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

THEMIS

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

onder redactie van

Mrs L. de Hartog, A. R. Arntzenius, H. Zillesen, D. Simons
S. J. M. van Geuns, C. O. Segers, J. Ph. Suyling

ZEVEN-EN-ZEVENTIGSTE DEEL

1916

's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE
1916

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

MEDEARBEIDERS

Mr. S. J. L. van Aalten Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.

Mr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill, hoogleeraar, Utrecht.

Mr. C. Bake, secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. Joh. J. Belinfante, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. Jac. W. v. d. Biesen, advocaat, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, te 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. S. G. Canes, lid van de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam.

Mr. W. L. A. Collard, referendaris bij het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.

Mr. L. M. Rollin Couquerque, oud-Gouvernements-Secretaris van Suriname, administrateur bij het Departement van Koloniën, 's-Gravenhage.

Jhr. Mr. W. Th. C. v. Doorn, advocaat, proc., lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. A. P. Th. Eyssell, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Jhr. Mr. Rh. Feith, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. R. A. Fockema, president van het Gerechtshof, Leeuwarden.

Jhr. Mr. J. J. Gockinga, vice-president van het Gerechtshof, Arnhem.

Mr. S. Gratama, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. Th. Heemskerk, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, lid van den Raad van State, '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 aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, te Doorn.

Mr. Ed. Jacobson, advocaat en procureur, Rotterdam.

Mr. D. Josephus Jitta, oud-hoogleeraar, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage.

Mr. W. J. Karsten, oud-lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. Ph. Kleintjes, hoogleeraar, Groningen.

Mr. J. van Kuyk, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. J. A. Levy, advocaat, Amsterdam.

Mr. P. W. A. Cort van der Linden, Minister van Staat, Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.

Mr. J. A. Loeff, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. J. de Louter, buitengewoon-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum.

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, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. J. Domela Nieuwenhuis, oud-hoogleeraar, 's-Gravenhage.

Mr. B. J. Polenaar, advocaat, Amsterdam.

Mr. P. Polvliet, lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.

Mr. E. E. van Raalte, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. J. Rombach, oud-wethouder, Rotterdam.

Mr. F. N. Sickenga, Dordrecht.

Mr. G. van Slooten Az., lid van de Arrond.-Rechtbank, Rotterdam.

Mr. F. W. J. G. Snijder van Wissenkerke, president van den Octrooiraad en directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom, 's-Gravenhage.

Mr. J. M. van Stipriaan Luïscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. A. J. Cohen Stuart, civ.-ing., Directeur N. V. Londen.

Mr. W. Thorbecke, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. M. W. F. Treub, oud-Minister te 's-Gravenhage.

Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.

Mr. G. Wttewaall, lid van het Gerechtshof, Arnhem.

INHOUD

THEMIS

LXXVIIste deel — EERSTE STUK

Vijf en zeventig jaren.

In 1839 bij J. Belinfante voor het eerst verschenen, heeft *Themis* ten vorigen jare driekwart eeuw bestaan; verlangend dat de jaargang 1915 niet zou worden afgesloten zonder eenige herinnering aan dat levenstijdperk te bevatten, heeft de redactie dezen zomer mij verzocht de verwezenlijking van dit verlangen te bezorgen.

Ik ga aan haar wensch voldoen, doch na heel wat aarzeling, omdat ik den getrouwen van het tijdschrift slechts een schamelen gedenktuil bieden kan. *Themis*' eerste aflevering valt met hare opstellen zoo maar in huis, zonder het minste voorwoord aangaande hetgeen de drie redacteurs zich met de nieuwe uitgaaf hebben voorgesteld en wat hen heeft zamengebragt, en een prospectus of ander gegeven omtrent de geboortegeschiedenis is niet te voorschijn gebragt kunnen worden, noch uit de papieren van wijlen Mr. M. de Pinto, opvolger van zijnen oom Abraham in het verzorgen der uitgaaf, noch uit het archief van de vennootschap welke,

den BELINFANTE-naam van 1839 in stand houdende, thans nog het tijdschrift doet verschijnen. Mijne persoonlijke betrekking tot *Themis*, ofschoon al eene 55 jaren oud, strekt zich niet uit tot haar eerste twintig levensjaren, en het belangwekkendste wat ik kon mededeelen heb ik den lezers al verhaald twintig jaar geleden, toen ik in de slotaflevering van 1895 KAPPEYNE herdacht heb; wat, zoo was mijn antwoord aan den gezant der redactie, kan ik U nog brengen buiten eenige dorre sprokkels?

Doch in den loop van ons onderhoud bleek dat waarschijnlijk geen ander zelfs zoo'n sprokkelbundeltje zou kunnen aandragen, omdat niemand meer bestaat dan ik, stokoude Hagenaar, die nog alle drie oorspronkelijke redacteurs gekend heb, twee daarvan, leden der Haagsche balie, zelfs vrij goed, omdat ik in dat balie-milieu ben opgegroeid als onder hunne schaduw en *Themis* als *Haagsch* tijdschrift van *regtspraktikale* rigting in de wereld gekomen is. De Haagsche gepromoveerde procureurs bij den Hoogen Raad als Mr. C. J. FRANÇOIS en mijn vader Mr. M. EYSSELL hebben in de eerste jaargangen geschreven; zelfs meer dan eenen buiten de redactie, die tot den jaargang 1839 bijdroeg — ik noem Mrs. v. NIEROP, SCHRÖDER en vooral ook F. DE GREVE — heb ik gekend, en zoo heb ik al héél vroeg geleefd in eene soort van *Themis*-atmosfeer waaruit ik nog enkele herinneringen, anders weggestorven met de evengenoemden en vele anderen, kan vastleggen. Dat ga ik dan maar doen.

ABRAHAM DE PINTO, de schrijver der talrijke handboeken en nog talrijker puntige hoofdartikelen in het *W. v. h. R.*, was zeer bevriend met het BELINFANTE-geslacht, en zamen hebben zij, kort na de invoering der wetgeving van 1838, zoowel het *W.* als de *Themis* opgerigt om te voldoen aan praktische behoeften met die wetgeving geboren. Voorzeker was DE PINTO véél meer

dan bloote practicus, een man blijkens zijne Handleidingen ook van echte wetenschap, maar dit neemt niet weg dat zijne natuur zich bovenal op de praktische regtsgeleerdheid rigtte. Heeft niet zijn jongere broeder AÄRON ADOLF, die hoogwetenschappelijke coryphee van ons vak, niet getuigd dat zijn boek over Regtsvordering al de anderen overtrof? En in de door hem gepatrocineerde BELINFANTE's was handelsgeest schering en inslag (1). Dat beide te zamen een goeden zaken-kijk in die rigting hebben gehad blijkt uit den bloei nog heden van de beide periodieken. Eveneens was LEVYSSOHN, die eerst veel later dezen naam met het toevoegsel NORMAN verlengd heeft, pleitend advokaat, dus practicus, doch minder practicus dan DE PINTO: in dezen zin dat hij nevens de processen het meer zocht in de floscula et amoenitates juris dan in de strenge wetenschap der regtsbeoefening. En hun collega-redacteur Mr. N. OLIVIER, advokaat bij de kleine Leidsche regtbank, vond daar evenals wijlen Mr. J. E. GOUDSMIT minder te pleiten dan er studenten te bekwamen voor hun examens: op zulke grondige wijs echter dat tot hun „repetities" kwamen niet de sukkels, die zich net zooveel regt ingepompt wilden hebben als noodig was om met „vix en drie uitbranders" door hun candidaats of doctoraal te worden gelaten, maar de jongelui van aanleg en studiezin, die wezenlijke juristen wilden worden en bij drie (2) van de toenmalige pro-

---

(1) Een aardig blijk van die verhouding was, dat een der BELINFANTE'S elke pleitnota van DE PINTO in het net schreef. Want deze bragt ten papiere slechts hanepooten, als met een zwavelstok neêrgekrabbeld, hieroglyphen die voor den regter in 't geheel niet te ontcijferen waren en voor enkele confrères slechts min of meer en alleen met behulp van merkwaardige handigheden.

(2) Een studentenalmanak uit die dagen vond goed de ergernis

fessoren het dáártoe noodige onderrigt slechts matig aantroffen.

Bovendien wijdde OLIVIER zich met hart en ziel aan het propageeren der staatkundige beginselen van het vierde lid der faculteit, THORBECKE, in wiens tweede kabinet (1862) hij Minister van Justitie zou wezen; hem heb ik slechts in die latere jaren en toen maar oppervlakkig leeren kennen. Mijn schoonvader v. GALEN, die veel met hem te maken had, zei van hem dat hij te knap was om praktisch te wezen, daarmeê bedoelend dat hij zóó scherp het voor en tegen van elken beteekenenden maatregel inzag, dat hij bijna nimmer tot eene beslissing kon komen. Ziedaar wat ik omtrent de eerste redactie uit wetenschap in eigen kring zeggen kan.

Toen kort na mijne promotie (1859) te Utrecht ik tot den *Themis*-kring werd toegelaten, vond ik die redactie uitgebreid tot een vijftal, en nevens DE PINTO en LEVYSSOHN daarin niet meer OLIVIER doch Mrs. G. M. v. D. LINDEN, Jhr. J. DE WITTE VAN CITTERS en J. KAPPEYNE V. D. COPPELLO. Alzoo nog twee leden van de pleitende Haagsche balie: want v. CITTERS leefde, ofschoon lid van haar Consultatiebureau, haar leven maar weinig mede. Hij had, zou ik haast zeggen, veeleer regtswetenschappelijke liefhebberijen, waarvoor hij eene belangrijke bibliotheek (thans in de Koninklijke opgenomen) had aangelegd. Wel scheen mij zijne uitgebreide kennis af en toe ietwat fragmentarisch of ongeordend — merk-

---

der jongelui over dien toestand te luchten door de volgende schamperheid aan 't adres der faculteit:

Van de vier die er zijn
Is er een kapitein,
Zijn er *misselijk* drie.

Haast hebben de Almanak-redacteuren de plaatsing daarvan met een consilium abeundi moeten bekoopen.

waardig ongeordend was ook de kleeding van dezen edelman — maar oppervlakkig „liefhebberen" deed hij zoo weinig, dat nog heden zijne nasporingen over de Contracten van correspondentie in den tijd der regenten-oligarchie eene hoofdbron zijn voor onze historisch-staatkundige kennis van dit tijdvak. Hij overleed vóórdat in 1878 *Themis* eene andere redactie kreeg. Aangaande het met dit jaar afgesloten tijdperk, welligt den glanstijd van zijn bestaan, zwijg ik thans, omdat de jaargang 1895 eene gedachtenis aan KAPPEYNE bevat waarin ik omtrent dat tijdperk mijne *Themis*-herinneringen heb te boek gesteld. In 1877 toch besloten zij die nog redacteuren waren, gezamenlijk heen te gaan; KAPPEYNE had zich al teruggetrokken en de dood had v. CITTERS weggehaald. DE PINTO kwam, weinig vermoedend dat al in 't volgende voorjaar de dood ook hem zou wegmaaien, mij dat zeggen en mij in overleg zoowel met LEVYSSOHN en v. D. LINDEN als met de uitgevers vragen „een nieuw ministerie te vormen", zoo mogelijk met zijnen ten vorigen jare gepromoveerden neef Mr. MOZES D. P. daarin. Het eind der besprekingen is geweest dat ik de taak niet aanvaardde, voornamelijk omdat ik de zorg, om telken drie maanden desnoods door eigen geschrijf eene voldoend gevulde aflevering te doen verschijnen niet aandurfde: mijne praktijk moest voorgaan. Die zorg werd, behalve door Mr. MOZES voornoemd, opgevat door Mrs. A. HEEMSKERK, A. F. A. LEESBERG en den Utrechtschen hoogleeraar Mr. J. baron D'AULNIS DE BOUROUILL, op laatstgenoemden na heden ook al uit het land der levenden verdwenen. Tot 1890 heeft dit „ministerie", bij het publiek ingeleid door een kort woord d.d. 30 Nov. 1877 (*Themis* 1877, blz. 953) van zijn voorgangers, dier verwachtingen niet beschaamd en het tijdschrift met goed gevolg geleid langs de oude banen; in dat jaar

echter heeft eene zamensmelting teweeggebragt dat daarin meer dan tot dusver publiekregtelijke onderwerpen de aandacht zijner getrouwen zijn komen vragen. Ik kan verhalen hoe dat is toegegaan, wijl ik aan die gebeurtenis niet vreemd ben gebleven. Mij kwam in 't voorafgaande jaar ter ooren dat de welbekende zich meer op dat publiekregtelijk gebied bewegende Bijdragen van W. R. Boer c. s. zouden ophouden te verschijnen; toen opperde ik aan de *Themis*-redactie het denkbeeld, of dat „ophouden" niet beperkt kon worden tot eene *afzonderlijke* verschijning. Zouden, zoo vroeg ik, de beide redactiën zich niet kunnen vereenigen en door passende wijziging van den *Themis*-titel blijk geven, dat de Bijdragen ingesmolten werden in het Haagsche tijdschrift? Die vraag stellend verheelde ik niet aan Mr. M. de Pinto, zoowat opgevolgd in het leiderschap van wijlen zijnen oom, dat ik mij dergelijke zamensmelting almede dacht als zachten wenk aan onze periodieke regtslitteratuur, om te streven naar concentratie der wetenschappelijke krachten: voor den omvang van ons landje is m. i. die litteratuur te versplinterd om het gevaar van bloedverdunning te ontgaan. Hoe dit zij, mijn denkbeeld sloeg in: *Themis* kreeg den ondertitel van „Verzameling van Bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatregt" en voorts deed de intrede van meer dan eenen redacteur der Bijdragen Boer c. s. in de *Themis*-redactie, evenals in 1839 zonder prospectus, feitelijk kond dat eene zamensmelting tot stand gekomen was. Noch de huidige redactie noch de lezers zullen, geloof ik, spijt gevoelen over deze twee-eenheid.

Ziet hier dan de sprokkels, door mij ter herinnering aan het 75-jarig bestaan van *Themis* vergaard. Naar vermogen heb ik daardoor voldaan aan de belofte, mij namens de redactie een beetje afgeperst door mijnen

oud-ambtgenoot en vriend Mr. C. O. SEGERS. Dat zijn persen geen wrevel bij mij heeft achtergelaten blijke uit dit mijn slotwoord: toen zijn bezoek mij deed blijken dat hij zich heeft laten vinden om de door Mr. M. DE PINTO ontruimde redacteursplaats in te nemen, heeft mijn hart voor het tijdschrijft vreugde beleefd aan de wetenschap, dat eene juridische kracht als de zijne zich voor het flink gezond houden daarvan is gaan inspannen. In even goede gezondheid als vandaag beleve de vijf en zeventigjarige *Themis* haren honderdsten geboortedag; aan hen die thans nog jong zijn blijve de zorg om haar een heel eind den weg van het tweede eeuwfeest op te brengen! (1)

A. P. TH. EYSSELL.

October 1915.

---

(1) Men zal uit den inhoud bespeuren dat dit stukje is geschreven overeenkomstig het mij gedaan verzoek: dat is om zijne plaats te vinden in de laatste aflevering van jaargang 1915. Maar ditmaal is die aflevering twee maanden vroeger dan gewoonlijk verschenen: het daaruit voortgekomen anachronisme rekene dus de lezer *mij* niet toe.

Artikel 96 der Grondwet, in verband met artikel 35 der Provinciale wet.

Bij art. 4 van het Reglement van 1817 tot regeling der macht, door de Grondwet aan de Provinciale Staten gegeven, was bepaald, dat de Gouverneur der provincie zelf zijn plaatsvervanger benoemt.

Blijkens de Memorie van toelichting van het ontwerp-Provinciale wet oordeelde de Regeering het evenwel niet rationeel of betamelijk, dat de Voorzitter van een college zèlf hem zou aanwijzen, die bij afwezigheid of ongesteldheid zijn plaats moest vervullen.

Daarom werd bij art. 35 der Provinciale wet bepaald, dat de Commissaris des Konings bij ongesteldheid of afwezigheid, totdat de Koning zal hebben voorzien, wordt vervangen door het oudste lid in jaren van Gedeputeerde Staten, dat aanwezig is

Evenmin als bij het Reglement van 1817 was geschied, werd bij genoemd wetsartikel voorzien in het geval van ontstentenis.

In zoodanig geval werd echter in de provincie Friesland en, naar ik meen, ook in de andere provinciën bij analogie gehandeld in den zin van dat artikel.

Met uitzondering van Noordholland.

Zoowel in de gevallen van dat artikel, als bij ontstentenis, werd de betrekking van Commissaris des Konings steeds, althans in de laatste jaren, waargenomen door het oudste lid in jaren van Gedeputeerde Staten,

al was dat lid op een andere plaats der provincie aanwezig (wonende).

Misschien handelde men in Noordholland op de genoemde wijze, omdat de te Haarlem aanwezige (wonende) leden van Gedeputeerde Staten zich om de eene of andere reden bezwaard gevoelden, het gewichtig ambt van Commissaris des Konings, zij het slechts tijdelijk, op zich te nemen.

Het voorschrift van art. 35 is eigenlijk slechts als een maatregel van orde te beschouwen. Blijkbaar oordeelde de Regeering ook alzoo. Had zij strijd met de wet gezien in de wijze, waarop in genoemde gevallen steeds in Noordholland werd gehandeld, zij zou er wel tegen zijn opgekomen.

Het oudste lid in jaren van Gedeputeerde Staten van Noordholland, dat herhaaldelijk tijdelijk werd belast met de waarneming der betrekking van Commissaris des Konings (sedert 1898 der Koningin), was echter óók lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Naar mij voorkomt, was dit steeds in strijd met art. 96 der Grondwet, luidende: „Een lid van de Staten-Generaal kan niet tegelijkertijd zijn vice-president of lid van den Raad van State, president, vice-president of lid van of procureur-generaal of advocaat-generaal bij den Hoogen Raad, noch president of lid van de Algemeene Rekenkamer, noch Commissaris des Konings in eene provincie".

Wel is waar gold het voor Noordholland slechts een tijdelijke waarneming.

Bij een drietal Koninklijke besluiten (*Staatsbladen* no. 23 van 1853, no. 142 van 1854 en no. 23 van 1878 (mede te vinden in de *Verzameling van Koninklijke vernietigingsbesluiten*, door mr. S. K. Thoden van Velzen, bl. 191, 208 en 456, te Groningen, bij J. B. Wolters,)

werd intusschen telkens beslist, dat het wettelijk verbod van het waarnemen door een ambtenaar van een met zijn ambt onvereenigbaar verklaarde betrekking mede geldt voor een tijdelijke waarneming van zoodanige betrekking, en werden mitsdien de plaatselijke verordeningen, waarbij zoodanige tijdelijke waarneming was bepaald, als in strijd met de wet, vernietigd.

Na 1878 kwam een geval, als waartoe de genoemde Koninklijke besluiten betrekking hadden, niet meer voor. *En* gemeentebesturen *en* andere colleges zullen in die besluiten zeker een waarschuwing hebben gezien, zich te onthouden van het maken eener regeling, die aan een vernietiging door de Kroon zou bloot staan (1).

Op de overtreding van art. 96 der Grondwet is nochtans geen poenale sanctie gesteld. De Grondwetgever heeft het blijkbaar ondenkbaar geoordeeld, dat een geval, als waartegen in dat geval is voorzien, zich ooit zou voordoen.

Mocht toch een lid van de Staten-Generaal tot een der in art. 96 vermelde ambten worden benoemd en dit ambt hebben aangenomen, dan zou hij, uit kracht van het laatste lid van dit artikel, van rechtswege het lidmaatschap van die Staten hebben verloren. In het omgekeerde

---

(1) Bij de in 1850 door de Staten van Friesland, ingevolge art. 43 der Provinciale wet, vastgestelde instructie voor den Griffier was bepaald, dat hij bij ongesteldheid, afwezigheid of ontstentenis wordt vervangen door een lid van de Gedeputeerde Staten.

Eerst vele jaren later scheen men in te zien, dat deze bepaling in strijd was met art. 21 der genoemde wet, waarbij het lidmaatschap der Staten is verklaard onvereenigbaar te zijn met de betrekking van Griffier der Staten. De instructie werd toen gewijzigd in dien zin, dat in de genoemde gevallen een ambtenaar van de provinciale griffie zal optreden.

geval, n.l. dat een der in art. 96 genoemde ambtenaren tot lid van de Tweede of van de Eerste Kamer mocht zijn gekozen, zou hij zonder twijfel zijn geloofsbrief als zoodanig niet zien goedgekeurd, zoolang hij van zijn ambt niet was ontslagen.

Door de Eerste Kamer werd zelfs in haar zitting van 1 Mei 1851 aangenomen, dat een lid, dat verklaard heeft een *benoeming bij continuatie* (van kantonrechter te Meppel) aan te nemen, daardoor ophoudt, lid der Kamer te zijn, al is het dat hij het ambt nog niet heeft aanvaard.

Men werpe mij niet tegen, dat de tijdelijke vervanging van den Commissaris des Konings wordt beheerscht door art. 35 der Provinciale wet, omdat dit artikel geen voorbehoud maakt omtrent het bekleeden eener met het Commissariaat des Konings onvereenigbare betrekking, en dat mitsdien het oudste lid in jaren van rechtswege vervanger is totdat de Kroon heeft voorzien. Zoodanige benoeming zou echter geheel afstuiten op het genoemde uitdrukkelijke *grondwettelijk* verbod. De gewone wetgever toch kan slechts uitzonderingen vaststellen op een door hèm gemaakte regeling. Ik behoef voor mijn betoog slechts te wijzen op art 21 der Provinciale wet, dat het lidmaatschap der Staten onvereenigbaar verklaart met dat van Commissaris des Konings in de provincie, doch in art. 35 een regeling heeft gemaakt, die het verbod tijdelijk opheft. De gewone wetgever is echter ten eenenmale onbevoegd, bepalingen te maken, die aan een *grondwettelijk* voorschrift zouden derogeeren.

Meer dan eens heb ik hooren zeggen, dat art. 35 der Provinciale wet een leemte bevat, omdat daarbij niet is voorzien in het geval van ontstentenis. Ik heb die

bewering steeds tegengesproken. Zoodanig geval behoefde niet te worden geregeld. Ingevolge art. 141 der Grondwet stelt de Koning in elke provincie een Commissaris aan, met de uitvoering Zijner bevelen en met het toezicht op de verrichtingen der Staten belast. Deze bepaling sluit in zich 's Konings onbeperkte bevoegdheid, óók de wijze te regelen, waarop de Commissaris bij ontstentenis zal worden vervangen. Het was derhalve geheel onnoodig, daaromtrent eenige bepaling in de Provinciale wet op te nemen. Het zou zelfs een anomalie zijn geweest, indien de Koning zichzelf in dit opzicht aan eenig voorschrift had gebonden. Het blijkt ten overvloede uit art. 20 der instructie voor den Commissaris des Konings in elke provincie, vastgesteld bij Koninklijk besluit van 27 September 1850 (*Stbl.* no. 62), dat dien ambtenaar verplicht, bij het vragen van verlof tot afwezigheid langer dan tweemaal 24 uren den Minister van Binnenlandsche Zaken, 's Konings verantwoordelijken raadgever, den persoon op te geven, die hem, ter tijdelijke waarneming van zijn ambt gedurende zijn afwezigheid, vervangt. Van *ontstentenis* is daarbij geen sprake. Betreft het een kortere afwezigheid of een ongesteldheid, zoodat onmiddellijke tijdelijke voorziening noodig is, dan heeft de regeling plaats volgens art. 35 der Provinciale wet, maar *totdat de Kroon zal hebben voorzien.*

Zou een regeling, zooals ook nu onlangs weder in Noordholland plaats had, rechtsgevolgen kunnen hebben?

Betrof het een besluit der *Staten*, het zou, uit kracht van art 135 der Grondwet (art. 166 der Provinciale wet), door de Kroon kunnen worden vernietigd. De opdracht aan het oudste lid der Staten, in weerwil dat dit lid de betrekking van lid der Tweede Kamer bekleedde, kan

slechts zijn gedaan door.... de Kroon zelve. Doch „the Queen cannot do wrong", en de Minister van Binnenlandsche Zaken zal, al geschiedde de opdracht op zijn voordracht, toch moeilijk kunnen worden gezegd, daardoor in strijd met de Grondwet te hebben gehandeld. Dit laatste zou alléén kunnen gelden voor den persoon, die de in art. 96 der Grondwet genoemde onvereenigbare betrekkingen tegelijk bekleedt. Dit artikel is echter, zooals ik reeds deed opmerken, een *nudum praeceptum.*

De Commissaris des Konings (der Koningin), óók het lid van Gedeputeerde Staten, dat hem tijdelijk vervangt, heeft benoemingen te doen, beschikkingen te nemen, overeenkomsten te sluiten, ambtenaren en andere personen te beëedigen enz.

De vraag zou kunnen worden gedaan, of, indien mijn meening over zin en beteekenis van de aan het hoofd van dit opstel genoemde bepalingen als juist mocht worden beschouwd, handelingen als de door mij bedoelde door een waarnemend Commissaris des Konings (der Koningin), tevens lid van de Tweede Kamer, en mitsdien verricht door een daartoe onbevoegde, wettig zouden zijn? Zoo neen, wat dan zou moeten geschieden? Betrof het besluiten van de Staten of van de Gedeputeerde Staten, ze zouden door het bij art. 133 der Grondwet (art. 166 der Provinciale wet) den Koning toegekend vernietigingsrecht kunnen worden getroffen, behoudens het geval, voorzien bij art. 167 van laatstgenoemde wet, dat de door de Staten vastgestelde en Koninklijk goedgekeurde provinciale reglementen en verordeningen, zoo zij met de wetten of het algemeen belang strijdig zijn, slechts door een *wet*, die tevens de gevolgen regelt, kunnen worden vernietigd. Van vernietiging van besluiten van den Commissaris des Konings (der Koningin) is daar echter geen sprake. Het eenige redmiddel zou zijn, al de be-

doelde onwettig genomen besluiten te doen intrekken, om ze te doen vervangen door besluiten van den later opgetreden Commissaris des Konings (der Koningin). En evenzoo zou *mutatis mutandis* dienen te worden gehandeld met de besluiten van de bedoelde tot eenig ambt benoemde en beëedigde ambtenaren (1).

Amsterdam. A. DUPARC.

---

(1) Het is vele jaren geleden gebeurd, dat een herbenoemd burgemeester eener plattelandsgemeente in Friesland had verzuimd, zich als ambtenaar van den burgerlijken stand te laten herbenoemen. Niettemin was hij voortgegaan met het voltrekken van huwelijken. De aandacht van den Minister van Binnenlandsche Zaken werd er op gevestigd, met het gevolg, dat al die huwelijken opnieuw moesten worden voltrokken.

Plichtverzakende ouders.

I.

De vraag naar de werking en den invloed in ons land van de burgerrechtelijke kinderwetten mag op belangstelling rekenen in ruimen kring en ten allen tijde. Dat met die wetten het volmaakte niet zou worden bereikt, dat in de werkelijkheid zou blijken van schaduwzijden en bezwaren, was te voorzien: de gedachte èn aan den grooten omvang van het terrein, hetwelk de wetgever met het scheppen van de nieuwe regeling betrad, èn aan de verscheidenheid en den aard van de belangen, welke bij die regeling betrokken waren, moest dienaangaande elken twijfel opheffen en terughouden van te hoog gestemde verwachting.

Met het oordeel over het *beginsel* van de kinderwetten is men er bijlangena nog niet. Zeker, de vraag of in die wetgeving de individueele idee te veel hoogtij heeft gevierd, of de wetgever alleen op het verwaarloosde kind heeft gelet en de verwaarloozende ouders uit het oog heeft verloren, is ook nu nog van groote beteekenis en alleszins waard te worden besproken. Maar daarnaast staat deze andere vraag, welke telkens tot ons komt en ons als het ware geene rust laat, n.l. welke factoren bij de *toepassing* der kinderwetgeving in verkeerde richting hebben gewerkt, aan hare zegenrijke werking afbreuk hebben gedaan, ja! ons bijwijlen toeschijnen het algemeen vertrouwen in de heilzame resultaten van eene zóò tot het volksbewust-

zijn sprekende, zóó in het leven van huisgezin en maatschappij ingrijpende wettelijke regeling te ondermijnen, en de algemeene sympathie daarvoor te bedreigen. Aan deze laatste vraag moge in de volgende bladzijden eenige bescheiden opmerkingen worden gewijd (1).

De aanleiding daartoe vormt het rapport, op initiatief van den Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming gewijd aan het onderwerp van het „zich steeds meer uitbreidende euvel van schending van den onderhoudsplicht" en de middelen tot bestrijding van dit kwaad. Het werd samengesteld door eene uit bij uitstek deskundigen bestaande commissie en geeft in zijne bewerking van de stof, zijne volledigheid en zijne duidelijke formuleering inderdaad datgene, wat men van een dergelijken arbeid verwachten mag; ja! in de *eenstemmigheid*, waarmede de leden der commissie tenslotte het antwoord op de voorgelegde vraag hebben gegeven, zelfs *meer* dan dat. Het sluit zich waardig aan aan wat reeds hier te lande op dit gebied als ontginningsarbeid verricht werd (2). Het heeft door zijne publicatie aanleiding gegeven tot levendige, nu en dan zelfs warme gedachtenwisseling in

---

(1) Hier en daar in aansluiting aan mijne vroegere opstellen in dit tijdschrift «Iets over onze burgerrechtelijke kinderwetten» (1911) en «Engelsche en Nederlandsche kinderwetgeving» (1913).

(2) Met name het artikel van den tegenwoordigen hoogleeraar VAN HAMEL: «Schending van den onderhoudsplicht» in het Tijdschrift voor Strafrecht, XXI; de praeadviezen van de heeren J. R. SNOECK HENKEMANS en G. A. M. DE BRUIJN over de «Maatregelen tegen plichtverzakende gezinshoofden» voor de Ned. Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid, en de beraadslagingen over het onderwerp in de vergadering dezer vereeniging van 8 October 1913, voorkomende respect. in de Geschriften dezer vereeniging, XIII en XIV; en het artikel van Mr. F. C. VAN BEUSEKOM, secretaris van den Utrechtschen Voogdijraad, in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming no. 636 (20 September 1913).

de pers (1). En — zeker niet de *minste* verdienste! — tegenover twijfelaars, onverschilligen, optimisten heeft het den omvang van het euvel zoo onomstootelijk vastgesteld, dat althans *hieromtrent* geen verschil van meening mogelijk is; het richt zich tot de samenleving en tot den wetgever in eene taal, welke aan duidelijkheid en ernst niets te wenschen overlaat.

De omvang van het kwaad! d. w. z. de vormen, waaronder de schending van den onderhoudsplicht der ouders zich voordoet. En dan hooren wij in de eerste plaats van de opzettelijke kinderverwaarloozing, de verwaarloozing met de bedoeling om den Voogdijraad tot ingrijpen te noodzaken, het euvel hetwelk de heer VAN VUUREN in zijne rede in de Tweede Kamer signaleerde, toen hij het bekende lijstje van de 15 „sprekende gevallen van opzettelijke verwaarloozing door ouders van minderjarige kinderen" overlegde (2), een lijstje, tot het „bijhouden" waarvan de Voogdijraadsmannen later waardevolle bijdragen hebben geleverd (3). Wij vernemen verder van

(1) Van de artikelen in de weekbladpers mogen in 't bijzonder worden vermeld het hoofdartikel in het W. v. h. R. no. 9827 (zie ook «Arbeidsloonen van gevangenen» in no. 9831 en de ingezonden bijdrage, naar aanleiding daarvan, van Mr. B. GROOTENBOER in no. 9834) en de volgende bijdragen in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming: «Plichtverzakende ouders» door Mr. L. CH. BESIER (no. 742), «Tweeërlei rechtsgevoel» door Mr. J. H. ANDRIES (no. 743), «Tweeërlei rechtsgevoel?» door Mr. F. C. VAN BEUSEKOM (no 744), «Plichtverzakende ouders» door Mevrouw MULLER—LULOFS (no. 745), overgenomen uit het Maandblad der Ver. tot verbetering van armenzorg te Utrecht, en «Plichtverzakende ouders» door Dr. W. MEIJER (no. 746).

(2) In de vergadering van 12 Maart 1909 (Handelingen 1908—1909, blz. 1792 en 1793).

(3) Zie o. a. «Kinderwetten» door Dr. W. MEIJER in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming no. 634 (6 September 1913).

de „kwaadwillige verlating" door de ouders, omtrent welker frequentie de commissie mede een onderzoek instelde, een onderzoek hetwelk tot een allesbehalve geruststellend resultaat leidde, al wordt terecht de opmerking gemaakt, dat bij de waarneming van het verschijnsel verschil in beoordeeling niet is uitgesloten. Maar bovenal treft ons, wat door ons reeds vermoed werd maar thans zoo in het volle licht vóór ons komt te staan: de niet-betaling van de onderhoudsuitkeering. Hier is inderdaad het tafereel, hetwelk de statistiek ons vertoont, van eene schier benauwende somberheid. Gaat men na, dat in de jaren 1911—1913 gemiddeld in 40.7 pCt. der gevallen van ontzetting of ontheffing van de vaders eene uitkeering werd *opgelegd* en dat van die uitkeeringen werd *geïnd* gemiddeld slechts 37.8 pCt., dan moet men wel met de commissie dezen uitslag „ver beneden redelijke verwachtingen" noemen, dan kan men 't zich indenken, dat meer dan één voogdijraad zich niet kon ontworstelen aan een gevoel van onvoldaanheid en ontmoediging, zoo noodlottig en verlammend juist bij *dezen* arbeid, dan gevoelt men 't, dat met de uiterste inspanning moet worden gezocht naar middelen om aan dàt kwaad te ontkomen.

De vader, niet bijdragende tot onderhoud en opvoeding van zijn kind en daardoor zijne zedelijke en wettelijke verplichting verzakende, niets bijdragende terwijl zulks voor hem mogelijk is, elk verantwoordelijkheidsgevoel ver van zich afzettende, afschuivende de zorg voor zijn gezin op de gemeenschap, ja! misschien goede sier en ruime verteringen makende, terwijl die andere — oppassende — huisvader met de grootste moeite den strijd om het bestaan strijdt, ... is 't niet een beeld, hetwelk ons afstoot en een gevoel van verontwaardiging opwekt? Is 't te verwonderen, dat men heeft gedacht aan eene

„kastijding aan den lijve" in letterlijken zin, dat men ertoe is gekomen om de lijfstraf als het aangewezen middel tegen deze plichtvergetenen aan te bevelen? Merkwaardig psychologisch verschijnsel! Dergelijke stemmen zijn minder te beschouwen als uitingen van zeker individueel gevoelen dan wel als de uiting van het gevoel der in hare meest elementaire zedelijkheidsbegrippen geschokte gemeenschap, een gevoel van verontwaardiging hetwelk in die gemeenschap weder doet ontwaken de atavistische eigenschappen, het oerinstinct van den mensch, herleven doet wat men reeds lang afgestorven waande. Zoo klonk 't — al was 't ver van ons af — „De eenige weg om dergelijke lieden te straffen is de zweep" eene uitspraak, waaraan deze profetie voorafging: „Indien de wet zoo veranderd werd, dat de man, die zijn loon verdronk en zijn vrouw en kinderen gebrek liet lijden, werd gestraft als volgt: de eerste maal 5 geeselslagen, de tweede maal 10 slagen en de derde maal 20 slagen, zoo zou blijken dat de derde strafmaat nooit behoefde te worden toegepast" (1). Zoo hebben wij 't ook hier te lande gezien, hoe men 't opnam voor de lijfstraf als eene geschikte reactie tegen tyrannieke en barbaarsche ouders, 't betreurende dat de meeste moderne criminologen deze straf niet in hunne strafrechtspolitiek hebben opgenomen (2). — Wij gaan te dezer plaatse niet dieper op dit vraagstuk in, slechts wijzende op het groote gevaar om te reageeren tegen de evolutie in de denkbeelden, welke zich juist in dit opzicht onder de vorige geslachten

(1) Zie het citaat, ontleend aan het Jaarverslag van het Genootschap tot bescherming van vrouwen en kinderen te Montreal in Canada over 1912, voorkomende in het genoemde praeadvies van den heer SNOECK HENKEMANS (t. a. p. XIII, blz. 20 en 21).

(2) Mr. N. DE BENEDITTY in diens proefschrift «Ouderlijke Macht en Kinderbescherming», Amsterdam 1910, op blz. 131 en 132.

zoo krachtig heeft geopenbaard. Ook hier zou de lijfstraf, waarschijnlijk door de publieke opinie met zeker enthousiasme binnengehaald, misschien zelfs in zeker concreet geval te verdedigen als aanpassende aan de bijzondere omstandigheden, toch als strafmiddel aan de populariteit der strafrechtspraak afbreuk doen, de algemeene sympathie daarvoor verminderen en aan hare hooge beteekenis onherstelbaar nadeel berokkenen.

Komen wij thans op den beganen grond terug, dan zien wij ons artikel 255 Wetboek van Strafrecht, het bekende artikel, hetwelk, hoewel geplaatst in den titel: Verlating van hulpbehoevenden, deze *verlating* zelve niet strafbaar stelt. In de practijk heeft het weinig toepassing gevonden en bleek het in den strijd tegen het kwaad, hetwelk wij in deze bladzijden op het oog hebben, een zwak en slap, volkomen ontoereikend, middel te zijn. Te begrijpen is 't dan ook, dat de commissie eene doeltreffende wijziging van dit wetsvoorschrift onder hare desiderata heeft opgenomen. Uitgaande van de gedachte, dat alleen de ernstigste gevallen van schending van onderhoudsplicht (in tegenstelling dus tot de lichtere vormen, welke overgaan in zwakheid en nalatigheid) door eene strafbepaling moeten worden getroffen, en zoekende naar een sterk sprekend kenmerk, dat in die gevallen op den voorgrond treedt, heeft zij dit kenmerk gevonden in de kwaadwillige verlating van het gezin. „De vader, die een groot deel van zijn loon in drank omzet en daardoor zijn gezin gebrek doet lijden, de moeder, die zich aan ontucht overgeeft en daardoor zelfs de stoffelijke zorg voor hare kinderen verwaarloost, doet toch eerst den beslissenden stap, wanneer zij hun gezin in den steek laten, zich aan het daarin heerschende gebrek persoonlijk onttrekken, zich de zorg voor de kinderen geheel van den hals schuiven" (blz. 23). *Hier* is dus het

oogenblik, waarop het misdrijf gepleegd wordt, een misdrijf, voor welks formuleering de commissie in hoofdzaak zich vereenigt met het wetsvoorschrift, door haar medelid Mr. F. C. VAN BEUSEKOM in diens reeds vermeld opstel (in 1913) aan de hand gedaan.

Ook onzerzijds wordt met dit denkbeeld ingestemd en de gedachte, welke aan de bedoelde strafbaarstelling ten grondslag ligt, aanvaard. Maar tevens meenen wij daaraan terstond als ons oordeel te moeten toevoegen, dat in de bescheidenheid, de gereserveerdheid van de ontworpen strafbepaling hare grootste deugd is gelegen. Men zie in deze uitspraak allerminst eenige ironie, maar alleen de uiting van eene voor eene dergelijke strafbepaling niet meer dan „platonische" liefde. Hoe deze gemoedsgesteldheid te verklaren? Reeds door deze algemeene overweging, dat elke nieuwe strafbaarstelling moet zijn een uiterste maatregel, waartoe alleen mag worden overgegaan wanneer andere middelen tot uitroeiing of vermindering van het kwaad vruchteloos zijn aangewend, eene gedachte, ten grondslag liggende aan HERMAN SEUFFERT's waarschuwing tegen „eine Ueberspannung des Strafschutzes", tegen een toestand, waarin het publiek er aan gewend raakt „die Strafeinrichtung als ein leicht zu handhabendes Mittel in den sozialen, wirthschaftlichen und politischen Kämpfen anzusehen" (1). Bovendien door het inzicht, dat juist op *dit* terrein de aan den strafrechter opgedragen taak eene zoodanige is, dat hij — hoezeer ook trachtende rekening te houden met de psychologische en moreele factoren van de aan zijn oordeel onderworpen zaak, hoezeer ook er naar strevende

(1) Aangehaald door Prof. SIMONS in de bovengenoemde vergadering der Ver. voor Armenzorg en Weldadigheid, t. a. p. XIV, blz. 30.

om zich te verplaatsen in haar sociaal milieu — die taak slechts zeer onvolkomen kan vervullen. En niet 't minst door deze overweging, dat juist *hier* de gevangenisstraf wel eene ongelukkige reactie op het gepleegde feit mag heeten, allerminst geschikt is om te verbeteren en een beteren toestand van het gezin voor te bereiden, en tegenover de nadeelen, in 't algemeen aan deze straf verbonden, nagenoeg geen enkel voordeel kan worden gesteld. Hier faalt blijkbaar — zoo schreef Prof. J. A. VAN HAMEL terecht — het zuivere strafrecht: „Het is in zijne toepassing te onhandig en te weinig subtiel om hier krachtdadigen invloed uit te oefenen" (1). Eene uitspraak, welke deze schrijver motiveert door eene herinnering aan het zestal bezwaren, in Duitschland ten opzichte van de aldaar geldende strafbepaling gevoeld, bezwaren, welke vrijwel overeenkomen met de bedenkingen, in Engeland tegen de gevangenisstraf wegens niet-nakoming van de maintenance-orders (beschikkingen van den vrederechter, waarbij het alimentatiebedrag bepaald wordt) ingebracht.

Dit laatste punt, de in het buitenland opgedane ervaring, is in het bijzonder van belang bij de overweging van het denkbeeld der commissie om — als tweederangsmaatregel naast de plaatsing in het werkhuis, waarover straks — reeds het *niet-betalen van de onderhoudsuitkeering* op zichzelf als misdrijf strafbaar te stellen. Dit denkbeeld vertoont overeenkomst met het Engelsche stelsel, waaraan zooeven herinnerd werd. En ook hier zal, naar wij vreezen, de daadwerkelijke kracht van eene dergelijke strafbepaling gering blijken te zijn. Het op zich zelf juiste theoretische argument (rapport blz. 39 infra), dat het verzuim van den ouder, die zonder geldige reden de op

(1) Tijdschrift voor Strafrecht, t. a p. blz. 419.

hem rustende onderhouds- of uitkeeringsverplichting niet nakomt, zedelijk genoeg afkeurenswaardig en maatschappelijk voldoende schadelijk is om het te stempelen tot een misdrijf, waarop naast geldboete gevangenisstraf wordt gesteld, is niet bij machte om ten opzichte van die daadwerkelijke kracht de verwachtingen hooger te stemmen. De beteekenis van eene dergelijke strafbepaling (eene beteekenis, welke als zoodanig ook door ons wordt erkend) zou hoofdzakelijk slechts zijn eene preventieve, d. w. z. gelegen zijn in haar afschrikwekkend karakter.

Wij hebben bij het voorafgaande geenszins uit het oog verloren, dat 't hier betreft eene bijzondere berechting, inzooverre dat hier, zooals 't is uitgedrukt (1), de misdadiger niet onmiddellijk tegenover den rechter staat, maar de leden van den voogdijraad en de armverzorgers als 't ware tusschen hen in geplaatst zijn, zoodat dezen 't in hunne macht hebben om, bij goeden wil van den betrokkene, voor dezen de deur der gevangenis gesloten te houden. Intusschen worde hieraan ten voordeele van de strafbepaling niet teveel beteekenis gehecht. Immers de bedoelde omstandigheid is niet zòò bijzonder, niet zòòzeer afwijkende van de gewone strafprocesorde, omdat bij ons reeds *in 't algemeen* het Openbaar Ministerie rekening houdt met overwegingen van allerlei aard alvorens eene strafvervolging in te stellen, en dus (behalve natuurlijk bij de ernstige delicten, waarvan de vervolging volstrekt noodzakelijk is) de „misdadiger" niet — in den bedoelden zin — onmiddellijk tegenover den rechter staat.

Om deze reden zou ook, indien in den gedachtengang van de commissie het niet-betalen van de onderhoudsuitkeering reeds op zichzelf werd strafbaar gesteld, het

---

(1) Door den heer J. W. JURREMA in de meergenoemde vergadering der Ver. voor Armenzorg en Weldadigheid, t. a. p. XIV, blz. 42.

door ons Openbaar Ministerie gehuldigd en toegepast opportuniteitsbeginsel krachtig genoeg zijn om te waken tegen verkeerde vervolgingen, d. w. z. vervolging dàn wanneer de Voogdijraad in casu deze *niet* wenschelijk oordeelde maar boven haar de plaatsing in het werkhuis verkoos. Het O. M. zou ongetwijfeld met een dergelijk verlangen van den Voogdijraad rekening houden, evenals het thans, ten opzichte van de vervolging van kinderen, zulks doet met de adviezen van Pro Juventute. Grond om het nieuwe misdrijf te maken tot *klachtmisdrijf*, alleen vervolgbaar op klachte van den Voogdijraad, is dus allerminst aanwezig. Deze noviteit blijve ons bespaard!

II.

Wij komen nu tot wat ons inziens als de kern, in ieder geval als het meest belangrijke en ingrijpende van de wenschen der commissie is te beschouwen, en naar ons oordeel dan ook de meeste moeilijkheden oplevert bij het vestigen van eene overtuiging. Wij bedoelen den tegen de vrijheid van den nalatigen onderhoudsplichtige gerichten arbeidsdwang, welke dwang wordt uitgeoefend door de plaatsing in een werkhuis. De commissie denkt zich die plaatsing niet als straf maar als burgerrechtelijken maatregel. Het doel, hetwelk hiermede wordt beoogd, is niet, althans niet in de eerste plaats, als bij lijfsdwang, om den nalatige te noodzaken tot betaling van de achterstallige schuld, „doch veeleer om de voldoening daarvan in de toekomst beter te verzekeren" (blz. 30). Daartoe kan de last tot plaatsing voorwaardelijk worden gegeven en kan de in het werkhuis geplaatste voorwaardelijk (d. w. z. onder de voorwaarde, dat de persoon de opgelegde uitkeering geregeld blijve betalen) worden ontslagen.

Wij gaan niet in op de nadere uitwerking van het beginsel en de regeling der procedure. Slechts stippen

wij aan, dat de plaatsing wordt gevraagd aan den rechter, die de uitkeering heeft opgelegd; dat de behandeling en de beslissing der zaak geschiedt in raadkamer; dat het door den onderhoudsplichtige in het werkhuis verdiende loon niet wordt uitbetaald maar ten behoeve van zijne kinderen besteed wordt; eindelijk dat — buiten het geval van voorwaardelijk ontslag, hetwelk de commissie zich voorstelt dat regel zal zijn — het verblijf in het werkhuis eindigt, wanneer de verplichting tot uitkeering ophoudt, de onderhoudsplichtige tot arbeid voortdurend ongeschikt wordt, of het verblijf drie jaren heeft geduurd.

Wanneer wij ons oordeel over dit stelsel mogen uitspreken, dan is dit in theorie gunstig. Omvang en beteekenis van het te bestrijden euvel zijn zoodanig, dat als uiterste maatregel tot het diep ingrijpend middel van vrijheidsbeneming mag worden overgegaan. Mag dus eenerzijds de arbeidsdwang (plaatsing in het werkhuis) gerechtvaardigd heeten, anderzijds heeft hij boven de gevangenisstraf deze voordeelen, dat hij eene meer logische reactie is, dat hij meer opvoedend werken kan, en dat voor eene zekere categorie van plichtverzakenden zijn afschrikwekkend karakter (1) grooter is.

Dit vooropstellende, mogen wij thans deze theoretische beteekenis iets meer belichten.

En, wanneer wij dan den theoretischen ondergrond van den voorgestelden dwangarbeid nader gaan beschouwen, dan komt tot ons eene vraag, welke aandringt op een beslist antwoord. Zij is deze: wordt die dwangarbeid gevorderd door het rechtsgevoel van ons volk, stem

(1) In verband met eene *voorwaardelijke* veroordeeling, zooals deze in enkele Amerikaansche Staten is geregeld. Zie daaromtrent laatstelijk het artikel van Mevrouw MULLER—LULOFS in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming (in den aanvang genoemd), blz. 333, tweede kolom.

waarnaar meer en meer wordt geluisterd, factor allengs van meer waarde geacht in den ontwikkelingsgang van het recht? Komt dat geschokt rechtsgevoel het middel eischen tot vermindering van het kwaad, tot herstel van het zedelijk evenwicht? Met groote overtuiging heeft Mr. J. H. ANDRIES in zijn „Tweeërlei Rechtsgevoel" eene ontkennende beantwoording op deze vraag gegeven, daarin eene zienswijze ontwikkelende, waartegen Mr. F. C. VAN BEUSEKOM in zijn „Tweeërlei Rechtsgevoel?" protest heeft aangeteekend (1). Ook ons wil 't, evenals dezen laatsten schrijver, voorkomen, dat hier inderdaad slechts sprake is van één algemeen rechtsgevoel. In en buiten de klasse van menschen, waarbij de ontzetting uit ouderlijke macht of voogdij het meeste voorkomt, is één zelfde gevoel van verzet tegen den bestaanden toestand, van weerzin tegen den schromelijk nalatigen ouder, die met terzijdestelling van het elementaire *ook in het volksbewustzijn zoo krachtig levende* verantwoordelijkheidsgevoel de zorgen van zich afschuift, 't er betrekkelijk goed van neemt en zich van zijn gezin niets aantrekt. De beteekenis van dit feit, zichtbaar en tastbaar, niet 't minst voor de volksklasse zelve, wordt allerminst aangetast door de op zichzelf volkomen juiste overweging „dat in de lagere volksklasse het geheele leven, alle denken en streven, zich beweegt om niets dan de dagelijksche zorg voor het schamele inkomen, waarvan de geringste beperking tot ontbering van het hoogst noodige moet leiden; dat het leven voor haar is een immer voortdurende strijd om het bestaan" (2). Immers, juist in die gevallen waarin deze strijd *niet* met de uiterste inspanning gestreden behoeft te worden en

---

(1) Zie de in den aanvang genoemde nummers van het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming.

(2) Mr. ANDRIES, t. a. p. blz. 315, tweede kolom.

tòch de onderhoudsplicht verzaakt wordt, vertoont zich het bewuste euvel in zijn ergerlijken vorm en wordt de mogelijkheid van den arbeidsdwang bepleit. Mocht 't bij de *uitwerking* van het beginsel anders worden opgevat en daar, waar de strijd om het bestaan zijn meest bittere karakter vertoont, die strijd nog zwaarder gemaakt worden, dan zou dit voorzeker te betreuren zijn. Maar de deugdelijkheid van de grondgedachte zelve wordt door deze mogelijkheid niet aangetast. Die grondgedachte is eene *zedelijke*, levende bij het geheele volk en hoog uitgaande boven de *financieele* overweging. Daarom zal er, bij eene gelukkige uitwerking en goede toepassing van het beginsel, geen vrees behoeven te bestaan, dat bij het volk de overtuiging postvatte „dat juist in de betaling van het geld het zwaartepunt van toepassing der Kinderwetten is gelegen, dat men dus op deze wijze de zorg voor zijne kinderen feitelijk kan afkoopen" (1).

Intusschen zien ook wij, bij de nadere beschouwing van de vraag of de aanbevolen maatregel blijvend zal aanpassen aan het rechtsgevoel van ons volk, een gevaar. *Hierop* komt 't vóór alles aan, of — waar eene zedelijke gedachte aan den arbeidsdwang ten grondslag ligt — deze zedelijke factor in de werkelijkheid voldoende tot zijn recht zal komen en dus die *werkelijkheid* in het volksbewustzijn zal wortelen. Eenige twijfel dienaangaande is geoorloofd. In zijn bovengenoemd artikel in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming heeft de voorzitter der commissie scherp geaccentueerd het verschil tusschen den voorgestelden burgerrechtelijken maatregel èn straf. Hij wijst er op, hoe bij de toepassing van den dwangmaatregel — in tegenstelling met wat aan de straf eigen is — alle aan de mate van schuld ontleende over-

(1) Mr. ANDRIES, t. a. p. blz. 316, eerste kolom.

wegingen ontbreken. „Van de grootte zijner verdorvenheid (van den wanbetaler), van de mate zijner schuld aan het ingebreke blijven met betaling is dus de duur zijner plaatsing in het werkhuis geheel onafhankelijk. Veeleer is hier in vele gevallen eene omgekeerde evenredigheid te verwachten" (1). Welnu, *hier* ligt het dubium. Mocht die „omgekeerde evenredigheid" op den voorgrond treden, m. a. w. in het volksbewustzijn alle verband worden verbroken tusschen den duur van het verblijf in het werkhuis, d. w. z. een der hoofdfactoren van het leed hetwelk aan het individu wordt aangedaan, eenerzijds, en de mate van schuld van den wanbetaler anderzijds, dan zou *hier* een gevaar dreigen, n.l. *dit* gevaar, dat het rechtsgevoel zich van het nieuwe instituut zou afwenden en dus de grondslag daarvan zou gaan wankelen. Voor de toekomst van de eventueele regeling is dit punt van groot gewicht. Mocht, bij de toepassing van het theoretisch juiste beginsel in het werkelijke leven, de zedelijkheidsidee, of wil men liever de billijkheidsidee, onverzwakt kunnen doorwerken, dan zal de nieuwe maatregel met vertrouwen zijn intrede in ons rechts- en maatschappelijk leven kunnen doen. Zoo niet, dan zou de maatregel blijken te zijn het „hatelijk dwangmiddel", waarvan Mr. ANDRIES gewaagt.

Wij meenden op dit punt de aandacht te moeten vestigen, omdat de nieuwe maatregel — afgescheiden van zijne afschrikkende kracht, zijne preventieve werking, welke allerminst uit het oog mag worden verloren maar toch aan den anderen kant niet te hoog moet worden aangeslagen — vooral in zijne zedelijke beteekenis zijne rechtvaardiging moet vinden. Dat hij *overigens* geene hooge verwachtingen kan opwekken, staat o. i. vast. Wij

(1) Mr. L. CH. BESIER, t. a. p. blz. 308, tweede kolom.

noemden hierboven den arbeidsdwang eene meer logische reactie op het begane kwaad dan de gevangenisstraf; intusschen mag niet worden verzwegen, dat, zooals de commissie op blz. 33 opmerkt, er geen sprake van is, dat de onderhoudsplichtigen in het werkhuis voor hunne kinderen „den kost zouden verdienen" („daartoe heeft de arbeid, die in een werkhuis kan worden verricht, te weinig waarde en zijn de verpleegkosten te hoog") (1), zoodat die meer logische reactie nog zeer onvolkomen is. Wij kenden hierboven aan den arbeidsdwang een meer opvoedend karakter toe dan aan de gevangenisstraf, maar moeten *daartegenover* stellen het gevaar, dat het gezin van den plichtverzakenden vader tijdens diens verblijf in het werkhuis worde gedesorganiseerd en dus het groote doel, waarop 't in deze materie aankomt, n.l. het behoud en de opbouwing van het gezin, wordt gemist. Houdt men dan nog in 't oog, dat de ervaring, in het buitenland, met name in Duitschland, ten aanzien van de arbeidsdwanginrichtingen opgedaan, niet wettigt, 't is waar, een ongunstig maar evenmin een echt-gunstig oordeel over de verkregen resultaten, en ten slotte dat de vraag, waarom 't hier gaat, een deel uitmaakt van het geheele vraagstuk van de rijkswerkinrichtingen, zoodat de zaak nog meer gecompliceerd wordt en de moeilijkheden, reeds verbonden aan eene aannemelijke regeling van den dwangarbeid der plichtverzakende ouders, nog worden verzwaard, . . . dan zal men slechts zeer bescheiden verwachtingen omtrent de werking van het aanbevolen middel kunnen koesteren, ja! slechts met groot voorbehoud tot de wenschelijkheid van invoering

(1) In dien zin ook de heer G. A. M. DE BRUIJN in zijn vermeld praeadvies, t. a. p. blz. 99 («Geld verdienen ten behoeve van het gezin, moet als fictie beschouwd worden»).

van dien dwangarbeid hier te lande kunnen besluiten.

Nog een kort woord over de veelbesproken vraag: straf òf burgerrechtelijke maatregel? Voor eene beantwoording in beiderlei zin zijn goede argumenten aan te voeren. Toch zouden wij overhellen tot eene beantwoording in eerstgemelden zin. Allerminst zijn wij blind voor de voordeelen, welke aan eene burgerrechtelijke regeling van deze vrijheidsbeneming met arbeidsdwang zijn verbonden, voordeelen welke de commissie vooral ziet in de eenvoudigere eischen van het *bewijs* en in den *duur* van het verblijf in elk concreet geval, nl. niet te kort maar binnen den maximumtijd van drie jaren voorloopig onbepaald, d. w. z. geheel afhangende van de waarborgen, die de nalatige voor eene verbetering van zijn leven biedt (blz. 36). Maar toch schijnt ons de constructie van het burgerrechtelijk karakter eenigszins gewrongen, waar het karakter zelf van den „maatregel" dezen zoozeer doet naderen tot *straf*, ja! daarmede grootendeels doet samenvallen. De door de commissie aangevoerde argumenten zijn dus o. i. niet voldoende om de metamorphose in „burgerrechtelijken maatregel" te rechtvaardigen. Toegevende, dat 't hier niet eene zuiver theoretische vraag betreft maar eene, bij welker beantwoording ook gronden van opportuniteit in aanmerking komen, zouden wij toch aan deze laatste niet te veel kracht willen toekennen. Het *wezen* van den maatregel zal de wetgever 't best tot zijn recht doen komen door de beslissing daarover aan den strafrechter op te dragen.

III.

Wij meenen dus als ons oordeel te mogen uitspreken, dat nòch van eene uitbreiding van art. 255 Wetboek van Strafrecht en de strafbaarstelling van het niet-betalen

der onderhoudsuitkeering als zelfstandig misdrijf nòch van den bedoelden arbeidsdwang — theoretisch door ons gebillijkt, maar waarvan de invoering bedenkingen zou doen rijzen, waartegen de te verkrijgen voordeelen misschien niet zouden opwegen — belangrijke en bevredigende resultaten in den strijd tegen het kwaad zijn te wachten. Stemt dit tot moedeloosheid, niet 't minst waar de vermindering van het bestaande euvel onafwijsbare voorwaarde is voor de inderdaad goede, zegenrijke werking van onze, zooveel goeds gebracht hebbende, burgerrechtelijke kinderwetgeving? Neen. Mits in elk concreet geval *alles* worde beproefd om de toepassing van het ultimum remedium ('t zij dan gevangenisstraf, 't zij plaatsing in het werkhuis) te voorkomen, d. w. z. mits zoo krachtig en zoo intensief mogelijk er naar worde gestreefd die nakoming van den onderhoudsplicht langs anderen weg te bevorderen (1). Daartoe wordt al weder een beroep gedaan op het initiatief van de maatschappij zelve, op die — in de samenleving werkende — Vrije Kracht, welke op het terrein van de kinderbescherming zooveel vermag en ook hier te lande zooveel reeds tot stand heeft gebracht.

De vrije kracht! Wie denkt hier niet aan Engeland, waar zulk een eerbied afdwingende invloed is uitgegaan van de bekende Society for the prevention of cruelty to children? Wie voelt zich niet aangetrokken tot het beeld, zoo sprekend ons geteekend (2), van dien „met

(1) Bij de behandeling van het onderwerp in de Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid werd in 't bijzonder gewezen op het verband met onze nieuwe Armenwet (1912) en de mogelijkheid aangenomen, dat eene krachtige toepassing van de daarin gegeven voorschriften omtrent het *verhaal* der kosten van gunstigen invloed zal zijn op het optreden tegen nalatige gezinshoofden.

(2) Door den heer De Bruijn, t. a. p. blz. 87 vlg.

eindeloos geduld optredenden inspecteur", van wien zulk eene merkwaardige macht ten goede uitgaat, die de klachten opneemt over vervuiling, verwaarloozing, verwording, die niet alleen optreedt waarschuwend en raadgevend, maar zich ook van den toestand der gezinnen op de hoogte blijft houden, opvoeder, tevens vriend, zoo noodig ook de straffende hand, en bij dit alles krachtig er naar strevend om het gezin in stand te houden, dus om op te bouwen? Wie gevoelt 't niet, dat hier een uitnemend werk wordt gedaan, en dat ook hier te lande langs dezen weg van preventie nog meer bereikt kan worden dan thans, ook al zullen de prachtresultaten van Engeland wel niet kunnen worden verkregen?

Volkomen begrijpelijk is 't dan ook, dat onze commissie den blik naar overzee heeft gericht en pleit voor een meer algemeen gebruik (dan thans) van „probation officers", bezoldigde ambtenaren, die *preventief* optreden, door opheffing van het betrokken gezin den daarin bestaanden misstand trachten weg te nemen, zoodat ontzetting of ontheffing worden voorkomen, en die, ook door hunne ervaring, eene groote geschiktheid krijgen voor dezen zeer moeilijken arbeid (blz. 15). Is een verder stadium bereikt, n.l. ontheffing of ontzetting uitgesproken en eene uitkeering opgelegd, dan wil de commissie voor de inning der bijdragen en voor het voeling houden met de uitkeeringsplichtigen, die voor het oogenblik tot betaling onmachtig zijn, ook van bezoldigde beambten zien gebruik gemaakt: insgelijks dus een *preventief* optreden in dien zin, dat getracht wordt om de noodzakelijkheid van de aanwending van de meest ingrijpende maatregelen te voorkomen.

Op de vraag, of deze beide functies door *dezelfde* beambten zullen worden verricht, gaan wij niet in. Tegen-

over het gevoelen der commissie, welke met het oog op het geheel verschillend karakter van die functies — waar immers bij de *tweede* niet vereischt worden die gaven van verstand en hart, welke voor het vervullen der *eerst*bedoelde taak worden gevorderd — de vraag ontkennend beantwoordt (blz. 19), heeft eene insgelijks terzake deskundige met kracht het standpunt verdedigd, dat *het geheele werk* (beide functies, alsmede het toezicht op de voorwaardelijk veroordeelden) in ééne hand moet berusten, omdat in al die verschillende werkzaamheden het paedagogisch element sterk naar voren komt (1). Wij laten intusschen, waar wij slechts bezig zijn de hoofdlijnen van het vraagstuk te trekken, dit punt rusten, en bepalen ons nog tot drie algemeene opmerkingen.

De eerste is deze, dat bij de bedoelde „ambtenaren" het echte *ambtelijk* karakter afwezig zij of althans zoo weinig mogelijk naar voren trede. Al zal hun arbeid bezoldigd moeten worden, toch blijve ook in hen de vrije kracht van de maatschappij, waarvan juist *hier* zooveel verwacht mag worden, zooveel mogelijk belichaamd. Geen officieel karakter, geen rechtstreeksch verband met Staat of gemeente, geene ambtelijke hierarchie! Dezelfde overweging, welke mij destijds deed waarschuwen tegen het geven van het karakter van *politieambtenaar* aan den „ambtenaar voor de Kinderwetten", ja! tegen het verleenen aan dezen van eene aanstelling als onbezoldigd rijksveldwachter (2), doet mij ook te dezer plaatse op dit punt nadruk leggen. Het niet-ambtelijk karakter zal aan de *positie*, d. w. z. aan den zedelijken invloed van de personen, die met de hierboven omschreven moeilijke en kiesche taak belast worden, ten goede komen.

(1) Mevrouw MULLER—LULOFS, t. a. p. blz. 334, eerste kolom.

(2) In het opstel «Engelsche en Nederlandsche Kinderwetgeving», t. a. p. blz. 61.

Voorts worde ook onzerzijds er op gewezen, dat voor het succesvol optreden van de bedoelde ambtenaren, in 't algemeen voor het verkrijgen van de meest bevredigende resultaten met de preventieve actie, het van groot belang is, dat dezen achter zich voelen de krachtige en strenge wet. Ook Engeland leert dit. En hier te lande mogen de voorstanders van de ingrijpende maatregelen, door ons in dit opstel besproken, voorzeker zich op deze preventieve beteekenis beroepen als op een argument van waarde. Intusschen, deze werking zal ook reeds worden bevorderd door een krachtig *executierecht* ten opzichte van de ondanks alle minnelijke pogingen onbetaalde bijdragen, eene verscherping van de voorschriften betreffende de invordering. Ook als zelfstandig onderdeel van het door ons behandelde vraagstuk verdient dit punt, van zooveel gewicht voor het daadwerkelijk bevorderen van het nakomen van den onderhoudsplicht, al de aandacht welke daaraan van verschillende zijde is gewijd.

En dan, als derde of laatste stadium, komt de vraag zich opdoen van den verplichten arbeid. Mochten tegen het stelsel van plaatsing in het werkhuis, zooals de commissie zich dit gedacht heeft, tenslotte overwegende bezwaren bestaan, dan zou aanbeveling verdienen het denkbeeld, laatstelijk aangegeven in het hoofdartikel van het Weekblad van het Recht (no. 9827), nl. eene vrijheidsbeneming van korten duur als dwangmiddel tot betaling, een verbeterde vorm dus van den lijfsdwang, en bedoeld als uiterste executiemiddel. Ook naar onze meening zou van een dergelijk dwangmiddel eene beteekenisvolle preventieve kracht uitgaan.

De volgende conclusies meenen wij dus bescheidenlijk te mogen voordragen:

Het rapport van de commissie heeft op overtuigende

wijze de groote beteekenis van het kwaad van de „plichtverzakende ouders" aangetoond. Van de door haar geformuleerde wenschen verdienen zonder voorbehoud aanbeveling die, welke betrekking hebben op het bevorderen van eene krachtiger *preventie* en eene meer intensieve inning der vastgestelde onderhoudsuitkeeringen (1). Hieraan sluite zich aan een streng invorderingsrecht, met ruime executiemiddelen. Van de voorgestelde wijziging van art. 255 W. v. Sr., toelaatbaar en tot zekere hoogte aanbevelenswaardig, mag eenig resultaat — al is het niet belangrijk — worden verwacht. De vraag van de mogelijkheid van plaatsing in een werkhuis worde zeer ernstig overwogen: theoretisch verdedigbaar, zou zij door het rechtsgevoel worden gesteund; mocht eene zoodanige regeling mogelijk zijn, dat ook in de practijk die harmonie met het rechtsgevoel niet wordt verbroken, dan zou invoering wenschelijk kunnen zijn ondanks de groote bezwaren, daaraan verbonden.

Den moed om deze weinig gepreciseerde en vrij vage conclusies aan te bieden hebben wij geput uit de overweging, dat het aan de orde gestelde onderwerp zeer gecompliceerd is en zóò diep ingrijpt in andere belangrijke vraagstukken, dat slechts met groote behoedzaamheid mag geadviseerd worden omtrent de middelen tot beperking van het bestaande kwaad. Wij gevoelen 't ook hier weder zoo levendig, dat het „sociale vraagstuk" bovenal een *ethisch* vraagstuk is, tot den *mensch* komend met zijn: Herzie uzelf!

den Bosch, Nov. 1915. S. J. M. VAN GEUNS.

---

(1) Van het denkbeeld der commissie om aan de *ontzetting* te verbinden het verlies van actief en passief kiesrecht wordt door ons geen heil verwacht.

Waar de Deken der Haagsche balie, onze geachte medewerker Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, er prijs op stelde, dat onderstaand adres dier balie met bijlage in Themis een plaats zou erlangen, meende de redactie dit verzoek niet te mogen afslaan. Den meeste lezers van ons Tijdschrift zijn deze stukken vermoedelijk niet bekend, terwijl ook, wanneer de herziening van onze Burgerlijke Rechtsvordering Calendis Graecis plaats zal hebben gegrepen, het niet zonder belang is, dat men gemakkelijk kan nagaan hoe in 1914 de Haagsche balie over dit onderwerp dacht.

A.

Aan

Hare Majesteit de Koningin.

Geeft met diepen eerbied te kennen de Raad van Toezicht en Discipline der Orde van Advocaten bij den Hoogen Raad der Nederlanden,

dat die Orde aan eene Commissie uit haar midden heeft opgedragen de ontwerpen voor eene nieuwe regeling der burgerlijke rechtsvordering van twee Commissiën, benoemd eene door de Nederlandsche Juristenvereeniging en de andere door het Hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratischen Bond, te bestudeeren, te overwegen of van de zijde der Orde te dien aanzien eenige stap behoort te worden gedaan, en omtrent een en ander voorstellen te doen;

dat deze Commissie een rapport aan de Orde heeft uitgebracht, waarvan de Raad hierbij een afdruk eerbiedig aan Uwe Majesteit aanbiedt;

dat de Orde in hare vergadering van 23 Juni 1914 heeft verklaard zich met de beschouwingen van dat rapport te vereenigen, behalve ten aanzien van de afschaffing van de behandeling ter rolle, welke de meerderheid er prijs op stelt te behouden, als geregeld aan de leden der balie gelegenheid verschaffende tot overleg en bespreking van de tusschen hen hangende zaken, en den Raad heeft opgedragen Uwe Majesteit eerbiedig te verzoeken, gelijk de Raad bij deze eerbiedig verzoekt, om bij het wetsvoorstel

tot regeling of herziening van de burgerlijke rechtsvordering, dat, naar aanleiding van het rapport te verwachten van de door Uwe Majesteit bij besluit van 4 November 1911, *Stbl.* n°. 40, benoemde Staatscommissie, vermoedelijk zal worden ingediend, met de overige denkbeelden en argumenten in het rapport van de Commissie uit de Orde uiteengezet rekening te willen houden, en om de noodige maatregelen te willen gelasten, opdat de behandeling ter rolle, teneinde het tijdverlies der balie zooveel mogelijk te beperken, kan het zijn reeds nu, zoo worde geregeld dat bij elk rechtscollege, ook al houdt dit op meer dan één dag per week zitting, slechts één roldag zij en dat de werkzaamheden in Raadkamer niet beletten de openbare terechtzitting op het bepaalde uur te openen.

Hetwelk doende enz.

B.

Aan
de Orde van Advocaten bij den Hoogen Raad der Nederlanden.

Kort na elkander verschenen in den loop van den winter 1911/1912 een tweetal ontwerpen, bevattende een herziening van het Nederlandsche procesrecht. In den herfst van 1911 kwam de Commissie, aan welke door het Bestuur der Nederlandsche Juristenvereeniging, krachtens besluit der in 1907 gehouden Algemeene Vergadering, de opstelling van een dergelijk ontwerp was opgedragen, met haar arbeid gereed — in het vervolg aangeduid als O. J. V. —, terwijl in Februari 1912 een ontwerp het licht zag, samengesteld door eene commissie, benoemd door het Hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratischen Bond, aangeduid als O. V. D.

Naar aanleiding van de verschijning van deze voor-ontwerpen en de daarop gevolgde benoeming door de Regeering van eene Staatscommissie, aan welke het ontwerpen van de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd opgedragen, verzocht Uw Raad van Toezicht, ingevolge Uw besluit, de ondergeteekenden eene commissie te willen vormen, ten einde die voor-ontwerpen te bestudeeren, te overwegen of naar haar oordeel van de zijde der Orde te dezen aanzien eenige stap behoort te worden gedaan, en omtrent een en ander voorstellen te doen.

Onze Commissie, die taak aanvaardende, stelt zich geen partij ten aanzien van de vraag of het wel noodig is om, zelfs bij ingrijpende wijziging van de procesregeling, het bestaande wetboek te vervangen door een geheel nieuw, zonder zooveel mogelijk de oude redactie te behouden. Zij heeft zich op het standpunt gesteld, dat van haar werd verlangd eene beoordeeling der ontwerpen,

niet in alle bijzonderheden, doch slechts in hunne groote lijnen, en het wijzen eenerzijds op de voordeelen, anderzijds op de bezwaren daarvan voor de rechtzoekenden en voor de praktijk.

Terwijl onze Commissie alle hulde brengt aan de pogingen der ontwerpers om een snelleren procesgang en het vinden der materieele waarheid te bevorderen, van welke beide zij het groote nut en het groote belang ten volle beseft, zal zij toch tegen de wijze, waarop getracht is dit doel te verwezenlijken, in sommige opzichten naar haar oordeel ernstige bedenkingen in het midden moeten brengen.

I.

Des rechters aandeel in de leiding van het proces.

Beziet onze Commissie de groote lijnen der gedachte verbeteringen, dan trekt allereerst hare aandacht de wijziging van de rol, die den rechter in het proces is toegedacht.

Beide ontwerpen stellen als leidende gedachte voorop, dat gestreefd moet worden naar nauwere aanraking tusschen rechter en rechtzoekenden, opdat den rechter de ware toedracht der zaak blijke.

Hiertoe geeft de tegenwoordige wet den rechter verscheidene bevoegdheden.

Om twee voorbeelden te noemen:

de bevoegdheid tot het vragen van ophelderingen bij pleidooien;

de bevoegdheid om bij het verhoor op vraagpunten zelf vragen te stellen.

Het is algemeen bekend, dat de rechter van die bevoegdheden nagenoeg geen gebruik maakt.

Bijna nooit wordt bij of na pleidooien eene vraag gesteld en meer dan eens moeten de advocaten uit het vonnis tot het inzicht komen, dat de beteekenis van een aangevoerd feit of een betoog niet juist begrepen is.

Merkwaardig, dat bij de Afdeeling voor Geschillen van Bestuur van den Raad van State het stellen van vragen na de mondelinge toelichting, ook als deze door advocaten geschiedt, zeer gebruikelijk is. Daar geeft de vraag na pleidooien menigmaal aanleiding dat het volle licht schijnt op het punt, dat de kern uitmaakt van het geschil.

Bij verhoor op vraagpunten komt het voor, dat met een ja of neen wordt volstaan en de Voorzitter zelfs weigert in te gaan op een verzoek van een der raadslieden om dit ja of neen nader te laten motiveeren.

Het is voor onze Commissie nooit recht duidelijk geworden waarom de rechter zich op die wijze pleegt te gedragen.

De Lijdelijkheid (met kapitale L), menigmaal als verschooning

aangevoerd, komt niet in het gedrang door gebruik te maken van bevoegdheden, die de wet met de lijdelijkheid vereenigbaar acht.

Hoe dit zij: op het feit dat de wet bevoegdheden geeft, en de rechter deze ongebruikt laat, worde hier nogmaals gewezen. Het doet twijfel rijzen of de rechter van de nieuwe bevoegdheden, welke hem bij de ontwerpen zijn toegedacht, wel het gebruik zal maken, dat de ontwerpers verwachten.

Als onze Commissie nu tot vereenvoudiging van het overzicht zich op dit punt hoofdzakelijk bezig houdt met het O. J. V., dan blijkt uit het ontwerp zelf niet dat men den rechter eene geheel andere plaats in het geding wil aanwijzen. De toelichting echter doet aan het licht komen, dat men den rechter inderdaad eene geheel andere rol toedenkt.

„Het zwaartepunt in het nieuwe proces is de terechtzitting", aldus de toelichting O. J. V., blz. 78.

De dagvaarding is uitgebracht; eene voorbereidende wisseling van conclusies en productie van stukken heeft plaats gehad; de dag van de zitting is vastgesteld.

Daar verschijnen partijen met getuigen en deskundigen en bijgestaan door den advocaat.

De advocaten dragen het geschil voor en vervolgens wordt de feitelijke grondslag der zaak vastgesteld, zoo noodig uit den mond van partijen, getuigen, deskundigen.

Onze Commissie zal hieronder eenige algemeene opmerkingen maken over deze regeling en enkele détails behandelen; zij stelt zich daarbij op het standpunt, dat de geschetste gang van zaken wordt gevolgd; deze is eenvoudig; hij geeft partijen den gewenschten persoonlijken toegang tot den rechter; hij is in overeenstemming met hetgeen vele rechtzoekenden meenen te behoeven om hunne zaak goed tot haar recht te doen komen.

Waar nu de gelegenheid voor de raadslieden geopend wordt om in ruimer omvang dan tot dusver ter terechtzitting door partijen en getuigen te doen mededeelen al wat deze weten van den feitelijken grondslag van het geding — en hiermede kan onze Commissie zich ten volle vereenigen —, mag worden ondersteld, dat voor den rechter eer minder dan meer behoefte zal bestaan dan thans om van hem verleende bevoegdheden tot ingrijpen gebruik te maken.

Daartegenover staat, dat bij de toekenning der bevoegdheid aan den rechter om uit de houding van partijen zoodanige gevolgtrekkingen te maken of zoodanig bewijs te putten als hij zal vermeenen te behooren (art. 127 O. J. V.), hij zich juist geroepen zal achten zelfstandig zich gegevens te verschaffen om zijn indruk te vestigen.

Onze Commissie wenscht nu te wijzen op een gevaar, dat zich ondanks den vrij onschuldigen tekst van het ontwerp zal kunnen ontwikkelen.

De terechtzitting wordt geleid door den President, die geacht wordt de stukken te kennen, niet in dien zin dat hij terstond het dossier in zijn geheel met eisch en antwoord heeft doorgelezen, neen, hij heeft daarvan druppelsgewijze, naar gelang conclusiën werden genomen en producties werden gedaan, inzage gehad. Hij heeft reeds bevelen van instructie gegeven, somwijlen partijen reeds persoonlijk gehoord.

Nu wordt de zaak toegelicht, partijen worden ondervraagd, getuigen, deskundigen eveneens.

De President staat bloot aan eene verleiding, die in de praktijk wellicht te sterk zal blijken.

Die verleiding is, dat hij, meenende de zaak geheel te kennen, bij het onderzoek het heft in hande neme en, geschoold in de strafkamer, de instrueerende figuur op de terechtzitting wordt.

Het ontwerp V. D. schijnt die rol zelfs uitdrukkelijk aan den President toe te wijzen.

Zou men dit als nieuw systeem willen invoeren?

Dat men dezelfde persoon wil laten instrueeren en straks als volkomen onbevangen rechter de zaak wil laten beslissen?

Instructie en beslissing behooren nooit in ééne hand te zijn.

Bij instructie moet men zich noodzakelijk voorstellingen maken van het resultaat van het onderzoek waarop men aanstuurt; zich van die voorstellingen weder volkomen vrij te maken, indien de feiten de gedachte lijn niet geheel volgen, is een zeer zware eisch.

Daarbij komt het gevaar, dat hetgeen men zelf gevonden heeft, te hoog in eigen oordeel wordt geschat.

Ook heeft de rechter het niet in zijne macht zich vóór een bepaald oogenblik van het vormen van eene meening te onthouden; ontveinst hij zijne reeds gevormde meening, dan zal zijn optreden het kenmerk van onwaarheid dragen; laat hij in den loop der instructie zijne meening kennen, hij zal naar het oordeel van minstens ééne der partijen altijd nog te vroeg zijn oordeel hebben gevormd, en — men onderschatte dit bezwaar niet — de wijziging van eene eenmaal *geuite* meening zal moeilijk vallen.

Zonder nog den nadruk te leggen op de verschillende redenen waarom door velen betwijfeld wordt of de samenstelling der rechterlijke macht thans niet te wenschen overlaat, zal men moeten inzien dat het haar stellen van de nieuwe, hooge eischen, die uit de ontwerpen voortvloeien, niet verantwoord is.

En men bedenke, dat de benoeming van één ongeschikt — doch onafzetbaar — man op de plaats vanwaar toon en leiding zou moeten uitgaan, jaren lang de rechtspraak tot ernstig nadeel strekken kan.

Het zwaartepunt der instructie te verplaatsen is ook onnoodig. De raadsman ter terechtzitting heeft belang door partij, getuigen enz. te laten bevestigen wat grondslag voor de beweringen van zijn client is; hij heeft volkomen vrijheid om zelf partij, getuigen enz. alle vragen te stellen die hem, na de eenzijdige voorlichting van zijn client, voor dezen noodig voorkomen.

Van deze bevoegdheid wordt straks in tegengestelde richting gebruik gemaakt door den advocaat der wederpartij en deze zelve.

Men gevoelt dat daarbij leiding en waarborg dat de perken van eene redelijke ondervraging niet worden overschreden onmisbaar zijn en dat deze moet uitgaan van en worden gevonden in den rechter, die buiten partijen staat.

Maar dat bij de aan de raadslieden gegeven vrijheid — waarvan zonder twijfel gretig gebruik zal worden gemaakt — nog behoefte zou bestaan aan instructie van den rechter uitgaande, komt onaannemelijk voor.

Men ontneme den rechter niet de bevoegdheid om, als hem de toedracht van zaken niet duidelijk is, opheldering te vragen; er is ook geen overwegend bezwaar hem, als men dit een practischen maatregel acht, vrijheid te geven overlegging van bepaalde stukken of verhoor van bepaalde getuigen te bevelen, hoezeer dit in menig geval noodelooze kosten en tijdverlies zal medebrengen, maar men vermijde alles wat aanleiding kan geven dat in de praktijk dezelfde rechter, die straks tot onbevangen beslissing wordt geroepen, de leidende rol vervult bij de instructie der zaak.

Daartegen bestaat ook dit groote bezwaar. Het onpartijdig wikken en wegen om te geraken tot eene rechtvaardige beslissing, eischt groote gaven; het verhooren van partijen en getuigen, nog wel bij eene zoo weinig geschikte gelegenheid als eene publieke audiëntie, eischt geheel andere eigenschappen. Eigenschappen niet zonder beteekenis, maar niet van ééne rangorde met de begaafdheid van het zuiver oordeel.

Ieder lid der balie kent uit zijne ervaring mannen, aan wie men met vol vertrouwen eene moeilijke beslissing in zaken, waarin men zelf het dubium erkent, toevertrouwt. Hun kent men de gave van dat onbevangen wikken en wegen toe. Maar slechts zelden vereenigen zij in zich de eigenschappen om slagvaardig een verhoor te leiden. Is het niet menigmaal gebleken, dat de wetenschappelijke jurist en goede rechter niet voldeed als president van de strafkamer? Dezulken behooren op de eerste plaatsen in de rechterlijke macht, maar bij de nieuwe regeling zal van hen ook in het civiel geding een geschiktheid gevorderd worden, die zij niet bezitten, en zij zullen zich daarom zien achtergesteld.

Onze Commissie zou het betreuren, als niet meer de beste elementen de eerste plaatsen konden innemen.

En op welke wijze zal de waarheid het spoedigst en het meest

volledig aan het licht komen, bij ondervraging door den advocaat die de zaak door en door kent en zich reeds heeft vergewist wat ieder der ondervraagden in staat is mede te deelen, of door den president die precies zooveel van de zaak weet als men in de stukken daarover heeft goedgevonden mede te deelen?

De vraag stellen is haar beantwoorden.

Ten slotte is het niet onverschillig, welken indruk de rechtzoekende van de behandeling zijner zaak medeneemt.

Voor hem is deze wijze van behandeling redelijk, dat hij desverkiezende met zijn raadsman, getuigen en deskundigen verschijnt, de tegenpartij evenzoo en dat na het debat tusschen deze allen onderling de rechter, na wellicht eenige opheldering te hebben gevraagd, daarna — buiten den strijd gebleven — de beslissing geeft.

Aldus krijgt hij het besef van de gelijkheid van partijen voor den rechter en indien hij het onderspit delft, zal hij inzien, dat dit te wijten is aan zijne zaak zelve of de onvoldoende behandeling, die dan aan hem, aan zijn advocaat, aan de getuigen valt toe te schrijven. De rechter zal buiten zijn verwijt vallen.

Wil men toetsen of de indruk dezelfde is, indien deze man den rechter de leiding in handen ziet nemen en later van dienzelfden rechter de uitspraak ontvangt, dan putte men ervaring uit het strafproces.

De schijn zelfs dat 's rechters oordeel nog moet gevormd worden, wordt daar menigmaal opgeoefferd.

Het ontwerp V. D. wijkt nog verder af van de lijn, welke onze Commissie de juiste acht.

Het trekt zeer de aandacht, dat men de vraag over de aanraking van rechtzoekende en rechter en die over 's rechters leidende rol bij de instructie, als ééne vraag heeft voorgesteld, deze vragen als het ware heeft geidentifieerd.

Onze Commissie acht dit eene misvatting.

Zij zijn twee onderscheiden vragen.

Hadden de ontwerpen zich van dit onderscheid voldoende rekenschap gegeven, dan zou men hebben moeten stilstaan bij dit gezichtspunt of, gegeven de ontworpen procesgang, niet reeds aan de bezwaren was tegemoet gekomen, ook zonder dat men het beginsel van de onbevangenheid des rechters prijsgaf.

Naar het oordeel onzer Commissie zou het antwoord zijn geweest, dat de grief: „dat in vele gevallen het onderzoek naar den feite-„lijken grondslag van het geschil te wenschen overlaat", ondervangen wordt door de ontworpen behandeling ter terechtzitting, mede in aanmerking nemende de secundaire bevoegdheden den rechter toegekend, gelijk boven is aangegeven.

Noodig noch gewenscht is het des rechters taak tot eene geheel andere te maken.

Men zoude in hem in zijne tweeledige positie een vrijwel overbodig instructeur winnen, doch een goeden rechter verliezen.

Dat men wil voorkomen dat de rechter bij de instructie der zaak op de zitting de leiding neme, dient uit de wet te blijken.

Daarom verdient het aanbeveling bij de regeling van de ondervraging van getuigen, partijen en deskundigen, de ondervraging door de advocaten en desverlangd door partijen zelve verplicht te stellen, met de toevoeging, dat deze daarna, indien dit ter opheldering nog wenschelijk voorkomt, ook door den rechter kan geschieden.

Op dit punt is de meening onzer Commissie dus deze: behoudens de algemeene opmerkingen, die hieronder zullen volgen, en afgezien van details, kan zij zich met den ontworpen procesgang vereenigen; tegen de nieuwe taak der instructie, den rechter opgedragen, maakt zij ernstig bezwaar.

Een tweede punt in den procesgang, dat de aandacht onzer Commissie trok, was het onderwerp van de

Regeling der Termijnen.

Onze Commissie stelt bij de behandeling van dit punt uitdrukkelijk op den voorgrond, dat zij bij hare overwegingen in de eerste plaats geleid is door de belangen der rechtzoekenden, en dat geenszins het persoonlijk belang der advocaten den doorslag heeft gegeven, zelfs niet waar de Commissie zal trachten aan te toonen, dat invoering en toepassing van de voorstellen daaromtrent het beroep van advocaat weinig begeerenswaard zouden maken, en als hare stellige overtuiging moet uitspreken, dat de gedachte regeling zeer spoedig ten gevolge zou hebben dat die loopbaan door de overgroote meerderheid der meest bekwame en nauwgezette in de rechten gepromoveerden niet meer als blijvende loopbaan zal worden gezocht.

Immers waar naar de meening onzer Commissie eene onafhankelijke, bekwame, hoogstaande balie, tot welke de recht of voorlichting zoekenden zich met vertrouwen kunnen wenden, eene levensvoorwaarde is voor de vrijheid der ingezetenen en voor eene behoorlijke toepassing van het recht, en dus de belangen van ons volk eischen het voortbestaan daarvan te verzekeren, indien, onverhoopt, Regeering en Vertegenwoordiging daarover anders mochten denken of wel maatregelen mochten nemen, welke in strijd met hare bedoeling de positie der balie ernstig zouden verzwakken, dan zal ons volk de schade lijden, niet de advocaten persoonlijk. Want juist zij, wier aanwezigheid in de balie in de eerste plaats noodig is om deze hare positie te doen behouden, zullen zonder

twijfel een anderen niet minder eervollen, niet minder loonenden werkkring kunnen vinden, terwijl het persoonlijk belang van hen, die mochten overblijven, door heengaan der eersten slechts zal worden gebaat.

Wat hen, die in de eerste plaats voor de balie moeten behouden worden, daarin doet blijven, is, naast het vooruitzicht van, de hoop op een drukke practijk, ook de aantrekkingskracht, welke het beroep van advocaat uitoefent en die niet het minst gelegen is in de gelegenheid, welke dat beroep schenkt om *onafhankelijk* zijn volle arbeidskracht te geven aan de belangen van anderen en zich nuttig te maken. Die aantrekkingskracht zal voor een groot deel verloren gaan wanneer de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep voortdurend afhankelijk is van het inzicht van anderen en belemmerd wordt door knellende voorschriften, en wanneer die zelfde voorschriften vrijwel alle uitzicht op eene drukke practijk benemen. Geen advocaat is hier te lande door de practijk rijk geworden. Het hoogste wat de practijk oplevert, en dit nog slechts voor een beperkt getal advocaten, is een zoodanig inkomen, dat men daarvan eenigszins ruim kan bestaan, in enkele gevallen een bescheiden vermogen verwerven. Het een zoowel als het ander zijn het rechtmatig loon voor inspannenden, zwaren arbeid en kunnen niet worden misgund. Wil men het uitzicht hierop afsnijden, hij, die lust heeft in werken en alleen daarmede voor zich en zijn gezin een flink en eervol bestaan kan vinden, zal niet langer een beroep kiezen, waarin hij niet kan hopen dat te bereiken. En zelfs de weinigen, de uitzonderingen, die, omdat zij eigen vermogen bezitten of geen gezin hebben te onderhouden, dat niet mochten verlangen, zullen dan toch den eisch stellen dat zij hunne practijk, onafhankelijk en als zelfstandige mannen, met eere en zelfvoldoening kunnen uitoefenen.

Welnu, de regeling van de termijnen voor de conclusiën in beide ontwerpen, eene regeling waarbij de samenstellers zich naar het oordeel onzer Commissie volstrekt onvoldoende rekenschap hebben gegeven van de werkelijkheid en veel te weinig hebben rekening gehouden met de groote verscheidenheid en de talrijke bezwaren en moeilijkheden, die zich der advocatie voordoen, maakt, naar onze Commissie vermeent, de uitoefening van eene drukke praktijk op behoorlijke wijze volstrekt onmogelijk, en zal dikwijls zelfs een advocaat met weinig drukke praktijk in ernstige ongelegenheid brengen.

Terwijl thans de rechter uitstellen, waartegen de tegenpartij geen bezwaar maakt, moet toestaan, willen de beide ontwerpen dat de rechter over elk gevraagd uitstel vrij beslist en dit, ook al stemt de tegenpartij toe, slechts mag toestaan indien daarvoor naar zijn oordeel gewichtige redenen aanwezig zijn (Zie artt. 46, al. 2, 47, al. 1 en 2, en 48 O. V. D. en artt. 179 en 180 O. J. V.).

Voor eene juiste beoordeeling is het noodig de oorzaken der uitstellen na te gaan.

Vooreerst liggen die oorzaken in de zaken zelve; er zullen dus uitstellen onder welke regeling ook noodig blijven. Er komen zeker zaken voor, waarin elk uitstel ongerechtvaardigd is en zelfs de termijnen, bij de ontwerpen toegestaan, nog te lang zijn. Maar zoo is het in de meeste zaken niet. De partij, die op beweringen van de tegenpartij moet antwoorden, in de eerste plaats dus de gedaagde, maar dikwijls ook de eischer, kan meer tijd behoeven dan den termijn dien de wet hem geeft. De advocaat moet door den cliënt op de hoogte worden gesteld van de feiten; hij moet, alleen of met bijstand van zijn cliënt, opsporen en ziften wat ter zake dienstig is, waartoe noodig kan zijn het instellen van onderzoekingen, het lezen en bewerken van omvangrijke dossiers, soms in archieven, het inwinnen van inlichtingen bij derden, het hooren van getuigen of deskundigen. Als nu de advocaat het feitenmateriaal kan overzien, komt dikwijls een nader juridisch wetenschappelijk onderzoek aan de orde, waarvoor diepgaande studie van literatuur en jurisprudentie noodig kan zijn. Eerst daarna kan worden beslist of en welke verdediging moet worden gevoerd en kan de conclusie worden gesteld.

Zeker kan dit alles dikwijls in korten tijd geschieden, maar even dikwijls zal het, zelfs al zou de advocaat niets anders te doen hebben en al zijn tijd aan die ééne zaak kunnen besteden, geruimen tijd vorderen. Men make zich niet de illusie (zie Toelichting van O. J. V. blz. 82), dat in het stelsel der ontwerpen minder tijd voor het gereed maken der conclusiën noodig zal zijn. De ontwerpers stellen zich te veel voor, dat, indien ruimer gelegenheid zal toegelaten worden om de eens gestelde feiten en rechtsgronden nog bij de mondelinge behandeling aan te vullen, de conclusies van partijen vanzelf niet zoo in bijzonderheden zullen behoeven te worden uitgewerkt, korter en gemakkelijker te stellen zullen zijn, en dus minder tijd zullen vergen. Bij den wensch om het zwaartepunt der behandeling naar de terechtzitting te verleggen, zien zij over het hoofd het belang dat aan eene preciese schriftelijke voorbereiding is verbonden. Altijd zal de practijk er de voorkeur aan blijven geven om de uiteenzetting der feiten zoo volledig mogelijk op schrift te stellen, omdat het op die wijze korter en helderder dan ooit bij mondelinge behandeling kan geschieden en omdat het de eenige weg is om te voorkomen, dat ter terechtzitting, met verlies van de duidelijkheid en van veel tijd, eene reeks van misverstanden zal rijzen, misschien hopelooze verwarring zal ontstaan.

Juist hoe meer men op de terechtzitting de leiding van de behandeling der zaken bij den rechter brengt, hoe meer zal blijken het groot belang om de conclusies juist en volledig te stellen, opdat de rechter reeds vóór de zitting daarin zoo volledig mogelijke voorlichting zal kunnen vinden.

Dit alles, men vergete het niet, geldt voor den gedaagde in dubbele mate. Voor zijne dagvaarding is de eischer aan geen termijn gebonden, hij kan aan de voorbereiding daarvan zooveel tijd besteden als hij meent noodig te hebben, doch de gedaagde kiest het oogenblik niet, waarop hij wordt gedagvaard. Hij kan buitenslands zijn, de personen, die inlichtingen moeten verstrekken, kunnen afwezig of moeilijk te bereiken zijn. Uitvoerige briefwisseling kan noodig wezen om zich zekerheid omtrent de bedoelingen van den cliënt te verschaffen; ook de advocaat kan ongesteld zijn. Onze Commissie meent dat alle deze oorzaken ook in het stelsel van de ontwerpen voldoende grond voor den rechter moeten en zullen zijn om uitstel toe te staan, al doet de toelichting van het O. V. D. blz. 63 vreezen dat vele in het oog van de ontwerpers geen genade zouden vinden, waar die toelichting b.v. slechts *ernstige* ziekte van den gedaagde of zijn advocaat noemt en daarvan zegt dat deze een gewichtige grond zou *kunnen* wezen.

Al zou echter mogen worden aangenomen, dat de ontwerpen milder zullen worden toegepast dan de stellers der genoemde toelichting schijnen te begeeren, dan moet toch met nadruk er op worden gewezen, dat in het stelsel der beide ontwerpen het bestaan der gewichtige redenen, waarom uitstel wordt verlangd, in elk bijzonder geval aan den rechter moet worden aangetoond en dat dit in meer dan één opzicht groote bezwaren èn voor den rechter èn voor de advocaten zal medebrengen.

De rechter zal, wil hij eene rechtvaardige beslissing geven, in vele gevallen er wel niet buiten kunnen zich vooraf van de procedures op de hoogte te stellen en hiertoe de dossiers moeten nagaan. Vervolgens zal hij de advocaten dienen te hooren om nader de redenen voor hun verzoek te vernemen. Met een en ander gaat kostbare tijd verloren. Maar ook in eenvoudiger zaken is de beslissing niet zoo gemakkelijk als de ontwerpers wel schijnen te meenen.

In den regel, behalve voor het geval van ziekte van partij of advocaat, zal geen ander bewijs voor het bestaan van een gewichtige reden voor uitstel zijn bij te brengen dan de verzekering van den advocaat, die uitstel vraagt. Mag de rechter daaraan geloof slaan en alleen op grond daarvan het uitstel toestaan, dan zal hij het als regel moeten doen ten aanzien van ieder verzoek, op zulke verzekering gedaan. Want anders drukt hij op den advocaat, wien hij een uitstel weigert, dat alleszins gerechtvaardigd zou zijn als het aangevoerde juist ware, een stempel van onbetrouwbaarheid, wat tot een allerminst gewenschte verhouding tusschen rechter en balie zal leiden. Anderzijds zal het gevaar dat de rechter, zij het ten onrechte, verdacht zal worden aan de verzekering van den eenen advocaat gemakkelijker geloof te slaan dan aan die van den ander, het hem zeer moeilijk maken verzoeken te weigeren. En meerder bewijs te eischen zou in de practijk neerkomen op weigeren van bijna elk uitstel, ook al is het bepaald noodig.

Wanneer voorts moet het uitstel gevraagd worden? Niet te kort vóór den dag, waarop de termijn verstrijkt, want dàn zou weigering van uitstel, waaraan men in het stelsel van de ontwerpen steeds bloot staat, absoluut onmogelijk maken nog, hoe onvolledig en zonder behoorlijke kennis der zaak ook, eene conclusie gereed te krijgen. Dus vroeger, eenigen tijd vóór dat de termijn verstrijkt; doch hoe vroeger het uitstel gevraagd wordt, hoe meer gevaar dat het uitstel wordt geweigerd, en hoe moeilijker het voor den conscientieusen advocaat, die slechts de volle waarheid wil zeggen, zal zijn om de verzekeringen te geven noodig om het uitstel te verkrijgen, want dikwijls zal hij eerst zeer kort, te kort voor het verstrijken van den termijn, met zekerheid weten of hij al dan niet de voor zijne conclusie noodige gegevens bezit. De beslissing of en zoo ja wanneer uitstel zal moeten worden gevraagd, zal de taak van den eerlijken advocaat uitermate verzwaren en hem in het rustig en daardoor spoedig afwerken ernstig belemmeren.

En wie zal van eene onjuiste beslissing van den rechter het kind van rekening worden? Het komt onze Commissie voor, dat bij de ontwerpen deze zijde der zaak maar al te veel over het hoofd is gezien. In de eerste plaats wordt de cliënt het slachtoffer, hetzij voor hem geen conclusie, hetzij slechts eene onvolledige conclusie kunne worden genomen, en hij daardoor zijn proces verliest. Wat, wanneer de advocaat zich aan de zaak onttrekt omdat het hem niet mogelijk is tijdig te concludeeren en hij er voor bedankt eene onvolledige conclusie te nemen? Wellicht zal de cliënt zich over zijn advocaat bij den Raad van Toezicht beklagen, doch de mogelijkheid is geenszins uitgesloten, dat deze na een behoorlijk onderzoek, dieper dan den rechter bij de beslissing over het uitstel mogelijk zal zijn, beslist dat de tijd inderdaad voor den advocaat te kort was om eene behoorlijke conclusie gereed te maken en den advocaat vrijspreekt. Hoe zal dan de stemming van den cliënt zijn ten aanzien van den rechter, die hem zijn behoorlijke verdediging onmogelijk heeft gemaakt?

Eindelijk verlieze men niet uit het oog dat, terwijl het dringend noodig is de procedure zoo in te richten dat den advocaat alle onnoodig tijdverlies wordt bespaard, omdat hij daardoor meer gelegenheid zal hebben zijn werk spoedig af te doen, de voorgestelde regeling voor den advocaat juist groot tijdverlies zal medebrengen. Uitstellen om de boven vermelde oorzaken zijn noodig vooral in bewerkelijke zaken, die veel tijd eischen, en nu zal de advocaat, die een of meer zulke bewerkelijke zaken onderhanden heeft, gedwongen worden om de zittingen bij te wonen, om de noodzakelijkheid van het verlangde uitstel toe te lichten; hij die de zaak kent zal dit *zelf* moeten doen, hij kan dit niet overlaten aan een anderen of jongeren confrère, gelijk nu met de rol geschiedt en geschieden kan, omdat thans vragen en verleenen van uitstel vooraf kan geregeld worden en hetgeen op de zitting geschiedt meestal slechts

eene formaliteit is; hij zal het zelf moeten doen, want als uitstel noodig is, zijn de gevolgen van weigering daarvan te ernstig dan dat hij de behandeling daarvan kan overlaten aan iemand, die niet van alle détails op de hoogte en niet verantwoordelijk is. Zelfs als de rechter juist op tijd begint, de zaak waarvoor men komt vooraan op de rol staat en de rechter spoedig beslist, zou dat gaan naar de zitting reeds een groot tijdverlies zijn. Doch op dat alles valt allerminst te rekenen, en hoe conscientieuser de rechter overeenkomstig de bedoeling der ontwerpen zijne taak bij het beslissen over uitstellen opvat, hoe grooter het tijdverlies zal zijn en hoe meer dus de regeling, die spoed beoogt, het den advocaat bezwaarlijk zal maken om dien spoed te betrachten.

Reeds deze gevolgen der voorgestelde regeling, de onzekerheid voor den advocaat of hij eene zaak, die hij op zich heeft genomen, met het oog op de termijnen behoorlijk zal kunnen behandelen, de afhankelijkheid te dien aanzien van den rechter, die in menig geval niet op de hoogte is van de bezwaren, waarmede de advocaat in zijne praktijk heeft te kampen, de onmogelijkheid om bewijs te leveren voor hetgeen de advocaat stelt, de moeilijkheid der beslissing of uitstel zal worden gevraagd en zoo ja wanneer, de ernstige gevolgen voor zijn client als uitstel geweigerd wordt, het gevaar dat de verzekeringen, die men den rechter doet, niet worden geloofd, zullen het beroep van advocaat voor hoogstaande en onafhankelijke mannen zeer weinig begeerenswaardig maken.

In de tweede plaats ligt de oorzaak van uitstellen thans hierin dat de verschillende zaken, die advocaten met eenige praktijk tegelijkertijd behandelen, het hun onmogelijk maken op ieder oogenblik aan elke zaak, met welker behandeling zij zich belasten, hun vollen tijd te geven.

Indien met deze oorzaak door den rechter bij het verleenen van uitstellen geen rekening zou mogen worden gehouden, wordt de uitoefening van eene eenigszins drukke praktijk op behoorlijke wijze eenvoudig onmogelijk. Bij elke praktijk van eenige beteekenis loopen verschillende zaken samen: men kan geen twee dingen tegelijk doen en dus moet de eene zaak aan de andere voorgaan; steeds moet de advocaat beslissen welke zaak hij het eerst ter hand zal nemen naar gelang van den spoed, dien de verschillende op afdoening wachtende zaken naar zijn overtuiging eischen met inachtneming van alle omstandigheden, die daarop van invloed zijn en die hij alléén kent. Men zegt: elk proces eischt spoed; de Commissie wil het niet tegenspreken, maar even zeker is het dat het ééne proces meer spoed eischt dan het andere; voor den éénen cliënt is spoedige afdoening een levensbelang, voor den anderen bijna onverschillig, en hoeveel schakeeringen liggen niet daartusschen.

Men vergete verder niet, dat een advocaat ook andere zaken heeft dan processen, en dat deze zaken niet minder belangrijk zijn.

Er zijn werkzaamheden buiten proces, die den uitersten spoed eischen, adviezen ten aanzien van overeenkomsten of andere zaken, die werkelijk geen uitstel kunnen lijden, conferentiën over dringende zaken soms buiten de stad, besognes, die slechts op een bepaalden dag kunnen geschieden, of daarop zijn vastgesteld.

Dikwijls zal de advocaat niet eens zijn werkplan kunnen uitvoeren, meermalen gebeurt het dat hij door voortdurende bezoeken van cliënten, door nog dringender werk, dat met latere posten komt, door telephonischen of telegrafischen oproep voor dringende conferenties, van zijn werkplan zoo goed als niets heeft kunnen afdoen; ja, het komt niet zoo zeldzaam voor, dat men een geheele week, terwijl men toch zoo inspannend mogelijk heeft gearbeid, niets heeft kunnen doen aan werk, dat men zich vast had voorgenomen reeds Maandag gereed te maken.

Voorts: er is werk dat tusschen ander werk door, of tusschen conferentiën in kan worden gemaakt, maar er is ook werk, waarvoor men een zekeren rustigen tijd, soms een aantal dagenachtereen zoo goed als onafgebroken arbeid behoeft, werk waar men geheel in moet zijn, dat als men het afbreekt en later weder opvat veel meer tijd kost en minder goed geschiedt; zulk werk *moet* wachten tot men zich dien rustigen tijd heeft kunnen verzekeren door eerst af te doen wat in de eerste dagen moet geschieden en andere zaken die minder haast hebben te laten liggen. Soms duurt het dagen, maar ook wel eens weken voordat men zich dien rustigen tijd heeft verzekerd. De Orde weet dat dit de werkelijke voortdurende toestand op een druk advocatenkantoor is en dat ook op kantoren waar het niet voortdurend zoo druk is, dit toch gedurende geruimen tijd kan voorkomen, al zal daarna een tijd van betrekkelijke kalmte intreden.

Ieder die overtuigd is, dat deze voorstelling niet overdreven is, moet begrijpen, dat de advocaat thans zaken, die bijzonderen spoed eischen, (en daaronder ook die, waarin de tegenpartij op conclusie aandringt), slechts met spoed kan afwerken, omdat hij er zeker van is voor zijne andere zaken zoo noodig uitstel te kunnen verkrijgen; dat, hoe gaarne de advocaat ook spoedig zou willen concludeeren, uitstellen en herhaalde uitstellen noodzakelijk kunnen zijn.

Onze Commissie kan dan ook niet krachtig genoeg als hare overtuiging uitspreken dat deze oorzaak van uitstellen onvermijdelijk is voor den advocaat, die zijn werk goed en nauwgezet wil doen, en het voortdurend of bij tusschenpoozen zeer druk heeft. Hij weet dat hij met behoorlijke inachtneming van de belangen der praktijk, zijn werk met volle krachtsinspanning kan gereed maken, mits hij binnen billijke grenzen vrijgelaten worde in de bepaling wat telkens het eerste moet geschieden.

Zonder zijne praktijk te vermoorden kan hij in de meeste gevallen niets doen om in dien toestand verandering te brengen.

Associatie, waaraan men licht geneigd zou zijn als een hulpmiddel te denken, biedt geen voldoende hulp. Vooreerst is het niet gemakkelijk een goeden associé, en alleen daaraan heeft men iets, te vinden. Maar vervolgens steunt, althans te 's-Gravenhage, en vermoedelijk ook elders, de praktijk, ook de correspondentiepraktijk, op persoonlijk vertrouwen en is het reeds daarom niet gemakkelijk de behandeling zijner zaken aan een ander over te laten. En blijkt de associé eene deugdelijke werkkracht te zijn, zoodat men hem zelfstandig kan laten werken en cliënten en correspondenten er geen bezwaar tegen hebben dat hij hunne zaken behandelt (en alleen dàn is hij eene werkkracht die helpt), dan heeft hij reeds het vertrouwen der rechtzoekenden gewonnen en brengt hij zelf nieuwe praktijk aan; de meerdere werkkracht wordt dan door meer werk opgewogen.

Zou dan de advocaat met eene drukke praktijk zaken moeten weigeren, om die welke hij blijft aannemen met meer spoed te kunnen behandelen? Dit schijnt onze confrère Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS te meenen, die in zijn artikel „De Advokaat" (Themis jg. 1913 blz. 83) het een misbruik noemt dat de praktijk zich bij enkelen ophoopt, en het voorschrijven van vaste termijnen aanbeveelt om daaraan een einde te maken. Al dadelijk ziet hij over het hoofd, dat dit de rechtzoekenden op ernstige wijze zou belemmeren in de vrije keuze van hun advocaat, terwijl men in den regel er juist bijzonderen prijs opstelt te worden bijgestaan door den raadsman in wien men nu eenmaal vertrouwen heeft. Aanwending van het middel, dat Mr. VAN STIPRIAAN wil, zou er toe leiden, dat de rechtzoekende zich moet voorzien van een advocaat, dien hij niet begeert. Bovendien, de ontwerpen willen zelfs dan uitstellen doen weigeren, indien de cliënten zelve daartegen geen bezwaar hebben en aan eene langzamere behandeling door den advocaat hunner keuze de voorkeur geven boven eene snellere door een advocaat, die hun vertrouwen niet in die mate heeft.

Ziet men verder niet over het hoofd, dat het denkbeeld, volgens hetwelk de advocaat nimmer meer zaken mag aannemen dan waaraan hij zich elk oogenblik ten volle kan wijden, practisch onuitvoerbaar is? Vooreerst is het weigeren van zaken tot op zekere hoogte met een drukke praktijk onbestaanbaar en maakt men daardoor zoodanige praktijk onmogelijk. Men kan zekere categoriën van zaken weigeren, kantongerechts-, strafzaken, zuivere procureurs-werkzaamheden; en dat geschiedt reeds. Maar goede, eerlijke zaken, behoorende tot de categoriën, die men gewoonlijk behandelt, te weigeren, dat kan niet, als men zijne praktijk wil behouden; men verliest dan niet alleen de zaak, die men weigert, maar voor goed den cliënt, al ware het slechts omdat hij de reden der weigering niet zal begrijpen en haar als eene persoonlijke geringschatting zal beschouwen. En hoe moeten advocaten handelen, die vaste cliënten hebben, particulieren, maat-

schappijen, instellingen, gemeenten? Ieder begrijpt immers, dat men niet kan weigeren nieuwe zaken van die vaste cliënten te behandelen, omdat men het op dat oogenblik druk heeft. Maar bovendien het middel zou niet baten, want tenzij men geene zaak zou willen aannemen, zoolang er nog eene andere loopende is, ontbreekt elke maatstaf om te beoordeelen of men eene nieuwe zaak zonder uitstellen zou kunnen behandelen. Zelfs bij eene beperkte praktijk kan het werk zich door toevallige niet te voren te berekenen omstandigheden op- en samenhoopen. Op welken datum pleidooien, getuigenverhooren of andere bewijsleveringen zullen worden bepaald, kan dikwijls op geen tijd na worden gegist. Bij onteigeningszaken, om een ander voorbeeld te noemen, valt evenmin vooruit te voorspellen wanneer zij zullen worden aangebracht en wanneer de plaatsopneming zal plaats hebben; is de rechter eenmaal van deze zaken gesaisisseerd, dan moeten alle andere daarop wachten. Gewone zaken kunnen eerst tijdens hare behandeling blijken door haren aard uitstel te behoeven. Berekeningen, door den advocaat gemaakt, kunnen geheel ondeugdelijk blijken te zijn tengevolge van uitstel, door den rechter aan den raadsman der tegenpartij verleend. In al deze gevallen kan de advocaat, geheel buiten zijn toedoen, komen te staan voor eene opeenhooping van werk, waardoor hij sommige zaken noodzakelijk moet laten wachten.

Slechts één middel zou in staat stellen vele zaken alle spoedig te behandelen, namelijk, als de advocaat er toe kon besluiten overhaast te werken zonder behoorlijke bestudeering en voorbereiding, onverschillig voor de belangen van zijn cliënt conclusiën te stellen, pleidooien voor te bereiden, adviezen enz. te ontwerpen. Onze Commissie weet niet of er al dan niet confrères zullen gevonden worden, die op die wijze eene drukke voordeelige praktijk zouden willen uitoefenen, maar zij weet wel, dat de mannen, die noodig zijn om de balie bij voortduring te handhaven als eene hoogstaande, onafhankelijke, bekwame balie, zich daartoe niet zullen leenen, dat deze, als het slechts mogelijk zou zijn zóó eene drukke praktijk uit te oefenen, de loopbaan van advocaat niet zullen kiezen, omdat zij daarin geen eer en nog minder zelfvoldoening zouden vinden, zij weet dat men door ten bate van een snel proces daartoe te dwingen, de fatsoenlijke balie, zooals zij thans als geheel bestaat, zal doen verdwijnen, en zij meent dat tot dien prijs een snelle procesgang veel te duur gekocht zou zijn.

Een van tweeën dus, òf de boven in de tweede plaats vermelde reden, waarom thans vele uitstellen worden verleend, behoort volgens de ontwerpen niet tot de gewichtige redenen, waarom de rechter uitstel mag verleenen (en onze Commissie vreest dat dit de zienswijze der ontwerpers is), en dan wordt de fatsoenlijke nauwgezette uitoefening van eene eenigszins beteekenende praktijk onmogelijk gemaakt, òf ze mag wel als gewichtige reden

gelden, en dan zal door de voorgestelde regeling, wordt ze door den rechter billijk en juist toegepast, in de talrijkheid der uitstellen, voorzoover die gelegen is bij de advocaten, zoo goed als niets worden veranderd, omdat de rechter in de overgroote meerderheid van gevallen, waarin nu uitstel wordt toegestaan, ook onder de nieuwe regeling uitstel niet zal mogen weigeren. Dan zal de zoogenaamde verbetering eene zuiver theoretische blijken, die echter in de praktijk deze nadeelen zal medebrengen, dat voor het behandelen van de verzoeken om uitstel ontzaglijk veel tijd van rechter en advocaten zal worden gevergd, dien beiden veel beter kunnen gebruiken, dat de advocaat verplicht zal zijn bij elk verzoek om uitstel den rechter allerlei mededeelingen te doen omtrent de gronden van dat verzoek, gronden, die de rechter niet en zeker niet op de daarvoor bestemde zitting kan controleeren, die hij zal aannemen omdat hij den advocaat gelooft, of verwerpen omdat hij hem niet gelooft, dat juist daardoor afwijzing van het verzoek groote verbittering zal veroorzaken en den rechter bij velen aan verdenking van willekeur en partijdigheid zal blootstellen, dat òf het rolstelsel behouden moet blijven, gelijk het O. V. D. wil, òf het door het O. J. V. gewenschte wisselen der conclusiën door middel van de griffie weinig of niets zal baten, daar voortdurend lange zittingen voor behandeling van uitstellen noodig zullen zijn, terwijl eindelijk het gevaar zal blijven bestaan dat hier of daar een rechter in strijd met de bedoeling den boven in de tweede plaats genoemden grond voor uitstellen niet toelaat, waartegen de advocaat machteloos zou staan.

Op al deze gronden is onze Commissie van oordeel, dat althans als regel moet worden gehandhaafd dat de advocaat recht heeft op uitstel als de tegenpartij dit toestaat. Echter slechts als regel. Want er kan nog een derde oorzaak van vragen en toestaan van uitstellen zijn, namelijk slofheid van sommige advocaten; zij voegt er echter terstond bij, dat die slofheid zeer stellig een uitzondering is, zoowel wat betreft het aantal der advocaten, die zich daaraan schuldig maken, als vooral wat betreft het aantal der zaken, die daaronder lijden. Bij advocaten met eenigszins beteekenende praktijk, die deze door harden arbeid hebben verworven en alles inspannen om het verkregen vertrouwen te behouden, komt ze zoo goed als niet voor; en daar de tegenpartij uitstel kan weigeren, moet ook de advocaat der tegenpartij zijn plicht verzaken, wil de langzaamheid van den een werkelijk schade doen. En wij weten allen dat dikwijls met klem uitstellen geweigerd worden, wat niet altijd op de rol geschiedt noch behoeft te geschieden; men waarschuwt elkander bijtijds bij confraterneel schrijven dat verdere uitstellen niet zullen worden toegestaan. Onze Commissie weet dat men zegt, dat wij elkander geen uitstellen durven weigeren, omdat men ze in andere zaken zelf vraagt; dit is echter stellig onjuist: het komt voor dat men op denzelfden dag waarop men

zelf uitstel vraagt, aan denzelfden confrère mededeelt dat men in eene andere zaak geen verder uitstel kan toestaan. De waarheid is deze: omdat men zelf dikwijls uitstellen noodig heeft, niet uit slofheid, maar omdat men ze werkelijk òf om de omstandigheden van eene bepaalde zaak, òf wegens ander dringend werk volstrekt behoeft, begrijpt men dat ook de advocaat van de tegenpartij uitstel dringend noodig kan hebben; maar daaraan offeren wij nimmer het belang van onze cliënten op. Weten wij dat deze niet alleen een theoretisch, doch ook een werkelijk belang bij spoedige behandeling hebben, wij aarzelen niet op spoedig concludeeren aan te dringen; en vraagt de tegenpartij in gewone geen spoed eischende zaken vele of lange uitstellen, wij aarzelen niet met nadruk te zeggen dat het uit moet zijn en dat verder uitstel geweigerd zou moeten worden. Hier mag dan ook worden vermeld, dat, hoezeer den Raad van Toezicht wel eens klachten bereiken van gratis procedeerenden tegen den hun door het Bureau van Consultatie toegevoegden advocaat, op grond, dat deze met dagvaarden treuzelt, bij den Raad nog nimmer eene klacht is ingekomen over het ongemotiveerd vragen of toestaan van uitstellen, dat nog nimmer een der rechtscollegiën de aandacht van den Raad op zulk een verzuim heeft gevestigd, en voor zoover onze Commissie bekend is ook nimmer een der rechtscollegiën deswege een procureur disciplinair heeft bestraft.

Onze Commissie, die hier evenals elders van oordeel is dat meer gebruik zou kunnen worden gemaakt van de middelen, die ook onder de bestaande wetgeving den rechter ten dienste staan, meent dat, als het euvel inderdaad bestaat, daaraan door klacht van den client of mededeeling van het betrokken rechtscollege spoedig een einde zou kunnen worden gemaakt en dat dus daarvoor de in de ontwerpen voorgestelde regeling zeker niet noodig is. Wat opvallend is, is dat in menig geval de advocaat, die verder uitstel wil geweigerd zien, daarbij zoo weinig steun ondervindt, omdat de beslissing voor den rechter zoo moeilijk is, omdat deze wel inziet dat van eene weigering allereerst de cliënt dupe wordt en hij hierom geneigd is uitstel te verleenen wanneer hem niet duidelijk blijkt, dat er slofheid of ongeoorloofde zucht om het proces te rekken in het spel zijn. Doch hoe dit zij, onze Commissie wil zoover mogelijk er rekening mede houden, dat de thans bestaande bevoegdheid niet voldoende wordt geacht en dat men geen vertrouwen genoeg stelt in alle Raden van Toezicht om zich met repressie door deze tevreden te stellen. Zij zou hierom meenen, dat aan den rechter de bevoegdheid zou kunnen worden verleend om in de vrijheid van partijen om elkander vele uitstellen toe te staan, in te grijpen, indien hij overtuigd is dat daarvan misbruik wordt gemaakt, ongeveer dus het stelsel, dat bij de behandeling der wet-Hartogh door Mr. Drucker als amendement op art. 143 Rv. werd voorgesteld, welk amendement op 3 April 1895 werd ver-

worpen. Dit denkbeeld zou aldus moeten worden uitgewerkt, dat de rechter de betrokken advocaten kan oproepen om door hen te worden ingelicht welke redenen tot die uitstellen leiden, en dat hij, als die redenen hem niet voldoende voorkomen, daarna een laatsten fatalen termijn van tenminste veertien dagen kan bepalen, binnen welken moet worden geconcludeerd, een en ander mits vaststa dat de rechter met de werkzaamheden van den advocaat in andere zaken, natuurlijk binnen billijke grenzen, rekening moet houden. Een laatste termijn van tenminste 14 dagen is volstrekt noodig, want zelfs al heeft de advocaat schuld, de cliënt mag daarvoor niet worden gestraft, en als den advocaat geen gelegenheid wordt gegeven om zijne conclusie nog gereed te maken, lijdt daaronder altijd in de eerste plaats de cliënt. Onze Commissie acht dan ook art. 143 O. J. V. onaannemelijk. Men zie toch niet over het hoofd dat het verzoek om uitstel niet tijdig kan zijn ingediend door een zeer vergeeflijk verzuim van den advocaat, of zelfs tengevolge van ongesteldheid, of dat de advocaat te goeder trouw op inwilliging van het tijdig ingediend verzoek om uitstel heeft gerekend, en als de weigering te zijner kennis komt niet meer gereed kan komen.

Een belangrijk voordeel van de boven aangegeven regeling zou zijn: *a.* dat het stelsel van het O. J. V. ten aanzien van het nemen der conclusiën kan worden toegepast (aangevuld met bepalingen omtrent het ter griffie kennis geven van door de tegenpartij verleende uitstellen), en dat dus de voor rechter en advocaten tijdroovende en geestdoodende rol kan worden afgeschaft, *b.* dat als de advocaat zelf uitstel verleent zonder dat dit door den rechter behoeft te worden bekrachtigd, hij veel meer dan nu zijn verantwoordelijkheid daarvoor zal gevoelen, *c.* dat, waar het van den rechter verkrijgen van een door de tegenpartij geweigerd uitstel noodig maakt alleen daarvoor op de terechtzitting te verschijnen, zulks niet dan om inderdaad gewichtige redenen zal geschieden.

Gaat men met de hiervoren aangegeven oplossing mede, dan zou het wenschelijk zijn tevens te bepalen, dat de rechter, die verder uitstel aan een advocaat heeft geweigerd, ofschoon de wederpartij bereid was alsnog uitstel te verleenen, daarvan aanstonds kennis geve aan den Raad van Toezicht. Deze kan dan medewerken om den advocaat, die inderdaad te kort schiet, tot zijn plicht te brengen, en verder kunnen optreden om te voorkomen, dat de cliënt het slachtoffer wordt van verzuimen, waarmede hij wellicht niet eens bekend was.

Ten slotte is er nog een punt van meer algemeenen aard, waarbij onze Commissie wat langer wenscht stil te staan, n.l. de voorgestelde

Behandeling der geheele zaak op ééne terechtzitting in tegenwoordigheid van partijen.

De ontwerpen achten eene behandeling van de geheele zaak op ééne terechtzitting bereikbaar en streven naar bepalingen om rechter en partijen in die richting te dwingen.

Wat de ontwerpen op dit punt willen zou betrekkelijk weinig bezwaren opleveren, zoo men slechts te maken had met eenvoudige zaken, die vlug kunnen afloopen en achter elkander kunnen worden afgehandeld. Een verwijt evenwel, dat men den ontwerpers meermalen kan maken, is, dat voor alle zaken, ingewikkeld en tijdroovend of niet, dezelfde regelen zijn voorgeschreven en dat die te weinig soepel zijn.

Zoo zal naar het oordeel onzer Commissie het ideaal, dat de ontwerpers zich voor oogen stellen van samendringing van alle werkzaamheden op ééne terechtzitting, in menige zaak niet bereikt worden zonder dat daardoor de belangen van partijen worden geschaad, speciaal van die partij, welke tegenbewijs zal willen leveren naar aanleiding van hetgeen door de getuigen der tegenpartij is verklaard, welke belangen thans hunne bescherming vinden in de artikelen 104 en 199 van het W. v. B. Rv., regelende het recht op een contra-enquête.

Zoo meent onze Commissie ook, dat het verkieslijker ware de verschijning van partijen in persoon bij de behandeling ter terechtzitting niet als regel voor alle zaken voor te schrijven, doch die alleen te doen plaats vinden op bevel van den rechter, indien een der raadslieden daarom verzoekt of de rechter zelf dat wenschelijk acht.

Over deze beide bedenkingen een enkel woord.

In de eerste plaats over de positie van eene partij — zij kan eischer of gedaagde zijn —, tegen welke eene enquête gehouden wordt. Bijzondere waarborgen voor haar belang bij eene contra-enquête achten de ontwerpen niet noodig, blijkbaar in den gedachtengang, dat zij tevoren reeds kan weten waarover het getuigenverhoor zal loopen, en dus harerzijds ter eerste terechtzitting hare contra-getuigen kan meebrengen.

Dit gaat echter geenszins altijd op. Zelfs dan wanneer het verhoor loopt over „facta probanda" heeft men niet altijd te doen met scherp omschreven feiten; men denke aan de hoogst vage omschrijving, waarmede volstaan kan worden om een beweerd overspel te stellen Zoo herinnert onze Commissie aan een geval, dat zich een tiental jaren geleden heeft afgespeeld: eene echtscheidingsactie op touw gezet met omgekochte getuigen. De tegenpartij, die zich zonder schuld wist, vernam bij het getuigenverhoor voor het eerst van welke bepaalde feiten zij beticht werd en had het uitsluitend aan de omstandigheid, dat haar na krachtigen aandrang een ruime termijn voor het tegenverhoor werd verleend, te

danken dat zij, na moeilijke nasporingen, in staat was het tegen haar op touw gezette complot te ontmaskeren. In meer dan één geval hangt de uitslag eener procedure er van af, of de tegenpartij de gelegenheid krijgt de geloofwaardigheid der gehoorde getuigen aan te tasten.

Uitzondering voor het geval het getuigenverhoor loopt over facta probanda, zal veelal, indien het loopt over facta probantia, de tegenpartij te voren slechts kunnen gissen over welke feiten het gaan zal. Voor alle dergelijke gevallen is het beslist noodig, dat der tegenpartij ruimer gelegenheid en bevoegdheid worde gegeven om naar aanleiding van het verloop eener enquête harerzijds getuigen voor te brengen. Gelijksoortige overwegingen leidden de Tweede Kamer er toe om in het Voorloopig Verslag over het Ontwerp tot wijziging van het IVe Boek van het Burgerlijk Wetboek de wenschelijkheid uit te spreken, dat aan partijen recht zou worden gegeven zelfs op eene derde en vierde enquête, aan welk verlangen door den Minister van Raalte werd voldaan door de opname van een artikel in dien geest. (Zie Bijlagen Handelingen 1906—1907, n°. 34, 1, blz. 26.)

Volgens de bij de ontwerpen voorgestelde regeling hangt de partij, tegen welke eene enquête is gehouden, waarin getuigenverklaringen zijn opgelegd waarvan zij tevoren den inhoud niet heeft kunnen vermoeden en waartegen zij zich dus niet heeft kunnen voorbereiden, geheel er van af of de rechter meent al dan niet een ruim gebruik te moeten maken van de hem verleende bevoegdheid om behalve de door partijen opgegeven getuigen, die ter eerste terechtzitting zijn gehoord, ambtshalve nog *met name aan te duiden* andere op te roepen (art. 240 O. J. V., art. 78 O. V. D.). Doch juist in dergelijke gevallen — men denke aan de hierboven vermelde echtscheidingsactie — zal de partij tegen wie de enquête is gehouden, niet in staat zijn om ter terechtzitting op staanden voet de namen op te geven der getuigen, welke zij gaarne ambtshalve door den rechter opgeroepen zoude zien, daar zij die eerst door een nader onderzoek zelf zal moeten te weten komen. Die partij staat in het stelsel der ontwerpen machteloos; de eenige veiligheidsklep, die hiertegen overblijft, is het appèl, indien althans appèl nog mogelijk is. Zoo dikwijls evenwel wettelijke voorschriften partijen dwingen het daarop te laten aankomen, zoo dikwijls deugen die voorschriften niet.

Recht op een termijn voor contra-enquête moet dus stellig gehandhaafd worden; in de nadeelen, verbonden aan de tijdroovende wijze waarop thans de contra-enquête geschiedt, kan worden voorzien, door daarvoor in den regel een niet te ver verwijderden dag te bepalen. Dat, zooals thans wel geschiedt, tusschen enquête en contra-enquête eene tijdruimte ligt van maanden, is een misstand, die echter niet mag worden opgeruimd ten koste van hem, die op tegenbewijs en op de gelegenheid om dit behoorlijk voor te bereiden aanspraak heeft.

Voor gewenschte confrontatie van getuigen kan in het door onze Commissie gewenschte stelsel zeer wel zorg worden gedragen.

De *verschijning van partijen zelve* wordt in de ontwerpen als regel gesteld: slechts kan daarvan door den voorzitter of den rechtercommissaris dispensatie worden verleend. Onze Commissie acht het practischer en verkieslijker de verschijning alleen te doen plaats vinden op bevel van den voorzitter of rechter-commissaris, indien een der partijen dit verzoekt of de rechter het ambtshalve noodig oordeelt. Practischer, omdat in vele gevallen eene verschijning onnoodig zal zijn, en verkieslijker ook, omdat, door de verschijning als regel te stellen, aan den procedeerenden burger eene verplichting wordt opgelegd, waarvan de druk niet te gering moet worden geacht.

Beter late men aan den raadsman de beoordeeling van het nut der verschijning van partijen; acht hij eene ondervraging der tegenpartij noodig of wel eene verschijning van zijn eigen cliënt in diens belang, dan zal hij den rechter verzoeken die verschijning te bevelen. Wanneer daarnaast ook de rechter bij de voorbereiding en de kamer ter terechtzitting de bevoegdheid verkrijgen om verschijning van ééne of beide partijen te bevelen, indien dat in het belang van het onderzoek noodig wordt geacht, vereenigt men de voordeelen, die de invoering van dit instituut belooft, met verlichting zooveel mogelijk van den last, dien het op partijen zal doen drukken. Het gevaar toch is niet denkbeeldig, dat er personen zullen zijn, die door de zekerheid dat eenige verschijningen voor den rechter hen wachten, zullen worden afgeschrikt een proces te beginnen, hoezeer het goed recht aan hunne zijde is, of die na ééne opgedane ondervinding met den schrijver van het hoofdartikel in W. 9268 zullen zeggen: „dat is eens en nooit weer"!

De vrees van de meerderheid der Commissie van de J. V., dat op die wijze het heilzame beginsel in de practijk te weinig toepassing zal vinden, deelt onze Commissie geenszins. Integendeel meent zij, dat het, geregeld zooals zij zich dat voorstelt, toepassing zal vinden zoo dikwijls als, maar ook alleen dan wanneer, daarvan voor belanghebbenden profijt mag verwacht worden.

In het O. V. D. wordt een artikel aangetroffen (art. 54), bepalende dat de vrijstelling van persoonlijke verschijning tevens kan inhouden de aanwijzing van iemand, die in plaats van de partij zelf moet opkomen en *die in dat geval als de partij zelf wordt beschouwd.* Blijkens de toelichting hebben de ontwerpers bij de opstelling van dit artikel de gevallen voor oogen gehad, waarin door procuratiehouders, hoofden van afdeelingen in groote handelsondernemingen, in het algemeen door vertegenwoordigers, is gehandeld. In die gevallen de firmanten of directeuren zelf te laten verschijnen heeft inderdaad geen zin. Doch het daartegen voorge-

stelde correctief gaat naar het oordeel van onze Commissie te ver: immers het gaat niet aan eene partij onvoorwaardelijk te binden aan erkenningen en verklaringen van derde personen. Zonder in dit bezwaar te vervallen, is hetgeen de ontwerpers bij het stellen van artikel 54 O. V. D. wenschten bereikbaar, zoo de tegenpartij de gelegenheid krijgt de persoon die de handeling heeft verricht als getuige op te roepen. Men dwinge hiertoe, op straffe van een vermoeden in haar nadeel, de partij, die beweert in eene bepaalde zaak niet zelf te hebben gehandeld, om den naam van den persoon, die als haar vertegenwoordiger is opgetreden, te noemen, zoodat de tegenpartij in de mogelijkheid komt dezen als getuige op te roepen.

Het trof onze Commissie dat de ontwerpers weinig of geen aandacht hebben gewijd aan de vraag hoe een behoorlijk processverbaal ter terechtzitting zal worden gehouden van de toekomstige „geanimeerde gedachtenwisseling"? Dat dit niet mogelijk is op de wijze, waarop thans het verbaal wordt opgemaakt, behoeft wel geen betoog. Wie zich in den gang der nieuwe burgerlijke procedure indenkt, moet tot de slotsom komen, dat van het processverbaal der zitting dikwijls het lot der zaak zal afhangen. Men kan met die overwegende beteekenis van het proces-verbaal vrede hebben onder ééne voorwaarde: dat, indien er middelen bestaan ter verzekering dat het proces-verbaal een zoo getrouw mogelijk beeld geeft, die middelen ook gebezigd zullen worden.

In Themis 1911 no. 1 blz. 187 is overgedrukt een schrijven van de Nederlandsche Stenografenvereeniging „Stolze-Wery", waarin bij de Regeering wordt aangedrongen om in ons land de invoering van de stenografie op de strafzittingen te bevorderen. Alle argumenten, welke daar voor het gebruik van de stenografie in het strafgeding worden aangevoerd, zijn evenzeer van kracht voor het gebruik bij de burgerlijke procedure.

Het ware wenschelijk, dat daarmee bij de regeling van het opmaken van het proces-verbaal rekening werd gehouden, in dien zin, dat de mogelijkheid tot het gebruiken van stenografen (misschien wel van phonografen) werd opengelaten. Natuurlijk zullen de hieraan verbonden kosten een bezwaar zijn, evenwel niet van overwegende beteekenis bij eene regeling in dezen geest: de voorzitter of de kamer kunnen gelasten, dat het opmaken van het proces-verbaal der terechtzitting geschiede door een of meer stenografen onder leiding van den griffier; bij tijdig verzoek van eene der partijen en storting der begroote kosten *moet* zulks geschieden. Bij eene dergelijke regeling zal het gebruik zich beperken tot groote zaken, die meerdere kosten kunnen dragen.

Ten slotte nog eene opmerking van bij uitstek practisch belang. Zoodra eene zaak afgeconcludeerd is zal de met de voorbereiding

belaste rechter een dag voor de behandeling ter terechtzitting bepalen. Waar in de gedachte der ontwerpen ondervraging van partijen, getuigenverhooren, pleidooien enz. alle op ééne zitting zullen plaats hebben, kan de behandeling van eene zaak zeer veel tijd in beslag nemen. De duur van ondervraging van getuigen valt thans menigmaal op geen uur na te begrooten; in nog sterker mate zal dit gelden voor den duur eener terechtzitting, waar alle verrichtingen moeten samenvallen. Dit kan voor hen, die betrokken zijn in eene zaak welke niet als de eerste op de rol is geplaatst, menigmaal op aanzienlijk tijdverlies uitloopen; de practijk in strafzaken heeft het voldoende aangetoond. Advocaten — die in den tusschentijd aan hun ander werk worden onttrokken — mogen hieraan gewend zijn, partijen mogen zich gaarne eenige moeite meer getroosten, zoo daartegenover het voordeel staat dat de zaak ineens afloopt, voor getuigen en deskundigen is het in hooge mate bezwarend voor langen tijd uit hunne bezigheden te worden geroepen. Die bezwaren moeten tot een minimum beperkt blijven. Het is daarom noodzakelijk dat de president bij het bepalen van den dag der terechtzitting zoo volledig mogelijk over den eventueelen duur der zaak ingelicht zij. Eene bespreking vooraf met de partijvertegenwoordigers kan hiertoe dienstig zijn. Het verdient aanbeveling dit te bevorderen door toevoeging aan de betreffende artikelen (art. 116 O. J. V., art. 50 O. V. D.) van eene alinea, luidende: „Wanneer een der raadslieden het wenschelijk acht, kan „hij den voorzitter (resp. rechter-commissaris) verzoeken daarom„trent gehoord te worden".

II.

De hoofdbeginselen, door welke de beide commissies zich bij het opstellen harer ontwerpen lieten leiden, de algemeene beschouwingen en overwegingen, welke zij de ontwerpen deden vergezellen, loopen weinig uiteen. Eerst bij eene beschouwing der verschillende onderdeelen blijkt, dat zij hier en daar niet onbelangrijk van elkander afwijken. Bovendien hebben beide niet dezelfde stof ter bearbeiding gekozen. Naast eene regeling van het rechtsgeding in eersten aanleg, welke in beide wordt aangetroffen, bevat het O. V. D. ook nog die van de overige instanties en van eenige bijzondere procedures. Mist men deze in het O. J. V., zijne ontwerpers hebben daartegenover mede eene hervorming van ons bewijsrecht ondernomen en daarbij dieper het mes gezet in menig bestaand leerstuk dan de vaders van de in 1901 en 1907 verschenen ontwerpen tot herziening van dit onderdeel van het burgerlijk wetboek. Verder in haar rapport zal onze Commissie hierbij langer stilstaan. Hier wil zij slechts eenige kantteekeningen maken op enkele detailpunten der ontwerpen.

Dagvaarding.

Het rechtsgeding wordt ingeleid door eene *dagvaarding*. Is te verkiezen beteekening der dagvaarding door een deurwaarder (O. J. V.), dan wel indiening ter griffie gevolgd door toezending aan den gedaagde vanwege den griffier (O. V. D.)?

Voor onze Commissie is de keuze niet moeielijk. Blijkens de M. v. T. geeft de Commissie van de Juristenvereeniging de voorkeur aan een deurwaardersexploit vooral op grond, dat de aanbieding door eene postbode de authenticiteit mist, die de verklaring van een deurwaarder bezit. Afgezien daarvan biedt de beteekening door een deurwaarder nog andere voordeelen. Het gebeurt niet zelden, dat de advocaat van den eischer zich niet precies op de hoogte kan stellen van de woonplaats van een gedaagde of dat eene verhuizing, mogelijk wel eene verandering van staat, hem niet bekend is. Bij verzending per post vanwege den griffier zal de postbode die het stuk overbrengt aan zijn plicht voldaan hebben, wanneer hij dit aan het aangegeven adres afgeeft (lees: in de brievenbus stopt) of, voor het geval de geadresseerde daar niet te vinden is, het mee terugneemt naar het postkantoor, waarop het foutieve stuk na eenige dagen via de griffie weer op het kantoor van den advocaat zal belanden. Wordt daarentegen de dagvaarding beteekend door een deurwaarder ter plaatse, dan zal deze, die zich krachtens zijn ambt op de hoogte moet stellen, wanneer hij eventueele fouten bemerkt òf zelf reeds de noodige verbetering aanbrengen, òf den advocaat langs den snelsten weg om wijziging verzoeken; deze is dan in de gelegenheid om zoo noodig den deurwaarder nadere opsporing op te dragen. Op die manier wordt in de practijk herhaaldelijk voorkomen, dat dagvaardingen worden uitgebracht, waaraan formeele fouten kleven; het belang daarvan bij spoedeischende zaken en bij termijnen, die naar het einde loopen, springt in het oog.

Verzending per post wordt aangeprezen als brengende kostenbesparing. Verliest men, klagende over de duurte van dagvaardingen, niet te veel uit het oog dat de oorzaak daarvan voor een niet gering deel ligt in zegel- en registratierechten? Waar in het O. J. V. de dagvaarding zal zijn een van den advocaat uitgaand stuk (verg. M. v. T. blz. 137), zullen ook schrijfloon en loon voor het opmaken van het exploit vervallen, zoodat voor de tusschenkomst van den deurwaarder slechts een luttel bedrag verschuldigd zal zijn. Waarlijk niet zoo veel, dat men haar daarom niet zou behouden!

Zal de wetgever onverhoopt aan de andere wijze van overbrenging de voorkeur geven, dan moet de wet er voor zorg dragen, dat de eischer niet de dupe kan worden van fouten van de griffie; iets dergelijks kan zich in het O. V. D. voordoen, indien de griffier b.v. niet tijdig den brief, die de dagvaarding inhoudt, verzendt (verg. art. 4 j° art. 22: „de dagvaarding is nietig").

Vertegenwoordiging.

Het O. J. V. zegt den rolzittingen vaarwel. Met vreugde wordt het geconstateerd. De verdwijning daarvan zal rechter en advocaat tijd besparen, terwijl de beteekenis van eene burgerlijke terechtzitting er slechts mee zal winnen.

De advocaat van den verweerder zal ter griffie mededeelen dat hij voor hem opkomt, en wel door indiening van zijne volmacht (artt. 42 en 108 O. J. V.). Ook het O. V. D., dat de rolzittingen behoudt, schrijft de overlegging van eene dergelijke volmacht tot procedeeren voor (art. 38).

Tegen dezen eisch moet onze Commissie met nadruk opkomen. Meermalen zal het den advocaat zeer bezwaarlijk vallen, zoo niet onmogelijk zijn, om zich van eene volmacht te verzekeren. Men denke aan op reis zijnde cliënten, die bij hun vertrek aan notaris of advocaat de algemeene behartiging hunner zaken hebben opgedragen, aan gevallen waarin haastig ingrijpen geboden is. Hoe vaak ook worden niet allerlei gerechtelijke stappen gedaan op verzoek van bankinstellingen namens in het buitenland gevestigde personen, die de advocaat zelf niet kent.

De noodzakelijkheid van eene volmacht zal veel last en tijdverlies veroorzaken; zij opent daarenboven eene bron van chicaneuze verweren, ontkenning van handteekening, van bevoegdheid om volmacht te geven (verg. M. v. T. O. J. V blz. 114 n°. 1).

Uit de toelichting tot het O. J. V. blijkt dat de meerderheid zijner ontwerpers in het opleggen van de verplichting tot overlegging eener volmacht eene vereenvoudiging van het proces zag in het belang van partijen, omdat aldus de mogelijkheid van ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen zal worden afgesneden.

Onze Commissie meent dat dit laatste argument op eene misvatting berust. Toegegeven kan worden dat, bij het voorschrijven van de verplichte overlegging van eene volmacht, de bij de wet van 7 Juli 1896 in art. 272 W. v. B. Rv. aan partijen gegeven bevoegdheid om te ontkennen, dat de voor haar opgetreden procureur daartoe opdracht van haar heeft gekregen, zal kunnen vervallen. Dit zal echter het geval niet zijn met de overige artikelen betreffende de ontkenning van gerechtelijke verrichtingen. In het ontworpen stelsel immers zullen partijen evenzeer als thans de gelegenheid moeten hebben tot ontkentenis van de bijzondere gerechtelijke verrichtingen in artikel 263 W. v. B. Rv. met name genoemd. Bescherming van partijen tegen aannemingen, erkenningen en toestemmingen, die tegen haren wil hebben plaats gehad, zal in dat stelsel even noodzakelijk zijn.

Onze Commissie kan dan ook in de voorgestelde bepaling geene vereenvoudiging zien, integendeel slechts eene bezwarende formaliteit, waaraan in de practijk hier te lande de behoefte in geen enkel opzicht is gebleken. Bij afschaffing van de rolzittingen moet

eene eenvoudige verklaring ter griffie, dat men zich advocaat stelt voor den gedaagde, voldoende zijn.

Art. 41 O. J. V. bepaalt, dat als vertegenwoordigers alleen worden toegelaten advocaten, ingeschreven bij de rechtbank voor welke het geding wordt gevoerd. In de Toelichting (blz. 112) komt hieromtrent de volgende zinsnede voor: „Niettemin kunnen, indien een partijvertegenwoordiger in het arrondissement gesteld is, bij behandeling van hoofdzaak of incidenten een of meer advocaten, mits ook in Nederland woonachtig, hun bijstand verleenen".

Het verdient aanbeveling deze woorden van de Toelichting naar den tekst van het artikel te doen verhuizen. Daaraan zou dan kunnen worden toegevoegd, dat die advocaten van elders op de terechtzitting alle bevoegdheden hebben, die in het algemeen den partijvertegenwoordiger ter plaatse toekomen.

Verkorting van termijnen.

Ter bespoediging acht onze Commissie nog de invoering van eenige andere voorschriften aan te bevelen.

Er zijn ettelijke procedures, voor welke, zonder dat zij eene behandeling van dag tot dag eischen, een normale termijn van 3 of 4 weken voor antwoord en repliek te lang is. Het verdient aanbeveling om den eischer toe te staan in zijne dagvaarding eene formule op te nemen, inhoudende dat hij de zaak op verkorte termijnen behandeld wenscht te zien. Wanneer de wet dat veroorlooft en bepaalt, dat door opname van eene dergelijke formule alle termijnen worden verkort tot b.v. 8 of 14 dagen (in plaats van 3 of 4 weken), geeft men den eischer een eenvoudig middel, waarvan hij menigmaal gaarne gebruik zal maken, en dat voor kleine zaken eene gewenschte bespoediging zal meebrengen. Den verweerder zal het altijd moeten vrijstaan om zich tot den rechter te wenden, teneinde verlenging van den verkorten termijn of herstel van de normale termijnen na wederzijdsch verhoor te verzoeken.

Dat met vergunning van den rechter eene zaak op nog korteren termijn behandeld kan worden, volgt reeds uit art. 179 O. J. V. en art. 46 O. V. D.

Dupliek.

Het O. V. D. laat het nemen van eene conclusie van dupliek toe (art. 47); in de toelichting tot het O. J. V. (blz. 83) wordt de afschaffing verdedigd. De gronden daar aangegeven acht onze Commissie niet overtuigend.

Het is eene veel toegepaste wijze van procedeeren om bij dagvaarding alleen den onmisbaren feitelijken grondslag en de juri-

dische gevolgen kort te omschrijven en niet te treden in- en vooruit te loopen op de verdediging, die mogelijk is, en de bewijslevering, die misschien noodig kan zijn.

Ook is het gebruikelijk tegenover zulk eene dagvaarding een kort antwoord te stellen, waarbij duidelijk uitkomt welke feiten ontkend of dezerzijds gesteld worden en welke juridische conclusie wordt betwist.

Bij dezen opzet wordt de conclusie van repliek de eerste in welke een betoog over feiten en recht voorkomt.

Deze geschetste wijze van procedeeren is in den regel de meest verkieslijke; de rechter blijft indachtig dat de sobere dagvaarding den grondslag inhoudt van het geding; duidelijk komen de geschilpunten uit en ieder der partijen is, naarmate zulks noodig is, in de gelegenheid zelve haar eigen stellingen en beschouwingen daarover voor te brengen.

Maar dan is ook redelijk, dat den gedaagde gelegenheid worde gegeven tegenover het betoog bij repliek van eischer het zijne te stellen.

Deze gang van zaken: stellingen bij eisch en antwoord, beschouwingen bij repliek en dupliek, worden onmogelijk gemaakt indien de dupliek komt te vervallen.

Een juist overzicht over den strijd zou daardoor niet bevorderd worden.

Ook kan de dagvaarding een recht stellen — om een voorbeeld aan de practijk ontleend te bezigen: het eigendomsrecht —; na betwisting bij antwoord worden bij repliek de feiten gesteld waaruit de eigendom volgt.

Dan is dupliek onmisbaar, daar de gedaagde de gelegenheid moet hebben zich over die feiten uit te laten.

Op het behoud der dupliek wordt daarom dezerzijds hooge prijs gesteld.

Hoe komen schriftelijke bewijsstukken ter kennis van den rechter en van de tegenpartij!

De regeling, neergelegd in de artikelen 91, 92, 102, al. 2 en 120*a* O. J. V., zoowel als die van art. 49 O. V. D., komt onze Commissie zeer ondoelmatig voor. Beide zijn omslachtiger en kostbaarder dan de wijze van handelen, die op het oogenblik, in afwijking van de wettelijke regeling, in zwang is en waartegen ernstige bezwaren niet gerezen zijn.

Zoo eischt het O. J. V. steeds overlegging aan den rechter van een afschrift van de stukken, waarop in de schrifturen beroep wordt gedaan. Voor gevallen, waarin men het origineel wil overleggen, brengt dit eene nuttelooze formaliteit mee. Het O. V. D. aan den anderen kant kent alleen overlegging van het origineel; dit zal nu weer in verschillende gevallen onmogelijk zijn of met

bezwaren gepaard gaan. Beter is het aan partij de keuze te laten of zij aan den rechter het origineel of een afschrift wil overleggen, onder gehoudenheid altijd om op bevel van den rechter het origineel ter griffie te brengen.

Dat aan de tegenpartij een afschrift moet gegeven worden, ook al verlangt zij dit niet, is alweer eene noodelooze formaliteit. Zoo dikwijls zij een eigen exemplaar bezit of de tekst van het stuk haar bekend is, is het overbodig. Liever bepale men, overeenkomstig de bestaande practijk, die zich niet aan art. 147 B. Rv. houdt, dat haar slechts een afschrift moet gegeven worden, indien zij verklaart dit te verlangen.

