vragen worden beantwoord in de taal, waarin ze gesteld zijn. De antwoorden, geschreyen met een andere hand dan die van den auteur, worden vóór 1 Mei 1912 toegezonden aan den secretaris van den senaat der universiteit. Zij worden geteekend met een spreuk, en gaan vergezeld van een verzegeld briefje, dat dezelfde spreuk tot opschrift heeft en den naam en het adres des schrijvers bevat.

Op den derden Maandag van de maand September 1912 wordt het oordeel der faculteiten over de ingekomen verhandelingen afgekondigd, en aan de schrijvers der meest voldoende antwoorden, die door de faculteiten der bekroning waardig zijn gekeurd, de gouden eerepenning uitgereikt.

Door de universiteit van Amsterdam zijn de volgende prijsvragen uitgeschreven, te beantwoorden vóór 1 Mei 1912

door studeerenden aan een Nederlandsche instelling van universitair onderwijs :

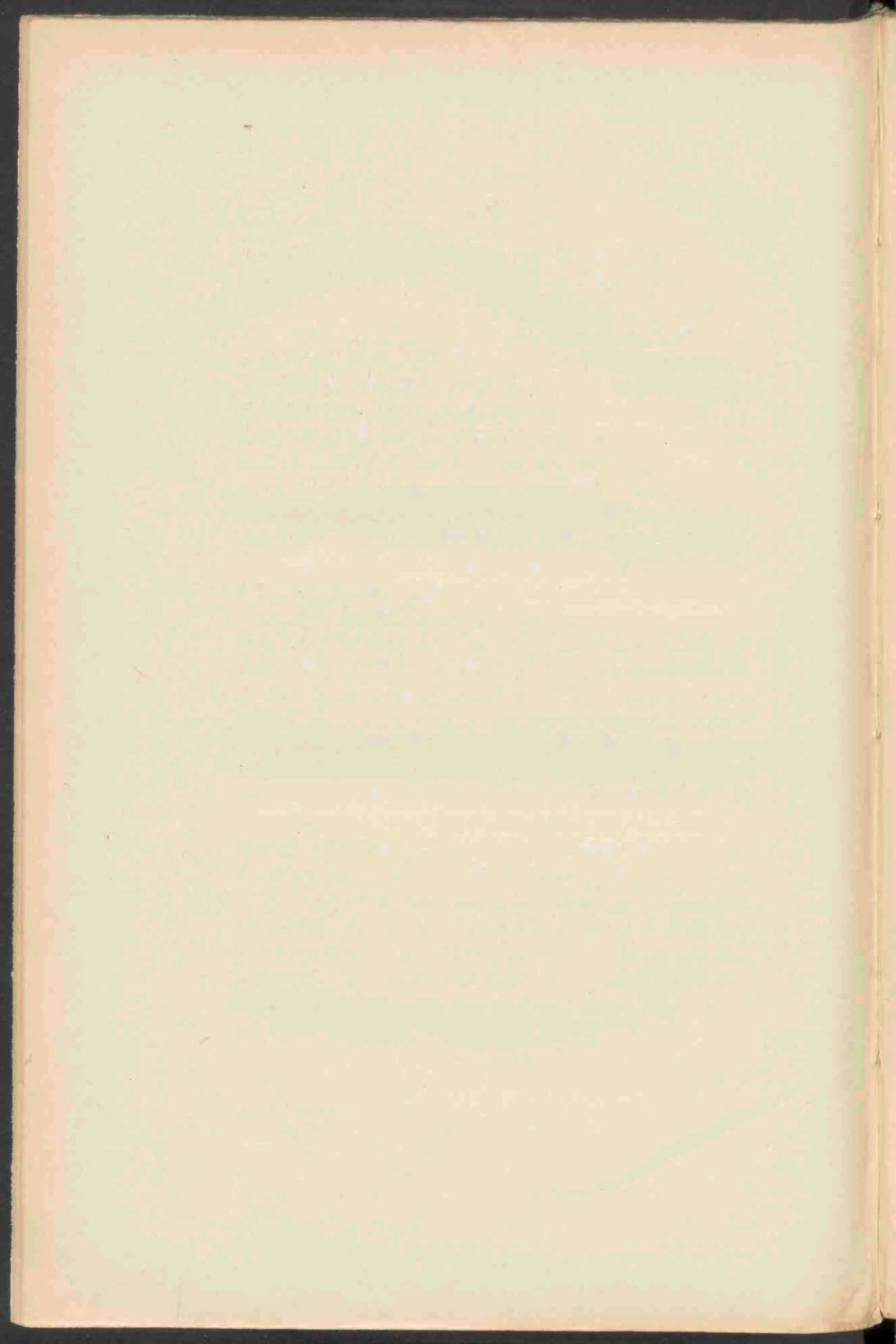
*Faculteit der rechtsgeleerdheid.* De faculteit verlangt: „een antwoord (door een beredeneerd overzicht van literatuur, wetgeving, internationale regelingen, ontwerpen, congresbesluiten e. d.) op de vraag, hoe zich, hoofdzakelijk in den lateren tijd, het beginsel van internationale rechtsgemeenschap *in strafrechtelijk opzicht* ontwikkeld heeft”.

De vragen moeten worden beantwoord in de taal, waarin zij zijn gesteld.

De antwoorden, met een andere hand dan die des vervaardigers geschreven, moeten vóór of op 1 Mei 1912 worden toegezonden aan den secretaris van den senaat der universiteit van Amsterdam. Zij moeten geteekend zijn met een kenspreuk en daarbij moet gevoegd worden een verzegeld briefje, dat dezelfde kenspreuk tot opschrift heeft en den naam, het studievak en het adres des schrijvers bevat.

Op den derden Maandag van de maand September wordt het oordeel der faculteiten over de ingekomen verhandelingen in het openbaar medegedeeld en aan de schrijvers der meest voldoende antwoorden, die door de faculteiten de eer der bekroning zijn waardig gekeurd, de gouden eerepenning uitgereikt.

---



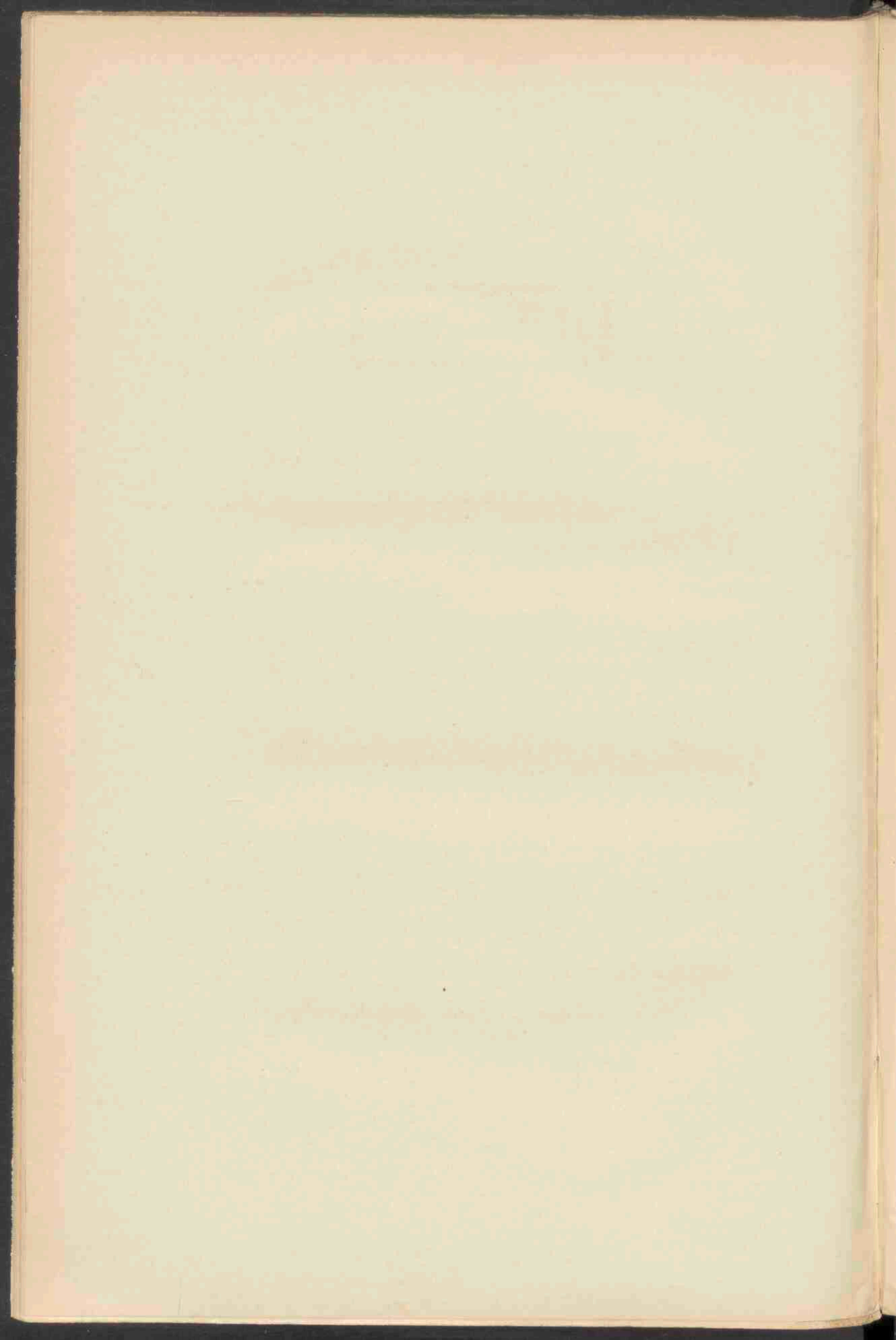
## In Memoriam.

Heeft de hoogst treurige wijze waarop in den zomer van dit jaar door den dood een eind werd gemaakt aan het nuttig en werkzaam leven van Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, Oud-Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, terecht algemeene deelneming in den lande opgewekt, ook *Themis* heeft met weemoed zijn overlijden vernomen.

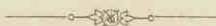
Sedert 1892 — destijds Administrateur aan het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid — voorkomend op de lijst der medewerkers van het tijdschrift, heeft hij meermalen, vooral na het intreden van zijn otium, getoond zijne gewaardeerde krachten ook daaraan te willen wijden. Een woord van dank en hulde zij daarvoor aan zijne nagedachtenis gewijd.

RED.





# THEMIS



LXXIIste deel — VIERDE STUK

## Een Volkenrecht-puzzle

DOOR

Jhr. J. C. C. DEN BEER POORTUGAEL,  
*Luit. Genl. b. d. Lid v. d. Raad van State.*

Op het internationaal publiek rechtsgebied heeft zich onlangs eene nieuwe vraag voorgedaan of liever is eene nieuwe stelling opgeworpen.

Zij heeft haar ontstaan te danken aan de Scheldequaestie.

Van deze zal ik, om het uitgangspunt aan te wijzen, alleen in herinnering brengen, dat door voorname Belgische schrijvers, Baron DESCAMPS, gewezen Minister en Baron GUILLAUME, gezant van België te Parijs, sedert een tiental jaren, in hunne werken de stelling is verkondigd, dat, indien te eeniger tijd de onzijdigheid van België geschonden zou worden, Nederland verplicht zou wezen eene oorlogsvloot, welke België over de Schelde ter hulp zou komen, daar toe te laten.

Sedert onze regering haar wetsontwerp betreffende de Kustverdediging bij de Tweede Kamer heeft ingezonden, is, met het oog op het daarin voorkomend voorstel van een fort bij Vlissingen, deze stelling opnieuw en nu met felle hevigheid van Belgische zijde door onder-

scheidene schrijvers te berde gebracht en volgehouden, waarbij zich Fransche en Engelsche schrijvers in de pers en in tijdschriften hebben aangesloten.

Daar die verplichting aan ons land bij geen enkel tractaat is opgelegd en het toelaten in tijd van oorlog, voor zoodanig doel, van vreemde strijdmachten op ons gebied zeer bedenkelijke gevolgen kan hebben, zijn de Belgische beweringen door mij ernstig bestreden, eerst in de brochure: *L'Escaut et la neutralité permanente de la Belgique d'après les traités de 1839 et 1907*, in November a. p. bij de firma Van Stockum alhier uitgegeven, toen in een artikel: *De Schelde-quaestie in de Tweede Kamer*, verschenen in den *Tijdspiegel* van Januari; later in artikelen geplaatst in *Le Soir* van 8 en 9 Januari j.l., een te Brussel uitkomend dagblad, en eindelijk in een werkje: *La Neutralité sur l'Escaut*, in April dezes jaars bij Martinus Nijhoff alhier verschenen.

Daarin werd hoofdzakelijk op aangevoerde gronden, ontleend aan de tractaten en aan het Volkenrecht, betoogd dat Nederland, wil het in oorlogstijd onzijdig kunnen blijven, geen vreemde gewapende macht op zijn Schelde-gebied tot doeleinden, welke met den oorlog in verband staan, mag toelaten, en dat België, door Antwerpen — dat volgens de tractaten niets dan een handelshaven mag wezen — formidabel te versterken met een grooten kring van forten en een geretrancheerd kamp, om vreemde hulptroepen te kunnen opnemen en voor deze als operatiebasis te dienen, zich, wanneer het daarbij uitgegaan is van de onderstelling, dat die hulptroepen langs de Schelde, over ons neutraal gebied zouden moeten komen, in een labyrinth heeft begeven, waaruit het bezwaarlijk anders kan komen, dan — mocht het een oorlogshaven verlangen te bezitten — die elders, bijv. te Ostende of bij Zeebrugge in te richten.

Onder de menigte artikelen, welke daarover in den vreemde zijn verschenen, verdient in het bijzonder een in de maand Mei als brochure, onder den titel *L'Escout, le droit international et les traités*, uitgekomen rapport van de Heeren BRIGODE en DUCARNE, advocaten bij het Hof van Appèl te Brussel, aan de *Conférence du jeune barreau* aldaar, de aandacht. Dat rapport onderscheidt zich door eene bezadigde, waardige en onpartijdige beschouwing van deze niet alledaagsche quaestie.

Terecht heeft Professor DE LOUTER daaromtrent in de *Nieuwe Courant* van den 19<sup>den</sup> Mei j.l. een waardeerend oordeel uitgesproken.

De Heeren BRIGODE en DUCARNE erkennen, dat België niet, zooals ook de Hoogleeraar in het internationaal recht te Brussel, NIJS en de advocaat SEGERS, afgevaardigde voor Antwerpen, beweerden en door mij was bestreden, mede-souvereinsrechten op het Nederlandsch gedeelte der Schelde van Bath tot in zee, kan doen gelden.

Zij zijn mede tot de erkenning gekomen, dat Nederland op zijn Schelde-territoir geen belligerente vloot mag laten doorgaan naar Antwerpen, maar . . . naar het mij voorkomt een uitweg willende zoeken uit den doolhof, waarin België door zijn m. i. eenigszins onvoorzichtig handelen ten aanzien van Antwerpen is gekomen, om het toch maar als mogelijk te stellen, dat Nederland eene oorlogsvloot van een der de onzijdigheid van België bij het tractaat van 1839 gegarandeerd hebbende Mogendheden, over zijn Schelde-gebied zou kunnen doorlaten, indien die vloot tot hulp van België naar Antwerpen zou willen opstoomen, zijn zij tot eene redeneering gekomen, met zulke subtiele onderscheidingen en schakeeringen, dat de Schelde-quaestie m. i. dreigt te worden eene internationale rechtspuzzle.

De kundige schrijver van het *Stellig Volkenrecht*, Professor DE LOUÏER, heeft er in het vermelde couranten-artikel beschouwingen aan gewijd.

De redeneering van de Belgische advocaten komt in 't kort hierop neer: Als België eenvoudig zijne neutraliteit verdedigt, kan het niet als oorlogvoerende worden beschouwd, want, om dat te worden moet er eene oorlogsverklaring zijn (blz. 61). Eene garandeerende mogendheid het ter hulp komende, wordt dus door dat feit geen oorlogvoerende. Derhalve kan Nederland zonder zijne onzijdigheid te schenden zoodanige hulpvloot op de Schelde toelaten.

Daar de beschouwingen daaromtrent door den Hoogleeraar DE LOUÏER openbaar gemaakt ernstige overweging verdienen, meen ik, om niet in herhaling te vervallen, het best te doen woordelijk uit zijn belangrijk stuk over te nemen, hetgeen hij erover heeft geschreven:

„Tegen het eind van het betoog” — zoo schrijft hij — „komt onverwacht de verrassende wending, welke aan het rapport zijn voornaamste beteekenis geeft (blz. 59). Wat van oorlog geldt, geldt niet van een verdediging der neutraliteit. Een neutrale Staat, die hetzij vrijwillig, zooals Nederland, hetzij daartoe krachtens internationaal verdrag verplicht, zooals België, zijn neutraliteit desnoods gewapenderhand verdedigt, wordt daardoor niet belligerent; derhalve ook niet de Staat, die krachtens een garantieverdrag den neutralen Staat daarbij de behulpzame hand biedt. Nederland schendt dus *niet* de plichten der neutraliteit door den garant toe te staan België's neutraliteit te handhaven. Veeleer is het daartoe, zoo niet contractueel, althans zedelijk verplicht.

„Deze slotsom, welke men bij de lezing van het voorafgaande moeilijk kon verwachten, biedt een op-

lossing die, *indien zij juist is*, de tegenstrijdige belangen der naburige en bevriende Staten inderdaad zou verzoenen. Alles hangt derhalve van haar juistheid af. *Indien* België zich stipt houdt aan de verdragen, die den grondslag vormen zijner onafhankelijkheid en zich mitsdien bepaalt tot de handhaving zijner neutraliteit; — *indien* ook de garandeerende mogendheid zich uitsluitend vergenoegt met de ondersteuning dezer afwerende, zegge conservatieve maatregelen en zich niet laat verleiden tot een oorlogsverklaring noch tot oorlogsoperatiën tegen den aanrander der Belgische neutraliteit; — *dán* geeft de Vredesconferentie van 1907 aan de bewering krachtigen steun. In art. 10 van Conventie V „concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre” staat duidelijk, dat zelfs het gewapenderhand afweren eener aanranding der neutraliteit niet als een vijandelijke daad mag worden beschouwd; in eenigszins andere woorden wordt hetzelfde voorschrift herhaald in art. 26 der Conventie XIII „concernant les droits et devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime”. Beide artikelen waren het gevolg van amendementen: het eerste van den Nederlandschen afgevaardigde DEN BEER POORTUGAEL, het tweede van den Russischen gedelegeerde TSCHARYKOW. Zij werden zonder verzet aangenomen en door velen overbodig geacht. Dit wettigt het vermoeden, dat men er zulke gewichtige gevolgen niet aan verbond als de Belgische schrijvers er thans uit afleiden.

„Intusschen is ook zonder uitdrukkelijken tekst de stelling aannemelijk, dat de feitelijke verdediging van het recht om onzijdig te blijven niet kan worden opgevat als deelneming aan den oorlog. Veeleer zou

dit een innerlijke tegenstrijdigheid zijn, welke beslist moet worden verworpen en door de aangehaalde artikelen als zoodanig wordt erkend.

„Daarom verdient ook de gevolgtrekking omtrent de door den garant verleende hulp, ofschoon niet berustend op uitdrukkelijke bepalingen, de grootste aandacht. Bijstand aan een bevrienden Staat in de vervulling van plichten, welke niet uit zijn staat van belligerent ontstaan, maar omgekeerd uit zijn recht en zijn wil om *niet* aan den oorlog deel te nemen, kan onmogelijk als oorlogsdaad worden beschouwd en onder het bereik van het oorlogsrecht worden gebracht. Het zou desniettemin de moeite waard zijn deze logische gevolgtrekking nadrukkelijk te formuleeren en bij collectief verdrag boven elken twijfel te verheffen. Ziedaar een schoon en bereikbaar doel voor de derde Vredesconferentie”.

Uit dit stuk blijkt dat de stelling van de Belgische Heeren door den Heer DE LOUTER niet onaannemelijk wordt geacht, hoewel er ook bij hem twijfel bestaat omtrent de juistheid van de door hen voorgestelde oplossing.

Waar bij zoodanig een terecht hoog aangeschreven Hoogleeraar in het Volkenrecht twijfel heerscht, voegt het mij slechts met groote bescheidenheid eene meening uit te spreken. Maar de zaak is van te groot gewicht om de gronden waarop deze berust achter te houden. Anderen kunnen ze toetsen. Wellicht dat dit, zoo niet voor nu dan voor later zijn nut kan hebben.

Te eerder meen ik mijne bezwaren tegen de voorgestelde oplossing der quaestie te mogen openbaren, omdat het toeval wil dat het art. 10 der bedoelde conventie van 1907, welke volgens Professor DE LOUTER krachtigen

steun zou geven aan de bewering der Belgische Heeren, zooals terecht door hem is aangevoerd, juist op mijn voorstel in de conventie opgenomen en dan ook door mij in de Tweede Vredesconferentie verdedigd is geworden. Ik meen dus de aanleiding en de strekking van dat artikel te kunnen en te mogen toelichten.

Bij de behandeling van meergenoemde conventie is door mij voorgesteld geworden daarin op te nemen de bepaling:

„Si un Etat neutre, pour remplir ses devoirs imposés  
„par la neutralité, est obligé de recourir aux armes,  
„ce fait ne lui sera pas imputé comme un acte  
„hostile” (1).

Hoe ben ik daartoe gekomen?

In 1870, toen bij het uitbreken van den oorlog tusschen Frankrijk en Duitschland, het Nederlandsche leger gemobiliseerd, gedeeltelijk aan de grenzen stond om onze onzijdigheid te beschermen, was ik, als kapitein van den Generalen Staf aan het hoofdkwartier van Z. K. H. den Prins van Oranje, Opperbevelhebber van het leger te velde, als Chef der Afdeeling Kanselarij, o. a. belast met al wat tot het oorlogs- en neutraliteitsrecht — dat toen nog bij de officieren totaal onbekend en nog door niemand onderwezen was — betrekking had.

Levendig stond mij toen het gevaar voor oogen dat ons land kon bedreigen, indien een der machtige oorlogvoerende mogendheden het, door de omstandigheden, in haar belang zou achten ons land in den oorlog te betrekken, en dat zou doen door bijv. een grensconflict uit te lokken, hetgeen zoo lichtelijk kan geschieden, wanneer gewapende afdeelingen van zoo'n oorlogvoerenden

---

(1) Actes et documents, III, blz. 189.



Staat dicht staan en patrouilleeren nabij onze troepen, welke de grens bewaken.

Dat bleef mij zoodanig bezwaren, dat toen ruim een jaar later, in het voorjaar van 1872, mijn werk over *Het Oorlogsrecht*, dat sedert in verschillende uitgaven als leerboek in dat recht voor de officieren van ons leger is ingevoerd, werd uitgegeven, in § 260 als stelling werd geschreven:

„Het overschrijden der grenzen door enkele gewapenden van eene oorlogspartij, individueel of als troep vereenigd, is — ofschoon daadwerkelijke schending van onzijdig grondgebied — niet altijd een *casus belli*.

„Gematigdheid bij hunne terugwijzing is plicht, alvorens de schending van het gebied door de wapens worde gekeerd”.

Op blz. 280 werd die stelling nader toegelicht. Daar leest men o. a.: „Wordt de grens door patrouilles van eene oorlogspartij of door enkele gewapenden overschreden, dan is het mogelijk dat dit zonder voordacht geschiedt, uit onwetendheid of verdwaald raken. De observatie-troepen van den onzijdigen Staat behooren dus niet aanstonds van het denkbeeld uit te gaan, dat schending opzettelijk plaats hebbe. Overijling, zucht naar krijgsroem, opgewekte hartstocht, antipathie enz. mogen nimmer het algemeen welzijn in de waagschaal stellen.

„Een officier behoort — liefst met witte vlag en hoornblazer — den troep te gemoet te gaan, in beleefde termen te waarschuwen, dat hij zich op neutraal gebied bevindt, te verzoeken onverwijld terug te keeren en, bij weigering, te wijzen op de ernstige gevolgen eener schending van neutraal gebied. Eerst wanneer op dit alles geen acht wordt geslagen, moet tot het door de wapenen keeren der schending worden overgegaan.

„Een rapport van het voorval behoort onverwijld aan

de regeering te worden gemaakt, zoo mogelijk geconstateerd door een burgerlijk regeeringsbeambte als getuige.

„Zulk een op zich zelf staand feit heeft — ook wanneer de schending door de wapens is gekeerd — nog niet onvermijdelijk den oorlog ten gevolge”.

Toen ik in 1907 de eer had als gevolmachtigd gedelegeerde van Nederland aan de samenstelling van eene conventie tot het vaststellen van eenige der voornaamste rechten en plichten van onzijdige Staten te kunnen medewerken achtte ik het van mijn plicht er voor te zorgen, dat het gevaar hetwelk ons land wellicht te dier zake zou kunnen bedreigen, zooveel mogelijk werd afgewend, door elken twijfel op te heffen en te doen vaststellen, dat het gebruik maken der wapens bij het gedwongen moeten tegengaan eener schending van onzijdigheid den *onzijdige* niet als een oorlogsdaad zou worden *aangerekend* (imputé).

Het werd toen door de Nederlandsche Delegatie voorgesteld.

In den loop der behandeling is de tekst echter anders geworden en luidt Art. 10 der conventie thans :

„Ne peut être considéré comme un acte d'hostilité  
„le fait par un Etat neutre, de repousser même par  
„la force, les atteintes à sa neutralité”.

De bedoeling van de wijziging is niet geweest om in den geest, in de strekking van mijn voorstel verandering te brengen, maar alleen in de redactie.

De rapporteur, de Zwitsersche afgevaardigde BOREL, verklaarde er van (1) :

„Cet article reproduit, avec une modification de rédaction, un amendement proposé par la Délégation des Pays-Bas (vol. III. Deux. Comm. Annexe 28) et justifié

(1) Actes et documents, I, blz. 145.

en ces termes par S. Exc. le Général DEN BEER POORTUGAEL :

„Il est déjà assez malheureux, pour un Etat neutre, de se trouver dans l'obligation de recourir aux armes pour faire respecter ses droits et surtout pour remplir ses devoirs, sans que leur accomplissement lui soit imputé comme un acte d'hostilité. Un Etat neutre ne se résoudra jamais à cette nécessité sans qu'il s'y trouve absolument forcé par les belligérants. On ne peut donc pas lui imputer un acte hostile dont la responsabilité ne lui incombe pas”.

De rapporteur vervolgde : „Au sein de la Commission, l'observation a été faite que la proposition neerlandaise paraissait superflue. „Il est clair, a dit S. Exc. M. Van den Heuvel (1), que, si un Etat neutre a des droits et des devoirs à remplir, il doit avoir les moyens de s'en acquitter. Si donc il emploie ces moyens, nul ne peut lui en faire un grief”.

„D'autre part, M. le Colonel Borel a revendiqué en faveur de l'Etat dont la neutralité est violée le droit de considérer cette violation comme équivalant à un *casus belli* et d'en tirer telles conséquences qu'il jugera convenables.

„Sans méconnaître la justesse de ces observations, la Commission a constaté que la proposition neerlandaise avait sa raison d'être dans le cas où l'Etat neutre préférerait se borner à repousser l'atteinte à sa neutralité et à faire valoir, au surplus, ses griefs par la voie diplomatique. En pareil cas, il n'est pas inutile de dire expressément — ce que fait l'article 10 — que l'emploi de la force par l'Etat neutre, dans le seul but de repousser l'atteinte portée à sa neutralité, ne

(1) Oud Minister van Justitie in België.

peut pas être invoqué comme un *cassus belli* par l'Etat qui l'a mis dans la nécessité de recourir à cette extrémité".

Wanneer uit de Fransch sprekende volken een rapporteur, in de wetenschap doorkneet, een eenvoudige redactie-wijziging aangeeft van een in die taal gesteld artikel, dan heeft men zich daarbij neer te leggen, vooral wanneer de zaak zoo vanzelf sprekend wordt beschouwd dat de bepaling zelfs overbodig is geacht. Opmerkelijk is, dat die overbodigheid werd bepleit door twee Belgische gedelegeerden, n.m. behalve door den Heer VAN DEN HEUVEL nog door den Minister van Staat den Heer BEERNAEST, terwijl het nu juist de Belgen zijn, die er zich als aan een reddingsplank aan vastklampen.

De redactie BOREL geeft m.i. echter niet zuiver de juridische gedachte weer, welke in mijn voorstel was neergelegd. Zij gaat verder dan door mij is bedoeld. Door mij is het feit — het gebruik maken van de wapenen tegen den indringer — het bloote feit gelaten, zonder qualificatie, zonder appréciatie er van, zonder er eigenschappen aan toe te kennen of er aan te ontleenen. Het is slechts als uitgangspunt aangenomen om daarop de stelling te bouwen en te besluiten tot vrijwaring van den neutralen Staat voor de gevolgen.

De redactie BOREL neemt daarentegen datzelfde feit niet aan als uitgangs- maar als middenpunt van beschouwing. Waar door mij nooit iets anders is gezegd dan, dat het niet als eene oorlogshandeling *den onzijdigen Staat* kan worden toegerekend (*imputé*) zegt zij, dat het feit zelf niet als eene oorlogshandeling kan worden beschouwd, waarvan is gemaakt; dat het niet eene oorlogsdood *is*. Naar mijne bescheiden meening is dat minder juist en is dat onjuiste de troebele bron, waaruit de Belgische juristen hunne nog onjuister gevolgtrekkingen hebben geput.

Het gebruik van wapengeweld is feitelijk een oorlogsdaad. Ik kan een strijd met de wapens, door legers of vloten van Staten gevoerd, het elkander doodschietsen met geweer- of kanonkogels, of het elkander met sabel en bajonet te lijf te gaan, nu eenmaal niet een vriendschapsbetuiging, eene vredelievende handeling noemen. Dat feit, die handeling, die strijd is en blijft m. i. in werkelijkheid, in zijn aard en wezen een „acte d'hostilité”, welke in het bereik van het oorlogsrecht valt. Ware zij dat niet, dan zou het met opzet verwonden of dooden van den medemensch strafrechtelijk vervolgbaar moeten worden gesteld, hetgeen buitengesloten is.

Geheel iets anders is echter of voor dat feit de onzijdige Staat verantwoordelijk moet worden gesteld, of men het *hem* kan toerekenen, m. a. w. of men uit het feit mag concludeeren tot eene vijandige gezindheid van den onzijdige. Het gaat niet aan, dat de betrokken belligerent uit dat in zoo'n geval met de wapens afweren zal kunnen beweren: „In een eenvoudig grensincident zijt gij met zulk een geweld tegen ons opgetreden, dat daaruit uwe vijandelijke gezindheid jegens ons blijkt en wij U dus als onzen vijand moeten beschouwen”; of in een ander geval zou kunnen beweren: „zonder dat wij tegen U eenig kwaad in den zin hadden of aan uwe onderdanen eenig nadeel hebben berokkend, hebt gij ons aangevallen op onzen weg, dien wij tot ons leedwezen verplicht waren door uw territoir te nemen om redenen van zelfbehoud, om den vijand, die ons bedreigde, te kunnen bereiken. Gij hebt daarmede onzen vijand geholpen, zoodat wij U als zijn bondgenoot moeten aanmerken”.

Alleen dat heb ik willen vermijden.

Het komt mij dus voor dat de stelling van Art. 10 der conventie, door de veranderde redactie niet in allen deele juist is gebleven en dat zij in zich zelve eene

tegenstrijdigheid bevat. Wel doet die aan de oorspronkelijke bedoeling geen afbreuk, maar het eenigszins bedenkelijke ervan komt in het volle licht, nu dat minder juiste, m. i. valsche element als praemisse wordt aangegrepen en dienst moet doen om daarop eene nieuwe stelling met zeer vèr-strekkende gevolgen te gronden.

Is, wordt toch gezegd, die wapenstrijd tot handhaving der onzijdigheid, dus om buiten den oorlog te blijven, niet een oorlogsdaad, dan is de onzijdige met den schendenden belligerent niet in oorlog en wordt, als gevolg daarvan ook eene derde, eene garandeerende Mogendheid, die den onzijdige met haar vloot of legermacht ter hulp komt en zich bepaalt tot het helpen handhaven der onzijdigheid, niet in oorlogstoestand geplaatst.

Is de praemisse naar mijne bescheiden meening reeds niet juist, de gevolgtrekking is dat op haar zelve ook niet.

