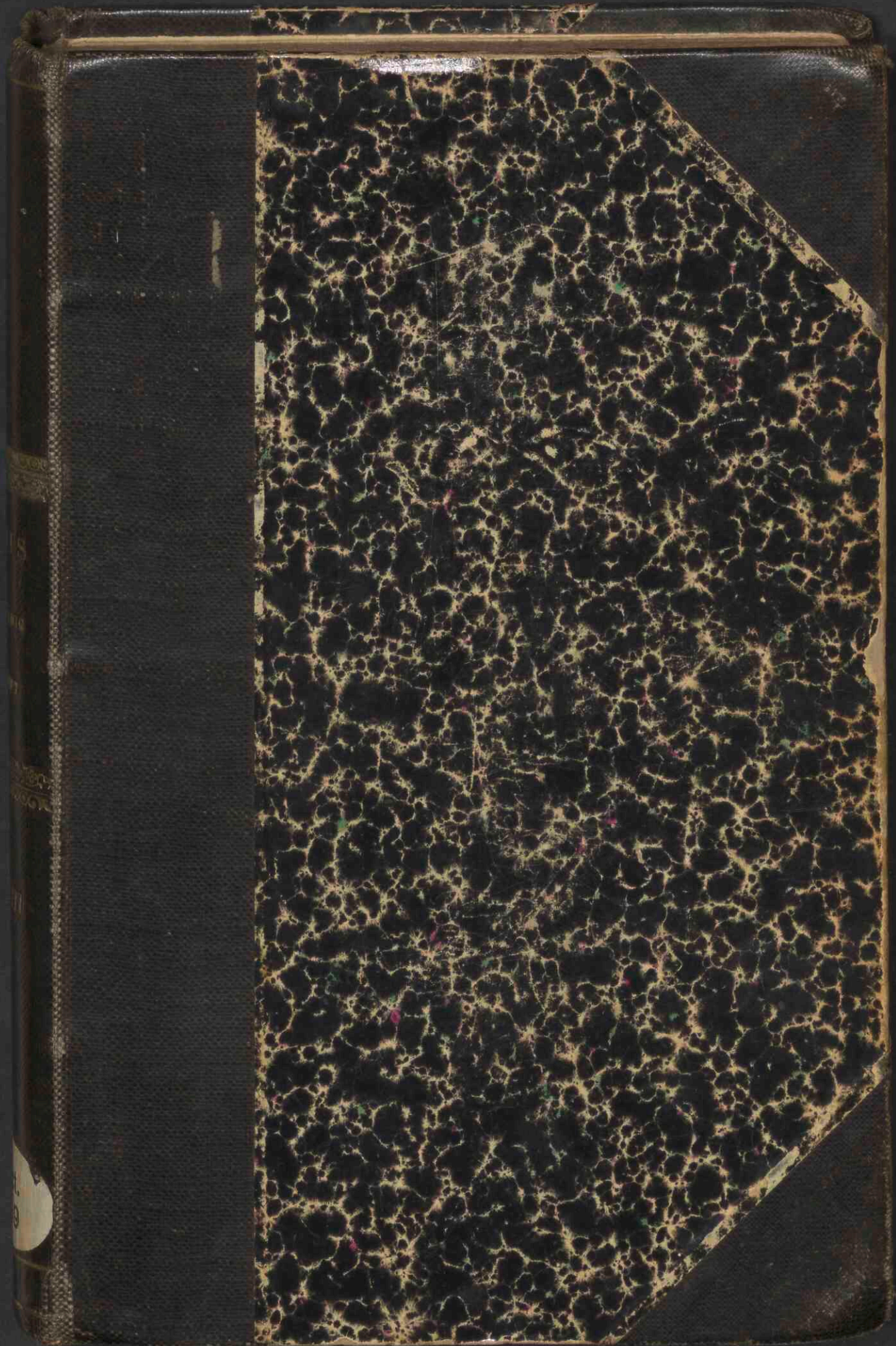


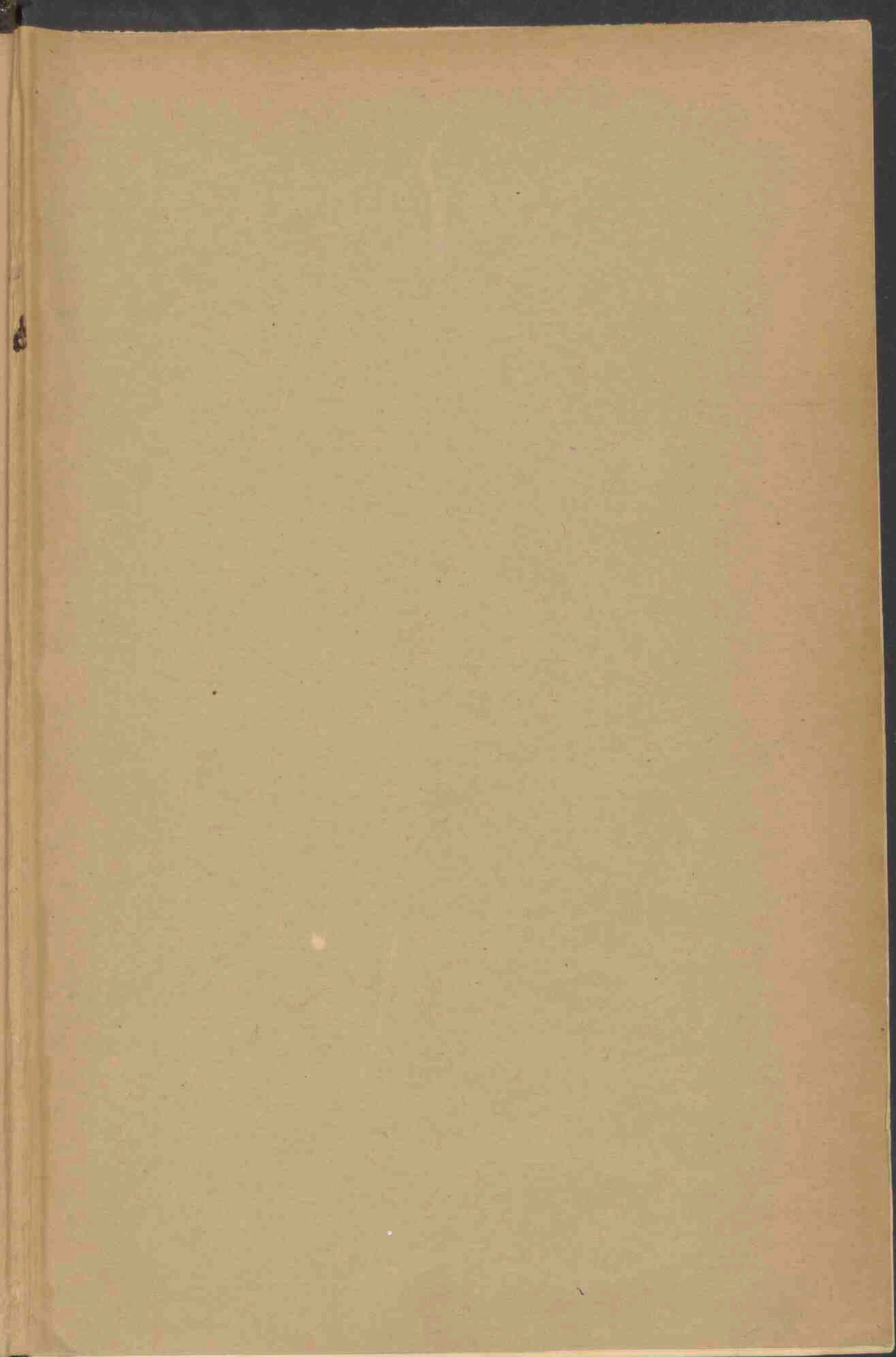


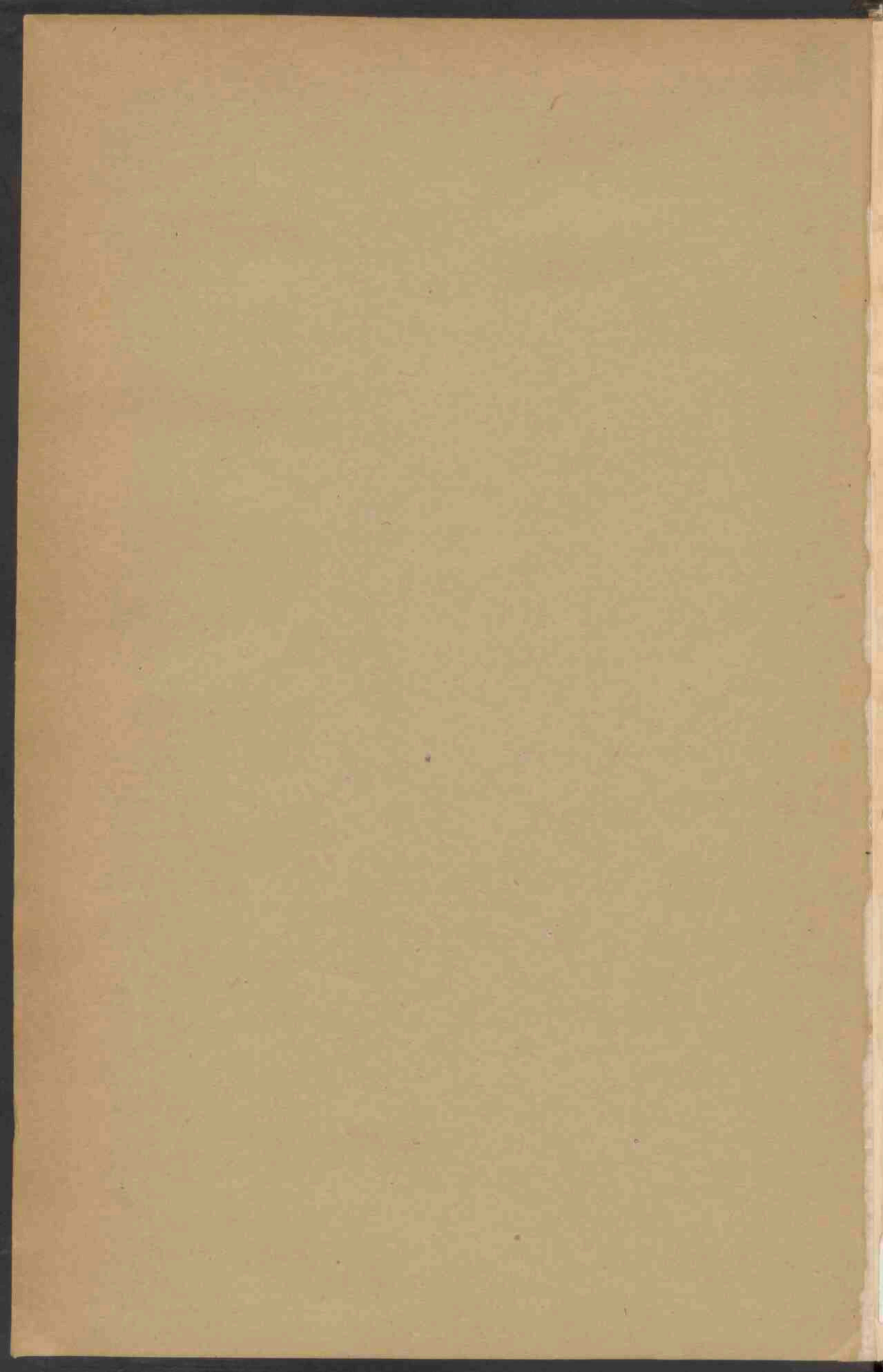
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/451990>



~~V.V. N^o.~~
~~Kast 26, Pl. F~~





L. 8^{no} 5009

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

ACHT-EN-ZEVENTIGSTE DEEL

□ 1917 □



's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE

1917



RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

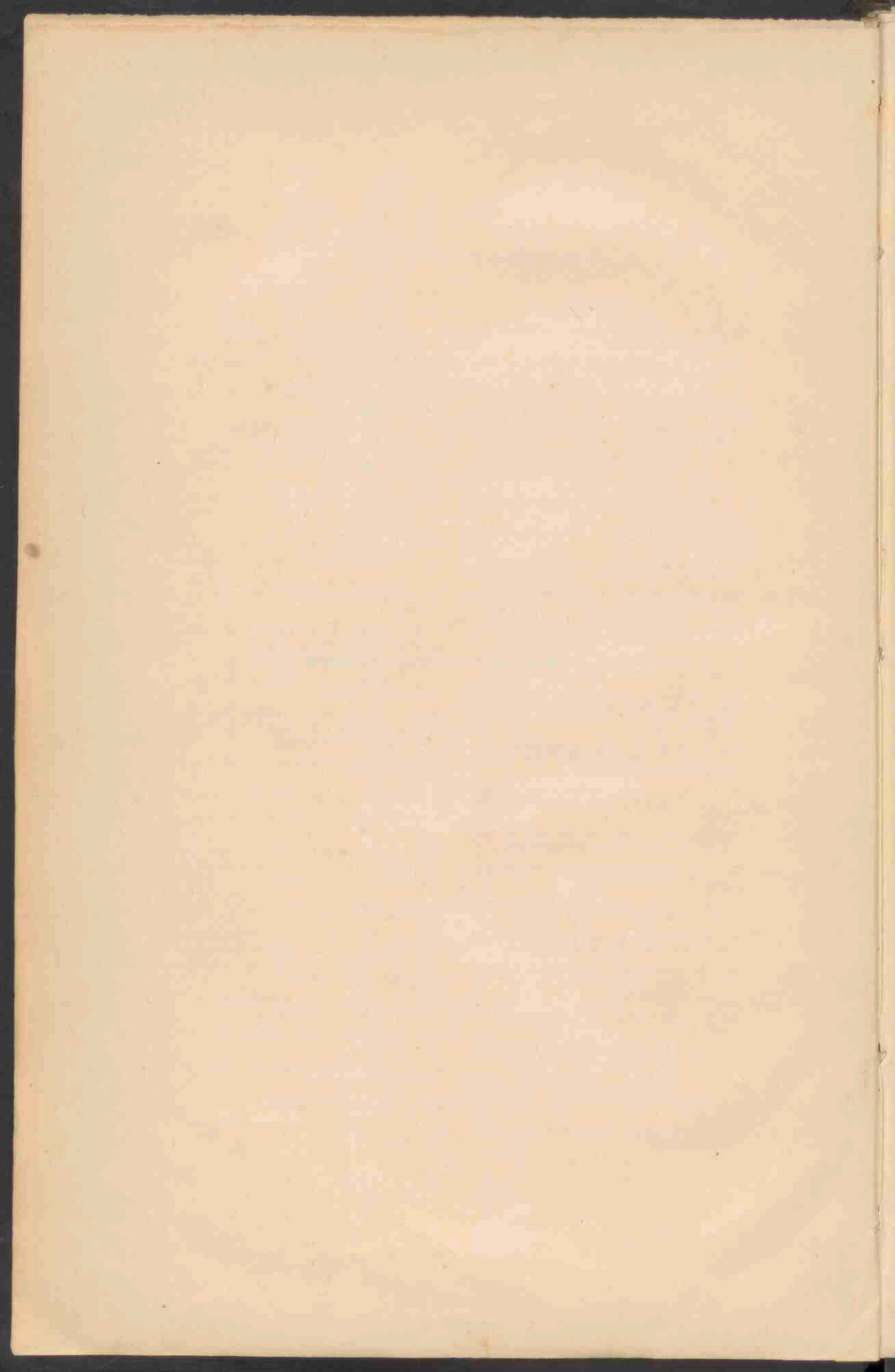


0341 2131

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, oud-hoogleraar, 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. BIRSEN, advocaat, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, 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. EYSELL, 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 te Leeuwarden.
- Jhr. Mr. J. J. GOCKINGA, vice-president van het Gerechtshof te Arnhem.
- Mr. S. GRATAMA, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. TH. HEEMSKERK, 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-hoogleraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden.
- Mr. J. F. HOUWING, oud-hoogleraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, Doorn.
- Mr. ED. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. D. JOSEPHUS JITTA, oud-hoogleraar, lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. PH. KLEINTJES, hoogleraar aan de Rijks-Universiteit, 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.
- Jhr. Mr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Mr. J. DE LOUTER, buitengewoon-hoogleraar 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, hoogleraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Mr. A. P. L. NELISSEN, oud-Minister van Justitie, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleraar, '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. 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 LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. A. J. COHEN STUART, civ.-ing., directeur N. V. Londen.
- Mr. M. W. F. TREUB, Minister van Financiën, 's-Gravenhage.
- Mr. H. VOS, advocaat, Leiden.
- Mr. G. WITTEWAALL, lid van het Gerechtshof, Arnhem.