De ontwerpen, in het algemeen er op uit om overbodige formaliteiten op te ruimen, zouden er hier binnenhalen, die kosten medebrengen en, zoo het stukken van eenigen omvang betreft, noodeloos tijd van het personeel van advocatenkantoren zouden vergen.

Ten slotte acht onze Commissie het bezwaarlijk, dat reeds bij de dagvaarding overlegging van een aantal afschriften wordt voorgeschreven; die eisch zal nog al eens hinderlijke vertraging bij het uitbrengen van de dagvaarding tengevolge hebben (tijd voor typen en registreeren).

Practischer komt voor eene bepaling, dat de voor den rechter bestemde afschriften eerst na de wisseling der schrifturen behoeven te worden overgelegd. Men zal hiertegen aanvoeren, dat dit in strijd is met de gedachte, dat de rechter gedurende de voorbereiding de zaak van den aanvang af moet kunnen volgen. Dit komt onzer Commissie voor eene bedenking van louter theoretische waarde te zijn; in werkelijkheid zal geen enkele rechter de zaken volgen in dien zin dat hij de conclusies bestudeert naarmate zij ter griffie inkomen. Niet voordat zich een incident voordoet of hij tot bepaling van den dag ter terechtzitting overgaat, zal hij de gewisselde stukken inzien. Verlangt de rechter in eenig bijzonder geval eerdere kennisneming, zoo moet hij de overlegging bevelen.

Zou ook niet kunnen worden afgeschaft de verplichting om bij de verdere behandeling afschriften van het proces-verbaal van de in dezelfde instantie gehouden enquête enz. over te leggen? Daar wordt nu soms weken op gewacht.

Dwang tot overlegging van schriftelijke stukken.

Volgens artikel 219 O. J. V. kunnen derden gedwongen worden, zoowel hangende eene procedure als buiten proces, om geschriften, waarvan de inzage voor anderen van belang is, op kosten van den aanvrager over te leggen. Inbeslagneming gevolgd door verkoop van goederen, zelfs lijfsdwang, zijn toegelaten om den onwillige tot de overlegging te dwingen (artikel 221 O. J. V.).

Naar het oordeel van onze Commissie moet het, eer in een bepaald geval tot dergelijke krasse maatregelen mag worden overgegaan, wel boven twijfel verheven zijn, dat de betrokken persoon inderdaad het stuk waarvan de inzage wordt verlangd in zijn bezit heeft. In het O. J. V. is het voldoende, dat den rechter *aannemelijk* wordt gemaakt — en uit de Toelichting (blz. 191) blijkt dat men daarmee bedoeld heeft niet het wetig bewijs te verlangen, — dat de derde het stuk onder zich heeft. Onze Commissie acht strenger waarborg tegen het lichtvaardig geven van dergelijke bevelen noodzakelijk; naar haar oordeel is er geen reden om op dit punt af te wijken van den algemeenen regel, dat hij die een feit beweert — i. c. het bezit van het stuk — bij ontkentenis daarvan het wettig bewijs heeft te leveren, te minder waar in het stelsel der ontwerpen het bewijs zoozeer vergemakkelijkt zal worden.

Oproeping en verhoor van getuigen.

Het overzicht van de verspreid staande bepalingen van het O. J. V., waarin de oproeping van getuigen wordt geregeld, is verre van gemakkelijk, terwijl de M. v. T. (blz. 149) reeds analogische toepassing komt aanbevelen, ten einde de bepalingen de gewilde bedoeling te doen weergeven.

Wanneer onze Commissie de artikelen 120*b*, 128, 237, 238 en 240 wél begrijpt, zal de normale weg deze zijn, dat partijen de namen der door hen verlangde getuigen kunnen opgeven, indien de voorzitter of de kamer daartoe een bevel verleent (art. 237). De naar aanleiding van zoodanig bevel door partijen opgegeven getuigen worden op bevel van den voorzitter gedagvaard (art. 238). Dit brengt nog niet mee dat zij ook gehoord zullen worden; daartoe is nog een bevel van de kamer noodig (art. 128).

Uit de Toelichting blijkt op meerdere plaatsen (blz. 149, 199), dat men zich ook de mogelijkheid gedacht heeft, dat partijen niet door den voorzitter opgeroepen getuigen ter terechtzitting meebrengen. Dikwijls zal dit noodig zijn, omdat vanwege den president geene getuigen gedagvaard worden dan indien hij een bevel, als in art. 120*b* bedoeld, heeft willen geven.

Waarom nu voor deze gevallen aan partijen de bevoegdheid is onthouden om getuigen bij dagvaarding op te roepen, is onze Commissie niet duidelijk. Het gaat toch niet aan partijen te doen afhangen van de bereidwilligheid van getuigen om vrijwillig te verschijnen, en hen te berooven van de bevoegdheid om getuigen te dagvaarden met eene daaraan voor dezen verbonden verplichting om te verschijnen. Zoodanige bevoegdheid, die de beklaagde in het strafproces niet mist, kan slechts ter opheldering en ter bevordering van het onderzoek strekken.

In het stelsel van het O. V. D., waar partijen slechts ter griffie namen en woonplaatsen der verlangde getuigen hebben op te geven

om ze ook opgeroepen te zien, is eene dergelijke bevoegdheid minder van noode. In het O. J. V. is het ontbreken daarvan eene lacune.

Beide ontwerpen geven den rechter de bevoegdheid om ambtshalve de oproeping van door hem aangewezen getuigen te bevelen (artt. 240 O. J. V., 78 O. V. D.). Onze Commissie acht die bevoegdheid volkomen overbodig. Indien de rechter te kennen geeft, dat het hooren van één of meer bepaalde getuigen naar zijn meening helderder licht in de zaak zal kunnen brengen, zal het voldoende zijn de belanghebbende partij de gelegenheid te geven het hooren der door den rechter genoemde getuigen te verzoeken. Ziet geene der partijen evenwel heil in eene oproeping van die getuigen, dan heeft het geen zin haar tegen haren wil op de kosten van eene dergelijke enquête te jagen.

Het trof onze Commissie, dat in artikel 136 O. J. V., waarin de wijze van proces-verbaal houden van de verklaringen der getuigen wordt geregeld, de gelegenheid voor de getuigen ontbreekt — anders dan voor partijen (verg. art. 139) — om onder of op den kant van het verbaal dat van hunne getuigenis is opgemaakt, de door hen verlangde veranderingen en bijvoegingen aan te brengen. Deze bevoegdheid, welke thans artikel 111 al. 2 W. v. B. Rv. den getuigen toekent en die ook art. 83 O. V. D. hun niet onthoudt, mist men in het O. J. V., zonder dat uit de Toelichting blijkt waarom. Onze Commissie meent, dat aan een getuige, die toch altijd naderhand bloot kan staan aan eene tegen hem gerichte vervolging wegens meineed, het recht niet mag onthouden worden om zijne verklaring zoodanig op schrift te zien gesttld als hij zelf bedoeld heeft haar af te leggen.

De bevoegdheid om de eens gegeven voorstelling van feiten aan te vullen en te veranderen, of om den eisch zelf te wijzigen of te vermeerderen.

De hier bedoelde bevoegdheid wordt in de beide ontwerpen in ruime mate toegekend. De moeilijke vraag, hoever die vrijheid gelaten kan worden zonder dat de tegenpartij daardoor belangrijk in hare verdediging wordt belemmerd, meenen de ontwerpen te kunnen oplossen door den rechter de bevoegdheid te geven om aanvulling enz. te weigeren: „indien dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding of eenige partij in de verdediging van haar standpunt ernstig zou belemmeren".

Onze Commissie is van meening, dat de toekenning der vermelde nieuwe bevoegdheid, welke zij toejuicht, gepaard moet gaan met waarborgen, dat de tegenpartij daarvan nimmer eenig nadeel ondervindt. Aan de tegenpartij behoort de bevoegdheid te worden gegeven om in *ieder* geval van aanvulling enz. een termijn te

vragen teneinde zich hierover nader uit te laten, en wel, voor het geval de aanvulling bij geschrift geschiedt, schriftelijk. In vele gevallen zal zij een dergelijk uitstel niet verlangen. Acht zij dat evenwel noodzakelijk, dan mag het recht haar niet onthouden worden om nader zich te beraden. Is vertraging hiervan het gevolg, dan heeft de partij, die de aanvulling aanbracht, deze aan zich zelve te wijten.

Wanneer de eischer nadere wijziging heeft gebracht in zijne oorspronkelijke posita, is het billijk den gedaagde toe te staan naar aanleiding daarvan eene wijziging in de door hem gevoerde verdediging aan te brengen. Diens bevoegdheid daartoe is bij de ontwerpen niet geregeld, ofschoon hij daaraan dezelfde behoefte kan hebben als de eischer en daarop dezelfde aanspraak kan doen gelden.

Wat ten slotte de grenzen van een en ander betreft, geëischt mag worden, dat de partij, die nieuwe feiten stelt, niet in tegenspraak komt met hetgeen te voren door haar gesteld is, m. a. w. niet meer mag doen dan aanvullen en veranderen, hetgeen met zoovele woorden in de wet zal moeten worden bepaald.

Pleidooien.

Art. 124 O. J. V. bepaalt, dat de advocaten en de partijen het recht hebben de zaak op de terechtzitting toe te lichten in de volgorde door den voorzitter aan te wijzen.

Art. 62 O. V. D. laat de mondelinge behandeling aanvangen met eene uiteenzetting der zaak door den advocaat van eischer, waarop volgt eene uiteenzetting door den advocaat van gedaagde.

Oogenschijnlijk vrij onschuldige bepalingen.

Alleen de bepaling der volgorde van de toelichting door den voorzitter wijst op eene aantasting van de vrijheid van den pleiter.

Leest men de toelichting O. J. V. (blz. 154) dan blijkt, dat de vóór ontwerpers zich eene vrij vage voorstelling maken van de toelichting die of nà de partij-ondervraging kan geschieden en die betrekking kan hebben op den aard van alle of sommige betwiste feiten of op eene of meer rechtsvragen.

Volkomen duidelijk is echter aangegeven hoe volgens de ontwerpers de toelichting niet moet zijn: „In ieder geval zal met de tegenwoordige toelichtingen, de lange onafgebroken pleidooien, waarbij alles gerangschikt wordt in de volgorde zooals de voordrager zich die uitdrukt, gebroken moeten worden."

Grief is blijkbaar de lengte, de onafgebrokenheid, de rangschikking naar pleiters gedachte.

Door de tegenstellingen hiervan na te gaan komt men op het spoor van wat de ontwerpers verlangen: kortheid, toelichting naar

gelang daaraan op een punt behoefte blijkt te bestaan, en dit naar rangschikking niet door den pleiter maar door den rechter.

De eisch: kortheid, wordt toegegeven.

De tijd der lange pleidooien, in den zin van onnoodig lang, is trouwens voorbij.

Reeds enkele malen werd dezerzijds aangewezen hoe de ontwerpers den arbeid en de taak van den advocaat in het proces weinig waardeeren; hier treedt dit al zeer sterk aan den dag bij de onderschatting van den arbeid en de beteekenis van het pleidooi. Het is een opmerkelijk verschijnsel, dat die onderschatting van het pleidooi veelvuldig voorkomt bij de rechterlijke macht, niet echter bij de besten uit haar midden, niet bij de hoogst gezetenen.

Zij moet naar het oordeel onzer Commissie hieraan worden geweten, dat men zich niet voldoende rekenschap geeft van hetgeen een pleidooi is.

Vóór alles in het belang der rechtspraak meent onze Commissie hier hare stem te mogen laten hooren.

Men stelle zich eene zaak voor oogen zooals er vele voorkomen, waarin èn de feiten èn de juridische gevolgtrekkingen van ingewikkelden aard zijn.

Bij het voorbereiden van de toelichting van zulk eene zaak gaat de advocaat met groote zorg na op welke wijze hij de feiten zóó zal voordragen, dat duidelijk uitkomt dat zij den ondergrond vormen voor zijne juridische conclusie.

De volgorde, de groepeering is van groot belang: bij de voordracht moet de rechter het geheele verloop der feiten mededenken; de beteekenis van elk feit moet zonder het geheel te verbreken en den gedachtengang te storen worden aangeduid en ten slotte moet den hoorder de geheele grondslag van feiten helder voor oogen staan.

En eerst dan geschiedt dit werk goed als de rechter den indruk krijgt, dat deze voorbrenging der feiten als van zelf aangegeven was en zij niet de sporen vertoont van het overleg en de zorg aan haar besteed.

Men zou op dit punt den pleiter kunnen vergelijken met den schaatsenrijder, die de kunst eerst verstaat als zijn rijden den indruk maakt hem geene moeite te kosten — of met den biljartspeler, die de ballen „toevallig" altijd bij elkaar houdt.

En op den feitelijken grondslag wordt het juridisch gebouw opgetrokken.

Ook dit moet de rechter in zijne gedachte mede-bouwen; met geduld en beleid moet het bouwplan uiteengezet worden; de pleiter moet nagaan welke zijner conclusies aanstonds ingang vinden en bij welke betoog, gesterkt door doctrine of jurisprudentie, noodig

is. Hier is diepgaande studie menigmaal onmisbaar en, goed volbracht, neemt zij den rechter het werk uit de hand. En als het dan den pleiter gelukt de aandacht van den rechter te houden tot zijn geheele gebouw is voltooid, dan heeft hij bereikt wat hij bereiken moet; de rechter zal de zaak voor oogen zien zooals de pleiter haar gezien heeft en alles in zich hebben opgenomen wat tot eene beslissing te diens gunste kan leiden.

De taak van den advocaat van gedaagde is niet minder zwaar. Welk eene oefening, welk een overleg vordert het om nu de zwakheden van het geheel dat den rechter voor oogen staat aan te toonen; om gebruik te maken van het reeds geteekende beeld en daarin wijziging aan te brengen en op het gewijzigde voor te bouwen; om in het geleverd betoog de logische, de juridische fout juist te treffen en in een tegenbetoog een anderen weg aan te wijzen, die leidt tot eene meer rechtvaardige oplossing.

Al deze arbeid van voorbereiding wordt verricht en alle talrijke gaven en eigenschappen voor de goede voordracht benoodigd stelt de advocaat in het werk, omdat hij weet de belangen van zijn cliënt daarmede te dienen.

Die arbeid nu is van veel te groote beteekenis en zijn resultaat, het straks te houden pleidooi is van te teederen aard, dan dat daarin ruw mag worden ingegrepen door een derde, die decreteeren zal, dat niet de advocaat van eischer, maar die van gedaagde met de uiteenzetting der feiten zal aanvangen; de samenhang mag niet verbroken worden door den eisch op een bepaald punt toelichting te geven en over al wat daarmede verband houdt te zwijgen.

Juist de onafgebrokenheid is waarborg dat er een oogenblik aanbreekt, waarop de partij in de gelegenheid is door haren advocaat de zaak in haren vollen omvang, als geheel, den rechter voor te leggen.

Rangschikking van volgorde naar de gedachte des pleiters is eerste eisch, opdat zijn betoog helder en logisch zij.

Daarom moet de balie vasthouden aan het recht om, in elke zaak waarin haar dit wenschelijk voorkomt, onafgebroken de zaak uiteen te zetten naar eigen rangschikking.

Daar dit niet altijd noodig zal zijn en dat daarnevens toelichting op punten, die ter sprake komen loopende het onderzoek, haar nut kan hebben, ligt voor de hand.

Tot zoover in het belang van de zaken en van de rechtzoekenden.

In het belang der balie is het dat haar het zeer zware werk — men denke ook aan het talent en den zedelijken moed menigmaal vereischt voor eene goede repliek of dupliek — niet uit de hand worde genomen.

Om deze reden, dat dit werk arbeid is van hoog gehalte.

Bij de vele beslommeringen en nietigheden der praktijk — en zij zullen er niet op verminderen bij de nieuw ontworpen regelingen — kan het werk van beter gehalte niet worden gemist dan ten nadeele van de balie.

Proceskosten.

De Toelichting op titel I van het O. V. D. zegt terecht, dat in art. 161, lid 2, eene belangrijke afwijking ligt van het geldend recht, namelijk dat eene overeenkomst met zijn cliënt den advocaat nimmer meer honorarium kan verschaffen dan de rechter hem toedenkt. Als logisch gevolg daarvan bepaalt art. 155, dat de rechter bij zijn vonnis het bedrag der proceskosten vaststelt, dat ten laste komt van iedere partij, dus ook van de verliezende tegenover haren advocaat. Thans begroot de rechter, wat de verliezende partij aan de winnende heeft te betalen: in het vervolg zou de rechter vaststellen wat iedere partij aan haar eigen advocaat heeft te betalen en hoeveel daarvan op de tegenpartij kan worden verhaald.

De ontwerpers van het O. V. D. schijnen te meenen, dat de rechter bij het wijzen van zijn vonnis tot die vaststelling behoorlijk in staat is. Anders toch ware het overlaten van de vaststelling van de verdiensten der advocaten aan den rechter, zonder recht van hooger beroep (want de partij kan niet in beroep komen als de rechter haar te weinig aan haren advocaat laat betalen en de advocaat is geen partij) onverantwoordelijk. Onze Commissie weet, dat de rechter daartoe niet in staat is: hij is in de practijk niet eens gebleken in staat te zijn de kosten, ten laste der tegenpartij te brengen op de wijze waarop de wet dit thans wil, behoorlijk te begrooten. Men weet dit niet, omdat de advocaten (wat te betreuren is, doch te verklaren doordat hun de tijd en de lust ontbreken om klachten aan te heffen over kostenquaesties, terwijl toch van den wetgever met zijn traag werken geen verbetering te wachten is) weinig over de gebreken van de bestaande regeling spreken. Thans moet het echter worden gezegd. Zonder bijzondere voorlichting is de rechter, die eene zaak beslist, niet in staat om te beoordeelen welken arbeid eene zaak heeft vereischt, kan hij niet weten welke nasporingen in archieven, correspondentie, schrijvers, jurisprudentie, zijn verricht, als en voorzoover ze geen resultaat hebben opgeleverd, terwijl ze toch moesten worden verricht, omdat vooruit niet te zeggen was of ze geen resultaat zouden opleveren. Naarmate de zaak met meer zorg en meer talent is onderzocht en uiteengezet, zal zij den rechter dikwijls eenvoudiger toe schijnen. De advocaten zouden dus om den rechter op de hoogte te brengen van de omstandigheden, die op de vaststelling der kosten van invloed zijn, mondeling of schriftelijk die omstandigheden uitvoerig uiteen moeten zetten, en zulks contradictoir met de tegenpartij, wier belang daarbij ook betrokken is. Dit middel zou erger zijn dan de kwaal, in den regel veel te lage begrootingen. De advocaten zouden dit werk hebben verricht in het belang hunner cliënten, want behalve in die gevallen, waarin de cliënt wegens onvermogen of bijzondere verhouding niet meer betaalt dan wat de rechter tegen

de tegenpartij toelegt, is alleen het belang der cliënten betrokken bij behoorlijke begrooting: de daaraan te besteden tijd zou dus door de cliënten moeten worden betaald; en dit werk zou ook geschied zijn voor den cliënt, die zijn proces verliest, wat niemand van te voren weet, dus nutteloos. Reeds het belang der cliënten zelve leidt dus er toe, dat de advocaten daartoe niet overgaan. Daarbij komt dat die voorlichting zou moeten worden voorbereid en gegeven op een zeer ongelegen oogenblik, bij de pleidooien over de hoofdzaak, die alle tijd en aandacht in beslag nemen, terwijl eindelijk de rechter toont aan de voorlichting, die gegeven wordt, weinig waarde te hechten, wat trouwens door de tegenwoordige regeling zelve wordt in de hand gewerkt. Toen de bestaande regeling werd ingevoerd, heeft een van de leden onzer Commissie gespecificeerde declaratiën, ook van honorarium, overgelegd, met vermelding van de bijzondere omstandigheden, die daarop van invloed waren; welnu, de kosten werden vastgesteld op een veel lager bedrag, zonder dat het gelukte te weten te komen welke posten men gemeend had te moeten schrappen. Voor zaken in eersten aanleg kan men nog overwegen ten aanzien van de kostenbegrooting hooger beroep in te stellen, doch in het belang van den cliënt, die de kosten daarvan zou moeten betalen, zal daarvan meestal worden afgezien; voor zaken in hooger beroep of cassatie is elk rechtsmiddel tegen onbillijke begrooting uitgesloten. Is het wonder, dat het gewoonte is geworden alleen de verschotten te specificeeren en het voor het honorarium ten laste der tegenpartij aan te laten komen op de begrooting van den rechter, terwijl de cliënt betaalt wat de rechter te weinig begroot? Onze Commissie zou voorbeelden genoeg kunnen aanhalen, waaruit blijkt, dat de kosten op alleszins onbillijke en ongelijke wijze worden begroot, doch acht dit onnoodig: het spreekt van zelf, dat dit zoo zijn moet, waar het geschiedt, en bij de tegenwoordige regeling geschieden moet, zonder behoorlijke voorlichting en zonder behoorlijke kennis van zaken. Wil men eene billijke begrooting, het zou noodig zijn in ieder arrondissement één rechter daarmede te belasten voor alle zaken binnen dat arrondissement, ook voor een hoogeren rechter, behandeld; aan dezen zou steeds een globaal cijfel voor de billijk geachte kosten moeten worden opgegeven, waarvan dan aan de tegenpartij worde kennis gegeven, met bevoegdheid voor den rechter om, acht hij het bedrag te hoog, eene gespecificeerde declaratie te vorderen, waarvan eveneens wordt kennis gegeven aan de tegenpartij, die steeds bezwaren moet kunnen indienen. Vermindert de rechter het opgegeven bedrag, dan zou hij overeenkomstig art. 35 van het tarief bepaalde posten moeten schrappen of verminderen, terwijl hooger beroep moet openstaan.

Al wil men dit stelsel niet invoeren voor de kosten ten laste der verliezende partij, indien men gaat bepalen, dat in elk proces de

rechter moet vaststellen het bedrag, dat iederen advocaat toekomt, zou zulk een regeling volstrekt onvermijdelijk zijn. Het ware eenvoudig ongehoord dat men den rechter zonder hooger beroep liet vaststellen hetgeen den advocaat toekomt, zonder dat deze behoorlijk in de gelegenheid is zijn belangen te verdedigen. Alles wat boven gezegd is, klemt thans nog te meer. Daar gold het de werkzaamheden, die noodzakelijk waren tegenover de tegenpartij; hier geldt het werkzaamheden, die daarvoor niet noodig zijn, doch door den cliënt bepaald zijn verlangd. Hoe kan de rechter weten dat de cliënt, zooals meermalen geschiedt, voortdurend, soms dagelijks, den advocaat onnoodig komt lastig vallen of voortdurend brieven schrijft, ophelderingen vraagt? Moet de advocaat bij de mondelinge behandeling der zaak dat alles aan den rechter gaan overbrengen?

En dat, terwijl de nieuwe regeling voor den advocaat tegenover zijn cliënt volmaakt overbodig is. De advocaat kan thans zijn cliënt noch bij winnen, noch bij verlies van een proces, noch buiten proces dwingen tot eenige betaling dan na behoorlijk onderzoek en desverlangd contradictoire behandeling, waaraan bovendien moet voorafgaan eene begrooting ex aequo et bono door den Raad van Toezicht. In de overgroote meerderheid der zaken, op eene zeldzame uitzondering na, geschiedt de afdoening door den cliënt, zonder dat de rechter daarin behoeft te worden gemengd. Trouwens zeer vele advocaten willen, ook al blijft de cliënt in gebreke, in geen geval hem tot betaling dwingen. Waarom op den rechter die nieuwe taak gelegd, die onvermijdelijk conflicten tusschen den rechter en den advocaat zal tengevolge hebben? Waarom eene regeling, die het den advocaat onmogelijk zal maken zijn cliënt te zeggen wat hij meent dat hem verschuldigd is? Eene regeling, die den conscientieusen advocaat, die de bepaling naar haren geest zal willen toepassen, alle lust in de uitoefening van zijn beroep zal benemen, en daarnaast allerlei gelegenheid tot ontduiking zal geven en voor zaken buiten proces geen toepassing kan vinden?

Geen werkman zal zich in den tegenwoordigen tijd beperkt willen zien in zijne vrijheid om zijn loon desnoods contradictoir door den rechter te doen bepalen, om met zijn werkgever omtrent het loon naar zijn goedvinden te contracteeren, zich de inmenging van derden daarin laten welgevallen. Zal men van de advocaten anders vergen? Van mannen, die door de wet gedwongen worden gratis hun diensten te verleenen en bovendien in vele gevallen onverplicht gratis voor hulp aan onvermogenden zorgen. Overeenkomsten vooraf over het honorarium dat verschuldigd zal zijn komen bijna niet voor en worden door fatsoenlijke advocaten gewraakt. Maar na afloop van het proces moeten advocaat en cliënt volkomen vrijheid hebben zonder inmenging van den rechter het honorarium van den advocaat te regelen. Het recht om te declareeren kan en zal de advocaat zich niet laten ontnemen.

Onze Commissie kan tegen de ontworpen regeling niet sterk genoeg protesteeren.

Bevoegdheid.

Onze Commissie acht het noodig om aan de bepalingen, die over de bevoegdheid handelen (O. J. V. artt. 1—11, O. V. D. artt. 28—31) een slotartikel toe te voegen, inhoudende dat, indien geen college in Nederland krachtens een der voorgaande artikelen bevoegd is van de zaak kennis te nemen, de Rechtbank, — c. q. de Kantonrechter — te 's-Gravenhage, te Amsterdam of welke plaats men daarvoor wil aanwijzen, bevoegd is. Daardoor wordt de mogelijkheid uitgesloten, dat in zekere gevallen hier te lande geen recht is te verkrijgen, op welke mogelijkheid nog niet lang geleden weer eens de aandacht werd gevestigd, toen de Hooge Raad bij arrest van 21 April 1911, W. 9174, in de procedure tusschen de in Duitschland wonende erven van eene aldaar opengevallen nalatenschap, de Zutphensche Rechtbank, onder welker ressort de goederen in geschil gelegen waren, onbevoegd verklaarde om van de aanhangig gemaakte vordering kennis te nemen. Door de opneming van de door onze Commissie gewenschte bepaling wordt de gelegenheid geopend om, zoo eischer noch gedaagde in het Rijk in Europa wonen, een vonnis te verkrijgen, dat op hier te lande zich bevindende goederen of waarden geëxecuteerd kan worden.

Verstek.

Indien de gedaagde ter eerste terechtzitting niet verschijnt (O. V. D.), of wel de advocaat van den verweerder niet tijdig zijne volmacht ter griffie indient (O. J. V.), wordt tegen de niet verschenen partij verstek verleend. De bij de wet-Hartogh geopende mogelijkheid van zuivering van het verstek wordt behouden in art. 114 O. V. D., geschrapt evenwel in het O. J. V.

De sobere toelichting maakt niet duidelijk, waarom de goede redenen, die in 1896 aan dit instituut eene plaats in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verschaffen, in de oogen der Commissie uit de J. V. niet zwaar wogen.

Op een ander punt geeft onze Commissie de voorkeur aan het O. J. V., n.l. waar het de mogelijkheid openlaat, dat de eischer verstek en aanhouding vraagt (verg. M. v. T. blz. 166). Bij het gebiedend voorschrift van art. 112 al. 2 O. V. D. schijnt eene dergelijke mogelijkheid, waaraan in de practijk behoefte bestaat, uitgesloten.

De artikelen 145 en 146 O. J. V. regelen de rechtsgevolgen van het niet of niet tijdig concludeeren voor antwoord of repliek. Is niet voor antwoord geconcludeerd, zoo wordt de eisch voor niet betwist gehouden en vonnis gewezen. Deze bepaling is analoog met die betreffende het verstek, met dit verschil, dat geen recht van verzet meer openstaat. Daartegen bestaat geen bezwaar, mits voor

die gevallen het recht van appèl overblijft om de fouten te herstellen. Meer straf dan het verlies van ééne instantie mag redelijkerwijs op het verzuim niet gesteld worden. Is dit ook de bedoeling van het ontwerp? Uit de toelichting blijkt het niet en de in den tekst van artikel 145 gebezigde uitdrukking „wordt de eisch voor niet betwist gehouden" is dubbelzinnig. Feiten immers, die eenmaal niet betwist zijn in eersten aanleg, worden voor erkend gehouden en zijn in appèl niet meer aantastbaar. Wat er van zij, verduidelijking van hetgeen bedoeld is mag wenschelijk heeten.

Het rechtsgeding in hooger beroep.

In den titel, welke in het O. V. D. is gewijd aan het rechtsgeding in hooger beroep, zijn het vooral twee bepalingen, die onze Commissie hebben getroffen: die over den appèltermijn en die over de termijnen voor het nemen der conclusies.

Onze Commissie is met de ontwerpers van het O. V. D. van meening dat eene belangrijke bespoediging gevonden kan worden in verkorting van den appeltermijn. Een maximum-termijn van ééne maand voor alle zaken, zooals het O. V. D. (art. 133) dien vaststelt, is evenwel te weinig rekbaar. Voor zaken, waarover naar het buitenland of de koloniën moet geschreven worden, en in het algemeen voor die, waarin advies wordt ingewonnen van een confrère elders, is ééne maand te kort. Naar het oordeel van onze Commissie zal men goed doen den normalen termijn voor hooger beroep te stellen op twee maanden en daarnaast aan den rechter de bevoegdheid te geven om op verzoek der partijen in zijn vonnis een korteren termijn te bepalen.

Verkorting van den appeltermijn zal alleen mogelijk zijn wanneer er voor gezorgd wordt, dat partijen er op kunnen rekenen, vroeger dan thans het geval is, in het bezit gesteld te worden van eene grosse of afschrift van het vonnis van den eersten rechter. Het is daarom noodig een wettelijken termijn te bepalen, waarbinnen na aanvrage de griffier verplicht is het afschrift af te leveren (verg. art. 64 O. J. V., art. 73 O. V. D.). Bezwaren bestaan hiertegen niet, zoo slechts gebroken wordt met hetgeen thans veel voorkomt, dat nl. het vonnis niet van de minuut wordt uitgesproken.

Het andere voorschrift, dat onze Commissie heeft getroffen en waartegen zij met kracht meent te moeten opkomen, is dat van de artikelen 137 en 138 O. V. D., inhoudende dat de appellant op de eerste zitting zijn schriftuur van hooger beroep zal uitbrengen, dat de geïntimeerde deze uiterlijk drie weken later zal beantwoorden, en dat slechts om gewichtige redenen eenig uitstel aan partijen kan worden toegestaan. Al de bezwaren tegen de analoge voorschriften voor de procedure in eersten aanleg, uitvoerig boven

(blz. 7—15) ontwikkeld, gelden ook hier. Zelfs in nog sterker mate, omdat, ook al zal bij den procesgang, zooals de ontwerpen zich dien denken, de mondelinge behandeling in eersten aanleg in beteekenis winnen ten koste van die bij schrifturen, in appel de groote waarde van het schriftelijk debat over de resultaten der in prima gevoerde procedure onverminderd zal blijven. De appellant schijnt nog in zooverre bevoorrecht boven den geïntimeerde dat hij kan trachten den druk, dien artikel 137 O. V. D. op hem legt, te verlichten door op een langen termijn te dagvaarden, indien althans de geïntimeerde door gebruik te maken van het recht van anticipatie hem dit voordeel niet ontneemt.

Het rechtsgeding in cassatie.

Volgens art. 145 O. V. D. moet de dagvaarding in cassatie bevatten de mededeeling, dat, en voor hoever, van een bepaald aangewezen vonnis beroep in cassatie wordt ingesteld (waarmede blijkens het gelijkluidend art. 135 betreffende het hooger beroep en de toelichting daarop — blz. 89 sub 2, — slechts kan bedoeld zijn uit te drukken dat zoogenaamd partieel beroep in cassatie veroorloofd is, wat onze Commissie vrijwel onnoodig toeschijnt), benevens de gronden, waarom de beslissing, waartegen het beroep is gericht, in strijd met de wet wordt geoordeeld. Dit laatste voorschrift verzekert, evenals onder het geldend recht, dat uit de dagvaarding blijkt, tegen welke rechtsbeslissing wordt opgekomen; doch, terwijl volgens art. 419 W. v. B. Rv. geen andere middelen van cassatie in aanmerking komen dan de voorgestelde, ontbreekt in het Ontwerp zulk eene bepaling en spreekt het zelfs niet van middelen van cassatie, terwijl art. 149 zegt dat de Hooge Raad ook ambtshalve kan vernietigen op gronden, die niet zijn aangevoerd.

Onze Commissie neemt aan, dat hiermede zijn bedoeld *rechtsgronden* (verg. Toelichting blz. 86, sub 4), en merkt daarom slechts in het voorbijgaan op dat het in elk geval geraden zou zijn dit in de wet uitdrukkelijk te zeggen.

Ook naar het geldend recht is de Hooge Raad bevoegd en verplicht rechtsgronden aan te vullen; hij moet zich daarbij echter beperken tot de blijkens het middel van cassatie bestreden rechtsbeslissing, terwijl hij verder, al kan hij uit niet aangehaalde wetsbepalingen rechtsgronden ontleenen voor de uitlegging der aangehaalde bepalingen, slechts vernietigen kan wegens schending of verkeerde toepassing van de laatste.

Onze Commissie brengt gaarne hulde aan de blijkbaar bij de ontwerpers van het O. V. D. voorzittende bedoeling om de laatstvermelde beperking op te ruimen; zij betreurt het alleen dat het O. V. D. daarin niet verder gaat, en nog blijft vasthouden aan

den eisch van „strijd met de wet", al bestaat die ook in afwijking van uit de artikelen der wet af te leiden beginselen. Reeds meermalen is verdedigd de cassatie te verruimen tot schending of verkeerde toepassing van „het recht", in plaats van „de wet", waarbij „ het recht" uit den aard der zaak de beteekenis heeft van het objectieve recht. De Toelichting op het Ontwerp vermeldt niet waarom die oplossing wordt afgekeurd. Het zij daarom voldoende hier te herinneren dat de noodzakelijkheid voor den eischer in cassatie en voor den Hoogen Raad om de cassatie vast te knoopen aan stellige wetsbepalingen, waarmede de aangevallen beslissing in strijd moet zijn, al behoeven ze niet langer in de dagvaarding te worden aangewezen en al zal rekening kunnen worden gehouden met uit wetsartikelen af te leiden beginselen, wat ook thans geschiedt, de cassatie ook naar het Ontwerp zal doen blijven een benepen en moeilijk te hanteeren middel, waarbij het zeer de vraag is of de Hooge Raad zich over nieuw ontstane, in de wet niet geregelde, rechtsverhoudingen zal kunnen uitspreken.

Maar, wil onze Commissie op dit punt dus verder gaan dan het ontwerp doet, zij acht het aan den anderen kant volstrekt noodig dat worde vastgehouden aan de beperking, dat het beroep in cassatie èn voor partijen èn voor den Hoogen Raad bepaald zij en blijve tot de bij de dagvaarding als bestreden aangewezen rechtsbeslissing.

De meeste vonnissen, ook al behelzen zij de beslissing over slechts één subjectief recht, en al geven zij dus geen aanleiding tot een gedeeltelijk hooger beroep of beroep in cassatie, steunen op verschillende al of niet uitdrukkelijk in het vonnis vermelde rechtsbeslissingen; b.v. ten aanzien van het gebezigd of onvoldoend geacht bewijsmiddel, de rechtsgevolgen aan het bewezene verbonden, het te niet gaan van eene verbintenis, enz. In de dagvaarding in cassatie kan nu slechts ééne dier rechtsbeslissingen bestreden zijn, zonder dat van een gedeeltelijk beroep in cassatie in den gewonen zin sprake is. Volgens het O. V. D. zou nu de Hooge Raad bevoegd en zelfs verplicht zijn, indien hij eene der niet bestreden rechtsbeslissingen onjuist acht, ook deswege te vernietigen. Het O. V. D. toont niet aan, dat voor zulke ver gaande uitbreiding van het bestaand recht noodzakelijkheid of behoefte bestaat. In den grond der zaak is de beperking van het cassatieberoep tot eene der rechtsbeslissingen, waarop het vonnis steunt, niet van eene andere natuur dan een gewoon beperkt cassatieberoep en het O. V. D., dat in hooger beroep (zie Toelichting blz. 83, sub 3) erkent de bevoegdheid van partijen om zich te vereenigen met hetgeen door den eersten rechter is beslist, met het gevolg, dat het Hof daarnaar geen nieuw onderzoek doet, kan geen bezwaar hebben om in de cassatie-procedure, die haren grond alleen vindt in de hooge belangen van rechtséén- en zekerheid, de taak van den rechter te beperken tot die rechtsbeslissingen, welke

bestreden zijn, ten aanzien waarvan de volle vrijheid bestaat om rechtsgronden en aangehaalde wetsbepalingen aan te vullen.

Trouwens, waar partijen bevoegd zijn geen enkele rechtsbeslissing te bestrijden door geen cassatieberoep in te stellen, kan er tegen de boven aangegeven beperking geen redelijk bezwaar bestaan.

Doch bovendien levert het wegvallen van deze beperking in de praktijk zooveel bezwaren op, dat reeds daarom de beperking moet behouden worden.

Voor de partij, die het bestreden vonnis heeft verkregen, zou de toestand al dadelijk onhoudbaar worden. Zijn raadsman kan zich thans bij de pleidooien en bij de voorbereiding bepalen tot de rechtsvragen in de dagvaarding opgeworpen; dan echter zou hij studie moeten maken van alle rechtsquesties, in het vonnis behandeld of waarop dit steunt. Want niet alleen staat hij er aan bloot dat de advocaat van den eischer bij zijn pleidooi rechtsbeslissingen aanvalt, in de dagvaarding niet bestreden, maar het zal zijn plicht zijn elke in het vonnis verscholen rechtsquestie, ten opzichte waarvan eenige twijfel zou kunnen bestaan, te bestudeeren en te bepleiten, daar zijn cliënt er anders aan bloot staat, dat op de niet behandelde rechtsquestie ambtshalve wordt gecasseerd; hij zal dus het vonnis moeten bestudeeren met die zorg en nauwkeurigheid, waarmede de advocaat voor een cassatieadvies dat doet, om geen twijfelachtig punt over het hoofd te zien. Onze Commissie behoeft niet te zeggen hoeveel meer tijd en studie dat zal kosten, dat dus den advocaat van den verweerder belangrijk hooger honorarium dan thans zal moeten worden toegelegd, en dat de pleidooien veel langer zullen duren, tenzij, wat ten onzent nog nimmer is geschied, de Hooge Raad er toe mocht kunnen besluiten de zaak vooruit te bestudeeren en tijdig vooruit mede te deelen over welke punten alleen het pleidooi behoeft te loopen, omdat op andere *niet* zal worden gecasseerd. Men denke zich een oogenblik in den toestand van den advocaat van den verweerder tegenover zijn cliënt, als het vonnis ambtshalve wordt gecasseerd op een door de tegenpartij niet bestreden en door hem niet verdedigde rechtsbeslissing, terwijl hij overtuigd is, dat hij de juistheid dier beslissing had kunnen aantoonen. Misschien zullen er zijn die meenen, dat pleidooien onnoodig zijn, en dat de Hooge Raad, ook als er niet over is gepleit, slechts juiste beslissingen zal nemen: is men van oordeel dat dezulken gelijk hebben, men zou dan misschien beter doen en veel tijd en kosten sparen door eenvoudig alle pleidooien af te schaffen; onze Commissie meent echter te weten dat de meest bekwame rechters hechten aan pleidooien, mits goed en degelijk, en bovendien vergete men niet, dat partijen geen vrede hebben met eene beslissing, wanneer niet de raadsman van hun keuze hun standpunt voor den rechter heeft kunnen uiteenzetten.

Maar verder bedenke men, dat als de aangegeven bevoegdheid aan den Hoogen Raad gegeven wordt, spoedig in *elke* zaak cassatieberoep zal worden ingesteld; den eenen of anderen grond aan te geven in de dagvaarding is gemakkelijk genoeg; de partij, die verloren heeft, verzekert zich daardoor of denkt zich te verzekeren, dat de knapste juristen van het land hun zaak nog eens zullen bestudeeren. Thans werkt het onderzoek der cassatie-advocaten als een zeef, die een aantal zaken niet tot de cassatie toelaat: dan echter zal de meest zeer sterke aandrang om cassatieberoep in te stellen niet meer zijn tegen te houden; men kan immers nooit weten welke fout de Hooge Raad vindt. Al wordt slechts éénmaal in het jaar ambtshalve gecasseerd, het zal voldoende zijn om de cassatieberoepen niettegenstaande de adviezen der cassatie-advocaten te doen stroomen. En op die wijze zal het cassatieberoep zijn reden van bestaan verliezen; ééne kamer zal de burgerlijke cassatie zeker niet meer kunnen afwerken; daardoor alleen reeds zal de rechtséénheid en rechtszekerheid, waarvoor de cassatie dient, volstrekt niet meer bereikt worden. Moet dat geschieden, dan zou het veel redelijker zijn den Hoogen Raad kortweg te vervormen tot Hof van Hooger Beroep met verschillende kamers, en van rechtséénheid en -zekerheid af te zien. Al ware het alleen om deze practische redenen moet het onderzoek van den Hoogen Raad beperkt blijven tot de rechtsbeslissing, in de dagvaarding uitdrukkelijk als bestreden aangegeven; doch binnen die redelijke grens kan het zoo ruim mogelijk worden geregeld.

De termijn van één maand, bij art. 143 voorgeschreven, is als regel stellig te kort. Eene cassatiedagvaarding is niet te ontwerpen zonder dat men het vonnis voor zich heeft, zoodat de bestudeering moet wachten op het verkrijgen van een afschrift van de griffie, waarmede meestal eenige tijd heengaat; dan wordt gewoonlijk het advies van een advocaat uit een andere plaats ingewonnen, wat tijd kost; vervolgens moet de cliënt het ingewonnen advies met zijn eersten raadsman overleggen en beslissen. Het is inderdaad niet geraden den bestaanden termijn te verkorten; dit zou òf partijen versteken van hun recht om vernietiging van eene onjuiste beslissing te bekomen, òf het instellen van cassatieberoepen, die beter achterwege waren gebleven, maar dan overhaast worden overdacht, omdat de tijd dringt, in de hand werken.

III.

In de toelichting, welke haar ontwerp begeleidt, deelt de Commissie uit de Juristenvereeniging mede, dat zij de haar opgedragen taak onvolledig zou meenen te hebben vervuld, wanneer zij niet in haar ontwerp mede eene regeling van het bewijs opnam. Ongetwijfeld was dit eene gelukkige gedachte, waarvan als eerste vrucht

kan beschouwd worden, dat de in het voorjaar benoemde Staatscommissie van de Regeering tot opdracht kreeg om, naast de opstelling van een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ook eene herziening van het IVe Boek van het Burgerlijk Wetboek in het oog te vatten.

Toch is het nog niet zoo lang geleden, dat een ander desbetreffend ontwerp het licht zag, hetwelk de uitkomst was van den arbeid van de bij K. B. van 25 October 1899 benoemde Staatscommissie, en dat naar aanleiding daarvan een Regeeringsontwerp en in 1907 een Nader Gewijzigd Regeeringsontwerp werd ingediend. Meer dan het korte sedert verloopen tijdsbestek zou doen vermoeden, slaat het O. J. V. op menig hoofdpunt een weg in, afwijkend van dien zijner voorgangers. In het bijzonder denkt onze Commissie hier aan de regeling of liever de niet-regeling van het leerstuk der onsplitsbare bekentenis en aan de vervanging van den beslissenden en den suppletoiren eed door een stelsel, waarin, bij groote vrijheid voor den rechter in de waardeering van het bewijsmateriaal, als nieuw bewijsmiddel eene plaats wordt verschaft aan de beëedigde zoowel als aan de onbeëedigde partijverklaringen. Bij beide punten wil onze Commissie wat langer stilstaan.

Alvorens dit te doen, wenscht onze Commissie op te merken, dat het ontwerp zich beweegt in de richting der vrije bewijsleer. Waar de voor- en nadeelen, daaraan verbonden, bekend zijn, is het zeker niet noodig daarover uit te wijden. Alleen wenscht onze Commissie met nadruk te wijzen op het gewicht der vraag of men — hoever men overigens ook wil gaan — wel het voorschrift van art. 1934 B. W. zal afschaffen en getuigenbewijs toelaten tegen of boven den inhoud eener acte, alsmede omtrent hetgeen vóór, ten tijde of na het opmaken eener acte zou zijn gezegd. Ook zij, die een veel ruimer bewijsrecht wenschen dan thans geldt, zullen niet betwisten dat het doel, waarmede acten worden opgemaakt, t. w. het bevorderen der rechtszekerheid, volkomen lofwaardig is. Dat doel nu wordt voor een groot deel verijdeld, indien men getuigenbewijs toelaat. Niemand denkt er aan elk tegenbewijs tegen acten uit te sluiten. Maar wel mag het bedenkelijk heeten tegenover de juist ter wille van zekerheid opgemaakte acte een bewijsmiddel toe te laten, dat, al kan het niet gemist worden waar ander bewijs ontbreekt of niet bruikbaar is, een hoogst gevaarlijk en onbetrouwbaar middel is. Ieder, die in de practijk heeft rondgezien, weet hoe herhaaldelijk het voorkomt, dat getuigen, zonder nog te kwader trouw te zijn, onder den invloed van partijen of zelfs onder autosuggestie verklaringen afleggen, die vierkant met de waarheid strijden. Onze Commissie meent hierom, zonder dieper op de vraag in te gaan, te moeten wijzen op de gevaren, die in het bijzonder op dit punt aan de invoering van een vrij bewijsrecht verbonden zijn.

Het instituut der onsplitsbare bekentenis.

In het Ontwerp ontbreekt elke bepaling hieromtrent en men behoeft de Toelichting niet te raadplegen om te weten aan welke zijde de Commissie van de J. V. zich heeft geschaard in den met warmte gevoerden strijd over de al- of niet-wenschelijkheid van behoud van het voorschrift van art. 1961, naar de beteekenis die de rechtspraak van den Hoogen Raad daaraan toekent.

Altijd waren er velen, die niets liever wenschten dan eene bepaling op te ruimen, die meebrengt, dat eene der partijen bezwaard kan worden met den bewijslast van feiten, over welker juistheid tusschen partijen geen geschil, bij den rechter geen twijfel bestaat. Daartegenover is steeds volgehouden, dat de werking van het bestaande stelsel alleszins billijk is en aan de eischen der practijk voldoet; het bevordert eene eerlijke uiteenzetting door den gedaagde, die nu weet dat hij openhartig spreken kan zonder zich in eene ongunstige positie te brengen. Zóó heeft ook de in 1899 benoemde Staatscommissie, bij de aanbieding van het door haar ontworpen IVde Boek, het behoud van de onsplitsbare ontkentenis aanbevolen, ofschoon zij verdeeld was over de vraag hoever de werking daarvan behoorde te worden uitgestrekt.

Anders, zooals gezegd, de Commissie uit de Juristenvereeniging. Niet malsch is haar oordeel over „het stelsel van onze wet, dat tot „zoovele moeielijkheden, haast zouden wij zeggen ongerechtigheden, „aanleiding geeft" (Toelichting blz. 182). Zij meent, dat aan de eischen der praktijk op dit punt wordt tegemoet gekomen door de grootere vrijheid, die het Ontwerp den rechter laat in den aard der te bezigen bewijsmiddelen en in de beoordeeling van de waarde daarvan. Men denke aan art. 127: „de kamer is bevoegd uit de „mededeelingen en de antwoorden der partijen, uit hare niet-„verschijning en uit de weigering of ontwijking van het antwoord „zoodanige gevolgtrekkingen te maken of zoodanig bewijs te putten, „als zij zal vermeenen te behooren", aan de artikelen 273 en 274, krachtens welke de rechter, ook indien eenig feit geheel van bewijs ontbloot is, aan eene der partijen een eed daaromtrent kan opdragen, waarbij hij geheel vrij is in de keuze, aan welke van beide hij dat wenscht te doen.

Onze Commissie veroorlooft zich hieromtrent eenige bedenkingen. De bezwaren tegen de onsplitsbaarheid der bekentenis komen haar zeer overdreven voor. Zonder twijfel kan een gedaagde daarvan gebruik maken om in strijd met de waarheid aan zijne bekentenis bevrijdende feiten te verbinden, doch zelden zal de eischer daardoor werkelijk schade lijden. Immers als de eischer zijne feiten kan bewijzen, laat hij de onsplitsbare bekentenis liggen; kan hij ze niet bewijzen, de gedaagde, die het niet nauw met de waarheid neemt, zal, vervalt de onsplitsbaarheid, eenvoudig niet bekennen, maar ontkennen, wat ook nu wel zal geschieden.

Het eenige nadeel voor den eischer is dat hij omtrent zijne feiten geen beslissenden eed kan opdragen, maar daar staat tegenover het voordeel dat hij de keuze heeft tusschen het bewijs òf van zijne feiten òf van de onwaarheid der bijvoeging, en dat hij in den regel over die bijvoeging in plaats van over zijne feiten den beslissenden eed kan opdragen. Het bezwaar is dan ook inderdaad veeleer dit, dat de rechter onbewezen moet verklaren, of bewijs opleggen van, een feit, dat erkend is en dat hij dus weet dat geschied is.

Daarentegen heeft ons art. 1961 B. W. het niet te onderschatten nut die groote categorie van menschen te beschermen, die te goeder trouw zijn en b.v. geen bewijs van eene verbintenisbevrijdende handeling hebben gevorderd omdat bij het aangaan der verbintenis evenmin eenig schriftelijk stuk werd geteekend, en die voor den rechter niet willen liegen; zonder gevaar kunnen deze thans zeggen wat zij ter goeder trouw voor de waarheid houden; het artikel bevordert openhartigheid, brengt dikwijls den strijd op het terrein van het werkelijk verschil; het te doen vervallen zal onware ontkentenissen in de hand werken. Bij het geldend bewijsrecht zou onze Commissie daarom art. 1961 niet willen missen, ook niet bij invoering van een vrijer bewijsrecht.

Dat daarbij de bezwaren, aan het vervallen van de onsplitsbaarheid der bekentenis verbonden, geringer zullen worden, mag buiten kijf heeten.

Doch wel voor twijfel vatbaar is de opvatting, alsof daardoor alle moeielijkheden zullen worden opgelost.

De gedachte van de ontwerpers is, dat voortaan van een eigenlijk gezegden bewijslast geen sprake meer zal zijn (blz. 184 Toelichting). Omtrent betwiste feiten immers moeten *beide* partijen met alle haar ten dienste staande middelen den rechter voorlichten. Partijen gehoord beslist de rechter welke van beiden hij geloof wil schenken. In die gedachte past noch eene *verdeeling* van den bewijslast, noch de nauw daarmee samenhangende splitsing van de bekentenis.

Hiertegen schijnen de volgende bedenkingen in overweging te mogen worden gegeven. Toegegeven dat van bewijslast in den zin als in de Toelichting bedoeld geen sprake meer zal zijn, dan zal hij toch ook in de gedachte bewijsleer eene rol blijven spelen.

In dezen zin: gesteld dat geene der partijen er in slaagt den rechter de overtuiging bij te brengen, dat de eigen voorstelling van zaken de juiste is, gesteld dus dat er ten aanzien der feiten een non liquet moet worden uitgesproken, wien zal dit dan treffen? Natuurlijk den eischer. De eisch zal dan ontzegd worden, niet omdat de voorstelling van gedaagde wordt aanvaard, maar omdat de rechter die van eischer niet aanvaarden kan.

Zoo zal het elken eischer voor oogen staan, dat hij de taak te

vervullen heeft 's rechters overtuiging voor zich te winnen, op straffe van verlies van zijn proces.

Daarom was het juist gezien toen de meerderheid der C. J. V. meende in art. 201 van haar Ontwerp het beginsel van art. 1902 B. W. te moeten behouden, al is dit niet als reden voor het behoud in de Toelichting (blz. 184) genoemd.

Afgescheiden hiervan doet de vraag zich voor of een voorschrift over de al- of niet-splitsbaarheid der bekentenis gewenscht is.

Wat men voorkomen wil is 's rechters redeneering in het veel gebezigd voorbeeld van den gestelden verkoop, beantwoord met de tegenwerping „gekocht, maar betaald": de koop staat door bekentenis vast, over de al- of niet-betaling is niets gebleken, ergo is de vordering toewijsbaar.

Dit kan op twee wijzen voorkomen worden.

De ontwerpers schijnen *deze* wijze te kiezen:

De eischer, die verkoop beweert en betaling vordert, stelde inderdaad als feit den verkoop en de niet-betaling; daartegenover stelt de kooper den koop en de betaling.

Geschilpunt waarop bewijs noodig is, is dus het punt der al- of niet-betaling.

Gelukt het den verkooper niet op dit punt eene overtuiging in zijn voordeel te vestigen, dan verliest hij zijne vordering.

Anders uitgedrukt: de rechter heeft zich de vraag te stellen welke voorstelling der facta ponenda *als geheel* hem de juiste voorkomt. Evenals thans bij het formuleeren van den decisoiren eed, zal dan telkens het litis decisoire punt worden aangewezen; wordt daaromtrent geene overtuiging gevestigd, dan komt dit ten nadeele van den eischer.

De andere wijze om het omschreven kwaad te keeren ligt in het voorschrift van de onsplitsbaarheid der bekentenis. Kiest men den laatsten weg, dan zal men bij de ontworpen bewijsmethode tevens uitdrukkelijk voor het geval van geclausuleerde bekentenis het voorschrift van art. 127 Ontwerp buiten gevecht moeten stellen. Na zoodanige bekentenis moet deze zelve en de houding van partij buiten beschouwing blijven voor bewijs; er dient bewijs van elders te worden bijeengebracht, hetzij voor den grondslag van de vordering, hetzij voor de onwaarheid van de bijvoeging, met de groote vrijheid in de middelen van bewijs, die de ontwerpen geven, welke ook de bezwaren der onsplitsbare bekentenis tot een minimum terugbrengt.

Beide wegen leiden tot het doel. Het is zelfs de vraag of de onsplitsbaarheid der bekentenis, waarbij de eischer de keus heeft tusschen twee bewijzen, voor den eischer niet nog billijker en voordeeliger is dan het eerste middel, waarbij hij beperkt is tot het bewijs der niet betaling.

Welk stelsel men echter wil volgen, een uitdrukkelijk wetsvoorschrift, dat den gekozen weg aanwijst, is onmisbaar.

Bewijskracht van de partijverklaring.

Eene der belangrijkste afwijkingen van het geldend bewijsrecht, die in het O. J. V. wordt aangetroffen, is misschien wel de vervanging van het instituut van den beslissenden en den suppletoiren eed door het stelsel neergelegd in de artikelen 127, 273 en 274 O. J. V.

Voortaan zal de rechter uit de mededeelingen en de antwoorden der partijen, uit hare niet-verschijning en uit de weigering of de ontwijking van het antwoord, zoodanige gevolgtrekkingen kunnen maken of zoodanig bewijs putten als hij zal vermeenen te behooren.

In de eerste plaats dus zal uit de verklaringen eener partij, ja zelfs uit hare houding in het proces, *tegen* haar bewijs kunnen geput worden. In kiem vindt men deze laatste gedachte reeds hier en daar in onze wet b.v. in art. 244 B. Rv.

Wat de uitwerking daarvan in het ontwerp betreft, moet gewezen worden op het gevaar dat er in schuilt om ook uit de *ontwijking van antwoord* bewijs te laten putten. Het niet precies antwoord geven op gestelde vragen zal vaak niet opzettelijk gebeuren, maar te wijten zijn hetzij aan onkunde, hetzij hieraan, dat de ondervraagde de gestelde vraag — die de ondervrager zelf misschien al te licht overduidelijk zal achten — niet geheel begrijpt, hetzij aan de omstandigheid, dat de ondervraagde zich niet meer herinnert hetgeen vroeger is voorgevallen. In al deze gevallen kan de indruk van ontwijking bij den ondervrager worden opgewekt, en het eischt scherpen blik en subtiel psychologisch inzicht om de ware oorzaak er van te doorgronden. Het komt onze Commissie daarom wenschelijk voor de uitdrukking: „ontwijking van antwoord" te vervangen door zoodanige andere, dat buiten twijfel wordt gesteld, dat alleen zoodanig niet-antwoorden tegen den ondervraagde mag worden aangevoerd als aan onwil of kwade trouw valt toe te schrijven.

Van nog meer beteekenis zal voor de practijk zijn het voorschrift, dat de rechter uit de verklaringen en mededeelingen van eene der partijen ook *ten haren* voordeele bewijs kan putten.

De regeling daarvan in het O. J. V. is met enkele afwijkingen ontleend aan de Oostenrijksche wetgeving. Vooreerst kan de rechter uit de onbeëedigde verklaringen van partijen bewijs putten; bovendien heeft hij de bevoegdheid om aan eene der partijen, ter zijner keuze, op te dragen *bepaald geformuleerde feiten te beëedigen*. Ongeveer op dezelfde wijze geregeld treft men dit aan in het O. V. D., art. 65, evenwel met dit verschil, dat de rechter de *geheele afgelegde verklaring* kan laten beëedigen.

Onze Commissie meent er op te moeten wijzen, dat, zoo men van oordeel is dat eene regeling in dezen trant de meest aanbe-

velenswaardige is — waarover straks —, dan toch een scherp onderscheid dient gemaakt te worden tusschen het hooren eener partij tot het geven van *inlichtingen* en het verhoor der partij als *bewijsmiddel*.

Onze Commissie is het geheel eens met hetgeen over het Oostenrijksche procesrecht hieromtrent wordt geleerd in het schrijven van dr. FRIEDLÄNDER, vice-president van het gerechtshof te Weenen, als bijlage n°. 8 opgenomen achter de Toelichting van het O. J. V. (blz. 229). Hij schrijft:

„Wir unterscheiden genau zwischen einer von der Partei persönlich auf Befragen des Vorsitzenden oder eines Senats-Mitglieds gegebenen Darstellung und ihrer Aussage infolge Beweisbeschlusses. Erstere ist kein Beweismittel und kann daher nicht nach § 272 Z. P. O. gewürdigt werden. Nur letztere eignet sich zum Beweismittel, weil sie nach ernster Ermahnung des Vorsitzenden unter Wahrheitspflicht abgegeben wird und die Partei das Bewustsein hat, ihre Aussage eventuell beeidigen zu müssen. Es würde sich daher auch nicht empfehlen die nur informative Darstellung der Partei als Beweismittel zu benützen. Hat aber eine Partei informatif eine Sachdarstellung gegeben und kommt sie nachher zur Vernehmung gemäss § 371 u. flg., so kann sich natürlich Befragung und Protokollierung and das früher angegebene beziehen".

Uit de Toelichting (blz. 70) van het O. V. D. blijkt, dat de Commissie, die het opstelde, het belang van het onderscheid zeer goed voelde, waar zij toch schreef: „De aanwezigheid en ondervraging van partijen op de terechtzitting kan vooreerst strekken tot beter begrip van hare eigene beweringen in de schrifturen, als van wat door anderen, door de wederpartij of door getuigen is verklaard; dit zal regel zijn. Maar bovendien kan een bepaald verhoor van partijen als een zelfstandig bewijsmiddel worden gebezigd". Toch kan onze Commissie in artikel 65 O. V. D. het onderscheid niet terugvinden.

Hetzelfde geldt voor het O. J. V.: ook daar het voorschrift, in art. 274, dat aan het bevel, waarbij een eed wordt opgedragen, „eene ondervraging van partijen over de nog onbewezen feiten „moet voorafgaan, waarbij de rechter tevens op de mogelijk„heid der eedsaflegging wijst", doch daarnaast de bepaling van art. 127, dat uit een woord, onbeëedigd of niet, en onverschillig op welk oogenblik geuit, bewijs kan worden geput. Wanneer men inderdaad de noodzakelijkheid inziet van het maken van een onderscheid, moet men dit ook duidelijk doen uitkomen op de wijze zooals dat in de Oostenrijksche wet is geschied, waar is bepaald, dat de rechtbank, nadat zij alle mogelijke voorlichting, ook uit de inlichtingen van partijen, heeft genoten, kan overgaan tot een bepaald verhoor van partijen, zoo zij dit tot het vestigen van haar oordeel noodig acht.

Dit voor het geval men aan het Oostenrijksche stelsel de voorkeur geeft. Onze Commissie heeft tegen overneming van dat stelsel evenwel twee gewichtige bezwaren. Zij acht het recht doen op onbeëedigde verklaringen van partijen bepaald af te keuren, omdat het er op neerkomt, dat eene der partijen op haar fatsoenlijk gezicht geloofd wordt. Bij de tegenpartij, die tengevolge daarvan ten onrechte een proces verliest, wordt groote bitterheid gewekt tegen den rechter, wat veel minder het geval zal zijn, wanneer op eene beëedigde partijverklaring vonnis wordt gewezen. Het odium valt dan niet zoozeer op den rechter, als wel op de partij, die valschelijk onder eede verklaarde.

Nevens de reeds aangegeven bevoegdheid om bewijs te putten uit de onbeëedigde verklaringen van partijen, krijgt volgens het Ontwerp de rechter, de bevoegdheid om, zoo hij dit noodig acht, een waarborg voor eene waarheidsgetrouwe verklaring te zoeken in het opleggen van een eed, en wel na het afleggen der verklaring. Onze Commissie nu meent, dat de waarborg, dien de eed geeft, grooter is, wanneer deze wordt gezworen vóór het geven der verklaring, dan wanneer, nadat de verklaring afgelegd is buiten eede, die later met eede wordt bevestigd. De vrees is gerechtvaardigd, dat hij, die het bij zijne verklaring buiten eede met de waarheid niet al te nauw neemt, juist omdat hij niet onder eede staat, een oogenblik later daarop niet zal terugkomen of den opgelegden eed niet zal weigeren.

Er komt nog bij dat dit stelsel den rechter in deze impasse brengt — in het hoofdartikel in W. 9336 wordt er op gewezen — dat hij, indien hij de partij in hare verklaring gelooft, den eed niet zal behoeven, en, zoo hij haar minder gelooft, de mogelijkheid, misschien de waarschijnlijkheid, van een meineed zal gaan openen.

Aan al deze bezwaren wordt tegemoetgekomen door overneming van het Engelsche stelsel, n.l. om *partijen als getuigen onder eede te hooren.*

Het trof onze Commissie, dat in 1907 bij de behandeling door de Juristenvereeniging aan het procesrecht gewijd, zoowel de beide praeadviseurs in hun praeadvies als menig lid bij de discussie, in de invoering van dit instituut de oplossing van het netelige vraagstuk zagen. Ook de Commissie van de J. V. voelt er wel voor, doch acht het te zeer afwijkend van ten onzent historisch geworden rechtsopvattingen.

Wanneer zij hiermee bedoelt, dat bij den Nederlandschen burger een weerzin zoude bestaan om, als partij ter terechtzitting verschenen, onder eede gehoord te worden, deelt onze Commissie dit bezwaar niet. Integendeel, het treft een ieder die in de practijk is, dat de cliënt telkens verbaasd is dat hem niet wordt toegestaan de waarheid zijner beweringen onder eede te bevestigen. Onze Commissie kan zich voorstellen, dat menigeen, ook die het recht aan zijne zijde weet, tegen eene verschijning ter terechtzitting zal op-

zien; maar eenmaal verschenen zal eene partij, die te goeder trouw is, er weinig tegen kunnen hebben de door haar gegeven voorstelling van zaken ook te beëedigen.

Onze Commissie weet niet hoever de Staatscommissie met haren arbeid gevorderd is en of er uitzicht is dat een stap der Orde op het door haar te ontwerpen wetsvoorstel nog invloed zal uitoefenen, doch zij is in elk geval van oordeel dat de beschouwingen der Commissie, indien de Orde zich daarmede vereenigt, in de eerste plaats ter kennis van de Regeering moeten worden gebracht en daarna moeten worden openbaar gemaakt. Zij geeft daarom aan de Orde in overweging te besluiten, dat de Orde zich met de beschouwingen van dit rapport vereenigt en den Raad van Toezicht en Discipline opdraagt een verzoekschrift tot Hare Majesteit de Koningin te richten volgens bijgevoegd ontwerp, en na indiening van dit verzoekschrift afdrukken van dit rapport te zenden aan die autoriteiten en personen als de Raad van Toezicht wenschelijk zal oordeelen.

's-Gravenhage, Mei 1914.

De Commissie uit de Orde,

E. N. DE BRAUW.
H. DE RANITZ.
J. H. TELDERS.
L. A. NYPELS,
Secretaris.

Opmerkingen naar aanleiding van „Levensverzekering en Hooge Raad", door Mr. L. A. Micheels

DOOR

Mr. A. J. MARX.

Wat hebben we in de onder bovenstaanden titel verschenen brochure te zien? Die vraag dient allereerst te worden gesteld.

Is het een tendentieus geschrift, een pleidooi in boekvorm, of moeten we ze beschouwen als uiting van wetenschappelijke bepeinzing? In 't eerste geval zou 't niet ad rem zijn, zoo we gingen onderzoeken, of de schrijver wellicht onjuistheden heeft neergeschreven. Eenzijdigheid toch is wezenskenmerk van ieder pleidooi en hij, die daarin laakt, dat niet ook de keerzijde belicht is, eischt van een pleidooi, dat 't geen pleidooi zij. Eene pleitrede is goed door de juistschijnendheid van scherpzinnig betoog, is schoon door haar meesleependen vorm, is gerechtvaardigd door de edelheid van haar doel. Haar als geschreven pleidooi opvattend en dan volgens deze maatstaven oordeelend, mogen we deze brochure met overtuiging goed en schoon noemen. Edel in haar doel m.i. echter niet. Want hare strekking is geen andere dan deze: dat de belangen van nabestaanden meer behartiging verdienen dan die der crediteuren; eene verenging dus van 't sociale plichtsbesef, dat de rechtvaardiging van de rechten des enkelen niet zoekt in diens persoonlijk belang, maar in het belang der gemeenschap, waarvan hij deel uitmaakt; eene verkrachting ook van

een der meest elementairen billijkheidsregels welke aldus omschrijfbaar is: zij, die onverdiend genieten van voorspoed, moeten ook de eersten zijn, die lijden van tegenspoed.

Die lijdensplicht — om het zoo maar eens te noemen — heft natuurlijk niet op eene zeer gegronde aanspraak op medelijden; in concreto: de weduwe van den failliet, die nu ook nog beroofd wordt van de uitkeering der verzekeringsmaatschappij verdient zeker diep beklaagd te worden. Maar dat bewijst nog niet, dat haar dit leed ten onrechte treft.

De door den schrijver voorgestane opvatting moet er toe leiden, dat 't instituut der levensverzekering kan worden gebruikt tot het in het leven roepen eener verzekering van nabestaanden tegen de gevolgen van des verzekeringnemers insolvabiliteit, ten nadeele van diens schuldeischers. Dergelijk gebruik nu moet m. i. met den naam „misbruik" worden bestempeld. En heeft de geachte schrijver de bedoeling gehad, het afsluiten van zulke verzekeringen te bepleiten en de beoogde werking er van zeker gesteld te zien, dan hoop ik, bij alle waardeering van de schranderheid des betoogs, dat wij gespaard zullen blijven voor het veldwinnen eener opvatting, die sociaal-ethisch gezien eene droeve schrede achteruit beteekent. Zulks te meer, waar de vrees, nabestaanden onverzorgd achter te laten, vaak de eenige drijfveer tot commercieele voorzichtigheid is.

Onnoodig te zeggen, dat van dezen schrijver, zoo 't er hem om te doen is geweest, het hier gewraakte beginsel te propageeren, niet anders mag worden verwacht, dan dat hij 't deed met de beste bedoelingen en de meest vaste overtuiging omtrent de billijkheid van zijn standpunt. Hij maakte de fout, die velen begaan: hij verhief zijn medelijden voor eene enkele persoonlijkheid, desnoods

voor eene bepaalde groep personen, tot leidster voor de richting van zijn sociaal-ethisch denken.

Zoo wij de zekerheid hadden, met eene tendentieuse brochure te doen te hebben, zou schrijver dezes het bij het bovengezegde kunnen laten. Maar die zekerheid missen we. We zullen dus het boekje ook als juridisch betoog hebben te waardeeren. Dat het vernuftig geschreven is, werd reeds gezegd en zij hier met nadruk herhaald. Maar is 't ook juist? Moèt inderdaad de rechter in onze wet den wil harer makers lezen, de levensverzekering te doen zijn het sociale monstrum, dat ze zou kunnen wezen, indien de heer MICHEELS gelijk heeft? Het is m. i. gelukkig verre van dien. De schrijver tracht ons te doen beseffen, dat de speciale bepalingen over levensverzekering, die ons Wetboek van Koophandel boven de Fransche wetgeving bezit, sterk voor zijne opvatting spreken. Daarin zoude zoo iets liggen van eene wedergave des nationalen geestes op dit gebied.

Nu, het zou schande zijn voor dien nationalen geest, zoo hij een klaar en helder besef van het wezen der levensverzekering niet beter tot uitdrukking had kunnen brengen dan in die nietszeggende groep bepalingen van ons W. v. K. Meer eer doen we onzen wetgever aan, zoo we hem dat besef ontzeggen en eenvoudig aannemen, dat hij een paar formeele eischen in de wet wilde vastleggen, die door het gebruik reeds burgerrecht gekregen hadden. Tot des wetgevers eer mogen we dan beweren, dat die eischen niet hinderlijk gebleken zijn. Gelijk personen, zonder vast omlijnde eigenaardigheid, voor velerlei gezelschap niet ongeschikt zijn, zoo zijn ook veelal karakterlooze wetsbepalingen voor heel den duur der ontwikkeling van een rechtsinstituut en alle veranderingen, die het intusschen doormaakt, passend. Daarom

mag men echter niet zeggen, dat zij hunnen stempel aan dat rechtsinstituut opdrukken! Al is er geen strijd tusschen die wetsbepalingen en het levensverzekeringscontract, gelijk 't zich sinds 1838 ontwikkeld heeft, zeer zeker heeft toch het levensverzekeringscontract na 1838 zich hier te lande niet ontwikkeld volgens die bepalingen — die immers niets zeggen —, maar in hooge mate eenen *internationalen* trek gekregen en zijne strekking is dan ook slechts uit zijne internationale ontwikkeling en in zijnen samenhang met het handels- en credietverkeer van onzen tijd behoorlijk te verstaan. De gewichtige taak des nationalen wetgevers is dan slechts om binnen de landsgrenzen, zoo noodig, die ontwikkeling te houden in de perken der sociale orde, gelijk hij die meent te moeten stellen.

Onze wetgever nu staat ten dezen op geen ander standpunt dan de C. C., die over de levensverzekering niet spreekt, maar ze ook niet verbiedt. Ergo zullen de algemeene bepalingen van het verbintenissenrecht hier toepasselijk zijn. Of de wetgever er aan gedacht heeft, die algemeene bepalingen speciaal voor dit contract geldig te maken, kan in het midden gelaten worden. Want ze gelden immers in het algemeen en nog wel het meest onbeperkt voor de verbintenissen, die niet speciaal of toch ten minste niet in den breede in de wet geregeld zijn. Had de wetgever willen bepalen, dat er voor de levensverzekering iets bijzonders rechtens is, dan had hij het bij gelegenheid der behandeling van dit contract in het W. v. K. moeten zeggen. Nu dat niet geschied is, zijn we onvoorwaardelijk aan de gewone wetsvoorschriften gebonden. En waarmede anders zouden we dan te doen hebben dan met het pactum in favore tertii, dat naar den regel van art. 1353 B. W. eerst

tegenover dien derde bindend is, nadat hij uitdrukkelijk heeft verklaard, er van gebruik te willen maken?

Anders Mr. MICHEELS. Zijns inziens is er voor de toepassing van dit artikel geen plaats: de verzekeringnemer zoude enkel hebben een aanwijzingsrecht, dat aan zijne persoon gebonden en niet voor overgang vatbaar is. Daarnaast is den laatsten begunstigde na het opvorderbaar worden der verzekerde som een zelfstandig recht geboren, ook al heeft hij te voren niet aangenomen. De eerste zinsnede dier stelling is niet onjuist, maar wettigt nochtans niet de gevolgtrekking, dat de curator niet in plaats van den gefailleerden verzekeringnemer het aanwijzingsrecht mag uitoefenen. Immers: de curator is geen opvolger in rechten; veeleer is hij vermogensrechtelijk de gefailleerde zelf. Laatstgenoemde verliest het beheer- en beschikkingsrecht over zijn vermogen, de curator krijgt dat recht. Maar het blijft het vermogen des gefailleerden, dat beheerd en waarover beschikt wordt. Ergo: alle onoverdraagbaarheid van het aanwijzingsrecht verhindert niet, dat de curator er over beschikken mag, mits het slechts een onderdeel des vermogens zij. En kan dit in redelijkheid worden betwijfeld? Is een aanwijzingsrecht, dat desverlangd ten eigen bate kan worden uitgeoefend, niet op geld waardeerbaar? Kan de verzekeringnemer zich niet tegen geldelijke vergoeding tot de aanwijzing van een bepaalden derde verplichten en aldus, om van den afkoop nog niet eens te spreken, het aanwijzingsrecht in contant geld worden omgezet? Hoe zou men het dan tot iets anders kunnen stempelen dan een vermogensdeel en dus iets, dat binnen de machtssfeer des curators valt? Zeker zal hij met dit vermogensdeel veelal anders handelen dan de gefailleerde zelf, desnoods — gelijk zoo vaak tijdens faillissement — strikt tegen diens wenschen ingaan en allerminst aan diens

bedoelingen beantwoorden, doch dat alles verhindert niet, dat de curator ten volle het recht heeft, zich qq., derhalve den boedel — en dus middellijk de crediteuren — als begunstigde aan te wijzen.

En nu het zelfstandige recht des laatsten begunstigden! Zeer zeker bestaat dit, doch 't moet verklaard worden in samenhang met het aanwijzingsrecht. Zoo er een *zelfstandig* recht des begunstigden bestaat, dan bestaat 't toch slechts, omdat hij het van den tot aanwijzen bevoegde verworven heeft. Neemt men nu met den schrijver der brochure aan, dat de curator geen aanwijzingsrecht heeft, dan moet men wel tot de gevolgtrekking komen, dat enkel hij begunstigde is, die door den gefailleerde 't laatst is aangewezen. Volgt men de in het voorafgaande gegeven opvatting, dan is het, omgekeerd, duidelijk, dat laatst begunstigde ook is hij, dien de curator heeft aangewezen. En is de curator qq. die begunstigde, nu dan verwerft de boedel eene vordering en na inning daarvan eene bate in contant geld. Kortelijk gezegd komt 't dus hierop neer: de gefailleerde heeft een aanwijzingsrecht, dat op geld waardeerbaar is. Dies kan de curator qq. het uitoefenen, dan zich qq. aanwijzen en die begunstiging aannemen. Aldus krijgt hij qq. middellijk eene vordering op den verzekeraar, inbaar zoodra de verzekerde som opeischbaar geworden is.

Doch dit is eene uitweiding. Laat ons terugkeeren tot des heeren MICHEELS' geschrift. Het zijn slechts 42 pagina's tekst, zoodat eene critiek dreigt langer te worden dan het boekje zelf. Zoo zij slechts op enkele bedenkelijkheden gewezen.

Allereerst het uitgangspunt van den schrijver in zijne critiek op het bekende arrest van den H. R. van 5 December 1913, dat de H. R. niet den begunstigde het recht op de verzekerde som geeft, maar zulks toekent aan den

verzekeringnemer bij zijn leven (blz. 7). Inderdaad: er is een passus in het arrest, die — minder welwillend gelezen — zou doen denken, dat de verzekeringnemer bij zijn leven een recht op de som zou hebben. Cf. blz. 36, de eerste aanhaling. Doch wordt het door beschouwing van heel het redeverband niet duidelijk, dat de H. R. slechts aan het aanwijzingsrecht denkt, daaraan waarde toekent en 't dus tot vermogensbestanddeel des verzekeringnemers maakt? Feitelijk is er meer klaarheid in den gedachtengang van den H. R. gekomen, doch in het wezen der zaak is zijne leer geen andere dan die van 1903. Des heeren MICHEELS' wanhoop over gebrek aan continuiteit in de rechtspraak van ons hoogste college is dus niet geheel gerechtvaardigd.

Op blz. 9 v.v. vinden we den heer MICHEELS strijdende voor het persoonlijk karakter der levensverzekering, die hem er toe leidt, den curator het hem door den H. R. toegekende aanwijzingsrecht te ontzeggen. Hoofdargument: doel van het contract is gunstbetoon. De schrijver zelf zocht verwantschap tusschen deze begunstiging en de schenking. Men kan daarmede vrede hebben, maar dan kome de schrijver toch niet met de bewering, dat we ons hier buiten het gebied van het beheer en de beschikking over het vermogen bevinden. Is schenking niet de sterkste beïnvloeding van het vermogen, die denkbaar is? Meestal hebben we slechts te doen met eene omzetting van vorm des vermogens. Doch bij de schenking gaat er iets uit, zonder te worden vervangen. Dat zoo iets niet gebeurt, zonder de aanwezigheid van een hoogst persoonlijken band met den bevoordeelde, is overnatuurlijk. Maar wie heeft ooit vernomen, dat het recht des curators en zijne bemoeiingssfeer afhing van de motieven, die aan een door den gefailleerde gesponnen rechtsband ten grondslag liggen?

Ja maar, zegt de heer MICHEELS, het aanwijzingsrecht is geen recht, doch enkel eene bevoegdheid en dus hebben we hier niet te doen met een vermogensbestanddeel, dat den curator raakt. S. o. r. minder juist! Wel degelijk is het een recht, dat de verzekeringnemer uitoefent, niet enkel op den — door Mr. MICHEELS als z. i. beste argument zijner tegenstanders genoemden — grond, dat elke aanwijzing den verzekeraar tot eene aanteekening dwingt, doch bovenal omdat er eene verplichting des laatstgenoemden uit ontstaat of eene vroegere verplichting daardoor gewijzigd wordt, volgens den wil des verzekeringnemers. De verzekeringnemer komt niet tot het instellen eener actie, doch dit is geen uitvloeisel van het ontbreken van een recht, maar slechts een gevolg hiervan, dat de verzekeraar voorshands niet anders dan bovenvermelde aanteekening en wijders slechts eene — natuurlijk innerlijke — wilsbepaling tot plicht heeft, waarmede hij nooit uiterlijk in gebreke kan zijn. Uiterlijk blijkt den verzekeringnemer bijna nooit iets van wanpraestatie. Derhalve komt hij feitelijk ook bijna nooit in de gelegenheid tegen den verzekeraar te procedeeren.

Doch noemen we het eene bevoegdheid, wat dan nog? Zegt ons de Faillissementswet, dat de curator slechts rechten heeft uit te oefenen? Het is verre van dien! Bevoegdheden, die deel van des failliets vermogen uitmaken, raken hem al evenzeer. Immers slechts hierop komt het aan, dat de curator niet ophoude in den ruimsten zin des woords vermogensbeheerder te zijn.

Op blz. 16 tracht de schrijver ons er van te overtuigen, dat de levensverzekering niet is eene wederkeerige overeenkomst. De verzekeraar verbindt zich voorwaardelijk, n.l. bij geregelde premiebetaling. De verzekeringnemer behoeft de premie niet te betalen. Een groot bezwaar tegen deze opvatting lijkt mij, dat aldus de

verzekeraar zich a priori het recht op vergoeding der afsluitingskosten ontzegt, die immers gewoonlijk door de eerste premie nog niet gedekt plegen te zijn. Voorts is tegen deze opvatting aan te voeren, dat de jaarlijks gelijke premie toch moet zijn vastgesteld in verband met het vermoedelijk aantal jaren, gedurende welke ze zal worden betaald. Eene plotselinge afbreking der betaling zonder dat de verzekerde gebeurtenis intreedt, is dus eene ontwrichting van de basis, waarop de premie is berekend. Het kan dus nooit de bedoeling des verzekeraars zijn, van jaar tot jaar aan niet-betaling der premies bloot te staan. Veeleer duldt hij die verbreking slechts uit utiliteitsgronden.

Aan het weleens aangevoerde argument voor het ontbreken der verplichting tot premiebetaling, n.l. dat er nimmer daartoe geageerd wordt noch ook wegens wanpræstatie in dat opzicht tot ontbinding der verzekeringsovereenkomst, is geen groote waarde hechten. Wie premiebetaling staakt, op dien is in den regel niet veel te verhalen. En zal het ook niet schadelijk voor den naam eener verzekering maatschappij zijn, als ze ter wille der premie-betaling gaat ageeren?

Overigens, wat zou het uitmaken, als de verzekeraar slechts voorwaardelijk verplicht ware? Zoolang de ontbindende voorwaarde niet is ingetreden, bestaat zijne plicht en der anderen recht!

Op blz. 19 worden ons een aantal bijkomstigheden opgenoemd, die zouden bewijzen, dat de curator het hem door den schrijver betwiste aanwijzingsrecht mist. Een paar grepen daaruit mogen volstaan.

Geen individueel schuldeischer — aldus leert de schrijver — kan beslag leggen op de verzekerde som, noch ook op de afkoopsom; dus kan ook de curator 't niet. Allereerst gaat 't er hier niet om, of er al dan

niet beslag gelegd kan worden. Faillissement sluit beslag uit, maar is daarom zelf nu niet zoo zonder meer een beslag; doch bovendien is 't maar half waar, dat beslag niet mogelijk is. Zoolang de som niet verschuldigd is, is er geen reden om beslag te leggen. Maar waarom niet daarna, wanneer de verzekeringssom verschuldigd, doch nog niet betaald en de verzekeringnemer ook begunstigde is? Op 't aanwijzingsrecht kan men natuurlijk geen beslag leggen, evenmin als op eene optie of welk ander *niet onmiddellijk* in geld omzetbaar, maar niettemin geldswaarde hebbend recht.

En waarom is 't volgens den heer MICHEELS geen vermogensbeheer, zoo de curator om de een of andere reden, den boedel verzekert tegen de slechte kansen gelegen in het overlijden van den failliet. Zulks zal niet vaak voorkomen, doch waarom zou 't niet kunnen? En a fortiori is dan denkbaar de voortzetting eener bestaande verzekering, als n.l. de dood van den failliet-verzekeringnemer of een andere reden van opvorderbaarheid der verzekerde som ophanden is.

Gunstbetoon kan slechts van hem uitgaan, die sui juris is, betoogt de schrijver verder, en leidt daaruit af, dat de curator niet daartoe in staat is. Maar is hij dan niet sui juris? En bovendien. Is 't nog wel een gunstbetoon te noemen, wanneer de curator zich qq., d. i. den boedel, als begunstigde aanwijst? Immers neen! Maar geoorloofd blijft 't, zoolang buiten faillissement de verzekeringnemer 't recht heeft, zich zelf aan te wijzen. En dat recht zou hij toch stellig hebben.

En wat te zeggen van het argument, dat de aanwijzing van den curator qq. geen beheersdaad is? Omvat de term beheer niet alles, wat de strekking heeft om een boedel als waarde-object intact te houden of — zoo mogelijk — te vermeerderen? Zulks in tegenstelling met beschik-

king, die als vorm der liquidatie de strekking heeft te verdeelen of toch verdeeling voor te bereiden. Zoolang de waarde in bedoeling geconserveerd wordt, is er beheer en of daartoe nu in een bizonder geval een koop, een verkoop, eene huur of eene aanwijzing van den curator qq. als begunstigde noodig is, dat is alles om 't even.

Eindelijk 't argument, dat het gevaar bestaat, dat de curator qq. ook na 't accoord of door 't verbindend worden der slotuitdeelingslijst begunstigde zal blijven, bijaldien de Faillissementswet geen middel aan de hand doet, om de begunstiging des curators qq. te doen ophouden. Mij dunkt, dat beëindiging van 't faillissement naar de duidelijke woorden der wet, den ex-gefailleerde weer tot heer over zijn vermogen maakt en dan kan hij zich zelf weer tot begunstigde maken, zoo dat noodig is. Ik betwist de noodzakelijkheid van een wetsvoorschrift van die strekking, want eigenlijk gaat het recht van den curator qq. na faillissement toch van zelf weer over op den ex-failliet.

Op blz. 25 vinden we den schrijver polemiseerende tegen Professor MOLENGRAAFF en wijst hij er met zekere voldoening op, dat deze autoriteit de meening toegedaan is, dat de begunstigde volgens ons positief recht eerst bij den dood des verzekeringnemers een eigen recht op de uitkeering krijgt, alsmede dat de verzekerde som niet tot de nalatenschap behoort.

Tegen die opvatting is niet veel in te brengen, doch wat bewijst ze voor de stelling des schrijvers? Nooit is met ernst beweerd, dat de verzekerde som tot de nalatenschap zou behooren. Staande gehouden wordt enkel, dat het aanwijzingsrecht vermogensdeel van den contractant is en in die waarheid wortelt het standpunt, door den H. R. vroeger en nu ingenomen.

De wijziging, die Professor MOLENGRAAFF op de door den schrijver besproken vergadering der Juristen-Vereeniging begeerde is eenvoudig deze, dat het niet meer noodig zal zijn *door middel van het aanwijzingsrecht* den verzekeringnemer of diens boedel het recht op de uitkeering te verschaffen, maar onmiddellijk voor den verzekeringnemer een recht tegen den verzekeraar te scheppen, geheel los van de aanwijzing.

Daartegen rees toen bezwaar en het bleek, dat men zelfs het aanwijzingsrecht niet gaarne in handen des verzekeringnemers zag, maar integendeel liefst zou willen, dat niet de verzekeringnemer maar de begunstigde een onaantastbaar recht kreeg op de verzekerde som. De heer MICHEELS beweert echter niet, dat iemand vond, dat in onze bestaande wetgeving dat recht reeds onaantastbaar bestond. Wel waren er — gelijk gezegd — vereerders van dit nieuwe stelsel, doch — gelukkig — hebben ze niets bereikt!

Het mag den schrijver worden toegegeven, dat Professor MOLENGRAAFF zich tegen de bestaande jurisprudentie keert, zonder dat dit, in zoo sterke mate als men uit des Professors bewoordingen zou opmaken, ter handhaving van de door hem zelf begeerde gevolgen, n.l. bescherming van crediteuren, noodig is. Het aanwijzingsrecht des verzekeringnemers brengt geenszins steeds mede, dat de beschikking over de uitkeering als onaantastbaar te beschouwen is. In de vroegere arresten is die onaantastbaarheid niet gebleken, in het nu laatstelijk gevelde, waarin Mr. MICHEELS aanleiding vond tot zijne brochure, is 't tegendeel duidelijk aan het licht gekomen. Onaantastbaarheid bestaat hoogstens na aanneming der begunstiging, en dan ook nog maar alleen, als de actio Pauliana niet kan worden aangewend.

Een enkel woord slechts over de slotbeschouwing,

waarin de Levensverzekering-Maatschappij, die het blijkbaar met den H. R. en de lagere colleges eens was, en de Redactie van het Maandblad voor vertegenwoordigers van „De eerste Nederlandsche Verzekering-Maatschappij op het Leven en de Invaliditeit" het verwijt moeten aanhooren, dat ze de belangen hunner cliënten niet behoorlijk hebben behartigd. En daarbij wordt dan met veel nadruk gewezen op de houding van buitenlandsche maatschappijen, welken die belangen zooveel beter ter harte zouden gaan.

Vrage: is het de hoogste verdienste eener verzekeringmaatschappij of van welk ander privaatrechtelijk persoon of lichaam ook, om door dik en dun heen de belangen der privaatrechtelijke wederpartij te verdedigen? Of moet niet veeleer de goede trouw worden hoog gehouden, ook tegenover derden? Het privaatrecht bestaat bij de gratie der publiekrechtelijke gemeenschap, die het instelde of duldt en daarom mag het nimmer worden misbruikt, om de algemeene belangen dier gemeenschap te schaden.

Onze groote levensverzekering-maatschappijen beseffen dat blijkbaar beter dan de buitenlandsche. Misschien zal ons publiek hun daarom den rug toekeeren en de buitenlanders bevoordeelen. Het zij dan zoo; dan valt hun 't lot ten deel van de velen, die lijden om der rechtvaardigheid wille. Voor alsdan vertrouwen we op den gezonden zin des wetgevers, die het misbruik zal breken en naar den geest van Molengraaff ongeoorloofd zal verklaren alle bedingen, krachtens welke tegen eene opoffering van de zijde des verzekeringnemers derde belanghebbenden benadeeld worden ten gunste van de nabestaanden, die, gelijk ze bij voorspoed de meest bevoordeelden zijn, bij tegenspoed de meest benadeelden behooren te wezen.

Het boven gezegde moge volstaan, om aan te toonen, dat de opvatting des schrijvers, hoe scherpzinnig ook verdedigd, juridisch niet houdbaar is. En als we bedenken, tot welke practische gevolgen zijne opvatting ons leidt, hoe ze ons zou terug- en achteruitbrengen tot eene heerschappij van antisociale naastenzorg, die we reeds te boven gekomen zijn, dan kunnen we wel niet anders, dan ons over die onhoudbaarheid van ganscher harte verheugen.

A. J. Marx.

De Bekentenis afgelegd in het Burgerlijk Geding, door E. J. F. VAN DUNNÉ. Akad. Prft. — *Utrecht* 1915. — 201 bladz.

Er zijn onderwerpen in de rechtswetenschap, die, naar het schijnt, den jurist niet los willen laten, terwijl andere, soms zeer tot ongerief voor de praktijk, al te veel onbesproken blijven. Klaagde niet FAURE al, dat het deel der rechtswetenschap, waaraan hij zijn hart had verpand, onverdiend werd verwaarloosd?

Tot de eerste onderwerpen behoort zeker dat, hetwelk Mr. VAN DUNNÉ voor zijn proefschrift heeft gekozen. Wel meent hij op blz. 1, dat „een onderzoek naar het karakter der gerechtelijke bekentenis 't welk een groot deel van het geschrift beslaat niet in overeenstemming is met de gedragslijn van bijna alle Nederlandsche schrijvers", doch ik geloof aan de juistheid van dit oordeel te moeten twijfelen.

ANEMA b.v. wijdt in zijn werk over het Bewijs aan haar rechtskarakter belangrijke bladzijden en deze staat waarlijk niet alleen, zooals ook uit het proefschrift zelf kan blijken.

De vraag mag worden gedaan of het onderwerp, waarvan een grondige behandeling een studie en ervaring vereischt, welke men bij een jeugdigen priester in den tempel van *Themis* redelijkerwijs niet mag verwachten, wel behoort tot de meest geschikte voor een proefschrift.

Nog geldt de waarschuwing van HORATIUS in zijn Epistola ad Pisones, regel 38 vlg.:

Sumite materiam vestris, qui scribitis, aequam
Viribus, et versate diu, quid ferre recusent,
Quid valeant humeri.

Intusschen kan de schrijver hiertegen aanvoeren, dat hij niet de eerste is, die zich voor zijn proefschrift, aan de zaak heeft gewijd.

Voorts mag naar waarheid worden gezegd, dat de behandeling niet beneden de beteekenis van het onderwerp is gebleven en dat, waar hier en daar onduidelijkheden voorkomen, in herhaling wordt gevallen of den schrijver de draad van het betoog schijnt te ontglippen, dit aan de moeilijkheid van het onderwerp mag worden toegeschreven.

Nog worde er op gewezen, dat, zooals ANEMA bereids opmerkte, blz. 385, bij dit leerstuk „de literatuur vaak zeer theoretisch is getint, maar daarbij toch in werkelijkheid haar begrippen en grondstellingen ontleent aan een bepaald positief procesrecht". Het wil mij toeschijnen dat de schrijver hier en daar ook in deze fout is vervallen.

Bij de theoriën over den aard der gerechtelijke bekentenis onderscheidt schrijver twee groepen. Volgens de eene is zij een wilsverklaring, volgens de andere een waarheidsverklaring. Daarnaast staan: *a.* de gemengde theorie, die haar hetzij een wilsverklaring hetzij een waarheidsverklaring noemt, en *b.* de vereenigingstheorie, die in haar beide verklaringen ziet vereenigd.

Bij de wilsverklaring onderscheidt men dan nog de „Feststellungstheorie" en de „Verzichtstheorie". Men ziet, dat hier Duitsche geleerden aan het woord zijn. Volgens de eerste theorie wil de partij door te bekennen het gestelde in het geding vaststellen, volgens de tweede wil zij dan afstand doen van haar recht op nader bewijs.

De „Verzichtstheorie", het eerst verkondigd door BETHMAN-HOLLWEG, ligt ten grondslag aan §§ 288 vlg. van de Duitsche Z. P. O. Zij werd verdrongen door de „Feststellungstheorie" van WACH. Volgens schrijver heeft de Hooge Raad in zijn arrest van 18 Maart 1904, *W.* 8051, getoond deze theorie te volgen.

Krachtig is de theorie der wilsverklaring bestreden door OSKAR BÜLOW, Das Geständnisrecht, 1899, waarmede schrijver kan medegaan, al kan hij zich met verscheiden gronden door BÜLOW tegen haar aangevoerd niet vereenigen. Schrijver gaat, evenals BÜLOW, uit van de theorie, dat een wilsverklaring aanwezig is „wanneer iemand een verklaring aflegt, waarvan de gevolgen als door dien persoon gewild worden beschouwd, hetzij door de *wet*, hetzij door het *verkeer* (gesanctionneerd door de wet)".

Uit de omstandigheid, dat twee personen met elkaar een geding voeren, volgt niet dat tusschen hen een rechtsbetrekking bestaat. Men mag niet spreken van een recht op bewijs, dat de eene partij tegenover de andere zou hebben. De tegenpartij behoeft de afstandsverklaring ook niet te aanvaarden, zooals bij een overeenkomst. De rechter houdt met de bekentenis rekening zoodra ze is afgelegd.

Ook als men PLANCK's leer aanneemt, dat de bekentenis een tot den rechter gerichte verklaring is, mag men niet van afstand spreken, omdat men wel van een recht jegens de overheid geen gebruik kan maken, maar niet daarvan afstand doen.

Evenmin is de gerechtelijke bekentenis een wilsverklaring, inhoudende de vaststelling van een beweerd feit. Partijen stellen niet feiten vast, alleen de rechter doet dit, ook als men aanneemt, dat het geding slechts ten doel heeft z.g.n. formeele waarheid te vinden. Partij, die bekent, doet niet afstand van een recht; zij verliest dit

alleen en dit is niet hetzelfde. Het daarbij door schrijver op blz. 28 aangehaalde voorbeeld is niet gelukkig en zal herziening behoeven.

Is de bekentenis dan een bewijsmiddel? Onze wet neemt in art. 1903 B. W. ze uitdrukkelijk onder de bewijsmiddelen op. Desniettemin beantwoorden de nieuwere schrijvers over ons recht, MOLTZER, SCHOLTEN, ANEMA e. a., de vraag ontkennend, hoewel de jurisprudentie aan de bewijsmiddeltheorie veelal nog getrouw blijft.

Wat wordt er tegen aangevoerd?

Bewijzen is het aanvoeren van gronden om den rechter van de waarheid van een feit te overtuigen. Uit de omstandigheid, dat een partij in het geding de waarheid van een door de wederpartij beweerd feit erkent, kan logisch nooit worden afgeleid, dat dit feit inderdaad waar is.

Schrijver vindt, blz. 53 vlg., de fout van de redeneering hierin, dat men zich van den aard van het bewijs in een geding geen juiste voorstelling maakt. Men onderscheide logisch en historisch bewijs; met het eerste verkrijgt men zekerheid, met het laatste slechts een zekere mate van waarschijnlijkheid, welke echter praktisch tot zekerheid kan naderen. Het logisch bewijs komt alleen te pas bij stellingen; een feit, liggende in het verleden of het heden, kan men nooit *alleen* door redeneering vast doen staan. Bij logisch bewijs is alleen redeneering, bij historisch bewijs in de eerste plaats vergewissing, en deze laatste kan nooit volmaakt zijn. Waarschijnlijkheid nu wordt door de bekentenis evenzeer gegeven als door elk ander bewijsmiddel.

Wie bewijst echter dan? Terecht is opgemerkt, dat het niet is een van de partijen. Het is moeilijk aan te nemen, dat de partij, die bekent, daardoor bewijs zou leveren, van de bewering der tegenpartij en deze laatste zit stil, behoeft althans niets te doen.

Volgens schrijver is er echter nog een derde; de *rechter* kan hier worden aangemerkt als de bewijsleverende persoon, blz. 57. Of hij dit voor ons recht, met een beroep op art. 12 W. v. K., heeft aangetoond, meen ik te moeten betwijfelen. Wat van het koopmansboek gezegd wordt, geldt van elk ander geschrift dat wordt overgelegd. Doordat de rechter de bewijskracht beoordeelt, wordt hij nog niet de bewijsleveraar. Ook het beroep op het bewijs in strafzaken schijnt mij zwak. Art. 403 W. v. Sv. leert m. i. anders.

Bewijs, zoo is gezegd (1), komt alleen te pas wanneer een feit wordt betwist; wordt het erkend dan heeft geen betwisting plaats en is er dus ook geen bewijs. Hier ziet schrijver verwarring. Bewijs is alleen *noodig* als een feit betwist wordt, maar dit sluit de *mogelijkheid* niet uit.

Kan schrijver zich dus niet vereenigen met vorenstaande tegen de leer aangevoerde, gronden, iets anders is het met een vierden grond, waarmede men wil aantoonen, dat volgens onze wet de gerechtelijke bekentenis niet als een bewijsmiddel beschouwd mag worden. Is zij een bewijsmiddel, zoo wordt gezegd, dan moet ook

---

(1) Dat SAVIGNY, zooals schrijver meent, tot deze behoort komt mij niet juist voor. Sprekende van het «gerichtliche Geständnis» zegt hij: «Das Wesen und die wichtige Wirkung desselben besteht «in der Feststellung der Gränzen zwischen dem streitigen und nicht «streitigen Theil der gegenseitigen Behauptungen. Da nun der Richter «nur dazu berufen ist, über den Streit der Parteien zu entscheiden, «so wird durch jedes gerichtliche Geständnis die Aufgabe des Richters «ihrem Umfang nach bestimmt und begränzt. Dieses Geständnis «also ist nicht (so wie jedes wahre Beweismittel) ein Motiv für den «Richter, so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung von «Gegenständen, worüber er sich des eigenen Urteils zu enthalten «hat, weil sie nicht zu dem unter den Parteien streitigen Gebiet von «Behauptungen gehören. Das gerichtliche Geständnis begründet also «formelle Wahrheit». System, VII, blz. 41.

tegenbewijs zijn toegestaan en dit sluit onze wet uit, *niet* zooals SCHOLTEN (1) meent, omdat art. 1962 B. W. spreekt van *volledig* bewijs, want art. 1907 B. W. heeft dezelfde uitdrukking, maar wijl zij in art. 1963 alleen de herroeping behandelt. „Is het aannemelijk, dat de wet wel een der wijzen waarop men zijn bekentenis krachteloos kan maken (n.l. door bewijs van dwaling) heeft aangegeven, maar niet de andere", vraagt hij op blz. 63.

De gerechtelijke bekentenis is naar onze wet geen bewijsmiddel, zij bewijst niet, maar sluit verder debat uit, blz. 64.

Hoe komt dit? Omdat de bekentenis als een waarheidsverklaring wordt beschouwd.

Alvorens tot de behandeling van deze theorie over te gaan, wijdt schrijver nog enkele woorden aan de z.g.n. gemengde theoriën en aan de materieelrechtelijke theorie van PAGENSTECHER. Volgens deze laatste theorie zou de gerechtelijke bekentenis een gefingeerd „Feststellungsvertrag" zijn, waarvan de wet de gevolgen vaststelt.

Bekent B, dat hij op 1 Januari 1914 van A f 1000.— heeft geleend, dan is daarna de verhouding tusschen A en B zóó, als zij zou geweest zijn, indien die leening werkelijk had plaats gehad. Vandaar, dat na een bekentenis het al of niet waar zijn van het feit, dat bekend werd, zonder beteekenis is geworden.

Schrijvers bedenking hiertegen is, dat de bekentenis geen „Vertrag" is en dus ook geen „Feststellungsvertrag" en dat er wel niets tegen is de werking van zulk een overeenkomst te vergelijken met die der bekentenis, maar het gewaagd lijkt om uit zekere overeenstemming dergelijke gevolgtrekking te maken als PAGENSTECHER

(1) Weekbl. Privaatr. enz. no. 1907.

doet. Men komt in moeilijkheden wanneer de bekentenis niet zuiver is afgelegd. Zijn voornaamste bezwaar is echter dit, dat „over de rechtsverhouding tusschen de partijen wordt beslist *niet* op grond van de feiten, bij de dagvaarding gesteld, maar op grond van geheel andere feiten, die tijdens het proces hebben plaats gegrepen". Dit bezwaar is niet geheel duidelijk. Het wil mij voorkomen, dat de bekentenis, wil ze terecht dien naam dragen, juist moet loopen over de feiten, bij de dagvaarding, of later door de tegenpartij, gesteld.

Ten aanzien van de theorie der waarheidsverklaring — ook *objectieve* theorie genoemd, in tegenstelling met de *subjectieve*, die der wilsverklaring — wordt den lezer een uiteenzetting van hetgeen Bülow daaromtrent leert onthouden, met verwijzing naar hetgeen men daarover vindt bij Opzoomer-Levy·XV, blz. 3 vlg.

Daarentegen wordt hier een betoog ingelascht over de publiekrechtelijke opvatting van het burgerlijk geding in tegenstelling met de privaatrechtelijke, met welke opvattingen de objectieve theorie omtrent de gerechtelijke bekentenis nauw verband zou houden.

Houdt men de privaatrechtelijke opvatting, krachtens welke het geding alleen partijen aangaat, voor de ware, dan kan men met de objectieve theorie vrede hebben.

Schrijver is echter een voorstander van de andere theorie, de „Offizialmaxime" en bestrijdt krachtig de privaatrechtelijke, de „Verhandlungsmaxime". Zoodra de zaak voor den rechter aanhangig is, zegt hij, „krijgt de staatsgemeenschap er belang bij, dat haar recht wordt gehandhaafd door een materieel waar vonnis", blz. 101. Met een beroep op R. Schmidt, Hellwig, Fockema Andreae e. a. zet hij de gronden daarvoor uitvoerig uiteen.

Volgens hem ligt aan onze wet de privaatrechtelijke

beschouwing van het burgerlijk geding ten grondslag, wat wel weinig tegenspraak zal ontmoeten.

Het proces, zegt hij, heeft niet het karakter van een onderzoek, maar van een rechtsstrijd tusschen partijen, waarbij de rechter kamprechter is, blz. 80.

Tal van voorbeelden haalt hij aan ten blijke tot welke consequenties dit kan voeren, die hij echter niet in strijd acht met onze wet.

Zoo is hij van oordeel, dat de leer van den Hoogen Raad ten opzichte van de gerechtelijke bekentenis bij een geding tot echtscheiding, neergelegd in het bekende arrest van 22 Juni 1883, *W.* 4924, moet worden aanvaard. Van het maken van onderscheid tusschen gedingen met een overwegend publiekrechtelijk karakter en die van privaatrechtelijken aard wil hij, nu eenmaal is bepaald dat de eerste op dezelfde wijze worden gevoerd als de laatste, niet weten, blz. 95.

Schrijver komt dan ook tot de slotsom, dat „de wet-„telijke regeling der gerechtelijke bekentenis soms den „rechter dwingt vonnissen te wijzen die in strijd zijn „met de billijkheid, met de wet, met de werkelijkheid en „met de belangen van derden. De rechter moet òf deze „tegenstrijdigheden aanvaarden òf — schipperen", blz. 99.

Een krasse beschuldiging, waarop zeker wel wat valt af te dingen.

Het wil mij toeschijnen dat schrijver uit het oog verliest, dat, zooals ANEMA, blz. 398, zegt, in het procesrecht nog veel te veel onzekerheid heerscht en de kans op fouten maken bij deductie veel grooter is dan in het materieele recht. Zelf schijnt hij dit ook te gevoelen, want hij wijst op verscheidene bepalingen in onze wet, die het uitvloeisel zijn van de publiekrechtelijke opvatting, vooral na de wijziging in 1896 door de wet- (waarom *lex?*) HARTOGH.

Alle bezwaren tegen de gerechtelijke bekentenis, zooals die naar onze wet is op te vatten, zouden volgens schrijver wegvallen als men ze kon beschouwen „als „een partijverklaring, die het door de wederpartij be„weerde in meerdere of mindere mate waarschijnlijk „maakt", m.a.w. als een bewijsmiddel, waarvan de kracht ter beoordeeling stond van den rechter.

Hier zou een enkel woord omtrent de regeling, die het Ontwerp der Juristen-Vereeniging ten aanzien van het bewijs inhoudt, misschien op zijn plaats zijn geweest.

In een vijftal hoofdstukken wordt gehandeld over het Object, het Subject en den Vorm van de bekentenis en over de bekentenis, afgelegd in een ander geding.

Ten aanzien van het object beweert schrijver, dat een bekentenis van rechten niet mogelijk is, als in strijd met het doel van het geding en met de taak van den rechter om de juridische waarde of de bewijskracht der feiten te beoordeelen, blz. 112 vlg.

In tegenstelling met ANEMA beweert hij, dat al moge de leer van onze wet anders zijn, hare woorden daartoe niet dwingen. ANEMA heeft volgens hem de historische lijn niet ver genoeg doorgetrokken. Neemt men de mogelijkheid aan van bekentenissen van rechten, zelfs van de vordering, dan beweegt men zich wel op de lijn der historische ontwikkeling „edoch niet in voorwaartsche, maar in achterwaartsche richting".

Ik vrees, dat den lezer dit betoog weinig overtuigend zal voorkomen.

Liever zou ik mij aansluiten bij HELLWIG, System, I, blz. 440, waar hij, sprekende „vom Verhältnis von Tatsachen- und Rechtsgeständnis", zegt: „Sie unterscheiden „sich *tatbestandlich* nur durch den *Gegenstand*, auf den „sie sich beziehen. Die Erkenntnis dieses Zusammenhangs „ist Bedingung für die Erkennung des wahren Wesens . . .

„Auch die Wirkung beider Arten von Geständnissen ist „ihrer Art nach gleich. Sie äuszert sich nur verschieden „wegen der Verschiedenheit des Objekts".

Het is hier niet de plaats om op dit onderwerp nader in te gaan; zoo blijve ook onbesproken hetgeen over de leer van HAMAKER en SCHOLTEN betreffende het verschil tusschen erkenning (reconnaissance) en bekentenis (aveu) wordt gezegd.

Ook zij enkel aangestipt, dat schrijver onderscheid maakt tusschen een bewering, die hij een verklaring noemt, waarbij een partij iets *stelt*, en een bekentenis, waardoor iets wordt *toegegeven*, dat niet noodzakelijk voor de bekennende partij nadeelig behoeft te zijn, zooals meestal wordt aangenomen. Een bewering zou in den regel vrijelijk te herroepen zijn, terwijl men aan de bekentenis gebonden blijft behoudens bewijs van dwaling in de feiten, blz. 140.

Het laatste hoofdstuk van het proefschrift loopt over de onsplitsbaarheid, door schrijver een berucht onderwerp genoemd. Het is jammer, dat de belangrijke geschiedenis van dit dogma, te vinden aan het slot van het hoofdstuk, niet dan terloops is behandeld. Wel heeft CONINCK LIEFSTING reeds in 1863 in *Themis* op blz. 463 vlg. dit onderwerp uitvoerig besproken, maar, daargelaten nog dat dit opstel niet onmiddellijk in ieders bereik is, daardoor is het nog niet geheel uitgeput. Een grondige bespreking van de geschiedenis der leer van de onsplitsbaarheid zou misschien geschikt zijn veel misverstand ten aanzien van dit punt nog op te ruimen.

Eerst wordt op de gewone onderscheiding tusschen de bekentenis met een bijvoeging (aveu complexe) en die met een nadere bepaling (aveu qualifié) gewezen. Schrijver tracht aan te toonen, dat er ten opzichte van de splitsbaarheid tusschen beide soorten geen verschil bestaat en

de meening te weerleggen, dat de laatste soort, de z.g.n. gequalificeerde bekentenissen, in waarheid ontkenningen zijn, een opvatting die in de rechtspraak van de latere jaren de heerschende is, o. a. H. R. 31 Oct. 1913, *W.* 9578.

Iedere niet zuivere bekentenis zou een bekentenis zijn met een daaraan verbonden bewering, blz. 183, waarvan het bewijs der valschheid steeds kan worden toegelaten. Nergens wordt in de wet gevorderd, dat de bekentenis moet slaan op *alle* gestelde feiten. Blijkt na het bewijs der valschheid, dat door de, nu van de valsche bewering ontdane, bekentenis nog niet alle feiten bewezen zijn, dan zal het bewijs door andere middelen volledig moeten worden gemaakt. De vraag mag worden gedaan of hier het begrip „gerechtelijke bekentenis" niet buiten zijn grenzen wordt uitgebreid. Zelden bepaalt men zich in een geding tot het ontkennen van alle feiten. Gewoonlijk wordt een deel daarvan toegegeven en loopt de strijd over de voorstelling, die elke partij overigens van de zaak geeft. Het wil mij nog altijd toeschijnen, dat alleen dan van bekentenis mag worden gesproken, wanneer het geheel van de feiten, waarop het beweerde recht steunt, wordt toegegeven, waarbij het onverschillig is of daaraan iets wordt toegevoegd, waardoor de gestelde feiten, is de toevoeging juist, niet het beweerde rechtsgevolg kunnen hebben.

Schrijver schijnt het zwakke punt in zijn betoog te gevoelen, want hij waarschuwt, dat niet als een gequalificeerde bekentenis wordt beschouwd wat eigenlijk een gemotiveerde ontkentenis is, blz. 189.

Ik zou meenen, dat beide begrippen elkaar in den regel dekken. In het eerste voorbeeld, het arrest van het Hof van Amsterdam in *W.* 9313, komt dit niet onduidelijk uit.

Het verbod van splitsing acht schrijver bij een bekentenis met een bijvoeging, de z.g.n. geclausuleerde bekentenis onrechtvaardig. Wel kan het soms onrechtvaardig zijn aan de bekennende partij het bewijs der bijvoeging op te leggen, maar dit raakt de vraag van verdeeling van bewijslast. Ik zou dit oordeel willen onderschrijven.

De vraag is in elk gegeven geval naar de omstandigheden te beantwoorden. Indien b.v. mocht vaststaan, dat de gedaagde gewoon is zijn inkoopen bij den eischer dadelijk te betalen, zal deze bij een verweer „ik heb wel gekocht en ontvangen maar dadelijk betaald" den verkoop op crediet moeten bewijzen, mocht daarentegen vaststaan, dat de gedaagde gewoon is op crediet te koopen, dan zal het rechtvaardig zijn hem het bewijs der beweerde dadelijke betaling op te leggen.

Ook meent schrijver, dat de onsplitsbaarheid niet past voor de andere soort, de z.g.n. gequalificeerde bekentenissen. De voorbeelden, die hij aanhaalt ten bewijze van het onbillijke van het verbod, komen mij niet sprekend voor.

Dat de H. R., consequent nog wel, zou oordeelen dat, gelijk bij het eerste voorbeeld wordt gezegd, bij een vordering bestaande uit verscheiden posten, waarvan sommige zijn erkend andere ontkend, ook de erkende moeten bewezen worden, als men in het bewijs der onjuistheid van de ontkentenis niet slaagt, schijnt mij voorshands twijfelachtig. Een arrest, waaruit dit zou blijken, wordt niet aangehaald. Bij een rekening-proces besliste de H. R. zeker niet in dezen zin, 21 Nov. 1895, *W.* 6744. Doch, zooals ik boven reeds zei, het is beter hier van gemotiveerde ontkenningen te spreken, waartoe ik echter het besproken voorbeeld niet zou willen rekenen.

Hiermede meen ik mijn misschien reeds te uitvoerige bespreking te moeten eindigen. Als slotsom zij gezegd,

dat schrijver het moeilijke onderwerp van vele zijden goed heeft belicht. Er is wel eens beweerd dat menig proefschrift maar drie lezers heeft: den schrijver, den promotor en den recensent. Van harte wensch ik, dat aan dit proefschrift zulk een droevig lot niet zij beschoren. Het verdient om meer dan een reden iets beters.

H. Hesse.

's-Gravenhage, October 1915.

Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd. Proefschrift van A. HERMAN. — *Amsterdam* 1914.

Staat het hypotheekrecht, gelijk het Burgerlijk Wetboek het regelt, op Franschen of op Oudhollandschen bodem? Aan de oplossing van dit vraagstuk is deze verdienstelijke dissertatie gewijd. De schrijver had zeker beter verdiend dan dat hij met een uitspraak moest besluiten, die hem zelf nooit bevredigd kan hebben. De bewerkers van het Burgerlijk Wetboek wilden, naar hunne uitlatingen te oordeelen, de (conventioneele) hypotheek naar het voorbeeld van den Code regelen. Per slot van rekening zijn de bepalingen echter, onafhankelijk van hunnen wil, in Oudhollandschen geest uitgevallen. Zoo ongeveer verliep, volgens den schrijver (blz. 144 vlg.), de slotepisode van het historisch proces, dat ons het huidig hypotheekrecht bracht. Deze gang van zaken strekt aan de vaders van onze burgerlijke wetgeving niet tot eer. Eigenlijk hebben zij het zelfs erger gemaakt dan monsieur JOURDAN vroolijker gedachtenis. Die sprak nog maar proza zonder het te weten. In hun onschuld zouden de mannen van 1838, op prozaische overneming van een Fransch model uit, de epische redding van een brokstuk Oudhollandsch recht volbracht hebben. Toch zou die voorstelling, hoe onwaarschijnlijk zij op zich zelve lijken mag, te oordeelen naar het bewijsmateriaal, dat het proefschrift in gullen overvloed biedt, niet voor tegenspraak vatbaar zijn, indien de schrijver de verhouding van het Fransche tot het Oudhollandsche recht zuiver had geteekend. Met de wijze, waarop hij het eene recht

tegenover het andere plaatst, zal zich echter, vrees ik, menigeen niet kunnen vereenigen. In tweeërlei opzicht vallen althans bedenkingen te opperen.

De Fransche (conventioneele) hypotheek ontstaat met de inschrijving in de openbare registers (artt. 2146 vlg. C. c.). Door die handeling — en hier neemt de schrijver een niet ongewone bewering over — verzekert de hypothecaire crediteur zich eenen bepaalden voorrang onder de medecrediteuren. Hij publiceert dus niet eenvoudig zijn recht, hij schept het. Dat zij gaarne toegegeven. Maar daarom mag de opmerking toch wel een plaats vinden, dat de inschrijving, de scheppende daad van den hypothecairen crediteur, niet een voorrang onder de medecrediteuren, maar een zakelijk recht betreft. Men behoeft zich immers slechts een hypotheek op een goed van een derde te denken om terstond tot het inzicht te komen, dat de inschrijving den hypothecairen schuldeischer meer dan een voorrang geeft. Hoe zou hij anders een bevoorrechte plaats kunnen verwerven onder de crediteuren van iemand, van wien hij in het geheel geen crediteur is? Kortom, naar Fransch recht is de inschrijving de daad, waardoor de hypothecaire crediteur zijn zakelijk recht van hypotheek in het leven roept. De bevoegdheid daartoe ontleent hij echter aan de overeenkomst van hypotheekverleening. Zoo berust het ontstaan van de Fransche (conventioneele) hypotheek dus ten slotte op een wilsverklaring van den hypotheekgever.

Laten wij thans onderzoeken, hoe het Oudhollandsch recht zich het ontstaan van (conventioneele) hypotheken dacht. Indien wij den schrijver (blz. 115 vlg., 145 vlg., 153 vlg., 157 vlg.) gelooven mogen, is de inschrijving van de hypotheek naar dit recht eenvoudig als een publicatie te beschouwen. De overeenkomst van hypotheekverleening schept onmiddellijk het zakelijk recht;

tegen derden werkt het echter eerst nà de inschrijving. Op welke wijze nu dit stelsel ten tijde van de Republiek der Vereenigde Nederlanden in bijzonderheden was uitgewerkt, blijve daargelaten. Ons interesseert alleen de vorm, waarin het in het Burgerlijk Wetboek heet te zijn overgegaan. Terstond treft dan deze ééne bijzonderheid. Ons recht sluit, tot aan de publiceering, de werking van het uit de overeenkomst geboren zakelijk recht tegenover derden volstrekt uit. Al zijn deze te kwader trouw, de door de overeenkomst gevestigde hypotheek — hetzelfde geldt trouwens ook voor de door de koopovereenkomst bewerkte overdracht — bestaat te hunnen aanzien niet, zoolang de in- of overschrijving achterwege blijft. In dit opzicht sluit de wet twijfel uit. Vgl. artt. 671 en 1224 B. W. Het zakelijk recht, door de enkele overeenkomst van hypotheekverleening in het leven geroepen; de eigendomsovergang, door de enkele koopovereenkomst tot stand gebracht, laat dus tegenover elk en een iegelijk, *behalve* tusschen de partijen, de beschikkingsbevoegdheid van den hypotheekgever of die van den vervreemder volkomen onaangetast.

Maar eilieve, waar schuilt dan het verschil met de Fransche opvatting, die, tot de boeking in de openbare registers, den hypotheeknemer (en den kooper) tegenover elk en een iegelijk, de partijen *inbegrepen*, slechts als schuldeischers beschouwt? Men zoekt het tevergeefs. Een zakelijk recht, dat alleen tusschen partijen werkt, dat dus als zoodanig tegenover geen enkelen derde kan worden ingeroepen, mist toch juist de kenmerken, die het zakelijk recht van het persoonlijke plegen te onderscheiden. Wil men het recht, uit de enkele overeenkomst van hypotheekverleening of uit de enkele koopovereenkomst tusschen partijen geboren, zakelijk noemen, daartegen bestaat geen bezwaar. Men voedt echter een ijdele

illusie, indien men meent, dat het woord „zakelijk" hier een recht aanduidt, dat andere eigenschappen vertoont dan het gewone crediteursrecht: het vermag immers niet het bezwaarde of verkochte goed aan den greep van de crediteuren van den vervreemder of van (ingeschreven) opvolgende koopers of zakelijk gerechtigden te onttrekken.

Alleen dan zou dit uit de enkele overeenkomst geboren zakelijk recht zijn naam met eere dragen, alleen dan zou het inderdaad, zij het ook in beperkte mate, zakelijke werking hebben, indien het, onafhankelijk van de inschrijving, ten minste tegen derden *te kwader trouw* kon worden ingeroepen. Maar nu zelfs dergelijke derden niet behoeven te duchten, dat de hypotheekhouder of de kooper zijn z.g.n. zakelijk recht, vóór de inschrijving, tegenover hen kan doen gelden, valt niemand aan te wijzen, die ooit iets van de zakelijke werking van dit recht bespeurt. In alle conflicten, die tusschen niet-ingeschreven koopers of hypotheekhouders eenerzijds, en opvolgers onder bijzonderen titel of crediteuren van den vervreemder anderzijds kunnen rijzen, zullen de eersten zoolang zij niet hebben ingeschreven, derhalve nimmer anders dan als crediteuren behandeld kunnen worden. Vóór de publicatie gelden die niet-ingeschreven koopers en hypotheeknemers tegenover derden immers niet als zakelijk gerechtigd. Het zou daarom oprechter zijn, hen kortweg schuldeischers te noemen. In de twee eenige gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk tusschen de beslagleggende crediteuren van den vervreemder en de niet-ingeschreven verkrijgers van zakelijke rechten partij kiest, verplicht zij deze laatsten trouwens ook zich tegenover de executanten met de rechten van schuldeischers te vergenoegen. Vgl. art. 35 Fw. en art. 505 Rv.

De geheele tegenstelling tusschen de Fransche en de Oudhollandsche opvatting, althans de Oudhollandsche

opvatting gelijk die in het B. W. zou zijn overgenomen, heeft hierom slechts academische waarde. Daar zelfs de derde die van het bestaan van het koopcontract of van de overeenkomst van hypotheekverleening afweet, ook naar de zgn. Oudhollandsche leer van het B. W., tegen de zakelijke werking van het uit de bloote overeenkomst geboren recht beveiligd is, valt uit die theorie geen enkele practische conclusie te trekken, die ook niet naar de Fransche zou opgaan. Dat wil echter niet zeggen, dat het onverschillig is, welk stelsel men aanhangt. Al mag de geheele strijd over de beide systemen ten slotte alleen over een zuivere kwestie van formuleering loopen, klaarheid van voorstelling heeft toch ook waarde. In dit opzicht kan het Fransche stelsel de beste titels toonen. Het hoedt zich immers met een zakelijk recht te opereeren, dat zich dien naam ten onrechte aanmatigt. Dat lijkt een voordeel van beteekenis.

Al wilde de schrijver dit erkennen, hij zou zich echter toch niet dadelijk gewonnen kunnen geven. Een kooper, een hypotheeknemer kan onmogelijk aan zich zelf leveren. Getoetst aan deze onbetwistbare stelling, zou volgens hem (blz. 137) het Fransche stelsel sporen van onzuiverheid vertoonen. Het laat immers het zakelijk recht uit de boeking in de openbare registers ontstaan en deze boeking gaat van den verkrijger uit. Dat valt niet tegen te spreken. Het rechtsgevolg van de inschrijving steunt daarom evenwel nog niet op den enkelen wil van den verkrijger. De boeking schept het zakelijk recht immers alleen, omdat de verkrijger aan de met den vervreemder gesloten overeenkomst, de bevoegdheid, het wilsrecht (1), tot inschrijving ontleent. Wie onbevoegd, zonder van den vervreemder de vereischte macht te hebben ver-

(1) RUPKE, Wilsrechten, Prft. Utrecht 1914, blz. 61 vlg.

kregen, een boeking bewerkt, bereikt niets. Ook in het Fransche stelsel berust derhalve, zij het middellijk, de levering wel degelijk op een daad van den vervreemder zelf.

Vatten wij de resultaten samen! Het Oudhollandsche stelsel, indien het al in het B. W. overging, valt, naar zijne tegenwoordige werking beoordeeld, in ieder geval volkomen met het Fransche samen. De tegenoverstelling van beide systemen kan ons dus bij de oplossing van practische vragen niet veel verder brengen. Het proefschrift zelf levert daarvan het bewijs. Aan het slot worden enkele bekende kwesties onderzocht. Kan op toekomstig goed hypotheek verleend worden? Moet de acte van hypotheekverleening in eenzijdigen of in tweezijdigen vorm worden opgemaakt? Welke beteekenis komt aan de doorhaling van hypotheken toe? En kan de oudere hypotheekhouder „opstaan" om eenen lateren in zijne plaats te doen treden? Het verleden blijkt dan voor de oplossing van deze geschilpunten maar betrekkelijk weinig beslissende argumenten te kunnen leveren. Het moet den scherpzinnigen schrijver zelf daarom zijn opgevallen, hoe weinig profijt zijn met zorg en kunde opgesteld historisch apparaat hem vermocht te schenken. Misschien zou het hem zelfs geheel in den steek gelaten hebben, indien hij niet, in plaats van de Oudhollandsche leer zelve gelijk die mogelijk in het Burgerlijk Wetboek overging, de voorstelling welke hij zich daarvan vormde, tot het motiveeren van zijn gevoelen had gebruikt.

Utrecht. SUIJLING.

Mr. B. Bakker—Nort, *Schets van de rechtspositie der getrouwde vrouw.* Prft., *Groningen.* — Gebr. Belinfante, *'s-Gravenhage*, 1915.

Als dit boek niet geschreven was, zou onze kennis van het huwelijksrecht geen groot verlies te boeken hebben gehad. Wat het inhoudt, is voor het meerendeel reeds elders en vaak reeds beter gezegd. Toch zou een critiek, die zich tot deze enkele uitspraak bepaalde, de schrijfster grievend onrecht doen, want in haar proefschrift heeft zij met zorg en overleg op tal van plaatsen verspreide gegevens tot een welsluitend geheel gerangschikt. In één woord, haar danken wij het bezit van een betrouwbaren gids voor vrijwel het gansche gebied van deze moeilijke stof. Daarvoor past een woord van warme erkentelijkheid.

De schrijfster heeft zich hare taak inderdaad verre van gemakkelijk gemaakt. Zij wenschte een overzicht te geven van de regelen, die de rechtspositie van de vrouw als moeder en echtgenoote sinds den aanvang onzer jaartelling in de voornaamste cultuurlanden van West-Europa beheerscht hebben. En op den grondslag van dit historisch en vergelijkend overzicht wilde zij een plan tot wijziging van het geldende nationale recht ontwerpen. Dat was een heele onderneming. De kleine 400 bladzijden van haar proefschrift reikten voor de volledige uitvoering van dit voornemen zelfs niet toe. De stof is daarvoor te rijk aan bijzonderheden. Of het dus geen aanbeveling verdiend had het verleden te laten rusten? De ontwikkeling van het huwelijksrecht is reeds zoo vaak

beschreven. Uit het recht dat was, valt voor het recht dat zijn zal, hier ook niet zoo heel veel te leeren. Vermoedelijk had zij zich daarom nog hooger aanspraak op de dankbaarheid van den lezer verworven, indien zij zich bepaald had tot een grondige vergelijking van het moderne Duitsche, Zwitsersche, Engelsche, Fransche en Nederlandsche recht. Nu dwong de plicht tot zelfbeperking vaak tot de bloote mededeeling van de oplossingen, door dezen of genen wetgever aan vragen van huwelijksrecht gegeven. Dat leidt ten aanzien van het huwelijksgoederenrecht vooral tot bezwaren. Van een recht, zoo diep ingrijpend in de rechtsverhoudingen, dient men alle schuilhoeken te kennen om zich van zijne werking op het leven een volledige voorstelling te kunnen vormen. Het overzicht van de schrijfster ontsluit niet alle gewichtige geheimen. Haren voorbeeldigen ijver ten spijt, zal daarom wie de practische waarde b.v. van het Fransche of Duitsche huwelijksrecht beoordeelen wil, tot de vreemde bronnen zelve moeten gaan, indien hij niet het gevaar van eene vergissing loopen wil.

Misschien heeft de schrijfster de practische zijde van het vraagstuk ook niet voldoende in het oog gehouden, toen zij haar schets van ons toekomstig recht ontwierp. Omtrent enkele hoofdpunten heerscht vrijwel eenstemmigheid. Voor de maritale macht neemt niemand den handschoen meer op. Zij behoort, daarover zijn ongeveer allen het eens, hoe eer hoe beter in de verzameling van juridische fossielen te worden bijgezet. Wel heeft geen enkele Minister van Justitie in de laatste jaren aanstalten gemaakt om deze plechtige begrafenis te doen plaats hebben. Daaruit leide men evenwel niet af, dat de maritale macht nog hooge beschermers telt. De werkzaamheid van de Departementen wordt immers voor een goed deel door den stand van het parlementaire kompas bepaald en dat

wees vrij bestendig in andere legislatieve richtingen.

Ook zal wel niemand betwisten, dat er met de regeling van het ouderlijk gezag iets niet in den haak is. Aan den man alleen draagt de wet de uitoefening ervan op. Afgezien van de artt. 92 vlg. B. W. heeft de moeder over de kinderen, die zij onder het hart heeft gedragen, ongeveer evenveel te zeggen als een wildvreemde. Aan die achteruitzetting moet een einde komen. De erkenning van de grief sluit hier, helaas, echter geen eenstemmigheid omtrent de wijze van herstel in. Of de schrijfster met haar voorstel (blz. 317 vlg.) de ouders gemeenschappelijk te laten handelen en, bij gemis aan overeenstemming, den voogdijraad te doen beslissen, veel succes zal hebben, meen ik in ieder geval ernstig te mogen betwijfelen. Niet om elk verschil van inzicht moet de eene echtgenoot den anderen voor een openbare autoriteit kunnen brengen, en zeker niet voor eene autoriteit, wier functie toch eigenlijk op het terrein van de armenzorg ligt. Maar al amendeerde men het voorstel in dien zin, dat de kantonrechter of de rechtbank in raadkamer de geschillen tusschen de ouders zou beslechten, de kansen op aanneming kwamen nog niet veel beter te staan. In breede kringen leeft, ten deele in aansluiting aan religieuze opvattingen, nog altijd de overtuiging, dat de man, als verantwoordelijk voor het lot van vrouw en kind, in het gezin een leidende positie moet innemen. Langs dit feit kan geen wetgever heen. Wie hervormen wil, dient dus zijn eischen te matigen. Misschien zou het gros van de bevolking zich verzoenen kunnen met een stelsel, dat voor enkele gewichtige beslissingen samenwerking van de echtgenooten vorderde. Zoo zoude b.v. de keuze van de school, die van het beroep en — maar hier dreigt ernstig verzet — die van de geloofsbelijdenis tot onderwerpen verklaard

kunnen worden, welke de ouders in beginsel te zamen dienen te regelen.

Welken inhoud zal men ten slotte aan het wettelijk huwelijksgoederenrecht geven? Voor ons land komen eigenlijk slechts twee stelsels in aanmerking: de algeheele gemeenschap of de volstrekte scheiding van goederen. De pleitbezorgers van de gelijkheid van man en vrouw kennen daarom geen aarzeling. Zij verklaren zich, met beslistheid, voor de scheiding van goederen. Alleen in dit systeem staan de echtgenooten volkomen vrij naast elkander. Er blijft dan wel een bezwaar. De vrouw deelt niet in de winst, staande huwelijk door den man behaald. Dit kwaad ware echter met een radikaal remedie te verhelpen. Daartoe behoefde de wet slechts aan den overlevenden of den op zijn vordering gescheiden echtgenoot een behoorlijk erfrecht of een flinke aanspraak op onderhoud te waarborgen.

Of ondanks deze zoogenaamde oplossing van de winstkwestie het stelsel van scheiding de vrouw toch niet tot dupe maakte, staat echter nog te bezien. Daar is b.v. de moeilijkheid van de gezinskosten. De schrijfster verklaart daarvoor, tegenover de schuldeischers, in de eerste plaats den man en subsidiair de vrouw verbonden (blz. 369). Als de man het gezin tot financieelen ondergang gebracht heeft, zal dus de vrouw, zonder uitzicht op redres, geheel alleen het tekort mogen dragen. Dat is dan de prijs, dien zij voor hare nominale gelijkheid betaalt. Maar de vermogende vrouw redt toch maar haar fortuin, voert men tegen. De opmerking, hoe onweerlegbaar ook, doet echter niet ter zake. Het wettelijk goederenstelsel moet immers vóór alles met de belangen van de overgroote massa der onvermogende vrouwen rekenen, en voor het onvermogend gezin vormen de huishoudelijke uitgaven den grooten schuldenpost. Wat blijkt dus? Dat ook in

het scheidingsstelsel, ondanks alle formeele gelijkheid, de man precies als in het gemeenschapsstelsel over het bezit van zijne onvermogende levensgezellin beschikt en dat hij haar, bij gemis van een recht van afstand, zelfs voorgoed met de aansprakelijkheid voor de gezinsschulden kan belasten.

Deze uitkomst stemt niet opwekkend. Misschien gevoelt iemand zich daarom wel geneigd de subsidiaire aansprakelijkheid van de vrouw voor de gezinsschulden maar overboord te werpen. Op die manier werd de vrouw ongetwijfeld uit den nood geholpen. Vreemden betaalden dan echter het gelag. De schuldeischers, die het gezin van het noodige voorzien hebben, zouden in het gebaar, waarmede de weduwe hen de deur wees, althans niets nobels kunnen ontdekken. Sparen op andersmans kosten geldt nu eenmaal niet voor fair en de vrouw heeft toch ook mede van de aan het gezin gedane leveranties genoten.

Het verhaalsrecht van de schuldeischers doet trouwens, geheel afgezien van de gezinsschulden, in het stelsel van scheiding uiterst moeilijke kwesties rijzen. Gaat het aan de crediteuren van den man te verplichten tegenover de vrouw het bewijs te leveren, dat eenig niet op naam staand goed aan den man en niet aan de vrouw of aan hen beiden toebehoort? In den regel zullen de goederen der echtgenooten toch wel vermengd zijn. Zonder een vermoeden, dat, tegenover de schuldeischers van den man, op de vrouw den bewijslast van haar of van hun beider eigendomsrecht legt, komt dus geen wetgever uit, tenzij hij de meening mocht zijn toegedaan, dat het crediet van den man voor het gezin geenerlei beteekenis heeft. En mag de vrouw, gewapend met een schuldbekentenis van den man, zich zoo maar in de door de schuldeischers ondernomen executie van zijn goed voegen? Men kan zich toch moeilijk een meer verdachten

titel denken dan de erkenning van recht, door den eenen echtgenoot aan den anderen verstrekt. Tegenover de vijandelijke groep der schuldeischers verbindt eenheid van belang de beide echtgenooten tot eene innige gemeenschap. Alles wat de een uit den desolaten boedel van den ander redt, komt aan het gansche gezin ten goede. Misschien staat het echtpaar zedelijk hoog. Maar als het geweten niet nadrukkelijk spreekt, behoeft niets den man te weerhouden zijne vrouw een geantidateerd of fictief schuldbewijs in de hand te stoppen. Als creditrice in het faillissement van den man, kan zij dan over een deel van diens goed hare beschermende hand uitstrekken. Dergelijk misbruik dient de wet te keeren. Zij moet daarom erkenningen van recht, door den eenen echtgenoot ten behoeve van den anderen afgelegd, tegenover de schuldeischers krachteloos verklaren (1). Het voordeel, dat een behoorlijk geregeld scheidingsstelsel aan de vrouw belooft, krimpt dientengevolge aanmerkelijk in. Dat zij de schuldeischers van den man niet mag benadeelen, behoeft de eerlijke vrouw niet te verontrusten. Maar wel moet zij duchten een te goeder trouw verkregen vordering op haren man, bij gebrek aan voldoend bewijsmateriaal, niet in zijn faillissement te kunnen doen gelden. En om het vermoeden van eigendom, ten behoeve van de schuldeischers van den man uitgesproken, zal zij tevens moeten vreezen, ook weer bij gebrek aan behoorlijk bewijs, een deel van haar vermogen aan de crediteuren van haar echtgenoot te verliezen.

Waarom wordt ten slotte de scheiding van goederen zoo warm aanbevolen? Omdat, zoo verklaart ook de schrijfster, het wettelijk goederenrecht vooral met de

---

(1) Vgl. de Married Women's Property Act van 1882, sect. 3, die een voorschrift van soortgelijke strekking geeft.

slechte huwelijken moet rekenen. Dat doet het scheidingssysteem inderdaad; het verheft het wantrouwen in den man tot wettelijk principe. Om het betrekkelijk geringe percentage van mislukkingen mag het goede huwelijk echter niet onderworpen worden aan een systeem, dat alleen voor slechte — en voor rijke — past. Moet het dan bij de algeheele gemeenschap blijven? Op die vraag valt voorshands geen beslissend antwoord te geven. Onze tegenwoordige voorschriften kunnen moeilijk als model gelden, en de schrijfster heeft het niet noodig geacht, naast haar scheidingsstelsel, ter vergelijking eene verbeterde wettelijke gemeenschap te plaatsen. Haar was de klacht genoeg, dat deze — en dat brengt het systeem inderdaad noodwendig mede — den man de beschikking geeft over het vrouwegoed.

Maar is het wel zoo zeker, dat deze grief op al hare zusters even diepen indruk maakt? Mogelijk hechten de onvermogende Nederlandsche vrouwen, in hare overgroote meerderheid, nog altijd aan het ethisch moment, dat in de gemeenschap ligt besloten; gevoelen zij weinig of niets voor een abstracte gelijkheid die tot materieele ongelijkheid voert, en zien zij in de deeling bij helfte, onder den waarborg van afstand, eene billijke vergoeding voor de overmacht, die den man tijdens het bestaan van de gemeenschap toekomt. Uit welbegrepen eigenbelang zouden zij dan tegen het scheidingsstelsel opteeren. De beduchtheid hare zusters, wien het lot eenen onbetrouwbaren man beschoor, onrecht te doen, behoefde haar van die uitspraak niet terug te houden. Mits de wet de gemeenschap slechts op eenzijdige opzegging van de vrouw te allen tijde ontbindbaar verklaart, heeft de ontgoochelde onvermogende echtgenoote toch geenerlei reden tot klachte. Ieder oogenblik kan zij dan — dank zij het recht van afstand — zelfs met

ontlasting van alle aansprakelijkheid voor het verleden, de vrije beschikking over hare inkomsten hernemen. Zoo goed als hare omstandigheden dat toelaten, is zij daarmede geholpen. Misschien gelukt het haar in de toekomst op eigen hand winst te maken, nu het wanbeheer van den man gemeenschappelijke besparing blijkt uit te sluiten. Omdat het scheidingsstelsel voor haar een uitkomst is, behoeft het overgroote getal der gelukkiger gehuwde vrouwen evenwel haar voorbeeld niet te volgen en afstand te doen van het gemeenschapsstelsel, dat hare belangen veel beter dient. Of brengt de arbeid van den man niet langer de meeste verdiensten in? En garandeert de gemeenschap niet aan de vrouw, onafhankelijk van eenige erfrechtelijke aanspraak, als *eigen* goed de helft van de gemeenschappelijk gemaakte winsten?

Utrecht, 9 Dec. '15. SUIJLING.

Handelingen over de Reglementen op het beleid der Regering in de koloniën Suriname en Curaçao, door Mr. Dr. H. W. C. Bordewijk. — Uitgegeven door het Koninklijk Instituut voor de Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch-Indië. — *'s-Gravenhage,* Martinus Nijhoff, 1914.

Verschenen is een hoogst nuttig verzamelwerk van de schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling tusschen Regeering en Staten-Generaal over de geldende Regeeringsreglementen van onze Westindische koloniën. Omtrent deze wetten, in 1865 vastgesteld en sedert herhaalde malen en op verschillende punten herzien, is veel verhandeld. Het is voor hen, die bijzonder daartoe aangelegde verzamelingen van de officieele bescheiden niet tot hunne beschikking hebben — en daaronder valt bijna ieder, die elders dan bij eenige officieele met het bestuur der Westindische koloniën in aanraking komende instelling de gedrukte stukken heeft te raadplegen — bijna onbegonnen werk om vooral omtrent voorname onderwerpen de geschiedenis daarvan volledig te overzien. Met het noodzakelijk en afschrikwekkend opslaan van vele folianten is de meer en meer ontwakende belangstelling in deze koloniale grondwetten allerminst gediend.

Ofschoon tijdens de bewerking van deze uitgave de stof omvangrijker bleek dan de bewerker zich had voorgesteld, heeft hij terecht het verhandelde omtrent de verschillende wijzigingswetten niet uitgesloten. Zijne uitgave mag ook in zooverre aanspraak maken op meerdere

volledigheid, dat het advies van den Raad van State op de wetsontwerpen van Minister FRANSEN VAN DE PUTTE en diens nader rapport aan den Koning is kunnen worden medegedeeld.

Omtrent de wijze van bewerken deelt Mr. BORDEWIJK in zijn voorbericht mede, dat hij voor de keus stond tusschen de aanvaarding van de chronologische en de systematische volgorde. Dat die keuze ten gunste van de laatstbedoelde methode uitgevallen is, zal niemand na de behandeling op deze wijze van het klassieke voorbeeld, het Wetboek van Strafrecht, verwonderen. Men loopt, ter wille van de groote voordeelen, welke deze methode biedt, gaarne de kans dat men ten aanzien van sommige artikelen ook de addenda moet raadplegen om enkele aan de aandacht ontsnapte fragmenten terug te vinden.

Intusschen zal men de beide ontwerpen van Minister PAHUD in deze uitgave tevergeefs zoeken. Mr. BORDEWIJK achtte de afwijkingen, ook ten aanzien van het gevolgde stelsel, te groot en de beide memoriën van toelichting van te weinig belang. Zelfs de bijvoeging van deze ontwerpen onder de bijlagen werd, hoewel overwogen, verworpen, omdat een herdruk der ontwerpen reeds geschied was in een in 1911 verschenen boekwerk van zijne hand.

Het komt mij voor dat deze bezwaren niet overwegend hadden behoeven te zijn. De ontwerpen-PAHUD waren, ook wat het stelsel betreft, samengesteld naar het voorbeeld van het Regeeringsreglement van Nederlandsch-Indië, terwijl de geldende West-Indische Regeeringsreglementen zich meer aansluiten bij de Nederlandsche Grondwet. Doch dit neemt niet weg dat vele bepalingen duidelijk verwantschap vertoonen en dat Mr. A. S. HIRSCH hierin aanleiding heeft gevonden om de teksten van de Grondwet en van de drie Regeeringsreglementen naast

elkander te doen afdrukken in eene, niet geheel onberispelijke, maar toch zeer goed bruikbare uitgave. Die herdruk ware dus, mede uit een oogpunt van volledigheid, gewenscht. Het is mij in de praktijk meermalen voorgekomen dat ik deze ontwerpen en niet minder de daarbij gegeven toelichting heb moeten raadplegen. Thans is men hiervoor aangewezen hetzij op de officieele foliodeelen, hetzij, indien men de ontwerpen alleen wenscht te raadplegen, op het bedoelde in 1911 verschenen werk van Mr. Bordewijk. Daar de omvang van die ontwerpen met hetgeen er bij behoort niet groot is, was dus naar mijne meening voor de opneming van een en ander hetzij in den tekst, hetzij onder de bijlagen veel te zeggen geweest.

Belangstellenden zullen intusschen dankbaar zijn voor het thans aangebodene. Er hangt nog steeds eene herziening van het Regeeringsreglement van Suriname — en dientengevolge waarschijnlijk ook van dat van Curaçao — in de lucht. De voorstellen van de zoogenaamde Suriname-Commissie, in 1911 verschenen, zijn nog niet vergeten en zouden, ook al stemt de Regeering met het meest belangrijke voorstel niet in, toch wel tot andere wijzigingsvoorstellen aanleiding kunnen geven. Bij de voorbereiding en behandeling van dergelijke voorstellen zal het verzamelwerk van Mr. Bordewijk al aanstonds groot gemak bezorgen en reeds daardoor ruimschoots aan zijn doel beantwoorden.

Een woord van waardeering aan het Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch-Indië voor zijn aan de uitgave verleenden belangrijken steun moge ook hier niet achterwege blijven. De belangstelling in werken als het onderhavige en, in verband daarmede, het debiet, is nog niet van dien aard, dat zonder flinken steun een uitgever zou worden gevonden.

Rollin Couquerque.

Handhaving van de orde in parlementaire vergaderingen, door W. J. COUTURIER. — Acad. proefschrift. — *Leiden*, 1914.

Met belangstelling heb ik van het werkje kennis genomen, welks titel hierboven staat afgeschreven. De schrijver heeft blijkbaar een grondige studie van zijn onderwerp gemaakt en hij is er bovendien in geslaagd, de resultaten van die studie ons op eene aangename, welverzorgde manier op te disschen.

Hij heeft zijn stof verdeeld over vier hoofdstukken, waarvan het eerste een algemeen karakter draagt; het tweede het ius constitutum, zoo hier te lande als elders, behandelt; het derde verschillende, vroeger of later voorgevallen incidenten verhaalt, ten einde op die wijze de al of niet doelmatigheid der bestaande voorschriften aan te toonen; terwijl ten slotte het vierde hoofdstuk de desiderata van het ius constituendum bevat. Een uitgebreid personen- en zakenregister besluit het werk. Reeds hiervoor alleen heeft de schrijver een pluimpje verdiend van ieder, die wel eens bij zijn studie het gemis van eene dergelijke toevoeging gevoeld heeft.

Eene korte bespreking van den inhoud moge hier nog volgen.

Het eerste hoofdstuk draagt, gelijk gezegd, een algemeen karakter. De schrijver bespreekt de noodzakelijkheid van een reglement van orde, welke hij vindt èn in de algemeene behoefte, bij elke vergadering bestaande, om een leiddraad te hebben bij hare werkzaamheden èn in de, slechts voor parlementaire vergaderingen be-

staande, wettelijk gewaarborgde vrijheid van spreken.

Behalve de noodzakelijkheid van een reglement van orde, komen verder de middelen welke aangewend moeten worden om de orde te handhaven, ter sprake. Uit des schrijvers onderzoekingen blijkt, dat deze, op eene uitzondering na, alle van repressieven aard zijn. Naast de eene, door den schrijver genoemde uitzondering, zouden wellicht nog art. 45 van het Reglement van Orde der 2e Kamer en het daarmede overeenstemmende art. 12 van het Reglement van Orde der 1e Kamer genoemd kunnen worden, al geef ik toe, dat hier slechts van zedelijken dwang sprake is. De omvang der disciplinaire bevoegdheid, of zij zich mag uitstrekken tot het nemen van repressieve maatregelen en zoo ja, of en aan welke grenzen de vergadering hierbij gebonden is, zijn van oudsher strijdvragen tusschen de verschillende theoretici geweest en worden ook hier niet onbesproken gelaten. Verder behandelt de schrijver hier nog de vraag, of in het bestaan van disciplinaire voorschriften een gevaar schuilt voor het onderdrukken eener minderheid, door eene meerderheid, gewapend met een reglement van orde, een gevaar hetwelk hij, en naar ik meen terecht, betrekkelijk gering acht, vooral daar, waar men niet met eene incidenteele handhaving der discipline te maken heeft, doch de disciplinaire maatregelen van te voren zijn vastgesteld. De hierbij rijzende vraag, wie deze disciplinaire maatregelen moet vaststellen, de wet, dan wel de vergadering voor wie ze zullen gelden, wordt daarna besproken, terwijl dit hoofdstuk eindigt met een overzicht van de verschillende personen, welke, hoewel in de vergadering aanwezig, niet vallen onder het Reglement van Orde. De slotparagraaf, behandelende de vraag of aanvulling der voor onze Kamers bestaande regelingen noodig is, had

wellicht beter een plaats gevonden in het laatste hoofdstuk.

Het tweede hoofdstuk behandelt in tien paragrafen even zooveel verschillende maatregelen, welke hier te lande en elders toegepast kunnen worden tot handhaving der orde. Dit is het minst leesbare gedeelte van het boek, doorspekt als het is met langere en kortere aanhalingen uit wetten, reglementen, enz. uit aller heeren landen. Van de tien verschillende maatregelen vinden slechts vier, de vier zachtaardigste, in ons parlement toepassing, een feit, hetwelk men desverkiezend als een bewijs voor de welopgevoedheid onzer volksvertegenwoordigers, tot dusverre tenminste, mag opvatten. Uit aard en aantal der beschikbare maatregelen in 't algemeen conclusies te willen trekken, in verband met het volkskarakter, blijkt echter te gewaagd, waar wij zien dat, na Frankrijk, Engeland, toch het klassieke land van het parlementaire stelsel, de ruimste keuze van maatregelen kent — al zijn er onder, welke zelden worden toegepast —, terwijl in Pruisen een ruimere keuze bestaat als in Duitschland of Oostenrijk, een geringere echter weer als in Hongarije.