Op welken grond wordt de gewelddaad, het afweren van den belligerent door den onzijdigen Staat dezen niet aangerekend? Is het niet omdat die Staat met dat afweren, met het onschendbaar, het zuiver houden van zijn territoir, met het terugwijzen van den indringer, dien hij op zijn gebied niet hebben wil en krachtens zijne neutraliteitsplichten zelfs niet gedoogen mag, niets anders doet dan wat het *natuurrecht* hem toestaat te verrichten, wat zijn recht op zelfbehoud hem als plicht voorschrijft? En het recht op zelfbehoud is, — zoo als Professor DE LOUÏER in zijn uitnemend werk over het *Stellig Volkenrecht* (dl. I, blz. 240) zoo treffend heeft geschreven: „de rechtsgrond van den Staat zelf, te „gelijktijd zijn eerste recht en hoogste plicht”.

Geheel anders staat de daad van de garandeerende

Mogendheid er voor, die den onzijdigen Staat ter hulp zou komen. Het natuurrecht dekt haar gewapend optreden niet. Haar eigen veiligheid lijdt geen gevaar door zich buiten den strijd te houden; integendeel die kan door zich er in te mengen in gevaar worden gebracht.

Wanneer men aanvoert, dat die inmenging geschiedt tot uitvoering van eene verplichting, welke bij een garantietractaat is aangegaan, dan antwoord ik, dat dit eigen wil, zuivere eigen verkiezing en eigen belang is geweest, die er toe geleid hebben zulk eene garantie op zich te nemen en zich daartoe contractueel te verbinden, maar dat dit in de rechtsverhouding tegenover den belligerent geen verandering brengt en ook geen vrijbrief geeft om, naar eigen believen anderer neutraal gebied gewapend door te trekken en daarbij de kans te loopen, de mogelijkheid te doen ontstaan om op dat onzijdig gebied in gewapend conflict te komen en een fellen strijd aan te binden met den belligerent, hetgeen dan — altijd volgens de genoemde Belgische rechtsgelerden — toch geen oorlog zou zijn.

Het komt mij bovendien voor, dat men goed zal doen die garantieplicht niet al te hoog aan te slaan. Juist onder de garandeerende Mogendheden bevinden zich de eenige, die men het voornemen redelijkerwijze kan toeschrijven wellicht te eeniger tijd de onzijdigheid van België niet te zullen eerbiedigen, n.m. Frankrijk en Duitschland (Pruisen in 1839), terwijl Rusland en Oostenrijk, die bij het Londensche tractaat van 1839 die onzijdigheid mede hebben gewaarborgd, er hoogst waarschijnlijk niet aan zullen denken met hunne gewapende macht die garantieplicht uit te voeren. Deze zal derhalve in de praktijk niet verder reiken dan de *belangen* van een derden Staat medebrengen dien te doen gelden.

Hoe verwoeden strijd er ook zou kunnen ontbranden,

zoolang die zich bepaalt tot hulp aan den onzijdigen Staat zou het toch, volgens de schrijvers van het rapport, geen oorlog zijn en de vechtende gezant geen oorlogvoerende, „car — zeggen de Heeren — „pour le devenir, il faudrait une déclaration de guerre” (blz. 61).

Dat is iets nieuws.

Natuurlijk is mij de conventie, welke in de Tweede Vredesconferentie van 1907 is aangenomen betreffende het openen der vijandelijkheden bekend. Ik weet dat in Art. 1 is bepaald dat de contracteerende Mogendheden erkennen dat vijandelijkheden tusschen hen niet moeten beginnen zonder voorafgaande waarschuwing, hetzij in den vorm van eene gemotiveerde oorlogsverklaring, hetzij in dien van een ultimatum met voorwaardelijke oorlogsverklaring.

Ik weet ook, dat in Art. 2 van die conventie is bepaald dat de oorlogstoestand zonder uitstel aan de onzijdige Mogendheden moet worden aangekondigd en ten hunnen aanzien geen effect zal uitoefenen, dan nadat deze er eene notificatie van zullen hebben ontvangen.

Maar ik weet niet dat ergens is bepaald, dat, doorgevoerde strijd, dus vijandelijkheid, begonnen zonder oorlogsverklaring, geen oorlog *is*.

Met andere woorden: ik ontken dat tot het essentieel karakter, tot het wezen van oorlog eene oorlogsverklaring behoort, dat oorlog zonder deze geen oorlog zou zijn; dat het dus genoegzaam zou kunnen wezen zulk eene verklaring eenvoudig achterwege te laten, om alles te kunnen doen wat een gewoon mensch tot nu toe ongetwijfeld oorlogshandelingen of -bedrijven zou hebben genoemd en er altijd uitsluitend voor is gehouden, en toch leukweg te kunnen volhouden, dat het geen oorlog is.

Het kan aan mij liggen, maar ik vind die redeneering een sophisme.



Dat de verschillende gecontracteerd hebbende Staten zich verbonden hebben om een oorlog niet te beginnen zonder eene oorlogsverklaring, brengt aan het wezen, aan het rechtsbegrip van oorlog niets af of toe. Die verklaring is eene zaak op zich zelf. Ik geloof zeker dat geen der mogendheden, die de conventie hebben geteekend, het er in bepaalde niet zal opvolgen, maar het blijft toch altijd eene mogelijkheid, en als die plaats mocht hebben zou dus het niet-opvolgen van eene conventie aan feitelijke oorlogshandelingen een ander rechtsbegrip en andere rechtsgevolgen doen toekennen, niet alleen tegenover derden, neutrale Staten, wat, ten aanzien van de gevolgen rationeel is, omdat die, buiten het conflict staande, zonder kennisgeving van de feiten niets zouden weten, maar ook tegenover de Staten die zelf de handelingen plegen, wat m. i. eene absurditeit zou zijn.

Het karakter van oorlog, dat aan de feitelijke geweldadaden tusschen Staten is verbonden, wordt, naar mijne meening, niet weggenomen door het achterwege laten van eene formaliteit, de notificatie.

Het is blijkbaar noodig geworden ons nog eens het rechtsbegrip van oorlog duidelijk voor den geest te brengen, aan te wijzen wat de schrijvers over het Volkenrecht er door verstaan. De meesten geven er geen definitie van; zij achten die vermoedelijk niet noodig.

BLUNTSCHLI zegt § 510: „Krieg ist bewaffnete Selbst-„hülfe einer Statlichen Macht im Widerstreit mit „einer andern Statlichen Macht“.

WEATON noemt oorlog blz. 278: „une contestation „soutenue par la force entre des Etats indépendants“.

ALPHONSE RIVIER geeft in zijn *Lehrbuch des Völkerrecht* § 360 van oorlog de volgende bepaling: „Der Krieg ist der mit Waffengeweld geführte Kampf unter Staaten. Er ist die gewaltigste Selbsthülfe behufs Erreichung

eines Staatszweckes, das äusserste Zwangsmittel, wozu gegriffen werden musz, wenn die bis jetzt besprochenen Mittel sich als unwerksam oder unanwendbar erweisen. Der sich widersetzende Wille des gegnerischen Staates musz durch den Krieg gebeugt, überwunden werden. Der Begriff des Krieges setzt Gewaltthaten von *beiden* Seiten voraus; blosz einseitige Gewalt ist kein Krieg sondern ein völkerrechtliches Vorgehen, wenn est nicht eines der eben behandelten Zwangsmittel ist.

Uit deze bepalingen blijkt, dat de onzijdige Staat, die zijn wil, n.m. het houden van den belligerent buiten zijn landpalen, met wapengeweld den indringer oplegt, die zich zelf met de wapenen helpt, zijn contest met de wapenen ondersteunt, feitelijk, zij het tegen wil en dank, in oorlogstoestand is geraakt. In het zelfde geval verkeert een derde Mogendheid, die met de wapenen den neutralen Staat in diens verzet steunt.

Noch natuurrecht, noch eenig grondrecht, noch overmacht kan door deze worden aangevoerd.

Dit zijn de gronden waarop ik vermeen dat de slotsom waartoe de Heeren BRIGODE en DUCARNE zijn gekomen, n.m. dat Nederland de plichten der neutraliteit *niet* zou schenden, door den garant toe te staan door zijn Schelde-gebied België's neutraliteit te helpen handhaven, niet juist is.

---

Keeren wij thans tot het stuk van Professor DE LOUÏER terug.

De geachte hoogleeraar stelde voor zijne hiervoor medegedeelde conclusie twee voorwaarden, twee *indiens*.

De eerste luidt: „*Indien* België zich stipt houdt aan de verdragen, die den grondslag vormen zijner onafhan-

kelijkheid en zich mitsdien bepaalt tot de handhaving zijner neutraliteit".

Het stipt houden aan die verdragen sluit in zich — zooals ik in mijne brochures omstandig heb aangetoond — dat Antwerpen blijve: *uniquement un port de commerce*.

Zoodra het, door het aanwezig zijn van eigen of van vreemde oorlogsschepen in oorlogstijd en een geretrancheerd kamp „destiné” — zooals de Belgische minister van oorlog den 25<sup>sten</sup> October 1905 in de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordiging erkende — „à offrir à une „puissance étrangère une base d'opérations sérieuse pouvant „lui servir, comme à la Belgique elle-même” tevens eene oorlogshaven wordt, handelt het in strijd met de tractaten van Parijs van 1814, van Weenen van 1815 en van Londen van 1839.

Wat overigens het handhaven zijner neutraliteit betreft is er geen enkele reden om het minst in twijfel te trekken dat het alles zal aanwenden om dit naar vermogen te doen.

De tweede voorwaarde luidt: „Indien ook de garandeerende mogendheid zich uitsluitend vergenoegt met de ondersteuning dezer afwerende, zegge conservatoire maatregelen en zich niet laat verleiden tot een oorlogsverklaring, noch tot oorlogsoperatiën tegen den aanrander der Belgische neutraliteit”.

De quaestie der oorlogsverklaring is reeds door mij behandeld, maar wat te zeggen omtrent het zich niet laten verleiden tot oorlogsoperatiën?

Het vorige jaar schreef ik in den *Tijdspiegel*: „Men zal zich toch wel niet voorstellen dat eene Mogendheid, die om eene geschonden neutraliteit te helpen handhaven, oorlogsschepen naar de Schelde zendt, dat zou doen om met die schepen naar mosselen of aliekruken te laten visschen of naar de oesterbanken en putten van Ierseke

te laten zien, zeker ook niet voor eenig ander vredesdoel. Als zij ze zendt, dan geschiedt dat om het zwaard van Brennus in de weegschaal te leggen, den indringer uit België terug te dringen en om met de geweldmiddelen, welke die schepen aanbrengen en met zich voeren, te strijden tegen de oorlogspartij, welke ongeacht hare vertoogen daartegen ingebracht, de neutraliteit van België zou schenden, in het kort, om vijandig op te treden tegen eene Mogendheid, waarmede Nederland zich in vredestoestand bevindt”.

Ik kan mij niet voorstellen dat eene vreemde oorlogsvloot daar anders dan tot oorlogsdoeleinden zou komen, maar voor een oogenblik aannemende dat het wel mogelijk ware, dan leert de ondervinding hoe bitter weinig er soms noodig is om het, wanneer aanzienlijke strijdkrachten van weerszijden nabij elkander staan, tot oorlogshandelingen te geraken.

Bovendien waar zijn de grenzen en wie stelt die tusschen „het ondersteunen van afwerende geweldmaatregelen” en oorlogsoperatiën? Die grenzen zijn niet aan te wijzen, omdat taktisch en strategisch vaststaat dat meesttijds de beste wijze van verdedigen aanvallen is, niet passief blijven maar actief optreden. Hoe en door wien zal dan worden uitgemaakt en beslist of en wanneer de strijd al dan niet van het een in het ander is overgegaan?

Waarlijk, bij een wapenstrijd, waar ruw geweld heerscht en ook onvermijdelijk is, waar het om leven en dood gaat, waar van elk gunstig oogenblik bliksemsnel partij moet worden getrokken om den tegenstander ten onder te brengen, kan men geen fijne juridische onderscheidingen in het oog houden en kan geen tijd of gelegenheid gelaten worden voor minitieuze overwegingen. Beter, praktischer is zulke ingewikkelde toestanden niet in het leven te roepen, het zoover niet te laten komen.

Want wat zou voor Nederland het gevolg zijn indien de operatiën, aanvankelijk aangekondigd en wellicht ook gemeend, als slechts te zijn „ondersteuning der conservatoire maatregelen” spoedig zouden blijken, wat m. i. te verwachten is, zuivere, onvervalschte oorlogsoperatiën te zijn geworden?

Dan zou Nederland aan de tegenpartij van den schendenden belligerent, nu zelf belligerent geworden, de gelegenheid hebben geboden om van zijn onzijdig gebied partij te trekken om den anderen te gaan bestrijden. Het zou dus zelf hoogstwaarschijnlijk daardoor in oorlog geraken.

In het belang van ons land, in het belang van België, ja, in het belang van allen is het ingewikkelde en verwarde toestanden, die tot ernstige conflicten kunnen leiden, te doen vermijden en daarom in het Volkenrecht geen puzzle's toe te laten.

Het is om België te kunnen helpen ook volstrekt niet noodig. Dat kan op de meest eenvoudige wijze, langs den kortsten weg geschieden, zonder dat het noodig is ons te mengen in een strijd, die ons niet aangaat, zonder ons in het gedrang te brengen.

Wanneer een Duitsch leger over Belgisch territoir naar het Noorden van Frankrijk, of een Fransch leger over dat territoir naar Duitschland zou trekken, liggen de operatielijnen van die legers natuurlijk geheel in het Zuiden van België, niet in het Noorden, niet bij Antwerpen.

Het Belgische leger is in de eerste plaats aangewezen om zoodanige schending te voorkomen of te bestraffen, maar wil een Engelsch leger, krachtens het garantie-verdrag van 1839, België daarin steunen, dan ligt de naaste weg voor de hand. Langs de geheele Belgische vlakke kust zijn de gelegenheden tot landen uitmuntend.

Men vindt ze daar te kust en te keur, of anders bij de goede havens die België daar ook heeft, die bij Brugge (Zeebrugge) of die van Ostende. In het Schelde-impasse naar Antwerpen heeft een vreemde oorlogsvloot volstrekt niet noodig te komen.

Wanneer Professor DE LOUWER ten slotte schrijft, dat het de moeite waard en voor een derde Vredesconferentie een schoon en bereikbaar doel zou zijn nadrukkelijk te formuleeren en bij collectief verdrag buiten twijfel te doen verheffen dat bijstand aan een bevrienden Staat in de vervulling van plichten welke niet uit zijn staat van belligerent ontstaan, maar omgekeerd uit zijn recht en zijn wil om *niet* aan den oorlog deel te nemen, niet als een oorlogsgedaan kan worden beschouwd en onder het bereik van het oorlogsrecht kan worden gebracht, dan moet ik, hulde brengende aan de nobele bedoeling, helaas bekennen dat ik de illusie van dat bereikbare niet kan deelen. Ik betwijfel het of de Mogendheden tot het sluiten van zoodanig verdrag te vinden zullen zijn. Als zij — niet een incidenteel — maar een doorgevoerd, belangrijk wapengeweld tegenover zich zien of ondergaan, vragen zij om hun eigen gedrag er naar te regelen, minder naar het hoe en waarom zij c. q. die slag hebben ontvangen, dan naar het feit zelve, het nuchtere feit, naar den strijd door den Staat gevoerd met de wapenen. Die handelingen zijn en blijven, naar mijne bescheiden meening, hoe men ze wenden en draaien of gaarne anders noemen wil, oorlogshandelingen, welke alleen niet worden *aangerekend* aan den onzijdigen Staat, omdat die ze krachtens het natuurrecht, het recht op zelfbehoud verricht, zoodat hem het verwijt niet kan treffen: *Tu l'as voulu, George Dandin!*

Er zal, meen ik, geen voldoende rechtsgrond kunnen

worden gevonden om die vrijwaring uit te strekken tot een anderen Staat, strijdvoerende in het omschreven geval, dus niet uit zelfverdediging, maar krachtens overeenkomst, uit politiek belang.

Ik herhaal, dat de door de genoemde Belgische advocaten opgeworpen stelling m. i. niet juist is en geen oplossing van de Schelde-quaestie geeft.

24 Juni 1911.

DEN BEER POORTUGAEL.

### **De jongste phase der arbitrage- en vrede-beweging.**

„Le monde marche”. Zou ik te veel zeggen, wanneer ik beweer, dat deze drie woorden vooral ook op den voortgang der pacifieke denkbeelden toepassing kunnen vinden, daarbij in het bijzonder het oog hebbende op de ontwikkeling van het beginsel van arbitrage en scheids-gerecht? Is het toch niet waar, dat vooral in de laatste jaren de arbitrage letterlijk in de lucht zit? Zeker, het beginsel, dat geschillen tusschen de Staten langs scheids-rechterlijken weg moeten beslist worden is zoo oud als de wereld en men kon dan ook in den loop der tijden een aantal gevallen aanwijzen, waarin arbitrage in de plaats van strijd is getreden, maar het was aan het laatste gedeelte der 19<sup>e</sup> eeuw en het begin der 20<sup>ste</sup> voorbehouden om het arbitragedenkbeeld in een bepaald stelsel te zien belichaamd.

De bekende, te vroeg overleden DE MARTENS, de man, die sinds 1874 Rusland op een aantal conferenties, waar vragen van internationaal recht aan de orde waren, heeft vertegenwoordigd, heeft in een zijner vele werken als volgt de ontwikkeling der arbitragedenkbeelden geschetst. In de eerste phase, zoo zeide hij, worden slechts juridische vragen langs scheidsrechterlijken weg opgelost; in de tweede, die begonnen is met de schepping van een Permanent Hof in 1899, worden slechts juridische vragen aan dat Hof opgedragen, maar worden ook soms niet-juridische, politieke twistpunten door arbiters, al zij het dan ook niet door het genoemd Hof, uit den weg ge-



ruimd. In de derde phase eindelijk worden *alle* geschillen : juridische en niet-juridische door het Permanent Hof te 's-Gravenhage beslist.

Het zou nu een punt van onderzoek kunnen uitmaken, in welke phase wij ons thans bevinden en op die vraag past, dunkt mij, het antwoord, dat — alhoewel sommige tractaten ons mogelijk zouden doen denken dat wij reeds in de laatste phase zijn — toch moeilijk kan geloofend worden, dat we thans een eind ver zijn gekomen in de tweede phase, ja, volgens sommigen ons wellicht bevinden op de grens van de tweede en derde.

Dat toch ook een aantal niet-juridische, maar zuiver politieke vraagpunten door arbitrage uit den weg zijn geruimd, is het niet vooral in de weinige jaren der 20<sup>e</sup> eeuw, die er zijn verlopen, gebleken? Hij, die de annalen van de rechtspraak van het in 1899 in het leven geroepen Hof van Arbitrage naslaat, zal daarin toch de beslissing van quaesties vinden, die, waren zij bijv. vóór 1870 voorgevallen, volgens menschelijke berekening een oorlog hadden uitgelokt. Wie herinnert zich niet de Casablanca-quaestie tusschen Duitschland en Frankrijk, die der Noord-Atlantische visscherijen tusschen Engeland en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika?

De eerste was zeker een quaestie, die èn aan Duitschers èn aan Franschen een *question d'amour propre* kon toeschijnen. Op 25 September 1908 trachtten vijf soldaten, behoorende tot het Fransche vreemdelingenlegioen, te deserteeren en zich aan boord te begeven van een Duitsch schip, hetwelk te Casablanca (Marokko) zeilree lag naar Hamburg. De Kanselier van het Duitsche consulaat Just, had het paspoort geteekend; hij had deze soldaten onder bescherming genomen, waarbij hij gesteund werd door een Marokkaansch soldaat van het Duitsche consulaat. De deserteurs, waaronder twee Duitschers, werden door

de Fransche soldaten, niet dan met tegenwerking van genoemden Just en den Marokkaanschen soldaat, die beiden ook nog klappen opliepen, gearresteerd en onder protest van den drogman van het Duitsche consulaat in de gevangenis gezet.

Al dadelijk bleek, dat twee hoofdbeginselen van internationaal recht hier tegenover elkander stonden. Van Duitsche zijde werd beweerd, dat krachtens de capitulaties de Duitschers, — dus ook die tot het Fransch vreemdenlegioen behorende —, steeds staan onder jurisdictie van den Duitschen consul, terwijl van Fransche zijde daartegenover werd gesteld, dat in een geoccupeerd land, zooals het Noorden van Marokko toch kan geacht worden te zijn, die militairen, welke tot het occupatiecorps van een bepaalden Staat behooren, ook geacht moeten worden te staan onder de uitsluitende jurisdictie van den Staat waaraan zij zich als militair hebben verbonden en deze uitsluitend bevoegd is om met de tucht in het occupatieleger strijdige handelingen tegen te gaan.

Aanvankelijk ontstond een zekere spanning tusschen Duitschland en Frankrijk, doch weldra overwoog het gezond verstand en sloten de twee Staten een arbitrage-overeenkomst op 24 November 1908. De arbitrale rechtbank vereenigde zich te 's-Gravenhage en bij uitspraak van 22 Mei 1909 werden bevestigd eensdeels de consulaire privileges in een land van capitulaties, zooals Marokko, anderdeels het jurisdictierecht van het expeditieleger op alle personen tot dit leger behorende, zelfs in de landen, waar de capitulatiës gelden.

Dan werd zeer voorzichtig de feitelijke toedracht der zaak overwogen en gezegd dat de secretaris van het Duitsche consulaat te Casablanca een fout had begaan, door te trachten op een Duitsche stoomboot deserteurs van het Fransche vreemdenlegioen te doen inschepen en

dat de Duitse consul door het teekenen van het vrijgeleide ook een niet-opzettelijke fout had gemaakt. Mede hebben de Fransche autoriteiten een niet-opzettelijke fout begaan door niet de feitelijke bescherming te erkennen, uitgeoefend op de deserteurs uit naam van den Duitse consul.

Geen wonder dan ook, dat deze uitspraak goed ontvangen is. Om twee toongevende bladen te noemen, zij herinnerd, dat o.a. de *Temps* (1) sprak van „*un arrêt parfaitement acceptable pour tous*” en dat de *Kölnische Zeitung*, de zaak in een hoofdartikel behandelende, tot de conclusie kwam, dat hier noch overwinnaars noch overwonnenen waren.

Volkomen terecht kon dan ook een schrijver zeggen: „L'affaire des déserteurs de Casablanca comptera dans l'histoire de l'arbitrage. L'affaire de Casablanca apporte la démonstration éclatante par le fait que des litiges internationaux, même parmi ceux, qui semblent le plus irritants, qui déchaînent les passions les plus vives peuvent se résoudre par l'arbitrage à la satisfaction réciproque des Etats qui s'y trouvent impliqués”. (2)

De tweede zaak, waarop ik wees, is die der Noord-Atlantische visscherijen. Thans daarover een enkel woord. Zij vindt haar oorsprong in het tractaat van Versailles van 1783 en betreft de interpretatie van artikel 1 van het verdrag van 1818 tusschen Engeland en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, bij welke conventie geregeld is de bevoegdheid van de inwoners der Unie om op sommige Canadeesche en op de Newfoundlandse kusten te visschen.

Sinds laatstgenoemd jaar bestond daarover verschil

(1) N<sup>o</sup>. van 24 Mei 1909.

(2) V. G. GIDEL *L'arbitrage de Casablanca* in de *Revue de droit international public*, 1910, n<sup>o</sup>. 4, bl. 401.

van meening. Zonder op alle vragen hier integaan, welke aan het scheidsgerecht zijn voorgelegd, herinner ik aan twee der belangrijkste. Vooreerst dan heeft het scheidsgerecht als zijn opinie uitgesproken, dat wel degelijk de Engelsche autoriteiten het recht hebben om zonder toestemming der Unie reglementen en regelingen te treffen, wanneer die maar *bona fide* zijn en niet in strijd met het tractaat van 1818. Een commissie van deskundigen, waarvan de Nederlander Dr. P. C. C. HOEK, wetenschappelijk adviseur voor de visscherijen, president is, zal beoordeelen in hoeverre de door Engeland resp. het Dominion gemaakte reglementen in overeenstemming met den geest dezer uitspraak zijn.

Een tweede belangrijke vraag, die ook is uitgemaakt, betreft den afstand, van waar de drie zeemijlen op de kusten en in de baaien, havens, kreeken moeten worden gerekend. In het algemeen is hier aangenomen dat in het geval van baaien de drie zeemijlen gemeten moeten worden van af een rechte lijn door de watermassa getrokken op de plaats waar zij ophoudt den vorm en het karakter van een baai te bezitten. Op alle andere plaatsen moeten de drie zeemijlen langs de krommingen der kust worden getrokken.

Naast deze twee hoogst belangrijke arbitrale decisies kunnen nog genoemd worden als door het Haagsche Hof beslist: de Savarkarquaestie tusschen Engeland en Frankrijk, en de Orinoco-aangelegenheid tusschen Amerika en Venezuela, bij welke laatste arbitrage de quaestie der revisie van een eenmaal gevallen scheidsrechtelijke uitspraak is ter sprake gekomen. Ook behoort hier nog genoemd te worden de beslissing over de zeegrens tusschen Zweden en Noorwegen, een quaestie die dagteekent van het tusschen Zweden en Denemarken gesloten tractaat van Röschild in 1658. Deze laatste quaestie is wel beslist in de lokalen van het Haagsche Hof van Arbitrage,

maar niet *door* het Hof zelf, want vooreerst bestond de commissie uit drie arbiters (1) en in de tweede plaats was de super-arbiter Mr. J. A. LOEFF, oud-minister van Justitie in Nederland geen lid van het Hof van Arbitrage als niet behoorende tot de vier juristen, die voor den tijd van zes jaren door de regeering zijn aangewezen en op de bekende lijst gebracht zijn.

Voorts behoort hier gewezen te worden op de in den laatsten tijd gesloten arbitrage-tractaten. Ik beweer niet, dat ze allen even interessant zijn, maar ze zijn altijd een bewijs, dat de arbitrage vooruitgaat, zich ontwikkelt. Ik noem er slechts eenigen. Vooreerst die tusschen Italië en Noorwegen van 10 December 1910; tusschen Italië en Rusland van 27 November 1910; tusschen Italië en België van 18 November 1910. Het laatste heeft dezelfde eigenaardige karaktertrekken als het tractaat tusschen ons land en Italië gesloten, waarover zoo straks.

Buiten Europa kan nog gewezen worden op overeenkomsten tusschen Brazilië en Costa-Rica van 19 Juni 1909; tusschen Costa-Rica en Panama van 17 Maart 1910 en tusschen de Vereenigde Staten van Noord-Amerika en Salvador van 21 December 1910 (2).

Volledigheidshalve zij nog gewezen op de omstandigheid, dat evenals vroeger — de Costa-Rica-Packet-quaestie, de Lawavraag, enz. — tusschen landen, die geen arbitrage-tractaat hebben, over bepaalde zaken een compromis is gesloten ten einde tot een scheidsrechtelijke beslissing te geraken. Zoo bijv. over de vraag, die Frankrijk en Mexico verdeeld hield, aan welken Staat het strategisch belangrijke eilandje *Clipperton* behoort.

(1) Er bestond hier toch geen *summiere* rechtspraak. (Vgl. art. 86 v. h. tractaat van 1907.)

(2) Vgl. de nummers van de *Revue de droit international public* van 1910 en 1911.

Wat de door ons land in het bijzonder gesloten arbitrage-tractaten betreft, zij herinnerd aan de verlenging der arbitrageovereenkomsten met Engeland en met Frankrijk resp. van 1904 en van 1905 in 1909, aan het gesloten arbitrage-tractaat met de Vereenigde Staten van 2 Mei 1908 en aan dat van 20 November 1909 met Italië. Terwijl uit staatsrechtelijk oogpunt kan worden herinnerd aan de zoozeer en mogelijk terecht bestreden bepaling in de goedkeuringswet, waar de regeering zich voorbehoudt om de in art. 2 der conventie bedoelde overeenkomsten zonder goedkeuring van de Staten-Generaal te sluiten (1), is het tractaat met Italië ook vooral uit volkenrechtelijk oogpunt van beteekenis.

Vooreerst vindt men in deze overeenkomst evenmin als in die met Denemarken van 12 Februari 1904 de uitzondering betreffende de eer en de levensbelangen (de z.g. eerclausule), maar bovendien gaat die met Italië nog verder in zoover zij ook geschillen omvat, die vóór de sluiting daarvan zijn ontstaan. In de tweede plaats is van belang, dat, wanneer (art. 3) geen compromis door diplomatieke onderhandelingen tot stand komt, het wordt vastgesteld door een commissie van vijf leden, aangewezen op de wijze voorzien bij art. 24 resp. 45 der Haagsche verdragen van 1899 en 1907 in verband met de bepalingen van artt. 53 en 54 van het verdrag van 1907.

Verder is in het geval voorzien, dat een der partijen

---

(1) Deze vraag is uitvoerig onder de oogen gezien in de Staten-Generaal bij de behandeling van het tractaat van 1904 met Denemarken. Bij de schriftelijke én mondelinge behandeling van het in den tekst genoemd tractaat met de Unie is door leden als VAN KARNEBEEK en DE BEAUFORT uitdrukkelijk geconstateerd, dat de bedoeling van het in art. 59, laatste lid der Grondwet, voorkomend voorbehoud, geen ander was, dan de reeds bestaande praktijk bij uitleveringsverdragen te wettigen.

onwillig is tot het benoemen der in art 3 bedoelde arbitragecommissie, want dán zou geen compromis kunnen tot stand komen. Art. 4 der overeenkomst schrijft dan voor, dat een der partijen den Koning van Zweden kan uitnoodigen één of meer scheidsrechters aan te wijzen.

Ten slotte is in deze overeenkomst een bepaling opgenomen, waardoor revisie der in eersten aanleg gewezen vonnissen mogelijk is.

Wanneer men al — men vergeve mij deze uitdrukking — een tractaat met den naam: het neusje van den zalm wil betitelen, dan ware deze qualificatie mijns inziens op de laatstgenoemde overeenkomst beter toe te passen dan op die tusschen Nederland en Denemarken.

De laatste overeenkomst laat toch de mogelijkheid open, dat andere Staten zich daarbij voegen *zelfs zonder toestemming der contracteerende partijen*; wat niet is goed te keuren. Zoo is toch de bepaling veel te algemeen en zou in verschillende omstandigheden gevaarlijk kunnen worden.

Ook zijn in de laatste jaren veel tractaten tot stand gekomen met arbitrageclausule. Nederland bijvoorbeeld heeft gesloten twee overeenkomsten met Zweden; de eene over handel en scheepvaart (1), de andere over strandvonderij (2) en een met Montenegro over handel en scheepvaart.

Een belangrijke beweging is aan de overzijde van den Oceaan gaande om een algemeen arbitrageverdrag met Engeland tot stand te brengen.

De onderhandelingen zijn ook, blijkens hetgeen in 't Engelsch parlement is verklaard, nog aan den gang, en alle omstandigheden wijzen er op, dat het ook ditmaal

(1) *Stbl.* 1910 nos. 39 en 78 (overeenkomst van 15 Dec. 1908).

(2) *Stbl.* 1909 n<sup>o</sup>. 13 (overeenkomst van 26 Februari 1908).

(3) *Stbl.* 1910 nos. 40 en 111 (overeenkomst van 8 December 1908).

tot een resultaat zal komen. *Ook ditmaal*, zeg ik, omdat gelijk men weet, in 1897 reeds een dergelijk tractaat is gesloten, maar de goedkeuring er van door den Senaat is achterwege gebleven. Het is van belang den inhoud dezer conventie na te gaan en tevens de redenen, waarom men toen niet tot een resultaat is gekomen.

Maar vooraf ga een korte historische herinnering om er op te wijzen, dat een dergelijke arbitrage-overeenkomst, als men thans tracht in het leven te roepen, altijd, sinds de vrijwording der Unie af, in de lijn heeft gelegen van de Engelsch-Amerikaansche betrekkingen. Terecht zei in 1904 de Amerikaansche Staatssecretaris FORSTER, dat sinds deze vrijwording steeds de tendenz heeft bestaan om een oorlog te vermijden, wat, gelijk men weet, slechts eenmaal, in 1812, niet gelukt is.

Reeds elf jaren na het tractaat van Versailles toen — naar aanleiding van den in Europa tusschen het revolutionnaire Frankrijk en de andere Staten, waaronder Engeland, uitgebroken strijd — er tevens moeilijkheden, ten deele trouwens een gevolg van sommige onopgeloste quaesties in 1783, tusschen Engeland en de Unie dreigden, kwam in 1794 het beroemde *Jay-treaty* tot stand, waarbij al de twistpunten, toenmaals tusschen Engeland en Amerika bestaande, uit den weg geruimd werden.