INHOUD

	Bladz.
<i>Savigny</i> , door Mr. R. A. FOCKEMA, president van het Gerechtshof te Leeuwarden	4
<i>Theorie en werkelijkheid</i> , door Jhr. Mr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht	37
<i>Bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche financiën</i> , XIX, door Mr. F. N. SICKENGA (+), te Dordrecht	88
<i>Het begrip «onrechtmatig»</i> , in art. 1401 B. W., door Mr. W. ZEVENBERGEN, te Puttershoek. Eerste gedeelte	147
<i>Artikel 1612 van het Burgerlijk Wetboek</i> , door Mr. Dr. B. I. ZIJLSTRA, rechter in de Arr.-Rechtbank te Zierikzee	179
<i>De Nederlandsche Staatsbouw</i> , door Mr. Dr. H. W. C. BORDEWIJK, leeraar aan de Rijks Hoogere Land-, Tuin- en Boschbouwschool te Wageningen	249
<i>Eenige opmerkingen betreffende het juridisch karakter der ambtenaarsverhouding</i> , door Mr. H. J. MORREN, adjunct-commies, te 's-Gravenhage	271
<i>Iets over wetsuitlegging</i> , door Mr. G. WTEWAALL, raadsheer in het Gerechtshof, te Arnhem	306
<i>Twee practische vragen betreffende den inhoud van het audiëntieblad</i> , door Mr. A. J. MARX, substituut-griffier bij de Arrondissements-Rechtbank, te Amsterdam	319
<i>Het arrest van den Hoogen Raad van 31 December 1915, W. v. h. R. no. 9947, aangaande de bevoegdheid van de rechterlijke macht krachtens art. 2 der Wet op de Rechterlijke Organisatie</i> , door Mr. C. W. DE VRIES, commies van Staat, te 's-Gravenhage	337
<i>De Wetgevende Rechter</i> (art. 1, al. 2, slot Schw. Z. G. B.), door Mr. J. C. FREDERIKS, te Deventer	391

<i>Het begrip «onrechtmatig» in art. 1401 B. W.</i> , door Mr. W. ZEVENBERGEN, te Puttershoek. Tweede gedeelte	421
<i>Recht en Wet, naar aanleiding der artt. 1301, 1302 en 1303 B. W.</i> , door Mr. B. J. POLENAAR, advocaat-procureur te Amsterdam	454
<i>Bewijs uit geschrift tegen derden</i> , door Mr. G. WITTEWAALL, raadsheer in het Gerechtshof te Arnhem	476
Th. P. J. MASTHOFF, <i>De Strafrechtelijke behandeling van misdadige psychopathen</i> ; proefschrift, verdedigd te Leiden, 17 December 1915; — beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam	421
<i>Jurisdiction et droit international public (La juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix)</i> , door Mr. L. VAN PRAAG, Den Haag, GEBR. BELINFANTE; — aangekondigd door Prof. Mr. D. JOSEPHUS JITTA, lid van den Raad van State	433
<i>Economie en Techniek</i> . Rede uitgesproken bij gelegenheid van de aanvaarding van het Hoogleeraarsambt aan de Technische Hoogeschool te Delft op Woensdag den 4 October 1916, door Mr. P. J. M. AALBERSE, Leiden, Naaml. venn. uitgevervennootschap «Futura», 1916; — beoordeeld door S.	142
<i>Ontwikkeling en inhoud der Nederlandsche tractaten sedert 1813</i> , door Jhr. Mr. W. J. M. VAN EYSINGA, Hoogleeraar te Leiden, — 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1916; — beoordeeld door Mr. W. H. DE BEAUFORT, oud Minister van Buitenlandsche Zaken, lid der Tweede Kamer, te Leusden	487
<i>Het zesde hoofdstuk onzer Grondwet</i> , door Mr. A. J. M. H. BORRET S. J.; — beoordeeld door Mr. D. P. D. FABUS, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam	492
<i>Militaire straf- en tuchtclassen</i> , academisch proefschrift, door Mr. G. H. E. NORB THOMSON, Amsterdam 1916; — beoordeeld door Mr. L. M. ROLLIN COEQUERQUE, administrateur bij het Ministerie van Koloniën, te 's-Gravenhage	223
<i>De Ned.-Indische «Welboeken» enz. Lions rechtsboek</i> , tweede vermeerderde en bijgewerkte druk (zonder jaarteekening),	

- L. J. VEEN, *Amsterdam*, G. G. T. VAN DORP & Co., Semarang, Soerabaia, 's-Gravenhage; — beoordeeld door Mr. PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Groningen 232
- Overheidszorg voor waterstaatswerken*, academisch proefschrift door Mr. P. G. SCHELTEMA; — beoordeeld door Mr. A. R. ARNTZENIUS, te 's-Gravenhage 236
- Gerechtelijke Veeartsenijkunde* door J. WESTER, leeraar voor inwendige ziekten en gerechtelijke veeartsenijkunde aan 's Rijks Veeartsenijschool te Utrecht, — *Utrecht*, J. L. BEYERS, 1917; — beoordeeld door S. 242
- Mr. L. GARSTEN, *Maatregelen ter handhaving onzer onzijdigheid in den huidige oorlog*, Academisch proefschrift, — *Leiden*; beoordeeld door Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN, adjunct-commies, te Groningen 362
- M. VAN BLERKOM, *De ontwikkeling van de politierechtspraak in Nederlandsch Indië*, Academisch proefschrift, — *Leiden*, 1916; — beoordeeld door Mr. PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Groningen. 365
- «*Het veenrecht in de provincie Utrecht van 1592—1916*», Proefschrift van Mr. TH. F. J. A. DOLK. — (*Utrecht* 1916), 359 blz.; — beoordeeld door Mr. J. VAN KUYK, advocaat-procureur, te 's-Gravenhage 368
- L. J. VAN APeldoorn, *De kerkelijke goederen in Friesland*, Proefschrift, — *Utrecht*, 1915; — beoordeeld door Mr. A. S. DE BLÉCOURT, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden. . . 371
- Over samenloop en strijd van eigen wetten in het Burgerlijk Recht*. Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Groningen op 23 Juni 1917 door Mr. H. VAN GOUDOEVER. — *Groningen*, NOORDHOFF, 1917; — beoordeeld door S. 387
- De Normaal-Arbeidsdag*, Academisch Proefschrift, door L. H. VAN WINKELHOF, — *Rotterdam* (1916), 348; — beoordeeld door Mr. P. J. M. AALBERSE, hoogleeraar aan de Technische Hoogeschool te Delft 488

- Rechtskarakter der begrootingswet*, door A. N. MOLENAAR, —
Academisch proefschrift, Leiden 1916; — beoordeeld door
Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN, te Groningen 491
- De Nederlandsche Mijnewetgeving, wetten, besluiten, beschikkin-
gen, regelingen betreffende het Mijnwezen*, verzameld door
Mr. N. C. COUVÉE en Mr. P. H. RITTER JR — Haarlem, H. D.
TJEENK WILLINK & ZOON, 1916; — beoordeeld door Mr. J. PH.
SUIJLING, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht . . 494
- Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissements-
recht*, door Mr. M. POLAK, Vice-President der Arrondissements-
Rechtbank te Rotterdam, Eerste deel, vierde stuk: Faillisse-
ment en Surséance van Betaling; — beoordeeld door Mr. Ed.
JACOBSON, advocaat-procureur, te Rotterdam 497
- De Zeeverzekering tegen molest en vrij van molest*, Academisch
Proefschrift van P. J. PRINSEN GEERLINGS, — Amsterdam 1916;
- De Verzekering tegen molest in het zeerecht*, Academisch Proef-
schrift van A. F. ZWAARDEMAKER, — Utrecht 1916; — beiden
beoordeeld door Mr. D. ELLIS VAN RAALTE, advocaat-procureur,
rechter-plaatsvervanger te Rotterdam. 505
- Effectenbeheer*, door Mr. O. B. W. DE KAT. — Haarlem, de Erven
F. BOHN, 1916; — beoordeeld door Mr. J. PH. SUIJLING, hoog-
leeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 512
- De wet op de voorwaardelijke veroordeeling*, door Mr. G. T. J. DE
JONGH, — P. NOORDHOFF, Groningen, 1916. — 200 (122 + 77 blz.);
— beoordeeld door Mr. J. SIMON VAN DER AA, hoogleeraar
aan de Rijks-Universiteit te Groningen 517
- De Collectieve Psyche in Recht en Staat*, door Mr. H. L. A.
VISSER, — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK & ZOON, 1916.
250 blz.; — beoordeeld door Mr. J. SLINGENBERG, rechter in
de Arr.-Rechtbank te Amsterdam 531
- C. M. BÖHTLINGK, *Vergoedingsrechten*, — Academi-ch proefschrift,
Leiden 1917; — beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GRUNS,
advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 534
- De Advocaat*, door Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUCIUSIUS, advocaat
te 's-Gravenhage, — Boekh. vh. GEBR. BELINFANTE, Den Haag,
1917, derde druk; — beoordeeld door S. 541

THEMIS

LXXVIIIste deel — EERSTE STUK

(Het overnemen van den inhoud van dit nummer of van een afzonderlijk opstel daaruit is verboden. — Auteurswet 1912, art. 15.)

Savigny

„Wij moeten terug voor de verhouding van Volk, Rechtspraak en Recht naar SAVIGNY”.
(Mr. J. A. LEVY, *Weekblad van het Recht* n^o. 10.000).

De persoon van SAVIGNY is ten voorwerp geworden van een hevigen strijd. Terwijl niemand minder dan Mr. LEVY in de bovenvermelde woorden ons het „Terug naar SAVIGNY” toeroept, betoogt in hetzelfde jubileenummer van het *W. v. h. R.* Mr. VAN LIER, Substituut-Officier van Justitie te Almelo, dat men zich tevergeefs afvraagt, waarin SAVIGNY beteekenis voor den tegenwoordigen tijd kan hebben.

Dezelfde vraag is in 1912 gesteld en in gelijken geest beantwoord ter herdenking van den sterfdag van SAVIGNY door den toenmaligen privatdocent, thans hoogleeraar te Freiburg (Baden), HERMAN U. KANTOROWICZ, in een geschrift, hetwelk als antwoord heeft uitgelokt een der beste werken, welke over SAVIGNY zijn geschreven, namelijk het uitnemende boek van Prof. Dr. ALFRED MANIGK te Königsberg, „SAVIGNY und der Modernismus im Recht”.

Alvorens in bijzonderheden te treden over de brochure van KANTOROWICZ eenige algemeene opmerkingen.

Men is dikwijls gewoon bij de critiek ten aanzien van beroemde personen uitvoerig de vraag te beantwoorden aan welke hoedanigheden zulke personen niet hebben beantwoord, wat zij niet hebben geweten, waarin zij zijn te kort geschoten, in plaats van de vraag te stellen waarin hun waarde was gelegen, waarin zij beteekenis voor ons hebben. Ten aanzien van niemand is dit in hooger mate geschied dan ten aanzien van SAVIGNY. Men heeft b.v. geconstateerd dat hij de beteekenis van de Bartolus-school en van den usus modernus Pandectarum niet heeft gekend, dat hij zich met historie, maar weinig of niet met het tegenwoordige heeft bezig gehouden. Men heeft op allerlei wijzen aangetoond dat zijn weten, zijn kennen, zijn werken begrensd was. Is het noodig om daarop zoo bijzonder de aandacht te vestigen? Is het niet waar, wat van verschillende zijden daartegen is opgemerkt dat nooit één persoon alles vermag en o. a. dat men in het begin der vorige eeuw zelfs van een SAVIGNY niet mocht verwachten, dat hij kennis zou dragen van hetgeen eerst latere onderzoekingen aan het licht zouden brengen?

Dan heeft men SAVIGNY gesignaleerd als filosoof en als „Romantiker” en hem als verwijt voor de voeten geworpen misgrepen welke zouden zijn begaan door de filosofen, bij wier school hij wordt ingedeeld of door romantiker, bij wie hij zich zou hebben aangesloten.

Ten aanzien van de wijsbegeerte van SAVIGNY doet Mr. VAN LIER een beroep op den bekenden brief van WILHELM VON HUMBOLDT van 1808, waarin hij zegt dat SAVIGNY uitmunt door „philosophische Behandlung seiner Wissenschaft”. Weinig woorden hebben tot zoovele com-

mentaren aanleiding gegeven als deze woorden, die den Pruisischen staatsman in zijn schrijven aan FREDERIK WILLEM III uit de pen zijn gevloeid. Vele filosofen hebben betoogd, dat HUMBOLDT hier ten eenenmale heeft gedwaald, dat SAVIGNY van allen filosofischen aanleg was ontbloot. Anderen hebben deze bewering tegengesproken, hebben staande gehouden dat SAVIGNY niet van aanleg of belangstelling voor filosofie was verstoken, maar dat hij zich door geen der filosofische systemen, die gedurende zijn lang leven om de heerschappij hebben getwist, geheel heeft bevredigd gevoeld (1) en dat hij in verdienstelijke zelfbeperking de filosofie bij zijn levenswerk heeft ter zijde gesteld.

Als 20-jarig jongeling heeft SAVIGNY kennis genomen van de filosofie van SCHELLING en sporen van diens filosofie meent men in sommige zijner geschriften te bespeuren. Sporen, die allicht van weinig beteekenis zijn, omdat zij niet betreffen het speciaal domein van SCHELLING. Voorzoover SCHELLING het leven van een volk geschiedkundig trachtte te verklaren en een weg betrad, die ook SAVIGNY heeft bewandeld, was daarbij in SCHELLING geen originaliteit. HERDER en anderen waren hem daarin voorgegaan.

SAVIGNY schrijft als 20-jarig student aan de vrienden te Marburg dat hij als practische filosofen slechts kent GÖTTE en JACOBI (2).

En de romantici? Zeer zeker is SAVIGNY ook op 20-jarigen leeftijd opgenomen in een kring van begaafde jonge mannen, die zich lieten inspireeren door de romantiek. Met sommigen heeft hij een vriendschap

(1) Zoo VON BETHMANN HOLLWEG in zijne nekrologie van SAVIGNY.

(2) Over de verhouding van GÖTTE tot FRITZ JACOBI: BIELSCHOWSKY (GÖTTE) I bl. 212 v.

voor het leven gesloten, in het bijzonder met den lateren hoogleeraar te Heidelberg, FRIEDRICH CREUZER. Ik geloof intusschen dat Prof. MANIGK in zijn bovenvermeld werk terecht betoogt, dat SAVIGNY te veel was man van de realiteit, dan dat de romantiek duurzaam vat op hem zoude hebben gehad. Merkwaardig is dan ook dat de jonge SAVIGNY reeds in den tijd, toen hij tusschen de romantici leefde, zijn lateren zwager VON ARNIM waar-schuwde voor den „romantischen Venusberg” (1).

Het bovenstaande zij genoeg om aan te toonen, dat men niet het recht heeft SAVIGNY te qualificeeren of te discrediteeren door een greep te doen uit hetgeen een of ander filosoof van de richting van SCHELLING of een romanticus mocht hebben gezegd of geschreven. SAVIGNY moet naar eigen daden en naar eigen geschriften worden beoordeeld.

Tegen een tweede fout bij beoordeeling van beroemde personen — en speciaal van SAVIGNY — moet worden gewaarschuwd. Tegen het haastig vormen van een beeld, zooals dit zich het best leent tot bestrijding. Het daarna brengen van al het in dit beeld niet passende onder de rubriek van inconsequenties en afdwalingen van den behandelenden persoon. Men zie ook daarover het werk van Prof. MANIGK.

KANTOROWICZ, die volle hulde brengt aan de genialiteit van den historicus SAVIGNY, acht hem als jurist voor den tegenwoordigen tijd volstrekt waardeloos. De schrijver bedient zich bij zijne disqualificatie in ruime mate van de boven omschreven meer gebruikelijke middelen. Op een paar speciale punten in zijn betoog moet de aandacht worden gevestigd. De schrijver betoogt (blz. 10)

(1) Ter kenschetsing van de romantiek van dien tijd zij verwezen naar de voortreffelijke artikelen van MEVROUW KNUTTEL-FABIUS in «Onze Eeuw», October en November 1916.

dat de stellingen van SAVIGNY over het ontstaan van het recht een gebrekkige reproductie zijn van hetgeen anderen voor hem gedacht hadden. Speciaal van MONTESQUIEU, die den invloed van den volksgeest op het recht had betoogd, maar daarnaast had gesteld dat het recht omgekeerd ook op het volksleven zoude kunnen influenceeren en die daarmee de autonomie van den wetgever op den voorgrond had gesteld. SAVIGNY zou het laatste hebben weggelaten.

De wetgeving zoude volgens hem slechts strekken tot vastlegging van het gewoonterecht en beslissing van controversen. De hulp tegen gebreken in het bestaande recht zoude liggen buiten de taak van den wetgever. De rechtsvorming zoude moeten plaats hebben door stilwerkende krachten zonder „eigentliche Absicht” (blz. 9). Zoo zoude SAVIGNY door een integreerend deel van de juiste stelling van MONTESQUIEU weg te laten een waarheid tot een onwaarheid hebben gemaakt.

Dit alles is ten eenenmale onjuist. Dit blijkt o. a. uit het volgende citaat van SAVIGNY'S System d. h. R. R. I, blz. 41:

„Nog gewichtiger echter als op de oorspronkelijke rechtsvorming, is de invloed van de wetgeving op het voortschrijden van het recht. Wanneer namelijk door veranderde zeden, opvattingen, behoeften een verandering in het bestaande recht noodig wordt, of wanneer bij den voortgang van den tijd geheel nieuwe rechtsinstituten tot behoefte worden, dan kunnen wel is waar in het bestaande recht deze nieuwe elementen door dezelfde innerlijke, onzichtbare kracht ingevoegd worden, welke oorspronkelijk het recht verwekte. Echter is het hier dat de invloed van de wetgeving uiterst heilzaam, ja zelfs onontbeerlijk kan worden”, enz.

Nog zij gewezen op de groote grief van KANTOROWICZ

tegen SAVIGNY, zijn „Abkehr vom Leben”, de begeerte om zich slechts te bewegen in den exclusiven kring van geleerden, het op den voorgrond stellen van dien kring, gequalificeerd als het voorstaan van een coteriebelang.

Om dien afkeer van de practijk ten aanzien van SAVIGNY in het licht te stellen, wordt verwezen naar zijn „Anreger” HUGO, die geweigerd had zitting te nemen in het Spruchcollegium (1) „het orgaan, waarmee de Deutsche wetenschap tot dien tijd werkelijkheidszin had ingezogen en rechtidealisme had uitgestraald”.

Nu leest men in bijna alle biografieën van SAVIGNY, dat deze in 1810 bij de organisatie van de juridische faculteit te Berlijn met het oog op het noodige verband tusschen theorie en practijk, had gesteld en doorgedreven den eisch van de instelling van een Spruchcollegium en dat hij jarenlang met ijver daarin heeft zitting gehad. Bovendien dat hij nog andere rechterlijke functies op zich heeft genomen door de aanvaarding van eene plaats in den Revisionshof voor de Rijnprovinciën.

Hoe kan KANTOROWICZ, die toch zeker wel met enkele van de voornaamste biografieën is bekend geweest, de verhouding tot het Spruchcollegium naar voren brengen ten bewijze van SAVIGNY's afkeer van het werkelijke leven?

Bovendien de ongegrondheid van het verwijt treedt van allerlei zijden naar voren op tal van plaatsen in de werken van SAVIGNY.

Ik citeer — als het kortst en duidelijkst — een zinsnede uit een brief van SAVIGNY aan G. A. HEISE, hoogleeraar te Heidelberg. (Savigny-Zeitschrift XXXVI). Deze brief, gepubliceerd na het verschijnen van de brochure van KANTOROWICZ, is door K. waarschijnlijk niet gekend,

(1) Aan het Spruchcollegium werden door de rechterlijke colleges adviezen gevraagd. Men was verplicht die adviezen te volgen.

maar zegt niet anders dan hetgeen wij langs andere wegen met zekerheid weten.