Het derde hoofdstuk demonstreert aan enkele, in den vreemde voorgevallen, incidenten de tevoren besproken ordemaatregelen. Dit hoofdstuk is ongetwijfeld het meest leesbare, al is het dan niet het meest wetenschappelijke, doch als Nederlander kan men er niet anders als verheugd over zijn, dat ons parlement zich tot dusverre wist te spenen van vertooningen, als de hier vermelde.

In het laatste hoofdstuk gaat de schrijver stuk voor stuk de verschillende maatregelen nog eens na, om uit te maken, welke maatregelen en in welken vorm hij hier te lande wenschelijk acht. Waar bij ons slechts vier, en juist de meest zachtzinnige geldend recht zijn, is het

duidelijk, dat naar zijn oordeel de bestaande toestand niet ongewijzigd kan blijven. Naast disciplinaire maatregelen meent hij, dat ook het gemeene recht ten deze een taak heeft. Zal het deze echter kunnen vervullen, dan moet eerst eene zoo grondige verandering in de nu bestaande toestanden plaats grijpen, dat wij voorloopig deze beschouwingen als zuiver theoretische kunnen ter zijde laten. Overigens worden de voorgestelde wijzigingen en aanvullingen helder uiteengezet en het lijkt mij niet onwaarschijnlijk dat, mocht het eenmaal tot eene verandering van het Reglement van Orde als hier bedoeld, komen, des schrijvers beschouwingen niet onopgemerkt zullen blijven. Is dit echter inderdaad het geval, dan heeft hij, naast de voldoening, welke het schrijven van een welgeslaagd proefschrift op zichzelf reeds geeft, nog een reden meer tot tevredenheid.

Groningen. Mr. B. D. H. Tellegen Azn.

22ste Verslag en 23ste Verslag van het Staatstoezicht op krankzinnigen en krankzinnigengestichten.

Daar was iets treffends in de wijze, waarop de diepbetreurde HEILBRONNER in de in 1911 te Zutfen gehouden vergadering der Juristenvereeniging een loopje nam met den beroemden „psychiatrischen blik", waarmede de psychiater slechts even de gevangenis zou hebben door te loopen om te kunnen uitmaken, welke de „twijfelachtige gevallen" zijn (Handelingen II, blz. 132). Iets treffends, in den mond van *dezen* geleerde, die nimmer naliet te wijzen op het beperkte van het terrein van den psychiater en een zoo bescheiden psychiatrisch standpunt innam. Juist van *hem* moest de opmerking omtrent de moeilijkheid van het psychiatrisch onderzoek indruk maken; eerbied moest zij wekken voor het deskundig oordeel in elk concreet geval, voorzooverre dit oordeel op een nauwkeurig onderzoek berust.

Deze gedachte dringt zich aan ons op, wanneer wij kennis nemen van de Verslagen van het Staatstoezicht op krankzinnigen en krankzinnigengestichten, welke thans vóór ons liggen. Uiterlijk verschillend — dat over 1912 een deftig-statig rapport, dat over 1913 een gemakkelijker hanteerbaar en meer smakelijk boekdeel —, ademen zij beiden een zelfden geest, vertoonen zij beiden een zelfde beeld van de wijze, waarop de inspecteurs hunne taak opvatten, komen zij onze kennis omtrent het krankzinnigenwezen verrijken, ons inzicht daarin verdiepen.

Waar wij een en ander uit die verslagen gaan mededeelen (in aansluiting aan ons opstel „Staatstoezicht op krankzinnigen" in den jaargang 1913 van dit tijdschrift en dat in den jaargang 1914 van het „Tijdschrift voor Zwakzinnigenzorg") willen wij ditmaal de aandacht vestigen op wat daaruit te leeren valt ten opzichte van het vraagstuk van den psychiater en de zoogenaamde psychiatriseering in verband met maatschappij en gemeenschap, de aandacht dus vestigen uitsluitend op wat wij kunnen noemen de meest principieele quaestie op het gebied van het krankzinnigenwezen, de „groote lijn" bij uitnemendheid. *Daarbuiten* valt natuurlijk menig punt, hetwelk der vermelding waard zou zijn: zoo vinden wij in de paragraaf over de Krankzinnigenwet en hare werking bij artikel 28 de vraag ter sprake gebracht (Verslag over 1912, blz. 5), of bij het ontslag van een patiënt als „genoegzaam hersteld", deze moet worden beschouwd als *hersteld* d. w. z. geheel hersteld, eene vraag welke de betrokken inspecteur, tegenover een gebleken afwijkend gevoelen, bevestigend beantwoordde; zoo zien wij ook nu weêr met ingenomenheid gewag gemaakt van de gezinsverpleging onder gestichtsverband en leedwezen erover uitgesproken, dat deze in ons land over 't algemeen nog slechts op bescheiden schaal plaats heeft; zoo zijn ook nu weêr interessant de mededeelingen over de als niet-krankzinnig uit de gestichten ontslagenen en die over de bevindingen en handelingen der inspectie bij gelegenheid en naar aanleiding van de periodieke inspectiebezoeken, aan de in de gestichten verpleegden gebracht, waarbij 't den inspecteur in de eerste plaats te doen is om eenig inzicht te verkrijgen in den geestestoestand van den patiënt en waarbij dezen ook de gelegenheid wordt geboden klachten kenbaar te maken; zoo is sterk sprekend de statistiek omtrent den loop van

de bevolking van de gestichten, waaruit blijkt dat per 10.000 inwoners zich in de gestichten bevonden op 31 December 1913: 22.5, terwijl dit getal in 1849 bedroeg: 3.9 en b.v. in 1899: 15.9. Intusschen wij gaan op dit alles niet nader in, om enkel de Verslagen uit een *algemeen* oogpunt te bezien, te vragen wat zij ons te zeggen hebben ten opzichte van het vraagstuk van den psychiater en de z.g. psychiatriseering in verband met de eischen van de veiligheid der maatschappij en van eene op een krachtig individueel verantwoordelijkheidsgevoel berustende gemeenschap, te onderzoeken, of zij inderdaad onzen eerbied voor het „deskundig oordeel" komen versterken en ons komen aansporen om in deze materie aan het „algemeen menschelijk oordeel" slechts eene bescheiden plaats in te ruimen.

Sla dan op de paragraaf, gewijd aan de krankzinnigen in gezinnen (buiten gestichtsverband), ons inziens een der belangrijkste en neteligste onderdeelen van het staatstoezicht. Gij vindt daarin ook nu weêr melding gemaakt van treurige gevallen van verwaarloozing, vaak gepaard gaande met een totaal gebrek aan inzicht bij de omgeving van den patiënt in diens toestand, ja, soms gepaard gaande met de meening van de huisgenooten, dat er van ziekte volstrekt geen sprake is; gij vindt 't door een voorbeeld gedemonstreerd (Verslag over 1912, blz. 18—19), hoe door het onmaatschappelijk optreden van den in zijne woning verkeerenden krankzinnige (lijder aan dementia paranoides met queruleerende neigingen) de maatschappij kan worden bedreigd en luide de eisch zich hooren doet, dat de politie alvorens op te treden geneeskundige hulp inroepe; gij gevoelt iets mede van het schrijnende van het geval, in de kantresumptie op blz. 28 van het Verslag over 1912 omschreven als „exploitatie en verwaarloozing van krankzinnigen in een

gezin van psychopathen". Is 't wonder, dat de inspecteurs de juistheid van de op grond van de hun verstrekte gegevens opgemaakte statistiek, dat op een totaal van 4072 gevallen slechts in 72 gevallen de verpleging onvoldoende of niet voldoende zou zijn (Verslag over 1913, blz. 19), weigeren te aanvaarden, dat zij pleiten voor een krachtiger optreden op dit gebied van de reeds hier en daar zegen aanbrengende wijkverpleging, en dat zij meenen hunne taak hier niet te moeten bepalen tot de krankzinnigen in den engen zin des woords maar eene breedere opvatting te moeten huldigen, in overeenstemming èn met de ruimere beteekenis, welke heden ten dage de wetenschap aan het begrip „geestesziekte" toekent, èn met de belangen van tal van geesteszieken, die volgens de gangbare begrippen niet lijdende zijn aan krankzinnigheid, maar vaak eigenschappen vertoonen, waardoor zij gevaarlijk en schadelijk moeten worden geacht (Verslag over 1913, blz. 11), èn ten slotte met de belangen van de gemeenschap?

Sla op het gedeelte, handelende over de krankzinnigen en geesteszieken in gevangenissen en aanverwante inrichtingen, in zijne objectiviteit één doorloopend pleidooi voor de versterking van het psychiatrisch element op dit terrein, eene krachtige roepstem voor de stelling, dat de doorwerking van dit element — hetwelk zich hier kan ontwikkelen onder gunstigere omstandigheden dan in de rechtszaal bij de vraag naar de toerekenbaarheid — niet anders dan heilzame resultaten kan opleveren. Uit den overrijken inhoud doen wij slechts hier en daar een greep. Hier is 't de simulatie, welke onze aandacht vraagt, de simulatie, welker beteekenis ook op dit gebied niet kan worden ontkend, al blijkt ook thans weêr, b.v. uit het geval van den geslepen hystericus die tenslotte het „hoofd had gebogen" en erkende ziekteverschijnselen te

hebben voorgewend (Verslag over 1912, blz. 35), dat psychopathie en simulatie niet zelden samengaan. Dáár, bij de *bijzondere strafgevangenis* (voor psychopathen) is 't de quaestie van het toezicht na ontslag, welke besproken wordt en aanleiding geeft tot de opmerking, dat dit toezicht soms zoo volstrekt noodig is in het belang van het individu en dat van de maatschappij, tot het uitspreken van waardeering voor de inlichtingen, in dergelijke gevallen aan den betrokken inspecteur vanwege de bedoelde gevangenis verstrekt, zoodat het noodige staatstoezicht kan worden uitgeoefend, en tot een aandringen ook hier (Verslag over 1913, blz. 22) op „samenwerking van allen, die belast zijn met de verzorging, verpleging en behandeling van de geesteszieken". Dan weder is 't de bonte bevolking van de Rijkswerkinrichting, welke aan ons oog voorbijtrekt (Verslag over 1912, blz. 40), die bevolking waarvan een groot percentage psychische afwijkingen vertoont en waarvan velen, bij wie de geestelijke invaliditeit met lichamelijke invaliditeit gepaard gaat, niet in staat zijn in eigen onderhoud te voorzien, zoodat het ontslag uit de inrichting voor hen is een „abandon sans secours"; of worden wij geplaatst (1912, blz. 41) midden in het vraagstuk van de misdadige jeugd, wanneer het Verslag, handelende over de geestesabnormen onder de rijksopvoedelingen, wijst op den tact en de ervaring, noodig om naar den eisch met hunne belangen rekening te houden, en op datgene wat bij goede leiding door eene vaste hand kan worden bereikt, en — met het oog op de gunstige omstandigheden, waarin zich de opvoedeling bevindt, en gedachtig aan het „voorkomen is beter dan genezen" — 't dringend noodzakelijk acht, dat een medicus-psychiater zich van diens persoonlijkheid nauwlettend op de hoogte stelt en blijft stellen. En eindelijk krijgen wij de cijfers (1912,

blz. 43), ook hier in hunne soberheid en betrekkelijke saaiheid veelzeggend en welsprekend: het aantal gevallen van krankzinnigheid, in 1912 in gevangenissen en aanverwante gestichten geconstateerd, bedroeg *141*, van welk getal er 119 lijders naar een gesticht werden *geëvacueerd*, terwijl het aantal krankzinnigen, in de gevangenis enz. *teruggekeerd* als hersteld, als hebbende gesimuleerd enz., 16 bedroeg. Gaat men na, dat over 1900 tot en met 1902, dus in drie jaren, het eerste (cursief gedrukte) cijfer 200 bedroeg, dan valt hier dus eene belangrijke stijging waar te nemen.

En dan, „als Dritter im Bunde", de krankzinnigen, verpleegd in ziekenhuizen, armenhuizen en aanverwante inrichtingen. Gaan wij na, dat volgens de inspectie in dergelijke inrichtingen bijna steeds geesteszieken (krankzinnigen, idioten, onnoozelen) bleken aanwezig te zijn ondanks de verklaring van het tegendeel, en dat het uitgeoefend staatstoezicht, hetwelk vaak met zeer groote moeilijkheden te kampen had, hier en daar het bestaan van *wantoestanden* aantoonde, dan blijkt hoe nuttig ook hier dat toezicht werkt. Bijzonder belangrijk is, wat medegedeeld wordt (Verslag over 1913, blz. 27 vlg.) omtrent de moeilijkheden, door den betrokken inspecteur ondervonden ten opzichte van eene inrichting, waaromtrent klachten bij het Staatstoezicht waren ingekomen, moeilijkheden, welke hierin bestonden dat de inspecteur omtrent de al of niet aanwezigheid van krankzinnigen in de inrichting en eventueel omtrent hun toestand noch van de directie, noch van de zijde der verpleegsters, noch van een geneeskundige de noodige inlichtingen kon verkrijgen, en welke zich zelfs in dezen vorm voordeden, dat hem de toegang werd geweigerd: zeer duidelijk bleek hier het bestaan van eene leemte en de noodwendigheid om hierin desnoods door aanvulling van de wet te voor-

zien. „De meest eenvoudige weg" — zegt het Verslag op blz. 32 — „zal wel zijn den eisch te stellen, dat het den verpleegden aan de noodige geneeskundige behandeling, leiding en toezicht niet mag ontbreken Op die wijze zal het mogelijk zijn de verbetering van slechte toestanden te bevorderen, de belangen van den ongelukkigen lijder te beschermen, verwaarloozing, verkeerde behandeling, wederrechtelijke vrijheidsberooving van den geesteszieke tegen te gaan. Het betreft hier een staatsrechtelijk vraagstuk, waarbij het algemeen belang betrokken is."

Overzien wij het geheele, in deze verschillende paragrafen betreden terrein, dan mag onze conclusie luiden, dat het ernstig streven van de inspectie om de grenzen van dat terrein uit te zetten aan de zaak van het krankzinnigenwezen — dit woord in zijn ruimsten zin genomen — flinke diensten heeft bewezen en zoodoende aan de gemeenschap in niet geringe mate ten goede is gekomen.

Ons overzicht zou echter allerminst volledig zijn, indien het *karakter* van het staatstoezicht nog niet van eene andere zijde werd belicht. Immers, dat karakter laat zich niet maar eenvoudig weêrgeven door het constateeren van eene neiging tot steeds verder voortgezette psychiatriseering, eene neiging welke — hoe verklaarbaar en natuurlijk ook — hare schaduwzijden en gevaren heeft, zooals ook hier te lande in de laatste jaren zoo krachtig gevoeld is en met name bij de debatten van onze Juristenvereeniging in 1911 te Zutfen zoo overtuigend werd uitgesproken. Daarom worde, tot vermijding van mogelijk misverstand en in het belang van de waarheid, welke met eenzijdige waarschuwing tegen „het psychiatrisch gevaar" allerminst gediend is, op die *andere* hoofdlijn, welke door onze Verslagen loopt en

het karakter van het staatstoezicht mede bepaalt, met nadruk gewezen.

Weldadig dan doet 't ons aan, wanneer wij 't nog eens zien uitgesproken (Verslag over 1913, blz. 23), dat „het eenvoudige feit dat een verpleegde b.v. aan steelzucht lijdt en niet vlug van verstand is, dat hij eigenwijs is en een idee fixe heeft" volstrekt niet het recht geeft hem te stempelen tot een psychopaath, eene uitspraak toegelicht met de demonstratie van een verpleegde „met een gedegenereerd uiterlijk, onregelmatigen schedel, uitstaande ooren, aaneengegroeide oorlellen, trekkingen in het gelaat, strabismus, gebrekkige spraak en gebrekkigen gang, die kortom geheel den indruk maakte van een imbecil", maar die tòch na een nader onderzoek verklaard werd niet als geestesabnorm te moeten worden aangemerkt. Weldadig doet 't ons aan, wanneer wij lezen (Verslag over 1912, blz. 38) hoe 't gelukte om een sterk erfelijk belasten imbecil na diens ontslag uit de bijzondere strafgevangenis een voor hem passenden werkkring te bezorgen, waarin hij zich goed gedroeg; een niet 't minst voor den leek zeer sprekend voorbeeld, wat een krachtig willen van de eigene persoonlijkheid, gesteund door een verstandig zorgen van anderen, ook *hier* vermag.

En vooral doet ons goed de uitspraak (bij de toerekenbaarheidsvraag, Verslag over 1912, blz. 35, 36), dat voor den psychiater-deskundige de taak is weggelegd om een met redenen omkleed oordeel uit te spreken over den toestand van de geestvermogens van den beklaagde en daarbij zooveel mogelijk de vraag te beantwoorden (indien deze gesteld is) of de gedetineerde lijdende is aan krankzinnigheid, maar hij daarbij *steeds heeft te blijven op zijn terrein.* Hieruit blijkt immers, dat de inspectie — deskundige bij uitnemendheid — de juiste opvatting huldigt, die van de „scheiding der machten",

eene opvatting, welke meer recht doet wedervaren aan het *deskundig* standpunt van den psychiater in het strafgeding, de onafwijsbare voorwaarde is voor de geleidelijke ontwikkeling van diens positie, en ook door den *rechter* tegenwoordig meer begint te worden gehuldigd, waar deze langzamerhand den eisch laat varen, dat de psychiater zich over de toerekeningsvatbaarheid zal uitlaten. Verblijdend is dit oordeel der inspectie vooral hierom, omdat daaruit blijkt het samengaan van het inzicht van de mannen der wetenschap met de eischen van eene samenleving, welke rust op de basis van een krachtig en gezond verantwoordelijkheidsgevoel.

v. G.

Hoofdlijnen der Staathuishoudkunde, door Mr. I. B. COHEN. Vijfde druk. — P. NOORDHOFF, *Groningen*, 1915.

Dit werk zag het licht in 1903. Dat het thans den vijfden druk mocht beleven, bewijst voor zijne degelijkheid en practische bruikbaarheid. Het ondernemen van het waagstuk, zooals de schrijver in zijn voorwoord tot de eerste uitgave het noemde, van het aantal handleidingen in de Staathuishoudkunde weder te vermeerderen, blijkt met gunstigen uitslag bekroond.

Behalve met eenige toevoegingen, als gevolg van nieuwe wetten of nieuwe maatschappelijke verschijnselen, is sedert de vroegere uitgaven de inhoud vermeerderd met eene beschouwing over het belastingstelsel en een overzicht der economische scholen, dat uit den aard der zaak kort kon zijn, omdat verschillende economische theorieën reeds bij de desbetreffende onderwerpen waren vermeld. Ook is bij verschillende leerstukken door den schrijver meer dan vroeger de aandacht gevestigd op den invloed dien de oorlog op de volkswelvaart uitoefent.

Aldus bijgewerkt zal ook deze uitgave zonder twijfel spoedig zijnen weg vinden.

Z.

Sleepvaartrecht, door Mr. G. van Slooten Az., rechter in de arrondissements-rechtbank te Rotterdam. — *'s-Gravenhage*, Gebr. Belinfante, 1915. f 1.50.

Toen ik vele jaren geleden als leerling van het gymnasium iets trachtte te weten te komen omtrent de geschiedenis der XIXde eeuw, die op dit instituut niet geleerd werd, trok het mijne aandacht, dat in de handboeken die ik las de verschillende Europeesche staten in twee categorieën werden verdeeld. In de eerste plaats had men de landen waar men zich in het bezit van wetboeken mocht „verheugen", waar dus rechtszekerheid heerschte en men „met vertrouwen de toekomst te gemoet schreed" — schreed, want te snel moest men dit niet doen —, daarnaast had men landen waar men het nog niet zoover had gebracht. Behalve in Engeland — ik denk dat de schrijver ook door de bekende bewondering van Gneist voor al wat Engelsch was was geïnfecteerd en van Lothar Bucher nooit had gehoord — was het in die landen met de rechtszekerheid treurig gesteld.

Aan de academie gekomen werd het mij spoedig duidelijk, dat men mij wat op de mouw had gespeld en rechtszekerheid ook zonder wetboeken mogelijk is, maar ik leerde toch ook het groote voordeel van het bestaan eener codificatie inzien en ik heb steeds het gevoel, dat wanneer Von Savigny *thans* nog eens zijn stem zou kunnen verheffen, hij niet zou medegaan met

hen, die niet den wetboek-cultus maar het bestaan van eene codificatie zelve betreuren.

Dat men inderdaad allerwege in de XIXde eeuw wetboeken heeft verlangd, strekt tot leering, de historische ontwikkeling van het recht houdt niet op met de Fransche revolutie en men mag de oogen niet sluiten voor wat men liever niet ziet.

Dat er echter waarheid schuilt in de leer dat meestal niet de wetgever het recht schept doch dat dit zich zelf historisch ontwikkelt, kan men desniettemin gereedelijk erkennen, ja ik zou zelfs verder durven gaan en betoogen dat het in den regel — er bestaat geen regel zonder uitzonderingen — *dit* recht is dat blijft bestaan. Zoo men twijfelt, zoo zou het geschrift van Mr. Van Slooten misschien kunnen overtuigen. Hier toch vindt men eene studie omtrent een recht waarvan in onze wetboeken nauwelijks wordt gerept en dat zich toch desniettemin, geboren door de behoefte der maatschappij, krachtig heeft ontwikkeld. Of thans reeds de tijd voor eene codificatie ook van dit recht gekomen is en wel door dit te regelen in het IIde Boek van het Wetboek van Koophandel? Ik betwijfel het, maar zeker is het, dat eene studie als die van Mr. Van Slooten voor de ontwikkeling van het sleepvaartrecht van nut is.

Zijn methode het recht op te bouwen uit de praktijk, zooals die zich in de jurisprudentie — niet alleen de Nederlandsche — heeft geopenbaard, heeft zeker waarde. Althans voor een onderwerp als het onderhavige.

Zeer omvangrijk is het werk niet. Na een korte inleiding komt de schrijver tot een rubriek met den eenigszins zonderling klinkenden naam „Feiten". Hier wordt nu uiteengezet, dat de verschillende vormen waarin gesleept pleegt te worden, zich laten terugbrengen tot drie hoofdgroepen.

In de eerste plaats heeft men het sleepen van zeeschepen, waar de sleepboot in den regel dient om een veel grooter schip — meestal een stoomboot — dat op zich zelf, voorzien als het is van voldoende bemanning en werktuigen, zich wel kan voortbewegen, te helpen bij het binnen- en uitvaren van havens, de vaart op de toegangswegen tot die havens inbegrepen.

Daarnaast heeft men het sleepen van binnenvaartuigen, waar de werkzaamheid van de sleepboot zich niet bepaalt tot assistentie bij een bepaalde manoeuvre of voor een klein deel van den af te leggen afstand, maar voor de geheele reis. Hier is de rol van de sleepboot veel grooter. Het gesleepte schip of de schepen die den sleeptrein vormen, kunnen zelf in meerdere of mindere mate zeer wèl varen, maar de leider der vaart is niet de schipper van het gesleepte schip of de gezamenlijke schippers, maar de schipper der sleepboot. Het type van dezen vorm van sleepen is wel de sleeptrein op Waal of Rijn, vooral wanneer men met zoogenaamde sleepschepen te doen heeft die geen tuigage voeren.

In de derde plaats heeft men te doen met die gevallen waarin de rol van het gesleepte schip bijkans een volstrekt lijdelijke wordt. Zoo bijv. het sleepen van een drijvend droogdok of pontons of van een voor den slooper bestemd afgekeurd schip.

Natuurlijk zijn er tal van varianten en de grenzen van iedere categorie niet altijd even gemakkelijk te trekken. Zoo zal m. i. bij het sleepen van een geladen zeelichter, gelijk dit vroeger tusschen Rotterdam en New-Castle of Hamburg voorkwam, getwijfeld kunnen worden of men te doen heeft met een geval onder de eerste dan wel onder de tweede categorie te brengen. Ik zou neigen voor de laatste oplossing, ofschoon de lichter een op zich zelf zeewaardig voldoende bemand schip was,

dat ook al raakte het van de sleepboot los, nog niet hulpeloos ronddreef.

De schrijver hecht aan deze drieledige verdeeling waarde omdat, natuurlijk weder als regel waarop uitzonderingen mogelijk zijn, in het eerste geval de leiding der vaart berust bij den schipper van het gesleepte schip, in het derde bij dien van de sleepboot, terwijl in het tweede geval de rol van den schipper van het gesleepte vaartuig veel minder actief is dan in het eerste zonder dat hij nochtans geheel passief wordt. Wanneer nu in het derde hoofdstuk „de aard der overeenkomsten tot sleepen" wordt nagegaan, geschiedt dit met het oog op de bovenbedoelde drie categorieën. Steeds heeft men te doen met een overeenkomst tot het verrichten van arbeid, maar in het eerste geval heeft men te doen met eene overeenkomst tot het verrichten van bepaalde diensten, in het tweede met de bizondere niet in de wet op zichzelf geregelde eigenlijke sleepovereenkomst, een vorm van aanneming van werk, terwijl in het laatste geval aan een eigenaardige vervoer-overeenkomst valt te denken.

De vierde afdeeling behelst nu den inhoud der sleepovereenkomst, die, waar men veel gebruik pleegt te maken van vaste formulieren, die de rechten en verplichtingen van partijen regelen, grondig kon worden nagegaan.

Hier heeft zich nu uit de overeenkomsten die partijen plegen te sluiten een recht ontwikkeld, dat aan de bestaande behoeften voldoet. Een bewijs dat ons „verouderd Wetboek van Koophandel" toch heel wat minder „een beletsel vormt voor eene gezonde rechtsontwikkeling" als men ons wel eens tracht diets te maken. Ontkend mag echter niet, dat de omstandigheid, dat partijen hier in kracht tegen elkander plegen op te wegen en de eene

geenszins zulk een macht bezit dat de andere gedwongen wordt zich naar de eischen van den medecontractant te voegen, hier een gunstigen invloed uitoefende. Ware het anders, de hulp van den wetgever die, zoolang hij stil zit, de reputatie heeft van almachtig, zoo niet alwijs, te zijn, zou zeker reeds zijn ingeroepen.

Vervolgens behandelt de schrijver de rechtsverhouding van derden tot partijen bij de sleepovereenkomst. Hier waar nu het contract tusschen partijen, juist omdat het derden geldt, niet kan helpen moet het blijken of schrijvers systeem de vuurproef kon doorstaan.

In de eerste plaats heeft hij het hier over de verhouding van den eigenaar van de in een gesleept schip vervoerd wordende goederen tegen den exploitant van dat schip, wanneer schade wordt geleden tengevolge van een fout van de bemanning der sleepboot. Sluit een beroep op art. 1649 B. W. hier de exceptie van den vervoerder dat hij geen schuld heeft uit? Soms zeer zeker, maar niet altijd. Niet, wanneer, wat voorkomt, de inlader zelf met den sleepdienst-ondernemer de sleepovereenkomst aangaat. Maar ook niet, wanneer de inlader geweten heeft, dat het vervoer zou plaats grijpen in een gesleept wordend vaartuig, want nu wist die inlader, dat de leiding van het vervoer — zoolang gesleept wordt — voor het grootste deel uit handen zou worden gegeven. Deze redeneering gaat, en dit is ook wel bedoeld, alleen op in het geval van het sleepen van binnenschepen. Maar ik aarzel of men haar ook dan juist mag achten (1).

---

(1) Onder zulke omstandigheden mag men — aldus Mr. VAN SLOOTEN — den verweerder niet aansprakelijk stellen voor de fouten van den sleepdienst-ondernemer. Hij wijst dan op het geval «Tasso» en «Morgenröthe». Bij het uitvaren der haven van Schiedam

Van meer belang is het wanneer de actie voortspruit uit onrechtmatige daad waarvan de aanvaring hier „het" type is.

De leer dat de bemanning, dus de kapitein, van de sleepboot te vereenzelvigen zou zijn met den kapitein van het gesleepte schip en dat dus eigenlijk de handelingen van den kapitein van de sleepboot handelingen zouden zijn van den kapitein van het gesleepte schip, wordt terecht verworpen. Eveneens de leer, dat de kapitein van het gesleepte schip door de handeling van zich te doen sleepen en zijn schip onder den invloed van de sleepboot te stellen de aansprakelijkheid op zich zou nemen. En nog minder wil de schrijver weten van de „on considerations of expediency" vroeger door den Engelschen rechter gehuldigde leer, dat de sleepboot handelde als ondergeschikte van het gesleepte schip. Zijns inziens moet men nagaan met welk der drie gevallen, waarin de sleepovereenkomst voorkomt, men te doen heeft. Althans voor de rechtstreeksche aansprakelijk-

---

kwam de door de sleepboot «Pieter» gesleepte «Morgenröthe I» in aanvaring met de «Tasso» en leed de in het sleepschip geladen partij steenkolen schade. Een rechtsvordering van den assuradeur dier lading, die getreden was in de rechten van den eigenaar, tegen schipper en reeder van de «Morgenröthe I», werd door de Rotterdamsche rechtbank bij vonnis van 14 Januari 1914, W. 9677, nietontvankelijk verklaard, toen uit de enquêtes gebleken was, dat op de «Morgenröthe I» goede zeemanschap was betracht. Immers «waar «gebleken was dat de bewuste aanvaring, zij moge veroorzaakt zijn «hetzij door de schuld van de sleepboot, hetzij door de schuld aan «zijde de «Tasso», deze in ieder geval een voor gedaagde vreemde «oorzaak is, mocht zij zich terecht op overmacht beroepen».

Ik voor mij zou een onderscheid willen maken tusschen het geval, dat het gesleepte schip één is in een sleeptrein en het hier bedoelde geval. De schrijver verwerpt die distinctie, maar geschiedt dit terecht?

heid; indirecte aansprakelijkheid wordt alleen aangenomen zoo art. 1403 B. W. toepassing kan erlangen en langs dezen weg is de kapitein van het sleepschip — bij verzuimen van dien der sleepboot — moeilijk te benaderen.

Naar de wet is derhalve èn de sleepbootkapitein èn de kapitein van het gesleepte schip in den regel slechts aansprakelijk voor eigen daden (1).

Ten slotte voert de schrijver nog in een zevental bladzijden het „sleepen, helpen en bergen" aan, een onderwerp dat zich in zulk een kort bestek niet voldoende laat behandelen.

Het zou echter onbillijk zijn dit den schrijver euvel te duiden. Waar hij aanteekeningen die oorspronkelijk alleen ter zelfonderricht waren opgeschreven tot een aangenaam geschreven studie verwerkt heeft — voor hem, die in de scheepvaart belang stelt, is kennisneming der jurisprudentie, waarheen de schrijver telkens verwijst, al deelt hij de bizonderheden niet mede, zelfs een genot — heeft hij èn de praktijk èn de rechtswetenschap een dienst bewezen.

Het laatste woord is echter in deze materie nog niet gesproken en men mag zelfs vragen of het reeds voor eene regeling door den wetgever rijp is. Zou echter de schrijver, wanneer de klacht onzer uitgevers en boekhandelaren, dat de jongere juristen, afgescheiden

---

(1) Deze opvatting, die ik meermalen door zeelieden heb hooren verdedigen, lijkt mij juist. Zeker is een sleepboot geen zaak welke de kapitein van het gesleepte schip onder zijn opzicht heeft. — W. P. N. en R. 1736. Maar is in het geval van het binnenbrengen van een zeeschip in een haven — in tegenstelling met de binnenvaart op de rivier — de schipper der sleepboot niet een ondergeschikte die handelt volgens het commando van den schipper van het gesleept wordende schip?

van verzamelwerken van jurisprudentie en een enkel handboek, geen juridische boeken meer koopen, gegrond is, niet wellicht voor zijn studie meer lezers hebben gevonden wanneer hij deze — de omvang 65 bladzijden belette het zeker niet — in een onzer rechtsgeleerde tijdschriften had geplaatst? Of is het stellen dezer vraag in zulk een tijdschrift aan een medearbeider niet behoorlijk? Ik vroeg het desniettemin, omdat het werk inderdaad waard is om gelezen te worden.

S.

THEMIS

LXXVIIste deel — TWEEDE STUK

De openbare weg in publiek- en privaatrecht

DOOR

Mr. J. Ph. SUIJLING.

(Naar aanleiding van A. H. Kamerlingh Onnes, Openbare wegen over particulieren grond, Proefschrift, L., 1915.)

De eigenaars van wegen zouden zich vergissen, indien zij op de dankbaarheid van het publiek rekenden. De tallooze wegen, die ons land doorsnijden, gebruiken wij zonder tegenover de bezitters van den ondergrond eenige verplichting tot erkentelijkheid te gevoelen. Zoo wij de eigenaren gedenken, roept enkel beduchtheid de herinnering aan hen op. De weg mocht eens afgesloten worden. Maar als hij openbaar is, gevoelen wij ons veilig. In tweeërlei opzicht staat de weg dan onder de hoede der overheid. Over de openbare wegen oefenen tal van autoriteiten, vooral plaatselijke, toezicht en voeren zij beheer; op openbare wegen staat het verkeer onder

de bescherming van het strafrecht. Afgezien van de talrijke strafbepalingen in algemeene maatregelen van bestuur en verordeningen verspreid, bedreigt toch onder meer het Wetboek van Strafrecht (o. a. in de artt. 162, 163, 424, 427, 451) meer of minder zware straffen tegen belemmering van het vrije verkeer op openbare wegen. En een geheele reeks van provinciale, gemeentelijke en waterschapsverordeningen — om van algemeene maatregelen van bestuur maar te zwijgen — regelt, in aansluiting aan Grondwet en wet (1) de bevoegdheden, die aan onderscheiden organen ter verzekering van den goeden staat der openbare wegen zijn toegekend (2).

Zijne uitvoerigheid ten spijt, vertoont het recht der openbare wegen eene treffende leemte. Nergens wordt, uitzonderingen daargelaten, met zooveel woorden gezegd,

---

(1) Vgl. onder meer artt. 188 vlg. Grondwet; artt. 130, 134, 136, 140 Prov. wet; artt. 134, 135, 179*h*, 230, 231 Gem.wet. Zie ook art. 1 wet 1891 (Stbl. no. 69) en het Kon. besl. van 1914 (Stbl. no. 155) (Rijkswegenreglement); artt. 1 vlg. Motor- en Rijwielwet 1905 (Stbl. no. 69); art. 1 wet 1895 (Stbl. no. 139); artt. 1 vlg. wet 1900 (Stbl. no. 176) en art. 1 wet 1902 (Stbl. no. 54) (waterstaatswetten).

(2) Vgl. Roëll, Het reglement op het onderhoud en gebruik der wegen in de prov. Utrecht; Milders, Liggers van openb. wegen en voetpaden, Prft., L., 1888; Schepel, Wegenrecht in Nederl., Prft., Gron., 1895; De Roy van Zuidewijn, Het prov. wegenbeheer in Noord-Brabant, Prft., A'dam, 1915; Vos, Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Prov.- en Gem.bestuur, 29, blz. 123 vlg.; Van Doorninck, Rechtsg. Mag., 27, blz. 535; Sybenga, W. v. h. R. no. 9593 en de *Voordracht van Ged. Staten* aan de Staten der Provincie Groningen, tot wijziging van het reglement op het toezicht der wegen van 16 Sept. 1915, Bijlage no. 3 (opgenomen in Weekbl. Burg. Adm. nos. 3460 vlg.).

Verder het bovenvermelde proefschrift van Kamerlingh Onnes, Openb. wegen over particulieren grond, Leiden, 1915.

welke wegen openbaar zijn (1). Aan de practijk stond het bijgevolg de vereischten te bepalen, waaraan een strook grond moet voldoen om onder de voor openbare wegen gegeven voorschriften te vallen. De Hooge Raad had hier dus het beslissend woord te spreken. Dat heeft hij trouwens met eene duidelijkheid, die niets te wenschen overlaat, reeds sinds jaren gedaan.

Als een weg door den eigenaar zonder voorbehoud tot algemeen gebruik is bestemd, geldt hij in den zin van het Strafwetboek en van de voorschriften der lagere wetgevers als onherroepelijk openbaar (2). De bestemmingsverklaring van den eigenaar vormt derhalve, volgens den Hoogen Raad, de voorwaarde voor de toepasselijkheid van het wegenrecht, d. i. voor de uitoefening van de strafrechtelijke en de administratieve macht, die het wegenrecht aan rechter en administratie met betrekking tot openbare wegen verleent.

De particuliere eigenaars van gronden hebben, zou men zoo meenen, reden te over om den Hoogen Raad dankbaar te zijn. Geen van de beperkingen, die de toe-

(1) Vgl. b.v. art. 3 van het Reglement op de wegen voor de Provincie Utrecht:

Tot de wegen der derde soort [d. z. de niet-provinciale en de niet-geconcessioneerde] . . . . behooren alle voor den openbaren dienst bestemde communicatiën (de voetpaden daaronder niet begrepen) enz.

(2) Vgl. o. a. uit de vele arresten van den H. R. 1 Nov. '97, W. 7041; 6 Nov. '99, W. 7360; 14 Jan. '01, W. 7555; 5 Maart '06, W. 8346; 3 Juni '07, W. 8561; 10 Mei '09, W. 8875; 18 Nov. '12, W. 9415; 15 Dec. '13, W. 9593; 25 Mei '14, W. 9655; 15 Maart '15, W. 9803.

Voor de onherroepelijkheid van de bestemmingsverklaring zie o. a. de arresten van den H. R. van 8 Mei '92, W. 6285; 17 Mei '13, W. 9478; 9 Febr. '14, W. 9624.

passelijkheid van het administratief en het strafrecht t. a. v. openbare wegen medebrengt, behoeven zij te duchten, zoolang zij niet zelf den weg voor het algemeen verkeer hebben opengesteld. Tegen hunnen wil treffen hen geen nadeelen. Toch heeft 's Hoogen Raads jurisprudentie het in den laatsten tijd hard te verantwoorden gehad. Van de onherroepelijkheid van de bestemmingsverklaring, die de particulier eens heeft afgelegd, wil men niet weten. Waarom zou hij daarop niet mogen terugkomen en zijn grond onttrekken aan de inwerking van het wegenrecht? Dat den eigenaar, bepaaldelijk den eigenaar, die zich de herroeping niet uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft voorbehouden (1), daartoe het recht toekomt, wenscht men te bewijzen.

Wie de ontwikkeling van het betoog volgt, moet de scherpzinnigheid ervan bewonderen. Op het eerste gezicht lijkt het te sluiten als een bus. In het privaatrecht zoekt men tevergeefs een steunpunt voor de opvatting, dat de eigenaar van den weg niet op zijne bestemmingshandeling zou mogen terugkomen. Zoo luidt het eerste argument. Aan de openstelling van eenen weg voor het algemeen gebruik ontleent het publiek toch volgens dit recht geenerlei aanspraak tegen den eigenaar. Dus is, in zoover, diens bestemmingshandeling buiten twijfel juridiek indifferent; zij bevat geene bindende wilsverklaring. Dat punt kan terstond worden toegegeven. Maar zou men even gemakkelijk met het publiek recht kunnen afrekenen? Naar het heet, zou dit eigenlijk nog lichter vallen. Ook naar publiek recht zou de bestemmings-

(1) Den eigenaar, die dit wel gedaan heeft, staat het vrij te allen tijde weer den weg te sluiten en daarmede zijnen grond buiten het wegenrecht te plaatsen. Vgl. o. a. H. R. 11 Maart '07, W. 8509; 30 Dec. '07, W. 8647; 30 Mei '10, W. 9047; 29 Mei '14, W. 9693; 30 Nov. '14, W. 9745.

handeling volkomen indifferent zijn om de eenvoudige reden, dat dit recht met de openbaarheid van wegen niets heeft uit te staan (1). De enkele verklaring van den eigenaar maakt eenen weg immers openbaar. Dat zegt de Hooge Raad telkens met zooveel woorden: door den weg tot algemeen gebruik te bestemmen legt de eigenaar daarop het „onus publicum" van openbaren weg.

Hoe zouden bovendien wettelijke voorschriften openbaarheid kunnen vestigen? Gelijk de verordeningen omtrent tapperijen ophouden ten aanzien van een bepaald lokaal te gelden, als de herbergier daarin geen publiek meer toelaat, zullen die omtrent openbare wegen hunne toepasselijkheid toch ook wel moeten verliezen, als de eigenaar den weg afsluit. Deze redeneering lijkt inderdaad plausibel. Niettemin berust hare gansche schijnbare kracht op eene verwisseling van twee gelijknamige, maar geheel verschillende begrippen.

Ongetwijfeld schept een eigenaar, onafhankelijk van elke tusschenkomst van den wetgever, openbaarheid van weg, als hij zijn grond tot algemeen gebruik bestemt. Maar de aldus gevestigde openbaarheid vormt een bloot feitelijken toestand. Zij zou aanwezig zijn, ook al zweeg ons gansche recht de openbare wegen dood. Met de uitspraak, dat deze openbaarheid anterieur is aan het recht en derhalve onafhankelijk van het recht kan worden te niet gedaan, bereikt men derhalve niets. Het punt in debat betreft eene gansch andere openbaarheid. Wie beweert, dat de particuliere eigenaar van den ondergrond niet op zijne bestemmingsverklaring kan terugkomen en daarmede de openbaarheid van den weg

(1) Vgl. VAN GELEIN VITRINGA, Rechtsg. Mag. 1903, blz. 177; DEZ., Rechtsg. Mag. 1907, blz. 10 vlg. en 15 vlg.; KAMERLINGH ONNES, a. w. blz. 64 vlg.

opheffen, denkt niet aan de feitelijke, maar aan de juridieke openbaarheid van den weg; hij heeft het oog op de toepasselijkheid van de tallooze voorschriften, die met betrekking tot openbare wegen aan den strafrechter en de administratie verreikende bevoegdheden toekennen. Dat het gezag van die bepalingen, d. w. z. de juridieke openbaarheid van den weg, niet op den wil van den eigenaar steunt, ligt voor de hand. Particulieren bezitten niet het vermogen overheidsmacht toe te kennen. Alleen aan wet of verordening kunnen openbare autoriteiten hare bevoegdheden ontleenen. De juridieke openbaarheid is daarom een product van den wil van den wetgever (1). De Hooge Raad denkt er trouwens niet aan, dat te ontkennen, al mag hij nog zoo beslist het „onus publicum" van openbaren weg uit de bestemmingshandeling van den eigenaar geboren verklaren. Het is immers een allemans geheim, dat geen enkel rechtsgevolg anders dan ingevolge de wet in het leven treedt. Daarom acht ons hoogste rechtscollege — en niet zonder goeden grond — het volkomen overbodig eraan te herinneren, dat de wilsverklaring van den eigenaar de openbaarheid alleen uit kracht der wet schept.

De leer van de juridieke indifferentie van de bestemmingshandeling kan de bevoegdheid van den eigenaar om den grond, dien hij eenmaal voor het verkeer openstelde, weer aan het gezag van het wegenrecht te onttrekken, dus in geen geval schragen. Dat zagen de pleitbezorgers van de belangen van den eigenaar in. Met welgevallen constateeren zij wel, dat de bezitter, die het publiek op zijn

(1) Vgl. in dien zin o. a. SCHEPEL, a. w., blz. 1 vlg.; VOS, Weekbl. Burg. Adm., nos. 2771 en 2816; DEZ., Publiekrecht. Geschillen, blz. 43 en 57.

grond toelaat, een even onjuridiek gebaar maakt als de eigenaar, die zijn land met haver bezaait. Intusschen vertrouwen zij de vergelijking niet, want hoewel zij het als vanzelf sprekend voorstellen, dat gelijk het volgend jaar de akker met rogge prijken mag, ook de openbare weg in de toekomst weer mag worden omgeploegd, zetten zij zich, voor alle veiligheid, toch tot het betoog, dat de Hooge Raad bepaalde wetsvoorschriften schendt, als hij de openbaarheid van den weg door de eens afgelegde verklaring van den eigenaar onherroepelijk gevestigd acht. Hier wordt het gemakkelijker den tegenstander te verstaan. Zijne grief raakt ditmaal de juridieke openbaarheid; hij beklaagt zich, dat de rechter niet overeenkomstig den eisch der wet, met de herroeping van de bestemming tot algemeen gebruik, de toepasselijkheid van het wegenrecht laat vervallen. Over dit bezwaar valt te spreken. Maar om het naar waarde te schatten, dient men het standpunt, dat de Hooge Raad ten opzichte van de openbare wegen inneemt, vooraf nauwkeurig te bepalen.

Gelijk hiervoor reeds is opgemerkt, zegt noch het Strafwetboek, voor zoover het over de openbare wegen handelt, noch de wetgeving, die van de lagere wetgevende organen uitgaat, aan welke voorwaarden een strook grond voldoen moet om onder het wegenrecht te vallen. De Hooge Raad heeft van de vrijheid van uitlegging, die hem dientengevolge toekwam, een voorzichtig gebruik gemaakt. Hij had de feitelijk voor het openbaar verkeer openstaande grondstrooken zonder meer onder de openbare wegen in juridieken zin kunnen brengen. Dat heeft hij — en terecht — niet gedaan (1). Angstvallig onder-

(1) Vgl. o. a. de arresten van 6 Nov. '09, W. 7358; 14 Maart '04, W. 8050; 10 Febr. '13, W. 9466; 30 Nov. '14, W. 9745.

scheidt onze hoogste rechter namelijk de gronden, die de eigenaar zonder voorbehoud tot openbaar gebruik bestemde en die, op welke hij het publiek slechts bij gedoogen toelaat. Alleen de eerste vallen onherroepelijk onder het wegenrecht. Ten aanzien daarvan vinden de wegenrechtelijke bepalingen van Strafwetboek en wegenverordeningen zonder beperking en voor altijd toepassing. Laat de eigenaar het publiek slechts bij gedoogen, slechts behoudens herroeping toe, de voor openbare wegen geschreven bepalingen van het Wetboek van Strafrecht blijven slapen en, in zoover de lagere wetgever met zooveel woorden onder zijne verordening ook zulke tijdelijk opengestelde gronden brengt, zal de toepasselijkheid van zijne voorschriften vervallen, zoodra de eigenaar zijn terrein sluit. Enkel zoolang de eigenaar dergelijke gronden voor het openbaar verkeer laat openstaan, is het algemeen belang met hetgeen daarop voorvalt gemoeid. Enkel zoolang kan daarom de plaatselijke wetgever uit de bepalingen, die hem vergunnen ten behoeve van zijne huishouding te wetgeven (1), de bevoegdheid putten met betrekking tot die gronden beperkende voorschriften uit te vaardigen (2).

Voor zoover de tijdelijk aan het publiek overgelaten gronden betreft, heeft de eigenaar dus zeker geen reden tot klachte. Maar ook als hij zijne terreinen onvoorwaardelijk tot openbaar gebruik bestemde, doet de Hooge Raad, naar het schijnt, hem geen onrecht. Niet dan met zijne eigen toestemming, krachtens zijne eigen bestemmingsverklaring, komt immers de onvoorwaardelijk voor het publiek geopende grond voorgoed onder het wegen-

---

(1) Vgl. o. a. art. 140 Prov. wet; art. 135 Gem.wet.

(2) Vgl. H. R. 11 Maart '07; 30 Dec. '07; 30 Mei '10; 29 Mei '14; W. 8509, 8647, 9047, 9693.

recht te staan en aan dit vereischte houdt de Hooge Raad streng de hand. Alleen die uitspraken van lagere rechters laat hij ongehinderd passeeren, die uit ondubbelzinnige feiten — langdurig ongestoord gebruik of eene uitdrukkelijke uiting — de onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring van den eigenaar afleiden (1).

Tegenover de administratie handhaaft de Hooge Raad bovendien onverbiddelijk het standpunt, dat die bestemmingsverklaring in rechte moet worden gestaafd. Als de legger der openbare wegen de openbaarheid tegenover den rechter bewees, bezat deze niet meer de volle vrijheid, naar de aanwezigheid van de bestemmingsverklaring onderzoek te doen. Onverkort eischt de Hooge Raad voor den rechter dit onderzoek op. Daarom ontzegt hij aan de leggers bewijskracht ten aanzien van de openbaarheid der daarop gebrachte wegen (2).

Gelijk wij weten heeft die jurisprudentie, hoeveel consideratie zij tegenover den eigenaar ook lijkt te betoonen, het toch hard te verantwoorden. Haar kwetsbaar punt meent men te vinden in de beslissing, dat de eigenaar aan zijne eenmaal afgelegde onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring onherroepelijk gebonden is. Daartegen komt men op. Vooreerst omdat men niet kan aannemen, dat de Rijks- of de lagere wetgever, van openbare wegen zonder meer sprekend, hiermede andere wegen zou bedoeld hebben dan wegen, die *bij voortduring* met toe-

(1) Vgl. o. a. de arresten van 18 Jan. '92, W. 6143; 4 Maart '95, W. 6631; 23 Nov. '96, W. 6889; 15 April '01, W. 7597; 13 April '09, W. 8862; 15 Dec. '13, W. 9593; en daartegenover b.v. die van 14 Jan. '01, W. 7555; 5 Maart '06, W. 8346; 19 Maart '06, W. 8353.

(2) Vgl. o. a. de arresten van den H. R. van 17 Nov. '92, W. 6271; 3 Febr. '93, W. 6300; 20 Nov. '93, W. 6429. Zie ook H. R. 13 Maart '14, W. 9667.

stemming van den eigenaar voor het publiek openstaan. En vervolgens, omdat men — voorzoover de regelingen van den lageren wetgever betreft (1) — beslist ontkent, dat deze autoriteiten de bevoegdheid zouden bezitten voorschriften van wegenrecht uit te vaardigen t. a. v. gronden, die de eigenaar verklaart niet langer voor openbaar verkeer open te stellen.

Met de eerste grief is het spoedigst afgerekend. Zij put hare kracht uit de ongelijkheid, die het stelsel van den Hoogen Raad tusschen particulieren eenerzijds en openbare lichamen anderzijds zou scheppen (2). Dat b.v. een gemeente de gronden, die haar toebehooren elk oogenblik aan het openbaar verkeer kan onttrekken, lijdt geen twijfel. Art. 230 Gem.wet maakt dit punt ondubbelzinnig uit. Hetzelfde beginsel geldt, zoo voegt men toe, niet minder zeker ten opzichte van Rijk, Provincie en Waterschap.

Wat blijkt dus? Dat de Hooge Raad de particulieren veel ongunstiger behandelt dan de openbare lichamen. Tegenover deze kan hij, met het oog op de besliste uitspraak van art. 230 Gem.wet, de onherroepelijkheid van de bestemmingsverklaring immers niet handhaven.

Dat alles is volkomen waar. Maar men doet echter verkeerd den uitleg, dien de Hooge Raad aan de uitdrukking „openbare wegen" geeft, daarom onredelijk te achten. De overheid mag immers niet willekeurig de openbaarheid van hare wegen opheffen. Laat een gemeente

---

(1) Dat de Rijkswetgever bevoegd is, onafhankelijk van den eigenaar, diens grond tot openbaren weg te verklaren, betwist men natuurlijk niet. Vgl. de bepalingen omtrent de jaagpaden in tit. 28, art. 7 Ordonnance des eaux et forêts du mois d'Août 1669, gehandhaafd door art. 10, 1°., Inv. W. v. Sr en, voor zoover dat art. 7 betreft, in stand gehouden door art. 29 Rivierenwet 1908 (Stbl. no. 339).

(2) Vgl. Van Gelein Vitringa, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 26.

maar eens hare voornaamste straten sluiten! Het centraal gezag kwam onmiddellijk met een vernietiging tusschenbeide. En als de Kroon, op voorstel van den Minister van Waterstaat, een van de groote Rijkswegen voor het verkeer gesloten verklaarde, zou dit Departementshoofd al heel spoedig in de Staten-Generaal een kwaden dag beleven. Gelijk de Kroon aan de lagere besturen, zouden de Kamers aan den Minister voorhouden, dat het openbaar gezag in het algemeen belang moet worden uitgeoefend. Zelfs al bleven administratieve en parlementaire contrôle in gebreke, nog ging de overheid niet vrij uit. Niet alleen de eigenaren van de gronden, die op den opgeheven verkeersweg uitwegen, ook andere belanghebbenden, die den opgeheven weg tot bevrediging van hunne verkeersbehoeften van noode hebben, zouden den Staat of de gemeente in rechte kunnen betrekken. Om het daarin besloten misbruik van gezag zouden zij de willekeurige sluiting van den openbaren weg een onwettige handeling noemen en, krachtens art. 1401 B. W., vergoeding vragen. De rechter zou die constructie misschien niet aanvaarden. Het zij zoo! In elk geval ligt in de uitdrukking „misbruik van gezag" de rechtvaardiging van de ongelijkheid, waarover men ten deze klaagt.

Particulier en overheid staan hier niet op hetzelfde plan en daarom past voor hen niet een zelfde oplossing. Het openbaar gezag mag alleen met inachtneming van het algemeen belang de openbaarheid van eenen weg opheffen. De particulier zou, indien het hem vrijstond op zijne eenmaal afgelegde onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring terug te komen, niet met het algemeen belang hebben te rekenen. Tegen zijne willekeurige opheffingen was geen kruid gewassen: geen beroep op de Kroon, geen beroep op de Staten-Generaal, geen beroep op den rechter. Tenzij de Hooge Raad de openbare wegen over

particulieren grond aan de anarchie van het persoonlijk believen der eigenaren had willen prijsgeven, bleef hem dus niets anders over dan de onherroepelijkheid van de onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring tot een der leidende beginselen van het wegenrecht te verschaffen.

Thans rest nog het bezwaar, aan de regeling van de wetgevende bevoegdheid der lagere besturen ontleend. Laat ik beginnen met het nog eens te formuleeren. Onder „openbare wegen" verstaat de Hooge Raad grondstrooken, die de eigenaar eenmaal onvoorwaardelijk voor het algemeen verkeer heeft bestemd. Op die onvoorwaardelijke verklaring kan de eigenaar niet terugkomen. De wegenverordening blijft dus toepasselijk, al trekt de eigenaar zijne verklaring in. Dat is het gevolg van de ruime beteekenis, aan de uitdrukking „openbare wegen" gegeven. Deze interpretatie wraakt men — afgezien van de zooeven besproken grief — ook op dezen grond, dat de lagere wetgever, die het waagde het begrip „openbaren weg" aldus met zooveel woorden in zijne verordeningen te omschrijven, zijne wetgevende macht zou te buiten gaan. Naar het heet, zou hij de bevoegdheid missen de eigendomsbeperkingen, die wegenverordeningen plegen mede te brengen, uit te spreken ten aanzien van gronden, die de eigenaar niet langer tot algemeen gebruik verkiest open te stellen (1).

Art. 140 Prov. wet en art. 135 Gem.wet regelen de legislatieve bevoegdheden van de beide autoriteiten, die t. a. v. het wegenrecht wel de belangrijkste rol spelen, van de Provinciale Staten en van den gemeenteraad. Het loont dus de moeite ze nauwkeurig te beschouwen. Hoe men echter speurt, tevergeefs zoekt men daarin eene

(1) Vgl. VAN GELEIN VITRINGA, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 33.

aanduiding, dat eigendomsbeperking alleen geoorloofd is, indien de eigenaar *bij voortduring* zijn grond tot openbaren weg blijft bestemmen. Zelfs vindt men geen gewag gemaakt van den eisch, dat de eigenaar *eenmaal* zijn grond voor het algemeen verkeer moet hebben geopend. Blijkens den inhoud van art. 140 Prov. wet en van art. 135 Gem.wet staat het den lageren wetgever dus vrij, onafhankelijk van eenige bestemmingsverklaring van den eigenaar, alle gronden, die feitelijk voor het publiek openstaan, onder zijne wegenverordeningen te brengen. Zelfs zouden zij zich niet behoeven te ontzien willekeurige gronden, in de verordeningen omschreven, eenvoudig tot openbare wegen te verklaren. Alleen aan ééne voorwaarde zou dergelijke ontplooiing van de wetgevende bevoegdheid der lagere besturen moeten voldoen: een openbaar belang, binnen den kring van de provinciale of de gemeentelijke huishouding vallend, zou door dergelijke wegenpolitiek gediend moeten worden. Dat is de eenige beperking, die in art. 140 Prov. wet en art. 135 Gem.wet staat te lezen.

De lagere wetgevers zouden evenwel onverstandig doen zich omtrent het lot van dergelijke verreikende verordeningen illusies te vormen. De Hooge Raad heeft hier een slagboom neergelaten, dien hij, naar het schijnt, vooreerst niet van zins is op te halen. In art. 625 B. W. leest hij, dat de lagere besturen tot op zekere hoogte den particulieren eigendom hebben te eerbiedigen (1). Of die opvatting juist is, blijve in het midden. Men zou op goede gronden kunnen beweren, dat art. 625 B. W. eenvoudig herinnert aan het bestaan van de wetgevende bevoegdheid dier besturen, en dat de omvang dier

(1) Vgl. H. R. 6 Nov. '99; 14 Maart '04; 10 Febr. '13; W. 7358, 8050 en 9466.

bevoegdheid in de Provinciale en in de Gemeentewet bepaald is (1). Maar hoe dit zij, bepaalde eigendomsbeperkingen wil de Hooge Raad niet dulden. Slechts als de lagere besturen vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom voorschrijven, houdt hij zich strikt aan art. 140 Prov. wet en art. 135 Gem.wet; dan ziet hij over art. 625 B. W. heen (2). Dergelijke onbruikbaarmaking of vernietiging komt ook wel op feitelijke onteigening zonder schadeloosstelling neer. Maar omtrent het onrecht, dat de lagere wetgever door zijne daartoe betrekkelijke voorschriften den eigenaar aandoet, behoeft de Hooge Raad zich geene zorgen te maken. Hij wascht hier zijne handen in onschuld. Met art. V add. artikelen, dat het vergoedingsbeginsel van art. 152, lid 1, Grondwet tijdelijk uitschakelde, heeft de grondwetgever alle verantwoordelijkheid voor zijne rekening genomen.

Zoodra een plaatselijke wetgever, buiten het terrein van de vernietiging of onbruikbaarmaking, in de rechten van eigenaren ingrijpt, acht de Hooge Raad zich echter verplicht tegen spoliatie te waken. Nu brengt de toepasselijkheid van de voorschriften, betreffende de openbare wegen, voor den eigenaar van den grond ernstige beperkingen van zijn recht mede. Op verbeurte van straf moet hij zich van vrijwel alle gebruikshandelingen t. a. v. den weg onthouden; bovendien heeft hij allerlei beheershandelingen van de administratie op zijnen grond te dulden. Kortom, de eigenaar van een weg is metterdaad van zijn eigendom ontzet De bevoegdheid tot deze

(1) Vgl. in dezen zin De Hartog, Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Prov. en Gem. bestuur, 24, blz. 308; Van Geuns, *Themis* 1893, blz. 354; Vos, *Themis* 1891, blz. 252. Zie ook Handel. Ned. Jur.-Vereen. 1887, I, blz. 91 vlg., 122 vlg.; II, blz. 207 vlg.

(2) Vgl. H. R. 30 Dec. '92, W. 6289. Zie tevens Weekbl. Burg. Adm. nos. 2155 vlg.

feitelijke onteigening wil de Hooge Raad aan de lagere besturen niet toekennen. Vandaar zijn beroep op art. 625 B. W., zoo vaak het om de verbindende kracht van wegenverordeningen gaat. De lasten, die zij medebrengen, wenscht hij den eigenaar, als het eenigszins gaat, te besparen. Zonder schade voor het algemeen belang kan men evenwel gronden, die voor het publiek openstaan, niet aan de inwerking van de lagere wetgevers onttrekken. Het openbaar verkeer behoeft de bescherming van den strafrechter en de administratie (1). De Hooge Raad zocht dus naar eene oplossing, die de tegenstrijdige belangen van den particulier en van de overheid verzoenen kon. Hij vond ze in den regel, dat de eenmaal zonder beperking voor het openbaar verkeer opengestelde grond

(1) Vgl. de uitwerking van deze gedachte t. a. v. bij gedoogen voor het verkeer openstaande gronden o. a. in H. R. 30 Mei '10; 29 Mei '14; 30 Nov. '14; W. 9047, 9693 en 9745.

Gewoonlijk heet het, dat de Hooge Raad verordeningen, die z. i. te diep in den eigendom ingrijpen, om art. 625 B. W. ongeldig acht. Die voorstelling is, eenvoudigheidshalve, in den tekst gevolgd. Aan hare juistheid kan men echter twijfelen. In de drie bovengenoemde arresten erkent de Hooge Raad de bevoegdheid van den lageren wetgever den eigendom te beperken, mits het algemeen belang slechts die beperking gebiedt. Niet omdat de plaatselijke besturen ingevolge art. 625 B. W. den eigendom moeten eerbiedigen, maar omdat zij ingevolge art. 140 Prov. wet, art. 135 Gem.wet, enz. slechts bevoegd zijn in het openbaar belang te wetgeven, missen zij het vermogen inbreuk te maken op den eigendom, indien de publieke zaak niet door de aan den eigenaar opgelegde lasten wordt gediend.

In dezen zin kan men ook de arresten van 6 Nov. '99; 14 Maart '04; 10 Febr. '13; W. 7358, 8050, 9466 (ongeldigheid van verordeningen wegens — bij gebreke van publiek belang — onwettige aantasting van den eigendom) zeer wel verklaren. Vgl. ook H. R. 10 Mei '09, W. 8876 (geldigheid van waterschapsverordening niettegenstaande beweerden strijd met artt. 625 en 674 B. W.) en 26 Oct. '14 W. 9717, (geldigheid van waterschapsverordening, omdat zij het huishoudelijk belang der instelling bevordert).

voorgoed binnen het bereik van de wetgevende macht der lagere besturen is gebracht.

Tegen die omschrijving van hunne legislatieve competentie komt men in verzet. Waarom? Omdat art. 625 B. W. elke inbreuk op den eigendom van de zijde der plaatselijke wetgevers uitsluit? Dat durft men niet te beweren en niet zonder reden, want eigenlijk doet die bepaling tot hunne legislatieve macht het zwijgen. Dan omdat de bestemmingsverklaring van den eigenaar diens goed onder het bereik van de wegenverordeningen brengt? Ook dat waagt men niet vol te houden. Alleen de door den Hoogen Raad aanvaarde onherroepelijkheid van de bestemmingsverklaring tast men aan. Maar indien art. 625 B. W. niet beletten kan, dat wegenverordeningen toepassing vinden op gronden, door den eigenaar voor het publiek verkeer geopend, kan het zeker niet verhinderen, dat zij daarop toepassing blijven vinden, niettegenstaande de eenmaal onvoorwaardelijk uitgesproken bestemmingsverklaring teruggenomen wordt. Zoomin als het openbaar belang zou kunnen lijden, dat gronden, waarover openbaar verkeer gaat, de bescherming van wegenverordeningen moesten derven, zoomin kan het lijden, dat eenmaal zonder voorbehoud over particuliere gronden geleid verkeer wordt stopgezet. In elk geval uit art. 625 B. W., dat nalaat de wetgevende macht der lagere besturen te omschrijven, zijn geen andere beperkingen van hunne competentie af te leiden dan de tactvolle jurisprudentie van den Hoogen Raad daarin op redelijkheidsgronden meent te kunnen vinden (1).

---

(1) De Provinciale Staten van Groningen hebben in hunne vergadering van December 1915 het wegenrecht van de Provincie herzien. Naar het gewijzigde art. 1 zijn wegen openbaar:

1. indien de rechthebbende of een zijner rechtsvoorgangers aan

De openbaarheid van een weg werkt naar twee zijden: zij stelt het vrije gebruik van den weg, ten behoeve van het publiek, onder de bescherming van de strafwet, en zij schenkt aan de bevoegde administratieve autoriteiten de vereischte macht om voor den goeden staat van den weg te zorgen. Niet altijd echter zal de bestemmings-

---

het bestuur van provincie of gemeente te kennen heeft gegeven den weg tot openbaar gebruik te bestemmen;

2. indien de weg sedert menschenheugenis voor het openbaar verkeer bestemd is geweest.

Deze redactie schijnt niet boven bedenking. Uit de omschrijving onder no. 2 blijkt niet duidelijk genoeg, dat het veeljarig gebruik op eene bestemmingsverklaring van den eigenaar moet berusten. De Hooge Raad is echter niet geneigd de openbaarheid van eenen weg aan te nemen, indien de omstandigheden ruimte tot twijfel omtrent de aanwezigheid van zoo'n verklaring laten. Intusschen, voor de practijk heeft dit bezwaar niet veel te beteekenen, omdat wel geen rechter zal aarzelen uit een gebruik, dat aan de omschrijving van no. 2 voldoet, de vereischte bestemming door den rechthebbende af te leiden. Maar ernstiger bedenking is te maken tegen den tekst van no. 1. Gaarne zij toegegeven, dat deze bepaling binnen de grenzen van de wetgevende bevoegdheid der Provinciale Staten blijft. Schept zij echter niet een zeer eigenaardige moeilijkheid? Hoe zal het staan met wegen, niet tegenover provinciaal of gemeentelijk bestuur, maar tegenover een andere autoriteit of buiten eenig publiek orgaan om tot openbaar gebruik bestemd? Volgens den Hoogen Raad zijn zij openbaar; volgens het reglement niet. De provinciale wetgeving sluit dus niet zuiver aan bij de jurisprudentie van den Hoogen Raad. Dit valt te meer te betreuren, omdat men op heel eenvoudige wijs volkomen overeenstemming had kunnen verzekeren. Daartoe had men toch slechts behoeven te bepalen, dat alle wegen, door den rechthebbende of zijne rechtsvoorgangers eenmaal tot openbaar gebruik bestemd, openbaar zijn, en dat de rechthebbenden verplicht zijn aan provinciaal of gemeentelijk bestuur van die bestemming kennis te geven. Indien men dan verder tusschen die verplichting tot kennisgeving en het opmaken der leggers verband had gelegd, zou het misschien ook niet moeilijk zijn gevallen de volledigheid van de leggers te verzekeren.

verklaring van den particulieren eigenaar, die een strook gronds onder het recht der openbare wegen doet vallen, terstond tot volledige toepassing van de betrekkelijke wetsvoorschriften voeren. Het publiek kan een weg jarenlang als openbaar gebruiken, zonder dat de administratie er naar omziet. Tot de openbaarheid van den weg doet dit overheidsverzuim in geen enkel opzicht af. De weg is en blijft openbaar; op hem drukt, om in de terminologie van den Hoogen Raad te spreken, in vollen omvang het „onus publicum" van openbaren weg. Toch denkt onze hoogste rechter, als hij zich van deze formule bedient, in de allereerste plaats aan de gevolgen, die de openbaarheid van den weg ten opzichte van het publiek in het leven roept. Dat leert ten minste zijn arrest van 28 Nov. '13, W. 9574. Daarin oordeelde hij over de werking van de openbaarheid ten aanzien van de toezicht houdende en beheer voerende administratieve autoriteit. Met den naam zakelijk recht duidde hij toen dit rechtsgevolg aan.

De eigenaar van den ondergrond van een weg had zich verstout in het lichaam daarvan te graven. Aan Burgemeester en Wethouders ontbrak de moed uit kracht van de toepasselijke voorschriften van administratief recht tot parate executie over te gaan. Zij gaven althans de voorkeur aan het voorzichtiger procédé van eene civiele actie tot schadevergoeding en herstel. De Hooge Raad maakte geen bezwaar van de vordering kennis te nemen. De ruime opvatting, die hij omtrent art. 2 R. O. huldigt, liet hem daartoe trouwens volle vrijheid. Maar toen hij zich tot het beoordeelen van het eigenlijke geschil zette, heeft hij toch zeker geweifeld. Art. 1401 B. W. dekt belanghebbenden tegen onrechtmatige, althans tegen onwettige daden, onverschillig of zij van particulieren of van de overheid uitgaan. Maar ziet die bepaling ook op belanghebbenden, die hun belang enkel ontleenen aan

de omstandigheid, dat zij dragers zijn van publiek gezag? M. a. w. beschermt art. 1401 ook de uitoefening van overheidsmacht tegen onrechtmatige inbreuken? Een dergelijke bescherming is immers nog heel wat anders dan de bescherming, die, naar de gevestigde jurisprudentie, art. 1401 B. W. den particulier tegen onwettige gezagsoefening, bepaaldelijk tegen onwettige overheidsinbreuken op het eigendomsrecht biedt. Gaat het wel aan, dat de burgerlijke rechter zijne medewerking verleent om aanslagen te onderdrukken, door particulieren gepleegd op de macht, die het toezicht oefenend bestuur met betrekking tot openbare wegen bezit? Een gelukkige vondst vergunde den Hoogen Raad zich over deze bedenkingen heen te zetten. Door de bestemmingsverklaring van den eigenaar en de veeljarige uitoefening van beheer, die daarop van den kant der overheid volgde, werd in dit geval een zakelijk recht van openbaren weg gevestigd. De eigenaar, die zich aan dat recht, nog wel een vermogensrecht, vergreep, moet dus veroordeeld worden. Voor handelingen, die schennis van zakelijke rechten vormen, is art. 1401 immers zeker wel geschreven.

Op die wijze kwam de Hooge Raad iedere aarzeling te boven. Of hij zich niet te spoedig gewonnen gaf, laat ik daar. In elk geval zou ik op grond van het woord „zakelijk" de constructie, die onze hoogste rechter ten beste gaf, niet durven veroordeelen. Wat beteekent het toch, of men overheidsmacht „zakelijk" of „persoonlijk", zelfs of men ze „geldswaardig" noemt. De ambtsmacht van den notaris vertegenwoordigt, haar zuiver publiekrechtelijk karakter ten spijt, steeds een zekere vermogenswaarde. En de woorden „zakelijk" en „persoonlijk" hebben alleen een bepaalden zin, als zij op private rechten slaan. De Hooge Raad heeft trouwens met de uiterste zorgvuldigheid vermeden, zijn nieuw

zakelijk recht met zooveel woorden onder de private te rangschikken (1). Daaraan deed hij wel, want dat het zgn. zakelijk recht van openbaren weg niet tot de soort der in het Burgerlijk Wetboek behandelde behoort, lijdt, naar het voorkomt, geenerlei twijfel. Dit nieuwe zakelijk recht vertoont toch — en daardoor onderscheidt het zich van de privaatrechtelijke zakelijke rechten — deze eigenaardigheid dat het, met volstrekte uitsluiting van particulieren, enkel aan openbare organen kan toekomen. De geheele inhoud van dit recht bestaat immers eenvoudig uit overheidsmacht, en niets dan overheidsmacht, met betrekking tot openbare wegen. Nu vindt men in het Burgerlijk Wetboek zeker omtrent de zakelijke rechten allerlei schoone bepalingen. Maar die voorschriften hebben alle dit gemeen, dat zij op bevoegdheden zien, die zoowel particulieren als de Staat of openbare lichamen kunnen bezitten. Uit deze enkele omstandigheid valt terstond één gewichtige conclusie te trekken. Hoe het met het zakelijk karakter van het beheersrecht ten aanzien van openbare wegen mag geschapen staan, in geen geval geeft het Burgerlijk Wetboek bepalingen, die rechtstreeks of analogisch op dit recht kunnen worden toegepast. Onder de subjectieve bevoegdheden, die het omschrijft, zoekt men toch tevergeefs naar ééne bevoegdheid, die uitsluitend aan de overheid toekomt. In één woord, met overheidsmacht bemoeit het Burgerlijk Wetboek zich niet.

De Hooge Raad heeft intusschen met zijne formule „zakelijk recht van openbaren weg" school gemaakt.

(1) *Anders* het in eene soortgelijke zaak gewezen arrest van 18 April 1902, W. 7756. Destijds had de Hooge Raad dus nog geen oog voor de ongewone natuur van het door hem ontdekte nieuwe zakelijke recht. Vgl. Vos, Weekbl. Burg. Adm. nos. 2771 en 2816.

Meer dan één schrijver koos haar tot grondslag voor de theorie, die de openbaarheid van den weg tot een onderwerp van burgerlijk recht verklaart (1). Op de instemming van den Hoogen Raad heeft deze privaatrechtelijke constructie van zijn „zakelijk recht van openbaren weg" echter niet te rekenen, want met groote beslistheid heeft hij heel spoedig nà zijn arrest van 28 Nov. '13 hare gewichtigste toepassing verloochend. Indien het recht van openbaren wèg inderdaad tot de zakelijke rechten van burgerlijken huize behoorde, zou de overheid het naar de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek, dus door titel of verjaring, moeten verwerven. Op die gevolgtrekking legde men vóór alles den nadruk. Waarom men daaraan zoo ongemeen veel hechtte? Omdat in deze consequentie de veroordeeling besloten ligt van de leer, die op de enkele onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring van den eigenaar de openbaarheid van den weg doet rusten. Verkrijging door verjaring — om maar van titel te zwijgen — eischt toch een actief optreden van de overheid gedurende langen tijd; zij moet van den weg bezit nemen, hem onder haar toezicht en beheer stellen. Laat de eigenaar dus gerust zijn grond onvoorwaardelijk tot algemeen gebruik bestemmen. De weg wordt daardoor nog niet openbaar, althans niet openbaar in den vollen zin van het woord. Zoolang de overheid zich den weg niet gedurende 20 of 30 jaar heeft aangetrokken (art. 2000 B. W.), is het zakelijk recht van openbaren weg niet geboren en blijft de eigenaar vrij om op zijne bestemmingsverklaring terug te komen. Dank zij de toepasselijkheid van het Burgerlijk Wetboek, heeft men het wegenrecht dus van den steen des aanstoots gezuiverd. Niet langer zal, als in de vroegere leer van het „onus publicum", de

(1) Vgl. VAN GELEIN VITRINGA, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 34 vlg.; KAMERLINGH ONNES, a. w., blz. 72 vlg.

enkele bestemmingsverklaring terstond en eens vooral de openbaarheid van een weg vestigen.

De juistheid van deze privaatrechtelijke constructie leek aan hare geestelijke vaders boven den twijfel van den Hoogen Raad verheven. Wat had de cassatierechter in zijn arrest van 28 Nov. 1913, W. 9574, dat den grondslag vormt van de nieuwe leer, toch laten volgen op de overweging, die de bevoegdheid, aan de overheid ten opzichte van openbare wegen toekomend, een zakelijk recht noemt? „Dat men dit recht vooral niet moest verwisselen met de gelegenheid, die het publiek heeft om als openbaren weg te gebruiken een stuk grond, dat door den eigenaar er van tot openbaren weg is bestemd". Met die zinsnede was men bijzonder in zijn schik. Men bouwde daarop de stoutste verwachtingen. Een weg is toch uiteraard tegelijkertijd èn ten aanzien van het publiek èn ten aanzien van de overheid openbaar. Nu eischt de Hooge Raad voor de openbaarheid ten opzichte van de overheid, behalve de bestemmingsverklaring van den eigenaar, een voortgezet optreden van openbare autoriteiten. Daarnevens memoreert hij nadrukkelijk, dat die openbaarheid niet te verwarren is met de openbaar heid voor het publiek, welke door de enkele bestemmingsverklaring ontstaat. Deze verwijzing naar de leer van het „onus publicum" was voor de beslissing van het proces volmaakt overbodig. De Hooge Raad kan daarmede dus enkel bedoeld hebben belangstellenden op eene kentering in zijne jurisprudentie voor te bereiden.

Zoo redeneerde men en die redeneering zou zijn opgegaan, indien de Hooge Raad in zijn arrest van 28 Nov. '13 inderdaad had uitgemaakt, dat het zgn. zakelijk recht van openbaren weg alleen door bestemmingsverklaring èn opvolgende overheidsbemoeiing kon ontstaan. Zoover droeg die uitspraak echter niet. Over dit kapitale punt liet onze hoogste rechter zich — de feitelijke toedracht

der zaak gaf daartoe geenerlei aanleiding — volstrekt niet uit. De kwestie van de toepasselijkheid van het privaatrecht liet hij open. Hij bleef dus volkomen vrij een volgenden keer het beheersrecht van de overheid uit de enkele bestemmingsverklaring van den eigenaar te laten ontstaan. Dat zou men heel spoedig ervaren, want bij arrest van 9 Febr. 1914, W. 9624 (1) besliste hij, dat de op zichzelf staande bestemmingsverklaring de bevoegde autoriteit eens vooral het beheersrecht over eenen weg doet verwerven. Daarmee wees hij de toepassing van het privaatrecht op het zgn. zakelijk recht van weg af. Sindsdien staat in de jurisprudentie van den Hoogen Raad dus vast, dat de openbaarheid zoowel ten aanzien van het publiek als ten aanzien van de overheid buiten het burgerlijk recht om geboren wordt.

Evenwel, al laat de Hooge Raad de openbaarheid van wegen in haren vollen omvang enkel op het publiek recht steunen, hij stelt zich voor, bij de handhaving van die openbaarheid tusschen overheid en publiek verschil te maken. Dat en niets meer wenschte hij te kennen te geven, toen hij in zijn arrest van 28 Nov. 1913 tevens het „onus publicum" ter sprake bracht. De overheid heeft ten aanzien van den openbaren weg een zakelijk recht. Om tegen inbreuken op dat recht op te komen, behoeft zij derhalve slechts schennis van dit recht te stellen. Aan het publiek begeert de Hooge Raad een dergelijk subjectief recht niet toe te kennen; het „onus publicum" schept, zoo verklaart hij daarom, slechts de gelegenheid om over den weg te verkeeren. Als de eigenaar of een derde aan eenen belanghebbende het gebruik van eenen openbaren weg belet, zal deze bijgevolg, wil hij met eene

(1) Vgl. ook de conclusie van den advocaat-generaal TAK. Zie ook H. R. 15 Jan. '15, W. 9803.

op art. 1401 B. W. gegronde actie slagen, de onrechtmatigheid van de ondervonden verkeersbelemmering, onder aanwijzing van een of ander overtreden wettelijk voorschrift, moeten aantoonen. Dit brengt de strikte opvatting, die de Hooge Raad aan het woord „onrechtmatig" in art. 1401 B. W. geeft, nu eenmaal mede.

Of de administratie in de leer van den Hoogen Raad nu zooveel sterker staat dan de particulier, dient met dit al nog te worden afgewacht. Haar zoogenaamd zakelijk recht schenkt haar immers niet, zooals de echte zakelijke rechten, een in het Burgerlijk Wetboek wel omschreven heerschappij over zaken; het gaat ondanks zijnen pakkenden naam eenvoudig op in de overheidsmacht, die het wegenrecht aan de openbare autoriteiten met betrekking tot publieke wegen toekent. Om met succes over schennis van haar zgn. zakelijk recht te kunnen klagen, zal zij daarom wel niets anders kunnen doen dan de wettelijke voorschriften aanvoeren, waarin hare miskende macht is bepaald; zal zij dus, naar het voorbeeld van den particulier, hare vordering op eene overtreding van een of andere bepaling van het wegenrecht moeten bouwen.

De jurisprudentie van den Hoogen Raad heeft voor de practijk van het recht de openbaarheid der wegen op publiekrechtelijken bodem (1) gesteld. In de theorie bleef de privaatrechtelijke constructie der openbaarheid echter leven. Dit verschijnsel behoeft op zichzelf niet te verwonderen. Zoo vaak gaan leer en rechtspraak uit

(1) Het op zuiver privaatrechtelijken bodem staande arrest van 18 April '02, W. 7756 vormt een unicum in 's Hoogen Raads rijke jurisprudentie. In de gelijksoortige beslissing van 28 Nov. '13, (W. 9574) is, ondanks de privaatrechtelijk aandoende aankleeding, elke principieele uitspraak zorgvuldig vermeden. Vgl. over dit laatste arrest Vos, Weekbl. Burg. Adm. nos. 3386 vlg.

elkander. Maar ditmaal moet de tegenstelling toch treffen, omdat de onmiddellijke of de analogische toepasselijkheid van het Burgerlijk Wetboek de pleitbezorgers van het privaatrecht in onoplosbare moeilijkheden verstrikt.

Voor wegen, over particulieren grond loopend, is de voorstelling, die in de openbaarheid een aan de overheid toekomend zakelijk privaatrecht ziet, nog door te voeren. Hoe stond het daarentegen met de openbaarheid van wegen, door Rijk, provincie, gemeente of waterschap op eigen grond aangelegd? Zij zou, als privaatrechtelijke last gedacht, niet bestaan, zelfs niet bestaan kunnen. Om tot dit inzicht te geraken, behoeft men nog niet eens te zweren bij de opvatting, die zakelijke rechten op eigen goed uit den booze acht. Wat men omtrent dit twistpunt ook denke, het Rijk bijv. zou toch nooit aan zich zelf, bij titel, het zakelijk recht van openbaren weg verschaffen of, ten laste van zich zelf, door verjaring dit recht verwerven kunnen. Al deze juridische bezwaren ten spijt, ligt het land evenwel vol met openbare wegen, die over gronden van Rijk, provincie, gemeente en waterschap strekken.

Met de opmerking, dat het Rijk, de provincie, de gemeente, het waterschap eigenaar van deze openbare wegen zijn, lossen de pleitbezorgers van het privaatrecht deze puzzle in hun systeem natuurlijk niet op (1). De eigendom van openbare wegen, die aan publieke lichamen toebehooren, vertoont immers, vergeleken met den eigendom van bijv. een hun behoorend woonhuis, deze merkwaardige bijzonderheid, dat ten aanzien daarvan dezelfde of soortgelijke beperkende bepalingen gelden, als die welke voor den weg over particulieren grond de openbaarheid, den zgn. zakelijken last, regelen. Het vrije

(1) Vgl. Van Gelein Vitringa, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 38.

verkeer over die overheidswegen staat toch ook onder de bescherming van de strafwet; en aan de administratie komt, ter verzekering van den goeden staat dier wegen, toch ook de vereischte overheidsmacht toe.

Er rest dus slechts één uitweg. De openbaarheid der wegen, door openbare lichamen in eigendom bezeten, is een schepping van het publieke wegenrecht. Maar als aan deze consequentie geen ontkomen valt, stort de geheele gekunstelde privaatrechtelijke bouw, voor de wegen op particulieren grond opgetrokken, daarmee tevens noodwendig ineen. Eenzelfde rechtsorde, die zich op dezelfde of op overeenkomstige wijs tegelijk met grond èn van openbare lichamen èn van particulieren inlaat, kan toch bezwaarlijk tweeërlei aard vertoonen, alnaar zij het eigendom b.v. van den Staat of van een gewoon burger treft. Ons recht kent immers slechts één eigendomsrecht.

De theorie van het privaatrechtelijk zakelijk recht staat trouwens nog voor andere vuren. Zelfs al lagen de openbare wegen zonder eenige uitzondering alle op particulieren grond, zij kwam nog niet uit hare zorgen. Een privaatrechtelijk zakelijk recht veronderstelt de aanwezigheid van eenen gerechtigde. Wie is nu het subject van den als een privaatrecht gedachten last van openbaren weg? In het Burgerlijk Wetboek, dat over het zakelijk recht van openbaarheid zwijgt, is het antwoord op die vraag niet te vinden. Kunnen de wetten, de algemeene maatregelen van bestuur en de verordeningen, die het toezicht op de openbare wegen regelen, dan soms de begeerde voorlichting verstrekken? Tevergeefs zoekt men echter ook daar. Het wegenrecht verdeelt de administratieve bemoeiingen met de openbare wegen tusschen tal van autoriteiten: Kroon, Ministers, provinciale, ge-

meentelijke en waterschapsautoriteiten. Wie van die gezagdragers als de gelukkige bezitter van de zakelijke gerechtigheid van openbaren weg kan gelden, vertelt het wegenrecht ons niet. Tenzij men wilde komen tot de zeker ongewone figuur van een recht, door al de tot opzicht over eenen weg geroepen autoriteiten te zamen in onverdeeldheid bezeten, stond men dus met het antwoord verlegen (1).

Men zegt daarom niet te veel, als men de groote kwestie van de localisatie van den zakelijken last van openbaren weg in het privaatrechtelijk systeem voor onoplosbaar verklaart. Die grief moet te zwaarder wegen, omdat de theorie, die de openbaarheid van eenen weg als een product van het publieke recht beschouwt, over de localisatie geen woord behoeft te verliezen; zij laat voor dit vraagstuk eenvoudig geen ruimte. Wat de rechten van het publiek op den weg betreft, spreekt dat vanzelf. Het publiek, een onbepaalde grootheid, kan op den weg geen rechten hebben. Op zijn best zou men kunnen spreken van een aanspraak op onbelemmerd gebruik van den weg, aan elken individueelen belanghebbende tegenover de beheerende overheidsorganen gegeven. Maar voorloopig kan men tot deze aanspraak het zwijgen doen. Zoolang ons land geene administratieve rechtspraak bezit, zou zij toch niet rechtstreeks zijn te handhaven. In elk geval deze aanspraak komt, indien zij bestaat, aan iederen individueelen belanghebbende toe; hare localisatie biedt dus geenerlei moeilijkheid. Maar voert men tegen, de overheid of zekere overheidsorganen hebben toch ook in het publiekrechtelijk stelsel een recht op den weg. Er dient dus vastgesteld, wie de

(1) *Anders* VAN GELEIN VITRINGA, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 40.

tot dien zakelijken last gerechtigde is (1). Ik zou het ten sterkste willen ontkennen. Zeker bezit de administratie bevoegdheden met betrekking tot openbare wegen, maar zij bezit niet — gelijk de gerechtigde krachtens een zakelijk privaatrecht — eenig *op* die wegen rustend recht. Alle macht, waarover administratieve organen met betrekking tot openbare wegen beschikken, bestaat eenvoudig uit de overheidsmacht, die zij overeenkomstig de voorschriften van het wegenrecht, elk voor zijn deel, oefenen. Er valt dus geenerlei recht op wegen te localiseeren; er valt eenvoudig competentie te regelen. Van die taak kwijt het wegenrecht zich dan ook naar behooren, want met nauwkeurigheid wijst het aan, hoe de onderscheiden openbare organen ieder binnen zijne sfeer, ter verzekering van de bruikbaarheid der wegen, tegenover de onderdanen zullen optreden.

Tot openbare wegen is niemand gerechtigd, noch het publiek, noch de overheid. De openbaarheid brengt eenvoudig mede, dat het verkeer op openbare wegen onder de bescherming van de strafwet staat; dat de zorg voor den goeden staat der wegen aan de administratie toekomt. Als men dit bedenken wil, kan men zelfs, op het voorbeeld van den Hoogen Raad, gerust van een „onus publicum" of van een — publiekrechtelijk — zakelijk recht van openbaren weg spreken. Met die uitdrukkingen duidt men dan enkel aan, dat de strafrechter tegen verkeersbelemmeringen optreedt en de administratie voor de instandhouding van de wegen waakt. Eene verplichting tot eene onmogelijke localisatie van een niet bestaand recht op wegen brengen zij, aldus verstaan, niet mede. Aan den anderen kant waarborgen

(1) Vgl. Van Gelein Vitringa, Rechtsg. Mag. 1907, blz. 38.

zij alle bij het verkeer over openbare wegen betrokkenen tegen verkorting hunner belangen. Dat het maar eens iemand, b.v. den eigenaar van den ondergrond, invalle, den weg te vergraven of te versperren! Iedere particulier, die daardoor schade leed, zou terstond den overmoedige met eene op art. 1401 B. W. gegronde actie kunnen bespringen. Eenen openbaren weg kan men toch niet onbruikbaar maken zonder tegen een der tallooze voorschriften te zondigen, die het onbelemmerde verkeer op openbare wegen door strafbedreiging trachten te verzekeren. Zelfs zou de auteur der snoode daad zich ook nog tegenover de administratie te verantwoorden hebben. Krachtens het toepasselijke wegenreglement zouden b.v. Burgemeester en Wethouders tot parate executie kunnen overgaan. Of, als de Hooge Raad ten minste bij zijne opvatting blijft, dat de toezicht oefenende autoriteit haar gezag ook met privaatrechtelijke middelen kan handhaven, zou zij zelfs met behulp van art. 1401 B. W. elke handeling kunnen onderdrukken, die tegen hare overheidsmacht, zooals die in wetten en wettelijke voorschriften omschreven is, middellijk of onmiddellijk ingaat.

Men deed de pleitbezorgers van het privaatrechtelijk karakter der openbaarheid onrecht, indien men meende, dat zij uitsluitend voor de belangen der eigenaren van den ondergrond opkomen. Hun onpartijdigheid vergunt hun zich ook als verdedigers van de administratie op te werpen. Als inderdaad, gelijk de Hooge Raad constant beslist, de onvoorwaardelijke bestemmingsverklaring van den eigenaar een strook gronds terstond tot openbaren weg maakte, wat voor onaangenaamheden stonden de overheid dan niet te wachten! Elk oogenblik konden dan, volkomen onafhankelijk van haren wil, openbare

wegen ontstaan, tot welke zij hare bemoeiingen zou moeten uitstrekken (1). Aldus draagt men de zaak der publieke organen voor.

Nu zou men zich van die grief kunnen afmaken met de opmerking, dat het tot de roeping der overheid behoort, allerlei opgedrongen werk gelaten te verrichten. En tot troost van de administratie zou men kunnen bijvoegen, dat zij zich voor de willekeurige schepping van ongewenschte wegen niet al te bezorgd behoeft te maken. De eigenaar kan daarvoor doorgaans te moeilijk scheiden van de vrije beschikking over zijnen grond. Maar de kwestie heeft ook eene theoretische zijde. Beginnen wij daarom met de bewering recht te zetten, dat volgens den Hoogen Raad de openbaarheid van een weg op de bestemmingsverklaring van den eigenaar berust. Die voorstelling blijft aan de letter hangen. Inderdaad speelt immers de bestemmingsverklaring — hierboven werd het reeds uiteengezet — in de leer van onzen hoogsten rechter een veel bescheidener rol. Niet zij, maar de wet of de verordening schept de openbaarheid van den weg. Waarom dan de bestemmingsverklaring niet ontbreken mag? Omdat, volgens den Hoogen Raad, de lagere wetgever alleen gronden, ten aanzien waarvan zulk een verklaring is afgelegd, onder zijn wegenrecht brengen, d. i. openbaar verklaren, kan.

Daaruit volgt onmiddellijk, dat deze wetgever over een heel eenvoudig middel beschikt om overbelasting van de administratie te voorkomen. Hij beperke eenvoudig het administratieve toezicht en beheer tot die wegen, die, behalve aan de voorwaarde van de aanwezigheid eener bestemmingsverklaring, nog aan andere eischen voldoen. Of zouden de schaarsche bepalingen,

(1) Vgl. KAMERLINGH ONNES, a. w., blz. 65 vlg.; VAN GELEIN VITRINGA, W. v. h. R., no. 9849.

in het Rijksrecht omtrent openbare wegen te vinden, dergelijke onthouding niet toelaten (1)? Dan behoefden de lagere wetgevers nog niet verlegen te zitten. Zij zouden in elk geval den eigenaar, die een strook gronds voor het openbaar verkeer openstelt, kunnen verplichten daarbij te rekenen met de voorschriften, die zij b.v. omtrent richting en breedte van wegen uitvaardigen. Dat dergelijke bepalingen, hoe groote lasten zij den eigenaar oplegden, bij den Hoogen Raad genade zouden vinden, leert zijn arrest van 13 Jan. 1902, W. 7711. Als de eigenaar zijn grond tot openbaar gebruik bestemmen wil, aanvaardt hij immers, als het ware bij voorraad, de beperkingen, die de behoorlijke behartiging van het openbaar belang vordert. Hiermede is, zoo neemt onze hoogste rechter aan, een voldoend sterke wettelijke grondslag gegeven aan de inbreuken, die de lagere wetgever op het eigendomsrecht noodig acht.

Gewis hebben de plaatselijke besturen hun wegenrecht naar dien kant niet krachtig uitgebouwd. De behoefte aan versterking van de positie der administratie deed zich hier, naar het schijnt, niet gevoelen. Hoe dit echter zij, indien deze of gene toezicht oefenende autoriteit onder de werking van de tegenwoordige wetgeving lijden mocht, droeg enkel de traagheid der lagere wetgevers, niet het publiekrechtelijk karakter der openbaarheid daarvan de schuld. Ten einde het kwaad te keeren, hadden de plaatselijke besturen enkel gebruik te maken van hunne bevoegdheid om de vrijheid van de bestemmingsverklaring aan banden te leggen.

Langzamerhand is men het hier te lande er vrijwel over eens geworden, dat ons recht geen publiekrechte-

(1) Vgl. o. a. artt. 188 vlg. Grondwet; artt. 134 vlg. Prov. wet; artt. 179*h* en 231 Gem.wet.

lijken eigendom kent. Art. 577 B. W. laat kwalijk een andere opvatting toe. Alle in beginsel volkomen heerschappij over zaken, door het Burgerlijk Wetboek gegeven, is eenerlei eigendomsrecht, onverschillig of het aan een particulier of aan een openbaar lichaam toekomt (1). Men trekt slechts de lijn dezer gedachte door, indien men met den publiekrechtelijken eigendom tevens de publiekrechtelijke servituten (in den zin van aan de overheid toekomende gerechtigdheden *op* zaken) verwerpt. Ook deze passen niet in ons rechtsstelsel, dat rechten *op* zaken alleen in den vorm van privaatrechtelijke bevoegdheden kent (2). Gelijk het hervormers echter meer vergaat, kennen de bestrijders van het „domaine public" in hunnen ijver geen grenzen. Nauwelijks hebben zij den afgod van den publiekrechtelijken eigendom van zijn voetstuk gestort, of op de ledig gekomen plaats richten zij uit de bevoegdheden, aan de administratie met betrekking tot openbare wegen verleend, een beeld van het „domaine privé" op. Daarmee overschrijden zij de schreef. Aan het overheidsgezag, d. i. het gezag, dat met volstrekte uitsluiting van particulieren enkel aan openbare lichamen toekomt, wijdt het Burgerlijk Wetboek immers geen woord. Het handelt enkel en alleen over de bevoegdheden, die zoowel bijzondere personen als openbare organen kunnen bezitten. Maar dan doet men ook noodwendig verkeerd, de bevoegdheden aan de over-

(1) Von Reeken, *Themis* '93, blz. 1 vlg.; De Hartogh, *Themis* '94, blz. 394 vlg.; Scheepel, Wegenrecht, blz. 59 vlg.; Van Gelein Vitringa, Rechtsg. Mag. '03, blz. 1 vlg.; Kronenberg, Rechtsgeschiedenis van den aanwas. Prft., L. '11, blz. 92 vlg.; Kamerlingh Onnes, a. w., blz. 80 vlg.

Anders o. a. Arntzenius, Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Prov. en Gem.bestuur, 1876. Van Hengst, Eenige opmerkingen over het eigendomsrecht der gemeenten, Utrecht 1863.

(2) Vgl. Kamerlingh Onnes, a. w., blz. 89.

heid (met uitsluiting van particulieren) ten opzichte van openbare wegen toegekend, voor te stellen als een der zakelijke rechten, die onder de regelen van het Burgerlijk Wetboek vallen (1).

Op soortgelijke verwarring van publieke en private bevoegdheden steunt ook de bewering, dat art. 150 Grondwet den lageren wetgever zou beletten aan eene door den eigenaar voor het verkeer opengestelde strook gronds de kwaliteit van openbaren weg op te drukken (2). De openbaarheid van eenen weg vormt immers niet eenige privaatrechtelijke belasting van den grond. Het in art. 150 Grondwet aan den gewonen wetgever voorbehouden terrein van het privaatrecht betreden de lagere besturen dus niet, als zij in hunne reglementen zekere wegen openbaar verklaren. Met hoeveel ontzag men het aan de Fransche revolutie ontleende art. 150 Grondwet wil beschouwen, er valt toch niet meer in te lezen dan dat aan de wet de regeling van de privaatrechtelijke verhoudingen is voorbehouden. De wegenverordeningen raken echter enkel publiekrechtelijke relaties. Zij bepalen zich ertoe de verplichtingen te omschrijven, die onder anderen op de gerechtigden tot bepaalde gronden tegenover de overheid rusten. In één woord, zij regelen overheidsmacht. Tot eerbiediging van die macht gehouden, zal de particulier ongetwijfeld van zijne private rechten niet ten volle kunnen profiteeren. Maar daarom wordt een wegenreglement nog niet tot eene ordening van privaatrechtelijke verhoudingen. Als trouwens de Grondwet aan de plaatselijke wetgevers verbood, ten behoeve van de overheid, in private rechten in te grijpen, konden zij wel de handen in den schoot leggen, want de meeste veror-

(1) Vgl. ARNTZENIUS, t. a. pl.

(2) Vgl. KAMERLINGH ONNES, a. w., blz. 26 vlg.; KRABBE, Rechtsg. Mag. 1893, blz. 161 vlg.

deningen hebben geen ander doel dan particulieren, tegenover het openbaar gezag, de verplichting op te leggen zich bij de uitoefening van hunne in het Burgerlijk Wetboek omschreven bevoegdheden binnen in het algemeen belang gestelde grenzen te houden.

De leer, die in de openbaarheid van den weg een privaatrechtelijke belasting ziet, heeft Mr. VAN GELEIN VITRINGA tot vader. Tot haren ridder heeft zij den auteur van het proefschrift, naar aanleiding waarvan deze bladzijden zijn geschreven. Zij stamt dus uit voortreffelijken huize en trekt, op haren kruistocht, onder weerbaar geleide. Toch zou het mij spijten, indien het haar gelukken mocht met den steun van haren vaardigen beschermer den weg te vinden tot de raadkamer van den Hoogen Raad. De macht, aan de overheid met betrekking tot openbare wegen toegekend, stelt zij immers als eene privaatrechtelijke bevoegdheid voor ten einde haar onder de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek te kunnen brengen. Private en publieke macht komen zoo op één hoop te liggen. Als bij deze verwarring van beginselen enkel de zuiverheid der theorie betrokken was, kon men desnoods nog berusten. Maar er staat meer op het spel. Het algemeen belang dreigt hier in de knel te geraken. Aan het publiek gezag wenscht men zijn gerechte portie te onthouden en juist daarom plaatst men het, zijnen eigen aard ten spijt, onder de autoriteit van een recht, dat voor zulk gezag niet is geschreven.

Judicia Rusticorum.

I.

Eerlijk zijn jegens zich zelf is een stelregel, dien men heden ook bij de uitoefening van vrije beroepen en de bekleeding van ambten streng wenscht nageleefd. Gaat een dienaar van den geestelijken stand of een medicus twijfelen aan het tot nu toe door hem als waar beschouwde, men wil dat hij dit niet voor zich zelve verberge en zich diets make dat zijn vertrouwen in zijn geloof of wetenschap nog ongeschokt of ongewijzigd is. En bovenal eischt men dat niet uiterlijk een zekerheid en beslistheid voorgewend wordt, die slechts valsche schijn is. Veel beter, dat een dokter te zijner tijd erkent, dat zijn wetenschap hem in het duister laat, dan dat hij steeds voorgeeft de kwaal te doorgronden en het geneesmiddel bij de hand te hebben.

Het is deze leus van eerlijkheid jegens zich zelf en getuigen van zijn twijfel, die thans in de rechtswetenschap haar steun geeft aan een beweging, die sinds eenigen tijd ontstaan is, de beweging voor bemiddelende vonnissen. Ook de rechter worde niet meer gedwongen recht te spreken met een beslistheid, ten eenenmale in tegenspraak met den twijfel, die in raadkamer geopperd is. Ook hij moge dien twijfel eerlijk uitspreken en in verband daarmede niet steeds verplicht zijn de eene partij in het gelijk, de andere in het ongelijk te stellen; hij hebbe in een zoodanig geval de bevoegdheid een bemiddelende uitspraak te geven.

De leus van eerlijk zijn jegens zich zelf is ook op het gebied der wetenschappen en haar toepassingen niet een uitvinding van vandaag of gisteren. Zoo ingrijpend is de menschelijke natuur in den loop der tijden niet veranderd. Ten allen tijde moeten en zijn er menschen geweest, wien het tegen de borst gestuit heeft, dat men op de menigte indruk tracht te maken door de zekerheid, waarmede men zijn uitspraak geeft, terwijl innerlijk geen zekerheid maar twijfel heerscht. Ja, de gansche fijnvertakte leer der verdeeling van den bewijslast is in den grond der zaak bestemd om den rechter, die aangaande de toedracht der feiten twijfelt, desniettemin in staat te stellen, in oprechtheid een besliste uitspraak te geven. Twijfelt de rechter nog aan het bewezen zijn van een feit, dan kan hij dit niet als bewezen aannemen; de leer der verdeeling van den bewijslast geeft hem nu aan, welke partij in het gelijk gesteld moet worden.

De hulp, die aldus de leer van den bewijslast brengt, is echter een onvolkomene. Zij betreft slechts een deel van het rechterlijk onderzoek, terwijl ook het middel zelve aan gegronde critiek blootstaat. De leer van den bewijslast helpt den rechter niet over den twijfel heen, waartoe een rechtsquaestie aanleiding geeft, in de eerste plaats reeds niet, wanneer het onzeker is, hoe de bewijslast in een bepaald geval verdeeld moet worden. En hoe te denken over het middel zelve der verdeeling van den bewijslast? Hoe willekeurig is dikwijls die verdeeling, hoe onzeker zijn haar theoretische grondslagen: en daarvan moet het „alles" of „niets" in een proces afhankelijk gesteld worden!

Deze bezwaren tegen het tegenwoordige stelsel van rechtspraak kunnen evenmin als de leus van eerlijk zijn jegens zich zelven een uitvinding van den laatsten tijd zijn. Steeds zullen er juristen geweest zijn die in twijfel-

achtige zaken geaarzeld hebben om de eene partij in het gelijk, de andere in het ongelijk te stellen en die opgekomen zijn tegen een stelsel dat geen middenweg openliet. Ook in vroeger eeuwen moeten er voorstanders van bemiddelende vonnissen geweest zijn. Een onderzoek, door mij in deze richting ingesteld, heeft loonende resultaten opgeleverd. In de volgende bladzijden stel ik mij voor daarvan een overzicht te geven.

II.

Een enkel woord nog ter oriënteering.

Dikwijls vindt men in de geschiedenis van het recht een regeling waarbij de verdeeling van een schade of van een opbrengst tusschen verschillende personen gelast wordt. Zoo b.v. de deeling der vruchten tusschen de vermoedelijke erfgenamen en den vermoedelijken overledene, die terugkeert (art. 538 B. W.); zoo de omslag van een avarij-grosse; het dragen der boedelonkosten door de gezamenlijke schuldeischers in geval van faillissement; of wel de verdeeling van een nalatenschap. Zoodanige regelingen vallen buiten het bestek mijner beschouwingen; ik reken ze niet tot de bemiddelende uitspraken in eigenlijken zin. Een bemiddelende uitspraak geeft een deeling *op grond van gerezen twijfel aangaande de feitelijke toedracht der zaak of aangaande het toepasselijke recht.*

De bemiddelende uitspraken wegens de onzekerheid der feiten kunnen dan verder in twee groepen onderverdeeld worden:

1°. Degene, waarbij nog de mogelijkheid bestaat dat de uitspraak den waren rechtstoestand tusschen partijen weergeeft. Zoodanige uitspraken kunnen in het gewone stelsel van rechtspraak worden ingelascht door van vermoedens gebruik te maken. Zoo worden b.v. in ons recht

bij scheiding van een gemeenschap van winst en verlies de goederen, waarvan geen der beide echtgenooten kan aantoonen dat zij privé-goederen zijn, als gemeenschappelijk beschouwd. Een bemiddelende uitspraak dus op grond van den twijfel aangaande de herkomst van de goederen. Mogelijk is hier dat het privé-goederen van een der echtgenooten zijn, maar mogelijk is ook dat de uitspraak de ware toedracht weergeeft en dat deze goederen op een wijze verkregen zijn waardoor ze gemeenschapsgoed zijn. De wet werpt zich onmiddellijk op deze mogelijkheid, schuift de gedachte aan een bemiddelende regeling naar den achtergrond en stelt het vermoeden op, dat deze goederen voor winst moeten gehouden worden.

2°. Degene, die onmogelijk in overeenstemming kunnen zijn met wat rechtens zou zijn, indien de ware rechtsverhouding bekend ware. Hier volgt de rechter in geval van twijfel een geheel op zich zelf staanden weg. Het eenige voorbeeld daarvan in ons recht is dat van art. 538 W. v. K. De regeling, die dit artikel geeft voor het geval, dat de oorzaak van het overzeilen, aanzeilen, aanvaren of aandrijven twijfelachtig is, beantwoordt aan geen enkele mogelijke toedracht der zaak; noch in geval van schuld, noch in geval van toeval van beide of van een der partijen vindt men een gelijke verdeeling der schade. Hier kan de wet dan ook niet met een wettelijk vermoeden werken.

III.

Het Romeinsche recht kent bemiddelende vonnissen van beide typen. Echter niet als stelsel zijn zij toegelaten, slechts in enkele bijzondere gevallen worden zij vermeld. Bovendien betreffen zij uitsluitend gevallen, waarin twijfel omtrent de feitelijke toedracht der zaak bestaat, geen

gevallen van twijfel omtrent het toe te passen recht. Dit laatste is begrijpelijk. Wanneer hij, die geroepen is om een uitspraak omtrent het recht in concreto te geven, niet uitsluitend aan geschreven of gewoonterechtelijke voorschriften is gebonden, maar de bevoegdheid heeft in geval deze voorschriften onzeker zijn, zijn eigen weg te gaan, dan heeft twijfel omtrent de beteekenis van een voorschrift uit het positieve recht slechts ten gevolge dat de oplossing der quaestie niet meer uitsluitend in het positieve recht wordt gezocht. Ook dan nog, indien de rechter aldus een oplossing zoekt als ware hij wetgever — gelijk het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek het noemt —, kan twijfel en zeer ernstige twijfel hem tegemoet treden; hij kan ook dan door dien twijfel tot een bemiddelende uitspraak komen. Maar de middenweg kan eveneens om zoovele andere motieven gekozen zijn, dat indien de twijfel niet uitdrukkelijk als motief opgegeven is, deze moeilijk als zoodanig te herkennen valt. Zoo vindt men b.v. in D. 36. 3. 7. het geval besproken dat een vader of een meester tot erfgenaam is ingesteld en diens zoon of slaaf een legaat onder voorwaarde vermaakt is. Moet nu de vader of de meester, indien hij voor het vervullen der voorwaarde zijn zoon emancipeert of zijn slaaf vrijlaat, persoonlijke zekerheid, gelijk iedere andere erfgenaam, stellen en aldus door zijn eigen vrijwillige daad in ongunstiger positie komen? Hierop antwoordt PAULUS: „melius est per mediocritatem causam dirimere ut cautioni tantum cum hypotheca suarum rerum committantur". Waarom kiest PAULUS hier, waar hij zich losmaakt van het positieve recht, een middenweg? Mogelijk is, omdat hij twijfelt omtrent hetgeen in dat geval door de billijkheid verlangd wordt. Evengoed kan echter de reden geweest zijn dat hij ten volle overtuigd was, dat de gegeven oplossing, die toevallig midden

tusschen de twee aangevoerde meeningen stond, de meest billijke was. Wegens ditzelfde motief kunnen ook verdeelingen als men b.v. in D. 37. 8. 1 en D. 9. 2. 51. 2 vindt, niet als eigenlijke bemiddelende uitspraken aangemerkt worden.

Welke zijn nu de gevallen, in welke op grond van twijfel aan de feitelijke toedracht der zaak in het Romeinsche recht een bemiddelende uitspraak gegeven werd? In de eerste plaats volgen hier eenige, waarin het mogelijk is dat de uitspraak aan de feitelijke toedracht beantwoordt. Men vindt deze in D. 36. 1. 56. Een zoon die tot inbreng gehouden is, bezit gelden, die niet ingebracht behoeven te worden (pecunia castrensis). Deze zoon, die natuurlijk die gelden niet afzonderlijk administreert, doet verschillende uitgaven. Wordt hierdoor nu het aan inbreng onderworpene of het van inbreng vrijgestelde deel van het vermogen verminderd? Marcus Antonius besliste in dat geval dat deze uitgaven naar evenredigheid aan beide deelen van het vermogen toegerekend moesten worden. Men had de vraag ook natuurlijk met behulp van een regeling van den bewijslast tot oplossing kunnen brengen; men had den zoon het bewijs kunnen opleggen dat hij de uitgaven uitsluitend uit het aan inbreng onderworpen deel bestreden had en hem bij niet slagen in dat bewijs geen aftrek kunnen toestaan; men had ook de medeerfgenamen kunnen verplichten om te bewijzen dat de uitgaven uit het van inbreng vrijgestelde gedeelte voldaan waren, en bij gebreke van dat bewijs de uitgaven in mindering brengen. Marcus Antonius sloeg echter een middenweg in en liet beide gedeelten naar evenredigheid dragen.

Een gelijke beslissing van denzelfden Keizer vindt men in dezelfde wet voor het geval iemand eigen ver-

mogen naast een met een fideicommis de residuo bezwaarde nalatenschap bezit en uitgaven doet (1).

Veel eigenaardiger dan de tot nu toe vermelde beslissingen is een die Keizer TIBERIUS gegeven heeft en die in I. 2. 15. 4 en D. 28. 5. 41 en 42 te vinden is. Het is een bemiddelend vonnis van de andere soort. Iemand had den slaaf PARTHENIUS tot erfgenaam ingesteld, meenende dat het een vrij persoon was; hij had verder voor het geval PARTHENIUS geen erfgenaam zou zijn, een ander gesubstitueerd. TIBERIUS, de meester van PARTHENIUS, gelastte dezen de erfenis te aanvaarden; hiertegen verzette zich de gesubstitueerde op grond dat de erflater in dwaling verkeerde toen hij meende, dat PARTHENIUS vrij was en ten eigen bate de nalatenschap kon aanvaarden. In dit geval van twijfel omtrent de waarde van het testament, gaf TIBERIUS als rechter een zuiver bemiddelende uitspraak: hij kende de halve nalatenschap aan den gesubstitueerde toe (2).

---

(1) Het valt overigens nog in deze gevallen te bezien of dit wel eigenlijke bemiddelende uitspraken zijn; het is mogelijk dat de Keizer zijn uitspraak niet gegeven heeft omdat hij twijfelde aan de feitelijke toedracht, maar omdat hij — onafhankelijk uit welke goederen de uitgaven gedaan waren —, de gegeven uitspraak als billijk beschouwde, daar de uitgaven aldus hadden moeten geschied zijn. Voor het laatste geval is dat zelfs vrij zeker; ik heb het daarom ook in de tweede plaats genoemd, hoewel het in D. 36. 1. 56 eerst besproken wordt. Een bestrijding der uitgaven uitsluitend uit het fideicommis de residuo zou als intervertendi fideicommissi gratia aangemerkt zijn. Zie den aanhef der wet. Welke het motief der uitspraken geweest is, zou met zekerheid kunnen vastgesteld worden, indien men zou weten of tegenbewijs is toegelaten. Slechts indien dit laatste vrijstaat kan men in de uitspraak een voor een geval van twijfel gegeven beslissing zien.

(2) Oogenschijnlijk heeft met het hier besproken geval groote overeenkomst dat hetwelk door GAJUS II § 177 besproken is. In een testament is een cretio voorgeschreven; daarbij is bepaald dat bij

Deze uitspraak staat overigens in het Romeinsche recht geheel op zich zelf. Ja, men ziet dat in vele andere gevallen waarin het in een testament onzeker is wie van onderscheidene personen als erfgenaam of legataris bedoeld is, eenvoudig geen enkel rechtsgevolg aan de beschikking wordt toegekend. Aldus wordt b.v. door ULPIANUS in D. 34. 5. 10 beslist, voor het geval dat iemand een legaat vermaakt heeft aan dengene zijner bloedverwanten, die het eerst het Capitool zal bestegen hebben en twee dezer daarop aanspraak maken, zonder dat blijkt wie als eerste aangekomen is; of een legaat is vermaakt aan dengene die een monument zal oprichten en meerdere richten een op; of men vermaakt iets aan zijn oudsten bloedverwant, en er zijn twee van gelijken leeftijd; of wel er wordt een legaat aan SEMPRONIUS vermaakt en er zijn twee personen van dien naam, die bedoeld kunnen zijn zonder dat van een voorkeur van den erflater voor den eene blijkt. In al deze gevallen verklaart ULPIANUS het legaat zonder gevolg.

Een gelijke uitspraak vindt men in D. 26. 2. 30. voor het geval dat iemand in zijn testament TITIUS tot voogd gesteld heeft en er twee personen TITIUS heeten, vader

---

het uitblijven der cretio een tweede persoon als erfgenaam is ingesteld; een formeele onterving is voor het geval dat de cretio achterwege blijft niet uitgesproken. Wanneer nu de cretio door den eerstgeroepene niet plaats vindt doch deze stilzwijgend aanvaardt, moet, zegt GAJUS, de nalatenschap tusschen den eerst en den tweeden geroepene gedeeld worden. Dit is echter geen bemiddelende uitspraak, maar zuiver formalisme, mera subtilitas, gelijk ULPIANUS het in een overeenkomstig geval noemt (D. 34. 4. 3. 1.). De eerst ingestelde blijft erfgenaam omdat geen exheredatio heeft plaats gevonden, de andere wordt erfgenaam omdat aan de voorwaarde, waaronder hij geroepen is, voldaan is. De beslissing is dus eenvoudig een toepassing van den regel dat een nalatenschap aan twee personen gezamenlijk toekomt wanneer beiden in hetzelfde testament tot erfgenaam gesteld zijn.

en zoon, zonder dat vaststaat, wie van beiden de erflater bedoeld heeft. Voor dit geval beslist PAULUS dat geen van beide voogd zal zijn. Non jus deficit, sed probatio, ziedaar het schild waarachter de voorstander van de bewijslasttheorie zich verschuilt (1).

Slechts wanneer door de nalatigheid van den erfgenaam den persoon van den legataris of fideicommissaris in het onzekere gebleven is, wordt het legaat gedeeld tusschen allen, die daarvoor in aanmerking konden komen; men verg. D. 31. 17. 1. (l. si quis Titio § si heres) en D. 40. 7. 21. 1. (l. Labeo § Pactumeius Clemens).

IV.

Het corpus juris heeft ons niet bepaald een rijken oogst van bemiddelende uitspraken gegeven. Het valt dan ook niet te verwonderen dat de Glosse van dit soort van beslissingen weinig weten wil, ja zich er eenigszins minachtend over uit laat.

De quaestie wordt behandeld bij D. 3. 5. 33. (l. Nesennius). In dit citaat van PAULUS wordt het geval besproken, dat een grootmoeder het vermogen van haar kleinzoon bij wijze van zaakwaarneming beheerd heeft; na het overlijden van beide vorderen de erfgenamen van het kleinkind diens vermogen van de erfgenamen van de grootmoeder op; deze wenschen in mindering te brengen hetgeen de grootmoeder voor levensonderhoud van haar kleinkind heeft uitgegeven. Na de motieven van beide partijen voor hun standpunt uiteengezet te hebben, zegt PAULUS als zijn meening dat in deze alles van de feitelijke toedracht der zaak afhangt, voegt daaraan echter ten slotte toe: „illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur". Hierbij teekent

(1) In gelijken zin ook nog l. 3 § 7 D. de adim. leg. (34. 4).

nu de glosse aan: „Nota contra vulgarem rusticorum opinionem qui questiones per medium dividunt ut si petatur decem dicunt se velle concordare et dicunt quod quinque detur.

Judicia rusticorum, deze aan de glosse ontleende naam heeft opgang gemaakt; het werd de vaste naam, waarmede de bemiddelende vonnissen in de volgende eeuwen zijn aangeduid.

Niettegenstaande het afbrekend oordeel der glosse ziet men toch langzamerhand een strooming ten gunste van bemiddelende vonnissen ontstaan. In den eersten tijd incidenteel in enkele bijzondere gevallen toegepast, later meer principieel als stelsel verdedigd.

Een eerste uiting van een mildere stemming kan men aanwijzen bij de bespreking van een geval, dat naar aanleiding van een voorval uit de practijk in de scholen der postglossatoren druk bediscussieerd is. Bij de bestorming van Castelleone in 1237 had de stad Bologna een bedrag van 100 pond uitgeloofd voor dengene die het eerst het kasteel binnendrong. Na de inneming meldden zich verschillende personen voor dit bedrag aan; ieder dezer had zijn getuigen om te bewijzen, dat hij het eerst was binnengekomen. Hoe in deze te beslissen? De rechter te Bologna heeft aan elk hunner honderd pond toegekend (1).

De schrijvers hebben dit vonnis als juist aanvaard. Zij weigerden echter een gelijke uitspraak te geven voor een geval dat zij daarbij tevens bespraken, dat n.l. bij een wedloop niet uitgemaakt kan worden wie van twee personen het eerst het eindpunt bereikt heeft of voor dat — hetwelk zich te Pisa voorgedaan had — dat een

(1) Het verhaal is hier medegedeeld naar Odofredus op de Const. Omnem in Prooemio Digestorum § Nos vero, in verbis, non potest; het jaar der verovering is ontleend aan Salimbene ed. Holder-Egger Monumenta Germaniae S S. XXXII bl. 93.

prijs was uitgeloofd voor hem, die het eerst het vijandelijke vaandel veroverd zou hebben en twee personen den prijs opvorderden zonder dat vastgesteld kon worden wie van beide het eerst het vaandel bemachtigd had (1). Bij deze en dergelijke quaesties vindt men nu bij de meeste juristen als oplossing voorgesteld om den uitgeloofden prijs tusschen de pretendenten te verdeelen (2). Overigens is deze wedloopvraag belangwekkend om te leeren wat men in deze tijden al niet uit het Corpus juris wist te halen. Zoo gaat b.v. ALBERICUS DE ROSATE in navolging van zijn leermeesters aan de hand van het Corpus juris na: of soms niet een juistere oplossing is den wedloop te doen overhouden, en, zoo ja, wie daaraan mogen deelnemen, verder wat moet geschieden indien alsdan eenige der deelnemers weigeren mede te loopen, enz. (3).

Een tweede bemiddelende uitspraak, die men in de werken van sommige juristen vindt, sluit zich zeer nauw aan bij de hierboven medegedeelde beslissing van Keizer TIBERIUS. Toen betrof het een testament waarin iemand als erfgenaam was ingesteld, dien de erflater een vrij man waande, terwijl hij inderdaad slaaf was. Nu stelde men het tegenovergestelde geval, dat een erflater iemand had ingesteld dien hij een slaaf waande, doch die inderdaad een vrije was, terwijl daarnaast de erflater een tweede persoon had gesubstitueerd, voor het geval de eerste geen

---

(1) BARTOLUS op l. hoc articulo D. de hered. instit. (D. 28. 5. 29).

(2) Zie o. a. BARTOLUS en ANGELUS op l. qiu filiabus ff. de legat. l. (D. 30. 17. 1) in navolging van PETRUS DE BELLA PERTICA. De school van Padua leerde in navolging van GUIDO DE SUZARIA dat overgeloopen moest worden. Zie JACOBUS DE ARENA en ALBERICUS DE ROSATE op de Const. Omnem § discipuli en laatstgenoemde ook in zijn werk de statutis qu. 103 en 107. Evenzoo BALDUS, zie volgende noot.

(3) ALBERICUS DE ROSATE t. a. p.; zie ook BALDUS op de Const. Omnem § itaque.

erfgenaam zou zijn. De glosse had dit geval niet twijfelachtig gevonden; de dwaling was in dat geval niet van belang, de eerstgeroepene had dus recht op de geheele nalatenschap. Daarentegen vonden de Fransche juristen JACOBUS DE RAVANIS en PETRUS DE BELLAPERTICA, en in navolging van deze, CYNUS dit geval volkomen op een lijn staande met het door Keizer TIBERIUS berechte (1). De erflater had verondersteld, dat de nalatenschap aan den meester van den gewaanden slaaf ten goede zou komen; dit geschiedde echter niet. Ook in dit geval wenschten daarom de genoemde schrijvers een deeling der nalatenschap tusschen den in de eerste plaats geroepene en dengene die hem gesubstitueerd was, op de wijze als dit in D. 28. 5. 41 en 42 geregeld is (2).

V.

Eenigszins langer dan bij de tot nu toe besproken gevallen wensch ik bij twee andere, die in de werken

(1) Zie de genoemde schrijvers op C. 6. 24. 3 (l. cum proponas, C. de her. inst.).

(2) Nog een ander voorbeeld van analoge toepassing van D. 28. 5. 41 wordt ons door ALBERICUS DE ROSATE op deze plaats uit het werk van ALBERTUS ODOFREDUS, Questiones disputatae Bononiae, medegedeeld. Dit werk is verloren en in het citaat, dat ALBERICUS geeft, zijn eenige zinnen uitgevallen, zoodat de casuspositie niet geheel duidelijk is. In hoofdzaak komt zij echter, naar ik meen, hierop neer. Een vader had in zijn testament den oudste van zijn vijf met namen en naar ouderdom genoemde zonen tot erfgenaam gesteld en den een na den ander «uni post alteri» (sic) in zijn nalatenschap gesubstitueerd; daarbij was echter bepaald dat de derde zoon onmiddellijk na den eersten zou komen. Achtereenvolgens overleden de vader, de oudste zoon en de derde. Vraag: wien viel nu de nalatenschap ten deel? Onder verwijzing naar D. 28. 5. 41 besliste ALB. ODOFREDUS in dit geval «ratione dubitatis» dat ieder van de overlevende zonen een derde zou ontvangen.

van BARTOLUS te vinden zijn, stil te staan. Het groote gezag, dat deze schrijver langen tijd terecht genoten heeft, rechtvaardigt dit alleszins.

De eerste uitspraak betreft het geval dat een zoon met geld van zijn vader winst heeft gemaakt. Vraag: moet deze winst bij de deeling der nalatenschap van den vader ingebracht worden? De glosse had deze vraag bevestigend beantwoord, omdat zij het gewonnene als profectitium beschouwde. (de glosse op C. 6. 61. 6., l. cum oportet, in verbis ex ejus).

Daartegenover merkt nu BARTOLUS op: Declaro communis usus in hac terra se habet quod de eo quod quis lucrat cum pecunia alterius, medietas attribuitur propter laborem personae lucrantis, medietas attribuatur pecuniae ut videbitis supra, pro socio, l. 1. (1).

Volkomen hetzelfde vindt men bij PAULUS DE CASTRO voor dit geval beslist; bij dezen komt het bemiddelend karakter iets duidelijker uit, al gaat het ook bij dezen nog achter een vermoeden schuil: Communis autem observantia est ubique quod cum quis lucratur cum aliena pecunia medietas lucri appropriatur labori personae et alia medietas pecuniae *et ita censetur actum in dubio*, licet possint partes pacisci de aliis portionibus ut notatur in lege, si non fuerint, ff. pro socio. Et est ista equissima sententia (2).

De tweede uitspraak van BARTOLUS betreft ongetwijfeld een voor ons tegenwoordig recht belangrijker geval. Het is dat, waarin twee personen van wederzijde het bezit van een zaak vorderen en beide tot staving van hun beweren even krachtig bewijs bijbrengen. Het is het geval waarvoor art. 617 B. W. een bepaling geeft.

De quaestie heeft vanouds in theorie en practijk tot zeer

(1) BARTOLUS op l. illud C. de collationibus (C. 6. 20. 20). Volgens BALDUS heeft BARTOLUS hier JAC. BUTRIGARIUS nageschreven.

(2) PAULUS DE CASTRO ter zelfder plaatse.

verschillende gevoelens aanleiding gegeven. Reeds in de „Dissensiones dominorum" vindt men drie verschillende meeningen dienaangaande vermeld (1).

Sommigen wenschten dat het lot zou beslissen (2); anderen dat de rechter deze uitspraak gaf: uti possidetis, ita possideatis (3). Met deze laatste opvatting houdt nauw verwantschap de meening van AZO, ODOFREDUS alsmede, de glosse en haar volgelingen, volgens wie de rechter zich van het geven van een uitspraak dient te onthouden, doch partijen naar den weg ten petitoire moet verwijzen en hun intusschen dient te verbieden om naar den betwisten grond te gaan of het betwiste goed moet sequestreeren (4). Het is dezelfde oplossing die POTHIER (5) en in navolging van dezen ons recht in art. 617 B. W. geeft

ODOFREDUS laat den rechter zelfs deze uitspraak geven: Vultis vos quod dem sententiam in nomine patris et filii et sancti spiriti? In judicio possessionis quod coram me actum est non pronuncio quia nullam partium

(1) Zie dissensiones dominorum, Codicis chisiani collectio § 76 (ed. HAENEL blz. 175), Hugolini collectio § 92.

(2) Zie aldus behalve de dissensiones dominorum ook de glosse op c. licet causam X. de probationibus.

(3) Zie aldus behalve de dissensiones dominorum ook DURANTIS, Speculum, II. tit. de pet. et poss. § 1 vers. et nota quod cum agitur.

(4) Aldus de genoemden op C. 8. 6. 1.; volgelingen van de glosse zijn o. a. CYNUS (deze is echter op zijn meening teruggekomen), JOH. FABER (deze onderscheidt van het geval dat beide partijen volledig bewijzen, dat waarin beide onvoldoende bewijzen; in dit laatste geval wenscht hij in overeenstemming met de rechtspraak van het Parlement afwijzing van beide eischen; op I. 4. 15. 6 § qui autem) en BALDUS (o. a. op I. 4. 15 § retinendae n. 25 en C. 7. 45. 3, l. praeses).

(5) POTHIER, Traité de la possession, n. 105. Hier is waarschijnlijk onmiddellijke invloed der Romanisten gegeven en niet gelijk men veelal meent slechts een verkeerd begrijpen van het droit coutumier. Zie ook KAPPEIJNE, *Themis* 1870 blz. 404 noot 117.

invenio potiorem. Sed rogo deum ut vos maledicat et det vobis malam fortunam et eatis in nomine diaboli quia estis falsatores quia duo non possunt in solidum possidere. Eenigszins beschaafder laat BALDUS den rechter vonnissen: Eatis cum Deo, unus vestrum dicit mendacium sed nescio quis scit (1).

Overigens heeft de meening dat de rechter zich van een uitspraak omtrent het bezit in een twijfelgeval kan onthouden, geen duurzamen aanhang gevonden.

Een rechter mag niet weigeren recht te spreken. Maar wien moet hij dan het bezit toewijzen, als men een beslissing door het lot als te willekeurig verwerpt.

Twee oplossingen zijn nu mogelijk (2). De eene is, men stelt ook hier de automaat, de verdeeling van den bewijslast, aan het werk. Deze oplossing, die reeds onduidelijk in de glosse op de beruchte lex, si duo (D. 43. 17. 3) te vinden is, werd met nadruk door de Fransche juristen, de Ultramontani, verkondigd. JACOBUS DE RAVANIS en PETRUS DE BELLA PERTICA leeren, dat wanneer het bewijs van beide partijen even sterk is, het bewijs van de eene dat van de andere opheft. Indien nu geen van beide eischers het door hem gestelde bewezen heeft, geeft de leer der verdeeling van den bewijslast dit schijn-

(1) ODOFREDUS t. a. p. BALDUS op l. praeses C. de sent. et interl. (C. 7. 45. 3).

(2) Als geen oplossing voor den rechter, maar hoogstens voor partijen kan de raad dienst doen, die volgens ROFFREDUS, ROGERIUS gegeven heeft: stel u met eenige vrienden in het bezit en jaag den anderen weg; beklaagt de andere zich over het geweld, dan kunt ge zeggen, dat gij dat gedaan hebt om uw bezit te beschermen. Zie DURANTIS, Speculum lib. II tit. de petitor. et poss. § 1 in fine, ROFFREDUS, libelli juris civilis blz. 109 (ed. 1561). Het is de tactiek, die ook reeds door CICERO's tegenstander werd toegepast. Zie CIC. pro CAEC. c. 31. 32.

baar eenvoudig resultaat, dat beider vorderingen moeten afgewezen worden (1).

De leer is gered, maar de werkelijkheid is slechts matig geholpen. Partijen blijven aanspraak maken op de zaak. De rechter kan nu wel sequestratie gelasten en partijen kunnen een revindicatie instellen, maar hoe wanneer geen van beide partijen den eigendom kan bewijzen?

Wie den twijfel niet door den bewijslastregel verdrijven wil, dien rest slechts een bemiddelend vonnis te geven. Het is deze richting, die BARTOLUS inslaat. Ook hierbij is hij wel niet oorspronkelijk (2), maar ongetwijfeld heeft zijn gezag deze oplossing ingang doen vinden. Mihi videtur, zegt hij, quod judex debeat dividere possessionem illam et medietatem dare alteri (3).

---

(1) Zie de genoemden op C. 8. 6. 5. 1; laatstgenoemde ook op D. 43. 17. 4. De schrijvers over het droit coutumier hebben ten allen tijde onder invloed der Romanisten gestaan. Duidelijk blijkt dit ook bij dit onderwerp. Reeds BEAUMANOIR bespreekt het twijfelgeval en geeft een oplossing, die geheel overeenstemt met die der Fransche Romanisten. Zie BEAUMANOIR n. 1205 (ed. SALMON).

(2) Men vindt immers deze opvatting reeds vermeld bij Azo in zijn Summa Codicis, tit. uti possidetis, alsmede bij DYNUS en ALBERICUS DE ROSATE op l. Titiae textores ff. de legatis l. (D. 30. 36). Deze laatste schrijvers vermeldden ook een uitspraak in dien zin van het gerecht te Bologna, in een proces tusschen twee gemeenten over het bezit van een bosch, waarin ieder van beide partijen het door haar gestelde bezit met 18 getuigen bewezen had. Zoo ook onder de oudere canonisten VINCENTIUS op c. licet causam X. de probationibus (niet door mij nageslagen).

(3) Ziehier het bewijs van BARTOLUS: Quod probo per rationem. Si duo fructuarii sunt in fundo, forte quia cuilibet est relictus usufructus in testamento in solidum, certe isti facient sibi partes per concursum et uterque erit in possessione pro medietate (ut infra eodem titulo l. fin. in princ. = D. 43. 17. 4. pr.) et idem de necessitate, dices in duobus legatariis quibus eadem res esset legata in solidum. Nam si quilibet probaret se possidere de necessitate, intelligitur quod quilibet possidet pro dimidia cum sibi faciant

Ontzegging van beider vorderingen of toewijzing aan ieder van beide partijen van het bezit voor de helft, ziedaar de twee meeningen die ook na BARTOLUS haar aanhangers zijn blijven vinden (1). En het beste bewijs van de taaiheid van dezen strijd is wel hierin te zien dat hij nog niet uitgestreden is. Zoo is b.v. onder de Romanisten uit den laatsten tijd UBBELOHDE een voorstander der ontzegging beider vorderingen (2), PFLÜGER daarentegen verklaart zich voor de toekenning van een medebezit aan beide partijen (3). En ook in onze rechtspraak, die zich niet meer naar het Romeinsche recht

---

partes per concursum. Modo ad propositum, quando plures ostendunt titulum aequalem vel quando titulum nullum ostendunt alter alteri, saltem habent titulum de jure gentium quasi occupaverint rem vacantem et quae in nullius bonis est cum dominus non appareat, unde judex pronunciabit utrumque istorum possidere communiter et pro indiviso et divident si velint. BARTOLUS op D. 43. 17. 3. pr.; zie ook dezelfde op C. 8. 6. 1.

(1) Voor afwijzing van beider vorderingen: ALBERICUS DE ROSATE, LANCELOTTUS DECIUS en IMOLA op D. 30. 36 (l. Titiae textores).

Volgelingen van BARTOLUS zijn: SALYCETUS op C. 8. 6. 1., ANGELUS ARETINUS op I. 4. 6. 25 (§ quadrupli), PETRUS DE FERRARIIS, Practica, pro turbata possessione, in verbis: ad cessandum et desistendum, ANGELUS op D. 43. 17. 3 (l. si duo) en 41. 2. 41 (l. qui jure), ZASIUS op D. 45. 1. 2. 2 (§ 5 ex his) Onder de schrijvers over het canonieke recht, ABBAS SICULUS en PH. DECIUS op c. licet causam X. de probationibus.

(2) UBBELOHDE in VON GLÜCK's Erläuterung der Pandecten, Serie der Bücher 43 und 44, 5ter Th. blz. 433 (voor het geval dat geen van beide partijen geacht mag worden in haar bewijs geslaagd te zijn). UBBELOHDE neemt daarnaast nog de mogelijkheid aan dat inderdaad beide partijen in hun bewijs slagen en acht dat dan beider vorderingen moeten toegewezen worden (t. a. p. blz. 438). Dit kan mogelijk geweest zijn in het oude Romeinsche proces, waarin het bezit zelve niet toegewezen werd, zoodra de rechter tot herstel van het bezit veroordeelt, wordt dit niet uitvoerbaar.

(3) PFLÜGER, Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts, blz. 98.

te richten heeft, vindt men nu en dan beslissingen, welke het bezit aan beide partijen te zamen toekennen (1).

VI.

Tot nu toe zijn slechts enkel bijzondere gevallen medegedeeld, waarin door sommige juristen uitspraken gegeven zijn die een bemiddelend karakter hadden. Echter ook als stelsel zijn de bemiddelende vonnissen in twijfelgevallen verdedigd. Het ware motief van de uitspraak van TIBERIUS was den glossatoren en postglossatoren niet ontgaan. Het tegelijkertijd toelaten van den geïnstitueerde en den gesubstitueerde werd terecht toegeschreven „propter conflictum seu repugnantiam regularum et rationum" (2). Men trok hier echter aanvankelijk nog niet de consequentie uit dat in het algemeen een zoodanig conflict tot een bemiddelende uitspraak moest leiden.

De eerste die een stap in deze richting gedaan heeft is BALDUS geweest.

Bij de lex si paterfamilias (D. 28. 5. 41) maakt hij deze opmerking: „Secundo nota quod quando rationes sunt hinc inde indissolubiles ita quod una ratio non expugnat alteram quod tunc dicitur esse conflictus rationum propter quem conflictum receditur a regula et quodammodo incompatibilia cumulantur et est argumentum quod propter nimiam difficultatem quaestionis arbiter possit per

---

(1) Rb. Assen 16 Juni 1856, W. 1871 en Rb. 's-Hertogenbosch 17 September 1902, te vinden in het arrest van Hof 's-Hertogenbosch, 12 December 1905, W. 8600.

(2) Zoo o. a. AZO, OLDRADUS en CYNUS volgens de opgave van BALDUS op D. 28. 5. 41 (l. si pater familias). Reeds in de aan IRNERIUS toegeschreven Summa der Instituten (ed. PALMERIO) wordt het geval van I. 2. 15. 4 aldus omschreven: si autem de eius voluntate dubitatur et utrum verba juri interpretandi reliquit ignoratur.

modum compositionis determinare quaestiones et partes insimul componere; facit infra D. 37. 8. 1. pr.

BALDUS heeft deze leer tweemaal in practijk gebracht. Eenmaal adviseert hij borgen wegens het twijfelachtige van het geval slechts gedeeltelijk aansprakelijk te stellen, een ander maal keurt hij een schikking goed tusschen partijen in een dubieus geval op aanraden van hun vrienden tot stand gekomen, beide met verwijzing naar de beslissing van TIBERIUS (1). Echter hier dient onmiddellijk aan toegevoegd dat hij deze deeling slechts *subsidiair* op grond van de billijkheid en in gevallen, waarin niet uitsluitend naar het recht behoefde beslist te worden, aanried. Het recht zelf schijnt voor hem steeds duidelijk te spreken en geen deeling op grond van twijfel toe te laten. In zijn commentaren op het corpus juris zal men dan ook tevergeefs naar toepassingen zoeken. Ja, hij bestrijdt de gelijke deeling der met het geld van den vader behaalde winst, zooals deze door JAC. BUTRIGARIUS en BARTOLUS voorgestaan werd, met de opmerking: ista est divisio rusticana (op l. cum oportet C. 6. 61. 6). Nog sterker verzet hij zich in zijn Consilia tegen de deeling van het bezit in een betwist geval; hij noemt dit kortweg een stommiteit. „Istud est una truffa quod res dividatur ubi neutra pars hoc intendit" (dl. 4 cons. 383).

---

(1) BALDUS, Consilia II cons. 55: Sed in casu nostro suadendum est dominis quod eligatur via equitatis sicut facit imperator ff. de here. inst. et hoc TIBERIUS cum similibus. Hoc de divisione dico persuadendo sed quod superius dixi — non teneri ratione banni — sentio de jure verum esse; en in V. cons. 457: de consilio discretorum amicorum fuit compositum inter partes et sic soluta fuerunt argumenta pro et contra arg. de her. inst. l. si pater familias et l. hoc TIBERIUS, quod mihi videtur laudabile. Tamen de veritate juris est opinio quod non possit populus (scl. legitimare) nisi de specifica principis autoritate. De quaestie betrof in dit laatste geval n.l. brieven van wettiging door een stadsbestuur verleend.

Degene, wien de eer toekomt de bemiddelende uitspraken het eerst principieel verdedigd en toegepast te hebben op een wijze, dat gedurende eenige eeuwen zijn naam met deze uitspraken verbonden was, is PETRUS DE ANCHARANO (1330—1416) geweest. Deze jurist heeft zijn meening omtrent de bemiddelende vonnissen neergelegd in een advies dat hij te zamen met ANTONIO DE BUTRIO (1338—1408) aan den vorst van Malatesta heeft uitgebracht. Het is als no. 210 in de verzameling zijner Consilia opgenomen. In dit advies, waarvan een bewonderaar een vijftigtal jaren later getuigde, dat het was „perpetua memoria dignum" en „cujus verba scribenda essent literis aureis" (1), wordt er op gewezen dat de tegenstrijdige adviezen, waarop de partijen zich beriepen, voortkwamen ex conflictu rationum hincinde urgentium. Dit is echter niets nieuws. Want ook de schrijvers van de Heilige Schrift blijken onder elkaar te verschillen en de een verbetert den andere zooals PAULUS en PETRUS bij de vraag der besnijdenis. Zoo ook is het geheele boek der decretalen vol tegenstrijdigheden. Aldus is het te begrijpen dat ook de meeningen der rechtsgeleerden zeer uiteenloopen.

Wanneer een rechter bij zoo'n meeningsverschil een eigen opvatting vormt, die hij volgens zijn geweten juist acht, gaat hij bij God en de menschen vrij uit, ook indien daarna door een hoogere macht het tegenovergestelde beslist wordt. En indien nu het gegeven geval den rechter niet meer voor de eene partij doet neigen dan voor de andere, dan zouden de uitbrengers van het advies, indien zij te beslissen hadden, aan ieder van de partijen de helft toewijzen, vooral omdat het in dat geval ging om iets

(1) SOCINUS en CACCIALUPUS in hun hieronder medegedeeld advies. In zijn verhandeling de transactionibus, zegt CACCIALUPUS van de woorden van dit advies: perpetue habende sunt ante oculos.

wat voor beide partijen als winst te beschouwen was.

Het geoorloofde van een zoodanige beslissing zou volgens hen veel twijfelachtiger zijn, wanneer het geschil reeds door een der partijen verworven goederen betrof. Verschillende teksten uit het corpus juris civilis en het corpus juris canonici worden door hen aangevoerd om het geoorloofd zijn van een zoodanige bemiddelende uitspraak aan te toonen. Men vindt er vele der reeds hierboven vermelde onder. Zoo de lex Titius rogatus (D. 36. 1. 56), de lex Si pater familias (D. 28. 5. 41), verder de § adeo autem der lex Sed et si lege (D. 5. 3. 25. 15) en de canon licet causam X. de probationibus. Ook het Salomonisch oordeel wordt in dit verband herdacht en daarbij de opmerking gemaakt dat al werd de verdeeling van het kind slechts ter beproeving der beide partijen uitgesproken er toch de gedachte aan ten grondslag ligt, dat daar waar de rechten van partijen twijfelachtig zijn en ieder van beide iets door het vonnis te verwerven zoekt, het de billijkheid voor zich heeft om het gevraagde te verdeelen.

Petrus de Ancharano en Antonio de Butrio hebben met hun advies zoowel in Italië als daarbuiten veel bijval gevonden. Ziehier eenige schrijvers die na hen het stelsel der bemiddelende uitspraken in Italië verdedigd en in toepassing gebracht hebben.

Raphaele Fulgosius (1367—1427) en Raphael Cumanus (1427) hebben gezamenlijk een advies uitgebracht omtrent de erfopvolging in een feudum antiquum waaromtrent geschil bestond tusschen de dochters van den broeder en den zoon van een zuster van den erflater. Wegens het twijfelachtige van het rechtsgeval strekt hun advies tot de deeling van het leen tusschen de pretendenten (1).

(1) Het advies staat als no. 12 in de verzameling Consilia van Fulgosius. Ik citeer daaruit deze beslissing: «ut dimidia quidem

Hun eenig argument is de lex si pater familias, vermeldende de beslissing van TIBERIUS. Waarschijnlijk is dit advies gegeven zonder kennis van dat van ANCHARANO en DE BUTRIO; daarentegen spreekt daaruit wel bekendheid met BALDUS' commentaar op de l. si pater familias.

JOHANNES PETRUCII DE MONTESPERELLO (1390—1464). Zijn meening omtrent de bemiddelende vonnissen heeft hij uiteengezet in zijn Repetitio der l. precibus C. de impuberum et aliis substitutionibus (C. 6. 26. 8). Deze repetitio is niet gedrukt tot ons gekomen (1). MONTESPERELLO wordt echter woordelijk aangehaald door zijn leerling JOANNES BAPTISTA CACCIALUPUS. In een zeer betwiste vraag uit het erfrecht waarbij de moeder van een overleden minderjarige aanspraak maakte op haar legitieme portie benevens de quarta Trebellianica, achtte hij het wegens het twijfelachtige van het geval het beste om haar gedeeltelijk haar eisch toe te wijzen „et quamquam hujusmodi compositio videatur arbitraria et non fundata in ratione, dicit tamen ipse quod in rebus multum arduis et dubiis non est respuenda sed toleranda". Als wettelijk argument wordt ditmaal aangehaald de lex filio (D. 36. 3. 7). De raad een bemiddelende uitspraak te geven wordt ook door hem evenals door BALDUS uitsluitend gericht tot den „arbitrator aut alter potestatem habens componere".

JOANNES BAPTISTA CACCIALUPUS sluit zich naar aan-

---

omnino JACOBO tribuatur de qua nulla dubitatio est, relique vero dimidie de quibus magna dubitatio propter argumenta et conflictus rationum hinc inde currentium fiat equa divisio ut si JACOBUS habeat dodrantem dicti feudi, quadrans vero spectet ad dictas filias sicut alias in simili per legem et Tiberium caesarem fuit observata ut ff. de hered. inst. l. si pater et l. seq.

(1) Zie de Repetitio der l. C. 6. 26. 8 van CACCIALUPUS, opgenomen in de groote Repetitiones-verzamelingen. De betreffende passage staat in de Lyonsche verzameling f. 283, col. 4, n. 79 en in de Venetiaansche f. 106. col. 4, n. 54.

leiding van dezelfde quaestie door hem besproken bij denzelfden tekst alsmede, in zijn verhandeling de transactionibus, geheel bij zijn leermeester aan (1). Nog een nieuwe plaats uit het Corpus juris wordt daarbij door hem naar voren gebracht; het is de lex non sine C. de bonis quae liberis (C. 6. 61. 5), waarin het als iets verdienstelijks genoemd wordt „ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare".

Bovendien beroept hij zich op het door PETRUS, CYNUS en BALDUS bij C. 6. 24. 3 opgemerkte, waaromtrent hierboven verslag gedaan is (2). Nog vermeldt hij, dat hij in het afgeloopen jaar tweemaal aan arbiters geadviseerd heeft aldus bemiddelend te beslissen. Op welke zaken deze adviezen betrekking hadden, vermeldt hij niet. Wellicht is het advies, dat thans te vermelden valt, een dezer.

BARTHOLOMAEUS SOCINUS (1436—1507). Deze auteur toont zich een voorstander der bemiddelende vonnissen in een advies dat hij te zamen met zijn ambtgenoot CACCIALUPUS heeft uitgebracht. Wederom betrof het een vraag van erfrecht, waarover de geleerden hopeloos verdeeld waren, de vraag n.l. of de bepaling die in het statutaire of gewoonte-recht van haast iedere Italiaansche stad voorkwam dat zusters niet te zamen met broeders erfden, doch slechts een recht jegens hun vader of broeders hadden op een huwelijksgift, verbindend was (3). Deze bepaling

(1) Zie de Repetitio, vermeld in de vorige noot en de verhandeling, de transactionibus, XII° quero, te vinden in Tractatus universi juris VI. 1.

(2) Zie hierboven blz. 197.

(3) CYNUS op l. sancimus C. de nuptiis (5. 4). Per totam quasi Italiam sunt consuetudines et statuta terrarum quibus dicatur quod sorores cum patribus non succedunt, ipsas tamen dotare patres vel

was een overblijfsel van Germaansche rechtsopvattingen.

Gelijk in andere landen hebben ook in Italië de Romanisten tegen haar een strijd gevoerd en zijn geeindigd met het Romeinsche recht en de daarin vervatte gedachten van gelijkstelling tusschen broeders en zusters in het erfrecht alsmede van het recht op een wettelijk erfdeel onvoorwaardelijk te doen zegevieren. Hoe de Romanisten dezen strijd gevoerd hebben, is een geschiedenis, die nog geschreven moet worden; de gegevens daarvoor liggen voornamelijk in de Consilia-verzamelingen verspreid. Hier kan slechts de aandacht op een episode uit dezen strijd gevestigd worden.

In het begin der XVe eeuw durfde men het blijkbaar nog niet algemeen aan de genoemde bepaling van het locale recht onverbindend te verklaren. Twee typische bewijzen daarvan. In een zaak waarin MARIANUS SOCINUS, de vader van BARTHOLOMAEUS, geadviseerd heeft (1) en waarin dezelfde quaestie zich voordeed, werden van ieder van beide zijden niet minder dan 74 adviezen van rechtsgeleerden overgelegd. Hierbij hadden 14 van de voornaamste Italiaansche doctoren aan ieder van beide partijen een tegenovergesteld advies gegeven. Ter verontschuldiging der heeren moge tenminste dit strekken dat er 15 jaar verloopen waren tusschen hun eerste advies en het oogenblik dat zij door de tegenpartij om advies gevraagd werden. In elk geval kan er uit afgeleid worden als hoe dubieus de quaestie beschouwd werd. Het andere staaltje is afgedrukt onder het advies van BARTH. SOCINUS en CACCIALUPUS. Het zijn de namen van 53 auteurs

---

fratres pro ipsorum dignitate et facultatibus teneantur. Hier, bij CYNUS vindt men ook de meening der oudere juristen omtrent de quaestie.

(1) Dit advies is onvolledig opgenomen in de verzameling der adviezen van M. en B. SOCINUS onder no. 30.

en hun werken uit dien tijd tegen en van 23 vóór het geoorloofd zijn van de bepaling uit het plaatselijk recht.