Sinds dien tijd, tot het slot der 19<sup>e</sup> eeuw, zijn alleen tusschen de beide Staten van het Angelsaksische ras, twee en twintig arbitragetractaten gesloten: m.a.w. de geschillen zijn altijd langs vredelievenden weg opgelost.

Ik herinner bijv. aan het feit, dat, toen in 1817 Kolonel JACKSON in Florida twee Engelschen liet ophangen, bijna strijd tusschen de twee volken ontstaan is, doch deze strijd door Engeland is voorkomen. Daarna trokken grensquaesties tusschen Canada en de Unie de aandacht,



tot tweemaal toe werden zij door arbitrage uit den weg geruimd (1).

Toen — ik stip slechts aan — gedurende den secessieoorlog zich in Engeland een zekere sympathie toonde ten opzichte der Zuidelijke Staten deden zich verschillende incidenten voor, die allen langs vredelievenden weg werden opgelost. Ik behoef den kenners van het volkenrecht slechts de namen te binnen te brengen van *Trent*, *Spingbok* en *Alabama*. De met den laatsten naam verbandhoudende quaestie laatste had bijna een krijg uitgelokt, doch GLADSTONE'S vredelievendheid zegevierde ook hier. De groote staatsman sloot met de Unie toen het bekende Washingtonsch tractaat, waarbij èn de Alabama- èn S. Juanquaestie (2) aan de uitspraak van arbiters werd onderworpen.

Het is dan ook meermalen gezegd, dat met de beroemde Alabama-uitspraak een nieuwe phase in de geschiedenis der arbitrage begint. Later heeft ook de Behringzee-quaestie tot een Engelsch-Amerikaansch arbitragetractaat geleid.

De opmerking zij hier gemaakt, dat, terwijl het voor elken kenner van het volkenrecht *luce clarius* was, dat in de Alabama-zaak Engeland ongelijk had, in de Behringzeequaestie Amerika in het ongelijk moest worden gesteld.

Twee jaren na deze decisie — dus in 1895 — bestond

---

(1) In een dezer quaesties was onze koning Willem I scheidsrechter. De decisie werd niet nagekomen, omdat, zooals het heette, de arbiter door het betwist gebied te verdeelen feitelijk buiten zijn bevoegdheid gegaan was. Vgl. Mr. T. M. C. ASSER, *Materieel recht en internationaal scheidsgerecht*, overgedrukt uit de *Verslagen en Mededeelingen der Kon. Academie van Wetenschappen*, Afd. Letterk. en Kunst, Dl. V, bl. 241, en de aantekening van denzelfde bij het geval, behandeld in het boek van LAPRADELLE et POLITIS, *Les traités d'arbitrage*.

(2) *S. Juan* is een strategisch belangrijk eiland bij Vancouverseiland, waarover tusschen Engeland en de Unie verschil bestond, en dat bij arbitrage door den Duitschen Keizer aan de Unie is toegevoegd.

er groote kans, dat een conflict tusschen Engeland en de Unie zou ontstaan. Ik bedoel toen in CLEVELAND's Boodschap van 17 December Engeland a. h. w. werd gedwongen in de Venezuelaansche grensquaestie arbitrage te aangaarden (1). Eerst — begin 1896 — werd de verhouding zeer gespannen, maar langzamerhand verminderde de animositeit misschien ook, omdat Englands invloedrijke Minister CHAMBERLAIN op de uitbreiding van Englands gebied in Zuid-Afrika zong en, om daartoe te geraken, dus een strijd met de Hollandsche republieken uit te lokken, — het was altijd de vraag of dan niet internationale moeilijkheden zouden dreigen — vriendschap met de Unie een eerste vereischte was.

Te midden nu van de onderhandelingen over deze grensquaestie zijn ook onderhandelingen van verder strekkende beteekenis begonnen, met het gevolg, dat op 10 Januari 1897 een algemeen arbitrageverdrag, het eerste algemeene in dien zin, dat het *alle* geschillen omvat, tusschen beide Staten tot stand kwam.

Dit verdrag is nu in een aantal opzichten hoogst belangrijk, maar de omstandigheid, dat de tekst soms vaag en in hooge mate onduidelijk was, kan misschien wel als een der redenen beschouwd worden, waarom het ten slotte door den Amerikaanschen Senaat niet is goedgekeurd.

Gaan we daarom dit verdrag eenigszins in het bijzonder na; het is ook van belang met het oog op dat, hetwelk dezer dagen tusschen beide Staten is gesloten.

Het verdeelt de quaesties, die gerezen zijn, in drieën. Vooreerst behandeld het de z.g. op geld waardeerbare vorderingen (fr. tekst spreekt van: *rèclamations ou groupes de réclamations pécuniaires*) van lager bedrag dan £ 100.000.

(1) Het was hier de vraag waar de grens lag tusschen Engelsch Guyana en Venezuela, een vraag, die zich reeds, toen dit deel van Guyana Hollandsch was, in de 18e eeuw, had voorgedaan.

De beslissing dezer vorderingen is opgedragen aan een z.g. Hof, samengesteld als bij art. 3 bepaald is. Elk der Staten benoemt een jurist van naam en deze twee kiezen binnen twee maanden een derden; komen zij niet tot overeenstemming dan zal de derde arbiter aange-  
wezen worden door de leden van de *Judicial Committee* van den Engelschen *Privy Council* in overeenstemming met die van het Amerikaansch Hooggerechtshof. Komen deze beide lichamen niet tot overeenstemming, dan zal de Koning van Zweden en Noorwegen den superarbiter aanwijzen.

In de tweede plaats onderscheidt dit tractaat de op geld waardeerbare vorderingen van meer dan £100.000, en in het algemeen de twistgedingen, voortvloeiende uit tractaten behalve die van territorialen aard. In eerste instantie moeten die gebracht worden voor een Hof, samengesteld zooals boven is aangegeven. Wordt de beslissing unaniem genomen, dat is ze definitief; zoo niet, dan kan revisie worden ingesteld bij een Hof waarvan art. 5 de samenstelling geeft. Dit zal namelijk bestaan uit 5 juristen van naam, behalve natuurlijk die, welke in eerste instantie hebben gezeten: elke partij benoemt er twee; die vier benoemen een vijfde binnen drie maanden. Komen ze niet tot overeenstemming dan wijzen de beide colleges bovengenoemd en in laatste instantie de Koning van Zweden en Noorwegen den superarbiter aan.

In de derde plaats de territoriale reclames in art. 6. Deze zullen worden onderworpen aan een bijzondere rechtsmacht, bestaande uit zes leden: 3 gekozen door den President der Unie uit de leden van het Hooggerechtshof of van de districtshoven, 3 andere door den Koning van Engeland uit de leden der hoogste magistratuur of uit de *Judicial Committee of the Privy Council*. De arresten zijn obli-

gatoir wanneer zij 5 tegen 1 zijn geweest. Hetzelfde geldt ook, wanneer de meerderheid kleiner is, maar een der Staten kan dan de decisie casseeren, wanneer hij het arrest als verkeerd geweest beschouwt. Is het arrest gecasseerd of zijn de meeningen verdeeld, dan kan niet worden overgegaan tot vijandelijkheden vóór bemiddeling beproefd is.

Genoemd Hof is ook competent voor de beslissing van quaesties, van hoog belang betreffende nationale rechten (art. 7) (z.g. eere-rechten; *intérêts vitaux*).

De onzekerheid waarop ik doelde, ligt nu hierin, dat het niet duidelijk is in hoever de geschillen tusschen de Staten zelve in het algemeen onderworpen kunnen worden aan de procedure van de artt. 3 en 5, zooals uit art. 4 volgt, of aan de procedure van art. 6 zooals uit art. 7 schijnt af te leiden. Dit klemmt te meer, omdat de procedure van de artt. 3 en 5 compleet is en bij art. 6 het hof slechts een beperkte rechtspraak heeft, en voorzien kan worden, dat het samengeste'd uit rechters-onderdanen der staten, tusschen welke het geschil gerezen is, het in ernstige en hartstochtelijke quaesties moeilijk zal slagen om in zijn midden een meerderheid te vinden, die voor de kracht der beslissing noodzakenlijk is.

Voor al waar het eerequaesties geldt zal 't moeilijk zijn een meerderheid te krijgen. Daarbij laat zelfs art. 6 de mogelijkheid van een oorlog open.

In de Unie heeft dit tractaat tot veel tegenstand geleid wat wel verwondert, wanneer men bedenkt dat CLEVELAND en MAC KINLEY het initiatief hebben genomen.

In den Senaat ontstond de grootste oppositie, bevreesd, als men daar was dat dit lichaam het medezeggenschap in de buitenlandsche aangelegenheden zou moeten prijsgeven daar waar het levensquaesties voor de Unie gold. Toen het tractaat behandeld werd in genoemd hoog college wilde men eerst de Nicaragua- en Alaskaquaesties

er aan onttrekken en opperde men bedenkingen tegen de onpartijdigheid van den Koning van Zweden en Noorwegen. Deze oppositie leidde tot de aanneming van drie amendementen:

1<sup>o</sup>. dat geen quaestie betreffende de binnen- en buitenlandsche politiek zou mogen worden onderworpen aan arbitrage, dan krachtens eene bijzondere overeenkomst;

2<sup>o</sup>. dat territoriale quaesties niet aan arbitrage zullen worden onderworpen;

3<sup>o</sup>. dat elke arbitrage voor een speciale rechtbank zou worden behandeld.

De regeering stelde toen geen prijs meer op de verdere behandeling, zoodat het tractaat niet geratificeerd is.

Ik heb deze quaestie daarom zoo uitvoerig hier ter sprake gebracht, omdat — mogen ook nu de verwachtingen hoog gespannen zijn — altijd de mogelijkheid bestaat, dat vóór de algeheele ratificatie nog een kink in den kabel komt.

Het, zij het dan al, niet geratificeerd Engelsch-Amerikaansch tractaat, was het eerste algemeene arbitrage-tractaat tusschen twee Staten in dien zin, dat het alle geschillen omvat. Het volgend jaar — 23 Juli 1898 — bracht er nog een tusschen Italië en Argentinië, waarbij ook middelen werden voorgesteld om zelfs bij onwil van een der Staten de arbitrage toch te doen doorgaan, maar ook deze conventie is niet geratificeerd, en vervangen door die van September 1907, te midden der Tweede Vredesconferentie in Den Haag gesloten.

Thans is een nieuwe conventie tusschen Engeland en Amerika gesloten, waarvan de tekst reeds duchtig door den Weenschen hoogleeraar BERNATZIK onder handen genomen wordt. Hij hoopt, dat luidt de tekst zooals hij meent, het tractaat nooit zal worden goedgekeurd (1).

(1) Vgl. *N. R. Ct.* van 14 Mei 1911.

Aangezien het de vraag is of de gepubliceerde tekst juist is, onthoud ik mij hier liefst van opmerkingen.

Ik wensch er alleen op te wijzen, dat, komt het tractaat tot stand en wordt het geratificeerd, het een belangrijken invloed op de internationale verhouding kan oefenen. Immers, en ik onderstel daarbij, dat het een volkomen arbitragetractaat is, wordt het goedgekeurd en bekrachtigd, dan zal nimmer oorlog tusschen Engeland en Amerika kunnen ontstaan.

Wat dit zegt, begrijpt hij, die de verhouding in het Verre Oosten kent. Sinds het begin dezer eeuw — Maart 1902 — bestaat tusschen Engeland en Japan een alliantie-tractaat, hetwelk nog in 1905 is gewijzigd in dien zin, dat, worden Japans belangen in het Verre Oosten bedreigd, Engeland het zal moeten steunen. Volgens art. 2 moet toch Engeland Japan helpen, wanneer het geldt het behoud van den vrede in „les régimes de l'Asie Orientale et des Indes”.

Bedenkt men dat sinds de laatste jaren er zekere wrijving bestaat tusschen Japan en Rusland, die wel tijdelijk schijnt gekalmeerd, doch telken keere weder kan terugkeeren; dat de Russisch-Chineesche betrekkingen veel te wenschen overlaten, zoo dat sommigen zelfs een botsing onvermijdelijk achten, dan begrijpt men, dat, mocht een conflict in Oost-Azië ontstaan, eene algemeene arbitrage-overeenkomst tusschen Engeland en de Unie verreikende gevolgen zou kunnen hebben.

Daarbij komt nog, dat het arbitragetractaat ook daarom zoo belangrijk is, omdat het de kern kan worden van een aantal andere dergelijke overeenkomsten.

In verband met het over arbitrage opgemerkte kom ik tot een ander denkbeeld, hetwelk in den laatsten tijd zelfs van hooggeleerde zijde is aangeprezen, n.m. het scheppen van een internationale politiemacht ten einde

de door de arbitrale rechtbank gewezen vonnissen uitvoering te doen erlangen (1). Nederland zou daartoe op de derde vredesconferentie — in 1914 of 1915 — het initiatief moeten nemen en zijn algemeene arbitragetractaten met Italië en Denemarken aanvullen met een bepaling, dat partijen als wettig erkennen een executie op last en gezag van een internationale rechtbank van het door deze rechtbank tegen hen gewezen vonnis.

Dit denkbeeld — laat mij dit er dadelijk bijvoegen — is niet nieuw. Reeds de Fransche hoogleeraar LE FUR heeft op dit punt de aandacht gevestigd (2). Het Hof behoort — zoo genoemde hoogleeraar — in een voorkomend geval de macht te hebben om een arbitraal vonnis te doen uitvoeren. Hij gelooft er toch niets van, dat, bestaat zoo'n politiemacht niet, de andere Staten tegen den Staat, die de arbitrage niet uitvoert, zullen partij trekken. Vooral als een machtige Staat de arbitrage niet wil uitvoeren, staan de andere vooral kleine Staten doorgaans machteloos daartegenover.

De vraag rijst dan echter: Hoe moet men dien internationalen rechter wapenen? Moet men aan den internationalen rechter een leger geven zoo sterk, dat het even sterk is als alle Staten of ten minste de meerderheid der Staten? Want, zendt men het politieleger, om de orde te handhaven, dan moet het zeker zijn, dat het ook steeds de orde *kan* herstellen dus *casu quo* de arbitrale decisie uitvoert; anders maakt het zich belachelijk of compromitteert zich. Er is wel eens gezegd, dat de helft der legers door elken Staat op aanvraag van de rechtbank ter harer beschikking moet gesteld worden, maar al die

---

(1) Vlg. o. a. een artikel van Prof. VAN VOLLENHOVEN in de *Revue de droit international et de législation comparée* 1914, dl. I blz. 79-85.

(2) *Revue de droit international public* 1908 dl. 4, blz. 463 vlg.

expediënten zijn goed, wanneer de Staten wier legers men opeischt, daartoe bereid zijn en de uitspraak mee willen helpen uitvoeren, maar beteekenen niets van af het oogenblik, dat de Staten er zich aan onttrekken.

Geven de Staten inderdaad toe, dat een macht boven hen gesteld wordt, dan zal reeds half verwezenlijkt zijn, hetgeen idealisten: *les Etats-Unis d'Europe* noemen.

Maar ik zou willen vragen: Is zoo'n politiemacht, als men in het leven wil roepen, inderdaad noodzakelijk? Moet men al dadelijk wantrouwen hebben in de Staten, zóó dat men beyreesd is, als zou een plechtig overeengekomen arbitrage-conventie door de betrokken Staten worden ter zijde gelegd? Moet dan per slot van rekening het geweld toch de laatste instantie zijn?

De geschiedenis der arbitrage heeft anders in het algemeen geleerd, dat, hoe ook de decisie uitviel, ze steeds loyaal is uitgevoerd. Ik behoef den kenners van het internationaal recht niet te herinneren, dat er ook onder de scheidsrechterlijke uitspraken wel zijn — en niet altijd de onbelangrijkste — die niet precies door den beugel kunnen. Maar heeft men er ooit van gehoord, dat zulke vonnissen — want dat zijn ze dan toch — niet ten uitvoer zijn gelegd?

Zeker, de kritiek is vrij en evenals men hier te lande de arresten van ons hoogste rechtscollege in een wetenschappelijk tijdschrift kan afbreken en bestrijden, evenzoo kan men natuurlijk arbitrale decisies aan kritiek onderwerpen, doch daaruit volgt natuurlijk niet, dat die uitspraken niet moeten worden ten uitvoer gelegd.

Ik zal twee voorbeelden noemen. Vooreerst is de uitspraak van DE MARTENS als superarbiter in het Engelsch-Venezuelaansch grensgeschil, een uitspraak, naar welker motieven vergeefs gezocht wordt, van verschillende zijden bestreden, en is in de tweede plaats de decisie van den-



zelfde in de *Costa-Rica-Packet*-quaestie tusschen Engeland en Nederland door geen enkelen jurist in bescherming genomen. En toch: is er ooit quaestie van geweest dat die uitspraken niet zouden worden uitgevoerd?

Zou dus niet vóór alles moeten worden aangetoond dat zulk een politieleger bepaald strikt noodzakelijk is?

Men neme bij een en ander tevens in aanmerking, dat de publieke opinie hoe langer hoe meer — ook in het volkerenverkeer — een kracht wordt, waarmeerekening behoort te worden gehouden. Langzamerhand moet toch de overtuiging algemeen ingang vinden, dat, wil een Staat op het epitheton: *beschaafd* aanspraak maken, hij de *bona fide* gesloten conventies moet eerbiedigen.

Terecht zegt RIVIER „L'opinion publique des peuples, qui se disent civilisés prend de plus en plus d'importance et constitue un frein puissant. Comme les gens de négoce, les Etats perdent à passer pour malhonnêtes; tandis que la justice élève les Etats” (1).

Een Staat, die een eenmaal overeengekomen verbintenis — arbitrage — niet in acht neemt, moest eigenlijk *geboycot* worden; m. a. w. door de andere Staten moesten alle betrekkingen met dien Staat worden afgebroken.

Tegen dit plan is wel geopperd, dat het verkeerd is, omdat de bijzondere personen er last van kunnen ondervinden, doch ik zou willen vragen: Zouden soms de bijzondere personen er geen last van hebben, wanneer de arbitrage gewelddadig moet worden ten uitvoer gelegd?

Een ander plan, reeds door bovengenoemden schrijver

(1) Droit des gens I, p. 23. Vgl. ook (ik heb er eerst onder het nazien der drukproeven kennis van gekregen) het werkje van L. OPPENHEIM, *Die Zukunft des Völkerrechts*, bl. 26 (Leipzig, ENGELMAN.) «Alle Vorschläge, welche eine internationale Exekutionsgewalt «beabsichtigen, widerstreiten dem Begriff der Souveränität nicht nur «sondern auch den Ideal des internationalen Friedens und des Völkerrechts.» Vgl. ook bl. 53—55.

ontwikkeld en uitvoerig daarna in genoemd tijdschrift door FRIED uiteengezet, bestaat in het in het leven roepen van een z.g. *organisation internationale mondiale of continentale*, waardoor de oorzaken van den strijd zouden ophouden (1). In dit geval zou eigenlijk arbitrage overbodig zijn. Het plan houdt nader verband met de vraag of men zich geen internationaal vonnis zal kunnen denken zonder een internationaal wetgevend en uitvoerend gezag.

Daaromtrent dient opgemerkt te worden, dat de totstandkoming van een internationaal wetboek — een ware *Code de droit international* — als vanzelf het resultaat zou zijn van die regels, welke men in de compromissen aantreft, en welke aan elke arbitrage plegen vooraf te gaan. M. a. w., hoe meer obligatoire arbitrageconventies gesloten worden, hoe meer vaststaande regelen aangenomen zullen worden.

Men weet, dat op de derde vredesconferentie van gedachten zal worden gewisseld over de *Cour de Justice arbitrale*, waaromtrent in het slotprotocol der tweede een z.g. wensch is opgenomen. Bij die gelegenheid zal de vraag ter sprake komen, naar welke regelen een dergelijk hof, komt het tot stand, zal rechtspreken.

Ten slotte een enkel woord over de quaestie der ontwapening.

Herhaaldelijk — men zal 't zich herinneren — is over deze quaestie van gedachten gewisseld, maar altijd zonder resultaat. Zonder nog te gewagen van de phantastische plannen in de 17 en 18<sup>e</sup> eeuw, van een HENDRIK IV, van een abt de St. Pierre, van een JEREMIAS BENTHAM, een KANT, een HEGEL, dagteekenen de pogingen van Vorsten en staatslieden om een, zij het dan al, partieele ontwapening te verkrijgen, van het begin der 19<sup>e</sup> eeuw. Reeds in 1816

(1) Op het congres te *Stokholm* is dit punt mede ter sprake gekomen. Vgl. *Revue de droit international public*. 1910, 5 blz. 566 vg.

sprak Tsaar ALEXANDER I er over met CASTLEREAGH en den Prins-regent, doch zonder eenig gevolg. Evenmin had een poging van LOUIS PHILIPPE in 1831 succes; de geoederen waren te opgewonden om het hierover eens te worden. Daarna heeft Keizer NAPOLEON III ook de ontwapeningsquaestie op een congres willen behandelen, waarop alle vragers, die toenmaals Europa bezighielden, zouden ter sprake komen, maar de toenmalige politieke omstandigheden maakten, dat Engeland niet wilde meedoen. Daarna is aan den vooravond van den grooten strijd van 1870 de zaak opnieuw aan de orde gesteld door Graaf DARU, Minister van Buitenlandsche Zaken in het Kabinet-OLIVIER, maar ook zonder succes. Van de latere pogingen is o. a. te noemen, die welke door Lord SALISBURY bij Graaf CAPRIVRI is beproefd onmiddellijk na het aftreden van BISMARCK, doch ook vergeefs. Daarop volgt het plan, in Graaf MURAWIEFF's circulaire neergelegd, hetwelk de aanleiding tot de eerste vredesconferentie is geweest. Men weet echter met welk pover resultaat. Op voorstel van den Eersten Franschen gedelegeerde BOURGEOIS werd een simpele wensch gevoteerd van dezen inhoud:

„La Conférence estime, que la limitation des charges militaires, qui pèsent actuellement sur le monde est grandement désirable pour l'accroissement du bien-être matériel et moral de l'humanité”.

En bij de onderhandeling over de tweede Conferentie wilde men eerst deze quaestie ecarteeren, omdat men vreesde, dat anders de tegenstellingen tusschen de Staten nog grootere afmetingen zouden aannemen. Per slot kwam men toch tot een wensch, waarin o. a. geconstateerd werd, dat de wapeningen nog waren toegenomen, van den volgenden inhoud:

„La deuxième Conférence de la Paix confirme la réso-

lution, adoptée par la Conférence de 1899 à l'égard de la limitation des charges militaires; et vu que les charges militaires se sont considérablement accrues, dans presque tous les Etats depuis la dite année, la Conférence déclare, qu'il est hautement désirable de voir les gouvernements reprendre l'étude sérieuse de cette question".

De bedoeling dezer resolutie was om vooral te doen uitkomen, dat de Conferentie de verantwoordelijkheid voor deze hoogstbelangrijke aangelegenheid op de afzonderlijke Staten trachtte af te wentelen.

Sinds heeft nu eigenlijk deze quaestie niet veel voortgang gemaakt. Er is maar één conventie over ontwapening gesloten, namelijk tusschen Chili en Argentinië van 21 Mei 1902; deze was echter niet het gevolg van hunne pacifieke gevoelens, maar van de onmacht dier Staten om elkander te bestrijden.

Ook op het laatste algemeen vredescongres te Stokholm zijn resoluties over ontwapening aangenomen (1).

Daarop is de zaak in verschillende vertegenwoordigingen behandeld. Zoo heeft de liberaal MURRAY MAC DONALD in het Engelsche Parlement op de groote uitgaven voor leger en vloot gewezen en gevraagd door welke groote mogendheid Engeland dan toch bedreigd werd. Toch werd de motie van MAC DONALD's geestverwant KING, waarin het Parlement de wapeningen betreurt en met aandrang een internationale entente over dit punt zou zien tot stand komen, verworpen (2).

Ook in den Duitschen Rijksdag is tot tweemaal toe bij

(1) *Revue de droit international public* 1910, 5, blz. 564.

(2) *Revue bimensuelle* van 28 Mrt. 1911, blz. 48. Vgl. ook die van 23 Januari 1911, blz. 43 en 28 Febr. 1911, blz. 33 (Frankrijk). Deze *revue* is het orgaan van het *Bureau International Permanent de la Paix*, Bern.

de begrootingsdebatten hierover gesproken (1). De Rijkskanselier VON BETHMANN HOLLWEG gaf in antwoord aan sommige sprekers te kennen, dat het in zake ontwapening nooit tot concrete voorstellen gekomen was; hij geloofde trouwens, dat deze, wel verre van de gemoederen tot kalmte te brengen, deze juist meer zouden opwinden. Hij voegde erbij, dat het op internationale congressen zeer moeilijk zou zijn een algemeene formule te vinden.

Trouwens, komt men eenmaal zoover, dan zou het zeer moeilijk zijn, om te controleeren of de Staten zich naar dat overeengekomene gedragen. Ieder weet bijv., dat bij den vrede van Tilsit (1807) Pruisen gedwongen werd om zijn leger tot 42.000 man terug te brengen, en dat hetzelfde Pruisen in 1813 een leger van 160.000 man in het veld zond en dat nog al terwijl NAPOLEONS satellieten toezicht hielden.

Intusschen, de Rijkskanselier verklaarde zich wel bereid om mocht het voorkomen, met Engeland *in casu* besprekingen te houden en wel te meer, omdat het Duitsche vlootprogram overal bekend is. Wat de obligatoire arbitragetractaten betreft, stelde hij zich op het standpunt van zijn voorganger.

In dit verband is het van belang de aandacht te vestigen op een circulaire door het *Bureau International de la Paix* aan de autoriteiten der verschillende Staten, waar op de steeds voortschrijdende wapening gewezen wordt (2).

In dit schrijven wordt herinnerd dat op 28 Juni 1910 het Congres der Noord-Amerikaansche Unie besloten heeft een commissie in het leven te roepen belast met de taak om te onderzoeken door welke middelen men zou kunnen komen tot een beperking der krijgstoerusting. De

(3) *Revue bimensuelle* 10 Mrt. 1911, blz. 39 en *Mémorat diplomatique* van 2 April 1911, blz. 213 vlg.

(1) Vgl. *La Paix par Le Droit*, Maart 1911, blz. 164 vlg.

benoeming dezer commissie, zoo deelde de President TAFT op 6 Dec. 1910 mede, is vertraagd doordat de verschillende regeeringen nog geen antwoord of voldoende antwoord op deze circulaire hebben gegeven. Het *Bureau* dringt er nu uit naam van de verschillende vredevereenigingen op aan, dat de regeeringen gunstig antwoord geven op de door de Amerikaansche regeering ondernomen poging en het wijst er op dat de vorming eener commissie niets prejudicieert, alleen het bewijs is, dat het zoo dikwijls uitgesproken denkbeeld tot verlichting der op de bevolking drukkende lasten niet is een phrase, maar inderdaad werkelijkheid.

De circulaire is o.a. in de *Temps* opgenomen en de redactie van het tijdschrift *La Paix par le Droit*, waaraan het bovenstaand is ontleend, voegt er nog bij, dat nooit meer actie noodzakelijker is dan thans. Duitschland, dat een bevolking heeft van 65 millioen, is op het oogenblik bezig om zijn vijfjarige begrooting (*quinquennat militaire*) aangenomen te krijgen, waardoor voor vijf jaren het effectief van het Duitsche leger zal gebracht worden op 620.000 man (tot nog toe 600.000) met proportioneele aangroeiing der kosten, vermeerdering der artillerie, mitrailleuses, enz. Oostenrijk als trouwe bondgenoot volgt het voorbeeld; het versterkt zijn leger door aanneming van den tweejarigen dienstdienst en bouwen van een *Dreadnought*; Engeland tracht den verplichten krijgsveldendienst in te voeren en wil ook een goed figuur maken in een landoorlog, terwijl het de macht ter zee behoudt. Ook Japan wapent zich zoo, dat Amerika ongerust wordt en de door ROOSEVELT opgezweepte militaire partij zich opnieuw doet gelden. Frankrijk eindelijk, ofschoon ontmoedigd door de afnemering van het geboortecijfer zijner bevolking en de zwakheid zijner marine, zoekt, steunend op zijn bondgenoot Rusland, ook in nieuwe wapeningen zijn kracht.

Het onderstaand lijstje „speaks words”.

STATEN.	Bevolking in miljoenen (1908).	Vredes- effectief.	Aantal leger- korpsen.	Gemobiliseerd leger van 21 tot 40 jaar.	Begroting in miljoenen voor 1910.			Verhouding tot het geh. budget.
					Oorlog.	Marine.	Totaal.	
Frankrijk . . . . .	39.5	530.000 (1)	20	3.500.000	900	370	4.270	30 pCt.
Rusland . . . . .	147	1.300.000 (2)	25	5.000.000	4.475	300	4.800	26 "
Duitschland . . . . .	63	620.000 (1915)	23	4.500.000	1.020	750	1.800	50 "
Oostenrijk-Hongarije . . . . .	50	365.000	16	3.500.000	470	100(5)	570	26 "
Italië . . . . .	33.5	270.000	12	2.500.000	355	150	500	27 "
Engeland . . . . .	42	255.000 (helfte v.d. koloniën)		500.000	772	1.162	1.950	33 "
Ver. Staten v. N.-Amerika	85	73.000		150.000 (3)	715	580	1.300	25 "
Japan . . . . .	50	185.000		4.200.000	280	220	500	33 "
Spanje . . . . .	20	80.000	19 divisies	500.000	158	In deze kolommen zijn geen		
Zwitserland . . . . .	3.6	18.500		500.000	41	cijfers opgegeven. Trouwens		
België . . . . .	7.3	42.800		180.000	90	de wel gegeven cijfers zijn		
Nederland . . . . .	5.7	20.600		175.000	130(4)	globaal.		

(1) Daarin zijn niet begrepen de 80.000 koloniale troepen (waaronder 24.000 Franschen).

(2) 1 miljoen voor het leger in Europa.

(3) Hier is alleen de georganiseerde strijdkracht opgegeven. De Unie rekent op de levee en masse.

(4) Daaronder het Ned.-Indisch budget begrepen.

(5) Volgens het nieuwste vlootprogram.

Resumeerende heeft men dus 9.690.000.000 francs gewone uitgaven; 3.759.900 man onder de wapenen in vreedestijd, en 22.205.000 in oorlogstijd bij mobilisatie.

Ziedaar de afschrikwekkende tabel van het militarisme!

Terecht werd in Graaf MURAWIEFF's circulaire, waaraan ik boven herinnerde, gezegd, dat al die wapeningen op bankroet zullen uitloopen en deze voorspelling dreigt hoe langer hoe meer werkelijkheid te worden. Uit de statistieke gegevens, welke men bij DRIAULT (1) vindt, blijkt, dat de uitgaven voor leger en vloot sinds 1899 met  $\pm 30$  pCt. zijn toegenomen. Ja, door de vele uitvindingen der laatste jaren kan men wel zeggen, dat nog meer dan in 1899 in 1907 honderden millioenen besteed worden om verschrikkelijke verwoestingsmachines aan te koopen, die heden als het laatste woord der wetenschap beschouwd worden, maar reeds morgen veroordeeld zijn alle waarde te verliezen, door een nieuwe ontdekking op dit gebied en dat door de voortdurend toenemende krijgstoerusting: „de nationale cultuur, de economische vooruitgang, de voortbrenging van verschillende zaken in hunne ontwikkeling gestuit en op verkeerde wegen worden geleid”.

Overall woekert het kwaad voort: het blijft een wedstrijd tusschen de volken, welke het zwaarst gepantserd ten strijde zal trekken.

Moeten we er echter daarom aan wanhopen, dat de vredesdenkbeelden ooit tot overwinning zullen komen? Allerminst. De arbitrage zit in de lucht en wordt hoe langer hoe meer toegepast. Intusschen, zoo op één gebied, geschiedt de vooruitgang hier uiterst langzaam.