HEISE voelt meer voor de practijk dan voor een professoraat en zal spoedig te Hannover een practischen werkkring aanvaarden. SAVIGNY tracht de hoog gewaardeerde medewerking van HEISE voor de Berlijnsche universiteit te winnen. Hij verzoekt hem een plaats in het Obertribunal te Berlijn te aanvaarden om dan tevens tot heil van de studenten in de rechten één college te geven. Het komt aan op „Vermittlung der Theorie und Praxis. Ich weiss nicht was unserer Wissenschaft mehr Noth seijn könnte als eben dieses" (1).

Zoo schrijft SAVIGNY (22 Juni 1817), de man, die door KANTOROWICZ beschuldigd wordt, gedreven door een onoverwinnelijken afkeer en door coteriebelang allen invloed van de practijk systematisch geweerd te hebben.

Doch genoeg over KANTOROWICZ. Die meer van hem weten wil, leze zijn brochure en het boek van Prof. MANIGK.

Het zou onnut zijn aan KANTOROWICZ zooveel aandacht te wijden, wanneer hij niet behoorde tot een categorie van brochureschrijvers, die een verderfelijken invloed oefenen en tegen wie ernstig moet worden gewaarschuwd. In de goed geschreven verhandeling van een der beste leerlingen van de Leidsche hoogeschool (Mr. FOCKEMA ANDRÉE, Moderne Praetuur) treedt ook KANTOROWICZ ten tooneele onder de talrijke schare „vooruitstrevende mannen met nieuwe denkbeelden", waarbij licht wordt gezocht (toen onder het pseudoniem GNAEUS FLAVIUS).

De weinige woorden, aan SAVIGNY gewijd in de Moderne Praetuur, schijnen ontleend aan een vroeger

(1) Zoude het voor een eeuw door SAVIGNY geuite denkbeeld niet thans ten onzent verwezenlijkt kunnen worden?

geschrift van KANTOROWICZ of aan even onzuivere bron.

Wij, mannen van de practijk, hebben weinig tijd beschikbaar om — naar den eisch door SAVIGNY aan ons gesteld — althans eenige voeling te houden met de mannen der wetenschap. Wij mogen eischen dat mannen als KANTOROWICZ e. a. niet dan na zorgvuldige overweging en na schifting van waarheid en leugen het woord tot ons voeren. Ofschoon het zeer zeker aan voortreffelijke brochures niet ontbreekt, is de goede en slechte waar zoo moeilijk te onderscheiden, dat wij beter doen „de vooruitstrevende mannen met nieuwe denkbeelden” aanvankelijk ter zijde te laten. Wij moeten ons niet door valsche en eenzijdige voorstellingen op een dwaalspoor laten brengen.

Wij hebben, zoo wij bij onze oostelijke naburen te gast willen gaan, ook in nieuwere schrijvers beproefde leidlieden. Zoo in het door mij aangekondigde boek van den bekwamen Marburger hoogleeraar ENNECERUS (1) en het kortelings verschenen werk van Prof. MANIGK. Door hen binnengeleid in den tegenwoordigen tijd, door hen voorgelicht, kunnen wij zonder gevaar ook van sommige meer speciale lectuur, zelfs van stokpaardjesberijders, kennis nemen.

In zijn boven geciteerd artikel in het *W. v. h. R.* zegt Mr. VAN LIER terecht, dat SAVIGNY moet worden geplaatst in de lijst van zijn tijd. Het is intusschen zeer moeilijk die lijst te vinden. Wij beschikken ten aanzien van SAVIGNY niet over „Gedanken en Erinnerungen” als bij BISMARCK. De feitelijke toestanden en de geestesbewegingen van het begin der vorige eeuw vormen aller-

(1) Mr. R. A. FOCKEMA, «*Varia*».

minst een gemakkelijk te overzien terrein. Een groot werk over SAVIGNY ontbreekt.

Toch zal in de volgende bladzijden worden getracht op een en ander althans eenig licht te werpen, waarbij een dankbaar gebruik wordt gemaakt van de verschillende biografieën, van de hier en daar gepubliceerde brieven van SAVIGNY, van de niet gepubliceerde brieven, mij in afschrift ter leen verstrekt door Prof. ENNECCERUS te Marburg en ook van het uitnemende boek van Prof. MANIGK.

Ten aanzien van SAVIGNY's eerste ontwikkeling is de beste bron de „Sächsische Studienreise" van Prof. ADOLF STOLL te Cassel. Een verzameling brieven, in 1799 door den 20-jarigen student gericht tot de Marburger vrienden, door Prof. STOLL voorzien van zeer waardevolle toelichtingen.

De jeugdige SAVIGNY was iemand van hooge ontwikkeling, van groote liefde voor de natuur, van volle ontvankelijkheid voor warme vriendschap, van groote toewijding aan de reeds toen gekozen levenstaak. Hij is ons voorgesteld als iemand, in wien een sterk godsdienstig leven is ontwaakt door den invloed zijner moeder, die hij op 13-jarigen leeftijd verloor. Intusschen klare voorstellingen ontbreken hem ten aanzien van den godsdienst. Hij schrijft: „Mir ist grade in diesem Punkte alles finster geblieben".

Vindt hij bevrediging in de filosofie? Neen. Hij citeert: „Die Pflicht der Kantianer verhält sich zu der Stimme der Gottheit in uns wie die getrocknete Pflanze zur frischen Blume am lebenden Stamm". SAVIGNY was destijds in volle bewondering voor GÖTHE. Wanneer hij te Weimar komt, schrijft hij 29 Juli 1799: „Es war Nacht als ich in die heilige Stadt einzog". En wijzagen

het reeds boven, als practische filosofen kent hij alleen GÖTTE en JACOBI. Reeds destijds is hij — ook daarin volgeling van GÖTTE — de man van realiteiten. Hij heeft een afschuw van het vormen van „Schneemänner aus Abstractionen”.

Gelijk het godsdienstig leven bij GROEN VAN PRINSTERER is ontwaakt door den invloed van MERLE D'AUBIGNÉ, zoo schijnt in dit opzicht een nieuwe geest over SAVIGNY te zijn gekomen door zijn twee-jarigen omgang (LANDSHUT 1808—1810) met zijn ambtgenoot, den lateren bisschop, SAILER. Dertig jaren later — den 7den Maart 1840 — schrijft SAVIGNY aan den predikant BANG, dat hij sinds langen tijd leest „Sailers Homilien”. En verder: „Ich habe den Verfasser geliebt und verehrt wie wenige Menschen, und obgleich er weit höher stand als alle seine Bücher, so ist mir doch jenes Buch durch Einfalt, Innigkeit und entschiedene tiefgehende Gesinnung so werth, dass ich es nie müde werde” (1).

Sedert de kennismaking met SAILER bespeurt men in SAVIGNY's brieven, dat hij een innerlijke verandering heeft ondergaan. Een diep godsdienstig gemoedsleven is in hem ontwaakt. Hij paradeert echter niet met den godsdienst, daarin geestverwant van den Freiherr VOM STEIN, met wien hij later in betrekking zal treden, den man, die volgens ARNDT een vijand was van wat hij op heftige wijze als „Maul und Mund-Christenthum” betitelde. Wanneer STAHL zijne philosophie des Rechts publiceert, is SAVIGNY vol bewondering, maar aan BLUNT-SCHLI, die aanmerking maakt op de inmenging van het theologische element, schrijft hij: „Ich finde diese

(1) Deze brief is afgedrukt in Mr. R. A. FOCKEMA: „De beteekenis van VON SAVIGNY voor den tegenwoordigen tijd”, blz. 66 v., en met andere zeer interessante brieven in de lezenswaardige brochure „Prof. ENNECERUS over SAVIGNY”.

Einmischung nicht sowohl zu gross als zu roh" (1).

De 20-jarige SAVIGNY is cosmopoliet. Hij spreekt zijne afkeuring uit over iemand, die de Franschen haat.

Wanneer wij thans een sprong doen van den 20-jarigen student tot den 35-jarigen professor, die in 1814 voor het Duitsche volk trad met zijne beroemde brochure „Vom Beruf", dan zien wij in plaats van den cosmopoliet een warm Duitsch vaderlander.

De organisator van de juridische faculteit aan de nieuwe universiteit te Berlijn was in 1813 door den Koning tot rector benoemd. Spoedig echter kon het corpus juris worden ter zijde gesteld. De rector der universiteit wordt tot oorlogsdiensten opgevorderd, treedt ijverig op in de commissie tot organisatie van landweer en landstorm, terwijl een gedeelte van den dag wordt ingenomen door exercitie en schijfschieten.

In Augustus 1813, toen tusschen de strijdende partijen wapenstilstand was gesloten, onderneemt de met zooveel werk overladen SAVIGNY midden door de kampeerende legerscharen de zeer bezwaarlijke reis naar het aan de Boheemsche grens gelegen Reichenbach. ERNST MORITZ ARNDT deelt ons mede (2), hoe SAVIGNY bij hem aanklopt met het verzoek hem nachtkwartier te verschaffen in het door hem bewoonde, met zeer schamele meubels voorziene, vertrek van den nachtwachter. Het doel van de reis was volgens ARNDT: „Sich die Sachen mahl anzusehen und STEIN kennen zu lernen". Wij hebben geenerlei verslag van het daar door en met SAVIGNY verhandelde. Wanneer we echter weten (door mededeelingen van VON BETHMANN

(1) Briefwechsel BLUNTSCHLI's mit SAVIGNY v. a., uitgegeven door WILHELM OECHSLI, Frauenfeld, Verlag van HUBERT & Co., blz. 47.

(2) Wandlungen und Wanderungen mit dem Reichsfreiherrn VOM STEIN.

HOLLWEG en RUDORFF, na SAVIGNY's dood), dat STEIN SAVIGNY tot Minister van Justitie had bestemd, zoo krijgen wij toch eenige voorstelling van hetgeen te Reichenbach is voorgevallen.

De Reichsfreiherr VOM STEIN werd door ARNDT genoemd „der Mann des Sturmwindes”. En zeker niet alleen om zijn opbruisend karakter, maar ook om de overweldigende snelheid van zijn optreden, wortelende grootendeels in den door ARNDT vermelden karaktertrek, dat niemand STEIN in dadelijk parate kennis overtrof. Op het gebied, waarop STEIN zich bewoog, was hij altijd geheel toegerust en tot onmiddellijk ingrijpen gewapend. Wij zien dit in 1807, in de dagen van Pruisen's diepe vernedering. Bij een conflict met den Koning is STEIN als Minister ontslagen en met de meest beleedigende woorden weggejaagd.

Enkele maanden later overtuigt men FREDERIK WILLEM III, dat bij den diepen val van Pruisen slechts één man de redder kan zijn: STEIN. Van den uitersten oosthoek van Pruisen worden koeriers gezonden naar Nassau, naar het stamslot van STEIN, om een beroep te doen op STEIN's offervaardigheid en vaderlandsliefde. STEIN geeft aan die roepstem gehoor, te gereeder, omdat hij in de maanden van rust een volledig plan voor de reorganisatie van den Pruisischen Staat heeft uitgewerkt. Den 14den October 1807 — drie dagen nadat STEIN de teugels van het bewind in handen heeft genomen — wordt bij Koninklijk Besluit de lijfeigenschap van $\frac{2}{5}$ van Pruisen's bevolking opgeheven, wordt een van de meest ingrijpende hervormingen uit Pruisen's geschiedenis tot stand gebracht. De Städteordnung volgt spoedig. Intusschen Pruisen — in naam een vrije staat — zuchtte onder de Fransche overheersching en binnen het jaar wordt door een decreet van NAPOLEON Pruisen's Minister-

President — gesignaleerd als „le nommé STEIN” — vogelvrij verklaard. STEIN moet vluchten. Na den Russischen veldtocht keert STEIN naar Pruisen terug, HARDENBERG is kanselier, is de opvolger van STEIN, doch de door NAPOLEON verjaagde, de „Mann des Sturmwindes”, heeft in de weinige maanden zijner regeering niet den tijd gehad zijne hervormingsplannen te voltooien. Thans, nu hij op last van een vreemden heerscher is weggejaagd, schijnt de kans om weer aan de regeering te komen gunstiger dan in 1807, toen hij door den eigen Koning met woorden van smaad en belediging was ontslagen. „De kanselier moet zich van de bemoeiing met de binnenlandsche aangelegenheden geheel terugtrekken”, schrijft STEIN in die dagen aan graaf MÜNSTER. Het is duidelijk dat de groote staatsman in de bewustheid van zijn kracht destijds besprekingen heeft gehouden om onmiddellijk klaar te zijn, wanneer de roepstem des Konings hem mocht wekken.

Wanneer in 1814 SAVIGNY naar de pen grijpt, dan is niet aan het woord de cosmopoliet van 1800, doch de warme Deutsche patriot, wiens geestvermogens tot het uiterste zijn gespannen door het pas doorleefde: de verlossing van het vaderland van vreemde onderdrukking. Dan spreekt niet de kamergeleerde, maar de vertrouweling van den man, die bestemd schijnt het werk der krijgslieden te voltooien, die Pruisen en Deutschland tot hooger ontwikkeling zal brengen. En het woord wordt gevoerd onder gunstige omstandigheden, omdat de ontvankelijkheid voor indrukken is verhoogd, nu de gewone gang van het professorale leven voor lange maanden is onderbroken geweest door practische werkzaamheden in verband met het verdrijven van den vijand van het Deutsche erf.

Ten einde „Vom Beruf” en de zich daarbij aansluitende geschriften van SAVIGNY te verstaan, moeten we ons nog even ophouden bij den binnenlandschen toestand van Duitschland.

Het vaderland van SAVIGNY had in den loop der laatste eeuwen de normale ontwikkeling gemist. Een reeks van ingrijpende gebeurtenissen — vooral de 30-jarige oorlog — waren een vernietigende kracht geweest. Slechts hier en daar werden nog belangrijke sporen gevonden van een gezonde aansluiting aan het verleden, waarbij een warme krachtige burgerzin de stormen des tijds had getrotseerd. Het was STEIN, die in het begin van zijn ambtenaarsloopbaan in Westfalen belangrijke overblijfselen van op het oude stoelende instellingen had aangetroffen. Nu had laatstelijk Duitschland — en vooral ook Pruisen — zwaar geleden door de Fransche overheersching. Niet alleen geleden door materieele verliezen, door verwoeste en verbrande landstrecken en gebouwen, maar ook door de moreele inzinking, welke met dit alles samenhang. Een deel der burgers had zich volgens THIBAUT (in zijne brochure van 1814) den Duitschen naam onwaardig getoond. Juist in de regeeringskringen had de smetstof het sterkst haar verderfelijken invloed doen gelden. Velen waren om met STEIN te spreken „gehuurde verdedigers van vorstenwillekeur” (Pertz V, 165). Tegen hen wendde zich STEIN, wiens streven was gericht op het wekken van een gezond volksleven. De deelneming aan de openbare zaak schreef hij o. a. (Pertz VI, 296) „wird dem Einzelnen ein Gefühl seines Werthes geben, indem sie seine besseren Kräfte in Anspruch nimmt”. En ook in 1814: Duitschland schijnt mij tot een standpunt van inzicht en rijpheid te zijn gekomen, welke alle „weisen Einrichtungen” toelaat..... men is nooit meer waard als na een

heiligen en gelukkigen oorlog, zooals die juist is geëindigd; men moet handelen zoolang de invloed van zoovele en zoo goede gevoelens nog duurt”.

Wanneer TREITSCHKE meent, dat na 1813 alleen in de kringen van de universiteit en onder officieren sprake kan zijn van eenigen lust om aan de openbare zaak deel te nemen, wanneer hij zegt, dat de jammerlijk verarmde bevolking alleen dacht aan de eigen materieele belangen, zoo geloof ik, dat hij zich daaromtrent een onjuiste voorstelling heeft gevormd. Een zoo scherpzinnig en zoo in het volle leven staand man als STEIN kan zich bezwaarlijk ten eenenmale vergist hebben. Wanneer STEIN, en later mede SAVIGNY, spreekt van een optreden van de democratie in de monarchie, van een versterking der monarchie door de democratie, dan is er bij hen echter geen sprake van een deelneming van de groote menigte (1), doch slechts van een wel ruimen, maar toch beperkten kring van de beste burgers, van elementen, die onafhankelijk konden staan tegenover de bureaucratie.

In dien strijd voor volksinvloed en tegen de bureaucratie was SAVIGNY met zijn beroemde brochure een medewerker van STEIN. Dit is het licht van den tijd, waarmede „Vom Beruf” moet worden gezien. Ongetwijfeld niet alleen met dit licht.

In de brochure kwam tot uiting wat in SAVIGNY's hoofd onder verschillende invloeden reeds vroeger grotendeels was gerijpt, maar dit alles onderging wijzigingen

(1) Van algemeen kiesrecht kon destijds geen sprake zijn. Een groot deel der bevolking was zoo juist eerst tot persoonlijke vrijheid gekomen (14 Oct. 1807) en kon dus niet dadelijk met een taak in den Staat worden belast.

en verkreeg een bijzondere gestalte door de diep aangrijpende gebeurtenissen van den laatsten tijd.

Er valt nog op een episode in den strijd te wijzen. Het conflict SAVIGNY-GÖNNER. De laatste signaleert SAVIGNY wegens zijn brochure „Vom Beruf” als een demagoog, die het gezag van den vorst aantast. GÖNNER was zeker in de oogen van STEIN „een gehuurde dienaar „van Vorstenwillekeur”, de schildknaap van den beruchten Beierschen Minister-President graaf MONTGELAS. De strijd SAVIGNY contra GÖNNER was feitelijk een conflict STEIN contra MONTGELAS. De anders zoo gematigde SAVIGNY treedt tegen GÖNNER op met een volstrekte minachting, spreekt over, niet tot hem, zegt dat men onder bepaalde omstandigheden soms de aanraking met het onreine niet kan vermijden. Hij verwijt o. a. aan GÖNNER, dat deze — als echte Deutschfranzos (1) — *was* voor eenheid van wetgeving, toen hij meende met den Franschen Code Deutschland onder vreemden invloed te kunnen brengen, maar dat hij *is* voor afzonderlijke wetgeving in de bijzondere staten, nu hij meent daarmee de Duitsche eenheid te kunnen bestrijden.