Staande tegenover een zoo groot meeningsverschil der geleerden besluiten CACCIALUPUS en SOCINUS hun advies aldus: „Sic in proposita quaestione nostra in qua agitur de dubia offensione juris positivi statutarii in qua est conflictus rationum compungentium et authoritatum infinitarum contradicentium, via compositionis est amplectenda circumspecto arbitrio boni viri". De bewijsplaatsen uit het Romeinsche recht voor het geoorloofd zijn van een zoodanige bemiddelende uitspraak zijn bij hen sneeuwbalsgewijze aangegroeid. Behalve de reeds geciteerden vindt men in dat advies nog aangegeven: I. 2. 1. 25 (Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium), D. 5. 4. 3. (Prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt), D. 13. 7. 25 (medie igitur haec a judice erunt dispicienda), D. 17. 1. 36. pr., D. 26. 7. 37. 1. en D. 2. 11. 2.

De overige Italiaansche auteurs der XVe en XVIe eeuw, die voorstanders der bemiddelende vonnissen waren, hebben weinig nieuwe gezichtspunten naar voren gebracht. Ik volsta dus in hoofdzaak met hun namen en de plaats in hun werken waar zij de quaestie bespreken aan te geven.

ALEXANDER TARTAGNUS DE IMOLA (1424—1477) roert het onderwerp aan bij l. TITIUS D. ad TREBEL (D. 36. 1. 56).

PHILIPPUS DECIUS (1454—1535) verklaart zich ettelijke malen voorstander van de leer der bemiddelende uitspraken. De volgende plaatsen heb ik nageslagen. Zijn commentaar op C. 6. 26. 8; Commentaria super titulis principalibus decretalium, tit. de constitutionibus c. 1. n. 32 en tit. de probationibus c. 1. n. 10; Consilia, cons. 176 en cons. 445. Op al deze plaatsen vindt men slechts herhaling van hetgeen vroegere auteurs gezegd hebben.

Zijn adviezen, waarin hij wegens het dubieuze van het geval een deeling in overweging geeft, betroffen beide wederom een testamentaire vraag. In het geval van cons. 176 had een vader zijn gewettigden zoon tot erfgenaam ingesteld. Nadat het testament gemaakt was, werd de wettiging aangetast en nietig verklaard. Na het overlijden van den vader vraagt en verkrijgt het kind opnieuw wettiging. Vraag: is de testamentaire beschikking geldig? Met het oog op hetgeen pro en contra kan aangevoerd worden, adviseert DECIUS tot een deeling. Hetzelfde doet hij in consilium 445, toen de quaestie was of door onderlinge afspraak van kinderen de erfopvolging in een feudum antiquum kon gewijzigd worden. In dit advies vindt men nog dit argument dat DECIUS aan den canonist PANORMITANUS ontleend heeft: Et ista conclusio videtur maxime procedere in isto casu in quo lis longo tempore duravit, quo casu quando partes diu litigarunt et res intricata sit, potest judex partes ad concordiam compellere, c. placuit 90 dist. En verderop nog: Accedit etiam quod ista causa agitur inter conjunctos inter quos ab imperatore concordia suadetur l. congruentius C. de pa. potest (C. 8. 46. 4).

FELINUS (1444—1503), canonist, moet de vraag behandeld hebben in zijn commentaar op de decretalen tit. de constitutionibus c.l. Ik heb dit werk niet kunnen raadplegen.

FRANCISCUS CURTIUS (overl. 1533) en MARIANUS SOCINUS de jongere (1482—1556) hebben in 1532 te zamen een advies uitgebracht, dat opgenomen is onder de consilia van MAR. SOCINUS dl. II cons. 33. Wederom een erfenisquaestie; kinderen van een overledene waren bij vonnis voor onwettig verklaard; dientengevolge hadden de zijverwanten zich in het bezit der nalatenschap gesteld. Een daarop gevolgde wettiging van den vorst deed opnieuw

een procedure ontstaan; de kinderen eischten thans de nalatenschap op. Een wetsartikel als art. 333 B. W. dat in de quaestie voorzag, ontbrak. De adviseurs verklaren zich voor een middenweg. In de motiveering wordt letterlijk DECIUS gevolgd.

ALCIATUS (overl. 1548) stipt de leer van ANCHARANO aan in zijn commentaar op den titel de officio ordinarii der Decretalen, can. 1. n. 99.

ANTONINUS TESSAURUS (einde der XVIe eeuw), rechtsgeleerde uit Piemont, verklaart zich een voorstander van bemiddelende uitspraken in de toelichting der dec. 89 van zijn werk, Novae decisiones sacri Sanatus Pedemontani. TESSAURUS geeft twee beperkingen voor het gebied van toepassing der bemiddelende vonnissen. De eerste is dat in geval van twijfel omtrent de feiten geen bemiddelende uitspraak geoorloofd zou zijn. Het „in dubio pro reo" zou tot geheele ontzegging van den eisch leiden. Desniettemin aarzelt de schrijver hier en schijnt ten ten slotte er toe te neigen om toch ook in deze gevallen een bemiddeling door den rechter toe te laten (1). De tweede beperking geldt het geval dat de twijfel het gevolg is van een dubbezinnigheid in de ingestelde vordering; deze dient ten gunste van den eischer uitgelegd (zie D. 5, 1. 66).

MENOCHIUS (1532—1607) bespreekt de quaestie zeer kort in zijn werk: de arbitrariis judicum quaestiones lib. I qu. 56 n. 3.

Tot latere Italianen heb ik mijn nasporingen niet uitgestrekt.

(1) Præedicta opinio limitatur ut procedat quando dubium est in jure, sin autem esset in facto ut quia utraque pars probaret intentionem suam, tunc in dubio esset judicandum pro reo..... Verum ego crederem etiam hoc casu debere judicem et consultorem hortari transactionem et decretum interponere.

VII.

De leer der Italiaansche juristen verspreidt zich in de XVIe eeuw over het vasteland van Europa. In Frankrijk, Duitschland en de Nederlanden vallen aanhangers van haar aan te wijzen. Onder hen die zich voorstanders der bemiddelende uitspraken verklaard hebben, dienen de volgende speciale vermelding.

Frankrijk.

Allereerst dan in Frankrijk. Onder de Fransche Bartolisten der XVIe eeuw kunnen drie bekende namen genoemd worden: Nicolas Boyer, Tiraqueau en Guy Coquille.

Boyer komt in zijn Decisiones Burdegalenses drie maal op de judicia rusticorum terug. De eerste maal in dec. 42, naar aanleiding van het arrest van het Parlement van Bordeau van 13 September 1520, waarbij dit in een ingewikkelde eigendomsprocedure, toen iemand op grond van een verjaring zonder titel den eigendom opeischte, een bemiddelende uitspraak gegeven had. Aan ieder der partijen was de helft der in geschil zijnde goederen toegekend. Boyer neemt deze uitspraak in bescherming en volgens zijn gebruikelijken betoogtrant geeft hij een bloemlezing uit de werken der Italiaansche juristen, die ik den lezer besparen kan. De twee andere malen dat hij de vraag ter sprake brengt en voor een sententia rusticorum opkomt, liep de strijd over het bezit van een goed (dec. 149 en 239). Vermeldenswaard is daarbij dat in het laatste geval het Parlement niet met zijn zienswijze is medegegaan. Met 10 tegen 8 stemmen besloot het geen bemiddelend vonnis te wijzen doch zich aan te sluiten bij de vroegere practijk van het Parlement van Parijs, om

bij even sterk bewijs van beide zijden, de bezitsactie te ontzeggen.

Ook bij TIRAQUEAU is het een practische vraag die hem tot de bespreking van ons onderwerp voert.

De vraag is deze: wien vallen de voordeelen van het eerstgeboorterecht ten deel, wanneer men met een tweeling te doen heeft en niet kan aangetoond worden, wie van beiden het eerst geboren is? Hij die streng de leer van de verdeeling van den bewijslast wil volhouden, moet in dit geval tot het resultaat komen dat er geen eerstgeborene en geen eerstgeboorterecht bestaat. Niemand minder dan CUJACIUS heeft deze consequentie aanvaard (1).

Wien het echter onbillijk voorkomt, dat aldus de voordeelen van het eerstgeboorterecht voor het geslacht geheel te loor gaan, die heeft geen anderen uitweg dan of gelijk DUMOULIN voorstelde (2) het lot te doen beslissen of zooals TIRAQUEAU in zijn 17e quaestie de jure primogeniorum adviseert de voordeelen van het eerstgeboorterecht aan de beide pretendenten gemeenschappelijk toe te kennen. Overigens is deze uiteenzetting van TIRAQUEAU alleén leesbaar voor hem die bouwstoffen voor de geschiedenis der behandelde vraag wil verzamelen. Het is een lawine van geleerdheid zonder eenige oorspronkelijkheid of bijzondere zeggingskracht.

De oplossing van TIRAQUEAU heeft echter haar innerlijke waarde. Dientengevolge is zij in Frankrijk de heerschende geworden (3). Overal waar men een eerstgeboorterecht heeft levert deze quaestie een stilzwijgend pleidooi voor bemiddelende vonnissen.

---

(1) CUJACIUS op de l. si fuerit D. de rebus dubiis (D. 34. 5. 10).

(2) DUMOULIN Consuet. Paris. tit. 1. § 8.

(3) A. FABER Conjecturae lib. XX. c. 4, HENRYS et BRETONNIER II, liv. VI qu. VIII; LE BRUN, Des successions liv. 2 ch. 2. sect. 1. n. 9; ROUSSEAUD, Recueil, in verbo aîné, sect. 1 n. 10.

Een geheel ander auteur dan TIRAQUEAU is GUY COQUILLE. Ook deze is opgevoed in de Italiaansche school, leerling van MARIANUS SOCINUS, den jongere. Ook hij citeert trouw de Bartolisten, maar hij zoekt daarin niet de kracht zijner argumentatie te leggen, doch doet een onmiddellijk beroep op het gezond verstand van den lezer. Zoo ook bij het onderwerp dat ons hier bezighoudt, door hem besproken in de Coustumes de Nivernois, tit. des droicts de gens mariez, art. XXI. Aan de orde is daar de société taisible, tusschen meerdere te zamen wonende personen bestaande. Hoe moet het gaan wanneer een dezer personen volwassen kinderen heeft, die in het bedrijf van hun ouders werkzaam zijn en daarin winsten maken? COQUILLE meent dat deze winsten voor de helft aan de kinderen toekomen en doet daarbij een beroep op de hierboven besproken leer van BARTOLUS, welke in een overeenkomstig geval van samenwerking tusschen kapitaal en arbeid eveneens deeling bij helften aanried. Deze verdeeling bij helften, dit jugement rustique, wordt door COQUILLE deels verdedigd met een verwijzing naar teksten uit het Romeinsche recht en het cons. 445 van DECIUS. Daarnaast maakt hij echter deze opmerking: „Or il n'y a chose plus perilleuse ny plus incertaine que de se submettre à l'arbitrage des hommes és choses qui consistent au pur jugement du sens interieur quand il doit estre fondé sur la ratiocination de chacun des arbitres tant à cause de la facilité naturelle qui est aux hommes de n'estre de mesme advis l'un que l'autre — ce qui est representé D. 4. 8. 17. 6. — et encores pource que tel arbitrage est fort subjet à brigues et menees auquel cas la loy permet de submettre le negoce au sort — D. 40. 5. 24. 17 — et est moins perilleux en cas de doute de partir de moitié". Ten slotte wordt dan nog door COQUILLE een arrest van 9 Januari 1527 geciteerd hetwelk

in een bezitzaak een bemiddelende uitspraak gegeven heeft.

De school van BOURGES heeft slechts matige aandacht gewijd aan de vraag die ons hier bezighoudt. Zeer zeker, de beslissing van Keizer TIBERIUS in I. 2. 15. 4 en D. 28. 5. 41 en 42 vermeld, is haar niet ontgaan. Maar wel teekenend voor deze school is wat haar het meest in deze plaatsen opviel. Het is de tegenstrijdigheid, die zij tusschen de deeling, gelijk die in de Instituten en in de Pandekten beschreven is, constateerde. Dáár een deeling in twee gelijke deelen, ginds een deeling van $^1/_4$ en $^3/_4$. Vernuftige emendaties worden voorgesteld, de paraphrase van THEOPHILUS wordt nageslagen en vergeleken, men komt tot een juister inzicht in de beteekenis van den tekst, het vruchtbare practische beginsel echter, dat aan de uitspraak van TIBERIUS ten grondslag ligt, gaat men vrijwel achteloos voorbij. Toch niet allen. Zij het dan ook kort en zonder nieuwe bewijsplaatsen aan te voeren wordt het nut der bemiddelende uitspraken door enkelen gememoreerd. Zoo o. a. door DUARENUS (1), zoo door DONELLUS (2).

(1) DUARENUS in tit. de vulgaribus et pupillaribus substitutionibus: Sunt qui dicunt hoc judicium carere omni ratione, et substitutum praeferendum esse et hanc leoninam potius vel vulpinam divisionem et adducunt leggem si non fuerint § Aristo ff. pro socio (D. 17. 2. 29 2). Sed credendum non est compositores Pandectarum id in hos libros relaturos esse, si id iniquum judicassent. Sumpserunt compositores librorum horum quae videbant maxime pertinere et necessarie esse ad constituendam aequi et boni artem. Ferendum igitur non est quod ab eis dicitur de iniquitate hujus judicii. Nec vero novum est hoc partitionis genus, quod aptum est pacificationi, ut cum similes sunt rationes ex utraque parte, dividatur equaliter tota hereditas.

(2) DONELLUS, Com. de jur. civ. lib. V, cap. 24 § 16: Neque novum est in dubiis rebus, in quibus variae rationes in contrarias sententias rem distrahunt, mediam viam eligi.

Nog in de XVIIIe eeuw wordt dan ook in Frankrijk de beteekenis van bemiddelende vonnissen voor twijfelgevallen geleerd. BOUTARIC in „Les Institutes de Justinien (1e druk 1737) merkt bij I. 2. 15. 4, — de uitspraak van Keizer TIBERIUS — op: „La décision de ce texte, quoique dans une espèce qui ne peut avoir aucun rapport à nos usages, ne laisse pas d'être remarquable; elle nous apprend que dans les questions difficiles, on peut user quelquefois de tempérament et sans prononcer à la rigueur pour l'une ou pour l'autre des parties, partager, comme l'on dit, le différend, nec mihi, nec tibi sed dividatur, etc."

Echter ook hoort men in de XVIIIe eeuw reeds uitingen in tegengestelden zin, voorboden van de stemming na de codificatie. Teekenend in deze is b.v. de uitlating van SERRES in zijn Institutions du droit français op I. 2. 15. 4: BOUTARIC a remarqué sur ce texte que dans les questions difficiles on peut user quelquefois de tempérament et partager entre les parties le différend, nec mihi, nec tibi, sed dividatur. C'est pourtant ce que l'on appelle judicium rusticorum, anile judicium et il est certain que ces sortes de jugements ne font pas honneur aux juges, outre qu'ils ne conviennent pas à leur dignité."

Duitschland.

In de geschriften der Duitsche juristen der XVIIe en en XVIIIe eeuw worden de bemiddelende uitspraken veelvuldig besproken, steeds echter is het een herhaling van reeds bekende opmerkingen en bewijsplaatsen. Zoo b.v. in de werken van OSTERMANN (1), van BARBOSA en

(1) Rationalium ad quatuor libros Institutionum II. 15. § 4.

TABOR (1). Van meer belang is dat onder invloed dezer schrijvers ook een stelling nemen ten gunste van de leer der bemiddelende uitspraken in de Allgemeine Gerichtsordnung van FREDERIK DE GROOTE te vinden is (dl. I. tit. XIII § 29 en § 30). Hier wordt den rechter uitdrukkelijk toegestaan „bei nicht zu hebendem Widerspruch in den Beweismitteln den Gegenstand des Streites nach einem billigen Verhältnisse zu theilen".

GRÄVELL in zijn Commentaar op deze verordening teekent daarbij aan, dat voor het geven van een dusdanig „Schnitterurtheil" noodig is, dat beide partijen eenig bewijs hebben bijgebracht. Verder behoeft de deeling niet steeds bij helften te geschieden, de rechter heeft op dit punt volkomen vrijheid van handelen. Het geven van een Schnitterurtheil heeft volgens GRÄVELL zelfs de voorkeur boven het opleggen van een suppletoiren eed, daar de Verordnung van 26 Oktober 1799 § 7 gerechtelijke eeden zooveel mogelijk wenschte te vermijden (2).

In overeenstemming met de nieuwere inzichten is ook in het Allgemeine Preussische Landrecht gebroken met de leer van het Romeinsche recht, dat in geval van twijfel wie van twee personen de erflater had willen bevoordeelen de testamentaire beschikking vervalt. Het A. L. R. bepaalde (I. 12. § 542) „Ist das Verhälltnis vollkommen gleich, so muss die Erbschaft oder das Vermächtniss unter diejenigen auf welche die Beziehung gedeutet werden kann gleich getheilt werden". Deze bepaling is thans ook in het Duitsch B. G. B. weer te vinden (§ 2073).

---

(1) Thesaurus locorum communium, lib. XI cap. 20, Mediocritas n. 7.
(2) GRÄVELL t. a. p. II § 265.

De Nederlanden.

Twee Nederlanders slechts heb ik kunnen vinden, die zich voor de bemiddelende vonnissen hebben uitgesproken, de Zuid-Nederlander Zoesius (ad Pandectas lib. 5 tit. 1 n. 32) en de Noord-Nederlander Simon van Leeuwen (Censura Forensis, II, 1. c. 29 n. 35).

Van Leeuwen spreekt alleen van twijfel *die het gevolg is van een onvoldoend bewijs.* Hebben beide partijen het door hen gestelde niet geheel bewezen en is er bovendien geen plaats voor eedsopdracht, als b.v. bij het bewijs van bloedverwantschap in een erfenis-procedure, dan acht hij deeling van het onderwerp van den strijd wenschelijk. Ook memoreert hij dat de Hooge Raad in bezitsprocedures, wanneer het bewijs van beide zijden even sterk was, somtijds de zaak tusschen partijen gedeeld heeft (1). Tot mijn spijt heb ik deze uitspraken van den Hoogen Raad niet kunnen weervinden.

VIII.

Mijn historisch overzicht zou onvolledig zijn, indien ik ook niet een enkel woord aan de rechtspraak wijdde. Ware de leer der bemiddelende vonnissen slechts een uitvinding van enkele schrijvers geweest zonder toepassing in de rechtspraak, men zou hier terecht van grauwe theorie kunnen spreken.

---

(1) Caeterum in dubiis causis ubi minus plenae probationes et praesumptiones utrimque sunt pares neque juramento locus esse potest, veluti in probanda consanguinitate pro capienda hereditate defuncti quae ab utraque parte semiplene probatur, sicut dubium sit cui partium sit deferenda, dividenda est hereditas ut utrique parti dimidium obveniat et sic de caeteris ubi causa ita se habet ut res in judicium deductae dividi possint per textum in l. 3 verb. medietatem quandam ff. Si pars hereditatis petatur (= D. 5. 4. 3).

De leer heeft echter ook in de rechtspraak aanhangers gevonden (1).

De onderwerpen, waarbij men haar het meest toegepast vindt, zijn de navolgende:

1°. *Bezitsprocedures.*

Reeds zijn hierboven vermeld een vonnis van het gerecht te Bologna (2), het arrest van het Parlement te Parijs van 9 Januari 1527 (3) en de door SIMON VAN LEEUWEN medegedeelde rechtspraak van den Hoogen Raad van Holland, Zeeland en Westfriesland. Daarnaast kunnen nog genoemd worden een arrest van het Parlement te Parijs van 14 Maart 1533 en een van 3 Maart 1519 van dat van Bordeaux, beide te vinden bij PAPON (4) (5). Deze twee arresten worden door PAPON uitdrukkelijk als voorbeelden van judicia rusticorum medegedeeld.

---

(1) Het was mij ondoenlijk de eindelooze verzamelingen van arresten systematisch af te zoeken; mijn opgave draagt dan ook slechts een fragmentarisch karakter.

(2) Zie hierboven blz. 202 noot 2.

(3) Zie blz. 216.

(4) Corpus juris Francici lib. XVII tit. 2, arr. 1. In Majore Camera Inquisitionum Arresto observata fuit sententia BARTOLI in l. si duo ff. uti poss. (quam plerique judicium rusticorum vocant) puta, quando concurrentia et conflictus probationum est quae ex utraque parte similes reperiuntur, omnibus circumstantiis et qualitatibus testium, instrumentorum et documentorum perpensis, rem contentiosam in duo dividendam et singulis partibus mediam eius partem pro indiviso adjudicandam.

(5) PAPON t. a. p. arrest 6. Hoc arrestum datum fuit juxta sententiam Glossae in l. Nesennius ff. de neg. gest. conformem judicio rusticorum qui omnium dubiarum rerum antequam prolixe de iis disputent adjudicationem faciunt unicuique parti pro parte dimidia.

2°. *Eigendomsprocedures.*

Reeds hierboven is het arrest van het Parlement van Bordeaux van 13 September 1520 aangeteekend (1). Een overeenkomstige beslissing is door den Grooten Raad van Mechelen op 1 Maart 1707 gegeven, toen twee partijen beide aanspraak maakten op de lods et ventes wegens den verkoop van een goed. Wegens de onzekerheid en het twijfelachtige van het geval werd aan ieder der beide partijen de helft toegewezen (2).

3°. *Erfeniszaken.*

Behalve de vele quaesties die in de adviezen der Italiaansche juristen ter sprake zijn gekomen, kan nog gewezen worden op twee arresten van den Senaat van Piemont, een van 26 November 1563 betreffende de vraag of het recht om de vaderlijke nalatenschap te aanvaarden na het overlijden van het kind op diens moeder-erfgenaam overgaat. Het tweede arrest, dat van 17 Augustus 1588, betrof wederom een locaal statuut, hetwelk de door den vader of den broeder uitgehuwelijkte dochter of zuster van de opvolging in de ouderlijke nalatenschap uitsloot. Ditmaal was de vraag of dit voorschrift ook toepassing vond, wanneer een zuster door haar broeder na het overlijden van hun vader uitgeboedeld werd. De Senaat na driemaal over deze zaak beraadslaagd te hebben zonder tot overeenstemming te komen, gelastte een schikking; zij gaf daarbij echter tevens aan hoe zij in de toekomst het statuut zou uitleggen (3).

---

(1) Zie blz. 213. Het arrest is ook opgenomen bij Papon t. a. p. arr. 7. Papon noteert hierbij: Judicium id rusticorum fuit.

(2) Du Laury, Recueil des arrêts notables rendus au grand conseil à Malines, arrêt 52.

(3) Tessaurus. Novae decisiones. dec. 88 en 101.

Ten slotte zij nog gewezen op een arrest van den Hoogen Raad te Mechelen van 21 Maart 1713 in een geschil aangaande de geldigheid van een testament. Het arrest kende aan ieder der partijen de helft der gelegateerde zaak toe wegens de onzekerheid van het recht, want zegt de annotator: la cause avoit passée antérieurement par deux instances, dont chacun avoit obtenu une en sa faveur (1).

4°. *Onrechtmatige daden, waarbij de schuld onzeker blijft.*

Twee merkwaardige arresten hebben ook bij dit onderwerp een deeling tusschen partijen gelast uit hoofde van het onzekere der feitelijke toedracht. Het een is het arrest van het Parlement van Parijs van 10 Mei 1687 in het geval van een brand van twee naburige molens waarbij het onzeker gebleven was door wiens toedoen de brand ontstaan was. Het Parlement gelastte dat de reparatiekosten naar evenredigheid moesten gedragen worden tusschen de eigenaars, de pachters van de molens en hun knechten (2).

Het tweede arrest is door den Raad van Vlaanderen een tiental jaren later gewezen (3). De commandant van Brugge had eenige soldaten tegen den wil van de eigenares in een leegstaand huis doen inkwartieren. Eenige dagen, nadat de soldaten dit huis verlaten hadden, verbrandde het. De eigenares sprak de stad Brugge aan en wist eenige feiten aan te voeren die het waarschijnlijk maakten dat het vuur sinds het vertrek van de soldaten gesmeuld had. Daar dit echter geen

---

(1) Du Laury, Recueil des arrêts notables rendus au grand conseil à Malines, arrêt 52 in fine.

(2) Journal des Audiences tom. 5, liv. 3, ch. 6.

(3) Du Laury, t. a. p. arrêt 52.

afdoend bewijs was, veroordeelde de Raad van Vlaanderen de stad Brugge in de helft der door den brand veroorzaakte schade en in twee derden der proceskosten.

IX.

Een codificatie heeft steeds het groote nadeel dat door haar in de wetenschap het verband met den voortijd verbroken wordt. Zoodra een nieuw wetboek tot stand gekomen is, zet de wetenschap zich aan de bewerking der daarin vervatte stof; om theorieën uit vroeger tijd bekommert zij zich nog slechts voor zoover deze in het wetboek weer te vinden zijn. Blijkt dan later nog behoefte te bestaan aan een vergeten leer uit vroeger eeuwen, dan moet deze in den regel opnieuw uitgevonden worden.

Zoo is het ook bij ons onderwerp gegaan. De codificatie der XIXe eeuw heeft alles, wat nog als herinnering aan de leer der bemiddelende vonnissen leefde, gedood. Daarbij kwamen nog twee voor het voortbestaan dezer leer hoogst ongunstige omstandigheden: de verheerlijking der codificatie als zekere kenbron van het recht en de aanvaarding als een axioma van de juistheid der theorie van de automatische verdeeling van den bewijslast.

Nog heden moet degene, die bemiddelende uitspraken wil verdedigen, deze twee hindernissen overwinnen. De tijd schijnt daarvoor gunstig: de voortreffelijkheid der automatische verdeeling van den bewijslast is reeds geen axioma meer, ja staat zelfs als stelling wankel. Mocht zij ooit vallen, dan, maar niet eer, zal de weg openstaan voor bemiddelende vonnissen op grond van twijfel aan de feitelijke toedracht der zaak.

De voorstelling van een wetboek als zekere kenbron van het recht is reeds gevallen. Het zou zoo schijnen dat niets nu meer de wenschelijkheid in

den weg staat, om evenals in vroeger eeuwen bij twijfel aangaande het recht een bemiddelende uitspraak te geven. Echter op twee belangrijke verschilpunten tusschen nu en vroeger moet hier gewezen worden. Wanneer men in vroeger eeuwen twijfel koesterde omtrent de juiste beteekenis van een wetstekst, dan was het ontzag voor deze rechtsbron toch steeds zoo groot, dat men zich bij zijn uitlegging bleef bewegen tusschen de grenzen der mogelijke interpretaties; men koos deze uitlegging of gene, hoogstens nam men een gemiddelde. Degene daarentegen die in den tegenwoordigen tijd aan twijfel omtrent de bedoeling van een wetsartikel zoo verstrekkende gevolgen wil verbinden dat de uitlegger dier wet niet meer verplicht zou zijn een keuze te doen uit een der vele mogelijke uitleggingen, bepaalt zich niet als nieuwe oplossing den middenweg tusschen de gegeven wetsuitleggingen te kiezen. Zonder verder op het wetsartikel acht te slaan, zal hij beslissen, alsof hij wetgever ware. En hiermede wijzigt zich het karakter der vraag (1).

In de tweede plaats is de beteekenis van de rechtspraak voor de rechtsontwikkeling thans een veel grootere dan in het Italië der middeleeuwen. Wanneer een rechter van den tegenwoordigen tijd op zuivere rechtsgronden beslissen moet over de geldigheid van een rechtshandeling, stel een testament, dan moet zijn uitspraak niet alleen vrede brengen tusschen twee strijdende partijen, maar zij zal tevens een richtsnoer zijn voor personen die in overeenkomstige gevallen moeten handelen. Een rechtshandeling nu zij geldig of ongeldig, een geldigheid voor de helft is onbruikbaar. Een erflater, die b.v. rekening zou willen houden met een zoodanige jurisprudentie, zou al zijn legaten alleen pro forma moeten verdubbelen.

(1) Zie blz. 191.

Geheel anders was de vroegere toestand in Italië. Geen rechterlijke beslissingen, maar de meeningen der auteurs hadden leidende kracht. Waren deze in hun geschriften of in hun adviezen hopeloos verdeeld, de rechter vergerde de rechtsonzekerheid niet door een bemiddelend vonnis te geven.

Het is dan ook geen louter toeval dat men de meeste bemiddelende uitspraken in zuivere rechtsvragen in het Italië der XVe en XVIe eeuw zal vinden.

In andere landen daarentegen zijn het bij voorkeur gevallen geweest waarin de feitelijke toedracht onzeker was, die tot een rechterlijke bemiddeling aanleiding gaven. Daarbij sluit onze moderne rechtsontwikkeling zich beter aan. Op dit gebied kunnen bemiddelende uitspraken nog een toekomst hebben.

E. M. Meijers.

Mr. C. A. J. HARTZFELD. *Het bemiddelend vonnis.* — *Amsterdam*, 1915.

Vóór zijn eigenlijk betoog geeft schrijver ons drieërlei: eene omlijning van het onderwerp; eene herinnering aan de „geschiedenis" van het vraagstuk, en eene verduidelijking door voorbeelden.

De omlijning van het onderwerp, de preciseering van de vraag, *hier* vooral zoo noodzakelijk, volstrekte voorwaarde voor eene vruchtbare gedachtenwisseling over de wetenschappelijke beteekenis en practische uitvoerbaarheid van het door Mr. HARTZFELD gekoesterd lievelingsdenkbeeld. Hij wijst er op, hoe de rechter reeds thans meermalen beide partijen gedeeltelijk in het gelijk stelt, maar in 't algemeen de uitersten kiest en weinig werkt met tusschenmogelijkheden. In de toekomst nu kan hierin verandering komen en kan in de reeds schoorvoetend ingeslagen richting verder worden gegaan. Men denke aan de gevallen, waarin de eischer de posita van zijn eisch niet geheel heeft bewezen maar toch genoeg bewijs heeft bijgebracht om aan *zijne* lezing van de zaak een belangrijken steun te geven; aan het geval, dat er over de uitlegging van eene der bepalingen eener gesloten overeenkomst verschil bestaat en misschien voor de twee uitleggingen evenveel is te zeggen; aan het geval, dat het verschil zich openbaart ten aanzien van de uitlegging van de wet zelve. In al deze gevallen is het denkbaar „dat de rechter de argumenten vóór en tegen beide laat wegen om te komen tot eene beslissing tusschen het standpunt van beide partijen in".

Uit de korte „geschiedenis" van het onderwerp mogen wij aanstippen, dat de schrijver met voldoening eene

kentering constateert in de wijze van begroeting van zijn denkbeeld, wij zouden kunnen zeggen in de wijze van reageeren op de verkondiging van de nieuwe leer. Het aanvankelijk gevoel van verbazing (het beschouwen van het bemiddelend vonnis als iets min of meer geheimzinnigs) heeft plaats gemaakt voor betuiging van instemming of bestrijding. Onder hen, die blijk gaven van instemming, mag genoemd worden Dr. ZEILER, die in de door schrijver genoemde verhandeling zich een voorstander betoonde van de hoofdgedachten, door Mr. HARTZFELD ten opzichte van de bemiddelende rechtspraak reeds vroeger ontwikkeld.

En dan, als derde en laatste punt vóór het eigenlijk betoog, het aanschouwelijk maken door voorbeelden (Hoofdstuk II). Onder verschillende hoofden krijgen wij eene bloemlezing van gevallen, waarin het bemiddelend vonnis eene meer bevredigende oplossing van het geschil zal geven dan de „eenzijdige" rechtspraak. Wij teekenen hieruit het volgende aan. Bij de „geschillen over bezit en eigendom" vindt schrijver gelegenheid er aan te herinneren, hoe na het bekende arrest van den Hoogen Raad in de Erfgooierszaak (van 16 Februari 1906, W. 8339) — in welke zaak het geschil onoplosbaar bleek — de *wetgever* als 't ware de taak van den rechter heeft overgenomen door zelf eene bemiddelende beslissing te geven. Bij de „onrechtmatige daad" wijst hij er op, dat het leerstuk van „de schuld aan weerszijden" in de Duitsche en de Oostenrijksche wetgeving reeds is geregeld in dien zin, dat de te vergoeden schade wordt bepaald naar de mate van elks schuld, een voorbeeld hetwelk de Fransche jurisprudentie met groote vrijmoedigheid, *onze* jurisprudentie daarentegen slechts aarzelend volgt.

Bij de „wetsquaesties" verwacht hij den meesten tegenstand tegen de verwezenlijking van zijne denkbeelden;

hier toch „raakt men aan den stralenkrans om het hoofd van den wetgever" en is dus vooralsnog niet de intrede van het bemiddelend vonnis te verwachten.

Wij komen thans tot het eigenlijk pleidooi voor het bemiddelend vonnis, n.l. de theoretische verdediging daarvan en de weerlegging van de daartegen te maken bedenkingen. Twee vragen heeft schrijver daarbij te beantwoorden. Hoe moet ons oordeel zijn over het bemiddelend vonnis uit het oogpunt van Rechtvaardigheid? Welke is de kracht van het argument, daar*tegen* ontleend aan de Rechtszekerheid?

De eerste vraag is verreweg de eenvoudigste. Strijd in dit opzicht schijnt uitgesloten. Vooral, wanneer men — zooals Mr. HARTZFELD — het bemiddelend vonnis niet als regel aanprijst maar alleen voor de daarvoor geschikte gevallen, is de stelling, dat door een dergelijk vonnis de rechtvaardigheid gediend wordt, eene bij uitstek sterke. Men heeft vasten grond onder den voet, wanneer men tegenover de generaliseerende wettelijke bepaling, welke in 't algemeen als billijk is te beschouwen, de onvermijdelijkheid van het summum jus summa injuria d. w. z. de mogelijkheid van eene onbillijke en onrechtvaardige rechterlijke uitspraak in concreto bepleit. En onze schrijver staat dan ook sterk, wanneer hij uit de allengs doorbrekende gedachte, dat bij de beslissing van menige rechtsvraag het *toeval* een groote rol speelt en in die gevallen de civilist, door wikken en wegen van allerlei omstandigheden en belangen, zelf het recht heeft te *vinden*, deze consequentie trekt: alleen de uitspraak, welke met dien twijfelachtigen toestand rekening houdt en zich zoo goed mogelijk aan het concreet geval aanpast, is tegenover de betrokken partijen als de meest rechtvaardige te beschouwen. Deze consequentie wordt nog scherper belicht door de overweging, dat in die bedoelde

twijfelachtige gevallen — waarin naar waarheid kan gesproken worden van een „jus incertum" — de rechter, die een bemiddelend vonnis geeft, daarmede tevens geeft de practische en afdoende beslissing, de quaestie, waarom 't gaat, losmaakt uit den toestand van verwardheid, waarin zij zich bevindt, en zoodoende inderdaad het geschil, hetwelk partijen verdeeld houdt, uit de wereld helpt.

Kon schrijver dus ten aanzien van de *rechtvaardigheid* volstaan met eene korte aanstipping, met eene herinnering aan waarheden welke heden ten dage wel algemeen als zoodanig worden erkend, geheel anders stond hij tegenover het vraagstuk van de *rechtszekerheid*. Immers het goed van de rechtszekerheid wordt door hem en door vele anderen niet zóó hoog aangeslagen als vorige geslachten dat hebben gedaan, al erkent hij hare preventieve werking tot voorkoming van geschillen als een factor van onberekenbare grootte. Hij had dus dat nieuwere standpunt te verdedigen met behulp van de moderne opvattingen omtrent de verhouding tusschen de zekerheid van het recht en de rechtvaardigheid van de rechterlijke uitspraak.

Uitgangspunt vindt hij daarbij in het bestaan van de tegenwoordige „vrijer-rechtsbeweging", eene beweging, waaraan — let wel! — de wetgever zelf steun kwam verleenen, toen hij willens en wetens („met voorbedachten rade") de beslissing van menig belangrijk punt aan het vrije oordeel des rechters overliet. De sociologische verklaring van dit verschijnsel vindt hij hierin „dat rechtszekerheid in eene beschaafde maatschappij als de moderne niet met die kracht en ook niet met die middelen behoeft te worden bevestigd als in eene halfbeschaafde maatschappij, zooals die eeuwen geleden bestond" (blz. 35), eene stelling welke hij nader toelicht met een beroep op de verschillende wijze, waarop de *eigenrichting* vroeger

beoordeeld werd èn waarop thans over haar wordt gedacht.

Was vroeger de rechtszekerheid het boven alles noodige, thans, nu de rechtsorde geconsolideerd is en het aanvankelijk groot gevaar voor rechtswanorde is geweken, is 't met hare alleenheerschappij gedaan. Het voorheen oppermachtig adagium „wie beweert, moet bewijzen" heeft terrein verloren door de overweging, dat de status quo vaak juist *niet* de rechtmatige is. Het geloof in de uitleggingsalmacht van den rechter is aan het wankelen gebracht door de *werkelijkheid*, die aantoont niet alleen het bestaan van rechtsonzekerheid op menig gebied maar tevens vaak 's rechters machteloosheid daartegenover. En niet anders is 't ten aanzien van de redeneering, dat de rechtszekerheid noodig zou zijn voor het prestige van het recht tegenover de justitiabelen. Deze redeneering heeft veel van hare kracht verloren, nu de rechtsorde allengs meer geëerbiedigd wordt; ook hier geldt 't: thans niet meer zoo noodig als voorheen.

Na op deze wijze het terrein voor de „vrijer-rechtsbeweging" te hebben geëffend, komt schrijver nu tot de vervulling van zijne hoofdtaak: aan te toonen, dat in *dien* nieuweren gedachtengang het bemiddelend vonnis volkomen past. Hij doet dat door er op te wijzen, dat het essentieele van die beweging ook het essentieele is van het bemiddelend vonnis. Neem vooreerst de belangenafweging. Evenals die afweging meermalen den *wetgever* tot een bemiddelend resultaat leidt, zoo zal die eisch, aan den *rechter* gesteld, dezen ook onder bepaalde omstandigheden tot het geven van eene bemiddelende uitspraak brengen. Denk voorts aan het „recht van de werkelijkheid". Is de drang naar die werkelijkheid de „reuzenkracht" welke de meergenoemde beweging in het leven riep, zij is 't tevens, die bestemd is het bemiddelend

vonnis vooruit te stuwen. „Het bemiddelend vonnis is één stuk natuur en werkelijkheid" (blz. 48). En eindelijk — het allengs zich krachtiger openbarend verzet tegen de lijdelijkheid van den rechter, de eisch dat hij meer leiding geve aan de procesvoering van partijen, brengt als vanzelf mede, dat hij een meer zelfstandig standpunt tusschen en boven de partijen inneme, op de *tusschen*-mogelijkheden meer het licht doe vallen en zoodoende eerder er toe zal komen de waarheid *in het midden* te ontdekken en dienovereenkomstig te beslissen.

Hebben wij hiermede het betoog van Mr. Hartzfeld, neergelegd in de hoofdstukken „Rechtvaardigheid", „Rechtszekerheid" en „Nieuwere rechtsopvattingen" in vogelvlucht beschouwd, dan hebben wij thans rekenschap te geven van den eindindruk, welken dat betoog en daarmede tevens schrijver's hoofddenkbeeld zelf op ons heeft gemaakt.

Wij stellen daarbij op den voorgrond, dat wij schrijver's bescheidenheid, inzooverre hij waarschuwt tegen overschatting van de pretenties van het door hem aangeprezen denkbeeld, hem als een verdienste aanrekenen. Door de werking van het bemiddelend vonnis zeer nadrukkelijk tot de daarvoor in aanmerking komende gevallen te beperken, houdt hij de beginselvraag zuiver en voorkomt hij de — bij de verdediging van ieder nieuw denkbeeld zoo gemakkelijke — oppositie, welke hare kracht zoekt in het trekken van de uiterste consequenties van het beginsel en het demonstreeren van de gevolgen, welke alsdan zijn te duchten. Daarnaast waardeeren wij in het geschrift een streven naar objectiviteit, met name blijkende uit de hierboven vermelde passage, waarin op de groote waarde van de preventieve-werking van de rechtszekerheid wordt gewezen en aan sommige aanhangers van de nieuwere

rechtsopvattingen het miskennen van die beteekenis wordt verweten.

Toch is schrijver bij de verdediging van zijn denkbeeld niet ontkomen aan het gevaar van eenzijdigheid, aan de verleiding om het onderscheid tusschen den bestaanden toestand èn den toestand welken wij zouden kunnen noemen het jus constituendum te scherp te maken door op *dezen* te veel licht, op *genen* te veel schaduw te doen vallen. Te scherp accentueert hij dat onderscheid, wanneer hij op blz. 52 tegenover elkander stelt den rustiger, pacifieker en daardoor objectiever oordeelenden rechter van het bemiddelend vonnis èn den (tegenwoordigen) rechter die 't zijne roeping acht eene der partijen „neer te sabelen".

Was 't hier misschien schrijver alleen om eene sterksprekende en daardoor te krasse *uitdrukking* te doen welke hij desnoods door eene zachtere zou willen vervangen, erger maakt hij 't op blz. 64. Aan het einde van zijn slothoofdstuk — hetwelk het eigenaardig opschrift draagt van „Diversen" — spreekt hij van den „*schijn* van meerdere sympathie voor de eene en van voldoening over nadeel, aan de andere partij toegebracht", welken de bemiddelende rechter zou *vermijden* en welke dus blijkbaar ten aanzien van den tegenwoordigen rechter wordt aangenomen, een schijn intusschen, welke o. i., behoudens misschien een zeer enkel en als zoodanig te verwaarloozen uitzonderingsgeval, niet bestaat. Zoo mocht ook aan de herinnering aan het beweren van Amtsgerichtsrath VOLKMAR „dat elk veroordeelend vonnis de klove tusschen rechter en volk vergroot" toch waarlijk wel als eigen oordeel zijn toegevoegd, dat deze uitspraak veel te algemeen is en derhalve als ondeugdelijk argument in het debat moet worden beschouwd.

Heeft schrijver dus den bestaanden toestand van de „eenzijdige" rechtspraak te donker getint, bij de vraag,

of onze rechter voor de nieuwe, hem toebedachte, functie berekend zou zijn, heeft hij te veel geïdealiseerd. Een gevaar, waartegen juist op dit terrein moet worden gewaarschuwd.

Dat aan den bemiddelenden rechter nog hoogere eischen dan aan den niet-bemiddelenden gesteld worden, is aan schrijver natuurlijk niet ontgaan. Niet zoozeer in het *bemiddelen* zelf komt de beteekenis van dien eisch ten volle uit (al zal dit soms meer inspanning vorderen dan het wijzen van een „eenzijdig" vonnis) als wel hierin, dat de rechter er in slage met zijn tweezijdig vonnis, hetwelk *als zoodanig* meer spreekt tot de „upper-ten" (blz. 62), ook tot het volk zelf te spreken en op den duur het *algemeen* vertrouwen te winnen, m. a. w. dat het bem. vonnis ten goede kome aan wat Buijs bij alle rechtspraak hoofdzaak acht: het *zedelijk gezag* van den rechter (1), en daardoor de rechtspraak brenge op nog hooger peil. *Hier* ligt de groote moeilijkheid, welker beteekenis nog duidelijker uitkomt, wanneer men let op het, door schrijver (op blz. 25) wel gevoelde maar te weinig geaccentueerde verschil tusschen de *schikking* eenerzijds en het *bemiddelend vonnis* anderzijds, welk laatste juist omdat het door den rechter aan de partijen wordt *opgelegd* aan het zedelijk gezag van den rechter hoogere eischen stelt.

Welnu! op de beteekenis van deze verzwaring van de functie van den rechter (2) zouden wij meer dan schrijver

---

(1) Buijs, de Grondwet, II, blz. 331.

(2) Eene verzwaring, die verband houdt met de nieuwere rechtsopvattingen; zie o. a. het slot van Prof. Simons' openingsrede van het Provinciaal Utrechtsch Genootschap op 4 Juni 1912. — Wel merkwaardig, dat dit onderwerp in verband met de hooge beteekenis van eene ten volle voor hare taak berekende magistratuur ten vorigen jare bij de debatten onzer Juristenvereeniging over twee totaal

nadruk willen leggen. Het betreft hier inderdaad een ernstig vraagstuk, liggende weliswaar buiten het eigenlijk onderwerp van Mr. HARTZFELD's geschrift, maar toch zoozeer daarmede samenhangende dat het bij de bespreking van dat onderwerp niet kan worden genegeerd. Immers, het staat toch tusschen ons vast, dat het welslagen van het aanbevolen instituut hiervan afhankelijk is, of de rechter die hoogste eigenschappen zal blijken te bezitten welke eene inderdaad aan haar doel beantwoordende, d. w. z. *eene tot het rechtsbewustzijn sprekende en door het algemeen vertrouwen gedragen* bemiddelende rechtspraak vordert. Ten aanzien van dit punt maakt de schrijver 't zich te gemakkelijk, wanneer hij op blz. 48—49 als 't ware decreteert „Iemand die, zooals de rechter, eene klassieke opleiding genoten heeft, oordeelt daarentegen, wanneer hij zijn aard volgt, als regel bij wege van een compromis, hij maakt de rekening van vóór en tegen op, en komt tot een oordeel, dat berust op een verzoening van tegenstrijdige gezichtspunten. Dat is de normale werking van ieder ontwikkeld en speciaal van ons juridisch geschoold denkapparaat". Afgescheiden van de vraag, of hier terecht een argument aan de „klassieke opleiding" ontleend wordt, schijnt ons de quaestie te gemakkelijk gemaakt, te eenvoudig voorgesteld door eenvoudig, wij zouden haast zeggen leukweg, een beroep te doen op de „normale werking van ons juridisch geschoold denkapparaat". Het oordeelen en beslissen bij wijze van compromis moge in onzen tijd van ontwikkeling en beschaving de natuurlijkste „denkoperatie" zijn, ... het bemiddelend beslissen *zoodanig*, dat de beslissing ook werkelijk als de *meest rechtvaardige* gevoeld wordt, is

---

uiteenloopende onderwerpen telkens tot levendig debat aanleiding gaf en de aandacht der vergadering geboeid hield.

een doel dat slechts met groote inspanning en onder medewerking van de allergunstigste factoren kan worden bereikt.

Dezelfde neiging tot idealiseeren, o. i. niet vrij van bedenking, spreekt uit die passages van het geschrift, waarin de bestaande rechtsorde als zoo stevig wordt gekenschetst, dat zij — familiaar uitgedrukt — wel een stootje kan verdragen. Het moge waar zijn, dat de rechtsorde zich in den loop der eeuwen geconsolideerd heeft en er van een „groot gevaar voor rechtswanorde" kwalijk sprake meer zou kunnen zijn, toch miskent o. i. schrijver de werkelijkheid, wanneer hij 't uitspreekt (blz. 39): „Ordelievendheid werd door kracht der gewoonte tot een tweede natuur", daarbij blijk gevende van eene gerustheid die allerminst gerechtvaardigd is.

In dit verband moet ook herinnerd worden aan wat betoogd wordt ten aanzien van het eigenrichting-verbod.

Ook al houdt men rekening met het feit, dat in den loop der tijden in het absolute eigenrichting-verbod een bres is geschoten en het oordeel over de eigenrichting in onze hedendaagsche maatschappij niet meer zoo ongunstig is als in eene maatschappij van eeuwen geleden, dan nòg komt men niet verder dan tot deze erkentenis, dat de eigenrichting als strenge uitzondering — in zeer eng omschreven gevallen — toelaatbaar is, en zal men haar ook in de maatschappij der naaste toekomst eene ruimere plaats niet kunnen toedenken. Wij mogen thans over de eigenrichting „rustiger" denken (blz. 38), dit belet ons niet ook *nu* nog daarin een groot gevaar voor de rechtsorde te zien, hetwelk allerminst als geweken kan worden beschouwd (1).

---

(1) Ook al mocht men bezwaar hebben tegen vroegere *motiveeringen* van het eigenrichting-verbod, en b.v. met Mr. F. VAN LEER (Het verbod van eigenrichting, proefschrift Amsterdam 1909, blz. 125) van oordeel zijn, dat de Staat door zijne tusschenkomst bij de

Met deze opmerkingen over den arbeid van den Amsterdamschen rechtsgeleerde meenen wij te mogen volstaan. Voor ons is zijn bemiddelend vonnis *niet* eene utopie, hoogstens zich leenende voor een min of meer levendig debat maar zonder reëele toekomst. Integendeel, ons schijnt de grondgedachte van zijn geschrift niet alleen juist toe, maar ook practisch vatbaar voor verwezenlijking; ook wij zouden in het belang van eene rechtvaardige rechtspraak aan het bemiddelend vonnis gaarne eene — bescheiden — plaats zien ingeruimd en zouden daarvan in de toekomst iets goeds verwachten.

Juist hierom achtten wij ons verplicht ten opzichte van sommige redeneeringen en uitspraken van den schrijver een voorbehoud te maken; te wijzen op de hooge eischen, welke aan de magistratuur gesteld worden door een „bemiddelend vonnis", met zoodanig zedelijk gezag omkleed, dat het dien eerenaam inderdaad verdient en daarvan eene werkelijk heilzame kracht uitgaat; en in verband hiermede te waarschuwen tegen overdreven verwachtingen omtrent de werking van het nieuwe instituut. Niemand zal aan den talentvollen schrijver en onvermoeiden strijder voor het nieuwe denkbeeld diens idealisme verwijten. Maar zij, die over dat denkbeeld hun oordeel hebben uit te spreken, moeten vooral hunne nuchterheid bewaren. Is inderdaad het bemiddelend vonnis „één stuk natuur en werkelijkheid", dan worde bij de vraag naar zijne levensvatbaarheid, d. w. z. niet alleen zijne ideëele waarde maar ook zijne practische beteekenis voor de toekomst, met die *werkelijkheid* ten volle rekening gehouden.

Amsterdam, Maart 1916.

S. J. M. van Geuns.

---

rechtspraak den rechtzoekenden alleen een dienst bewijst, welke hun evenmin als eenige andere dienst tegen hun wil wordt opgedrongen.

W. Moll. *De rechten van den Heer van Bergen-op-Zoom. Historisch overzicht loopend tot* 1567. Academisch proefschrift. *Groningen,* 1915.

Iemand die belang stelt in onze vaderlandsche rechtsgeschiedenis zal, vooral na het lezen der Inleiding van dit proefschrift, met hooggespannen verwachtingen de kennismaking beginnen. Die verwachtingen zullen bij de bestudeering zich niet verwezenlijken, integendeel, aan het slot zal men het werk met een onbevredigd gevoel neerleggen. Althans, zoo is het mij gegaan. Ik zeg met opzet bij de bestudeering, immers van een gewoon doorlezen kan wel niet sprake zijn.

Aan wien nu de schuld van de teleurstelling? Aan den schrijver of aan den lezer? Naar het mij wil voorkomen aan beiden, want de laatste dient in de eerste plaats toch waardeering te gevoelen voor den omvangrijken arbeid aan het boek ten koste gelegd, en voor den ijver, waarmede allerlei gegevens uit een aanzienlijk getal bronnen zijn geput en gerangschikt. Ook dient hij rekening te houden met de omstandigheid, dat, bepaaldelijk bij een eersteling als een proefschrift meestal is, het wel wat hooge eisch is te vergen, dat over een onderwerp als dit een aangenaam te lezen boek worde gegeven. En dit meer bepaaldelijk, waar zoo tallooze bijzonderheden worden aaneengeregen zonder veel innerlijk verband, en op zich zelf dikwijls van weinig belang.

Echter den schrijver is, dunkt mij, wel voor te houden, dat al die kleinigheden hem de baas zijn geworden; hij be-

heerscht ze niet, maar wordt er door beheerscht, en dit, zou ik zeggen, in steeds meerdere mate. Is de aanloop in de Inleiding een van zeer algemeene strekking; immers er wordt daar zelfs gesproken van „een algemeen overzicht der middeleeuwsche rechten in Nederland", en gezegd, dat dit nog nooit gegeven is; de schrijver haast zich te erkennen, „dat dit nog vooreerst niet kan worden gegeven". Hij wil dit doen, echter met „sterke territoriale begrenzing", en daarom zich bepalen tot een der kleinste middeleeuwsche machtseenheden, waartoe hij de heerlijkheid van Bergen-op-Zoom kiest. Het blijkt dus, dat ook met de „middeleeuwsche rechten", waarvan even te voren sprake was, heerlijke rechten waren bedoeld. Niemand zal den schrijver deze bescheidener opvatting van den zoo breed gestelden aanhef kwalijk nemen, vooral niet waar het in dezen een proefschrift geldt. Alleen iets minder breed had dan de aanhef ook kunnen zijn.

De redenen, die des schrijvers keuze bepaalden, het rijke nog aanwezige archief der heerlijkheid en de toegankelijkheid daarvan, gelegen in de aanwezigheid in het Rijksarchiefdepot te 's-Gravenhage, verklaren deze gemakkelijk. Echter ook in Bergen-op-Zoom zelf, in het stedelijk archief, heeft de schrijver nasporingen gedaan, of misschien is beter gezegd: trachten te doen, nu dit archief nog vrijwel ongeordend is. Volledigheid ten aanzien van de besproken onderwerpen is dan ook niet bereikt. Geen mensch zou dit ook hebben verlangd. Maar ook in dezen heeft de schrijver, misschien onbewust, den indruk gewekt, alsof hij voor het onderwerp zijner keuze ongeveer alles gaf, wat bij mogelijkheid is te vinden. De optelling der door hem gebruikte bronnen toont zeer zeker aan, dat de schrijver niet voor een kleintje vervaard is, waar het geldt deze voor zijne studie vruchtbaar te maken, maar levert tevens blijk van de bovenbedoelde overschat-

ting, en eigenlijk zou hetzelfde te zeggen zijn van de lijst der „gebruikte boeken".

Staan wij nu eenige oogenblikken stil bij de indeeling van het onderhavige proefschrift, dan zien wij dat het zich splitst in een algemeen en een bijzonder deel. Het eerste bevat een overzicht van de geschiedenis der heerlijkheid, waarop volgt een hoofdstuk over „de begrippen heerlijkheid en heerlijke rechten", en daarna een kort, de tijdrekening en de muntwaarde besprekend.

Het bijzondere deel behandelt in een achttiental hoofdstukken onderscheidene rechten, den heeren van Bergen-op-Zoom toekomende, terwijl zich daaraan aansluiten een hoofdstuk over „den handel" en een, waarin nog „verschillende kleine onderwerpen" aan de orde komen. Den inhoud der verschillende hoofdstukken hier op te geven zou geen nut hebben. Immers slechts een kort overzicht zoude hier plaats kunnen vinden, en dit wordt m i. voldoende gevonden in de „inhoudsopgave", welke aan het werk voorafgaat.

Trouwens met de bespreking van het algemeene deel, waartoe ik mij in hoofdzaak zal bepalen, zal er gelegenheid zijn bij een enkel dier bijzondere rechten nog een oogenblik stil te staan. Een enkele opmerking over de tijdrekening zij geoorloofd voor met den hoofdschotel van het algemeene deel te beginnen. En wel deze. De schrijver meent, dat de Paaschstijl de gewone in de heerlijkheid was tot 1 Januari 1576. Hij spreekt zich echter eenigszins aarzelend uit. En terecht. Echter hij had voldoende materiaal om in dezen zeker te kunnen gaan. De te zijner beschikking staande rekeningen toch loopen van 1384 af, en zijn ongeveer compleet.

Voor zoover een inzage der eerste rekeningen (einde 14e eeuw) tot oordeelen bevoegd maakt, werd m. i. destijds de

Kerststijl of Nieuwjaarsstijl in de heerlijkheid gevolgd. In ieder geval zal nader onderzoek m. i. noodig zijn. Zelfs het beroep op het „mooi artikel" van Mr. S. MULLER FZN., over Jaarstijlen in het Sticht Utrecht, kan hier niet afdoen om de eenvoudige reden dat Bergen-op-Zoom daarbuiten lag. En die schrijver zal zeker niet de laatste zijn om te erkennen, dat, gelijk latere onderzoekingen hebben uitgewezen, eigenlijk voor ieder territoir deze zaak in het bijzonder moet worden nagegaan, wil men tot bepaalde resultaten komen (1). Had de heer MOLL over de tijdrekening gezwegen, niemand had er bij het door hem gekozen onderwerp aanstoot aan kunnen nemen; nu hij haar meende te moeten aanroeren, had hij het met meer recht van spreken moeten doen.

In het hoofdstuk, waarin voorkomt „het geschiedkundig overzicht van het Land en de Heeren van Bergen-op-Zoom", vernemen wij, dat „het land" oorspronkelijk deel uitmaakte van het graafschap Strijen, en wel het noordelijk (2); dat het vervolgens kwam onder de hertogen van Brabant en daarvan met dat van Breda één leen uitmaakte. De beide landen werden gescheiden en als afzonderlijke heerlijkheden in leen verder uitgegeven, terwijl tusschen de gerechtigden natuurlijkerwijze dikwijls oneenigheden voorkwamen. Zooals bekend kwam de baronnie van Breda aan de Oranjes, terwijl het markie-

(1) Niet onbelangrijk schijnt mij in dit opzicht, dat waar in de notulen of de rekeningen naar den Paaschstijl wordt gerekend, men bij den overgang van het jaar vindt vermeld, dat daarbij wordt gevolgd «'t Hoff te Camerijke». Dit althans in de eerste helft der 15e eeuw.

(2) Hier mag een vraagteeken geplaatst. V. D. BERGH, Handb. der Middelnederl. geographie, 2e uitg., blz. 220, stelt de Noordgrens van het graafschap ongeveer bij de Oude Maas, en brengt zelfs de plaats Bergen en hare omgeving tot de gouw Scaldis (Schouwen).

zaat van Bergen-op-Zoom, na aan verschillende Fransche en Duitsche geslachten te hebben behoord, kort na 1806 werd overgenomen door de Bataafsche Republiek.

Van de heerlijkheid was de stad Bergen-op-Zoom wel het belangrijkste onderdeel.

Als belangrijke vesting speelde zij in den tijd van de Republiek der Vereenigde Nederlanden een rol, en werd zij herhaaldelijk belegerd. Aan den heer van Bergen-op-Zoom behoorden nog enkele kleinere plaatsen in de buurt, die echter van de heerlijkheid geen deel uitmaakten.

Zooals men ziet, heeft men voor de interne geschiedenis eener heerlijkheid, die natuurlijk in dezen op den strijd tusschen den landsheer, zij het dan in dezen nog leenman van den hertog van Brabant, en de stad moet neerkomen, de noodige gegevens. Echter een overzicht der machtsverhouding tusschen deze twee zoeken wij te vergeefs in het proefschrift, wel worden hier en daar verschijnselen dezer gewichtige en voor het onderwerp overwegend belangrijke krachtmeting vermeld, maar dan in een verband, waar deze zijde er van vrij wel in de schaduw treedt.

Het belangrijkste deel van het proefschrift is wel het derde hoofdstuk, dat over „Heerlijkheid en heerlijke rechten" in het algemeen handelt, en waarin dan in hoofdzaak „de aard" daarvan wordt besproken. Dit eigenlijk wel wat veel, zou ik meenen, met verwijzing naar, zooals de schrijver ze noemt, „algemeene werken", maar dan toch zoo, dat duidelijk wordt, dat het complex dier rechten uit zeer verschillenden oorsprong is af te leiden.

Brunner zegt het op zijne onvergelijkelijk korte en duidelijke wijze: „Der Komplex ihrer herzoglichen, gräflichen, lehnsherrlichen, immunitäts-, grund- oder dienstherrlichen und vogteilichen Rechte, und der auf sie

übergegangenen königlichen Regalien bildete sich zum allgemeinen Begriffe der Staatsgewalt aus (1).

De heer MOLL heeft zonder twijfel deze zinsnede ook wel gelezen, hij haalt althans andere plaatsen uit genoemd werk aan, het wil mij echter voorkomen, dat hij de strekking er van niet in haar geheel heeft overzien. BRUNNER handelt hier over de „Landesherrlichkeit" d. i. het staatsgezag in de onderdeelen, waarin het Duitsche rijk langzamerhand was uiteen gevallen. Behoort nu de heerlijkheid van Bergen-op-Zoom daartoe, is m. a. w. de heer van Bergen-op-Zoom, in dat gebied en in dien zin de landsheer? Ik heb het niet uit het proefschrift kunnen opmaken. De heer MOLL zal mij antwoorden: wat komt het er eigenlijk op aan, indien ik de verhouding tot den hertog van Brabant maar nauwkeurig aanwijs? In zekeren zin heeft hij gelijk, maar het bleef toch van belang, dunkt mij, juist voor den door hem gekozen tijd, van 1287 tot 1567, de geleidelijke machtsverschuiving, die er in dat tijdvak tusschen beide moet hebben plaats gevonden, in het licht te stellen.

De Schrijver noemt de heeren van Bergen-op-Zoom „kleine vorsten". De term is niet onverdienstelijk gevonden, maar kan het zooeven aangeduide gebrek dunkt mij niet geheel aanvullen. Evenmin als de stelling, dat er tusschen „leenrecht" en „heerlijkheid" geen verband bestaat, wordt goed gemaakt met een beroep op schrijvers, die toch wel beschouwd niet aan de zijde van den heer MOLL staan.

Hier zal deze mij misschien tegenwerpen: ik sprak niet in het algemeen van verband, maar van „direct verband in beginsel". Mijn antwoord zal dit zijn: Zeker, maar dan is mij niet duidelijk wat gij bedoelt. Is juist door het

(1) Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, blz. 136.

toenemen der leenrechtverhoudingen deze „gerechtelijke ambtenaar" niet tot den onafzetbaren drager van het ambt geworden, wiens waardigheid vererfde en langzamerhand onafscheidelijk werd van het gebied, waarover zijn gezag zich uitstrekte? En daarom, al moet worden toegegeven, dat de kern van het gezag der heeren wordt gevonden in de rechtsmacht; dat die rechtsmacht zelfstandig gezag werd in handen van hem, die haar uitoefende, is te danken aan de ontwikkeling van het leenrecht.

De Schrijver behandelt terecht de jurisdictie als eerste en voornaamste bestanddeel van het gezag, door den heer van Bergen-op-Zoom in zijne heerlijkheid uitgeoefend. Van de door zijne gerechten gevelde vonnissen bestond in enkele gevallen appèl op het hof van den hertog van Brabant. De juiste verhouding is in het proefschrift, mij althans, niet duidelijk gemaakt. Wel mag worden aangenomen, dat de heer de hooge en lage jurisdictie in zijn gebied bezat, behoudens de beperkingen, die met dat appèl verband hielden. De eerste voorwaarde voor de landshoogheid was dus bij den heer van Bergen op-Zoom vervuld, ik zou dezen dus eenigermate in tegenstelling met den schrijver, den landsheer willen noemen.

Daarbij voegden zich andere rechten, die of onmiddellijk van het rijksgezag, of middellijk over den tusschenpersoon, in dezen den hertog van Brabant, op den heer van Bergen-op-Zoom waren overgegaan. Tusschenpersoon, n.l. als zijnde oorspronkelijk leenman van den Keizer, en leenheer van de in achterleen uitgegeven heerlijkheid. Zooals bekend, is de band met het Rijk in deze streken spoedig vrij los geworden, zoodat de uitbreiding van het gezag der heeren van Bergen-op-Zoom meer ten koste van de hertogen van Brabant, dan van het rijksopperhoofd zal zijn geschied.

Hoe dit zij, de Schrijver behandelt in de volgende hoofdstukken de zoogenaamde regalia, de van het staatsgezag als zoodanig afkomstige rechten, als het tolrecht het daarmede verband houdende recht van geleide, en het recht van jacht en visscherij.

Het veerrecht, het recht op de nalatenschappen van vreemdelingen en het recht op den landaanwas, zich uitend in de octrooien tot bedijking, sluiten zich daarbij aan, evenals wat kortweg wordt genoemd het Jodenregaal. Dit omvatte hetgeen deze voor de hun verleende bescherming hadden te betalen; de „lombaarden", die echter geen joden waren, hierbij over dezelfde kam te scheren, schijnt mij niet ongeoorloofd.

Hoewel ook te dezen aanzien de heer MOLL zich een vlijtig onderzoeker heeft getoond, mag ik niet verzwijgen, dat, bijv. met betrekking tot het tolrecht, ook hier een zekere vaagheid is blijven bestaan, wat betreft de verhouding tusschen den hertog van Brabant en den heer van Bergen-op-Zoom, en dat met name een onderscheid tusschen de groote heer- of rijkswegen en de kleinere, bepaaldelijk de aan bijzondere personen, waaronder de heer zelf kon behooren, toekomende meer op den voorgrond had kunnen en moeten worden gesteld, immers de tol is uitsluitend op de eerste als regaal te beschouwen.

Voor de niet als oorspronkelijk regalia te beschouwen rechten komen dan in aanmerking het recht om verlof te geven tot het maken van een testament (1), niet

(1) Dat de S. dit in verband brengt met de leenrechtsverhoudingen is wel juist, maar dat hij hierbij, in plaats van te denken aan de oorspronkelijk nog wel tot de wettelijke beperkte, erfopvolging in het leen, spreekt van een soort bureaukosten, is toch wel wat oppervlakkig. Zeker is wel, dat in het (blz. 78) aangehaalde stuk van 5 Juli 1444 zelf van de betaling eener geldsom voor het daarbij bedoelde geval niet de rede is.

uitsluitend ten aanzien van natuurlijke kinderen, en de banrechten, als bijv. het recht op den wind, zich uitend òf in de handhaving van een monopolie op het hebben van molens òf in het tegen een zekere retributie verlof geven tot het bouwen daarvan. Op gelijke wijze, zij het dan ten aanzien van andere onderwerpen, maakte het banrecht zich merkbaar bij de vergunning tot het oprichten van meestoven of het inrichten eener waag.

Wij komen nu tot een ander soort van rechten, in zooverre zij, naar de opvatting van den Schrijver, door den heer waren verkregen, door uitbreiding zijner „rechten ten koste van het volk". De heer toch „verkreeg het recht van het volk beden te vragen, hij hief accijnzen en hij had het lepelrecht of den riddertol", ook wel voedertol genoemd, een belasting op het in de stad Bergen ten verkoop ingevoerd graan.

Hier vooral moet onderscheid worden gemaakt tusschen de stadbewoners en die van het platteland, bepaaldelijk ten opzichte van de medewerking tot de heffing. Het oorspronkelijk karakter van vrijwillige opbrengst der bede staat vrijwel vast, en bleef ook in den tijd, waaròm het hier gaat, in theorie gehandhaafd. In de praktijk kwam het neer op de vraag, hoeveel of hoe weinig telkens zoude worden opgebracht. In dit opzicht zoowel als ten aanzien dier andere opbrengsten is het, vooral met betrekking tot de stad Bergen-op-Zoom, merkwaardig te zien, hoe de machtsverhouding is tusschen het stedelijk gezag en dat van den heer. Zoo ten aanzien der accijnzen, waar deze ten slotte slechts bij onderlinge toestemming en dus gezamenlijk besluit kunnen worden geheven, terwijl ook de heer zelf daaraan is onderworpen. Op de heffing had hij daarna volgens den Schrijver zelfs geen invloed meer.

Een laatste categorie van gerechtigheden moet worden

in verband gebracht met andere bestanddeelen van het gezag, den heeren toekomende, dan welke tot nog toe werden besproken. Zij worden meer of minder onmiddellijk door den heer ontleend aan zijn hoedanigheid van groot grondeigenaar in het gebied der heerlijkheid. Daaronder zijn te brengen de hand- en spandiensten, bijv. tot het brengen van turf te zijner woonplaats, voor zoover deze niet in meer algemeenen zin als een belasting, in natura aan het staatsgezag verschuldigd, zijn te beschouwen.

Verder het patronaatrecht, medebrengend het recht tot begeving van de pastoorsplaats, behoudens aggreatie door het geestelijk gezag, welk recht echter in lateren tijd niet uitsluitend aan den eigenaar van den grond op daarop gestichte kerken toekwam; het tiendrecht, en het recht tot inning van cijnzen en renten. Komt ten slotte de schrijver tot de bespreking van lijfrenten en pacht, dan is hij aangeland bij onderwerpen, die met de heerlijkheid en het daarin door den heer uitgeoefend gezag niet meer te maken hebben, terwijl indien de heer daarbij als schuldenaar optreedt, dit nog minder het geval is. Er schijnt dan ook geen andere reden voor des Schrijvers bespreking te bestaan dan deze, dat hij nog eenige bijzonderheden met betrekking tot de finantieele verhoudingen der heeren van Bergen-op-Zoom gevonden had en deze niet onvermeld wilde laten.

Met betrekking tot het hoofdstuk over den handel had de Schrijver misschien nader het verband met de algemeene verhouding tusschen den heer en de stad kunnen in het licht stellen, echter in dezen kunnen wij den draad wel vasthouden, maar de buitenlandsche betrekkingen van de heeren en de heerlijkheid blijven hier op den achtergrond in verhouding tot de vermelding van den inhoud der stukken. Iets wat in het algemeen het

proefschrift als geheel karakteriseert. Zooals ik bij den aanvang dezer bespreking reeds deed uitkomen: de bronnen beheerschen den Schrijver.

Hierbij mag ten slotte de opmerking niet achterwege blijven, dat te dien aanzien de heer Moll zich bij het weergeven van den inhoud der door hem gebruikte stukken soms wel wat luchthartig van de zaak af maakt. Het is hem m. i. nog niet bepaald euvel te duiden, als hij bijv. op blz. 151 mededeelt, dat het stuk van 13 Dec. 1490 (lees: 1390) hem niet duidelijk is geworden, al had hij dan voorzichtiger gedaan met de uitdrukking in de bewuste oorkonde: „van sinen haergeweide verzekert . . . ende tenen gerechten onderpande geset . . . een stuc beemden", niet weer te geven, alsof de afgever van het stuk „verzekert . . . zekere beemden te zullen verheergewaden", en beter met haar geheel onvermeld te laten.

Erger vind ik, dat zonder eenige bewijsplaats wordt gesteld: „rootchysen zijn cijnzen van vet" (blz. 140, n. 1), terwijl men hier waarschijnlijk te doen heeft met een cijns voor de toestemming tot het bebouwen van nog onontgonnen land. In ieder geval zou men zeer zeker eeń minder apodictischen toon hier liever hebben gehoord.

Maar allerminst kan het door den beugel, dat des Schrijvers lezing zijner bronnen blijkt nu en dan niet vertrouwbaar te zijn. Dat dit verwijt niet zonder grond is, dien ik met eenige voorbeelden te staven. In de oorkonde van 3 Juni 1355 leest M. (blz. 143) „payende", voor payemente, zooals er staat; in die van 24 Aug. 1352 (blz. 150) „in propram persone" voor in propren persone. In het stuk van 20 Juni 1399 (blz. 168) schijnt de Schrijver geheel van de wijs. Hij leest: „onversoit" voor: onbesett; „cusbaer" voor: custberen, en „pasmunte" voor: paymente. Dit moge voldoende zijn.

Het scheen mij noodig ook op deze tekortkomingen van den schrijver even te wijzen nu hij ons in uitzicht stelt een publicatie van „een deel der Bergen-op-Zoomsche bronnen". Ik zal deze toejuichen, als de heer MOLL daarbij met voldoende nauwgezetheid te werk gaat. Zoodanige arbeid is nu eenmaal een zaak van nauwkeurigheid.

Doch dit niet alleen; immers men dient zich wel rekenschap van inhoud en strekking der uit te geven stukken te geven, immers beide te kunnen overzien. Daarvoor kan soms zeer uitgebreide studie noodig zijn, waarvan in de publicatie zelf meestal zoo goed als niets blijkt. En wat van een publicatie geldt, geldt mutatis mutandis van een proefschrift als het onderhavige. Het opstapelen van bijzonderheden, op zich zelve niet zonder belang, het aanroeren van tal van onderwerpen, die niet of slechts verwijderd verband houden met de gekozen stof, kunnen niet opwegen tegen het bedachtzaam en ten gronde bestudeeren en verwerken van een zij het dan minder omvangrijk geheel. In de beperking toont zich de meester, en de schrijver zich meester van zijn onderwerp.

Qui trop embrasse mal étreint. De Schrijver houde zich deze spreuk voor oogen, en zijn arbeidszin zal voor de vaderlandsche rechtsgeschiedenis nog van veel nut kunnen zijn.

SEERP GRATAMA.

G. W. Rupke Chrzn. — *Wilsrechten.* — Dissertatie. – *Utrecht,* 1914.

Het proefschrift dat voor ons ligt, is goed geschreven en getuigt van eenen oorspronkelijken zin en zelfstandig nadenken.

Zijn inhoud vormt eene nieuwe bijdrage tot de leer der subjectieve rechten.

Alvorens echter tot het onderzoek naar aard en wezen dezer rechten over te gaan, treedt de schrijver in eene korte beschouwing omtrent het objectief recht: hij onderzoekt de formeele en de materieele begripsbepalingen, daaromtrent door de wetenschap gegeven, om ten slotte zelf de kenmerken van het objectief recht te vinden in deze twee elementen: *a.* maatschappelijke ordening; *b.* van overheidswege, zoodat zijne definitie luidt: „objectief recht is de door de overheid krachtens haar gezag gegeven regeling der maatschappelijke samenleving" (1).

Eene definitie die ons in meer dan één opzicht niet kan voldoen Het begrip „maatschappelijke samenleving" moet tot ver buiten zijne gewone beteekenis worden uitgebreid, wil men daaronder ook de inrichting van den staat en de rechtsbanden der staten onderling begrijpen; de uitdrukking „menschelijke samenleving" ware, als meer omvattend, te verkiezen geweest. Maar dit ondergeschikt punt daargelaten: is buiten de regeling van overheidswege alle recht onbestaanbaar? Voorzeker, men kan zich eene staatsgemeenschap denken, waarin de wetgevende

(1) Diss. blz. 11.

overheid voorschrijft: geene regelen dan die der wet zullen bindende kracht hebben en door de staatsorganen worden gehandhaafd.

Dan dient de rechter elken eisch betreffende eene, niet in de wet voorziene, materie als ongegrond af te wijzen.

Maar evenzeer laat zich eene staatsgemeenschap denken, waarin nopens een deel — zij het het dikwijls grootste deel — der rechtsstof door de overheid bindende regelen worden gegeven, maar omtrent een aantal onderwerpen het stilzwijgen wordt bewaard; voor deze is dan, ook zonder dat van eenig stilzwijgend gedoogen der wettelijke overheid sprake is, de gewoonte, of bij ontbreken van deze de aard der zaak (aard der feiten, natuurlijke billijkheid, verkeersbehoeften, „Interessenabwägung") de rechtsbron. Dan dient de rechter, somtijds door de wetenschap voorgelicht, het recht te „vinden".

Eeuwenlang is aldus de toestand in de Germaansche rechtswereld geweest; nog is hij aldus op tal van punten in het internationaal rechtsleven — in het volkenrecht en in het internationaal privaatrecht — ; in Duitschland is, bij het zwijgen van het „Bürgerliches"- en het „Handelsgesetzbuch", de gewoonte aanvullende rechtsbron; in Engeland, waar de common law bestaat uit de regelen door de rechterlijke macht in hare uitspraken gegeven, is naar de klassieke opvatting de algemeen bindende kracht dier uitspraken gelegen niet in het feit dat de rechter als overheid ze gaf maar wijl zij zijn „the principal and most authoritative evidence that can be given of the existence of such a custom as shall form a part of the common law" (1); terwijl ook de, door geene wettelijke overheid voorgeschreven of toegelaten, „equity" in

(1) BLACKSTONE, Commentaries (1825) I, blz. 68.

Engeland tal van afdwingbare bindende regels heeft voortgebracht en nog steeds voortbrengt.

In al de genoemde gevallen is er dus eene bron, waaruit de rechter bij het zwijgen der wet, heeft te putten. In RUPKE's stelsel echter zal dan de rechter als overheid het recht zelf maken; zoo kent de schrijver den Duitschen rechter toe de „vrijheid om de gewoonte te raadplegen en door zijn vonnis den gewoonteregel te verheffen tot rechtsregel" (1).

Maar tot welk een toestand leidt dit standpunt! Op het terrein der wettelijke leemten worden dus de menschelijke handelingen tijdens het plegen daarvan door geenerlei recht beheerscht. Alleen in de zeldzame gevallen van een later geding zal de rechter van achterna een concreten rechtsregel met terugwerkende kracht stellen; een rechtsregel, waaraan alle innerlijke rechtvaardiging ontbreekt, omdat hij door de rechterlijke overheid naar eigen welmeenen, dus naar willekeur, kan gegeven worden!

Waarlijk, het stelsel van den schrijver is niet wel aannemelijk.

Eene uitvoerige ontleding van het subjectief recht volgt (2). Verwerpende het standpunt van JHERING en zijne volgelingen, die het definieeren als „een door de rechtsorde beschermd belang", alsook de meening van DUGUIT die het bestaan der subjectieve rechten ontkent (3), komt schrijver ertoe het subjectief recht te omschrijven als „de door het objectieve recht erkende bevoegdheid daden te verrichten („of na te laten", had dienen aangevuld) die voor het recht beteekenis hebben". Hij deelt dus de opvatting van hen, die het subjectieve recht „als

(1) Diss. blz. 96, noot 21.

(2) Diss. blz. 24.

(3) Diss. blz. 99, noot 35.

eene door het objectieve recht erkende rechtsmacht" (1) definieeren. De volgende beschouwing leidt hem daartoe: Het objectief recht is het primaire waaraan het subjectief recht secundair is, daar dit laatste aan het eerste zijn ontstaan en zijn bestaan te danken heeft. De mensch, „in se souverein", kan in de maatschappelijke samenleving zijne natuurlijke vrijheid niet volkomen behouden, deze dient in het belang van allen op tal van punten aan banden gelegd en beperkt. Het zijn de individualistische gedachte en de communistische gedachte die met elkander strijden; de laatste „bepaalt de grenzen waarbinnen de individueele souvereiniteit zich zal kunnen doen gelden"; wat nu het individu rechtens mag doen, is de inhoud van zijn subjectief recht (2).

Wanneer wij ons KANT's bekende definitie voor den geest roepen (3): „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kan"; wanneer wij OPZOOMER hooren gewagen van „de natuurlijke vrijheid die geene erkenning noodig heeft om te gelden maar een verbod om niet te gelden" (4), dan ontwaren wij, hoe groote geesten onder den invloed der natuurrechtelijke denkbeelden den schrijver reeds voorgingen. Maar hoeveel treffender is KANT's „Willkür" dan RUPKE's „souvereiniteit"!

Peilt men inderdaad het recht tot op zijn diepsten grond wanneer men den mensch als van nature souverein

(1) Diss. blz. 24.

(2) Diss. blz. 15, 24.

(3) Die Metaphysik der Sitten. Einleitung in die Rechtslehre (Werke, 1907, VI, blz. 230).

(4) VI, 313, noot 3. Het Burgerlijk Wetboek verklaard.

beschouwt, volmaakt vrij in zijn doen en laten, bevoegd tot alle handelingen, totdat de georganiseerde menschelijke samenleving bindende regelen noodzakelijk maakt en „de steller van het recht zich als taak (ziet) aangewezen, het mogelijk maken van het samenleven in de maatschappij van de aan zijn gezag onderworpen individuen"? (1) Wij antwoorden ontkennend. O. i. is het recht ouder en oorspronkelijker dan de georganiseerde maatschappij en hare behoeften; in den aanvang niet van moraal en godsdienst onderscheiden, is het recht even oud als de menschheid zelve, omdat de kiem ervan in de menschelijke natuur is neergelegd. Robinson Crusoë zou onrecht hebben gepleegd, wanneer hij het gedierte des velds noodeloos had gemarteld; in de eenzaamheid van het verlaten eiland ware die handeling onrechtmatig geweest, ook al ontbrak de sanctie eener strafrechtelijke bepaling (art. 254 W. v. S.). En Kaïn's doodslag was een onrecht, ook zonder dat zijne „souvereiniteit in se" door bindende regelen in het belang der maatschappelijke samenleving was beperkt.

In middeleeuwsche rechtsspreuken, als die van het Keizerrecht en den Saksenspiegel: „God is recht", „God is zelf recht" (2), ligt eene diepe wijsheid.

Na vaststelling van het begrip overgaande tot den omvang van het „subjectief recht" vraagt de schrijver zich allereerst af, of eene beperking door nieuwere Duitsche schrijvers — Seckel, Von Thur — aangebracht, te aanvaarden is: deze n.l dat alleen subjectieve rechten zijn de zoodanige die zijn te beschouwen als „een voorrecht, een meerder tegenover datgene, wat allen of velen kunnen, eene macht, die anderen niet toekomt", in welken ge-

(1) Diss. blz. 17.

(2) Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, blz. 1.

dachtengang niet een subjectief recht is, dat een normaal volwassen mensch rechtshandelingen kan verrichten, omdat alle menschen, die zoo zijn, dat kunnen; immers dat men rechten kan doen ontstaan, is geen recht (1).

RUPKE verwerpt de beperking, omdat ook hier eene feitelijke macht is om handelingen te verrichten, terwijl het aantal dergenen, wien de macht toekomt, voor de vraag of die macht een recht is, onverschillig is te achten; en eveneens de omstandigheid dat zoodanige, aan allen of velen toekomende bevoegdheden door haar ruim karakter en hare onbepaaldheid van weinig belang schijnen, den doorslag niet vermag te geven voor de beantwoording der vraag: of zij rechten zijn.

Een en ander kan er slechts toe leiden, de subjectieve rechten in algemeene en bijzondere te onderscheiden.

De schrijver die, gelijk wij zagen, het subjectief recht omschrijft als „de bevoegdheid eene handeling te verrichten die rechtens van beteekenis is", „eene door het objectief recht erkende rechtsmacht" kon, wilde hij zijne definitie handhaven, moeilijk anders oordeelen. Wij zijn geneigd hem te volgen, gegeven de vaagheid en onbestemdheid der bedoelde beperking. Ook bedenke men dat b.v. het verrichten van bepaalde rechtshandelingen, die bij den eersten aanblik een ruim karakter dragen, als het verkrijgen van grondeigendom, in sommige staten aan vreemdelingen, hoewel normale en volwassen menschen, niet is toegekend, en dan zeer zeker ten aanzien der eigen onderdanen kan worden gewaagd van „eene macht die anderen niet toekomt".

Eéne waarschuwing aan den schrijver, waartoe sommige der door hem gebezigde uitdrukkingen aanleiding geven. De bevoegdheid, eene bindende offerte te doen, acht hij

(1) Diss. blz. 25 vlg.

een subjectief recht omdat de aanbieder „een subjectief recht doet ontstaan ten behoeve van hem aan wien hij zijne bindende offerte richt" (1). Maar, zóó algemeene termen bezigend, komt men er toe de macht die de mensch krachtens het objectief recht heeft om door zijne onrechtmatige handeling een subjectief recht voor een ander — den beschadigde — in het leven te roepen, ook tot een subjectief recht te verheffen! Zoover zal toch wel niemand willen gaan.

De kern van het proefschrift is gelegen in eene onderscheiding der verschillende subjectieve rechten van privaatrechtelijken aard — daartoe beperkt de schrijver zich — die in de nieuwere Duitsche wetenschap onder de namen: „Herrschaftsrechte" eenerzijds, „Gestaltungs- of sekundäre Rechte" anderzijds reeds bekend was gemaakt; eene onderscheiding, die door RUPKE, na bespreking van de beschouwingen der Duitsche schrijvers, in beginsel wordt overgenomen en op zelfstandige wijze uitgewerkt (2). Hij dan betoogt: het einddoel van de uitoefening van alle subjectief recht is machtsinwerking op de wereld der feitelijke dingen: nu eens wordt dat doel onmiddellijk bereikt, zoo door den eigenaar die zijn grond bewerkt; dan weer indirect, doordat eerst verandering wordt teweeggebracht in de rechtsorde, zoo wanneer de verhuurder het huurcontract opzegt, teneinde de vrije beschikking te krijgen over zijn eigendom.

In het eerste geval waar het de inwerking op de wereld der feiten betreft, is het recht niet almachtig; de handelingen der individuen physiek beheerschen kan het niet; zoo is hier schending van het recht door anderen mogelijk

(1) Diss. blz. 28.
(2) Diss. blz. 30 vlg., 36 vlg.

en moet het recht door middel van actie en executie bescherming verleenen.

Maar in het tweede geval, waar wij verkeeren in de wereld van voorstellingen, gedacht door het objectieve recht, waar dit recht de dingen schept en ze doet verdwijnen gelijk het wil, is het recht oppermachtig; hier is schending niet mogelijk en is van actie en executie langs gerechtelijken weg geen sprake.

In het tweede geval nu hebben wij voor ons de „Gestaltungsrechte", vertaald: wilsrechten. „Wilsrecht" — aldus zijne definitie — „is . . . de bevoegdheid wijziging te brengen in den rechtstoestand, heerschappijrecht elk ander subjectief privaatrecht" (1).

En dan worden verschillende wilsrechten uitvoerig behandeld. Om een voorbeeld van toepassing der onderscheiding te geven: het eigendomsrecht is samengesteld uit „een heerschappijrecht, inhoudende de bevoegdheid over de zaak zelve de meest volstrekte heerschappij uit te oefenen, voorzoover dit niet is verboden, en daarnaast een wilsrecht, inhoudende de bevoegdheid om over dat heerschappijrecht op de meest volstrekte wijze te beschikken, voorzoover dit niet is verboden" (2); de kooper van een onroerend goed ontvangt van den verkooper, ontleent aan het contract, een wilsrecht tot overschrijving der akte in de openbare registers (3). Pand en hypotheek zijn geene heerschappijrechten, wijl zij niet de bevoegdheid geven in te werken op den feitelijken toestand, maar wilsrechten, daar zij de bevoegdheid geven over het eigendomsrecht der zaak te beschikken (4). En zoo worden dan verder de exceptie, de actio Pauliana, het

(1) Diss. blz. 38.
(2) Diss. blz. 48, 49.
(3) Diss. blz. 64.
(4) Diss. blz. 67, 68.

ontbindingsrecht en het openbaar aanbod behandeld, en wijders als voorbeelden van wilsrechten gegeven: die tot nietigverklaring of vernietiging, het optierecht, de vertegenwoordigingsbevoegdheid, het recht om afstand te doen, het beding ten behoeve van eenen derde, de aanwijzing van de bevoordeelden bij het levensverzekeringscontract (1).

Wat van deze onderscheiding der subjectieve rechten te denken?

Wij twijfelen, of voor haar de toekomst is weggelegd.

Want wij ontdekken tusschen de wereld der feiten en die der voorstellingen in menig opzicht een zóó innig verband, dat eene scherpe onderscheiding in voor schending vatbare bevoegdheden, gericht op feitelijke heerschappij der dingen om ons heen, en niet voor schending vatbare bevoegdheden, gericht op wijziging van bloot gedachte toestanden, veelal niet wel mogelijk schijnt.

Die nauwe samenhang openbaart zich vooreerst in de talrijke gevallen, waarin eene door het objectieve recht ontleende macht of bevoegdheid de strekking heeft: op de wereld der feiten in te werken en dusdoende tevens in de wereld der voorstellingen in te grijpen.

A. Het wild in de bosschen, de visch in den stroom zijn niemands eigendom. Het jachtrecht en het vischrecht geven de bevoegdheid tot uitsluitende feitelijke heerschappij, schieten, vangen, en verleenen bescherming tegen den inbreuk van anderen. Maar tevens verleenen zij de bevoegdheid tot wijziging van den rechtstoestand, te weten om de res nullius in eigendom van den toeeigenende te doen overgaan. Een heerschappijrecht dus, dat tevens het karakter van wilsrecht zou dragen.

---

(1) Diss. blz. 50 vlg., 70 vlg., 73 vlg., 79 vlg., 85.

B. Er zijn door den grondeigenaar boomen gepoot, wier wortels op een naburig erf doorschieten. De eigenaar van laatstgenoemd erf heeft het recht die wortels weg te hakken: een heerschappijrecht daar hij in de wereld der feiten vermag in te grijpen, maar een wilsrecht tevens, want hij vermag wijziging te brengen in den rechtstoestand, doordien hij het karakter der afgehakte wortels van onroerend in roerend goed verandert en van eigenaar doet verwisselen (1).

C. Een schip is driftig geworden en wordt op de touwen van een daarbij ten anker liggend schip gedreven. De schipper van het driftige schip heeft de bevoegdheid de touwen van het laatste schip te kappen, een heerschappijrecht dus; maar een heerschappijrecht dat tevens het karakter draagt van een wilsrecht, immers de schipper zal door zijne rechtmatige handeling tevens eene wijziging in den rechtstoestand mogen teweegbrengen, door aan het voor anker liggend schip eene actie te bezorgen tot vergoeding der door het kappen geleden schade (2).

D. Een laatste voorbeeld: De ouder of voogd, die de ouderlijke macht of voogdij over een minderjarig kind uitoefent, heeft de bevoegdheid, het bij hem inwonend kind naar eene kostschool te zenden. Een heerschappijrecht, maar een wilsrecht tevens, omdat met bedoelde bevoegdheid gepaard gaat die om wijziging in den rechtstoestand te brengen, n.l. om de verantwoordelijkheid voor de onrechtmatige daden van het kind van zich af

(1) Artt. 562, 3°., 713, 714 B. W.

(2) Art. 541 W. v. K. Zie P. SCHOLTEN, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad. Diss. Amsterdam 1899, blz. 104 vlg.

te wentelen en op de schouders van den kostschoolhouder te leggen (1). En zoo vervolgens.

Uit deze voorbeelden, met talrijk andere te vermeerderen, blijkt wel duidelijk, hoe eene scherpe onderscheiding tusschen de heerschappij- en de wilsrechten niet te maken valt.

Ook in een ander opzicht kan de onderscheiding ons niet voldoen en niet de gevolgen hebben, die de schrijver zich voorstelt. Wij zagen, dat naar zijne opvatting slechts de heerschappijrechten voor schending door anderen vatbaar zijn, daar slechts sprake kan zijn van eene actie en executie, niet echter bij de wilsrechten: daar acht hij geene schending mogelijk. Aan bevoegdheden „uit de wereld van het recht kan geen enkele macht . . . iets veranderen" (2).

Wij wagen het, dit laatste te betwijfelen: ook hier blijkt het verband tusschen de wereld der feiten en die der voorstellingen nauwer, de inwerking van de eerste op de tweede belangrijker te zijn dan de schrijver wel meent.

Strafbare handelingen geven den beschadigde eene actie uit onrechtmatige daad: beschadigd kunnen zijn niet alleen zij die een heerschappijrecht, maar ook zij die een wilsrecht hebben, dat niet geëerbiedigd is.

B.v. de kooper heeft een recht om de overschrijving eener koopakte betreffende onroerend goed te bewerkstelligen. Maar in de uitoefening van dat recht wordt hij door den verkooper of een ander verhinderd, die voor het kantoor der hypotheken en van het kadaster heeft post gevat en den kooper den toegang met geweld weigert of die hem door eenige feitelijkheid wederrechte-

(1) Art. 1403 B. W.
(2) Diss. blz. 38.

lijk dwingt niet tot de overschrijving over te gaan. Levert deze handeling, strafbaar krachtens art. 284, 1°. W. v. S., niet eene schending op van het wilsrecht des koopers en komt hem ter zake geene actie toe? Voorzeker. Het strafbare feitelijke ingrijpen vormt een onrechtmatige inbreuk op een vermogensrecht des koopers, die, in de uitoefening daarvan belemmerd, de schade die hij leidt, op den dader verhalen kan.

Terloops zij er op gewezen, dat in dezen gedachtengang niet-eerbiediging, schending door derden, door elk en een iegelijk, mogelijk is niet slechts van de vermogensrechten die een absoluut maar ook van die welke een relatief karakter dragen. Inbreuk op laatstbedoelde rechten kan ook geschieden door derden, buiten den persoonlijken rechtsband staande, en leiden tot eene actie uit onrechtmatige daad, indien het objectieve recht de handeling verbiedt. Zoo kent de wet eene actie tegen derden toe aan den huurder, die door hen in zijn „genot" m. a. w. de uitoefening van zijn relatief recht van huur, gestoord wordt (1), zoo zal de schouwburgonderneming die met een zanger of pianist eene overeenkomst sloot, eene actie hebben tegen dengene die den artist op strafbare wijze in den toestand bracht, dat hij op den gestelden avond niet voor het publiek kon optreden en die dusdoende door zijn feitelijk ingrijpen het haar, schouwburgonderneming, toekomend vermogensrecht van relatieven aard niet eerbiedigde en waardeloos maakte.

Kan men, met het bovenstaande voor oogen, wel met recht zeggen, dat alleen de absolute rechten tegen een ieder gelden, de relatieve slechts tegenover een bepaald persoon?

---

(1) Art. 1592 B. W.

Uit onze bovenstaande beschouwingen sprak twijfel aan de waarde en juistheid van des schrijvers onderscheiding. In de uitwerking die hij aan zijne gedachte geeft, willen wij hem niet verder volgen, doch slechts een enkelen greep doen ten blijke, dat wij, al stellen wij ons voor het oogenblik op zijn standpunt, ook hier niet al zijne opvattingen deelen. Is b.v. het eigendomsrecht te splitsen in een heerschappijrecht en een zelfstandig daarnevens staand wilsrecht, strekkende om over het heerschappijrecht te beschikken, zulks, omdat het eigendomsrecht het object der vervreemding is en de macht, die den eigendom overdraagt, wel liggen moet buiten het recht, dat overgedragen wordt? (1)

Bij deze redeneering schijnt te worden vergeten, dat bij de vervreemding van den eigendom meer overgedragen wordt dan de bevoegdheid tot feitelijke heerschappij; dat immers ook overgedragen worden een aantal wilsrechten — recht om den rechtstoestand ten aanzien van het goed te wijzigen door verhuring, vestiging van erfdienstbaarheden, vruchtgebruik en andere zakelijke rechten enz., ja ook het wilsrecht zelf tot verdere vervreemding aan derden.

Zoo is er meer. Is b.v. des schrijvers opvatting te aanvaarden, dat de kooper van onroerend goed aan het contract het wilsrecht ontleent om zelf de overschrijving te bewerkstelligen? Als bij de overeenkomst de verkooper dat recht aan den kooper verschafte, zou de laatste het ook ontleenen aan het contract, zonder dat ter zake eene akte is opgemaakt. Intusschen, volgens het in de practijk geldend recht staat in dat geval den kooper geen middel ten dienste om den eigendom van het goed te verkrijgen. Bovendien, al ontleent de kooper aan

(1) Diss. blz. 46, j°. 48 i. f. en 49.

het contract een wilsrecht op levering, daarmede is hem nog de reëele executie niet toegestaan. Men denke slechts aan de heerschende opvatting ten aanzien van het koopcontract betreffende roerende lichamelijke zaken.

Beter dan den sleutel in het wilsrecht te zoeken, doet men o. i. door zich de levering van onroerend goed voor te stellen als te geschieden door de samengestelde handeling van: het opmaken der akte, waarvoor de medewerking der beide partijen noodzakelijk is en de overschrijving daarvan, welke niet door partijen maar door de overheid geschiedt; tot welk laatste — de voltooiing der reeds gedeeltelijk volbrachte handeling — bij het zwijgen der wet, de opdracht van eene der partijen voldoende is te achten, gelijk ook bij de vestiging eener hypotheek voor het tweede gedeelte der samengestelde handeling — de inschrijving der opgemaakte notarieele akte — met de bemiddeling van den verkrijger van het recht, den schuldeischer, wordt volstaan en die van den verleener, den schuldenaar, niet door de wet verlangd wordt (1).

Doch genoeg. Wij hopen door bovenstaande regelen de belangstelling te hebben opgewekt voor de studie van den heer RUPKE, die wij ondanks verschil van opvatting op meerdere punten, wegens den ernst en de degelijkheid waarvan de behandeling der moeilijke materie getuigt, met ingenomenheid hebben begroet.

Groningen. J. KOSTERS.

---

(1) Artt. 671, 1217, 1224, 1231 B. W.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, Derde Deel, *Verbintenissenrecht*, 2e dr., 1e stuk, blz. 217—312, door Mr. H. van Goudoever. *Zwolle*, Tjeenk Willink, 1915.

Mr. Asser's Handleiding verheugt zich in eene gevestigde reputatie. De geduldproeven, die de bezitters moesten afleggen, als zij op eene nieuwe aflevering wachtten, hebben de deugdelijkheid van het boek onweerlegbaar bewezen. De vertraging in de verschijning heeft enkel het verlangen naar de voltooiing verscherpt. Eindelijk is op Mr. Van Goudoever alleen de verantwoordelijkheid voor de definitieve afwerking komen te rusten. Hij heeft uit de handen van Mr. Limburg de zorg voor het eenige nog incomplete deel (III) overgenomen. In 1913 ontvingen wij het begin van het eerste stuk van den tweeden druk; het einde van 1915 bracht ons een vervolg. De kleine 100 bladzijden van deze aflevering bevatten eene welkome gave. Uitvoerig behandelen zij twee gewichtige onderwerpen; de ontbinding van de wederkeerige overeenkomst en de totstandkoming van contracten. Wie heeft bij zijne studie of in zijne practijk niet de tallooze netelige kwesties ontmoet, waarvoor de artt. 1302 vlg. en 1356 vlg. B. W. ons plaatsen? Wie kent niet de theorieën uit den ouderen en den nieuweren tijd, die ons bij hare oplossing moeten helpen? En wie heeft niet het gevoel, dat hier vooral verleden en toekomst vijandig tegenover elkander staan? Misschien breekt mettertijd zich het inzicht baan, dat wij onze antwoorden te diep

zochten; dat wij in moeilijkheden geraakten, omdat wij de twistvragen verkeerd stelden; dat eenvoud en klaarheid ook op dit gebied een rustig tehuis kunnen vinden. Het proces der gisting is thans evenwel nog in vollen gang. Voorshands kan het oogmerk dus niet verder reiken dan om in het al te overvloedige materiaal, naar principieele gezichtspunten, orde en regelmaat te scheppen. Dat doel heeft de schrijver zich gesteld. Met nauwgezetheid en scherpzinnigheid heeft hij, misschien hier of daar te kwistig uit den rijken schat zijner kennis puttend, zijne delicate taak volbracht. Op de dankbaarheid van zijne lezers kan hij rekenen. Onvoorwaardelijke erkentelijkheid wacht hem echter eerst, als zij zijne laatste aflevering in de hand zullen hebben.

SUIJLING.

Oprichting van naamlooze vennootschappen naar Nederlandsch recht; akademisch proefschrift van J. H. A. GROSHEIDE Jr.

Toen ik deze lijvige dissertatie met aandacht had doorgelezen, heb ik haar met gemengde gevoelens uit de hand gelegd. Was ik toch eenerzijds vol bewondering voor de inderdaad groote belezenheid, scherpzinnigheid en systematischen aanleg, waarvan Mr. GROSHEIDE op menige bladzijde blijk geeft, daarnevens betreurde ik dat de kundige schrijver niet had beseft dat hij zich bij meerdere beperking niet minder en misschien nog meer dan thans het geval is, den meester zou hebben betoond.

Bij het kortelijks rekenschap afleggen van het een en van het ander kan ik vooropstellen dat de schrijver zijn onderwerp heeft behandeld op een vollediger wijze dan het, naar mij althans bekend, ooit behandeld is. Al wat met de oprichting der Nederlandsche naamlooze vennootschap samenhangt, vindt zijn plaats in dit werk; niet alleen de eigenlijke oprichting en wat daarmede in verband staat, als de akte, de koninklijke bewilliging, de openbaarmaking, de aanvang van de naamlooze vennootschap en de aandeelen, maar ook het aan de oprichting voorafgaande voorbereidingstijdperk — men zou het kunnen noemen: de conceptie van de vennootschap — en aan de andere pool de nietigheid der vennootschap en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden worden in een tiental hoofdstukken (circa 400 pagina's) uitvoerig

besproken. Van de uitgebreide litteratuur over dat alles heeft de schrijver met groote volledigheid kennis genomen, zelfs simpele boekaankondigingen zijn hem niet ontgaan, zoodat men zonder te groote overdrijving met een variant op een bekend gezegde van zijn arbeid kan zeggen: „al wat (over dit onderwerp) in boeken staat, is in dit . . . boek gevaren". Voeg hierbij een ruime raadpleging en groote kennis van de praktijk, niet alleen van vonnissen, maar ook van ministerieele circulaires, van formulieren en akten, waarvan in het aanhangsel een menigte geheel of gedeeltelijk zijn weergegeven.

Dat de verschillende quaesties, door die talrijke schrijvers aangehaald of in de praktijk gerezen, nauwkeurig en in den breede besproken worden, behoeft nauwelijks vermeld; niet zelden geeft de schrijver bovendien eigen oplossingen der gerezen moeilijkheden — ik wijs o. a. op zijn behandeling van het rechtskarakter der oprichting —, welke, al zal men het er niet altijd mee eens zijn, in ieder geval blijk geven van nadenken en scherpzinnigheid. Van een debat met schrijver over enkele punten, waarbij ik zijn opvattingen niet kan deelen, zal ik mij hier onthouden, waar ik reeds vroeger gelegenheid had nu en dan een afwijkende opinie te uiten.

Maar naast die goede hoedanigheden staan hare gebreken! De schrijver geeft soms te veel, is te precies en te systematiseerend; hij spaart u soms niet zelfs betrekkelijk weinig beduidende verschilpunten, door hem bij schrijvers of in de praktijk waargenomen en welke dan telkens weder, in onderling verband gebracht, meer of minder uitvoerig worden besproken en weerlegd. Het gevolg is dat wat had kunnen dienen tot versiering der groote lijnen, welke de belangrijke vraagstukken omsluiten, die lijnen overdekt en doet vervloeien. Het gezicht op het bosch, hetwelk — ik neem het gaarne aan — den

schrijver zelven geen oogenblik verborgen was, gaat door de boomen meer dan eens aan het oog van den lezer schuil. Een enkel voorbeeld tot toelichting! Bij de bespreking van het rechtskarakter der oprichting — een hoofdstuk dat werkelijk veel goeds bevat — bespreekt schrijver de argumenten van een aantal tegenstanders der contractsleer. Die argumenten worden nu eerst verdeeld in een vijftal groepen, welke nauwkeurig besproken en bestreden worden. Daarbij worden die groepen soms weer onderverdeeld: zoo worden bij de 2e groep (de argumenten ontleend aan partijverhouding en praestatie) weder een drietal vragen onderscheiden, welke telkens ten aanzien van meerdere overeenkomsten worden nagegaan en waarbij dan op hun beurt weer een drietal gevallen, soms weer onderverdeeld, worden besproken. Men zal begrijpen hoe dit vermoeit en het volgen van den draad verzwaart.

Een ander bezwaar is dat de schrijver, zoo weinig mogelijk onbehandeld willende laten, nu en dan invlecht een bespreking van quaesties, welke, nu ja, bij zijn onderwerp te pas komen, maar toch daarvoor niet specifiek zijn en een veel algemeener strekking hebben.

Ik wijs op zijn bespreking van art. 6 der Notariswet in verband met des notaris verplichting tot verleening van zijn diensten, een vraag, welke naar aanleiding van ministerieele circulaires bij de oprichting der naamlooze vennootschap te pas te brengen is, maar toch daar over heen reikt, op zijn verhandeling over de bekwaamheid van minderjarigen, gehuwde vrouwen, rechtspersonen en publiekrechtelijke lichamen om overeenkomsten aan te gaan, vragen, welke ongetwijfeld bij het bespreken van het aandeelhouderschap kunnen worden aangeroerd, maar toch als van veel verdere en breedere strekking daar niet volledig kunnen worden behandeld.

Dat alles echter neemt niet weg dat ik voor des schrijvers

verrichting grooten eerbied heb, hem daarmede van harte gelukwensch en de hoop uitspreek dat het hem moge gegeven zijn om na de mobilisatie, welke, naar ik meen te weten, ook zijn juridisch arbeidsvermogen heeft geïmmobiliseerd, nog meermalen van zijn belangstelling in het vennootschapsrecht blijk te geven.

L. E. Visser.

Het Kort Geding (référé) voor den President der Arr.-regtbank door (wijlen) Mr. J. P. A N. CAROLI, advocaat te *Amsterdam*, voortgezet door Mr. E. M. MEIJERS, hoogleeraar a/d rijksuniversiteit te *Leiden*. II, met supplement op I enz.

Dat ik, om 't bovenvermeld tweede deel onder de aandacht der lezers van *Themis* te brengen, de „regtsgeleerde" pen nog eens opvat, is te wijten aan de Redactie van het tijdschrift, die den recensent van het eerste deel niet losliet.

Deed ik wel met zwichten voor haren aandrang? Ikzelf twijfel er aan, nu ik aanduidingen meen te bespeuren, dat, na eenen medearbeid van 1860—1916, de tijd van *gaan* als jurist voor mij, 79-jarige, is aangebroken. Nog lees ik wel het *W. v. h. R.* en teeken daaruit 's Hoogen Raads civiele arresten op, doch meer en meer verflauwt de belangstelling in hetgeen einde Juni 1912 mij het nederleggen van mijn ambt uiterst moeilijk maakte; thans ervaar ik ten volle, met die daad eenen pligt te hebben vervuld. En bij den lezer van dit stukje, die meent dat niet luisteren naar de Redactie wijzer zou zijn geweest, pleit ik verzachtende omstandigheden uit hare motiveering, onder belofte van niet te recidiveeren.

De hier geboden bladzijden worden alzoo ook mijn woord van afscheid aan het tijdschrift, waaraan ik meer dan eene halve eeuw lang heel wat uren arbeid besteed heb; uren uiterst nuttig voor mijzelven — nam fabricando

fabri fimus — en naar ik meen te mogen hopen niet gansch onnut ook voor de in dat lange tijdsverloop elkander opgevolgde *Themis*-lezers. Valeant!

Dit tweede, doorloopend met het eerste stuk van „CAROLI" gepagineerde, deel is van blz. 222 tot 266 nog van diens eigen hand: zijn voortzetter prof. MEIJERS vond de behandeling van nog twee afdeelingen des derden hoofdstuks „De toepassing van het kort geding" persklaar liggen en heeft (m. i. teregt) het handschrift aldus doen afdrukken, zonder andere wijziging dan het toevoegen van nieuwere regtspraak. Hetgeen echter aan MEIJERS (blz. 234 vgg.) de mij welkome gelegenheid laat tot eene gewigtige aanteekening op art. 665 Rv.

Blz. 223 extr. ontmoet ik eene zakenopmerking van CAROLI zelven: t. w. dat 289 Rv. tot vreemde *uitkomsten* aanleiding moet geven, omdat het zelf een vreemd mengsel is. En slag op slag geven de twee deelen van zijn boek de bewijzen, hoe juist deze opmerking is. Neem b.v. de leering blz. 241 — eene leering die men blijkens eene Brusselsche uitspraak en référé (21 Maart 1904, Pasicrisie b. 1905 III p. 53) ook in België ontmoet — dat eene verzegeling, uitgelokt door iemand die zijn regt daartoe niet aantoont, eene (tijdelijke) feitelijkheid is tegen het regtmatig genot van den eigenaar der goederen.

Voltooid, belet zij dien eigenaar ongetwijfeld zijn genot, doch vóór dat oogenblik niet, al wordt reeds dadelijk het risico van zijn genieten grooter; de „feitelijkheid" moet dus in het *verzoeken* aan den Kantonregter steken.

Maar het in den arm nemen van dien regter, die den verzoeker kan afwijzen, is alreeds eene zonderlinge „feitelijkheid"; meent men met de voordragers van die leer dat gezegde eigenschap afhankelijk is te stellen van 's regters oordeel, of verzoeker hem eenig regt op het

goed aannemelijk heeft gemaakt, dan wordt vergeten dat het *verzoek* een onherroepelijk verrigt feit uitmaakt; neemt men aan dat het *leggen der zegels* den eigenaar in zijn genot verkort, dan vervalt men in *tegenstrijdige* constructies en is tevens op weg om van den Kantonregter, die naar eigen oordeel weigert of handelt, bij voorkomen van het laatste geval eene manus ministra van den verzoeker te maken, ofschoon in werking stellend *publiekregtelijk* gezag. Voorwaar, naar elken kant *zonderlinge* uitkomsten!

Thans komt voor mij, die wil zorgen dat dit stukje zeer bescheiden van afmetingen blijve, aan de beurt van bespreking de arbeid van CAROLI's vervolger. Doch alvorens nog een woord van leedwezen dat Het Kort Geding niet door C. zelven voltooid heeft mogen worden, en een eeresaluut aan de nagedachtenis van dezen schranderen jurist, wien de tijd, noodig om tusschen de uitoefening der praktijk door het boek degelijk te voltooijen, kennelijk niet is meegevallen: zijne raming, April 1906, van nog een achttal maanden is te krap gebleken. Met leedwezen en groot leedwezen ook.

Eheu! doch geenszins met de bijgedachte dat het vervolgwerk eene minderwaardige voortzetting van Deel I zou uitmaken. Verre van daar. Het nieuwe deel laat ons, buiten MEIJERS' uitdrukkelijke mededeeling om, als het ware proeven, dat deze na de akademische school leerling in de praktische regtsschool van CAROLI geworden is, en dat hij die school heeft doorgemaakt met evenveel vruchten als de tegenwoordige Leidsche hoogleeraar zich uit zijne universitaire opleiding verworven heeft. De continuiteit bv. in de wijs van voordragt der regtsstof is m. i. opmerkelijk.

Wel meen ik een enkele maal waar te nemen dat bij wijlen den advocaat de regtspraktijk langer heeft geduurd

dan bij den vroeg op den Leidschen katheder geklommen hoogleeraar; de kijk (als ik 't zoo uitdrukken mag) op het onderwerp verschilt evenwel niet bij de twee. Trouwens konden, zooals wij uit MEIJERS' korte voorrede voor den vervolgarbeid vernemen, ten dienste daarvan vaak gebruikt worden losse aanteekeningen door CAROLI nagelaten: sparsa getuigend voor de vruchtbaarheid van diens degelijke theoretische kennis en opgedane praktische ervaring, nu het aankwam op de blootlegging van een instituut, welks wettelijke regeling vaak onvolledig en vaak ook stelselloos is uitgevallen.

Laat ik, om den lezer dit mijn algemeene oordeel niet gansch ongestaafd voortedragen, een enkelen greep in het behandelde doen. Ik neem daarvoor de bladzijden II 268 vgg., loopend over de vraag of ten onzent een gelegd conservatoir beslag bij uitspraak in kort geding kan worden opgeheven. Haar behandelend, begint MEIJERS met bondig en voor mij afdoend buiten de deur te zetten (CAROLI zou 't niet forscher hebben gedaan) het soms aan art. 731 Rvord. ontleende argumentum a contrario: alleen dáár, *dus alleen* in geval van arrest in handen van den schuldenaar zelven, is opkomen tegen eenig arrest bij den president toegelaten. Even beslist wordt dan buiten gezet een kunstmiddeltje, haast een eeuw geleden uitgevonden door DE BELLEYME; een middeltje wel door menigen franschen president nagevolgd maar ook door menigeen verworpen: geen verlof tot beslagleggen te verleenen dan sous l'offre et le consement d'en référer en cas de difficulté: de *wet* bepaalt (aldus M.) de presidiale competentie en de voorzitter kan zijne regtsmagt nooit uitbreiden. Evenmin als hij (laat ik dit bijvoegen) in eenig dictum heen kan over 't verbod van art. 292 om het bodemgeschil te praejugeeren; dit wel te onder-

scheiden, zooals wij zagen, van *motiveeringen* daarmee verband houdende. Dat die uitvinding eene dochter is van 't gevoel van billijkheid, nu de fransche magistratuur meende niet genoeg te hebben aan de opdragt van regtsmagt „dans tous les cas d'urgence", die zij aan art. 806 Proc. kon ontleenen, maakt haar kunstmiddel niet wettelijk gerechtvaardigd, al spreekt die billijkheid gestaafd door heel wat ondervinding met nog zoo luide stem. Het beslag veroorlovend, is de president noodwendig meestal afgegaan op de eenzijdige voorlichting van den verzoeker en heeft tegen diens voorstellingen ook geen waarborg in de honorabiliteit van den procureur, die met het request tot hem kwam, omdat ook deze maar spreektrompet van den verzoeker kan zijn. Zoodoende worden vaak beslagen gelegd die, tenzij vatbaar voor snelle opruiming, zijn aantemerken als aangelegd op ergerlijke afzetterijen; blz. 270 geeft MEIJERS ons daarvan een lijstje, en om de streek van 1864 heb ikzelf *vijf jaren lang* gewurmd met een haast ongeloofelijk staaltje. Een paar deugnieten van hoogst deftigen huize, geen hongerlijders maar geldwolven, hadden eene akte vervaardigd, houdende verpligting van eene rijke oude tante om aan hen en eene zuster eenige honderdduizenden uittekeeren en zij verkregen op dit fabrikaat helaas een verlof van onzen zeer bejaarden president om beslag te leggen op de nalatenschap.

De buitenslands wonende zuster der falsarissen en haar man, uitgenoodigd om aan dit nette zaakje meêtedoen, kwamen ten advieze bij mij: ik durf zeggen gelukkig. Want Hagenaar, kende ik de kaart van 't land, bepaaldelijk den beslagleggenden broeder, tot voor kort mijnen confrère. En het kostte geen moeite die menschen te overtuigen dat het voorstel om meêtedoen was een speculatie, om met hun fatsoen het schunnige zaakje,

waarbij de oorsprong der akte dra aan het licht kon komen, te dekken. De menschen zijn zoo wijs geweest om bondgenooten te worden niet van het kostelijke tweetal maar van de testamentaire erven der tante, en hebben daaraan nog het binnenkrijgen te danken gehad van een beetje, ook hun te kort gedaan in de ouderlijke nalatenschap. Doch is men *dra* van de valsche akte en haar sequeel het beslag af geweest? *Vijf* lange jaren, dat zeide ik al, is men daarmee opgescheept gebleven, en zelfs toen niet losgekomen van het schurkenpaar zonder transactioneel een deel van de erfenis in hunne klauwen te laten (1).

Teregt doet t. a. p. MEIJERS ook opmerken dat men op de billijkheid om, zonder strikte noodzakelijkheid, opheffing van een beslag door eene uitspraak „in kort geding" te krijgen niet moet gaan afdingen door een procesvoering in *kort* geding op het tapijt te brengen. Want ook omtrent de *spoedsmagt* van die procesvoering heb ik merkwaardige ondervindingen, nog wel als mijne eerste kennismaking met „litigatie en *tergiversatie*" (eene formule van wijlen JAN KAPPEYNE) opgedaan door een geding op korten termijn, eene halve eeuw geleden hier gevoerd in de haute volée. Een baron had eene door hem gehuurde woning *zonder* verhuurders toestemming overeenkomstig art. 1595 B. W. doen betrekken door eenen anderen baron en, wat erger was, zijnen (niet baronialen maar buitengewoon rijken) verhuurder uit denzelfden kring op de teenen getrapt: schoon zou de wrake wezen, zoo de indringer met een vonnis uitvoerbaar bij voorraad uit het huis kon worden gezet! En wijl de feiten onbetwistbaar vaststonden was daarop goede kans, wijl tusschen den dag van dagvaarden en 1 Mei, einde der huur, nog ruim vijf maanden

(1) Een zelfmoord is later 't besluit van hun bestaan geweest.

lagen. Maar verweerders opdragt aan zijnen advokaat was, het proces niettegenstaande het „terstond" van art. 137 Rv. te rekken tot voorbij dien omineusen Meidag: geld kwam er niet op aan, *tijd* winnen was alles. En niettegenstaande dat „terstond" en de onverbiddelijkheid der EYSSELLS op dit punt werd die 1 Mei gehaald met behulp van de onmogelijkste hakketten, herlevingen van avenirs en wat van dien aard verder aan chicanes uit de regtsvordering door vindingrijke praktizijns te distilleeren was. Geld bij massa heeft die „zaak" den baronnen gekost, en door dit geding is de toen piepjonge EYSSELL, die thans stokoud deze herinnering neêrschrijft, ineens geconfijt geworden in het voorvaderlijke procuraat, terwijl het voor de balie, de magistratuur en het departement van Justitie — want voor die allen was de zaak eene causa celeberrima geworden — uitgroeide tot een object lesson, hoe weinig wetsartikelen vermogen, wanneer chicanelust er alles op zet om ze met lamheid te slaan. Niet alleen voor den beslaglegger maar voor iedereen, die van dagvaarden op verkorten termijn heil verwacht, valt *hoegenaamd niets* aftedingen op MEIJERS' uitspraak blz. 270/1, dat er processueele sport-middelen te over zijn om dit „voorrecht" te maken tot eene *bespotting*.

Op 't gevaar af van in den kijker te loopen voor *pretentieuse* seniliteit, waag ik mij aan nog eene opmerking ten aanzien van haast alle référé-litteratuur, incluis MEIJERS, wanneer die zich bezig houdt met de „middelen tot bewaring van zijn regt" behandeld in onze artt. 731—770 Rv.: met de groep der zoogenaamde conservatoire beslagen, die wel het allervaakst tot toepassing van het „kort geding" aanleiding geeft. *Conservatoir:* waarom wel? Blijkbaar omdat met zoo'n beslag wordt *vastgehouden* roerend goed door iemand te revindiceeren of reclameeren

(art. 721), of activiteiten waarop de gewone schuldeischer een obligo ten zijnen gunste verlangt te verhalen in handen hetzij van den schuldenaar zelven (art. 727) hetzij (artt. 730 tot 757) nog van diens debiteuren (1). De vasthouding is, als bloot tot *bewaring* van regt, gansch voorloopig: *standhouden* kan zij niet, tenzij binnen weinige dagen opgevolgd door eenen eisch tot vanwaardeverklaring. Doch spreekt welbezien deze slechts voorloopige werking zich niet nog *meer en afdoender* uit in een ander karakter dan de zoo kortstondige kracht dezer maatregelen: te weten in de omstandigheid dat zij dragen het karakter van executiemaatregelen nog vóór een executoriale titel in handen van den beslaglegger is? Eens anders goed immobiliseeren is diens eigenaars bevoegdheden aantasten, en dat dit zoogenaamd „conservatoire" aantasten een veeleer executoriaal karakter draagt, blijkt voldingend uit den inhoud der opvolgende dagvaarding. Met verlof van eenen regter en op risico (art. 739 Rv.) van schadevergoedingspligt beproeft de beslaglegger zulk eene *omkeering*, zooals reeds onze oude processualist MERULA het helder inzag toen hij de normale volgorde van handelen leerde: „arrest is eene specie van *executie*, met dewelke te *beginnen* de rechten niet toelaten". De beslaglegger vangt aan met eene executiedaad en doet daarop *volgen* den eisch tot vanwaardeverklaring: de vordering van erkenning van zijn schuldeischers- (cas 721 eigenaars-) regt met bevel aan gedaagde om aan de daaruit voortvloeiende gehoudenheden te voldoen; let vooral ook hierop, dat zoodra het vonnis verkregen is, het beslag van zelf wordt een niet meer conservatoire maatregel, een *bloote vast-*

(1) Kortheidshalve bespreek ik hier slechts de meest voorkomende, en ignoreer het pandbeslag of de saisie sur débiteur forain: artt. 758 tot 763, art. 764seqq. Rv.

houding, maar ipso jure overgaat in eene handeling van *tenuitvoerlegging* der verkregen uitspraak (1).

Het wil mij voorkomen dat haast allen die geschreven hebben over de „onverwijlde voorzieningen bij voorraad „in het belang van partijen", waartoe art. 292 Rv. (tous les cas d'urgence van art. 806 Proc.) den president magtigt, wel wat meer aandacht aan den hier ontwikkelden kijk op de zaak hadden moeten wijden, omdat dergelijke beschouwing eenen m. i. niet onbelangrijken steun verschaft aan meer dan eene door hen — en ook wel door presidenten in het motiveeren eener uitspraak — bepleite meening. Bv. wanneer CAROLI-MEIJERS passim verkondigen dat eene beslissing nooit anders *kan* zijn dan „voorloopig". Immers hoe kan eene voorziening getroffen opzigtens het ὕστερον πρώερον van eene executiehandeling als beslag, ofschoon ten laste des aldus geëxecuteerden nog hoegenaamd niet vaststaat, dat eene op regtspligt

(1) Misschien mag in dit verband nog gewezen worden op iets anders: te weten op het geringe gevolg der pogingen van oudhollandsche praktizijns om toenmaals vasten voet te verschaffen aan hun uitvindsel, [adagium *quasi* juris] «arrest fundeert jurisdictie». Een kostelijk middel voor oude vossen om gauw te komen aan eene vanwaardeverklaring, indien men dergelijk adagium aangenomen kon krijgen als juristerij, en wat gaven zij op hun sloffen er dan om, dat zulk een kunstje zich kwalijk het rijmen met een weldoordacht procesregt? smalend verklaarden zij dat dan voor «maar theorie». Gelukkig echter heeft die «theorie» het gewonnen van hunne «praktijk»; misschien heeft tijdens onze oude republiek die theorie eenigen feitelijken steun ondervonden van den onderlingen naijver der talrijke jurisdictien om zich geen enkel brokje regtsmagt over de menschen afhandig te laten maken, doch vóór en na de invoering der fransche wetgeving ten onzent is in Nederland muurvast begrepen, dat iemands veroordeeling als schuldenaar (vanwaardeverklaring) alleen mag uitgaan van regters normaal bevoegd (artt. 726, 734, 738 Rv.) om zijne *schuldpligtigheid* vasttestellen.

gegronde veroordeeling behoort te worden uitgesproken (1), bij mogelijkheid eene verdere beteekenis hebben dan eene volstrekt *voorloopige*? Steunt deze beschouwing niet b.v. de met toejuiching door C.-M. vermelde beslissing (H. R. 18 Maart 1910, *W.* 8986) dat de president, verzocht om op een reeds verleend verlof tot beslag terug te komen of dit op te heffen, [eene leer die naar MEIJERS' mededeeling blz. 272/3 nog maar niet aanvaard wordt door den Amsterdamschen president Mr. WESTENBERG, maar door al diens vice-presidenten omhelsd is] daartoe geregtigd is? Minstens evenveel m. i. als de overigens juiste opmerking des hoogleeraars, dat op het *algemeene* karakter der hem toegewezen taak de klemtoon behoort te vallen.

Omtrent dat karakter stip ik nog een paar verdienstelijk ontwikkelde items aan. Die algemeenheid uit zich in het „voorzien", zoo dikwijls dit *onverwijld* noodig is, niet verder dan *bij voorraad*. De manier is in de afdeeling „Kort Geding" nergens omschreven, maar overgelaten aan 't beleid van den voorzitter (blz. 278): niettemin stelt de wetgever daaraan zekere grenzen. Het moet uitgeoefend worden *in het belang van partijen*, doch niet in den zin van opereeren met een weegtoestel waarvan elke schaal met het belang van wederzijdsche litiganten beladen wordt, wijl de evenaar dan bijna nimmer (zooals het Haagsche Hof 28 Junij 1897, *W.* 7121 opmerkte) in het huisje zal teregt komen en de wetgever *stellig* niet een instituut heeft willen scheppen, dat haast altoos tot onmiddellijk voorzien *buiten* staat zou wezen. De grenzen van presidents magt liggen elders.

(1) De uitspraak MEIJERS blz. 275: «een eisch tot vanwaardeverklaring moet niet ingesteld worden omdat een beslag gelegd is, maar opdat een gelegd beslag gehandhaafd worde» verkrijgt eerst haar volle kracht, wanneer zij onder het licht van deze beschouwing gebragt wordt.

Al dadelijk begrenzing in het voorschrift van art. 291 Rvord. dat, zoo dikwijls hem op zijne teregtzitting blijkt, dat zonder groot of onherstelbaar nadeel de zaak uitstel gedoogt of niet vatbaar is om in kort geding behoorlijk te worden toegelicht, de president in plaats van onverwijld te voorzien de partijen verwijst naar de regtbank, met of zonder verlof aan den aanlegger om te dagvaarden op korten termijn. En vooral vindt die magt hare grens in art. 292, den „obersten Satz" van het kort geding: dat de beslissingen bij voorraad geen nadeel mogen toebrengen aan de zaak ten principale: zegge het bodemgeschil. Wel mag de president aan dit „principale" overwegingen ontleenen, ja zal voor een rigtig beleid zich menigmaal moeten rigten naar de gedaante van dit geschil, maar opzigtens het te geven *dictum* gelast hem de wetgever onverbiddelijk: *dáárvan de handjes af mijnheer!*

Hiermede acht ik ingelost de belofte, mij door de *Themis*-Redactie ontlokt.

Laat ik aan dit mijn afscheid van het tijdschrift toevoegen, dat ik wat minder pessimistisch gestemd ben bij het nederleggen van mijne pen, dan toen ik die opvatte. Want onder het doorgaan met dezen arbeid ging het mij eenigszins als een cavaleriepaard op reform, dat buiten rondloopend de trompet hoort steken en dan zijn oude ooren nog rigt naar den opgevangen toon: geheel uit mij geweken is de vroegere geest dus nog niet. Toch blijve wijselijk het voor mij *basta* met juridisch gedoe!

Den Haag, Febr. 1916.

A. P. Th. Eyssell.

Politieke Opstellen. De partijverhoudingen in ons land, De grondwetherziening, De Belasting wetgeving, Parlementair en niet Parlementair Ministerie, De Volkswil, De Eerste Kamer, Het Algemeen Kiesrecht, Het Tarief, Het Onderwijsvraagstuk, Het Eedsvraagstuk, Het vraagstuk der Lijkverbranding, De positie van den Paus, De Administratieve Rechtsspraak, enz. van Prof. A. A. H. STRUIJCKEN, Lid van den Raad van State. — *Arnhem*, S. GOUDA QUINT. — *f* 3.—.

„Nu de inwendige politiek weder haar gewonen gang „gaat zullen deze opstellen voor de eerstvolgende jaren „van groot belang zijn". Aldus de profetie van den uitgever, wanneer hij in het Weekblad van het Recht het verschijnen van bovenstaand werk, aan de Redactie van *Themis* „ter recensie" gezonden, aankondigt.

Zou de heer GOUDA QUINT gelijk hebben?

Ik geloof het wel. De opstellen zijn aangenaam geschreven, wat daarin wordt betoogd is steeds de overdenking waard en hoewel de schrijver duidelijk partij kiest, krenkt hij zijn tegenstanders niet. Met één uitzondering namelijk Mr. S. VAN HOUTEN, die zich echter daarover wel niet zeer zal ergeren, wanneer hij althans het spreekwoord, dat die kaatst den bal moet verwachten, niet heeft vergeten.

Wanneer men de opstellen — voor een deel vroeger reeds verschenen in het Tijdschrift „Van onzen Tijd" — leest, bemerkt men onmiddellijk, dat men met een jurist

te doen heeft, die, al moge hij ook hoogleeraar zijn geweest, zijn practischen blik niet heeft verloren. Speciaal bij de opstellen over de eeds-quaestie en de lijkverbranding is dit duidelijk. Maar ook hier is naast den jurist toch ook de politicus aan het woord. Hieruit volgt echter, dat aan het verlangen van den uitgever niet kan worden voldaan en de „Politieke Opstellen" in een tijdschrift dat geen politiek tijdschrift *wil* zijn, niet kunnen worden gerecenseerd.

Wel kan de aandacht worden gevestigd op opstellen, die èn wat vorm èn wat inhoud betreft zeker niet achterstaan bij hetgeen door anderen, speciaal door hoogleeraren, op dit gebied wordt opgedischt. Schrijven deze meestal alleen voor geestverwanten, immers niet geestverwanten worden zoo onvriendelijk behandeld, dat zij de geschriften dezer moderne wijzen ijlings ter zijde leggen, Mr. STRUIJCKEN schrijft voor een ruimer kring.

„Verba volant scripta manent".

Voor alle der bovenvermelde opstellen is dit niet juist, wel echter voor ettelijke.

Februari 1916. S.

THEMIS

LXXVIIste deel — DERDE STUK

De Indische weeskamers in het voogdijrecht.

De vijftiende titel van het eerste boek van het Indisch Burgerlijk Wetboek handelt over minderjarigheid en voogdij en de laatste of dertiende afdeeling van dien titel, zijnde de artikelen 415 tot en met 418, draagt tot opschrift *Van de weeskamers.*

Artikel 415 zegt dat er in het rechtsgebied van elken raad van justitie een weeskamer zal bestaan, behoudens de bevoegdheid van den Gouverneur-Generaal om het aantal weeskamers in de buitenbezittingen te beperken, en dat op plaatsen waar dit noodig blijkt agenten worden aangesteld (1); artikel 416 draagt den Gouverneur-Generaal op om, na raadpleging van het Hooggerechtshof, eene

(1) Nadat dit opstel geschreven was, is bij Koninklijk besluit van 1 Februari 1916 no. 39 (*Ind. Stbl.* no. 325) een nieuw lid aan artikel 415 toegevoegd, luidende: De aanwijzing van den vertegenwoordiger der weeskamers in Nederland geschiedt door den Minister van Koloniën, die tevens de instructie van dien vertegenwoordiger vaststelt.

instructie voor de weeskamers vast te stellen (1) en de samenstelling en inrichting van iedere weeskamer te regelen in overeenstemming met de voorschriften der nieuwe wetgeving (2); artikel 417 geeft aan de weeskamers vrijheid om zich in zekere gevallen door een of meer harer leden of door een harer agenten te doen vervangen, en schrijft haar voor om, wanneer zij advies moeten uitbrengen, dat schriftelijk te doen en het met redenen te omkleeden en eindelijk bepaalt artikel 418 dat de weeskamers niet kunnen worden uitgesloten van de bemoeienissen, welke haar bij de wettelijke bepalingen zijn opgedragen en dat alle hiermede strijdige handelingen en bedingen nietig en van onwaarde zijn.

Ziehier het zonderling samenstel van de bepalingen, die de wettelijke grondslag van het bestaan en de werkzaamheden der Indische weeskamers zijn.

Vóór alles moet ik er op wijzen, dat de plaats aan die bepalingen gegeven als een aanhangsel van den over minderjarigheid en voogdij in het Burgerlijk Wetboek handelenden titel, geen rekening houdt met den aard en het wezen der weeskamers in het algemeen.

Zeker — een belangrijk deel van hare werkzaamheden ligt op het terrein van het voogdijrecht; zij hebben haar naam ontleend aan de weezen, wier belang men hier te lande eeuwen geleden met de instelling der weeskamers op het oog had, al is het ook waar dat destijds het woord *weezen* een uitgebreider beteekenis had dan thans en er toen ook *bejaarde weezen* waren; hier te lande hebben de weeskamers inderdaad steeds verband gehouden met wat ten tijde van haar bestaan tot het voogdijrecht behoorde; — maar het arbeidsveld van de Indische weeskamers is veel uitgestrekter. Het omvat niet alleen

(1) De instructie is afgekondigd in *Ind. Stbl.* 1872, no. 166.

(2) Dit is de wetgeving van 1848, waartoe ook het B. W. behoort.

de voogdij over minderjarigen en de oude voogdij over bejaarde weezen, zijnde thans de curateele over onnoozelen, krankzinnigen, aan razernij lijdenden, zwakken van vermogens en verkwisters, maar ook de curateele over de ongeboren vrucht, het beheer van goederen van afwezigen en van onbeheerde nalatenschappen, het curatorschap in faillissementen, de registratie van testamenten en wat hier te lande tot den werkkring van den kantonrechter behoort met betrekking tot olographische en besloten of geheime uiterste willen (1).

Waar de organieke bepalingen omtrent de weeskamers in de Indische wetgeving een plaats hadden moeten vinden, is het reglement op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie, en inderdaad heeft dat oorspronkelijk in de bedoeling gelegen. Artikel 132 van genoemd reglement dankt aan die mislukte bedoeling zijn zonderling bestaan (2).

Wat aan de bepalingen ontbreekt, is eene opsomming van de werkzaamheden der weeskamers, hetzij in bijzonderheden zooals ik die aangaf, hetzij meer globaal en al

(1) Bijna van den aanvang af zijn de Indische weeskamers belast geweest met de zorg voor onbeheerde nalatenschappen. Dat de rechthebbenden op nalatenschappen zich niet ter plaatse bevinden, komt uit den aard der zaak in een kolonie dagelijks voor en men heeft reeds in 1642 begrepen dat de weeskamers geschikte organen waren om daarin te voorzien. Men hoede er zich intusschen voor om in die bemoeienis met nalatenschappen en boedels een verklaring te vinden voor den naam Wees- en boedelkamer, waarmede de Indische colleges veelal worden aangeduid. De boedelkamer is voor Chineezen, Arabieren, inlanders etc., voor zooveel de voor hen geldende bepalingen het noodig maken, wat de weeskamer is voor Europeanen. Vroeger waren weeskamers en boedelkamers colleges, die niets met elkaar te maken hadden, thans zijn de functies der boedelkamers opgedragen aan de weeskamers, die bij het vervullen daarvan worden bijgestaan door zoogenaamde Chineesche en inlandsche leden.

(2) Zie mijn opstel over dat artikel in *Themis* 1915, no. 4.

wat er in staat, behalve in artikel 415 en in de eerste zinsnede van artikel 416, waarbij aan den Gouverneur-Generaal, na raadpleging van het Hooggerechtshof, het vaststellen van een instructie wordt opgedragen, behoort er niet in, maar zou, althans voor een deel, beter op zijn plaats zijn in de instructie. Het tweede gedeelte van artikel 416 draagt den Gouverneur-Generaal op wat reeds door het Regeerings-Reglement (de Indische Grondwet) aan hem is opgedragen, maar houdt daarbij geen rekening met de grenzen, die de begrootingswetgever hem stelt. Artikel 418 constateert een waarheid, die ook zonder sanctie van de wet volle kracht zou hebben. Het heeft alleen zin voor hem, die de historische oorsprong van de bepaling kent en voor wie lust en tijd heeft om daarnaar te zoeken, kan het — ik spreek uit ervaring — een bron van genot en dientengevolge nuttig zijn, maar dat is de bedoeling niet waarmede wetten worden gemaakt.

Begrip van de werkzaamheden der Indische weeskamers in zake voogdijrecht, eischt allereerst een onderzoek naar wat de Nederlandsche weeskamers, waarvan de Indische afstammen, waren. Om daaromtrent een voorstelling te krijgen, heb ik mij gewend tot de schaarsche litteratuur, waaronder een eerste plaats bekleeden „Over de weeskamers zooals die vroeger in Holland en Zeeland bestonden", door Mr. E Bergsma en „De Amsterdamsche weeskamer", academisch proefschrift van N. de Roever Az. (1).

(1) Het eerste uitgegeven te Utrecht bij J. G. Broese in 1855 en het tweede te Amsterdam bij De Roever—Kröber—Bakels in 1878.

Niet zonder vrucht heb ik ook kennis gemaakt met «Vaderlandsche rechten voor den burger", door Mr. Dirk Hoola van Nooten, waarvan het eerste deel in 1793 te Amsterdam is uitgegeven bij Willem Holtrop. Meer dan het eerste deel schijnt niet verschenen te zijn.

Slechts ten deele heb ik daarin gevonden wat ik zocht, wat zeker ook daaraan is toe te schrijven dat BERGSMA de zeer moeilijke taak had een geheel te maken van wat op verschillende plaatsen en in zeer verschillende tijden verschillend was geregeld en DE ROEVER slechts één weeskamer behandelt, terwijl onze oude vaderlandsche weeskamers wel met een en dezelfde bedoeling, n.l. de zorg voor minderjarigen en andere personae miserabiles, in het leven geroepen zijn, maar van plaatselijken aard waren en de regelingen vervat in de plaatselijke weeskeuren, die ook het materieele voogdijrecht betroffen, in belangrijke mate verschilden. Om zich dus een algemeen denkbeeld te vormen is het noodig zich bij groote lijnen te bepalen, terwijl, waar men zich verliest in tijden, die ver achter ons liggen, het zeker ook geoorloofd is uit het bekende te concludeeren tot wat daaruit logisch volgen moet. Ik meen dat ik zoodoende tot een aannemelijk resultaat gekomen ben.

Waar het mij te doen was om hetgeen speciaal in Indië gegolden heeft, heb ik een zeer te waardeeren bron gevonden in het „Nederlandsch-Indisch plakaatboek 1602—1811", door Mr. J. A. VAN DER CHIJS (1) en wat in Indië gegolden heeft, heeft somtijds ook weer kunnen dienen om te verklaren wat ten aanzien van de Nederlandsche weeskamers voor mij duister was.

De weeskamers zijn niet te begrijpen zonder begrip van het materieele recht, waarin zij haar reden van bestaan vonden. Men zal mij, hoop ik, ten goede houden dat ik dat wat hoog ophaal.

Zooals ik reeds zeide, de Indische weeskamers stammen uit Nederland. Daar hebben zij, als belast met de zorg

(1) In 18 deelen uitgegeven van 1885 tot 1900 ter Landsdrukkerij te Batavia en te 's-Gravenhage bij M. NIJHOFF.

voor wie toen weezen heetten, in Holland en Zeeland bestaan sedert de 15e eeuw (1) en zich gehandhaafd tot in het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland, dat eene afdeeling bevatte, tot opschrift dragende *Van aanstelling van voogden door de weeskamer of het gerecht, en van oppervoogdij*. Eerst toen dat wetboek ophield van kracht te zijn en in toenemende mate oud-vaderlandsch recht en oud-vaderlandsche instellingen moesten plaats maken voor wat uit Frankrijk werd ingevoerd, zijn zij verdwenen uit het voogdijrecht (2).

Ook het materieele zoowel als het formeele recht was vroeger, evenals thans, in hoofdzaak in Indië hetzelfde als in het moederland.

Onze voorouders hebben hun sociale organisatie en hun wetten in hoofdzaak en zooveel het verschil in van hen onafhankelijke omstandigheden dat toeliet, naar Indië overgebracht. Na de stichting van Batavia werd, op vaderlandsche leest geschoeid, daar een stedelijk bestuur ingevoerd van een college van schepenen, dat over eigen geldmiddelen beschikte, behoudens approbatie van de hooge overheid met den baljuw ten dienste der stad keuren en ordonnantiën maakte, en rechtsprak in crimineele en civiele zaken. Naast en boven dat gerecht voor den gewonen burger stond, evenals het Hof van Holland voor de edelen en andere hooggeplaatsten in het vaderland, voor de compagniesdienaren de „Dagelycxe Raedt" of zooals hij reeds spoedig heette de „Ordinary Raedt van Justitie binnen het Casteel Batavia", die ook hof van appèl was en in

(1) Fockema Andreæ, Oud-Ned. Burg. Recht deel II, blz. 242.

(2) In het ontwerp B. W. van 1820 kwamen de weeskamers voor. Het bepaalde in artikel 590 dat op voordracht der plaatselijke besturen, aan bijzondere weeskamers de overigens bij die besturen berustende oppervoogdij over minderjarigen zou kunnen worden toevertrouwd volgens een instructie, door den Koning goed te keuren.

rauwactie alle zaken berechtte betreffende „'s lands vryheyt, hoogheyt, heerlyckheyt, rechten, domeynen, finantiën toucherende, alsmede alle saecken van admiraliteyt, piraetschap, als andere de seevaert raekende, ende soo voorts, item alle saeken van materie possessoir met hetgene daeraen dependeert, soo mede alle saecken van arrest, interdictie, etc." Toen in 1624 de weeskamer te Batavia werd opgericht, wat niet, zooals in het vaderland van het stedelijk bestuur, maar, zooals zich in de jeugdige kolonie licht verklaren laat, van de hooge overheid uitging, geschiedde dat ook „om deze Republycke, die dagelyx seer toeneemt, met de costuymen onzes vaderlandts zooveel mogelyk te conformeeren". De aanhef van de Statuten van Batavia (1) maakt melding van „de gemeene vaderlantse" en „geschreven Keyserlycke rechten" als rechtsbronnen en noemt Indië „de Nederlandsche Staet in deze landen", terwijl het „Besluyt" van die Statuten aanvangt: „Voorts is generalycken gestatueert, dat van wat saeken in desen niet bysonder geordonneert sy, geobserveert ende onderhouden sullen worden de rechten, statuten ende costumen, in de Vereenighde Nederlanden gebruyckt, ende daer deselve mede sullen comen te deficieeren, geuseert ende achtervolght sullen worden de beschreven keyserlycke rechten, voor soo veel die met de gelegentheyt van dese landen overeencomen ende practicabel sullen syn. Gelyck dan ook alle Vice-Gouverneurs, Presidenten, Overheden, Justicieren ende Rechters van de affgelegen landen, steden ende plaetsen, onder de gehoorsaemheyt van den Neder-

(1) De eerste compilatie van het Indische of liever Bataviasche recht in 1642. Ook de eerste instructie van de weeskamer van 1625 is daar met geringe wijzigingen, wat het voogdijrecht betreft, in opgenomen. De instructie is afgedrukt in het bovengenoemde Plakaatboek, deel I, blz. 173, de Statuten van Batavia op blz. 523 vlgg.

lantsen staet in dese landen sorteerende, hun nae dit ordonnantiebouck gehouden sullen wesen te reguleeren, voor soo veel de constitutie derselver landen, steden ende plaetsen toelaeten ende gedogen sal". De eed voor schepenen was daarmede in overeenstemming en hield in de clausule dat men recht zou spreken „naer de wetten ende rechten onses vaderlandes, voor sooveel de gelegentheyt deser landen eenichsints gedogen".

Dat de weeskamer te Batavia een jaar lang zonder instructie heeft kunnen werken zal wel hierin zijne verklaring vinden dat wat in het vaderland gold door haar in practijk werd gebracht, waarschijnlijk met den leiddraad van een of andere vaderlandsche weeskeur.

Zien wij nu eerst wie oudtijds *weezen* en als zoodanig het object der bemoeienissen van de weeskamer waren.

Dat waren niet alleen onbejaarden, d. w. z. minderjarigen, maar men kende ook bejaarde weezen, „te weten die haer zelven ende haer goed niet en konnen redderen, door gebrek van buiten ofte van binnen: Van buiten als dooven ende stommen, ofte die door ander groot gebreck onbequaem zijn haer zelve ende 't hare te bestieren: Van binnen door gebreck van 't verstand, als dullen ende andere kranckzinnigen ende verstandeloze luiden, ofte door gebreck van de wille als quist-goederen die men opmaeckers ende verdoenders noemt" (1).

Weezen, waaraan de weeskamers haar naam ontleenen, waren dus oudtijds zij, die omdat zij zichzelf niet konden redden een voogd hadden en dat zijn niet alleen minderjarigen, die volgens ons spraakgebruik onder voogdij staan, maar ook zij, die thans onder curateele

(1) De Groot, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, Boek I, deel 11.

staan wegens krankzinnigheid, razernij, zwakheid van vermogens en verkwisting (1), waarbij te dier tijde kwamen dooven en stommen en zij, die een ander belangrijk gebrek hadden, dat hun belette voor zichzelf te zorgen (2). Zij allen waren onmondigen, die vermomberd d. w. z. van een momber of voogd voorzien werden. Maar zij waren niet de eenige onmondigen. Onmondig is ook de gehuwde vrouw (3) en de man is man en voogd of „kerkvoogd" van zijne vrouw en „heer ende voogd van syns huisvrouws goed" (4), terwijl van schulden staande huwelijk aangegaan, wordt gezegd dat zij zijn gemaakt „gedurende des mans voogdye" (5). Oudtijds, zegt De Groot, werden voor onmondig gehouden

(1) Deze de «quist-goederen» heetten ook hofs- of 's lands- of stadskinderen, omdat zij door het Hof of eenig ander gerecht, zooals een stedelijke Schepenenbank, onder voogdij moesten worden gesteld «alsoo deser gebreck niet zoo kennelick is als van anderen», De Groot als boven en III, 3 § 2.

In het Nederlandsch-Indische Plakaatboek, deel II, blz. 231 vind ik vermeld dat de Indische Regeering op 28 November 1656 uit overweging dat «het noch eenichsints tijt» was den 28-jarigen, gehuwden Melchior Thomasz, geboortig van Batavia, «onder de tutele ende voogdije van de Weescamer» stelde, vermits hij, «het grootste gedeelte van de erffenisse, hem van syn ouders naegelaten, onnuttelyck doorgebracht ende verdaen» had en hoogstwaarschijnlijk in korten tijd met zijne vrouw en kind «inde uytterste armoede ende ellende vervallen» zou. De resolutie is door den deurwaarder van den Raad van Justitie «nae voorgaende klockgeluy van de peuye deser stede» afgelezen en «ter gewoonlycke plaetse» aangeplakt.

(2) Ook op eigen verzoek kon men onder weesmeesteren komen en zijn goederen in het weesboek laten registreeren (Fockema Andreæ, Oud-Ned. Burg. Recht II, blz. 250).

(3) De Groot I, 4 § 6.

(4) De Groot I, 5 § 19 en II, 29 § 3. Ook het Wetboek Napoleon voor Holland zegt in artikel 147: De man wordt door het huwelijk voogd over zijne huisvrouw.

(5) De Groot II, 11 § 17.

geestelijken in wereldlijke aangelegenheden „waer uit ghewoonte is ghekomen, dat eenighe aanzienlicke heeren zijn ghenomen tot voogden ofte mond-borghen van geestelicke gestichten" (1). Wie meerderjarig wordt verklaard, wordt „mondig ofte synszelfs voogd" (2).

De beteekenis van de woorden wees, mondig, voogd en voogdij heeft dus in den loop der tijden verandering ondergaan. De weeskamers, die hier te lande ook wel wees- en momboirkamers hebben geheeten, waren belast met de zorg voor hen, die physiek onbekwaam waren of ondersteld werden te zijn, om voor zichzelf te zorgen, uithoofde van leeftijd of, „door gebrek van buiten of van binnen" dus hen, die thans onder voogdij of curateele staan. Deze heetten weezen. De voogdij over de gehuwde vrouw, de geestelijke heeren in wereldsche zaken en hij, die zijn eigen voogd is, had geen physieke onbekwaamheid om voor zich zelf te zorgen tot grond. Die van de voogdij over de gehuwde vrouw is te zoeken in het huwelijksrecht, over de geestelijke heeren in het feit dat de kerk ongaarne zag dat geestelijken voor het wereldlijk gerecht optraden (3) en de voogdij over zichzelf is niets dan een woordspeling. Deze voogdijen

(1) De Groot I, 11 § 8.

Fockema Andreæ in zijn Aanteekeningen op De Groot merkt naar aanleiding van De Groot's definitie van voogdij in § 5 van Boek I, deel 4, waar voogdij ook genoemd wordt mond-borgschap, op, dat het beter is te spreken van montborschap, van het oude muntboro (mundiburdus) uit «munt» en «boro» van den wortel «ber», brengen, dragen. «Munt» beteekent dan hand, figuurlijk macht. De Groot schijnt gedacht te hebben aan ons woord mond. Althans in Boek II, deel 41 § 48 vond ik: «Voor onmondigen doet den mondborg den eed, mids dat wezen mondig zijnde gheworden, den eed doen bij haer eigen mond».