Immers, eerst in de tweede helft der 19e eeuw zijn de grondslagen voor dien vooruitgang gelegd; zijn slavernij en slavenhandel opgeheven; is de kaapvaart afgeschaft,

(1) *Le monde actuel* blz. 344.



vrijheid van godsdienst gewaarborgd, zee- en riviervaart hoe langer hoe meer vrij gemaakt, zonder nog te gewagen van al die overeenstemmende regels die door verschillende Staten in hunne overeenkomsten over handel, uitlevering, post, telegraaf, munt, gezondheid, industrieelen en intellectueelen eigendom, enz. zijn aangenomen. Deze bepalingen zijn ontstaan doordat de wetenschap ze heeft voorbereid, de diplomatie ze heeft bearbeid en de regeeringen haar aan de Parlementen ter goedkeuring hebben voorgelegd, maar men vergete niet, dat daarvoor eeuwen noodig zijn geweest. Mr. D. VAN ECK zeide in 1872: „Er bestaat bij mij een vast geloof in de toekomst. Misschien is het tijdstip nog lang niet daar, waarop wij de uitvaart van den oorlog zullen bijwonen. Wij zijn nog slechts de voorloopers, en al brengen wij niets groots tot stand, zoo is het toch de arbeid der voorloopers die nieuwe kracht aan onze volgers geeft. Zijn onze denkbeelden juist en logisch dan *moeten* zij eenmaal worden *toegepast*.” Daarom, zou ik er willen bijvoegen, hoe donker zich soms de toekomst moge voordoen, laten we een oogenblik idealist zijn, vertrouwen hebben in de menschheid en gelooven in den eindelijken triomf van het Recht.

J. B. BREUKELMAN.

---

N A S C H R I F T.

---

In verband met hetgeen op blz. 541 voorkomt zij nog aangeteekend: vooreerst, dat de tekst van het Engelsch-Amerikaansch arbitragetractaat thans is gepubliceerd en ten tweede dat de Engelsch-Japansche conventie daarmede in overeenstemming is gebracht.

Art. 4 der overeenkomst van 13 Juli 1911 tusschen Engeland en Japan bepaalt toch, dat wanneer een der contracteerende partijen een algemeen arbitragetractaat sluit met een derde mogendheid, niets in de tegenwoordige conventie die mogendheid, die deze conventie heeft gesloten, verplicht om een oorlog te beginnen tegen de mogendheid, met welke zij een dergelijk arbitragetractaat heeft gesloten.

(Zie de Overeenkomst in Afl. 4 van 1911 de *Revue de droit international public* sub *Documents* p. 15.)

### In en om de Papendrechtsche strafzaak.

«Ik weet zelfs niet of de geschiedenis niet zal aanwijzen, dat de Papendrechtsche zaak met haar schaduwzijde nog meer goeds dan kwaads te voorschijn heeft gebracht. Dit is nog een vraag. Op dit oogenblik zou ik zeggen: het is jammer, dat dit alles gebeurd is, maar wanneer wij eenige jaren verder zijn en de invloed der Papendrechtsche zaak werkt na, dan kan best het oordeel der geschiedenis zijn: dat was een gelukkig oogenblik voor de Nederlandsche justitie, niettegenstaande de misslagen die toen gemaakt zijn.»

Minister van Justitie REGOUT, in de vergadering der Tweede Kamer van 13 December 1910 (Handelingen, blz. 991, eerste kolom).

Ter aankondiging ontvangt onze redactie „de Papendrechtsche strafzaak, gediend hebbende voor het Gerechtshof te Arnhem in November 1910” (1). Het geschrift bevat 94 blz. en dankt — blijkens het voorwoord — zijn ontstaan aan de gedachte, dat het geding vele punten van blijvend belang heeft opgeleverd en deze uitgave dus in ruimen kring aan eene behoefte komt voldoen.

Vooraf gaat het overzicht dier strafzaak, bewerkt door Mr. C. UTERWIJK en reeds vroeger verschenen in het Tijdschrift voor Strafrecht (2), een overzicht loopende over de *geheele* zaak en den lezer terugvoerende tot dien Septemberdag in 1907, toen JACOB KWAKERNAAT bekeurd werd wegens eene visscherijovertreiding en in den laten

(1) Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK en ZON, 1911.

(2) XXII, blz. 110 vlg.

avond van dien dag met HENDRIK GARSTHAGEN zich begaf naar de woning van den gemeenteveldwachter om zijn in beslag genomen vischtuig terug te vragen. Hierop volgen de toelichting van de vordering („het requisitoir”) van den advocaat-generaal bij het Arnhemsche Hof, Mr. VAN LULOFS UMBGROVE, naar het verslag daarvan in de *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, het volledig pleidooi van den verdediger Mr. J. A. VAN HAMEL, repliek en dupliek. Eindelijk het arrest van het Hof van 29 November 1910, waarin — na uitvoerige motiveering dat beklaagde niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij zelf mishandeld was en evenmin dat de politie te Papendrecht de overige strafbare handelingen zou hebben begaan — zeer kort, eenigszins abrupt, wordt beslist dat hij te goeder trouw de overtuiging had dat die politie zich aan de bedoelde handelingen had schuldig gemaakt en hij dus geacht moet worden de *bedoeling* te hebben gehad om te handelen in het algemeen belang (art. 261 laatste lid W. v. Sr.) (1), weshalve hij werd ontslagen van alle rechtsvervolging.

---

(1) De *subjectieve* theorie ten aanzien van het «klaarblijkelijk gehandeld hebben in het algemeen belang» werd ook gehuldigd in de conclusie van adv.-gen. Mr. ORT, voorafgaande aan het arrest van den H. R. van 28 Juni 1909 (W. n<sup>o</sup>. 8868) naar aanleiding van het cassatieberoep tegen het arrest van Den Bosch in de Papendrechtsche zaak («want niet de vraag of wat beklaagde in zijn gepubliceerd geschrift imputeerde, waarheid was, maar veeleer en alleen of hij met zijne imputatie het dienen van het algemeen belang op het oog had, kon hier den doorslag geven bij de beslissing of zijn naar aanleiding van het laatste lid van art. 261 gedaan beroep gegrond was»). Op *objectief* standpunt plaatste zich de H. R. in zijn arrest van 31 October 1898 (W. n<sup>o</sup>. 7196), hetwelk de straffeloosheid slechts dan aannam, wanneer 't den rechter klaarblijkelijk is geworden, dat de telastelegging hare rechtvaardiging vindt in het algemeen belang. In gelijken zin de aan het arrest voorafgaande conclusie van Mr. GREGORY.

Zooals men ziet, is 't dus meer in het bijzonder de laatste, Arnhemsche, phase van de geruchtmakende zaak, welke deze uitgave aan de vergetelheid komt onttrekken. En zelfs deze nog niet in haar geheel, ook omdat bij het meer volledig (woordelijk) weêrgeven van het *pleidooi* het licht *daarop* 't meest valt en daartegenover de redevoering van het Openbaar Ministerie min of meer in de schaduw komt te staan. Wij kunnen hier volstaan met het constateeren van deze — reeds elders (1) betreurde — omstandigheid. Eveneens kunnen wij volstaan met te herinneren aan het protest tegen deze uitgave, uitgebracht door Mr. UITERWIJK (2), die verklaarde allernaamste te zijn verrast toen hij de brochure in zijn brievenbus had gevonden en daarin had ontwaard *zijn* overzicht „doch zonder kop en staart, en voorts de helft der brochure ingenomen door het pleidooi van den verdediger, nog wel met kanteekeningen erbij, terwijl het requisitoir van den Advocaat-Generaal was samengeflanst uit courantverslagen”, een protest dat — voorzover het geacht kon worden een stilzwijgend verwijt tegen den verdediger Mr. VAN HAMEL te bevatten — dezen aanleiding gaf om zijne houding in deze te verklaren en te rechtvaardigen (3).

Met dit weinige is de „aankondiging” van de bedoelde uitgave geschied. De aandacht is er op gevestigd, de *betrekkelijke* waarde daarvan erkend. Heeft intusschen de „aankondiger” nog niet iets *meer* te doen? Heeft hij, nu de gelegenheid zich zóó ongezoekt aanbiedt, 't zich niet tot plicht te rekenen om uit het hier aangeboden materiaal een en ander naar voren te brengen, om na

(1) *W. v. h. R.* n<sup>o</sup>. 9172 (onder Berichten en Mededeelingen).

(2) *W. v. h. R.* n<sup>o</sup>. 9174 (ingezonden bijdrage).

(3) *W. v. h. R.* n<sup>o</sup>. 9183 (ingezonden bijdrage).

te gaan wát thans — na al de gedachtenwisseling, schriftelijk en mondeling over „de zaak” (1) — ik mag wel zeggen gemeen goed van allen is geworden en voor ons juristen dubbele waarde heeft gekregen? Mijns inziens ongetwijfeld. Is inderdaad de groote, blijvende beteekenis van het bewuste strafgeding gelegen in de *lessen*, die het overvloedig — met kwistige hand — heeft uitgedeeld, dan volge dus hier *niet* een napleiten, een beoordeelen en eventueel veroordeelen van het gebeurde, een toegeven aan de neiging om over het *verleden* te jammeren, maar wel een in herinnering brengen van die kostelijke lessen, opdat wij — daarmede ons voordeel doende — beter voorbereid en gewapend de *toekomst* tegengaan.

Dat de taak van de strafrechtspleging eene hooge is en de justitie, in aanraking komende met het publiek, onder alle omstandigheden moet toonen zich hiervan bewust te zijn; dat de justitie haar hoog standpunt blijft innemen, *niet* wanneer zij hooghartig zich afwendt van datgene wat daar leeft en werkt in de maatschappij rondom haar, maar alleen dan, wanneer zij is de volmaakt onpartijdige, onbevangene, die in ieder, die met haar in aanraking komt, steeds den *mensch* blijft zien, de persoonlijke vrijheid en waardigheid zooveel mogelijk eerbiedigt, kieschkeurig is in de middelen, welke zij tegenover het individu aanwendt, en ook in hare uiterlijke vormen, in haar toon die *wellevendheid* betracht, welke het *vertrouwen* in haar versterkt en hare afkomst van „goeden huize” toont, al deze elementaire waarheden is de Papendrechtsche

---

(1) «L'affaire», zooals Mr. PLEMP VAN DUIVELAND haar dezen zomer noemde in zijne keurige en rake rede in de vergadering der Juristen-vereëninging.

strafzaak ons nog eens komen herinneren (1). Z66 groot was de beteekenis, aan haar in dit opzicht door den Minister van Justitie, bij het bekende Kamerdebat toegekend, dat hij, herinnerende hoe bij die zaak het *gemis* van kalmte en onbevangenheid „wel eens” naar voren was getreden en door de publieke opinie algemeen was veroordeeld, daarop liet volgen: „Dit helpt meer dan een tiental circulaires, door mij gericht aan de leden van het parket” (2). Het was die hooge opvatting van de taak der strafrechtspleging, welke een talentvollen verdediger vond in de rede, waarmede de *hoogleeraar* VAN HAMEL den 28 November 1910 te Amsterdam zijn ambt aanvaardde, eene rede waarmede ik in de vorige aflevering van dit tijdschrift (blz. 441 vlg.) mijne instemming mocht betuigen. En in dit verband mag zeker ook gewezen worden op het belangrijk en merkwaardig opstel van den Haagschen rechter Mr. A. H. DU MOSCH, juist dezer dagen in het Tijdschrift voor Strafrecht verschenen (3), waarin deze magistraat zoo krachtig de *waardigheid* van het rechtersambt hoog houdt (4). Als ik

(1) Herinnerd worde in dit verband aan het Hoofdstuk «de taak van den rechter» uit het magistrale werk van Mr. J. W. H. M. VAN ILSINGA «de administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie», waarin des rechters tusschenkomst wordt geschetst als strekkende tot beschutting van den gedaagde, en de Engelsche traditie, dat de rechter behoort te zijn de rechtsgeleerde raadsman van den aangeklaagde, wordt geacht weliswaar te ver te gaan, maar in de *juiste richting*. (Eerste deel, Hoofdstuk IV, in 't bijzonder blz. 176 en de noot 2 aldaar.)

(2) Handelingen, blz. 991, eerste kolom (vergadering van 13 December 1910).

(3) «Van een Rechter-Commissaris in Strafzaken», deel XXII, blz. 365 vlg.

(4) In het bijzonder betuig ik mijne instemming met hetgeen de schrijver op blz. 372 zegt naar aanleiding van het *niet* toepassen der

te dezer plaatse aan zijne beschouwingen iets zou mogen toevoegen, dan zou 't *dit* zijn, dat het door hem gezegde m. i. in zijn vollen omvang ook geldt voor het Openbaar Ministerie. Voor zooverre de afwenteling van de taak van den Rechter-Commissaris in Strafzaken op het Openbaar Ministerie er dan ook toe mocht leiden om aan dit orgaan datgene op te dragen, wat als onwaardig of minder waardig moet worden beschouwd, zou ik dan ook — beleefd maar beslist — voor dit gracieus aanbod bedanken. Ook het Openbaar Ministerie, dat voortdurend met de geheele maatschappij — gelukkig lang niet alleen met de „slechtste bestanddeelen” (1) — in aanraking komt, zij altijd en onder alle omstandigheden kieschkeurig en van „goeden huize” in de wijze, waarop het zijne taak vervult en de middelen, die het daarbij aanwendt.

Dit in het algemeen.

Ten opzichte van de twee voornaamste bijzondere punten, de verhouding van de Papendrechtsche zaak tot het vraagstuk van den psychiater in het strafgeding en tot het politievraagstuk, zou ik het volgende willen aan- teekenen.

*Ad primum.* Terecht wordt in het Voorwoord van de uitgave, welke de aanleiding is tot deze regelen, gewezen

---

preventieve hechtenis in eene belangrijke strafzaak (poging tot vergiftiging). Waar in dat geval een wettelijke grond voor de pr. hechtenis ontbrak, mocht deze niet worden toegepast als eene «moderne tortuur», om de verdachte tot bekentenis te brengen. Ook al mocht hier de publieke opinie de pr. hechtenis eischen, dan ware nog *onthouding* plicht, omdat de rechter zelf in de eerste plaats de door de wet gestelde grenzen met de meeste stiptheid heeft te eerbiedigen. Het besef, dat de pr. hechtenis niet alleen is een noodzakelijk *kwaad*, maar ook een uiterste maatregel, alleen gerechtvaardigd door zijne volstrekte noodwendigheid *in elk concreet geval*, dringe meer en meer door.

(1) t. a. p. blz. 384 infra.



op de mogelijkheid om *nu*, nu „de zaak” reeds eenigszins achter ons ligt, haar rustiger te bezien. Deze opmerking geldt vooral ten aanzien van hare psychiatrisch-psychologische zijde. Is 't wonder, dat in die dagen van spanning en gisting, van hartstocht en opwinding, toen de zaak bij het Arnhemsche Hof werd behandeld, 't velen moeilijk viel om kalm over de eigenaardigheden en bijzonderheden van *dit* geval na te denken en zich een onbevangen oordeel daarover te vormen? Zeer zeker niet, te minder, waar 't hier betreft een vraagstuk van oogenschijnlijk populair karakter, een vraagstuk, waarover het groote publiek zich gaarne een oordeel vormt en dat toch voor een eenigszins juist inzicht in zijne beteekenis zekere kennis en voorbereiding vereischt, en — bij het ontbreken daarvan — zoo licht leidt tot misverstand. Gaan we *nu*, op eenigen afstand van de zaak staande, na, wat deze op psychiatrisch-forensisch gebied ons heeft geleerd, dan is dit mijns inziens vierderlei: 1<sup>o</sup>. dat het terrein van het deskundig onderzoek streng moet beperkt blijven tot de *psychiatrie*; 2<sup>o</sup>. dat bij psychiatrisch onderzoek van verdachten — of eventueel getuigen — de deskundigen *meer* dan vaak thans het geval is hunne wetenschappelijke conclusies hebben te bouwen op objectief *vaststaande feiten*; 3<sup>o</sup>. dat psychiatrisch onderzoek van *getuigen*, als zeer groote uitzondering toelaatbaar, nimmer mag geschieden zonder de bijzondere en uitdrukkelijke toestemming van den te onderzoeken persoon (1); 4<sup>o</sup>. dat het na zoodanig onderzoek op te maken deskundig *rapport*, deel uitmakende van het dossier in de strafzaak en dus inzooverre niet een ge-

---

(1) Mr. LIMBURG in de vergadering der Tweede Kamer van 10 December 1910 (Handelingen, blz. 926 (tweede kolom).

heim stuk, niet moet worden gepubliceerd (1). Ten aanzien van deze vier punten, althans de drie laatste, mag m. i. thans vrijwel van eene communis opinio gesproken worden. Omtrent de beide eerste veroorloof ik mij nog — mede in verband met de beraadslagingen onzer Juristenvereniging (dezen zomer te Zutphen) over den psychiater in strafzaken — eene toelichtende opmerking (2).

Wat aangaat de begrenzing van het terrein van het deskundig onderzoek, is juist de Papendrechtsche strafzaak daar om zoo helder, zoo eenvoudigweg te demonstreeren, *waar* het gebied van den psychiater in het strafgeding ophoudt, om ons te toonen, hoe de psychiaterdeskundige, geroepen om over de geestvermogens van den verdachte (of eventueel getuige) den rechter voor te lichten, zijn natuurlijk terrein verlaat wanneer hij een psychologischen kijk op de strafzaak zelve gaat geven. Natuurlijk — 't behoeft ternauwernood gezegd — wordt ook mijnerzijds de groote waarde van het *psychologisch* element in het strafgeding ten volle erkend; de rechter heeft zich, om één voorbeeld te noemen, vertrouwd te maken met de in menig opzicht treffende resultaten, in den laatsten tijd ten aanzien van de psychologie der getuigenverklaring verkregen, en zich de verkregen kennis te benutten bij de vervulling van zijne vaak zoo moeilijke taak. Hij heeft zich echter te onthouden van het vragen

(1) Minister REGOUT in de vergadering der Tweede Kamer van 13 December 1910 (Handelingen, blz. 988, 2<sup>de</sup> kolom en 989, 1<sup>te</sup> kolom).

(2) Opzettelijk ga ik *niet* in op de vraag, of op de *keuze* der drie psychiaters, die het onderzoek instelden, aanmerking moet worden gemaakt, daar ik mij in deze niet tot oordeelen bevoegd acht. Elders (Handelingen Juristenvereniging 1911, I, blz. 110) bepleitte ik in 't algemeen de wenschelijkheid om in bepaalde gevallen de deskundigen te kiezen uit verschillenden kring, teneinde elke gedachte aan exclusivisme en eenzijdigheid te weren.

aan deskundigen van psychologische voorlichting, zoowel ten opzichte van de verklaring van een bepaald persoon in foro als ten opzichte van de strafzaak in haar geheel. Tot welke gevolgen dit leidt en welk een verkeerd standpunt de psychiater-deskundige dan in het strafgeding gaat innemen, heeft Papendrecht ons eens voor altijd geleerd! (1)

En nu de verzameling van het feiten-materiaal, hetwelk ten grondslag ligt aan de conclusie, die de psychiater-deskundige ten opzichte van den geestestoestand van den geobserveerden persoon aan den rechter komt voordragen. Natuurlijk is de deugdelijkheid van dit materiaal een belangrijke factor voor de waarde van het rapport en voor het gezag, dat het oordeel van den deskundige bij den rechter zal hebben. Bedenkt men, dat de psychiater niet alleen zijne wetenschap en ervaring in zijn rapport neerlegt — eene wetenschap en ervaring, welke als zoodanig de rechter wel meestal zal aanvaarden — maar daarnaast bovenal werkt met de feitelijke gegevens, welke ten aanzien van vóórleven en gedragingen van den „patiënt” worden bijgebracht, dan springt de waarheid van het bovenstaande in het oog. Hoe nu wordt die betrouwbaarheid van de bedoelde gegevens het best bevorderd? Het is bekend, dat deze vraag in verschillenden zin wordt beantwoord. Aan den éénen kant de meening dat

(1) Volledigheidshalve wordt opgemerkt, dat m. i. den psychiaters er geen verwijt van kan worden gemaakt, dat zij de te ruime opdracht hebben aanvaard; de *justitie* heeft te beoordeelen in hoeverre de deskundigen haar zullen voorlichten. In anderen zin Mr. VAN HAMEL in zijn pleidooi: «de heeren hadden dat heele deel van hun rapport niet mogen uitbrengen. Zij hadden die opdracht niet mogen aanvaarden» (blz. 54). Ook omtrent het «vooropgezet denkbeeld» der heeren psychiaters zou ik met den geëerden raadsman in gevoelen verschillen; zie de m. i. juiste bestrijding in de repliek van het Openbaar Ministerie (blz. 71).

de psychiater zelf in deze zal hebben te onderzoeken en te ondervragen, omdat tegenover *hem* de familieleden en andere personen, die verklaringen kunnen afleggen, 't openhartigst zullen zijn en er dus de meeste kans bestaat, dat op die wijze betrouwbare inlichtingen zullen worden verkregen. Aan den anderen kant het gevoelen, dat den besten waarborg oplevert het verhoor van de bedoelde personen — eventueel in tegenwoordigheid van den psychiater — door den Rechter-Commissaris voor Strafzaken, die het voorloopig onderzoek van de strafzaak leidt, omdat *deze*, door zijne ambtelijke ervaring, meer critisch optreedt en — meer dan de psychiater — het objectief vaststaande zal weten te schiften van de subjectieve oordeelvellingen en indrukken. Een vaste norm — geldend voor alle gevallen — zal m. i. moeilijk te geven zijn (1). Wel mag ik als mijn oordeel uitspreken — een oordeel, dat door de bovengenoemde beraadslagingen onzer Juristenvereeniging te Zutphen niet weinig is versterkt — dat in 't algemeen en als regel de *tweede* methode 't meest geschikt zal zijn tot bevordering van het doel: het verkrijgen van zoo deugdelijk mogelijk materiaal, waaraan de rechter, die het eindoordeel zal hebben uit te spreken, inderdaad een houvast heeft.

*Ad secundum.* Stellig van niet minder belang dan het voorafgaande is datgene, wat de Papendrechtsche strafzaak ten opzichte van het *politievraagstuk* nog weer eens is komen in herinnering brengen. Zeker geen *nieuwe* les,

---

(1) In het *W. v. h. R.* van 28 Juni l.l., (n<sup>o</sup>. 9167 onder Berichten en Mededeelingen) werd aan den vooravond der vergadering van de Juristenvereeniging de vraag gesteld, of 't niet aanbeveling zou verdienen, dat de wijze van onderzoek in iedere zaak door den R.-G. en den deskundige in onderling overleg werd bepaald, en de mogelijkheid uitgesproken, dat in ééne zelfde zaak eene verschillende methode noodig zou zijn.

maar dan toch eene oprissing, die uiterst heilzaam is.

Natuurlijk kan, in het bestek van dit opstel, er niet aan worden gedacht om dit onderwerp in zijn vollen omvang te behandelen. Wel kunnen eenige punten naar voren worden gebracht, eenige gedachten uitgesproken worden, welke zich bij de bestudeering van de Papendrechtsche zaak aan ons komen opdoen.

En dan denken wij in de eerste plaats aan het gewichtig en actueel vraagstuk van de *politiebewaring*, hetwelk dringend vraagt om eene wettelijke regeling, en tot welks bevredigende oplossing — in het belang van de rechtszekerheid, in het belang van de persoonlijke vrijheid en daardoor tevens in het belang van de zedelijke kracht van het politiegezag — de thans aan het werk zijnde Staatscommissie voor de herziening van ons Wetboek van Strafvordering eene belangrijke bijdrage moge leveren (1).

Daarnaast is ook nu weder zoo helder aan het licht getreden de groote beteekenis van het *gehalte* van hen, die het politiegezag uitoefenen, de hoogere en lagere politieambtenaren. Zoo helder is weder geworden de onafwijsbare voorwaarde, dat de politie optrede met gematigdheid en zelfbeheersching en zich onthoude van daden, welke aan de gezagondermijners gelegenheid geven om tegen dat gezag *rechtmatige* grieven in te brengen en — wat ik persoonlijk nog meer betreur — aan die elementen, die bereid zijn zich aan dat gezag te onderwerpen en gaarne dat gezag hoog houden, hun *vertrouwen* in de politie als eene eerbiedwaardige macht ontnemen. Het worde met

---

(1) In den «Feestbundel met Rechtsgeleerde Bijdragen» van het Genootschap Justitia et Amicitia te 's-Gravenhage, mocht ik ten vorigen jare aan dit onderwerp eenige beschouwingen wijden naar aanleiding van de vergadering der Juristenvereniging in 1909, toen *de bevoegdheid van politie en justitie bij heeterdaad* aan de orde was (prae-adviseurs Mrs. BESIER en Jhr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS).

waardeering en voldoening erkend, hoe hier te lande in politiekringen zelve dit alles sinds lang wordt gevoeld en uitgesproken. Als voorbeeld moge hier gewezen worden op het onvermoeid streven naar verbetering in deze, waarvan o.a. een orgaan als *de Politiegids* blijkt geeft. Alleen door eene verheffing van het gehalte en het peil der politie kunnen die betreuenswaardige handelingen van machtsmisbruik en geweld worden voorkomen, die de politie — het orgaan dat in den Staat zulk eene belangrijke plaats inneemt en zulke gewichtige functies heeft te vervullen — naar omlaag halen en haar de algemeene achting doen verbeuren.

En dan komt de „zaak” ons nog iets anders brengen. Zij komt aan het Openbaar Ministerie nog eens eene duchtige aansporing geven om de klachten wegens machtsmisbruik en mishandeling door politie-ambtenaren, speciaal in arrestantenlokalen, van den aanvang af met kracht en ernst te onderzoeken. Alles wat strekken kan om dat geheimzinnig waas, waarmede die arrestantenlokalen voor het groote publiek zijn omgeven, te doen verdwijnen, om het volle licht te doen schijnen over wat dáár voorvalt, is volstrekt noodzakelijk. Wordt in die richting gewerkt door een justitieel onderzoek zoodra het parket eene klacht bereikt, waarvan de ongegrondheid niet a priori vaststaat, dan kan òf de onjuistheid der aanklacht blijken en een resultaat worden verkregen dat voor de politie zelve van het grootste belang is, òf de schuldige ambtenaar worden gestraft en daarmede het rechtsbewustzijn — zoo pijnlijk getroffen door de ergerlijke feiten, dáár in het geheim gepleegd — worden bevredigd. Mijne ervaring is, dat door een krachtig, onpartijdig onderzoek in dergelijke gevallen de publieke opinie wel degelijk is gerust te stellen. Onthoudt men zich echter van optreden en laat men de geheimzinnigheid voortbestaan, dan geeft

men voedsel aan de vaak overdreven verhalen, laat men onrust en ontevredenheid welig tieren en bewijst men tenslotte aan het gezag een zeer slechten dienst.

Ben ik een weinig aan 't afdwalen en bezig mij te ver van de Papendrechtsche zaak te verwijderen? Zoo ja, laat mij dan tenslotte terugkeeren medias in res.

Ook uit het oogpunt van de techniek van het strafproces en de positie van den verdediger tegenover die van het Openbaar Ministerie schijnt „de zaak” mij interessant en zou zij tot enkele kantteekeningen aanleiding kunnen geven. Ik wijs b.v. op hetgeen aan het slot van Mr. VAN HAMEL'S pleidooi voorkomt omtrent de crossexamination, alwaar hij (blz. 67 en 68) de uitspraak aanhaalt, dat het kruisverhoor de vorm is om voor den rechter de waarheid uit te lokken, en voor den advocaat in strafzaken de uitoefening van het vraagrecht het allervoornaamste deel van zijne wapenrusting noemt. Ik wil thans hierop niet dieper ingaan. Wel wil ik zeggen, hoe ik werd getroffen door hetgeen in den aanvang van het pleidooi (blz. 21 en 22) door den verdediger werd medegedeeld omtrent zijn „mede-verdediger”, die de zaak in dit haar laatste stadium aan andere handen meende te moeten overlaten. Na herinnerd te hebben aan de persoonlijke insinuaties, tegen *dien* verdediger in 't veld gebracht, wijdt Mr. VAN HAMEL een woord aan hem „die, opkomend voor haar recht en voor de groote belangen daaraan verbonden, deze zaak van den beginne af heeft gedragen, in de moeilijke dagen, ook toen daarginds in Dordt hem door de autoriteiten bezwaren zijn in den weg gelegd en toen men zelfs hem persoonlijk in den maatschappelijken omgang onaangenaamheden van minder allooi heeft tegengeworpen”. Zie, dit laatste feit acht ik in hooge mate bedroevend, omdat het in strijd is met het vrije woord van de verdediging, met het recht en den

plicht van den advocaat om zich geheel te geven aan de door hem behartigde belangen. Dit moge juist mijnerzijds worden uitgesproken, omdat mijn ambt — hetwelk mij zoo vaak *tegenover* den advocaat in strafzaken plaatste en mij zoo vaak de gelegenheid schonk om met dezen in het strijdperk te treden — mij heeft geleerd om dat vrije woord der balie en dat onbeperkt recht van de verdediging te eeren.

Heeft inderdaad de „Dordtsche atmosfeer” op *dezen* rechtsgeleerde zoo zwaar gedrukt als bij de meergenoemde beraadslaging in de Tweede Kamer met nadruk werd tekennengegeven (1), dan zou ik geneigd zijn *deze* bladzijde de treurigste te noemen uit de geheele geschiedenis van het geruchtmakend geding.

*Den Haag*, Koninginnedag 1911.

S. J. M. VAN GEUNS.

---

(1) Mr. LIMBURG in de Tweede Kamer, t. a. p. blz. 929, eerste kolom.



### **Het wetsvoorstel omtrent de onregmatige daad en de regtszekerheid.**

Haast geen verschil omtrent de toepassing van ons burgerlijk regt is, zelfs buiten den kring der vakmannen, zoo bekend als de vraag, wat wel de „onregmatige daad” van art. 1401 B. W. uitmaakt of in goede justitie zou behooren uit te maken. De hoogleeraar MOLENGRAAFF heeft sinds 25 jaren (Rechtsg. Mag. VI blz. 384) onder wassende instemming eene opvatting voorgestaan (1) naar welke ieder — zoowel jure constituto als constituendo — „onregmatig” handelt die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den anderen betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers betaamt; anders handelende, zal hij verplicht zijn de schade te vergoeden die derden daardoor lijden. Daarentegen heeft de Hooge Raad al van 2 Nov. 1884 (W. 5116) af volhardend geoordeeld dat de schadevergoedingsplicht eerst dan kan intreden, wanneer door iemands doen of laten te kort wordt gedaan hetzij aan eenen door wettelijk voorschrift op hem gelegde gehoudenheid — schending van een regtspligt — hetzij aan stellige aan eenen ander toekomende regten: inbreuk alzoo op andermans regt. Haast in dezelfde, nagenoeg tot vaste formule geworden woorden (2) heeft de Raad dat stelsel

(1) Door hare voorstanders de *mooie* gedoopt: zie b. v. de dissertatie van Mr. J. VERSCHUYL. Korthedshalve zal ik mij hier en daar van deze uitdrukking bedienen en, in tegenstelling met haar, die van den Hoogen Raad aanduiden als de *enge*.

(2) In zijne bekende ontvouwing der algemeene verantwoordelijkheidsleer klimt SOURDAT (Responsabilité n<sup>o</sup>. 662) op tot 't DOMATS Loix civiles en teekent op diens uitspraak, dat men naar omstandigheden.

verkondigd in eene reeks van arresten, waarvan ik slechts dat van 24 Nov. 1905 (W. 8304) aanhaal, omdat m.i. daarin het contrast der beide stelsels op zijn scherpst uitkomt. Toen werd vernietigd een arrest van het Hof van Arnhem, waarbij tot schadevergoeding jegens den eischer in cassatie was veroordeeld een bankier, die volgens de dagvaarding hem door verspreiding, bij wijze van aanbevelende uitnoodiging om inteschrijven, van een prospectus had verlokt om aandeelen te nemen in eene vennootschap „Necec” (1) tot voortzetting van eene rijwielfabriek met uitstekende relatien en uitnemenden naam, in dat toegezonden prospectus opgehemeld als bloeiend, in volle werking, afleverend een algemeen bewonderd fabricaat, terwijl (volgens de dagvaarding) van dit alles het tegendeel waar was en weinige maanden later de vennootschap had moeten liquideeren. Ofschoon het Hof geenerlei misleidend opzet of anderen dolus bij den gedaagde aannam, veroordeelde het hem ex art. 1401/2 tot schadevergoeding, in hoofdzaak op overweging dat op ieder, die openlijk tot deelneming in eene vennootschap uitnoodigt, de pligt rust om daarbij slechts ware feiten aan het publiek voor te houden en daarbij niet ligtvaardig te werk te gaan maar zich behoorlijk van de waarheid van het medegedeelde te vergewissen; bij gebreke daarvan is er toerekenbare schuld en aansprakelijkheid voor het nadeel tengevolge van nalatigheid of onvoorzichtigheid, vermits alsdan

---

gehouden kan zijn om de schade, die men had kunnen verhinderen te vergoeden si *quelque devoir* engageait de prévenir, aan dat men onder zoodanigen „pligt” heeft te verstaan un *devoir civil*, une obligation imposée par une loi ou un contrat. Zelfs de formulering van den H. Raad omtrent den eisch van eenen *regtspligt* is dus niet van vandaag of gister.