„Ich sehne mich hinaus”, zeide STEIN na 1815 tot een vriend, toen hij zag dat de strijd verloren was, dat de bureaucratie zegevierde, dat van mobilisatie van de in het Duitsche volk sluimerende krachten geen sprake kon zijn.

En SAVIGNY? Het hoogtepunt van zijn leven was met

(1) Onder deze uitdrukking verstond men de Duitschers, die dienaars waren geworden van de Fransche overweldigers. Pastor BANG schrijft in 1813, na de verdrijving van de Franschen, dat men te Marburg een avondje heeft georganiseerd, waarbij men de «Deutschfranzos'n» uit hun huizen heeft gehaald en op het tooneel heeft gebracht. «Eigenlijke mishandeling» — schrijft hij vergoelijkend — «is niet voorgekomen». Aangenaam is het blijkbaar voor de patiënten niet geweest.

het jaar 1814 bereikt. Hij heeft na dien tijd hard gewerkt en veel tot stand gebracht. Ook voldoening gemaakt, doch alles ver beneden zijne verwachtingen van 1814 en telkens spreekt uit zijne brieven een sombere toon. De tijd, waarin men geestdriftig overlegde, waarin men plannen smeedde voor een schoone toekomst, waarin zijn huis een vereenigingspunt was voor de eerste mannen van Duitschland (1), die tijd is spoedig voorbijgegaan en telkens en telkens klaagt hij over de groote eenzaamheid, die hem drukt (2).

Laat ons uit het denken en streven van SAVIGNY op een en ander de aandacht vestigen.

In de eerste plaats dan op het beginsel van *evolutie* (3),

(1) M. A. v. BETHMANN HOLLWEG (Erinnerungen an SAVIGNY, blz. 42) ontmoette als gewone gasten destijds bij SAVIGNY o. a.: WILHELM VON HUMBOLDT, NIEBUHR, EICHHORN, STEGEMANN en de Generaals GNEISENAU, GROLMANN en CLAUSEWITZ.

(2) IHERING verkeerde in dwaling, toen hij in zijn biografie van S. zeide, dat S. — als GÖTTE — koud heeft gestaan tegenover de gebeurtenissen van 1813 en dat hij in het genot is geweest van een door niets gestoord levensgeluk. Bij het overlijden van S. beschikte men nog over weinig bronnen. Men staarde op den rijken edelman, den Oud-Minister, het lid voor het leven van het Pruisische Heerenhuis (waarin hij nooit een voet heeft willen zetten), den kanselier van de orde «pour le Mérite», den jurist van de allen overschaduwende reputatie. Eerst later is gebleken in welke mate het leven van S. is gedrukt geweest door bittere teleurstellingen, o. a. doordat hij vergeefs trachtte in de jaren na 1813 Berlijn te maken tot de groote werkplaats voor Duitsch recht. EICHHORN verliet Berlijn, HEISE weigerde te komen, enz. Reeds 1817 schrijft S. aan GÖSCHEN naar Verona, dat hij in de Berlijnsche professorale wereld niemand heeft om mee te converseeren. En over bittere eenzaamheid klaagt hij 20 jaren later in een brief aan BLUNTSCHLI. Het huiselijk leven stelde hooge eischen aan zijn plichtsgevoel, maar blijkt hem weinig rust, ontspanning en geluk te hebben gebracht.

(3) Hierin heeft waarschijnlijk ook GÖTTE invloed gehad.

hetwelk SAVIGNY met nadruk op den voorgrond stelt. Door MANIGK wordt terecht betoogd dat men omstreeks 1814 oververzadigd was van filosofie, dat men tot de werkelijkheid wilde worden teruggevoerd en dat SAVIGNY daarin zijn tijd heeft begrepen.

„Ons lichaam”, zegt SAVIGNY (*Zeitschr. für gesch. R. W. III*) „is niet onveranderlijk, maar groeit en ontwikkelt zich. Zoo beschouw ik het recht van het volk als een deel van het lichaam van het volk, maar niet als een kleed, dat willekeurig is gemaakt en evenzoo willekeurig kan worden afgelegd en verwisseld.” SAVIGNY verzet zich tegen het streven van de Fransche revolutie, tegen wat hij reeds in 1800 noemde het bouwen van „Schneemänner” uit abstracte beginselen, maar hij verzet zich met niet minder kracht tegen hen, die uit reactie tegen de Fransche revolutie tot conservatisme werden geleid. Hij wil ingaan op de werkelijkheid, hij wil feiten doen spreken en door het indringen in de werkelijkheid, in de feiten, wil hij de feiten beheerschen. Ook het recht, zooals het zich geschiedkundig heeft ontwikkeld, is een hoogst gewichtig element in het volksleven. Wendt men zich af van hetgeen in langzamen groei is ontstaan, wil men alleen weten „van het recht, waarmee wij geboren worden”, dan dwaalt men door gemis aan menschenkennis en aan psychologisch inzicht. Wij menschen, zegt SAVIGNY, zijn tegelijk gebonden en vrij, d. i. wij hebben slechts een beperkte mate van vrijheid, die zich tot de grootste proporties ontwikkelt naar mate wij een juister inzicht hebben in onze positie. En dit ware inzicht ontbreekt, wanneer wij niet begrijpen hoe wij door allerlei krachten van het verleden worden beheerscht en gedreven. Ons streven moet zijn het kennen van die krachten om niet blindelings medegesleept te worden. Hoe hoogmoediger wij onze geheele zelfstandig-

heid proclameeren, hoe meer wij weigeren kennis te nemen van hetgeen niet in eigen brein is ontsproten, hoe dieper wij zinken in afhankelijkheid van krachten, waarvan wij het bestaan niet vermoeden.

Wij moeten het evolutie-, het ontwikkelingsproces gadeslaan, zooals het zich in de geschiedenis heeft geopenbaard om bij het voortschrijden der ontwikkeling de rol te spelen, waartoe onze geestvermogens — bij doeltreffend gebruik — ons in staat stellen.

„Het recht is het leven van het volk van een bijzondere zijde bezien.”

Deze stelling van SAVIGNY heeft diep ingeslagen, mede in verband met het betoog dat het de volksgeest is, die zich in het recht openbaart. Op allerlei wijzen en van de meest verschillende zijden treden de denkbeelden van SAVIGNY, voorzoover die dit terrein betreffen, op den voorgrond. Zelfs van de zijde van hen, die niets van SAVIGNY weten willen en blijkbaar van SAVIGNY's geschriften geen kennis hebben genomen. Men heeft een gezelschapsspelletje waarbij b.v. een 8-tal personen zich langs den muur van een vertrek opstelt. No. 1 doet met fluisterende stem een verhaal aan no. 2 en zoo vervolgens. No. 1 heeft zijn verhaal op schrift gesteld en zoo doet ook no. 8. De ervaring leert dat bij het passeeren van het verhaal door het achttal het oorspronkelijke tot onherkenbaar toe is verminkt. Daaraan valt te denken, wanneer men juristen — soms zelfs mannen van onbetwistbare verdienste — de denkbeelden van een SAVIGNY hoort reproduceeren.

In de eerste plaats is „de volksgeest” bij SAVIGNY — ook volgens het eenstemmig getuigenis van zijn vrienden en leerlingen — een uitdrukking om door één woord bij wijze van beeldspraak aan te geven dat bij een volk

van gelijke afstamming en gelijke levensomstandigheden tot zekere hoogte gemeenschappelijke kenmerken zijn aan te treffen. Die „volksgeest” wordt in ruimen kring geheel in strijd met de bedoeling van hem, die de uitdrukking gebruikte, verheven tot een afzonderlijk geestelijk wezen, tot een ziel met eigen onafhankelijk bestaan, een ziel, die vonken van zijn geestesleven uitstraalt, vonken, die alleen door de volksgenooten kunnen worden opgevangen. In dien zin is de „Volksziel” of „Volksgeest” een populair artikel geworden, waarmede zelfs professoren (1) ten tooneele verschijnen en waardoor jammerlijk misverstand wordt geprovoceerd.

Dan wordt het recht — naar de vermeende voorstelling van SAVIGNY — voorgesteld als een plant van zoo buitengewone levenskracht, dat zij groeit tegen alle verdrukking, dat zij zich onder alle omstandigheden ontwikkelt tot volledigen bloei. Ook in onze Nederlandsche professorale wereld staart menigeen met onverdeelde bewondering naar de taaië levenskracht van dit gewas. Velen zijn verontwaardigd tegen den rechter die niet plukt de schoone vruchten, welke hem in zoo ruimen overvloed tot heil van het volk worden aangeboden. Men is aandoenlijk over het jammerlijk verschijnsel van de vreemding tusschen het volk *en zijn recht*, omdat de rechter het monopolie heeft van blindheid, omdat hij niet opneemt, hetwelk allen voor zich zien. In dien geest ook eenigermate Mr. FOCKEMA ANDRÉE in zijn *Moderne Practuur* op het voetspoor van de door hem opgevangen jammerklachten.

Nu lag het voor de hand dat SAVIGNY in „*Vom Beruf*”, bij den strijd van volksinvloed tegen bureaucratie sterk den nadruk legde op het feit, dat oorspronkelijk alle

(1) Zoo ook STAMMLER.

recht onmiddellijk door het volk werd geproduceerd en dat de rechtsvormende kracht — voorzoover die zich in het toenmalige volksleven openbaarde — op den voorgrond werd gesteld. Doch reeds in „Vom Beruf” komt uit, dat een toestand, zooals velen die thans als bestaande schetsen, door SAVIGNY bijna wordt teruggebracht tot den tijd „toen de dieren nog spreken konden”. Men ziet — alles van SAVIGNY lezende en overdenkende —, dat hij allerminst gelooft aan die onverwoestbare groeikracht van het volksrecht. Er komen volgens hem tijden van volstrekte steriliteit op dit gebied. Zulke tijden heeft volgens hem ook Rome gekend en alleen wetgeving kon toen eenig heil brengen. Hij verplaatst in den klassieken tijd van het Romeinsche recht de productie van het volk naar den juristenstand, althans wat betreft „das ungeheure Detail”, en daarop komt het meest aan. Hij wijst er op hoe een samenloop van gelukkige omstandigheden destijds — toen de produceerende kracht van het volk als geheel ophield — in een schitterenden juristenstand, waarvan men het evenbeeld niet weer heeft gezien, een orgaan schiep, dat het recht in goede banen leidde.

Het recht is volgens SAVIGNY een integreerend deel van een gezond volksleven. Gezond, doordat het volk als geheel recht produceert of doordat het uit zijn midden voortbrengt de krachtige organen, zooals in den bloeitijd van de Romeinsche juristen.

Het volksleven kan echter zeer ongezond zijn en slechts met scherp geopende oogen kunnen de leiders van Staat en Maatschappij het vervallen tot een bedenkelijken ziekte-toestand voorkomen. Men moet steeds waakzaam zijn om de goede krachten aan te kweeken en de beschikking te krijgen over rechtsvormende organen.

Daartoe wordt o. a. achtereenvolgens gesteld:

1°. Samenwerking van professoren;

2°. Samenwerking van juridische faculteiten met de hogere gerechten;

3°. Een commissie van mannen van wetenschap en praktijk;

4°. Een hoogste rechtscollege, eenigermate in den geest van het Fransche Hof van Cassatie.

Van stilzitten, van afwachten, van juichen over de onbedwingbare groeikracht van het recht is geen sprake. Wel van diepe klachten, dat zoowel de geleerden als de rechters jammerlijk in hun plicht te dien opzichte te kort schieten, (Inleiding System). De invloed van SAVIGNY heeft ten slotte op dit gebied wel vruchten gedragen. Zijn Ministerie werd volgens MANIGK (blz. 84) de school voor de later steeds bijgehouden zorgvuldige voorbereiding van de Pruisische en Duitse wetten (1).

In Nederland is men nog niet zoover gekomen dat de ernstige vraag, door SAVIGNY opgeworpen, in overweging wordt genomen.

Leest men „De Moderne Staatsidee” van Prof. KRABBE, dan ziet men daar stellingen verkondigen lijnrecht tegenovergesteld aan het streven van een SAVIGNY, zonder dat het blijkt dat de denkbeelden van SAVIGNY tot over de Nederlandsche grenzen zijn doorgedrongen, tenzij misschien in den vorm, die door RUDORFF in 1862 in zijne nekrologie van SAVIGNY de toen reeds bekende populaire vervalsching daarvan wordt genoemd. Prof. KRABBE — zich aansluitende aan vele nieuwe schrijvers — juicht over „het bereiken van een trap van cultuur, waarin een levend rechtsbewustzijn onder de volksgenooten voortdurend werkzaam is”.

Wanneer men kennis neemt van de uitnemende critiek in de brochure van Prof. STRUIJCKEN, zal men zien

(1) Men zie daarover *Themis* 1914, blz. 630 e. v.

wat er van dit alles overblijft, zoo de professorale beschouwingen uit het rijk der wolken worden getoetst aan de feiten, zooals die van alle zijden duidelijk tot ons spreken.

„Hoe staat het met het werkelijk rechtsbewustzijn ten aanzien van concrete vraagstukken?” vraagt Prof. STRUIJKEN. Het antwoord kan niet anders zijn dan dat de volksgenooten vervallen in een bonte spraakverwarring, zoodra zij geroepen worden omtrent concrete vraagstukken een oordeel uit te spreken. En dit is de tragische consequentie van de hoogere trap van cultuur, zooals SAVIGNY dit zeer juist heeft ingezien.

Nu ligt het in de natuur dat bij het verrijzen van groote gevaren ook de krachten naar voren treden, waardoor die gevaren kunnen worden bestreden. Ten aanzien van het recht zijn het — om met ERHLICH te spreken — de „rechterzeugende Kräfte in der Gesellschaft”. Deze door-eigen drang zich verheffende krachten op te sporen en te mobiliseeren was de taak, waartoe volgens een STEIN, een SAVIGNY e. a. de Staat geroepen was.

Prof. KRABBE ziet noch het gevaar, noch het geneesmiddel (1). Hij zoekt zijn heil bij de Kamerleden, de

(1) Wel constateert Prof. KRABBE dat het rechtsbewustzijn zoo sterk is, dat het nieuwe wegen zoekt en vindt, zoodra de normale bedding (het Parlement) den stroom niet opneemt. Dit is echter bij den professor slechts een stelling, geuit zonder voorafgaand onderzoek, of het moest zijn het bewijsmiddel dat het rechtsbewustzijn zelfs Koningen van hun troon verwijderd. Men leze daarvoor Prof. STRUIJKEN. Een vraag in aansluiting aan diens opmerkingen. Wanneer moordenaars het Oostenrijksch gezinde Koningspaar van het huis Obrenowitsch verwijderden en wanneer daardoor ruim baan wordt gemaakt voor het Russisch gezinde huis Karageorgewitsch, is men dan zeker dat daarmede zich realiseerde het volksrechtsbewustzijn?

Een tweede opmerking. Moordenaars huren om een Vorst uit den weg te ruimen is — althans in zuidelijke landen — misschien ge-

personen „aan wier rechtsbewustzijn met aansluiting van „elk ander de normen zullen worden getoetst”. Doch bij een kijkje in het Parlement schijnt ook Prof. KRABBE iets te voelen van hetgeen den 20-jarigen SAVIGNY deed spreken over „Schneemänner aus Abstractionen”. „Op „den geest der Kamerleden wordt — zegt de professor — „te veel beslag gelegd door phrases. Het Kamerlid „wordt geroepen een oordeel te vellen over hetgeen „buiten zijn gezichtskring ligt” (blz. 132).

Prof. KRABBE verkondigt in zijn stellingen gezichtspunten, die in ruimen kring heerschen. Het formuleeren van die stellingen is het beste middel om de innerlijke zwakheid ervan naar voren te brengen.

Neen, het Parlement kan niet zijn de eenige drager van het rechtsbewustzijn, het veelhoofdige wezen, waaruit

makkelijk. Is daarom een eenvoudige maatregel ten aanzien van het burgerlijk recht — hetgeen men als het mindere beschouwt — ook gemakkelijk zonder wet te realiseeren ?

Schrijver van deze regelen ziet jaar in jaar uit voor zich tal van processen, die door de invoering van een handelsregister zouden kunnen worden voorkomen, is getuige van de demoralisatie, die het gevolg is van de omstandigheid, dat de evolutie ten aanzien van het burgerlijk recht is stopgezet.

Wat ziet men van de werking van het rechtsbewustzijn ten aanzien van deze en honderd andere onderwerpen, nu de normale bedding van Prof. KRABBE, het orgaan van de rechtsovertuiging, hier een valsche bodem blijkt ?

Het Parlement ontaart meer en meer in een bijwagen van de bureaucratie en leeft bij voorkeur op de zoogenaamde groote lijnen, op grondwetsherziening, kiesrechthervorming, enz.

De heer NIERSTRASZ is opgetreden met onzachte hand, doch hij zoude niet zulk een ontroering hebben gewekt, wanneer hij die hand niet had gelegd op de wondeplek van ons staatsleven. Een wondeplek, waarop reeds van andere zijde vruchteloos is gewezen. O. a. in bovenvermelde brochure «Varia» van den schrijver van deze bladzijden (blz. 19 en 74 v.).

klare gedachten en gevoelens ontspruiten. De heldere inzichten, de juiste denkbeelden moeten verrijzen uit de maatschappij, uit den kring van hen, die onafgebroken in het volle leven staan, uit de organen, die in natuurlijke groei zich ontwikkelen. Het Parlement heeft ten taak om dien groei en die ontwikkeling gade te slaan en mede te werken om de voortbrengselen van dien groei en die ontwikkeling in juiste banen te leiden. Een moeilijke en dankbare taak.

Treedt het Parlement in het spoor van Prof. KRABBE, beschouwt het zich als de uitsluitende drager van het rechtsbewustzijn, als het hoofd en hart, waarin het recht moet groeien en rijpen, dan vervalt het noodzakelijk tot onmacht, dan moet het worden beheerscht door de phrases, die Prof. KRABBE reeds thans op het Binnenhof hoort klinken.