(2) De Groot I, 10 § 3. De uitdrukking komt ook voor in artikel 13 van de instructie voor de weeskamer te Batavia van 1625

(3) Fockema Andreæ: Aanteekeningen op De Groot I, 11 § 8.

brachten de benaming van weezen niet mede en ook geen bemoeienis van de weeskamer.

Ik zal nu trachten een overzicht te geven van den historischen gang van het voogdijrecht, waaruit en waarin zich de weeskamers hebben ontwikkeld.

In den Germaanschen tijd stonden de kinderen, evenals de vrouw, onder het mundium van het hoofd van het gezin. Van anderen aard dan de Romeinsche patria potestas, die op eigendomsrecht gebaseerd was (1), was die macht beperkt door medezeggingschap van de bloedverwanten. De grond was eenerzijds behoefte aan — anderzijds plicht tot bescherming, die alleen kon rusten op wie zelf weerbaar was. Daarom kon er geen sprake zijn van mundium van de moeder, die zelf niet weerbaar was, en ging het over op den naasten zwaardmaag. Ook het erfrecht stond in nauw verband met het mundium. Later kwam de voogdij aan den Souverein. Deze oefende haar uit als oppervoogdij d. w. z. hij liet haar in zijnen naam uitoefenen door personen, die aan hem verantwoordelijk bleven. Deze personen waren aangewezen door de van den Souverein uitgegane wetten en wel de bloedverwanten in zekere volgorde, terwijl toen ook de voogdij van de moeder, als langstlevende

(1) FOCKEMA ANDREÆ Oud-Ned. Burg. Recht. deel II, blz. 132, zegt wel is waar: «Wie een meisje tot vrouw begeerde, sloot daarom» [d. i. omdat zij onder het mundium van het hoofd des gezins stond] «met dengeen, die de macht over haar had een overeenkomst, een *koopcontract* om haar te verwerven», maar dat de geleerde schrijver daarmede zou bedoelen een uiting van eigendomsrecht, acht ik onaannemelijk op grond van wat hij in deel I, blz. 112 vlgg. leert omtrent het mundium.

Zou de zoogenaamde koopprijs wellicht verband hebben gehouden met den overgang van het aan het mundium annexe erfrecht? Vgl. Mr. C. O. SEGERS in *Themis* 1912, blz. 193.

der ouders, niet meer uitgesloten was. Of wel het waren personen, die krachtens de wetten werden benoemd door de bloedverwanten ten overstaan van het publiek gezag, den rechter, en bij gebreke van bloedverwanten door den oppervoogd zelf. De eerste waren de zoogenaamde wettige of wettelijke, de laatste de gegeven voogden. Die voogden waren verantwoordelijk aan den Souverein als oppervoogd en nu ligt het voor de hand dat het Souverein gezag er toe overging zijne bemoeienissen met aangelegenheden als voogdijen over te dragen op een van hem geëmaneerd orgaan. Dat waren de plaatselijke besturen, die ook met de rechtspraak belast waren, de Gerechten, die later in Zuid-Holland en Zeeland Schepenen heetten, zooals De Groot zegt „om dat sy 't vonnis schiepen" (1). Bij deze kwam dus de oppervoogdij te berusten.

Wat de aanwijzing der voogden aangaat behoeft het wel geen betoog dat een algemeene wettelijke regel volgens welken een bloedverwant in zekeren graad werd aangewezen, zonder dat rekening werd gehouden met de persoonlijkheid, niet voldeed. Ten aanzien van de ouders is dat met het oog op het natuurrecht iets anders. Algemeen werd dus de aanwijzing van voogden ten overstaan van den rechter, door de bloedverwanten, of zooals het toen en later heette, door de vier vierendeelen (2), welke wijze van voorziening

(1) De Groot, Inleiding II, 28 § 10. De afleiding komt mij niet boven bedenking voor.

(2) De vier vierendeelen of kwartieren waren de vier geslachten, waaruit men stamde, dus die van vaders vader, vaders moeder, moeders vader en moeders moeder. Niet deze vier personen, die natuurlijk slechts als eene hoogst zeldzame bijzonderheid bij elkaar zouden te brengen zijn geweest, maar bloedverwanten uit de vier geslachten wezen de voogden aan. Deze bloedverwanten werden de «naeste

in de voogdij, hier te lande zou herleven bij de invoering van den Code Civil.

Maar ook dit voldeed niet en zoo gebeurde het dat in de 14e eeuw door de gerechten, bij wie de oppervoogdij berustte, weesmeesteren werden aangesteld, die bestemd waren om voogd te zijn en die ook krachtens door de oppervoogdij gegeven bevoegdheid andere voog-

---

vrunden» genoemd. Mr. A. A. BUYSKES in zijn in 1861 te Leiden bij Gebr. VAN DER HOEK verschenen academisch proefschrift over de weeskamer en het collegie van boedelmeesteren te Batavia maakt in een noot op blz. 16 de zonderlinge glosse dat in de instructie van de weeskamer te Batavia *vrienden* in plaats van *magen* zouden zijn genoemd, omdat het hoogst toevallig zou zijn geweest de naaste magen altijd in de kolonie aan te treffen.

Artikel 7 van de instructie voor de weeskamers in *Ind. Stbl.* 1818 no. 72, spreekt van *twee der naaste magen of bekende vrienden van den overledene*, die bij de inventarisatie aanwezig moeten zijn. Hier zijn blijkbaar inderdaad vrienden bedoeld, hetzij omdat de tegenwoordigheid van aan den minderjarige verbondenen, bij de inventarisatie door commissarissen uit de weeskamer, niet van zeer groot belang voorkwam, hetzij omdat de Indische wetgever van 1818, evenals Mr. BUYSKES, de taal van de 17e eeuw niet verstond.

FOCKEMA ANDREÆ verstaat natuurlijk onder vrunden naaste bloedverwanten, maar heeft zich op blz. 35 van zijn Aanteekeningen op DE GROOT ad § 5 van Boek I, deel 8 verschreven, waar hij schrijft: «In Dordrecht was de goedkeuring der gemeene *vrienden* noodig». Ook «van de vrunden ende voogden, ofte immers van de overheid» bij DE GROOT I, 5 § 14 zet FOCKEMA ANDREÆ (blz. 16) over in de «vrienden en magen of de wethouders» terwijl hij ook in deel II, blz. 139, de vrienden noemt, waar blijkbaar de naaste bloedverwanten bedoeld zijn, die bij de huwelijksaangifte tegenwoordig moeten zijn.

Door «vrunden» over te zetten in vrienden zou bepaald grappig worden de uitdrukking «huisvrouwen ende hare vrunden» bij DE GROOT II, 29 § 3.

DE GROOT spreekt in II, 26 § 5 ook van «de vrunden die bij versterf zouden hebben gheerft».

den naast zich konden aanstellen. Deze laatste waren dus weer gegeven voogden (dativi), evenwel niet zooals oudtijds gegeven door de bloedverwanten, maar door de weeskamers aan zich geassumeerd, krachtens aan haar door het gerecht als oppervoogdij, gegeven bevoegdheid. De oppervoogdij droeg daarbij in het algemeen haar dagelijksch werk aan de weeskamers over, zooals, behalve het benoemen van voogden, hunne beëediging, het inventariseeren etc. bij het begin der voogdij, het bepalen der som, die de pupillen konden verteren, het periodiek nazien der rekeningen van particuliere voogden, de zorg voor voldoende borgstelling. Zij hadden daardoor een positie boven de andere voogden, maar toch (wat vooral om de uitsluiting der weeskamers te begrijpen niet uit het oog is te verliezen) waren zij als voogden oorspronkelijk en in theorie niet anders dan een particuliere voogd. Het spreekt vanzelf dat ten gevolge van het samenvallen der voogdij met het uitoefenen van toezicht daarop in hare hand, in de practijk de voogdij van de weeskamers niet op eene lijn stond met die van particuliere voogden. Ook als voogden bleven de weeskamers intusschen ondergeschikt aan de oppervoogdij, die steeds bleef berusten bij het gerecht. Zelve hebben de weeskamers nooit oppervoogdij gehad, maar zij waren wat men wel heeft genoemd *de hand* van de oppervoogdij en *als zoodanig* vormden zij den schakel tusschen de oppervoogdij en de particuliere voogdij. De oppervoogdij kon telkens terugnemen wat zij had gedelegeerd en wat niet overal hetzelfde was, maar bovendien bleef het oppertoezicht steeds bij haar berusten en in moeilijke gevallen mocht de weeskamer ook niet handelen of beslissen, zonder de oppervoogdij in de zaak te hebben gekend. Laat ik er nu nog melding van maken dat het getal voogden in elke voogdij onbeperkt was en de

werkzaamheden der voogdij onder hen konden zijn verdeeld of ook door allen of een deel van hen te zamen worden verricht. De zorg voor de personen en de opvoeding der minderjarigen bleef daarbij, mede onder de oppervoogdij of hare delegatie, aan den langstlevenden der ouders of aan de grootouders. Ook deze waren als zoodanig voogd en de uitsluiting van vrouwen van de voogdij gold dan ook niet voor moeder en grootmoeder, mits weduwen zijnde. Met het vermogen der pupillen heeft die voogdij geen bemoeienis, behalve met de administratie der voor de opvoeding beschikbaar gestelde gelden. Dergelijke voogden zonder administratie heetten toeziende voogden. In 1766 werd in Indië bepaald dat moeder en grootmoeder, weduwen zijnde, niet alleen toeziende voogdessen, maar ook administreerende voogdessen konden zijn, ten ware eenige aan de landsoverheid bekende redenen haar daarvoor ongeschikt maakten (1).

---

(1) De landsoverheid heeft zich in Indië wel meer op de plaats van de oppervoogdij gezet, wat zijn verklaring hierin vindt dat in Nederland de weeskamers waren geëmaneerd van het plaatselijk bestuur, dat als gerecht ook de oppervoogdij had, terwijl in Indië èn het gerecht, zijnde de oppervoogdij, èn de weeskamer waren geëmaneerd van het centraal gezag.

Een curieus staaltje van oppervoogdij vond ik uit 1753 toen de regeering de volgende beschikking gaf, die te vinden is in het meer aangehaalde Plakaatboek, deel VI, blz. 495.

Door ANNA MARIA HARMENSZ, weduwe TILE, en den koopman REYNIER HARMENSZ, bij requeste vertoond zijnde het onverantwoordelijk en onbesonnen gedrag van derselver zuster, DOROTHEA HARMENSZ, weduwe WENDSCHOE, omtrent haar dochtertje, ANNA DOROTHEA WENDSCHOE, also zy, op een ergerlyke wyse haar voordeel bedoelende met dat kind uyt te trouwen, het selve, hoewel thans nauwelyks dertien jaren bereikt hadde en nog niet eens huwbaar was, tot twee verscheide reisen hadde geconstringeert een huwelyksverbintenis aan te gaan, met dat gevolg, dat het huwelyk reets zoude voortgang genomen hebben, by aldien de supplianten, als

Zóó was in het algemeen de ontwikkeling van het voogdijrecht en van de weeskamers.

Met voordacht heb ik tot nu toe gezwegen over wat de aanleiding is geweest tot de mogelijkheid om de weeskamers uit te sluiten, n.l. de testamentaire voogdij. Hoe die heeft ingewerkt, is, dacht ik, het best te begrijpen door eerst uiteen te zetten hoe het zonder haar was. Dat gedaan hebbende, ga ik nu tot de testamentaire voogdij over, die zich hier te lande meer begon te doen gelden met den invloed van het Romeinsche recht.

Van oude tijden af was, zooals vanzelf spreekt, met den uitgedrukten wensch der ouders omtrent de verzorging van hun kinderen na hun dood, rekening gehouden door wie daarin te voorzien had. Hoe die wensch zich geopenbaard had, deed daarbij weinig ter zake, als hij maar vaststond. Mondeling kon hij zijn geopenbaard aan den priester, die den stervende bijstond en gewoonlijk een register had waarin hij aanteekeningen hield, die tot bewijs konden strekken. Maar eerst onder den invloed van het Romeinsche recht begon men veelvuldig gebruik

---

hare naastbestaande, zig niet aan Weesmeesteren g'adresseert en de nodige elucidatie daar omtrent gegeven hadden, al waaromme de supplianten sustineerende haar gemelde nigtje niet zonder verwaarlosing van hare eer en welvaart langer ten huyse van de moeder te kunnen laten, te rade geworden waren, dese regeering te versoeken haar te willen qualificeeren haar van de samenwoninge met deselve te separeeren om by een van beide de supplianten ter educatie in huys genomen te werden, mits dat het geene door de weeskamer ten behoeve van gemelde ANNA DOROTHEA WENDSCHOE uyt hare middelen aan hare moeder wierd afgegeven, voortaan by haar selfs genoten en aan haar door de supplianten ook uyt haar privé beurs het nodige onderhoud zoude besorgt werden; zoo is verstaan de supplianten de versogte qualificatie op die voorwaarden te verleenen, mits dat evenwel de moeder niet zal mogen geweigert of verhindert werden een vrij acces by de dogter ter behoorlyke tyd en plaats.

te maken van de door de Graven geopende gelegenheid om voogden te benoemen over na te laten onmondige kinderen.

Daarvoor was ook toen niet juist een testament noodig, het kon b.v. ook geschieden bij huwelijksche voorwaarden. Toen nu de testamentaire voogdij en die van de weeskamers en de door haar aan zich geassumeerde voogden, naast elkander kwamen te staan, verdwenen de andere wijzen van voorziening in de voogdij, n.l. die van de wettelijke of bloedvoogden en van de gegeven, d. w. z. van de krachtens de wet door de bloedverwanten aangewezen, voogden. De bloedverwanten behielden wel invloed op de benoeming, maar zij ging niet meer van hen uit. Zelfs de langstlevende der ouders moest bij testament of door de weeskamer benoemd worden. Er waren geen andere voogden dan de testamentaire en de weeskamer met de door haar aangestelde (1).

(1) Dat de weeskamers zelve ook voogden waren in den gewonen zin blijkt ook uit een bepaling in de Nieuwe Statuten van Batavia (*a*) dat geen andere collegiën dan dat van weesmeesteren konden fungeeren als voogden over minderjarigen. Die bepaling kwam ook voor in de door DAENDELS vastgestelde instructies voor de weeskamers te Semarang en te Soerabaja, (*b*) welke instructies weesmeesters ook noemen «de gesubstitueerde vaders» der pupillen, wat insluit de qualiteit van voogd.

(*a*) In 1725 kwam uit Nederland de last om de Statuten van Batavia, die toen ongeveer zeventig jaar oud waren, te herzien en aan te vullen met in het verloop van tijd vastgestelde bepalingen. Eerst in 1766 werd een ontwerp naar Nederland gezonden, maar tot vaststelling is het daar nooit gekomen. Toch hebben die zoogenaamde nieuwe Statuten tot de invoering der wetgeving van 1848 voor de rechtspraak als anderszins tot richtsnoer gestrekt. Zij zijn afgedrukt in het negende deel van het plakaatboek van VAN DER CHIJS.

(*b*) DAENDELS smolt in 1808 de collegiën van weesmeesteren en van boedelmeesteren te Semarang samen en nadat hij den Oosthoek van Java administratief had gescheiden van het overig deel van het

Onder de testamentaire voogden waren ook te verstaan de door deze, krachtens de bevoegdheid hun bij hun aanstelling gegeven, aan zich toegevoegde, geassumeerde voogden, en de door hen krachtens gelijke bevoegdheid, als hun opvolgers aangewezen, gesubrogeerde voogden. Ook voogden, door de weeskamer aangewezen, ter vervanging van overleden of om andere reden afgetreden bij testament benoemde voogden, werden in den regel als testamentaire voogden beschouwd, wat van belang was in geval van uitsluiting van de weeskamer.

Boven die voogden stond de oppervoogdij, die oorspronkelijk bij den Souverein berustte, maar door hem, althans in Holland en Zeeland, was overgedragen aan den Hove van Holland voor de edelen en andere hooggeplaatsten en aan de magistraten en gerechten voor de gewone burgers. Die oppervoogdij was de oorspronkelijke voogdij. Zij stamde uit de plichten van den Souverein. Uit die oppervoogdij is alles voortgekomen. Zij is het die aan de ouders de bevoegdheid heeft gegeven om bij testament

---

Java's Gouvernement, richtte hij ook te Soerabaja een college van wees- en boedelmeesteren op. De instructies droegen de oppervoogdij op aan de raden van justitie te Semarang en te Soerabaja. Schepenen waren daar niet. Maar zij gaven aan het administratief gezag een inmenging, die kwalijk te rijmen was met de oppervoogdij zooals die van oudsher bestaan had en strekten die inmenging zelfs uit tot gevallen, die vroeger tot de competentie der weeskamers hadden behoord.

Merkwaardig is dat de instructie van Semarang de besturende ambtenaren prefecten noemt en die van Soerabaja, die van weinig later dagteekening is, landdrosten. In Augustus 1808 waren de benamingen prefect, onder-prefect, prefectuur en onder-prefectuur ingevoerd, maar kort daarna ten gevolge van een last uit Nederland, waar men aan purisme in de taal deed, vervangen door landdrost, drost, landdrostambt en drostambt. Mede op last uit Nederland waren voor de namen der maanden aangenomen de benamingen Louwmaand, Sprokkelmaand, Lentemaand enz.

voogden te benoemen en uit haar was vroeger ook de wettelijke voogdij en die van de gegeven voogden voortgesproten. Zij heeft ook, toen zij reeds bij het gerecht berustte, de voogdij van de weeskamers in het leven geroepen en daarenboven de dagelijksche uitvoering van haar eigen taak aan deze overgedragen. De weeskamer was dus tegelijk subalterne voogd en hand van de oppervoogdij. In de eerste qualiteit stond zij naast, in de tweede boven de testamentaire en de door haar benoemde voogden.

Ik merkte reeds op dat de voogdij, gesplitst of niet, kon berusten en principieel ook berustte bij de testamentaire voogden eenerzijds en bij de weeskamer en de door haar geassumeerde voogden anderzijds, te zamen. Maar nu kon bij de benoeming van testamentaire voogden de andere voogdij worden uitgesloten.

Die uitsluiting van de weeskamer van hare subalterne voogdij was volkomen logisch; de bevoegdheid om bij testament voogden te benoemen, moest medebrengen de bevoegdheid om de voogdij van anderen, dus van de weeskamer, uit te sluiten. Maar naast die uitsluiting als subalterne voogden moest onaangetast blijven de aan de weeskamers ten deele gedelegeerde taak van de oppervoogdij. Daaromtrent had de testateur geen beschikkingsrecht. Dat betrof de bevoegdheid van de overheid. Aan een particulier kon de bevoegdheid niet toekomen om van de overheidstaak uit te sluiten een lichaam, waaraan de overheid, in overeenstemming met hare bevoegdheid, haar taak had overgedragen, met het gevolg dat de overheid die taak nu zelve weer te vervullen kreeg. Dit nu heeft men over het hoofd gezien en zoo heeft de uitsluiting van de weeskamers feitelijk in vele steden proporties aangenomen en een karakter gekregen, die

tegen een gezond begrip indruischen en de zaak hebben gehuld in een nevel, die haar voor velen tot een mysterie hebben gemaakt, vooral in later tijden toen men beter begon te onderscheiden tusschen publiek- en privaatrecht, maar niet begreep dat juist het gemis van dat onderscheidingsvermogen belet had om de weeskamers te handhaven op het terrein van de oppervoogdij, wanneer zij waren uitgesloten van de subalterne voogdij.

Ook nu nog in Indië zijn de weeskamers publiekrechtelijke lichamen met attributen, die ten deele op het gebied van het privaatrecht en ten deele op het gebied van het publiek recht liggen. De bevoegdheid om haar van eerstgenoemde uit te sluiten zou de wet zonder overwegend, althans zonder principieel bezwaar, aan de justiciabelen kunnen geven, maar anders is het natuurlijk met de laatstgenoemde.

Met de uitsluiting der weeskamers is men intusschen niet overal en altijd even ver gegaan. BERGSMA in zijn bovengenoemd geschrift zegt op blz. 60: „In Zeeland was men minder gunstig gezind voor het recht om de weeskamer uit te sluiten. Niemand toch mocht hiertoe zonder de bijzondere vergunning van Burgemeesters en Schepenen overgaan". Te Vlissingen moest daarvoor, zooals hij zegt, van honderd tot honderd zestig gulden betaald worden, naar het vermogen. Te Amsterdam daarentegen was in het laatst van de 18e en het begin van de 19e eeuw, de uitsluiting der weeskamers zoo algemeen, dat daaromtrent in testamenten een vaste clausule voorkwam „zoo zelfs dat er geen voorbeelden ontbreken van onkundige notarissen, die, door een permanente gewoonte geleid, deze uitsluiting zelfs in zoodanige testamenten hebben gevoegd, waarbij geen minderjarigen eenig belang hadden" (1).

(1) Vervolg der briefwisseling van eenige rechtsgeleerden over de aanstaande Nederlandsche wetgeving, in 1814 uitgegeven bij D. DU SAAR te Leiden, blz. 90.

Op vele plaatsen hadden de uitgesloten weeskamers, desniettegenstaande, terecht toe te zien dat in een opengevallen voogdij voorzien werd, hetzij door zelf voogden te benoemen, hetzij door tot dat einde kennis te geven aan de oppervoogdij, het gerecht. Ook het doen van rekening en verantwoording door de voogden geschiedde wel aan de uitgesloten weeskamers en niet aan het gerecht.

In Indië berustte, evenals hier te lande, de oppervoogdij bij het gerecht blijkens den aanhef van het over weesmeesteren handelende hoofdstuk van de Statuten van Batavia: „Alsoo den rechter voornamentlyck toestaat opzicht te hebben over de onmondige weesen" enz.,

De bepalingen omtrent onmondigen in de instructie van 1625 en de Bataviasche statuten van 1642 betreffen in hoofdzaak: het register van overledenen, die weezen nalaten; de inventarisatie en de scheiding („vertichting") (1); het overbrengen van het vermogen van minderjarigen naar de weeskamer („bewys") (1), ook het vermogen dat zij later verkrijgen uit „legaten, donatien, giften ofte anders hoe die genaemt mogen syn, de weeskinderen by yemant besproocken ofte gelegateert"; den publieken verkoop der roerende goederen; het stellen van zekerheid door hypotheek of borgen door den langstlevende der ouders „tot discretie van de weesmeesteren ende der kinderen vrienden ofte voochden"; dwangmiddelen tegen

(1) Volgens FOCKEMA—ANDREÆ, het Oud-Ned. Burg. Recht III, blz. 233 is *bewijs* de aanwijzing van het den minderjarige toekomende in bijzonderheden en *vertichting* de scheiding. Op blz. 240 maakt hij melding van de *vruchten van het bewijs*. Artikel 22 van de instructie voor de weeskamers in *Ind. Stbl.* 1818 no. 72, spreekt ook van de *bewezen gelden*, die op de weeskamer moeten worden overgebracht.

onwilligen om „vertichting" te doen; voortgezette gemeenschap der kinderen met den langstlevenden der ouders; tweede huwelijk van vader of moeder; meerderjarigheid door leeftijd, — zijnde volgens de eerste instructie 21 en volgens de statuten 25 jaar, — door eerder huwelijk of door emancipatie, welke emancipatie plaats heeft volgens de instructie „by raden van Weesmeesteren ende goet duncken van haere (sc. der weezen) vrienden ende voochden", terwijl de statuten zeggen „by goet vinden van de Weesmeesteren ende de naeste maegen, by de Ho. Overheyt geemancipeert ende selfs vooght gemaeckt syn" (1); uitstel der meerderjarigheid „om deuchdelycke redenen" door Weesmeesteren met „die gemeene vrienden ende magen"; vervreemden en bezwaren van goederen die „in 't weesboeck staan"; overeenkomsten met minderjarigen; executie en verjaring van vorderingen van weezen; het onderhoud van weezen; de benoeming van voogden, waaromtrent in de instructie wordt gezegd dat zullen worden benoemd de „naeste bloetverwanten", terwijl in de statuten staat „indien by testamente van den overledenen geen vooghden syn gestelt, want die anders voor al vooghden sullen wesen, soo sal de vader van de naegelaten kinderen, een man

---

(1) Volgens De Groot I, 10 § 3 werd de emancipatie of venia aetatis verleend «by de land-overheid, by 't Hof van Holland ofte by eenige gerechte, daertoe wettelick gemachtigt zynde».

Fockema Andreæ, Bijdragen I, blz. 32, acht het minder juist dat ook het Hof bevoegd zou zijn geweest om venia actatis te verleenen. Als het Hof niet bevoegd was, dan natuurlijk ook andere gerechten niet. Zou de zaak niet in orde zijn wanneer men aanneemt dat «daertoe wettelick gemachtigt zynde» ook slaat op het Hof? Wat Fockema Andreæ verder zegt dat het Hof wel in naam van den Graaf venia aetatis kan hebben verleend, kan ook wel waar zijn onder den lateren Souverein, al kan die niet «afwezig» zijn geweest.

van eere, nut ende bequaem synde, voor al vooght wesen van syne kinderen" (1); de voogdij van moeder en grootmoeder; het doen van rekening door de voogden ter weeskamer; het loon der voogden; het uitzetten van gelden; het verkoopen van onroerende en roerende goederen voor noodzakelijk levensonderhoud; gemeenschap tusschen weezen; vermoedelijk overlijden; rechtsgedingen.

De verwijdering, waarin men in Indië van zijn bloedverwanten leefde, was aan de uitsluiting van de weeskamers niet gunstig. De eerste instructie van de in 1624 opgerichte weeskamer te Batavia en de bepalingen omtrent weesmeesteren in de Statuten van Batavia van 1642 spreken van uitsluiting niet. Toch liet ook het Indische, op het voetspoor van het Nederlandsche recht, haar ongetwijfeld toe. Van uitsluiting van de weeskamers heb ik het eerst uitdrukkelijk gewag gemaakt gevonden in een bepaling van 1690, houdende, dat de weeskamer, hoewel bij testament uitgesloten, toch bevoegd was om in dubieuse gevallen, desnoods in rechte, den langstlevenden vader of moeder te dwingen tot het stellen van cautie „ja selfs tot effective uytkeeringhe van 't bewys", d. i. dus afgifte aan haar van het vaderlijk of moederlijk erfdeel, indien hij of zij niet bij machte was hypotheek te geven (2). En in 1762 werd bepaald dat wanneer bij een mutueel testament van echtgenooten, van wie één overlijdt, kinderen uit het huwelijk nalatende, de wees-

(1) De gedachte overledene kan natuurlijk de vader niet zijn. Derhalve moet het de moeder zijn, die bedoeld wordt met *den overledenen*. Bedoeld kan, dunkt mij, niet zijn de testateur, die *bewindvoerders* aanwijst zooals het thans heet in het tweede lid van artikel 362 Ned. B. W. = 307 Ind. B. W. Dergelijke bewindvoerders heetten oudtijds voogden. Maar tegen die onderstelling verzet zich de vermelding van de *naegelaten* kinderen.

(2) Plakaatboek III, blz. 280.

kamer is uitgesloten, de langstlevende ongehouden is om aan de weeskamer een staat en inventaris van den boedel te geven, zoolang hij of zij geen tweede huwelijk aangaat (1). Deze laatste beslissing is gegeven met de „contrarie-adviezen" van twee leden in den Raad van Indië en eenige jaren later is men er op teruggekomen.

In een plakaat van 1808 (2) werd bepaald dat particuliere executeurs van boedels, waarin minderjarige erfgenamen zijn, binnen zekeren tijd ter weeskamer moeten inleveren een staat en inventaris der roerende en onroerende goederen, schulden, vorderingen enz. en „het aandeel van onmondige erfgenamen in de erfenisse zullen moeten bewijzen", evenwel zonder dat zij gehouden zijn het aandeel der minderjarigen bij de weeskamer over te brengen wanneer zij bereid zijn dat zelf te administreeren overeenkomstig den wil van den erflater (d. i. dus wanneer deze de weeskamer heeft uitgesloten) mits zij zekerheid stellen, „ter discretie van de weeskamer en de naaste magen". Wijders wordt bepaald dat wanneer de door den erflater benoemde voogden of administrateurs der aan minderjarigen nagelaten goederen, waaronder *niet* te verstaan zijn de voogden of administrateurs, die door de bij testament benoemden zijn geassumeerd of gesubstitueerd, overlijden voordat de minderjarigen zelf de beschikking over hun goederen krijgen, hun erfdeel alsnog naar de weeskamer moet worden overgebracht om door deze tot de meerderjarigheid te worden beheerd. En eindelijk dat de weeskamer het beheer van de bij testament benoemde voogden en administrateurs dadelijk aan zich zal kunnen trekken wanneer „de gedagte voogden zijn van een geabandonneerd gedrag, verkwistend, voortvluchtig of bankeroet

(1) Plakaatboek VII, blz. 571.
(2) » XIV, blz. 787.

geraken, mits hunne bevinding of redenen tot verdenking alvorens submitteerende aan het oordeel en de decisie der hooge regeering". Dit plakaat is merkwaardig omdat 1°. er uit blijkt welk effect uitsluiting van de weeskamer had, 2°. wat er in gezegd wordt van geassumeerde en gesubstitueerde voogden in strijd is met den hier te lande vrij algemeen gegolden hebbenden regel dat de weeskamer eenmaal uitgesloten, uitgesloten bleef, ook wanneer de bij testament benoemde voogden moesten worden vervangen, 3°. uit de slotclausule de macht van de oppervoogdij blijkt maar 4°. tevens dat de hooge regeering die oppervoogdij, welke bij het gerecht behoorde, aan zich trok.

In 1781 was eene bepaling omtrent de administratie onder zekerheidstelling als bovenvermeld gemaakt ten aanzien van den langstlevende der ouders, terwijl volgens de toen verder gegeven voorschriften een vreemde executeur of administrateur in elk geval het erfdeel der minderjarigen bij de weeskamer moest overbrengen. Daarmede was een bepaling van de oude statuten hersteld, waarvan in 1775 was afgeweken.

Nu ik het een en ander uit de oude Indische wetgeving heb medegedeeld kan ik den lust niet weerstaan om ook een plakaat van 12 November 1778 (1) in zijn geheel mede te deelen, dat een eigenaardig inzicht geeft in wat, onder het bestaan van de oppervoogdij, tot de zorg van de weeskamers gerekend werd.

Het luidt aldus:

«Door Weesmeesteren dezer stede vertoond synde, dat hun al meer dan eens was voorgekomen, dat de pretendenten of aanzoekers om deze of gene wees-dogters, die eenen stuiver geld bezaten en daarom eerder dan andere, min-vermogende gezogt wierden, voor dat zy by hunne kamer tot dezelve toegang

(1) Plakaatboek X, blz. 51.

kwamen verzoeken, den baan wisten klaar te maken bij degenen, daar zoodanige pupillen besteed waren, door het doen van promesjes, 't zy by acten obligatoir of andere, diergelijke instrumenten, waardoor zy zich verbonden om aan dezelven na eene gewenschte reussite in hun voornemen of voltrekking van de getendeerde huwelyken, zeker tantum gelds te zullen betalen, ten einde, daardoor in hun belang overgehaald, aan diergelijke jonge dogters eene genegenheid voor derzelver personen te inspireeren en haar dus te ligter tot de beoogde huwelyken te bewegen, waardoor zy voor haar eigen geld, niet alleen zoo goed als verkogt wierden, maar ook de schadelyke gevolgen van zulke huwelyken, hoewel te laat, tot haar leedwezen ondervinden moeten; zoo is, om tegens zo vele als pernicieuse gedoenten, waar door de onschuld meer dan te dikwyls ten prooie van de geldzugt hier te lande werd overgegeven, de nodige voorziening te doen, goedgevonden en verstaan Weesmeesteren, conform hun verzoek, te qualificeeren om in het vervolg, niet alleen alle de personen, welke de een of andere weesdogter ten huwelyk komen verzoeken, maar ook zelfs degenen, bij die zodanige pupillen ter inwoning en opvoeding besteed zijn, na verkregen acces of voor de obtenue van het volkomen consent tot de voltrekking der huwelyken, by de minste bedenkelykheid, dat 'er aan deze of gene zyde niet na behoren in mogte wezen te werk gegaan, onder prestatie van eede, aan handen van den heer president van dat collegie, te doen verklaren, de eersten of vryers: «dat »zy, ter bereiking of bevordering van hun voornemen, aan »niemand, die eenige de minste betrekking tot de ten huwelyk »verzogte pupille heeft, 't zy uit hoofde van consanguiniteit of »vermaagdschap, dan wel ter zake van voogdyschap en inwoning »of anderzins, hoe ook genaamd, eenige giften of geschenken »van gelden of geldswaarde gegeven, dan wel beloofd, nog eenige »contractatie dienaangaande gemaakt hebben», en desgelyks ook de anderen of by dewelken zodanig een ten huwelyk verzogt wordende wees-dogter ter inwoninge en opvoeding besteed is: »Zy van derzelver pretendent of aanzoeker of iemand zynentwegen »niets, voor bewezen adjude of bevordering zyner zake by de »voorzegde pupille, van geld of geldswaarde genoten of ont»vangen, nog eenige conventie dienaangaande voor het toe»komende, 't zy mondeling of by geschrifte, gemaakt hebben».

En wierd teffens verstaan, aan beide de collegien van justitie alhier van deze dispositie kennis te geven tot hun narigt».

Die beide collegien van justitie waren de Raad van Justitie en het Schepenen-gerecht.

De na het herstel van het Nederlandsch gezag (1) in nummer 72 van het Indisch Staatsblad van 1818 afgekondigde instructie voor de weeskamers geeft als hare bestemming in de eerste plaats aan „de administratie ten behoeve der belanghebbenden van alle vacante en onbeheerde boedels en nalatenschappen, voor zoover die niet klaarblijkelijk insolvent zijn, en voor zooveel de weeskamers niet door het bestaan van een testament of acte codiciliair en de benoeming van aanwezige boedelredderaars, executeuren of voogden zijn uitgesloten", en in de tweede plaats „het aanvaarden der voogdijen over minderjarigen, bij zoodanige vacante en onbeheerde boedels en nalatenschappen belang hebbende, voor zoover die zich in Indië bevinden; wordende onder zulke boedels ook begrepen de zoodanige waarin de testamentaire of codiciliaire administrateur, executeur of voogd zal zijn overleden of naar elders vertrokken, zonder een vervanger, bij behoorlijke acte, te hebben benoemd, wanneer de principale aanstelling is geschied met verleende qualificatie en macht van substitutie en surrogatie".

De aandacht trekt de beperking der voogdijen tot die over minderjarigen, die belang hebben bij vacante en onbeheerde boedels en nalatenschappen, maar daarmede zijn blijkens den verderen inhoud der instructie niet bedoeld wat wij thans onder onbeheerde nalatenschappen verstaan, terwijl de blijkbare bedoeling is dat de weeskamer zich alleen zal bemoeien met de voogdijen over minderjarigen aan wie eenig vermogen ten deel valt.

(1) Zooals Mr. P. Mijer op blz. 269 van het tijdschrift voor Ned.-Indië, 2e jaargang, 1 zegt, bleef de wetgeving onder het Britsche zelfbestuur in hoofdzaak ongewijzigd.

De instructie bevat verder slechts enkele bepalingen omtrent de voogdijen, zooals de verplichting van den langstlevende der echtgenooten om aan de weeskamer „bewijs" van de legitime te doen, en om te haren genoegen borgtocht te stellen of wel het vermogen der kinderen naar haar over te brengen, welke bepaling bij Ind. Stbl. 1831 no. 69 zoodanig is aangevuld dat de moeder als langstlevende echtgenoote in het algemeen wel verplicht is om borg te stellen of de legitime naar de weeskamer over te brengen, maar indien zij naar Nederland wenscht terug te keeren, slechts verplicht is om aan de weeskamer alleen het „bewijs" der legitime te doen, ten einde deze in staat te stellen „aan den competenten rechter in het vaderland aanschrijving te kunnen doen, met toezending tevens der noodige bescheiden, de legitime betreffende". Dat hier niet van den vader gesproken wordt beteekent natuurlijk niet dat deze geen verplichting tot het stellen van borgtocht of overbrenging naar de weeskamer zou hebben gehad, welke verplichting trouwens duidelijk in de instructie wordt vermeld, maar de bedoeling is te doen uitkomen dat ook de moeder als administreerende voogdes wordt erkend. Een andere bepaling, waarmede de instructie is aangevuld bij Ind. Stbl. 1823, no. 13, wijst daar ook op. Zij is deze dat zelfs wanneer de weeskamer is uitgesloten, de weduwe, die hertrouwt, het geld van de kinderen naar de weeskamer moet overbrengen, tenzij zij daarvan op haar verzoek en dat harer medevoogden wordt vrijgesteld en ten genoegen van de weeskamer hypotheek geeft en twee borgen stelt.

Wat de oppervoogdij betreft, deze werd uitdrukkelijk geconstateerd bij de in Ind. Stbl. 1819, no. 20 afgekondigde instructie voor de raden van justitie, die in artikel 27 zegt: „Dezelve Raden van Justitie worden, elk in den hunnen, ook geconsidereerd als oppervoogden over alle

minderjarige erven" en in artikel 29 aan genoemde raden de bevoegdheid geeft om voorloopige maatregelen te treffen tegen particuliere voogden, tegen wie klachten en bedenkingen zijn ingebracht.

In 1848 werd in Indië de tegenwoordige wetgeving ingevoerd, die van de Nederlandsche wetgeving slechts afwijkt waar bijzondere toestanden dat eischen. Wat het voogdijrecht betreft zijn de weeskamers in stand gehouden, maar met een belangrijk gewijzigden werkkring. De oppervoogdij is uit Indië evenals uit Nederland verdwenen; hare accessoire functies, die in Nederland zijn verdeeld tusschen den toezienden voogd en den kantonrechter, berusten in Indië bij de weeskamer en den raad van justitie. Maar boven den eenigen voogd in elke voogdij staat geen gezag meer dat hem te allen tijde ter verantwoording kan roepen en in geval hij zijn plicht verzaakt eigener autoriteit tegen hem kan optreden, zooals het Duitsche Vormundschaftsgericht, waarin onze oude oppervoogdij terug te vinden is.

De weeskamers zijn in hoofdzaak met de toeziende voogdij belast en daarenboven is aan haar het een en ander opgedragen, dat in Nederland tot de competentie van den kantonrechter behoort en min of meer van publiekrechtelijken aard is.

Gedurende den tijd, die verloopt tusschen het openvallen der voogdij en de voorziening daarin door den rechter zijn zij voorloopig met de voogdij belast en vervullen alzoo een functie, waarvoor in het Nederlandsche recht geen autoriteit aangewezen is (1). Tijdelijk nemen

(1) Ik zou meenen dat het aanbeveling verdient den werkkring der voogdijraden in die richting uit te breiden. Zij zijn de lichamen, die terugkeer tot wat vroeger de oppervoogdij heette, mogelijk maken. Dat ik dien terugkeer zou toejuichen blijkt uit mijn opstel in Themis 1915, n°. 4.

zij ook de voogdij waar ingevolge het tweede lid van artikel 332 Ind. B. W. wanneer de benoemde voogd weigerachtig of in gebreke is de voogdij uit te oefenen, als wanneer ingevolge het tweede lid van art. 387 Ned. B. W. daarin door den kantonrechter wordt voorzien door de benoeming van een bewindvoerder in de plaats van en ten koste van den voogd. Het is duidelijk dat de weeskamers hiermede een voorsprong geven aan het Indische boven het Nederlandsche recht, wat betreft de zorg voor de belangen der minderjarigen. Datzelfde is het geval, wanneer een voogd in gebreke blijft om zekerheid te geven voor het beheer van het vermogen van zijn pupil. De raad van justitie ontneemt dan het beheer aan den voogd, die overigens voogd blijft, en draagt het op aan de weeskamer totdat de voogd voldoende zekerheid geeft, als wanneer hij op zijn verzoek en na verhoor van de weeskamer door den rechter in het beheer wordt hersteld.

Als dragers van de toeziende voogdij zijn de weeskamers belast met wat ook in Nederland tot de taak van den toezienden voogd behoort. Zoo is hare toestemming met die van den voogd voor echte, minderjarige kinderen noodig om een huwelijk te kunnen aangaan, wanneer die niet kan worden gegeven door ouders en grootouders, en wordt zij gehoord wanneer de minderjarige, in geval van weigering, het verlof van den rechter vraagt (artikel 38 B.W.) (1); zij moeten tegenwoordig zijn bij de boedelbeschrijving, die de langstlevende der echtgenooten, indien er minderjarige kinderen zijn, binnen drie

(1) De met de Indische artikelen correspondeerende artikelen van het Nederlandsch B. W. en ook van het W. v. B. R., waar het een enkele maal te pas zou komen, haal ik niet aan. Zij zijn aangegeven in margine van de Indische artikelen in de door Mr. W. A. ENGELBRECHT bewerkte, algemeen in gebruik zijnde, uitgaaf. Ik merk daarbij op dat de door de burgerlijke kinderwet in het B. W. aangebrachte wijzigingen nog niet in het Indisch B. W. zijn overgenomen.

maanden na het overlijden van den anderen echtgenoot, moet doen opmaken in de goederen, die de gemeenschap uitmaken (art. 127 B. W.), aan welke verplichting de weeskamer schriftelijk moet herinneren ingevolge artikel 48 van hare instructie, evenals zij ingevolge artikel 51 der instructie de voogden moet herinneren aan hun verplichting om zoowel binnen één maand na de aanvaarding der voogdij, als wanneer gedurende de voogdij de gegoedheid van den minderjarige merkelijk toeneemt, zekerheid te stellen. Evenals in Nederland de toeziende voogd, moet de weeskamer wijders zorgen dat de voogd aan zijn verplichting ten aanzien van het stellen van zekerheid voldoet en inventaris of boedelbeschrijving maakt in al de nalatenschappen, welke aan den minderjarige zijn opgekomen (art. 371 B. W.); zij moet van den voogd (uitgezonderd vader en moeder) jaarlijks (niet zooals in Nederland om de twee jaar) een summiere rekening en verantwoording vorderen en zich doen vertoonen de effecten en bescheiden aan den minderjarige toebehoorende (art. 372 B. W.) en wanneer hij daaraan niet voldoet of wanneer in de rekening sporen van ontrouw of grove nalatigheid worden ontdekt, moet zij zijne afzetting vorderen, evenals in alle andere bij de wet bepaalde gevallen (art. 373 B. W.); zij moet wanneer de voogdij opengevallen of door de afwezigheid van den voogd verlaten is, de benoeming van een nieuwen voogd doen bewerkstelligen en inmiddels alle zoodanige daden van voogdij verrichten, welke geen uitstel kunnen lijden (art. 374 B. W.). Evenals de toeziende voogd in Nederland moet de weeskamer gehoord worden op een verzoek van den voogd om den minderjarige te doen opsluiten (art. 384 B. W.); zij moet tegenwoordig zijn bij de inventarisatie der goederen van den minderjarige binnen tien dagen nadat de

voogd de voogdij aanvaard heeft (art. 386 B. W.); zij benoemt den deskundige, die de waarde moet schatten der meubelen en andere goederen welke de vader-voogd of moeder-voogdes, niet wil verkoopen maar in natura bewaren (art. 390 B. W.); zij zorgt dat aan den minderjarige toegekomen certificaten van nationale schuld, op het grootboek te zijnen name worden overgeschreven en dat hetzelfde geschiedt met schuldbrieven ten laste van Nederlandsch-Indië (art. 392 B. W.); zij wordt geraadpleegd naar aanleiding van een verzoek van den voogd om ten behoeve van den minderjarige geld te mogen opnemen of diens onroerende goederen te vervreemden of verpanden of effecten enz. te verkoopen of over te dragen (art. 393 B. W.); te haren overstaan moet de openbare verkoop geschieden der onroerende goederen van den minderjarige, wanneer daartoe machtiging is verleend (art. 395 B. W.) en ook wanneer verkoop moet plaats hebben van onroerende goederen, waarvan minderjarigen krachtens erfrecht mede-eigenaren zijn (art. 684 Rv.); zonder haar goedvinden kan in geen geval verlof worden verleend tot den onderhandschen verkoop van een onroerend goed van den minderjarige (art. 396 B. W.) en de koop worden goedgekeurd in openbare veiling van onroerend goed van den minderjarige door den voogd (art. 399 B. W.); zij wordt gehoord omtrent de voorwaarden, waarop de voogd goederen van den minderjarige voor zich zelven wenscht te huren of in pacht te nemen, en wanneer die voorwaarden door den rechter zijn goedgekeurd is zij het, die de overeenkomst met den voogd sluit (art. 400 B. W.); evenzoo wordt zij gehoord op een door den voogd gevraagd verlof om een erfenis te verwerpen (art. 401 B. W.) of om een aan den minderjarige gedane gift aan te nemen (art. 402 B. W.), en op een verzoek van den vader-voogd

of de moeder-voogdes om de goederen, de nering, het bedrijf, den handel, de fabriek of dergelijke, door hem of haar met de(n) overleden echtgenoot in gemeenschap bezeten, met den minderjarige in gemeenschap te mogen aanhouden, zoomede op een verzoek om intrekking van een dusdanig verleend verlof (art. 408 B. W.); zij moet tegenwoordig zijn bij boedelscheidingen, waarbij de minderjarige betrokken is (art. 1072 B. W.), en bij den openbaren verkoop van onroerende goederen behoorende tot een te scheiden boedel (art. 1076 B. W.).

Een deel van wat de Nederlandsche wet aan den kantonrechter opdraagt, draagt de Indische wet aan de weeskamer op. Te haren genoegen moeten de voogden zekerheid voor hun beheer stellen, behoudens hooger beroep op den raad van justitie in geval van verschil daarover ontstaan tusschen de weeskamer en den voogd (art. 335 B. W.). Zij beëedigt den door den rechter benoemden voogd (art. 362 B. W.); legitieme en testamentaire voogden, die in Nederland aan den kantonrechter de benoeming van een toezienden voogd moeten vragen, moeten in Indië, alvorens de voogdij te aanvaarden, aan de weeskamer kennis geven van het ontstaan der voogdij (art. 368 B. W.); de beëediging van de boedelbeschrijving, waarvoor de voogd moet zorgen binnen tien dagen, nadat hij de voogdij heeft aanvaard, geschiedt ten overstaan van de weeskamer en wanneer zij onderhands is opgemaakt, moet zij bij haar worden overgebracht (art. 386 B. W.); zij bepaalt de som, welke de minderjarige jaarlijks zal kunnen verteren en de kosten welke op het beheer der goederen kunnen vallen (art. 388 B. W.); zij bewilligt in het niet verkoopen der roerende goederen van den minderjarige (art. 389 B. W.); zij machtigt den voogd om voor den minderjarige een rechtsvordering in te stellen of om zich daartegen te

verdedigen (art. 403 B. W.), om in een rechtsvordering te berusten (art. 404 B. W.) en om een scheiding of verdeeling te vragen (art. 405 B. W.); aan hare goedkeuring is een ontworpen boedelscheiding onderworpen (art. 1075 B. W.), en bij haar moet de beschrijving van den boedel worden overgebracht en beëedigd na de ontzegeling (art. 672 Rv.).

De volgens de Nederlandsche wet aan den kantonrechter opgedragen functiën, die in Indië mede aan den rechter en wel den raad van justitie zijn opgedragen, betreffen: de vergunning tot het aangaan van een huwelijk, zoowel in het geval van het 2e lid van art. 38 als in dat van art. 42 B. W.; de benoeming van voogden (art. 359 B. W.) en hun ontslag op verzoek (art. 378 B. W.); het bevel om roerende goederen onder de hand te verkoopen en om dergelijke goederen, waaromtrent eerst bepaald is dat zij in natura zouden worden bewaard, openbaar of onder de hand te verkoopen (art. 389 B. W.); de machtiging op den voogd om voor den minderjarige geld op te nemen, zijn onroerende goederen te vervreemden of te verpanden en effecten enz. te verkoopen of over te dragen (art. 393 B. W.); de aanwijzing der c. q. te verkoopen onroerende goederen van den minderjarige (art. 394 B. W.); het verlof tot den onderhandschen verkoop van onroerend goed van den minderjarige (art. 396 B. W.) en de goedkeuring van den koop van onroerend goed in openbare veiling door den voogd (art. 399 B. W.); de goedkeuring der voorwaarden waarop de voogd goederen van den minderjarige voor zich zelven huurt of in pacht neemt (art. 400 B. W.); de machtiging op den voogd om erfenissen te verwerpen (art. 401 B. W.) en giften voor den minderjarige aan te nemen (art. 402 B. W.); het verlof om in naam van den minderjarige eene dading aan te gaan of de beslissing van een zaak aan scheids-

lieden op te dragen (art. 407 B. W.); de machtiging op den vader-voogd of moeder-voogdes om een gemeenschap met den minderjarige voort te zetten en het intrekken van dusdanige machtiging (art. 408 B. W.).

In het Nederlandsche recht is in enkele gevallen niet de kantonrechter maar de arrondissements-rechtbank de aangewezen autoriteit. In Indië is het dan de raad van justitie. Zoo de afzetting van voogden, ten aanzien waarvan in Indië hooger beroep is toegelaten (1) (art. 381 B. W.) en de opsluiting van den minderjarige (art. 384 B. W.). Daarbij zij nog vermeld het hooger beroep op de arrondissements-rechtbank van de beschikking van den kantonrechter omtrent het beloop der som, welke de minderjarige jaarlijks kan verteren en de kosten op het beheer der goederen, welk hooger beroep de Indische wet geeft van de beschikking van de weeskamer op den raad van justitie (art. 388 B. W.).

Het komt mij voor dat de Indische wetgever alles wat in Nederland met betrekking tot de voogdij aan den kantonrechter is opgedragen tot de competentie van de weeskamer zou kunnen brengen en deze alzoo, zonder te kort te doen aan wat artikel 75 van het Regeerings-Reglement eischt, zou kunnen herstellen in veel dat oudtijds bij de oppervoogdij behoorde. Dit zou een eerste stap kunnen zijn in de richting van terugkeer tot wat uit het voogdijrecht tot schade der minderjarigen verdwenen is — een iets beteekenend toezicht op de voogdijen door een daarvoor aangewezen lichaam. De taak van den raad van justitie, zou dan vooralsnog bestendigd kunnen

(1) Ook volgens de redactie van 1838 van het met art. 381 Ind. correspondeerende art. 438 Ned. geschiedde de afzetting van voogden door de arrondissements-rechtbank, behoudens hooger beroep.

worden als die van de arrondissements-rechtbank in Nederland.

Wat strikt genomen niet zuiver tot het huidige voogdijrecht behoort is het verlof tot het aangaan van een huwelijk van echte, minderjarige kinderen bij gebreke van toestemming van ouders en grootouders en weigering van den voogd en de weeskamer als toeziende voogdes, beiden of een van beiden, en in nog sterker mate de vergunning, die meerderjarigen, welke den vollen ouderdom van dertig jaar nog niet hebben bereikt, tot het aangaan van een huwelijk noodig hebben. Maar ook te dien aanzien zou de taak van den kantonrechter in Nederland, in Indië in plaats van aan den raad van justitie, aan de weeskamer kunnen worden opgedragen. Verder zou in dat stelsel aan de weeskamer zijn op te dragen: 1o. de benoeming van voogden, welke ook in verband met de waarborgen, gelegen in het hooren van bloedverwanten, gerust aan haar zou kunnen worden toevertrouwd. Dat daardoor zou vervallen het requireeren der benoeming door de weeskamer en misschien ook door het openbaar ministerie, volgens art. 360 Ind. B. W., kan geen bezwaar zijn. De reden waarom aan de weeskamer is opgedragen, de benoeming van voogden te provoceeren, namelijk haar bekendheid met de feitelijke omstandigheden, die dat noodig maken, kan slechts een aanbeveling te meer zijn voor de aan haar te geven opdracht tot benoeming. Ook de in het derde lid van art. 360 voorgeschreven verplichting van den ambtenaar van den burgerlijken stand (1) om aan de weeskamer kennis te geven van een overlijden, dat voorziening in de voogdij noodig maakt, is waarborg genoeg dat dat overlijden niet onbekend

(1) Volgens de oude instructie van de weeskamer te Batavia was dat een plicht van den doodgraver.

blijft; 2o. het ontslag van voogden op hun verzoek. Tegen overbrenging van deze bevoegdheid naar de weeskamer kan te minder bezwaar bestaan, omdat van de beschikking te dien aanzien hooger beroep is toegelaten. Maar afgescheiden daarvan is er geen reden om aan te nemen dat dergelijke verzoeken bij de weeskamer, die meer dan de raad van justitie op de hoogte van particuliere omstandigheden kan zijn, niet in goede handen zouden zijn. De afzetting van voogden is van meer gewicht, maar deze berust dan ook in Nederland bij de arrondissements-rechtbank (1) en zou dus daarom bij den raad van justitie moeten blijven; 3o. het bevel om roerende goederen, met afwijking van den regel, onder de hand inplaats van in het openbaar te verkoopen en tot verkoop van dergelijke goederen volgens den gewonen regel, *nadat eerst door de weeskamer zelve, vergunning is verleend om ze in natura te bewaren,* kan aan de weeskamer zeker evengoed worden toevertrouwd als de genoemde, eerst door haar verleende vergunning, te meer omdat het hooren der bloedverwanten is voorgeschreven. Dit laatste geldt ook voor 4o. n.l. de machtiging op den voogd om geld op te nemen, onroerende goederen te vervreemden of te verpanden en effecten enz. te verkoopen of over te dragen. Dit betreft ongetwijfeld een zaak die van meer gewicht is dan de onder 3o behandelde, maar ik zie niet in dat de weeskamer principieel onbekwaam zou zijn om haar naar eisch te beoordeelen. Wel is waar zou zij verstoken zijn van de thans aan den raad van justitie ten goede komende conclusiën van het openbaar ministerie, maar ik zou daaraan geen overwegend gewicht hechten, te meer omdat het hooren van het openbaar ministerie uit het met het Ind. art. 393 B. W. correspondeerende

(1) Zie hierbij de noot op blz. 317.

Ned. art. 451 ook in Nederland vervallen is toen door de wet van 18 April 1874 (Stbl. no. 68) ook in dit geval de arrondissements-rechtbank door den kantonrechter vervangen is; 5o. de aanwijzing van onroerende goederen van den minderjarige die c.q. zullen verkocht worden, kan m. i. met hetzelfde vertrouwen aan de weeskamer als aan den raad van justitie worden overgelaten; 6o. het verlof tot den onderhandschen verkoop van onroerend goed en de goedkeuring van den koop daarvan in openbare veiling door den voogd. Ook in deze beide gevallen bestaat de waarborg van het hooren der bloedverwanten en wel in zeer sterke mate, omdat deze eenparig de aanwijzing moeten goedkeuren. Daarenboven verbiedt de wet verkoop tot een lageren prijs dan de schatting van drie deskundigen, benoemd door den raad van justitie en wier benoeming natuurlijk ook op de weeskamer zou moeten worden overgedragen indien deze, wat de hoofdzaak betreft, in plaats van den raad van justitie kwam; 7o. de goedkeuring der voorwaarden waarop de voogd goederen van den minderjarige voor zichzelf huurt of in pacht neemt. Ook te dezen aanzien bestaat de waarborg van het hooren der bloedverwanten, wel is waar niet in die mate als in de gevallen bedoeld sub 6o., maar de zaak is dan ook niet van hetzelfde gewicht; 8o. de machtiging op den voogd om erfenissen te verwerpen. Dezelfde waarborgen zijn hierbij voorgeschreven als voor het geval sub 4o. genoemd. Daarenboven is er geen enkele reden om bij den raad van justitie meer kennis te onderstellen van de feitelijke toestanden waar het op aankomt, dan bij de weeskamer. Zoo is het ook met 9o, de machtiging op den voogd om giften aan te nemen. Voor 10o, het verlof om een dading aan te gaan en de beslissing van een zaak aan scheidslieden op te dragen, geldt, wat de waarborgen betreft, hetzelfde als voor 4o. Daarenboven

zie ik niet in waarom deze aangelegenheden niet aan de weeskamer zouden kunnen worden toevertrouwd, terwijl zij nu reeds de machtiging aan den voogd verleent om een rechtsvordering in te stellen, zich daartegen te verdedigen of er in te berusten. Eindelijk 11o, de machtiging op den vader-voogd of moeder-voogdes om een gemeenschap met den minderjarige voort te zetten en het intrekken van dergelijke machtiging. Ook hier weer geldt het een beoordeeling van feitelijke toestanden, waarvan de weeskamer geacht kan worden evengoed op de hoogte te zijn als de raad van justitie, zoo niet beter. Waarborgen zijn daarenboven het hooren van bloedverwanten, en — wat vanzelf spreekt maar niettemin is voorgeschreven — kennisneming van de boedelbeschrijving en van den waarborg dien de voogd of de voogdesse oplevert. Vervallen zou de tegenwoordige waarborg van de conclusiën van het openbaar ministerie, maar daaromtrent geldt ook hier wat ik opmerkte bij 4o, ook wat betreft het vervallen dier conclusiën uit het met het Indische artikel 408 B. W. parallel loopende Nederlandsche artikel 466, tengevolge van de wet van 18 April 1874 (Stbl. no. 68).

De bemoeienissen der weeskamers inzake van curateele wegens onnoozelheid, krankzinnigheid, razernij, verkwisting of zwakheid van vermogens zijn in hoofdzaak dezelfde als die inzake van voogdij. Ook het beheer van het vermogen der curandi kan de rechter haar opdragen op dezelfde wijze als het beheer van het vermogen der minderjarigen.

Met de toeziende curateele zijn zij evenwel niet rechtens belast, maar volgens artikel 449 B. W. draagt de raad van justitie haar die op bij de benoeming van een curator. Vermits de raad van justitie daartoe in elk geval gehouden is, zou de toeziende curateele, evenals de toeziende voogdij,

ook van rechtswege bij de weeskamer kunnen berusten, wat naar mijne meening rationeel zou zijn. Dat het anders is kan ik alleen verklaren uit het feit dat oudtijds een rechterlijke beschikking noodig was om iemand tot bejaarden wees te maken en de weeskamer dus ook toen met deze personen niet, zooals met onmondigen door leeftijd, bemoeienis had op grond van het enkele feit van hun bestaan.

Op 4 November 1749 bepaalde de Indische regeering dat krankzinnige burgers slechts na voorafgaand onderzoek door Schepenen onder curateele mochten worden gesteld, en artikel 30 van de instructie voor de raden van justitie in Nederlandsch-Indië in Indisch Staatsblad 1819 no. 20 luidt: Bij de Raden van Justitie zal ook, zonder vorm van proces, worden voorzien, door het stellen van bekwame, vertrouwde en gegoede personen tot curateuren, omtrent de goede verzorging en administratie der personen en goederen van dezulken, welke door gebrek aan verstandelijke vermogens, schoon meerderjarig, zich zelve noch hunne zaken kunnen verzorgen en waarnemen, mits behoorlijk daarvan blijke; en behoudens hooger beroep aan het Hooge Geregtshof, mitsgaders de verpligting en bevoegdheid voor de Officieren van Justitie, om, vermeenende dat in deze niet wel gehandeld was, het gezag van het Hooge Geregtshof in te roepen, hetwelk daarin, zonder vorm van proces, na verhoor van den Procureur Generaal, zal disponeeren naar bevinding.

Sprekende van hen, die oudtijds bejaarde weezen waren, zegt ook FOCKEMA ANDREÆ (1) „al deze personen kwamen in hun toestand van rechtelijke onbekwaamheid door uitspraak van den rechter of althans van het publiek gezag", waarop hij verder laat volgen (2) „de uitspraak,

(1) Het oud-Ned. Burg. recht, deel II, blz. 249.
(2) " " " " , deel II, blz. 252.

waarbij iemand onder voogdij was gesteld — zooals men somtijds zeide, stadskind gemaakt — moest worden openbaar gemaakt door aflezing van het stadhuis „by der clocken", uitroeping „mitter clocken" (vandaar de naam „gebelde weesen"), afkondiging ter plaatse waar de vervoogde woonde, „roepen over die kerke"." (1).

Wel zijn de weeskamers ingevolge artikel 348 B. W. van rechtswege belast met de curateele over de ongeboren vrucht, wanneer na het overlijden van den man, de vrouw verklaart, of daartoe wettig opgeroepen, erkent zwanger te zijn.

Den Haag, November 1915.

Mr. A. A. de Vries.

---

(1) Zie noot 1 op blz. 291.

Een Novum.

Toen in 1886 ons strafwetboek werd ingevoerd was men hier te lande vrij algemeen van meening, dat een rechtspersoon geen strafbaar feit kon plegen. Natuurlijk *kon* de wetgever anders bepalen, maar wanneer hij dit deed was het toch ten onrechte. De bekende door VON SAVIGNY, System II, §§ 94 en 95 verdedigde leer, dat een rechtspersoon voor onrechtmatige daden noch op het gebied van het strafrecht noch op dat van het civielrecht aansprakelijk was te achten, had wat de civielrechtelijke aansprakelijkheid betreft op den duur geen wortel kunnen schieten. De jurisprudentie had haar niet aanvaard, DIEPHUIS haar op zijne bedaarde maar daarom geenszins van kracht ontbloote wijze bestreden (1). Op het gebied van het strafrecht had SAVIGNY meer succes gehad. Was het wellicht omdat hij hier aan de bekende argumenten, dat een rechtspersoon als een in realiteit niet bestaand wezen, dat slechts door het recht werd gefingeerd en alleen op het terrein van het vermogensrecht kon optreden en dan nog alleen, voorzooverre zijn vertegenwoordigers daartoe bevoegd waren, nog een beroep op de algemeene beginselen van het strafrecht kon toevoegen? Achtte men zijn betoog, dat voor het plegen van een strafbaar feit een op die handeling gerichte wil noodig was en zooals UNGER het kort uitdrukte „nicht die Fiction der Persönlichkeit so weit gehen kann auch einen widerrechtlichen Willen anzunehmen" afdoende, wanneer het de toepassing van strafrecht betrof? Mocht hier, waar het om de materieele waarheid zou gaan niet met ficties worden gewerkt? Ik zou op deze vragen geen antwoord willen geven en alleen het feit constateeren, dat de litteratuur vrij eenstemmig de strafrechtelijke aansprakelijkheid veroordeelde. In 1851 mocht de Voorburgsche kantonrechter Mr. EMANTS ook al van zijn twijfel hebben doen blijken (2), VAN DEINSE (3) was van oordeel, dat een „corpus morale" geen misdrijf kon plegen en een discipel der Utrechtsche universiteit kon zijn in 1885 geschreven proefschrift eindigen met de verzekering dat „het feitelijk en juridisch onmogelijk is, dat een juridisch persoon een strafbare handeling kan plegen" (4).

(1) N. B. R. I, blz. 381.
(2) Themis XII, blz. 420 en vlgg.
(3) Algemeene Beginselen van Strafrecht uitgave 1860 § 310.
(4) L. H. J. M. VAN ASCH VAN WYCK. Strafbaarheid en Strafvervolging van Juridieke Personen. Utrecht 1885.

Zoo positief nu was de jurisprudentie niet. In den Code Pénal vond men geen enkel artikel waar iets dergelijks werd gezegd, in het recht van vóór de revolutie was die aansprakelijkheid meermalen aangenomen en waarlijk niet onjuist was de eerste zin van het bekende betoog van VON SAVIGNY „Die Frage, ob juristische Personen Verbrechen begehen und Strafen erleiden können, ist von jeher sehr bestritten gewesen".

Edoch men was langzamerhand onder den invloed van den grooten meester gekomen.

Niet gaarne had de Hooge Raad zich over de quaestie uitgelaten, maar toen hij het bij arrest van 29 Dec. 1846 gedaan had liet die uitspraak aan beslistheid niets te wenschen over (1).

---

(1) Curieus is het de ontwikkeling der rechtspraak na te gaan. Het eerst kwam de zaak aan de orde, toen in 1840 een tweetal wijnkoopers door de rechtbank te Middelburg 17 Sept. 1840 en in appèl door het Gerechtshof van Zeeland 23 Nov. 1840 wegens eene overtreding van de Stedelijke Ordonnantie van Middelburg van 12 Oct. 1818 wegens vervoer van wijn tot f 50 boete met verbeurdverklaring van den wijn waren veroordeeld. Hun advocaat, mr. WINTGENS Jr., betoogde, dat er geageerd was tegen een zedelijk lichaam, tegen „A. en Comp." en dat eene firma, een persona moralis, geen misdrijf plegen kon. De Advocaat-Generaal mr. VAN MAANEN, zag kans de quaestie te ontgaan door te betoogen, dat deze quaestie eerst in cassatie was opgeroepen en dat dit niet te pas kwam, „wijl zulk eene bewering in eersten aanleg ante omnia had moeten zijn „vooropgesteld". Door deze achterdeur ontging ook de Hooge Raad de quaestie — zie v. D. HONERT G. Z. I, p. 296, arrest van 2 Maart 1841.

In 1844 kwam de zaak opnieuw aan de orde. Nu had men te oordeelen over een beroep van den Officier van Justitie te Nijmegen, die zich beklaagde, dat zijne rechtbank „het Polderbestuur des circuls van de Ooy", dat gedagvaard was ter zake van het opwerpen van een sloot langs den weg te Persingen, zonder daarvan vooraf bij de bevoegde autoriteit kennis te hebben gegeven, ontslagen had van rechtsvervolging. De Advocaat-Generaal DEKETH, die van straffeloosheid van zedelijke lichamen wegens overtredingen van politie niet wilde weten, concludeerde tot vernietiging van het vonnis en had succes. Men liet „daar" wat het gemeene strafrecht bepaalde. Strafvervolging en veroordeeling was zeker mogelijk „wanneer „uit de bepalingen van een op de begane overtreding toegepast reglement „blijkt, dat ter zake vervolgd en beboet kunnen worden niet alleen bij„zondere personen, maar ook collegiën". H. R. 15 October 1844, W. 556. Toen echter in 1846, de vraag ter sprake kwam of het Weeshuis te Vollenhove vervolgd kon worden wegens het niet behoorlijk zuiveren van een wetering van waterplanten, liet men niet meer „daar".

„O., zoo leest men in het arrest van 29 Dec. 1846, W. 790, dat volgens „die algemeene beginselen [van het Wetboek van Strafrecht] door aan „misdrijf schuldige personen geen zedelijke ligchamen maar alleen phy„sieke personen worden bedoeld.

„O. dat dit duidelijk blijkt doorgaande uit het geheele Wetboek van „Strafregt en in het bijzonder uit het hoofdstuk van wegens misdaden of „wanbedrijven strafbare, verschoonbare of aansprakelijke personen en er „geen reden bestaat, waarom in geval van overtredingen niet hetzelfde „zou waar zijn, terwijl bovendien het tegenovergestelde, gelijk bij het „beklaagde vonnis met juistheid is aangemerkt, het ongerijmde gevolg „zou hebben, dat een zedelijk ligchaam tot gevangenisstraf zou moeten „veroordeeld worden, daar toch de regter, indien hij verpligt was om bui„ten eene speciale uitdrukkelijke wetsbepaling, op een zedelijk ligchaam „geldboete toe te passen, zulks in geval van tegen eene overtreding be-

Geen strafbaarheid van andere dan physieke personen, tenzij de wet het tegendeel bepaalt.

En waar men eerst niet moeilijk was om zulk een uitzondering op den regel aan te nemen, sinds 1850 is dit anders geworden.

De vraag rijst onmiddelijk hoe men zich in de praktijk redde. Misdaden zouden rechtspersonen wel niet plegen, maar zoo onberispelijk waren ook toen ter tijde de Koninklijke Besluiten en provinciale en gemeentelijke verordeningen niet geredigeerd, dat daarin niet menigmaal verbods- of gebodsbepalingen voorkwamen gericht tot eigenaars of ondernemers als zoodanig zonder dat onderscheid werd gemaakt tusschen het geval, dat die eigenaars of ondernemers physieke dan wel rechtspersonen waren.

Hoe onderving men dit bezwaar?

De waarde der spreuk, dat waar een wil is zich ook wel een weg laat vinden, bleek ook hier.

SAVIGNY had gezegd: „Alles was man als Verbrechen der juristischen Personen ansieht is stets nur das Verbrechen ihrer Mitglieder oder Vorsteher, also einzelner Menschen oder natürlicher Personen" — en hieruit werd de conclusie getrokken, dat in een dergelijk geval niet de rechtspersoon maar het bestuur of de directeur kon en moest worden gestraft. Wel werd hiertegen aan-

---

„dreigde gevangenisstraf niet zou mogen nalaten, als wordende bij de wet „toch tusschen deze beide straffen geen onderscheid gemaakt".

„O. dat dit alles te meer klemt in de onderhavige zaak, waar het niet „geldt een collegie, maar een gesticht, namelijk het Weeshuis te Vollen„hove, daar in den 10den titel van het derde boek van het Burgerlijk „Wetboek een zedelijk ligchaam uitdrukkelijk van het bestuur van het„zelve wordt onderscheiden en voorzeker een weeshuis, wat men daar„onder ook wil begrijpen, doch onderscheiden van deszelfs bestuur, zich „niet aan misdrijf hetzij door iets te doen hetzij door iets na te laten kan „schuldig maken, als kunnende een gesticht noch zelf handelen, noch „nalatig zijn".

Bij het parket van den Hoogen Raad was men echter van de juistheid der beslissing niet overtuigd en toen in 1850 behandeld werd het beroep van cassatie door den Officier van Justitie ingesteld tegen een vonnis der arrondissements-rechtbank te Assen van 28 December 1849, W. 1099, waar de hoofdcommissie van zekere veenen niet strafbaar was geoordeeld wegens het oprichten van een watergemeenschap zonder voorafgaande toestemming van Gedeputeerde Staten van Drenthe, „omdat het doel van „een zedelijk ligchaam nimmer kan zijn, om een bij de strafwet verbodene „daad te plegen", stak de Advocaat-Generaal ARNTZENIUS zijn gevoelen niet onder stoelen of banken. Zonder succes. De Hooge Raad oordeelde bij arrest van 2 April 1850, W. 1333, „dat hoezeer wel bij eene speciale „wet ook tegen zedelijke ligchamen uitdrukkelijk en met name geld„boeten kunnen worden bedreigd en de regter alsdan verpligt is die wet „toe te passen, echter zulks bij het nu aangehaald reglement niet heeft „plaats gehad vermits het niet inhoudt de bepaling, dat de, daarbij met „boete strafbaar gestelde overtredingen ook door zedelijke ligchamen „zullen kunnen worden begaan, en dat ook tegen zoodanige ligchamen „in dat geval de boeten zijn bedreigd;

„dat bij gebreke van zoodanige bijzondere en uitdrukkelijke bepaling „van toepassing zijn de algemeene beginselen van het Wetboek van Straf„regt". Waarop dan volgt, dat deze alleen strafbaarheid van physieke personen kennen.

gevoerd, dat men zonder uitdrukkelijke wetsbepaling toch niet strafrechtelijk aansprakelijk kon zijn voor de daden van een ander, de Hooge Raad antwoordde „ dat die [eene] maatschappij, als „zedelijk lichaam buiten eene uitdrukkelijke wettelijke bepaling niet „strafbaar kan zijn, maar dat alsdan de bestuurders, door wie voor „dat ligchaam gehandeld wordt of moest gehandeld worden, ook „tegenover de strafwet aansprakelijk moeten zijn voor al hetgeen „het ligchaam dat zij vertegenwoordigen als persoon gehouden „was" (1).

Gold het hier nog een rechtspersoon van privaatrechtelijken aard, niet anders werd beslist waar het rechtspersonen van publiekrechtelijken aard betrof. Toen de gemeente Akersloot als landgebruiker van een sloot, die langs gemeentegrond liep, verzuimd had die behoorlijk schoon te maken was het slechts een bijkomstige omstandigheid die den burgemeester en twee wethouders, die als voor dat verzuim strafrechtelijk verantwoordelijk vervolgd waren aan eenige geldboeten — bescheiden overigens van *f* 0,30 en *f* 0,60 — deed ontsnappen (2).

Nu kon men omtrent de juistheid dezer leer in jure constituto zeer zeker twijfel koesteren — de Hooge Raad heeft haar later dan ook uitdrukkelijk als onjuist verworpen (3) — onbillijk was zij niet, immers de bestuurders, het orgaan van den rechtspersoon, zijn de aangewezen lieden om te zorgen, dat deze zijne verplichtingen niet alleen op vermogensrechtelijk maar ook op publiekrechtelijk terrein vervult. Zij beschikken binnen de grenzen hunner bevoegdheid over de middelen van het door hen beheerde lichaam;

---

(1) Zie arrest 17 October 1865, W. 2738, gewezen tegen J. Urban, directeur van den Grand Central Belge. Advocaat-Generaal Römer vond deze aansprakelijkheid ook in verband met een arrest van 7 Januari 1862, Ned. Regtspr. 70, blz. 15 vanzelf sprekend.

(2) H. R. 11 October 1880 W. 4561. „O., dat eene verplichting eener „gemeente als waarvan hier sprake is uit den aard der zaak moet worden „nagekomen door diegene, welke met het dagelijksch bestuur der ge„meente zijn belast en dat bij art. 179 der gemeentewet dit dagelijksch „bestuur is opgedragen aan Burgemeester en Wethouders."

(3) Bij arrest van 10 November 1902, W. 7835. „O., dat in art. 21 van „het bovenomschreven reglement van politie op het gebruik der openbare „wegen in de provincie Noord-Braband wordt verboden om bij het gebruik „van stoom als beweegkracht in de locomotieven op stoomtramwegen „eene andere brandstof te gebruiken dan cokes, overtreding bij art. 33 „van dit reglement strafbaar gesteld.

„dat art. 34 van ditzelfde reglement voor deze overtreding met uitsluiting „van anderen aansprakelijk stelt „de ondernemers van tramwegen".

„dat de rechtbank in de 11de overweging van het bestreden vonnis „terecht vooropstelt, dat in deze als ondernemer is aan te merken de „naamlooze vennootschap, doch ten onrechte daarnaast aanneemt, dat het „bestuur, in deze als de onderneming vertegenwoordigend, voor deze „overtreding strafrechtelijk is aansprakelijk.

„dat toch deze aansprakelijkheid op geene enkele wetsbepaling is ge„grond en door art. 34 van voornoemd reglement uitdrukkelijk wordt „gewraakt, terwijl ook de civielrechtelijke vertegenwoordiging geenszins „de strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich brengt".

wordt eene verplichting niet nagekomen, zij moeten en kunnen in 999 van de 1000 gevallen daartegen waken. Geen wonder dan ook, dat men in de wetgeving dezen weg insloeg. Dit geschiedde in de wet op het armbestuur van 28 Juni 1854 (*Staatsblad* nr. 100) artt. 11, 12 en 13 die een hoofdelijke aansprakelijkheid der bestuurders „voor het geheel der gezamenlijk opgelegde boeten" aannam en dit voorbeeld werd gevolgd in de Spoorwegwet van 21 Aug. 1859 (*Staatsblad* nr. 98) die niêt de ondernemers van den spoorwegdienst, die in art. 1 civielrechtelijk verantwoordelijk waren gesteld voor de schade door personen of goederen bij de uitoefening van den dienst geleden, maar de bestuurders strafte (artt. 44 en 46). Zie ook de latere Spoorwegwet van 9 April 1875 (*Staatsblad* nr. 67) die eveneens tusschen ondernemers en bestuurders van een spoorwegdienst onderscheidt (artt. 1 en 53).

Alleen bij een enkele fiscale wet ging men van een ander standpunt uit (1).

Edoch deze uitzondering bevestigde den regel en toen het nieuwe

---

(1) Men pleegt te wijzen op art. 13 der wet van 4 April 1870 (Staatsblad no. 61). „De vennootschappen en reederijen zijn voor de daden van „hare bestuurders, boekhouders, bedienden, arbeiders, knechts of andere „personen in haren dienst aansprakelijk op den voet van art. 231 der „Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (Staatsblad no. 38) met betrekking „tot alle overtredingen van de wettelijke bepalingen omtrent den in-, uit- „en doorvoer en de accijnzen." Dat naamlooze vennootschappen — van vereenigingen en stichtingen wordt niet gesproken — zelf een strafbaar feit zouden kunnen plegen wordt hier niet ipsis verbis gezegd. Zij zijn alleen strafrechtelijk aansprakelijk voor de in haar dienst zijnde personen — dat men een bestuurder beschouwde als in dienst van het lichaam dat hij vertegenwoordigt houdt verband met de in 1870 geldende opvattingen — op denzelfden voet als de in art. 231 vermelde kooplieden, trafykanten, enz. die aansprakelijk waren „voor de daden van hunne bedienden, arbeiders, „knechts of verdere door hen bezoldigde personen, voor zooverre die daden „tot het door hen uitgeoefend bedrijf betrekkelijk zijn" en die wanneer zij mochten beweren dat een en ander buiten hun kennis was geschied, „desniettemin en ondanks hunne onbewustheid der daad" de boeten verbeuren op dusdanige overtredingen gesteld. Zie voor de geschiedenis van dit artikel het arrest H. R. 6 Maart 1911, W. 9161. Een uitdrukkelijk voorschrift bepalende dat een niet physiek persoon een strafbaar feit kan plegen, vindt men, zij het ook niet duidelijk geformuleerd, in art. 37 der wet van 20 Juli 1870 (Stbl. no. 127) (wijnaccijns) en in art. 60 der wet van 25 Juli 1871 (Stbl. no. 92) (accijns op bier en azijn).

De redactie van art. 37: „De bepalingen dezer wet zijn ook van toepas- „sing op vennootschappen van koophandel", was ontleend aan art. 69 der wet van 7 Juli 1867 (Stbl. no. 69) (accijns op binnenlandsche suiker). In de IIde Kamer werd echter ernstig getwijfeld of uit deze bepaling wel voldoende bleek, dat een naamlooze vennootschap strafbaar was en vandaar dat men bij art. 90 bepaalde dat „vennootschappen" voor de daden van beheerders en bedienden aansprakelijk waren.

In later jaren heeft echter die twijfel niet meer bestaan, en ziet men de in 1871 gevolgde redactie veelvuldig overgenomen. Dat deze uiterst gebrekkig was — immers wat is onder „vennootschappen van koophandel" te verstaan: de in art. 14 van het W. v. K. opgenoemde vennootschappen of wel bloot naamlooze vennootschappen — heeft men blijkbaar niet opgemerkt — zie hierover H. R. 14 October 1878, W. 4303 en 6 Maart 1911 W. 9161.

Wetboek van Strafrecht werd voorgesteld drukte de regeering zich met eene beslistheid uit, die niet mogelijk zou zijn geweest, wanneer op dit punt geen communis opinio aanwezig was geweest (1).

„Een strafbaar feit", zoo leest men in de Memorie van Toelichting, „kàn alleen worden gepleegd door den natuurlijken persoon. „De fictie der regtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van „het strafrecht. Alzoo waar de strafwet wordt overtreden door het „besluit eener vereeniging, hetzij dan regtspersoon of niet volgens „de begrippen van het privaatregt, treft de strafbepaling slechts „hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan „gegeven uitvoering bewijsbaar is". Om dit bewijs te vergemakkelijken stelde men art. 61 — thans eenigszins gewijzigd art. 51 — voor.

Tegenspraak lokte deze besliste stellingneming ten opzichte van een toch zoo moeilijk vraagstuk niet uit.

Wellicht dat juist omdat men het niet voor twijfel vatbaar achtte het nergens ipsis verbis in het strafwetboek is gezegd, dat alleen menschen strafbare feiten kunnen plegen.

Toch is dit zoo van zelf sprekend niet en dit bleek al spoedig.

Savigny's opvatting der rechtspersoonlijkheid had den daartegen gerichten aanval van Brinz, die de leer van het „Zweckvermögen" verdedigde nog kunnen weerstaan toen eerst Beseler, later Gierke, Rosin en Regelsberger de fictieleer bestreden, de rechtspersoon een realiteit, een werkelijk bestaand wezen noemden hield zij op de heerschende te zijn. „Den Kern der genossenschaftstheorie bildet „die von ihr dem Phantom der persona ficta entgegen gestellte „Auffassung der Körperschaft als realer Gesamtperson; diese „Gesamtperson hat ein Gemeinbewustsein einen Gemeinwillen" (2) of om met Regelsberger te spreken „es besteht eine Organisation „vermöge deren menschliche Kräfte dauernd in den Dienst eines „socialen Zwecks gestellt sind; vereint bringen sie Willensaüs- „serungen und Wirkungen hervor, dazu bilden die Individual „willen der am Webstuhl der Organisation sitzenden Menschen „nur Elemente" werden beschouwingen die men met evenveel eerbied aannam als vroeger het woord van den grooten meester. Toen nu Gierke met tallooze voorbeelden aantoonde, dat men vroeger wèl rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk geacht en gestraft had — iets wat trouwens Savigny nooit ontkend had — rees de vraag waarom dit werkelijk bestaande en willende wezen ook de strafwet niet zou kunnen overtreden.

Twee monografiën, de eerste van Mestre „Les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale (3), de tweede van Hafter „Die Delikts und Straffähigkeit der Personenverbande" (4)

(1) Smidt I, blz. 420, eerste druk.
(2) Gierke, Genossenschaftstheorie blz. 5.
(3) In 1899 verschenen is het zeker verdienstelijk werk door prof. Simons aangekondigd in het Rechtsgeleerd Magazijn XVIII, blz. 471.
(4) Hierover Mr. J. A. van Hamel, Tijdschr. v. Strafr. XVII, blz. 163 en vlgg.

maakten opgang en toen de nieuwere criminologische school de strafbaarheid niet slechts niet meer onmogelijk maar zelfs gewenscht achtte werd de toestand geheel anders (1).

Merkwaardig is het echter hoe onze wetgeving rustig in de bestaande richting voortschreed. Tal van wetten kwamen tot stand waar men aan rechtspersonen door strafbepalingen gesanctioneerde verplichtingen had kunnen opleggen, maar men deed het niet. Men formuleerde de voorschriften òf in dien geest, dat de verplichting op de bestuurders drukte — zoo b.v. de arbeidswet, de veiligheidswet, de armenwet — òf waar men dit niet deed en zich tot den werkgever als zoodanig richtte haaste men zich om uitdrukkelijk te kennen te geven, dat, zoo die werkgever een rechtspersoon mocht wezen, de strafvervolging wordt ingesteld en de straffen worden uitgesproken tegen de leden van het bestuur (ongevallenwet art. 98, 3de lid).

En even kalm ging men waar het fiscaal strafrecht betrof den anderen weg uit (2).

In dezen toestand nu is plotseling eene verandering gekomen door de wet van 28 April 1916 (*Staatsblad* nr. 175). Ten behoeve van de statistiek zullen voortaan de bij den uitvoer vereischte aangiften worden *gedaan* door den *afzender* der goederen, des dat zij worden *ingeleverd* door hem, die zich met den uitvoer belast (art. 2). Nu bepaalt art. 6:

„Hij, die eene aangifte doet als bedoeld bij art. 3 wordt gestraft „met geldboete van ten hoogste honderd gulden:

„1°. indien de soort, het land van herkomst of het land van de „bestemming der goederen onjuist is aangegeven;

„2°. indien de hoeveelheid der goederen meer dan tien ten „honderd te hoog of te laag is aangegeven.

„Het eerste lid is ook van toepassing op vennootschappen van

---

(1) Zie VAN HAMEL, Inleiding 3de druk, blz. 199 en vlg. vooral de op blz. 201 geciteerde litteratuur. Van het standpunt der door PLANIOL ontwikkelde hier te lande door prof. MOLENGRAAF Leidraad I, 2de druk, blz. 116 en Rechtsgeleerd Magazijn XXX, blz. 562 en STAR BUSMANN (LAND) I, blz. 766 en vlgg. verdedigde leer van den gezamenlijken eigendom beschouwt VAN CREVELD in zijn 1912 te Amsterdam verdedigd proefschrift „Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht" de zaak. Hij komt tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid.

(2) Namelijk waar het de accijnswetgeving betrof. Zie art. 80 der wet van 27 September 1892 (Stbl. no. 227), 85 § 1 der wet van 29 Januari 1897 (Stbl. no. 63) en 5 der wet van 18 Juli 1904 (Stbl. no. 190). In de toelichting tot de wetsontwerpen, die tot deze wetten hebben geleid, wordt meestal omtrent de bedoeling niets gezegd en verwezen naar bestaande gelijkluidende wetsvoorschriften. In de Memorie van Toelichting van het wetsontwerp, dat de wet van 18 Juli 1904 is geworden, bekent de minister HARTE VAN TECKLENBURG echter kleur (Bijl. 1903/1904) 169, 3, „In tegen„stelling met de correspondeerende accijnswetten voorziet de gedistelleerd„wet niet in het geval dat tegen eene vennootschap of vereeniging met „rechtspersoonlijkheid straf moet worden uitgesproken." Het wordt nu gewenscht geacht „thans de uniformiteit te herstellen". Waar het directe belastingen betrof werd van het gemeene recht *niet* afgeweken. Zie bijv. art. 121 der wet van 19 December 1914 (Stbl. no. 563) Inkomstenbelasting.

„koophandel en op vereenigingen die rechtspersoonlijkheid bezitten."

Zie hier de strafrechtelijke aansprakelijkheid van vennootschappen van koophandel en rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen voor een delict van het gemeene recht in onze wetgeving geïntroduceerd (1).

Oorspronkelijk was de redactie van het door den Minister van Financiën BERTLING ontworpen artikel anders. Zij luidde — zie Bijlagen 1913/1914 nr. 253, 2: „Indien de aangever eene naamlooze „vennootschap of eene coöperatieve of andere rechtspersoonlijkheid „bezittende vereeniging is wordt de strafvordering ingesteld en „worden de bij dit artikel bedoelde straffen uitgesproken tegen de leden van het bestuur", eene redactie waarvoor blijkbaar art. 98, 3de lid der ongevallenwet 1901 tot voorbeeld had gestrekt en die aan alle redelijke eischen voldeed, al zou het ook voorzichtig zijn geweest ook van commanditaire vennootschappen op aandeelen te gewagen.

Edoch zij vond geen genade in de oogen van den opvolger van den heer BERTLING, die in zijne memorie van antwoord op het Voorloopig Verslag der IIde Kamer de oorspronkelijke redactie verving door die welke thans zonder dat zij tot discussie aanleiding gaf in de wet is opgenomen.

Waarom dit geschiedde is niet recht duidelijk. Een opmerking in het Voorloopig Verslag der IIde Kamer heeft, dit blijkt uit de memorie van antwoord, gewicht in de schaal gelegd maar het hoofdmotief was toch „nadere overweging". Waartoe deze heeft geleid is duidelijk, niet waarin deze heeft bestaan.

Moet men wellicht aannemen, dat de Minister, die ons belastingstelsel wilde hervormen van oordeel was, dat, wanneer zich voor deze nuttige werkzaamheid ook op het gebied van het strafrecht eene gelegenheid voordeed, men deze moest aangrijpen? Was hij het eens met Mr. VAN HAMEL, die na te hebben uiteengezet, dat een op de schuldleer gebouwd strafrecht wel uitsluitend gericht moet zijn tegen en ingericht op het individu bij de ontwikkeling der strafrechtswetenschap in criminologische richting voor strafmaatregelen tegen gemeenschappen wèl een redelijke grondslag aan-

---

(1) Voor een delict van het gemeene recht! Art. 7 toch bepaalt uitdrukkelijk dat art. 6 niet van toepassing is, „wanneer het feit valt onder „een strafbepaling der wetten betreffende de invoerrechten en accijnzen". Wel is het constateeren van overtredingen der wet opgedragen aan ambtenaren der invoerrechten (art. 8) 2e lid, — zijn daardoor de ambtenaren bedoeld in art. 8 1—6 van het Wetboek van Strafvordering uitgeschakeld? — en geschiedt de strafvervolging, ofschoon men met overtredingen te doen heeft vanwege den Minister van Financiën voor de arrondissements-rechtbanken, en is transactie mogelijk (art. 9), maar met een *fiscale* wet heeft men niet te doen. Een belasting die zich aandient onder den naam van statistiek recht, wordt hier te lande niet geheven.

wezig achtte en deze niet alleen theoretisch verdedigbaar maar practisch gewenscht en denkbaar beschouwde (1)?

Zoo ja, dan is het toch jammer, dat de minister en na zijn aftreden zijn opvolger, die de verdediging van het ontwerp van hem overnam, niet nog eens even het bekende werk van den oud-hoogleeraar hebben ter hand genomen. Wellicht had men dan tijdig een leemte ontdekt waarop de Minister van Justitie, wanneer men hem geraadpleegd had — hetgeen niet schijnt te zijn gebeurd, althans in de M. v. A. leest men: „Naar aanleiding van de daartoe „gedane vraag strekt de mededeeling dat het Departement van „Justitie over de strafbepaling niet is gehoord" — vermoedelijk ook zoude hebben gewezen.

Het is toch een eisch voor iedere strafwetgeving, van welke beginselen deze ook moge uitgaan, dat een straf niet alleen kan worden *opgelegd* doch in normale gevallen ook ten *uitvoergelegd*. Vandaar dat VAN HAMEL sprak van geldboeten met executie op de kas of met aansprakelijkheid van de leden pro rata parte. Hier echter is van dit alles geen sprake. Daar nergens anders is bepaald is volgens art. 91 van het Wetboek van Strafrecht bij niet-betaling van de geldboete art. 23 van dat Wetboek toepasselijk. Hoe echter hechtenis (scil. plaatsing in een tuchtschool) toe te passen op „vennootschappen van koophandel en vereenigingen die rechtsper„soonlijkheid bezitten"?

De vennooten of leden aan te spreken is bij gebreke van een wetsbepaling zeker niet mogelijk en de uitkomst waartoe men na een ondervinding van meer dan zestig jaar in de praktijk was gekomen, namelijk de strafrechtelijke aansprakelijkheid der bestuurders heeft men juist *niet* gewild. De aansluiting aan het fiscale recht dat voor dezelfde moeilijkheid staande deze had weten op te lossen had nog nauwer moeten zijn (2). Nu dit echter verzuimd

---

(1) Zie VAN HAMEL Inleiding 3de druk blz. 198—202.

In het V. V. hadden „eenige leden" er de aandacht op gevestigd of niet overeenkomstig de strafrechtelijke bepalingen in belastingwetten de vennootschap of vereeniging zelve vervolgd moest worden. „Wel betreft „het hier niet een belastingwet, maar de materie houdt zoo nauw ver„band met belastingen, d. w. z. met belastingaangiften, dat overeenkom„stige bepalingen geboden schijnen". Het antwoord (Bijlagen 1915/16 40, 2, blz. 5) luidde: „Nadere overweging in verband met de in het Voorloopig „Verslag gemaakte opmerkingen nopens het tweede lid van art. 6 heeft „ondergeteekende geleid tot de overtuiging dat het wenschelijk is dit lid „te doen aansluiten bij de fiscale wetgevingen".

(2) In het fiscale recht, althans voorzooverre het betreft de invoerrechten en accijnzen, kent men de mogelijkheid van executie van geldboeten op het vermogen van veroordeelden. Zie NIJPELS, Het rijksfiscaal strafprocesrecht nos. 187 en vlgg. Voor de 1 September 1886 bestaande delicten geldt art. 7 der wet van 15 April 1886 (Stbl. no. 64). In de meeste na dien dag tot stand gekomen accijnswetten — niet in alle — wordt echter bepaald: „De in zake invoerrechten en accijnzen thans geldende „bepalingen voor het geval van wanbetaling van geldboeten zijn ook bij „de toepassing van deze wet van kracht". Een soortgelijk voorschrift had men ook hier moeten opnemen.

is heeft men te doen met een straf die slechts dan treft, wanneer de gestrafte vrijwillig betaalt, met een zwaard zonder kling, met een mes zonder lemmet.

Wat thans tot stand is gekomen biedt de gelegenheid — dit is waar — om te zijner tijd te kunnen beweren, „dat ook reeds op dit „punt de wetgever in beginsel heeft gebroken met het bestaande „op de verouderde en reeds lang verlaten schuldleer opgebouwde „strafrecht", maar dit is dan toch ook de eenig behaalde winst. Wil men rechtspersonen, afzenders van goederen waarvan de uitvoer niet is verboden en die niet aan uitvoerrecht zijn onderworpen dwingen tot eene juiste aangifte bij uitvoer naar buiten het Rijk in Europa gelegen streken, dan kan art. 6 daarbij niet helpen. Het novum in onze wetgeving is voorloopig niet levensvatbaar.

Ik moet erkennen dit *niet* te betreuren.

Men moge er al in geslaagd zijn om, zonder dat het de aandacht trok, in alle stilte een nieuw beginsel in ons strafrecht binnen te loodsen, het is niet op deze wijze, dat hervormingen moeten worden aangebracht. Wil men strafbaarheid van rechtspersonen, men kome als Van Hamel er openlijk voor uit.

Op den duur nu zal men met wat thans tot stand is gebracht niet kunnen volstaan en de hulp van den wetgever moeten inroepen, wil men verhinderen, dat directies van naamlooze vennootschappen, die bij een onjuiste statistiek belang hebben, het tot stand komen van een juiste statistiek verhinderen. Twee wegen staan dan open. Men kan de mogelijkheid eener executie van de aan den rechtspersoon opgelegde straf op het vermogen van dien rechtspersoon openen of men kan terugkeeren tot het tot dusverre gevolgde systeem van aansprakelijkheid der bestuurders behoudens het bepaalde bij art. 51 Sr.

Ik hoop dat men het laatste zal kiezen

Zij het vergund, dit met het oog op de beschikbare ruimte, zeer kort te motiveeren (1).

Bij de beantwoording der vraag of strafbaarheid van rechtspersonen gewenscht is zij men voor alles nuchter. Met phrases als Prins bijv. ten beste geeft: „Que signifiait ce principe de la garantie „solidaire, du cautionnement mutuel, de la responsabilité du „groupe, qui domina tout l'ancien droit anglo-saxon, franc ou ger„main, sons la nom de Frank-pledge on franche caution? Il signifie „ceci: les peuples jeunes, prime-sautiers dont la conscience nais„sante était l'antithèse du pédantisme scientifique, avaient la claire „intuition du milieu social. Et cette claire intuition, il semble qu'à

(1) Zulk eene motiveering is niet wel mogelijk zonder dat men zich uit omtrent het gevoelen dat men heeft ten aanzien van het wezen der rechtspersoonlijkheid en het grondbeginsel van het Strafrecht. Ik zal dan ook niet mijne zienswijze omtrent een en ander verbergen. Maar eene verdediging van dit standpunt kan — zoo terloops — niet worden gegeven.

„travers les brouillards séculaires elle surgisse soudain devant „nous". — komt men geen stap verder (1). En wanneer men de trouwens nooit betwiste waarheid aantoont van het feit, dat men vroeger de strafbaarheid van gemeenschappen meermalen heeft aangenomen bewijst dit niet dat dit ook thans onder de omstandigheden waarin wij leven het geval moet zijn. Het is nog zooveel eeuwen niet geleden, dat men tallooze vrouwen als heksen heeft verbrand. Moeten wij thans met onze hysterische dames dien weg weder op?

Uit de omstandigheid dat vroeger geschreven is kunnen worden „Hodie universitates propter earum delicta puniri absque contro- „versia videmus" en dat men later toch zoo anders heeft gedacht, valt te leeren, dat men voorzichtig moet zijn, maar ook niet meer.

Nu komt het mij voor, dat lang niet alle argumenten die men vroeger tegen de strafbaarheid der rechtspersonen heeft aangevoerd hout snijden. Zoo is het argument dat rechtspersonen slechts zouden kunnen optreden, waar het geldt vermogensrecht, voor ons recht weerlegd door art. 421 B. W. Ook het bekende argument (2) dat „ihre fingirte Willensfähigkeit nur gilt in den durch ihren „Begriff bestimmten eigen Gränzen, das heiszt um so weit sie „nöthig ist um an dem Verkehr von Vermögen Theil nehmen zu „lassen" is niet veel waard. Reeds Diephuis vroeg met zijn bekende nuchterheid waarom voor zoodanige beperking grond bestaat, wanneer men gelijk Unger op den voorgrond stelt dat het recht „wo die natürliche Willensfähigkeit fehlt eine Willensfähigkeit „durch künstliche Annahme erzeugt und sich hiermit die noth- „wendige Basis für die Rechtsfähigkeit selbst verschafft" (3). Het argument dat een bestuur zoodra het een door een straf gesanctionneerd voorschrift overtreedt perse niet meer zou handelen binnen den kring zijner bevoegdheid is evenmin goed, omdat die bevoegdheid zóó ruim kan zijn, dat het de mogelijkheid tot wetsovertreding openlaat. Zoo bood de bevoegdheid om de goederen van het weeshuis te *Vollenhove* te beheeren de mogelijkheid om niet te zorgen voor een behoorlijk schoonhouden van een aan dat weeshuis toebehoorende sloot.

Maar men moet niet vergeten, dat Von Savigny zijn kracht ook zocht in een ander argument, namelijk dat het strafrecht dat te doen had met een denkend, willend, voelend wezen, met den mensch, zich tegen strafbaarheid van andere personen dan menschen verzette.

Die opmerking schijnt juist, althans wanneer men te doen heeft met een op de schuldleer gevestigd strafrecht — wat ten onzent wat ons strafwetboek voor volwassenen betreft zeker het geval

(1) Geciteerd bij Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 2de druk, I blz. 421.
(2) Savigny op. cit. blz. 314.
(3) Diephuis, Systeem I, blz. 381.

is (1). In een strafrecht dat uitgaat van de leer, dat de normale mensch vrij is in zijn wilsuiting en dat wanneer hij de strafwet overtreedt de overheid hem mag straffen, dat is leed doen, juist omdat hij anders kon maar niet anders wilde dan hij gehandeld heeft, is voor strafbaarheid van rechtspersonen geen plaats.

Niet omdat men het in het privaatrecht met de rechtvaardigheid zoo nauw niet zou hebben te nemen en in het strafrecht wel — in dit opzicht staan m. i. privaat-, fiscaal- en strafrecht volkomen gelijk — maar omdat een straf, zelfs een geldboete, iets anders is als schadevergoeding. Wanneer het recht door de erkenning als rechtsbevoegd wezen, door de toekenning der rechtspersoonlijkheid de mogelijkheid schept om aan het rechtsverkeer deel te nemen is het begrijpelijk en m. i. ook volkomen gerechtvaardigd, dat het dit rechtsbevoegde wezen aansprakelijk acht voor wat zijn orgaan, meestal het bestuur, een enkele maal de vergadering van leden of aandeelhouders, binnen de kring van zijn bevoegdheid verricht. Ubi emolumenta ibi onera. En waarom men hier zou moeten onderscheid maken tusschen verplichtingen voorkomende uit overeenkomsten of uit anderen hoofde is niet recht duidelijk. Die distinctie verwierp de praktijk en terecht.

Maar anders is het op strafrechtelijk terrein. Hier ontbreken de voordeelen terwille waarvan men nadeelen moet accepteeren. Niet op grond dat men de anders ter zijde gelaten fictieleer hier zou te hulp roepen — met de fictieleer zou men er wel komen — maar op grond van het beginsel „geen straf zonder schuld" is de strafrechtelijke aansprakelijkheid te verwerpen.

Dat deze tot onbillijkheden aanleiding zou geven en geeft — bij stichtingen komt dit duidelijk aan het licht — is juist, maar aan dit argument, dat tegen elke geldboete van beteekenis als straf opgelegd kan worden aangevoerd, zou ik niet te veel waarde hechten. Toch heeft het zijn waarde, niet zoozeer voor een aanhanger der vergeldingsleer — die mij juist toeschijnt — als wel voor hen, met wie ik eveneens medega, die leeren dat men ter verdediging der maatschappelijke orde nooit maatregelen moet nemen waaraan een zekere onbillijkheid inhaerent is, wanneer men het doel op andere wijze kan bereiken.

M. i. is dit hier zeker het geval, de geschiedenis der laatste zestig jaren bewijst, dat men met strafbaarstelling der bestuurders er kan komen.

De aanhangers der organische leer hebben er niet zonder recht

(1) Daaruit volgt niet, dat onzen wetgever duidelijk een op den vrijen wil van den dader steunende verantwoordelijkheid voor den geest stond of dat hij de vergeldingsleer zou zijn toegedaan. Het strafwetboek van 1881 was m. i. voor een aanhanger dezer ideeën aannemelijk omdat het geen bepalingen daarmede in strijd behelsde. Dat men echter een op de schuldleer gebaseerd strafrecht heeft gewild, zou ik wèl durven betoogen en met recht nam VAN HAMEL, Inleiding, 1ste druk, blz. 158 aan, dat voor een op die leer gebouwd strafrecht het „universitatem delinquere non posse" moest gelden.

op gewezen dat men in de middeleeuwen wel door den nood gedwongen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van corporaties, vooral publiekrechtelijke moest aannemen. Waar dit zoo was, daar vonden zich ook wel theoretische argumenten en kon BARTOLUS eenigszins cynisch maar niet ten onrechte zeggen: „Univeritas „proprie non potest delinquere quia propria non est persona; tamen „hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos juristae" (1).

Mij komt het voor dat men thans bedenkelijke gebruikmaking van het vereenigingsrecht wel op andere en meer afdoende wijze kan bestrijden. Wanneer ons recht de rechtsbevoegdheid toekent aan menschen zoowel als aan niet-menschen, rechtspersonen, is het omdat men dit voor de rechtsorde gewenscht acht.

Het leven van een mensch is beperkt, men heeft ingezien dat juist hierdoor wanneer voor een bepaald doel iets werd bijeengebracht dit doel niet wel bereikt kon worden, wanneer men niet de „stichting" rechtsbevoegdheid toekende. Met de andere rechtspersonen, naamlooze vennootschappen, vereenigingen is het niet anders. Welnu, wanneer men het doel bedenkelijk acht of van oordeel is, dat het voortbestaan van die vereeniging of naamlooze vennootschap door de wijze waarop wordt opgetreden bedenkelijk is voor de openbare orde, zoo ontneme men aan dat lichaam de rechtsbevoegdheid. Dit is geen straf, gelijk het ook geen straf is wanneer men een vreemdeling op grond van art. 12 der wet van 13 Augustus 1849, *Staatsblad* nr. 39, uitzet.

Die ontneming der rechtspersoonlijkheid met daarop volgende liquidatie zou, zoo men tevens art. 140 van het Wetboek voor Strafrecht uitbreidt — wat mij echter voorloopig onnoodig voorkomt — voldoende resultaten opleveren.

Bij de lezing van het bovenstaande is allicht de vraag gerezen of het sop de kool wel waard is. Het in art. 6 der wet van 28 April 1916 geformuleerde strafbare feit is toch slechts eene overtreding van geringe beteekenis. Het maximum der bedreigde straf overschrijdt niet *f* 100. Is het daarenboven geen feit, dat ettelijke

---

(1) De volgelingen van GIERKE hebben dan ook niet geaarzeld, althans ettelijken hunner, om bij een rechtspersoon, speciaal een corporatie, de mogelijkheid van het bestaan van schuld aan te nemen. Zulk een lichaam heeft toch, zoo is het betoog, evenzeer een wil als een mensch, al is het ook een collectieve wil. Mr. J. A. VAN HAMEL betoogde in het aangehaald artikel in het Tijdschrift voor Strafrecht, dat de tegenwoordige staat der collectieve psychologie nog niet zoover gevorderd zou zijn om eene met een gemeenschapspsyche rekenend gemeenschapsstrafrecht te wettigen.

Bestaat echter wel zulk een gemeenschapspsyche en heeft men hier niet te doen met een groot woord? Wanneer 100 menschen hetzelfde willen, heeft men daarom nog niet te doen met één wil, maar met 100 willen, al zijn deze identiek. Dat in zulk een geval de wil van den enkelen mensch zeer sterk kan worden beinfluenceerd door die van hem, die zich als leider opwerpt, is waar, maar dat die wil zoude ophouden te bestaan is geheel iets anders. Als honderd zangers zingen, kan wel de toehoorder den indruk krijgen alsof er slechts één stem is, in waarheid zijn er honderd.

Duitsche geleerden, al weigeren zij beslist de strafbaarheid van rechtspersonen voor misdrijven aan te nemen, waar het simpele overtredingen geldt, gevallen van „polizeiliches Ungehorsam", hun oppositie laten varen? (1)

Dit feit valt niet te loochenen, maar het is mijns inziens een gevolg van de omstandigheid, dat men voor dergelijke onbeteekenende delicten de leer van het „materieele feit" meent te mogen huldigen, waarbij inderdaad het schuldelement is uitgeschakeld.

Men moet echter mijns inziens die uitschakeling niet toelaten en dit vooral nu niet, nu na jaren strijd eindelijk de leer van het materieele feit in beginsel door den Hoogen Raad is verworpen (2).

De zaak moge uit den aard der zaak, waar de bedreigde straf van slechts geringe beteekenis is, van minder praktisch belang zijn, wanneer men aanneemt, dat „wissen, überlegen, fühlen, „wünschen, sehnen, träumen, hassen, glauben ein eigenster Besitz „des Individuums" is, dan trekke men de conclusie uit deze zienswijze niet minder, waar het overtredingen betreft, dan bij misdrijven. Onrecht blijft onrecht en hij voor wien een strafrecht, dat de schuld als grondslag verwerpt slechts onrecht is, kan geen concessie doen, al schijnt de zaak ook van nog zoo geringe practische beteekenis. Principiis obsta.

Wanneer men staat voor de keuze tusschen eene regeling zooals die tot dusverre hier te lande buiten het fiscale recht steeds werd gehuldigd en het novum dat is binnengesmokkeld, dan kan de keus mijns inziens niet moeilijk zijn.

Men keere terug tot wat de Minister BERTLING voorstelde en snijde een uitwas weg, die te kwader ure in onze wetgeving is toegelaten.

SEGERS.

---

(1) JELLINEK, System der öffentl. Rechte blz. 258.

(2) H. R. arrest van 14 Februari 1916. Bij het afdrukken nog niet in W. opgenomen.

Dr. A. C. M. Beukers. *Het beroepsgeheim van den geneesheer.* (Academisch proefschrift, 155 blz.)

Niet een droog, academisch onderwerp, waarvan hoogstens met de traditioneele „belangstelling" wordt „kennisgenomen", maar een van leven en warmte, een hetwelk met overtuiging kan worden behandeld en hetwelk, ons midden in de volle maatschappij plaatsende, quaesties ter oplossing geeft van groot belang en teêren aard.

Een onderwerp van leven en warmte! Men behoeft slechts hier en daar een greep te doen, hier en daar een bladzijde op te slaan van het proefschrift waarop arts Beukers den 22 Februari 1915 aan de Amsterdamsche Universiteit in de geneeskunde promoveerde, om zich ervan te doordringen, dat het vraagstuk van het medisch beroepsgeheim ten allen tijde emotioneel heeft gewerkt. Neem al terstond het oordeel, geveld over ons medisch eedsformulier (tweede hoofdstuk, De eed): volgens den een, van nul of geen waarde; volgens den ander, gevende geen enkel houvast; volgens een derden commentator een doolhof, een raadsel, voor jurist en medicus beiden; terwijl het culminatiepunt bereikt wordt in de critiek van Siegenbeek van Heukelom, die onzen eed noemt *niet* „de traditioneele voortzetting van den Hippocratischen eed" maar „een ondergeschoven, onecht kind, verborgen in enkele afgedragen lompen van den eerwaardigen oude" en Frankrijk prijst, dat „reeds in 1804 bij de invoering van den Code Pénal den afgeleefden, onnut geworden grijsaard van dubieuse familie ten grave bracht" (proef-

schrift, blz. 19). En wanneer wij het geschrift verder doorbladeren en komen tot de kernvragen van het onderwerp, dan lezen wij nu eens — bij het netelige punt van de geheimhouding tegenover de *levensverzekeringsmaatschappijen* —, hoe het in 1904 naar aanleiding van het bekende adres van de maatschappijen over het opgeven van de doodsoorzaak ingediende wetsontwerp tot wijziging van de geneeskundige wet een „storm van verontwaardiging" deed opgaan (blz. 78), dan weêr bij de minder gecompliceerde maar niet minder netelige quaestie van de geheimhouding tegenover *politie en justitie* de stelling, dat tegenover de politie het medisch geheim moet worden bewaard „al kwam de procureur-generaal van het gerechtshof als fungeerend directeur van politie in eigen persoon om inlichtingen!" (blz. 85), ja zelfs het krasse verwijt aan de justitie, dat ook deze nu en dan op het beroepsgeheim van den geneesheer een aanslag pleegt, daarbij gebruik makende „van diens onkunde met de wetten en de ontvankelijkheid van zijn gemoed in een voor hem zoo vreemde omgeving als de rechtzaal" (blz. 127). Trilt in deze woorden ook niet iets als verontwaardiging?

En dan, wij doelden daarop reeds, gaat 't bij het beroepsgeheim van den geneesheer om een beginsel, waard om met kracht en overtuiging te worden verdedigd. *Dit* staat voor onzen schrijver vast, dat het „beroepsgeheim" — uitdrukking, welke voor velen een struikelblok was en zelfs, zooals het inleidend eerste hoofdstuk ons leert, heeft geleid tot de uitspraak, dat 't „logischer Nonsens" is deze twee woorden tot één te smelten (blz. 9) — opgevat moet worden als de plicht, in verband met het beroep, om iets verborgen te houden, een plicht, opgelegd door het beroep en steunende op het wederzijds geschonken vertrouwen (blz. 11). Telkens wijst hij op het geheel zelfstandig karakter van het medisch geheim, wraakt hij

de vaak verkondigde opvatting, dat alleen door den *eed* de plicht tot geheimhouding wordt geschapen, beschouwt hij dus dien eed, die zijne historische beteekenis als corporatieeed thans verloren heeft, slechts als iets bijkomstigs. En waar hij aan den eed, mits natuurlijk goed geformuleerd, zekere waarde niet ontzeggen wil, in het bijzonder voor hen, „die den eed zien als sanctie op hun beroep en wien de eed in moeilijkheden een prikkel kan worden hun plichten juist en getrouw na te komen", daar eischt hij toch voor het medisch geheim eene plaats op, die daaraan suo jure toekomt. Het was ook deze opvatting, welke in de Tweede Kamer weêrklank vond, toen in de vergadering van 17 October 1900 de heer TYDEMAN, bij de beraadslaging over art. 65 der Ongevallenwet, betoogde, dat lang vóórdat onze wet den medischen eed vaststelde, het ambtsgeheim bestond zoowel in ons positief als in het ethisch recht, en zijn amendement om bij het in het artikel geregeld onderzoek uitdrukkelijk het verschooningsrecht van den medicus te erkennen, met eene flinke meerderheid zag aangenomen (Handelingen Tweede Kamer 1900—1901, blz. 157 vlg.).

Dit medisch geheim, hetwelk schrijver zou willen omschrijven (in het derde hoofdstuk: de grenzen van het beroepsgeheim) als den plicht van den dokter om van wat hij in zijn beroep ervaart geheim te houden alles, wat hij redelijkerwijs veronderstellen kan dat de patient als geheim wil opgevat zien (blz. 37), stelt en houdt hij hoog. Het stipt bewaren van het beroepsgeheim drukt hij den geneesheer als diens zwaren plicht op het hart, hem herinnerende aan het Horatiaansche „Et semel emissum volat irrevocabile verbum", door schrijver tot motto van zijn geschrift gekozen, tevens daarvan het slot vormende. Deze gedachte loopt als de gulden draad door zijn geestesproduct. Wanneer hij b.v. op blz. 90 de op-

vatting bestrijdt, dat de arts, assistent in een ziekenhuis, als orgaan van de politie zou moeten worden beschouwd, dan signaleert hij deze opvatting als eene zeer verkeerde, en dan verdedigt hij met warmte het hem dierbaar beginsel tegenover „het verhaaltje", dat een gasthuisdokter werkzaam zou zijn in het belang van de justitie, en dan klinkt 't dreigend: Het eerste gasthuis, waar zulk een clausule in de instructie voor geneesheer wordt opgenomen, blijve zonder assistent!

En dan nog spraken wij van de quaesties van groot belang en teêren aard, welke de behandeling van het onderwerp ontmoet. Deze zijn gelegen op het terrein, waarop het ambtsgeheim andere machten, eveneens eerbiedwaardig, ontmoet en dus een conflict van belangen ontstaat. Het *minste* moeite geven de gevallen (vijfde hoofdstuk), waarin de wetgever heeft gesproken, waarin *deze* inbreuk op het medisch beroepsgeheim gemaakt heeft, gevallen welke alleen hier of daar aanleiding kunnen geven tot het verwijt, dat het geheim heeft moeten wijken voor een belang van niet zulk een groot algemeen nut dat de opoffering gerechtvaardigd was, maar aan den medicus als zoodanig geene bezwaren opleveren. Moeilijker is het terrein (zesde hoofdstuk), waarop de medicus den *rechter* ontmoet en de uitlegging van art. 66 Wetboek van Strafvordering doet rijzen de vraag, of het verschooningsrecht ook aan den geneesheer toekomt (zonderling genoeg werd die vraag nog ontkennend door een magistraat beantwoord!), en vooral de vraag naar den omvang van het verschooningsrecht, al hebben laatstelijk de arresten van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch en van den Hoogen Raad in de bekende zaak van den Eindhovenschen arts, waarbij de *ruime* opvatting van den omvang van het recht gehuldigd werd, aan de jurisprudentie eene meer bepaalde richting aangewezen. Maar bovenal lastig

zijn de gevallen, waarin het ambtsgeheim, buiten wet en rechter om, tegenover andere belangen komt te staan, door schrijver in het vierde hoofdstuk behandeld.

Het betreft hier de geheimhouding tegenover het publiek (huisgenooten, bruid of bruidegom, man of vrouw, enz.), ten aanzien waarvan een aantal casusposities worden gesteld, waaraan schrijver eene bevredigende oplossing tracht te geven. Natuurlijk zal men hier en daar met hem in gevoelen verschillen. Het geldt vragen van appreciatie, waarbij verschillende belangen tegen elkander worden gewogen en het subjectief element niet kan worden uitgesloten, zoodat ook zij, die aan het beroepsgeheim eene voorname plaats inruimen, ten aanzien van een concreet geval onderling tot afwijkende conclusies kunnen komen. Ik zou mij deze algemeene opmerking willen veroorloven, dat schrijver te veel waarde hecht aan het waarschuwend en overredend optreden van den geneesheer, aan diens zedelijk inwerken op den patient teneinde te verkrijgen, dat *zonder schending van het beroepsgeheim* een gevreesd noodlottig resultaat wordt afgewend, en schrijver dus den medicus, tegenover een eventueel verwijt om diens *stilzwijgen*, te spoedig verontschuldigt met de overweging, dat hij „het zijne" heeft gedaan. Daarnaast is nog plaats voor een tweede opmerking, omtrent een bijzonder punt n.l. de vraag, of de patient zijn dokter van het geheim kan ontslaan (blz. 91 vlg.); deze vraag zou ik meer „van ganscher harte" bevestigend willen beantwoorden dan schrijver, die op blz. 93 nog eenige restricties maakt, o. a. in verband met de overweging, dat de dokter gedwongen kan zijn er toch over te zwijgen om het algemeen vertrouwen in den dokter niet te schokken, en deze andere overweging, dat het geheim, zooals patient het zich voorstelt en zooals de dokter het weet, niet identiek is.

Zoo is bij het spreken over het *onderwerp* van het proefschrift reeds een en ander uit den *inhoud* daarvan naar voren gekomen. Wat de *bewerking* aangaat, deze kan om hare grondigheid en volledigheid als verdienstelijk worden gequalificeerd; met name komt den medischen schrijver de lof toe, dat hij zich voldoende vertrouwd heeft weten te maken met het vrij omvangrijk juridisch materiaal, hetwelk hij had te verwerken. Ten aanzien van den *vorm* van het geschrift mag de opmerking worden gemaakt, dat eene minder vèr gedreven nauwkeurigheid in het aan elkander schakelen van citaten de aantrekkelijkheid en leesbaarheid van het geheel zou hebben verhoogd.

Dr. Beukers heeft het beroepsgeheim van den *militairen dokter* buiten behandeling gelaten. Wij vinden in zijn arbeid dus geene gegevens om ons een oordeel te vormen over de strafzaak tegen den officier van gezondheid, die door den zeekrijgsraad te Willemsoord onlangs wegens dienstweigering werd veroordeeld: het medisch geheim moest hier wijken voor den ambtenaarsplicht. Of dit inderdaad *moest* wagen wij niet te beslissen. Met spanning wordt door ons de uitspraak in hooger beroep in deze zaak afgewacht.

v. G.

Naschrift bij de correctie.

Met vreugde begroet ik de uitspraak van het Hoog Militair Gerechtshof, welke aan het medisch beroepsgeheim de zege heeft verschaft.

De horizontale grenzen van den grondeigendom. Proefschrift, *Groningen* 1913, door Mr. A. Fockema (138 blz.).

De eigenaar van een roerend goed behoeft zich over de grenzen van het object van zijn recht het hoofd niet te breken. Zijn eigendomsrecht rust op de zaak, gelijk die door de natuur of het menschelijk vernuft als op zichzelf staand voorwerp is geschapen. Doorgaans vormt zij toch een van hare omgeving, goed waarneembaar, afgescheiden geheel. In dit opzicht verschilt zij ten eenenmale van de onroerende goederen. Perceelen grond gaan, ook als een zichtbare grens getrokken is, onder de oppervlakte in elkander over. Met den ondergrond hangen zij bovendien onverbrekelijk samen en zij konden onmogelijk hunne bestemming vervullen, indien de beschikking over den grond niet tevens de bevoegdheid medebracht in de ruimte erboven te heerschen. Die eigenaardigheden verklaren den sinds eeuwen over de grenzen der grondstukken gevoerden strijd. In één opzicht zijn wij het echter eens geworden. De vlakken, loodrecht op de grenzen opgericht, bepalen in verticale richting den omvang van ons eigendom (1).

Maar vormt nu alles, wat door die verticale vlakken wordt omsloten, het voorwerp van ons recht?

Komt den eigenaar van den grond tot op onbepaalde hoogte en diepte de eigendom toe van de gansche ruimte, tusschen die vlakken begrepen? Er zijn tijden

(1) H. R. 22 December 1882, W. 4861.

geweest, dat de bevestigende beantwoording van deze vraag als vanzelf scheen te spreken. Het *cuius solum eius usque ad coelum* leek een onaantastbaar axioma (1). Langzamerhand kwam echter twijfel aan de juistheid van dit beginsel op. En naar de Schrijver overtuigend aantoont (blz. 95 vlg.), heeft onze wet met de starre voorstelling van den naar boven en beneden onbegrensden eigendom gebroken. Uitdrukkelijk verklaart zij dit in de eerste plaats ten aanzien van delfstoffen. De eigendom van den grond omvat niet den eigendom van de daarin verscholen mineralen. Die vormen, althans zeker voor zoover de in de artt. 2, 5, 42 vlg. Mijnwet 1810 genoemde stoffen betreft, het voorwerp van een eigen recht. Daarop komt den Staat een mijnrecht toe, dat hij bij wege van concessie aan particulieren kan afstaan, artt. 13 vlg. Mijnwet. In zoover is er geen ruimte voor onzekerheid. Intusschen behoeft men, ook al onthield de wet zich van eenige verdere ondubbelzinnige uitspraak, voor het overige evenmin te aarzelen. Grondstukken hebben namelijk in beginsel bepaalde horizontale grenzen. Zij zijn immers bestemd den eigenaar te dienen. Mits deze daarop slechts kan bouwen en planten, mits deze daarin slechts kan graven en werken, zoo hoog en zoo diep als de stand der techniek dit toelaat, verschaft de bodem hem dus alles wat hij in billijkheid daarvan verlangen kan. Daarom liggen de grenzen van den grond naar boven en naar beneden, waar de zône van nuttige exploitatie voor den redelijken mensch ophoudt. Reikten zij verder, aan het eigendomsrecht, dat in het belang der maatschappij erkend is, zou de eigenaar de bevoegdheid kunnen ontleenen, derden enkel voor zijn persoon-

(1) Vgl. over de misvatting omtrent de historische beteekenis van den regel «superficies solo cedit», NAP, R. M. **24**, blz. 69 vlg.

lijk genoegen te hinderen. Tot het drijven van dit vernederend spel wordt echter geen recht, ook niet het eigendomsrecht geschonken. Tegen den luchtvaarder, die over den akker zweeft, kan de eigenaar dus niet ageeren; noch kan hij — geheel afgezien van de hieromtrent bij de Telegraaf- en Telefoonwet van 1904, *Stbl.* no. 7, gestelde bepalingen — de maatschappij aanspreken, die boven zijn huis eenen telefoondraad spant (1). Eerst als de luchtvaarder b.v. door het uitwerpen van ballast schade toebrengt, kan de grondeigenaar hem in rechte betrekken; eerst als de maatschappij weigert, op vordering van den huiseigenaar, die op zijn gebouw een nieuwe verdieping gaat zetten, den draad hooger aan te brengen, kan deze wegneming en schadevergoeding vragen. De horizontale grenzen van den grond vallen dus samen met den top en met den bodem van de zône van zijn nuttig gebruik. Dat volgt uit het groote beginsel, hier en daar in onze wet erkend, dat rechten eindigen, waar hun misbruik begint. Vgl. b.v. artt. 677, 699, 715, 1302, lid 4, 1374 lid 3, 1687 en 1854.

Dat alles motiveert de Schrijver (blz. 95 vlg., 102 vlg.) op zeer gelukkige wijze. Evenwel in hoe modernen geest hij ook den omvang van het grondeigendom bepaalt, geheel heeft hij zich toch niet van de oude beschouwingswijze kunnen losmaken. Slechts daarom komt hij (blz. 135) ertoe de regeling van de verhoudingen van naburen onbevredigend te achten. Aan den eenen kant ducht hij onevenredige schade voor den eigenaar, die met zijne constructies niet angstvallig binnen de verticale grenzen van zijnen grond blijft. Scheef gezakte of scheef gebouwde muren zouden b.v. altijd op de eerste aanmaning moeten

(1) Vgl. Hof Amsterdam 18 October 1901, W. 7682, vernietigd H. R. 24 December 1902, W. 7849.

worden afgebroken; eenige centimeters over de grens gezette gebouwen zouden terstond moeten worden neergehaald. En aan den anderen kant zou een eigenaar, binnen de veilige bescherming van zijne verticale grenzen den buurman allerlei overlast kunnen aandoen. Dat bewijst immers het Leeuwarder arrest van 7 Januari 1891, W. 6038. Of de eigenaar, wien een schutting het licht benam, al pleitte, dat de buurman het gevaarte enkel had opgericht om hem te hinderen, hij zou ongetroost zijn heengezonden, indien hij niet op een servituut om licht te ontvangen een beroep had kunnen doen (1).

Indien men dit alles voor onbetwistbare waarheid had te houden, zag het er voor den eigenaar slecht uit. De oude wijken in onze steden bleven dan alleen overeind staan, omdat niemand zijnen nabuur, tot diens verdriet, met eene vordering tot afbraak van zijn overhangend huis zou willen bespringen. En onder de dekking van het eigendomsrecht gepleegde plagerijen zouden alleen daarom niet iedereen het leven vergallen, omdat buren steeds in de beste verstandhouding leven. Die voorstelling maakt van de buren veel goedmoediger menschen dan zij in werkelijkheid zijn. Enkel omdat het eigendomsrecht, gelijk alle recht, in redelijkheid moet worden uitgeoefend, behoeft de ééne eigenaar van den ander geen schreeuwende onbillijkheden te duchten. Met een schadevergoeding zal dus de eigenaar, die even over de grens bouwde, zijn misstap kunnen goedmaken, als de afbraak

(1) De Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad kon in het arrest niet lezen, dat het Hof het bestaan van zulk een servituut aannam. Daarom concludeerde hij tot vernietiging van de uitspraak, die tot wegruiming veroordeelde.

De H. R. (15 Mei 1891, W. 6041) weigerde de cassatie echter, omdat, volgens hem, het Hof de veroordeeling tot wegruiming op het bestaan van een servituut om licht te ontvangen gegrond had.

van zijn huis, vergeleken met het onrecht den buurman aangedaan, voor hem een onevenredig groot nadeel zou beteekenen (1).

En als een muur scheef opgetrokken of met de jaren uit het lood is gezakt, zal de eigenaar vaak niets te betalen, laat staan af te breken hebben, omdat zijn buurman niet de minste schade lijdt (2). Mettertijd wordt de overhangende muur misschien vernieuwd. Dan zal hij loodrecht moeten worden opgemetseld, ook al had hij langer dan 20 of 30 jaar op de meest bedenkelijke wijs tegen de eischen van rechtstandigheid gezondigd (3). Tegenover een nabuur, die het recht mist afbraak te vorderen, kan de eigenaar van den scheeven muur toch bezwaarlijk verjaring inroepen (4). Die veronderstelt een bezit, dat betwist kan worden. Hier gaat het eenvoudig om een gebruik van ruimte, dat de geburen als redelijke menschen hebben te dulden.

Staat dus de schuldige eigenaar om de miskenning van buurmans verticale grenzen niet aan onredelijke vorderingen bloot, aan den anderen kant behoeft niemand ook den overlast te dragen, dien een eigenaar, enkel om het genoegen van te kunnen hinderen, zijnen naburen

---

(1) Vgl. hiermede Amsterdam 11 Januari 1915, W. 9848 (enkel aanspraak op vergoeding toegekend).

(2) Aldus Hof Amsterdam 10 April 1896, W. 6821 (de vordering tot afbraak van een scheeven gemeenen muur gaat alleen op, als er gevaar dreigt), waarmee te vergelijken Hof Amsterdam 27 November 1911, W. 9388; Hof Den Haag 10 November 1913, Weekbl. Pr., N. en R. no. 2296 en (ten deele afwijkend) Amsterdam 24 Mei 1909, W. 9008.

Anders o. a. Amsterdam 9 Augustus 1880, W. 4620; Groningen 6 November 1882, W. 5439.

(3) Vgl. Hof Den Haag 28 Januari 1907, P. v. J. 1907, 670.

(4) Vgl. hiermede Hof Den Haag 7 Februari 1913, Wkbl. Pr., N. en R., no. 2254, bev. Hof Den Haag 10 November 1913, t. z. pl., no. 2296.

onder de bescherming van zijn eigendomsrecht zou willen aandoen. Dat zag de Procureur-Generaal verkeerd in, toen hij in de Leeuwarder zaak voorstelde de schutting te laten staan, die de gedaagde — volgens hem niet in strijd met eenig servituut — enkel had opgericht om het licht van den eischer te onderscheppen. Tegen een vordering, op staking van een plagerij gericht, kan het verweer toch niet baten, dat de gewraakte handeling binnen de bevoegdheden van den eigenaar valt. Het eigendomsrecht wordt door de wet niet gegeven om misbruikt te worden. Alleen die handelingen liggen dus binnen de competentie van den eigenaar, die tot redelijk gebruik van den grond zijn bestemd (1).

Tot een stuk grond behoort alles wat door de loodrechte vlakken, op de grenslijnen opgericht, wordt omsloten (2) met dien verstande, dat de beschikkingsbevoegdheid van den eigenaar naar boven en naar beneden niet verder reikt dan de behoorlijke exploitatie van den grond vordert. Ziedaar den omtrek van het onroerende eigendomsobject bepaald. Of men nu het recht op de luchtkolom, binnen die grenzen besloten, eigendom noemt of niet, doet — de schrijver denkt daarover anders (blz. 102) — tot de waarde van die grensbepaling niet af (3). In elk geval komt het recht op de luchtkolom uitsluitend den eigenaar toe. Daarentegen zou men de beteekenis van die grensbepaling volkomen miskennen,

(1) Vgl. in Zeitschr. f. franz. Civilr., **21**, 676, een uitspraak van het Hof te Palermo, 24 Januari 1890 (wegruiming van een muur bevolen door den eigenaar op eigen grond enkel geplaatst om den buurman te hinderen).

(2) Vgl. H. R. 22 December 1882, W. 4861.

(3) Vgl. H. R. 24 December 1902, W. 7849 (wegruiming van over het erf van eischer gespannen telefoondraad bevolen op grond van zijn eigendoms[?]recht).

indien men meende, dat zij onvoorwaardelijk gold. In de grenzen, gelijk zij hierboven omschreven werden, mag men namelijk niet meer dan de normale grenzen van de onroerende goederen zien.

Het valt niet zwaar die stelling te staven. De grond ontleent zijne waarde vooral aan hetgeen hij draagt of in zich sluit. Dat alles vormt met den bodem een geheel. Nu blijven de constructies en beplantingen, op of in den grond gesteld, lang niet altijd binnen de verticale vlakken, op de grenslijn opgericht. Waar zullen dan de grenzen van het onroerend goed liggen? Zullen zij, ondanks de afwijkingen, die het met den bodem verbonden werk vertoont, de loodrechte vlakken volgen? Of zullen zij samenvallen met de omtrekken van de met den grond verbonden constructies? De wet (artt. 626 en 655 vlg.) laat ons niet in het onzekere. Hetgeen aan den bodem vast verbonden is, geldt met den bodem als één geheel. Indien de op of in een perceel gestelde werken het verticale grensvlak snijden, bepaalt dus de omtrek van die werken, in zoover zij van de normale grenzen afwijken, den omvang van het eigendom (1). De kelder onder buurmans huis behoort daarom bij het perceel, waarmede hij in verbinding staat; de zolderverdieping, in buurmans huis inspringend, behoort bij de woning, waarmede zij gemeenschap heeft. Tot die oplossing dwingt de regel, dat het geheel de deelen in zich opneemt. Tegenover het beginsel der natrekking wijkt de normale grensbepaling terug (2).

(1) Vgl. H. R. 25 Maart 1892 en 27 Maart 1914, W. 6166 en 9682 (de luchtkolom boven het over buurmans grond uitstekend werk behoort aan den buurman).

(2) Vgl. H. R. 22 December 1882, W. 4861 (eigendom van uitspringende fundamenten); 4 December 1903, 10 Juni 1910, 22 December 1911, 30 October 1914 en 13 April 1915, W. 8004, 9042, 9290, 9721 en 9857 (eigenaar van grond is eigenaar van het daarop gebouwde en van ter afgraving verkochte aarde).

Tot die slotsom komt ook de schrijver. In een voortreffelijk betoog (blz. 79 vlg.) heeft hij haar verdedigd. Terecht trekt hij bovendien voor het algemeen gezag van den natrekkingsregel partij. Tegenover hen, die in bepaalde gevallen, op grond van speciale wetsbepalingen, aan den eigenaar van den grond den eigendom van de accessies ontzeggen, maakt hij onvervaard front. Dat de eigenaar van den grond tevens eigenaar is van den opstal, die zich op het in erfpacht of opstal uitgegeven goed bevindt (artt. 761 vlg., 772 vlg.); dat hij eigenaar is van de verbouwingen in het gehuurde perceel door den huurder aangebracht (art. 1603); dat hij eigenaar is van de vruchten, door den pachter geteeld (art. 1186); dat hij in het algemeen eigenaar is van alle bijzaken, met den grond verbonden, onverschillig aan wien ze vóór de vereeniging toebehoorden, zal men, na de lezing van schrijvers wel gedocumenteerd betoog, moeilijk kunnen ontkennen (1). Ik voor mij zou zelfs nog een schrede verder willen gaan. Niet alleen doorbreekt het accessiebeginsel de normale grensbepaling van den grondeigendom steeds en overal, het doorbreekt, naar het wil voorkomen,

---

(1) Vgl. H. R. 22 April 1901, W. 7600 (erfpachter is niet eigenaar van opstal). Daarentegen H. R. 4 December 1903, W. 8004 (opstaller is eigenaar van opstal) en 1 Februari 1902, W. 7559 (huurder is eigenaar der vruchten). Terecht merkt de Schrijver op (blz. 84), dat de huurder slechts een toeëigeningsrecht heeft. Met dit toeëigeningsrecht wordt niet voldoende rekening gehouden door Bordewijk, R. M., **34**, blz. 517, die daarom de vruchten van den grond in het faillissement van den eigenaar laat vallen.

De bepalingen der artt. 685 vlg. beschouwen eenvoudig het door den eenen medeëigenaar opgetrokken deel van den gemeenen muur als eene accessie van diens helft. Vgl. hierover den Schrijver blz. 83.

Over den eigendom van servituutswerken (art. 735) vgl. in Schrijvers zin (blz. 128) Moens, R. M., **7**, blz. 171. *Anders* Eyssell, *Themis*, 1887, blz. 235.

die grensbepaling zelfs ondanks het beding van het tegendeel. Nergens — dat zeg ik den schrijver (blz. 120) gaarne na — heeft onze wet den regel der natrekking uitdrukkelijk voor dwingend verklaard. Maar daarom lijdt hij nog geen afwijking krachtens overeenkomst (1). Wat doet hij toch anders dan de elementaire waarheid verkondigen, dat de eigendom van een zaak noodwendig den eigendom van al hare deelen in zich sluit. Het valt niemand in, voor zoover roerend goed betreft, dat axioma te betwisten. Dan zal het toch ook wel voor onroerend goed moeten gelden, tenzij men wilde volhouden, dat op een onafgescheiden deel van een zaak een zelfstandig eigendomsrecht rusten kon (2).

Dat lijkt een strenge leer. De wet heeft haar echter, zoover het goedschiks ging, trachten te verzachten. Voor de meest voorkomende accessiegevallen heeft zij namelijk, echter zonder het natrekkingsprincipe te verloochenen, een regeling gegeven, die het zijn scherpste kanten deed verliezen. Indien de vereeniging van grond en bijzaak is tot stand gebracht door iemand, die krachtens persoonlijk of zakelijk recht het gebruik van een goed heeft, staat het dien gebruiker vrij, vóór hij het goed verlaat, de door hem met den grond verbonden bijzaken af te

---

(1) Aldus voor onroerend goed H. R. 4 December 1903, 22 December 1911 en 13 April 1915, W. 8004, 9290 en 9857 (afwijking bij overeenkomst, dat de eigenaar van den grond niet eigenaar zal zijn van het daarmee verbondene, uitgesloten).

Anders H. R. 16 Mei 1884, W. 5035, waarmede te vergelijken H. R. 7 Februari 1860 en 13 Februari 1891, W. 2143 en 5993. Het arrest van 1884 is bestreden door LAND, *Themis* 1885, blz. 20 vlg.

(2) De literatuur is verdeeld. Zie van de nieuweren o.a. LAND, *Themis* 1885, blz. 20; BESIER, R. M., **11**, blz. 445; BORDEWIJK, R. M., **34**, blz. 517 vóór, en SCHOLTEN, Wkbl. Pr., N. en R. no. 2244 tegen de dwingende kracht.

Vgl. ook GOUDEKET, Wkbl. Pr., N. en R., no. 2222.

scheiden of — indien hij dit niet verkiest — (behoudens uitzonderingen, art. 1603) eene meer of minder ruim berekende schadevergoeding van den eigenaar te vorderen (artt. 658 vlg., 762, 773). Hier verwerft de eigenaar van den grond de door den gebruiker daarmee vereenigde bijzaken dus niet gratis (1). Maar ook als de zooeven vermelde bepalingen, ten behoeve van huurders en zakelijke gerechtigden geschreven, geene toepassing kunnen vinden, staat de eigenaar van de bijzaak nog niet geheel rechteloos. Afgezien van de vordering tot schadeloosstelling tegen hem, die de vereeniging met den grond tot stand bracht, zal de eigenaar van de bijzaak toch altijd aan den eigenaar van het perceel eene vergoeding wegens verrijking zonder oorzaak kunnen vragen. In die richting wijzen althans de artt. 657, 661, 663. Slechts daar zal dit vorderingsrecht ontbreken, waar, gelijk in art. 654, de wet het om bijzondere redenen uitsluit. Veel meer dan eene aanspraak wegens verrijking zonder oorzaak kon de wet hier trouwens niet toekennen, als zij ten minste niet den vanzelf sprekenden regel had willen prijsgeven, dat op één zaak slechts één eigendomsrecht rusten kan. Een afscheidingsrecht, gelijk dat aan houders wordt verleend, kan men toch bezwaarlijk schenken aan personen, die het onroerend goed niet in hunne macht hebben.

De schrijver ontzegt aan de belanghebbenden de bevoegdheid onroerende goederen horizontaal te splitsen. Met die opvatting kan ik mij moeilijk vereenigen. Vooreerst lijkt mij zijne motiveering niet steekhoudend. Die doet hij in hoofdzaak op oeconomische gronden rusten. Feitelijke

(1) De artt. 658 vlg. behooren eigenlijk bij de artt. 630 vlg. te te staan. Zij regelen niets anders dan een onderdeel der revindicatie.

toestanden, die op „Geschosseigentum" wijzen, komen hier te lande niet of nauwelijks voor. Abnormale verschijnselen behoeft het recht niet te erkennen. Op die argumenten bouwt hij (blz. 123 vlg.) zijne stelling. Schragen kunnen zij haar echter niet. Indien zij opgingen, zou het van het rechterlijk oordeel omtrent het al of niet ongewone karakter eener handeling afhangen, of en in hoever zij rechtsgevolg teweegbracht. Dat gaat te ver. Toegepast op het verbintenissenrecht, zou eene dergelijke leer de zekerheid van de crediteursrechten schokken. Maar ook voor het zakenrecht past zij niet, omdat niet de abnormaliteit, maar de geoorloofdheid der handelingen de grens vormt, welke de partijen niet mogen overschrijden, art. 14 A. B. en art. 1356, no. 4 B. W.

Bovendien, tot op zekere hoogte zouden de belanghebbenden — de schrijver geeft dit ook zelf toe (blz. 111 vlg.) — toch in elk geval de horizontale splitsing van een gegeven eigendom kunnen bewerken. Als twee naburen met elkander afspreken den voor den een bestaanden toegang tot een kelder of een zolder dicht te metselen en een nieuwe verbinding met het huis van den ander te maken, zal, tengevolge van de vereeniging met een nieuwe hoofdzaak, de zolder of de kelder van eigenaar verwisselen (1). Ik wijs op deze gevallen om den waren aard van het punt in geschil des te beter te doen uitkomen. Dat betreft namelijk de mogelijkheid om door overeenkomst en opvolgende levering (of door verjaring) den eigendom van een horizontale laag van een onroerend goed te verwerven (2).

(1) Vlg. in dien zin over met toestemming van den buurman gelegde uitspringende fundamenten H. R. 22 December 1882, W. 4861.

(2) Vgl. H. R. 13 Februari 1891 en 11 April 1913, W. 5993 en 9499 (verwerving van uitspringenden kelder enz. door verjaring). Zie ook H. R. 5 Maart 1909, W. 8827 (een particulier kan eigenaar zijn van den ondergrond der in art. 579 bedoelde vestingwerken).

Daarvan wil de schrijver niet weten. Evenwel, zou men zoo zeggen, belet niets die mogelijkheid aan te nemen. De eigenaar van een zaak is eigenaar van al hare bestanddeelen; hij behoeft dus slechts een deel van het geheel af te scheiden en hij is in staat dit deel te leveren. Waarom zou hij dus niet een behoorlijk omschreven laag van zijn onroerend goed kunnen overdragen? (1)

De oorzaak van den twijfel, dien deze vraag doet rijzen, schuilt in een stoffelijke eigenaardigheid der onroerende goederen. Zij zijn niet, als roerende, splitsbaar in losse deelen. Alle grond, de opstal inbegrepen, hangt onverbrekelijk met zijn onroerende omgeving samen. Het verkeer wist echter raad op de bezwaren, die de feitelijke onsplitsbaarheid van onroerend goed met zich brengt. Het neemt met eene ideëele verdeeling genoegen. Voor zoover verticale splitsing van grondstukken aangaat, heeft deze operatie zoo vaak plaats, dat zij opgehouden heeft ons door haar bijzonder karakter te treffen. Dag aan dag worden perceelen in verticale richting ideëel verdeeld. Mits de eigenaar slechts de punten aangeeft, waaruit de scheidingslijn kan worden getrokken, mag hij naar hartelust stukken van zijnen grond verkoopen en leveren. De denkbeeldige lijn, tot welke het bezit van een buurman gaat, geldt in het verkeer met het oog op de verjaring ook als voldoende afscheiding. Na 20 of 30 jaar zal de eigendom van den buurman, die de oorspronkelijke grens overschreed, zich tot de nieuwe grenslijn uitstrekken. Daaraan twijfelt niemand. In plaats van met feitelijke afscheiding neemt de wet dus voor onroerend goed met ideëele splitsing genoegen. Maar als dit geldt voor verticale verdeelingen, zal het ook wel voor horizontale moeten opgaan. De wet zwijgt en nu zij de eene ideëele splitsing

(1) Vgl. de uitdrukkelijke bepaling omtrent den eigendom van kerktorens in art. 6, lid 6, Add. Art. der Staatsregeling van 1798.

toelaat, kan zij toch moeilijk geacht worden de andere te verbieden. In beginsel zal daarom een behoorlijk aangeduide horizontale laag van een onroerend goed zeer wel, als zelfstandig geheel, op een ander kunnen overgaan. Voordat de verwisseling van eigenaar plaats grijpt, zal echter steeds ééne voorwaarde vervuld dienen te zijn: de punten, waaruit de scheidingsvlakken kunnen worden getrokken, moeten vooraf bepaald worden. Zoolang dit niet is geschied, kan levering noch verjaring plaats vinden.

Dat de eigenaar, die zijn villa zonder den ondergrond verkoopt, abnormaal en onoeconomisch handelt, lijdt geen twijfel. Maar zoomin als het den gelukkigen bezitter van een zwaren diamant verboden is den kostbaren steen te kloven om hem in minderwaardige fragmenten te kunnen leveren, zoomin is het den eigenaar van onroerend goed ontzegd, van den ondergrond zijn huis of van zijn huis eene verdieping te scheiden en die ideëel gesplitste deelen afzonderlijk over te dragen. Ééne beperking dient men intusschen te stellen. Zij betreft trouwens zoowel de verticale als de horizontale splitsing van onroerende bezittingen. Vatbaar voor eigendom zijn alleen zaken. Zoodra een ideëel afgescheiden deel in het verkeer niet als een zelfstandige zaak geldt, zal levering daarvan dus geen eigendom doen overgaan. Men kan toch niet beschikken over den eigendom van iets, dat op zich zelf niet voorwerp van eigendom wezen kan. Dus zal de eigenaar, die dwars door zijn weiland eene enkele millimeters breede strook afbakent, het aldus verticaal afgescheiden stuk, al zijn de grenzen wiskundig zuiver vastgelegd, niet kunnen leveren om de eenvoudige reden, dat normale menschen bezwaar zouden maken aan een dergelijke streep het karakter van een zaak toe te kennen. Op precies denzelfden grond zal de luchtlaag, die een

eigenaar ideël afscheidt, al is haar inhoud tot op millimeters bepaald, niet op een kooper kunnen overgaan. Het verkeer schijnt ten minste niet geneigd in dergelijke lagen een zaak te zien. En vermoedelijk wil de practijk op stam staand hout of vruchten te velde evenmin voor een zelfstandige eenheid laten gelden. Zoodra het leven eene ideëel bepaalde horizontale laag als een van den grond gescheiden voorwerp verkiest aan te merken, staat aan de afzonderlijke levering daarvan echter niets in den weg.

Er rest nog de weerlegging van één tegenwerping. Hierboven werd vooropgesteld, dat de wet ideëele horizontale splitsing van onroerend goed niet uitsluit.

Misschien meent iemand in de artt. 626 en 655 B. W. het tegendeel te lezen. Met die voorschriften zij men echter voorzichtig. Wat doen zij toch? Niets anders dan den eigenaar van het geheel tot eigenaar van alle deelen verklaren. Al wat met een voorwerp vereenigd wordt, gaat in de hoofdzaak op. Dit is het groote dwingende natrekkingsprincipe. Als de pachter of de bouwer met den eigenaar van den grond overeenkomen, dat de vruchten of de te bouwen huizen hun eigendom zullen wezen, werkt die afspraak dus niets uit (1). De natrekking

---

(1) Aldus H. R. 4 December 1903, 22 December 1911 en 13 April 1915, W. 8004, 9290 en 9857. De laatste uitspraak (terpaarde, ter afgraving verkocht, blijft eigendom van den grondeigenaar) is niet in strijd met 's Hoogen Raads constante jurisprudentie, dat verkoop van veen, bosch, vruchten ter afgraving, kapping, enz. roerend goed betreft. Als onderwerp van dergelijken verkoop gelden namelijk eenvoudig de afgescheiden vruchten, boomen, enz. Vgl. H. R. 15 April 1864, 4 November 1870, 16 December 1887 en 15 Januari 1892, W. 2578, 5265, 5507, 6141.

Vierkant in strijd met de arresten van 1903, 1911 en 1915 is echter H. R. 16 Mei 1884, W. 5035, waarmede te vergelijken H. R. 7 Februari 1860 en 13 Februari 1891, W. 2153 en 5993.

heeft niettemin ten behoeve van den grondeigenaar plaats. Daarom is echter horizontale splitsing van onroerend goed en afzonderlijke vervreemding van de ideële gesplitste lagen nog niet uitgesloten. De mogelijkheid van haar zelfstandig bestaan en van hare zelfstandige juridische behandeling berust immers eenvoudig op de mogelijkheid door ideëele verdeeling zelfstandige onroerende goederen te scheppen en over die mogelijkheid laat het accessiebeginsel zich niet uit. Dit zegt alleen, dat een gegeven zaak al hare deelen omvat, en volstrekt niet tevens, dat zaken ondeelbaar, dat hare deelen onafscheidbaar zijn. Noch laat het zich over de wijze — stoffelijk of ideëel — van de afscheiding uit. Indien het natrekkingsprincipe verdeeling van zaken verhinderde, zou trouwens iedere splitsing van eigendom verboden zijn. Zeker kan slechts één eigendomsrecht op ééne zaak rusten. Een deel van den diamant kan niet aan een ander dan aan den eigenaar van den geheelen steen toekomen. Dat brengt het accessiebeginsel mede. Maar daarom belet het den eigenaar niet zijn kleinood te kloven en de stukken één voor één van de hand te doen. Zoodra een ideëele verdeeling een onroerend goed in verticale of horizontale lagen heeft gesplitst, zal de eigenaar deze derhalve eveneens afzonderlijk kunnen overdragen. Volgens de opvatting van het verkeer splitst de ideëele verdeeling het grondstuk immers in nieuwe zelfstandige stukken.