(1) Vergelijk de aanteekening op blz. 609.

verzuimd is *te doen wat behoort*. Maar de Hooge Raad, wederom vooropstellende dat voor de toepasselijkheid van de artt. 1401/2 noodig is dat iemands daden of verzuimen in strijd zijn met eenen op hem rustenden regtspligt of inbreuk hebben gemaakt op een anders regt, en beslissende dat van het laatste blijkbaar geen sprake kon zijn, overwoog ten aanzien van het eerste, dat voor eenen *regtspligt* om slechts ware feiten mede te deelen enz. geen grondslag door het Hof aangewezen of aanwezig was, en vervolgde o.a. aldus: eigenlijk ontleent het aangevallen arrest het steunpunt zijner regtsbeschouwing aan hetgeen naar 's Hof's beschouwing *maatschappelijk* behoort te worden gedaan of nagelaten; nu toont reeds de onzekerheid, welken omvang en diepte de navorsching der waarheid wel moet hebben om *behoorlijk* te zijn, aan dat de vraag, of bij nalatigheid hierin eene gehoudenheid tot schadevergoeding aanwezig kan zijn, zich beweegt op het gebied der maatschappelijke betamelijkheid en zedelijke verantwoordelijkheid, terwijl voor de toepassing van art. 1402 B. W. moet blijken van eenen *regtspligt*, in welks vervulling men nalatig is geweest; het Hof, den schadevergoedingspligt grondende op eischers nalatigheid om de waarheid te onderzoeken van hetgeen het door hem verspreide prospectus inhoudt, stempelt iemands bloote lichtvaardigheid in het motiveeren eener financieele aanbeveling tot eene onregtmatige daad van burgerlijk regt; evenwel, al is het betrachten van omzigtigheid bij financieele raadgevingen pligtmatig van een *zedelijk* en behoorlijk van een *maatschappelijk* standpunt, vormt het verzuimen daarvan geen schending van eenen regtspligt.

Om aan deze jurisprudentie (1) een einde te maken en om in hoofdzaak (waarover nader) de opvatting

(1) Die blijkens § 716 van ASSER'S Vergelijking in volkomen overeenstemming is met het standpunt des wetgevers van 1838.

MOLENGRAAFF te verheffen tot in Nederland geldend regt, heeft onze tegenwoordige Minister van Justitie een wetsontwerp ingediend. *Die* bedoeling lijdt geen twijfel door hetgeen de M. v. T. aantee kent om de bedenking af te weren, dat de drie uitdrukkingen, die, naar wij zien zullen, in het wetsontwerp worden „gebezigd om het karakter der onregtmatische daad te „bepalen” aan vastheid van begrip te wenschen overlaten. Dat is wel zoo, zegt de minister, „maar eene zekere onbestemdheid van redactie is niet te vermijden, zoo de „wetgever zich niet bij de thans heerschende opvatting „van de onregtmatische daad wil nederleggen” en (zegt hij verder) beschouwt men die uitdrukkingen *gezamenlijk*, dan „zal te dezen opzichte een regtstoestand in het leven „kunnen treden, die aan het regtsbewustzijn bevrediging „schenken moet”. Nog ééne aanhaling uit diezelfde Memorie, omdat zij als de juridieke geloofsbelijdenis van Mr. REGOUT omtrent het onderwerp schijnt te mogen worden aangemerkt. „Wordt eene onregtmatische daad, „wat het objectief element betreft, (in het voorgestelde „art. 1401) gedefinieerd als eene handeling of nalatigheid „in strijd met de openbare orde of de goede zeden”, „dan staat vast dat onder het begrip vallen vooreerst „die handelingen of omissies, waardoor een inbreuk wordt „gemaakt op eens anders wettelijk regt, des daders regts- „plicht wordt overtreden, *en daarnaast al hetgeen niet strookt „met de wijze waarop een zedelijk, een eerlijk man zich jegens „zijne medeburgers gedraagt.*” Slechts in *hoofdzaak* evenwel wil de minister voor 's Hoogen Raads enge opvatting de mooie van den Utrechtschen hoogleeraar in de plaats doen treden, daar Z. Exc. uitdrukkelijk verklaart niet in *allen* deele zich met laatstgenoemd stelsel te kunnen vereenigen. De minister wil zijn eigen weg gaan, en op dien weg wil ik in dit opstel hem kritisch volgen ten

aanzien voorshands van drie punten, namelijk *a.* de begripsbepaling der „onregtmatische daad” (art. 1401 nieuw); *b.* de vorderingen toe te kennen aan hem, die door zulk eene daad is beschadigd (art. 1407 nieuw); en *c.* de regtsmagt voor welke de eisch tot schadevergoeding zal worden gebragt (het tusschen de artt. 97 en 98 Regtsv. in te schuiven art. 97*a*, met het aan art. 126 Regtsv. toe te voegen nieuwe lid). Wel zijn de voorgestelde artt. 1402—1406 belangrijk genoeg, doch het zal reeds wel wezen zoo het mij gelukt de eerstvermelde groep — die trouwens eene zelfstandige trias vormt — eenigzins grondig te behandelen.

De drie bedoelde artikelen luiden als volgt:

B. W. art. 1401: Hij, die door eene onregtmatische daad aan een ander schade toebrengt, is jegens hem tot schadevergoeding gehouden.

Onder onregtmatische daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden, of met de zorg van een goed huisvader.

De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald.

B. W. art. 1407. Degene, jegens wien eene onregtmatische daad is bedreven, is, onverminderd zijne vordering tot schadevergoeding, bevoegd bij den regter de vernietiging te vorderen van hetgeen onregtmatisch is verrigt of de uitvoering van hetgeen onregtmatisch is nagelaten, en kan zich door den regter doen magtigen om, ten koste van hem die de onregtmatische daad heeft bedreven, het onregtmatisch gedane te doen vernietigen of het onregtmatisch nagelatene te doen uitvoeren.

De regter kan, evenzoo op zijne vordering, den-  
gene, die de onregtmatische daad heeft bedreven, ver-  
bieden in de toekomst die onregtmatische handelingen  
te plegen, dan wel gelasten het onregtmatisch nage-  
latene voortaan te verrigten, met veroordeeling van  
den gedaagde tot eene bepaalde som gelds als  
schadevergoeding in geval van overtreding van het  
bevel des regters.

Regtsv., art. 97a. In zaken tot vergoeding  
van schade, door eene onregtmatische daad veroor-  
zaakt, zal de dagvaarding geschieden voor den  
regter in wiens kanton de gedaagde woonachtig is,  
of voor den regter in wiens kanton de onregtmatische  
daad bedreven is, ter keuze van den eischer.

Mij tot dit art. 1401 wendend tracht ik allereerst zoo  
scherp mogelijk af te teekenen, zoowel naar de formule  
als naar de toelichting, *welke* de door den voorsteller  
gebaande eigen weg wel is. Deze naar mij dunkt. Uit  
eene handeling of nalatigheid, die aan iemand schade  
berokkent, volgt — evenwel onder de mits van „schuld”  
zijnerzijds — voor dengeen, die deze handeling „ver-  
oorzaakt” heeft, eene verbindtenis om die schade te  
vergoeden, ingeval de „veroorzaker” (1) zich committendo of  
omittendo heeft gedragen in strijd met de openbare orde,  
met de goede zeden of met de zorg van een goed huis-  
vader. Eene verbindtenis naar art. 1269 B. W. *uit de wet*,  
en wel naar art. 1388 uit de wet *tengevolge van 's menschen  
toedoen*, ontstaande op volkomen gelijke wijs als op dit  
oogenblik. Aan de erkende mindere vastheid van het be-  
grip zijner drie uitdrukkingen straksvermeld voegt de  
minister toe dat zij oude bekenden bij den burgerlijken  
regter zijn en acht deze hoedanigheid een voordeel van

(1) In het vervolg zal ik hem *dader*, natuurlijk in de ruimen  
zin van een doen ook door natelaten, noemen.

den „eigen weg” boven omschrijvingen als die van MOLENGRAAFF.

Nu merk ik al dadelijk op, als *noodzakelijk* gevolg dezer aanbeveling, dat het drietal niet *anders* verstaan mag worden dan in den tot heden gebruikelijken zin en dat de drie tot het doel, waarmede de ontwerper beslag op de trias legt, alleen dan dienstig kunnen wezen, wanneer zij tot des ministers dienst worden opgeroepen *binnen* den kring, waarin zij tot dusverre tot juridieke begripsbepaling gebezigd zijn geworden. Hen *daarbuiten* in dienst te stellen doet groot gevaar ontstaan òf voor bedenkelijke misverstanden òf voor het niet bereiken van de bedoelingen, waarmede de „welbekende uitdrukkingen” door den minister in het nieuwe artikel zijn opgenomen. Want houdt de uitlegging van dat voorschrift zich aan de „welbekende” dus de *overgeleverde* beteekenis, dan worden de (ontegenzeggelijk *verder* reikende) bedoelingen van het nieuwe artikel niet verwezenlijkt en zal dit veel (sit venia verbo) op eene misgeboorte gaan lijken; wordt daarentegen (hetgeen waarschijnlijker is te achten) art. 1401 voortaan uitgelegd naar de bedoelingen *des ontwerpers*, dan worden de „welbekende uitdrukkingen” ontwricht, daar zij dan in art. 1401 eenen *anderen* zin krijgen dan zij omnium consensu elders in de wet hebben en be hooren te behouden.

De toepassing nu van deze praemissen op art. 1401 REGOUT is daarvoor niet gunstig: het duidelijkste komt dit gebrek wel uit bij de aanwending aldaar van de „goede-huisvaderszorg”. Vrijwel algemeen (1) aangenomen is, dat de verpligting tot deze zorg een onderdeel is van

(1) *Vrijwel* algemeen: want men lette op het aan het einde van dit opstel besproken cassatie- (*treiter*) arrest omtrent de spoorwegwagens, beschikbaar gesteld wel op het uiterste oogenblik van, maar toch *binnen* den bedongen termijn.

het *contractenrecht*, in omvang alsdan wisselend naar den aard van de *contractueele* betrekking der partijen; 't is dan ook in het *contractenrecht*, alzoo daar waar blijkens den aanhef van art. 1269 B. W. verbindtenissen [„uit overeenkomst”] *reeds geboren* zijn, dat er plaats is (art. 1271 B. W.) voor eene scherpere of minder scherpe toerekening van hetgeen aan die zorg mag hebben ontbroken en van bestaande schuld aan hare onvoldoendheid. Jure viginti is dus het terrein van die huisvaderszorg uitsluitend het gebied van *reeds geboren*, slechts in *omvang* nader te bepalen verbindtenissen: niet dat van art. 1269 vervolg [„uit de wet”], gewagend van de verbindtenissen, die uit de wet geboren zullen *worden* doch uit haar nog niet geboren *zijn*. En zie, thans zal in het stelsel REGOUT de verpligte zorg van een goed huisvader moeten zijn eene *bron* der wettelijke verbindtenis uit onregtmatige daad! Dat staat niet alleen met zoovele woorden in de beide eerste leden van art. 1401nieuw, hetwelk onder de onregtmatige tot schadevergoeding verpligtende daden rangschikt de „handeling of nalatigheid in strijd met de zorg van een goed huisvader”, maar ook in de toelichting, waarin gezegd wordt dat alleen door aanvulling met dit criterium volledigheid te bereiken is van hetgeen het recht behoort te wraken. Door *oplegging* dus van het obligo tot schadevergoeding, zulks met de volgende exemplificatie: „culpose zaakbeschadiging moge, als zijnde in het algemeen niet bij de strafwet verboden, niet in strijd worden geacht met de openbare orde, burgerregtelijk moet zij ongetwijfeld als *onregtmatige daad* worden aangemerkt”. Op de goede-huisvader-figuur in verband met de *substantie* van het wetsontwerp kom ik beneden uitvoeriger terug.

Niet precies op hetzelfde doch wel op een veelszins aangrenzend terrein beweegt zich mijne tweede opmerking,



die de twee eerste leden der ministerieele trias treft. Ook het doen of laten in strijd met de openbare orde of met de goede zeden zal zijn eene „onregmatige daad”, dat is naar Mr. REGOUT's *trouvaille bron* van eenen wettelijken schadevergoedingsplicht. Doch hoe rijmt zich dat voorstel met de *algemeene* bepaling van wetgeving (art. 14) dat door geene *handelingen* of overeenkomsten aan wetten die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben hare kracht ontnomen kan worden? Omtrent onderdeelen van dit wetsartikel — b.v. de vraag of zekere voorschriften te rekenen zijn onder de wetten betrekkelijk tot de openbare orde en of deze laatste eene afzonderlijke categorie uitmaken, dan wel al onder het interdict der gedragingen in strijd met de goede zeden begrepen zijn — bestaat verschil van meening; doch voor zoover ik weet wordt algemeen aangenomen dat, zoo dikwijls eenige handeling strijdt met de openbare orde of goede zeden, art. 14 daaraan *regts geldigheid ontzegt*. En zoowel aan *handelingen* als overeenkomsten: de regts geldigheid, door de artt. 1356 quarto in verband met de artt. 1371 seqq ontzegt aan onzedelijke contracten, ontbreekt naar het algemeener 14 A. B. evenzeer aan zoodanige handelingen. Niettemin zullen zij overeenkomstig art. 1269 wettelijke verbindtenissen doen ontstaan? De ministerieele *trouvaille* om op dergelijke wijs partij te trekken van drie in het civielrecht welbekende uitdrukkingen is zonderling, en het door Z. Exc. beoogde voordeel van meer dan twijfelachtige waarde: want voor mijne oude oogen lijkt het voorstel erg op eene ontwrichting van ons burgerlijke regtsstelsel. Mocht men opmerken dat de tot nog toegeoefende kritiek daarop minder de substantie dan wel de techniek van dat voorstel raakt, dan zij voorloopig mijn antwoord dat ook grove fouten van systematiek in eene wet fouten zijn, voor hare toepassing alles

behalve onverschillig, zooals reeds spoedig zal blijken.

Thans de aandacht gevraagd niet voor de techniek van het wetsontwerp, maar voor zijnen materieelen inhoud.

Wij weten dat het uitgaat op verandering, en planmatig groote verandering van hetgeen bij ons, naar vaste cassatieregtspraak, heden geldend regt is omtrent de onrechtmatige daad en wij hebben noodig de wetenschap *hoever* wel die verandering reikt, welke de ontwerper door zijn nieuw art. 1401, vooral het tweede lid daarvan, tracht te bereiken. Voor die wetenschap komt het vooral aan op de M. v. T., daar uit het tot nog toe gezegde minstens volgt dat *onzeker* is of, na de invoering van dat art. 1401, de drie welbekende *uitdrukkingen* ook hunnen welbekenden *zin* hebben behouden. Als voorloopige regtvaardiging dezer uitspraak een paar kanteekeningen.

De toelichting van art. 1401 tweede lid leeraart omtrent de „openbare orde” (1) dat als daarmede strijdig zijn te beschouwen „die handelingen of omissies, waardoor een inbreuk wordt gemaakt op eens anders wettelijk regt, des daders regtsplicht wordt overtreden” „Die”, dus *alle* handelingen. Maar wie een contract overtreedt krenkt ontegenzeggelijk eens anders welverworven regt, overtreedt dus „des daders regtspligt”. En zoo men in

(1) „De openbare orde”. Ik heb zooveel andere dingen te bespreken dat zooveel als niets omtrent die „orde” te zeggen mij geraden voorkomt. Ik teeken aan dat naar de M. v. T. op art. 1401 tweede lid *iedere* overtreding van wet of reglement, *iedere* afwijking van eenige wetsbepaling die niet wettelijk vrijstaat beschouwd moet worden als in strijd met de openbare orde en dat, wanneer zulks wordt aangenomen, eene vraag beslist is waarover in Duitschland nog al wat te doen is geweest. Deze namelijk of den werkman eene burgerlijke vordering wordt geboren, wanneer een *publiekregtelijk* gebod tot bevordering van zekere sociale doeleinden (b.v. het doen van eene aangifte, opgaaf enz.) voorgeschreven is?

aanmerking neemt dat naar art. 1374 lid 1 B. W. een contract is der partijen *lex privata*, kan dan uit dezen hoofde de overtreder welligt geacht worden inbreuk te maken op „eens anders wettelijk regt”? Gewis echter is naar huidige wetsopvatting contractbreuk *niet per sé* in strijd met „de openbare orde”: behoudt onder art. 1401 nieuw de *uitdrukking* haren welbekenden *zin*?

Nog wel zoo twijfelachtig schijnt mij hetgeen de M. v. T. omtrent den erkenden omvang van het begrip „met de goede zeden strijdig” bevat. Dat hierbij geenszins uitsluitend aan strijdigheid met het zedelijke op sexueel gebied moet worden gedacht, wie zal het Mr. REGOUT tegenspreken? Maar dat principieel — dus *in genere*, niet in een enkel, bijzonder sterk geteekend geval — reeds een leugen of een misleiding voldoende is om, als onregtmatig, grond op te leveren tot eenen eisch van schadevergoeding, kan m.i. kwalijk gelden als reeds heden erkend regt. Toch wordt dit, als door art. 1401 nieuw gewild, verkondigd in zijne toelichting.

Ten slotte zal het verzuimen der verplichtingen van een goed huisvader het derde lid uitmaken der kenmerken, waaraan men de onregtmatigheid van eenig doen of laten kan onderkennen. Het eischen van deze zorg in het maatschappelijk verkeer moet volgens Mr. R. het middel zijn, om eenen regtspligt o. a. tot vergoeding der beschadiging uit laakbare zorgeloosheid te grondvesten (blz. 575). Die goede huisvaders-figuur is almede (aldus teregt de Minister) welbekend in het civiele regt. Doch niet op het hier betreden gebied der verbindtenissen *uit de wet*: dat wees ik alreeds aan, als *technisch* eene fout welker nawerking verre van onschuldig zou blijken. Thans waag ik op materieel gebied te komen met de vraag, in welke gedaante de Minister zich des huisvaders verschijning en zijne zorg op dit nieuwe gebied wel gedacht heeft? Zorgend

naar den maatstaf des „Durschnittsphilisters”, zooals de Duitscher spot? dan wel de cura diligentissimi patrisfamilias verpersoonlijkend? of wel vrij uitgaand, zoodra men maar even omzigtig is geweest als men dat in zijn dagelijkschen doen voor zichzelf is (cura quae in suis)? Deze naar mij dunkt voor de hand liggende vraagstelling doet haast voelen en tasten, hoe wonderbaarlijk de paterfamilias wel gehaald ja gesleept wordt bij de regtsstof van art. 1401. Van waar toch de gradatie, waarop mijne vraagstelling berust, indien niet *hiervandaan* dat blijkbaar voor die figuur wel plaats is bij verbindtenissen uit *contract*, maar *niet uit de wet*? Contracteerende partijen hebben een obligo gevestigd waarvan zekere zorg een *bestanddeel* is; de gehoudenheid daartoe *staat dus al vast*, doch laat nog ruimte voor de vraag in welken *omvang*. Wie b.v. eene lastgeving aanvaardt, stelt zich eo ipso aansprakelijk voor verzuimen bij het volvoeren van dien last gepleegd; voor den onbetaalden lastgever reikt echter die aansprakelijkheid minder ver dan voor den betaalden: art. 1838 B. W. Principieel is huisvaderszorg dus pligt, maar de omvang daarvan kan verschillen.

Gansch anders komt de zaak te staan wanneer, zooals naar de lex REGOUT, *het obligo zelf* zal wortelen in een tekort aan zorg: want dan ontstaat dit zoodra maar het *allergeringste* tekort daaraan kan worden aangetoond. ULPIANUS heeft in L. 44 D. IX 2 met de uitspraak „in lege Aquilia et levissima culpa venit” eenen eisch van onafwijsbare logica geformuleerd. Immers verklaart de wet u aansprakelijk voor eene veroorzaakte (voor toerekening vatbare) schade, dan zijt gij regtens tot hare vergoeding gehouden, zoodra *maar het allerminste* aan het praesteeren van zorg ontbroken heeft; aan gradatie van die verpligting en beperking van haren omvang valt dan niet te denken.

Wijl nu het burgerregt, dat (aldus de M. v. T.) in onze

civielrechtelijke codificatie de welbekende zorg van een goed huisvader heeft, o. a. medebrengr dat die regtsfiguur, als meter van den omvang der verpligte zorg, eene zekere gradatie toelaat naarmate van het contract hetwelk „zorgen” tot een bestanddeel heeft, behoort die welbekende huisvader nooit in dienst te worden gesteld voor de belijning van het gebied der onregtmatische daad: want de onmisbare vastheid van begrip, *welk* doen of laten als „onregtmatic” zal gelden, kan deze figuur nimmer verschaffen. Wat daarentegen dit heerschap, aldus in dienst gesteld, wèl kan doen en bij aandachtige beschouwing van de *lex R. noodzakelijk doet*, dat is ons geldende regt tot in zijne grondslagen komen ontvrichte n. Dat geldende regt doet naar zijn art. 1401 uit onregtmatische daad eene verbindtenis tot schadevergoeding ontstaan, maar definieert niet *welke* commissiën of omissiën als „onregtmatic” zijn aan te merken: vandaar het verschil van opvatting tusschen den Hoogen Raad en MOLENGRAAFF c. s. Het nieuwe art. 1401 onderneemt, ten einde eerstbedoelde opvatting te fnuiken, eene definitie waarbij o. a. „onregtmatic” verklaard wordt elk (door de schuld des daders veroorzaakt) doen of laten „in strijd met de zorg van een goed huisvader”. De noodzakelijke werking van deze bepaling is dat voortaan het gansche maatschappelijk verkeer in Nederland gesteld zal zijn onder de ijzeren wet, dat (ontoe-rekenbaarheid daargelaten) *ieders* doen of laten in *alle* levensomstandigheden moet voldoen aan de *allerstrengste* eischen van zorgvuldigheid en omzigtigheid. Op den schadeeisch b. v. van iemand, die door een voertuig — wagen of rijtuig, fiets, auto, tram — is aangereden, zal de bestuurder niet kunnen volstaan met het bewijs dat hij behoorlijk uitkijkend omzigtig, met matige snelheid, met de daartoe dienstige middelen waarschuwend voor zijne nadering enz. gereden heeft: hij zal b. v. zich moeten

vergewissen of die waarschuwingen ook *gehoord* zijn (1). Durft iemand beweren dat dergelijke norm is ons geldend regt en deze eisch daar „welbekend”? Ik ben vermetel genoeg om te zeggen dat het ontwerp REGOUT aan den „goeden „huisvader” eene rol toebedeelt tot heden *onbekend* en *heileloos subversief* voor allemans tegenwoordige regtsveiligheid. Want wordt op dit punt het nieuwe art. 1401 wet, dan heeft ieder lid der Nederlandsche regtsgemeenschap reden tot de verzuchting uit het Dies Irae:

quid sum miser tum dicturus,  
quem patronum rogaturus,  
*cum vix justus sit securus.*

De overweging van dit alles laat, dunkt mij, weinig over van het voordeel boven de omschrijving van Prof. MOLENGRAAFF, dat de minister toekent aan zijne begripsbepaling der onregtmatige daad in het tweede lid van art. 1401, als werkende met drie oude bekenden van den burgerlijken regter. Wel oude *bekenden* diens regters, maar te kwader ure opgeroepen om dienst te doen bij de praktijk der beoogde regtshervorming, wjl zij tot nog toe

(1) Een eisch vrijwel de dood voor het normaal verkeer: verbeeld u de noodzakelijkheid om regts en links aan de voorbijgangers te vragen of ze misschien aan doofheid of afgetrokkenheid laboreeren, te druk met hun gezelschap praatten, te zeer verdiept waren in het raadplegen van de treindienstregeling. Laatstgenoemd geval deed zich voor eenige jaren voor te Amsterdam (zie H. R. 2 Maart 1906, W. 8347): de reiziger was gewaarschuwd voor het openstaan van een luik, maar hoorde dit niet en viel in de opening. Hij beweerde dat men zich van het hooren had moeten *vergewissen* en zag die meening beaamd door het O. M., voorstander van de *risicoleer*: wie zich van het hooren niet vergewist, aanvaardt het risico der schade ingeval van een ongeluk. Maar de H. R. ging hierin niet mée en besliste in hoofdzaak: *waarschuwen* was noodig ter disculpatie, maar of die *voldoende* was geschied hangt af van de omstandigheden en laat zich niet beslissen bloot naar het al of niet *hooren* van de waarschuwing; onvoldoendheid was den *judex facti* niet gebleken.

over ander en minder wijdstrekkend gebied 's regters oordeel hielpen bepalen. Het door den minister zelven erkende euvel, dat zijne trias ten kenschets der onregtmatige daad aan *vastheid* van begrip te wenschen overlaat, zinkt daarbij in het niet.

Mijn beweren, dat des ministers gebruik van de trias eene technische fout met materieele gevolgen uitmaakt, wanneer niet boven *elken* twijfel verheven is dat in het wetsontwerp de drie welbekende uitdrukkingen dezelfde beteekenis hebben als overal elders in het B. W., vereischt nog aanvulling op het punt, straks voor nadere bespreking voorbehouden. Het onderzoek namelijk of wel aan dezen eisch — m. i. een *primum verum evident*, dus geen adstructie behoevend — door het wetsontwerp wordt voldaan, bovenal nu de authentieke uitlegging van doen of laten „in strijd met de goede zeden” in de M. v. T. dien strijd aanwezig verklaart bij „al hetgeen niet strookt met de „wijze, waarop een zedelijk, een eerlijk man zich jegens „zijne medeburgers gedraagt”. Is dat waarlijk de doorgaande beteekenis van dien strijd in ons wetboek? Enkele grepen uit zijnen inhoud mogen aantoonen, dat reden te over bestaat om dit aan te merken als *ten zeerste* twijfelachtig, en dat dan de technische fout verreikende *materieele* uitwerkingen heeft.

Naar art. 935 B. W. is regtens ongeschreven elke voorwaarde van testamentaire bevoordeeling, die met de goede zeden strijdt. Een erfflater bevoordeelt zijne vrouw, mits zij ongehuwd blijve. Indien de weduwe den regter weet te beduiden dat de man, aldus een nog jong lief-tallig schepsel tot het coelibaat willende dwingen, onbetamelijk gehandeld ja tot zondigen geprikkeld heeft, zal de clausule *dood* wezen en des erflaters wil *pro nihilo*. Want nu kan de weduwe nemen wien zij wil. En zoo de erfflater zijne clausule eens gesteld heeft ten aanzien

van eenen bepaalden persoon? De overtreedster onderneemt, tegen eene hereditatis petitio der wettelijke erfgenamen, het betoog dat wraakzucht, lage en ongegronde jalousie of andere onedele grond het verbod heeft ingegeven: zal de regter deze strijdigheid met hetgeen eerlijkheid en zedelijkheid toelaten toereikend mogen achten om de clause onzedelijk, dus *onregtsgeldig* te verklaren?

Een benarde schuldeischer vervult zijne verplichtingen niet, wordt tot betaling aangesproken en voert nu de volgende verdediging: wanpraestatie is voor wederkeerige verbindtenissen eene stilzwijgende ontbindingsvoorwaarde, maar die in mijn geval, dat van eenen door overmatigen (niet o Excellentie! door een onzedelijk nieuw-malthusianisme te stuiten) kinderzegen in het achterspit geraakten schuldenaar, eene *onzedelijke* voorwaarde is: naar art. 1290 B. W. is dus ons contract *nietig*. Quid?

En als een verzoek tot zijne faillietverklaring eens bestreden wordt door een dergelijk beroep op de *nietigheid* der obligo's, met welke de schuldenaar ten achter is, wat dan wel? Dan desniettemin den man failliet verklaren?

Naar art. 1356 j<sup>o</sup> 1371—1373 B. W. is elke overeenkomst met onzedelijke oorzaak onbestaanbaar. Wanneer nu de regter oordeelt dat zekere overeenkomst bevat wat in Duitschland heet eene „wuchnerische Uebervorthellung” des schuldeischers, zal die overeenkomst *doodgeboren* wezen — en hoe spoedig zal, bij eene economisch wat zwakke contractspartij, die schuldeischer bij zijne toestemming tot het contracteeren zich „uebervortheilt” hebben, in plaats van zich te houden aan *al* (zoo de M. v. T.) hetgeen strookt met de wijze, waarop een zedelijk, een eerlijk man zich jegens eenen benarden medeburger gedraagt!

Staan wij eens stil (want dat loont de moeite) bij het



verbod der *pacta de successione futura*: art. 1370 lid 2 B. W. Welke beteekenis in het regtsstelsel heeft wel dat verbod? Vormt het, bij wijze van *lex fugitiva*, een uit historische overlevering te verklaren edict, alzoo zondersystematische beteekenis? Dan worde het in specie nageleefd en trekke daarbuiten geen verdere aandacht. De zaak wordt echter anders, indien dit art. 1370 moet gelden als een *exempel* van hetgeen de goede zeden niet gedoogen. Want dan toont de wetgever daarmee, dat hij als zoodanig niet gedooft wat weinig *netjes* is. Stuitend (maar n. f. niet erger dan dat) is, nog bij het leven van X of Y (zelfs met hun toestemming, zegt het artikel) afspraken te maken omtrent hetgeen zij nog niet ontruimd hebben; een betamelijk mensch ontziet ook de gevoeligheden zijner medeburgers; vandaár alsdan 's wetgevers verbod. Strekt de eisch van „goede zeden” zich zóóver uit?

Wat almede niet vergeten mag worden bij de vraag, hoever zich het begrip van „goede zeden” als *regtseisch* wel kan uitstrekken, is art. 14 A. B., hetwelk volkomen algemeen aan *elke* handeling en *elke* overeenkomst met die zeden strijdig regtsbescherming ontzegt: wáár belanden wij dan wel met Mr. REGOUT's begripsbepaling?

Op medisch en pharmaceutisch gebied kunnen wij onder 's ministers leiding héél wat beleven. Talloos zijn de middelen, opgevijseld als dienstig tegen allerlei af-takelingen of kwalen — dan tegen enkele maar dagelijks voorkomende, dan tegen zoo wat alle — welker bedrijgelijkheid door het Maandblad der Vereeniging tegen de Kwakzalverij openbaar is gemaakt. Is uit dien hoofde elke verkoop daarvan eene vergoedingsplicht scheppende *onregtmatige daad*? Van den fabrikant alleen, of ook

(1) Daar opgenomen via POTHIER (Obl. n<sup>o</sup>. 132, VENTE n<sup>o</sup>. 527), die het grondt op strijd met de goede zeden. Verg. hof Den Bosch, 28 Maart 1899, W. 7315.

van den pharmaceut, die als vakman geacht moet worden gezegd Maandblad te kennen? of van *iederem* verkooper, als bij dien verkoop tot „de zorg van een goed huisvader” gehouden?

Ik stap af van de techniek des ontwerps en de gevolgen daarvan voor den materieelen omvang der „verbindtenis uit onrechtmatige daad”. Zonder veel vrees voor tegenspraak meen ik wel uit het tot dusver bevondene deze slotsom te mogen trekken, dat die omvang *buitengewoon* wordt vergroot en dringend noodzakelijk is, zich hiervan ten volle rekenschap te geven.

Aan die volle rekenschap zijn we echter *nog lang niet* toe.

Dezelfde bevinding immers dringt zich op, waar wij als bedoeling der regeling verklaard vinden (T. p. 5) dat, ofschoon de ontwerper de contractbreuk niet wil aangemerkt (1) hebben als onrechtmatige daad *tusschen partijen*, de schadelijke terugwerking daarvan *op een derden* zal uitmaken eene jegens hem bedreven onrechtmatige daad, en voorts (blz. 6) de regter ook *middellijke* schade eenen burgerlijken delinquent zal mogen toerekenen. Wel niet per millesimam consequentiam, doch (zoo Mr. REGOUT) licht kunnen zich omstandigheden voordoen, waarin het onbillijk zou wezen alle middellijke schade buiten het vaststellen der vergoeding ter zijde te laten. En *zonder* de beperking van art. 1284, misschien ook van art. 1283 B. W.; ten aanzien althans van eerstgenoemd voorschrift vinden wij aan het slot der toelichting van art. 1401 geoordeeld dat dergelijke beperking in *geen* geval navolgenswaardig schijnt.