„Ein Jurist (1) der nichts ist als ein Jurist ist ein arm Ding” (LUTHER).

Het beroep van den jurist is gevaarlijk. Er is een put, waarin de jurist dreigt te verzinken. „Van niets houden wij goede rechtsgeleerden zooveel — schrijft THIBAUT in zijne brochure van 1814, blz. 21 — dan van het aanwenden van alle krachten om de meeningen van anderen te bestrijden, juist omdat zij van anderen afkomstig zijn.”

En IHERING verheft spottend deze woorden tot het motto van menig jurist: „Lieber eine unsinnige Ansicht für sich allein, wie eine vernünftige getheilt mit Anderen”.

(1) Jurist wordt hier genomen in den meer gebruikelijken ongunstigen zin.

Zie Mr. R. A. FOCKEMA, «Varia», blz. 17.

Ook in onze Nederlandsche professorale wereld pleegt men dikwijls de geleerden op oorspronkelijkheid te keuren en een jong geleerde wordt allicht afgeleid van de taak die hem zou passen, door het zoeken naar een nieuw licht, waarmee hij de wereld wenscht te verrijken.

Het is dit kwaad, waartegen SAVIGNY den strijd opneemt. Men moet volgens hem afzien van alle streven om de eigen persoonlijkheid op den voorgrond te plaatsen als den drager van nieuw licht. Men moet zijn de eenvoudige arbeider, wien bij goeden aanleg en ernstigen zin een prijs ten deel valt, die ontglipt aan hem, bij wien het koesteren van het eigen ik verduistert den blik op het leven en op het recht. In iederen ernstigen arbeid drukt de persoonlijkheid ten slotte op het werk een eigen stempel en de verborgen schatten openbaren zich het eerst aan hem, die niet door eigenwaan wordt verblind.

SAVIGNY wil den jurist verheffen boven hetgeen LUTHER: „ein arm Ding” noemde. De juristen moeten in noodzakelijke arbeidsverdeeling op verschillend gebied werkzaam zijn, maar zij moeten steeds begrijpen dat zij bij verschil van taak toch te zamen medewerkers zijn bij het optrekken van een schoon gebouw. De bij den arbeid in groepen gesplitsten moeten steeds doordrongen zijn van het in maatschappij en staat noodzakelijke gevoel van saamhoorigheid. Het is zeker een der groote teleurstellingen geweest voor SAVIGNY, dat naar zijn roepstem weinig is geluisterd. Wanneer een zijner geliefde leerlingen, BLUNTSCHLY, in zijne brochure van 1839 een strijd tusschen Romanisten en Germanisten noodzakelijk acht, wanneer hij niet voelt, dat zij als medewerkers kunnen optreden bij het optrekken van het nieuwe gebouw — het Duitsche nationale recht — dan wordt SAVIGNY,

blijkens zijn brieven aan BLUNTSCHLI, daardoor diep pijnlijk getroffen (1).

De vraag is ook thans te stellen: Moeten de juristen zijn een twistend gezelschap, dat de taak — de leiding van het rechtsleven van het volk — uit het oog verliest? Een groep mannen, gedreven door den lust om alles te bestrijden, wat een vakgenoot mocht zeggen. Een groep, waarin de lust om met wat nieuws — hoe belachelijk ook — voor de menigte te paradeeren overheerscht. In hoever de Nederlandsche juristenwereld als „ein arm Ding” moet worden gequalificeerd, wordt hier ter zijde gelaten. Alleen mag worden geconstateerd, dat de roepstem van SAVIGNY, de ernstige aanmaning om zich tot het hogere te verheffen, ook in Nederland is een geluid, hetwelk onafgebroken in aller ooren moet klinken.

Bij het recht zijn twee stroomingen, die gelijkelijk ten verdere voeren. Die van den Vader van PIETER STASTOK, welke bewonderend staart op de wijsheid der Vaders en voor het heden de oogen sluit en die van den Heer NIEUWLICHT, welke elken terugblik op het verleden uit den booze acht en met forschen greep uitsluitend ziende op het heden en vooral op „de groote lijnen”, den vooruitgang wil leiden.

STASTOK en NIEUWLICHT — hoe verschillend in schijn — zijn in aard en wezen verwante zielen, trage geesten, die op de vleugels van algemeene gezichtspunten triomfen willen behalen of althans figuur willen maken. Het verschil tusschen STASTOK en NIEUWLICHT bestaat hierin, dat beiden met den slaap in de oogen gelijkelijk voortdommelende de een rechts, de ander links uit bed zijn gestapt. Beiden sluiten hunne oogen voor de werkelijk-

(1) BLUNTSCHLI's briefwisseling bovenvermeld blzz. 73 en 89.

heid, onthouden zich van inspannenden arbeid en leven — ziende op de fouten van hun tegenvoeter, in den grond hun geestverwant in traagheid — in de hoop op een schoone overwinning.

De meerderheid van ons wordt niet uitsluitend beheerscht door den invloed van de bovengeschetste figuren, onderzoekt en werkt wel tot zekere hoogte, doch ondervindende dat iedere bergbestijging slechts langzaam vordert, vermoeid van de inspanning, grijpt men telkens de hand van STASTOK of van NIEUWLICHT, voelt men zich snel tot hooger opgevoerd aan de hand van zulke leiders, die ons van de moeite van den arbeid ontheffen en op de vleugelen van algemeene gezichtspunten naar boven leiden.

Het is de verdienste van SAVIGNY en van zijne beste volgelingen, dat zij de realiteit met nadruk op den voorgrond hebben geplaatst, dat zij hebben doen begrijpen dat slechts ernstige arbeid rijpe vruchten kan opleveren. Ook dat zij hebben doen gevoelen — dat het historisch geworden — naast onkruid — in zich bevat stof tot levende kracht voor de toekomst; dat men dus het verleden moet kennen om het onkruid en het afgestorvene te verwijderen en op het levenskrachtige voort te bouwen.

Nu de herinnering aan SAVIGNY en aan den door hem gevoerden strijd is verflauwd of verloren gegaan, hernemen de oude dwalingen heerschappij. Het is daarom dat het de behoefte des tijds is, die in Duitschland en Nederland bij velen luide den kreet doet aanheffen: „Terug tot SAVIGNY”.

„Terug tot SAVIGNY”. Niet in den zin, alsof wij van den grootsten jurist der negentiende eeuw een antwoord willen vernemen op alle vragen van het heden. De evolutie, die SAVIGNY in alles bespeurde, heeft ook na

hem doorgewerkt. Voortgezette studie heeft ander licht verspreid op menig gebied. Nieuwe behoeften hebben zich geopenbaard en naar het voorschrift van SAVIGNY moeten deze nieuwe behoeften ernstig worden onderzocht als stof tot vorming van nieuw recht.

SAVIGNY blijft onze leermeester in zijne methode van onderzoek, in zijn steeds herhaald waarschuwen tegen het onder het motto van „groote nieuwe gezichtspunten” afdwalen tot phrases, in zijn aanmaning om steeds alles te toetsen aan de realiteit.

Prof. MANIGK, wiens voortreffelijk boek een afzonderlijke bespreking vereischt, wijst op SAVIGNY als den man, die van het gevaar van vervluchtingen in algemeene beschouwingen heeft teruggevoerd tot de ernstige observatie van het werkelijk leven.

Een tegenwoordig ruim verspreide dwaling bestaat hierin, dat men SAVIGNY beschouwt als een „Romanist pur sang” (zoo ook Mr. FOCKEMA ANDRÉE in zijn *Moderne Praetuur*), iemand die als onze Friesche ULRICH HUBER en als Prof. VANGEROW in de vorige eeuw bewonderend neerknielt voor het Romeinsche recht en onzen tijd door de Romeinen wil laten beheerschen. Nu was dit standpunt aan SAVIGNY ten eenenmale vreemd. Wel was hij Romanist in dien zin dat hij het Romeinsche recht — en speciaal het toen in Duitschland geldende Romeinsche recht (1) — tot zijn arbeidsveld had gekozen. Doch hij was zoo weinig exclusivist, dat hij voortdurend streefde naar het vinden van krachten om het gebied van het zuiver Duitsche recht te ontginnen. Dit blijkt ook uit de onlangs

(1) En juist omdat het was in Duitschland *geldend* recht, een stuk van het Duitsche rechtsleven.

gepubliceerde briefwisseling met HEISE. In Juli 1810 trachtte hij HEISE als medewerker aan de nieuwe Berlijnsche universiteit te verbinden voor Romeinsch recht, als HEISE wil, maar liever voor Duitsch recht, want juist daarvoor zijn vooral krachten noodig.

Het ideaal van SAVIGNY was niet een herleving van het Romeinsche recht, doch iets anders. Ik citeer woordelijk (Vom Beruf 133): „Een eigen nationaal recht.... Het Romeinsche recht kunnen wij dan aan de geschiedenis overgeven en wij zullen niet slechts hebben een zwakke nabootsing van „Römische Bildung sondern eine ganz eigene und neue Bildung” (1).

Bij het lezen van SAVIGNY moeten wij letten op de in den aanvang besproken lijst des tijds. Wij moeten begrijpen dat „Vom Beruf” wel is de verkondiging van een wetenschappelijk program, doch ook — en in hooge mate — een wel overwogen optreden in den politieken strijd dier dagen. Het geldt daarbij, om met EHRlich te spreken, o. a. een streven om invloed te verzekeren aan de „rechtserzeugende Kräfte in der Gesellschaft”. Krachten waarop, naar STEIN en SAVIGNY begrepen, geenerlei acht werd geslagen. In het over „Vom Beruf” gevoerd debat constateert SAVIGNY als vrijwel vanzelf sprekend, dat de regeeringen van den gevoerden belangrijken strijd wel niets zullen bespeurd hebben.

De predikant BANG schreef in 1813 uit Marburg na de verdrijving der Franschen: „Das souverainisiren fängt wieder an”. Hieronder werd verstaan het laatdunkend heerschen van een bureaucratie, die van het „beschränkte

(1) De eerste stap tot vorming van het eigen nationale recht zette SAVIGNY als Minister door het doen voorbereiden van de Deutsche Wechselordnung.

Unterthanenverstand", ook wanneer het zich soms in een SAVIGNY mocht uiten, geenerlei notitie nam.

Ook in allerlei andere opzichten moet met de lijst des tijds worden gerekend. SAVIGNY is volgens MANIGK binnen zekere grenzen de eerste „Freirechtler", doch aan den anderen kant valt te constateeren dat SAVIGNY de vorming van geheel nieuw recht niet als een taak voor den rechter heeft beschouwd. Er wordt op gewezen dat hij den rechter van zijn tijd daartoe onbekwaam achtte. Intusschen dergelijke overweging was van zijn standpunt onnoodig. Men had in die dagen in Pruisen nog geen volledige zelfstandigheid van de rechterlijke macht en ten aanzien van controversen werden aan de rechterlijke colleges voorschriften gegeven bij ministerieele aanschrijving. Nu zoude het zonder twijfel in de lijst des tijds in het geheel niet hebben gepast, het zoude zeer onpractisch zijn geweest om een beweging in te leiden ten einde de regeering plotseling van haar macht te berooven. Er werden andere middelen door SAVIGNY aangegeven; aan een hoogstaand college zoude de taak van de vorming van nieuw recht worden toegewezen, een college eenigermate gelijkende op het Fransche Hof van Cassatie.

Vragen wij thans of het lezen van de werken van SAVIGNY voor den tegenwoordigen jurist nog bijzondere waarde kan hebben. Door IHERING, die volstrekt niet in alle opzichten een bewonderaar is van SAVIGNY, is deze vraag in 1861 (*Jahrbücher für die Dogmatik* V, blz. 372) bevestigend beantwoord.

Hij ziet de verdiensten van SAVIGNY's werken daarin dat altijd wordt gevraagd naar het in de practische doeleinden en gronden van het instituut gelegen innerlijke waarom. „Daarom is dit werk" — zegt hij — (ofschoon

niet bestemd voor onmiddellijk practisch gebruik) „een in eminenten zin practisch werk, een middel tot vorming van den practischen jurist als geen ander”.

Als zoodanig wordt het ook thans nog door sommige hoogleeraren aanbevolen. O. a. vertelde mij Prof. KARL BINDING, dat hij aan zijne leerlingen steeds den raad gaf een paar deelen van SAVIGNY's System met volle aandacht te bestudeeren. Schrijver van deze bladzijden kan zich op eigen ervaring beroepen, daar hij voor meer dan 40 jaren met sommige van SAVIGNY's werken heeft kennis gemaakt.

Men leze SAVIGNY niet zoozeer om wat nieuws te vernemen, dan wel om zich te vormen doordat men iets van het geestesproces, dat in SAVIGNY rijpte, voelt nawerken.

Als leeraar, zeide SAVIGNY, streefde hij er naar dit te bereiken. En hij ondervond ten aanzien daarvan succes bij zeker percentage van zijn leerlingen.

Uit SAVIGNY's brieven blijkt, dat hij de akademische studie hoofdzakelijk als een school tot vorming en ontwikkeling beschouwde. Een vorming waarbij voortdurend levendig moest worden gehouden het besef, dat men steeds het oog had te richten op het werkelijke leven, dat men de feiten tot zich moest doen spreken en zich moest wachten voor van het werkelijk leven losgerukte algemeene beschouwingen.

De kennis, die de advocaat, de ambtenaar, de rechter voor de uitoefening van zijn levenstaak zoude behoeven, deze moest men zich volgens SAVIGNY hoofdzakelijk verschaffen na voleindigde akademische studie.

In ons vaderland is het misschien niet van belang ontbloot daarop te wijzen, omdat velen meenen, dat de aanstaande advocaat en de aanstaande rechter volledig toegerust met de doctorale bul uit het akademiegebouw moet treden.

SAVIGNY is ten onzent bij de meesten een absoluut vergeten persoon. Men wordt soms zelfs professor zonder iets van den eersten jurist van de 19de eeuw te weten, zonder ooit een woord van hem gelezen te hebben. Er is echter een kentering. Het „terug tot SAVIGNY”, hetwelk door velen bij onze oostelijke naburen wordt aangeheven, klinkt ook binnen de Nederlandsche grenzen en niet alleen uit den mond van den grijzen Mr. LEVY. Ook bij jongere juristen (o. a. Prof. PAUL SCHOLTEN) ziet men, dat SAVIGNY ijverig wordt geraadpleegd.

Moge men luisteren naar hetgeen IHERING heeft gezegd en begrijpen dat sommige van SAVIGNY's werken zijn: „ein Bildungsmittel wie kein anderes”.

NASCHRIFT

In *W.* 10012 memoreert de oud-president van den Hoogen Raad, Mr. EYSSELL, zijn werkzaamheid in drie staatscommissies voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek, de commissies van 1880, 1887, 1899. Hij constateert de algemeene moedeloosheid bij de leden der verschillende commissies, toen zij moesten constateeren, dat al hun arbeid vergeefsch was, dat het was een werken voor de prullenmand. Ook voor de eerstvolgende tientallen van jaren voorziet de geëerde jurist ten aanzien van de wetgeving op dit gebied een periode van absolute sterilitéit. De Redactie van het *W. v. h. R.* wijst in haar hoofdartikel (*W.* 1001) mede op het troostelooze van den toestand.

De kwaal, waardoor ons volk in zijn edelste levenssappen wordt aangetast, is helaas oud.

Reeds in 1866 werd door den Utrechtschen professor

FRUIN in een rectorale oratie de alarmklok te dien opzichte geluid en wederom te Utrecht deed Prof. MOLENGRAAFF in 1903 in een rectorale oratie eenzelfde geluid hooren onder verwijzing naar de rede van 1866 (*Rechtsgeleerd Magazijn* 1903, blz. 191).

In ander verband besprak de Tweede Kamer (Afd. verslag over het wetsontwerp op de coöperatieve vereenigingen bijl. 28, 1875/76) het onderwerp, waar men klaagde dat bij het Ministerie van Justitie ten aanzien van wetsherziening ontbrak een vast plan, een esprit de suite; dat allerlei onderwerpen werden ter hand genomen en in stilte weer werden vergeten.

Prof. MOLENGRAAFF zegt in zijn bovenvermelde rede (blz. 192) terecht: „Maar de daad van het wetgeven, de handeling van het wetgevend orgaan van den Staat is niets anders dan het besluit, de slothandeling van een daaraan voorafgaand dikwerf langdurig proces” en verder: „De vorming van het recht als maatschappelijke gedragsregel is de resultante van de samenwerking van zeer verschillende in de maatschappij werkzame geestelijke krachten”.

Terwijl dus van verschillende zijden — en door de meest bevoegden — telkens wordt geconstateerd, dat de slaapmuts reeds meer dan een halve eeuw het embleem is, waardoor men de werkzaamheid op justitieel gebied in Nederland het best signaleert, is de kern van de kwaal op zeer juiste wijze aangegeven door Prof. MOLENGRAAFF.

Gezonde justitieele wetgeving — en niet deze alleen — is de resultante van de in de maatschappij levende psychische krachten. Deze krachten op te sporen en den groei daarvan te bevorderen is een der voornaamste

plichten van den Staat. Een plicht, die helaas op het besproken terrein in ons Vaderland ten eenenmale wordt uit het oog verloren.

Een STEIN en een SAVIGNY streefden naar bevordering van den groei — om met Prof. MOLENGRAAFF te spreken — van de in de maatschappij levende krachten. Zij zetten zich tegen het „souveränisiren” van een absolute regeering en een bureaucratie, maar zij waren zeker niet minder gekant tegen het „souveränisiren” van een parlement, hetwelk zich inbeeldt (systeem Prof. KRABBE), dat het rechtsbewustzijn der natie uitsluitend in zijn leden is samengevloeid. Van die zijde begreep men dat een regeering en een parlement een hoogst belangrijke taak hadden te vervullen, ook waar die grootendeels bestond in het opvangen, verzamelen en controleeren. Naar de samenwerking van alle in het volk levende krachten moest volgens hen worden gestreefd. In dien geest sprak SAVIGNY van democratie in de monarchie.