De schrijver wil van horizontale splitsing van onroerend goed niet weten; hij acht ze verboden. Al denk ik daarover anders, dit verschil sluit niet uit, dat ik menige oplossing, die hij voorstaat, zij het op afwijkende gronden, gaarne onderschrijf. Als de eigenaar van een onroerend goed met een vriend afspreekt, dat het door dezen op zijn grond te bouwen huis diens eigendom zal zijn, zal

het huis niettemin den eigenaar en niet den vriend toebehooren. Waarom? Niet omdat de wet horizontale splitsing van onroerende goederen uit den booze verklaart, want dat zegt zij nergens. Noch omdat het accessiebeginsel van openbare orde is, want de natrekkingsregel laat volle vrijheid de enkele zaak in een aantal nieuwe zaken op te lossen. Waarom dan wel? Omdat de eigendom van een huis, als zelfstandig van den grond afgescheiden onroerend goed, overeenkomstig art. 671 B. W. toch niet anders dan door *overschrijving van de acte* in de openbare registers kan worden overgedragen (1). Ditzelfde voorschrift bepaalt ook het rechtsgevolg van de overeenkomst, waarbij de eigenaar den kooper vergunt vóór de levering van het bouwterrein reeds met den geprojecteerden bouw aan te vangen. Als de overdracht van den grond op den bepaalden dag plaats grijpt, zal zij ook de inmiddels verrezen huizen omvatten. Het accessiebeginsel kan niet worden terzijdegesteld. De grondeigenaar wordt dus eigenaar van den opstal. Zeker kan deze afzonderlijk worden geleverd. Maar zelfs al zou men willen aannemen dat de ruimte, die de te bouwen huizen zullen innemen, vóór den bouw reeds kan worden afgescheiden, in geen geval is òf die ruimte òf de opstal vóór de overdracht van den grond op den kooper-bouwer overgegaan. Noch die ruimte, noch die huizen zijn immers in de openbare registers ingeschreven. Tot aan de levering van den grond heeft de verkooper dus zijn terrein, met alles wat daarop gebouwd was, in eigendom behouden (2).

---

(1) Vgl. H. R. 4 December 1903 en 22 December 1911, W. 8004 en 9290.

(2) *Anders* H R. 16 Mei 1884, W. 5035, waarmede te vergelijken H. R. 7 Februari 1860 en 13 Februari 1891, W. 2143 en 5993.

Onroerende goederen kunnen, zoowel verticaal als horizontaal, ideëel gekloofd worden. Op die overweging stuit, voor zoover het tegenwoordige positieve recht betreft, de wel beraamde aanval, dien de schrijver tegen den „Geschosseigentum" ondernam. Zijn argumenten reiken echter verder dan het heden. De legislatief-politieke overwegingen, die hij te berde bracht, zullen den wetgever, als mettertijd de herziening van het zakenrecht aan de orde komt, daarom verplichten zich de vraag voor te leggen, of hij niet, op het voorbeeld van zijnen Duitschen (§ § 93 vlg., 1014 D. B. W.) en Zwitserschen collega (art. 675 Zw. B. W.), de horizontale splitsing van grondstukken verbieden of beperken moet.

Utrecht, Februari 1916. SUIJLING.

Vrije polis en afkoop naar de bestaande wetgevingen. Acad. proefschrift van J. G. A. KATTENBURCH.

Onder dezen titel wordt ons een proefschrift aangeboden, welks inhoud, naar het me wil voorkomen, niet geheel beantwoordt aan de door dien titel gewekte verwachtingen.

Het boekje opslaande zien we tegemoet eene zakelijke mededeeling van buitenlandsche wetgevingen op het aangegeven terrein, met eene liefst breede ontvouwing der daaraan ten grondslag liggende sociale en juridische motieven en wat ter verdediging en bestrijding derzelve van zaakkundige zijde is aangevoerd. Nu, dat vinden we ook wel, doch veelal beknopter dan de in het onderwerp belang stellende lezer zou wenschen en met recht wenschen. Immers: waarom is het dien lezer te doen? Niet eenvoudig om den buitenlandschen wetstekst met eene paraphrase daarbij, doch veeleer, om bekend te worden met de moeilijkheden, die op het behandelde gebied zich voordoen en om de gedachtengangen door bevoegde deskundigen ontwikkeld, in geheel objectieve daarstelling, zóó dat zelfstandige doordenking van het door den schrijver verzameld en gegroepeerd materiaal mogelijk is.

Eenigszins nu lijkt me de schrijver in dit opzicht te kort geschoten te zijn. Veel zou er b.v. nog kunnen gezegd worden over de op blz. 12/13 aangestipte vraag, of de pandhouder der polis behoort gewaarschuwd te worden ingeval van niet-betaling der premie en zoo ja, wanneer. De polis van levensverzekering is tegenwoordig in zeer belangrijke mate tot crediet middel geworden en de overwegingen, die hare functie als zoodanig betreffen, moeten zeker niet worden geacht van belang te zijn ontbloot. Wat hiervan gezegd wordt — of zulks de meening des schrijvers dan wel die der Zwitsersche deskundigen is blijkt niet duidelijk — lijkt weinig klemmend. Als rechtvaardiging der niet-mededeeling aan den pandhouder wordt aangevoerd, dat er immers geen rechtsband bestaat tusschen hem en den verzekeraar. Vrage, wat hindert den wetgever, dien rechtsband ex lege te scheppen, als daarvoor een sociaal belang aanwezig is. De paralel met den borg, die ook niet gewaarschuwd wordt, is niet gelukkig. Immers deze komt in directe rechtsbetrekking tot den crediteur en kan bedingen, gewaarschuwd te worden, zoo hij dat wil. Wijders is het belang der waarschuwing voor den borg meestal niet groot. Als hij betalen

moet, zal hij wel merken, wat er gaande is. Den pandhouder daarentegen kan, ongewaarschuwd, eene zekerheid, bestaande in eene vordering op een goeden debiteur, verloren gaan, die hij door eene kleine opoffering had kunnen behouden.

Eenige toelichting behoeft ook de op blz. 14 genoemde „vanzelfsprekendheid", dat bij conversie in eene vrije polis er wèl voortzetting van het oude contract is, als het verzekerd bedrag verminderd wordt en niet, als de betalingstermijn van het oorspronkelijk verzekerd bedrag later wordt gesteld. Waarom is de eene verandering juridisch verschillend van de andere?

Nog zij gewezen op eene zeer bondige uitlating onder aan blz. 36, waar even verteld wordt, dat afkoop, uit hoofde eener van de kapitaalverzekering afwijkende techniek, bij renteverzekeringen onmogelijk is. Men is geneigd te vragen, waarom, daar toch in theorie geen loopende verzekering denkbaar is, die niet eene statistisch en wiskundig berekenbare afkoopwaarde bezit. Het antwoord wordt niet gegeven.

Eenigszins had aan het uit deze over-kortheid geboren bezwaar kunnen worden tegemoet gekomen door nauwkeurige verwijzing onder aan de bladzijden naar de bronnen, waaruit meerdere details kunnen worden geput. Doch ook deze ontbreekt meestal. De zeer algemeene literatuuropgave aan het einde van het boekje kan natuurlijk dit bezwaar niet goed maken.

Een breed overzicht van de meeningen op het door den titel aangeduid gebied of eene handleiding voor de bronnenstudie dier meeningen hebben we dus in het werkje niet te zien.

Daarentegen geeft het in andere opzichten meer dan het prima vista belooft. In de eerste plaats worden we verrast met een overzicht der opvattingen omtrent den termijn van betaling, de respijtdagen en het aanmanen met deszelfs gevolgen, alles onderwerpen, die wel verband houden met de vrije polis en den afkoop, doch zeker niet noodwendig en zoo uitvoerig hadden behoeven te worden besproken. Dan en bovenal vinden we een overzicht van het Nederlandsche ontwerp, voorzoover het des schrijvers onderwerp raakt en een reeks voorstellen tot wijziging daarvan. Voor een deel heeft Mr. Kattenbusch daarbij zijn voordeel gedaan met de door hem bestudeerde buitenlandsche wetten, voor een ander deel daarentegen betreedt hij zelfstandige banen, voor welke eene uitvoerige toelichting geenszins ontbreekt. Dit gedeelte der dissertatie schijnt het best geslaagd en zulks pleit bijzonderlijk voor den schrijver, omdat bij deze wijzigingsvoorstellen toch meer in het bijzonder wordt gegeven eene proeve van eigen denkwerkzaamheid en scheppend vermogen.

Meer dan de helft van het boekje wordt door het Hoofdstuk: „Voorstel tot wijziging van het Nederlandsch Ontwerp" in beslag genomen. Dit is de kern van het geschrift en daaruit spreekt dan ook beter dan uit den titel des schrijvers bedoeling, die in waarheid deze schijnt, een antwoord te zoeken op de vraag: „Welke

bepalingen van dwingend recht behooren de overeenkomsten van levensverzekering naar Nederlandsch recht te beheerschen?"

Ook bij die bedoeling zou een breeder historisch overzicht gewenscht zijn geweest, doch dat neemt niet weg, dat we des schrijvers arbeid dan toch alleszins verdienstelijk moeten noemen.

Iets te weinig misschien is bij de samenstelling gedacht aan het publiek, dat in hoofdzaak van des schrijvers arbeid kennis zal nemen. Hadde hij voor verzekeringstechnici geschreven, dan hadde menige opmerking omtrent de aard en inrichting van derzelver bedrijf veilig achterwege kunnen blijven. Nu hij als jurist toch wel in hoofdzaak voor belangstellende vakgenooten naar de pen greep, zouden wat meer technische uiteenzettingen geen kwaad hebben gekund en ware het bovenal goed geweest, alles, wat in die rubriek thuis hoort, in een inleidend hoofdstuk systematisch bijeen te plaatsen. Nu vinden we een deel aan het einde der Inleiding, een deel in den aanvang van het derde hoofdstuk en allerlei soms heel gewichtige dingen over reserve en boekhouding hier en daar in het boekje verspreid. Is de lezer nu toch al eens verplicht zich in de sfeer der wiskundige wetenschap en accountancy in te werken, laat men hem dan in die sfeer laten, totdat hij voor het doel — de verdere lezing der dissertatie — verzadigd is. De leesbaarheid zou in casu daardoor zeer gebaat zijn geweest.

Zeer verdienstelijk, raak en soms geestig is het onderdeel van Hoofdstuk III (het wijzigingsvoorstel), waar schrijver zich keert tegen den sport, die vooral door onze oostelijke naburen gaarne wordt beoefend, om nieuwe verkeersvormen met geweld in oude pakjes te steken, d. w. z. te brengen onder het een of ander wettelijk geregeld contract, welks bepalingen dan ook maar zoo goed en zoo kwaad, als het gaat, voor dien nieuwen verkeersvorm moeten gelden. Knap moge zoo iets zijn, nuttig voor de gemeenschap is het niet. Waarom zouden we ons weren tegenover de noodwendigheid, dat het ingewikkelde maatschappelijk leven het aanzijn moet geven aan talrijke contractus sui generis, waarvan de levensverzekeringovereenkomst er één is?

Kunnen we nu inderdaad — gelijk de schrijver het doet — uit den inhoud van het levensverzekeringscontract in abstracto afleiden, hoe de verhouding van partijen zal zijn, speciaal ook, wat elks rechten moeten wezen bij wanbetaling, opzegging, omzetting in vrije polis en afkoop, resp. in hoeverre die rechten bestaan. Mij dunkt, dat we dit niet kunnen. Het verzekeringscontract in abstracto en de daarbij gedachte wilsovereenstemming in abstracto bestaat niet. En in de contracten, die wèl in werkelijkheid bestaan, is zooveel verscheidenheid van regeling, dat daaruit toch geen theorie op de bewuste punten kan worden opgebouwd.

Het doet er dan ook niets toe, wat partijen aanvankelijk willen. Waar het enkel op aan komt, is dit. Wat wil de wetgever in het belang der gemeenschap? Of beter wat *moèt* hij willen?

We hebben arbeidsovereenkomsten voor langen tijd. Bedoeling

van partijen is stellig, voor al dien tijd aan elkaar verbonden te blijven. Dat verhindert echter den wetgever niet, elk der partijen toe te staan, er op elk oogenblik een eind aan te maken. Als dat gebeurt, ontstaat er naast het gewone recht op schadevergoeding ook een op gefixeerde schadeloosstelling, die grooter of geringer dan de schadevergoeding vermag te zijn.

Nu zal toch wel niemand willen beweren, dat het recht van eenzijdige beëindiging uit den wil van partijen bij het sluiten der overeenkomst kan worden afgeleid, noch ook, dat dit met de gefixeerde schadeloosstelling het geval is. Toch heeft de wetgever beide instituten ingevoerd en zulks gedaan om redenen van maatschappelijken aard, die met den wil van partijen al heel weinig of niets uit te staan hebben. Zoo ook in het onderhavige geval. Welke rechten de verzekeraar, welke de verzekerde bij het intreden van allerlei eventualiteiten in iure constituendo zal mogen doen gelden, dat kunnen we niet uit hunnen vermoedelijk telkens een anderen inhoud hebbenden wil tijdens het aangaan der overeenkomst afleiden, maar is enkel te beoordeelen uit het standpunt van sociale wenschelijkheid. Men zal als factor ter vaststelling van dié sociale wenschelijkheid zeer zeker ook met den vermoedelijken wil van partijen rekening houden, doch beslissend is dat niet. Zelfs kan men dezen factor niet zeer belangrijk noemen:

1°. omdat „de wil" voor alle nu gesloten contracten eene vrij ledige abstractie is,

2°. omdat, zoodra er eene regeling door de wet is, derzelver dwingende bepalingen zeer zeker onderdeel van den wil der partijen zullen zijn, voor contracten, die daarna tot stand komen.

Meer concreet uitgedrukt: als het b.v. in het algemeen de bedoeling van partijen is, om een contract te sluiten, waarbij ze wederzijds voor jaren aan elkander gebonden zijn, dan kunnen we *daaruit* toch niet afleiden, hoe ze krachtens bepalingen van dwingend recht van elkaar af kunnen komen.

Om zulks uit te maken, zullen we ons er veeleer rekenschap van te geven hebben, welke positieve opofferingen elke der partijen zich bij het aangaan der overeenkomst getroost en in hoeverre die door ontijdige verbreking blijven drukken.

Wat dan zal blijken positieve schade voor den verzekeraar te zijn, dat zal hem zeer stellig wel moeten worden vergoed. Geldt dat ook van lucrum cessans? De schrijver zegt van wel, zonder nadere motiveering. Toch lijkt het niet zoo onbetwistbaar. Winst is belooning voor bedrijfsrisico. Moet die winst nu ook genoten worden voor den tijd, gedurende welken de risico niet meer bestaat? Eene boekbeoordeeling is niet de plaats, om zulk eene quaestie in den breede te behandelen. Er zij slechts op gewezen, dat het eene quaestie is, die wel in de termen viel voor behandeling door den schrijver.

Het vraagstuk der reserveberekening schijnt den heer KATTENBUSCH niet voor uniforme regeling vatbaar en zulks kan wel juist

zijn gezien. Toch behoefde het hem niet te weerhouden van eenige uiteenzettingen op dit punt. Men kan zich voorstellen, dat er van staatswege op grond der algemeene en bijzondere sterftestatistiek tabellen worden uitgegeven, die ten grondslag kunnen dienen voor eene eveneens van overheidswege gereglementeerde reserveberekening. Men kan er zich in denken, dat elke Maatschappij dit alles op hare wijze wil doen en het publiek voldoende gewaarborgd is door openbaarmaking der bij elke onderneming geldende regelen, die alsdan in de polis kunnen worden afgedrukt. Daar tegenover zou weer kunnen worden aangevoerd, dat het publiek

a. zulke cijfers niet leest,

b. ze lezende, dezelve toch niet kan beoordeelen,

c. niet tot vergelijking der conversie- en afkooptarieven in staat is.

Het ligt alweer niet op den weg eener beoordeeling, aldus voort te gaan. De vraag rijst enkel: waarom zoo weinig hierover?

Opvallend is in dit verband, dat de schrijver op blz. 79 onderaan, voor de berekening der premievrije polis of afkoopwaarde de tarieven, geldig tijdens het aangaan der overeenkomst van kracht vindt, doch op blz. 81 in art. 20 *e* concludeert, dat het tarief tijdens de omzetting moet worden aangewend.

De schrijver verzet zich met hand en tand tegen het dwingendstellen van de afkoop en wordt daarbij geleid door de overweging, dat het afkoopen niet „van nature" uit de overeenkomst volgt. Boven werd reeds gezegd, dat zulke conclusies „uit de natuur der overeenkomst" groote bezwaren hebben. Men vrage slechts: wat is wenschelijk, gezien de belangen aller betrokkenen. Vraagt men echter nu al eens naar die bewuste natuur, ja . . . . dan rijst de vraag, waarom de schrijver de conversie zooveel meer conform die natuur acht. Men spreekt af, zegge 25 jaar lang premie te zullen betalen; men houdt op na enkele jaren. In den geest der afspraak is dat toch lang niet. Wèl is het practisch, billijk, sociaal gewenscht en daarom wordt 't dan ook goed gevonden en wellicht eens in de wet vastgelegd. Doch men kome niet met de „natuur der overeenkomst".

Overigens hecht de schrijver aan die natuur ook niet zooveel. Hij houdt het op blz. 62 bovenaan voor mogelijk, bij gevaarsverhooging de premie te verhoogen en, mits de verzekerde dit goed vinde, de verzekering „voort te zetten". Men zou zoo zeggen: een ander gevaar, eene andere premie en toch nog dezelfde verzekering, die wordt voortgezet? Van de natuur der vroegere overeenkomst en van wat partijen bij haar tot stand komen wilden, is toch in zoo'n geval maar een droevig beetje te erkennen.

We concludeeren: Van de uit den titel sprekende bedoeling uitgaande, vinden we in deze dissertatie in sommige opzichten te weinig, in andere meer dan we verwachten mogen. Des schrijvers vermoedelijke bedoeling in aanmerking nemend, blijven we in

menig punt grondigheid, bronnenstudie en bronnenaangifte missen en kunnen we ook de systematiek niet in allen deele prijzen. Des schrijvers verdienste is de uiteenzetting van zijn eigen meening. Het boekje lijkt een schets, die de grondslagen voor een veel belangrijker werk in zich draagt. Menige plaats in het boekje wijst er op, dat het den schrijver mag worden toevertrouwd, dat werk eenmaal tot stand te brengen. Dat hij het niet dadelijk gedaan heeft, vindt zijne zeer afdoende verklaring in de groote moeilijkheid der materie, die ter grondige behandeling niet zoo zeer den kundigen jurist, als wel den ervaren „Sozialpolitiker" en verzekeringstechnicus eischt. We sluiten dus met den oprecht gemeenden wensch, dat het den heer KATTENBUSCH gegeven moge zijn, de door hem bijeengebrachte stof uit te breiden en te verwerken tot een schooner geheel. Voorshands reeds komt hem dank toe voor zijne op menig punt welgeslaagde overdenkingen en de „Anregung", die daardoor van hem uit is gegaan.

A. J. MARX.

De Chèque, Acad. proefschrift van S. VAN OVEN, *Leiden* 1915.

Reeds tweemaal is een proefschrift over de chèque geschreven, in 1870 door den heer B. HULSHOFF Gz., in 1892 door den heer J. A. F. GEISWEIT VAN DER NETTEN en de vraag ligt voor de hand, of er aanleiding was dit nogmaals te doen.

Reden voor eene bevestigende beantwoording van die vraag heeft de schrijver van bovenstaand boek blijkbaar, en niet ten onrechte, gevonden in de omstandigheid, dat in 1912 op de tweede internationale wisselconferentie ook de chèque is behandeld. Een groot deel toch van zijn werk is gewijd aan hetgeen dàar over de chèque is besproken en besloten, hoewel het, in het bijzonder in hoofdstuk I ook algemeene beschouwingen bevat over „Het Wezen der chèque", zooals dit hoofdstuk is getiteld.

Nagegaan wordt wat volgens verschillende wetgevingen een chèque is, daarnaast, wat een chèque moet zijn, wil zij beantwoorden aan haar oeconomisch doel: het vergemakkelijken van de betaling.

Volgens de besluiten der wisselconferentie van 1912 moet de chèque inhouden een betalingsopdracht; de bij ons, althans in Amsterdam, algemeen gebruikelijke chèques, welke een kwijtingsvorm hebben (kassierspapier) en de Fransche „chèque récépissé" vallen derhalve buiten het begrip chèque, zooals het door die besluiten is vastgesteld.

Een dergelijke betalingsopdracht moet, wil zij werkelijk strekken tot vergemakkelijking van betaling, en dus haar doel als chèque bereiken, op zicht betaalbaar, gemakkelijk verhandelbaar en ten aanzien van de voldoening door den opdrachtgever (trekker) gegarandeerd zijn, maar bovendien moet de opdracht gegeven zijn aan iemand, die zijn beroep ervan maakt gelden voor anderen te bewaren, te innen, uit te betalen, m. a. w. aan een bankier. De stelling, waartoe de schrijver dan komt is deze: de chèque is een zichtwissel op een bankier, — het woord wissel natuurlijk genomen in meer algemeenen zin, niet als een stuk, dat bepaaldelijk moet voldoen aan de daaraan door onze wet gestelde eischen.

De chèque vergemakkelijkt de betaling. Niet alleen voor hem, die de chèquesom schuldig is en niet met wettelijk geld betaalt, maar ook voor dengeen, die de chèquesom ontvangt; deze geeft de chèque aan zijn bankier en wordt, indien het stuk bij den laatste betaalbaar is, voor het bedrag in diens boeken goedgeschreven. Is dit niet het geval, dan moet de bankier van den ontvanger de chèque innen bij den bankier, wiens kantoor als plaats van betaling is aan-

gewezen, en, omdat de bankiers over en weer gelden aan elkaar verschuldigd zijn of van elkaar te vorderen hebben, zal dit kunnen gebeuren door verrekening, waartoe een clearing house de goede en, bij een eenigszins uitgebreid chèqueverkeer, noodzakelijke diensten zal bewijzen. In dat clearinghouse toch worden de chèques op de verschillende aangesloten bankiers bijeengebracht, de verrekening vindt plaats en de saldi worden opgemaakt.

Men gevoelt, dat de chèque slechts kans heeft zich in te burgeren, indien men algemeen eene bankrelatie heeft, want heeft alleen de trekker die relatie en niet de ontvanger, dan zal deze de chèque bij den bankier moeten innen, hetgeen hem niets dan last veroorzaakt, wat tengevolge zal hebben, dat hij de chèque zal weigeren en van zijn schuldenaar wettelijk geld eischen.

Voordeelen van het chèque-verkeer zijn: het zich verzamelen van kapitalen bij de bankiers, bezuiniging op de aan afslijting onderhevige pasmunt, bevordering van het giro- (overschrijvings-) verkeer. Terecht merkt de schrijver op, dat de chèque ten deele denzelfden dienst verricht als het giroverzoek: in plaats een chèque uit te schrijven en aan den schuldenaar af te geven, kan men zijn bankier opdragen het verschuldigd bedrag van zijn rekening over te schrijven op de girorekening, welke de schuldeischer hetzij bij denzelfden, hetzij bij een ander bankier heeft. De chèque heeft echter dit voor bij de directe giro-overschrijving, dat de schuldeischer een verhandelbaar waardepapier in handen krijgt.

Er zijn echter ook nadeelen aan de chèque verbonden. In tijden van crisis wil niemand een chèque aannemen en er is in het algemeen een gevaar, dat er niet voor voldoende dekking wordt gezorgd; voor bankbiljetten moet dekking wezen, voor chèques, welke de bankbiljetten eenigszins verdringen, niet.

Wanneer men de chèquewetten in de verschillende landen nagaat, ontdekt men 4 stelsels.

Het eerste stelsel doet het bestaan van de chèque afhangen van eene voorwaarde, schrijft daarnaast een bepaalde vorm voor en verbindt aan dit aldus uitgegeven papier bijzondere rechtsgevolgen. Dit geldt in Oostenrijk: het papier is slechts chèque, indien getrokken op een bankier (de voorwaarde), het moet in den tekst het woord „Scheck" bevatten (de vorm) en heeft dan bijzondere rechtsgevolgen, als korte presentatietermijn, enz. Ook Frankrijk heeft een dergelijk stelsel, de voorwaarde is daar, dat het papier moet zijn getrokken op iemand, bij wien men een te goed heeft.

Het tweede stelsel is het Engelsche: geen bepaalde vorm, wel een voorwaarde en bijzondere rechtsgevolgen, „a cheque is a bill of exchange payable on demand drawn on a banker with certain peculiar incidents of its own".

Het derde, het Duitsche, stelsel vordert geen voorwaarde, op iedereen kan de chèque worden getrokken, maar deze moet het woord „Scheck" bevatten en heeft eveneens bijzondere rechtsgevolgen. Echter is alleen de chèque op een bankier getrokken vrij

van zegel en, is er geen tegoed, dan krijgt de trekker een boete. Feitelijk bestaan in Duitschland dus de voorwaarden, dat de chèque is getrokken op een bankier en dat er een er een te goed is (Oostenrijk en Frankrijk).

Het vierde stelsel is het stelsel van onthouding, als in Nederland.

De eenige juiste voorwaarde, welke men de chèque mag stellen, is gelijk wij boven zagen, deze, dat zij op een bankier moet zijn getrokken, maar dit zij slechts een oeconomische, geen wettelijke voorwaarde, m. a. w. een chèque, welke niet op een bankier is getrokken, behoort ook een chèque te zijn, hetgeen door een der eerste beginselen van order- en toonderpapier, bescherming van derden te goeder trouw, wordt geëischt. De wetgevingen, welke zeggen, als in Engeland, Oostenrijk, Frankrijk, dat een chèque, welke niet aan zekere voorwaarde voldoet, geen chèque is, komen hiermede in strijd.

De wetgever stelle dus geen voorwaarden, maar late ook den vorm van de chèque ongemoeid; de regeling van den vorm zou alleen gerechtvaardigd wezen, indien de chèque bijzondere rechtsgevolgen had, welke een wissel niet kan hebben. Dit nu is niet het geval; wel is waar hebben verscheidene wetgevingen aan de chèque van den wissel afwijkende rechtsgevolgen verbonden, maar dat, door de wet geschapen, verschil tusschen chèque en wissel, is niet een verschil dat in den aard der beide stukken is gelegen, hetgeen door den schrijver uitvoerig wordt aangetoond en waardoor wordt bevestigd, dat de chèque in vorm aan den wissel gelijk kan zijn.

Een afzonderlijke chèquewet is derhalve onnoodig, het vierde bovengemelde stelsel is het juiste, de wetgever kan volstaan met de chèque, het op een bankier getrokken papier, onder den wissel op te nemen.

De tweede wisselconferentie, welke natuurlijk met toestanden, in de verschillende landen bestaande, rekening moest houden, dacht er anders over; zij aanvaardde het derde stelsel: de chèque heeft een andere vorm dan de wissel en daaraan zijn bijzondere rechtsgevolgen verbonden. Indien de Nederlandsche wetgever de chèque in zijne wetten wil opnemen en zich houden aan de besluiten der wisselconferentie — hetgeen moeilijk anders kan — zal hij derhalve niet vrij zijn haar eenvoudig als een wissel te beschouwen, ook hierom niet, omdat de toonderchèque dan uitgesloten zou wezen, wijl de eerste conferentie den toonderwissel verbood.

In het tweede hoofdstuk „de codificatie der chèque" geheeten worden met verwijzing naar de bestaande wetgevingen een achttal punten besproken, welke ook behandeld zijn op de tweede Haagsche conferentie.

1. De chèqueclausule.

Zij heeft haar nut, daar ieder dadelijk ziet, dat het stuk een

chèque is. De conferentie heeft besloten haar te aanvaarden, gelijk zij ook de wisselclausule had aangenomen; zij deed het om de chèque van den wissel te onderscheiden, daar zij immers beide stukken verschillend regelde, en ook naar aanleiding van het feit, dat de chèque in meerdere landen aan een lager recht onderworpen is dan de wissel. De clausule moet staan in den tekst.

Komt het woord „chèque" (Scheck) niet in het stuk voor, dan is er geen chèque.

2. De te goed-clausule.

De chèque wordt slechts betaald, indien er bij den betrokkene dekking is. Daarvoor is niet voldoende, dat de uitgever van de chèque eene vordering heeft op den betrokkene, hij moet het recht hebben te verwachten, dat de betrokkene ten vervaldage zal voldoen.

Ook de conferentie heeft geëischt, dat er dekking zij. Opdat de trekker eraan herinnerd worde, dat hij geen chèque mag uitgeven, tenzij er dekking is, heeft men in Duitschland bepaald, dat de chèque moet inhouden, dat de trekker betaling vraagt „aus meinem Guthaben". Dergelijke te goed-clausule heeft weinig zin. De conferentie heeft nòch van het ontbreken der dekking zelve, nòch van de niet-vermelding der te goed-clausule de geldigheid van de chèque als zoodanig afhankelijk gesteld.

3. Passieve chèquebevoegdheid.

Passief chèquebevoegd is hij, op wien een chèque getrokken mag worden, b.v. de bankier. De conferentie heeft bepaald, dat chèques alleen op bepaalde personen mogen getrokken worden, maar dat de landswet hiervan mag afwijken. Ook al doet de landswet dit niet, is een chèque, welke getrokken is op een ander, dan de aangegeven categorie, niet nietig, wel mag die wet daaraan fiscale of strafrechterlijke gevolgen hechten, waardoor het noodig kan zijn nauwkeurig aan te duiden, wie tot de categorie der passief chèquebevoegden behoort (wie bankier is).

4. De betalingsgerechtigde.

Het is naar de besluiten van de conferentie niet noodzakelijk, dat in de chèque staat, aan wien de betaling zal geschieden. De chèque, welke een bepaald persoon noemt, is toch endossabel, tenzij zij is een recta-chèque, welke slechts door cessie kan worden overgedragen, hetgeen uitdrukkelijk in het stuk vermeld moet zijn. Verder kan de chèque betaalbaar zijn aan order, aan toonder; ook door endossement in blanco kan een orderchèque aan toonder gesteld worden, verboden in een endossement aan toonder, omdat de houder daardoor het karakter van orderpapier zou wijzigen. Niet verboden is volgens de conferentie de chèque aan eigen order, waarbij dus trekker en nemer dezelfde personen zijn, evenmin de chèque, waarbij nemer en betrokkene dezelfde personen zijn (pay yourselves), noch die waarbij trekker, nemer en betrokkene in een persoon zijn vereenigd. Ten onrechte heeft men

niet toegelaten de chèques aan toonder, waarbij trekker en betrokkene één zijn.

5. Endossement.

Gelijk wij reeds zagen, nam de conferentie aan, dat de chèque vermoed wordt orderpapier te zijn, slechts de toonderchèque en de recta-chèque zijn niet endossabel. Een endossement op een toonderchèque zal de rechten uit de chèque niet doen overgaan, zegt de schrijver; dit spreekt van zelf, want daarvoor zou in ieder geval nog noodig wezen overgifte van het papier aan den geëndosseerde en, heeft deze plaats gehad, dan heeft de geëndosseerde de rechten uit het papier als houder. De niet-vatbaarheid van de toonderchèque voor endossement zal wel dit beteekenen, dat de houder, ook al is een ander als geëndosseerde aangewezen, als rechthebbende op het papier is gelegitimeerd.

De endossant kan de chèque maken tot een recta-chèque, maar hij mag het endossement niet afhankelijk stellen van eenige voorwaarde, dergelijke voorwaarde wordt als niet geschreven beschouwd (althans tegenover derden), daar anders de positie van den betrokkene zou worden geschaad.

6. Einde der betalingsopdracht.

De chèque is een opdracht. Door den dood van den trekker vervalt de opdracht volgens de conferentie niet, evenmin door handelingsonbekwaamheid, ontstaan na de uitgifte; bij faillissement van den trekker is de nationale wetgever bevoegd de gevolgen te regelen. Heeft de trekker recht de opdracht te herroepen? De schrijver betoogt de wenschelijkheid hiervan, maar de conferentie heeft dit recht gegeven eerst na den presentatietermijn; trekker of houder mogen echter den betrokkene „waarschuwen", waarvan het gevolg is, dat deze niet geldig bevrijd is, dan na bewijs van den houder, dat de chèque op wettige wijze is verkregen, een bewijs, dat, naar mij in afwijking van schrijver voorkomt, niet zóó moeilijk is te leveren.

7. Acceptatie.

Men heeft verschillende, meer of minder aan elkaar gelijkstaande, wijzen van acceptatie als: visa, certificatie (Ver. Staten), Vidimierung (Duitschland), marking (Engeland). De conferentie beschouwt de acceptatie van de chèque van onwaarde. De certificatie, n.l. de aanteekening van den betrokkene, dat hij betalen zal, op de chèque geplaatst op verzoek van den houder (niet van den trekker), en waardoor trekker en endossanten van hunne verplichtingen zijn ontslagen, is niet verboden, evenmin als het visa, d. i. de verklaring van den betrokkene, dat de trekker ten dage der afgifte een te goed had.

8. Crossing en „nur zur Verrechnung".

De conferentie heeft de crossing en de clausule „nur zur Verrechnung" geregeld met bevoegdheid voor den nationalen wetgever een en ander uit te sluiten. Overeenkomstig de bepalingen in sommige wetgevingen heeft men de algemeene crossing, 2 evenwijdige

lijnen, waartusschen eventueel de woorden „bankier" of „en Cie.", in welk geval de betaling alleen aan een bankier mag gebeuren, en de bijzondere crossing, welke nog den naam van een bankier inhoudt, die dan de eenig gerechtigde tot het ontvangen der betaling is. De clausule „nur zur Verrechnung" „à porter en compte" wordt op de voorzijde van de chèque geschreven, het bedrag wordt niet uitbetaald, maar verrekend met eene vordering van den betrokkene op den houder, of wel deze wordt voor dat bedrag goedgeschreven in de boeken van den betrokkene.

Alhoewel het proefschrift geen nieuwe gezichtspunten opent op het gebied van de chèque of van het order- en toonderpapier in het algemeen en het, vooral wat het 2de hoofdstuk betreft, korter had kunnen zijn, is het zeer wel geslaagd te noemen. De schrijver heeft eene heldere voorstelling van zijn onderwerp, hetgeen ook blijkt uit de duidelijke wijze, waarop hij zijne mededeelingen doet.

G. Kirberger.

Beginselen van Handelsrecht volgens de Ned. Wet, door Mr. J. G. Kist. Derde deel, 3e en 4e stuk. Derde hierziene en vermeerderde druk, door Mr. L. E. Visser. *'s-Gravenhage* 1914.

Van de nieuwe uitgave van het bekende werk van Kist, bewerkt door Mr. Visser, verschenen in 1914 kort na elkaar weder twee nieuwe afleveringen, bevattende de voortzetting en voltooiing van de behandeling der handelsverbintenissen uit overeenkomst. De Commanditaire Vennootschap, de Handeling voor gemeene rekening en de Naamlooze Vennootschap leverden de stof voor het derde stuk, de Coöperatieve Vereeniging en de Onderlinge Waarborg- of Verzekeringmaatschappij vormen den inhoud van het vierde. Naar Schr. in een voorbericht meedeelt werden het Expeditie- en het Vrachtcontract door hem niet meer in dit deel behandeld wegens hun nauwen samenhang met de overige deelen van het transportrecht, waarmede zij in één deel vereenigd behooren te worden, en heeft hij de Geldleening tegen onderpand weggelaten omdat die z. i. uit handelsrechtelijk oogpunt geen afzonderlijke behandeling vereischt.

Zooals uit bovenstaande opgaaf blijkt, heeft een groot deel van den inhoud niet alleen rechtswetenschappelijk maar ook algemeen praktisch belang, in zooverre het ons leidt te midden van vragen van bevoegdheid en aansprakelijkheid, waarmede niet alleen kooplieden maar ieder in zijn particuliere zaken te doen kan krijgen. Heeft de commanditaire vennootschap in de laatste jaren ten onzent meer dan gewone aandacht getrokken door de procedures voortgekomen uit de débâcle van eene groote bankinstelling van dien aard, heel wat aanzienlijker is de schare van hen die in hunne betrekkingen met het steeds toenemend aantal naamlooze vennootschappen van grooter en kleiner omvang — en niet 't minst met de kleine — tot hunne schade ondervonden, dat de waarborgen van deugdelijkheid die onze wet schijnbaar verleent, tegen nalatigheid en kwade trouw van oprichters en bestuurders weinig vermogen. Vandaar dan ook dat de afzonderlijke indiening, door Minister Nelissen, van een nieuw ontwerp van wet op de naamlooze vennootschap en de nauw daaraan verwante comm. vennootschap op aandeelen met blijdschap begroet werd. Met recht kon de steller van de Memorie van Toelichting verklaren dat „de gebruike-

lijke mededeeling omtrent de wenschelijkheid en noodzakelijkheid eener wettelijke voorziening overbodig mag worden geacht" en de verzekering dat de bestaande regeling zoo spoedig mogelijk behoort te worden herzien „welhaast een gemeenplaats" noemen. Wat niet wegneemt dat, terwijl het Ontwerp is ingediend onder dagteekening van 14 Februari 1910, nog niet eens het verslag verschenen is van de Commissie in welker handen het door de Tweede Kamer werd gesteld. Mr. VISSER heeft dan ook waarschijnlijk goed gezien door met de bewerking van dit deel niet langer te wachten op de totstandkoming van de nieuwe regeling, temeer nu de sedert ingetreden omstandigheden voor wetgevenden arbeid van wetenschappelijken aard niet gunstiger zijn geworden.

Waar ook op dit gebied zich in den lateren tijd behoeften en opvattingen baan gebroken hebben, waarmede ons Wetboek van Koophandel uit den aard der zaak geen rekening houdt, en de uitlegger van de wet steeds te rade moet gaan met hetgeen doctrine en rechtspraak naast de wet hebben opgebouwd, ligt het voor de hand dat men telkens benieuwd is hoe genoemd ontwerp, op de nieuwste beginselen opgetrokken, de vraag beziet en oplost. En zonder nu iets te willen afdingen op het wenschelijke van het spoedig totstandkomen van de nieuwe regeling, al ware het alleen om zekerheid te geven op vele punten waaromtrent onze wet geen uitsluitsel geeft, is het toch bij het volgen van V.'s uiteenzetting van ons tegenwoordig vennootschapsrecht en bij vergelijking daarmede van de voorgestelde wetgeving, eigenaardig op te merken, dat in menig opzicht hetgeen het Ontwerp ons brengt in wetsbepalingen geformuleerd en uitvoerig geregeld, reeds nu althans wat de beginselen aangaat als geldend recht kan worden aangenomen. Die verblijdende ervaring, waartoe raadpleging der jurisprudentie trouwens evenzeer leidt, strekke tot troost voor het geval dat de nieuwe wet nog lang op zich mocht laten wachten, en tot vingerwijzing tevens. Zij is toch alleen daaraan te danken, dat de gebreken die onze wet aankleven, wel niet geheel maar toch voor een groot deel, van negatieven aard zijn. Zij is in het algemeen te sober, maar juist daardoor staat zij aan den anderen kant ook niet in den weg aan eene interpretatie die zich aan nieuwe eischen en begrippen aanpast. Een niet gering voordeel, vooral waar het middel van partieele wijziging bij ons zoo weinig toepassing vindt, wel de aandacht van onze tegenwoordige wetgevers waard.

Maar niet alleen de actualiteit van de stof, ook de duidelijke, scherpe uiteenzetting van den schrijver en zijn gemakkelijke stijl, ook waar 't moeilijke rechtsvragen betreft, ons van vroeger bekend, staan borg voor een veelvuldig gebruik ook van dit deel van zijn werk. Een overzicht van het belangrijkste van den inhoud, hoofdzakelijk om Schr.'s opvattingen in het licht te stellen, en een enkele uitweiding waar ik mij niet geheel daarmede kon vereenigen, mogen hier volgen.

Omtrent de commanditaire vennootschap is om te beginnen ons W. v .K. al uiterst kort. Zij wordt aangegaan tusschen een of meer hoofdelijk voor het geheel aansprakelijke vennooten en een of meer anderen als geldschieters, zegt art. 19, dat haar tevens noemt „vennootschap bij wijze van geldschieting". Om het bedriegelijke van dien naam te doen uitkomen, wijst V. op het principieele verschil tusschen de c. v., waarbij een gemeenschappelijk vermogen gevormd wordt, en de overeenkomst van geldleening, waarbij de ontvanger uitsluitend eigenaar, de gever schuldeischer wordt.

Omtrent oprichting en openbaarmaking, evenals over de mogelijkheid om het commanditair kapitaal in aandeelen te verdeelen, niet alleen op naam maar ook aan toonder, zwijgt de wet. De praktijk heeft ook het laatste reeds lang ingevoerd, gedreven door de behoefte om ook bij deze vennootschap de overdracht van aandeelen en daarmede van de kwaliteit van aandeelhouder gemakkelijk te maken. De praktijk kent verder, gebruik makende van de door de wet gelaten vrijheid, openbare en z.g.n. „stille" comm. vennootschappen.

Volgens Kist heeft die onderscheiding belang voor de verhouding van vennooten en crediteuren tot het vennootschappelijk vermogen. Bij openbaarmaking toch der vennootschappelijke verhouding nam Kist aan dat, ook wanneer er slechts één beheerend vennoot is, het vermogen der vennootschap wordt afgescheiden van diens overig vermogen en in de eerste plaats bestemd tot voldoening van de schulden der vennootschap. Visser daarentegen wil buiten het geval dat er twee of meer beheerende vennooten zijn, die dan ingevolge art. 19 al. 2 K. eene vennootschap onder firma vormen, welke dat karakter behoudt ook wanneer zich daarbij commanditairen aansluiten, en waarvan dan als zoodanig het vermogen, en daarmede de inbreng van de geldschieters, afgescheiden wordt, van afscheiding niet weten. Immers, zegt hij, dan doet zich eenvoudig het geval voor dat de bijdrage van den commanditair gegeven wordt aan een alleen-handeldrijvend koopman, die met zijn geheele vermogen voor al zijn verbintenissen aansprakelijk is en bij wien van afscheiding van een deel van zijn vermogen geen sprake is, reeds hierom, omdat hij zich zijnerzijds niet verbindt tot inbreng en zijn bijdrage ieder oogenblik kan wijzigen. Bovendien mist de commanditair het groote belang dat de firmant bij de afscheiding heeft, omdat hij niet als deze hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk is. En daarbij maakt 't geen verschil of de c. v. al of niet op aandeelen en openbaar of stil is. De geheel vrijwillige openbaarmaking, die de beheerende vennoot elk oogenblik kan laten varen, die zelfs niet bewijst dat hij een commanditair heeft, kan in de vennootschappelijke verhoudingen geen wijziging brengen.

Intusschen erkent V. dat dit slechts de regel is, die niet belet dat partijen de overeenkomst van vennootschap zoo inrichten en aan het samengebrachte vermogen een zoodanige bestemming

geven, dat daaruit inderdaad een vermogensafscheiding ook voor den beheerenden vennoot voortvloeit, wat vooral geschiedt bij de c. v. op aandeelen, waarbij dan ook niet zelden diens inbreng wordt vastgesteld. Hij geeft dus toe dat ook waar slechts één beheerend vennoot is en dus van eene firma geen sprake, partijen den wil kunnen hebben en verwezenlijken om het gemeenschappelijk vermogen afgescheiden te houden, ook van het overig vermogen van den complementaris.

De vraag is nu maar of het openlijk optreden als c. v. niet reeds die bedoeling verraadt. Formeele openbaarmaking is daarom niet noodig, ofschoon daarin toch wel een duidelijke uiting van die bedoeling gelegen is — het geval dat een persoon zich slechts van dien naam bedient nu daargelaten. Wij hebben dan toch, ook waar slechts één beheerend vennoot is, te doen met een overeenkomst tusschen personen die iets in gemeenschap brachten om daarmede ten gemeenen bate door een hunner handel te doen drijven. En wanneer deze nu inderdaad openlijk op naam en voor rekening van die vennootschap handelt, behoeft dan nog bovendien te blijken dat tusschen hem en de geldschieters uitdrukkelijk is gestipuleerd dat het door den inbreng en de handelsoperaties gevormd vermogenscomplex in de eerste plaats bestemd zal zijn tot voldoening van de vennootschappelijke verplichtingen? Dat dit de bedoeling van den commanditair is zal wel niet twijfelachtig zijn. Hij wil dat met zijn inbreng in een bepaalden tak van handel winst gemaakt wordt, eventueel daarbij geleden verliezen pro rata gedragen worden, maar niet daarmede de persoonlijke uitgaven en genoegens van den beheerenden vennoot bekostigen. Hij steekt zijn geld in de zaak, niet in den zak van genen, al vergeet deze dat soms. Daarom zou ik meenen, zoo wij alleen op den wil van de contractanten te letten hebben, dat ook de wederpartij moet geacht worden stilzwijgend met de blijkbare bedoeling van den commanditair akkoord te gaan en dus beide, ook zonder uitdrukkelijk beding, de afscheiding gewild hebben. Al is de commanditair niet verder dan zijn inbreng aansprakelijk, zijn belang bij de afscheiding kan aanzienlijk zijn; dat hangt maar van zijn inbreng af. En dat de beheerende vennoot zijn inbreng, zoo die niet contractueel vastgesteld is, steeds kan wijzigen, belet niet om hetgeen ondubbelzinnig tot het vennootschappelijk vermogen behoort, kantoor- of winkelinventaris, goederen, boekvorderingen en al wat ten name van de vennootschap verworven is, ook rechtens afgescheiden te houden van zijn privé vermogen, want dat gaat toch zeker niet zoo ver dat hij bevoegd zou zijn die baten van de vennootschap willekeurig daaraan te onttrekken, ten nadeele van de commanditairen en van de schuldeischers der vennootschap. 't Wil mij toch voorkomen dat de goede trouw in het handelsverkeer eischt dat de vraag afscheiding of niet, niet uitsluitend afhankelijk gesteld moet worden van de bedoeling van partijen bij het vennootschappelijk contract, maar veeleer van hetgeen van

die bedoeling naar buiten blijkt. Nu moeten de schuldeischers bij het verleenen van crediet aan de comm. vennootschap wel tot zekere hoogte afgaan op den uiterlijken schijn, maar dat is evenzeer het geval bij de vennootschap onder firma, bij welke haast algemeen afscheiding wordt aangenomen, ofschoon de crediteuren daar evenmin invloed kunnen uitoefenen op het behoud van het vennootschappelijk vermogen. En ten slotte gaat 't toch niet minder om het belang der crediteuren dan om dat der vennooten zelven. Zoodat ik meen dat het vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 25 Februari 1910 (W. 8969), in zooverre bevestigd door het Gerechtshof aldaar i. d. 20 Mei 1912 (W. 9400), waarbij werd beslist dat geen compensatie te pas kwam tusschen de vordering, spruitende uit beurstransacties die de commanditaire Bankvereeniging Van Es & Co. had verricht voor zekeren kleermaker, en de rekening van dezen wegens aan den heer Van Es, eenig beheerend vennoot dier c. v., geleverde costumes, juist gewezen is (1).

Jure constituendo zou men nog een stap verder kunnen gaan en ook bij den alleen-handelenden koopman afscheiding aannemen van dat deel van zijn vermogen dat hij openlijk in zijn bedrijf heeft gestoken, althans, wanneer hij er meer dan één bedrijf opna-

---

(1) In de noot op pag. 360 waar V. deze uitspraken vermeldt, worden als in anderen zin gewezen ook genoemd de arresten v. h. Hof te Arnhem van 30 Nov. 1910 (*W.* 9126) en 14 Mei 1912 (*W.* 9437) in zake de Arnhemsche Bankvereeniging Pliester & Co. Omtrent de kwestie der afscheiding heb ik daarin echter geen meening uitgedrukt gezien, ook niet implicite. Wel verklaarde de Rechtbank te Arnhem in haar in die zaak gewezen vonnissen van 30 Dec. 1909 (*W.* 9126) en 5 Juli 1911 (*W.* 9279) zich tegen afscheiding van het vermogen der C. V., evenals die te 's Bosch, bij vonnis van 28 Nov. 1913 (*W.* 9663) en die te Haarlem bij vonnis van 15 Maart 1910 (*W.* 9126). Daarentegen bleek de Rb. te Rotterdam in haar vonnis van 8 Jan. 1912 (*W.* 9401) voorstandster van de afscheiding, ofschoon van speciaal beding of het bestaan van meer dan een beheerend vennoot niet bleek.

De juiste onderscheiding m. i. maakte de Rb. te Amsterdam in haar vonnis van 8 April 1910 (*W.* 9126) — lijnrecht in strijd met het in datzelfde Weekblad opgenomen vonnis van de Rb. te Haarlem van 15 Maart 1910 — waar zij overweegt dat „wat betreft de C. V. tusschen een enkelen persoonlijk aansprakelijken vennoot en een of meer C. vennooten, waaromtrent twijfel zou kunnen rijzen of hare verbintenissen wel iets anders zijn dan verbintenissen van den beheerenden vennoot, in het oog moet worden gehouden dat zij zich op twee wijzen kan voordoen: dat zij vooreerst enkel daarin kan bestaan dat de C. vennooten tegen genot van een aandeel in de winst kapitaal verschaffen aan den beheerenden vennoot, die tegenover derden als alleen-handeldrijvend optreedt; dat er bij eene zoodanige associatie vanzelf geen sprake zal zijn van dagvaarding der vennootschap, ('t betrof daar de vraag of dit terecht geschied was) maar dan ook goederen en vorderingen door den beheerend vennoot op eigen naam verworven worden en tegen hem verkregen vonnissen daarop tenuitvoer kunnen worden gelegd; dat daarentegen, indien een C. V., zooals ten deze blijkt te zijn geschied, als zoodanig tegenover derden optreedt, goederen en vorderingen ten name der vennootschap verworven, gemeen worden tusschen de vennooten en een vonnis tegen den beheerenden vennoot persoonlijk verkregen daarop niet rechtstreeks zou kunnen worden tenuitvoer gelegd."

houdt, afscheiding tusschen die diverse vermogenscomplexen. Denkt men zich het niet zeldzame geval dat iemand verschillende zaken drijft, die niets anders met elkaar gemeen hebben dan dat zij aan denzelfden persoon toebehooren, gevestigd op verschillende plaatsen, onder verschillende namen en totaal verschillende takken van koophandel betreffende, en dat daarvan de eene bloeit en de andere kwijnt en failliet gaat, dan is 't zeker onbillijk dat de crediteuren der bloeiende zaak, die van de relatie met de andere onkundig waren, de activa, die zij terecht als waarborg voor het door hen verleend crediet mochten beschouwen, zien opslokken door de schulden der andere zaak, die het faillissement van den gemeenschappelijken eigenaar teweegbrengen. De invoering van een handelsregister zou tegen dergelijke verrassingen althans veel vermogen.

Schr.'s beschouwingen verder volgende, betreuren wij met hem dat onze wetgever nog geen gelegenheid heeft gevonden om door een kleine wijziging een groote onbillijkheid op te heffen gelijk elders reeds lang geschied is. Ik bedoel de overdreven hardheid van de straf door art. 21 K. gesteld op het verbod voor den commanditair om in de zaken der vennootschap werkzaam te zijn, nl. hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle verbintenissen der vennootschap, dus ook die welke lang tevoren en geheel buiten zijn toedoen tot stand gekomen zijn. Ook al vat men met V. het verbod zoo beperkt op dat het alleen slaat op daden van beheer, waardoor de commanditair zich naar buiten als leider van het bedrijf voordoet, en al neemt men in aanmerking dat het alleen t. a. v. derden geldt, niet tegenover den beheerenden vennoot, zoodat van dezen kan teruggevorderd worden hetgeen men meer dan zijn inbreng had te betalen, dit is niet altijd afdoende en neemt niet weg dat een dergelijke aansprakelijkstelling ver haar doel voorbij schiet.

Vervolgens wijzen wij op het betoog dat de commanditair ook ander goed dan geld kan inbrengen, maar, in afwijking van den algemeenen regel bij maatschappen, niet kan volstaan met het praesteeren van arbeid — natuurlijk op andere dan de zooeven besproken wijze — aangezien de wet onderstelt dat hij voor zeker bedrag bij de zaken betrokken is. Verder, dat de volstorting van zijn inbreng alleen gevorderd kan worden door de beheerende vennooten, resp. den curator in hun faillissement, maar gecompenseerd wordt met vorderingen welke de commanditair tegen hen mocht hebben — waarbij ik zou willen aanteekenen „in hunne hoedanigheid van beheerende vennooten", zulks met het oog op het boven betoogde. In het door V. aangehaalde arrest van het Hof te Arnhem (W. 9126) betrof de in compensatie gebrachte tegenvordering dan ook het rekening-courant-saldo van den commanditair bij de vennootschap.

Vermelden wij verder de beschouwingen omtrent des commanditair's aansprakelijkheid voor verliezen der vennootschap, inzonderheid de ruime opvatting van de bepaling van het laatste lid

van art. 20 K., dat de commanditair nimmer verplicht is tot teruggave van genoten winst, door daaronder ook te begrijpen het geval dat die winst, mits te goeder trouw, genoten is zonder inderdaad behaald te zijn; om ten slotte nog te wijzen op de door V. verdedigde stelling dat de commanditair voor zijn nog niet gestorten inbreng direkt aansprakelijk is tegenover derden wegens verplichtingen door den beheerder jegens die derden aangegaan, mits de commanditair tot de transactie machtiging heeft gegeven of deze ten voordeele van de vennootschap heeft gestrekt. In strijd met KIST en bijna alle andere schrijvers acht V. dus, mits ten name der vennootschap is gehandeld, art. 1681 B. W. ten deze toepasselijk. Inderdaad schijnen de voor het tegendeel aangevoerde gronden niet afdoende om zonder uitdrukkelijke bepaling de comm. vennootschap uit te zonderen van een regel die voor alle maatschappen luidt.

Omtrent de Handeling voor gemeene rekening valt weinig op te merken. Terwijl in de omschrijving van de wet de nadruk schijnt te vallen op het begrensde doel dat de deelnemers zich stellen, een of meer bepaalde handelsoperaties, zoekt V. het kenmerkend onderscheid tusschen haar en de vennootschap onder firma in de omstandigheid dat zij niet naar buiten werkt, ofschoon overigens de algemeene regelen betreffende de maatschap, voorzoover partijen daarvan niet zijn afgeweken, op haar toepasselijk zijn. Ook hier wordt de vraag geopperd of er afscheiding van vermogen plaats heeft en het antwoord wordt terecht afhankelijk gesteld van de uit den inhoud der overeenkomst blijkende bedoeling der partijen. Volgens V. nu kan dat antwoord niet anders dan ontkennend luiden, waar alleen de vennoot die gehandeld heeft aansprakelijk is en handelen op naam der vennootschap zelfs uitgesloten is. Dit laatste is inderdaad volgens V.'s omschrijving typeerend voor de handeling voor gemeene rekening, maar de wet verbiedt het m. i. niet. Waar nu partijen ook hier vrij zijn om hunne overeenkomst in te richten gelijk zij willen en niets hun belet het samengebrachte te bestemmen tot een afzonderlijk vermogen, zou ik meenen dat zij dit kunnen doen zonder aan hunne verhouding het karakter van handeling voor gemeene rekening te ontnemen.

Het belangrijkste deel van de aflevering wordt begrijpelijkerwijze gevormd door de behandeling der naamlooze vennootschap, de vereenigingsvorm met haar op den voorgrond tredend maatschappelijk kapitaal, gesplitst in evenredige deelen, welke de aansprakelijkheid der deelnemers tegenover de vennootschap bepalen. Daar VISSER haar in tegenstelling met KIST, maar overeenkomstig de nu haast algemeene opvatting, als rechtspersoon beschouwt, scheen hem een geheele omwerking van dit hoofdstuk noodig. Trouwens het feit dat de bespreking thans ongeveer driemalen de ruimte beslaat die zij in den vorigen druk innam, bewijst wel dat de stof

zich zoo heeft uitgebreid, dat zij moeilijk in het oude bestek zou zijn onder te brengen geweest. Zij is gesplitst in paragrafen, achtereenvolgens gewijd aan een geschiedkundig overzicht, het begrip naamlooze vennootschap, hare oprichting, openbaarmaking, kapitaal, aandeelen, organen (alg. vergadering, bestuur en commissarissen), aandeelhouders, balans en winst- en verliesrekening en ontbinding. Uit V.'s uiteenzetting het voornaamste aanstippende, zien wij tevens meermalen hoe het aanhangig ontwerp de zaak wil regelen.

Volgens V. is de n. v. niet beperkt tot het gebied van den koophandel. Ook de burgerlijke aandeelenmaatschappij, opgericht in den vorm eener n. v., beschouwt hij als zoodanig. Het is bekend dat de Regeering die opvatting steeds gehuldigd heeft en aan ondernemingen met een niet-commercieel doel de Koninklijke goedkeuring verleent, ofschoon die praktijk van den kant der rechtsgeleerden weinig instemming gevonden heeft. Schr. verdedigt haar intusschen en meent met het oog op de algemeene vrijheid van contracteeren en op historische gronden dat, al denkt de wet zich de n. v. als eene van koophandel, zij daarom toch niet uitsluit ondernemingen van burgerrechtelijken aard in den vorm eener n. v. op te richten en dusdoende onder de betreffende wettelijke bepalingen te doen vallen. Alleen blijft dit verschil bestaan, dat de burgerlijke maatschap op aandeelen geen koopman is, de bepalingen omtrent daden van koophandel op haar dus niet toepasselijk zijn. Het R. O. wil ook dit verschil opheffen, door in art. 36 *a*, op praktische gronden, de n. v. eenvoudig tot koopman te verklaren, onverschillig welk bedrijf zij uitoefent.

Het hoofdstuk „Oprichting" roept in onze herinnering terug de debatten van de vergadering der Juristen-Vereeniging van 1910 over de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van oprichters en commissarissen van naamlooze vennootschappen, waarbij, naar de vraagpunten te oordeelen, met oprichters in het bijzonder bedoeld schenen te zijn de uitgevers van een prospectus. Zooals bekend is, laat onze wet, anders dan het R. O., zich in 't geheel niet in met de phase waarin deze tehuis behooren, die van het ontwerpen der n. v., door V. omschreven als het geheel der voorbereidende handelingen van emittenten, promotors of hoe men hen verder noemen wil, die haar einddoel vinden in de overeenkomst *tot* oprichting, welke aan de eigenlijke oprichting voorafgaat. Deze laatste, op straffe van nietigheid bij notarieele akte tot stand gebracht, doet, van de Koninklijke bewilliging voorzien, de rechtspersoon ontstaan. De andere eischen die de wet stelt, inschrijving der akte en openbaarmaking, staan daarmede niet op eene lijn; het zijn geen voorwaarden voor het bestaan der n. v., al worden zij door velen, ook Kist in den 2den druk, daarvoor gehouden. Evenmin de voorgeschreven storting van een deel van het geplaatste kapitaal. Zoolang aan deze voorwaarden niet voldaan is, zijn zij die voor de n. v. optreden persoonlijk aansprakelijk, maar zooals uit het ver-

schil in de bewoordingen van de artikelen 39 en 51 K. blijkt, hangt het ontstaan van de vennootschap er niet van af.

Het verschil in aard en rechtsgevolgen tusschen de voorbereidende overeenkomsten en de eigenlijke oprichtingshandeling, alsmede het bijzondere karakter van de laatste worden door V. uitvoerig aangetoond. De overeenkomst tot oprichting schept tusschen de deelnemers rechten en verplichtingen, waardoor zij van elkaar kunnen eischen de nakoming van hetgeen ieder op zich genomen heeft om de vennootschap te helpen totstandkomen, verplichtingen die zich meestal oplossen in schadevergoeding. Maar tevens bevat zij een voorwaardelijk beding ten behoeve van een derde, waaraan deze, de n. v., eenmaal tot stand gekomen, het recht ontleent om de nakoming te eischen van de voor haar aanvaarde verplichtingen om de toegezegde aandeelen te nemen.

Van geheel anderen aard is de definitieve oprichting, de stichtingshandeling, waarbij de geheele inrichting en werking der nieuwe rechtspersoon wordt geregeld. Terwijl de oprichters, mits blijvende binnen de grenzen der wet, vrij zijn de vennootschap in te richten gelijk zij wenschen, eenmaal de statuten vastgesteld hebbende en de koninklijke goedkeuring daarop verkregen hebbende, zijn zij ook zelf daardoor gebonden, zoodat wijzigingen in de akte ook slechts mogelijk zijn op de wijze daarin aangegeven.

Met de schepping van de rechtspersoon is de taak van de oprichters afgeloopen. De verbintenissen die zij tevoren tegenover elkaar hadden aangegaan zijn verder slechts van kracht tegenover de vennootschap, die haar eigen organen gekregen heeft om ze te doen gelden. En dat betreft niet alleen rechten maar ook verplichtingen. Want dat is, waar de nog niet bestaande n. v. zelve natuurlijk geen deel had aan hare oprichting, het bijzondere waarom deze scheppingshandeling niet bij een der andere rechtsfiguren kan worden ondergebracht, dat de n. v. ook belast wordt met de verplichtingen die de oprichters haar bij de akte hebben opgelegd. Vandaar dat V. de oprichters ook aansprakelijk acht jegens hun eigen schepping, wanneer zij deze door kwade trouw of grof verzuim, door oplossing van te zware lasten — te hooge schatting van den inbreng — het voortbestaan onmogelijk gemaakt, althans benadeeld hebben. Het R. O. waarborgt de vennootschap door in art. 43 en volgende een aantal overeenkomsten die bezwarende bepalingen voor haar kunnen inhouden, te haren opzichte nietig te verklaren, tenzij woordelijk in de akte opgenomen. Het doel dat aldus niemand in de vennootschap deelneme of daarmede in relatie trede zonder volledige kennis van den omvang harer lasten, wordt voor de meest gewichtige contracten nog nader gewaarborgd in art. 43 *c*.

Men strijdt over het juridisch karakter van de oprichtingshandeling, in verband met de verhouding van de vennooten onderling. Eenerzijds wordt vastgehouden aan een overeenkomst, anderzijds elk contractueel karakter aan de oprichting ontzegd, deze

gekenschetst als een samentreffen van eenzijdige, gelijkluidende wilsverklaringen. V., die rechtspraak en literatuur in beider zin opsomt, acht dat een strijden over een naam. Men is 't in elk geval eens dat de oprichting geen verbintenissen tusschen de oprichters doet ontstaan en dat, wil men haar een overeenkomst noemen, zij er dan toch eene van zeer bijzonderen aard is, beheerscht als zij wordt door haar doel, de schepping van een nieuw rechtssubject. Voor het antwoord op de vraag, die zich meermalen voordeed, of bij het wegvallen van een der oprichters — omdat degeen die als gemachtigde voor hem optrad daartoe niet bevoegd was of omdat andere gebreken aan de wilsverklaring van een der comparanten kleefden — de geheele oprichting ongeldig verklaard moet worden, is het al of niet aanvaarden van de contracts-theorie in elk geval volgens V. niet beslissend. Ook wanneer men de oprichting beschouwt als eene overeenkomst, behoeft deze nog niet te vervallen zoodra een der contractanten wegvalt. Dit behoort, zoowel bij de eene als bij de andere opvatting, z. i. daarvan afhankelijk gesteld te worden of diens deelneming van zooveel gewicht was, dat het gemeenschappelijk doel zonder haar niet behoorlijk meer te bereiken is, omdat in dat geval de overige deelnemers moeten geacht worden zonder hem de oprichting niet te hebben gewild. Doen zich omstandigheden voor die de geheele oprichting ongeldig maken, wanneer de n. v. een doel beoogt strijdig met de openbare orde of goede zeden of ter benadeeling der schuldeischers opgericht is, dan kan zij als elke andere rechtshandeling in dat geval nietig verklaard worden, onverschillig alweder welk karakter men aan de oprichting toekent. Met Schr. schijnt het mij niet twijfelachtig, dat bij verschil tusschen de overeenkomst tot oprichting en de akte de laatste moet voorgaan, als zijnde het beslissende moment in de oprichting, het stuk waarop de koninklijke bewilliging verleend wordt en 't welk gepubliceerd wordt, en dat de bestuurders zich dus alleen daaraan te houden hebben.

De koninklijke goedkeuring dekt de nietigheid niet. Al zag de Koning geen strijd met wet, openbare orde of goede zeden, dit belet den rechter niet dezen aanwezig te achten. Zoo moet ook nietigverklaring volgen, wanneer door later blijkende nietigheid van eene deelname de goedkeuring verleend is, ofschoon in werkelijkheid niet $\frac{1}{5}$ deel van het kapitaal geplaatst was. Maar zeer juist schijnt mij V.'s meening, dat indien door latere toetreding intusschen het vereischte kapitaal bijeengebracht is, geen nietigverklaring meer behoort te volgen. Schr. vereenigt zich niet met de opvatting van den Hoogen Raad dat de goedkeuring een persoonlijk karakter heeft en derhalve, op het ontwerp der akte verleend zijnde, slechts geldt voor hen die dat hebben ingediend, zoodat geen anderen krachtens die bewilliging de vennootschap mede zouden kunnen oprichten.

Over de gevolgen der nietigheid spreekt onze wet niet. V. neemt als uitgangspunt dat de kern der n. v. is het bijeengebrachte

kapitaal en onderscheidt daarom of de oorzaak der nietigheid die kern raakt of niet. Gemis nu van koninklijke goedkeuring heeft alleen ten gevolge dat geen rechtspersoon in het leven geroepen wordt, maar belet niet dat het kapitaal door de bestuurders wordt gebruikt tot het doel waarvoor het bijeengebracht is en aan derden verbonden wordt. Dat derden nooit belang zouden hebben zich op het ontbreken der rechtspersoonlijkheid te beroepen, omdat zij toch slechts met het oog op dat kapitaal gehandeld hebben, zou ik niet durven beamen. Vooreerst is het, bijv. in geval van faillissement, niet onverschillig aan wien dat kapitaal toebehoort, maar bovendien gaat 't toch niet steeds alleen om het kapitaal en is bij vele contracten, bijv. huur, die een voortdurende verhouding meebrengen, de persoon van den medecontractant verre van onverschillig. Bij gemis van koninklijke bewilliging zijn de bestuurders eenvoudig, in plaats van organen van een rechtspersoon, gemachtigden van de gezamenlijke vennooten en kunnen zij als zoodanig worden aangesproken. Hen bovendien, met uitbreiding van het aan art. 39 K. ten grondslag liggend beginsel, persoonlijk aansprakelijk te stellen, schijnt mij alleen dan gerechtvaardigd, wanneer de bewilliging van den aanvang af ontbrak of hun bekend was dat deze ten onrechte verleend was, zoodat zij desbewust zijn opgetreden in eene hoedanigheid die hun niet toekwam.

Ook V.'s meening dat de aansprakelijkheid der vennooten, ondanks het wegvallen der rechtspersoonlijkheid, nooit verder gaat dan hun inbreng, alweder omdat zij die met de vermeende n. v. handelden niets anders aan zich hebben willen verbinden dan het vermogenscomplex, schijnt mij betwistbaar; in elk geval zie ik geen reden om aan derden een beroep op art. 1681 B. W. tegen de vennooten te ontzeggen.

Is daarentegen de oorzaak der nietigheid gelegen in een gebrek van de akte, waardoor de geheele overeenkomst en daarmede het samengebrachte kapitaal wegvalt, dan vervallen tevens alle verbintenissen door de bestuurders als zoodanig aangegaan. Volgens V. worden zij nu persoonlijk aansprakelijk jegens derden, 't geen e contrario zou volgen uit art. 1843 B. W. Ik zou meenen dat onderscheid gemaakt moet worden, of de oorzaak der nietigheid hun al dan niet bekend was of bekend had kunnen zijn. Bij art. 37 *d* Regeerings-Ontwerp zijn ingeval van nietigheid der n. v. zoowel de bestuurders als de oprichters en de commissarissen hoofdelijk jegens derden aansprakelijk gesteld, behoudens te leveren bewijs dat zij aan de nietigheid geen schuld hebben.

Wanneer het gebrek in de akte slechts een deel van de oprichters raakt, moet volgens V. alleen dan de geheele oprichting nietig geacht worden, wanneer dat deel zoo belangrijk is dat de overigen zonder hen de vennootschap blijkbaar niet zouden hebben willen oprichten, en zijn dus ook alleen in dat geval de overigen niet aansprakelijk voor hunnen inbreng.

De in de vorige uitgave nog ampel besproken vraag of een in

het buitenland volgens de daar bestaande wetgeving opgerichte n. v. hier te lande zonder verdere formaliteit als zoodanig moet worden erkend, wordt thans, als niet meer betwist, met eenvoudige verwijzing naar de artt. 6, 9 en 10 der Wet houdende Alg. Bep. bevestigend beantwoord. Het R. O. — art. 56 *a* — bevat een uitdrukkelijke erkenning van buitenslands gevestigde n. v., onder voorwaarde van openbaarmaking harer statuten indien een deel van het beheer van hare zaken binnen het rijk gevoerd wordt.

Over handelingen door bestuurders namens de vennootschap verricht vóór de openbaarmaking spreekt onze wet wel. Zij verklaart hen daarvoor hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk, maar ieder slechts voor zijn eigen daden. Hier is dan ook geen onbekendheid met het verzuim aan te voeren. Maar in dit geval is ook de vennootschap zelve aansprakelijk, die immers ook reeds vóór de publicatie bestaat. De bestuurders die hunne bevoegdheid niet te buiten zijn gegaan, kunnen zich dan ook op haar verhalen. Een en ander bepaalt het R. O. uitdrukkelijk in art. 37 *b*.

In het nu volgende hoofdstuk „Kapitaal" worden wij allereerst gewezen op het verschil tusschen de begrippen kapitaal en vermogen. Gelijke vermaning tot juiste onderscheiding liet de M. v. T. op het R. O. hooren, met het oog op de verwarring waarvan de artt. 47 en 50 K. blijk geven en waaraan ook de Staatscommissie van het Ontwerp van 1890 niet wist te ontkomen. Het vermogen van de n. v. is het steeds wisselend totaal van hare bezittingen, na aftrek der schulden. Haar kapitaal is het bij de akte van oprichting vastgesteld gezamenlijk bedrag waarvoor in de vennootschap deelgenomen is of hoogstens deelgenomen kan worden. Immers waar slechts een vijfde deel van het aandeelenkapitaal geplaatst behoeft te zijn, is te onderscheiden het geplaatste en het nominale kapitaal. Op het eerste, gestort of niet, komt het natuurlijk aan; daarin vinden de crediteuren hun waarborg, waarvoor dan ook door de wet gewaakt wordt.

V. noemt als „eigenlijke" waarborgen de verplichting tot volstorting der aandeelen en de bepalingen om ontduiking daarvan tegen te gaan. Voorts het verbod van uitkeeringen aan de aandeelhouders anders dan uit winst, te beoordeelen naar de totale uitkomsten van het bedrijf van den aanvang af, derhalve anders dan wanneer de stand van het bedrijf aanwijst dat het vermogen der vennootschap haar kapitaal overtreft. Art. 44 *i* van het R. O. zegt uitdrukkelijk dat geen winst geacht wordt gemaakt te zijn, voordat het verlies van vorige jaren aangezuiverd is. En eindelijk het verbod van eigenmachtige kapitaalsvermindering.

Ofschoon dit laatste genoemd wordt het sluitstuk van de waarborgen voor de realiteit van het kapitaal, zal men een verbod tot terugbrenging van het kapitaal der n. v. tevergeefs in onze wet zoeken. V. geeft trouwens toe dat in vele gevallen daarin niets onwettigs noch onbehoorlijks gelegen is, zelfs wanneer de vermindering gepaard gaat met teruggave van een deel van den

inbreng. Zeker is dat niet het geval wanneer zij bij de statuten voorzien is, gelijk veelal voorkomt wanneer het bedrijf van de vennootschap een geleidelijke inkrimping meebrengt, dus steeds minder kapitaal behoeft. Maar ook zonder bij de akte te zijn geregeld, hangt 't geheel van de omstandigheden af of een besluit tot kapitaalvermindering aan vernietiging van de zijde der schuldeischers blootstaat. Ik zou althans meenen dat in toepassing van art. 1377 B. W. hier de eenige waarborg tegen benadeeling der schuldeischers gelegen is. En niet anders staat 't m. i. met de bekende kwestie of verwerving van eigen aandeelen door de n. v., anders dan bij wijze van kapitaalvermindering, per se nietig is. V. neemt dat aan omdat, 't zij de vennootschap die aandeelen van hare aandeelhouders terugneemt en hun daarvoor hunne storting teruggeeft of hen van storting vrijstelt, 't zij zij zelve direkt de aandeelen bij inschrijving neemt, in elk geval het bedrag daarvan uit de kas gaat of er niet inkomt en dus de waarborg voor crediteuren minder wordt. Met hem — althans dat leid ik uit het bovenstaande af — geloof ik dat het in beginsel geen verschil maakt of de aandeelen al dan niet volgestort zijn, of de kas m. a. w. met een geldsbedrag of met een vordering verminderd wordt, en dus schijnt mij de bepaling van art. 43 *g* van het R. O., waarbij de verwerving uitsluitend van niet-volgestorte aandeelen nietig verklaard wordt, niet gemotiveerd. Dat nu door het nemen van haar eigen aandeelen door de vennootschap, hare crediteuren een deel van hun waarborg verliezen, is niet betwistbaar. Maar zoolang dat niet uitdrukkelijk verboden wordt en een algemeen voorschrift ontbreekt, dat alle handelingen waardoor crediteuren benadeeld *kunnen* worden aan vernietiging blootstaan, zooiang zou ik meenen dat ook hier, zelfs wanneer de aandeelen niet uit de winst worden betaald — wat voor sommigen verschil maakt — de schuldeischers zich met de Pauliana tevreden moeten stellen en dat in elk bijzonder geval werkelijke benadeeling moet aangetoond worden om nietigverklaring te verkrijgen (1).

---

(1) Zoo is m. i. terecht beslist door de Rb. te 's-Hertogenbosch i. d. 22 Dec. 1911 (*W.* 9366) dat een beding in de statuten, dat de vennootschap haar eigen aandeelen, welke de directeur verplicht is bij zijn indienst treden te nemen, na diens aftreden moet terugnemen, niet nietig is. De Rb. te Utrecht verklaarde in haar vonnis van 24 Jan. 1912 (*W.* 9332) aankoop van eigen aandeelen, niet uit de winst, in strijd met de wet. Ook hier betrof 't aandeelen van een afgetreden directeur, die deze als zoodanig had moeten nemen en waaromtrent terugname bij zijn aftreden bepaald was, evenwel niet bij de statuten maar bij de instructie van den directeur; de benadeeling van de crediteuren der in staat van faillissement verklaarde n. v. was daar echter zeer duidelijk; immers 39 van de 44 geplaatste aandeelen waren daar onder die voorwaarden aan de directeuren der verschillende bijkantoren uitgegeven.

Het R. O. laat in de artt. 44 en 44*a* terugbetaling van het bedrag van volgestorte aandeelen slechts toe ingevolge een besluit tot vermindering van het kapitaal, tegen welk besluit ieder belanghebbende in verzet kan komen.

Als „oneigenlijke" waarborgen, slechts in verwijderd verband staande met de bestemming van het kapitaal om als waarborg voor de schuldeischers te dienen, noemt V. de bepaling van art. 51 K., dat de vennootschap niet kan werken tenzij een tiende van het geplaatste kapitaal gestort zij — een waarborg die het R. O. prijsgeeft — die van art. 47 K., verplichte kennisgeving van een kapitaalverlies van 50 pCt., ontbinding van rechtswege bij een van 75 pCt., en — maar uitsluitend voor maatschappijen van verzekering op bepaalde voorwerpen — die van art. 53 K., vaststellende het maximum dat op een zelfde voorwerp verzekerd mag worden.

Na een korte bespreking van het „aandeel" in de beteekeningen van evenredig deel van het kapitaal en van het daarvoor afgegeven bewijs — in een derde beteekenis, als het geheel der rechten en verplichtingen aan het houden van een aandeel verbonden, komt het later ter sprake — komen wij tot het belangrijke hoofdstuk, gewijd aan de organen der n. v., de algemeene aandeelhoudersvergadering, het bestuur en de commissarissen.

Terwijl in beginsel de gezamenlijke aandeelhouders, in wier belang de vennootschap opgericht is, de hoogste macht daarin vormen, wordt om praktische redenen de uitoefening daarvan bij de statuten zoo goed als altijd opgedragen aan de algemeene vergadering van aandeelhouders en hetgeen deze beslist aangemerkt als het besluit der gezamenlijke aandeelhouders. Behoudens ééne uitzondering laat art. 54 K. de regeling van het stemrecht aan de statuten over. Niettemin acht V. het stemrecht zoozeer inhaerent aan het bezit van een aandeel dat eene regeling waarbij sommige aandeelhouders, bijv. zij die slechts één aandeel bezitten, van het stemrecht worden uitgesloten z. i. ongeldig zou zijn. Aldus ook de praktijk bij het verleenen der koninklijke bewilliging en aldus uitdrukkelijk art. 46 *a* van het R. O.

De taak van de algemeene vergadering is niet in de wet omschreven; de regeling van hare bevoegdheid is dus overgelaten aan de statuten. Bij gebreke daarvan is hare macht onbeperkt, met deze uitzondering dat het uitvoerend gezag uit den aard der zaak aan het bestuur toekomt. Daarentegen mogen twee dingen niet aan de vergadering, althans aan de aandeelhouders, onttrokken worden: de wijziging der statuten en de benoeming van het bestuur. Alleen het laatste, dat ook recht van ontslag insluit, wordt uitdrukkelijk in de wet (art. 44 K.) toegekend, maar dat ook de eerste bevoegdheid haar toekomt, volgt daaruit dat 't hier den grondslag der vennootschap betreft.

Al heeft zij geen groot praktisch belang, aangezien de meeste statuten voorschriften bevatten omtrent de mogelijkheid van wijziging harer bepalingen, de vraag of bij gemis van eenig voorschrift daaromtrent, de algemeene vergadering bevoegd is te besluiten tot statutenwijziging, is en wordt nog steeds in beiderlei zin beantwoord. Kist behoorde tot hen die de vergadering onbevoegd achtten, op den zeker prima facie afdoenden grond dat een overeenkomst

alleen door wilsovereenstemming van alle partijen kan gewijzigd worden, het standpunt ook door de Staatscommissie van het Ontwerp 1890 ingenomen. V. komt evenwel tot een andere conclusie, en wel op grond van deze redeneering, dat het doel der vennootschap, bevordering van de stoffelijke belangen harer deelnemers, zoozeer vereischt de mogelijkheid om hare inrichting en werking naar gelang der omstandigheden te wijzigen, dat de bevoegdheid daartoe, indien niet uitdrukkelijk in de akte uitgesloten, geacht moet worden stilzwijgend daarin opgenomen te zijn.

De Memorie van Toelichting op art. 46 *f* van het R. O., 't welk de vraag in dien zin oplost, gaat ook van dezelfde gedachte uit, dat, waar dit punt niet geregeld is, het veeleer aan te nemen is dat men er niet aan gedacht heeft dan dat men wijziging tenzij met algemeen goedvinden heeft willen verbieden: wil men werkelijk geen wijziging, dan sluit men die wel met zooveel woorden uit. Die bevoegdheid tot wijziging is echter niet onbeperkt. Natuurlijk mag zij niet leiden tot besluiten strijdig met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Men is 't er ook over eens dat de vergadering niet mag beschikken over verkregen rechten van derden, 't zij schuldeischers, 't zij bestuurders en commissarissen, voorzoover betreft aanspraken aan hen als zoodanig toegekend. Maar verder loopen de meeningen over de grenzen der bevoegdheid tot statutenwijziging uiteen. Men heeft verschillende algemeene beginselen daarvoor trachten op te stellen en in sommige vreemde wetgevingen ook opgenomen. V. acht deze echter alle willekeurig en onvoldoende. Vooropgesteld dat de mogelijkheid van statutenwijziging noodzakelijk is, is de vraag wanneer en hoe van die bevoegdheid gebruik gemaakt behoort te worden, er eene van doelmatigheid, waarvoor geen algemeene regels zijn te geven, maar die de aandeelhouders telkens naar omstandigheden hebben te beslissen. Z. i. kan dus, tenzij de statuten het verbieden, elke bepaling der akte door de vergadering gewijzigd worden, behoudens de reeds boven vermelde beperkingen en met dien verstande dat de wijziging nooit ten gevolge mag hebben dat de vennootschap van haar doel, winstbejag, zou afwijken en dat de wijziging niet mag strijden met de openbare orde of de goede zeden. Als voorbeeld van het laatste noemt Schr. het geval dat door een meerderheid van gewone aandeelhouders aan preferente aandeelhouders zonder hunne toestemming een hun bij de statuten toegekend voorrecht zou worden ontnomen, als een geoorloofde wijziging daarentegen de invoering van preferente aandeelen, mits de gewone aandeelhouders daarin gelijkelijk, of volgens andere bij de statuten geregelde verhouding, kunnen deelnemen. In denzelfden geest het R. O. in de artikelen 46 *f* en *g*.

Van groot belang is de vraag in hoeverre tegen de besluiten der vergadering door belanghebbenden kan worden opgekomen. In onze wet ontbreekt elke bepaling daaromtrent, zoowel t. a. van derden als van de individueele aandeelhouders. De Mem. van Toel. van het R. O. noemt na de drie „hoeksteenen" van het ontwerp

— openbaarheid, bescherming van het vermogen en regeling van de persoonlijke aansprakelijkheid — de zorg voor de rechtmatige belangen der minderheid, „thans in den regel te eenenmale aan de willekeur der meerderheid overgeleverd", de voornaamste verbetering die de voorgestelde wet zal brengen. V. onderscheidt beoordeeling uit het oogpunt van doelmatigheid en uit dat van de wettigheid der genomen besluiten. De eerste berust thans, en dat is ook wel de algemeene leer ten onzent, uitsluitend bij de vergadering zelve; deze heeft, mits zich houdende aan wet en statuten, in hoogste instantie zelve te beslissen wat ter bereiking van het doel der vennootschap nuttig en noodig is. Als voorbeeld noemt hij de door de vergadering aan het bestuur verleende décharge, zelfs voor onrechtmatige of anti-statutaire handelingen, aangezien de vergadering zelve moet weten of zij van haar recht op schadevergoeding gebruik wil maken.

Anders evenwel waar het gaat om de rechtmatigheid harer besluiten. Lijden deze aan vormgebreken, doordat bijv. de vergadering niet conform de statuten bijeengeroepen is, of aan materieele fouten, doordat zij strijden met de wet of de statuten, dan kan ook het hoogste gezag in de vennootschap ze niet van nietigheid redden, omdat de vennootschap zelve niet buiten die grenzen kan gaan. Dergelijke nietige besluiten kunnen dus ook noch aan aandeelhouders noch aan derden verkregen rechten ontnemen. Deze kunnen die doen gelden alsof het besluit niet genomen was, zonder nietigverklaring te vragen. Daarnevens echter kent V. in overeenstemming met de Schrijvers van den lateren tijd aan de afzonderlijke aandeelhouders de bevoegdheid toe de nietigverklaring te vragen van zoodanige besluiten wanneer die indirekt hunne rechten of zelfs hunne belangen aantasten. Ten bewijze dat ook in de rechtspraak die bevoegdheid erkenning heeft gevonden, haalt hij een paar beslissingen aan, de eene betreffende een besluit om de bezittingen der vennootschap beneden de waarde aan een deel der aandeelhouders te verkoopen, de andere een besluit om de onroerende goederen der vennootschap voor een ander dan het statutaire doel ten behoeve van een derde met hypotheek te bezwaren, in welke beide gevallen door den rechter de bevoegdheid van den aandeelhouder om nietigverklaring te vorderen in beginsel erkend werd. Zoowel uit het arrest van het Hof te Amsterdam in laatstbedoeld geval (opgenomen in W. 8718) als uit een beslissing van het Hof te 's-Gravenhage, te vinden in W. 9011, blijkt echter tevens dat de grenzen van het door de statuten aangegeven doel soms zeer ruim opgevat worden.

Al moet de beslissing van den rechter in deze gevallen dikwijls zuiver declaratoir zijn, omdat hij voor het nietig verklaard besluit geen ander in de plaats kan stellen, acht V. hem geroepen den aandeelhouder te beschermen en hij meent te kunnen constateeren dat rechtsovertuiging en rechtspraak zich ook in die richting ontwikkelen.

Op de vraag of een ongeldig besluit door uitdrukkelijke of stil-

zwijgende bekrachtiging geldig kan gemaakt worden, geeft Schr. een bevestigend antwoord, met dien verstande echter dat, aangezien een besluit niet voor den een geldig en voor den ander ongeldig kan zijn, de bekrachtiging alleen waarde heeft wanneer zij algemeen geschiedt, zoodat zelfs de aandeelhouder die voor het onwettige besluit stemde of tot de uitvoering daarvan medewerkte, de ongeldigheid daarvan kan inroepen, zoolang het niet door allen is bekrachtigd. Aldus is onlangs door den Hoogen Raad beslist, in zijn arrest van 18 April 1913, W. 9500, uitsluitend op grond van het contractueel karakter der n. v., tengevolge waarvan hare statuten als wettig gemaakte overeenkomst den aandeelhouders tot wet strekken (1).

Het R. O. bevat hieromtrent een uitvoerige regeling. Terwijl art. 46 *d* besluiten, tot stand gekomen op eene wijze strijdig bij de wet of de akte van oprichting, van rechtswege nietig verklaart, houdt het verder een reeks bepalingen in, waarbij aan een minderheid der aandeelhouders — minstens $^1/_{10}$ van het kapitaal vertegenwoordigende — mits deze ter vergadering tegengestemd hebben, de bevoegdheid verleend wordt tegen genomen besluiten bij den rechter op te komen, en zulks niet alleen op grond van strijd met wet of statuten, openbare orde of goede zeden, maar ook — en ziedaar wel een der gewichtigste bepalingen van het ontwerp — t. a. van bepaalde, volkomen wettige, besluiten van ingrijpend belang voor de vennootschap (art. 43 *b*) of tot wijziging der akte (art. 47 *b*), op grond dat daardoor hun belang of dat der vennootschap onbillijk en ernstig zou worden geschaad. Strekt de statutenwijziging tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal of tot verkorting van den duur der vennootschap, dan kan zelfs ieder belanghebbende daartegen in verzet komen, gelijk ook tegen het besluit tot ontbinding der vennootschap (artt 44 *a*., 47 *c* en 53 *b*). Het recht om de nietigheid van eenig besluit der vergadering in te roepen vervalt evenwel, ter wille van de rechtszekerheid, volgens art. 47 *e*, na verloop van zes maanden.

De volgende afdeeling handelt over het bestuur, het orgaan waardoor de vennootschap zich moet uiten. De bestuurders staan eenerzijds — tenzij zij bij hooge uitzondering niet bezoldigd zijn — als beheerders harer zaken in dienstbetrekking tot de vennootschap; anderzijds, tegenover derden, treden zij op als hare lasthebbers. Aldus ook het R. O. art. 48, dat hiermede een oude strijdvraag oplost. In geval van strijd tusschen de bepalingen van het arbeidscontract en die van lastgeving zullen, volgens den regel van art. 1637 *c* B. W., die van de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn.

V. maakt bij de qualificatie lasthebbers de restrictie „voorzoover

(1) Iets anders is het, later op volkomen geldige wijze een nieuw besluit van dezelfde strekking te nemen.

zulks met hunne qualiteit van orgaan is overeen te brengen" en verwijst in dit verband naar de jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege, die — zie de aanteekening van E. M. M. onder het arrest van 11 April 1913 in W. 9524 — zich meer en meer vestigt in dezen zin dat daden en betrekkingen van een orgaan van een rechtspersoon als daden en betrekkingen van de rechtspersoon zelve moeten aangemerkt worden, een leer waarvan de praktische gevolgen, zoowel processueel als voor het materieel recht, blijken uit de in de noot op pag. 511 aangehaalde uitspraken.

Bestaat het loon van den bestuurder geheel of gedeeltelijk uit een aandeel in de winst (tantième) dan behoort, omdat 't hier slechts betreft een deel der bedrijfsonkosten, ter berekening of en hoeveel winst er behaald is, enkel gelet te worden op de uitkomst van ieder jaar afzonderlijk, anders dus, gelijk wij boven zagen, dan waar 't de vraag geldt of aan de aandeelhouders dividend kan worden uitgekeerd, wat van de totale uitkomst van het bedrijf afhangt.

Het bedrag van het tantième kan eerst na afloop van het bedrijfsjaar ontstaan en is dus eerst dan opvorderbaar, hetgeen volgens Schr. evenwel niet belet dat hij die in den loop van het jaar als bestuurder aftrad, na het einde daarvan in evenredigheid van den tijd dat hij in functie was daarop aanspraak heeft, aangezien het winstaandeel, hoewel tevoren onzeker, toch even goed als het vooraf bepaalde deel behoort tot zijn loon, d. i. de vergoeding voor de door hem bewezen diensten.

Het bestuur is als aangewezen orgaan van de vennootschap bevoegd haar in en buiten rechte te vertegenwoordigen, ook zonder speciale volmacht. Zijn bevoegdheid omvat het gewone beheer, „het zelfstandig verrichten van al die handelingen welke bij een normale bedrijfsuitoefening noodig zijn om het vennootschappelijk doel te verwezenlijken". Wat daaronder valt is een feitelijke vraag, bij geschil door den rechter te beslissen. Al zegt V. dat niet uitdrukkelijk, meen ik dat ook hij, wegens de tegenstelling tusschen het 1e en 2e lid van art. 1833 B. W., de handelingen in het 2e lid van dat artikel genoemd niet onder beheer begrepen acht en de bestuurders zonder uitdrukkelijke volmacht of bepaling in de akte dus niet bevoegd acht tot het vervreemden van goederen enz. Art. 49 *d* van het R. O. heft die beperking op. Daarentegen ontzegt art. 50 van het R. O. aan het bestuur eene bevoegdheid, die thans twijfelachtig is, n.l. om zonder bijzondere machtiging aangifte tot failliet verklaring der vennootschap te doen.

Hetgeen de bestuurder binnen den kring zijner bevoegdheid verricht bindt niet hem doch de vennootschap; ook voor onrechtmatige daden die hij daarbij begaat is de vennootschap aansprakelijk, als waren 't haar eigen daden, dus krachtens art. 1401 B. W., zonder dat art. 1403 behoeft ingeroepen te worden.

Is de bevoegdheid van het bestuur bij of krachtens de akte

beperkt, dan gelden die beperkingen ook t. a. van derden, die dan van het bestaan daarvan kennis hebben kunnen nemen. Onbevoegd verrichte handelingen der bestuurders binden de vennootschap niet, tenzij deze die later goedgekeurd of er voordeel van genoten heeft. Beperkingen niet blijkende uit de akte binden derden niet, doch zijn alleen van kracht tusschen bestuur en vennootschap.

Verantwoordelijk zijn de bestuurders natuurlijk in de eerste plaats jegens de vennootschap voor de behoorlijke vervulling der verplichtingen die uit hunne dienstbetrekking voortvloeien, en wel, indien er meer zijn, ieder slechts voor zijn eigen daad of nalatigheid en niet hoofdelijk, aangezien de wet dat niet bepaalt. Art. 48 *b* van het R. O. doet dat wel.

Aansprakelijkheid jegens de individueele aandeelhouders bestaat er niet, aangezien de bestuurder contractueel alleen verbonden is jegens de vennootschap en aan de afzonderlijke aandeelhouders het recht niet is toegekend om een aanspraak te doen gelden die aan de vennootschap toekomt. Zoodanige bevoegdheid wordt wel toegekend bij de artt. 50 *c* en *d* van het R. O. Eerstgenoemd artikel geeft, wanneer de jaarlijksche vergadering aan de bestuurders wegens hun beheer geen décharge heeft verleend, doch niet tevens heeft besloten tegen hem een vordering tot schadevergoeding in te stellen, aan elken aandeelhouder, die tegen de décharge heeft gestemd, de bevoegdheid dat namens de vennootschap te doen; het tweede geeft, wanneer de vergadering wel décharge heeft verleend, aan aandeelhouders, die een tiende deel van het kapitaal vertegenwoordigen en tegen de décharge gestemd hebben, het recht gelijke vordering in te stellen.

Schadeplichtig jegens derden eindelijk zijn de bestuurders in geval van overtreding van sommige wettelijke bepalingen, reeds bovengenoemd, en van de statuten, en wel, krachtens art. 45 2e lid K., hoofdelijk en voor het geheel, echter niet collectief, dus ieder slechts voor de handelingen die hij mede verricht of toegelaten heeft. De goede trouw brengt evenwel mede dat zoodanige actie niet toekomt aan hen die wisten dat de bestuurder buiten zijn bevoegdheid ging of dat hadden behooren te weten. Een en ander wordt in denzelfden geest geregeld in de artt. 50 *e* en 51 van het R. O.

De commissarissen eindelijk zijn het facultatieve orgaan, belast met het toezicht op het bestuur — art. 44 K. Behoudens een enkele bepaling — art. 43 K. — laat de wet verder de regeling van hunne taak aan statuten of reglement over. Zoo ook de omschrijving van hetgeen het te oefenen toezicht omvat. Uit den aard der zaak zal dit verschillen naar gelang van het bedrijf der vennootschap. Bij gebreke van nauwkeurige omschrijving van de taak van commissarissen, behoort volgens V. in het algemeen in het oog gehouden te worden dat de functie van commissaris in den regel is een bijbetrekking, van welker vervulling niet geëischt mag worden dat zij den persoon geheel in beslag neemt. In gelijken zin uit

zich de Mem. v. Toel. op art. 52 van het R. O. Zoooals onze wet in art. 52 K. onderstelt en art. 51 *b* van het R. O. uitdrukkelijk bepaalt, kan aan commissarissen tot zekere hoogte medewerking in het bestuur worden opgedragen. Terecht wijst V. erop dat, ofschoon in 't algemeen en speciaal bij de beoordeeling van hunne aansprakelijkheid commissarissen niet gelijkgesteld mogen worden met bestuurders, dit onderscheid vervalt wanneer statuten of vergadering onder den naam van commissarissen een orgaan mochten geschapen hebben dat feitelijk de taak van bestuurders verricht. Aldus met zooveel woorden art. 52 *b* van het R. O. Op het wezen, niet op den naam komt 't aan.

Indien zij bezoldigd zijn bestaat er tusschen de vennootschap en hare commissarissen eene verhouding van dienstbetrekking, waarop de regelen van het arbeidscontract toepasselijk zijn. Zoo ook in art. 51 *b* van het R. O. Zij zijn verantwoordelijk jegens de vennootschap voor de behoorlijke vervulling hunner taak. Wanneer een deel van die taak door of krachtens de statuten aan een of meer hunner in 't bijzonder is opgedragen, zal dit beperking of uitsluiting voor dat deel van de aansprakelijkheid der overigen meebrengen. Overigens is ook hier bij gemis van wettelijke bepaling hoofdelijke en collectieve aansprakelijkheid m. i. uitgesloten; ook het R. O. stelt die t. a. v. commissarissen niet voor.

Aangezien ook commissarissen alleen tot de vennootschap in contractueele verhouding staan, zijn zij wegens verzuim in het vervullen van hunne taak ook alleen jegens deze, niet jegens aandeelhouders of derden verantwoordelijk. Het R. O. kent evenwel in art. 52 *a* zoowel aan aandeelhouders als aan derden dezelfde rechten toe jegens commissarissen als, gelijk wij boven zagen, tegen bestuurders. Hierbij zij nog vermeld dat genoemd ontwerp in de artt. 52 *d* tot *g* een bijzondere bevoegdheid aan aandeelhouders toekent en regelt, n.l. om aan de Rechtbank de benoeming te vragen van een commissie van aandeelhouders of anderen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en den gang van zaken bij de vennootschap, indien zoodanig verzoek door bestuur, commissarissen en algemeene vergadering geweigerd is.

Volgt het hoofdstuk over de aandeelhouders, door V. gedefinieerd als eigenaars van een aandeel, in den zin van het geheel der rechten verbonden aan een evenredig deel van het vennootschappelijk kapitaal. De wet verplicht den aandeelhouder alleen tot volstorting van het bedrag van zijn aandeelen. Ook de vergadering kan hem niet tot meer verplichten, tenzij hij daarin toestemt, maar aan den anderen kant ook niet van die verplichting ontheffen. Die storting moet geschieden in geld, tenzij inbreng van andere zaken, lichamelijke of rechten, bij de akte of later overeengekomen is. De wet verbiedt dit niet. Tegen misbruiken die hierbij kunnen voorkomen, door te hooge waardeering en daardoor te groote uit-

keering van aandeelen voor het ingebrachte, wordt, gelijk wij boven zagen, in het R. O. door de artt. 43 en v.v. gewaakt.

Ook inbreng van nijverheid acht V. in beginsel niet uitgesloten, mits die nijverheid kan aangemerkt worden als een actief en dus niet tekort gedaan wordt aan den eisch dat de inbreng gelijk zij aan het kapitaalbedrag. Dit zal het geval zijn o. a. wanneer het bestuur zijn loon ontvangt in aandeelen, waardoor betaling in geld bespaard wordt, maar niet wanneer aan oprichters als belooning voor hunne diensten aandeelen worden uitgereikt, zonder dat dit bij de akte of later bepaald is.

De verschuldigde storting in geld kan gecompenseerd worden met een vordering van den aandeelhouder op de vennootschap. Al gaat daardoor de waarborg die de crediteuren in dien stortingsplicht bezaten in zooverre teniet, dit is geen grond om compensatie van liquide vorderingen tusschen dezelfde personen af te wijzen. Een blanco of als volgestort uitgegeven aandeel levert volgens V., met het oog op de bepaling van art. 41 K., begin van bewijs bij geschrifte op van de volstorting, zoodat hij die in het bezit daarvan is het bewijs der betaling kan voltooien door getuigen en vermoedens. In den regel kan als vermoeden dienen de omstandigheid dat de vennootschap zelve het aandeel heeft verstrekt. Bestuurders en commissarissen echter zullen, omdat zij zelf met die uitgifte belast zijn, zich van dat vermoeden niet kunnen bedienen.

De rechten der aandeelhouders zijn te onderscheiden in collectieve en individueele. Van de eerste soort noemt de wet er enkele, het benoemen van het bestuur en het recht op mededeeling door het bestuur van de winsten en verliezen. Individueel heeft elke aandeelhouder vooreerst het recht om op te komen tegen met wet of statuten strijdige handelingen van de organen der vennootschap zoowel van de vergadering, gelijk wij boven zagen, als van bestuurders en commissarissen (1). Verder het recht tot deelneming aan de algemeene vergaderingen en uitoefening van het stemrecht, gelijk een en ander door de wet en de statuten is geregeld (2). Eindelijk het recht op een evenredig deel van de winst en van het saldo bij liquidatie, benevens die rechten welke de statuten verder aan hen mochten toegekend hebben.

Omtrent de balans en winst- en verliesrekening bepaalt de wet niet veel meer dan dat zij jaarlijks moeten opgemaakt worden en dat de laatste aan de vennooten moet worden voorgelegd. V. geeft eenige praktische wenken omtrent de wijze waarop die stukken behooren te worden ingericht opdat belanghebbenden daaruit den

---

(1) Ook van liquidateurs der n. v. Zie vonnis Rb. Amsterdam in W. 9284.

(2) Dat zij geen recht hebben op een afschrift van de notulen der vergadering, door een notaris ten verzoeke van het bestuur opgemaakt, is beslist door arrest van het Hof te 's-Gravenhage, met vernietiging van een vonnis van de Rechtbank aldaar, beide opgenomen in W. 9373.

stand van zaken kunnen beoordeelen, en betoogt dat 't vooral aankomt op juiste waardeering van de verschillende activa en passiva, voorzoover die niet in geld bestaan, behoorlijke afschrijvingen en goed begrip welke baten als winst zijn aan te merken. Verschillen omtrent de waardeering of afschrijving beschouwt hij als kwesties van doelmatigheid, waaromtrent belanghebbenden zich aan de beslissing der vergadering hebben te onderwerpen — tenzij er opzet tot benadeeling in het spel is —, weglating van winstposten die op de rekening behooren geeft daarentegen hun wien een deel van de winst toekomt, recht daartegen bij den rechter op te komen.

Het R. O. brengt hier in art. 44 *c* de veel gewenschte verplichting tot openbaarmaking, waarvoor het de nu bestaande verplichting tot aankondiging van een verlies van 50 pCt. en 75 pCt. van het kapitaal prijs geeft. Blijkens de M. v. T. wordt van de verplichte openbaarmaking van balans en winst- en verliesrekening, wegens de daaruit voortvloeiende contrôle van het publiek op den inhoud dier stukken, zooveel heil verwacht dat het overbodig scheen daarnaast voorschriften omtrent de inrichting te stellen, daargelaten de praktische bezwaren daarvan. „Zooveel mogelijk vrijheid van handelen te laten, doch met openbaarheid van hetgeen is verricht" is het door het ontwerp gehuldigde beginsel.

Ten slotte de ontbinding en daarmede gepaard gaande liquidatie, bestaande in de afwikkeling der loopende zaken en vereffening der baten, met eventueel de verdeeling van het saldo. Zoolang dit alles niet afgeloopen is blijft de vennootschap nog als rechtspersoon bestaan en blijven hare organen werkzaam, behalve dat de bestuurders vervangen zijn door liquidateurs, wat zij echter in den regel zelf zijn. De vennootschap in liquidatie verschijnt dan ook onder haar eigen naam in rechte, al of niet met de bijvoeging „in liquidatie", niet ten name van de liquidateurs, en kan als zoodanig failliet verklaard worden.

De ontbinding heeft vanzelf plaats door verloop van den tijd waarvoor de vennootschap is aangegaan of door het vervallen van haar doel, tenzij wijziging der statuten zulks voorkomt. Verder door een besluit tot ontbinding — art. 50 *b* van het R. O. geeft aandeelhouders en derden een recht van verzet tegen zoodanig besluit — door insolventie, verlies van 75 pCt. van het kapitaal en ontbreken van alle aandeelhouders. Eén aandeelhouder is voldoende voor het voortbestaan, immers door overdracht van aandeelen kan het getal zich steeds weer uitbreiden.

De taak van den liquidateur wordt bepaald door den aard van het bedrijf dat af te wikkelen is. De noodige vrijheid zal hem daarbij gelaten moeten worden; ook het aangaan van nieuwe contracten kan voor de goede afwikkeling noodig zijn. Handelende binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, eventueel door de statuten of de vergadering geregeld, verbindt hij de vennootschap, buiten die grenzen alleen zichzelf. Hij is bevoegd stortingen van de aandeel-

houders op te vragen, mits zich houdende aan de bepalingen daarvoor in de statuten gesteld, evenals de curator in geval van faillissement.

Verdeeling onder de aandeelhouders mag eerst geschieden na betaling van alle schulden. Ook uitdeelingen die reeds gedaan zijn in de meening dat alle schulden voldaan waren kunnen, daar de wet het tegendeel niet bepaalt, teruggevorderd worden wanneer er nog crediteuren blijken te zijn. Het R. O. treft in de artt. 54 *d* en v.v. eene regeling om de hieruit zoowel voor aandeelhouders als crediteuren voortvloeiende bezwaren zooveel mogelijk op te heffen. De verdeeling van het overschot geschiedt volgens de regelen van boedelscheiding, met inachtneming van eventueel bij de statuten toegekende bijzondere rechten. Grondslag van de verdeeling, die niet over de aandeelhouders maar over de aandeelen, de eigenlijke eenheden der n. v., geschiedt, behoort te zijn de inbreng, d. i. het op de aandeelen gestort bedrag, bij gebreke althans van een overeengekomen anderen maatstaf. Aldus is, met toepassing van den door art. 1670 B. W. voor de verdeeling van winst bij de burgerlijke maatschap gestelden regel, door den Hoogen Raad beslist in het bekende proces naar aanleiding van de ontbinding van de Rijnspoorwegmaatschappij. Maar ook voorzoover het saldo het kapitaal niet te boven gaat en dus geen winst uitmaakt, wil V. denzelfden regel op de verdeeling toepassen, deze dus ook dan niet naar het nominale bedrag der aandeelen doen geschieden, omdat het bedrijf gevoerd is met het gestorte bedrag en 't dus billijk is dat dit zooveel mogelijk aan de inbrengers wordt teruggegeven.

Na zoo uitvoerig te zijn geweest in onze aankondiging van het 3e stuk, mogen wij ten aanzien van het 4e met enkele woorden volstaan.

Ook in de opvatting van de Coöperatieve Vereeniging, de jongste, in de toepassing dikwijls van hare oorspronkelijke bestemming afgeweken, vereenigingsvorm met hare eigenaardige afwisseling van leden en kapitaal, bestaan principieele verschilpunten tusschen Kist en Visser. Trouwens uit de geschiedenis blijkt dat bij hare ontwerpers allerminst klaarheid bestond omtrent de plaats welke de C. V. tusschen de andere vereenigingen inneemt, of zij behoort tot de maatschappen of tot de zedelijke lichamen, en de vage omschrijving in art. 2 der Wet van 17 November 1876, *Stbl.* n°. 227 draagt daarvan de sporen. Volgens V. kan zoowel het een als het ander het geval zijn, naar gelang zij al of niet winstbejag voor hare leden beoogt.

Dat art. 6 dier Wet rechtspersoonlijkheid aan de C. V. toekent, was voor Kist geen beletsel om zoowel uit de definitie in art. 2 als uit andere bepalingen der wet, waaruit blijkt dat de C. V. geen eigen doel, afgescheiden van de stoffelijke belangen harer leden, beoogt, af te leiden dat het vermogen der C. V. het gezamenlijk

eigendom der leden blijft. Deze opvatting, die nog in recente rechterlijke uitspraken geleid heeft tot de beslissing dat rechtens geen koop en verkoop van de waren eener Coöp. Verbruiksvereeniging aan hare leden mogelijk is, doch door den Hoogen Raad verworpen is bij arrest van 24 Nov. 1913, W. 9561, is ook voor V. onaannemelijk. Voor hem toch is het criterium der rechtspersoonlijkheid niet als voor KIST gelegen in het eigen doel der vereeniging, maar in het hebben van eigen rechten en verplichtingen, afgescheiden van die der leden. Hoezéer nu ook de artikelen 7 sub 4°. en 19 der Wet, waarop ook KIST beroep doet, blijk geven van gemis van vast systeem bij hunne auteurs, toch laten zij zeer goed de lezing toe dat de C. V. is het subject der te haren name verkregen rechten en aangegane verbintenissen, zij 't ook dat de leden altijd in zekere mate, boven hun inbreng, voor die verbintenissen aansprakelijk moeten zijn.

Ook hier oprichting bij notarieele akte en openbaarmaking voorgeschreven, maar anders dan bij de naaml. vennootschap, die al voor de openbaarmaking bestaat, is deze voor de rechtspersoonlijkheid der C. V. onmisbaar. Koninklijke goedkeuring is hier niet vereischt, waartegenover de Wet echter vele, volgens Schr. al te vele, bepalingen opsomt die de akte op straffe van nietigheid moet bevatten.

Onder nietigheid verstaan KIST e. a. alleen gemis van rechtspersoonlijkheid; zij beroepen zich daarbij op het bij de beraadslagingen in de 2e Kamer verhandelde. Volgens VISSER evenwel, zich grondende op de besliste woorden der wet, welke op straffe van nietigheid een notarieele akte van zekeren inhoud voorschrijft, bestaat er wanneer aan die eischen niet voldaan is geen vereeniging: geen coöperatieve, omdat de wettelijke voorwaarden daartoe ontbreken, en geen andere omdat partijen die niet gewild hebben.

Wat betreft het register, het zoo gewichtige element in de C. V., en deszelfs beteekenis voor de vaststelling van het lidmaatschap, volgens de artt. 12 en 13 der Wet strekt het in geval van geschil tot eenig bewijs van de toetreding of opzegging. Maar wanneer daarover tusschen het lid en de vereeniging geen geschil bestaat, moet dan de toe- of uittreding aangenomen worden op grond van de erkentenis? Ofschoon erkennende dat het register probationis, niet solemnitatis causa is, onderscheidt V. in dat geval tusschen de toe- en de uittreding. Door dan de eerste als vaststaande aan te nemen wordt niemand geschaad, maar t. a. v. de opzegging gaat dat z. i. niet aan met het oog op het stelsel der wet, die de openbaarheid van het register heeft voorgeschreven wegens de aansprakelijkheid der leden jegens derden en dus gewild heeft dat deze zeker konden zijn dat wie in het register als lid vermeld staat het ook is.

Na een nader onderzoek van den aard en de werking van de persoonlijke aansprakelijkheid, een gezamenlijke borgtocht, van de leden voor het tekort der vereeniging, volgt de behandeling

van de organen der C. V., dezelfde als bij de naaml. vennootschap, waarop ook in hoofdzaak dezelfde bepalingen en beginselen toepasselijk zijn, en ten slotte de ontbinding en vereffening, waarvan hetzelfde geldt.

De Onderlinge Waarborg- of Verzekeringmaatschappij, door KIST in het 4e deel als species van het assurantiecontract behandeld, door VISSER hier geplaatst als behoorende tot de vereenigingen — waarom dan ook uitdrukkelijk terzijde gesteld worden die bedrijven welke zich wel met den naam tooien doch in werkelijkheid ondernemingen zijn van een of meer zich directeur noemende personen — neemt slechts weinige bladzijden in beslag. Daar zij uitsluitend de onderlinge verzekering harer leden en geen winstbejag ten doel hebben, zijn zij volgens V. zedelijke lichamen en als zoodanig, sedert zij aan de bepalingen der Wet van 1855 zijn onttrokken, ook zonder koninklijke goedkeuring rechtspersonen, ofschoon dat, wegens onzekerheid van de geldigheid van vroeger hier afgekondigde fransche wetten, ten aanzien van tontines, zieken- en begrafenisfondsen twijfelachtig is. Hieruit volgt dat niet de leden elkaar verzekeren, hetgeen KIST aannam, die ook hier de rechtspersoonlijkheid verwierp, maar de maatschappij de leden verzekert.

In onze wet wordt de onderlinge of wederkeerige waarborg of verzekeringmaatschappij slechts in twee bepalingen genoemd, de artt. 286 en 308 Koophandel. Het eerste doet niet anders dan de regeling overlaten aan de overeenkomst van partijen, bij onvolledigheid aan te vullen „naar de beginselen van het recht", zoodat zoowel de algemeene wettelijke bepalingen omtrent verbintenissen uit overeenkomst als die op het stuk van verzekering toepasselijk zijn. Het tweede ziet alleen op de wederkeerige levensverzekeringmaatschappij en onttrekt deze aan de bepalingen van de afdeeling omtrent de levensverzekering, zoodat alleen de algemeene wetsbepalingen van de verzekering toepasselijk blijven. De slotwoorden van den vorigen druk, dat onze wetgeving hier veel te wenschen overlaat, met vermelding dat dit reeds in 1835 door een der afdeelingen van de Kamer werd gezegd, worden door VISSER overgenomen.

De verjongingskuur van het Werk van KIST schijnt mij weder uitstekend geslaagd, het nu voltooide Derde Deel in zijn nieuwe bewerking een groote aanwinst voor hen die van de belangrijke onderwerpen van ons handelsrecht daarin vervat hebben kennis te nemen. Mogen weldra vele van de daarin uitgewerkte rechtsverhoudingen de nog ontbrekende wettelijke regeling erlangen, van andere de regeling in overeenstemming met nieuwere inzichten worden gewijzigd en aangevuld.

Mr. P. POLVLIET.

Mr. L. Ed. Lenting. — *Schets van het Nederlandsch Staatsbestuur en dat der overzeesche bezittingen.* Zevende uitgave. Bewerkt door Mr. H. J. Romeijn.

Bij het doorbladeren van bovengenoemde „schets", in de 7e uitgave uitgedijd tot een boekdeel van 1000 blz., hebben wij ons tevergeefs afgevraagd, welke bedoeling bij schrijver en bewerker heeft voorgezeten. Voorwoord en inleiding geven de strekking niet aan, en ook uit het werk zelf is deze moeilijk af te leiden. Bedoelt de schrijver, ons wetenschappelijk inzicht in het Nederlandsche staatsrecht te verhelderen? Men zou het vermoeden, als men b.v. terloops een trouwens weinig diepgaande bespreking aantreft van eenige hoofdstellingen uit het alles behalve populaire standaardwerk van Mr. van Idsinga (p. ix). Maar dergelijke pogingen tot behandeling van wetenschappelijke vraagstukken zijn te zeldzaam, dan dat daardoor het karakter van het boek kan worden bepaald. Wenscht de schrijver een handleiding te geven bij het onderricht van leerlingen, van welke nog geen zelfstandige studie kan worden verwacht? De verhalende, soms bijna keuvelende stijl wijst in die richting. Daarentegen schijnt weer de uitvoerige vermelding van tal van bijzonderheden voor een werk van paedagogische strekking minder geschikt. Wil dan misschien de schrijver den lageren administratieven ambtenaar, die telkens met de details van ons administratief recht in aanraking komt, den weg wijzen? Indien men dat zou willen afleiden uit de minutieuse parafrase van tallooze administratieve wetten en zelfs algemeene maatregelen van bestuur, dan pleit daartegen weer, dat zoo weinig aan de behoeften der praktijk, b.v. door het bespreken van casus-posities is tegemoet gekomen. Wellicht had de bewerker het „elck wat wils" voor oogen en moeten wij de Schets beschouwen zoowel als *wetenschappelijk standaardwerk*, als *paedagogisch handboek* en als *administratief naslawerk*. Maar als dat zoo is dan vreezen wij dat het boek het bewijs levert dat het vrijwel onmogelijk is, in één werk aan zóó verschillende eischen te voldoen, daar telkens òf de wetenschap, òf de paedagogie, òf de administratieve praktijk in het gedrang komt.

De onzekerheid omtrent de bedoeling van schrijver of bewerker heeft bovendien ten opzichte van de kritiek dit groote bezwaar, dat daardoor licht onbedoeld den schrijver onrecht wordt aangedaan

door het aanleggen van een maatstaf, die door hem misschien niet wordt aanvaard. Toetst men het werk op zijn wetenschappelijke waarde b.v., wellicht dat men dan het verwijt te hooren zal krijgen: ik bedoelde niet wetenschappelijk werk te leveren, uw kritiek gaat dus langs mij heen. Niettemin zijn wij nu eenmaal geroepen om over het aan de redactie ter bespreking toegezonden boek eenige opmerkingen te maken, en dus deze kwade kans te loopen.

Hetgeen ons dan in de eerste plaats trof was, dat de schrijver niet geheel en al zijn belofte gestand heeft gedaan, zich „in de eigenlijke behandeling der stof tot eene *objectieve* (wij cursiveeren) bespreking van het feitelijk recht, hetzij dan geschreven of ongeschreven, te bepalen" (p. VIII). Dit is niet te verwonderen. Op het gebied van het recht, en zeer bijzonder van het staatsrecht, laat telkens de geschreven wetstekst in den steek. Waar dat het geval is, en dus hetgeen feitelijk gebeurt (b.v. de parlementaire praktijk) naar ongeschreven regelen moet worden beoordeeld, is het gevaar niet gering dat een niet verder gemotiveerde subjectieve opvatting van den schrijver haast ongemerkt als positief recht wordt binnengeloodst. Wellicht is niemand in dit opzicht zonder zonde, maar men zij dan ook voorzichtig in zijn betuigingen van objectiviteit! En in elk geval moet aan andere meeningen behoorlijk recht worden gedaan. Of indien — gelijk de schrijver op p. VIII vooropstelt — het bestek van het werk dat niet toelaat, dan is toch het minste wat men mag eischen, dat met duidelijke woorden gezegd wordt, welke methode men volgt en van welke beginselen men uitgaat. De wellicht minder deskundige en derhalve argelooze lezer is dan gewaarschuwd!

De schrijver nu heeft dat niet gedaan, is blijkbaar zoo overtuigd van de waarheid der liberale staatsidee en van de receptie van deze idee in ons positieve staatsrecht, dat hij telkens hetgeen liberale staats*leer* is, zonder verder betoog als Nederlandsch staats*recht* ons voorstelt.

Een enkel voorbeeld. Nederland is een constitutioneele monarchie. Niemand die het ontkent. Veel verder brengt ons dat echter niet, zoolang wij niet weten wat onder een constitutioneele monarchie is te verstaan. Daar loopen de meeningen uiteen. Nu geeft de bewerker (pag. XVI) een uiteenzetting van wat een „zuivere constitutioneele monarchie" — nog wel, zeer ongebruikelijk, gesteld tegenover een „beperkte monarchie" — zou zijn en neemt dan aan, dat onze staatsinrichting aan dat ideaal zou beantwoorden, althans in zooverre, dat de monarchie op de constitutie (blijkbaar = grondwet) zou berusten. Dat wordt vrijwel als vanzelfsprekend beschouwd. Wel wordt op pag. LV een zwakke poging gedaan om deze stelling te verdedigen tegenover de leer van de geoctroyeerde grondwet, maar geheel over het hoofd wordt gezien, dat men die laatste leer kan verwerpen, zonder nog de opvatting van den schrijver over de constitutioneele monarchie te huldigen. Dat er zijn, die in wat de schrijver als „*zuiver*" constitutioneel recht

opdischt, niet anders zien dan „ein *sogenanntes* konstitutionelles Staatsrecht" (STAHL), wordt eenvoudigheidshalve ter zijde gelaten. Een ander voorbeeld geeft de behandeling van de ministerieele verantwoordelijkheid. De ministers zijn verantwoordelijk aan de S. G. Dat is alweer een door ieder aanvaarde stelling. Doch de vraag is ook hier, wat dat beduidt. Van zekere zijde is steeds de voorstelling gegeven, dat ministerieele verantwoordelijkheid synoniem is met ministerieele afhankelijkheid, m. a. w. dat het recht tot oordeelvelling van de S. G. het recht tot dwanguitoefening insluit. Van andere zijde is dat ten stelligste ontkend. Zonder verder betoog wordt nu maar van de onderstelling uitgegaan, dat de eerste opvatting juist is, immers de schrijver stelt, dat „de Volksvertegenwoordiging [gehoorzaamheid aan de parlementaire conventie] altijd kan *afdwingen* (wij cursiveeren) ten gevolge van de politieke verantwoordelijkheid der ministers" (pag. XVII), die verantwoordelijkheid, waarvan op een andere plaats (pag. 215) gezegd wordt, dat waar „deze in haren vollen omvang wordt toegepast" „aanwending van het middel [van budgetweigering] om van de afkeuring van het regeeringsbeleid te doen blijken, niet [kan] uitblijven". Zoo maakt men het zich toch wel àl te gemakkelijk en vent men *zonder bewijs* politieke theorie voor positief staatsrecht uit!

Een tweede bezwaar is, dunkt ons, dat de schrijver te weinig gewerkt heeft volgens *de historische methode*. Het nut van deze methode voor een wetenschappelijke behandeling van het recht behoeft aan den schrijver niet te worden duidelijk gemaakt. Hij oordeelt zelf (pag. XVI) dat „van veel belang voor de kennis van het positieve staatsrecht van een land is de studie van zijne historische ontwikkeling". Inderdaad zijn in 't bijzonder bepaalde onderdeelen van het staatsrecht niet anders te begrijpen dan door van de historische ontwikkeling kennis te nemen. Hetgeen dan behoort te geschieden, niet door een eenvoudig meedeelen van de feiten zonder meer, maar door de lijn die verleden met heden verbindt aan te geven. Terwijl eindelijk nauwgezette juistheid vooral op dit gebied, waarop zooveel wordt geliefhebberd, een eerste vereischte mag worden genoemd. Het wil ons nu voorkomen, dat deze beginselen door den schrijver niet altijd in het oog zijn gehouden.

Soms wordt de historische behandeling achterwege gelaten, juist waar zij noodzakelijk zou zijn om een bestaand rechtsinstituut behoorlijk te verklaren. B.v. bij de bespreking der zoog. grondrechten. In zijn standaardwerk „Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden" I p. 150 v.v. levert Prof. STRUIJCKEN het bewijs, hoe een dergelijk historisch onderzoek ook voor de praktijk — de jurisprudentie van Kroon en rechter — van groot belang kan zijn. Niettemin valt de schrijver van de Schets bij de grondrechten met de deur in huis en . . . . komt dan ook tot geheel andere conclusies dan die waartoe Prof. STRUIJCKEN komt. Dat wil natuurlijk nog niet zeggen dat hij ongelijk en Prof. STRUIJCKEN gelijk heeft in de conclusie. Maar wel, dat voor de beoordeeling van het rechtskarakter

der grondrechten, ten opzichte van de beteekenis der historische ontwikkeling daarvan moet worden stelling genomen.

Een andermaal worden wel historische feiten vermeld, maar zonder dat blijkt waarom dat geschiedt, d. w. z. zonder dat de continuïteit wordt aangewezen. Dan heeft echter een opsomming van historische data geen nut en kan deze eerder verwarring stichten. Als b.v. gehandeld wordt over den Commissaris der Koningin, wordt o. m. verwezen naar den Stadhouder, alsof deze zijn historische voorganger zou zijn geweest (pag. 667). Toch is hier de samenhang zuiver formeel, waar de positie van den huidigen Commissaris in geen enkel opzicht te vergelijken is met die van den Stadhouder tijdens de Republiek. Materieele continuïteit bestaat eerder tusschen den Stadhouder en den Koning. Maar waartoe dient dan in verband met den Commissaris de verwijzing naar den Stadhouder, anders dan om het inzicht te vertroebelen? Een ander voorbeeld is de korte bespreking op pag. 115 van de vóórrevolutionaire structuur van de rechterlijke macht. Hetgeen in korte woorden daar wordt medegedeeld is niet geheel juist. Doch afgezien daarvan, geeft deze verhandeling ons volstrekt geen inzicht in de ontwikkeling van het instituut. Daartoe zou b.v. hebben kunnen dienen een beschouwing over de toenemende differentiatie tusschen politie en justitie, of over den langzamen overgang van de volksgerechten in ambtenaarsrechtbanken, of over de van ouds bestaan hebbende tegenstelling tusschen rechtsvorderaars en rechtsvinders. Waar van dat alles niet wordt gerept, is de vraag gewettigd, waarom dan eenige los samenhangende historische feiten moesten worden vermeld en niet liever geheel gezwegen is over de geschiedenis.

Eindelijk worden ook niet altijd de historische feiten juist weergegeven. Zoo is de bewering (pag. 32) dat wij den waarborg van het eigendomsrecht aan de Fransche Revolutie te danken hebben, beslist onjuist. Reeds vóór de Revolutie was de onteigening van overheidswege met waarborgen omringd en dat ook de Revolutie den eigendom in bescherming nam was eerder een gelukkige inconsequentie, dan een uitvloeisel van haar beginselen. Overigens is hetgeen de schrijver over den Revolutietijd meedeelt in tal van punten onjuist, gevolg hiervan, dat hij zich bepaalt tot een opsomming van bepalingen der revolutionaire staatsregelingen, zonder zich af te vragen, wat daarvan in de praktijk is terecht gekomen. B.v. hebben wel degelijk — al ontkent de schrijver dat (pag. 690) — in de periode van 1798—1814 Gedep. Staten of daarmede gelijkstaande colleges bestaan, met name van 1802—1807. Ook wordt op pag. 696 ten onrechte de indruk gewekt, als ware van 1798—1801 het verschil tusschen de steden en het platteland weggevallen: de onder vigueur der str. van 1798 tot stand gekomen gemeentewet is immers niet uitgevoerd. Meer dergelijke voorbeelden van onnauwkeurigheid zouden van deze en andere periodes der geschiedenis kunnen worden aangevoerd.

Heeft dus de schrijver ons teleurgesteld in de verwachting, een historische behandeling van de stof in zijn boek aan te treffen, hetzelfde geldt waar hij ons een *realistische* bespreking had voorgespiegeld. Op pag. v wordt ons beloofd, dat gelet zal worden „op de ontwikkeling der constitutioneele praktijk". Wat aangaat de algemeene werking van het parlementaire stelsel, wordt inderdaad de conventie min of meer beschreven. Doch naar het ons in bescheidenheid wil toeschijnen, zeer onvolledig. De nieuwere Engelsche litteratuur — men denke aan SIDNEY LOW — heeft onze aandacht bepaald bij het merkwaardig verschijnsel, dat in het moederland van het Parlement mèt de toenemende democratie het Parlement meer en meer in het gedrang komt tusschen eenerzijds de partijbazen, anderzijds het Kabinet. Wat vijftig jaren geleden gezegd werd, dat het Parlement het Kabinet controleert, geldt thans niet meer, het omgekeerde is het geval. In mindere mate dan in Engeland is dunkt ons, ten onzent een dergelijke vergroeiing op te merken. Daarom kan men niet meer volstaan met een beschrijving van de werking van het parlementaire stelsel, als b.v. baron VAN WELDEREN RENGERS in zijn Parlementaire geschiedenis gaf. De plaats der politieke partij in onze constitutioneele praktijk — straks door de E. V. vrijwel officieel erkend — moet worden geschetst. De rol door de partijprogramma's bij de verkiezingen gespeeld, behoort te worden geteekend. Op de toenemende kiezersvrees moet worden gewezen. De verhouding tusschen stembusprogram en regeeringsprogram verdient de aandacht. De beteekenis der partijversnippering, die blokvorming noodig maakt, mag den schrijver niet onverschillig laten. Aan den anderen kant kan de toenemende macht van het Kabinet niet zwijgend worden voorbijgegaan. Het merkwaardig verschijnsel van de herleving in toenemende mate van de zoog. reglementaire macht, nadat men haar in 1887 had doodverklaard, mag in dit verband hem die de realiteit van het staatsleven in het oog vat, niet ontgaan. En zoo is er meer. Toch vinden wij van dit alles bij den bewerker weinig of niets. Ook bij meer speciale punten blijkt, dat de parlementaire geschiedenis te weinig is geraadpleegd. Zoo ware bij een bespreking van de positie van de 1e Kamer op haar plaats geweest een behandeling van de verschillende methodes waardoor de 1e Kamer getracht heeft ondanks het gemis van het amendementsrecht op den inhoud van wetsontwerpen invloed uit te oefenen. Het is zeker waar, dat onze staatsrechtelijke litteratuur arm is aan de behandeling van precedenten, zoodat een „realistische" bespreking van ons staatsrecht eigenaardige moeilijkheden biedt, maar . . . . . de schrijver had onze verwachting gespannen door een uiteenzetting van de constitutioneele praktijk in uitzicht te stellen.

Onze bespreking is reeds te lang. Anders zou er aanleiding zijn om nader toe te lichten, dat o. i. ook de *technisch-juridische* behandeling van de stof hier en daar te wenschen overlaat. Trouwens is de geheele betoogtrant weinig concies, eerder gemoedelijk verhalend.

Voor een juridisch werk o. i. een bezwaar. Daar toch komt het vóór alles op nauwkeurige uitdrukking der gedachte aan. En hieraan ontbreekt het veelszins. Een eigenaardig voorbeeld alweer kan deze onnauwkeurigheid in de terminologie toelichten. Op pag. XVII toont de bewerker zich een aanhanger van de leer van DICEY over de „conventions" en stelt hij uitdrukkelijk vast, dat zij van gewoonte*rechtelijke* regelen moeten worden onderscheiden, omdat — een trouwens voor de continentale terminologie eenigszins vreemde bewering — ter handhaving der conventions geen beroep op den rechter kan worden gedaan. Op pag. LVII daarentegen lezen wij, dat de gemotiveerde orde van den dag en de afstemming van begrootingen om redenen daarbuiten gelegen — toch zeker volgens den schrijver „conventions" — „door het gebruik tot constitutioneel *recht* gestempeld zijn". En op pag. 188 is sprake van „het parlementair gewoonte*recht*, de zoo genoemde conventions"! Conventions dus eerst niet, dan weer wel gewoonterecht, wat zijn zij nu?

Het ter bespreking aangeboden werk biedt dus — daargelaten nu nog de algemeene opmerking omtrent de strekking van het werk, waarmede wij aanvingen — op tal van punten aanleiding tot kritiek. Dat wil intusschen niet zeggen, dat de Schets niet voor bepaalde doeleinden geschikt zou zijn. Het feit, dat het boek een zevende uitgave beleeft, wijst er trouwens op, dat het, zooals de term luidt, in een behoefte voorziet. Het heeft dan ook waarde en wel vooral hierdoor, dat het vollediger dan andere bekende werken de wetgeving resumeert en dus geschikt is om ter aanvulling van andere litteratuur te worden geraadpleegd. Bovendien geeft het een systematische bespreking van het administratieve recht, die in andere nieuwere geschriften niet te vinden is. Wel zou men ook deze bespreking juridischer wenschen en vermoeit niet zelden den lezer de parafrase van wat men veelal duidelijker in de wet zelf kan vinden, maar men vindt toch bij elkander gevoegd hetgeen bij elkander behoort. Voor dengene die zich met de beoefening van het Nederlandsche staatsrecht bezighoudt is dus de Schets in bepaalde opzichten een noodzakelijk complement op de bestaande litteratuur. Maar zij behoort met voorzichtigheid te worden gebruikt. Hetgeen te betreuren is, waar een werk als het bovenstaande, naar de ervaring leert, juist het meest door min deskundigen, b.v. door personen welke zich zonder behoorlijke leiding voor bepaalde examens moeten voorbereiden, wordt in handen genomen.

Alleen onder de bovengenoemde reserves kan dus o. i. met voldoening kennis genomen worden van het feit, dat een ruim debiet een nieuwe uitgave van de van ouds bekende „Schets van LENTING" heeft noodig gemaakt.

B. C. DE SAVORNIN LOHMAN.

H. J. KIEWIT DE JONGE, Bouwk. Ing. — *Bouwschappen publiek-rechtelijke organisatie's van eigenaars van bouwterrein.* Proeve tot oplossing van het stedelijk grond- en woningvraagstuk. Voorafgegaan door een voorrede van Prof. Dr. J. H. VALCKENIER KIPS. *Delft* 1914.

De schrijver heeft dit uitvoerig werk samengesteld met de bedoeling het als proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de technische wetenschap te doen dienen. Om gewichtige redenen evenwel, die in de voorrede van den Delftschen hoogleeraar worden vermeld, redenen geheel vreemd aan den inhoud van het geschrift, heeft deze uitgebreide studie tot bereiking van dat doel niet kunnen strekken. Bij de beoordeeling van den inhoud moet met het feit, dat het boek als dissertatie geschreven is, terdege rekening worden gehouden.

Een geweldige studie van ingewikkelde juridische en oeconomische vraagstukken ligt in dit boek van vierhonderd bladzijden besloten. Men staat inderdaad verbaasd, dat een niet-jurist zooveel rechtskennis uit ouden en nieuwen tijd op velerhande gebied heeft kunnen verwerken, zooveel juridisch materiaal heeft kunnen doorvorschen.

De kern van het probleem, hetwelk de auteur zich ter behandeling en oplossing voorstelde, is, in het kort weergegeven, aan woningzoekenden een woning te verschaffen tegen een prijs, waarop de monopolistische positie der grond- en huiseigenaren geen invloed heeft. Voor de systematische behandeling van dit vraagstuk heeft de schrijver gemeend zijn werk in drie hoofdstukken te moeten indeelen, aan welke hij weinig sprekende titels heeft gegeven: „de bijzondere factoren", „de algemeene beginselen", en „toepassing der algemeene beginselen op de bijzondere factoren".

In het eerste hoofdstuk bespreekt hij de storingsverschijnselen op het gebied der volkshuisvesting — verschijnselen n.l., die voldoende beschikbaarstelling van bouwterreinen tegen matigen prijs tegenhouden en zoo een behoorlijke volkshuisvesting in den weg staan — en onderzoekt daarbij de middelen, die zijn aangewend om deze nadeelige factoren te voorkomen of te niet te doen. Hij komt bij dit onderzoek tot de slotsom, dat het monopolie der

grondeigenaren, vooral der maatschappijen ter exploitatie van bouwgronden, moet worden vernietigd, terwijl regelmatige „grondaanvoer" (blz. 126), dus zonder speculatieve opdrijving van den grondprijs, dient te worden verzekerd; dat ruilverkaveling moet kunnen plaats hebben en het hypotheekcrediet „elastisch" (t. a. p.) moet worden georganiseerd; dat vaststelling van een stadsplan voor bebouwing door samenwerking van aan elkaar grenzende gemeenten moet mogelijk zijn.

In het tweede hoofdstuk behandelt de heer KIEWIT DE JONGE zeer breedvoerig de ontwikkeling van het eigendoms- en corporatiebegrip. Hij raadpleegt daarbij talrijke werken van gezaghebbende juristen, maakt melding van wils- en doeltheorieën, doet mededeelingen over de eigendomsontwikkeling in het oud-germaansche, frankische en oud-duitsche recht en over de corporatie-ontwikkeling in diezelfde rechtshistorische tijdperken en in het engelsche recht. Aan het einde van dit hoofdstuk komt de schrijver tot deze m. i. hoogst gewaagde conclusie, dat de komende oeconomische samenleving in organisaties wordt bijeengevoegd en de enkeling de vrije beschikking over zijn vermogensbestanddeelen afstaat aan de organisatie, de rechtspersoon (blz. 290). Volgens hem is „object van persoonlijken eigendom op vermogensbestanddeelen niet meer hoofdzakelijk een stuk grond of een onderneming, maar kapitaal, in den vorm van een obligatie of aandeelbewijs. Deze vorm van vermogensbestanddeelen leidt tot hunne samenvoeging onder societair verband" (blz. 214).

In het derde hoofdstuk worden de middelen aangewezen, die naar het oordeel des schrijvers, genezing moeten aanbrengen. Den lezer worden voorgesteld het bouwschap, het hypotheekschap en het stedenschap, een trits van nieuw te creëeren publiekrechtelijke organisaties. Met de inrichting van het waterschap tot voorbeeld wil hij eigenaars van bij elkaar liggende bouwterreinen in een publiekrechtelijke organisatie bijeenbrengen ter behartiging van het openbaar belang, de volkshuisvesting. Deze corporatie is het bouwschap. Zij heeft regelgevende bevoegdheid, kan den eigenaars bij hun beschikking over hun gronden verschillende verplichtingen, met politiedwang te handhaven, opleggen, bijv. de verplichting om zelven op hun grond te bouwen of dien te verkoopen. De verhouding van de ingelanden tot het bouwschap en die van het bouwschap tot de gemeente worden nader omschreven. Om de grondeigenaren beter in de gelegenheid te stellen tegen lage rente gelden op hypotheek op te nemen, dient een hypotheekschap te worden opgericht. Deze instelling geeft te haren laste obligaties uit aan toonder en de ingeland, die geld noodig heeft, kan door bemiddeling van het dagelijksch bestuur van het bouwschap, waartoe hij behoort, van het hypotheekschap, waarvan het bouwschap lid is, geld op hypotheek opnemen tot een bedrag als, na taxatie van de in aanmerking komende panden, het reglement der instelling toelaat. Enkel bouwschappen kunnen lid zijn van een hy-

potheekschap. Voor verdere bijzonderheden betreffende de werking van dit instituut zij verwezen naar de uiteenzetting, die de schrijver er van geeft. Ten slotte komt in aanmerking bij de oplossing van het gestelde probleem het steden- of gemeentenschap. Samenwerking van gemeenten op allerhande gebied wordt steeds meer gewenscht. Zoo ook op het gebied der stedenuitbreiding. Hier wordt echter een verplichting voorgeschreven. In verband hiermede zij het niet fraai geredigeerde art. 2 van het schema van wet op de stedenschappen ter verduidelijking vermeld: „Tot de oprichting van een Gemeentenschap of Stedenschap zijn die gemeenten verplicht, waarvan:

a. plannen van stadsaanleg van een dezer gemeenten zich uitstrekken over het gebied der andere gemeente of gemeenten;

b. een of meer gemeentelijke bedrijven goedkooper, sneller, nauwkeuriger of in het algemeen meer in het openbaar belang kunnen worden beheerd, wanneer zij tot een gemeenschappelijk bedrijf worden samengevoegd. Dit geldt zoowel van bestaande als op te richten bedrijven;

c. de vereenigde uitoefening of vervulling der bij de wet gestelde rechten of plichten in het belang van het Gemeentenschap of Stedenschap gewenscht is."

Ziehier in enkele trekken den hoofdinhoud van dit werk geschetst. Zeker doet deze korte opsomming den zwaren arbeid van den schrijver niet voldoende tot zijn recht komen. Een buitengemeen omvangrijke litteratuur heeft hij daarbij geraadpleegd. Evenwel, had de auteur bij de bewerking van dit onderwerp niet tal van schrijvers, vooral ook die op rechtshistorisch gebied, kunnen laten rusten zonder eenige schade aan het geheel aan te brengen? Bij het lezen van de eerste twee hoofdstukken kreeg ik telkens den indruk, dat de heer Kiewit de Jonge alles wat hij heeft nageslagen en hem ook maar eenigermate belangwekkend voorkwam in verband met het te behandelen onderwerp heeft meenen te moeten vermelden. Vandaar die groote omvang van het geschrift. Als treffend staaltje van deze wijze van behandeling der stof kan dienen het in den breede bespreken van een plaats bij Tacitus (Germania c. xxvi) en het vermelden van conjecturen door verschillende geleerden bij een duisteren zin aldaar aangebracht (1) (blz. 175 e. v.). Men mag zich inderdaad afvragen, of een dergelijk afdalen in bijzonderheden in dit werk niet volkomen misplaatst is. M. i. heeft de schrijver bij de behandeling van dit bij uitstek practisch onderwerp, hetwelk hij zich ter bewerking voorstelde, eensdeels zich veel te veel verdiept in allerhande juridische theorieën en bijzonderheden en rechtstoestanden van lang vervlogen eeuwen,

(1) Laatstelijk weer behandeld in het te Groningen in 1915 verdedigde proefschrift van D. Roessingh, Het gebruik en bezit van den grond bij Germanen en Celten, Groningen, blz. 169 e. v.

anderdeels te weinig oog gehad voor een scherpe bevoegdheidsomlijning van de organen in de nieuw te creëeren publiekrechtelijke organisaties. De onvoldoende schema's van wetten op de bouw-, hypotheek- en stedenschappen geven van dit gemis aan scherpe bevoegdheidsregeling de duidelijkste bewijzen. Ik zeide reeds, dat de schrijver het bouwschap construeerde naar het voorbeeld van het waterschap. Formeel moge er tusschen beide overeenkomst bestaan, materieel is op de hoofdzaak het verschil maar al te groot. Bij het waterschap treft men gemeenschap van belangen bij de grondeigenaren aan, hierin bestaande, dat de ingelanden belang hebben in een gewoon waterschap bij een behoorlijke waterloozing en waterkeering, in een droog waterschap bij het in goeden staat verkeeren der wegen. Hier roept het eigenbelang der eigenaren zelven de organisatie in het leven. Bij het bouwschap daarentegen staat dit eigenbelang der eigenaren niet op den voorgrond. Integendeel, het bouwschap gaat ten deele lijnrecht tegen de privébelangen der eigenaren in, offert die ten deele op aan het algemeen belang. Vandaar, dat bouwschappen in den trant van de door den heer Kiewit de Jonge geschetste, enkel tegen den zin van de betrokken grondeigenaars zullen kunnen worden opgericht. Daardoor is hun tot standkomen vooralsnog zoo goed als uitgesloten. Evenmin vallen binnen den gezichtseinder publiekrechtelijke financieele instellingen als hypotheekschappen. Kans van slagen daarentegen hebben de gemeentenschappen. Hier zijn streekbelangen te verzorgen, die anders niet behoorlijk behartigd kunnen worden tot schade van de gemeenten zelve en de burgerij. Het ligt dus voor de hand de belanghebbenden tot een corporatie samen te brengen. De gemeenten zoeken thans reeds samenwerking op menig gebied ter behartiging van belangen, die niet tot één plaats begrensd zijn. Daar de gemeentewet geen voldoende hulp biedt (artt. 121 en 122) voor publiekrechtelijke organisatie in deze aangelegenheid, hebben de gemeenten tot bereiking van haar doel haar toevlucht genomen tot het in het leven roepen van naamlooze vennootschappen, dus tot een privaatrechtelijke organisatie. Met die gewenschte uitbreiding van publiekrechtelijke grondslagen heeft het wetsontwerp van 1915 tot wijziging en aanvulling van de wettelijke voorschriften, welke regeling van gemeenschappelijke belangen tusschen gemeenten beoogen, rekening gehouden (Bijl. Handel. Tweede Kamer, 1914—15, **315**). De eerste stap in deze richting is derhalve gezet.

Heb ik in bovenstaande regelen eenige critische opmerkingen meenen te moeten maken, deze doen niets af aan het feit, dat de schrijver getoond heeft een buitengewone werkkracht en werklust, helder oordeel en scherpzinnigheid te bezitten. Jammer dat het groote werk door vele hinderlijke germanismen in den trant van „voorgevoerde schrijvers" (blz. 145) en door storende taalfouten wordt ontsierd.

Groningen. Ph. Kleintjes.

De opleiding van den jurist op het gymnasium en aan de universiteit, door Jhr. Mr. W. H. DE SAVORNIN LOHMAN, [vice]president van den Hoogen Raad der Nederlanden. *Utrecht*, G. J. A. Ruys, 1914.

Onder de onderwerpen, die steeds opnieuw aan de orde worden gesteld zonder dat er toch in het bestaande eene wijziging komt behoort dat wat de tegenwoordige president van den Hoogen Raad in bovenvermeld werk een overdruk van een in de „Stemmen des Tijds" verschenen studie behandelde.

Na eene periode van rust schijnt het onderwerp plotseling weder actueel te worden. Immers is van wege het Provinciaal Utrechtsch genootschap eene enquête geopend waarvan de resultaten misschien binnen niet te langen tijd zullen worden medegedeeld. Dan komt de zaak ter sprake in de openbare vergadering van het genootschap . . . . . en spoedig begint eene nieuwe periode van rust.

Hoe aangenaam nu dit ook moge wezen voor hen van wie men een hervorming verwacht, zoo is zulk een toestand van „up and down" toch niet zonder bedenking. Er vestigt zich langzamerhand eene communis opinio, dat de bestaande regeling niet meer aan redelijke eischen voldoet, maar omtrent dat wat zou moeten geschieden heerscht de meest mogelijke diversitas opinionum.

Eene wijziging, die op een gegeven moment instemming zou vinden, blijft achterwege, het moment voor herziening wordt verzuimd.

En dit is in een parlementair geregeerd land, waar meermalen perioden intreden dat de regeering niet in staat is op politiek gebied iets van beteekenis tot stand te brengen, niet zonder bedenking. Men wendt zich dan, althans in tijden niet zoo abnormaal als de onze, tot de neutrale zone.

Vindt men dan een onderwerp, dat naar ieders meening beter moet worden geregeld zonder dat men het nochthans eens is over de wijze waarop die verbetering moet geschieden dan is de kans groot — men denke aan hetgeen bij het tot stand komen der wet op het Hooger Onderwijs met de theologie is gebeurd — dat er wel eene regeling tot stand komt, die van de bestaande afwijkt, maar waarvan men ten slotte moet zeggen: „Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim".

Gevoelt men voor dergelijke oplossingen weinig sympathie, dan

is men dankbaar, wanneer een schrijver optreedt, die niet alleen tusschen rechtmatige en onrechtmatige grieven weet te onderscheiden maar, waar hij gebreken weet te vinden, ook uitvoerbare verbeteringen voorstelt (1).

Edoch dit is niet ieders werk.

Die vele jaren uitsluitend in het onderwijs werkzaam is geweest kan dikwerf de eischen der praktijk niet recht meer schatten. Niet dat hij ze onderschat; integendeel hij acht maar al te licht grieven rechtmatig, die dit volstrekt *niet* zijn.

Aan den anderen kant zal hij, die nimmer het voorrecht heeft gehad aan een hoogeschool als docent verbonden te zijn geweest, de beteekenis van het universitair onderwijs niet recht begrijpen en overdreven eischen stellen. De bruikbaarheid voor de praktijk vordert een detailkennis die het onderwijs, zal het wetenschappelijk blijven en niet in inpompen ontaarden, *niet kan* geven. Hoe nuttig ook praktische oefeningen mogen zijn, het blijft een waarheid, dat men een goed practicus slechts in de praktijk kan worden. Vermoedelijk niet het minst omdat hier karaktereigenschappen van groot gewicht zijn.

Vandaar dat opmerkingen van iemand, die als Jhr. de S. L. die niet alleen als magistraat een lange praxis achter zich heeft maar ook het gymnasiaal en universitair onderwijs van nabij kent en als examinator jaren lang gelegenheid heeft gehad zich een oordeel te vellen over de juridische kennis van juristen, die *geen* universitaire opleiding hebben genoten en die daarenboven niet schroomt om te zeggen wat hem op het hart ligt, van beteekenis zijn.

En dan trekt het de aandacht — ook al wekt het geen verbazing — dat de schrijver wat de vóór-universitaire opleiding

---

(1) Onder die onrechtmatige grieven behoort ook deze, dat op het gymnasium te veel van de leerlingen zou worden gevorderd. Ter wille van leerlingen, die geen hoofd voor studie hebben, moet men de waarlijk *niet* overdreven eischen die thans gesteld worden, *niet* verminderen. Er blijft voor sport tijd genoeg over en men make ons humanistisch gymnasium, dat toch ook een geschiedenis heeft, niet uit anglicisme tot een „public school".

Waar men met recht over kan klagen is de wijze, waarop vele leeraren — aan de H. B. S. is het nog erger — hun taak opvatten. De woorden van Rosen — Der Lausbub in Amerika — „Aber ich kann mich nicht ent„sinnen, dasz jemals mich ein Lehrer beiseite nahm und in güte mit „mir sprach um heraus zu bekommen was in meinem Hirn vorging", is maar al te waar.

Vele leeraren beschouwen het als hun hoofddoel om de leerlingen te schiften, te voorkomen, dat aan de universiteit komen of liever eindexamen doen, die daarvoor niet rijp zijn. Zeker een nuttige en noodzakelijke taak, maar niet de eenige! De leerling moet in den leeraar niet den man zien, wiens ideaal het is hem „te laten zitten". Voor 35 jaren was dit op het gymnasium, waar ik de lessen heb moeten volgen, bij „sommige" — gelukkig niet alle — leeraren, knappe lieden voorzeker, want ettelijken werden later hoogleeraar of directeur, „het" doel. Maar zij vergaten, dat zij het gymnasium in het oog der leerlingen tot een wetenschappelijk bagno maakten.

betreft wel verbeteringen voorstelt maar van dwaze plannen niet wil weten (1).

Wat een jurist zijns inziens vooral moet kennen is, naast een zekere algemeene ontwikkeling, eene die gericht is op het karakteristieke van zijn taak, het kennen of opsporen der regelen welke beheerschen of moeten beheerschen de verhoudingen, waarmede zijn arbeid in de maatschappij hem in aanraking brengt. Aan de universiteit moet de student reeds een langdurige oefening in het methodisch denken achter den rug hebben; dàár zal hij reeds de kunst moeten verstaan om van het algemeene tot het bizondere of van het bizondere tot het algemeene te besluiten, dàár moet hij reeds weten wat het zeggen wil om in den doolhof der details de groote lijnen te vinden.