Laat ik dit stelsel grofweg kenschetsen als uitbreiding van het schadebegrip tot *tweedehands*-schade. Welk eene uitzetting van den vergoedingsplicht! B. komt b.v. niet

(1) Dit in overeenstemming met H. R. 31 Maart 1876, W. 3978.

na zijn contractsplicht jegens A; daardoor geraakt A in de onmogelijkheid om te voldoen aan verbindtenissen jegens eenen aannemer C, die voor zijn werk van A zou bekomen wat B aan A verschaffen zou: dientengevolge faillieert C. Al wat in die *déconfiture* C's crediteuren te kort komen dient nu bijgepast te worden door B, als middel-lijk door zijne wanpraestatie aan A, burgerlijk delinquent jegens C. Al is mij nog eenigszins schemerachtig hoe dit wordt overeengebracht met art. 1374 B. W., dààr moet het volgens het ontwerp REGOUT heen.

De middellijke schade. In *beginsel* toegelaten; tot hoever? Niet *altever* volgens den minister, wiens M. v. T. een Schriftuurlijk „behandel den jongeling zachtkens” doet hooren. Intusschen stelt Z. Exc. terzelfder plaatse *alles* hieromtrent ter discretie van den regter: hoe, wanneer deze nu eens van het type des Franschen „bon juge” is en vindt dat den gekrenkte elk mogelijk nadeel vergoed moet worden? Ik heb b.v. X geruimen tijd onverplicht op de been gehouden, maar houd, ofschoon tot voortgaan ruimschoots bij magte, hiermeê op omdat ik bevind dat X langzamerhand geen moeite meer doet en luiweg alles op mij laat aankomen, desnoods zonder andere reden dan dat ik van dit maar steeds dokken genoeg kreeg. 's Mans vrouw en kinderen lijden nu gebrek, dus *middellijke schade* indien mijn besluit ten aanzien van X te hard, in strijd met de „goede zeden”, en dus naar de nieuwe wet „onregtmatig” is. Waar komt men wel terecht, wanneer een (idealistisch of op een speculatieprocesje uitgaand) advocaat en een bon juge te zamen vinden dat mijn besluit tegenover die vrouw en kinderen, onschuldig aan het gedrag van X „niet strookt met de „wijze, waarop een zedelijk, een eerlijk man zich gedraagt „jegens die ongelukkigen”, kinderen b.v. wier to be or not to be in de maatschappij volkomen afhangt van

mijne handreiking? De deur voor mijne veroordeeling is *wagenwijd* opengezet (1).

Nauw verband met dit alles houdt m. i. het voorstel (art. 1401 *derde* lid), om schade te vergoeden „ook indien „en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeer„baar is”. In 't voorbijgaan zij opgemerkt, dat het zonderling is schade *niet* waardeerbaar op geld toch te willen

---

(1) Omtrent twee punten het *middellijk* beschadigen rakende schijnt eene kleine aantekening niet ongepast.

2<sup>o</sup>. In W. 9127 (te vergelijken met W. 9141) wordt uit een arrest van 19 Dec. 1910 van het Hof v. Appel te Nîmes deze m. i. uitstekende overweging medegedeeld: «Attendu que si large que soit le champ d'application du principe d'équité des artt. 1382/3 C. C. qui veulent que chacun soit responsable non seulement par son fait etc, il est impossible de ne point lui assigner *des limites* dictées à la fois par la logique et par l'esprit même de notre législation”. Gaat de lex REGOUT door, dan is *van ditzelfde standpunt* zoodanige begrenzing vrijwel ontoelaatbaar te achten, omdat dan «l'esprit même de notre législation» de feitelijke *onbegrensde* zal zijn. O. a. om de toelating der *middellijke* schade, terwijl naar 's Hof's arrest de verantwoordelijkheid *ex committendo* vel *omittendo* niet gaat voorbij «les suites *immédiates et directes* de l'action».

2<sup>o</sup>. De regtsvordering, waarover het Hof toen oordeelde, was die van eene ongevalverzekering-Mij., terugbetaling eischend van uitkeeringen aan eene weduwe, wier man door een jagtongeval was omgekomen; de verzekeraarster beweerde dat zij geen uitkeering verschuldigd zou zijn, indien niet de overledene zekere schuld aan zijn ongeval had gehad: dus bestond zijnerzijds, met terugwerking op de weduwe, schuld aan *verzekeraars* schade en daardoor gehoudenheid om die schade (het uitgekeerde) te vergoeden. Men construeerde dus (met kunst- en vliegwerk) eene *regtstreeksche* schade. Dat men met zoodanigen tour d'esprit het ver in die kunst kan brengen, bewees niet veel later het Hof v. Cassatie door zijn arrest van 14 Maart 1911 (*Gaz. d. Trib.* 14 April 11.; het bovenaangehaalde ib. 4 Maart bevorens). Eenen soldaat was in zijnen dienst een spoorwegongeluk overkomen: te dier zake werd hem 25000 francs ten laste van de spoorwegmij. toegewezen. Bovendien echter werd deze veroordeeld tot schadevergoeding *jegens den Staat*, en waarom? Op grond van

vergoeden *in geld*: vermoedelijk toch zou ik den minister, [die b.v. recantatiën, aanplakking van het vonnis enz. ter betering van het nadeel in eer en goeden naam uit zijn ontwerp bant] onregt doen met te onderstellen, dat hij aan het inzicht van den bon juge het bedenken van andere dan *geldelijke* vergoedingen heeft willen overlaten. Er zijn, zóó zijne M. v. T., tal van burgerlijk wraakbare in geen wetboek vermelde handelingen te bedenken, waardoor eene schade geleden wordt zwaar te dragen ofschoon niet in guldens en centen aan te duiden: mag de Staat den dader niet dwingen althans eene zekere, door zijn orgaan (in geld) te bepalen vergoeding uit te keeren? Toch in *die guldens en centen*, en op *die* vraag ontbreekt het antwoord, volgens den minister opgesloten in zijne vragenstelling. Volgens Z. Exc. naar *geldend* regt? Want het schijnt wel (zie boven), dat in het bij art. 1401 lid 3 voorgeschrevene, dat de *regter* de vergoeding in *billijkheid* naar de omstandigheden zal bepalen, een opheffing van die beperking steekt of geoordeeld wordt te steken „ook” voor materieele

wettelijke bepalingen moest de Staat den soldaat eene lijfrente van 900 frs uitkeeren: had de Staat jegens de maatschappij nu niet aanspraak op verschaffing van een kapitaal equivaleerend aan dezen rentelast? *Ja* zei het Hof van Parijs, *ja* het bovenaangehaald cassatie-arrest. Ontstaan zou zijn eene *regtstreeksche* schade, daar eene onmiddellijk invorderbare schuld in de plaats van eene voorwaardelijke verbindtenis was gekomen. Mij zou *middelijke* beschadiging van den Staat aannemelijker voorkomen; hoe dit zij, men kan uit het geval zien hoever men komt wanneer men, gelijk bij deze gelegenheid het cassatie-arrest, principieel gaat leeren que celui, qui est civilement responsable d'un délit ou d'un quasi-délit est tenu *envers toute personne* de réparer le dommage, quelle qu'en soit la *nature*. Dat hier ter zake van hetzelfde ongeval *tweemaal* betaald moet worden, aan den onmiddellijk beschadigde en aan dengeen op wien langs eenen omweg het wee van den getroffen terugvalt, zou waarschijnlijk te Nimes uitgesloten zijn geacht door «les limites dictées par la logique et l'esprit de la législation».

schade. Eene niet onbelangrijke bijdrage ten kenschets der lex REGOUT Doch hier verzuimt Z. Exc. eenig licht te doen vallen op een m. i. hoogst aangelegen punt, Zoolang *materieele* schade geleden wordt, heeft wel de schattende regter — en dit is noodzakelijkheid — eene groote vrijheid in het bepalen en waardeeren der schade-elementen, maar ontmoet hij toch voor het vergoeden eene begrenzing in het vergoedingsobject: de *aequivalentie*, bij haar bestaanbaar, der vergoeding met de schade; naar geldend regt bovendien de begrenzing door art. 1284 B. W. Maar eo ipso ontbreekt zulk eene begrenzing der moreele schade, van *volkomen andere* natuur dan de stoffelijke; tot het „onafhankelijk Staatsorgaan” wordt, met betrekking tot de *moreele* schade, gezegd wat in de volkstaal wordt uitgedrukt met „je doe maar”.

Zoo voegt zich bij mijne eerste bevindingen aanstonds deze tweede dat, nog eer de wetenschap verkregen is *tot hoe ver wel* de „onregtmaticheid” van doen of laten in het stelsel REGOUT kan gaan, de minister voor de bevoegdheid des regters om haast onbegrensde geldelijke veroordeelingen op te leggen, gaat openstellen een gebied, *in vergelijking waarvan het terrein, thans door die veroordeelingsmagt bestreken, onbeteekenend heeten mag*. En ook ten dezen aanzien hebben wij nog lang niet de grenzen van dat opengestelde gebied gevonden. Men schenke zijne aandacht aan het voorgestelde art. 1407, vergelijkte dit met de artt. 1276/7 B. W. en men zal bevinden dat aan de regterlijke bevoegdheid eene verdere *krasse* uitbreiding wordt gegeven. *Nevens* de zoover strekkende veroordeeling tot schadevergoeding, kan naar gezegd artikel worden gegeven 1<sup>o</sup>. last dat de gedaagde vernietige wat onregtmatic is verrigt, of verrigte wat onregtmatic is nagelaten; 2<sup>o</sup>. magtiging aan den eischer om op gedaagdes kosten het verrigte te doen uitvoeren

of het nagelatene te doen uitvoeren. *Voorwaar geene kleinigheid!* En dan nog: wordt met die magt ook bekleed de per quamcunque consequentiam *middellijk* beschadigde, de niet-contractant, die schade lijdt door contractbreuk van partijen, met welker overeenkomst hij naar art. 1374 B. W. niets te maken heeft? Ook de onstoffelijk, slechts moreel beschadigde? Voorts krijgt de regter bevoegdheid den eischer — elken eischer naar de opsomming van zoo even? — te wapenen met een vonnis, den gedaagde gelastend voortaan te doen of natelaten wat verklaard wordt onregtmatig nagelaten of gedaan te zijn, onder veroordeeling van dien gedaagde, bij overtreding van dergelijk bevel, om als schadevergoeding eene vrijmagtig vaststellen geldsom te betalen: eene *astreinte* naar fransch spraakgebruik. Nogmaals: voorwaar geen kleinigheid!

En wie wordt wel met al deze magt bekleed? Naar art. III Ontwerp in eersten aanleg de *Kantonregter!* De ruwe breuk, door de nieuwe wetgeving op arbeidsovereenkomsten in onze regterlijke organisatie gemaakt, staat dus onafzienbaar te worden verwijd; voor Mr. REGOUT is die in dit opzigt onzalige wet dus de wig die, met haar dunne einde in het wel overwogen stelsel onzer R. O. gedreven, haar onherstelbaar splijten moet. Immers waarnaar lijkt dat, den Kantonregter, tot nog toe exceptioneel belast met geringe geschillen, te bekleeden met de magt om in de neteligste gevallen schadevergoedingen tot *onbeperkt* bedrag opteleggen, en de meest *ingrijpende* (art. 1407 nieuw) veroordeelingen uittespreken; *den Kantonregter*, bij wien deskundige vertegenwoordiging onverplicht, daardoor onvergolden en regtens onbekend is, en op wiens teregtzittingen daarom een zoo vormloos mogelijke procesgang voorgeschreven is! Heeft bij den minister met dit zijn voorstel, door hem al ingeroepen ten steun van vergoedingsplicht voor moreele schade, de wenschelijk-

heid van continuïteit in het stelsel van wetgeving voor-gezet, dan brengt hij daarmede eene continuïteit van de *verwerpelijste* soort op de nieuwe artikelen van het W. v. Regtsvord. in praktijk. Met die artikelen heeft de wet op de arbeidsovereenkomst — tot stand gebracht onder heel wat vrijzinnig-democratischen, soms zelfs socialistischen invloed en staafe vereering van den Sint dezer tijden — geschapen een knutselwerk (1) om toch Sint-arbeider vooral ook gemakkelijke regtshulp te verschaffen: of die verschaffing gepaard zou gaan met loswoelen van grondslagen onzer regterlijke organisatie telde men niet. Daar uit hebben we al veroordeelingen voor zegge f 71738.76 (W. 9019), door eenen kantonregter opgelegd, zien voortkomen. Maar indien dergelijke regtspraak onze bestaande regtsinstellingen negeert en subverteert, dan *verzet* zich daartegen eene *rigtig* gedachte continuïteit van wetgeving. Behoort tot die grondslagen dat de instelling „Kantongeregte” uitmaakt eene onderste sport van regtspraak, in tegenstelling met de collegies slechts exceptioneel bevoegd, daarom tot beregting alleen van kleine zaken geroepen en uit dien hoofde regt mogende doen op véél eenvoudiger wijze, dan eischt de continuïteit van wetgeving *deze grondslagen ongedeerd te laten* zoolang niet eene weldoordachte systematische herziening wordt ter hand genomen. Stellig uit den booze is eene *desorganisatie* van het stelsel door af en toe *wildweg*, op de manier der lex Arbeidscontract, daarin te grijpen; dat kan alleen afbreuk doen aan de goede werking onzer kantongeregten, in hoofdzaak een succes sinds 1838 ni fallor juist hierom, dat men hunne contentieuse bevoegheid heeft beperkt tot de kleinezaken, op welke hun personeel en hun procesgang berekend zijn.

---

(1) Zonderlinge gevolgen van dat geknutsel komen langzamerhand aan den regter en via het *W. v. h. R.* aan het publiek voor oogen.



*Echte* continuïteit van wetgeving, die was te bereiken op de paden van des ministers onmiddellijken voorganger NELISSEN, *niet* op die gebaad door den vrijzinnig-democraat v. RAALTE. Regtspraak voorbij de kantonregterlijke competentie door slechts éénen regter: ook NELISSEN heeft de mogelijkheid dáárvan ingevoerd (1) maar hoe? Bij *collegiën* voor de proefneming uitverkoren, door een aan te wijzen lid daarvan, de daartoe vatbaar geoordeelde zaken beregtend naar den gewonen procesgang der eerste instantie, en de wet NELISSEN angstvallig wakend om door deze toelating geenerlei breuk in onze regterlijke organisatie teweeg te brengen. Hadde zijn opvolger deze pligtmatige zorg gehad, hij zou *nooit* de breuk van Mr. v. RAALTE hebben willen verwijderen. 't Is waarlijk al erg genoeg dat wij met diens regtspraak in arbeidscontract-zaken zijn opgescheept: haar te willen uitbreiden over het bijna onbegrensde gebied der onregtmatige daden naar het nieuwe art. 1401 B. W. zou het uit dien hoofde reeds *hoogst*bedenkelijke ontwerp REGOUT maken tot eene civielrechtelijke ramp (2).

Het tot dusver gezegde geeft, dunkt mij, al grond tot het oordeel dat we hier een *zeer bedenkelijk* wetsontwerp

(1) Dat ik geen principiele tegenstander van die mogelijkheid ten onzent ben, moge blijken uit het feit dat het gronddenkenbeeld van enkelvoudige kamers bij de regtbanken geopperd is in een Themis-artikel van 1905, door mij geleverd als bijdrage tot het vraagstuk der collegiale of niet-collegiale regtspraak, toen in de Juristen-Vereeniging aan de orde.

(2) Als ik zie dat Mr. REGOUT een der groote bedenkelijkheden van dat ontwerp — de vergoeding gansch ad libitum van den Kantonregter van hetgeen deze als moreele schade zal gelieven aan te merken — ook al aanprijst met een beroep op het precedent van ons nieuwe art. 1637 W. R. W., dan vraag ik mij af welke verbijssterende begoocheling de arbeidscontract-wetgeving heeft kunnen teweegbrengen op een zoo bekwaam jurist, als we ontegenzeggelijk in den tegenwoordigen Minister bezitten.

voor ons hebben. Toch ging ik nog niet in op de grootste bedenkelijkheid: de inlijving van *haast de gansche moraal* bij het regt, daar nu tot *regtsplicht* wordt verheven *alles* te doen en *niets* na te laten van hetgeen uitmaakt het gedrag van een zedelijk, een eerlijk man jegens zijne medeburgers. Immers daarin bestaan „de goede zeden”: nergens in het ontwerp treft men eene beperking van dit zedenbegrip aan (1) en de maker daarvan verklaart uitdrukkelijk *dit* zedebegrip tot het zijne. Vrage: *welke* moraal, die van den „Durchschnittsphilister”, waar volgens de regtspraak van het Reichsgericht op § 826 met de voorafgaande en volgende voorschriften Bürg. G. B. volstaan wordt, of die van de Bergrede? De deutsche Hooge Raad moge deze beperking uit voormeld zamenstel van paragrafen afleiden, ons ontwerp doet dit punt *geheel en witsluitend* af met zijn tweede lid van het nieuwe art. 1401. Voeg daarbij dat het ontwerp den vrijen teugel laat (waarover beneden nog een woord) aan ons plattelandskantonregtertje, zich als verkneuterend in 't erkende feit, dat de trias der kenmerken van onregtmatigheid vastheid van begrip ontbeert: want (zoo de M. v. T.) zonder

---

(1) Zelfs niet ten aanzien van *leugens*, naar wij boven al zagen door de M. v. T. *zonder* eenige uitzondering «voorzeker» in strijd met de goede zeden en daarom tot *onregtmatische daad* verklaard, De jurisprudentie op ons oude en nieuwe strafwetboek (art. 405 C. P., 326 Sr.) is doortrokken van eenen anderen geest.

Een vraagje: hoe met den Anstandslüger? Onder de idealisten vind ik in eigen omgeving personen zóó doortrokken van het hoog moreele heginsel der opregtheid, dat naar hunne schatting zelfs die leugentjes een bedenkelijken karaktertrek naar *leugenachtigheid* verraden; ik zou wel eens willen weten hoe 't er in ons maatschappelijk verkeer zou uitzien wanneer de Anstandslüge daaruit verbannen was, en heb mijne idealisten vaak betrapt op eigen gebruik van dat artikel, dat immers mede beligchaamd is in het spreekwoord: al te opregt wordt *lomp*.

wat *onbestemdheid van redactie* komt men van de heersche opvattingen niet af (1).

En daar art. 1401 lid 3 *uitdrukkelijk* het Kantonregtertje vrij laat, wordt onzen Hoogen Raad elke beteugelingsmagt der casu quo idealistische uitspattingen (sit venia verbo) van zulken E. Achtb. ontzegd: want *schending of verkeerde toepassing* der wet is dan onbestaanbaar.

De hier betrachte korthed valt mij niet moeilijk, omdat voor ieder de aanvulling zoo bereikbaar is. Men heeft daartoe maar op te slaan de debatten in den duitschen Rijksdag over de toelating der exceptio doli generalis, waarover men in eene noot beneden omtrent den Treu- und Glauben-eisch een enkel woord vindt. In de aldaar vermelde aantekening van ENDEMANN kan men lezen dat die exceptie, in overeenstemming met de meeste mannen van gezag, werd afgestemd omdat door haar „an Stelle der festen Rechtsnorm das subjective Gefühl des Richters gesetzt und die Grenzen zwischen Recht und Moral verwischt würden.“ Alles afdoend motief m. i. tot afstemming ook van de lex REGOUT.

Maar oude heer (zoo hoor ik mij toevoegen) vertrouw

---

(1) Op het oogenblik dat ik dit opstel uit handen ga geven, vind ik in een artikel van BIRKMEIJER [Das richterliche Ermessen im deutschen Strafrechtswurf verglichen mit dem österreichischen: Gerichtssaal B. 77 p. 353—433] de aanhaling eener uitspraak die, ofschoon gedaan op 't gebied van strafregt, op civiel gebied niet minder juist is: zij komt van v. LISZT. «Ausdrücke wie gute Führung, «Wohlverhalten u.s.w. sind so *dehnbar*, dasz im Verfassungssaat die «Freiheit des Staatsbürgers nicht auf sie gesteld werden kann». Des staatsburgers *vrijheid* worde niet afhankelijk gesteld van zulke rekbaarheden; eilieve, wel zijne gehoudenheid om pretens *financieel* goed te maken, naarmate een regter zijn doen of laten «social onbetamelijk» oordeelt? Of vindt Mr. REGOUT de «Kautschuk-Paragraphrober Unfug» zoo mooi? Ik dacht dat die eene *waarschuwing* tegen zijn wetsvoorstel opleverde.

toch een beetje op 's regters gezond verstand, al is hij uw jongere; Bergrede-moraal, wie eischt *die* van zijnen naaste? Ten antwoord daarop ga ik den spreker eens aanwijzen, hoe talrijk tegenwoordig dergelijke idealisten in de maatschappij zijn geworden. Wat willen onze Geheelonthouders? Zij kunnen niet loochenen dat er bieren en wijnen zijn van zóó laag alcoholgehalte, dat matig genot daarvan niet schaadt; zij geven U toe dat, indien al niet volkomen onschadelijk, dat genot slechts de *eigen* gezondheid raakt en dat, wilde men om de opmerking „toch altijd *vergif*” dat gebruik ontoelaatbaar oordeelen, men ook thee, koffie en sigaren ontzegd zou moeten achten, wijl de extracten theïne, cafeïne, nicotine evenzeer *vergiften* zijn . . . . maar toch zijt gij volgens hen aan uwen naaste *verplicht* geheelonthouder te wezen. Die naaste toch, aan wien gij zedelijk het goede voorbeeld schuldig zijt, wordt door Uw gebruik *aangemoedigd* tot gebruik, alligt tot gebruik van krasser goed dan uw wijntje of biertje, dat bovendien voor hem alligt te duur is. Is deze eisch der Geheelonthouders geene pure Bergrede-moraal? (1) Stel naast de schare derzulken de Christian Scientists, die zondig achten den arts en den apotheker aan het ziekbed te roepen; dan de *volstreckte* vegetariërs, die zelfs het gebruik van melkproducten uit den booze achten; denk aan het de Kamer overrompelend aanscherpen van RÈGOUT's zedelijkheidswet

(1) En idealisten zijn meestal niet bang voor *krasse* middelen tot maatschappelijke reiniging: getuige de in deze Septembermaand te Scheveningen uitgesproken verlangens h.v. tot interneering der drankzuchtigen van Staatswege. Eene verooftdeeling tot dokken wegens *onmaatschappelijk*, daarom *onregtmatig* gedrag is altijd nog zachter dan eene tot Einsperrung uit denzelfden hoofde: maar zie noot vorige blz. De idealist zal zich volkomen geregtvaardigd achten om onregtmatigheid naar *zijnen* maatstaf aanwezig te achten en naar eveneens subjectief inzicht te taxeeren voor goedmaken.

door het verbod zelfs van den totalisator, of aan de idealisten van 1870, die de Doodstrafwet verwerpelijk verklaarden omdat deze ten aanzien van militairen te velde de doodstraf niet heeft willen afschaffen; denk aan de ultra-ijveraars voor „indeterminate sentences” of het steeds wassend aantal apostelen onzer opvoeding tot betere burgers *door strafwetten* en waag dan nog te betwisten dat voorstanders van Bergrede-moraal zoo talrijk zijn, dat op den regterstoel elk oogenblik zulk een idealist kan plaats nemen, gereed om de wet REGOURT te hanteeren ten schade onzer maatschappij.

*Ten schade.*

Want nimmer is het der maatschappij goed gekomen, zoo dikwijls de Staat de geboden der moraal, zoodanig als het wereldlijke of kerkelijke gezag die verstaan wilden hebben, in eenigszins wijden omvang tot regtspligt verhief en door civiele of poenale regtsmiddelen poogde te handhaven. De Christelijke kerkgeschiedenis, de Romeinsch-Byzantijnsche regtsgeschiedenis, die der middeleeuwen en, ook lang voorbij hunne duizend jaren, menige moderne ervaring, ze wemelen van de blijken dier stelling; nog heden beleeft Duitschland even weinig genoeg van het strafbaarstellen der niet in het openbaar uitgeoefende homosexualiteit of der godslastering, als indertijd de Restauratie van hare loi sur le sacrilège. Ik meen mij te mogen onthouden van historische bewijsvoeringen, te eer omdat ik thans geen historische verhandeling schrijf, maar een regtsgeleerd opstel. In het kader dáárvan blijf ik met de navolgende opmerking. De Hooge Raad, zijne enge opvatting der onregtmatische daad handhavende, liet b.v. IVENS en de Zutphensche huurster (6 Jan. 1905 W. 8163; 10 Juni 1901 W. 9038) vrij uitgaan. Tot deze uitspraken heb ik met volle overtuiging mede-

gewerkt. Ook met onvermengd genoeg? In zeker opzigt *neen*. Want volle bevrediging vindt men niet bij de verklaring: gij Rotterdamsch heerschap hebt U, enkele deuren van de Singerzaak, eenen winkel ingerigt uiterlijk zoo goed als gelijk aan die van Singer en daarin tentoongesteld naaimachines evenveel gelijkend op de Singersche, als Uw winkel lijkt op het Singermagazijn; heel ligt komen daardoor gegadigden slechts voor eene Singermachine te markt bij U — maar dergelijke schuinsche manier van concurreeren is geene *onregmatige* daad, omdat gij geen wettelijk verbod hebt overtreden en ontbrak een door U gekrenkt regt van SINGER om *uitsluitend* op bedoelde manier te etaleeren. Gij Zutphensche hadt, al was het omstreeks middernacht, maar één handgreep noodig om het water af te sluiten dat het leer van Uwen onderbuur bedierf, maar *wettelijk* waart gij hem geene hulp schuldig: mooi mogen we Uw gedrag al evenmin vinden als de manier van concurreeren des heeren IVENS, maar *onrechtmatig* was het niet. Doch naar mijne vaste overtuiging is het der maatschappij *in haar geheel* véél dienstiger dat af en toe een op zich zelf weinig sympathiek arrest gewezen moet worden dan dat de wet REGOUT, zoodanige uitspraak keerende, de algemeene regtszekerheid prijs geeft aan eenen stortvloed van „onregmatigheidsgedingen”. Af en toe eischt de regtszekerheid dat in onze onvolmaakte maatschappij berust worde in hetgeen op zich zelf aanstootelijk is: eene uitspraak op tastbaar onjuiste, zeg zelfs vervalschte gegevens verkreeg regtskracht; een welverkregen regt kan wegens prescriptie niet meer geldig gemaakt worden; een toestand kennelijk zonder regtsgrondslag is door usucapio geworden tot regtstoestand. Aanstootelijk dit alles en nog zooveel meer in de zamenleving; doch immer behoudt de gelijkenis van het onkruid onder de tarwe haren diepen

zin (1) en vordert het belang van *alle* zamenlevenden dat de gemeenschappelijke regtsbodem niet onophoudelijk losgewoeld worde teneinde daarin opgeschoten onkruid te gaan delgen. Zoo ook hier.

Ik sprak daar van eenen stortvloed van „onregtmatigheidsgedingen” als haast onvermijdelijk gevolg van het grootendeels inlijven der moraal bij het regtsgebied door de *lex RÈGOUT*. Niet onvermijdelijk? of indien al, een wenschelijk, althans onverschillig gevolg? Dat dient te worden onderzocht.

Bevonden is dat door het wetsontwerp aan het *onbe-teugelde subjectieve* inzicht zoowat *alles* wordt overgelaten, wat in aanmerking komt voor het oordeel, of en binnen welke grenzen er schadevergoedingsplicht ter zake van onregtmatig doen of laten aanwezig is. Of „*onregtmaticij*” gedrag aanwezig is, *schadelijkheid* van dat gedrag, hoe groot wel de *omvang* van de schade, *aansprakelijkheid* daarvoor — van *subjectief* inzicht dienaangaand zal een en ander goeddeels afhankelijk wezen. En subjectief inzicht is uitermate *onzeker* (2);

---

(1) Eenen zin m. i. heden *slag op slag* verwaarloosd. Bij voorbeeld (dit in 't voorbijgaan) door de makers en vragers van wetten om «uitwassen der concurrentie» weg te snijden; wetten die, ijverig toegepast, waarschijnlijk verwoestend zouden werken op *de concurrentie* ofschoon *omnium* concensu onmisbaar, of op andere levensbelangen der maatschappij.

(2) Wie sprekend bewijs van de volstreckte onzekerheid der subjectieve inzichten mogt zoeken, kan dit vinden in eene mededeeling, uit mijn eigen ervaring in den *Tijdspegel* van 1891 gedaan. In eenen kring van allerlei beschaafden, zeer uiteenlopend van werkkring, wordt verteld dat een grondeigenaar aan twee gegadigden om bouwgrond ten noorden van eenen belangrijken verkeersweg eenen prijs gevraagd had bijna tweemaal dien, voor welchen zij vlak aan den overkant teregt konden en hun, toen ze dáárom afsloegen, gezegd «neemt enkele dagen bedenktijd». Ze komen terug, vernemen denzelfden eisch en antwoorden: «dan koopen wij aan de overzijde». Wat was

het leent zich als het ware en lokt haast tot uitgaan op een kansje „wie weet of mijne actie niet opgaat, of „misschien ook de vrees voor mijne actie den gedaagde „niet tot eene transactioneele opoffering noopt”? Voeg daarbij dat, door de voorgestelde toepasselijkverklaring (waarover reeds boven) van het procesregt voor het arbeidscontract de weg, om eischend op te treden ex art. 1401, zoo gemakkelijk en goedkoop wordt gemaakt dat geen vrees voor groote proceskosten remmend zal werken op den lust om zoo'n kansje te wagen.

Vergrooting van het *kanselement* in de regtspraak zal iedereen wel onbegeerlijk achten; véél liever de oude waarheid „lis est alea” teruggedrongen binnen engere grenzen — maar ook in dit opzigt staat den modernen mensch zijne onvolmaaktheid al even kras in den weg als den antieke. En nu wacht dit kanselement juist *versterking* als het wetsvoorstel wet wordt, wijl daardoor de *gevoelsregtspraak* in de hand zal worden gewerkt. Wat deze al aandurft weet ieder, die geen vreemdeling is in de geschiedenis der Fransche jury, en de Duitsche jury is schoon op weg om het den franschen broederen na te doen, o.a. in de zelfgenoegzaamheid, waarmede in naam van het onbedorven regtsgevoel, 't besef van het „richtige Recht” en dergelijke „Schlagwörter” zelfs de ondubbeltinnigste wetsregel in den hoek der „oude plunje” gedrongen wordt (1).

---

toen het bescheid? «Dat kunt ge wel doen, maar ge komt terecht voor geen cent minder, want in den tusschentijd heb ik mij van die gronden verzekerd.» Was dat eene geoorloofde koopmansslimheid, of een gedrag in strijd met dat van een zedelijk en eerlijk man jegens zijne medeburgers? Haast *evenveel* van de hoorders oordeelden in den eersten en in den tweeden zin.

(1) Sprekende feiten daaromtrent vindt men in het artiken «ein Triumph der Laiengerichte» (*Deutsche Jurzeit* 1 Aug. 1911) van den



Toen ter Juristenvergadering van voor drie jaren de tegenwoordige hoogleeraar VAN HAMEL als apostel voor leekenregtspraak optrad, werd uitbreiding daarvan door hem aanbevolen o.a. op grond dat leekenregters, veel meer dan de beroepsmagistratuur (1) heel nauwkeurig *voelen* waar het om gaat, en we vernamen er bij dat, als de regter het maar tot zulk *voelen* bragt, hij ook wel ontdekken zou dat zijne tot nog toe absoluut geachte regels nog wel in andere plooiën waren te leggen; als vitrioleuses en hanteerders van den revolver, meinedigen, verkrachters, kindermoordenaresses worden vrijgesproken, dan is dat volstrekt niet een ergerlijk negeeren van de wet, maar souvereine *gevoelswiting* omtrent eene subtiele zijde van het schuldvraagstuk. Ik blijf van meening, gelijk toen ter vergadering en gelijk de bovenaangehaalde president, dat elk succes van eene dergelijke gevoelsverheerlijking op kosten van den regtsregel een gevaar voor de veiligheid der samenleving wordt en pas die meening op mijn tegenwoordig onderwerp toe door uit te spreken, dat wanneer den regter bij het apprecieeren

---

Landgerichtspräsident DE NIEM te Limburg a/L. 't Zijn bij ons niet meer zeldzaamheden, zegt hij, dat de pligt van den regter om *de wet* toe te passen en den Schütz der Allgemeinheit, niet van eenen interessanten wetsovertreder, te beschouwen als zijne taak, *bewust* niet meer geteld wordt: zulk plichtverzuim geldt dan als «ein Triumph des unbefangenen Rechtsgefühls des Laien über die Buchstabenweisheit des Juristen».