Wij kunnen, wijzende op de woorden van Mr. ELJSELL, Prof. FRUIN, Prof. MOLENGRAAFF, e. a. voornamelijk het wegsterven van krachten constateeren. Daarbij een bijna volstreckte steriliteit bij de samenwerking van regeering en parlement, die buiten staat blijken uit eigen kracht die vruchten te produceeren, welke door natuurlijken groei met hunne medewerking in het volksleven zich zouden kunnen ontwikkelen (1).

Toen de Freiherr VON STEIN zijn schitterende loopbaan in Westfalen begon, vond hij daar — zeldzaam overblijfsel van oud-Duitsche instellingen — vertegenwoordigende lichamen van zeer gebrekkige samenstelling.

(1) Zie brochure «Varia», blz. 7 en v.

Doch in dit gebrekkig organisme constateerde hij iets zeer kostbaars: publieke geest en gezond leven.

Thans loopen de debatten bij grondwetsherziening en kiesrecht bijna uitsluitend over de techniek van de samenstelling van een parlement. Voor zoover aan het gezond leven iets of zeer veel ontbreekt, wordt de discussie daarover ter zijde gesteld.

En om te eindigen met SAVIGNY. Men vraagt zich af met welk nieuw systeem hij de wereld heeft verrijkt, welke nieuwe denkbeelden wij aan hem danken. En wanneer men zich daarbij — veel voorbijziende — onbevredigd voelt, vergeet men dat de hoofdverdienste van de grootsten jurist der vorige eeuw lag in het verdrijven van den slaap, in het opwekken van leven, de „lebendig fortschreitende Jurisprudenz”, waarvan zijn leerling en vriend VON BETHMANN HOLLWEG in 1876 sprak, toen hij, het laatst het woord voerende, den vereerden leermeester herdacht.

SAVIGNY heeft er naar gestreefd om het recht te verrijken, om den juristenstand te verheffen boven hetgeen LUTHER noemde: „ein arm Ding”. Zijn streven heeft rijke vruchten gedragen en in onze armoede mogen wij den blik richten op de kracht, die van hem is uitgegaan.

Theorie en werkelijkheid.

Wanneer Mr. VAN IDSINGA in het tweede deel van zijn standaardwerk over de administratieve rechtspraak handelt over het moderne staatsbegrip, teekent hij naar aanleiding van een opmerking van OPZOOMER, dat diens theorie een „positieve” zou zijn, in een noot aan: „dit is „een onschuldige ijdelheid waarmede leeraars van de meest „niteenlopende leeringen zichzelf geveleid hebben” (1). In den tegenwoordigen tijd is het bij de schrijvers minder gebruikelijk hun theorieën met het praedicaat „positief” te voorzien — wellicht omdat deze term niet van dubbelzinnigheid is vrij te pleiten — maar hecht men er aan zijn denkbeelden als „reëel” te betitelen. Uitdrukkingen als „het recht der werkelijkheid”, „het „levende recht”, hoewel van over de grenzen ingevoerd, hebben bij ons burgerrecht verkregen. Zoodat hetgeen Mr. VAN IDSINGA schreef over het in de mode zijn van het adjectief „positief”, gevoegelijk voor de tegenwoordige rechtsgeleerde litteratuur van den term „reëel” kan worden opgemerkt.

Nu zou men verwachten, dat in een tijd, waarin zóó groote waarde gehecht wordt aan een realistische beoefening der rechtswetenschap, de beginselen der historische rechtsschool groote waardeering zouden onder vinden. Indien immers de omschrijving die b.v. BERGBOHM geeft van de hoofdleer dier school: „nur das ist Recht,

(1) Mr. VAN IDSINGA, «De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie» II, blz. 199, n. 4.

„was in einem geschichtlichen Werden *wirkliches* Recht „geworden ist” (1), waarheid bevat — en het oordeel van BERGBOHM heeft te meer waarde, waar deze zelfde schrijver niet nalaat er op te wijzen dat z. i. zelfs de historische school niet van natuurrechtelijke smetten is vrij gebleven — dan toch, zoo zou men denken, is de *historische* school de *realistische* bij uitnemendheid.

Evenwel zien wij juist het tegenovergestelde gebeuren en staat de historische school aan de heftigste aanvallen bloot juist van de zijde van hen, die leven en leer nauwer met elkander in verbinding begeeren te brengen. Het zou de moeite waard zijn deze kritiek nader te bezien. De uitkomst van dat onderzoek zou o. i. in veel gevallen niet anders kunnen zijn dan een rehabilitatie van de bestreden school. Immers wordt hij, die kennis genomen heeft van de geschriften b. v. van VON SAVIGNY zèlf en die niet slechts *over* dezen hoofdman der school heeft gelezen, slag op slag getroffen door de volkomen onjuiste voorstelling, welke zoo dikwijls van de beginselen der historische school gegeven wordt. Hoe is het b. v. mogelijk aan deze school verdediging van de „Allgesetzligkeit” of van de „logische Geschlossenheit des Rechts” in de schoenen te schuiven — gelijk niet zelden geschiedt — zonder volkomen miskenning harer bedoelingen. Dat het positieve recht, wet en gewoonte, „leemten” vertoont en men dus een concrete vraag lang niet altijd kan oplossen door deductie uit een positiefrechtelijken regel, is een gedachte, juist geheel en al in den geest van de school die men bestrijdt. Heeft niet reeds HUGO opgemerkt, dat naast de wet niet slechts het gewoonterecht geldt, maar ook recht „was sich ohne Gesetzgebung so ganz von

(1) Dr. K. BERGBOHM, «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie» I, blz. 143 (wij cursiveeren).

„selbst macht" (1)? En is niet veeleer de „scholastiek" in de rechtswetenschap, de „Begriffsjurisprudenz" die met de gewraakte opvatting nauw samenhangt en óók aan de historische school verweten wordt, kenmerkend voor het achttiende-eeuwsche natuurrecht, waartegen juist de historische school zich keerde? Eenige voorbeelden uit vele ten bewijze van de onbillijkheid der bezwaren die meer dan eens tegen de historische school worden aangevoerd (2).

Vanwaar die in meer dan één opzicht scheeve voorstelling en die onbillijke bestrijding, welke bovendien gepaard gaat met een oplevende sympathie voor de toch allesbehalve „realistische" school van het natuurrecht (3), een voorkeur die men op haar beurt niet anders rechtvaardigen kan dan door ook de leer van het natuurrecht niet zuiver weer te geven door juist datgene wat deze theorieën boven alles typeert — b.v. het aannemen van een voor alle tijden en plaatsen geldend absoluut recht — daaruit weg te construeeren?

Is de onderstelling geheel onjuist — ook Dr. MANIGK in zijn aangehaald werk (blz. 7, 8) wijst in die richting — dat de historische school dáárom in den hoek wordt gezet, omdat men gewend is geraakt haar volgelingen voor te stellen als lieden, bezielde met een bijzondere voorliefde voor het recht van het verleden en met een ingewortelden afkeer van de eischen die het heden aan de rechtsontwikkeling stelt en de toekomst stellen zal, kortom als

(1) E. LANDSBERG, «Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft», III, 2 blz. 20.

(2) Zie vooral Dr. ALFRED MANIGK «SAVIGNY und der Modernismus im Recht» (1914) die op tal van punten de critiek op de hist. school refuteert.

(3) Men denke o.m. aan den titel van het bekende werk van E. JUNG: «Das Problem des natürlichen Rechts» (1912).

reactionaire tegenstanders van den „voortgang“? En dat de herleeftde waardeering van het oude natuurrecht verband houdt met den roem van voortstrevendheid, waarin zich de mannen der „Aufklärung“ steeds hebben mogen verheugen? Zoodat wie zich voorstelt aan wetenschap en politiek nieuwe banen te wijzen, liever niët in het compromitteerend gezelschap van de historische school en bij voorkeur wël in het aanbevelenswaardige gezelschap van de school van het natuurrecht wordt aangetroffen? Iets dergelijks zou meer zijn vertoond en zou tenminste een verklaring geven van het wonderlijke verschijnsel, dat b.v. niet zelden van de zijde der zoog. „Freirechtler“ alle verwantschap wordt ontkend met SAVIGNY, „den ersten *originalen* Freirechtler“, zooals MANIGK hem niet zonder reden betitelt! (1)

Hoe dat zij, in elk geval is deze miskennis niet zonder bezwaar. Immers als waar mocht zijn, hetgeen wij boven beweerden en als de mannen van „het levende recht“ inderdaad in veel opzichten de geestelijke navolgers zijn van de historische school, dan verloochenen zij zoodoende hun oorsprong. Dit kan niet straffeloos geschieden. Het zou toch beteekenen dat men, in plaats van zich in te denken in de beginselen dier school, om aldus haar denkbeelden te kunnen aanvullen en waar noodig verbeteren, opnieuw van voren aan begon zonder gebruik te maken van den gedachtenschat, door de historische school aan het licht gebracht. Waarbij men uit den aard der zaak gevaar zou loopen, omdat niet aan ieder het geniale inzicht van een SAVIGNY is gegeven en bovendien het natuurrecht zich in de tegenwoordige wetenschap in minder naieve en dus zooveel verleidelijker gedaante vertoont dan eertijds, zich niet voldoende los te maken van het

(1) MANIGK, l.c. p. 16.

doctrinarisme en de natuurrechtelijke constructies, waarin blijkens de ervaring de rechtsgeleerde nu eenmaal „van nature” zoo gemakkelijk vervalt.

Die bedenkelijke gevolgen zijn dan ook o.i. inderdaad te bespeuren bij meer dan één voorvechter van „het recht der werkelijkheid”. Eenerzijds brengt men — zijns ondanks — metterdaad hulde aan de historische school door zich het begrijpen van de werkelijkheid ten doel te stellen, anderzijds begaat men telkens de natuurrechtelijke fout van het leven te bezien niet zooals het is, maar zooals het naar onze idealistische subjectieve opvatting zou behooren te zijn en maakt men zich schuldig aan aprioristische constructie. En zoo ontstaat er een tegenstelling tusschen theorie en werkelijkheid, hoewel toch een juridische theorie alleen in zooverre van waarde is als zij geschikt is om de werkelijkheid beter te leeren verstaan.

„Chassez le droit naturel, il revient au galop”, zoo zou men met een variatie op een bekende spreuk kunnen zeggen. Hoe komt dat? Omdat wij voortdurende zelfcontrole en zelfverloochening behoeven om aan de bekoring van de natuurrechtelijke methode te ontkomen.

Men doet de natuurrechtsleeraars van de achttiende eeuw geen onrecht, wanneer men hun verwijt, dat zij doorlopend de categorieën van het zoo-zijn en het zoo-behooren verwarren. Welnu, als zedelijk gevoelende wezens komen ook wij telkens in de verzoeking, waar verschijnselen der menschelijke samenleving voorwerp van onderzoek zijn, onze helderheid van waarneming te laten vertroebelen door onze ethische waardeering der verschijnselen. Dat is misschien niet geheel te vermijden, in zooverre als reeds het ordenen van de stof schifting, dus het aanleggen van zekeren maatstaf onderstelt (1). Maar

(1) Cf. Prof. Mr. PAUL SCHOLTEN, «Recht en Levensbeschouwing» 1915 (blz. 22).

men behoort toch voor zichzelf zooveel mogelijk na te gaan in hoeverre een beoordeelend subjectief element in de redeneering is opgenomen, en zijn lezer daaromtrent niet in het duister te laten. Daarvoor is echter nauwlettende zelfcontrôle eisch.

Evenmin geeft men een tendentieuze voorstelling van de natuurrechtelijke methode, als men in haar laakt, dat zij, vanuit één of meer aprioristische praemissen deduceerende, de werkelijkheid naar vooropgezette meeningen verwingt. En nu hebben ook wij alweer als wetenschappelijke onderzoekers de behoefte zooveel mogelijk den samenhang der verschijnselen op te sporen, in het schijnbaar gecompliceerde zooveel het kan eenheid op te merken, hetgeen ons in de verleiding brengt terwille van de eenheid de tegenstellingen, die het werkelijke leven te zien geeft, uit te wisschen. De vlag van het monisme moet dan somtijds dienst doen om de lading van eenzijdigheid te dekken. En het kost soms wetenschappelijke zelfverloochening voldoende rekening te houden met de waarheid, die niet slechts voor den natuurwetenschappelijken onderzoeker geldt, dat eenvoudigheid lang niet altijd kenmerk is van het ware (1). Immers dat beteekent dat wij niet zelden, althans voorloopig, ons moeten neerleggen bij een *testimonium ignorantiae*.

Het gevaar is dus niet denkbeeldig, dat men, door na te laten zich te verdiepen in den gedachténgang van de historische school, welke onder den sterken indruk van het onbevredigende eener natuurrechtelijke methode welbewust en met onovertroffen genialiteit getracht heeft zich daaraan te ontworstelen, als vanzelf telkens weer terugvalt in de „original sin” van het natuurrecht: *ver-*

(1) Cf. de onder den titel «*Simplex non veri sigillum*» op 13 Maart 1913 door Prof. EYKMAN te Utrecht uitgesproken diërede.

warring van zoo-zijn en zoo-behooren en aprioristische constructie met miskennis van de werkelijkheid. En het zijn waarlijk niet de minsten die in dit opzicht het meest gevaar loopen. Naarmate toch iemand sterker doordrongen is — terecht — van de noodzakelijkheid de menschenlijke handelingen te toetsen aan een ethischen maatstaf en naarmate bij den wetenschappelijken onderzoeker zich sterker de gerechtvaardigde behoefte openbaart in de verschijnselen zooveel mogelijk eenheid te bespeuren, neemt voor hem de moeilijkheid toe deze klippen te ontzeilen.

De hooggeleerde schrijver van „De moderne staatsidee”, Prof. KRABBE, houde ons ten goede, dat bestudeering van zijn ons ter aankondiging toegezonden werk telkens bovenstaande gedachten bij ons deed opkomen. Prof. KRABBE heeft liefde voor de werkelijkheid: voortdurend houdt hij ons voor, dat zijn bedoeling is de realiteit te schetsen. Maar dat gaat gepaard met een houding tegenover de historische methode, die niet te sterk met het woord „afkeer” is gekenschetst. Men leze zijn hartstochtelijke ontboezeming op blz. 112: „Een beroep op het historisch geworden verwerpen wij ten eenenmale” . . . „ons voelen, denken en willen [moet vrijgemaakt worden] van het juk der geschiedenis, traditie en overlevering”. Wat wonder, dat althans o. i. — ondanks de pretensie van het tegendeel — het geschrift in stede van de realiteit weer te geven, een illustratie is van het gevaar, de werkelijkheid ten offer te brengen aan de theorie, d. i. aan het ethisch en wetenschappelijk ideaal van den auteur.

Reeds uit dien hoofde scheen het ons wenschelijk dieper op den inhoud van het genoemde werk in te gaan dan een uiteraard beknopte aankondiging toelaat. Wij zijn dan tevens vrij het werk vanuit een bepaald oogpunt te bezien en behoeven den schrijver niet op

den voet te volgen. Zoo blijft buiten bespreking het laatste hoofdstuk over de internationale rechtsgemeenschap. Trouwens ook om andere redenen kan moeilijk met een korte aankondiging worden volstaan. Nederlandsche geschriften over algemeene staatsleer zijn zeldzaam en verdienen derhalve de volle aandacht. En als dan de schrijver iemand is van de wetenschappelijke beteekenis van Prof. KRABBE en zijn geestesproduct zoo uitermate belangrijk, wordt men vanzelf gedrongen tot uitvoerige behandeling. Dat bij die bespreking de kritiek op den voorgrond, uiteenzetting van eigen denkbeelden — al blijft ze niet geheel achterwege — op den achtergrond zal staan, zal de schrijver ons, naar wij hopen, niet euvel duiden. Hij moge daarin zien een uiting van de bescheidenheid van den criticus die volkomen beseft, dat wanneer iemand van het gezag van den schrijver er z. i. niet in geslaagd is een buitengewoon moeilijk vraagstuk in een opzettelijk daaraan gewijde studie bevredigend op te lossen, het vermetel zou zijn zoo hij zelf zoo maar terloops een oplossing aan de hand deed.

STAHL, sprekende over het natuurrecht, maakt onderscheid tusschen het natuurrecht „als wissenschaftliche Staatstheorie” en het „System der Revolution”. „Das Naturrecht — zoo verduidelijkt hij zijn bedoeling — sucht aprioristische Erklärung und Rechtfertigung des Staates, die Revolution dagegen aprioristische Errichtung und Gestaltung des Staates” (1). M. a. w. de oudere natuurrechtsleeraars trachtten den *bestaanden* staat natuurrechtelijk te verklaren, de nieuwere, met name ROUSSEAU en zijn opvolgers, deduceerden uit hun natuurrechtelijke praemisse een *ideaalstaat* en vorderden dat de bestaande rechtsorde naar dat ideaal werd omgevormd.

(1) F. J. STAHL, «Geschichte der Rechtsphilosophie», blz. 290.

Intusschen is bekend, dat de natuurrechtelijke schrijvers niet altijd duidelijk deden uitkomen of zij het een of het andere bedoelden. B.v. is in dit opzicht de leer van ROUSSEAU verre van helder en is het begrijpelijk dat velen meenden ze te hebben weerlegd door aan te toonen dat het sluiten van *contrat social* feitelijk niet heeft plaats gegrepen, terwijl anderen betoogden — en o. i. met meer recht — dat een dergelijke argumentatie langs ROUSSEAU heenging, omdat hij niet de *bestaande* staatsorde heeft willen verklaren uit haar wijze van totstandkoming, maar integendeel de beginselen heeft willen uiteenzetten volgens welke een staat zou *behooren* te worden ingericht, om zich voor de rechtbank der rede te kunnen handhaven. Dat meeningsverschil toont echter wel aan, dat het ROUSSEAU niet gelukt is met volkomen helderheid de categorieën van het zoo-zijn en het zoo-behooren uit elkander te houden. En wat van hem geldt kan ook van andere natuurrechtsleeraars worden gezegd, hun abstracte methode gaf voortdurend aanleiding tot onduidelijkheid.