Die kennis nu verschaft, naar des schrijvers meening, de klassieke ontwikkeling. Wel wil hij ook bij andere vakken niet alles ongewijzigd laten, zal zijns inziens bij het Nederlandsch meer aan stijloefeningen de aandacht moeten worden geschonken en zullen aan de nieuwe talen meerdere lesuren moeten worden gewijd, zoodat althans verkregen wordt, dat de leerling een in die taal geschreven werk zonder moeite kan verstaan, terwijl hij ten slotte het onderwijs in de geschiedenis anders wil zien geregeld, doch de hoofdzaak der gymnasiale opleiding moet zijns inziens blijven de studie der klassieke talen.

Der klassieke talen, dus ook van het Grieksch! Geen facultatiefstelling dier studie dus, al zullen wellicht enkele lesuren in stede van aan de studie van het Grieksch aan die der moderne talen moeten worden besteed (2).

Aanvankelijk krijgt men den indruk, dat het hoofdmotief dat

---

(1) Onder deze is m. i. te rangschikken het denkbeeld om tot de toelating der universitaire studie niet meer het bezit van eenig diploma te vorderen. Waar men tegenwoordig, om benoembaar te zijn voor bijkans iedere rijksbetrekking, ja zelfs om daarvoor te kunnen worden opgeleid, met succes een examen moet hebben afgelegd, waaruit blijkt, dat men zekere algemeene ontwikkeling bezit, zou openstelling der rechtsstudie, zonder dat zulk een eisch gesteld werd, er toe leiden, dat ieder, die elders niet kan slagen, het, zoo zijn vaders beurs het toelaat, maar eens probeert met de rechtsstudie.

Bij het notariaat heeft men zulk een toestand gekend en ... afgeschaft. Ik begrijp, dat men, lettende op de vele examens op allerlei gebied, zich afvraagt: ware afschaffing niet beter? Maar men kan niet voor één studievak met het systeem breken. Dit schijnt mij niet verstandig.

(2) Tegen de facultatiefstelling van het Grieksch trekt de schrijver zeer te velde. M. i. zeer terecht; practisch leidt zij tot afschaffing. Tot het aanleeren van een taal, zóó moeilijk, vooral in het lezen, als het Grieksch, zonder dat deze moeite eenig direct voordeel biedt, krijgt men den modernen gymnasiast niet licht. Hij doet liever aan sport. En zoo men hem er toe krijgt, de studie zal spoedig moeten worden gestaakt, wanneer de leerling in eenig verplicht leervak wat achterlijk is en, wil hij niet blijven zitten, daaraan bijzondere aandacht moet wijden.

Facultatiefstelling beteekent voor normaal ontwikkelde leerlingen afschaffing.

voor de handhaving van de studie der klassieke talen pleegt te worden aangevoerd, namelijk het in zich opnemen van den geest der „Antike", die veel meer Grieksch dan Latijn zou zijn niet dat is van onzen auteur. Hij toch betoogt, dat de studie der oude talen zulk eene uitnemende oefening zou opleveren in het logisch denken. Niet door *associatie*, gelijk de meeste moderne talen, slechts door *apperceptie* zoude men zich de kennis van Grieksch en Latijn kunnen verschaffen. Men leert volgens deze methode woordvorming en zinbouw beginnende met het eenvoudige allengs meer voortschrijdende. Verstand en inzicht is hier noodig; het begrijpen en vragen waarom nemen een eerste plaats in.

Intusschen naast dit argument, wat niet zonder gevaar is, wijl het er toe leidt om een taal enkel om de taal te leeren zonder dat men ooit een poging doet om in den geest der klassieke schrijvers door te dringen, — eene methode die ± 30 jaar geleden zeer in eere door den schrijver terecht wordt afgekeurd — komen toch spoedig andere. Het lezen en vertalen der oude talen zou het kritisch vermogen scheppen en een uitnemende stijloefening zijn. De omgang met de oude talen opent het oog voor fijnheden van taal en uitdrukking die wij moeten kennen, al is het niet mogelijk ze in onze taal weer te geven. Is niet de Grieksche taal de eigenlijke bron voor ons hedendaagsch denken? Bestaat er niet een onafscheidelijk verband tusschen de Grieksche taal en de wijsbegeerte? Ten slotte blijkt, dat het toch voornamelijk het voordeel is, dat de kennismaking met de klassieke litteratuur biedt, dat schrijver een lans voor het behoud der studie van de oude talen doet breken.

Zijn nu deze argumenten afdoende om de handhaving van de studie van het Grieksch op het gymnasium te rechtvaardigen? (1)

Op den voorgrond zij dan reeds dadelijk gesteld, dat m. i. de studie eener taal — en dit geldt voor het Grieksch niet minder dan voor eene andere — weinig voordeel biedt, wanneer men het daarin niet zoover brengt, dat men de meest voortreffelijke auteurs zonder moeite kan lezen en verstaan. Wanneer men het niet zoover brengt, dat men Homerus en Demosthenes, Euripides en Plato zonder groote moeite kan lezen, lijkt mij het nut der studie van het Grieksch luttel. Dat thans zoo weinig gymnasiasten na het verlaten van het gymnasium een Grieksch auteur ter hand nemen ligt voor een groot deel daarin, dat de taal zoo moeilijk is, dat zij het

(1) Opzettelijk wordt de vraag aldus gesteld en niet gesproken van de studie der beide oude talen. Ik neem toch aan, dat de kennismaking met de klassieke beschaving zulke voordeelen oplevert, dat men die noodig blijft achten. Ook neem ik aan, dat de studie van het Latijn en Grieksch als taal reeds groote voordeelen oplevert. Van het Grieksch misschien meer dan van het Latijn, doch ook de studie dezer taal scherpt het verstand. Mijn argumenten zijn niet steeds dezelfde als die van den schrijver, maar in eene boekbeschouwing is geen plaats om dit alles uiteen te zetten. Volgt echter uit dit alles dat èn Latijn èn Grieksch geleerd moeten worden?

zóóver niet hebben gebracht. Veel lesuren zal men dus niet kunnen sparen of men bereikt nog minder dan thans.

Wanneer men nu aan de gymnasiale studie niet nog een jaar wil toevoegen — eene oplossing die veel bezwaren zou opheffen maar die men, vermoedelijk omdat de studie aan de H. B. S. slechts vijf jaar vordert, algemeen verwerpt — en men toch eischt, dat de gymnasiast die algemeene beschaving zich verwerft die inderdaad een beschaafd man in onze maatschappij moet hebben dan moet men wel aan de studie van het Grieksch minder tijd besteden? (1)

Maar doet men dan niet beter met de studie van het Grieksch te schrappen?

Zou waarlijk de klassieke beschaving niet gekend kunnen worden zonder kennis van het Grieksch? Ik geef toe, dat men het ten tijde van AUGUSTUS als van zelf sprekend beschouwde, dat een beschaafd Romein Grieksch verstond. CICERO onderstelt van zijn lezers, dat zij die taal machtig zijn, maar kan men nu de schoonheid en phrases van CICERO niet leeren kennen zonder Grieksch? Hoeveel Franschen en Italianen verstaan Duitsch of Engelsch? Is voor hen de moderne beschaving een gesloten boek?

Zoo zou ik dan wel gaarne willen weten of de jongelieden, die in Duitschland een Realgymnasium hebben afgeloopen en dus wèl Latijn maar gèen Grieksch hebben geleerd van de klassieke beschaving zooveel minder hebben leeren kennen dan zij die een humanistisch gymnasium hebben bezocht.

Heeft men sinds ERASMUS en de reformatoren de voordeelen van de kennis van het Grieksch niet overschat?

---

(1) Dat aan de moderne talen meer tijd *moet* besteed worden geeft de schrijver toe. Gaat het wel aan, dat een toekomstig jurist van natuur- en scheikunde minder kennis heeft dan een onderwijzer? Is de kennis, die thans de leerlingen van afdeeling B der hoogste klassen van het gymnasium verkrijgen, *niet* een minimum dat ieder gymnasiast *moest* bezitten? Het is volkomen waar, dat oppervlakkige kennis van allerlei vakken niets beteekent, wanneer de studie niet wordt voortgezet. Intusschen is kennis der grondbeginselen nog niet identisch met oppervlakkige kennis.

De schrijver betoogt ergens, dat wanneer men de keuze moest doen tusschen het laten vervallen van de studie van het Latijn of het Grieksch, het Latijn daarvoor nog het meest in aanmerking zou komen. Op zich zelf is dat wellicht waar, maar kennis van het Latijn is voor wetenschappelijke rechtsstudie onmisbaar, omdat nu eenmaal rechtsgeschiedenis niet geleerd kan worden zonder kennis van het Latijn, dat de gelegenheid geeft ook de rechtsbronnen te begrijpen. M. i. behoort de vóór-universitaire opleiding den toekomstigen jurist die kennis te verschaffen die hij absoluut noodig heeft, zal hij met vrucht zijn vak kunnen studeeren. Vandaar, dat Latijn evenzeer geleerd moet worden als Fransch.

Nu is het zeer goed mogelijk een zeer scherpzinnig jurist te zijn zonder iets van de rechtsgeschiedenis af te weten, een wetenschappelijk jurist is men toch niet. Maar dat hij, die wil doordringen in het wezen van het recht, waartoe hem de rechtsgeschiedenis en de vergelijkende rechtsstudie de poorten ontsluiten, het Grieksch niet zou kunnen missen, gelijk Mr. HAMBURGER, Themis 1915 blz. 228 betoogt, kan ik niet inzien. De bewering, dat Grieksch voor een jurist onmisbaar zou zijn, doch niet voor een „beunhaas", „practizijn", „gagneur de cause", is een phrase.

Men stelt thans meer belang in wijsbegeerte dan 30 jaar geleden, toen toekomstige medici en natuurkundigen bij HÄCKEL zwoeren en een normaal juridisch student er niet aan „deed". Maar kan men werkelijk geen wijsbegeerte studeeren zonder kennis van het Grieksch?

Dit alles zijn vragen, die mij beletten om, hoe gewichtige gronden de schrijver ook aanvoert, reeds dadelijk aan te nemen, dat voor een aanstaand jurist de studie van het Grieksch onmisbaar is. Wel geef ik toe, dat zij, die voor de afschaffing pleiten, hun zaak nog geenszins gewonnen hebben.

In het tweede gedeelte van zijn studie behandelt de schrijver de academische opleiding. Dàar wijkt hij veel meer van het bestaande af. Uit den aard der zaak richt zich ook aan eene universiteit de studie voornamelijk naar hetgeen op de examina geëischt wordt en nu wil de schrijver, waar men thans voor het candidaatsexamen vordert kennis der rechtsencyclopaedie, van het Romeinsche recht en van de beginselen der economie deze beide laatste eischen laten vallen.

De staathuishoudkunde is een veel te gewichtig iets, dat men zou kunnen volstaan met de oppervlakkige kennis die thans verkregen pleegt te worden door het dikwijls zonder veel nadenken van buiten leeren van een vrij eenvoudig dictaat, zij wordt veel beter bestudeerd door een student, die reeds zelfstandig heeft leeren werken dan door een jong mensch zoo van de schoolbanken gekomen. Het verdwijnen der economie als examenvak bij het candidaatsexamen beteekent dus wel uitstel maar geen afstel.

Anders is het met de voorgestelde afschafifng van het examen in het Romeinsche recht.

Zooals het Romeinsche recht thans aan de universiteit pleegt gedoceerd te worden wordt den student daar zonder twijfel ad oculos gedemonstreerd hoe de verschillende instituten zich in den loop van een duizendtal jaren hebben ontwikkeld, de dogmatiek is bij de studie geheel op den achtergrond getreden, de rechtshistorie treedt op den voorgrond. Edoch welk een wonderlijke rechtshistorie, die ophoudt ± 535 n. C., die van de ontwikkeling van het Romeinsche recht in de middeneeuwen en na de receptie niets vermeldt, die zwijgt over het Germaansche recht, dat evenals het Romeinsche toch voor menig thans bestaand rechtsinstituut in den vorm waarin wij het thans kennen de bron is geweest. Het is waar, de hoogleeraar in het hedendaagsch civielrecht zal te hooi en te gras over germaansch en kanoniek recht wel het een en ander vertellen dat tot recht verstand der wet noodig is, het springt in het oog hoe een systematische behandeling der rechtsgeschiedenis die èn het Romeinsche èn het Germaansche recht omvat veel beter resultaten zal opleveren.

De rechtsgeschiedenis wordt derhalve een leervak waarvan men

op het doctoraal examen bewijs zal moeten leveren met vrucht te hebben kennis genomen.

Intusschen, de studie van het Romeinsche recht wordt thans tevens dienstbaar gemaakt om den jongen jurist de hoofdbeginselen van de rechtsdogmatiek te leeren kennen. Wat men onder een overeenkomst, eene verbintenis, een zakelijk recht of een erfopvolging verstaat leert hij bij de studie van dat vreemde recht. Zou het echter niet veel beter zijn hem dit alles te leeren bij de studie van het thans vigeerende Nederlandsche recht? Voor hen die het eerste gedeelte van het examen voor candidaat-notaris afleggen geschiedt dit reeds thans en blijkens de resultaten niet zonder vrucht. Vandaar dat de schrijver voor het candidaatsexamen nevens de kennis der rechtsencyclopaedie die van de hoofdbeginselen van het hedendaagsch civielrecht vordert. Voor de uitgevallen staathuishoudkunde komen de hoofdbeginselen van het staatsrecht in de plaats. Voor de studie wordt één jaar voldoende geacht, dus niet meer dan thans voor de voorbereiding van het candidaats-examen besteed pleegt te worden.

Het doctoraal examen blijft in hoofdzaak wat het thans is. Slechts komen de economie en de rechtsgeschiedenis als examenvakken er bij — de laatste echter niet als verplicht examenvak voor hem, die zich aan het publiekrecht wil wijden. Waar daarenboven de grondbeginselen van het privaatrecht reeds bekend zijn kan het onderwijs in dit vak een ander karakter gaan dragen. Niet alleen, dat het meer wetenschappelijk kan worden gegeven, ook voor de praktische toepassing — de practica en laboratoria van Prof. Fockema Andreæ (1) — is meer tijd beschikbaar, terwijl bij het staatsrecht dan het gemeenterecht meer op den voorgrond kan treden.

Betrekkelijk kort maar zeer lezenswaardig is dit alles toegelicht. Ook hier ontbreekt de plaats voor meer dan eene bloote aankondiging. Slechts een enkele opmerking vinde hier plaats.

Het denkbeeld om dadelijk met de studie van het hedendaagsch civielrecht — de schrijver voegt er ook het handelsrecht aan toe, waarvan ik echter liever de studie tot na het candidaatsexamen zou willen uitstellen — te beginnen lijkt mij *zeer* gelukkig (2).

---

(1) Waarom deze hoogleeraar dit geheel onjuiste woord „laboratoria" bezigt? Een laboratorium is in het Nederlandsch een gebouw, althans een vertrek.

(2) Dat dit mogelijk is, bewijzen de resultaten der opleiding van de meeste candidaat-notarissen en surnumerairs der Registratie. Het duidelijk maken van de grondbegrippen van het civielrecht kan veel gemakkelijker geschieden bij de studie van thans geldend recht dan van het Romeinsche recht, al was het alleen omdat men de voorbeelden steeds kan ontleenen aan het hedendaagsche leven. En wanneer de candidaat in de rechten in het Burgerlijk Wetboek geen vreemde is, de beginselen van het civielrecht reeds kent, zal de eigenlijke studie van dat recht en van het handelsrecht

De *wets*kennis — die, wat men ook moge zeggen, voor den goed gevormden jurist onmisbaar is en die men zich in het stelsel van den schrijver door de studie voor het candidaats-examen heeft verschaft — kan nu bij voortgezette studie in werkelijke rechtskennis worden omgezet. Slechts vrees ik, dat de heer DE SAVORNIN LOHMAN zich vergist, wanneer hij meent, dat men in negen maanden zich voldoende kennis van de beginselen èn van het burgerlijk recht èn van het staatsrecht zal kunnen verschaffen. Immers al blijft het kennis der beginselen, oppervlakkig mag deze niet zijn, de juris candidatus zal in zijn Burgerlijk Wetboek den weg moeten kennen. Ik zou echter willen vragen, waarom moet men na negen maanden studie reeds candidaats-examen kunnen afleggen, waarom mogen aan die studie geen 18 maanden besteed?

Meer bezwaar levert de voorgestelde regeling van het doctoraalexamen op. Terecht spreekt de schrijver thans van een mer à boire. Maar geeft hij ons voor die zee geen oceaan?

Immers de beide vakken waarin hij wil dat bewijzen van soliede studie zullen moeten worden geleverd, rechtsgeschiedenis en economie, zijn voorwaar niet te verwaarloozen (1).

---

veel wetenschappelijker kunnen zijn. De groote omvang der stof dwingt thans tot vluchtigheid. Voortaan zal men met den studiosus een bepaald onderwerp meer in bizonderheden kunnen behandelen, wijl deze reeds een, zij het ook eenigszins oppervlakkige, kennis heeft van de vele wetsartikelen, die hij toch moet kennen, wil hij dit eene onderwerp grondig behandelen. Practische oefeningen worden minstens een jaar vroeger mogelijk, immers hoe kan men recht, dat de student ook in zijn beginselen niet kent, hem dadelijk practisch leeren toepassen? Mij althans is dit nooit gelukt. Daarbij komt, dat de studie der rechtshistorie — historia interna wel te verstaan — veel interessanter is voor hem, die de grondbeginselen van het bestaande recht reeds kent, dan voor iemand, die daarmede geheel onbekend is. Voorts krijgt de student een gevoel, dat de rechtsgeschiedenis, die hem ook een blik verschaft in het oud vaderlandsch recht dat hij later in de praktijk dikwerf noodig heeft, ook eenig practisch nut oplevert.

(1) Vooral de rechtsgeschiedenis moet men niet te gering schatten, ook wanneer deze beperkt blijft, en dieper zal men bezwaarlijk met het oog op het gehalte der meeste studiosi kunnen doordringen, tot een *schets* van de ontwikkeling der thans bestaande rechtsinstituten in het Romeinsche, Germaansche, oud-vaderlandsche en oud-Fransche recht, welk laatste niet geheel ter zijde kan worden geschoven, nu ons B. W. nu eenmaal niet veel anders is dan een gewijzigde Code Civil.

Voor een onderwijs van het Romeinsche recht op de wijze waarop dit thans aan sommige onzer universiteiten wordt gedoceerd, blijft in het stelsel van Jhr. DE SAVORNIN LOHMAN geen plaats. Niet voorzeker, omdat hij een hoogleeraar zou willen verbieden om, waar het Romeinsche recht moet worden behandeld, de historische ontwikkeling in de latere republiek en vóór den tijd der groote juristen van het Keizerrijk, meer uitvoerig te behandelen — ook hij zal zeker van oordeel zijn, dat men den academischen docent moet vrij laten zijn onderwijs zóó in te richten als deze het het meest wenschelijk acht — de uitgebreidheid der stof verbiedt van zelf een of twee eeuwen zoo uitvoerig te bestudeeren. De studie van het Romeinsche recht qua talis zal in het nieuwe systeem zeer zeker achteruitgaan bij de meeste studiosi, en dit is stellig jammer, ook al is het maar al te waar, dat vele candida*ti* en zonderling genoeg de meeste candida*tae* juris nimmer Pandecten, Codex of Novellen hebben ingezien.

Edoch dit bezwaar is wel te ondervangen.

Wat thans het doctoraal examen voor den student zoo moeilijk maakt is minder de veelheid van het gevorderde dan wel dat men op één moment zóóveel moet in promptu hebben. Edoch dit bezwaar vervalt, wanneer men het examen in twee gedeelten splitst waarvan het tweede — bizondere gevallen daargelaten — niet vroeger mag worden afgelegd dan 9 maanden nadat men voor het eerste gedeelte is geslaagd.

De studie voor het doctoraal examen zal dan twee jaar en negen maanden, of juister, want men moet de bezwaren niet klein achten, drie jaren vorderen — wat trouwens thans reeds bij vele volstrekt niet-trage candidaten in de rechtswetenschap het geval is — derhalve de geheele academische studie vijf of vier en een half jaar. Meer tijd dan thans voorzeker, maar men vergt ook meer van de studiosi dan thans en — wat ook gewicht in de schaal mag leggen — wanneer de leerstof over meerdere jaren verdeeld wordt blijft

---

Intusschen, dit is zeer te betreuren, het kan echter niet anders. Nu het Romeinsche recht niet meer wordt beschouwd als *het* recht par excellence, nu de machtige invloed der historische school — niet meer dezelfde is als toen GOUDSMIT doceerde, nu in Duitschland de rechtsdogmatiek niet meer als in de vorige eeuw zich vastknoopte aan het „gemeine" recht, nu de student, waar het de studie van ons civiel recht geldt, terecht niet meer gediend is van exegetische behandeling van eenige honderden artikelen van een wetboek, nu ligt de beteekenis van het Romeinsche recht op het terrein der rechtsgeschiedenis.

Niet zoozeer om ad oculos te demonstreeren, hoe in Rome zich een bepaald rechtsinstituut in den loop der tijden heeft ontwikkeld, maar om na te gaan hoe zich dat rechtsinstituut èn in Rome èn in de middeleeuwen heeft ontwikkeld; hoe het zich gevormd heeft ten tijde der receptie en hoe men het zich dacht in de XVIIIe eeuw.

In de rechtsgeschiedenis zal speciaal bij het verbintenissenrecht, maar bij de zakelijke rechten meen ik toch ook, het Romeinsche recht meer op den voorgrond moeten treden dan het Germaansche, niet alleen omdat het Romeinsche recht ons beter bekend is — want hoeveel Germaansch recht is toch eigenlijk nog niet recht bekend, hoeveel onzekerheid heerscht hier nog niet — maar ook omdat de invloed van het Romeinsche recht op de juristen en de beteekenis van deze bij de rechtsvorming moet men niet overdrijven maar ook niet onderschatten, zooveel grooter is geweest.

Maar dit neemt niet weg, dat men telkens en telkens ook weder op het Germaansche recht zal hebben te wijzen.

De taak van den docent in de rechtsgeschiedenis is m. i. zeer moeilijk. De stof is overweldigend groot, het receptief vermogen van den student, die zich nog zooveel anders moet eigen maken, relatief gering. Nooit zal mogen worden vergeten, dat rechtsgeschiedenis *niet* identiek is met oud-vaderlandsch recht, hoe gewichtig dit ook zij en hoe gewenscht, dat men, de universiteit verlatende, daarmede niet ten eenenmale onbekend zij.

Dit zal, ni fallor, de hoofdzaak moeten zijn: den leerlingen zooveel rechtsgeschiedenis te leeren, dat zij eenerzijds zich bewust worden hoe in den loop der tijden en onder verschillende omstandigheden ook het recht zich wijzigt, anderzijds dat zij in staat worden zelfstandig de studie van Romeinsch, Germaansch, oud-Fransch en oud-vaderlandsch recht ter hand te nemen.

Wat de heer DE SAVORNIN LOHMAN wil, brengt een groote verandering in het bestaande, maar het is m. i. een reformatie, geen revolutie.

er ook meer tijd over voor vrije studie, philisophie waarin men meer belang stelt dan vroeger, geschiedenis, enz.

Door de voorgestelde regeling zullen de repetitoren niet verdwijnen — waarom toch vele hoogleeraren tegen deze zoo gekant zijn is mij niet duidelijk, immers zoolang men examina afneemt — en dit kan men niet laten — zijn zij voor velen onmisbaar — maar de rechtsstudie zeker worden bevorderd. Maar ook wanneer men dit niet aanneemt, men zal toch niet kunnen ontkennen, dat wat voorgesteld wordt de overweging waard is. Eindelijk heeft men eens te doen met een hervormer, die niet alleen weet wat hij wil, maar ook inziet wat onmogelijk en phantastisch is en dit laatste *niet* wil. En nu leert de ervaring, dat hervormingen — hoe diep zij ook mogen ingrijpen — alleen dàn verbetering brengen, ja alleen dàn tot stand kunnen komen, wanneer zij getuigen van zulk een geest (1).

S.

---

(1) Schrijver behandelt ook de vraag of de thans bestaande mogelijkheid der promotie op stellingen gehandhaafd moet blijven. De vraag heeft m.i., wanneer men het bloot heeft over de universitaire opleiding van den jurist en de quaestie, of het doctoraat in rechts- of staatswetenschap bevoegdheid mag geven tot de uitoefening der advocatuur of tot de benoembaarheid tot zekere ambten ter zijde laat, geen groot belang. Immers de verplichte dissertatie zal men na de daarmede opgedane ervaring, zoolang men ieder verplicht te promoveeren, wel niet meer terug wenschen. Jammer echter is het, dat het oordeel van den heer H. Treub, „dat de promotie op stellingen een onwaardige vertooning is, waarmede de wetenschappelijke graad door het slijk wordt gehaald", met instemming wordt aangehaald. *Dit* oordeel is veel te scherp. Op een leek als prof. Treub zal de discussie tusschen een hoogleeraar en promovendus al spoedig den indruk hebben gemaakt van een jammerlijke nederlaag van laatstgenoemde. Maar daarom is die indruk nog niet juist.

Varia door Mr. R. A. FOCKEMA, president van het Gerechtshof te Leeuwarden. *Haarlem*, De Erven F. Bohn, 1915.

Dit werkje met een naschrift 78 bladzijden groot bevat een zestal opstellen. Na eene inleiding volgt een opstel over de codificatie van het Burgerlijk recht, terwijl vervolgens de rechterlijke macht, het recht en de rechtsvorming, het Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts van Prof. LUDWIG ENNECERUS, de rechtspersoon, de vereeniging van kunst en oudheden op het Stèdelijk Museum te Haarlem en de Moderne Staatsidee van Prof. KRABBE achtereenvolgens worden besproken.

Niet alles wat de schrijver zegt is nieuw, maar het is steeds in aangenamen vorm gezegd, het prikkelt tot nadenken. Waar hij het noodig oordeelt schroomt de schrijver niet op verkeerdheden te wijzen maar — en dit zag de medewerker van de „Telegraaf", die meende, dat de rechterlijke macht in des auteurs oog een „janboel" was, over het hoofd — hij breekt in zijn kritiek niet af, maar tracht op te bouwen.

Of hij altijd in zijn oordeel billijk is? S. o. r. zou ik meenen, dat hij de belangstelling van onze magistratuur in het Duitsche recht wel een weinig onderschat. ENNECERUS moge nu niet juist de auteur zijn waarmede men bekend is, WINDSCHEID en DERNBURG — om van de mannen der historische school te zwijgen, zijn in de hierbedoelde kringen toch zeker geen onbekenden. En wanneer men van den invloed der nieuwere auteurs b.v. KÖHLER minder bespeurt zou dit ook aan die schrijvers zelve kunnen liggen, die naar veler meening meer multa dan multum geven.

Soms krijgt men bij de lezing der artikelen, vooral is dit het geval bij de studie naar aanleiding van het werk van Prof. ENNECERUS, den indruk, dat het den auteur moeite moet hebben gekost om voor zijne denkbeelden in zijn naaste omgeving instemming te vinden, al blijkt uit de jurisprudentie van het Leeuwarder Gerechtshof van den laatsten tijd zeer duidelijk, dat hij niet vruchteloos gearbeid heeft. Vandaar dat iemand, die meer in het zuiden van het land werkzaam is geweest, wel eens het gevoel heeft, dat de schrijver voor reeds bekeerden schrijft.

Aan de waarde van het geschrevene doet dit natuurlijk niets af. Wat Mr. F. schrijft is steeds waard om te worden overdacht en inzonderheid mag de aandacht gevestigd op zijn opmerkingen omtrent het juridisch delirium.

De leer „Lieber eine unsinnige Ansicht für sich allein als eine vernunftige getheilt mit anderen" vindt helaas ten onzent maar al te veel aanhangers.

Het werk dat eenigszins aansluit bij de bekende studie van den auteur „De beteekenis van F. K. von Savigny voor den tegenwoordigen tijd". zal zijn lezers wel reeds hebben gevonden.

April 1916. S.

THEMIS

LXXVIIste deel — VIERDE STUK

Opmerkingen naar aanleiding van art. 3 der wet van 20 Juli 1895 (Staatsblad no. 139) ter uitvoering van art. 191 der Grondwet.

ARTIKEL 3.

„De verordeningen mogen geene bepalingen inhouden omtrent punten, waaromtrent bij eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur, eene provinciale verordening, of het reglement der instelling is voorzien.

De bepalingen dier verordeningen, in welker onderwerp wordt voorzien door eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur, eene provinciale verordening, of het reglement der instelling, houden van rechtswege op te gelden."

Eerste lid.

De bevoegdheid der waterschapsbesturen om verordeningen te maken wordt bij de wet ter uitvoering van

art. 191 der Grondwet (1) tweeledig beperkt: door de bepaling van art. 1, 1ste lid en door die van art. 3, 1ste lid.

De beteekenis van art. 3, 1ste lid komt het duidelijkst uit, indien men daartegenover stelt de strekking van art. 1, 1ste lid.

Vooraf ga daarom een enkel woord over laatstbedoelde bepaling.

Het waterschap onderscheidt zich hierin van Staat, provincie en gemeente, dat het — terwijl op laatstgenoemde lichamen een *algemeene* taak rust binnen een bepaald grondgebied — een *bepaalde* taak heeft te behartigen, voortvloeiende uit zijne inrichting of uitdrukkelijk bij reglement opgedragen.

De omvang van de taak, met de zorg waarvan het waterschap is belast, bepaalt tevens den omvang van de verordeningsbevoegdheid van het waterschapsbestuur.

Dit wordt door art. 1, 1ste lid, in navolging van art. 191 der Grondwet, uitgedrukt door de bepaling, dat de waterschapsbesturen verordeningen kunnen maken *in het huishoudelijk belang* der instellingen.

Waterschapsverordeningen, welke zich buiten dit begrensde waterschapsbelang begeven, zijn dus niet toelaatbaar.

De bepaling van art. 3, 1ste lid gaat verder: zij legt de verordeningsbevoegdheid der waterschapsbesturen een tweede beperking op.

In tegenstelling met art. 1, 1ste lid moet de beteekenis van art. 3, 1ste lid geacht worden hierin te liggen, dat een waterschapsverordening, ook indien deze blijft binnen de perken van het waterschapsbelang, slechts dan toelaatbaar is, zoo zij geen punten inhoudt, waaromtrent

---

(1) Vulgo *Keurenwet* genaamd.

door de in art. 3 genoemde regelingen van het hooger gezag is voorzien.

Bij het samentreffen van de waterschapsverordening met de in art. 3 genoemde regelingen van het hooger gezag kunnen de volgende gevallen worden onderscheiden :

I. het waterschapsbelang, dat het waterschapsbestuur in zijn verordening wil regelen, is reeds geregeld in een voorschrift van het hooger gezag.

In dat geval kan de regeling in de waterschapsverordening niet worden toegelaten, met dien verstande evenwel, dat daarin aanvullende bepalingen mogen voorkomen.

Met het oog op die aanvullende regelingsbevoegdheid is opzettelijk het woord „punten" en niet „*onderwerp*" in art. 3, 1ste lid opgenomen (men zie de Memorie van toelichting), een uitdrukking echter, welke — zooals Mr. Dr. J. H. Labberton in *Themis* 1909, blz. 69 terecht opmerkt — volstrekt niet duidelijker is dan „onderwerp" en eveneens ruimte openlaat voor twijfel ;

II. de waterschapsverordening bestrijkt een gebied, waarop ook het hooger gezag een regeling getroffen heeft, een *ander* belang dan dat van het waterschap betreffende.

Men kan hierbij onderscheiden tusschen :

1o. het geval, dat de waterschapsverordening niet in strijd is met de door het hooger gezag vastgestelde regeling.

Uit de praktijk worde van dit geval het volgende voorbeeld medegedeeld.

Het gold een bepaling der keur van den Holierhoekschen en Zouteveenschen polder, waarbij verboden werd zonder vergunning van het waterschapsbestuur op de kade des polders te rijden met een bespannen voertuig.

Naar het oordeel van den Raad van State (1) was in dit punt voorzien door de bepaling van het reglement op de wegen en voetpaden in de provincie Zuid-Holland, waarbij o. a. verboden is met rij-, trek- of lastdieren voetpaden te berijden behoudens ontheffing, door Burgemeester en Wethouders te verleenen, met instemming van den onderhoudsplichtige, en was dus de keur niet toelaatbaar.

De Kroon was echter van een ander gevoelen. Bij Koninklijk besluit van 30 Maart 1908 (*Stbl.* no 92) werd overwogen, dat het belang, door de polderkeur behartigd, een gansch ander was dan dat, voorzien in het provinciaal reglement. In de keur werd behartigd het belang der kade als waterkeering, welke immers door het rijden met voertuigen schade kon bekomen; in het provinciaal reglement daarentegen werd voorzien in het belang van het veilig verkeer op de voetpaden en van de onderhoudsplichtigen dier paden.

Bij zoo volkomen verschil van onderwerp kon — zoo overwoog het Koninklijk besluit — de keur niet gezegd worden in strijd met art. 3, 1ste lid een bepaling in te houden ten aanzien van een punt, waaromtrent bij het provinciaal voorschrift zoude zijn voorzien.

Verschil van belang was dus volgens dit Koninklijk besluit op zich zelf voldoende om de keur toelaatbaar te achten.

Zooals de Minister van Waterstaat het in zijn advies in deze zaak aan de Kroon uitdrukte: „De keur kan vrijwel hetzelfde inhouden als een voorschrift van hooger gezag en toch daarnaast bestaanbaar zijn, indien maar beider oogmerk verschillend is";

2o. het geval, dat de waterschapsverordening in botsing komt met de regeling van het hooger gezag.

(1) Raad van State, Geschillen van Bestuur. Jaargang 1908, blz. 372—374.

In zoodanig geval zal, indien het een verordening geldt, welke niet aan de goedkeuring van hooger gezag is onderworpen, deze ingevolge art. 22 der wet van 10 November 1900 (*Stbl.* no. 176), houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur, geheel of gedeeltelijk voor vernietiging in aanmerking behooren te komen; en, indien het een keur betreft, daaraan de goedkeuring behooren te worden onthouden (1).

Ten slotte is het geval denkbaar, dat een waterschapsverordening wel voldoet aan art. 1, 1ste lid maar in botsing komt met een algemeen rijks- of provinciaal belang, *niet* belichaamd in een wet of algemeenen maatregel respectievelijk provinciale verordening.

Indien de waterschapsverordening een keur is, zal m. i. zoodanige botsing wederom het hooger gezag aanleiding kunnen geven om de goedkeuring aan de keur te onthouden

Blijkt van botsing eerst na de goedkeuring, dan zal de betrokken keurbepaling voor een vernietiging ingevolge art. 19 der wet in aanmerking behooren te komen.

Ontstaat het conflict eerst bij de toepassing der keur, dan zal in de gevallen, bij de z.g. Belemmeringenwet — wet van 23 Mei 1899 (*Stbl.* no. 129) — voorzien, een oplossing zijn te vinden door toepassing van de bepalingen dier wet.

Wordt de botsing veroorzaakt door een verordening, welke niet aan de goedkeuring van het hooger gezag is

(1) Zie Mr. C. J. H. SCHEPEL: «Waterschapswetgeving», blz. 86, waar als reden voor niet-goedkeuring van een keur o. a. wordt opgegeven: de bevinding, dat de keur lijdt aan een gebrek, dat haar, ware zij niet aan goedkeuring onderworpen, overeenkomstig art. 22 der wet van 1900 (*Stbl.* no. 176), geheel of gedeeltelijk voor vernietiging vatbaar zou maken.

onderworpen, dan zal weder art. 22 der bovenaangehaalde wet van 1900 uitkomst kunnen geven.

Tweede lid.

Mr. C. J. H. SCHEPEL (1) zou liever in plaats van „onderwerp" willen lezen „belang".

Het komt mij voor, dat in deze wetsbepaling de uitdrukking „onderwerp" reeds de beteekenis van „belang" heeft. Immers het *onderwerp* van een geldige waterschapsverordening kan niets anders betreffen dan het belang, dat het waterschap heeft te behartigen. Het woord „onderwerp" heeft in art. 3, 2e lid dus m. i. een engere beteekenis dan ditzelfde woord in art. 142 der Provinciale wet of art. 151 der Gemeentewet; hetgeen een gevolg is van het hierboven geschetste verschil in karakter tusschen waterschap eenerzijds, gemeente en provincie anderzijds.

Deze bepaling gaat dus m. i. niet verder dan het geval, waarin het hooger gezag zich aantrekt het belang, tot dusverre geregeld bij een waterschapsverordening.

Volgens deze opvatting is dus niet voorzien in het geval, dat de bepalingen van een waterschapsverordening in strijd geraken met later door het hooger gezag vastgestelde voorschriften, welke een *ander* onderwerp betreffen dan het waterschapsbelang.

Art. 19 is in dit laatstbedoelde geval niet toepasselijk, tenzij men de gewrongen constructie zou willen aanvaarden, dat het in strijd met het algemeen belang is, dat bepalingen eener waterschapsverordening strijden met de bepalingen van het hooger gezag (2).

* * *

(1) Handelingen Ned. Juristenvereeniging 1912, I, blz. 39.

(2) Zie in dien zin ten aanzien van strijd met de wet: Mr. G. C. DUVAL SLOTHOUWER op blz. 88 van zijn proefschrift «De wetgeving der waterschappen, in het bijzonder in de provincie Utrecht».

In aansluiting aan hetgeen hierboven is opgemerkt omtrent de verhouding tusschen de waterschapsverordeningen en de regelingen en de belangen van het hooger gezag volgen hieronder enkele beschouwingen over het samentreffen van waterschapsverordeningen (1) met gemeenteverordeningen of met gemeentebelangen, niet in verordeningen neergelegd.

De wet van 12 Juli 1855 (*Stbl.* no. 102) maakte in zekeren zin de waterschapskeuren ondergeschikt aan de gemeenteverordeningen door in art. 1 (2) de waterschapsbesturen bevoegd te verklaren op overtreding hunner keuren straf te stellen, voor zooveel daartegen (bedoeld werd: in het onderwerp dier keuren) niet bij wet of wettelijke verordening (waaronder dus ook begrepen was de gemeenteverordening) was voorzien (3).

De wet van 20 Juli 1895 (*Stbl.* no. 139) spreekt zich over de verhouding tusschen de verordeningsbevoegdheid der waterschapsbesturen en die der gemeentebesturen niet uit.

Zij beschouwt waterschap en gemeente als lichamen, welke hiërarchisch op één lijn staan.

Deze opvatting wordt in de Memorie van toelichting als volgt verduidelijkt:

„Door de oprichting van een waterschap wordt de

(1) Waar botsingen zich uiteraard het meest bij keuren zullen voordoen, zal verder uitsluitend die soort van waterschapsverordeningen ter sprake komen.

(2) Vervallen ingevolge art. 20 der Keurenwet.

(3) Zie omtrent de geschiedenis dezer wetsbepaling het artikel van Mr. D. J. Zubli: «Gemeenteverordeningen en waterschapskeuren onderling in strijd, in de Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur in Nederland», 18e deel, blz. 223 en vlg. Zie ook Mr. S. H. Bloembergen: «Opmerkingen over het schorsings- en vernietigingsrecht en de middelen van executie tegenover waterschappen», blz. 23 en vlg.

verzorging van een of meer openbare waterstaatsbelangen opgedragen aan een zelfstandig bestuur, een college ad hoc, en mitsdien onttrokken aan de algemeene taak die op de gemeente rust tot verzorging van alle openbare gemeentelijke belangen binnen een bepaald gebied. Gemeente en waterschap hebben dientengevolge eene eigen en zelfstandige roeping. De werkkring der in art. 1 genoemde instellingen kan dus niet ondergeschikt worden gemaakt aan verordeningen, door den gemeenteraad vast te stellen zonder dat worde gebroken met aard en wezen van deze instellingen."

Afgezien van het geval, dat de keur zich op het gebied der gemeentelijke huishouding begeeft buiten de aan het waterschap opgedragen taak en dus wegens strijd met art. 1, 1ste lid, niet toelaatbaar is, laten zich nu ten aanzien van het samentreffen van keur en gemeenteverordening de volgende gevallen denken.

I. Bij gemeenteverordening wordt een waterschapsbelang geregeld, waarin reeds voorzien is door een waterschapskeur; of wel het waterschapsbestuur regelt bij keur een waterschapsbelang, waaromtrent de gemeente krachtens haar algemeene bevoegdheid binnen een zeker gebied een regeling had getroffen.

De gemeenteverordening zal hier voor de keur hebben te wijken.

Zulks werd door Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (Provinciaal Verslag van Zuid-Holland over 1892, blz. 48) als volgt gemotiveerd:

„Ofschoon de besturen der gemeenten bij de wet ter zelfder plaatse in het algemeen met locaal gezag zijn bekleed, houdt dat gezag, volgens den vasten regel van wetsuitlegging en toepassing „dat door het speciale wordt

gederogeerd aan het generali" op, *ten aanzien van datgene, wat tot de zorg van het speciale* even wettige bestuur behoort, en heeft het gemeentebestuur, zelf daaromtrent aan het speciale bestuur onderworpen, zich daaromtrent van gezaghebbend optreden te onthouden.

Wanneer dus eene gemeenteverordening treedt in- of regelt datgene wat op haar territoir tot de zorg of huishouding van een grondwettig gereglementeerd waterschap behoort, is zij in strijd met art. 135 der Gemeentewet, omdat zij dan de grenzen overschrijdt van hetgeen waartoe, tengevolge van die grondwettig bestaande waterschapsregeling, de zorg of huishouding der gemeente daar ter plaatse is beperkt, en de bevoegdheid tot regelen, welke art. 135 aan de gemeentebesturen schenkt, alleen betreffen kan hetgeen tot de zorg of huishouding der gemeente behoort."

In dienzelfden zin leest men in de Memorie van toelichting tot de wet ter uitvoering van art. 191 der Grondwet:

„Indien de verordening eener gemeente een onderwerp regelt, blijkens de inrichting van een waterschap, veenschap of veenpolder aan die instelling opgedragen, kan krachtens art. 153 der Gemeentewet die verordening door de Koningin wegens strijd met de wet vernietigd worden, als regelende eene aangelegenheid die niet behoort tot de huishouding der gemeente."

Het eenige voorbeeld van een dergelijke vernietiging, waarvan in de Memorie van toelichting melding wordt gemaakt, en dat ook thans nog, voor zoover mij bekend, het eenige voorbeeld is gebleven, is het Koninklijk besluit van 17 Mei 1857 (*Stbl.* no. 21), houdende vernietiging van een artikel van een verordening van Schiedam.

Het bedoelde artikel hield bepalingen in omtrent het

in- en uitlaten van rivierwater en het openen en sluiten van sluizen, welke gelegen waren in den ring van Schieland en bestemd om het water van Schieland te ontlasten, terwijl het inlaten van water door die sluizen tot bezwaar voor dit hoogheemraadschap kon strekken.

Het Koninklijk besluit overwoog:

„dat het toezicht over die sluizen volgens art. 107, alinea 3 van het reglement voor genoemd hoogheemraadschap behoort aan Dijkgraaf en Hoogheemraden en de Vereenigde Vergadering, volgens art. 83 van het reglement, bevoegd is daaromtrent voorschriften te geven, gelijk die dan ook in de keuren van het hoogheemraadschap voorkomen;

„dat mitsdien, zoowel uit den aard der sluizen zelve als uit de bepalingen van het door Ons goedgekeurde reglement volgt, dat het in art. 1 der verordening geene aangelegenheid geldt die tot de huishouding der gemeente behoort, en de raad alzoo de hem bij art. 135 der Gemeentewet toegekende bevoegdheid overschreden heeft;

„dat art. 1 der verordening bijgevolg strijdig is met de wet."

Dat het juister is in een geval als dit de vernietiging te gronden op strijd met art. 150 der Gemeentewet in plaats van op strijd met art. 135 wordt terecht door Mr. Schepel betoogd (1).

Was er toch geen waterschap, dat voor deze belangen te zorgen had, de gemeente zou krachtens haar algemeene taak zich ook die belangen hebben mogen aantrekken.

De juistere constructie treft men o. a. aan in de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag der Eerste Kamer betreffende het ontwerp van wet, houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur (op art. 22).

---

(1) Waterschapswetgeving blz. 161, noot 1.

Daarin wordt immers als motief voor vernietiging der gemeenteverordening in dit geval wegens strijd met de wet opgegeven, dat de gemeenteverordening treedt in hetgeen door de provinciale regeling van hooger belang is verklaard (1).

II. Keur en gemeenteverordening bevatten bepalingen van denzelfden inhoud, doch elk ter bescherming van een ander belang.

In het algemeen moet — zooals werd overwogen bij Koninklijk besluit van 22 Juli 1905 (*Stbl.* no. 241) — een waterschapsbestuur niet onbevoegd worden geacht om keuren te maken in het waterschapsbelang, ook al wordt daarbij tevens getreden in de huishouding der gemeente.

Intusschen zal men hier hebben te onderscheiden:

1o. *de keur loopt evenwijdig aan de gemeentelijke regeling.*

Men denke b.v. aan bepalingen in keur en gemeenteverordening, waarbij aan eigenaren van slooten de verplichting tot schoonhouden daarvan wordt opgelegd en op niet-nakoming dier verplichting straf wordt gesteld.

Het waterschapsbelang, in de keur voorzien, is het belang, betrokken bij ongehinderde doorstrooming van het polderwater; het gemeentebelang, in de gemeenteverordening voorzien: het belang der volksgezondheid.

Bij overtreding zal ingevolge art. 55 Strafwetboek slechts één der strafbepalingen worden toegepast.

---

(1) Subsidiair verdedigden ook Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland in 1892 (Provinciaal Verslag 1892, blz. 49) deze opvatting. Hunne hoofdconstructie berustte echter, zooals boven vermeld, op art. 135 der Gemeentewet.

Overigens zullen de moeilijkheden, welke mochten rijzen uit het bestaan van door tweeërlei organen vastgestelde regelingen, eenzelfde object betreffende (men denke b.v. aan het weigeren van de vereischte vergunning door een van beide machten) in vele gevallen kunnen worden opgeheven door toepassing van de z.g. Belemmeringenwet.

Uit de praktijk kunnen de volgende voorbeelden van dit geval worden vermeld:

a. In 1873 ging de Raad der gemeente Voorburg over tot vaststelling van een verordening, waarin in het belang der hygiëne verbreeding en verdieping werd voorgeschreven van slooten, waarop ook een keur van het hoogheemraadschap Delfland toepasselijk was.

Omtrent de toelaatbaarheid dezer gemeenteverordening ontstond verschil van meening in den boezem van Gedeputeerde Staten. De minderheid meende, dat de verordening voor een vernietiging ex art. 153 Gemeentewet in aanmerking behoorde te komen, omdat het gemeentebestuur hier getreden was op het terrein van het waterschapsgezag. Naar het oordeel der meerderheid echter kon de omstandigheid, dat het waterschapsbestuur voorschriften daaromtrent had gegeven, geen reden zijn om het plaatselijk bestuur onbevoegd te verklaren, ter bereiking van een ander oogmerk, nadere bepalingen vast te stellen.

De Minister van Binnenlandsche Zaken was met de meerderheid in het College van meening, dat de gemeenteraad zich niet gemengd had in zaken, welke uit haren aard tot den werkkring van het waterschap behoorden.

De Raad — aldus de Minister — behartigde alhier, overeenkomstig zijn bevoegdheid ingevolge art. 135 der Gemeentewet, de hem opgedragen zorg voor de openbare

gezondheid en werd daarin niet verhinderd door het bestaan der keur, al kwamen daarin ook voorschriften omtrent hetzelfde object voor.

Ware in de gemeenteverordening iets opgenomen, wat streed met het waterschapsbelang van Delfland, dan zou het, naar de meening van den Minister, een punt van overweging kunnen uitmaken, of die bepaling niet zou moeten worden vernietigd.

Daarvan was echter niet gebleken (1).

Mr. P. van Heynsbergen Jr., in zijn proefschrift: „De omvang der wetgevende bevoegdheid der waterschapsbesturen" (2), deze kwestie besprekende, is van meening, dat het hier betreft het onderwerp „*uitdiepen van slooten*", dat dit onderwerp is eene zaak van het waterschap, derhalve onttrokken aan de bemoeiing van het gemeentebestuur, uit welken hoofde dit ook zou willen verordenen en de gemeenteraad dus niet bevoegd was daaromtrent te verordenen, althans niet omtrent de slooten, vallende onder het gezag van het waterschapsbestuur.

De schrijver is dus geen aanhanger van de z.g. motieftheorie, de leer, dat niet het object der regeling maar het motief, het oogmerk, het belang, dat bij de regeling voorzit, beslissend is ter beantwoording van de vraag, of er al dan niet gelijkheid van „onderwerp" is.

De motief-theorie vindt in den laatsten tijd hoe langer hoe meer aanhangers. Zooals boven bleek, ging het Koninklijk besluit van 30 Maart 1908 (*Stbl.* no. 92), in hooger beroep handhavende de goedkeuring van den Holierhoekschen en Zouteveenschen polder, van die theorie uit.

---

(1) Provinciaal Verslag van Zuid-Holland 1873, blz. XLVI en vlg.
(2) Blz. 111, vlg.

De hier gegeven beschouwingen staan geheel op dit standpunt (1).

b. Een tweede voorbeeld is te vinden in het Provinciaal Verslag van Zuid-Holland over 1880, blz. 43.

De Raad der gemeente Woerden had bij verordening het baggeren in den Rijn afhankelijk gesteld van een vergunning van het gemeentebestuur, terwijl reeds in een keur van het Groot-Waterschap van Woerden de bepaling voorkwam, dat het baggeren in den Rijn verboden was zonder vergunning van het waterschapsbestuur.

Gedeputeerde Staten waren thans eenstemmig van oordeel, dat de gemeenteverordening een vernietiging wegens strijd met het algemeen belang niet kon ontgaan. Doch de Minister van Binnenlandsche Zaken oordeelde er anders over.

„Kan" — zoo schreef de Minister — „aan het Grootwaterschap van Woerden met het oog op zijn werkkring het recht niet betwist worden bepalingen te maken omtrent het baggeren in den Rijn, hetzelfde geldt ten opzichte der gemeente.

„De gemeente is bevoegd verordeningen te maken betreffende de veiligheid, de gezondheid en de gemeentehuishouding, en die bevoegdheid is naar mijn inzien door de vaststelling der door U bestreden bepaling niet overschreden. Ik merk daarbij nog op, dat de bepalingen van keur en van verordening met elkaar niet strijden. Nevens de vergunning van het waterschapsbestuur zal

---

(1) Uitvoerig over de motief-theorie handelt Prof. J. Oppenheim in: 1o. zijn præadvies aan de Nederlandsche Juristenvereeniging in 1912 (Handelingen 1912, I, blz. 99 en vlg.);

2o. de met de in dat præadvies op dit punt nagenoeg eensluidende passages in zijn werk: «Het Nederlandsche Gemeenterecht», 4e druk (1913), I, blz. 369 vlg. en 382 vlg.

voortaan ook eene vergunning van het gemeentebestuur noodig zijn."

c. Een derde voorbeeld, dat onder deze rubriek zou kunnen worden gerangschikt, wordt vermeld in het Provinciaal Verslag van Zuid-Holland over 1892, blz. 42 en vlg.

De Raad der gemeente Maassluis had een verordening vastgesteld op het onderhoud van wateringen en slooten, welke verordening verbodsbepalingen inhield, gericht o. a. tegen belemmering in den afloop van het water en tegen het inlaten van water van de hooger gelegen slooten op de lager gelegene, terwijl in verband daarmede verplichtingen werden opgelegd aan de eigenaren van slooten en werken.

In de keuren van den Dijkpolder en den Sluispolder, over welke beide polders de gemeente Maassluis zich gedeeltelijk uitstrekt, werden eveneens dergelijke bepalingen aangetroffen met dit verschil alleen, dat, terwijl de gemeenteverordening Burgemeester en Wethouders aanwees als het gezag, dat over het verleenen van ontheffing van de bedoelde verbodsbepalingen en over het geven van bevelen aan onderhoudsplichtigen had te oordeelen, bij de polderkeuren die beslissing was opgedragen aan het betrokken polderbestuur.

Gedeputeerde Staten waren van oordeel, dat de gemeente zich hier aan gelijke overschrijding van de aan hare huishouding gestelde grenzen had schuldig gemaakt als welke in 1857 aanleiding had gegeven tot de hierboven vermelde vernietiging der verordening van Schiedam. Zij droegen dus de gemeenteverordening van Maassluis ter vernietiging voor wegens strijd met art. 135 der Gemeentewet.

De Minister van Binnenlandsche Zaken achtte echter de gemeenteverordening naast de polderkeuren goed bestaanbaar.

Hij bepaalde zich tot de mededeeling aan Gedeputeerde Staten, dat hij geen grond kon vinden, waarop aan den Raad van Maassluis ware te betwisten de bevoegdheid om op de wijze, als bij de verordening was geschied, gebruik te maken van het in art. 135 der Gemeentewet hem geschonken wetgevend gezag.

d. Ten slotte nog een vierde voorbeeld, dagteekenende van na de inwerkingtreding der wet van 20 Juli 1895 (*Stbl.* no. 139).

Door het bestuur van het hoogheemraadschap van de uitwaterende sluizen in Kennemerland en West-Friesland was een keur vastgesteld ter regeling van het verkeer door en over de bij dat hoogheemraadschap in eigendom, beheer en onderhoud zijnde Wilhelminasluis en ter voorkoming van beschadiging der tot die sluis behoorende werken.

Tegen de door Gedeputeerde Staten van Noord-Holland aan die keur verleende goedkeuring kwam het gemeentebestuur van Zaandam in beroep.

Het gemeentebestuur beweerde, dat verscheidene bepalingen dier keur betroffen de openbare orde en veiligheid in het openbaar gemeentewater in de Voor- en Achterzaan en op de openbare gemeentebrug over het zuidelijk landhoofd der Wilhelminasluis, terwijl deze wateren en deze brug deel uitmaakten van de huishouding der gemeente Zaandam en derhalve de Raad dier gemeente alleen bevoegd was omtrent de openbare orde en veiligheid aldaar bij verordening voorschriften te geven, en deze Raad dergelijke voorschriften dan ook gegeven had.

Gedeputeerde Staten van Noord-Holland merkten echter in hun advies betreffende het ingestelde beroep aan den Minister van Waterstaat op, dat in deze slechts behoefde te worden onderzocht, of het hoogheemraadschap bij het vaststellen der bestreden keur binnen den kring der aan

zijne zorgen toevertrouwde instelling was gebleven en voldoende rekening had gehouden met de taak, welke de gemeente te vervullen heeft.

Van overschrijding door het hoogheemraadschap van zijne bevoegdheid was ten deze naar het oordeel van Gedeputeerde Staten geen sprake.

„Immers" — zoo schreven zij — „zoo iets tot de huishouding van een waterschap behoort, dan is dat de zorg voor een geregeld verkeer door en over zijne sluizen en dit geldt te meer waar deze sluizen niet alleen voor de scheepvaart, maar ook als spuisluizen dienen. Dit nu is uitsluitend de strekking der door het hoogheemraadschap vastgestelde keur en, naar ons voorkomt, is daarvan bij de verschillende artikelen niet afgeweken. Van inbreuk op de bevoegdheid van het gemeentelijk gezag of op het gezag der communale overheid is dus geen sprake.

En voor zooverre uit de regeling door twee verschillende machten strijd zou kunnen ontstaan, ligt het op den weg der gemeente dien te voorkomen, hetzij door wijziging van hare verordeningen, hetzij door het geven van voorschriften aan hare ambtenaren omtrent de toepassing daarvan" (1).

De Kroon schaarde zich bij Hare beslissing geheel aan de zijde van Gedeputeerde Staten.

In het Koninklijk besluit van 22 Juli 1905 (*Stbl.* no. 241), waarbij het beroep ongegrond werd verklaard, werd o. a. overwogen: „dat niet is gebleken, dat Dijkgraaf en Hoogheemraden bij het vaststellen van de bestreden keur tegenover de gemeente Zaandam verder zijn gegaan dan strookt met hunne bij wet en reglement omschreven bevoegdheid en met eene goede opvatting van hunne taak".

(1) Zie Provinciaal Verslag van Noord-Holland over 1904, blz. 66; ook Raad van State 1904, blz. 840.

Mr. SCHEPEL, in de noot op blz. 162 van zijn Waterschapswetgeving deze zaak besprekende, is van oordeel dat, ingeval het gemeentebestuur van Zaandam na totstandkoming der keur, voorschriften gegeven had als die, welke het thans vóór die totstandkoming heeft vastgesteld, die voorschriften op grond van art. 150 Gemeentewet door de Kroon zouden kunnen worden vernietigd, zoodat het geval dan geheel gelijk had gestaan met dat van de Schiedamsche verordening, welke bij Koninklijk besluit van 17 Mei 1857 (*Stbl.* no. 21) werd vernietigd.

Het komt mij echter voor, dat het geval hier anders zou hebben gelegen.

Immers schijnt uit de Zaandamsche zaak te volgen, dat de gemeenteverordening — in tegenstelling met de Schiedamsche — *andere* belangen regelt dan die van het waterschap;

2o. *er is botsing tusschen keur en gemeenteverordening, omdat zij tegenstrijdige voorschriften inhouden (de een gebiedt wat de ander verbiedt of omgekeerd).*

Eene wettelijke regeling, waarbij een gezag wordt aangewezen om te beslissen over geschillen, voortspruitende uit botsingen tusschen waterschaps- en gemeenteverordeningen, ontbreekt (1).

De Regeering achtte de wet ter uitvoering van art. 191 der Grondwet niet de aangewezen plaats om regels omtrent de beslissing van zoodanige geschillen te stellen, omdat dergelijke regels ook de gemeenteverordeningen moeten beheerschen (2).

---

(1) Mocht de tusschenkomst der Kroon worden ingeroepen om een dergelijk geschil te beslechten, zoo zou slechts een niet-ontvankelijkverklaring moeten volgen, gelijk indertijd geschied is bij Koninklijk besluit van 2 Januari 1867, no. 42 (Raad van State 1867, blz. 22).

(2) Zie Memorie van toelichting ad artt. 5 en 6.

Niettegenstaande deze leemte in onze wetgeving (1) kan intusschen dikwijls langs anderen weg een oplossing verkregen worden.

Zoo behoort het tot de taak van het gezag, belast met het praeventief toezicht (Gedeputeerde Staten en de Kroon) om het ontstaan van dergelijke conflicten te voorkomen of zoo zij ontstaan zijn, te trachten ze uit den weg te ruimen.

Ingeval naar het oordeel van het hooger gezag het gemeentebelang behoort te primeeren, zal:

a. is de gemeenteverordening anterieur aan de keur, in onthouding van goedkeuring aan de keur het middel zijn gelegen om conflicten te voorkomen;

b. is de keur anterieur aan de gemeenteverordening, de keurbepaling, waarmede de verordening in botsing komt, zijn te vernietigen ingevolge art. 19 der Keurenwet (2).

Ingeval daarentegen het waterschapsbelang den door-

(1) Zie de jure constituendo de proefschriften van: D. VAN HOUWENINGE: «De stratwetgevende macht der waterschappen» (1890); C. H. MURMAN: «Eenige opmerkingen over de uitvoering van art. 191 der Grondwet» (1894); G. C. DUVAL SLOTHOUWER: «De wetgeving der waterschappen, in het bijzonder in de provincie Utrecht» (1905).

Mr. P. VAN HEIJNSBERGEN meent in zijn bovenaangehaald proefschrift, dat een wettelijke regeling in zake de beslissing der bedoelde conflicten niet noodig is, doch dat volstaan zou kunnen worden met een aanvulling van art. 19 der Keurenwet in dien zin, dat ook strijd met de wet als grond voor vernietiging in dat artikel werd opgenomen.

(2) Mr. SCHEPEL meende in zijn proefschrift («Wegenrecht in Nederland» blz. 314), dat het middel van art. 19 in geval van conflicten niet zal kunnen worden toegepast. Waterschap en gemeente behartigen — zoo was zijn redeneering — beide het algemeen belang door binnen de grenzen hunner bevoegdheid regelen te geven in het belang hunner huishouding. En door vernietiging der bepaling van de waterschapskeur, door dus het stellen van regels door het water-

slag zal hebben te geven, zal in de beide hierboven sub *a* en *b* bedoelde gevallen de gemeenteverordening alsnog voor een vernietiging ex art. 153 der Gemeentewet, hetzij dan wegens strijd met de wet (art. 150 der Gemeentewet) hetzij wegens strijd met het algemeen belang in aanmerking behooren te komen.

Dergelijke maatregelen zullen natuurlijk achterwege kunnen blijven, indien het aan het hooger gezag gelukt waterschaps- en gemeentebestuur tot elkaar te brengen, zoodat het geschil in der minne wordt voorkomen.

Overigens zij nog opgemerkt, dat, zoolang de tegenstrijdigheid tusschen keur en gemeenteverordening niet is opgeheven, waar naleving der ééne verordening onafscheidelijk gepaard gaat met overtreding van de andere, op grond van art. 42 Strafwetboek, die overtreding niet strafbaar is. Beide verordeningen zijn immers wettelijke voorschriften in den zin van dat artikel.

Eindelijk is nog te bespreken het geval, dat de waterschapskeur in botsing komt met een gemeentebelang, niet in een verordening neergelegd.

Gedeputeerde Staten of de Kroon zullen ook hier hebben te beslissen, of de botsing van dien aard is, dat aan de keur goedkeuring moet worden onthouden, of

---

schapsbestuur onmogelijk te maken, zou stellig het algemeen belang lijden.

De schrijver blijkt sedert van die meening te zijn teruggekomen.

Op blz. 161 van zijn werk: «Waterschapswetgeving» schrijft hij immers: «Kan evenwel uit de inrichting van het waterschap niet worden aangetoond, dat òf de gemeente òf het waterschap hunne bevoegdheden hebben overschreden, dan zal vernietiging slechts kunnen plaats vinden, wanneer òf het bestaan van de plaatselijke verordening òf dat van de waterschapsbepalingen òf wel het naast elkaar bestaan van de tweeërlei bepalingen met het algemeen belang in den .... aangegeven zin van *openbaar nut*, *algemeen welzijn*, in strijd moet worden geacht».

eventueel, zoo dit gemeentebelang eerst later is gebleken, de betrokken bepaling ingevolge art. 19 moet worden vernietigd.

De praktijk levert de volgende voorbeelden van botsing tusschen waterschapskeur en gemeentebelang:

a. een oplossing eener botsing ten gunste van het gemeentebelang werd gegeven bij het conflict tusschen het waterschap de Overwaard en de gemeente Gorinchem, beslist bij Koninklijk besluit van 3 December 1895 (*Stbl.* no. 209), op welk conflict hieronder nog nader zal worden teruggekomen.

Hier stonden tegenover elkaar het belang van het waterschap, betrokken bij het reinhouden van het boezemwater, en het belang der gemeente, gelegen in het ongehinderd loozen van het gemeentelijk rioolwater op den boezem van het waterschap.

Het waterschap had een keur vastgesteld, waarbij was verboden om zonder de toestemming van het bestuur binnen den boezem van het waterschap iets te werpen of te brengen, waardoor de waterloop kon worden verontreinigd. Dit verbod was in de keur opgenomen met de uitgesproken bedoeling om aan de gemeente Gorinchem de loozing van het water met de daarin aanwezige onreinheden uit hare grachten en riolen op een der toevoerkanalen tot den boezem van de Overwaard, zooals die loozing tot dusverre geschiedde, te beletten.

In het Koninklijk besluit, genomen in afwijking van het advies van den Raad van State (1), werd nu over-

(1) Zie Mr. SCHEPEL: «Waterschapswetgeving» blz. 151, noot 1.
De Raad van State meende, dat Gorinchems oogenblikkelijk belang niet mocht worden vereenzelvigd met het algemeen belang en het goedkeuringsbesluit niet mocht worden vernietigd als in strijd met het *algemeen* belang, terwijl daarmede slechts een *gemeentelijk* belang was gemoeid.

wogen: „dat deze loozing, welke sedert vele jaren aldus plaats heeft, vooralsnog voor de gemeente Gorinchem onmisbaar is, als hebbende zij geen ander middel tot loozing harer met faecaliën bezwangerde rioolwateren, en eene afsluiting daarvan tengevolge van het bovenvermelde verbod of tengevolge van het verbinden aan de toestemming van het waterschapsbestûur van voorwaarden, waaraan zij niet in staat is te voldoen, eene zóó groote ongelegenheid zou veroorzaken, als met het algemeen belang zou strijden;

„dat de behoefte aan uitstrooming van water met onreine stoffen bezwangerd in wateren onder beheer of toezicht van waterschappen, niet alleen in Gorinchem, maar in onderscheidene gemeenten des lands, bestaat, en het wegnemen, indien mogelijk, van daaruit voor de waterschappen of voor andere gemeenten voortvloeiende schadelijke gevolgen, wanneer deze werkelijk blijken mochten te bestaan, wel tot eene regeling of overeenkomst der belanghebbenden onderling of tot eene regeling van hooger gezag met inachtneming der algemeene belangen zoude kunnen aanleiding geven, maar dat het eenzijdig gebruik maken tot dat einde door een waterschap, dat beweert die schadelijke gevolgen te ondervinden, van zijne bevoegdheid tot het maken van strafverordeningen in het huishoudelijk belang zijner instelling, voor het minst even groote nadeelen van andere zijde zou in het leven roepen".

Op grond van die overwegingen werd bij genoemd Koninklijk besluit het besluit van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland tot goedkeuring van bedoelde keur als in strijd met het algemeen belang vernietigd (1);

(1) Over de vraag, waarom hier het goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten werd vernietigd en niet, krachtens art. 19 der Keurenwet, de goedgekeurde bepaling der keur, welke met het algemeen belang bleek te strijden, zie men de opmerkingen van Mr. SCHEPEL: «Waterschapswetgeving» blz. 165, noot 3.

b. een voorbeeld van oplossing der botsing ten gunste van het waterschapsbelang levert het geval, beslist bij Koninklijk besluit van 15 Januari 1903, no. 25, in hooger beroep handhavende het besluit van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland tot goedkeuring eener keur van den Aalkeet-Buitenpolder (1).

Ook hier betrof het onderwerp van het conflict tusschen waterschap en gemeente de uitloozing van gemeentelijk rioolwater op den polder (2).

Het geval lag hier echter eenigszins anders dan bij dat, vermeld sub *a.*

Daar gold het een keur, welke de stilzwijgende bedoeling had om aan een gansche gemeente de bestaande loozing van hare faecaliën te beletten, welke loozing vooralsnog niet gemist kon worden.

In de keur van den Aalkeet-Buitenpolder werd echter de bestaande toestand bestendigd, volgens welken uit een gedeelte der huizen, behoorende tot de bebouwde kom van Vlaardingen, en in den polder staande, het menagewater en de faecaliën door riolen afvloeiden in de wateren van den polder.

De bepalingen der keur, waaraan de gemeente aanstoot nam, hadden ten doel te waken tegen verdere verontreiniging van het polderwater door den aanleg van nieuwe riolen ten behoeve van nog te bouwen huizen, terwijl zij tevens de mogelijkheid openden, dat bij vernieuwing of herstelling van riolen betere maatregelen konden worden getroffen.

Het op het door de gemeente Vlaardingen tegen de

(1) Zie Provinciaal Verslag van Zuid-Holland over 1902, blz. 105.

(2) Zooals bekend is, is thans bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig, houdende voorziening tegen waterverontreiniging door gemeentelijke riolen of andere gemeentelijke werken tot afvoer van vuil (Bijl. Tweede Kamer 1912/13, no. 322; 1913/14 no. 73).

goedkeuring ingesteld beroep genomen Koninklijk besluit stelde voorop, dat het polderbestuur volkomen gerechtigd was tot het vaststellen van deze keurbepalingen, omdat het, evenzeer als het den plicht heeft door het malen van water uit en het laten van water in den polder, de landbouwbelangen in den polder te bevorderen, zoo ook heeft te waken dat niet door verontreinigd water die landbouwbelangen schade lijden.

Wat nu betrof de daartegenover staande belangen, betrokken bij een ongehinderde uitloozing in den polder, overwoog het Koninklijk besluit:

„dat daartegenover niet kan worden aangenomen, dat de bewoners van nieuw te bouwen huizen in den polder eenig recht zouden hebben hun vuil water, afval en faecaliën in de wateren van den polder te laten vloeien of daarin te werpen en daardoor dat water in steeds toenemende mate te vervuilen;

dat evenmin voor de bewoners van die huizen, die sinds langeren of korteren tijd ingevolge verleende vergunning of met stilzwijgende toelating van het polderbestuur hunne faecaliën en hun menagewater door riolen in de wateren van den polder te laten loopen, een recht kan zijn verkregen om voortdurend en ongestoord met die loozing te mogen voortgaan;

dat voorts het polderbestuur niet geacht kan worden op onredelijke wijze van zijn bovenbedoeld recht gebruik te hebben gemaakt, waar het bij de behartiging van het landbouwbelang in den polder door de bestreden bepalingen zijner keur heeft rekening gehouden zoowel met de jarenlang bestaande gelegenheid voor de bewoners van die huizen om op deze wijze zich van het rioolwater te mogen ontdoen, als met de inrichting, welke dientengevolge aan die huizen gegeven is, en zoodoende juist heeft vermeden een oogenblikkelijk werkend verbod om met de loozing

voort te gaan, hetwelk voor de huizen plotseling groote ongelegenheid zou veroorzaken;

dat alzoo ieder eigenaar van zulk een huis zich op de naleving van de voorschriften der keur kan voorbereiden".

Een conflict tusschen keur en gemeenteverordening of een niet in een verordening belichaamd gemeentebelang kan somtijds blijken de acute vorm te zijn, waaronder zich een sinds jaren smeulende oneenigheid tusschen waterschap en gemeente openbaart.

Het aangewezen middel om een dergelijk conflict uit den weg te ruimen kan dan blijken te bestaan in een verandering van de inrichting van het waterschap, in wijziging dus van het reglement (1).

Een poging om een oplossing in die richting te vinden — waarbij het echter bij een poging gebleven is — levert het voorstel van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, in 1891 aan de Staten gedaan (2), tot

---

(1) Op toepassing van dit middel ter voorziening in gevallen van strijd tusschen waterschaps- en gemeentebelangen in het algemeen vestigde o. a. Mr. G. J. Goekoop de aandacht bij de behandeling in de Tweede Kamer van art. 22 der tegenwoordige wet van 10 November 1900 (*Stbl.* no. 176). Zie Handelingen Tweede Kamer 1899/1900, blz. 1421. Als voorbeeld wees Mr. Goekoop op het bij reglement tot stand komen van ontpoldering ingeval van stadsuitbreiding. En in aansluiting daaraan herinnerde de Minister van Waterstaat (t. a. p. blz. 1422) er aan, hoe in 1872 een conflict tusschen Amsterdam en het hoogheemraadschap Amstelland werd opgelost door wijziging van het reglement van dat waterschap (Koninklijk besluit van 22 Januari 1872, *Stbl.* no. 7). Men zie over de Amstellandsche kwestie: Mr. A. J. Hovy: «Iets over den waterstaat en de noodzakelijkheid eener wettelijke regeling van dit onderwerp» (1879), alsmede Jhr. L. F. Teixeira de Mattos: «De waterkeeringen, waterschappen en polders van Zuid-Holland», IIe deel, blz. 940 en vlg.

(2) Bijlage X[1] der notulen van de Zomerzitting 1891.

wijziging van het reglement van het waterschap de Overwaard, ten doel hebbende een einde te maken aan de sedert jaren hangende moeilijkheden tusschen het waterschap en de gemeente Gorinchem over de loozing van het rioolwater van Gorinchem op den boezem van het waterschap, waaromtrent hierboven bij de vermelding van het Koninklijk besluit van 3 December 1895 (*Stbl.* no. 209) reeds een en ander werd medegedeeld.

In het ontwerp-besluit tot wijziging van het reglement werden de rechten en verplichtingen van waterschap en gemeente ten aanzien dier uitloozing nauwkeurig omschreven, terwijl ter voorkoming van de watervervuiling van den boezem werd bepaald, dat de afvoering van het water moest geschieden door een door Gorinchem te stichten en te onderhouden filter, waarvan de afmetingen en de samenstelling werden voorgeschreven.

Terwijl de behandeling van de reglementswijziging werd aangehouden, mede in afwachting van de uitkomsten van de met den filter te nemen proeven, werd het conflict tusschen waterschap en gemeente nog aanmerkelijk verscherpt, doordat eenerzijds het waterschapsbestuur er toe overging de sluisjes of duikers, waardoor het water uit de rivier in de grachten van Gorinchem werd ingelaten ter doorspoeling van de stadsriolen, aan den ketting te leggen en te verzegelen, en anderzijds de gemeenteraad van Gorinchem in dit feit aanleiding vond om een verordening in het leven te roepen, waarbij bepaald werd dat afsluitingen of belemmeringen van grachten, sluizen, duikers, enz. waardoor water in de gemeente wordt gebracht, geleid of afgeleid, binnen twee uren na daartoe strekkend bevel van den burgemeester moesten zijn opgeruimd.

Krachtens deze verordening werden onmiddellijk na

het in werking treden daarvan de door het waterschapsbestuur gelegde afsluitingen opgeheven (1).

Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland waren van oordeel, dat deze gemeenteverordening wegens strijd met de wet voor vernietiging in aanmerking behoorde te komen (2).

Strijd met de wet was immers h. i. aanwezig, omdat die verordening strekte om het meesterschap over sluizen en duikers over te brengen bij het gemeentegezag van Gorinchem in strijd met de voorschriften daaromtrent gegeven in de waterschapsreglementen van de Overwaard en de Alblasserwaard en dientengevolge in strijd met art. 190 der Grondwet en art. 138 der Provinciale wet, waaruit de wettelijke verbindende kracht van die reglementen voortvloeit.

Intusschen meenden Gedeputeerde Staten, dat de omstandigheden, waaronder de gemeenteraad tot vaststelling van die verordening overging, aanleiding zouden kunnen geven om, alvorens de verordening ter vernietiging voor te dragen, aan het gemeentebestuur een bekwamen termijn te stellen, binnen welken dat bestuur in de ontlasting van het rioolwater, zonder vervuiling van den boezem van de Overwaard, zou kunnen voorzien.

De Minister van Binnenlandsche Zaken vereenigde zich met deze zienswijze van het College van Gedeputeerde Staten.

Inmiddels was er een proef genomen met den filter, welke het rioolwater zou hebben te reinigen. De filter bleek niet aan de verwachting te beantwoorden, zoodat de proef als mislukt moest worden beschouwd.

In die omstandigheden werd het voorstel tot wijziging

(1) Zie bijlagen V1–2 der notulen van de Najaarszitting 1894.

(2) Provinciaal Verslag van Zuid-Holland over 1892, bl. 52.

van het reglement van het waterschap de Overwaard door de Staten buiten verdere behandeling gelaten (1).

De door het waterschapsbestuur vastgestelde keur werd daarop door Gedeputeerde Staten goedgekeurd.

Het verder verloop dezer zaak (de vernietiging van het goedkeuringsbesluit) is hierboven medegedeeld.

Ten einde te voorkomen, dat aan het hooger gezag een botsing als bovenbedoeld ontgaat, schrijft art. 7, 2e lid der Keurenwet voor, dat het ontwerp der keur aan de besturen der gemeenten, op welker grondgebied de keur kracht zal hebben, moet worden toegezonden.

Door die bepaling wordt toch aan de gemeentebesturen de gelegenheid geopend om hunne bezwaren tegen de keur aan het waterschapsbestuur, aan Gedeputeerde Staten en aan de Kroon kenbaar te maken, terwijl voorts art. 7, laatste lid er voor zorgt, dat bezwaren van gemeentebesturen, welke uitsluitend aan het waterschapsbestuur zijn ingediend, ook ter kennis komen van de macht, welke met de goedkeuring der keur is belast.

Overigens maakt de verplichte periodieke herziening der keuren (art. 16) het mogelijk om botsingen, welke bij de goedkeuring der keur aan de aandacht van het hooger gezag mochten zijn ontgaan, op te heffen.

Den Haag, October 1915.

J. W. Belinfante.

(1) Zie bijlage W[1] der notulen van de Zomerzitting 1895.

De Begrafeniswet en de lijkverbranding.

In den bloeitijd van het tweede Fransche Keizerrijk regende het in Europa dikwijls van quaesties, ongerekend de altijddurende Oostersche quaestie.

Vele daarvan waren opgeworpen door den „Sphinx aan de Seine", gelijk men NAPOLEON III placht te noemen.

Booze tongen fluisterden, dat NAPOLEONS doel was, het Fransche volk afleiding te verschaffen van het dwangjuk van het Caesarisme, waaronder het gebukt ging.

Bij het nagaan van de algemeene beraadslagingen over de Staatsbegrooting van 1916 zal men ontwaren, dat het getal quaesties in Nederland ook met den dag toeneemt.

In den laatsten tijd waren er weder twee nieuwe bijgekomen: 1°. de eedsquaestie; 2°. de quaestie van de lijkverbranding.

Over de eerstgenoemde schreef ik in *Themis* 1910, eerste aflevering.

Het zij mij vergund thans de lijkverbranding, die in letterlijken en in figuurlijken zin een „brandende" quaestie mag worden genoemd, te behandelen.

Door de onlangs plaats gehad hebbende aanneming van de Eedswet is deze jarenlang aanhangig geweest zijnde quaestie, naar men mag aannemen, thans voorgoed opgelost.

De vraag over het wettelijk al of niet geoorloofde van lijkverbranding, die nu gedurende de laatste twee jaren

de gemoederen zoozeer in beweging heeft gebracht, kwam mij voor, van genoegzaam belang te zijn, om ook háár in dit tijdschrift te bespreken. Misschien kan het van eenig nut zijn voor lateren tijd.

Ik zal daarbij zoo objectief mogelijk zijn en het vóór of tegen lijkverbranding geheel buiten beschouwing laten. Ik wensch alleen de genoemde vraag, die bij de behandeling der hoofdstukken Justitie en Binnenlandsche Zaken van de Staatsbegrooting voor 1916 tot zulke groote meeningsverschillen heeft aanleiding gegeven, onder de oogen te zien en daaraan eenige beschouwingen vast te knoopen.

Voor mijn doel is noodig de geschiedenis van de vaststelling der Begrafeniswet na te gaan.

Niet minder dan veertien jaren, van 1856 tot en met 1869, een zelfs voor Nederland, waar het wetten maken in den regel zeer moeilijk gaat, lang tijdvak zouden verloopen, eer de Begrafeniswet tot stand kwam.

Aan *vier* Ministers van Binnenlandsche Zaken, Van Reenen, Van Tets van Goudriaan, Heemskerk Az. en Fock, door wie achtereenvolgens *zeven* ontwerpen bij de Tweede Kamer werden ingediend, komt het vaderschap der wet toe.

Eerst bij de schriftelijke behandeling van het in de zitting der Tweede Kamer van 1866/67 door den Minister Heemskerk Az. ingediend wetsontwerp kwam lijkverbranding ter sprake. Het geschiedde naar aanleiding van het tweede lid van art. 1.

Dit artikel luidde oorspronkelijk: Elk overleden persoon en doodgeborene wordt in eene behoorlijk gesloten kist begraven op een begraafplaats, overeenkomstig deze wet aangelegd.

Op dezen regel kan in het belang der wetenschap, ter

ontleding of opening van een lijk, uitzondering worden toegelaten, mits de echtgenoot en bij ontstentenis van echtgenoot, de ter plaatse waar het lijk is gevallen, tegenwoordige bloedverwanten of andere nabestaanden van den overledene, die voor de begrafenis zorgen, toestemmen en burgemeester en wethouders verlof geven. Ten aanzien van lijken, die slechts geopend of gedeeltelijk ontleed worden, blijft de bepaling der eerste zinsnede gelden.

Bijlagen 1855/56 blz. 623.

De tekst van het tweede ontwerp van wet, waarvan de memorie van toelichting de onderteekening van den Minister Tets van Goudriaan droeg, verschilde niet veel van het eerste ontwerp. (Bijlagen 1858/59 blz. 134.)

Een voorloopig verslag werd er over uitgebracht, dat in hetzelfde zittingjaar door den Minister werd beantwoord.

Tot afdoening kwam het niet.

In het zittingjaar 1859/60 kwam het derde ontwerp van dezelfde Regeering bij de Tweede Kamer in. Het was nagenoeg gelijkluidend aan het tweede ontwerp.

Het daarover uitgebracht afdeelingsverslag bleef onbeantwoord.

Weinig minder dan *zeven* jaren zouden heengaan, eer de zaak opnieuw werd ter hand genomen.

Het geschiedde pas in het zittingjaar 1866/67 bij een gewijzigd ontwerp van den Minister Heemskerk Az.

Het toen voorgestelde wetsartikel — zie Bijlagen 1866/67 blz. 896 — luidde: Elk overleden persoon en doodgeboren kind (vrucht van zeven maanden en daarboven) wordt in een behoorlijk gesloten kist begraven op een begraafplaats, overeenkomstig deze wet aangelegd.

Zoo de niet gescheiden echtgenoot, of, bij ontstentenis of niet aanwezigheid van dezen, de naaste ter plaatse

van het sterfgeval aanwezige bloed- of aanverwanten tot den derden graad ingesloten, de aanwezige erfgenamen, de uitvoerders der uiterste wilsbeschikking, of diegenen die anderzins voor de begrafenis te zorgen hebben, verlangen of vergunnen, dat een lijk niet begraven, maar ontleed of op een andere wijze bewaard worde of zoo de overledene dergelijke beschikking over zijn lijk bij uiterste wil of bij eene acte, zooals omschreven is in art. 982 van het Burgerlijk Wetboek, heeft bevolen, kan dit met verlof van den burgemeester geschieden.

Bij weigering van dit verlof is beroep binnen 24 uren op onzen Commissaris des Konings.

Ook nu volgde een afdeelingsverslag, dat echter alweder niet werd beantwoord.

Hetzelfde lot ondergingen het vijfde en het zesde ontwerp van denzelfden Minister.

Het zevende en laatste ontwerp werd ingediend den 2en September 1868. Het was voorzien van een korte memorie van toelichting, onderteekend door den Minister Fock, tot beantwoording van het laatste eindverslag en tot toelichting van eenige wijzigingen, in het laatstvorig verslag aangebracht.

Na een schriftelijke gedachtenwisseling tusschen de Tweede Kamer en den Minister kwam het wetsontwerp den 22en Februari 1869 in behandeling. Het werd, op enkele punten gewijzigd, in de zitting van 27 Februari d.a.v. met 48 tegen 25 stemmen aangenomen.

De Eerste Kamer volgde spoedig. Reeds den 8en April nam zij het ontwerp, zonder beraadslaging, met algemeene stemmen aan.

Na bekrachtiging door den Koning werd de wet in het *Staatsblad* no 65 van 1869 opgenomen.

In niet één van de zeven ontwerpen was sprake geweest van lijkverbranding. Het geschiedde eerst bij de schrifte-

lijke behandeling van het in het zittingjaar 1866/67 door den Minister HEEMSKERK AZ. ingediend wetsontwerp.

Aanleiding er toe was het tweede lid van art. 2.

Blijkens het eindverslag vreesden enkele leden, dat het beschikken over het lijk, ook op andere wijze dan door begraven of ontleden, tot verkeerde gevolgen zou kunnen leiden. Zij gewaagden daarbij niet slechts van het verbranden van lijken, maar ook van het zetten van kinderlijken op liquor.

Bij de openbare behandeling van het laatste wetsontwerp in de bijeenkomsten van 22 en 23 Februari 1869, — zie Handelingen IIde Kamer blz. 883 en vlgg. — kwam men op de zaak terug. Men vreesde van de bepaling misdrijf en misbruiken van verschillenden aard, wat met voorbeelden werd aangetoond.

Minister FOCK antwoordde, dat het niet wel mogelijk was, bij de wet te voorzien in al de aangegeven gevallen; er zouden zelfs nog meer zijn aan te halen. Hij stelde echter — zie blz. 894 — eene redactie voor die, naar hij meende, aan de gerezen bezwaren zou tegemoet komen. Naar aanleiding van het verbranden van lijken zeide hij: „omtrent het verbranden en in zuren „oplossen van lijken werd gisteren aangevoerd, dat dat „in strijd is met den geest der natie. Onder *bewaren* „versta ik alleen het stellen van een lijk op liquor bijv. „als daartegen geen bezwaar is".

Zóó werd het artikel vastgesteld.

De vraag, wie tot het begraven van een lijk verplicht of bevoegd is, die uit den aard der zaak had dienen te worden behandeld bij art. 1, kwam pas ter sprake bij de beraadslaging over art. 40, dat de eerste der strafbepalingen bevatte.

Het geschiedde door de heeren VAN DER DOES DE WILLEBOIS en PLINAPPEL. Zij wezen er op, dat men,

ingevolge dit artikel, wèl wordt gestraft, indien men begraaft na den vijfden dag van het overlijden, maar niet, indien men in het geheel niet begraaft.

Het antwoord van den Minister Fock luidde, dat, al was niet bepaald uitgedrukt, wie voor het begraven heeft te zorgen, dit toch uit art. 1, tweede lid, was op te maken, omdat daar wordt opgegeven, welke personen worden ondersteld, met het begraven te zijn belast. Daar toch, voegde de Minister er aan toe, wordt bepaald, *welke* personen het recht zullen hebben, over het lijk te beschikken. Zóó was het ook altijd begrepen.

Het eerstgenoemd Kamerlid was met dit antwoord niet tevreden. „Wij behandelen nu", repliceerde hij, „*straf*bepalingen, en daarom moet ik doen opmerken, dat een feit niet bij *deductie* kan gestraft worden. Uit art. 1 volgt niet de verplichting tot begraving van de daar genoemde personen; het geeft rechten of bevoegdheden, welke men vrij is te aanvaarden of niet".

Vreemd genoeg, een amendement werd niet voorgesteld. Het tweede lid werd aangenomen, zooals het thans luidt.

Vier en veertig jaren zouden verloopen, eer art. 1 der Begrafeniswet tot een geschil aanleiding gaf.

Gedurende dit tijdvak werden herhaaldelijk lijken naar het buitenland vervoerd en daar in zoogenaamde crematoria verbrand. Nu verscheidene jaren geleden, in 1875, werd echter in ons land opgericht een „Vereeniging voor facultatieve lijkverbranding". Zij had een crematorium doen bouwen bij de begraafplaats Westerveld te Driehuizen, gemeente Velzen. Den 1en April 1914 werd daar voor het eerst een lijk verbrand.

Twee rechtsvervolgingen vloeiden er uit voort.

De eerste betrof den persoon, die het lijk door de

genoemde Vereeniging had doen verbranden — het was het lijk van diens schoonvader.

De Kantonrechter te Haarlem achtte het bewezen verklaarde feit niet strafbaar en ontsloeg den beklaagde mitsdien van alle rechtsvervolging, op grond, dat de Begrafeniswet, in art. 1 het gebod bevattende, dat elk overleden persoon zal worden begraven — behoudens in één geval, dat zich hier niet voordeed —, heeft verzuimd aan te wijzen, wie voor het niet-begraven aansprakelijk kon worden gesteld.

In hooger beroep werd dit vonnis door de arrondissements-rechtbank te Haarlem bevestigd.

Ofschoon de Officier van justitie bij de rechtbank zich met haar opvatting kon vereenigen, voorzag hij zich van het vonnis in cassatie, ten einde een uitspraak van den Hoogen Raad uit te lokken.

Bij arrest van 1 Maart 1915 werd, op de gronden van de Haarlemsche rechtbank, het daartegen ingesteld beroep verworpen.

De tweede rechtsvervolging werd ingesteld tegen den persoon, die, in opdracht van den eerstgenoemden beklaagde, het lijk van diens schoonvader verbrand en in het bovengemelde crematorium bijgezet en zoodoende verhinderd en onmogelijk gemaakt had, dat het lijk van den overledene werd begraven in een gesloten kist op een begraafplaats, overeenkomstig de Begrafeniswet aangelegd of volgens de Overgangsbepalingen van die wet toegelaten.

De rechtsvervolging had denzelfden loop als de eerstgenoemde.

Zoowel de Kantonrechter als de arrondissements-rechtbank ontsloegen den beklaagde van rechtsvervolging op grond, dat, al blijkt, zoo uit de woorden als uit de geschiedenis der Begrafeniswet, dat de bedoeling des

wetgevers niet is geweest, het verbranden van lijken toe te laten, verzuimd is, deze bedoeling om te zetten in een uitdrukkelijk verbod met een strafbepaling op de overtreding daarvan; dat toch art. 1, eerste lid der wet zoodanig verbod niet inhoudt, daar hierin alleen wordt geboden, dat ieder lijk zal worden begraven, welk gebod niet dezelfde strafrechtelijke gevolgen kan hebben als een verbod om te verbranden zou hebben gehad.

Bij arrest van den Hoogen Raad, mede van 1 Maart 1915, werd op het beroep uitspraak gedaan.

Daarbij werd overwogen:

„dat in het door de rechtbank bevestigde vonnis van den Kantonrechter, op alleszins juiste gronden is aangenomen, dat de wetgever bij de samenstelling der Begrafeniswet zich heeft gesteld op het standpunt, dat lijkverbranding niet zou zijn geoorloofd;

„dat in dit vonnis evenzeer terecht is beslist, dat die bedoeling in de wet geen uitdrukking heeft gevonden;

„dat daarin immers een uitdrukkelijk verbod van verbranden niet wordt aangetroffen;

„dat nu wel bij het middel wordt beweerd, dat dit verbod zou zijn opgesloten in het absoluut gebod tot begraven, neergelegd in art. 1, eerste lid, doch ten onrechte;

„dat toch, om uit een gebod, hetwelk werd bedoeld als gericht tot bepaalde personen, om te zorgen voor het begraven van een overledene, waartoe zij in zekere betrekking hebben gestaan, af te leiden een voor allen geldend verbod om het lijk van dien overledene een andere behandeling te doen ondergaan, en dan de strafbepaling op niet-naleving van het gebod tevens toepasselijk te verklaren op de overtreding van het daaruit afgeleide verbod, een methode van wetsuitlegging moet worden gebezigd, die in strafzaken niet is geoorloofd;

„dat dus het middel is ongegrond."

Beide genoemde arresten zijn opgenomen in het *Weekblad van het Recht* no. 9795.

Wie zou hebben gemeend, dat door de uitspraken van ons hoogste rechterlijk college een einde was gemaakt aan den strijd over het al of niet geoorloofde van lijkverbranding, zou zich deerlijk hebben vergist.

Bij de behandeling der hoofdstukken *Justitie* en *Binnenlandsche Zaken* van de Staatsbegrooting voor 1916 kwam dit uit, eerst bij de Tweede Kamer, daarna bij de Eerste Kamer.

In weerwil, dat volmondig werd erkend, „dat het door een leemte in de wet niet mogelijk was, iemand wegens lijkverbranding te straffen", werd door de rechterzijde niettemin een formeele akte van beschuldiging tot de regeering gericht over beweerde niet-naleving van de Begrafeniswet, „omdat zij niet was opgekomen tegen de „lijkverbranding te Westerveld en, zooals sedert was „gebleken, geen plan had, verder daartoe over te gaan".

Ik zou te uitvoerig worden, indien ik, zij het slechts beknopt, zou vermelden, wat in beide Kamers over de lijkverbranding zelve werd in het midden gebracht èn door de leden van de verschillende staatkundige richtingen èn door beide Ministers. De beraadslagingen vullen vellen druks van de Handelingen.

Ik wensch mij te bepalen tot slechts twee behandelde punten, het eene van strafrechtelijken, het andere van staatsrechtelijken aard, ter aanvulling, zooveel noodig, van het door beide Ministers gesprokene.

En daarbij moet ik ophouden objectief te zijn.

Het eerste punt betreft de reeds vermelde beschuldiging van den Minister van Justitie wegens beweerde niet-naleving van de Begrafeniswet.

Terecht werd door een lid der linkerzijde gezegd: „Door een rouwtrein wordt een doode vóór Westerveld ge-

bracht. Daar is ingrijpen nog niet mogelijk, want men weet nog niet, wat gebeuren zal. En als het crematorium genaderd is, zal dan de politieagent, als hem de toegang wordt geweigerd, de ceremoniën moeten storen, zich in den kelder begeven, den oven blusschen en zelf een graf graven, om daarin het lijk te begraven? Dit zou toch onzin zijn. En een strafactie, tengevolge van verzet tegen zoo iets in te stellen, zou moeten afstuiten op een arrest van den Hoogen Raad. Daarom doet men wel, zich daarvan te onthouden.

En de Minister van Justitie zeide, na er op te hebben gewezen, dat de Vereeniging voor lijkverbranding geen verboden vereeniging is, „het toepassen van politiedwang bij lijkverbranding zou zijn een onverantwoordelijke daad".

In de Eerste Kamer betoogde een der leden van links: „Waar (toch) geen verbod bestaat, zou ik weleens willen weten, op welken grond de politie bevoegd kan worden geacht, maatregelen te nemen, om een eventueele lijkverbranding tegen te gaan. Mijns inziens zou zoodanig optreden van de politie de grootste willekeur zijn, een niet te dulden tirannie".

De Minister van Justitie sloot zich hierbij aan: „Ik meen te hebben aangetoond", zei hij, „dat hier politiedwang zou worden aangemerkt als een machtsoverschrijding".

Naar aanleiding van deze woorden stelde de redactie van het *Weekblad van het Recht* (no. 9873) de vraag, of de Regeering, de politiemacht gebruikende, om voorgenomen lijkverbranding tegen te gaan, die politie niet een machtsoverschrijding zou hebben doen plegen, waartegen zelfs gewelddadig verzet niet onrechtmatig, althans niet strafbaar zou zijn geweest?

Of voor den Minister uit zoodanige handeling, ook al ware zij ter goeder trouw gepleegd, ook minder aange-

name gevolgen hadden kunnen voortvloeien, mogen anderen beslissen.

Ik zou nog willen vragen of één van de Kamerleden, die den Minister van Justitie in dezen politioneel hadden willen doen optreden, had hij voor het geval gestaan, zich wel ooit aan het nemen van den genoemden maatregel zou hebben willen wagen? Ik zou het in allen ernst willen betwijfelen.

Met het volste recht kon de Minister het lid der Tweede Kamer, van wien het allereerst het verwijt tot hem was gekomen, niet in de zaak te hebben ingegrepen, antwoorden, „te meenen zijn taak als Minister van Justitie in deze tijden te kunnen vervullen, zonder dat hij te kort kwam in eerbied jegens de wet en behoefde te handelen in strijd met de wet".

Een fier woord, dezen hoogen Staatsman ten volle waardig.

Ik kom tot het tweede punt, dat van staatsrechtelijken aard.

In de Eerste Kamer zijn hierover door twee leden *meeningen* uitgesproken, die ik slechts met den naam van staatsrechtelijke ketterijen zou weten te bestempelen.

In de eerste plaats moest de Vereeniging voor lijkverbranding van haar rechtspersoonlijkheid worden beroofd, omdat zij zou hebben gehandeld tegen de .... bedoeling van den wetgever.

Die leden zagen echter geheel over het hoofd, dat, ingevolge art. 10 van de wet op het recht van vereeniging en vergadering, een vereeniging slechts van haar hoedanigheid van rechtspersoon kan worden vervallen verklaard, *als zij van haar goedgekeurde statuten afwijkt* (de cursiveering is van mij). Van dit laatste werd echter geen enkel bewijs aangevoerd; het zou trouwens ook niet

hebben kunnen geschieden, daar de Vereeniging bij de lijkverbranding te Westerveld zich geheel aan haar statuten heeft gehouden.

Thans kom ik tot het laatste punt: den door een der leden van rechts in de Eerste Kamer den Minister van Binnenlandsche Zaken gegeven raad, „om door zijn organen, Gedeputeerde Staten of andere organen, zich te richten tot de gemeentebesturen in de plaatsen vooral, waar crematoria zijn of zullen komen, om hen te wijzen op het recht en de verplichting, om deze materie bij verordening te regelen". Volgens dat lid zou de gemeentewetgever bevoegd zijn hier op te treden, omdat noch het Strafwetboek, noch de Begrafeniswet de materie heeft geregeld.

De Minister van Binnenlandsche Zaken had een gemakkelijke taak, om het bedoelde Kamerlid te beantwoorden. Hij kon, in aansluiting bij wat reeds door een ander lid in het kort was gezegd, er op wijzen, dat de aanbevolen weg geheel en al is uitgesloten, waar het hier is een zaak bij de wet geregeld, een rijkszaak, en door den plaatselijken wetgever in de zaak te mengen, zou men dan onmiddellijk in strijd komen met art. 150 der Gemeentewet, dat bepaald, dat de plaatselijke verordeningen niet treden in hetgeen van rijksbelang is.

De Minister van Binnenlandsche Zaken had er nog op kunnen wijzen, dat er over deze zaak een vaste administratieve rechtspraak bestaat. Als men de jaargangen van het *Staatsblad* van kort na het in werking treden der Gemeentewet af naziet, zal men daar tal van Koninklijke Besluiten vinden, waarbij, uit kracht van art. 153 in verband met art. 150 dier wet, plaatselijke verordeningen werden vernietigd. Steeds betrof het een regeling, waarin reeds bij de wet was voorzien.

Afgescheiden van het bovenstaande komt het mij

voor, dat het hier een onderwerp betreft, waarvan de regeling ligt op den weg niet van den plaatselijken, maar van den rijkswetgever.

Zeer juist zeide èn de Staatscommissie èn de Regeering in de toelichting van haar ontwerp voor een wetboek van strafrecht:

a. de rijkswet voorziet in die overtredingen, die èn in alle gemeenten èn overal op dezelfde wijze behooren strafbaar te wezen;

b. aan den provincialen- of gemeentewetgever wordt overgelaten al datgene, waarbij *bijzondere provinciale of gemeentelijke toestanden invloed oefenen* (de cursiveering is van mij).

En nu zal zelfs het bedoelde Eerste Kamerlid moeilijk kunnen tegenspreken, dat de aangehaalde woorden op lijkverbranding ten volle van toepassing zijn. Dit klemt te meer, als men let op wat de Staatscommissie zeide tot verdediging van bedoelde afwijkingen: „De grond voor dergelijke afwijking is altijd gelegen in de overweging: hetzij dat de straffen, die op overtreding der verordeningen van Provinciale Staten of Gemeenteraden bedreigd mogen zijn, voor die materie niet voldoende zijn, hetzij dat voor die materie Provinciale Staten of Gemeenteraden slechts binnen meer dan gewoonlijk beperkte grenzen straffen bedreigen kunnen, zal er niet, in vergelijking met overtredingen bij het Wetboek van Strafrecht zelf voorzien, eene ongewenschte onevenredigheid in de zwaarte der straffen ontstaan".

Deze woorden zijn mede geheel van toepassing op lijkverbranding.

En nu lette men er op, dat bij de Begrafeniswet, zooals deze bij de wet tot invoering van het Wetboek van Strafrecht is gewijzigd, op een drietal lichte overtredingen slechts een straf is gesteld van een boete van

ten hoogste vijfentwintig gulden of van hechtenis van een tot drie dagen, doch op alle andere overtredingen boeten zijn gesteld, loopende tot honderd gulden of hechtenis van een dag tot een jaar. Op al deze overtredingen zou de Gemeenteraad slechts hechtenis van ten hoogste zes dagen of geldboete van ten hoogste vijfentwintig gulden kunnen stellen. De ongewenschte onevenredigheid in de zwaarte der door den rijkswetgever en den plaatselijken wetgever te stellen straffen, die de rijkswetgever juist heeft willen voorkomen, zou zich bij een regeling van de lijkverbranding door den Gemeenteraad in niet geringe mate voordoen.

Ik vraag verder met Mr. J. L. DE LEAO LAGUNA (1), wat er zou worden van de eenheid van wetgeving en van de beginselen, die haar beheerschen, ware het aan de gemeentebesturen vrijgelaten, corrigeerend en aanvullend te werk te gaan, waar rijk of provincie eenig onderwerp in zijn geheelen omvang heeft geregeld?

Een krachtigen bondgenoot heb ik ook in Mr. G. DE VRIES Az., als hij schrijft (2): „dat de gemeente (alleen) de vrije beschikking heeft over die belangen, welke niet haar betreffen als deelen van den geheelen Staat of der Provincie, maar welke uit haren eigenen aard, uit haar zelfstandig bestaan voortvloeien".

Ik zou mij ook nog kunnen beroepen op andere schrijvers over Staatsrecht en Gemeenterecht, als Mr. G. H. BETZ (3), Prof. BUYS (4) en Prof. OPPENHEIM (5), die

(1) Bijdragen tot de kennis van het Staats-, provinciaal en gemeentebestuur in Nederland, 1886. Nieuwe serie, vijftiende deel, blz. 47.

(2) De wetgevende macht der plaatselijke besturen, blz. 31.

(3) Bijdragen enz., blz. 407—424.

(4) De Grondwet. Toelichting en Kritiek, II, blz. 182.

(5) Handboek voor de beoefening van het Nederlandsch gemeenterecht, blz. 43 en vlg.

in hoofdzaak allen tot dezelfde conclusie komen als de door mij genoemde schrijvers.

Er zijn uitzonderingen aan te wijzen, doch deze zijn uitdrukkelijk òf door de wet zelve bevolen, òf door haar vrijgelaten; daaronder zelfs de Begrafeniswet, waarvan art. 7 bepaalt, dat de tijd van begraven wordt vastgesteld bij plaatselijke verordening, en de artt. 8 en 28, waarbij onderscheidenlijk de gemeenteraad wordt verplicht tot regeling bij plaatselijke verordening van hetgeen in het belang der openbare orde en gezondheid bij het brengen van lijken naar de begraafplaats en op de in de gemeente gelegen begraafplaatsen moet worden in acht genomen.

De door mij bedoelde uitzonderingen bevestigen echter juist, wat ik, ook op gezag van anderen, meende te mogen stellen ten aanzien van de grenzen der bevoegdheid van de gemeentebesturen op het gebied van wetgeving, als het onderwerp, zij het onvolledig, door den rijkswetgever is geregeld, zooals bij de Begrafeniswet is geschied.

Hoe voorts de Hooge Raad oordeelt over de beteekenis van het woord „onderwerp" in het geval van art. 151 der Gemeentewet, kan blijken uit zijn arrest van 2 Mei 1887 (1) in zake de algemeene politieverordening van Waalwijk en uit zijn twee arresten van 17 October 1887 (2) betreffende de algemeene politieverordening van 's-Hertogenbosch en van de verordening van politie van Oosterhout.

Alles te zamen genomen kom ik verder tot de conclusie dat, indien zich al een Minister van Binnenlandsche Zaken genoopt mocht gevoelen, bij een gemeenteraad aan te dringen op het vaststellen eener verordening op

(1) *W. v. h. R.* no. 5411.
(2) *W. v. h. R.* nos. 5482, 5483.

lijkverbranding, en de gemeenteraad aan dien aandrang mocht hebben voldaan, de Gedeputeerde Staten der provincie die verordening aan den Minister zouden moeten toezenden, om haar, uit kracht van art. 153 der Gemeentewet, door de Kroon te doen vernietigen.

Afgescheiden van al het bovenstaande heeft zich onder de juristen in en buiten het Parlement nog een verschil van meening voorgedaan over de vraag, of een wetsbepaling moet worden nageleefd ook al is zij niet gesanctioneerd? Met het oog op de ook door den Hoogen Raad aangenomen bedoeling van den wetgever om lijkverbranding te verbieden, oordeelde men van den eenen kant, „dat, al was deze bedoeling in de wet niet tot uitdrukking gekomen, dat ook verbods- of gebodsvoorschriften van den wetgever, al heeft hij daaraan niet een sanctie verbonden, aan degenen tot wie zij zich richten, den plicht der gehoorzaamheid opleggen, rechtsvoorschriften zijn, welker niet-naleving als onrechtvaardig mag worden aangemerkt (*W. v. h. R.* no. 9873)".

Mr. J. A. Levy was van een geheel andere meening. In het *Handelsblad* van 2 December 1915 (Avondblad, Tweede blad) schreef hij, „dat een wet zonder sanctie *als wet niet bestaat.* Bedoelingen kunnen honderdmaal voorgezeten hebben bij den wetgever. Zoodra en zoolang deze bedoelingen niet tot woordelijke uiting gekomen zijn, maken zij zoo min eene wet, als onze bedoeling b.v. om den oorlog te doen eindigen, de menschenslachting doet ophouden".

Beide meeningen werden door anderen verdedigd.

Ik hoop, dat men het mij, ofschoon ik niet het voorrecht heb *mr.* vóór mijn naam te schrijven, niet euvel zal duiden, indien ik mij in het geschil meng. De eerstgenoemde stelling zou, naar mijn inzien, slechts kunnen

opgaan, indien in de Begrafeniswet werkelijk een bepaling ware opgenomen, die de lijkverbranding verbiedt, doch dat was verzuimd op de overtreding van dit verbod straf te stellen. Dàn zou het zijn geweest een *nudum praeceptum* en zou er voor die stelling, uit een ethisch oogpunt, iets zijn te zeggen (1). *Van zoodanige verbodsbepaling*, al moge ze zijn bedoeld, *is nochtans in de Begrafeniswet geen woord te vinden.*

Bovendien verlieze men niet uit het oog, dat lijkverbranding uit haar aard allerminst als een misdrijf is te beschouwen, doch dit slechts kan worden door wetsduiding. Men zal het toch niet als een misdrijf willen beschouwen, indien familieleden van een overledene, op diens uitdrukkelijk verlangen, zijn lijk verbranden of laten verbranden? Ware het anders, lijkverbranding zou zeker niet reeds sedert jaren zijn toegelaten in tal van landen van Europa, zooals in Italië, Engeland, Zwitserland, Frankrijk, Denemarken en Zweden, en ook in vele Staten

(1) Reeds spoedig na het in werking treden van het Wetboek van Strafrecht bleek, dat er drie min of meer oude wetten waren, op wier overtreding bij den Code Pénal straffen waren gesteld, doch dat dit was verzuimd zoowel bij het nieuwe wetboek als bij de Invoeringswet. Het waren: 1o. de Déclaration du Roi, concernant le port des armes, van 23 Maart 1728, in ons land executoir verklaard bij Keizerlijk decreet van 8 November 1810; 2o. de wet van 16 Pluviose an XII, in art. 1 bepalende, dat geen huis van pand of beleening zal mogen worden opgericht zonder vergunning der regeering, bij hetzelfde Keizerlijk decreet in ons land executoir verklaard; 3o. een Nederlandsche wet, die van 22 Juli 1814 (*Stbl.* no. 86), houdende verbod van alle vreemde of particuliere loterijen. Ik vestigde hierop de aandacht in een artikel, getiteld: *Verbodsbepalingen zonder strafbepalingen*, opgenomen in het *Tijdschrift voor Strafrecht* 1889, deel III, aflevering III.

Zooals men weet zijn voor deze drie onderwerpen later achtereenvolgens vastgesteld de Wapenwet, de Loterijwet en de Woekerwet.

van Noord-Amerika. In alle geval zou dit zeker als verzachtende omstandigheid kunnen gelden tegenover de Vereeniging voor lijkverbranding en evenzeer tegenover hen, die nu sedert eenigen tijd, in plaats van lijken naar het buitenland ter verbranding te doen vervoeren, van haar crematorium gebruik maken.

Wat thans over de Begrafeniswet èn in de rechtszaal èn in 's lands vergaderzalen is voorgevallen, heeft opnieuw in het licht gesteld, hoe gebrekkig dikwijls onze wetten worden ontworpen en tevens hoe weinig de leden van de Tweede Kamer de kunst verstaan, haar redactie te verbeteren, zóó, dat de bedoeling van den wetgever duidelijk wordt uitgedrukt.

Hadden de heeren Van der Does de Willebois en Pijnappel bij de behandeling van art. 1 der Begrafeniswet een wijziging van dit artikel weten voor te stellen, waardoor op ondubbelzinnige wijze werd aangewezen, *wie* voor het begraven van een lijk had te zorgen, en had later Minister Fock een uitdrukkelijk verbod van lijkverbranding — ik wil hiermede geenszins zeggen *tegen* deze handeling te zijn — in de wet opgenomen, de moeilijkheden, nu eenigen tijd geleden gerezen over de toepassing der Begrafeniswet, zouden niet zijn voorgekomen.

Herhaaldelijk is èn in de beide Kamers der Staten-Generaal èn door hoogstaande mannen op dit euvel de aandacht gevestigd. Daarbij werden, alleszins terecht, tot voorbeeld gesteld de helderheid, duidelijkheid en beknoptheid van de meeste Fransche codes, in tegenstelling van de breedvoerigheid van Duitsche en mede van Engelsche wetten, welke laatstgenoemde, in weer-

wil van het pittige en eenvoudige van de Engelsche taal, niet zelden modellen zijn van lange aaneenrijging van allerlei casuïstiek.

Allerlei middelen zijn vóór en na aan de hand gedaan, om verbetering in den toestand te brengen, óók wat stijl en taal betreft. In 1906 door het lid der Tweede Kamer Mr. H. L. Drucker, bij de behandeling van hoofdstuk I der Staatsbegrooting voor 1907, en in 1913 door Mr. J. P. Fockema Andreæ, destijds wethouder, thans burgemeester van Utrecht, in een werkje, getiteld: *De kunst van wetgeven op en om het Binnenhof.* En niet lang geleden bevatte *De Gemeentestem,* in de nos. van 1, 8, 15 en 22 April, hoofdartikelen over *De vorm van onze wetten,* waarin zeer behartigingswaardige wenken hierover werden gegeven.

Het ligt buiten mijn betoog, dit punt verder te bespreken. Ik heb het slechts willen aanroeren in verband met het door mij behandelde onderwerp.

Amsterdam. A. Duparc. †

De Inleiding in Noyon's Het Wetboek van Strafrecht verklaard.

(3de druk 1914, *Arnhem*, S. Gouda Quint.)

Reeds tweemaal, de eerste keer in het Weekblad van het Recht — zie nos. 9578, 9623 en 9695 — daarna in het Tijdschrift voor Strafrecht, dl. XXVI, blz. 306, gaf ik eene korte aankondiging van den derden druk van Noyon's bekende commentaar op het Wetboek van Strafrecht. De omstandigheden leidden er toe, dat ook de aankondiging in dit Tijdschrift door mij zou moeten worden geschreven en zoo stond ik wederom voor de vraag, op welke wijze ik mij van die taak zou kunnen kwijten. Ook ditmaal mij bepalen tot eenige algemeene opmerkingen van hulde en waardeering, scheen mij niet gewenscht; het zou bijna eene aanmatiging zijn mijnerzijds, zoo telkens de taak van lofredenaar op mij te nemen. In elk geval zou eene herhaling van mijn reeds tweemaal gegeven oordeel voor den schrijver weinig beteekenis hebben. Aan den anderen kant kon moeilijk worden gedacht aan eene eenigszins uitvoerige bespreking van het geheele werk; een commentaar leent zich daartoe al bijzonder slecht. Zoo kwam ik na rijpe overweging tot het besluit, dat het aanbeveling zou kunnen verdienen mij te bepalen tot de aankondiging van de Inleiding, van wat men zou kunnen noemen het algemeene deel van het werk van Mr. Noyon. Die aankondiging kon dan eenigszins meer in bijzonderheden treden en aanleiding geven tot eenige critische opmerkingen. Ik vermoed, dat ook Mr. Noyon ten slotte meer waardeering

voor zijn arbeid zal willen zoeken in het ontwikkelen van enkele bezwaren tegen zijne beschouwingen, dan in een algemeen woord van hulde, al is dit ook allerminst eene beleefdheidsphrase. Trouwens, zooals ik reeds zeide, mijne groote waardeering voor het werk van Mr. NOYON heb ik reeds meermalen uitgesproken.

Vooral aan één onderwerp van het algemeene deel, aan de leer van opzet en schuld, is de Inleiding van Mr. NOYON gewijd; daar tusschenin, als een soort van intermezzo, komen in de achtste tot tiende aanteekening de beschouwingen over de beteekenis van het woord „wederrechtelijk" voor de verschillende artikelen van het Wetboek. Bij de leer van opzet en schuld is het grootste gedeelte bestemd voor de behandeling van vragen met het opzet in verband staande; enkele bladzijden worden gewijd aan „Schuld bij misdrijf", terwijl daarna aan „Opzet en schuld bij overtreding" eene afzonderlijke bespreking wordt gegeven. Het is natuurlijk volkomen begrijpelijk, dat Mr. NOYON de hier aangegeven onderwerpen in eene Inleiding heeft saamgevat. Ons Wetboek bevat geene artikelen over opzet en schuld, en dus kon wat daaromtrent moest worden medegedeeld niet aan de uitlegging van een bepaald artikel worden verbonden. Voor het Duitsche Wetboek kon dit geschieden bij de behandeling van § 59 en dit is dan ook gebeurd zoowel in de commentaar van OLSHAUSEN als in die van FRANK. FRANK geeft daarentegen in zijne „Einleitende Bestimmungen" beschouwingen over andere onderwerpen van algemeene strekking, terwijl hij, eenigszins eigenaardig, aan de behandeling van § 1, welke de drieledige verdeeling der strafbare feiten inhoudt, de bespreking vastknoopt van de leer der causaliteit. Bij NOYON wordt die leer niet afzonderlijk behandeld; zij heeft geene plaats kunnen vinden in de Inleiding en ook bij de bespreking

van de bijzondere artikelen is niet naar eene behandeling van de causaliteitsvraag gestreefd. Bij de leer der deelneming, het onderscheid tusschen daderschap en medeplichtigheid, wordt slechts in eene enkele zinsnede aan het bestaan van het causaliteitsvraagstuk herinnerd; bij de behandeling van die artikelen, waarbij het objectieve gevolg strafverzwarenden invloed heeft, wordt niet nader aangewezen, wanneer de handeling geacht kan worden eene bepaalde gebeurtenis ten gevolge gehad te hebben. Eéne opmerking is er, die het probleem van het causaal verband raakt, namelijk die welke te vinden is in aant. 4 op blz. 30 onder het hoofd „Schuld bij misdrijf". Daar wordt, onder verwijzing naar het arrest van 7 Juni 1911, geleerd, dat de rechter voor elk concreet geval de vraag zal hebben te stellen, of tusschen de daad en het verzuim waarin de schuld ligt en hetgeen als gevolg daarvan wordt aangemerkt een voldoend causaal verband bestaat. Eigenaardig wordt deze opmerking verbonden aan deze andere, dat de wet niet bij algemeene bepaling vaststelt, wanneer een feit geacht kan worden aan iemands schuld te wijten te zijn. Schuld en causaal verband worden aldus vereenzelvigd. Overigens leert Noyon niet wat wij onder een „voldoend" causaal verband hebben te verstaan, terwijl hij ook bij de opzettelijke misdrijven over het causaliteitsvereischte in het geheel niet spreekt. In zooverre laat dus de in het algemeen zoo volledige Verklaring ons in den steek. Dit kan allicht daardoor worden verklaard, dat Mr. Noyon zich, vermoedelijk met opzet, zooveel mogelijk onthouden heeft van uitweidingen van meer algemeene wetenschappelijke beteekenis, die met de uitlegging der positieve wet niet rechtstreeks in verband staan. Intusschen mag toch wel worden opgemerkt, dat de causaliteitsvraag voor de toe-

passing van tal van artikelen onmiddellijke practische beteekenis heeft.

De Inleiding is in den derden druk in hoofdzaak dezelfde gebleven, die zij was in de vorige uitgaven; de inhoud is slechts op enkele punten aangevuld of gewijzigd. Nieuw is in den laatsten druk, overgenomen uit het Supplement op den tweeden druk, de in de eerste aanteekening opgenomen bespreking van de vraag, of opzet moet worden geïdentificeerd met de wetenschap omtrent het bestaan van de elementen, waarop het volgens de wettelijke omschrijving van het strafbare feit gericht moet zijn. Ik kom op deze belangrijke quaestie zoo straks terug. Nieuw zijn verder enkele noten, ten deele bestemd voor de nadere verdediging van vroeger ontwikkeld gevoelen en ter afwering van den daartegen gerichten aanval. Zie bepaaldelijk noot 1 op blz. 8, noot 4 op blz. 19 en noot 1 op blz. 33. Voorts is op de bladzijden 21 en 22 bij de behandeling van het woord „wederrechtelijk" eene nadere beschouwing ingevoegd over het gebruiken van dat woord bij de formuleering van het misdrijf van art. 168, terwijl eindelijk op blz. 30 eene korte aanteekening is geplaatst over de vraag, wanneer een feit geacht kan worden aan iemand's schuld te wijten te zijn. Die nieuwe, hierboven reeds nader besproken, aanteekening is als no. 4 genummerd doch volgt onmiddellijk op de tweede aanteekening. Vermoedelijk is de derde aanteekening van den tweeden druk bij vergissing weggevallen; ondersteld mag worden, dat wat daarin staat omtrent den bewijsplicht ten aanzien van de schuld, ook thans nog wel de bedoeling van den schrijver zal uitdrukken.

Bij eene nadere beschouwing van den inhoud van de Inleiding ontmoeten wij thans allereerst het straks vermelde betoog omtrent de vereenzelving van opzet met

de wetenschap omtrent het bestaan van de elementen, waarop het volgens de wettelijke omschrijving van het strafbare feit gericht moet zijn, een betoog, dat in het Supplement van 1907, waaraan het ontleend is, werd vastgeknoopt aan het arrest van 29 Juli 1907, W. 8580. NOYON verwijt aan MODDERMAN, dat deze het eerst met die gelijkstelling zou zijn voor den dag gekomen, terwijl zij aan de opvatting van de Staatscommissie vreemd zou zijn geweest. Het blijft mij voorkomen, dat NOYON hier een verschil maakt tusschen de inzichten van de Staatscommissie en van MODDERMAN, dat in werkelijkheid niet bestaat. Reeds in de M. v. T. van de Staatscommissie, letterlijk door de Regeering overgenomen, wordt gezegd, dat de straf, de krachtigste uiting van het staatsgezag, in den regel alleen hem moet treffen, die de verboden handeling heeft teweeggebracht *willens en wetens* (1). Wil en wetenschap werden dus hier als elementen van het strafbare opzet naast elkander gesteld, en wat MODDERMAN later te dien opzichte opmerkte ging geheel in dezelfde lijn. Voorts mag er op worden gewezen, dat èn in de M. v. T. van de Staatscommissie èn in die van de Regeering bepaaldelijk werd gezegd, dat het opzetsvereischte zoowel kan worden uitgedrukt door het woord *opzettelijk* (met opzet) als door de uitdrukking *desbewust* (wetende dat), terwijl bijzondere aandacht verdient de zinsnede, welke de Staatscommissie daarop liet volgen: Opzet, bewustzijn kan nooit iets minder beteekenen dan het opzet om te plegen het feit dat de wet strafbaar stelt, de bekendheid met dat feit (2). De vraag, of ten aanzien

---

(1) Vgl. de M. v. T. Stc., uitgave BELINFANTE, blz. 17, en M. v. T. O. R. O. SMIDT, I blz. 77.

(2) T. a. p. blz. 18.

van de eene of andere omstandigheid het opzetsvereischte zou worden aangeduid door het woord „opzettelijk" dan wel door eene uitdrukking als „wetende dat", „waarvan hij weet", werd uitsluitend beantwoord op grond van hetgeen zinsbouw en duidelijkheid vereischten; eenige afwijking van beteekenis was daarmee niet bedoeld. Dit blijkt ook nog uit de opmerking van de C. v. R., waarbij er bezwaar tegen wordt gemaakt, dat in strijd met wat de duidelijkheid zou eischen te veel aan het gebruik van het woord opzettelijk wordt vastgehouden (1). Mr. NOYON wraakt in zijne noot op blz. 2 mijn beroep op de geschiedenis van art. 416, doch ongetwijfeld ten onrechte. De Stc. gebruikte in art. 479 de uitdrukking „waarvan hij weet dat het door misdrijf is verkregen"; de Regeering sprak in art. 471 O. R. O. van het „opzettelijk eenig door misdrijf verkregen voorwerp koopen". De toelichting tot beide artikelen is letterlijk dezelfde; èn de Stc. èn de Regeering verklaarden, dat de wetenschap van den misdadigen oorsprong door de wet als vereischte moest worden aangenomen. M. i. volgt daaruit met volkomen zekerheid, dat de Regeering met haar opzetsvereischte niets anders heeft willen vorderen dan de Stc. met haar wetenschapseisch (2). De onderstelling, dat de Minister zou hebben voorbijgezien, dat de toelichting van de Stc. niet meer op den tekst van het artikel paste, is zonder eenigen grond. De conclusie moet dus wezen, niet slechts dat Minister MODDERMAN niet eene nieuwe, aan het oorspronkelijke regeeringsontwerp vreemde, opvatting heeft verdedigd, doch dat noch hij in zijne Memorie van Antwoord noch

---

(1) SMIDT, I blz. 81.

(2) Dat met «opzettelijk» in art. 416 niets anders wordt uitgedrukt dan «wetenschap van de misdadige herkomst» werd bepaaldelijk aangenomen bij H. R. 28 November 1898; W. 7207.

Minister SMIDT bij de samenstelling van het regeeringsontwerp zijn afgeweken van hetgeen door de Staatscommissie met betrekking tot de leer van het opzet werd aangenomen. Naast „willen" werd ook reeds door de Staatscommissie „weten" als een element van het strafbare opzet beschouwd, en ten aanzien van onderscheidene bestanddeelen van de strafbare feiten werden wetenschap en opzet als aequivalenten aangemerkt. Ten aanzien van die punten bestond tusschen de Staatscommissie, die het ontwerp samenstelde, de Regeering, die het indiende en den Minister, die het verdedigde volkomen overeenstemming.

In hoeverre mag nu voor ons Wetboek worden aangenomen, dat weten naast willen element van het opzet is, of dat weten met willen mag worden vereenzelvigd? Naar mijne meening zal daarbij het onderscheid moeten worden in het oog gehouden, of men te doen heeft met opzet gericht op het met de handeling te weeg te brengen gevolg, dan wel met het opzet betrekking hebbende op de de handeling vergezellende omstandigheden. Het wil mij voorkomen, dat NOYON ook bij de beoordeeling van MODDERMAN'S stellingen dit onderscheid niet voldoende in het oog heeft gehouden. Ten aanzien van de omstandigheden, welke de handeling moeten vergezellen om haar tot eene strafbare te maken, zal het opzet zich veelal oplossen in de wetenschap, dat die omstandigheden aanwezig zijn. Van een opzet als oogmerk, van een handelen omdat die omstandigheden aanwezig zijn, is meestentijds geen sprake; het opzet ligt daarin, dat de handeling verricht wordt ondanks de bekendheid van den dader met de aanwezigheid dier omstandigheden (1). Wie eenig

(1) Daarom lijkt mij ook het bezwaar, door NOYON op blz. 14 tegen de artt. 406 en 407 aangevoerd, niet gegrond. Wat geldt ten aanzien van de omstandigheid «buiten noodzaak» in die artikelen,

goed koopt, wetende dat het van diefstal afkomstig is, wil gestolen goed koopen en handelt in zooverre opzettelijk; wie een huwelijk sluit, wetende dat zijn tevoren gesloten huwelijk nog niet is ontbonden, wil een dubbel huwelijk aangaan. Wetenschap sluit dus in die gevallen ongetwijfeld willen en dus opzet in. Doch kan dat opzet nu ook aanwezig zijn zonder dat er van weten sprake is? Alles hangt af van wat men onder *weten* verstaat. Stellige zekerheid met betrekking tot de eene of andere omstandigheid zal uiterst moeilijk kunnen aanwezig zijn; wie een tweede huwelijk wil aangaan kan, tenzij zijne eerste vrouw bij de plechtigheid aanwezig is, niet weten, of niet misschien even te voren door haar onverwacht overlijden zijn huwelijk ontbonden is. Handelt hij in de overtuiging, dat zijn eerste huwelijk nog bestond, dan was ook zijn wil op het aangaan van een dubbel huwelijk gericht en dus het vereischte opzet aanwezig. Wie goed koopende voor zich zelf de overtuiging heeft van de oneerlijke herkomst van het gekochte, heeft het voor heling vereischte opzet. Volstrekte zekerheid kan in al die gevallen niet worden gevorderd. Of de practijk niet te ver gaat door bij een begrijpen en moeten begrijpen van de misdadige herkomst reeds opzet te dien aanzien aan te nemen (1), mag hier buiten beschouwing blijven.

Eene andere vraag is of ook hij, die de mogelijkheid aanneemt dat de door de wet gestelde omstandigheid aanwezig is en in de onderstelling van die mogelijkheid handelt, geacht kan worden het vereischte opzet te hebben gehad. Bekend is dat juist MODDERMAN met de bevestigende

---

geldt met betrekking tot tal van andere omstandigheden, waarop het opzet gericht moet zijn. Men vgl. bijv. art. 184 Swb.

(1) Rechtspraak, aant. 10 op art. 416. Vgl. Leerboek, II blz. 130, noot 4.

beantwoording van die vraag zeer ver is gegaan en aldus den door hem gestelden wetenschapseisch zeer heeft verzwakt (1). De aanhangers van de leer van het voorwaardelijk opzet volgen dezelfde opvatting (2), en NOYON, die, zooals wij nog nader zien zullen, tot de bestrijders van het voorwaardelijk opzet blijft behooren, moet dus hier zijne plaats vinden aan de andere zijde en het aannemen van de mogelijkheid van eenige omstandigheid als niet voldoende aanmerken (3). Ik voor mij erken, dat hij, die met mogelijkheidsbewustzijn handelt, opzet *kan* hebben, den wil kan hebben de handeling te verrichten, ook in de onderstelling dat de als mogelijk aangenomen omstandigheid bestaat. Om bij het gestelde voorbeeld te blijven wie, de mogelijkheid aannemende dat zijn eerste huwelijk nog bestaat, een tweede huwelijk sluit, *kan* den wil, het opzet tot het aangaan van een dubbel huwelijk gehad hebben. Toch zou ik op den grond van de geschiedenis van ons Wetboek, juist op grond van de gelijkstelling tusschen „opzet" en „weten" willen aannemen, dat voor ons positief recht zoover niet mag worden gegaan en dat hier de leer van het voorwaardelijk opzet, van het eventueel willen niet mag worden toegepast. Ik blijf hier bij de in mijn Leerboek uiteengezette opvatting (4). Voor de Duitsche wet wordt door de schrijvers onderscheid gemaakt. In het algemeen wordt ook ten aanzien van de omstandigheden, welke de han-

---

(1) SMIDT, I blz. 83.

(2) VON LISZT, blz. 179: «Eventueller Vorsatz liegt vor, wenn der Täter das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals als möglich erkannt und nicht abgelehnt hat.»

(3) Bij de behandeling van art. 237 verwerpt hij dan ook MODDERMAN'S opvatting, door welke de grenzen van het opzet te ver zouden worden uitgezet; zie aant. 4, blz. 441.

(4) Blz. 172—174.

deling tot eene strafbare maken, met voorwaardelijk opzet genoegen genomen, doch voor die artikelen, waarin met betrekking tot eenige bepaalde omstandigheid wetenschap vereischt wordt, wordt in zooverre mogelijkheidsbewustzijn als een voldoende grondslag van het opzet afgewezen (1). Ik zou voor ons Wetboek niet durven aannemen, dat een dergelijk onderscheid gerechtvaardigd zou zijn. Ter toelichting zou ik nog willen wijzen op de artt. 188 en 268. In art. 188 wordt voor de strafbaarheid gevorderd, dat de dader wist, dat de aangifte of klachte betrof een niet gepleegd strafbaar feit; in art. 268 wordt opzet vereischt met betrekking tot de valschheid van de klachte of aangifte. Grond om aan te nemen dat er nu te dien opzichte eenig verschil moet worden gemaakt met betrekking tot die beide artikelen en voor art. 188 een scherperen eisch te stellen dan voor art 268 bestaat niet. Voor beide artikelen mag, dunkt mij, worden geëischt de wetenschap, d. w. z. de persoonlijke overtuiging van den dader dat de grondslag van de klachte of aangifte valsch was (2). De geschiedenis van art. 188, waarbij de Stc. van wetenschap sprak, in het O. R. O. het woord opzettelijk werd gebruikt en nu weer naar aanleiding van eene opmerking in het Verslag, met herstel van de oude redactie, van „wetende dat" wordt gesproken, zonder dat ooit de bedoeling heeft bestaan eenige wijziging te brengen in wat werd strafbaar

(1) Vgl. bepaaldelijk Von Hippel, Vergleichende Darstellung. Alg. Teil, dl. 3, blz. 536. Minder beslist doch voor de §§ 164 en 187 op grond van den daar gebruikten term «wider besseres Wissen» in gelijken zin Wachenfeld, Lehrbuch, blz. 155/156.

(2) Dat voor art. 188 noodig is de wetenschap, dat het feit in het geheel niet is gepleegd, voor art. 268 dat het niet is gepleegd door dengene, tegen wien de klacht gericht is, kan hier verder buiten beschouwing blijven.

gesteld (1), bewijst wel dat voor ons Wetboek opzet ten aanzien van een of meer der bestanddeelen en wetenschap te dien opzichte als vereischten van gelijke beteekenis zijn beschouwd. Of aldus, zooals in het Verslag bij art. 188 werd opgemerkt, wellicht aan de taal geweld werd aangedaan, kan buiten beschouwing blijven; vaststaat dat het woord „opzettelijk" ook in de beteekenis werd gebruikt, welke met den term „wetende dat" of soortgelijke termen wordt uitgedrukt.

Geldt nu de gelijkstelling van opzet en wetenschap, welke met betrekking tot eenige de strafbaarheid bepalende omstandigheid mag worden aangenomen, ook voor die misdrijven, waarbij het aankomt op het opzet ten aanzien van het gevolg der handeling? Ik merk allereerst op, dat de beschouwing van MODDERMAN niet betrof het opzet met betrekking tot het gevolg als element der strafbare handeling, doch bepaaldelijk het opzet ten aanzien van de handeling vergezellende omstandigheden. Voorts wijs ik er op, dat wat het gevolg betreft, het opzet juist allereerst het karakter van oogmerk zal dragen: de handeling wordt verricht *om* het gevolg. Daarnaast kan opzet ook bestaan ten aanzien van niet beoogde gevolgen; de vraag, hoever dit mag worden aangenomen, brengt ons bij de quaestie van het voorwaardelijk opzet. Nu zal ongetwijfeld in vele gevallen het vereischte oogmerk niet aanwezig zijn, zonder dat de dader is uitgegaan van de overtuiging, dat eene omstandigheid aanwezig is, welke de wetgever als bestaande onderstelt bij het door hem omschreven strafbare feit. Art. 287 stelt strafbaar het opzettelijk iemand van het leven berooven; de wet zegt niet met zooveel

(1) SMIDT, II blz. 188.

woorden, dat het misdrijf een levend individu moet betreffen, doch het volgt noodwendig uit de omschrijving van het strafbare feit. Moet nu de dader geweten hebben, dat de persoon, tegen wien hij zijn aanslag richtte, nog leefde? NOYON polemiseert tegen eene opvatting, volgens welke iemand zou moeten worden vrijgesproken, die zijn slachtoffer in den slaap heeft getroffen, zonder zich te hebben vergewist, dat de aangevallene nog leefde. Ik geloof niet, dat die polemiek noodig was, want de aangevallen stelling was niet verdedigd. Aan het stellen van een dergelijken absoluten wetenschapseisch heeft niemand gedacht, zeker ook niet MODDERMAN. Wie het oogmerk vormt om een ander van het leven te berooven, zal daarbij in den regel uitgaan van de overtuiging, dat hij een levend individu tegenover zich heeft; meer dan die overtuiging is niet noodig, zoodra slechs het oogmerk om te dooden vaststaat en zelfs zal bij het bewezen zijn van dat oogmerk naar bewijs van die overtuiging niet worden gevraagd. De mogelijkheid is trouwens niet uitgesloten, dat het oogmerk om te dooden aanwezig is, terwijl de dader niet verder kan komen dan het nog in leven zijn van zijn slachtoffer als mogelijk te onderstellen. A. ziet dat zijn vijand B. in het water valt. Het is mogelijk dat B. nog leeft, mogelijk ook dat hij reeds den dood in het water gevonden heeft. A. verricht nu eenige handeling met de bedoeling om B., zoo hij nog mocht leven, te dooden en later wordt vastgesteld, dat inderdaad die handeling den dood van B. heeft veroorzaakt. Ik geloof niet, dat iemand aarzelen zal A. aan doodslag of moord schuldig te verklaren. Het bestaan van het oogmerk om te dooden maakt het onverschillig, dat A., nu hij immers met de mogelijkheid moet hebben rekening gehouden dat het door hem beoogde gevolg reeds was ingetreden, zich de bereiking van dat gevolg door de

door hem ondernomen handeling nog slechts als mogelijk kan hebben voorgesteld (1).

Eenigszins anders staat de quaestie in die gevallen, waarin opzet met betrekking tot eenig gevolg moet worden aangenomen, zonder dat het oogmerk op dat gevolg gericht was. Wij naderen daarmede de quaestie van het voorwaardelijk opzet, ten aanzien waarvan, zooals bekend, NOYON een afwijzend standpunt inneemt. In de derde aanteekening van de Inleiding wordt die vraag besproken en in het door den Minister MODDERMAN gestelde geval van den man die, in woesten gang door de straten rijdende, zich niet laat weerhouden door het voor zich zien van een troep kinderen en aldus een of meer kinderen onder de hoeven van zijn paard verplettert (2), tegenover MODDERMAN de meening verdedigd, dat slechts als de man is doorgereden met de bedoeling om een kind te dooden of te kwetsen opzet mag worden aangenomen. Men zou uit die uitspraak kunnen afleiden, dat NOYON met betrekking tot het gevolg der handeling opzet slechts erkent in de schakeering van oogmerk. Deze gevolgtrekking zou echter onjuist zijn, want NOYON geeft toe, dat het erkende noodzakelijke gevolg deel moet uitmaken van datgene waarop het opzet gericht was; wat als onvermijdelijk erkend is, is ook gewild. Voorzoover echter naar de leer van het voorwaardelijk opzet ook het slechts als mogelijk voorgestelde gevolg als door het opzet beheerscht wordt aangenomen, wijst NOYON die leer af. Het zou mij voeren ver buiten de grenzen dezer aankondiging, wanneer ik hier de leer van het voorwaardelijk opzet aan eene bespreking ging onderwerpen.

(1) Bij het bestaan van het op een bepaald gevolg gericht oogmerk is voorstelling van de mogelijkheid van dat gevolg voldoende; VAN HAMEL, blz. 346, VON LISZT, blz. 177.

(2) SMIDT, I blz. 88.

Reeds indertijd in het Weekblad — n°. 9578 — heb ik getracht de onjuistheid aan te toonen van NOYON's argument, dat het voorwaardelijk opzet niet kan beoordeeld worden naar den animus maar alleen naar het gevolg. Ik laat nu hier deze altijd, wat de grensbepaling betreft, zeer delicate quaestie rusten om alleen nog even terug te komen op de vraag, hoe het nu in de gevallen van opzet, niet het karakter dragend van oogmerk, gesteld blijft met den wetenschapseisch. Mij dunkt, dat in het geval, waarin het gevolg als onvermijdelijk erkend is, inderdaad de wetenschap ten aanzien van alle noodzakelijke bestanddeelen van het strafbare feit bestaan moet. Men kan niet het bewustzijn hebben, dat men door zijn handelen iemands dood *zal* veroorzaken, tenzij men de *stellige* overtuiging heeft, dat iemand nog leeft. Heeft men die overtuiging niet doch slechts de voorstelling van de mogelijkheid, dan komt men op het terrein van het voorwaardelijk opzet en dan zal de vraag: opzet of niet naar de daarvoor geldende beginselen moeten worden beslist. A. werpt een bom naar een rijtuig, waarin B. en C. gezeten zijn. Even daarna werpt D. in de onzekerheid of B. en C. beiden of een van beiden reeds gedood zijn een tweede bom. De bedoeling van A. en van D. was de dood van B.; C. was voor hen beide een volkomen onverschillige persoon, aan wiens dood hun niets gelegen was. Vastgesteld wordt dat B. door de bom van A., C. door de bom van D. gedood is. Is nu D. schuldig aan doodslag of moord ten aanzien van C.? Bij de onzekerheid van D. omtrent het nog in leven zijn van C. zal de vraag alleen hiervan afhangen, of de dood van B. aan D. zoo veel waard was dat hij daarvoor ook den dood van C. voor zijne rekening wilde nemen, m. a. w. of hij de bom ook zou hebben geworpen, wetende dat C. nog leefde en dat deze doodelijk zou worden getroffen. De

onzekerheid met betrekking tot het al dan niet in leven zijn van C. behoeft het opzet van D. niet uit te sluiten.

De geheele vraag omtrent het wetenschapsvereischte als element van het opzet werd, zooals ik reeds aangaf, indertijd door NOYON in het Supplement op den 2den druk vastgeknoopt aan het arrest van den H. R. van 29 Juli 1907; W. 8580 betreffende art. 297. Het is niet van belang ontbloot op dit arrest nog even de aandacht te vestigen. Afdrijving ook van eene niet levende vrucht is denkbaar en in elk geval kan het oogmerk om de vrucht af te drijven bestaan, onverschillig of de vrucht nog leeft of reeds dood is. De H. R. heeft echter aangenomen, dat de artt. 295—297 slechts van toepassing zijn, wanneer de handeling tegen eene levende vrucht gericht was en daaruit — arrest 11 Maart 1907; W. 8520 — terecht afgeleid, dat het opzet ook geen ander kan zijn dan om zoodanige vrucht af te drijven. Wanneer is dat opzet aanwezig? Het Hof te Arnhem besliste — arrest 7 Mei 1907; W. 8550 — dat dit opzet aanwezig kan zijn, al weet de dader niet stellig dat de vrucht leefde; handelen in de onderstelling van het leven van de vrucht is voldoende. Deze door den H. R. bij het arrest van 29 Juli 1907 gehandhaafde beslissing is juist, wanneer als vaststaande mocht worden aangenomen, gelijk in de dagvaarding stond, dat het oogmerk gericht was op afdrijving van de *levende* vrucht. Het Hof nam aan dat de wil op die afdrijving gericht was. Wil èn oogmerk mogen echter niet worden gelijkgesteld. De H. R. legde de beslissing van het Hof in dien zin uit, dat het beoogd zijn van de afdrijving der verondersteld levende vrucht was aangenomen; de vraag is echter, was hier inderdaad afdrijving van eene *levende* vrucht het drijvend motief der handeling? Juister ware m. i. eene redeneering op den grondslag van de leer van het voorwaardelijk opzet.

Het is voor mij daarom de vraag, of de sympathie van NOYON voor deze beslissing wel zoo gerechtvaardigd is.

In de tweede aanteekening behandelt NOYON de vraag, of naar ons recht opzet zou mogen worden opgevat in den zin van boos opzet, of eenig bewustzijn van zedelijke ongeoorloofdheid als element van het opzet zou mogen worden gesteld? Terecht beantwoordt NOYON die vraag ontkennend; ernstig verschil bestaat daaromtrent niet. NOYON bespreekt in dit verband ook de vraag van de strafbaarheid van den geneeskundige, die zijn patiënt verwondingen toebrengt met het doel hem te genezen. Hij verwerpt die strafbaarheid, omdat naar de artt. 300 vlgg. Swb. het bij den geneeskundige bestaande opzet niet op een strafbaar feit gericht is. Deze formuleering is misschien niet heel gelukkig, omdat men daaruit zou kunnen afleiden, wat ook NOYON niet aanneemt, dat de dader de strafbaarheid van zijn handelen moet hebben gekend. Bedoeld is dat het opzet niet gericht is op eene handeling, zooals de wet die strafbaar stelt. Met het oog op de redactie van art. 302 is het wel twijfelachtig, of ook voor dit artikel het ontkennend antwoord juist is. NOYON meent, dat de geneeskundige geen zwaar lichamelijk letsel toebrengt wanneer hij een been afzet om het lichaam te behouden. Ik acht deze meening naar de letter wel betwistbaar, doch naar de bedoeling mag ook m. i. zwaar lichamelijk letsel slechts worden aangenomen, wanneer het toebrengen van dat letsel als mishandelen moet worden aangemerkt. En *mishandelen* doet m. i. de geneeskundige niet (1).

In de zesde en zevende aanteekening wordt de belangrijke vraag behandeld op welke elementen van het strafbare feit het opzet moet gericht zijn. Het is bekend, dat de beantwoording van die vraag voor vele artikelen van

(1) Vgl. Leerboek, I blz. 207/208.

ons Strafwetboek uiterst moeilijk is, omdat de wetgever, meenende haar wel te hebben opgelost, in werkelijkheid de oplossing niet heeft gegeven. Ook NOYON wijst daarop aan het slot van de zesde aanteekening en concludeert dat, nu de wetgever het antwoord niet gegeven heeft, ter bepaling van de vereischten van het misdrijf bij elke wetsbepaling de woorden waarin zij is vervat in verband gebracht moeten worden met de omschrijving van gelijksoortige misdrijven. In de noot op blz. 13 wordt naar ik meen dezelfde quaestie in deze woorden beslist, dat de vraag, op welke bestanddeelen van het misdrijf het opzet moet gericht zijn, voor die misdrijven, bij welker omschrijving het woord „opzettelijk" niet voorkomt, naar den aard der misdrijven moet worden beantwoord. Met de opvatting, dat op de gestelde vraag een algemeen antwoord niet mogelijk is, kan ik mij wel vereenigen, doch ik zou er toch op willen wijzen, dat het van veel belang is van welk standpunt men uitgaat bij het zoeken van zijn antwoord voor de bijzondere misdrijven.

Ik voor mij meen, dat bij opzettelijke misdrijven als regel het opzet al de bestanddeelen van het strafbare feit moet omvatten en dat eene uitzondering op dien regel slechts mag worden aanvaard als de uitlegging van de bijzondere bepaling daartoe dwingt (1). NOYON leert ons niet van welk meer algemeen gezichtspunt hij de vraag beziet, m. a. w. of hij het beginsel van regel en uitzondering aanvaardt dan wel een ander beginsel volgt. Juist omtrent dit punt bestaat bij de uitlegging der bijzondere bepalingen meermalen verschil van gevoelen tusschen NOYON en mij; dit verschil moet zijn grond vinden in de meer algemeene opvatting, waarvan wordt uitgegaan. Ik betreur dat NOYON de door hem gevolgde

(1) Leerboek, I blz. 171.

opvatting niet nader heeft aangegeven; de hierboven aan hem ontleende uitspraken laten wat preciesheid betreft te wenschen over.

De hier besproken vraag raakt ook de bekende quaestie over „opzettelijk wederrechtelijk" en „opzettelijk en wederrechtelijk". NOYON neemt aan — aant. 7, blz. 15 — dat ook bij de laatste uitdrukking het opzet op de handeling als op eene wederrechtelijke gericht moet zijn; de Hooge Raad heeft tegen de conclusie van den advocaat-generaal BESIER bij arrest van 21 December 1914, W. 9756 in tegengestelden zin beslist. Reeds in mijne aanteekening onder dit arrest merkte ik op, dat het moeilijk is nieuwe argumenten over de oude vraag bij te brengen. Ik meen dus te mogen volstaan met hier op dit verschil van zienswijze te wijzen; mij schijnt nog altijd de door den Hoogen Raad aangenomen opvatting de meest aannemelijke (1). In eene andere quaestie is een vroeger tusschen NOYON en mij bestaan hebbend verschil van gevoelen niet geheel vervallen doch wel verzwakt. In noot 7 komt onderaan op blz. 13 eene opmerking voor, die in den vorigen druk ontbrak. Daarin wordt de vraag aangeroerd, of het opzet ook gericht moet zijn op omstandigheden, die, buiten de eigenlijke omschrijving van het misdrijf vallende, tot verzwaring van straf aanleiding geven. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Zooals NOYON zelf in noot 1 op blz. 14 aangeeft, oordeelde hij vroeger anders ten aanzien van art. 267 en art. 304. Intusschen blijkt uit eene vergelijking van de aantt. 3 op art. 267 en 4 op art. 304 in den tweeden en derden druk, dat de verandering van opvatting minder ver gaat dan men zou kunnen denken. NOYON blijft nog van meening dat voor art. 267 en art. 304, 1o. noodig is, dat de dader

(1) Leerboek, I blz. 171/172.

de ambtelijke hoedanigheid kende van dengene, tegen wien zijne handeling gericht was (1), daarentegen constateert hij nu — en alleen daarin ligt het verschil met vroeger — dat het opzet niet gericht behoeft te zijn op de rechtmatigheid van de bediening. De vraag mag worden gesteld, waarom op de eene omstandigheid wel, waarom op de andere niet. De tekst van art. 267, waarbij eenvoudig wordt bepaald, dat de straf wordt verhoogd „indien de beleediging wordt aangedaan aan een ambtenaar gedurende of ter zake van de rechtmatige uitoefening zijner bediening" geeft tot het maken van eenig onderscheid geen recht en rechtvaardigt ook niet het opzet uit te strekken tot de ambtelijke hoedanigheid van den beleedigde. Ik erken, dat de aldus opgevatte wetsbepaling het rechtsgevoel weinig bevredigt.

Noyon wijdt ook nog eene afzonderlijke bespreking aan opzet en schuld bij overtredingen. Naar zijne meening mag men op grond van de bekende uitspraak in de M. v. T. niet aannemen, dat de wetgever de leer van het materieele feit als *eenig* constitutief der overtreding heeft willen omhelzen. Ook de H. R. zou volgens Noyon die leer niet hebben aanvaard in de door mij ten bewijze hiervoor aangevoerde arresten (2). Ik kom zoo dadelijk op de quaestie van de rechtspraak van den H. R. nog met een enkel woord terug. Wat Noyon's eigen meening betreft mag er op worden gewezen, dat hij in de eerste plaats het schuldelement handhaaft voor de handeling, het doen of nalaten, terwijl hij voorts tracht aan te toonen aan een door hem gegeven voorbeeld — eene overtreding in de meeste plaatselijke politieverordeningen voorkomende — dat in de overtreding van het verbod

(1) Anders in mijn Leerboek, I blz. 174.