(1) *Op hun manier* werd er bijgevoegd. Was dit te verstaan als «op de manier van het volk», met welks ziel (eene m. i. wat nevelachtige voorstelling des geëerden praeadviseurs) zij in veel nauwer betrekking staan dan magistraten die, geroepen om naar de *wet* regt te spreken, lastig genoeg steeds vragen welke begrippen en voorschriften *die wet* er op nahoudt?

der regtmatigheid van iedereen doen of laten het subjectieve gevoel tot maatstaf gegeven wordt, de verlokking om „op hoop van zegen” een onregtmatigheids-kansprocesje tegen den medeburger te ondernemen zóó groot wordt, dat bedenkelijke vermenigvuldiging daarvan voor de deur staat, dat hieruit tevens een nieuwe vorm van chantage wordt geboren en dat de algemeene regtszekerheid het gelag daarvan betaalt (1).

Al deze bedenkingen tegen het wetsvoorstel loopen te zamen in de centrale grief, dat de Minister van Justitie ons volk gaat overleveren aan regtsonzekerheid in allerlei rigting. En ik acht het een schrale troost dat hij nog erger had kunnen doen door ons over te leveren aan de theorie, die tegenwoordig als *theorie des risques* in Frankrijk hoe langer zoo meer veld wint. Zoo vaak uit een zamenloop van omstandigheden, waarin doodrustige voorbijgangers betrokken raken, schade geboren wordt, is niet meer de vraag of zoo'n voorbijganger eenige *schuld* aan die schade heeft, maar wordt in doctrine en jurisprudentie slechts leukjes gevraagd: a-t-il créé un risque? en gelukt het

---

(1) Handelingen Jur. V. 1908 I, blz. 12, 21 vgg., 51, 52, 57; II, blz. 151 vgg. Ook hier moet ik nog iets overnemen, te vinden in het straks vermelde artikel van BIRKMEIJER blz. 367: een passus uit de toelichting van het Oostenrijksche ontwerp. «Der Gesetzgeber musz «dafür Sorge tragen dasz *seine* Absichten verwirklicht werden . . . . . «er hat dem Interesse an einer *gleichmässiger Anwendung des Gesetzes* «Rechnung zu tragen». Wanneer dit den Oostenrijkschen wetgever eene afdoende reden is om de vrijheid van den beroepsregter in het toepassen der wet binnen zekere perken te houden, dan telle deze uitspraak bij de beoordeeling der *lex REGOUT* en haar «je doe maar». Niet minder telle zij ter waarschuwing tegen en veroordeeling van 't verheerlijken door idealisten als Prof. V. HAMEL Jr. van de teugelloosheid, waarmee occasional judges als juryleden en schepenen wetsnegatie uitoefenen.

eenen handigen eischer den regter te beduiden (1) dat 's mans aanwezigheid op den weg een „risico” voor den beschadigde heeft opgeleverd, dan wordt die bloote aanwezigheid, als ware de man een woeste paardrijder of een niets ontziende chauffeur, onder het bereik van art. 1382 gebragt; vonnissen waarvoor ik geene andere bestempeling dan die van juridische uitspattingen weet, komen tegenwoordig steeds talrijker in de Fransche verzamelingen van rechtspraak voor (2). Dankbaar ben ik in

(1) *Beduiden*. Want zou niet in vele, misschien zelfs de meeste gevallen een handig argumenteerder met evenveel grond kunnen volhouden, dat niet de beschadiger, maar de beschadigde *créateur du risque* is geweest?

(2) Een paar staaltjes van hetgeen van dien aard al vertoond is. Veroordeeld werd, *a.* de ondernemer van een informatiebureau, die aan eenen abonné eene onjuiste inlichting had verschaft: al werd niet weersproken dat die ondernemer bij het informeren zijnerzijds de uiterste zorgvuldigheid had betracht, en al deed de man gelden dat onder de omstandigheden van het geval dwalen haast onvermijdelijk was, dit deed volgens het vonnis — dat de haast onvermijdelijkheid der dwaling erkende — er niet toe, en er werd veroordeeld niet op grond van een *contractueel* voor rekening van het bureau komend risico maar, net als bij het in mijne inleiding aangehaalde NEECE-geval, wegens *onregtmatische daad*. *b.* In de nabijheid van eenen openbaren weg ligt eene geconcessioneerde steengroef, vennootschappelijk geëxploiteerd met *strikte* inachtneming der concessievoorwaarden, tot welke behoort het gebruik van springpatronen. Bij dat gebruik blijkt een gesteente zachter te zijn dan elders *abnormaal* en *onbekend*, ten gevolge waarvan steenbrokken op den weg geraken en aldaar een karrevoerderstransport beschadigen. Actie uit onregtmatische daad, toegewezen tegen de maatschappij parceque elle avait créé un *risque*. Ik ontleen deze voorbeelden aan een artikel van Prof. RIPERT in *Revue crit.* 1910 p. 142 vgg., waar men nog veel meer fraais vindt, b.v. omtrent de verantwoordelijkheid voor sukkels, idioten, minderjarigen, luidjes *zelf* «een risico», doch hetgeen voor rekening van anderen komt omdat de regter hen mir nichts der nichts aanmerkt als met *gedelegeerde* magt van eenen ouder, voogd, curator bekleed (eene vraag van verantwoordelijkheid voor anderen, gelegen binnen

zoover den Minister, dat hij ons voor zulk uitspatten bewaart door den beslisten met dit gedoe onvereinigbaren (1) eisch vervat èn in het nieuwe art. 1401 èn in de toelichting daarvan, dat het begrip der onregtmatige daad beheerscht blijve door de omstandigheid dat de dader *schuld* hebbe aan de handeling of omissie. Wel kan, voegt Z.Exc. er bij, er schade te weeg zijn gebragt, een ongeluk zijn voorgekomen met afwezigheid van *schuld* bij wien ook; wel kan er zijn schade veroorzaakt door iemand

den kring van dit wetsontwerp, maar door mij buiten deze studie gehouden). De Duitsche regtspraak maakt ook al kromme sprongen, wel bezien van *risico*: slechts één zoodanigen bokkensprong, ontmoet in *D. Jur. Zeit.* 1911, blz. 594, wil ik hier aanhalen. Door zekere plaats rijdt geregeld een tramtreintje, dus in dit stelsel een «verkeersrisico», van twee wagens; bij de kruising van twee straten ziet de wagenbestuurder uit de dwarsstraat een auto komen hollen en maakt halt *zoodanig*, dat die auto de keus heeft om het treintje van voren of van achteren te passeeren: desniettemin stoot de auto zoo hard tegen het treintje, dat de passagier van den auto uit zijn wagen gesmeten en erg toegetakeld wordt. De passagier spreekt aan «het risico», zegge *de trammaatschappij*, en krijgt waarachtig tot in hoogste instantie 15.000 Mark (arrest Civilsen. VI 112/10 van 11 Febr. 1911) toegeewezen!

(1) Eerste-rangs-fransche civilisten stellen dat tegenwoordig weër in het licht, nu hunne landgenooten, voorvechters der *risico*-theorie, hun voordeel zoeken te doen daarmee dat art. 1382 C. C. eene verantwoordelijkstelling voor tout fait *quelconque* de l'homme uitspreekt. Bekend is echter dat alreeds de gezaghebbende auteurs van het eerste derde der vorige eeuw (zie b.v. bij Dalloz Responsabilité n<sup>o</sup>. 87) dien tekst hebben beperkt door, arg<sup>o</sup> de vermelding iets verder der *faute* (schuld), «*quelconque*» te lezen als fait *illicite*. Nu met de *risicoleer* de liefhebberij weër opgedoken is om de noodzakelijkheid eener *faute* los te maken van het schadetoebrengend feit, hebben corypheen der civiele regtsbeoefening zich geroepen gevoeld om de onmisbaarheid van *schuld* voor eene onregtmatige daad te handhaven en daaraan hebben wij b.v. PLANIOL's reeks van overtuigende opstellen [begonnen in de *Revue critique* van Mei 1905, vervolgd 1906 p. 180 en 1909 p. 282 aldaar] te danken.

zonder toerekeningsvatbaarheid, waarvoor wellicht een ander aansprakelijk zou kunnen geacht. Doch *zonder schuld is eene onregmatige daad* onbestaanbaar.

Ook voor mij heeft en houdt, dat herzeg ik, deze verklaring waarde. Heeft en *houdt*, schreef ik. Dit laatste als terugslag op een opstel in *Themis* 1889, blz. 149 volgg. waarin ik opkwam tegen het verlangen van MATAJA in zijn Recht des Schadenersatzes u. s. w. om aan den eisch van „schuld” niet vast meer te houden; iets dat ik in den *Tijdspiegel* van 1891 nogmaals deed bij na te noemen kritiek op Mr. H. L. DRUCKER. Maar zij is onmagtig om mijne bezwaren tegen het wetsvoorstel te niet te doen, omdat die bezwaren liggen buiten het bereik van den invloed van al of niet schuld op de *onregmatigheid* (1). De Minister zelf erkent het, en zoowel daarom als omdat betoog van dit punt een *enfonceur des portes ouvertes* zou wezen, onthoud ik mij van betoogen. Wel zoo nuttig schijnen mij eenige aanwijzingen, parallel daarmee loopende, naar aanleiding van verschillende haast burgerrecht verkregen hebbende beslissingen, waardoor ook van een

(1) Deze korte opmerking worde in verband gebragt met hetgeen Prof. SIMONS in W. 9139 zegt over de *structuur* van het ontwerp ten aanzien van de «schuld»: Daardoor wordt de schuld geheel losgemaakt van het gevolg der schade veroorzakende handeling en van die schade zelf, terwijl thans juist de veroorzaking van de schade in verband wordt gebragt met de schuld. Voor het materiele opzet wordt een formeel opzet in de plaats gesteld. Wie opzettelijk handelt of zich schuldig maakt aan eene onvoorzigtigheid wordt aansprakelijk gesteld voor *al* de gevolgen, ook al heeft hij die niet voorzien of kunnen voorzien. De strafrechtelijk zoozeer gewraakte *Erfolgshaftung* wordt civielrechtelijk in volle consequentie aanvaard. De hoogleeraar wijst er nog op dat dit den Duitschen wetgever te kras is en dubbel kras wordt, wanneer eene absolute causaliteitstheorie in onze rechtspraak zou zegevieren. Mocht dit doelen op de theorie des *risques*, dan gaat *die* vrees m. i. te ver: schrijvers overige waarschuwingen acht ik geheel *ad rem*.

ander gezigtspunt dan dat van „het onkruid onder de tarwe (zie boven)” kan blijken hoe broodnoodig is, zich niet door onsympathieke gevallen van toepassing telaten verleiden om van 's Hoogen Raads stelsel wat af te doen.

Daar hebt ge bij voorbeeld het zoogenaamde *misbruik* van een regt. Het *regt* staat vast, en wordt ook door den regter niet geloochend; maar (zegt hij afdingend) aan mij het oordeel of het ook *misbruikt* wordt, en in dat geval veroordeel ik tot vergoeding, als *onregtmätig* toegebracht, van de veroorzaakte schade. Eene welberedeneerde beschouwing van dat geval brengt m.i. allereerst mede dat dit standpunt alleen houdbaar is, indien het bewuste regt *grenzen* van uitoefening heeft. Het Duitsche wetboek § 907, te vergelijken met § 850 van het eerste ontwerp, brengt b.v. mede dat al is voor een établissement dangereux, insalubre of incommode de administratieve vergunning verleend, en al is in deze zekere beperking niet opgenomen, de nabuur toch nog niet elke „Immission” behoeft te dulden; de eigenaar der inrigting heeft dus maar een *beperkt jus utendi et abutendi*, en voorbij die beperkingen zijn gang gaande, pleegt hij dus geen *misbruik* van zijn regt, maar gedraagt zich *zonder* aanwezig regt tot zijne commissie of omissie. Is daarentegen aan zijne eigendomsuitoefening geenerlei grens gesteld, dan is m. i. het *misbruik* van dat in zijnen aard onbeperkte regt een onding dat zich juridiek niet denken laat. Het Reichsgericht bragt deze m. i. onbestaanbaarheid onder dak bij de goede-zeden-paragraaf 826: 't is een *onzedelijk misbruik* van zijn vaststaand uitsluitend regt op een fabriek- of handelsmerk, zoo men dit gebruikt met het doel om iemand anders te beschadigen. En het Hof deed dit met behulp van een onderzoek naar de *intentie* des daders (waarover aanstonds) ofschoon een beperkt chicaneverbod geen genade had kunnen vinden bij den Rijksdag, omdat

dergelijk onderzoek onafscheidelijk van zulk een verbod zou wezen. Maar dan deugt ook niet de beslissing van het Fransche hof van Cassatie en de doctrine (1) dat de binnen de grenzen zijner vergunning gebleven eigenaar toch voor de schade zijner bureu verantwoordelijk is lorsque le préjudice excède la mesure ordinaire des obligations du voisinage. Vreemd dat men, aldus motiveerende, niet *zelf* de fout zijner beslissing in het oog kreeg. Want schept men (vraag ik) dan niet blijkbaar eene *burenregelmatige verplichting*, eene servitude légale naar fransche regtsconstructie, niet erkend door de artt. 640 seqq. van den Code of den vierden titel des tweeden boeks van ons B. W., dus *niet bestaande*? Gaat men eenmaal dezen weg op, dan levert zelfs het gebruik van eene onbetwiste *contractueele* bevoegdheid geene dekking op tegen dengeen, die in de regtsvordering uit onregtmatige daad het straks besproken kansje ziet. Ik zou iets dergelijks niet geloofd hebben — fiunt jam quae fieri posse negabam — wanneer ik niet ontmoet had een cassatie-arrest opgegeven als van 7 Mei 1902 waarbij, op de vordering van eenen industrieel, tot schadevergoeding is veroordeeld eene spoorweg-maatschappij die *binnen* de daarvoor bedongen termijnen hem wagens ter belading verschaft; evenwel geschiedde dat steeds op den *laatsten* dag en de eischer wist den regter te beduiden dat het uit hatelijkheid (vulgo *treiterzucht*) nooit vroeger plaats had. Merkwaardige aberratie!

En wat is voor mij wel het treffendste, juist met het

(1) Cass. 7 Dec. 1909 *Gaz. d. Trib.* 22 Jan. 1910; Capitant, hoogleeraar te Grenoble, Obligations du voisinage, *Rev. crit.* 1900, blz. 174 en 177 noot 3. Een cassatie-arrest van 3 Jan. 1887 (*Dall. Rec.* 1881, I, 39) constateert zelfs dat bij den eigenaar *geenerlei faute* is bevonden, integendeel hij de bekende middelen tot voorkoming van schade heeft aangewend — en toch wordt hij door de Cour tot schadevergoeding *gehouden* verklaard!

oog op de lex REGOUT, van een zoo merkwaardig arrest? Dit, dat daardoor het gevaar, om van de moraal een *regtspligt* te maken, zoo duidelijk wordt. Immers, wat doet de regter, die door het afkeurenswaardige of sociaal onbehoorlijke van die treiterzucht tot veroordeelen geleid is? Hij werpt zich, *buiten* het uitzonderingsgeval waarin de wetgever geacht zou kunnen worden hem dat opgedragen te hebben (1), op tot het rigten over *drijf-*

(1) Aan mijne uitspraak ga ik eene clausula salvatoria toevoegen: ik doe dat met het oog op de eene of andere welligt aan mijne aandacht ontsnappende wetsbepaling, gelijkend op het oude Pauliana-artikel (1377 B. W.), dat gewaagde van handelingen ondernomen *ter* (intentioneel dus) bedriegelijke verkorting van regten. Dat met de invoering der Faillissementswet deze redactie gewijzigd is en voor de actie thans noodig zijn handelingen met bewezen *wetenschap dat zij* benadeeling der regten van schuldeischers tot *gevolg* zouden hebben, vind ik eene groote verbetering, omdat hier *positieve* eischen gesteld zijn en de wetsletter den regter geenerlei navorsching van de intentie des handelenden opdraagt. Op denzelfden grond — zulk navorschen is altijd uit den booze — heb ik weinig vrede met den eisch, in § 157 en § 242 in het duitsche B. W. gesteld, dat *Treu und Glaube* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte *regtspligt* is, nu het Reichsgericht [naar de aantekening van G. HOFFMANN en acht andere zijner leden op art. 242, in hun verleden jaar te Leipzig verschenen «Das B. G. B. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsg. erläutert»] in dit voorschrift zoowat eene invoering der *exceptio doli generalis* van 't gemeine Recht is gaan zien. 't Wordt dan een «scruter les intentions». — Merkwaardig: een zelfs beperkt *chicane*-verbod (zie de geschiedenis bij ENDEMANN Lehrbuch des b. Rechts I, § 84a noot 4) en ook eene *exc. doli gen.* wilde men niet, de daartoe strekkende voorstellen werden in den Rijksdag *afgestemd* — en toch is de aldus *gesloten* verklaarde deur van het gebouw aan den achterkant weer opengezet door den *Treu-und-Glaubeneisch*, zooals de Rijksdag dien gesteld en de *regtspraak* uitgelegd heeft!

Oordeelt de lezer dit laatste een beetje van verweg bijgehaald, dan zal ik dit niet tegenspreken. Maar ik deed zulks met het oog op de noot blz. 609, gewijd aan de studie van Mr. v. KUIJK en diens ver-



*veeren en intentiën*, in plaats van zijn vonnis te gronden op de hem gebleken *feiten*.

Nog kan ik niet van het schuld-item afstappen. Met Prof. SIMONS in *W.* 9146 moet ik vragen: indien bij de onregmatige daad „schuld” het tooverwoord moet zijn, dient dan niet (in het wetsontwerp of de toelichting, die daarover volstrekt zwijgen) iets te blijken omtrent de beteekenis die men aan het schuldbegrip wil toekennen, eene beteekenis die daar even onzeker en onbepaald is, als zij aan velen zeker en bepaald blijft toeschijnen? Voorzeker is het niet zoo ligt aan dezen eisch te voldoen, getuige hetgeen zeer kort na den Nederlandschen geleerde een Duitsche (Dr. LUCAS in de slotaflevering der *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.* deel 31, p. 549—561) heeft uitgesproken: even onmisbaar als juiste en algemeen aangenomen begripsbepalingen omtrent de schuld zijn, even moeilijk is het daartoe te komen; maar niemand heeft nog aan dien buitengewoon zwaren eisch kunnen voldoen. Mag echter een Minister, als hij van de „schuld” een zoo kapitaal punt van zijn wetsvoorstel maakt, *elke* aanwijzing van zijn standpunt in het probleem achterwege laten? Eene verdere reden om op preciseering van dat standpunt aan te dringen brengt de voor mij nieuwe verklaring van het schuldbegrip in ons art. 1401, die ik haast op het oogenblik der afsluiting van deze studie ontmoet in het opstel van Mr. J. v. KUYK (*Tijdschrift voor Privaatrecht enz.* van Mr. v. D. TUUK e. s. 1911, p. 101—120) over het Onbehoorlijke in het civiele regt „Schuld” zou aldaar wijzen op het onbehoorlijke, wil men op het

---

wijzing tot den eisch van goede trouw: dáárbij past mijne opmerking.

Om een arrest van dezen aard niet volstrekt onbestaanbaar te achten, zou de Code minstens een zoogenaamd Chicaneverbod moeten behelzen, gelijk men in sommige vroegere wetgevingen, b.v. het Pruisische Landregt, wel aantrof.

niet in acht nemen der (door den regter te waardeeren) zorgen van een goed huisvader, waarbij schrijver de waarschuwing voegt om hiervan streng af te scheiden de vraag, wat *onregmatig* in art. 1401 beteekent en of men *dit* mag omschrijven als „onbehoorlijk”, als anders dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den anderen betaamt (1).

De slotsom van dit mijn onderzoek ligt voor de hand en is trouwens al op menige plaats van dat onderzoek

(1) Dat ik dit volstrekt niet beaam blijkt passim uit mijne vorige bladzijden: langs andere wegen dan die der heeren MOLENGRAAFF en REGOUT komt men op hun mooien of socialen maatstaf voor het «onregmatige» uit. Toch vind ik schrijvers beschouwingen uitermate belangwekkend. Voor hem is (*materieel*, niet het formeel „behoorlijke” van b.v. een oproepen in het geding) *behoorlijk* «dat wat goede trouw naar de opvatting van het verkeer medebrengt, dat wat den socialen mensch past» (blz. 104). Waar (zegt hij verder) de behoorlijkheidseisch in de wet voorkomt, heeft dus de regter gelegenheid om te vragen of deze is betracht. Dan houde evenwel (ibid) de regter in het oog dat, terwijl billijkheid — evenals naar blz. 588 van dit opstel — een subjectief begrip is, waarbij de beoordeelaar eenvoudig vraagt, wat *hijzelf* behoorlijk gelieft te achten, behoorlijkheid is een objectief begrip, naar de uitdrukking des schrijvers *geobjectiveerde* billijkheid: o. a. om haar verband met de „goede trouw”. Mr. v. KUYK leidt ons dus zoo ver mogelijk af van 's Hoogen Raads arrest NEEC hierboven blz. 569, hetwelk „behoorlijk” een heel *onzeker* criterium acht.

Een doordringen in deze beschouwingen vergt te veel van mijnen thans aan mijne ambtstaak behoorenden tijd en zou ook veelzins liggen buiten mijn tegenwoordig onderwerp. Slechts ééne opmerking. Schrijver wijst aan hoe uitermate vaak de materiele behoorlijkheidseisch in ons wetboek van 1838 voorkomt: indien zijne verklaring juist is, ontstaat reden om te gaan meenen dat reeds de toenmalige wetgever van „socialen geest” doortrokken was: voorwaar eene verrassende ontdekking! Wat bleef er dan over voor GIERKE om uit te roepen dat als het huidige burgerlijk regt niet *socialer* geliefde te wezen de dagen van zijn bestaan geteld waren? wat van ANTON MENDER'S socialistisch requisitoir tegen dat regt, als zich niet bekommerend over de niet bezittende volksklassen?

onder woorden gebragt: aandachtige beschouwing van haast elk onderdeel der lex REGOUT brengt gevaar voor de burgerlijke regtszekerheid aan het licht.

Eer ik daaromtrent mijn laatste woord spreek iets omtrent de afwijzing der casuïstiek, die de Minister in zijne toelichting uitspreekt.

Is Z.Exc. daarvan geen vriend, omdat in bijna elke stoffe van wetgeving het mogelijk is een paar casuspositiën, zelfs casus dables, te bedenken die bepaald aanstootelijk zijn? Dat moet onmiddellijk worden toegegeven, en toch ware salvo meliori deze grond van afwijzing weinig logisch. Want de reden, waarom men zich stoot aan de regtspraak van den H. R. omtrent onregtmatige daad, is juist dat door zijn stelsel een aan velen, daaronder mijzelf, weinig sympathiek gedrag van dezen of genen af en toe heeft moeten blijven buiten bereik van gehoudenheid tot schadevergoeding: casuïstiek, hangen aan enkele van die gevallen, met voorbijzien van de maatschappelijke veiligheid doorgaans door 's Raads jurisprudentie verzekerd, is de drijfveer van het delenda Carthago zijner opvatting.

Nu wil ook ik eens *casuïstisch*, slechts op wat ruimere schaal te werk gaan door te onderzoeken, wat de praktijk der verruiming van het begrip „onregtmatige daad” zegge de regtspraak op dien grondslag, elders te weeg heeft gebragt. Ik wend mij met behulp van de straks aangehaalde Erläuterung de tot regtspraak op § 826 [Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet] van het Deutsche wetboek, en die „casuïstiek” brengt m. i. aan het licht dat *als regel* die verruiming noodlottig wordt voor de algemeene regtszekerheid. Men oordeele.

Naar die regtspraak is het *niet* onzedelijk zich te bedienen van wettelijk bedreigde nietigheden, materieel of van vorm; consequent echter is die regtspraak maar half, wanneer zij het gebruik van iemands bloote *dwaling* tot diens schade onzedelijk oordeelt, daar een vormfout wel in den regel uit *dwaling* zal voortkomen en het dan inroepen van nietigheid gewis eene *benadeeling* van den zondaar is. Diezelfde regtspraak beperkt allerzonderlingst de toepassing van den regel „qui jure suo utitur nemini facit injuriam” bij de exploitatie van een wettig verkregen handelsmerk: want doet men dat met booze bedoelingen jegens een bepaalden persoon, dan wordt zulk doen onzedelijk (immers dat geldt reeds als Vorsatz). Wie een bordeel opzet en wel beseft dat dit op buurmans huis deprecieerend werkt, is krachtens § 826 aan dien buurman vergoeding schuldig, want hij heeft *ten aanzien van dezen* gehandeld in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise. Maar als een middenstander met niet ver te zoeken bedoelingen opzigtens zijne schulden zijne zaak overbrengt op den naam van zijne vrouw, feitelijk echter aan het hoofd daarvan blijft doch formeel optreedt als gratis assistent der gemalin, dan komt dit gescharrel *niet* te na aan „goede zeden”. Wanneer wie ook, in dienst van eenen ondernemer — naar de begripsbepaling van het arbeidscontract alzoo diens „arbeider” — *ten gevolge* dier dienstbetrekking bekend wordt met de fabrieks- en handelsgeheimen desgeren „wiens brood hij eet”, dan zal merkwaardigerwijs het gebruik dier (zou ik zoo meenen *vertrouwens-*) wetenschap tot eigen of andermans voordeel *niet* zijn strijdig met „de „wijs, waarop een zedelijk en eerlijk man zich jegens dien „medeburger gedraagt”. Met ééne uitzondering: *uitdrukkelijk beding* om dat niet te doen. De uitzondering lijkt mij al even vreemd in eene regtspraak die, (even

als Mr. REGOUT wil) contractschennis principieel *niet* onzedelijk oordeelt; immers wat is de overtreding van dat beding anders dan een *contractbreuk*? Dat bovendien het houden van dergelijke breuk *buiten* den kring der „onregtmatigheden” mij voorkomt weinig te strooken met het goede-zeden begrip van het ontwerp merkte ik al op. Doch gaan wij het terrein verder op, dáár waar de problemen van den hedendaagschen loonstrijd dit doen branden onder onze voeten. Volgens het Reichsgericht zijn strijdmiddelen als staking, uitsluiting, boycot van den ondernemer, toepassing van de bekende „besmettingsleer” of leggen van een interdict op zijne zaak principieel *niet* in strijd met de goede zeden. Ik erken het gevaarlijke eener tegenovergestelde regtspraak en zal dus *practisch* mij aan deze zienswijs van het Reichsgericht niet stooten; maar hoe men, mir nichts dir nichts, dergelijke gedragingen stelt *buiten* den eisch dat zij strooken met een behoorlijk gedrag jegens den medeburger ontgaat mij. Het Reichsgericht duldt zelfs de intimidatie van den werkwillige, bij ons toelaatbaar verklaard niet door eenen wilden anarchist maar door den oud-hoogleraar Mr. B. H. PEKELHARING (1), nog wel met

(1) Gewis is dit goedpraten van brutaal geweld eene *hoogst* aanstootelijke toepassing van de befaamde leer, dat het doel de middelen heiligt. Vrage echter of welbezien niet menig voorschrift van «sociale wetgeving» die leer eveneens toepast — alleen wat minder opvallend. Een paar voorbeelden: *a.* De wetgever oordeelt van sociaal belang dat volwassen mannen niet langer dan stel 10 uur arbeiden. Wie is *primair* de zondaar bij langeren arbeid? ontegenzeggelijk de langer werkende. . . . . maar belooft *deze* eenige straf? Neen: hem pakt de wetgever *niet* aan, ja durft dat niet, o.a. om het odium dat die werker eene principieel niet misplaatste beschikking heeft uitgeoefend over hetgeen höchstpersönlich het zijne is, *eigen werkkraacht*. Haast jezuitisch ontwijkt nu de wetgever, ten koste der justice distributive, dat odium door 's mans werkgever, hoogstens *mededader* van eene strafbare contractsluiting, opteleggen

het weinig ethische argument dat alleen dan eene staking slagen kan. Heel naauw trouwens met de ethiek neemt de hier ontvouwde jurisprudentie het niet, daar zij uitdrukkelijk verklaart dat voor de beoordeeling van het geval de bewuste en beoogde beschadiging der tegenpartij *niet* in aanmerking komt. Alleen mag die tegenpartij niet geheel naakt worden uitgeschud, wel *tot op* maar niet *met* het hemd: de zaak van den aangevallen werkgever mag niet *volkomen* vernietigd worden en den uitgesloten werklieden niet *alle* gelegenheid tot arbeiden ontnomen. Wederom verklaar ik èn deze regelen èn hare uitzonderingen, onder het licht van de goede zeden *als regtspligt*, voor mij ondoorgrondelijk. Genoeg m. i. om met den minister te meenen dat we het niet moeten hebben van de casuïstiek, doch in eenen *gansch anderen* zin: in dezen namelijk dat met eene verruiming van het huidige art. 1401 — en is de Duitsche paragraaf iets anders dan zulk een verruimd 1401? — aan den norm van beoordeeling, welk doen of laten wel „onregtmatig” zal wezen, alle vastheid ontzinkt. En is, in naam bovenal van de „goede zeden”, sociale of niet sociale, die norm van zijne vastheid beroofd, dan vinden subjectieve op-

---

de *zorg* dat niet aldus gecontracteerd worde; hij fabriceert eene *eenzijdig* strafbare handeling en stelt de schreeuwendste regtsongelijkheid in dienst van zijn sociale doel. -- Haast nòg krasser gaat de wetgever te werk bij *b.* het decreteeren van vervroegde winkelsluiting, in naam van het sociale doel om bedienden korter in dienst te doen houden. Om dat te bereiken wordt vooreerst *alleen de patroon* aangepakt en bovendien hem belet om *zelf* latere klanten te bedienen, al ware dit nog zoozeer zijn belang. Zoo worden brutaal weg *allerergelijkste* middelen toegepast voor 's wetgevers heilige doel. En heeft zijn middel — de in beide gevallen op den patroon toegepaste straf — geen sprekende gelijkenis met het pak slaag den werkwillige toegediend, al «prügelt» in het laatste geval de staker en in het eerste de overheid?

vattingen, gevoelsregtspraak, het *lis est alea* opgevoerd tot de tweede magt, en al wat verder van dien aard in de vorige bladzijden ter sprake is gebragt de deur *wagenwijd* opengezet voor het groote euvel van regtsonzekerheid binnen onze landpalen.

Het *groote euvel!*

Dat regtsonzekerheid een euvel en een *heel groot* euvel is schijnt tegenwoordig eene langzamerhand verzwakkende overtuiging. Toen op 28 October 1889 Mr. H. L. DRUCKER, den leerstoel voor Romeinsch regt te Leiden aanvaardend als eene niet verwerpelijke mogelijkheid van regtsonwikkeling had verkondigd dat vernietigbaar moet zijn elk contract waarbij, naar 's regters vrije overweging van alle omstandigheden, de eene partij misbruik maakte van de zwakheid der andere, en ik met voorbeelden op elk gebied had aangewezen welk eene haast grenzenlooze regtsonzekerheid dan ontstaan moest, toen ondernam de hooggeschatte spreker, een paar jaren later op mijne kritiek terugkomend, geenerlei weerlegging van dat *betoog*, maar meende te kunnen volstaan met de vraag, *of op de regtsezekerheid alles aankomt?* Blijkens die vraag gold die zekerheid den vrager niet meer als een maatschappelijk belang van den *allereersten* rang: voor andere belangen kan zij wijken. Kan de vermindering van het besef, met hoeveel moeite in den loop van vele eeuwen de regtsezekerheid veroverd is, duidelijker aan het licht komen dan door de zooeven (blz. 612) vermelde goedprating van het geweld tegen werkwilligen? Want dat is *het vuistregt*, dat is opeisching, als aan het einde der negentiende eeuw niet misplaatst, van het naakte regt des sterksten der oermenschheid. Hebben niet mannen als Mrs. G. WITTEWAALEN R. A. FOCKEMA zich moeten aangorden tegen het verwikken onzer codificatie, ontwijfelbaar ten *schade* der regtsezekerheid, tegen de veldwinnende wetsmin-

achting en tegen eene moderne (1) praetuur ad *corrigendum* jus civile, ofschoon art. 11 A. B. van de magistratuur, die zich onder eede tot servi legum stelt, haar tegendeel eischt? Wel hebben wij het hier nog zóó kras niet beleefd als in Duitschland, waar de regter wordt opgeroepen om, met brutaal misbruik van de boven besproken § 157 D. B. G., alle wetbepalingen omtrent contractregt te door-  
 klieven en op te ruimen als met een vlammend engelen-  
 zwaard van soziologische Jurisprudenz en om, sterk door  
 zijn waarheidsgevoel, eerst in de tweede plaats op hin-  
 derlijke wetsparagrafen te letten (2) — maar het feit, dat  
 zulke propaganda zich kan voordoen en die onze *praeter*-  
*legem*-mannen veeleer aantrekt dan afstoot, is voor het  
 hooghouden der regtszekerheid een veeg teeken. Of steekt  
 bij geval voor die zekerheid *geen* gevaar in het veldwinnen  
 van dit streven? Of al evenmin in de verkondiging, ook  
 door anderen dan volbloed-socialisten, van een pretens  
*stakingsregt*, dat wil zeggen van de eenzijdige bevoegdheid

(1) *Moderne*: want ieder, die maar een tintje Romeinsche regts-  
 geschiedenis beet heeft, weet dat hetgeen onze praetuurmannen  
 najagen slechts heel in de verte lijkt op de corrigeerende regtsvorming  
 door den Praetor.