Boven werd reeds aangestipt dat een dergelijke verwarring ook bij hen, die zich niet rekenen tot de school van het natuurrecht, niet ongewoon is. Staatstheorie en staatsphilosophie, rechtstheorie en rechtsphilosophie, staatsbegrip en staatsidee, loopen bij vele auteurs soms ongemerkt in elkander over. Terecht is opgemerkt, dat „diese unbewusste Einwirkung von Zweck- und Wertgedanken ein charakteristisches Merkmal [ist] der Sozialwissenschaften” (1). Dit geschiedt b.v. telkens als in de staatsdefinitie het staatsdoel wordt opgenomen, b.v. wordt gesteld, dat doel van den staat is bescherming en bevorde-

(1) ADOLF MENZEL, «Begriff und Wesen des Staates», in *Handbuch der Politik*, 1e Ausg. I, blz. 36 n. 2.

ring van de belangen der onderdanen. Op het ongewenschte van een dergelijke wijze van doen werd reeds gewezen. Waar toch de schrijver niet aankondigt, w nneer hij een sprong maakt van de beschrijvende wetenschap der staats- of rechtstheorie naar de normatieve wetenschap der staats- of rechtsphilosophie, loopt de argelooze lezer gevaar als werkelijk bestaand aan te nemen, hetgeen niet meer is dan een ideaal naar het subjectief inzicht van den auteur. Waardoor hij wellicht zijns ondanks gewonnen wordt voor een opvatting omtrent het zoo-behooren, waarmede hij zich als ze opzettelijk en uitdrukkelijk was voorgedragen, niet zou hebben kunnen vereenigen, omdat zijn grondbeginselen niet met die van den schrijver overeenstemmen. Hoezeer intusschen dit gevaar bestaat, ondervindt elk die zich b.v. met de studie van het staatsrecht bezighoudt: welk een verleiding volkomen te goeder trouw politiek en staatsrecht in dien zin te vermengen, dat men als constitutioneel aandient hetgeen men alleen maar zou wenschen dat staatsrechtelijk vaststond. Juist op dit gebied, waar b.v. telkens de vraag rijst of bepaalde gebruiken verdienen als bron van gewoonterecht te worden beschouwd, is het noodig, zich telkens nauwlettend af te vragen, of men zich door positiefrechtelijke dan wel door politieke motieven bij de beslissing heeft laten leiden.

Het wil ons nu toeschijnen, dat Prof. KRABBE  n waar hij handelt over het recht,  n waar hij spreekt over den staat, in de natuurrechtelijke fout vervalt van *zoo-zijn en zoo-behooren te verwarren*.

Ik spreek eerst over zijn *rechtsopvatting*.

Oppervlakkig beschouwd schijnt Prof. KRABBE uitdrukkelijk de vraag naar het zoo-behooren uit te schakelen uit zijn betoog. Met nadruk wordt ons ingeprent, dat alleen het „geldende recht” in onderzoek is en met

zooveel woorden wordt verklaard (blz. 37) dat „de vraag „naar het gerechtigheidsgehalte, de vraag dus of het „aangelegde criterium bij de uitvaardiging of erkenning „der rechtsnorm juist was of niet” buiten bespreking blijft. Behandeling van dit probleem wordt aan de rechtsphilosophie overgelaten. Daaruit zou men geneigd zijn af te leiden, dat de schrijver bij de uiteenzetting van zijn denkbeelden zich nauwlettend bepaalt tot het terrein van het zoo-zijn.

Echter blijkt o. i. als wordt nagegaan welke beteekenis de schrijver aan het begrip „geldend recht” hecht en welke plaats hij aan dat recht wil zien toegekend, dat hij toch niet heeft kunnen vermijden zich telkens op het gebied der rechtsphilosophie — in den zin van de wetenschap van het zoo-behooren op het terrein van het recht — te begeven.

Wat is voor Prof. KRABBE het kenmerk van de gelding van het recht? Beslissend is niet de feitelijke uitoefening. Ook niet de wil van een overheid, die een bepaalden regel tot recht heeft gestempeld, evenmin de wil van den „staat”, of van het volk, ook niet de „Anerkennung” (BIERLING) door degenen tot wie de regel zich richt: in al deze laatste gevallen zou de maatstaf van de gelding in den wil worden gezocht en het recht zijn ethisch karakter verliezen (blz. 39). Neen, in het recht dat alleen dien naam verdient openbaart zich een norm, waaraan onze wil juist onderworpen is, daardoor onderscheidt het zich van willekeur. Die norm vloeit voort uit ons rechtsbewustzijn. Krachtens dat bewustzijn onderzoeken wij het rechtsgehalte van de menselijke handelingen, op juist dezelfde wijze als onze schoonheidszin ons normen ter onderscheiding van schoon en leelijk aan de hand doet. Het resultaat van die toetsing is „geldend recht”. Volkomen onverschillig is, of inderdaad de voorschriften

van ons rechtsbewustzijn worden gevolgd door onszelf of door anderen die ons bevelen geven. „Een wet die „niet op deze basis (n.l. van het rechtsbewustzijn) steunt „is *geen* recht, ook al wordt zij nageleefd, vrijwillig of „gedwongen” (blz. 44).

Tot zoover zal de schrijver de weergave van zijn denkbeelden niet wraken. Hij zal echter volhouden, dat hij hierdoor het gebied van de feiten niet heeft verlaten, waar immers de gelding van het recht wordt teruggevoerd op een „algemeen menselijke neiging”, op „een gevoel [dat wij] stellig als gegeven mogen aanmerken” (blz. 42), op een feit derhalve. Met den neerslag van ons rechtsbewustzijn geldend recht te noemen doet men dus niet anders dan een verschijnsel uit het werkelijke leven een bepaalden naam te geven. Over de juiste keuze van dien naam kan men twisten, maar men kan toch niet beweren dat hierdoor een stap gedaan wordt op het terrein van het zoo-behooren, dat een waardeeringsoordeel wordt geveld!

Dat zou inderdaad zoo zijn, indien de schrijver hierbij bleef staan. Maar hij doet meer dan alleen een zeker verschijnsel met een bepaalden naam aan te duiden. Over dit verschijnsel velt hij een *oordeel* en daarmee betreedt hij het gebied van de rechtsphilosophie.

Wat toch is het geval. De ervaring leert ons, dat wij niet altijd volgens ons rechtsbewustzijn handelen, en dat ook de autoriteiten in den staat die met de rechtsvorming en de rechtstoepassing zijn belast, soms andere regelen, desnoods met den sterken arm, handhaven, dan die uit het rechtsbewustzijn der volksgenooten voortvloeien. Er bestaat dus een tegenstelling tusschen de regelen die feitelijk worden toegepast en de normen welke op het rechtsbewustzijn zijn gebaseerd. Beide normenreeksen vallen niet altijd samen. Het karakteristieke van KRAEBE'S

beschouwing nu is, dat beide rechten wèl behooren samen te vallen. D. w. z. niet slechts de wètgever *mag* geen bindende regelen geven die niet uit het rechtsbewustzijn voortvloeien, maar ook de rēchter „*dient* (1) rekening te „houden met de werking van het rechtsbewustzijn, en „naar het aldus gevonden recht recht te spreken” (blz. 114).

Zoodra men echter de vraag stelt en beantwoordt: welke regelen *moeten* worden toegepast, bevindt men zich op rechtsphilosophisch terrein. Volkomen terecht zet b. v. Mr. M. MEYERS uiteen in zijn „Dogmatische Rechtswetenschap” (blz. 60), dat wanneer men onder positief recht — gelijk hij doet en hetzelfde geldt van Prof. KRABBE als hij spreekt van „geldend recht” — verstaat niet een geheel van zekere regelen die feitelijk worden toegepast, maar het geheel van regelen die, b. v. door den rechter, *moeten* worden toegepast, men het antwoord alleen kan vinden op het gebied van de rechtsphilosophie. Die waarheid wordt verborgen door de dubbelzinnigheid van den term „geldend” recht, waarbij men geneigd is te denken aan regelen die *feitelijk* worden opgevolgd, terwijl men er in dit verband onder verstaat regelen die door de daartoe bevoegde autoriteiten *behooren* te worden gehandhaafd.

De vraag naar de gelding van het recht — in dezen zin — is dus een rechtsphilosophische. En dat onverschillig of men den grondslag van de gelding van de norm zoekt in de rechtvaardigheid van den inhoud van de norm, of wel zoo men den grondslag der gelding *elders* zoekt. Het is niet geheel zonder belang dat op te merken, omdat in het *laatste* geval licht uit het oog wordt verloren, dat de vraag naar den grondslag van de gelding van het recht nooit anders dan langs rechtsphilosophischen weg kan worden beantwoord. Indien men toch den grondslag

(1) Wij cursiveeren.

van de „gelding” in iets anders zoekt dan in het rechtvaardigheidsgehalte van de norm, is men gemakkelijk geneigd alleen de vraag naar het al of niet rechtvaardige van haar inhoud voor een filosofische te houden, en niet die naar de „gelding” van de norm zonder meer. Evenwel ten onrechte. Dat wordt b.v. zeer juist ingezien door STAHL. Hij erkent eenerzijds beginselen van rechtvaardigheid, waaraan de Overheid bij het vaststellen van het recht gebonden is. Maar anderzijds is z.i. de onderdaan verplicht de door de Overheid vastgestelde normen te gehoorzamen, ook al heeft de Overheid op die beginselen niet voldoende acht geslagen. Of zijn opvatting juist is, doet hier niet ter zake. Echter wel de omstandigheid, dat hij niet slechts langs rechtsphilosophischen weg de rechtsbeginselen zoekt waarnaar de rechtvaardigheid van den inhoud der norm moet worden beoordeeld, maar dat hij evenzeer en los daarvan een filosofischen grondslag geeft voor zijn bewering, dat het door de overheid vastgestelde recht, al is het onrechtvaardig, „geldend recht” is. M. a. w. dat hij beseft dat de vraag naar het bindend karakter van het positieve recht niet minder dan de vraag naar den al of niet rechtvaardigen inhoud van dat recht ligt op het gebied van het zoo-behooren.

Wellicht doen wij Mr. KRABBE onrecht, maar geeft hij geen aanleiding tot de onderstelling, dat hij, sprekende over de rechtsphilosophie die ter deure wordt uitgewezen, alleen gedacht heeft aan dat deel dier wetenschap dat zich bezighoudt met het beoordeelen van den *inhoud* der rechtsnormen, en niet heeft gedacht aan dat deel dier wetenschap dat zich bezighoudt met het opsporen van de criteria waaraan de *gelding* van de normen — daar-gelaten haar inhoud — moet worden getoetst? Zoodat hij, handelende over de vraag van de gelding van het

recht, zich heeft voorgesteld het rechtsphilosophisch terrein te hebben vermeden, en op den veiligen bodem van de feiten zich te hebben bevonden? En is die onderstelling onjuist, dan blijft toch de vraag haar recht behouden, waarin dan het bijzonder „realistische” van KRABBE's stelsel gelegen is.

Intusschen moet nader worden aangetoond, dat inderdaad de schrijver van een rechtsphilosophische praemisse uitgaat, ook dan als hij den indruk geeft eenvoudig de werkelijkheid weer te geven. Dat n.l. zijn uitgangspunt is de rechtsphilosophische stelling, dat wij zedelijk verplicht zijn volgens de normen die ons rechtsbewustzijn ons stelt te handelen, en dat er dus z. i. een hoogste absoluut bindende norm bestaat luidende: gij zult u door uw rechtsbewustzijn laten beheerschen.

Allereerst wijst daarop de strekking van het boek als geheel genomen. Immers alleen die staat uit het heden of het verleden kan genade vinden in de oogen van den schrijver, die volkomen op het individueele rechtsbewustzijn is gebaseerd. Waarom? Het wordt ons niet meegedeeld. Mogen wij echter aannemen dat Prof. KRABBE van de bovengestelde praemisse uitgaat, dan is zijn voorkeur verklaard, al kan dan nog verder worden gevraagd, hoe hij aan die hoogste norm komt.

Maar ook afgezien van de algemeene strekking van het boek meenen wij te moeten volhouden, dat de schrijver telkens aanleiding geeft tot de onderstelling, dat zijn werk berust op de bovengenoemde philosophische onderstelling.

Meermalen raakt de schrijver het vraagstuk aan van den titel van het Overheidsgezag. Nu kan alweer die vraag zóó bedoeld zijn, dat men ze beantwoorden kan zonder het terrein van de rechtsphilosophie te betreden, indien n.l. alleen gevraagd wordt naar den feitelijken oorsprong

van de macht der Overheid. Maar in den regel bedoelt men te vragen naar den zedelijken grond van haar gezag. In welk geval de quaestie geheel en al behoort tot het domein van de rechtsphilosophie.

Het is duidelijk dat zij, die bij de beantwoording van de gestelde vraag verwijzen naar eene souvereiniteit Gods, of wel eene souvereiniteit van het volk, de vraag in rechtsphilosophischen zin opvatten. Waar nu Mr. KRABBE deze denkbeelden bestrijdt, mag worden aangenomen, dat ook hij de vraag opvat als een vraag naar het zoo-behooren van zeker verschijnsel.

Is dat juist, dan komt het verwijt, door Prof. KRABBE aan de verdedigers van Gods- resp. volkssouvereiniteit gericht, dat zij zich op een „fictie” beroepen, terwijl hij op den bodem van de feiten blijft staan, in een eigenaardig licht te staan.

KRABBE ontkent dat de Overheid een titel heeft: niemand is bevoegd uit eigen hoofde over anderen te heerschen, een „eigengerechtigde” overheid is een onding. Maar voor het gezag der Overheid schuift hij een ander gezag in de plaats, waaruit dan wèl de nu eenmaal „in den staat besloten heerschappij” kan worden verklaard en dat wèl een behoorlijken titel heeft, n.l. het gezag van het „geldende recht”. Dat geldende recht dat immers zijn grond vindt in het rechtsbewustzijn.

Het blijkt derhalve, dat KRABBE voor het probleem van den titel van het Overheidsgezag het probleem van den titel van het rechtsgezag heeft gesubstitueerd. Dit heeft alleen zin, als beide problemen van denzelfden aard zijn. Derhalve mag worden aangenomen dat ook de vraag naar den titel van het geldende recht in rechtsphilosophischen zin moet worden verstaan. Wat echter beteekent dat het beroep op het rechtsbewustzijn als titel van het recht dezelfde beteekenis heeft voor KRABBE als

het beroep op Gods wil als titel van de Overheid voor den verdediger der Godssouvereiniteit. Doen deze tenslotte een beroep op een autoriteit (God), wier uitspraak voor hen absolute wet is, hetzelfde mag van het beroep van KRABBE op zijn autoriteit (het menschelijk rechtsbewustzijn) worden verondersteld. Zoodat KRABBE uitgaat van de praemisse: „de mensch is zedelijk verplicht aan de voorschriften van het rechtsbewustzijn te gehoorzamen”, evenals de verdedigers der Godssouvereiniteit uitgaan van de praemisse: „de mensch is zedelijk verplicht aan de geboden Gods te gehoorzamen”. Welnu, de eene stelling is al even aprioristisch als de andere: geen van beide zijn voor bewijs vatbaar. En er is dus niet de minste reden bij voorkeur aan de verdedigers van de Gods- resp. de volkssouvereiniteit te verwijten, dat zij zich in een fictieve wereld bewegen.

Hoe de schrijver daaraan komt, is intusschen wel te begrijpen. Voor het syllogisme van den verdediger van de Godssouvereiniteit: Gods geboden zijn zedelijk bindende — het Overheidsinstituut berust op Gods gebod — dus heeft de Overheid zedelijk gezag, wordt — zien wij juist — door KRABBE het syllogisme in de plaats gesteld: de voorschriften van het rechtsbewustzijn zijn zedelijk bindende — het recht is neerslag van het rechtsbewustzijn — dus heeft het recht zedelijk gezag. En nu kan men misschien volhouden dat de minor uit het eerste syllogisme zich aan de waarneming onttrekt, de minor van het tweede syllogisme daarentegen ervaringsfeit is. Vandaar dat zoo men niet tot den maior opklimt, de tweede redeneering realistisch, de eerste fictief — in KRABBE's terminologie — schijnt. Echter komt het in beide redeneeringen juist op den maior aan, onverschillig of men dezen met zooveel woorden stelt of stilzwijgend veronderstelt. En de maior is in de eene en de andere

redeneering een geloofsdogma, d. w. z. in de terminologie van KRABBE, een fictie. Want dat ook de maior in KRABBE's syllogisme ervaringsfeit zou zijn, kan niet worden toegegeven. „Uit het rechtsbewustzijn, zooals wij het als psychisch verschijnsel waarnemen, vloeit hij [n.l. de regel, dat wij zedelijk verplicht zijn ons rechtsbewustzijn te volgen] zoo weinig voort, dat niemand er aan denkt zich ernaar te gedragen : geen verstandig mensch zal steeds zijne gedragingen door zijn rechtsgevoel of rechtsbewustzijn laten bepalen”, zooals o. i. volkomen terecht door Prof. STRUYCKEN in zijn critiek op het werk van KRABBE wordt opgemerkt (1).

Het scheen ons de moeite te loonen uitvoerig uiteen te zetten waarom o. i. het boek van Prof. KRABBE op een philosophische praemisse berust omdat, is dat het geval, tenslotte hier gelijk altijd, waar sprake is van het vellen van een waardeeringsoordeel, de levensbeschouwing den doorslag geeft. M. a. w. dat wordt uitgegaan van een onderstelling die niet kan worden bewezen, maar die men alleen kan aannemen of verwerpen, dat dus Mr. KRABBE zich beweegt in de wereld van het „Bekennen”, niet van het „Erkennen”, een geloofsdogma verkondigt (2). Indien het dus onwetenschappelijk zou zijn — wat er op zichzelf weinig toe doet omdat het afhangt van de uitgebreidheid die men aan het begrip „wetenschappelijk”

(1) Zie *De Gids* van September 1916, «Recht en Gezag», door Prof. STRUYCKEN.