(2) Leerboek, I blz. 136, noot 2; daarover Noyon, blz. 33, noot 1.

vanzelf schuld opgesloten ligt. Eene schuld, die echter van anderen aard zou zijn dan bij misdrijven; bij overtredingen zou het voldoende zijn, dat de dader niet denkt aan de verbodsbepaling of daarvoor onverschillig is; het gevolg komt, anders dan bij misdrijven, niet in aanmerking. Daaruit vloeit dan verder voort, dat bij overtreding de schuld ligt opgesloten in de handeling of het verzuim en dat een *bijzonder* onderzoek naar de schuld niet te pas komt. Indien echter de schuld wordt ontkend, zal de rechter over haar bestaan uitspraak moeten doen. Daarentegen komt onderzoek naar het bestaan van opzet nooit te pas. Want altijd is de schuld de grondslag der strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Tegen dit geheele betoog rijzen m. i. ernstige bedenkingen. Ik kan die slechts met een enkel woord aanstippen, want ik kan er niet aan denken hier eene hernieuwde verhandeling te gaan inschuiven over het schuldbegrip bij overtredingen (1). Wat mij in de beschouwing van Mr. Noyon het meeste trof is dat de schuld bij overtredingen daarbij wordt in betrekking gebracht met de verbodsbepaling en dan bestaan zou in het niet denken aan of in het onverschillig zijn voor die verbodsbepaling. Voor de geheele schuldleer van ons geldend recht geldt, naar ik meen, het beginsel, dat de dader de verbodsbepaling niet behoeft te hebben gekend noch te hebben kunnen kennen; wie, zonder dat hem eenige onachtzaamheid is te wijten, eene hem onbekend gebleven strafbepaling overtreedt, is strafbaar. Men moge kunnen verschillen over de vraag, of deze consequentie niet te ver gaat, dat zij positiefrechtelijk geldt, wordt, meen ik, niet betwist.

Bestaat er nu, naar Noyon leert, grond voor de over-

(1) Zie mijne artikelen in *Themis* 1884 en 1885.

tredingen eene andere opvatting aan te nemen of bedoelt hij misschien iets anders dan de woorden schijnen aan te duiden? De tegenstelling wordt gemaakt met het culpose misdrijf, waarbij de schuld is gericht op het gevolg. Intusschen wordt hierbij over het hoofd gezien dat het schuldelement — opzet dan wel culpa — vaak betrekking heeft op de omstandigheden, waaronder gehandeld wordt, en dat het juist de vraag is, in hoeverre bij overtredingen het schuldelement op *die* omstandigheden gericht moet zijn. Moet, om slechts een enkel voorbeeld te noemen, hij, die de overtreding pleegt van art. 427, 6°., hebben kunnen weten dat hij handelde zonder verlof van het bevoegd gezag of sluit goede trouw te dien aanzien, gemis aan eenige schuld te dien opzichte, de strafbaarheid uit?

Over deze quaestie loopt de strijd, doch daaromtrent laat Noyon ons zonder voorlichting, zoodat m. i. zijn geheel betoog aan de te behandelen vraag eigenlijk voorbijgaat. Niet toegeven kan ik hem, dat naar het bestaan van opzet onderzoek altijd is uitgesloten. Bij de overtreding van art. 427 zou, zoo wordt gezegd, die daad — d. w. z. de daad van het straatschenden — zonder opzet niet denkbaar zijn. Toegegeven kan worden, dat de verrichte handeling, zooals zij verricht werd, vanzelf opzettelijk zal zijn; daarnaar komt een onderzoek niet te pas. Doch de vraag is, of die handeling zal vallen onder het begrip „straatschenderij", en voor hare bevestigende beantwoording is noodig het bewijs dat er „baldadig" is gehandeld, d. w. z. met den wil om baldadig te zijn (1).

---

(1) Vgl. H. R. 12 Maart 1888; W. 5533 en 19 November 1900; W. 7528; Leerboek, II blz. 221. Naar mijne op blz. 222 uitgesproken meening moet het opzet ook gericht zijn op het plegen van baldadigheid tegen personen of goederen.

Ook NOYON zelf (1) vordert bij art. 424 opzet, zij het dan ook opzet alleen op de daad, wat dan toch niet anders kan beteekenen, dan dat de dader bewust moet zijn geweest van het baldadig karakter van zijne handeling.

Zooals ik zooeven reeds opmerkte, meent NOYON, dat ik de rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent de besproken quaestie onjuist zou hebben opgevat en dat die onjuistheid zou berusten op eene verkeerde lezing van de niet geheel duidelijke arresten. Ik erken, dat men de woorden „onverschillig of hij het feit gepleegd heeft al dan niet met opzet of door gemis aan de noodige voorzorg" ook zoo kan opvatten, dat daarin slechts onverschillig verklaard wordt of er opzet dan wel schuld was. Intusschen staat m. i. aan die opvatting in den weg, dat de Hooge Raad de aansprakelijkheid slechts uitsluit, als er aan de zijde van den dader overmacht aanwezig is. Immers zonder dat er van overmacht sprake was, kan alle schuld zijn uitgesloten. Vandaar dan ook, dat zelfs het arrest van 7 December 1908; W. 8777, waarbij gezegd wordt, dat er overtreding is onverschillig of het feit het gevolg is geweest van opzet of van gemis aan de noodige voorzorg en waarin dus eene minder dubbelzinnige formule is gebruikt, twijfel overlaat, omdat ook in dit arrest gezegd wordt, dat alleen overmacht de aansprakelijkheid uitsluit. Latere arresten, die van 19 Juni 1911; W. 9200 en van 10 Juni 1912; W. 9357 geven aanleiding tot de onderstelling, dat de H. R. de leer wil volgen, volgens welke goede trouw ten aanzien van eene de strafbaarheid bepalende omstandigheid de strafbaarheid kan opheffen, terwijl het arrest van 7 April 1913; W. 9491 de opvatting toelaat dat bij eene handeling, welke om eene overtreding op te leveren,

(1) Aant. 1 op art. 424, dl. 3, blz. 377.

zonder vergunning moet zijn geschied, schuld met betrekking tot het niet verkregen zijn der vergunning bestanddeel is van de strafbare overtreding. De leer van den Hoogen Raad schijnt mij thans nogal onzeker (1).

Er is nog eene belangrijke quaestie, door NOYON vrij uitvoerig in zijne Inleiding behandeld en waarop ik ten slotte met een enkel woord de aandacht zou willen vestigen. In aanteekeningen 8 en 9 behandelt hij de vraag, welke de beteekenis is, die aan het woord „wederrechtelijk" in ons Strafwetboek moet worden toegekend. NOYON stelt zich allereerst op het standpunt, dat in alle artikelen aan het woord „wederrechtelijk" dezelfde beteekenis moet worden toegekend — behalve voor art. 444 — en bepleit voorts de meening, dat wederrechtelijk eene scherpere beteekenis heeft dan zonder subjectief recht, zonder bevoegdheid; het beteekent veeleer: tegen het recht, met schending van recht. Ik aarzel niet mij bij deze opvatting van NOYON omtrent de taalkundige en ook rechtskundige beteekenis van het woord aan te sluiten, eene opvatting, die zeker voor enkele artikelen, bijv. voor art. 138 beteekenis heeft. Nu betoogt NOYON verder, dat om vast te stellen dat er van schending van recht sprake was, moet worden aangewezen, welk recht geschonden is, de schending van het recht wordt dus in concreto de schending van een bepaald recht, d. w. z. van het recht van een ander. Ik vermag het dwingende van deze redeneering niet in te zien. Waarom kan er niet zijn schending van het recht, zonder dat een bepaald subjectief recht geschonden is? Is eene handeling met de rechtsorde in strijd niet rechtsschennis, al is zij niet aanranding van

(1) Men zie mijne aanteekeningen onder de arresten van 1912 en 1913. Dit werd geschreven, voordat ik kennis had kunnen nemen van het arrest van 14 Februari 1916; W. 9958. Men zie in verband daarmede mijn hoofdartikel in W. 9977.

het recht van een ander? NOYON zegt op blz. 17 onderaan, dat elk misdrijf als zoodanig is eene wederrechtelijke handeling. Nu staat toch tegenwoordig dit wel vast, dat tal van misdrijven niet inhouden schending van subjectieve rechten. Daaruit volgt dus, dat naar NOYON zelf zijne opvatting van het woord „wederrechtelijk" te beperkt is. Bovendien dwingt die opvatting bij tal van artikelen tot eene min of meer gewrongen opvatting; NOYON erkent dit zelf voor art. 150; het bij dat misdrijf gekrenkte recht is, zooals hij zegt, hier geen ander dan dat der overheid. Ik geloof echter niet, dat men bij die opvatting van schending van eenig subjectief recht kan spreken, tenzij men aan dezen term een zeer ruime beteekenis gaat toekennen, en ik meen dat wat van art. 150 geldt, ook waar is voor verschillende andere artikelen. In mijn Leerboek (1) wees ik reeds op art. 168. NOYON komt thans tot de conclusie, dat bij vergelijking met andere artikelen de invoeging van het woord „wederrechtelijk" in art. 168 als eene anomalie mag worden aangemerkt. Toegegeven mag zeker worden, dat eene consequentie bij de wel of niet opneming van het vereischte der wederrechtelijkheid ver te zoeken is, doch dit feit kan ten slotte niet van invloed zijn op de beteekenis van het vereischte, waar dit wel is gesteld.

Bij art. 168 is de vraag der wederrechtelijkheid in verband gebracht met art. 367 en art. 699, 15° Wetb. v. K. (2). Uit die artikelen kan worden afgeleid, dat in sommige gevallen het doen zinken of stranden van een vaartuig aan den schipper geoorloofd is en dus voor hem niet wederrechtelijk is. Men kan dus zeggen, dat hier zooals trouwens in vele gevallen — ook NOYON

(1) I, blz. 192, noot 1.
(2) SMIDT, II, blz. 150.

geeft dat voor verschillende artikelen toe (1) — de opneming van het wederrechtelijkheidsvereischte alleen ten doel had de strafbaarheid uitdrukkelijk voor die uitzonderingsgevallen uit te sluiten. Vooral waar de wetgever nu niet heeft gevorderd, dat de dader de wederrechtelijkheid zijner handeling moet hebben gekend, zoodat goede trouw te dien aanzien opzet uitsluit, mag wel worden aangenomen, dat opneming van het woord „wederrechtelijk" als overbodig moet worden aangemerkt (2). Wie doet wat de wet, ook eene andere dan de strafwet, hem veroorlooft, handelt niet onrechtmatig en is dus niet strafbaar (3). Doch bij dat alles is het beter de al dan niet onrechtmatigheid der handeling niet aan de schending van een subjectief recht vast te koppelen. Bij overtreding van eenig rechtsvoorschrift is de handeling wederrechtelijk, ook al is geenerlei bijzonder subjectief recht daarbij in het gedrang gekomen.

Uit dit overzicht en de daaraan vastgeknoopte beschouwingen blijkt wel, dat er tusschen Noyon en mij op verschillende punten verschil van opvatting bestaat. Dit kan wel niet anders, juist bij quaesties als de hier besprokene, welke tot de moeilijkste en meest betwiste van het strafrecht behooren. Ook heb ik uit den aard der zaak meer de verschilpunten in het licht gesteld, dan den nadruk gelegd op de opvattingen, die met elkander overeenstemmen. Met veel genoegen en belangstelling heb ik het hier besproken gedeelte van Noyon's commentaar opnieuw bestudeerd en daarin wederom

(1) Zie ook mijn Leerboek, I blz. 192, noot 2.

(2) Von Liszt, Lehrbuch, blz. 146, zoekt voor het Duitsche recht de verklaring voor de opneming van het wederrechtelijkheidsvereischte daarin, dat bij sommige misdrijven de grens tusschen wel en niet wederrechtelijke handelingen uiterst moeilijk is te trekken.

(3) Leerboek, I blz. 190.

gewaardeerd het scherpzinnige en zelfstandige van zijn oordeel, eigenschappen van den schrijver, die doorloopend zijn ganschen arbeid kenmerken. Wetenschappelijk staat de commentaar van NOYON niet zoo hoog als die van FRANK op het Duitsche Wetboek. Het sterkst komt dit wel uit bij algemeene leerstukken, als waarover ik in dit opstel sprak. Doch voor de uitlegging en bestudeering van ons geldend recht zijn NOYON's aanteekeningen eene rijke bron. De bedoeling van den schrijver was niet om meer te geven; wij mogen voor wat hij heeft willen geven en gegeven heeft ten zeerste dankbaar zijn. Ik voor mij kwijt mij van dien plicht der dankbaarheid gaarne door het uitspreken van den wensch, dat Mr. NOYON nog lang een voorganger moge blijven bij de uitlegging van het Wetboek van Strafrecht.

Utrecht, Maart 1916. D. SIMONS.

Stellingen over het bewijs van afstamming van wettige kinderen.

Iemand had bij de Rechtbank te Arnhem de verbetering verzocht van de huwelijksakte zijner ouders door den naam van zijn vaders moeder te vervangen door de namen van een adellijk echtpaar. De Rechtbank stond het verzoek toe, doch op het hooger beroep, door een afstammeling van dit echtpaar ingesteld, werd het vonnis door het Hof vernietigd en het verzoek niet ontvankelijk verklaard (1).

De behandeling van deze zaak voor het Hof was voor mij de aanleiding om de artikelen over het bewijs van afstamming van wettige kinderen te bestudeeren.

Al komen gedingen over de afstamming in Nederland zelden voor en is derhalve het praktische nut van beschouwingen over dit onderwerp niet hoog aan te slaan, leek mij toch de stof uit een rechtsgeleerd oogpunt belangrijk. Het schijnt mij voor dit onderwerp wenschelijk het niet in zijn geheelen omvang te behandelen, maar slechts twijfelachtige punten aan te roeren. Ik zal mij tot het verdedigen van eenige stellingen beperken. Behoudens een paar wijzigingen, waarop de aandacht zal

(1) Arrest 20 April 1915 (W. 9824), waarin werd berust. Wie van deze *comédie des moeurs* meer wenscht te weten, leze het arrest van het Hof te Amsterdam: 24 Februari 1914 (W. 9602) en het arrest Hooge Raad: 15 Juni 1914 (W. 9691). Onder veel merkwaardigs zal hij bespeuren, dat de Hooge Raad verzuimde recht te doen op twee aangevoerde cassatiegronden.

worden gevestigd, zijn onze artikelen uit den Code overgenomen.

Onbesproken laat ik art. 323 B. W., betrekking hebbende op de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie bij het misdrijf van verduistering van staat. Dit hoogst onduidelijke artikel hoort in het Wetboek van Strafvordering thuis.

I. *De aangifte van de geboorte zal moeten worden gedaan binnen drie dagen na de bevalling, wil de daarna opgemaakte akte het bewijs leveren, bedoeld in art.* 316 *B. W.* (1).

Wat bewijst de geboorteakte? Wie de moeder van het aangegeven kind is. Wie de vader is, volgt uit de huwelijksakte. Dit gaat zelfs door, als in de geboorteakte wordt vermeld, dat het kind A tot vader heeft en het blijkt later, dat de moeder gehuwd was met B. Deze laatste wordt beschouwd als de vader, tot hij de onwettigheid van het kind heeft bewezen.

Wordt algemeen aangenomen, dat de geboorteakte het vaderschap niet bewijst, volgens LAND zoude deze akte in het geheel geen bewijs voor de afstamming opleveren (2). Hij verwart het bewijs uit de geboorteakte en het identiteitsbewijs door elkaar. De geboorteakte bewijst, wie de moeder is van het in de akte bedoelde kind. Wordt ontkend, dat de tegenpartij dit kind is, dan moet het bewijs der identiteit geleverd worden. Het moet blijken, dat de gedingvoerende persoon het kind is, in de geboorteakte bedoeld. Het kind is bevoegd dit bewijs door alle middelen, ook door getuigen, te leveren.

(1) Art. 316*a*. De afstamming van wettige kinderen wordt bewezen door de akten van geboorte, in de registers van den burgerlijken stand ingeschreven.

(2) Deel I, 2de druk, blz. 387. Mr. STAR BUSMANN teekent hierbij aan: «De beschouwingen van den Schr. zijn, naar ons wil voorkomen, te dezer plaatse niet altijd even helder».

Iedere geneesheer, iedere vroedvrouw, ja ieder persoon, die zegt bij de geboorte tegenwoordig te zijn geweest, kan eene geboorteakte doen opmaken, zelfs zonder dat een eed gevorderd wordt. De innerlijke bewijskracht van zulk een stuk is al uiterst gering, en toch moet de inhoud als waar worden aangenomen, tot het bewijs der onwaarheid geleverd is.

Dit is een afdoende reden om de vereischten, die de wet stelt voor het tot stand komen van zulk een ongewoon bewijsstuk, streng op te nemen. Daarenboven volgt dit uit den aard der authentieke akte. Als de wet voorschrijft twee getuigen, dan is de akte nietig, bij welker opmaken slechts één getuige tegenwoordig was. Als de wet voorschrijft, dat de aangifte moet geschieden binnen drie dagen na de bevalling en dat de ambtenaar dadelijk de akte moet opmaken, dan is hij niet bevoegd eene latere aangifte in schrift te brengen.

Zoowel de Fransche als de Nederlandsche schrijvers zijn verdeeld. Aanvankelijk achtte de Hooge Raad den ambtenaar onbevoegd. Bij arrest van 31 October 1873 (W. 3653) werd anders geleerd, wat ernstige tegenspraak uitlokte. Gelukkig keerde het College bij arrest van 11 December 1911 (W. 9265) tot het oude standpunt terug.

Als men de drie dagen loslaat, waar zijn dan de grenzen? In het laatste geval, door den Hoogen Raad behandeld, was de aangifte eene maand na de bevalling geschied. In Frankrijk is het voorgekomen, dat de akte werd opgemaakt 25 jaren na de geboorte (1). Met BAUDRY aannemen dat de kracht van eene geboorteakte, na drie dagen opgemaakt, staat ter beoordeeling van den rechter (2), voert tot zuivere rechterlijke willekeur niet slechts in

(1) Dr. ANDRÉ BARADUC, «De l'origine historique des preuves de la filiation des enfants légitimes», blz. 74.

(2) Deel III, no. 454.

burgerlijke, doch ook in strafzaken. Alle arresten, door den Hoogen Raad over dit onderwerp gewezen, hadden betrekking op de strafschuldigheid van den ambtenaar van den burgerlijken stand.

II. *Hij, die wenscht aan te toonen, dat de aangever onwaare opgaven deed, beticht de geboorteakte niet van valschheid* (1).

Volgens art. 176 Rechtsv. moet er eene bijzondere rechtspleging gevolgd worden: 3°. Wanneer een der partijen beweert, dat een stuk valsch of vervalscht is. Is de geboorteakte, waarin eene onjuiste verklaring, door den aangever afgelegd, wordt opgenomen, valsch?

Verklaart de ambtenaar zelf iets, wat niet waar is, dan acht ik deze verklaring valsch in den zin van art. 176, ook al vergiste hij zich slechts. Ook dan toch wordt de bewijskracht van de authentieke verklaring opgeheven; en het is in een burgerlijk geding onverschillig, of de daad al of niet een misdrijf oplevert. De wetgever kwam er toe, zulk eene akte valsch te noemen, omdat het eerste vereischte van strafbare valschheid: *altération de la vérité* aanwezig was, en de daad strafbare valschheid konde zijn.

Het is onaannemelijk, dat hij eene onjuiste verklaring van den aangever in eene akte van den burgerlijken stand valsch heeft willen noemen. Dergelijke verklaringen vielen onder den Code Pénal, die bij het tot stand komen van Rechtsvordering nog van kracht was, ook bij kwade trouw, niet onder de bepalingen van valschheid in geschrifte, noch onder eenige andere strafbepaling (2). Zelfs thans bedreigt art. 227 Strafrecht wel straf tegen de

(1) In gelijken zin: FAURE, Deel IV, 1ste stuk, blz. 245; OPZOOMER—GRÜNEBAUM, Deel I, blz. 103; ASSER—SCHOLTEN, Deel I, blz. 614. Anders: C. ASSER, 3de druk, Deel I, blz. 508; LAND—STAR BUSMANN, Deel I, blz. 38, noot 1, en blz. 294.

(2) Zie de jurisprudentie bij SCHOONEVELD, op art. 147, no. 86.

daders, doch zij worden niet gestraft wegens valschheid in authentieke akten.

Er bestaat aanleiding om eene bijzondere regeling te maken voor het onderzoek van een feit, wat de vertrouwbaarheid van den ambtenaar aantast, doch eene geboorteakte heeft zulk eene geringe innerlijke bewijskracht, dat bijzondere voorschriften voor het tegenbewijs eene dwaasheid zouden zijn.

III. *Om het ongestoord bezit van staat van wettig kind aan te nemen, moet zoowel het vaderschap als het moederschap blijken.*

Bij gebreke van eene geboorteakte is het ongestoord bezit van staat van wettig kind voldoende. Kan men nu volstaan met het moederschap te bewijzen en tot het vaderschap besluiten op grond van de bepaling: het kind, hetwelk staande huwelijk is geboren of verwekt, heeft de man tot vader? Mr. SCHOLTEN wil ons dit doen gelooven (1).

Art. 317*a* luidt: „Het bezit van dien staat wordt bewezen door daadzaken, welke, hetzij te zamen, hetzij afzonderlijk, de betrekking van afstamming en verwantschap tusschen eenen bepaalden persoon en het geslacht, tot welk hij beweert te behooren, aantoonen". De daadzaken moeten aantoonen de afstamming uit en de verwantschap met het geslacht, waartoe het kind beweert te behooren. Dit heeft niet plaats, als slechts de afstamming van de moeder wordt aangetoond.

Hoe levendig juist het vaderschap den wetgever voor den geest stond, blijkt ten duidelijkste uit de voornaamste daadzaken, die de wet noemt: „Dat die persoon altijd

---

(1) ASSER—SCHOLTEN, Deel I, blz. 370. Ik geloof niet dat DIEPHUIS zoover heeft willen gaan.

den naam heeft gedragen van den vader, van wien hij beweert af te stammen; dat de vader hem als zijn kind heeft behandeld, en als zoodanig in zijne opvoeding, zijn onderhoud en zijne kostwinning heeft voorzien; dat hij aanhoudend als zoodanig in de maatschappij erkend is; dat de nabestaanden hem als zoodanig erkend hebben". Al deze feiten hebben betrekking op het vaderschap. Natuurlijk dient uit andere daadzaken ook opgemaakt te worden, dat de echtgenoote van den vader de moeder van het kind is. Als de vader voor of kort na de geboorte stierf, zal de moeder bij het bewijs op den voorgrond treden, doch steeds moeten de daadzaken ook aantoonen, dat haar echtgenoot de vader is.

Al bestond art. 317*b* niet, dan zoude uit „bezit van staat van wettig kind" reeds volgen, dat zoowel van vaderschap als van moederschap moet blijken. Wij hebben hier met feitelijke toestanden en niet met rechtsfictiën te maken.

Daarenboven is de regel: „Pater est quem nuptiae demonstrant" niet toe te passen, omdat het moederschap niet naar strengheid van rechten behoeft bewezen te worden. De wet spreekt dan ook niet van bewijzen doch van „aantoonen". De Code gebruikt „indiquent", wat door *aanwijzen* dient vertaald te worden en nog zwakker is dan *aantoonen*. De Fransche tekst van het Ontwerp had ook „indiquent" (1).

Vader- en moederschap beide moeten aannemelijk gemaakt worden. Daaruit volgt het bewijs der wettige afstamming.

IV. *Het bewijs der wettigheid door ongestoord bezit van staat is slechts geoorloofd, als er in het geheel geen geboorteakte bestaat.*

Dit is het gevoelen der Fransche schrijvers en van

(1) Noordziek, Zitting 1822—1823, Deel II, blz. 71.

Opzoomer (1), terwijl Diephuis leert, dat het bewijs ook nog mag geleverd worden, als er wel eene geboorteakte bestaat, doch deze onbruikbaar is om het bewijs der afstamming te leveren. Als voorbeelden haalt hij aan, wanneer de bestaande akte de ouders niet doet kennen, of verklaard is valsch of vervalscht te zijn (2).

Art. 316*b* luidt: „Bij gebreke van zoodanige akte is het ongestoord bezit van den staat van wettig kind voldoende". De opvatting, het meest in overeenstemming met de woorden, is, dat er geene geboorteakte bestaat. De bepaling, op zich zelve beschouwd, zoude echter de uitlegging gedoogen, dat met „zoodanige akte" bedoeld werd de akte, waardoor de afstamming wordt bewezen, doch art. 319*a* verzet zich tegen deze uitlegging. Het luidt: „Bij gebreke van zoodanige akte en onafgebroken bezit van staat, of wanneer het kind onder valsche namen, of als geboren uit eenen vader en eene moeder, die onbekend zijn, in de registers is ingeschreven, kan de afstamming door getuigen bewezen worden". De woorden „bij gebreke van zoodanige akte" moeten dezelfde beteekenis hebben als de aanhef van art. 316*b*. Nu kunnen die woorden van art. 319*a* niet anders beteekenen dan: bij gebreke van eene geboorteakte. De gevallen toch wanneer een kind onder valsche namen, of als geboren uit eenen vader en eene moeder, die onbekend zijn", vallen er blijkbaar niet onder.

Het schijnt mij wijs toe, dat de wetgever slechts bewijs door bezit van staat toestaat, als er geene geboorteakte bestaat. Zijn er geene namen der ouders vermeld of zijn deze valsch, dan heeft men wat willen verbergen. Hiermede zoude in strijd zijn, dat de persoon den staat zoude

(1) Deel II, 3de druk, blz. 225, noot 2.
(2) Deel V, blz. 73.

bezitten van kind zijner werkelijke ouders. Zeer mogelijk daarentegen is het, dat hij doorgaat als het wettig kind van pleegouders.

V. *Als het moederschap door getuigen wordt bewezen, is de tegenpartij geheel vrij in het bewijs, dat het kind niet is het kind van den man der moeder.*

In de gevallen, opgesomd in art. 319*a*, mag de afstamming door getuigen worden bewezen.

Het blijkt uit de geschiedenis van den Code en is onbetwist, dat het bewijs van het moederschap voldoende is. Evenals bij het bewijs der afstamming door de geboorteakte, volgt uit het moederschap het vaderschap.

Bij het bewijs door de geboorteakte is de tegenpartij gebonden door de bepalingen over de ontkenning van de wettigheid, in het eerste gedeelte der afdeeling gegeven. Is zij dit ook, als het moederschap door getuigen wordt bewezen?

Art. 321 geeft het antwoord: „Het tegenbewijs kan bestaan in alle zoodanige middelen, als geschikt zijn om aan te toonen.... dat hij het kind niet is van den man van die moeder". Niettegenstaande deze duidelijke woorden beweert LAND, dat de tegenpartij gebonden is aan de bepalingen over de ontkenning van de wettigheid.

De Fransche wetgever was er zich van bewust, dat door de woorden „par tous les moyens propres", de verdediging onafhankelijk werd gemaakt van het *désaveu*. Het Tribunat toch maakte de opmerking, dat met afwijking van de bestaande jurisprudentie de regel: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, niet toepasselijk zoude zijn (1), en later liet de tribuun LAHORY zich in gelijken geest

(1) LOCRÉ, Deel III, blz. 79.

uit (1). De oude jurisprudentie ging niet verder dan de *action en désaveu* te geven.

Hoe kwam de wetgever er toe het bewijs van het niet-vaderschap zoo ruim toe te staan? Ik kan bezwaarlijk met vele schrijvers aannemen, dat hij het moederschap krachtiger bewezen achtte door eene geboorteakte, dan door een getuigenverhoor. Er bestaat echter eene andere aanleiding. Wordt getuigenbewijs toegelaten, dan is er iets verborgen gehouden. Dit stemt tot argwaan. Is de echtgenoot van de moeder wel de vader van het kind? Het lid van den Conseil d'Etat BOULAY sprak in dien geest (2).

VI. *Het vrije tegenbewijs is beperkt tot het geval, dat de afstamming werd bewezen door getuigen of vermoedens.*

DIEPHUIS is de tegenvoeter van LAND. Hij betoogt uitvoerig, dat het onbeperkte bewijs ook toepasselijk is tegen eene geboorteakte en tegen een bezit van staat (3).

Altijd het onbeperkte tegenbewijs toe te laten was zelfs hem te kras. De beperkende bepalingen over de ontkenning van het vaderschap, in het eerste gedeelte der afdeeling gegeven, zouden dan haar kracht verliezen. Hij eischte, dat het moederschap ontkend moest zijn.

Al moge dit vereischte uit art. 324 te halen zijn, voor de hand ligt het zeker niet. Een minder gewrongen uitlegging is, dat het tegenbewijs alleen betrekking heeft op het bewijs, geregeld in de twee voorgaande artikelen. Uit de geschiedenis van den Code blijkt ten duidelijkste, dat dit ook de bedoeling is geweest.

Het betoog van DIEPHUIS komt mij bovendien niet helder voor. Waarom zoude er verschil bestaan in de

(1) LOCRÉ, Deel III, blz. 111.
(2) LOCRÉ, Deel III, blz. 40.
(3) Deel V, blz. 83.

middelen om het vaderschap te bewijzen, naarmate het moederschap werd erkend of ontkend?

Het kind beroept zich op zijne geboorteakte en de tegenpartij ontkent het moederschap. Slaagt zij nu in het bewijs, dat de in de akte genoemde vrouw niet de moeder is van het kind, dan is de echtgenoot van die vrouw niet de wettige vader van het kind. Slaagt zij niet, zoude zij dan ter belooning van de nuttelooze poging het onbeperkte tegenbewijs van het vaderschap mogen leveren, terwijl zij bij dadelijke erkenning van het moederschap door de regelen van het *désaveu* zoude gebonden zijn?

VII. *De rechtsvordering tot inroeping van den staat is niet beperkt tot de gevallen, waarbij de afstamming wordt bewezen door getuigen en vermoedens* (1).

Van de Fransche schrijvers schijnen slechts AUBRY & RAU van dit gevoelen te zijn (2).

BAUDRY en LAURENT (No. 464) redeneeren aldus. Wanneer het kind eene geboorteakte of bezit van staat heeft, dan behoeft het zijn staat niet in te roepen. Dit komt mij onjuist voor.

Iemand meent eene geboorteakte te hebben, doch de

---

(1) *Art.* 326: Les tribunaux civils seront seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état.

Art. 328: L'action en réclamation d'état est imprescristible à l'égard de l'enfant.

Art. 329: L'action ne peut être intentée par les héretiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur; ou dans les cinq années après sa majorité.

Art. 330: Les héretiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure.

(2) BAUDRY, Deel III, no. 577.

persoon, die daarin als zijn vader wordt vermeld, ontkent, dat hij het kind is, in de akte bedoeld. Het kind moet dan zijne identiteit bewijzen.

Beroept het kind zich op het ongestoord bezit van staat, dan zal het, in geval van tegenspraak, dit moeten bewijzen.

Waarom zoude men deze gedingen niet *réclamations d'état* noemen?

Een geschiedkundigen grond heb ik niet gevonden.

BARADUC schrijft, dat men *action en réclamation d'état* ruim en eng kan opvatten, zonder zich uit te laten over de beteekenis in den Code. Hij ziet een *réclamation d'état* in een geding, gevoerd in 1629, waarbij MARIE GAGNOT, die eene doopakte bezat, haar identiteit moest bewijzen (blz. 169).

Een persoon moet een middel hebben om zich tegenover zijne ouders als hun wettig kind te doen erkennen, zonder iets anders te vorderen. Eene andere vordering dan de *réclamation d'état* wordt niet gegeven.

BAUDRY draagt als vernietigend argument voor, dat bij de opvattingen van AUBRY & RAU de erfgenamen, als zij ten gevolge van art. 329 de *réclamation d'état* niet meer konden instellen, niet door eene geboorteakte zouden mogen bewijzen, dat de erflater een wettig kind was. Deze redeneering is een gevolg van zijne dwaling, die hierna behandeld wordt, dat de erfgenamen niet steeds bevoegd blijven de afstamming van hun erflater incidenteel of exceptief te bewijzen. Zij mogen zich dan op eene geboorteakte of op een ongestoord bezit van staat beroepen, en ook de afstamming door getuigen bewijzen.

Slechts de bevoegdheid om eene rechtsvordering tot inroeping van staat zonder meer in te stellen, wordt door art. 329 beperkt.

VIII. *Als de erfgenamen van het kind de rechtsvordering tot inroeping van staat niet kunnen instellen, mogen zij toch toegelaten worden incidenteel of bij wijze van exceptie de afstamming door geboorteakte, door bezit van staat of door getuigen en vermoedens te bewijzen.*

Gelden de beperkende bepalingen van art. 325 alleen voor het instellen van de rechtsvordering tot inroeping van staat zonder meer, of ook als zij de afstamming wenschen te bewijzen incidenteel of bij verdediging? Wanneer zij iets wenschen te verkrijgen of te behouden?

Van de Fransche schrijvers laat, zoover mij bekend is, slechts BAUDRY zich over de kwestie uit. Hij schrijft, dat na verloop van den termijn „les héretiers ne peuvent „formuler de réclamations, ni par voie d'action, ni par „voie d'exception" (1).

DIEPHUIS daarentegen meent dat in de artt. 324 en 325 slechts wordt gehandeld over de rechtsvordering tot inroeping van staat zonder meer, dadelijk ingesteld (2). Deze opvatting schijnt mij de juiste. Zich incidenteel of bij exceptie beroepen op afstamming en bewijs aanbieden, kan bezwaarlijk genoemd worden eene *rechtsvordering aanvangen*, en daarvan spreekt art. 325.

Ook uit LOCRÉ blijkt, dat men slechts gedacht heeft aan de erkenning van wettig kind zonder meer. BIGOT zeide, doelende op de erfgenamen: „Il ne s'agit pas pour eux d'obtenir le rang d'enfans légitimes" (blz. 91). Het kind is het daar wel om te doen, als hij erkenning vraagt van zijn staat van wettig kind. In denzelfden gedachtengang zeide LAHORY, dat de erfgenamen niet als het kind verplicht zijn „à revendigquer l'honneur de la légitimité" (blz. 112). Het duidelijkste liet wellicht DUVEYRIER zich

(1) Deel III, no. 585.

(2) Deel III, blz. 86 en 93. Ook aldus LAND—STAR BUSMANN, Deel I, blz. 403.

uit. Hij noemt de vordering, die op de erfgenamen overgaat: „justement opposée à une action particulière qui n'a d'autre motif qu'un intérêt pécuniaire".

Wat zoude het onmogelijk zijn, als de wet de erfgenamen verhinderde om in den loop van een geding de wettigheid van hun erflater te bewijzen, als die werd ontkend!

BAUDRY kon hier aan slechts ontkomen door willekeurig aan te nemen, dat de *réclamation d'état* alleen slaat op het bewijzen der afstamming door getuigen en vermoedens.

IX. *De vordering van de erfgenamen tot inroeping van den staat van hun erflater is onvatbaar voor verjaring.*

De Fransche schrijvers meenen, dat de vordering van het kind een geheel ander karakter draagt, dan die der erfgenamen. Het kind zoude eene zedelijke daad verrichten; eene plaats in zijne wettige familie vragen. De erfgenamen zouden slechts opvolgen in de vermogensrechten, en hunne vordering zoude steeds een vermogensrechtelijk karakter dragen. Zij trekken hieruit het gevolg, dat de vordering van het kind niet en van de erfgenamen wel aan verjaring onderhevig is.

De Nederlandsche schrijvers verwerpen het uitsluitend vermogensrechtelijk karakter van de vordering der erfgenamen, doch achten, met uitzondering van DIEPHUIS, haar toch vatbaar voor verjaring.

Uit de opvatting van de Fransche schrijvers volgt ook, dat de erfgenamen de rechtsvordering tot inroeping van den staat zonder meer niet zouden mogen instellen. LAURENT schijnt werkelijk zoo ver te gaan (1). Hij komt echter in strijd met de wet. De artt. 328 en 329 C. C.

(1) Deel III, no. 429. Ook BAUDRY, Deel III, no. 591.

— onze artt. 324 en 325 — spreken over dezelfde vordering. Als het kind haar heeft, dan ook de erfgenamen, behoudens de beperkingen. Dit volgt uit de woorden en ook uit de geschiedenis. De tribuun LAHORY zeide, dat de vordering van het kind overging „dans toute son intégrité „à ses héretiers". In gelijken zin uitte zich de tribuun DUVEYRIER (1).

Al mocht het waar zijn, dat de erfgenamen slechts opvolgen in de vermogensrechten, dan heeft de wetgever hier eene uitzondering gemaakt!

DIEPHUIS merkt op, dat niet altijd het kind een moreel en de erfgenamen een materieel belang op het oog hebben. Zeer goed kan bij het kind een vermogensbelang op den voorgrond staan, terwijl de mogelijkheid bestaat, dat de erfgenamen meer waarde hechten aan de afstamming, dan aan eene schrale erfenis, die hun zou toekomen (2).

Het maken van eene diepe kloof tusschen het kind en de erfgenamen is te verwerpelijker, omdat veeltijds deze tevens zijn afstammelingen van het kind, en dus de opvolgers in diens moreel belang.

Wij hebben reeds gezien, dat de artt. 324 en 325 niet toepasselijk zijn, als het bewijs der afstamming wordt gebruikt om iets te verkrijgen of te behouden. Het is nu de vraag, of de vordering der erfgenamen tot inroeping van den staat zonder meer vatbaar is voor verjaring.

Terecht schrijft DIEPHUIS „dat het hier geen zaak, geen „recht geldt, maar een feit, en een daaruit voortvloeiende hoedanigheid" (3). De afstamming is eene zaak buiten den handel, die door verjaring niet kan verkregen of

(1) LOCRÉ, Deel III, blz. 112 en 133.
(2) Deel V, blz. 91.
(3) Deel V, blz. 91.

verloren worden. Art. 2262 C. C. en art. 2004 B. W. bepalen wel dat *alle* rechtsvorderingen verjaren door dertig jaren, doch er is uit den aard der zaak slechts sprake van vorderingen, vatbaar voor verjaring.

Op geschiedkundige gronden verdedigt Mr. A. MACLAINE PONT de verjaarbaarheid (1).

De Fransche schrijvers, aan de samenstellers van ons wetboek bekend, achtten allen de actie verjaarbaar. Hij vraagt: is het nu niet meer dan waarschijnlijk, dat ook onze wetgever ten aanzien van de erfgenamen de verjaring bedoeld heeft? (blz. 26). Ik antwoord zonder bedenking bevestigend.

De volgende vraagpunten werden gesteld:

„No. 12. Is deze regtsvordering, ten opzichte der kinderen, aan verjaring onderworpen? Heeft er ten opzichte der erfgenamen ten deze verjaring plaats?" (2) De eerste vraag werd ontkennend en de tweede bevestigend beantwoord. Ook hieruit volgt, dat de wetgever de vordering der erfgenamen verjaarbaar achtte. Evenwel heeft hij ons niet in de gelegenheid gesteld om de wet overeenkomstig zijne meening uit te leggen. Wij hebben hier niet te doen met onduidelijke artikelen, die overeenkomstig de bedoeling van den wetgever uitgelegd mogen worden. De vordering tot inroeping van staat is uit haar aard onverjaarbaar. Een wetsbepaling wordt vereischt wil zij verjaarbaar zijn (3).

---

(1) Eenige opmerkingen naar aanleiding van de artt. 324, 325 en 326 van het Burgerlijk Wetboek.

(2) NOORDZIEK, Zitting 1821—1822. Deel I, blz. 140; VOORDUIN, Deel II, blz. 541.

(3) Ofschoon naar mijne meening er te dikwijls een beroep wordt gedaan op de bedoeling van den wetgever, ga ik allerminst mede met den Hoogleeraar SUIJLING in diens afkeuring van de «historische interpretatie». Zie Rechtsg. Mag. 1915, blz. 273 vlg.

Mr. PONT leidt uit de bepaling, dat de vordering aan geene verjaring is onderworpen *ten opzichte van het kind* af, dat dit wel het geval is ten opzichte der erfgenamen. Ook dit argument stuit af op den onverjaarbaren aard der vordering. Het argumentum a contrario mag niet toegepast worden.

Ook blijkt niet, dat de Fransche wetgever — en met dien hebben wij in de eerste plaats te maken — de vordering der erfgenamen verjaarbaar achtte. BIGOT, LAHORY en DUVEYRIER (1) zagen in de artt. 328 en 329 C. C. wel eene tegenstelling, doch die bestond niet in de onverjaarbaarheid en de verjaarbaarheid. Het kind konde steeds de hulp van den rechter inroepen, terwijl de erfgenamen dit slechts vermochten in de gevallen, bedoeld in art. 329. Dit was de tegenstelling, die de Franschen op het oog hadden.

X. *Afstand van recht, door het kind gedaan, kan aan de erfgenamen niet tegengeworpen worden.*

De eenige schrijver, die dit leert is weder DIEPHUIS. Hij meent, dat de afstamming een feit is, waarvan geen afstand kan worden gedaan (2). Hij had er bij kunnen voegen, dat zij is eene zaak buiten den handel, die niet het onderwerp van verbintenissen kan uitmaken.

Wat de rechten van het kind betreft, wordt dit algemeen aangenomen (3).

Wij hebben reeds gezien, dat de Franschen ten onrechte meenen, dat de vordering der erfgenamen een ander karakter draagt, dan die van het kind. Als dit haar kan instellen, dan ook de erfgenamen, behoudens de beper-

(1) LOCRÉ, Deel III, blz. 90, 112 en 133.

(2) Deel V, blz. 89.

(3) Slechts Mr. STAR BUSMANN schijnt er anders over te denken. LAND—STAR BUSMANN, Deel I, blz. 401, noot 2.

king van art. 329 C. C. Is het kind door afstand van recht niet gebonden, dan ook niet de erfgenamen.

Als grond voor de ontzegging der actie, wanneer het kind haar niet binnen vijf jaren (1) na zijne meerderjarigheid had ingesteld, neemt Mr. MACLAINE PONT aan, dat uit het niet ageeren door den wetgever werd afgeleid, dat het kind zijne aanspraken niet heeft kunnen of willen laten gelden (blz. 51). Werkelijk hebben BIGOT en LABORY zich in dien geest uitgelaten.

Mr. PONT trekt hieruit het gevolg, dat de vordering aan de erfgenamen niet toekomt, als het kind niet stilzwijgend, doch uitdrukkelijk heeft te kennen gegeven zijne aanspraken niet te willen doen gelden.

Wij ontmoeten hier voor den tweeden keer een onjuist beroep op de geschiedenis der wet. Om den afstand van recht werkend tegen de erfgenamen te maken, ware eene wetsbepaling noodzakelijk geweest.

XI. *Als het geding, door het kind aangevangen, is geëindigd tijdens diens leven door afstand of vervallen der instantie, kunnen de erfgenamen eene nieuwe vordering instellen, als het kind is overleden binnen drie jaren na zijne meerderjarigheid.*

Als het kind de vordering drie jaren na de laatste procesakte onvervolgd heeft gelaten, kan deze door de erfgenamen tengevolge van art. 326 B. W. niet voortgezet worden. Toch is het in dit geval mogelijk, dat het kind minderjarig of binnen drie jaren na zijne meerderjarigheid sterft. Dit kan het geval zijn, als de voogd de vordering heeft ingesteld. De termijn van vijf jaren, in art. 329 C. C. gesteld, maakte het onder het Fransche

(1) Onze wetgever heeft vijf veranderd in drie, omdat de meerderjarigheid twee jaar later werd gesteld.

recht mogelijk, dat het kind de actie na zijne meerderjarigheid had begonnen.

Volgens MARCADÉ spreekt art. 330 C. C. van een aangenomen *désistement* (afstand van instantie) en een toegewezen *péremption* (vervallen der instantie) (1). Door een en ander zoude het geding geëindigd zijn. De erfgenamen kunnen de vordering voortzetten „pourvu, bien entendu, qu'elle ne soit pas éteinte".

Mijn eerste bezwaar tegen deze opvatting bestaat hierin, dat als het geding geëindigd is, er van geene voortzetting door de erfgenamen sprake kan zijn. Het tweede gedeelte van art. 330 zoude overbodig zijn; daarbij zeer onsierlijk, daar het wordt voorgesteld eene uitzondering te bevatten, wat niet het geval zoude zijn.

Vervolgens blijkt uit de geschiedenis, dat men uit het *désistement* en de *péremption* heeft afgeleid, dat het kind zijne aanspraken niet heeft willen of kunnen doorzetten, en daarom aan de erfgenamen niet de bevoegdheid heeft willen geven het geding voort te zetten (2).

Art. 330 handelt dus over een hangend proces. Het *désistement* moet nog niet zijn aangenomen en de *péremption* nog niet toegewezen. Dit geding mogen de erfgenamen niet voortzetten. Waarom onze wetgever het désistement niet heeft overgenomen, blijkt niet. Weigert de tegenpartij toestemming te verleenen tot afstand van instantie, dan zijn volgens ons recht de erfgenamen bevoegd den strijd voort te zetten.

Het is nu de vraag of, als aan het geding, door het kind gevoerd, een einde is gekomen door een aangenomen *désistement* of een uitgesproken *péremption*, aan de erf-

(1) Deel II, nos. 47 en 48.

(2) LOCRÉ, Deel III, blz. 91 en 112.

genamen den weg is afgesneden, ook al is de termijn van art. 329 C. C. niet verloopen.

Wij hebben gezien, dat afstand van recht door het kind gedaan, aan de erfgenamen niet kan tegengeworpen worden. Nog minder mag hen dus schaden verrichtingen, waaruit afgeleid wordt, dat het kind zijne aanspraken niet heeft willen of kunnen doorzetten.

LAURENT leidt af uit de woorden van art. 329: „qui n'a pas réclamé", dat de erfgenamen de vordering niet mogen instellen (1). Ik sluit mij liever aan bij MARCADÉ: „l'effet légal du désistement et de la péremption, c'est de faire regarder le demandeur comme n'ayant pas agi".

Onder meerderen acht ook OPZOOMER de aangehaalde woorden van art. 329 geen bezwaar om de actie aan de erfgenamen te geven (2).

XII. *De nakomelingen van het kind hebben als zoodanig de vordering niet.*

De Fransche schrijvers zijn verdeeld (3).

Wij hebben gezien, dat door *action en réclamation d'état* wordt aangeduid eene vordering tot inroeping van staat zonder meer.

Als de behoeftige zoon van het kind de erfenis zijns vaders verworpen heeft, dan is hij bevoegd om den persoon, dien hij zijn grootvader noemt, voor onderhoud aan te spreken. Het is de vraag, of hij het recht heeft van zijn beweerden grootvader te vorderen zonder meer de erkenning als kleinkind.

---

(1) Deel III, no. 466.

(2) Deel II, OPZOOMER—GRÜNEBAUM, blz. 233, noot 2.

(3) Zie bijvoorbeeld voor: DEMOLOMBE, Deel V, no. 304, tegen: MARCADÉ, Deel II, nos. 43 en 44; BAUDRY kiest geen partij (Deel III, no. 583). Hiertoe zal een hoogleeraar eerder komen dan een rechter.

Naar mijne meening moet, wil men in zulk eene vordering ontvankelijk zijn, de wet haar geven. Noch uit het goederen-, noch uit het personenrecht kan zij afgeleid worden.

Daarenboven zoude zulk een bevoegdheid niet met de wet te rijmen zijn. De erfgenamen zijn zeer beperkt in het instellen der actie, doch de afstammelingen zouden ten eeuwigen dage eene vordering kunnen instellen tegen ieder lid der familie, waartoe zij beweren te behooren.

XIII. *Een nakomeling kan ten allen tijde verbetering van de geboorteakte van het kind verzoeken, de strekking hebbende aan het kind eene andere afstamming te geven, dan uit de geboorteakte zoude volgen.*

Vele Fransche schrijvers zijn van gevoelen, dat onder „rectification" in art. 99 C. C. niet mag begrepen worden zulk eene wijziging der geboorteakte. Ik sluit mij liever aan bij Aubry & Rau en Baudry (1), die het tegenovergestelde leeren.

Nu in art. 70 B. W. in de plaats van „rectification" is gekomen eene uitgebreide omschrijving, kan bezwaarlijk betwijfeld worden, dat alle onjuiste vermeldingen in de geboorteakte zijn „misslagen", grond opleverende tot verbetering (2).

De nakomeling is als belanghebbende bevoegd om de verbetering der geboorteakte te verzoeken. Hij stelt dan niet in eene rechtsvordering tot inroeping van staat. Er bestaat eene kloof tusschen het verzoek en de rechtsvordering. De vormen zijn anders en ook de gevolgen. De uitspraak op het verzoekschrift bindt slechts den verzoeker en de opgeroepenen, terwijl het gewijsde, een einde

(1) Deel I, no. 954.

(2) Diephuis, Deel I, blz. 325.

makende aan het rechtsgeding, van kracht is tegen elk en een iegelijk.

Van verjaring kan geen sprake zijn, omdat dergelijke verzoeken niet aan verjaring onderhevig zijn.

Voor het bewijs is de verzoeker gebonden aan de voorschriften omtrent de afstamming. Heeft het kind het ongestoord bezit van staat van wettig kind gehad in overeenstemming met zijn geboorteakte, dan wordt de nakomeling niet toegelaten te bewijzen, dat het kind andere ouders had. Wil de nakomeling de afstamming door getuigen bewijzen, dan kan hij daartoe slechts worden toegelaten, als de gevallen, vermeld in art. 319*b*, aanwezig zijn.

XIV. *Met hem, die wettiglijk bevoegd was den eisch tegen te spreken, heeft art.* 1957 *B. W. niet uitsluitend op het oog den tegenspreker, door de wet aangewezen.*

Viel art. 323, ofschoon voorkomend in de afdeeling over de afstamming van wettige kinderen, buiten het kader van mijn onderzoek, zoo valt art. 1957 er binnen, al is het geplaatst onder het bewijs door vermoedens.

Dit artikel luidt: „Vonnissen betrekkelijk den staat van personen, gewezen tegen dengene, die wettiglijk bevoegd was om den eisch tegen te spreken, zijn van kracht tegen elk en een iegelijk".

Al kwam deze bepaling niet in den Code voor, meenden toch sommige Fransche schrijvers, waaronder TOULLIER eene eerste plaats innam, dat dergelijke gewijsden, gewezen met den „contradicteur légitime", kracht hadden tegen een ieder. Onder *contradicteur légitime* verstond men onder het Fransche recht voor de Revolutie: „la personne, qui a le premier et principal intérêt" (1).

(1) Woorden door TOULLIER ontleend aan D'ARGENTRÉ, Deel X, no. 219.

De glossatoren, en op hun voetspoor de oude Fransche schrijvers, meenden den *contradictor legitimus* te ontleenen aan het Romeinsche Recht. MERLIN en SAVIGNY hebben die opvatting nadrukkelijk bestreden, doch WINDSCHEID (1) is in de oude meening blijven volharden.

Wie gelijk moge hebben, vaststaat dat onze wetgever, door art. 1957 op te nemen, het gevoelen van TOULLIER heeft gevolgd. Dit blijkt ten duidelijkste uit den Franschen tekst: „Les jugements sur les questions d'état, rendus avec le contradicteur légitime, ont leur effet contre toute autre personne" (2).

Volgens Mr. LEVY moet de bevoegde tegenspreker door de wet aangewezen zijn. „Zóó art. 140 vlg. B. W. voor de nietigheid van een huwelijk. Zóó art. 306 vlg. voor de action en désaveu. Zóó artt. 343 en 341, voor erkenning en hare betwisting. Zóó art. 262 vlg. voor echtscheiding. Zóó art. 488 vlg. voor curateele" (3).

Als de *contradicteur légitime* zulk eene beperkte beteekenis had, hoe zoude het dan mogelijk zijn, dat de Fransche schrijvers verschillen over de kracht der gewijsden. Het spreekt toch wel vanzelf, ook zonder beroep op *„praeter legem"*, dat een gewijsde, gewezen met den door de wet aangewezen persoon, tegen elk en een ieder geldt! Leest men de Fransche schrijvers, dan blijkt, dat zij allen dit aannemen en het verschil eerst ontstaat, als er niemand door de wet is aangewezen.

Mr. LEVY beroept zich op het antwoord der Regeering op een verzoek der Afdeelingen om uitlegging van het artikel. „Wanneer men nu geene uitzondering op de algemeenheid van dien regel bij dit artikel (1957) had

(1) Deel I, § 132.
(2) NOORDZIEK, Zitting 1824—1825, Deel II, blz. 681.
(3) LEVY—OPZOOMER, Deel 14, blz. 246.

gemaakt, dan zoude daarvan het gevolg zijn, dat, indien b.v. in een regtsgeding tusschen man en vrouw, een huwelijk was nietig verklaard, een *derde* belanghebbende (b.v. een schuldeischer) de wettigheid des huwelijks zoude kunnen staande houden, op grond dat de nietigheid tusschen *andere personen* is uitgesproken, en alzoo iemand ongetrouwd zoude kunnen zijn ten opzichte van zijnen zoogenaamden echtgenoot en *getrouwd* ten opzichte van derden" (1). Volgens Mr. LEVY blijkt hieruit „zonneklaar", dat zijne, „overigens doodeenvoudige opvatting de ware is".

Uit het antwoord der Regeering blijkt, dat naar hare meening het artikel noodzakelijk was bij eene echtscheidingsprocedure, doch uit het voorbeeld volgt allerminst, dat zij de bepaling slechts toepasselijk achtte, als een tegenspreker door de wet was aangewezen.

Overigens was het antwoord der Regeering, zooals meer voorkwam, er naast. Reeds MERLIN maakte onderscheid tusschen constitutieve en declaratieve vonnissen (2). Als een vonnis echtscheiding uitspreekt, dan wordt de staat der gehuwden door het vonnis veranderd. Evenzoo als het huwelijk nietig wordt verklaard. Beslist daarentegen een vonnis, dat een zeker persoon van een zeker echtpaar afstamt, dan wordt het bestaan van een staat geconstateerd.

De constitutieve vonnissen over den staat werden gewezen tusschen door de wet aangewezen partijen. Dat deze tegen ieder gelden is nimmer betwist. De strijd liep over de

---

(1) VOORDUIN, Deel V, blz. 537.

(2) Zie BAUDRY, Deel III, no. 417. In de bibliotheek van Hof te Arnhem bevindt zich de 4de uitgave van MERLIN's Répertoire, begonnen in 1812. Hieruit is veel weggelaten, betrekking hebbende op het recht voor de Révolutie. Zoo verdween ook de *contradicteur légitime;* blijkbaar omdat MERLIN meende, dat de Code in zijn geest beslist had.

declaratieve vonnissen, als de partijen niet door de wet waren aangewezen.

Het voorbeeld der Regeering was misplaatst. Ook zonder art. 1957 zoude de nietigverklaring van het huwelijk voor ieder gelden.

Dit zoude niet het geval zijn, als iemand, bewerende het kind van een adellijk echtpaar te zijn, eene vordering tot erkenning tegen den echtgenoot had ingesteld, die hem was ontzegd. Werd later de moeder of hare erfgenamen aangesproken op grond van wettige afstamming, dan zouden zij zich niet op gewijsde zaak kunnen beroepen.

Arnhem, 30 Maart 1916.

G. Wttewaall.

Een Punt betreffende de Zeeuwsche Ambachtsheerlijkheden.

Den 22en September 1915 wees de Arrondissements-Rechtbank te Middelburg een vonnis, dat zeker belangrijk genoemd mag worden met het oog op het onderwerp, dat er in wordt behandeld. Immers waar de huidige feitelijke toestand in Zeeland tal van ambachtsheerlijkheden en ambachtsheerlijke rechten vertoont, verdient een vonnis alle belangstelling, waarin deze feitelijke toestand aan een juridischen proefsteen wordt getoetst. In het aangehaalde vonnis kreeg de eischer, die zich op een oud-ambachtsheerlijk plantrecht en recht van grasetting van de ambachtsheerlijkheid Oost- en West-Souburg (Walcheren) had beroepen, te hooren, dat deze beide rechten niet meer bestonden. De desbetreffende overwegingen in het vonnis, dat voor zoover ons bekend, niet is gepubliceerd, laten wij gemakshalve hieronder volgen. Ze luiden :

1. Overwegende, dat de eischer echter in hoofdzaak de door hem beweerde rechten grondt op het hem toebehoorende en door gedaagde niet weersproken ambachtsheerlijk recht in Oost- en West-Souburg ;
2. Overwegende evenwel, dat de *thans bestaande ambachtsheerlijke rechten* (1) zulk een plantrecht, evenmin als het recht van grasetting omvatten ;
3. Overwegende immers, dat, zoo genoemde rechten oudtijds al in Zeeland als ambachtsheerlijke rechten bestaan hebben, bij art. 25 der Staatsregeling van 1798 alle heerlijke rechten in Nederland zijn afgeschaft en bij Besluit van den Souvereinen

(1) De cursiveering is van ons.

Vorst der Nederlanden van 26 Maart 1814 (*Stbl.* no. 46) werd bepaald, dat *enkele* (1) in de artt. 3 en 5 van dat Besluit genoemde rechten zouden worden teruggegeven;

4. Overwegende, dat evenwel in die artikelen niet genoemd worden het plantrecht of het recht van grasetting, terwijl uit niets blijkt, dat later die rechten nog zijn teruggegeven enz.

De beslissing der Rechtbank kan in het kort aldus worden samengevat, dat onder de werking van de Staatsregeling van 1798 en het Souverein Besluit van 1814 ambachtsheerlijke rechten nog wel kunnen bestaan (overweging 2), doch daaronder niet vallen de hierboven gepretendeerde, n.l. het plantrecht en het recht van grasetting.

Bij deze beslissing willen we een oogenblik stilstaan, omdat o. i. een juiste beschouwing van genoemde Staatsregeling en Besluit er toe zal moeten leiden, het zij s. r. gezegd, aan te nemen, dat er geen zuivere ambachtsheerlijke rechten meer bestaan, doch dat de beide gepretendeerde rechten, aangenomen, dat het vroeger ambachtsheerlijke rechten zijn geweest, ook *na* het Souverein Besluit, als geldig moeten worden erkend, zij het dan ook met gewijzigd karakter.

Alvorens echter de strekking van de revolutie en het daarop volgend herstel na te gaan, willen wij eerst heel in 't kort en alleen voor zoover noodig tot recht begrip van de bepalingen van de Staatsregeling en het Souverein Besluit een overzicht doen voorafgaan van het ontstaan en den inhoud van de ambachtsheerlijkheden. Deze moeten worden gekend, ten einde een onderzoek van de werking van de bepalingen van de Staatsregeling en het Besluit in dat opzicht mogelijk te maken. Daarnaast moeten we met een enkel woord aanstippen de ambachts-

(1) De cursiveering is van ons.

heerlijke rechten of ambachtsgevolgen, aan die heerlijkheid verbonden en hun verhouding tot deze.

Men mag zich echter niet vleien van dit alles een duidelijk omlijnd beeld te kunnen geven. Hoewel het ontstaan van vele ambachtsheerlijkheden uit de verleibrieven kan worden nagegaan, geven deze echter, wat de ontwikkeling en inhoud er van betreft, bijna geen vastheid. Bovendien heeft ieder ambacht zijn eigen geschiedenis en behoudens het gemeene Zeeuwsche Keurenrecht moet bij het generaliseeren de grootst mogelijke voorzichtigheid worden in acht genomen.

Het is bekend, dat de Zeeuwsche ambachtsheerlijkheden ontstaan zijn uit het leenrecht en als vaststaande mag worden aangenomen, dat ze alle zijn voortgekomen uit den boezem der grafelijkheid en alle zonder eenige uitzondering leenroerig waren aan de graven van Holland en Zeeland (1). In tegenstelling met de Zeeuwsche tiendleenen, die, samen met de leenlanden en ambachtsheerlijkheden de Zeeuwsche leenen vormende, hoewel veelal ook leenroerig aan de grafelijkheid, hun oorsprong hebben gevonden in het Kapittel van St. Pieter te Utrecht en in 1310, voor zoover in Zeeland uitgegeven, door ruiling zijn overgegaan in handen van den graaf van Holland (2), die ze daarop weer in leen uitgaf, mag men er van uitgaan, dat de Zeeuwsche ambachtsheerlijkheden afkomstig zijn (de terminologie van art. 25 van de Staatsregeling van 1798) uit het leenrecht.

Op welke verschillende manieren die heerlijkheden nu konden worden gevestigd of m. a. w. de leenrechtelijke band tusschen den graaf en leenman kon worden tot stand gebracht en verder op welke wijze de ambachts-

(1) Mr. R. Fruin, De Leenregisters van Bewesten-Schelde, 1470—1535, 1914, Inleiding, blz. 5.

(2) Mr. J. Kosters, Het oude Tiendrecht, 1899, blz. 56.

heerlijkheden door derden konden worden verkregen, is voor ons niet van belang, alleen slechts het feit, dat een beleening door den graaf een essentieele ontstaansvoorwaarde voor de ambachtsheerlijkheden vormde.

Wanneer werd nu de ambachtsheer door den grafelijken leenheer beleend? In het algemeen kan men zeggen, dat hij werd verleid met het leen der jurisdictie en al naarmate deze omvatte crimineele jurisdictie van strafbare feiten van boven een halve man of daarbeneden (1), sprak men van Hooge- (2) of Ambachtsheerlijkheden. Doch om dit leen van jurisdictie heen schaarden zich vele rechten, die, als daaraan verknocht, geacht werden als gevolg daarvan mede te zijn uitgegeven en daarom ambachtsgevolgen werden genoemd. Dit waren „de rechten en heerlijkheden tot deselve jurisdictie specterende" (3) en onontbeerlijk tot het uitoefenen daarvan (4).

Daarnaast waren er ook andere rechten, die hoewel niet aan de jurisdictie annex, toch als ambachtsgevolgen werden beschouwd, omdat de graaf ze in die heerlijkheid ten tijde der uitgifte had gehad (5), hetzij dan dat ze uitdrukkelijk mede waren uitgegeven, hetzij, dat ze eenvoudig door den leenman werden uitgeoefend en krachtens

(1) Keur van Zeeland van 1257, art. 6. Over de onderscheiding zie men L. W. A. M. LASONDER, Bijdrage tot de geschiedenis van de Hooge Vierschaar in Zeeland, hoofdstuk III, blz. 55 vlg.

(2) De benaming «Vrije» Heerlijkheid in de plaats van «Hooge» leidt tot verwarring, omdat men met «vrije» in tegenstelling tot «steenschietens» ambacht gewoonlijk bedoelt dat gedeelte van het ambacht waarvan de schotopbrengst niet door den ambachtsheer aan den landsheer behoeft te worden verantwoord.

(3) P. BORT, Tractaat van Hooge- en Ambachtsheerlijkheden, dl. IV, § 5.

(4) Zooals bijv. benoeming rechtspersoneel, aanwijzen van de gerechtsplaats.

(5) P. BORT, t. a. p., dl. VI, § 1.

gewoonterecht erkend als een algemeen uitvloeisel van de ambachtsheerlijkheid. Ze werden gewoonlijk verdeeld in honorabele en profitabele rechten, waarvan de laatste een direct materieel voordeel (1) beoogen, zooals bijvoorbeeld het recht van aanwas, jacht, visscherij, malerij, vogelarij, tollen, veren, beplanting, etting, opslag en meerdere, terwijl de eerste meer een ideëel voordeel beoogen n.l. de benoeming van verschillende openbare ambtenaren (2) en het maken van sommige verordeningen of keuren. De verdeeling verloor echter haar beteekenis, toen als regel ook de benoemingsrechten werden verkocht of verpacht en tot gewone res in commercio werden. Hoedanig het complex van rechten van iederen ambachtsheer er nu uitzag, moet echter uit de desbetreffende stukken worden nagegaan en voor iedere heerlijkheid apart opgemaakt. En van sommige rechten, die door den ambachtsheer werden uitgeoefend, zal naar alle waarschijnlijkheid de rechtmatigheid niet door stukken kunnen worden waargemaakt omdat ze in den loop der tijden eigenmachtig door hen zijn aangematigd en dus grootendeels op eigenrichting berusten. Niet ten onrechte misschien zijn zij wel eens „de despoten van het platteland" genoemd, tuk als zij waren hun macht ten koste van den graaf uit te breiden.

Als algemeene regel kan men dus zeggen, dat de ambachtsheer verschillende publiekrechtelijke gezagsbevoegdheden uitoefende, bestaande in jurisdictie en bestuur en daarnaast ook verschillende persoonlijke en zakelijke rechten als ambachtsgevolgen bezat. Enkele

(1) «die verre haar meeste opsicht hebben op de beurs, zonder glans of aansien».

Mr. A. DE JONGE VAN BRUINISSE in M. SMALLEGANGES Cronijk van Zeeland, 1696, blz. 642.

(2) Zooals bijv. notaris, schoolmeester, voorzanger, armenmeester.

overheidsrechten van den graaf gingen dus als heerlijke rechten door leenverlei op den ambachtsheer over. De ambachtsgevolgen, die de eigenlijke emolumenten van het ambacht uitmaakten, waren accessoir aan de ambachtsheerlijkheid; toch vertoonden ze niet een dergelijke afhankelijkheid, dat een afzonderlijk bestaan uitgesloten was; we zagen boven reeds, dat ze als gewone vermogensrechten werden behandeld en dus van de heerlijkheid konden worden gescheiden. Voor deze vervreemding, alsmede voor de uitgifte er van in achterleen, was echter toestemming van den landsheer (Groot Privilegie (1) van Maart 1477, art. 55 en Keur (2) van 1495, Caput 2, art. 10) noodig, omdat anders de heerlijkheden te veel zouden worden „ontpluymt". Na de overdracht bleven ze, zooals vanzelf spreekt, feodaal van karakter.

Van de heerlijke ambachtsrechten, die den heer in zijn qualiteit toekwamen, moeten natuurlijk onderscheiden worden die rechten, die hij als particulier bezat (het z.g. onleen). Deze hadden met de leenheerlijkheid niets te maken en verkregen, doordat ze in handen van den ambachtsheer waren, niet ipso iure een heerlijk karakter.

Moet onder de ambachtsheerlijke rechten ook begrepen worden een recht van eigendom op den grond, waarover de heerlijkheid zich uitstrekte?

In de Deductie (3) van Canter de Munck en in navol-

---

(1) Groot Placaetboek II, kol. 672 en 673.

(2) Groot Placaetboek IV, blz. 979 vlg. Ook te vinden bij Smallegange, t. a. p., blz. 344. Art. 13 van de Keur van 1290, te vinden bij Mr. Van den Bergh: Oorkondenboek van Holland en Zeeland II, no. 747, stelt dien eisch niet. Het is echter de vraag of deze keur ooit tot uitvoering is gekomen, zie Mr. Fruin, t. a. p., blz. 26 vlg.

(3) Deductie en Adstructive Memorie van wege een aantal ambachtsheeren in Zeeland aan de Provisionele Representanten, 1795.

ging en met beroep op dezen ook door BEEKMAN (1) wordt het betoogd en wel een eigendom over den ondergrond (fundus). De vraag is alleen van belang en dan nog maar theoretisch (2) met het oog op art. 25, al. 2 van de Staatsregeling (3) van 1798, waarin pecunieele vergoeding wordt toegezegd voor vruchten van wezenlijken eigendom.

De bewering komt al dadelijk zeer onaannemelijk voor, waar we boven zagen, dat slechts een jurisdictie, omgeven met eenige andere rechten, in leen werd gegeven, geenszins dus onroerende goederen, zooals bij v. bij de Zeeuwsche leenlanden. Doch ook dan zou de bewering in strijd zijn met het algemeen aangenomen karakter van leen, dat immers is een in gebruik geven van onroerend goed, waarbij de leenheer den eigendom behoudt (4). Hoeveel te meer zal dit dan moeten gelden voor de ambachtsheerlijkheden! Opmerkelijk is het, dat de dissertatie (5) van VERHEYE VAN CITTERS, waarvan CANTER DE MUNCK blijkens eigen erkentenis (6) „een voornaam gebruik" heeft gemaakt en waarvan de Deductie bij vergelijking op vele plaatsen een woordelijke navolging blijkt te zijn, over deze stelling van eigendom bij den ambachtsheer in 't geheel niet rept en zelfs uit Caput 2, § 8 veeleer het tegendeel is af te leiden, waar men leest, dat in officio

(1) A. A. BEEKMAN, Het Dijk- en Waterschapsrecht in Nederland vóór 1795 op het woord «grondeigendom».

(2) Omdat de bepaling nooit gemaakt is.

(3) VAN HASSELT—DE HARTOG, Verzameling van Nederlandsche Staatsregelingen en Grondwetten.

(4) DE GROOT, Inleiding boek II, dl. 41, § 1, 34 en 36; P. BORT, Holl. Leenrecht, dl. VI, titel 1, § 1, 2 en 3; Mr. S. J. FOCKEMA ANDREAE, Het oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht, dl. I, blz. 285, 308 en 311.

(5) Specimen iuris publici inaugurale de toparchiis et Ambactis. Utrecht, 1774.

(6) Deductie, Inleiding, blz. 3.

Poortvlietano hoc ius (n.l. het tevoren genoemde ius van den ambachtsheer om dijkgraven te benoemen) *proprietarii* fundorum habere censentur.

Men behoort hier o. i. te onderscheiden. Werd om een voorbeeld te noemen bij een uitgifte ter bedijking van een gors of schor deze door den graaf geschonken of verkocht aan den heer en tegelijk veelal (1), niet altijd (2), over den nieuwen grond een ambachtsheerlijkheid gevestigd, dan was de ambachtsheer eigenaar van den grond, doch niet krachtens leenrecht, maar tengevolge van een gewonen titel van eigendomsverkrijging, als vrij en allodiale grond en kon het eigendomsrecht dus niet een heerlijk ambachtsrecht genoemd worden. Werd daarentegen de nieuwe grond als land ter leen uitgegeven en tevens een ambachtsheerlijkheid gevestigd (3), dan ontstond als het ware een combinatie van leenland en ambachtsheerlijkheid en ten gevolge van de destijds zeer in zwang zijnde splitsing (4) van het dominium in dominium directum en dominium utile, respectievelijk aanwezig bij den leenheer en leenman, sprak men van een feodaal eigendom bij den ambachtsheer. Doch het dominium was dan evenmin een gevolg van de ambachtsheerlijkheid, maar een uitvloeisel van het leenland.

Maar, zooals gezegd, zelfs het leenland verschaft geen eigendom en al mag het in naam als zoodanig bestempeld

(1) Van Mieris, Groot Charterboek der Graven van Holland, enz., 1754, dl. IV, 569.

(2) Van Mieris, t. a. p., deel III, 557.

(3) Van Mieris, t. a. p., deel III, 291.

(4) Mr. A. de Jonge, t. a. p., blz. 643; P. Bort, Tractaat, enz., dl. IV, § 13; Mr. P. Wielant, Tractaet van de leenrechten na den Hove van Vlaenderen, 1666, blz. 13; dito Mr. J. B. de Clerck in zijn Commentaar daarop, Gent, 1699.

worden, in wezen is het dat zeer zeker niet (1), zoodat het ons voorkomt, dat van een recht van eigendom als ambachtsheerlijk recht, laat staan van een wezenlijk eigendom bij den ambachtsheer nimmer de rede kan zijn (2).

Wat is er nu van deze ambachtsheerlijkheden geworden? De staatsregeling van 1 Mei 1798, die de leus „vrijheid, gelijkheid en broederschap" in haar vaan voerde, maakte met deze heerlijkheden korte metten.

Met de moderne ideeën over „de natuurlijke rechten van den mensch" werden ze onvereenigbaar geacht en het lijdt zeker geen twijfel, dat door art. 24 van de staatsregeling de ambachtsheerlijkheden en de honorabele ambachtsheerlijke rechten werden getroffen; dat waren immers eigenlijk gezegde heerlijke rechten, waardoor aan een bijzonder persoon eenig gezag werd toegekend over het bestuur van zaken in eenige stad en deze werden voor altijd vernietigd.

Hieronder vallen dus de rechten der ambachtsheeren tot aanstelling van schout, schepenen, secretarissen, boden, predikanten, kosters, dijkgraven, vroedvrouw enz., altegader benoemingsrechten, die invloed gaven op de jurisdictie en het bestuur in eenige stad, dorp of plaats.

In het daarop volgend art. 25 wordt, naast eenige speciaal genoemde rechten, de streep gehaald door alle

---

(1) Modderman—Tichelaar, Handboek voor Romeinsch Recht, dl. II, blz. 88.

(2) Daarmee achten wij ook verklaard het beroep van Ganter de Munck op het dualisme van «ambacht» en «erve» en op het woord «grondenaer» in art. 34, Caput 3 van de Keur van Zeeland van 1495, dat door den steller waarschijnlijk is neergeschreven in verband met en onder indruk van het vorige art. 33, dat ook op leenlanden slaat. C. de Munck houdt die beide leensoorten niet steeds goed uit elkaar.

andere rechten of verplichtingen, hoe ook genaamd, uit het leenrecht of leenstelsel afkomstig en die hun oorsprong niet hebben uit een wederzijdsch, vrijwillig en wettig verdrag.

In al. 2 wordt dan een afkoop met schadevergoeding in uitzicht gesteld van alle zoodanige rechten en renten, welke als vruchten van wezenlijken eigendom kunnen worden beschouwd en we zagen reeds boven, dat deze alinea op de ambachtsheerlijke rechten geen toepassing kan vinden, zoodat in het stelsel der staatsregeling voor het toekennen van schadevergoeding geen plaats was.

Met art. 25 verdwijnen alle profitabele ambachtsheerlijke rechten, als afkomstig uit het leenstelsel, van het tooneel. Door enkele schrijvers (1) is opgemerkt, dat een uitgifte van een ambachtsheerlijkheid door den landsheer aan den leenman ook is een wederzijdsch, vrijwillig en wettig verdrag en waar art. 25 de rechten, die daaruit hun oorsprong hebben, uitzondert, de ambachtsheerlijke rechten, deshalve door art. 25 niet kunnen worden getroffen. Deze uitlegging van het artikel, welke twee tegenstrijdige eischen naast elkaar stelt in plaats van ze als tegenstelling op te vatten, schijnt ons de bedoeling van de staatsregeling te miskennen; wat deze wilde afschaffen, was het gehate leenstelsel met al zijn nadeelige gevolgen en al mag nu ook in een leenverlei mede een vrijwillig en wederzijdsch verdrag gezien worden, waarbij de eene partij zich verbindt tot schut en bescherming, de andere tot manschap en hulde, het feit alleen, dat ze in het leenrecht wortelde, was voldoende om ze te doen vervallen.

Zoo blijkt ook uit het Dagverhaal (2) der Handelingen van de Nationale Vergadering, representeerende het volk

(1) D'Ablaing van Giessenburg, Rechtmatigheid van afgeschafte Heerlijke Regten, 1849, blz. 13, noot 1.

(2) Uitgegeven door Swart & Co., den Haag, 1796.

van Nederland, dat bij de beraadslagingen in de reden van verschillende burgers (1) uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tusschen de heerlijke rechten, die uit het leenstelsel zijn ontstaan en de rechten van de heeren, die daaruit niet ontstaan, door hen zijn verkregen als particulier op grond van een wettigen titel. De eersten echter moeten alle zonder eenige beperking worden afgeschaft en waar het dus op aankomt en als eenig criterium mag worden genomen, is de vraag, is het heerlijke recht uit het leenrecht ontstaan? (2) Niet ter zake dienende is of de beleening verwantschap vertoont met een of andere overeenkomst.

De eenige eisch, die art. 25 stelt, hetgeen art. 24 niet doet, is de afkomst uit het leenrecht en ware het niet, dat blijkens het woordje „andere" uitsluitend moet worden gedacht aan profitabele rechten, de ambachtsheerlijke rechten van jurisdictie en bestuur zouden ook onder het bereik van art. 25 vallen. Tevens volgt uit dien eisch, dat het artikel niet kan slaan op heerlijke rechten, die niet uit het leenstelsel ontstaan zijn, heerlijkheid en leen zijn immers geen begrippen, die elkaar dekken; leen kan zonder heerlijkheid en de laatste zonder leen bestaan; men denke bijvoorbeeld aan de heerlijke rechten uit de provincie Groningen, niet door beleening van overheidswege in 't leven geroepen, maar door een eigenmachtig zich opwerpen van de eigenerfden bij wijze van primi inter pares met daarop gevolgde erkenning.

Ongeschonden bleven dus de rechten door de heeren op wettige wijze als particulier verkregen en door hen

(1) SCHIMMELPENNINCK, dl. II, blz. 247; LOCKHOUT, dl. II, blz. 527; DE MIST, dl. II, blz. 528; PLOOS VAN AMSTEL, dl. V, blz. 101.

(2) Een o. i. juiste indeeling bij Mr. J. F. VAN REEDE, De z.g. Heerlijke Rechten in verband met het vierde additioneele artikel van de Grondwet van 1848; 1854, blz. 56.

tegelijk met andere heerlijke rechten bezeten; deze waren immers niet heerlijk van natuur. Wel er onder vielen die rechten, die eertijds uit het leenrecht ontstaan, later van het leen waren gescheiden of ook die met toestemming als allodiaal en vrij in handen van derden waren overgegaan, omdat immers alleen vereischt wordt, dat ze afkomstig zijn uit het leenrecht, en omdat niettegenstaande hun verkregen allodiaal karakter de bron vitieus bleef.

Pas in 1814, drie dagen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Grondwet van 1814, nadat de ideeën van de Staatsregeling van 1798 ook nog uitdrukking hadden gevonden in de daaropvolgende van 1801 (1) en 1805 (1), waarin het leenrecht werd en bleef afgeschaft, had door den Souvereinen Vorst, daartoe aangezocht door vele voormalige heeren, bij Besluit (2) van 26 Maart 1814 (*Stbl.* no. 46) een voorloopig herstel van de vernietigde rechten plaats.

„Disponeerende op verschillende rekwesten aan Ons gepresenteerd door eigenaren van voormalige heerlijkheden enz., alle strekkende om te worden hersteld in de regten en voordeelen, die daaraan oudtijds zijn geacrocheerd geweest", aldus leest men in den aanhef van het Besluit, wordt een volledig herstel met de tijdsomstandigheden onvereenigbaar geacht, doch desniettemin ter tegemoetkoming der benadeelde eigenaren eenige provisioneele bepalingen gegeven in een daarop volgend dertiental artikelen.

Welke rechten worden nu hersteld, tot hoever strekt zich dat herstel uit; is het, zooals in het vonnis der Rechtbank boven is overwogen, beperkt tot enkele aldaar met name genoemde rechten?

De aanhef van het Besluit geeft hierop zeker geen bescheid, daaruit valt alleen af te leiden, dat de vroegere

(1) Respectievelijk de artt. 16 en 9.

(2) De geldigheid van het Besluit wordt door den H. R. aangenomen.

toestand niet zal worden herschapen, doch in de artikelen zelf is een duidelijke aanwijzing voor het antwoord te vinden. Men treft daar namelijk de oude verdeeling van de heerlijke rechten weer aan en wel in art. 3 de profitabele en in de artt. 1, 2 en 5 de honorabele rechten en waar nu art. 3 *na* de rechten van jacht, visscherij, vogelarij, nakoop, pondgeld, veren nog spreekt van „en soortgelijke", kan naar onze bescheiden meening daaronder niet anders worden verstaan dan alle overige profitabele rechten, die met een heerlijkheid zijn ontstaan. De in art. 3 met name genoemde rechten hebben de eigenschap van profitabel te zijn met elkaar gemeen en ligt derhalve de uitlegging, dat onder „soortgelijken" alle overige heerlijke rechten vallen, mits slechts voldoende aan den eisch van profitabel te zijn, zeer voor de hand. Art. 3 is dus enuntiatief en niet limitatief op te vatten. Dat niet alle profitabele rechten in art. 3 met name genoemd zijn, vindt zijn oorzaak waarschijnlijk hierin, dat dan licht enkele over het hoofd zouden worden gezien, nu de heerlijkheden met de daaraan verbonden rechten zooveel locale verschillen vertoonen. Dat is de reden, dat Bort een apart hoofdstuk (1) aan de Zeeuwsche ambachtsgevolgen wijdt.

Een andere interpretatie (2) van art. 3, met name een verband uitsluitend tusschen „veren" en „soortgelijke" te zoeken, lijkt ons niet verdedigbaar, mede met het oog op de interpunctie, doch vooral omdat ondenkbaar zou zijn, welke rechten dan onder „soortgelijke" zouden vallen; misschien het recht van „tol" en „passagier", als hebbende eveneens betrekking op het verkeer; terwijl dan onverklaarbaar zou blijven, waarom de juist in art. 3

(1) Bort, Tractaat, deel 6.

(2) Mr. Struycken, Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, dl. I, § 30, blz. 120, laat zich over de kwestie niet uit.

met name genoemde rechten bevoorrecht zouden zijn boven zooveel andere oude profitabele rechten.

Is dus van de bovengenoemde rechten van beplanting (1) en grasetting eenmaal aangetoond, dat ze eertijds als ambachtsheerlijk recht hebben bestaan, dan kan de toepassing van art. 3 niet uitblijven.

Intusschen zal moeten vaststaan, dat dergelijke rechten aan de oorspronkelijke heerlijkheden zijn verbonden gebleven en later niet daarvan gescheiden. Zoowel de aanhef van het Besluit alsook de meeste artikelen, die spreken van „eigenaren" der „heerlijkheden" pleiten daarvoor (2). De heerlijke rechten, die eenmaal gescheiden, uit de handen der eigenaren van heerlijkheden zijn geraakt, herleven dus niet. In Zeeland schijnt het hooge uitzondering geweest te zijn, dat één ambachtsheer uitsluitend tot een ambachtsheerlijkheid gerechtigd was (3) De oorzaak daarvan lag bij de splitsbaarheid van het Zeeuwsche leen, tengevolge waarvan de heerlijkheden versnipperden en bijna alle ambachtsheeren eigenlijk maar ambachtsportionarissen waren, allen tezamen gerechtigd tot een bepaald ambacht. In dien zin waren zij echter eigenaren eener heerlijkheid, al was het voor een evenredig gedeelte en hun rechten, voorzoover in '98 vernietigd, deelen dus in het herstel van 1814.

Er schijnt geen bezwaar ook de oude honorabele ambtsheerlijke rechten, reeds vóór de inwerkingtreding van art. 24 van de Staatsregeling van 1798 *met de daad* afgeschaft, van het Besluit te laten profiteeren, voorzoover

(1) Verheye van Citters, t. a. p., Caput 4, § 9, kent den ambachtsheer toe een facultas vias publicas sed et aggeros arboribus conserendi, gegrond op een Plakkaat van de Staten van Zeeland van 1627.

(2) Mr. J. Kosters, Mededeelingen over het Oud-Hollandsche Jachtrecht, 1910, blz. 116 vlg.

(3) Mr. R. Fruin, De Studie van het oud-vaderlandsche recht en de Archieven, Inaugurale Rede, 1910. Amsterdam, blz. 8.

ze onder de artt. 1, 2 (1) en 5 kunnen worden begrepen. Het laatste maakt immers geen onderscheid op dit punt, en art. 24 van de Staatsregeling, het brute geweld tot geldig recht verheffende, stelt ze op één lijn met de wettig afgeschafte. In het herstel ligt niet als in art. 25 van de Staatsregeling een beperking tot heerlijke rechten, uit het leenrecht ontstaan; waar echter in art. 25 alleen die laatste zijn afgeschaft, heeft verder herstel in dit opzicht geen zin, en bovendien voor ons onderwerp niet, omdat de Zeeuwsche ambachtsheerlijkheden alle uit het leenrecht zijn voortgekomen.

Wat nu het karakter van het herstelde recht betreft, kunnen wij volstaan met te verwijzen naar een recent arrest (2) van den Hooge Raad, waarbij in overeenstemming met Kosters (3) werd beslist, dat de heerlijke rechten zijn hersteld als gewone zakelijke rechten, niet als oude heerlijke rechten, zoodat ook de bepalingen van ons Burgerlijk Wetboek daarop toepassing vinden. Ambachtsheerlijke rechten als zoodanig bestaan dus niet meer.

Wij meenen hiermede te hebben aangetoond, dat de strekking van art. 3 van het herstellingsbesluit onbeperkt is, zoodat dus behoudens enkele speciale regelingen (men denke bijv. aan tiendrecht, collatierecht van den Staat) al die oude rechten tot op heden (4) voor het nageslacht zijn bewaard gebleven. Es erben Recht und Gesetze sich wie ein ewige Krankheit fort. Weh dir, dasz du ein Enkel bist!

Middelburg, Januari 1916. R. P. Cleveringa Pzn.

---

(1) Onder de daar genoemde «kleinere gemeentebedieningen» te rangschikken «de betrekking van schoolonderwijzer» volgens arrest H. R., 11 Juni 1847 in Regtsgeleerd Bijblad, Juni 1847.

(2) Van 13 November 1914, N. J. 1915, blz. 98. W. 9810.

(3) T. a. p., blz. 107 vlg.

(4) De Grondwetten 1848 en 1887 (add. artt. 4, al. 2 en 5, al. 2) geven alleen mogelijkheid van opheffing.

L. LINDEBOOM J.NZN. *Parlementaire schadeloosstelling*. Academisch proefschrift.

Deze schrijver houdt zich zeer op den achtergrond. Hij laat vooral anderen spreken. Zijne citaten zijn niet altijd even interessant. Intusschen wie dit onderwerp wil bestudeeren, vindt hier op verdienstelijke wijze eene rijke verzameling bijeengegaard van hetgeen over de parlementaire schadeloosstelling bepaald, gezegd en geschreven is. Dit is een heele massa. Ik kan hier slechts een en ander aanstippen.

Onthouding van schadeloosstelling belemmert den toegang tot het parlement voor hen, die, al bezitten zij de vereischte bekwaamheid en geschiktheid, nietvermogend zijn en hun bedrijf of beroep niet tegelijk met het lidmaatschap van het parlement kunnen waarnemen. De heer LINDEBOOM acht het geven van eene schadeloosstelling, die aan iedereen gelegenheid geeft het lidmaatschap der volksvertegenwoordiging te bekleeden, niet gewenscht, ondat dit zijns inziens nadeeling werkt op het peil van het parlement. Ik kan niet inzien, dat de geschiktheid voor het lidmaatschap afhankelijk is van het bezit van vermogen. Onthouding van schadeloosstelling past bij de beschouwing van het lidmaatschap als een eereambt. Men is echter overal hoe langer hoe minder gaan gevoelen voor het denkbeeld om ten behoeve van den Staat iets voor niets te doen. Het eereambt kan trouwens alleen bloeien in eene meer of minder aristocratisch ingerichte samenleving. De democratische strooming van den tegenwoordigen tijd eischt, dat het lidmaatschap van het parlement bekleed kunne worden door iedereen. Schoon is het verder het vaderland

te dienen zonder geldelijke belooning, maar indien iemand dat niet wil of niet kan en vraagt, of het niet billijk is, dat hij evenals andere arbeiders eene vergoeding ontvangt voor het werk, dat hij verricht, kan het antwoord slechts toestemmend luiden. In 1911 is in Engeland, het land, waar het eereambt zoo lang in zwang was, besloten aan de leden van het Lagerhuis eene schadeloosstelling van £ 400 toe te kennen. In de Constitutie van den Noordduitschen Bond van 1867 en de Duitsche Constitutie van 1871 was, als veiligheidsmaatregel tegen staatsgevaarlijke gevolgen van het algemeen stemrecht, bepaald, dat de leden van den Rijksdag geen bezoldiging of schadeloosstelling mogen genieten. In 1906 verviel dat verbod. De leden van den Rijksdag ontvingen toen 3000 mark per jaar, met dien verstande, dat voor elken dag, waarop zij niet aanwezig zijn, 20 mark gekort wordt. Als afwezig wordt — dit verzuimde de schrijver mede te deelen — ook beschouwd hij, die aan eene hoofdelijke stemming niet deelneemt. In 1911 kregen de leden er nog 700 mark bij voor het geval, dat de Rijksdag ook in October en November bijeen is. „Heden ten dage", zegt de heer LINDEBOOM, „is Spanje de eenige Staat van beteekenis, waar de leden geene vergoeding ontvangen". Daar genieten zij alleen vrij vervoer op de hoofdspoorwegen en portvrijdom voor brieven, die in de Kamer worden gepost.

Bij de toekenning van schadeloosstelling kan uitgegaan worden van den wensch om den leden een met hunne positie overeenstemmend bestaansminimum te verzekeren. Dan kan de belooning betrekkelijk laag zijn.

In Engeland en Duitschland, ontvangen de leden voor reiskosten niets, maar in het laatste land genieten zij vrij vervoer over de spoorwegen voor reizen tusschen Berlijn en de woonplaats van het lid; in ons land ontvangen de leden van de Tweede Kamer voor reiskosten deswege

slechts eene kleinigheid. Dit bevordert verhuizing naar de plaats, waar het parlement gevestigd is, hetgeen velen niet gewenscht achtten. De voor de leden onzer Tweede Kamer bestaande regeling is belachelijk; men moet, dunkt mij, kiezen tusschen toekenning van eene behoorlijke vergoeding voor reiskosten of de ontzegging van elke vergoeding. Het is merkwaardig, dat bij de Grondwetsherziening van 1887 het voorstel der Regeering om de regeling der vergoeding voor reiskosten onveranderd te laten, in de Kamer weinig verzet ontmoette, ofschoon de Staatscommissie een voorstel tot wijziging had gedaan. Dit zal wel het gevolg geweest zijn van het feit, dat de Kamerleden het initiatief niet wilden nemen voor eene verandering, welke hun geldelijk belang betrof.

Minister Heemskerk (junior) stelde voor de schadeloosstelling der Kamerleden op f 3000 te brengen en hun voor het bijwonen van de vergaderingen der Kamer en van hare commissies vergoeding van reiskosten volgens regels bij de wet te stellen benevens aanspraak op pensioen te verzekeren, terwijl den voorzitter der Kamer eene schadeloosstelling van f 8000 's jaars werd toebedacht. Dit voorstel ging verder dan door de Staatscommissie van 1910 was verlangd, die de schadeloosstelling op f 2500 wilde brengen en van een pensioen en eene schadeloosstelling aan den president niet gewaagde.

In sommige landen zijn de belooningen op een hoog bedrag gesteld. Algemeen bekend is, hoe tengevolge van een besluit van de Fransche Kamer de schadeloosstellingen van de leden der beide Kamers van 9000 op 15.000 frcs. werden gebracht. In de Vereenigde Staten van Amerika bedraagt de belooning thans 7500 dollars; bovendien genieten de leden reiskosten ten bedrage van 20 dollarcent per mijl eens heen en weer, 125 dollars voor schrijfbehoeften en 1500 dollars voor een klerk. Als aanvulling

van de mededeelingen van den heer LINDEBOOM kan vermeld worden, dat volgens BRYCE, American Commonwealth, (uitgave van 1911, I, blz. 195), de schadeloosstelling is ingevoerd op grond van de algemeene theorie, that all public work ought to be paid for. Cynics, zoo vervolgt hij, defend the payment of Congressmen on another ground, viz. „that they would steal worse if they didn't get it". In Frankrijk kunnen de leden pensioen verkrijgen, maar zij moeten daarvoor contributie betalen.

De toekenning van schadeloosstelling kan, vooral als zij hoog is, ten gevolge hebben, dat het lidmaatschap geambieerd wordt door personen, wien het vooral om de geldelijke belooning te doen is. Zij kan de onafhankelijkheid der leden tegenover de Regeering verminderen, in zoover leden, die op herkiezing niet vast kunnen rekenen, met ontbinding van de Kamer slecht gediend zijn. Hooge schadeloosstellingen brengen verder voor den Staat niet geringe uitgaven met zich.

Men vindt in dit werk ook vermeld de middelen, welke uitgedacht zijn om door de regeling der schadeloosstelling de trouwe opkomst der leden te bevorderen. Die middelen zijn toekenning van presentiegelden en korting wegens absentie. Tot de bezwaren, tegen het eerste middel ingebracht, behoort, dat het vermeerdering van het aantal vergaderingen in de hand kan werken. Dit bezwaar vervalt bij de toepassing van het tweede middel. Van beide middelen is gezegd, dat zij de waardigheid van het ambt aantasten. Intusschen is het absenteïsme ook eene miskenning van de waardigheid van het ambt en een kwaad, dat de afdoening van zaken zeer bemoeilijkt.

In vele landen genieten de leden van het parlement vrij vervoer op de spoorwegen. De heer LINDEBOOM verhaalt uitvoerig wat hieromtrent in ons land is voorgevallen.

Als curiosum zij nog vermeld, dat, zooals de heer LINDEBOOM mededeelt, in Saksen de belooning van de leden van den landdag in 1582 hierin bestond, dat zij ten hove gevoed werden, welke toestand tot 1631 bleef bestaan. Een ander curiosum is dat in Noorwegen de leden de kosten van preventieve gezondheidsmaatregelen, als baden, gymnastiseeren en massage, vergoed krijgen.

Juli 1916. A. R. ARNTZENIUS.

Openbare wegen over particulieren grond, door A. H. Kamerlingh Onnes. Akademisch proefschrift, Leiden 1915, 141 bladzijden.

Het goed geschreven proefschrift, waarvan de titel boven wordt vermeld, behandelt een onderwerp, dat den rechter reeds herhaaldelijk voor een moeilijke beslissing heeft gesteld. In velerlei opzicht laat de wet ons in den steek, als wij de vraag te beantwoorden hebben, hoe de verhouding is van een particulieren eigenaar van een voor het publiek toegankelijken weg tegenover de overheid en omgekeerd en welke rechten de particulier op zoodanigen weg nog kan uitoefenen.

Het proefschrift heeft deze vragen onder de oogen gezien.

Vooraf gaat een kort overzicht van het Romeinsche en het Oud-Hollandsche recht.

Volgens schrijver was reeds bij de Romeinen niet iedere voor het publiek toegankelijke weg een openbare weg, doch slechts dan, wanneer het voortduren dier toegankelijkheid was verzekerd. De meeste onzer oud-vaderlandsche juristen namen de Romeinsche drieledige verdeeling in viae publicae, vicinales en privatae over, maar lieten het hierbij niet. De nadruk werd gelegd op het publiek gebruik, dat alleen door de overheid kon worden belet.

„Van ouds toch" — zegt schrijver op blz. 8 — „bestonden er bij ons te lande wegen, aan particulieren toebehoorende, omtrent wier openbaarheid geen twijfel mogelijk was. Het toezicht, door het openbaar gezag hierop uit te oefenen, de schouwvoering, de onderhouds-

plicht enz. waren geregeld bij placcaten van de Stadhouders of ordonnantiën van de Staten."

Ons tegenwoordig burgerlijk recht heeft de van ouds bestaande toestanden bestendigd. Verschillende wetten gebruiken de uitdrukking „openbare weg" zonder daarvan een definitie te geven. Schrijver meent, blz. 11, dat daaronder is te verstaan „een weg, die, onafhankelijk van den wil van particulieren, voor het publiek openstaat en open moet blijven".

Hoe kan een openbare weg ontstaan?

Vooreerst kan een publiekrechtelijk lichaam een hem toebehoorende strook grond bestemmen voor het algemeen verkeer. Hier geen moeilijkheid.

Hoe kan echter voor een particulieren eigenaar de verplichting ontstaan om een weg dienstig te doen zijn en blijven voor het openbaar verkeer?

Drie theorieën treden in dezen op den voorgrond, die schrijver afzonderlijk bespreekt, waarna hij in een laatste hoofdstuk uiteenzet, welke wettelijke regeling hem toelacht.

De theorie van de eenzijdige daad der overheid.

Volgens haar is de weg openbaar krachtens besluit der overheid ook tegen des eigenaars wil en kan de eigenaar zijn grond niet tot openbaren weg maken, wanneer niet de overheid dienovereenkomstig besluit.

Wegen, die hunne openbaarheid danken aan het besluit der overheid, komen uiterst zelden voor. Bekend zijn de „jaagpaden" van de Ordonnance van 1669. Provinciale of gemeentewegen, die krachtens verordening bestaan, zijn er niet.

De besturen der provinciën bepaalden zich tot het maken van reglementen op *bestaande* wegen. In de gemeenten treft men denzelfden toestand aan.

Is een provincie of een gemeente bevoegd particulieren grond voor het openbaar verkeer open te stellen?

Met Prof. KRABBE (1) noemt schrijver dit onteigening, zijnde „toebedeeling van zaaksgenot aan een ten algemeenen nutte werkend persoon, tengevolge waarvan anderen hunne rechten op die zaak geheel of ten deele inboeten".

Grondwet en Onteigeningswet geven echter slechts regelen voor onteigening van den *geheelen* eigendom, niet voor die van eigendomsbevoegdheden.

Publiekrechtelijke lichamen zullen dus vrijelijk tot dergelijke partieele onteigening kunnen overgaan, aldus de schrijver, tenzij er andere voorschriften mochten zijn, die hunne bevoegdheid in dezen uitsluiten of beperken, blz. 26.

Volgens Prof. KRABBE zou zoodanig voorschrift gelegen zijn in art. 140 der Grondwet, dat de regeling van het privaatrecht bij uitsluiting aan den rijkswetgever opdraagt.

De rechtspraak deelt deze meening niet. De H. R. besliste 13 Januari 1902, W. 7711, dat verbindend was een bepaling van een verordening der gemeente Schoten, waarbij verboden was gronden tot bouwterrein te gebruiken, zonder dat breedte enz. der aan te leggen straten of wegen door den gemeenteraad waren vastgesteld. In deze aanwijzing was niet gelegen een ontzegging, maar een noodzakelijke beperking van den eigendom, ten einde het bouwterrein aan zijn bestemming te kunnen doen beantwoorden. Het andere voorbeeld, dat schrijver aanhaalt, blz. 30, berust kennelijk op een vergissing. In het arrest van 14 Maart 1904, W. 8050 verklaarde de H. R. art. 5 der Loosduinsche verordening juist niet verbindend, wijl „den eigenaar van den berm alle gebruik wordt

(1) Rechtsgel. Magazijn 1893, blz. 183.

ontnomen van die deelen van zijn eigendom, waar de lantaarn- of andere palen worden geplaatst".

Wanneer een provincie of een gemeente mocht bepalen, dat een particuliere weg voor het publiek gebruik wordt opengesteld, zou de H. R. waarschijnlijk op anderen grond daaraan verbindende kracht ontzeggen. Deze toch pleegt alle verordeningen, die den particulieren eigendom aantasten, aan art. 625 B. W. te toetsen.

Wel wordt deze opvatting door velen bestreden, maar de geschiedenis van art. 625 pleit voor haar, blz. 35.

Schrijver vindt de volgens den H. R. geoorloofde bevoegdheid tot beperking in dezer voege begrensd, dat zij niet mag worden gedecreteerd voor een bepaald geval, arr. 20 Januari 1896, W. 6763, en dat zij nooit zoover mag gaan, dat de eigenaar alle genot en gebruik van zijn eigendom verliest, arr. 6 November 1899, W. 7358 (1). Bij arr. van 9 Februari 1877, W. 4098 was de H. R. van oordeel, dat art. 625 B. W. alleen toestaat beperking van *eigen* gebruik, niet „aanwending van gebruik van eens anders eigendom", maar op 26 April 1889, W. 5709 (1) kwam de H. R. op deze meening terug (2).

Niet zonder eenig recht zegt schrijver op blz. 50, dat de rechtspraak in dezen van den H. R. „zeer nadert tot een billijkheidsrechtspraak, eene rechtspraak van vroede mannen". Hij vindt het „een zeer verblijdend feit dat

(1) Zie ook arr. 10 Februari 1913, W. 9466.

(2) De Hooge Raad overwoog in 1889, «dat wel volgens den aanhef van art. 625 B. W. eigendom is het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben, maar zoowel de volgende woorden van dat artikel als art. 720 B. W. uitgaan van de veronderstelling, dat het openbaar gezag bevoegd is om in het algemeen belang de uitoefening van dat recht te beperken en daaraan verplichtingen vast te knoopen; dat de eischer daarbij ten onrechte gesteld heeft, dat het openbaar gezag niet verder zou kunnen gaan dan voorschriften te geven omtrent de wijze, waarop de eigenaar zijne zaak gebruiken mag".

de H. R. aan art. 625 B. W. eene zoodanige interpretatie geeft, waardoor onredelijk gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden in vele opzichten wordt tegengegaan. Immers de ervaring leert, dat de Kroon in de taak van orgaan van cassatie herhaaldelijk is te kort geschoten en verordeningen, die sterk tegen ons rechtsgevoel indruischen, ongehinderd heeft laten passeeren".

De theorie van de eenzijdige daad der eigenaars.

Deze theorie huldigt de Hooge Raad. Tweeërlei vormen zijn er volgens den H. R., waaronder een particuliere weg openbaar kan zijn. Vooreerst kan aan een publiekrechtelijk lichaam toekomen het zakelijk recht van openbaren weg, ontstaan door wilsovereenstemming tusschen dit lichaam en den particulieren eigenaar, arr. 18 April 1902, W. 7756 en 28 November 1913, W. 9574.

De eenzijdige bestemming door den eigenaar aan den grond gegeven is echter voldoende, maar ook *noodzakelijk*, om den weg openbaar te maken, daar zij op den grond legt wat de H. R. noemt een „onus publicum" (1) van weg. Deze bestemming is iets anders dan het bloot gedoogen en kan alleen door het openbaar gezag worden opgeheven. Schrijver wijst hiervoor op een dertigtal arresten, vallende tusschen 8 December 1892, W. 6285 en 30 November 1914, W. 9625. De H. R. onderscheidt volgens schrijver scherp het zakelijk recht van dit onus publicum, arr. 28 November 1913, W. 9574, blz. 60.

---

(1) Het zoude niet onaardig geweest zijn, indien schrijver de herkomst van deze uitdrukking eens had nagegaan en ontdekt. Ik heb ze in het Corpus Juris en bij enkele oude schrijvers tevergeefs gezocht en durf haast vermoeden, dat zij in de vorige eeuw haar ontstaan te danken heeft aan de liefhebberij van onze rechters om nu en dan een mondjevol Latijn te gebruiken.

Tegen de aanvaarding van dit „onus" heeft de schrijver de volgende bezwaren.

Het karakter der rechtsfiguur vertoont geen overeenkomst met dat van instituten, die reeds in ons positieve recht bestaan. „Zoolang er geen wetsbepaling bestaat, die dit uitdrukkelijk voorschrijft", zegt schrijver, „mag aan de eenzijdige wilsuiting van den particulieren eigenaar, waarbij hij zijn grond bestemt voor het algemeen verkeer, niet het rechtsgevolg worden vastgeknoopt, dat nu voortaan de bestemming slechts door het publiek gezag kan worden opgeheven", blz. 64.

Een ander bezwaar is, „dat daardoor aan het individu de gelegenheid wordt gegeven om naar willekeur lasten te leggen op het algemeen". Schrijver verwijst daarvoor naar art. 179*h* der Gemeentewet.

Een weg, door een particulier eigenaar eenzijdig voor het algemeen gebruik bestemd, beschouwt hij, in tegenstelling met Mr. Van Gelein Vitringa (1), bij wien hij zich overigens aansluit, niet als openbaar, wijl ieder oogenblik zulk een weg door den eigenaar kan worden gesloten.

Het bewijs van de bestemming tot openbaren weg door den eigenaar is vaak niet gemakkelijk te leveren, vooral bij oude wegen. Schrijver vestigt er de aandacht op, dat de rechter deze bestemming nogal eens afleidt „uit verschillende feiten, die in werkelijkheid niets anders bewijzen, dan dat de weg sinds een onheuglijk aantal jaren door het publiek is gebruikt", blz. 69.

De H. R. heeft tegen deze bewijslevering geene bedenking. Het wil mij voorkomen, dat dit niet volgt uit al de vijftien arresten — alle van de Strafkamer — die

(1) Rechtsgel. Magazijn 1907, blz. 30.

de schrijver aanhaalt, b.v. niet uit die te vinden in W. 8941, 9593 en 9655.

Toch heeft de H. R. zich meermalen in dezen geest uitgelaten, b.v. zeer duidelijk in de arr. van 3 Juni en 25 November 1907, W. 8561 en 8625.

De theorie van de wilsovereenstemming tusschen overheid en eigenaar.

Deze theorie acht schrijver de juiste. Welke rechtsbetrekking ontstaat nu door deze samenwerking? Volgens schrijver een tusschen twee gelijkwaardige rechtssubjecten; het publiekrechtelijk lichaam treedt hier op als privaat persoon. Eerst als het als zoodanig eigendomsbevoegdheden heeft verkregen op particulieren grond, zal het bevoegd zijn als overheid politievoorschriften uit te vaardigen, waarbij aan ieder, ook aan den eigenaar, verboden wordt het verkeer over den weg te belemmeren.

Hier ontstaat niet een persoonlijke verbintenis tot het geven van eigendomsgenot, maar werkelijke eigendomsbevoegdheden zijn afgestaan. Een zakelijk recht is verkregen, dat de overheid tegen ieder kan handhaven. Schrijver noemt dit het „zakelijk recht van openbaren weg", blz. 79.

Na in 't kort zijn opvatting — waarbij hij zich bij de meeste onzer rechtsgeleerden aansluit — dat ons burgerlijk recht de scheiding tusschen publiek domein en privaat eigendom, in tegenstelling met den Code Civil, niet kent, te hebben toegelicht, zoodat zaken ten algemeenen nutte bestemd kunnen toebehooren aan een publiekrechtelijk lichaam in gewonen eigendom, komt hij tot de leer, dat evenmin een tegenstelling kan worden gemaakt tusschen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zakelijke rechten.

Zijn nu de voorschriften van ons B. W. een hinderpaal

voor het verkrijgen van het zakelijk recht van openbaren weg?

Hierbij bespreekt schrijver de vraag, door Prof. MEIJERS behandeld in 't Rechtsgel. Magazijn 1907, blz. 271 vlg., of ook nu nog andere dan in het B. W. genoemde zakelijke rechten kunnen worden gevestigd.

Schrijver meent in het geschil over het beantwoorden van deze vraag niet genoodzaakt te zijn partij te kiezen, omdat het B. W. het bestaan van openbare wegen ondubbelzinnig erkent, getuigen artt. 700, 715, 720, blz. 108/109.

Zij verkeeren in denzelfden toestand als de stichtingen. Onze wetgever veronderstelt daarvan bestaan maar bleef in gebreke de wijze van haar ontstaan te regelen. Thans is men het vrij algemeen er over eens, dat stichtingen nog steeds kunnen worden in het leven geroepen.

Het wil mij toeschijnen, dat dit betoog wel wat zwak is. Daargelaten dat uit niets blijkt, dat de wetgever in de genoemde artikelen ook de openbare wegen op particulieren grond op het oog heeft, mag de vraag worden gedaan, of ons B. W. door van openbare wegen te spreken den last van openbaren weg daardoor al onder de zakelijke rechten rangschikt. Dat de wegen op den ligger worden geplaatst en het recht op deze wijze door inschrijving is gevestigd — waarmede schrijver kennelijk een bezwaar van Prof. MEIJERS, Rechtsgel. Magazijn 1907, blz. 296, wil weerleggen — zou ik durven betwijfelen. Onze wet bedoelt met de overschrijving van den titel van aankomst „in de daartoe bestemde openbare registers", artt. 671, 743, 760, 767, 784, 807 B. W., dunkt mij iets anders.

Volgens schrijver kan de overeenkomst tusschen eigenaar en publiekrechtelijk lichaam uitdrukkelijk of stilzwijgend worden aangegaan. Als voorbeeld van een stilzwijgend aangegane overeenkomst wordt het geval genoemd, dat de eigenaar niet alleen overheidsbemoeiingen op zijn grond

toelaat, maar ook aan voorschriften van de overheid, met betrekking tot onderhoud, verharding enz., gehoor geeft. Van haar kant geeft de overheid dan stilzwijgend te kennen, dat zij de prijsgegeven eigendomsbevoegdheden aanvaardt door den weg op den ligger te brengen en zich de zorg daarover aan te trekken.

Het recht is onroerend en vatbaar voor bezit. Het kan dus ook door verjaring worden verkregen.

Daar het geen erfdienstbaarheid is, bij gebreke van een heerschend en een lijdend erf, staan de artt. 593 en 746 B. W. aan deze verkrijging niet in den weg. Voor analogische toepassing van deze artikelen ontbreekt alle grond, blz. 113.

Ondubbelzinnig heeft, volgens schrijver, de H. R. uitgemaakt, dat een zakelijk recht van openbaren weg nog in den tegenwoordigen tijd kan ontstaan, arr. 18 April 1902, W. 7756 en 28 Nov. 1913, W. 9574 (1). Bij het laatste

(1) Door Prof. Mr. SUYLING wordt op blz. 170 vlg. van jaargang 1916, no. 2, van dit Tijdschrift betoogd, dat de H. R. terug is gekomen op zijn in het arr. van 18 April 1902, W. 7756, verkondigde leer, dat het recht om een openbaren weg te hebben op eens anders grond een gewoon zakelijk recht is, al moge het niet in het B. W. zijn geregeld. De H. R. zou toch in zijn arr. van 28 November 1913, W. 9574, met de uitdrukking «zakelijk recht» niet meer bedoeld hebben dan de overheidsmacht, die het wegenrecht aan de openbare autoriteit met betrekking tot publieke wegen toekent. Dit zou vooral gebleken zijn bij de arr. van 9 Februari 1914, W. 9624 en 15 Januari 1915, W. 9803, waarbij de H. R. de toepasselijkheid van het privaatrecht op het zoogenaamde zakelijk recht afwees. Evenmin als Prof. Mr. MEIJERS — zie zijn aanteekening in W. 9574 — heb ik dit in het arrest van 1913 kunnen lezen. Immers het arrest spreekt van «een aan de gemeente (Heemskerk) toekomend zakelijk recht van openbaren weg, waardoor ook de aan eischer in cassatie toebehoorende grond gedeeltelijk aan de heerschappij van de gemeente wordt onderworpen" en zegt verder, «dat de gemeente het recht verkreeg om op dien grond te hebben en te houden een recht van openbaren weg,

arrest werd de cassatie verworpen van een arrest van het Hof te Amsterdam van 10 Januari 1913, W. 9502, over het „Schoolpad" in de gemeente Heemskerk. Het Hof overwoog: „dat het recht van openbaren weg, al is het in het B. W. niet geregeld, niettemin naar heerschende, ook door het Hof aanvaarde, begrippen in elk bijzonder geval kan worden aangenomen als drie vereischten samenvallen t. w.: 1°. dat de grond, waarop het recht rust, door den daartoe gerechtigde ten dienste van het publiek voor openbaar verkeer is bestemd, welke bestemming zal kunnen blijken uit een door opgevolgde eigenaren verleende, zij het later slechts uit zijdelingsche gegevens te onderkennen, toestemming; 2°. dat het publiek van den weg feitelijk dat gebruik maakt; 3°. dat het openbaar gezag zich die bestemming heeft aangetrokken door het stellen van verordeningen, drijven van schouw, zorgen voor onderhoud, toezicht of anderszins".

De H. R., die het beroep in cassatie tegen dit arrest

welk recht in de eerste plaats die gemeente ten goede komt en dus een bestanddeel van haar vermogen uitmaakt, waaraan waarde is toe te kennen". Wanneer men voorts leest, dat uit de omstandigheid, dat het B. W. zoodanig recht niet uitdrukkelijk erkent, niet kan worden afgeleid, «dat er behalve in het B. W. opgenoemde, geen andere zakelijke rechten bestaan», kan m. i. bezwaarlijk worden aangenomen, dat de H. R. iets anders dan een gewoon zakelijk recht op het oog had. Ook zie ik niet in dat de H. R. in zijn arresten van 1914 en 1915 de toepasselijkheid van het privaatrecht afwees.

Het wil mij voorkomen, dat Prof. S. te weinig in het oog houdt, dat laatstbedoelde arresten door de Kamer voor Strafzaken zijn gewezen en het privaatrecht daar minder op den voorgrond kwam, terwijl de arresten van 1902 en 1913 van de Kamer voor Burgerlijke Zaken afkomstig zijn. Het is niet onwaarschijnlijk — al moge het niet ondubbelzinnig blijken — dat beide Kamers, ten aanzien van de rechtskundige waardeering van het bestemmen van een strook grond door den eigenaar tot openbaren weg, niet in elk opzicht ééne lijn trekken.

verwierp, overwoog, dat bij de daartegen opgeworpen grief werd verward het zakelijk recht van openbaren weg met de gelegenheid, die het publiek heeft, om als openbaren weg te gebruiken een stuk grond, dat door den eigenaar daarvan tot openbaren weg is bestemd. Door het zakelijk recht werd de grond gedeeltelijk aan de heerschappij van de gemeente onderworpen. Het recht van den eigenaar, om vrijelijk over den grond te beschikken en dus de bestemming daarvan tot openbaren weg te doen ophouden, was thans beperkt, doordien hij de bestemming niet meer kon opheffen.

Schrijver wijdt aan deze uitspraken een uitvoerige bespreking en bestrijdt daarbij de meening van het Weekbl. van de Burgerl. Admin. no. 3371, hetwelk dit recht onbegrijpelijk noemt. „Het publiekrechtelijk lichaam heeft in zijne qualiteit van rechtspersoon, van vermogenssubject, eigendomsbevoegdheden op den ondergrond van den weg", zegt schrijver, „in zijn qualiteit van overheid voert het over den weg een publiekrechtelijk beheer."

Of het schrijver gelukt is de zaak geheel tot klaarheid te brengen, zou ik durven betwijfelen. De vraag mag, dunkt mij, worden gedaan of de z. g. n. uitoefening der eigendomsbevoegdheden hier niet enkel bestaat in het het drijven van schouw, houden van toezicht op het onderhoud, kortom in het verrichten van dergelijke werkzaamheden van publiekrechtelijken aard.

De onderhoudsplicht, steunende op den ligger, blijft immers bij deze wegen in den regel op den eigenaar van den grond rusten, en ook het recht om de vruchten, die de weg nog oplevert, bv. het gras op de bermen, te trekken, wordt hem niet ontnomen.

Nog zegt schrijver, blz. 125, dat de inhoud van het recht is: „de bevoegdheid om andermans grond door een ieder als verkeersweg te doen gebruiken". Dat nu

alle nevelen, die dit recht omzweven, zijn weggevaagd, zou ik ongaarne beweren. Er blijft omtrent dit punt nog veel duisters over, waardoor het moeilijk wordt tot een bevredigende oplossing te komen (1).

Verder betoogt schrijver, dat het twijfelachtig is of een particulier voor zich een zakelijk recht van voor ieder toegankelijken weg kan bedingen, blz. 130. Het schijnt, dat hij de vraag niet bevestigend durft beantwoorden. Moet het antwoord ontkennend luiden, zoodat het recht alleen een publiekrechtelijk lichaam kan toekomen, dan hebben wij hier toch een zakelijk recht van zeer bijzonderen aard (2).

Schrijver eindigt zijn proefschrift met de omschrijving van een regeling van het onderwerp, welke hem gewenscht voorkomt.

Zij komt in 't kort hierop neer.

Niet toegelaten zij, dat een particulier grondeigenaar op eigen gezag een openbaren weg in het leven roept.

Een publiekrechtelijk lichaam zij bevoegd elken weg als openbaar te beschouwen, die gedurende 30 jaren door het publiek is gebruikt, zonder dat de eigenaar heeft kenbaar gemaakt, dat hij de openbaarheid niet wil.

---

(1) Prof. Mr. SUYLING acht, t. a. p. blz. 179 vlg., «de groote kwestie van de localisatie van den zakelijken last van openbaren weg in het privaatrechtelijk systeem» onoplosbaar en is van oordeel, dat alle macht, waarover de administratieve organen met betrekking tot openbare wegen beschikken, eenvoudig bestaat uit de overheidsmacht, die zij, overeenkomstig de voorschriften van het wegenrecht, elk voor zijn deel uitoefenen. Ik zou deze opvatting willen beamen.

(2) Prof. Mr. MEIJERS heeft kennelijk, blijkens zijn aanteekening bij het arrest van den H. R. in W. 9574, tegen zoodanig zakelijk recht «van algemeen nut» geen bedenking, maar is van oordeel, dat het, als ten eenenmale in ons B. W. onbekend, thans niet meer kan worden gevestigd.

Nog worde bepaald, dat een particuliere weg openbaar wordt, indien het openbaar gezag gedurende zekeren termijn, die korter kan zijn dan 30 jaren, zonder verzet van den eigenaar, zich de zorg over den weg heeft aangetrokken, tenzij de eigenaar te kennen geeft, dat hij de beschikking over zijn weg niet wenscht prijs te geven.

De weg verlieze zijn openbaar karakter, indien hij gedurende 30 jaren niet door het publiek is gebruikt of het openbaar gezag verklaart den weg niet meer als openbaar te beschouwen.

Eindelijk worde aan een publiekrechtelijk lichaam, dat een openbaren weg wil leggen over particulieren grond, de macht gegeven den ondergrond voor den weg te onteigenen. Een Koninklijk Besluit of een besluit van het publiekrechtelijk lichaam, goedgekeurd door de Kroon, zij hiervoor voldoende.

Nadat nog enkele woorden zijn gewijd over de bewijskracht van de liggers, welke bewijskracht schrijver wil uitbreiden, eindigt hij met den wensch, dat de Staatscommissie van 21 April 1892, tot voorbereiding van de wettelijke regeling van het waterstaatsbestuur, die zich met de voorbereiding van een Wegenwet bezighoudt, aan zijne beschouwingen eenige aandacht moge schenken, welken wensch ik gaarne onderschrijf.

Ik mag deze bespreking niet eindigen alvorens een woord van lof uit te spreken voor de heldere wijze, waarop schrijver het lastige onderwerp grondig heeft behandeld. Zijn eerste pennevrucht, welke zoo goede hoedanigheden heeft, verdient niet geheel onopgemerkt te blijven. Hij moge het bij dit geschrift niet laten.

's-Gravenhage, Juni 1916.

H. Hesse.

Het belang van het Latijn als rechtstaal voor den Nederlandschen jurist. Academisch proefschrift van S. K. DE WAARD. — Groningen 1916.

„Van de rechtsgeleerden onzer dagen schijnt wel Prof. Mr. H. L. DRUCKER het meest tegen gebruik van Latijn in vonnissen gekant", meent de schrijver van het proefschrift (blz. 111), dat in de volgende bladzijden zal worden aangekondigd. Die omstandigheid deed den schrijver kennelijk van het werk der in 1912 door de Nederlandsche Juristenvereeniging benoemde rechtstaalcommissie, omdat Mr. DRUCKER haar voorzitter is, niet veel goeds verwachten, zoodat het hem geraden leek den vijand vóór te zijn en maar vast met den aanval te beginnen. Want de heer DE WAARD is tegen gebruik van Latijn niet gekant en de strekking van zijn proefschrift is, dat Latijn tegen te verwachten aanvallen te verdedigen.

Het proefschrift moge lof verdienen voor den ijver daaraan besteed, waarde hebben door de gegevens die het bevat, naar den inhoud is het een mislukking en naar de strekking in die mate af te keuren, dat het mij verheugd zou hebben, indien het ongeschreven was gebleven. Dit oordeel is scherp; het moet dit zijn, omdat de strekking van het boek gevaarlijk is. Want hoe voorzichtig gesteld, de raad — den lezer meegegeven — is ten slotte geen andere dan: als het U makkelijker is, gebruik dan Latijn. Een beroep op 's menschen gemakszucht pleegt zijn uitwerking zelden te missen. De schrijver is dus niet dom wanneer hij ook hier van dergelijk beroep

heil verwacht. Een ernstig verzet mag daartegen niet achterwege blijven.

Gaan wij, ten einde de gronden voor het hier gegeven oordeel te ontwikkelen, den inhoud van het proefschrift na. Terwille van het belang der zaak, moge eenige uitvoerigheid daarbij geoorloofd zijn.

Het eerste hoofdstuk vestigt de aandacht op „het oorspronkelijk Latijn als ter kennisneming der Romeinschrechtelijke begrippen aangewezen taal", het tweede schetst „het Latijn der Romeinsche juristen" en geeft daarvan een „korte karakteristiek", het derde gaat ten slotte na „de beteekenis der Latijnsche voor de hedendaagsche Nederlandsche rechtstaal".

De schrijver bespreekt in het kort de steeds ietwat prikkelende vraag, waarom ten onzent aan het Romeinsche recht als studievak een belangrijke plaats mag worden ingeruimd. Ziehier zijn meening: „dat nu zeer vele belangrijke begrippen, waarmede de beoefenaar van het Nederlandsche recht te doen krijgt, in het Romeinsche het eerst tot leven kwamen, is mijns inziens de voornaamste reden, waarom hij hieraan bij zijn voorbereidende studie de aandacht te schenken heeft" (blz. 9). Tegen die beschouwing op zich zelf valt weinig te zeggen, mits zij niet dient tot inleiding om bij de voorbereidende studie voor het Romeinsche recht *uitsluitend* de aandacht te vragen, want volmaakt dezelfde beschouwing ware — al geschiedt het zelden — met evenveel recht voor nog ander dan het Romeinsche recht te geven. Ook zeer vele belangrijke begrippen, waarmede de beoefenaar van het Nederlandsche recht te doen krijgt, kwamen het eerst tot leven *buiten* het Romeinsche recht. Dat het laatste en daarmede de Latijnsche rechtstaal dus eenige aanspraak heeft boven een ander recht en de daarbij behoorende

rechtstaal, is door des schrijvers beschouwing geenszins aannemelijk gemaakt. Niet dat hij dit met zooveel woorden zegt of te verstaan geeft, — maar ter voorkoming van eenzijdigheid worde het hier onmiddellijk opgemerkt, en op den voorgrond gesteld ter juiste beoordeeling van het vraagstuk, dat het proefschrift ter sprake brengt.

Op verschillende plaatsen in het boek wordt er met nadruk op gewezen, dat voor een behoorlijke studie van het Romeinsche recht noodig is de studie der bronnen in de oorspronkelijke taal. De voorbereidende studie eischt dus, dat de aandacht wordt geschonken aan het Romeinsche recht in het Latijn. Taal en gedachte zijn — zooals de schrijver ons mededeelt — in werkelijkheid één, nooit kan in twee talen volkomen dezelfde gedachte worden uitgedrukt (blz. 11). Vertalingen onderscheiden zich steeds van het oorspronkelijk (blz. 36); de „eenige zuivere kennisneming der Romeinschrechtelijke begrippen geschiedt door kennisneming van hun eigen taal, van het oorspronkelijk Latijn" (blz. 40). De Latijnsche rechtstaal is — naar schrijvers meening — in veel opzichten onovertroffen, treft vaak reeds bij den eersten aanblik door kortheid en eenvoud, kenmerkt zich veelal door rhythmischen gang, terwijl „het dichterlijk enthousiasme" (blz. 31) den rechtscheppenden Romein onsterfelijk maakte. De schrijver wijst als onmiskenbaar rhythmisch op PAULUS' omschrijving van usus fructus: „Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia". Voegen wij er bij, dat de omschrijving in art. 803 van het Burgerlijk Wetboek zoo vele en belangrijke fouten heeft, dat zij den schrijver „niet zal ophouden" (blz. 17).

Wij hebben tegen deze bewondering in het algemeen geen bezwaar, deelen haar gaarne en zijn het eens met het slot van het betoog: voor het Romeinsche recht is het Latijn onmisbaar en kan geen vertaling dienen.

In het tweede hoofdstuk wordt die taal nader onderzocht. Opnieuw wordt uiteengezet, dat men een nauw verband mag aannemen tusschen de taal en andere geestelijke uitingen van een volk. „Zoo kan men ook de Latijnsche taal en het Romeinsche recht niet als twee van elkaar onafhankelijke grootheden beschouwen" (blz. 43). Volkomen juist. Zou soms niet voor iedere taal en ieder recht ditzelfde gelden? Jammer is alleen, dat de schrijver niet bespeurt, dat hij daarmede zijn pleit reeds gaat verliezen. Zijn aanbeveling van de Latijnsche rechtstaal, als voorbeeld voor de hedendaagsche Nederlandsche rechtstaal, gevolgd, verscheurt juist dat nauwe verband tusschen taal en andere geestelijke uitingen van een volk; de Latijnsche taal wordt dan als onafhankelijke grootheid van het Romeinsche recht juist wèl gescheiden. Tenzij de schrijver aantoonde — en alléén dàn had hij zijn pleit gewonnen — dat wij thans onder Romeinsch recht leven. Maar dat doen wij niet en zullen wij — gelukkig — steeds minder doen.

Beschouwen wij intusschen — het laatste voorloopig ter zijde latend, om er hieronder nog op terug te komen — nader wat voor het Romeinsche recht en het Latijn, als daarbij behoorend, werd opgemerkt. Men zou kunnen vragen: is het noodig te bewijzen dat deze niet twee van elkaar onafhankelijke grootheden zijn, en dat de Latijnsche rechtstaal in menig opzicht bewondering wekt? Heeft ooit iemand dat betwijfeld, en was niet de groote bekoring, die van het vreemde recht uitging, juist in den *vorm* — zooals het tot ons kwam — een der grootste redenen, zoo niet *de* grootste, van zijn snel-wassenden invloed, en is niet die bekoring van het uiterlijk schoon de verklaring van de moeite, die het kost, zich van het vreemde los te maken?

Maar — en daarop komt het aan — is de moraal van

het stuk (neem, O Nederlandsch rechtsgeleerde, die taal tot voorbeeld) daardoor gerechtvaardigd? Dit is de allesbeheerschende vraag, en die mag en moet ontkennend worden beantwoord.

Het Romeinsche recht met de Latijnsche rechtstaal vormde een wonderschoon geheel; de „doode" taal „leeft" hier werkelijk. Het eenige echter, wat dit ons leert, is: dat het Romeinsche recht, dat in het volk leefde, daar waar het beschreven werd op voortreffelijke wijze is beschreven. Juist *omdat* het in en met het volk leefde. Dit is begrijpelijk en niets bijzonders, en geen eigenaardigheid van het Romeinsche recht alléén. Ware de schrijver minder eenzijdig te werk gegaan, hij zou hetzelfde voor ieder recht hebben kunnen waarnemen. Voor het Duitsche is het aangetoond door Grimm, Heusler, Schröder, Gierke, Von Amira; voor het Nederlandsche zou hetzelfde gebleken zijn, indien de schrijver ook daaraan zijn aandacht had willen wijden. Hij vergelijkt den bloei van Romeinsch volksrecht met het tegenwoordig Nederlandsche, zooals het beschreven is in ons op-vreemde-leest-geschoeid Wetboek, nadat door het indringen van vreemde gedachten tusschen volk en recht een kloof ontstaan is, die steeds dieper werd. En na die vergelijking wijst men ons er op, dat de taal van het eerste rijker en schooner is dan die van het laatste! En het eerste moet dan voor het laatste een voorbeeld zijn! Denkt men werkelijk, dat op die wijze de genezing van het kwaad te vinden is?

Dit zeer ernstig gebrek van het proefschrift — het voortborduren op een betoog over het Latijn in verband met Romeinsch recht, dat op volmaakt dezelfde wijze over het Nederlandsch in verband met ons eigen inheemsch recht te leveren ware — vormt de grief, die het — althans voor mij — zijn waarde ontneemt en

als onvruchtbare eenzijdigheid doet beschouwen. Dit gebrek kan uit den aard der zaak hier, omdat een aankondiging een beperkte ruimte heeft, niet worden aangevuld. Toch moge het groote goed dat in gevaar gebracht is — onze eigen rechtstaal — rechtvaardiging zijn voor het opnemen te dezer plaatse van enkele opmerkingen.

De bloeitijd van ons inheemsche recht valt in de veertiende en vijftiende eeuw. Het is ten eenenmale onjuist, zooals vaak geschiedt, zich voor te stellen, dat het gewestelijke en plaatselijke voor het algemeene geen ruimte liet. Stellig heerschte groote rechtsverscheidenheid, maar voor recht en rechtstaal gold gelijkelijk: dat bij veel verschil veel gemeenschappelijks overbleef. Het bestaan van een eigen Nederlandsche rechtstaal komt voor hem, die haar eenmaal speurde, steeds duidelijker aan het licht. Die taal was rijk en gezond, omdat zij recht tot uiting bracht dat in het volk leefde; zij behield die eigenschappen zoolang de samenhang bleef, en verloor ze toen volk en recht uiteenging, doordat vreemd recht daartusschen werd gedrongen.

De Oud-Nederlandsche rechtstaal had aan „rhythmische cadans" — door den schrijver in het rechtslatijn terecht bewonderd — aan kernachtige, teekenende uitdrukkingen, aan eind- en stafrijm geen minderen rijkdom. Maar men ontdekt het niet, zoo men meent te kunnen volstaan met kennisneming van de begrippen, die in het Romeinsche recht tot leven kwamen, en altijd maar bij voorbereidende studie voor dit recht de aandacht vraagt. De schoonheden van een recht treffen niet vóór men van dat recht gelieft kennis te nemen.

Gaan wij thans daarvan tenminste iets mededeelen.

Men kan in onze oude rechtstaal bewonderen den zin voor werkelijkheid, de daardoor ingegeven teekenende

uitdrukkingen. Het thans nog in ons Wetboek voorkomend „aard- of nagelvast" is van zuiver Germaanschen oorsprong; men vindt het in het stadrecht van Goslar en in tal van Nederlandsche bronnen. — Een andere wending, nog in den volksmond levend, en aan onze oude bronnen ontleend, is de gift „met de warme hand" (o.a. voorkomend in het Leidsche recht). — Wij herinneren verder aan de ook voor ons tegenwoordig recht zoo belangrijke „gezamende hand", beeldrijke uitdrukking voor een instelling van onbetwistbaar inheemschen oorsprong. — En deze enkele voorbeelden zijn te vermeerderen met zooveel men wil.

Stafrijm treft ons in alle bronnen; slechts enkele voorbeelden worden hier vermeld: huis en hof; huizen of hoven; blauw of bloedig; lief of leed; lusten en lasten; geld of goed; in (bij) levenden lijve; willens en wetens; schade en schuld; ban en boete, enz — Roerende goederen worden aangeduid — en zie hier een tallooze malen en over ons geheele land gebruikte omschrijving — als goederen die men „drijven of dragen", „dragen of drijven" kan, als „drijvende en dragende" goederen. Heerlijk goed wordt in verschillende rechten omschreven als goed „hebbende heer en hoof". — In Gelderland wordt strafbaar gesteld: „die syn eeck met eken banden bint". Hier niet alleen dubbel stafrijm, maar rhythmische cadans, als ware een dichter aan het woord.

Tautologie is een zeer veel voorkomend verschijnsel in onze rechtstaal. „Vast en stade" is een wending, die men regelmatig ontmoet. Wijzen wij nog op enkele gebruikelijke tautologieën: nut en profijt; gift of gave. Men mag ten aanzien van „tautologische constructies" dus terecht opmerken, dat zij zijn „een nationale eigenaardigheid, uitvloeisel van onze sterke perseveratietendenz, en niet uit de Nederlandsche taal te weren" (blz. 100).

Als voorbeelden van eindrijm kan men noemen de herhaaldelijk in onze inheemsche rechtstaal voorkomende: naam en faam; raad en daad; goed en bloed; houw en trouw.

Men begrijpe wèl wat de bedoeling is. De wijze waarop het recht door onze vaderen werd beschreven, wekt niet steeds en overal onze bewondering. Niemand zal er aan denken thans den wetgever een middeleeuwsch keurboek of een verzameling dorpscostumen als voorbeeld ter navolging te stellen. En wij betwisten evenmin, dat men maar al te dikwijls omslachtige, onbeholpen wijzen van uitdrukken vindt, dat lange zinnen worden gebruikt, noodelooze omhaal van woorden tot onduidelijkheid leidde. Maar dit wijst op stijlgebreken in de eerste plaats, niet op gebreken der rechtstaal. Naar den stijl staat stellig het Romeinsch juristenrecht boven ons Germaansch burgers-en-boerenrecht; er behoeft geen boek geschreven om ons dit te leeren. Misschien op zich zelf de taal ook. Dit was dan voor den Romein een gelukkige omstandigheid, maar zij ons, die geen Romeinen doch Nederlanders zijn, geen reden nu maar Latijn te gebruiken. Waarop het ten deze aankomt is, dat onze oude eigen rechtstaal een woordenschat bezit die haar de gegevens doet hebben om tot *voorbeeld* te dienen. Een woordenschat, die voor een zeer groot deel niet afgestorven is en dus niet verloren behoeft te zijn, mits hier spoedig met liefde wordt gekweekt. Noodig is slechts verfijning en vervolmaking, zoodat van het eenvoudig volksrecht — voor zoover het niet meer is van dezen tijd — gemaakt wordt een juristenrecht in den goeden zin, als in Rome, niet in den kwaden zin zooals bij ons geschiedde door klakkeloos overnemen van wat vreemd was en vreemd bleef. Men mag dan tegen de gebreken waarschuwen — het zijn die van

jeugd en, door belemmering, onvolgroeid zijn van stijl — maar men moet, om de bestaande klove tusschen volk en recht te helpen dempen, er tevens *als voorbeeld* naar wijzen. HANS FEHR schrijft in zijn schoone studie, die hij wijdde aan het recht der wijsdommen, zoo terecht: „Die Brücke zwischen Volk und Recht kann nur geschlagen werden durch die Sprache. An der Sprache der Weistümer können wir vieles lernen. Und wer denn heute die weite Kluft zwischen Volk und Recht bedauert, der mag mit Freude und zugleich mit Schmerz in die Ausdrucksweise unserer ländlichen Rechtsquellen hineinschauen. Seien uns die Weistümer Warnung und Vorbild zugleich!" (Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, blz. X).

Dit voorbeeld lijkt mij voor de rechtstaal van den Nederlandschen jurist meer voor de hand te liggen dan de taal der Romeinsche juristen. Daarover moge in verband met den inhoud van het derde hoofdstuk van het hier besproken proefschrift nog een enkele opmerking worden gemaakt.

De schrijver werpt de vraag op wat men onder *rechtstaal* te verstaan heeft. Een vaste grens valt hier — zooals hij terecht opmerkt — niet te trekken. Overal waar bepaalde rechtsverhoudingen onder woorden zijn gebracht, zou hij van rechtstaal willen spreken (blz. 89) De schrijver beperkt zich tot de taal van wetten en vonnissen; rechtsgeleerde boeken en verhandelingen zou men echter — naar mij voorkomt — zonder bezwaar veelal mede in de beschouwingen kunnen betrekken. Algemeen gebruikelijke handboeken, en vooral studieboeken, oefenen ongetwijfeld een grooten invloed op de taal van den jurist.

Er volgt in schrijvers betoog (blz. 89—107) een aantal beschouwingen over onze wetstaal, waarin op gebreken

gewezen wordt en middelen tot bestrijding der kwaal aangeroerd worden, eindigend met enkele opmerkingen over het werk van den taalkundige-rechtsgeleerde Mr. Jacob Israël de Haan. En dan is de vraag gesteld: „Kunnen taal en stijl der Romeinsche juristen hier niet in menig opzicht ten voorbeeld strekken?"

Wij vinden er op gewezen, dat een rij van rechts- en taalkunstenaars als bij de Romeinen, slechts daar voorkomen kan, waar, als bij hen, het recht diep in den volksgeest wortelt. Ten onzent is dit niet het geval. Wat dus aan het rechts-Latijn kracht en leven gaf, kan door den Nederlandschen wetgever niet worden nagestreefd.

Maar de wijze van behandeling der Romeinen verdient de volle belangstelling van elken jurist, die op de redactie der wetten invloed oefent. Datgene in de Latijnsche rechtstaal, wat met vrucht kan worden nagevolgd, zal voor hem te aannemelijker zijn, nu de grondslagen zijner eigen studie voor een groot deel in het Romeinsche recht liggen. De beteekenis van het rechts-Latijn voor de Nederlandsche wetgeving is dus in de eerste plaats die van een voorbeeld. De taal der Romeinsche juristen heeft zich in de Nederlandsche vonnissen rechtstreeks doen gelden. Een aantal Latijnsche — of op Latijn lijkende — termen, bij de rechtspraak gebruikelijk, moesten voorgoed worden afgeschaft. Veelal moet ook op het gebruiken van Latijnsche regels aanmerking worden gemaakt. Allerminst mag echter den rechter een verwijt worden gemaakt van het gebruik der Latijnsche taal zoo dikwijls een Latijnsche regel, in feitelijke strekking met het geldende recht overeenkomende, bij den rechtskundigen lezer een veel juister, begrijpelijker, duurzamer voorstelling te weeg brengt dan er zonder dien mogelijk zou zijn. Misschien is dit het geval met de in vonnissen voorkomende uitspraken: in fraudem legis facit, qui salvis verbis legis sententiam

eius circumvenit, — en: quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire. Doch voornamelijk waar het vele op zich zelf staande Latijnsche rechtswoorden betreft, is het onwenschelijk en ook onwaarschijnlijk, dat verdietschingspogingen slagen. En gesteld al haar mogelijkheid, een absolute verbanning van het Latijn uit onze rechtstaal zou allerminst te wenschen zijn. Indien algemeene verstaanbaarheid en zuiverheid van uitdrukking onvereenigbaar waren, zou de rechter nog slechts daar, waar de wet geen rechtsgeleerden bijstand voorschrijft, de voorkeur aan de eerste moeten geven. In de gevallen, waarin de wet dien bijstand wel verlangt, moest hij echter zonder aarzelen de laatste verkiezen. Want dan heeft ieder procedeerende gelegenheid zich onmiddellijk den uitleg, dien hij behoeft, te verschaffen. Doch zoo hachelijk alternatief is den rechter niet gesteld. Meent hij zijn bedoeling het best in een vreemde taal te kunnen uitdrukken, niets behoeft hem hiervan te weerhouden; steeds kan hij de minder juiste, doch algemeen begrijpelijke Nederlandsche omschrijving er bij voegen. Zoo mag ook het lofwaardig streven om zijn uitspraken voor iederen burger verstaanbaar te maken niet medebrengen, dat hij zou afzien van termen afkomstig uit de beste rechtstaal, die ons bekend is, uit het Latijn der Romeinsche juristen.

Ziehier schrijvers meening, beknopt en zooveel mogelijk in zijn eigen woorden, weergegeven. Dat zij met de mijne zich niet dekt, kan uit het voorgaande worden afgeleid.

Het slot, dat het zoeken naar iets pakkends verraadt, kan wel niet ernstig gemeend zijn. Alléén voor de vonnissen van den kantonrechter zou algemeene verstaanbaarheid éérste eisch zijn! De mededeeling, dat de schrijver deze opmerking aan zijn Promotor dankt, mag mij niet weerhouden daartegenover te stellen, dat algemeene

verstaanbaarheid éérste en gebiedende eisch moet zijn voor ieder vonnis in Nederland door Nederlandschen rechter gewezen. Zoo de Nederlandsche rechter zich niet in staat voelt zijn beslissing wat in Nederland recht is tusschen Nederlanders te bewoorden in het Nederlandsch, welnu: dan trede hij af. Als hij zijn bedoeling beter in een vreemde taal kan uitdrukken, heeft zelfrespect hem daarvan te weerhouden of worde hij rechter in het land waar die vreemde taal gesproken wordt. Straks zal, zich op dit proefschrift beroepend, een mijner kennissen — die een Engelsche vrouw trouwde en in de liefde voor zijn vrouw geheel is opgegaan — ons een Engelsch vonnis voorzetten. Zelfs loopt, wie de woorden erfdienstbaarheid, erfpachtsrecht, opstalrecht boven servitus, emphyteusis, superficies verkiest, gevaar zich door dezen schrijver verdacht te zien van chauvinisme (zie blz. 34).

Voor de hand ligt, dunkt mij, hier de vraag of *onze* erfdienstbaarheid een Romeinsch servitus is. Of bijgeval *ons* erfpachtsrecht een Grieksche emphyteusis bleef; of voor *ons* recht van opstal de regelen gelden, waardoor de Romeinsche superficies werd beheerscht. Zoolang dat niet is aangetoond — en wie zal daarvan den bewijslast aanvaarden? — is het niet alleen onwenschelijk hier het vreemde woord te gebruiken, doch bepaald ongeoorloofd. Dit is wel zoo duidelijk, dat het geen nader betoog behoeft. De schrijver noemt een vonnis der Rechtbank te Dordrecht, waarin wordt overwogen: „dat verbruikleening, het mutuum, alzoo is een unilateraal contract", en deelt mede dat het voor hem vast staat, dat de toevoeging van het woord mutuum waarlijk een verduidelijking mag heeten (blz. 118). Het rechtsbegrip, waaronder wij hier leven, is Romeinsch, zegt de heer De Waard. Misschien is het zoo; wij kunnen dan zeggen, dat het rechtsbegrip, waaronder wij leven, vroeger in

Rome mutuum, maar thans in Nederland verbruikleening heet, en *daarom* thans zoo genoemd *moet* worden. Uit dit voorbeeld blijkt, naar mij toeschijnt, hoe de schrijver zich aan het Nederlandsche recht *vergrijpt*, hoe het niet alléén een vraag van taal is, maar een poging gaat worden tot voorbereiding van een tweede „receptie" van Romeinsch recht. Wij moeten maar vast met het Latijnsche woord beginnen, het Romeinsche begrip volgt dan wel. In plaats van eindelijke vrijmaking van het opgedrongen vreemde recht, zal dit ons blijven beheerschen in lengte van dagen. Ik mag herhalen : wij hebben het gebied van de rechtstaal verlaten, en dat van den inhoud van het recht betreden. Dus is het de diepere vraag geworden of wij langs den weg der taal het Romeinsche recht maar weer zullen inhalen. Voor die vraag plaatst de schrijver ons ; dit te ontkennen kàn hem niet gelukken. Leert niet de geschiedenis der „receptie" ons, dat overal eerst een Latijnsche naam en daarna een Romeinsch begrip kwam. Laat ik daarvan als één voorbeeld noemen de „exceptie". De onderscheiding tusschen antwoord en exceptie was in ons oude recht anders dan in het Romeinsche ; men kan uit onze bronnen duidelijk de ontwikkeling nagaan hoe voor de Germaansche onderscheiding eerst Latijnsche benamingen gebruikt worden, daarna het Romeinsche begrip ingang vond.

Het is niet de bedoeling hier in deze aankondiging een bestrijding te geven van een wederinvoering van Romeinsch recht ; alvorens dit aan te bevelen leze de schrijver eens Duguit's boek : Les Transformations générales du Droit civil depuis le Code Napoléon. Waarop het aankomt is : vast te stellen dat de Latijnsche rechtstaal, tot voorbeeld genomen en gebruikt, onherroepelijk de weg is waarlangs het Romeinsche begrip zal volgen. Dit op zich zelf is een reden het Latijn te mijden. Andere

redenen daarvoor zijn in het voorgaande reeds aangevoerd, en behoeven hier slechts een herinnering: het nauw verband tusschen taal en andere geestelijke uitingen van het volk eischt, dat men zijn voorbeeld kiest in eigen volksrecht, niet in recht uit den vreemde; gepaste eerbied voor zich zelf leidt tot weigering om bij een ander leentjebuur te spelen; zoolang het recht niet algemeen verstaanbaar is, kan het nimmer in den volksgeest leven.

Ten slotte: het Latijn *kan* overal en altijd vermeden worden; òf er is een passend Nederlandsch woord òf men heeft het te maken. Maar zuiverheid van taal in dit opzicht kost soms inspanning. Dit moet — zooals uit des schrijvers inleiding blijkt — dan ook juist vermeden worden. De moeilijkheden van het doctoraal-examen in de rechten gaven den schrijver te denken en leidden tot overwegingen van geheel practischen aard (blz. 4). Ik zou den schrijver willen vragen: mogen het overwegingen zijn van gemakszucht en van geheel practischen aard, die de vraag beheerschen hoe men spreken en schrijven zal, of is ook de taal een kunstwerk. Wie zijn taal liefheeft, dankt voor wat hier wordt voorgesteld. Mijn grief tegen dit proefschrift is, dat het met des schrijvers liefde voor zijn taal niet in orde is. De opmerking moet mij van het hart. Hij zou anders niet het betoog gehouden hebben dat het Latijn „*als* rechtstaal" (de titel spreekt niet eens meer van *voorbeeld*) voor den Nederlandschen jurist belang heeft en bovendien dat betoog niet hebben ontsierd door een voortdurend, noodeloos en vermoeiend gebruik van vreemde woorden.

Mr. J. van Kuyk.

De Wet op de Oorlogswinstbelasting 1916, toegelicht door Mr. H. J. NIEBOER, lid der Staatscommissie voor de oorlogswinstbelasting. — *'s-Gravenhage*, MARTINUS NIJHOFF, 1916.

Het bovenstaande, met het register 81 bladzijden tellende, werk is geheel vervaardigd naar het model dat onze politici in activiteit of in spe plegen te volgen, wanneer zij zeer spoedig nadat een wet, die algemeen de aandacht trekt, in het Staatsblad is verschenen, een „Toelichting" daarvan doen verschijnen.

Men begint met eene inleiding waarin het tot stand komen der wet, de historia externa, wordt beschreven en de inhoud in vogelvlucht wordt medegedeeld. Dan volgt de tekst der wet met aanteekeningen, die echter bijkans uitsluitend ontleend zijn aan de Memorie van Toelichting of andere Kamerstukken. Waar men nu deze uitknipsels uit de Kamerstukken meestal evengoed, zoo niet uitvoeriger, kan vinden in de bekende uitgave onzer belangrijkste wetten van SCHUURMAN en JORDENS, is de publicatie van tekst en aanteekeningen dan ook meestal vrij onnoodig.

Anders staat het met de inleiding, die allicht dankbare lezers vindt. Waarschijnlijk zal dit ook ten deze het geval zijn, immers Mr. NIEBOER's inleiding — hij noemt het 23 bladzijden groote stuk „Algemeen Overzicht" — is vlot geschreven. De nieuwsgierige lezer die wenscht te weten wat nu eigenlijk de wetgever met de oorlogswinstbelasting heeft bedoeld, zal hier zijn nieuwsgierigheid bevredigd zien en, wanneer hij oorlogswinst gemaakt heeft, met

vreugde ontwaren, dat offeren ook in de XXste eeuw mogelijk, ja verplichtend is.

Maar meer geeft het werk niet en wanneer men straks de wet van 22 Juni 1916 (*Stbl.* no. 288), die nu niet juist door een heldere redactie uitmunt, — men denke bijv. eens aan een zoo gewichtig artikel als art. 92 — zal hebben toe te passen, zal men, als vragen rijzen, bij Mr. NIEBOER niet veel licht vinden.

Het kan moeilijk anders. De beste commentaren verschijnen meestal eerst, wanneer een wet eenigen tijd heeft gegolden. Dit is het geval geweest met onze wetboeken in de XIXe eeuw, dit is ook bij andere wetten in den regel het geval. Commentaren van SPRENGER VAN EIJK mogen hierop uitzonderingen vormen, niet ieder auteur bezit de genialiteit van SPRENGER VAN EIJK.

Zouden auteurs als Mr. NIEBOER niet beter doen, wanneer zij een werk in den geest van VOORDUIN of SMIDT in het licht gaven? Parlementaire geschiedenis voorzeker, maar eene volledige. Ik stel de vraag, maar de omstandigheid dat telkens weder werken in het genre van het hierbesprokene het licht zien, zou tot de conclusie voeren, dat zij „in eene bestaande behoefte voorzien". Ik begrijp dit niet recht, maar het schijnt toch het geval te zijn.

S.