(2) Aldus de Stuttgarter advocaat FUCHS, met vele anderen  
 ijveraar voor «richtiges Recht». Ofschoon door gezaghebbende  
 mannen als MITTEIS en den Reichsgerichtsrath DÜRINGER onder  
 handen genomen, oordeelt hij zich b.v. door Prof. DANZ ruimschoots  
 gesteund en volstrekt niet op schetteren betrappt: integendeel blaast  
 hij nog een toontje hooger op de trompet. Men zie over dit alles  
*D. Jur. Z.* 4 Maart 1910, p. 203; 15 Apr. 1911, p. 565 en 580 en  
 vooral DÜRINGER's keurige brochure: *Richter und Rechtsprechung*,  
 Leipzig 1909. Laatstelijk (*D. Jurz.* 1911, blz. 1014: *Gesetz und*  
*Richter*) heeft de Stettiner raadsheer K. SCHARTEN — in naam der  
 anders volstrekt ongewaarborgde regtszekerheid, ofschoon *allereerste*  
 behoefte van het maatschappelijk leven — de gansche deutsche  
 magistratuur opgeroepen om toch «unbeugsam» vast te houden aan  
*de wet*.



om *binnen* den termijn, waarvoor men zich tot arbeiden heeft verbonden, deze verbindtenis naar willekeur te verbreken? Let, in verband hiermeê, dan op de thans in Frankrijk haast normale *amnestiën* voor alle veroordeelingen ter zake van wederregtelijke staking, ondernomen met vol orkest van het ruwste verzet tegen het gezag, geweldpleging tegen personen en eigendommen tot gruweldaden toe, — en betwijfel dan nog of het besef, dat regtszekerheid onmisbaar is, *achteruit* gaat. Op een bepaald gebied is sinds de laatste tientallen van jaren in Engeland iets tegenovergestelds wakker geworden; te weten het besef dat de veelheid van geregten met haast een warwinkel van competentien en attributen niet precies gunstig is voor *die* regtszekerheid, welke steekt in de mogelijkheid om betrekkelijk spoedig een proces uitgewezen te krijgen, en men heeft het dáár tot eene ingrijpende hervorming van dien warwinkel gebragt door *zamentrekking* der geregten. Maar zie: in datzelfde tijdperk hebben de Duitschers (veel meer dan de Engelschen geliefde voormannen voor den Nederlander: getuige b.v. onze Ongevallenjudicatuur) *versplintering* in plaats van zamentrekking der regtsmagt ingevoerd door het scheppen van allerlei Sondergerichte. Genoeg dunkt mij om aan te toonen, dat ik niet zonder grond een kennelijken *teruggang* waartenemen acht in het besef, hoe *onmisbaar* regtszekerheid is. Welnu: dat de *lex REGOUR* die zekerheid ten onzent *grootelijks verzwakt* meen ik te hebben aangetoond.

Regtszekerheid, waarom bedenkt het tegenwoordig geslacht niet beter hoe *ONSCHATBAAR* haar bezit is? (1)

(1) Verlangt men haar *primeerend* belang overtuigend gestaafd door meer gezaghebbenden dan ik, dan vind men die behoefte bevredigd door twee overledenen nog van onzen tijd, die zich beroemd hebben gemaakt door het nagaan der maatschappelijke ontwikkeling: de een meer historisch, de ander meer dogmatisch.

Omdat wij, o fortunatos nimium sua si bona norint, aan dat bezit zijn *verwend*: ten haren aanzien zijn we sinds betrekkelijk lang „kinderen van weelde”. Doch wanneer onze gedachten de ladder der historie afdalen, dan bespeuren zij dat dit „lang” nog nog maar zéér betrekkelijk is, en vooral dat eeuwen en *vele* eeuwen noodig zijn geweest om duurzame regtszekerheid in de maatschappij te *verwerven*. Als het wetsvoorstel REGOUT mogt worden aangenomen, dan zou dit naar mijne innige overtuiging een bewijs zijn dat de verzuchting van den ouden poet, zooeven in herinnering gebracht, van toepassing zou wezen op mijn vaderland: de Nederlanders beseffen helaas niet meer, hoe kostbaar hunne regtszekerheid is (1).

---

De eerstbedoeld is WILH. ROSCHER in zijne Grundlinien der Nationalekonomik I b.v. § 91 naar de uitgaaf van 1871; de ander ALB. SCHÄFFLE in zijn Bau und Leben des soz. Körpers I, blz. 506 sqq. Zijne wat breede uiteenzetting aldaar heeft hij in 1894 samengevat in de heldere blz. 22—46 van de Deutsche Kern- und Zeitfragen. Het *onzeker* wordende regt moet ook, met beroep o.a. op Lord Bacon's gezag, behandeld zijn in een 1902 te Munchen verschenen geschrift «Treu und Glauben» van den straks genoemden Stettiner raadsheer, maar dit is mij niet ter hand.

(1) Dit slotwoord ten aanzien van het wetsontwerp is een weerslag op hetgeen ik verleden jaar toevoegde aan mijne bijdrage tot den bundel, bij gelegenheid van het eeuwfeest van mijn oude pleitgezelschap bijeengebracht door zijne oude leden. Toen had ik daarvoor een regtshistorischen blik op de regtszekerheid, hare verwerving en de gevaren die haar bedreigen willen geven. Maar dit terrein bleek alras véél te groot, om dat maar eenigszins naar eisch te doorvorschcn in den daarvoor beschikbaren tijd. Het spreekt wel vanzelf dat het betrekkelijk weinige, toen voor dat doel opgeteekend, nog véél te groot is om toegevoegd te worden aan het tegenwoordige opstel: maar de twee laatste bladzijden ontleenen aan het toen verzamelde eenen vrij breeden grondslag.

*Schets van het Nederlandsch Burgerlijk  
Recht*, door Mr. J. D. VEEGENS, voort-  
gezet door Mr. A. S. OPPENHEIM. -- Derde  
deel, Afl. I. — *Verbintenissen Algemeen  
gedeelte*. — Haarlem, H. D. TJEENK  
WILLINK EN ZOON, 1911.

Het is met een gevoel van grooten weemoed, dat men deze aflevering in handen neemt. Weemoed, wijl het den man, wiens naam aan dezen jongsten commentaar is verbonden, niet vergund is geworden zijn systematisch aangevangen en voortgezette arbeid ten einde te brengen, daar de onverbiddelijke dood hem, toen hij nog slechts halverwege was gekomen, de pen deed nederleggen.

Hoeveel ook op dit gebied nog van Mr. VEEGENS mocht worden verwacht, blijkt wel het best uit de onder zijn nagelaten papieren gevonden, door zijn opvolger in haar geheel overgenomen bewerking der eerste twee titels van het derde boek B. W. In deze hoofdstukken vindt men dezelfde korte en kernachtige wijze van uitdrukking, dezelfde helderheid terug, welke in de beide eerste deelen zoo trof. Ook hier weder de zucht om vóór alles duidelijk te zijn en niet door lange betoogen de aandacht van de hoofdzaak af te leiden. In opzet en wijze van behandeling is ook thans geen noemenswaardige wijziging gebracht. Zooveel mogelijk bleef de indeeling van het Wetboek gevolgd en werd zoo weinig mogelijk veranderd in de door den wetgever gegeven begripsomschrijvingen. Kwamen deze den schrijver minder juist voor, dan aarzelde hij echter niet er betere voor in de plaats te stellen. Zoo wordt het begrip overeenkomst gedefinieerd als: de overeenstemming van twee of meer personen, door wils-

verklaring van weerskanten verkregen om zich jegens elkander te verbinden; de oorzaak als: het aan de overeenkomst eigen karakter of de rechtskundige figuur, die de overeenkomst vertoont; enz.

Evenals vroeger zijn ook thans de zich bij de verschillende artikelen voordoende rechtsvragen meer aangestipt dan uitgewerkt; in tegenstelling met de beide vorige deelen is hier echter nagenoeg overal schrijvers eigen gevoelen met eene korte opgave van redenen medegedeeld. Zoo leert Mr. VEEGENS dat, behalve in de artt. 1803 en 1828, onze wet geen voorbeelden van natuurlijke verbintenissen bevat; dat de regeling van het risico in art. 1273 in het algemeen slechts voor eenzijdige en niet voor wederkerige overeenkomsten geldt; dat het niet geoorloofd is reeds vooraf interest van nog niet vervallen interest te bedingen; dat ook de onmogelijke, onzedelijke of bij de wet verboden *ontbindende* voorwaarde de overeenkomst van onwaarde doet zijn; dat ook voor de enkele vordering tot ontbinding eener overeenkomst, zonder schadevergoeding, de schuldenaar in gebreke moet worden gesteld; dat de rechtspraak ten onrechte de *exceptio non adimpleti contractus* verwerpt; dat het deels vorderen van nakoming (voor het verleden), deels van ontbinding (voor de toekomst) eener overeenkomst door de wet niet wordt toegestaan en dat eene verbintenis met een tijdsbepaling als verbintenis moet worden aangemerkt, zelfs zoolang de bepaalde tijd nog niet verschenen is. Bij art. 1349 wordt een tusschenleer verdedigd, het midden houdende tusschen de wils- en de vertrouwenstheorie. Als regel wordt voorgegesteld, dat er voor eene overeenkomst overeenstemming moet bestaan tusschen de wilsverklaringen van partijen. Intusschen kunnen deze verklaringen onduidelijk zijn, zoodat moet worden nagegaan wat de partijen, die haar deden, werkelijk hebben gewild. Hierbij kan alleen

de wilsverklaring als richtsnoer dienen. Iedere partij heeft zich dus uitsluitend aan de wilsuiting harer tegenpartij te houden; geeft de haar gedane verklaring haar gegronde reden om er op te vertrouwen, dan kan zij daar veilig op ingaan. Ten slotte vereenigt Mr. VEEGENS zich met de leer, dat voor het tot stand komen eener overeenkomst het gelijktijdig naast elkander bestaan van twee overeenstemmendewilsverklaringen niet voldoende is, daar degene, die het voorstel gedaan heeft, ook met de aanneming daarvan in kennis moet zijn gesteld.

Vermeld zij nog, dat de door groote duidelijkheid uitmuntende bladzijden, gewijd aan de begrippen hoofdelijkheid, deelbaarheid, dwaling en oorzaak, tot de best geschrevene van deze aflevering zijn te rekenen.

Aan Mr. A. S. OPPENHEIM viel de eervolle opdracht ten deel het werk van Mr. VEEGENS voort te zetten. Dat deze taak den jeugdigen schrijver geen geringe eischen stelt, wordt door hem zelf in een voorwoord erkend. Mocht aan den eenen kant van hem worden verwacht, dat hij het boek in denzelfden trant zou voortzetten, aan den anderen kant behoefde hij zijne zelfstandigheid niet prijs te geven en geen meeningen te onderschrijven, welke van de zijne afwijken. Vandaar dat de eerste twee hoofdstukken hier en daar tusschen haakjes geplaatste opmerkingen bevatten, geteekend met een O., waarin het door Mr. VEEGENS medegedeelde deels wordt bestreden, deels aangevuld.

Gelukkig heeft Mr. OPPENHEIM van deze hem toekomende bevoegdheid slechts een spaarzaam gebruik gemaakt. Ook de verbintenis uit spel en weddenschap en de verplichting tot het betalen van niet bedongen interessen b.v. verwerpt hij als voorbeelden eener natuurlijke verbintenis. Evenmin is hij het eens met de opvatting, dat voor de vordering tot nakoming eener verbintenis,

voor welke uitvoering geen tijd bepaald is of slechts een tijd, vóór welken de uitvoering niet kan worden gevorderd, steeds eene aanmaning noodig zou zijn. Liever dan strijd tusschen de artt. 1285 en 1345 aan te nemen meent Mr. OPPENHEIM, dat laatstgenoemde bepaling eene uitzondering op eerstgenoemd voorschrift behelst. In tegenstelling met Mr. VEEGENS kent hij aan de woorden „hypothecaire schuld” in art. 1336 voorts de beteekenis toe van „recht van hypotheek”, zoodat, daar dit recht altijd ondeelbaar is, art. 1336 no. 1 z. i. geen waarde heeft. Vat Mr. VEEGENS in art. 1354 de uitdrukking „bedingen” in den ruimeren zin op, zoodat het ook de verbintenis van den schuldenaar omvat, Mr. OPPENHEIM doet met den Hoogen Raad de bepaling alleen slaan op rechten, die men voor zich bedingt, en dus niet op verplichtingen, waartoe men zich verbindt.

Geheel van Mr. OPPENHEIM's hand zijn de aan dit deel voorafgaande Inleiding en de hoofdstukken, handelende over de verbintenissen uit kracht der wet en het tenietgaan van verbintenissen. Over het algemeen is schrijver er goed in geslaagd zich de beknopte wijze van werken van zijn voorganger eigen te maken. Slechts hier en daar is de lust tot polemiseeren en om hem onjuist voorkomende jurisprudentie wat uitvoeriger te bestrijden hem blijkbaar te sterk geworden. Zoo verklaart hij niet te begrijpen, waarom zaakwaarneming niet mogelijk zou zijn zelfs tegen den wil van den belanghebbende, en acht hij dwaling bij hem, die eene onverschuldigde betaling deed, geen noodzakelijk vereischte voor de ontvankelijkheid der *condictio indebiti*. Evenmin kan hij zich vereenigen met de leer, dat ook de rechtsvordering tot betering van het nadeel, in eer en goeden naam geleden, in geld kan worden omgezet en dat, indien bij kwijtschelding de bedoeling voorzit om te schenken,

zij in wezen niet van eene schenking verschilt.

In den regel volstaat intusschen ook deze schrijver met eene korte aanduiding der zich voordoende rechtsvragen en der oplossing, welke hem zelf de juiste voorkomt. Aan het omvangrijke onderwerp b.v. der verbintenissen uit onrechtmatige daad zijn niet meer dan negen bladzijden gewijd. Toch vindt Mr. OPPENHEIM hierin gelegenheid de voornaamste dubia ter sprake te brengen en zelfs bij het in het begin dezes jaars ingediend wetsontwerp een oogenblik stil te staan. Met den inhoud van dit Ontwerp verklaart hij zich echter niet bijzonder ingenomen. Z. i. is de omschrijving van het begrip onrechtmatige daad als handeling, die met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader strijdt, te vaag en zoo ruim, dat de wetgever hier inderdaad van zijn stoel opstaat en dezen den rechter aanbiedt. Ook wordt de meening verdedigd, dat bij het bepalen der wegens onrechtmatige daad te vergoeden schade de medeschuld aan zijde der benadeelde partij invloed op de uitspraak behoort te hebben. In het enkele feit van acceptatie van een wisselbrief vermag Mr. OPPENHEIM geen schuldvernieuwing te zien en de bepaling, dat schuldvergelijking van rechtswege plaats heeft, vat hij in letterlijken zin op.

M. i. doet de geheele bewerking dezer aflevering verwachten, dat de voortzetting van het werk in goede handen is en dat, wanneer de schrijver op den thans ingeslagen weg voortgaat, eene spoedige en voorspoedige beëindiging van den commentaar mag worden tegemoet gezien (1).

's-Gravenhage, Augustus 1911.

RH. FEITH.

(1) Met het oog op een mogelijk nieuwen druk van het werk wordt de aandacht van den uitgever nog gevestigd op een paar zinstorende drukfouten, in deze aflevering voorkomende. Op blz. 62 regel 16 v. o. staat *hem* voor *hen*, op blz. 69 regel 3 v. b. is het woord *niet* uitgevallen en op blz. 114 regel 4 v. o. staat *dingen* voor *bedingen*.

**De statistiek van het Rijkstucht- en-opvoedings-  
wezen over 1909.**

In het aantal der tuchtcholen en der opvoedingsgestichten is geen verandering gekomen.

De reeds eenige jaren geleden besloten verplaatsing van de tuchtchool voor meisjes van Zeist naar het oude gebouw te Montfoort, waar het Rijksopvoedingsgesticht voor meisjes gevestigd was, is thans geschied; de lokaliteiten te Zeist zijn na eenige verbouwing thans ingenomen door de verpleegden van Montfoort en ingericht voor 80, Montfoort voor 32 meisjes.

De 4 *tuchtcholen* voor jongens zijn ingericht voor 232 en de 3 *opvoedingsgestichten* voor 652 jongens (Staat I.)

Het aantal personen werkzaam in de *tuchtcholen* bleef 83 bedragen en in de *opvoedingsgestichten* 141, evenveel als in het jaar 1908. (Staat II.)

In de *tuchtcholen* werden in 1909 *nieuw opgenomen*: 457 *jongens* (30 *meer* dan in het voorafgaande jaar) van wie 405 (20 *meer*) schuldig verklaard aan eenig strafbaar feit en 52 (10 *meer*) op verzoek van ouders of voogden; 34 *meisjes* (4 *minder* dan in 1908), van wie 17 (5 *minder*) schuldig verklaard en 17 (1 *meer*) op bevel van den burgerlijken rechter.

Op 31 December 1909 waren deze scholen bevolkt door 199 *jongens* (waaronder gerekend zijn 1 te Ginneken en 1 te Velsen door ziekte tijdelijk buiten het gesticht vertoevende) n.l. te Ginneken 50, zijnde twee *meer* dan op gelijken datum in 1908; te Haren 40, tien *meer*; te Nijmegen 45,



zeven *meer*; te Velzen 64, vijftien *meer*; te Montfoort 27 *meisjes*, zeven *meer*, uitmakende in het geheel 34 jongens en 7 *meisjes meer*.

De scholen werden voor goed verlaten door 422 jongens en 27 *meisjes*.

In de *opvoedingsgestichten* werden *nieuw opgenomen*: uit de vrije maatschappij 129 *jongens* en 17 *meisjes*, 9 jongens *meer* en 5 *meisjes minder* dan in 1908; uit een particulier gesticht of gezin 48 *jongens* en 15 *meisjes*, 23 jongens en 7 *meisjes meer*.

Op 31 December 1909 bevonden zich 616 *jongens* en 57 *meisjes* in de gestichten, daaronder gerekend zij, die wegens ziekte tijdelijk buiten het gesticht verblijf hielden.

De gestichten werden *verlaten* door 175 *jongens* en 37 *meisjes*. Van dezen waren er *definitief ontslagen* 46 *jongens*, van wie 7 vervroegd *onvoorwaardelijk* en 8 *meisjes*; *voorwaardelijk* ontslagen 34 *jongens* en 2 *meisjes*; overgeplaatst naar een particulier gesticht of gezin 46 *jongens* en 27 *meisjes*; tijdelijk 49 *jongens* (evacuatie, ontvluchting enz.). Uit Alkmaar werden bovendien 90 jongens (in den staat III worden zij gerekend onder het totaal van degenen, die het gesticht verlieten) verplaatst: naar Doetinchem 57 en naar Avereest 33. Er overleden 2 jongens te Avereest en 1 te Alkmaar.

Werd in 1908 voor het eerst een *voorwaardelijk ontslag* ingetrokken en wel van één *meisje*, in 1909 geschiedde dit ten opzichte van één *jongen*. Dit is een gunstig resultaat nl. 1 op de 36.

De totale bevolking, die in den loop van het jaar aanwezig is geweest (Staat IV), bedroeg voor de *tuchtscholen* 622 *jongens* en 54 *meisjes* en voor de *opvoedingsgestichten* 734 *jongens* (in den staat worden de uit Alkmaar verplaatste jongens dubbel geteld) en 94 *meisjes*.

Het *gemiddelde* aantal der bevolking en der verblijfdagen is hooger dan in het voorafgaande jaar. Blijkens de Inleiding, bewerkt als gewoonlijk door Mr. LASONDER, is de totale bevolking der *tuchtscholen* toegenomen met 9 pCt. (in 1908 met 13 pCt.), die der *opvoedingsgestichten* met 7 pCt. (in 1908 eene vermindering met 2,5 pCt.); de vermeerdering der verblijfdagen was voor de *tuchtscholen* 23 pCt. en voor de *opvoedingsgestichten* 6 pCt.

Van de bewoners der *tuchtscholen* gedurende 1909 behoorden 268 jongens en 30 meisjes tot de Nederduitsch Hervormden, 277 jongens en 17 meisjes tot de Roomsche Katholieken, 43 jongens en 4 meisjes tot de Gereformeerden en 11 jongens tot de Israëlieten (Staat V).

In de *opvoedingsgestichten* waren van de jongens 356 en van de meisjes 58 Nederduitsch Hervormd, 393 en 31 Katholiek, 19 en 3 Gereformeerd en 22 jongens Israëliet. Evenals vorige jaren bevond er zich in de *tuchtscholen* en *opvoedingsgestichten* geen enkel Israëlietisch meisje.

Klassikaal *onderwijs* (Staat VI) werd van de 622 in de *tuchtscholen* aanwezig geweest zijnde *jongens* ontvangen door 421, van de 54 aanwezig geweest zijnde *meisjes* door 48. Uitsluitend hoofdelijk onderwijs werd gegeven aan 196 jongens en 6 meisjes. Slechts vijf jongens ontvingen wegens te kort verblijf of wegens ziekte geen onderwijs.

Het gedrag bij het onderwijs was van 41 jongens slecht. Ook dit jaar was evenals de beide vorige jaren van geen van de meisjes, zoowel in de *tuchtscholen* als in de *opvoedingsgestichten*, het gedrag bij het onderwijs slecht.

Van de 824 *jongens* in de *opvoedingsgestichten* ontvingen slechts 15 te Alkmaar uitsluitend hoofdelijk onderwijs, van wie 10 zoogenaamde tuchtelozen, dat zijn zij, die

in de derde afdeeling zijn opgenomen en wegens wangedrag uit de andere Rijksopvoedingsgestichten naar Alkmaar overgeplaatst.

Van de 94 *meisjes* genoten 85 klassikaal en 9 hoofdelijk onderwijs. Deze laatsten vormden de eerste (observatie) afdeeling.

Intusschen wordt aan de achterlijken naast het gewone klassikaal ook nog hoofdelijk onderwijs gegeven.

Bij het onderwijs was van 10 *jongens* te Alkmaar en van 21 te Doetinchem het gedrag slecht.

Godsdienstonderwijs werd aan allen gegeven, behalve aan 24 wegens te kort verblijf.

Van de bevolking der *opvoedingsgestichten* hebben 765 (83 pCt. gelijk percentage als in het jaar 1908) deelgenomen aan het vakonderwijs en den instructieven arbeid (Staat VIIa). Voor Alkmaar was dat percentage 79, wederom hooger dan dat in het vorige jaar (75). Toch is dit percentage uit den aard der zaak wegens de bijzondere bestemming van het gesticht, veel lager dan dat van de overige gestichten, daar het voor Doetinchem 99,6 en voor Zeist 93 bedroeg. De jongens te Avereest beneden de 14 jaar, het waren er 81, ontvangen nog uitsluitend schoolonderwijs.

Bij dit vakonderwijs was, volgens de in de Inleiding voorkomende opgave, het gedrag van 68 pCt. goed, van 23 pCt. redelijk en van 9 pCt. slecht.

Bij ontslag was de mate van ontwikkeling in het onderwezen vak van 45 pCt. goed, van 39 pCt. redelijk en van 16 pCt. slecht.

Ook thans loopen de percentages van de uitkomsten van het onderwijs ten opzichte van de gestichten zeer uiteen, wat aan verschillende oorzaken als aan korter verblijf, aan den aard der bevolking enz., moet worden toegeschreven.

Door de verpleegden in de *tuchtscholen* (Staat VIIb) wordt ontwikkelende handarbeid verricht buiten het schoolonderwijs. Het aantal werkuren per verblijfdag in de gezamenlijke gestichten is wederom gestegen.

Aangaande de opgaven omtrent het gedrag der bevolking (1) (Staat VIII) wordt er in de Inleiding opnieuw op gewezen, dat de opvattingen omtrent hetgeen al dan niet in den staat moet worden opgenomen, blijven uiteenloopen, ofschoon enkelen der grootste uitersten in de opgaven zijn weggenomen.

Voor al bestaat er verschil van inzicht over het karakter van straffen, of zij als huishoudelijke of als opvoedingsmaatregelen moeten beschouwd worden.

Ook in de uitvoering der straffen blijft er verschil bestaan, waaruit blijkt, dat men zeer terecht aan de directeuren eenige vrijheid van opvatting laat. Zoo wordt in sommige gestichten de cachotstraf meestal in verscherpten vorm toegepast door matras en deken te onthouden enz. Zoo wordt te Ginneken de straf van water en brood als disciplinaire straf veel meer toegepast dan in één der overige gestichten.

Voorwaardelijk werden in de *tuchtscholen* 18 straffen uitgesproken tegen 30 in 1908. In 6 gevallen werd aan de opgelegde verplichtingen niet voldaan.

In de *Rijksopvoedingsgestichten* bedroeg het aantal der voorwaardelijk uitgesproken straffen 36, waarvan 13 in Alkmaar. In 6 gevallen, die zich allen voordeden te Alkmaar, werd de opgelegde verplichting niet volvoerd.

Slechts tweemaal te Ginneken en eenmaal te Nijmegen werd de straf van sluiting in hand- en voetboeien opgelegd, en wel in het eerstgenoemde gesticht voor enkele uren aan jongens, die in het cachot opgesloten zich schuldig maakten aan vernieling en rustverstoring en

(1) Zie *Themis* 1911, bl. 182.

in het laatstgenoemde aan één jongen, eveneens wegens vernieling in zijn cachot.

Uit de tuchtscholen ontsnapten 1 jongen uit Ginneken en 2 uit Velsen, van wie slechts 1 uit Velsen werd teruggebracht. Uit de opvoedingsgestichten ontvluchtten 3 uit Alkmaar en 10 uit Doetinchem, waarvan respectievelijk 2 en 8 werden achterhaald.

Nog ontsnapten uit Ginneken 3 en uit Alkmaar 12 jongens, die allen binnen 24 uur in het gesticht terug waren, hetgeen slechts beschouwd wordt als „poging tot ontvluchting”.

Misdrijf of overtreding werd er, evenals in het voorafgaande jaar, in de Rijksopvoedingsgestichten of in de tuchtscholen niet gepleegd.

Aan geldelijke belooning voor den arbeid werd in de *tuchtscholen* voor *jongens* uitbetaald een bedrag van f 922,97<sup>s</sup> en voor *meisjes* f 111,95<sup>s</sup>, hetgeen uitkomt per arbeidsdag op 2¼ cent voor de jongens en 2 cent voor de meisjes.

In de *Rijksopvoedingsgestichten* voor jongens werd uitbetaald als belooning voor den arbeid f 5760,58 en te Zeist f 575,47, of bijna 4 centen per arbeidsdag.

Van de in den loop van het jaar uit de *tuchtscholen* ontslagen 422 *jongens*, die in de vrije maatschappij terugkeerden of overgeplaatst werden naar een particulier gesticht of een gezin, hadden er 259 bij hun vertrek eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden; 43 eene van 5 tot 10 gulden en 9 eene van 10 tot 25 gulden; voor de 27 ontslagen *meisjes* bedroeg de uitgaanskas van 18 minder dan 5 gulden; van 4 van 5 tot 10 gulden en van 1 van 10 tot 25 gulden.

Van de 124 *jongens*, die uit de *Rijksopvoedingsgestichten* werden ontslagen, hadden 26 eene uitgaanskas van minder dan 5 gulden; 19 eene van 5 tot 10 gulden; 37 eene van

10 tot 25 gulden; 25 eene van tusschen de 25 en 50 gulden en 1 eene van 50 gulden of meer; van de *meisjes* 16 eene van minder dan 5 gulden; 7 eene van tusschen de 5 en 10 gulden; 5 eene van 10 tot 25 gulden en 7 eene van 25 en 50 gulden.

In den Staat (X) wordt in kolom 23 onder één hoofd gebracht het aantal der ontslagenen aan wie reisgeld of reisgelegenheid werd verstrekt. In de Inleiding wordt medegedeeld, dat slechts enkelen uit de tuchtcholen bij hun ontslag reisgeld ontvangen, maar zoo goed als aan allen reisgelegenheid wordt verstrekt in dien zin, dat zij hetzij door een veldwachter of een marechaussée, hetzij door personeel van het gesticht naar hunne bestemingsplaats worden geleid. Zij, die door ouders of familie werden afgehaald, ontvingen geen reisgeld of reisgelegenheid. Hun aantal is echter uit den aard der zaak gering.

Aan alle in vrijheid gestelden uit de *opvoedingsgestichten* te Alkmaar en te Avereest werd reisgeld of reisgelegenheid gegeven, terwijl zij, die daaruit overgeplaatst werden naar een gezin of een ander gesticht, daarheen werden getransporteerd.

De gestichten te Doetinchem en te Zeist doen opgave alleen van hen, die reisgeld ontvangen, wat slechts het geval is met hen, wier uitgaanskas minder dan 20 gulden bedraagt, n.l. 28 te Doetinchem en 31 te Zeist.

Aan 70 van de ontslagenen uit de tuchtcholen werden één of meer Rijkskleeding- of uitrustingsstukken gelaten en aan alle ontslagenen uit de Rijksopvoedingsgestichten.

De Staten IX en IXb geven de verdeling der verpleegden naar de afdeelingen en der tuchtcholieren naar de klassen als bedoeld bij Kon. besluit respectievelijk van 15 Juni 1905 (*Stbl.* n°. 209) en van 15 Juni 1905 (*Stbl.* n°. 209), gewijzigd bij Kon. besluit van 10 Mei 1907 (*Stbl.* n°. 99).

De Inleiding vermeldt aangaande de Staten betreffende den gezondheidstoestand (XI, XIIa en XIIb), dat men er nog niet in is geslaagd eenheid in het grondmateriaal te verkrijgen, maar desniettemin de gegevens gepubliceerd worden, omdat de cijfers, vooral der afzonderlijke ziekten, voor den deskundigen lezer toch nog wel eenige waarde kunnen hebben en publicatie dezer veelal uiteenlopende opgaven misschien juist het verkrijgen van meer eenheid in de toekomst in de hand zal kunnen werken.

In 1909 zijn van de *tuchtscholen* 132 jongens en 44 *meisjes* eens of meermalen onder geneeskundige behandeling geweest, zijnde respectievelijk 21 en 81 pCt. van de bevolking; van de *opvoedingsgestichten* 336 jongens en 32 *meisjes*, uitmakende 40 en 34 pCt. van de gedurende den loop van het jaar aanwezig geweest zijnde bevolking.

Uit de *tuchtschool* te Nijmegen werden 2 jongens overgebracht naar een ziekenhuis; uit de *opvoedingsgestichten* 14 jongens (8 uit Alkmaar, 4 uit Avereest en 2 uit Doetinchem) en 1 jongen uit Alkmaar naar een krankzinnigengesticht.

Geen enkel meisje, noch uit Montfoort, noch uit Zeist behoefde naar eene ziekeninrichting buiten het gesticht te worden overgebracht.

Bij vergelijking van de cijfers over 1909 met die over 1908 blijkt, gelijk de Inleiding zegt, dat eene belangrijke daling van het aantal opgegeven ziektegevallen slechts heeft plaats gehad in het Rijksopvoedingsgesticht voor *meisjes* (met 18 pCt.) en vooral in de tuchtschool voor *meisjes* (met 46 pCt.); in de overige gestichten, behalve te Ginneken is het gestegen.

Te Alkmaar overleed 1 verpleegde acute rheumatische gewrichtsontsteking en te Avereest 1 aan longtering, terwijl 1 jongen uit laatstgenoemd gesticht door den bliksem werd getroffen en gedood.