(2) Cf. G. RADBRUCH, «Grundzüge der Rechtsphilosophie» 1914, blz. 2: «Es ist nun aber ein im weiteren Verlaufe dieser Erörterungen zu befestigender Grundgedanke, dasz Werturteile nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig sind. Und so musz dieses Buch, wie es denn vor den entscheidenden Fragen immer wieder die Unerkennbarkeit, die blosze Bekennbarkeit ihrer Beantwortungen wird zugestehen müssen, sofort mit einem unbeweisbaren Bekenntnis beginnen».

toekent — uit te gaan van onbewezen stellingen, dan is het stelsel-KRABBE niet minder onwetenschappelijk dan b.v. de theorie van het „droit divin”. Maar dan gaat het ook niet aan in 't bijzonder van deze theorie in tegenstelling tot de leer der rechtssouvereiniteit te beweren — gelijk geschiedt op blz. 146 en uitvoeriger in zijn „Lehre des Rechtssouveränität” — dat zij in de wetenschap niet thuis behoort omdat zij niet bewezen kan worden en rust op een „Glaubensartikel” [dasz] folglich bloss für solche gilt, welche einer gleichen religiösen Ueberzeugung zugetan sind” (Rechtssouveränität blz. 147), alsof van de leer van Mr. KRABBE niet juist hetzelfde kan worden gezegd. Alleen is zijn geloofsdogma niet religieus maar filosofisch, doch wij vermogen niet in te zien wat dat ten opzichte van de aanhangige quaestie voor onderscheid maakt (1).

Ook ten opzichte van de *staatsleer* van Prof. KRABBE

(1) Het schijnt wel, dat verhandelingen die bedoelen de bron van het recht op te sporen, uit haar aard gevaar loopen het zoo-zijn en het zoo-behooren niet scherp uit elkander te houden. In zijn kritiek op het bovengenoemde werk van E. JUNG, «Das Problem des natürlichen Rechts», wijst FRITZ MÜNCH (Zschr. für Rechtsphilosophie I, 1 blz. 123 v.v.) er op, dat de schrijver niet voldoende onderscheidt de «genetische» en de «kritische Fragestellung». JUNG zou verward hebben de «psychologische Frage nach den empirischen Ursachen des Daseins des Rechts» met de «transzendente Frage nach der Geltung des Rechts und deren Gründen». Of uitgedrukt in de juridische terminologie, hij zou de «quaestio facti» en de «quaestio juris» nu niet binnen de grenzen van een bepaalde rechtsorde, maar «in Bezug auf das Kulturfaktum «Recht» selbst», met elkander hebben vermengd. De denkbeelden van KRABBE wijken in veel opzichten van die van JUNG af. Toch zijn wij geneigd een dergelijke kritiek ook op hem toepasselijk te achten. Ook hij geeft eigenlijk alleen een verklaring van het psychologische proces dat het recht doet geboren worden, maar vestigt daarbij tevens den indruk alsof hij daarmede achtte te hebben aangetoond, waarom het recht ons zedelijk bindt.

— dit ten slotte — kan o. i. worden aangetoond, dat hij de natuurrechtelijke fout, het verwarren van het zoo-zijn en het zoo-behooren, niet heeft weten te vermijden.

Hij zal handelen over de moderne „staatsidee”. In welken zin wordt dat laatste woord door hem gebruikt? Neemt hij dezen term in den zin van „staatsbegrip”, d. w. z. wil hij een constructie geven van het verschijnsel in de menschelijke samenleving dat wij staat noemen, zooals het zich in de werkelijkheid voordoet, of denkt hij daarbij aan een *staatsideaal*, d. w. z. construeert hij zich een staat zooals die zou behooren te zijn ingericht? Zijn polemieek tegen verschillende staats-theorieën, die trachten een constructie te geven van den staat zooals hij *is*, doet het eerste vermoeden. De omstandigheid echter, dat hij — gelijk wij reeds aanstipten — telkens en wel aan de hand van zijn „staatsidee” een waardeeringsoordeel velt over den staat zooals die in het verleden gevonden werd en over den staat waarin wij thans leven, doet tot de tweede opvatting neigen. Hoe kan men b.v. stellen, dat „juist in den tegenwoordigen tijd de eigenlijke idee van den staat als rechtsgemeenschap naar voren komt” (blz. 158), zoo daarbij niet gedacht wordt aan een ideaal dat meer en meer zijn verwezenlijking nadert?

Een onduidelijkheid derhalve van denzelfden aard als waaraan meer dan een natuurrechtelijk stelsel (ROUSSEAU) mank gaat. Misschien kan echter in de volgende richting een oplossing gevonden worden van de schijnbare tegenstrijdigheid. Boven bleek, dat de dubbelzinnigheid van den term „gelden” aanleiding was tot misverstand. Hier is de beteekenis, die de schrijver aan het begrip „reëel” hecht, oorzaak van onduidelijkheid. Op blz. 109 lezen wij dat het rechtsbewustzijn „alleen een macht en de eenige

reële (1) macht [is], omdat de gehoorzaamheid aan haar bevelen niet opgelegd maar gegeven wordt". De feitelijke machtsverhoudingen, die in den staat worden aangetroffen, zijn dus niet „reëel” behalve wanneer zij op het rechtsbewustzijn kunnen worden teruggevoerd. Daarmede wordt in de terminologie het ideaal tot werkelijkheid verheven. In welke omzetting o. i. de verklaring ligt van de omstandigheid, dat de schrijver tegelijk met theoretici die over het staatsbegrip handelen polemiseeren kan en tevens op grond van zijn staatsidee een waardeeringsoordeel kan uitspreken over den staat zooals hij *was* of *is*. Indien immers Mr. KRABBE schrijvers bestrijdt die een theorie geven ter constructie van den staat zooals hij zich in de werkelijkheid voordoet, kan hij volhouden, dat hij over dezelfde zaak spreekt als zij, immers evenals zij handelt over den „reëelen staat”. Maar inderdaad handelt KRABBE over wat die schrijvers zouden noemen een staatsideaal. En als Mr. KRABBE voortdurend zegt, dat hij alleen de realiteit op het oog heeft en toch de werkelijk bestaande staten uit verleden en heden niet verklaart maar beoordeelt, beteekent dit, dat waar ieder ander zou zeggen dat Mr. KRABBE den staat zooals hij *was* of *is* toetst aan zijn staatsideaal, hij zal formuleeren, dat hij onderzoekt of het verschijnsel dat men staat noemt inderdaad dien naam verdient, een *reële* staat is, d. w. z. of zich daarin al dan niet uitsluitend de „eenige reële macht” van het rechtsbewustzijn openbaart.

Als wij nu in het vervolg over de „staatsidee” van KRABBE spreken, maken wij ons los van de eigenaardige beteekenis, die hij aan het begrip „reëel” hecht en beschouwen wij zijn staatsleer als een leer van den staat zooals deze behoort te zijn ingericht. Wanneer wij dan

(1) Wij cursiveeren.

verder dat ideaal aan de „werkelijkheid” gaan toetsen, zijn wij ons bewust, onder dat laatste begrip iets anders te verstaan dan de schrijver. Wij meenen echter dat doende dichter bij het gewone spraakgebruik te staan dan hij.

Van de natuurrechtelijke fout van het verwarren der categorieën van het zoo-zijn en het zoo-behooren scheen ons het werk van KRABBE een typisch voorbeeld. Hoe staat het met die andere natuurrechtelijke zonde, de *aprioristische doctrinaire constructie*, die ook op het gebied van den staat tot verwijding van theorie en werkelijkheid moet leiden? Vóór deze vraag ten opzichte van het geschrift, dat in het bijzonder het onderwerp is in dit opstel, kan worden behandeld, moeten aan het probleem zelf eenige woorden worden gewijd.

Reeds de eenvoudigste waarneming leert ons, dat in den staat, waarin wij leven, sommigen de macht bezitten hetzij individueel, hetzij in onderlinge samenwerking, hun wil met dwingend gezag aan anderen op te leggen. M. a. w. dat er in den staat zijn „gouvernants” en „gouvernés” — zooals een Fransch schrijver het uitdrukt — regeerders en geregeerden. Maar evenzeer springt onmiddellijk in het oog, dat die „gouvernants” bij het uitoefenen van die bevoegdheid niet vrij zijn, immers aan vaste regelen gebonden. Een theorie ter verklaring van den staat zal dus met beide elementen, het machts- en het rechtselement hebben rekening te houden.

Het is overbekend, dat juist die laatste eisch bij de verklaring van den staat tot de grootste bezwaren heeft aanleiding gegeven.

Langen tijd heeft men gemeend, den staat te kunnen begrijpen door eenzijdig op het machtsselement het oog te vestigen. De souvereiniteit en wel in de absolutistische beteekenis van „le pouvoir absolu et perpétuel d'une

„république” (BODIN) werd beschouwd als een subjectief recht op heerschappij dat aan een bepaald wilssubject toekwam. Over de vraag, *wie* als subject van die machtsvolkomenheid was te beschouwen, werd in den loop der tijden een verschillend antwoord gegeven. Achtereenvolgens deden de theorieën van de heerscherssovereiniteit, de volkssovereiniteit en de staatssovereiniteit opgang, een opvolging die ook verband hield met de veranderde staatsinrichting, daar de leer van de heerscherssovereiniteit (niet te verwarren met de leer van hen die meenen dat in de constitutioneele monarchie de vorst de hoogste, wat niet hetzelfde is als de „gesamte Staatsgewalt” bezit) het best paste ter verklaring van de absolute monarchie, die der volkssovereiniteit ter verklaring van de republiek, die der staatssovereiniteit schijnbaar de eenige oplossing was ter verklaring van den „gemengden staatsvorm” als b.v. de constitutioneele monarchie. Maar bij alle verschil hield men in den regel het beginsel dat de geheele staatsmacht op één rechts-subject moest worden geprojecteerd, vast. Dat het subject van de „gesamte Staatsgewalt”, wie dan ook, zelf aan de rechtsorde, die uit zijn eigen machtsvolkomenheid was afgeleid, gebonden was, werd dan verklaard door de constructie van een veronderstelde „Selbstbeschränkung”. Een hulpmiddel dat herinnert aan de veronderstelde „stilzwijgende overeenkomst”, waarmede de naturrechtsleeraars opereerden om positiefrechtelijke instituten te handhaven die op zichzelf genomen in strijd schenen met 's menschen aangeboren vrijheid.

Die analogie is trouwens niet toevallig. „Das Naturrecht sucht aprioristische Erklärung des Staates”, zoo luidde het oordeel van zijn scherpsten criticus. Welnu, dan is niet te verwonderen dat een staatstheorie, welke vanuit een aprioristisch aangenomen soevereiniteit, in

den zin van machtsvolkomenheid, deduceert, in haar methodes het oude natuurrecht volgt. En evenmin dat zij op dergelijke moeilijkheden stuit als de natuurrechtstheorieën. Een macht die bij definitie rechtens ongebonden is, en van wie het recht zelf zijn gelding afleidt, kan onmogelijk door zelfbeperking *rechtens* gebonden worden, evenmin als — gelijk in de analoge constructie waarop wij wezen — de bij definitie van nature volkomen vrije mensch zich bij overeenkomst onderwerpen kan aan een regel die zijn vrijheid beperkt, d. i. in een bepaald geval wegneemt.

Evenwel duurde het langen tijd voordat het onvoldoende van deze aprioristische redeneering werd ingezien en begrepen werd, dat, zoo men de gelding van het recht uitsluitend afleidde uit de macht die het recht zou stellen of handhaven, daarmede het recht zijn zelfstandigheid tegenover die macht moest inboeten. De staats theoretische strijd liep aanvankelijk meer over het „subject” van de „gesamte Staatsgewalt” dan over het cardinale punt van de geheele quaestie, de voorstelling dat de souvereiniteit (machtsvolkomenheid) als een subjectief recht aan een bepaalden wilsdrager — wie dan ook — uit den aard der zaak toekwam. Eerst in den laatsten tijd ondervindt deze in den grond uiterst eenvoudige maar tevens, ook o. i., eenzijdige voorstelling principieele bestrijding, vooral ten onzent en in Frankrijk.

In ons vaderland was het met name Prof. KRABBE — en bij al de bezwaren die wij tegen zijn eigen stelsel hebben moet dit met vollen nadruk worden erkend — die eerst in zijn „Lehre der Rechtssouveränität” in 1906 en daarna tien jaren na dato in het werk dat nu voor ons ligt, het onvoldoende, o. m. van de leer der staatssovereiniteit, aantoonde. Niet slechts — want ook van andere zijde was daarop reeds bij herhaling gewezen —

omdat zij een abstractie tot een realiteit promoveert, maar ook en voornamelijk omdat zij de verhouding tusschen het subject der souvereiniteit — in haar opvatting den staat — en het recht, niet behoorlijk weet te verklaren. In Frankrijk bracht DUGUIT, wiens invloed trouwens als wij ons niet vergissen in tal van bladzijden van het werk van KRABBE te bespeuren is, deze en andere bezwaren tegen de „orthodoxe” leer te berde. Met groote helderheid werd door dezen auteur de absolutistische tendenz niet minder van de leer der volkssouvereiniteit en van die der staatssouvereiniteit dan van de oude leer der vorstenalmacht met de stukken aangetoond en werd bovendien de aandacht gevraagd voor een verschijnsel, dat in een theorie welke in den staat alleen een machtsorganisatie ziet nooit afdoende kan worden begrepen, het feit n.l. dat meer en meer de staat zich beweegt op een terrein waar van machtsuitoefening geen sprake is. Zijn leer van de „services publics” vond navolging b.v. bij JÈZE en BERTHÉLEMY en ligt, vergissen wij ons niet, ook ten grondslag aan vele beschouwingen van Prof. STRUYCKEN ten onzent.

Ons bestek laat niet toe een uitvoerig gemotiveerd oordeel uit te spreken, zoo wij ons daartoe al bevoegd achtten. Slechts met een enkel woord wenschen wij te betuigen, dat ook o. i. de juistheid van een goed deel der critiek op de klassieke constructie moeilijk kan worden ontkend en dat men er meer en meer toe zal moeten komen bij zijn constructie van den staat van de objectieve rechtsorde uit te gaan en de gedachte van het subjectieve recht op gezag los te laten. Veel waars schijnt ons te liggen in de opmerking van BERTHÉLEMY: „Les gouvernants ont des pouvoirs, ils ont des fonctions qui nous obligent à leur obéir, mais ce n'est que très improprement que ces fonctions et ces pouvoirs juridiques peu-

vent être qualifiés de droits" (1). De juridische constructie van de bevoegdheden der „gouvernants" zou dan o.i. gezocht moeten worden in de richting van de leer der subjectlooze rechten, zooals b.v. voor de stichtingen ten onzent door Prof. HORA SICCAMA is uiteengezet (2).

In de nieuwere voorstellingen is dus o.i. veel aantrekkelijks. Echter onder de mits, dat niet voor de ééne natuurrechtelijke constructie een andere in de plaats wordt geschoven. Even eenzijdig als het is het rechtselement in den staat weg te construeeren ten behoeve van het machtselement, even eenzijdig zou het zijn, het machtselement weg te redeneeren ten gelieve van het rechtselement. Er bestaat nu eenmaal een dualisme tusschen macht en recht, gelijk in het individu naast elkander machtsbewustzijn en rechtsbewustzijn beiden te vinden zijn. Dat dualisme zal ook in de inrichting van den staat steeds zijn terug te vinden. Een theorie die het recht in de macht wil doen opgaan is niet eenzijdiger dan een leer die de macht wil doen opgaan in het recht. Hetgeen natuurlijk niet wil zeggen, dat macht en recht elkander niet zouden kunnen naderen. Dat dus niet juist zou zijn de stelling dat „tengevolge van den natuurlijken aanleg en de historische ontwikkeling der menschheid als een vaststaande factor van ieder gemeenschapsleven het streven is op te merken, het recht in de bescherming van den staat (scil. de macht) en de staat in de bescherming van het recht te stellen" (3).

(1) H. BERTHÉLEMY, «Le fondement de l'autorité politique», *Revue de droit public* 1915, blz. 672.

(2) Jhr. Mr. D. G. RENGERS HORA SICCAMA, «De geestelijke en kerkelijke goederen onder het canonieke, het gereformeerde en het neutrale recht» (1905) I, blz. 174 v.v..

(3) R. SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre» I, blz. 191.

Zie ook over het dualisme tusschen staat (machtsorganisatie) en

Evenwel geldt ook voor de bestrijders van de machts-theoretici dat het gemakkelijker is den splinter in het oog van den naaste te ontdekken, dan den balk in eigen oog. Zelfs DUGUIT, hoewel hij voor de beteekenis van de macht in den staat niet blind is en terecht uiteenzet dat een *machtsquaestie* de vraag beheerscht *wie* in den staat behooren zal tot de „gouvernants”, vervalt in zuiver natuurrecht als hij die machthebbers bindt aan een vage „solidarité sociale”. In plaats van te wijzen op de verschillende instituten in den modernen staat die zich historisch hebben ontwikkeld en elk voor zich op hunne wijze tot steun dienen van het recht: de onafhankelijke rechtspraak, de administratieve contrôle, de administratieve rechtspraak in welken vorm zij zich ook mogen openbaren. En daarnaast de vrijheid van drukpers en van vereeniging en vergadering, die aan de publieke opinie gelegenheid geeft zich te uiten, zoowel als het positieve recht door de machtshebbers geschonden wordt, als wanneer wetten tot stand worden gebracht die algemeen tegen de rechtsovertuiging ingaan. Instituten die evenzoovele waarborgen opleveren tegen machtsmisbruik van de onderscheiden dragers van het publiek gezag. Waarbij dan komt dat tenslotte geen gouvernement zich op den duur handhaven kan, als het bij voortduring het geldende recht schendt en bij de rechtsvorming met de volksovertuiging geen rekening houdt (1).

Meer nog dan op DUGUIT echter is o. i. op Prof.

recht de critiek van Prof. HAMAKER op de «Lehre der Rechtssouveränität» van Prof. KRABBE: HAMAKER, «Verspreide geschriften» VII, blz. 394 v.v.

(1) Zoo ongeveer BERTHÉLEMY in zijn aangehaald artikel, waarin hij met vermelding van de natuurrechtelijke «solidarité sociale» een uitnemende aanvulling geeft van de denkbelden van DUGUIT.

KRABBE toepasselijk, hetgeen zooveen over den splinter en den balk in herinnering werd gebracht. De door KRABBE bestreden theorieën worden irreëel, aprioristisch genoemd. Veelszins terecht. Maar hetgeen hij er voor in de plaats geeft is o. i. niet minder irreëel en aprioristisch en is volkomen natuurrechtelijk gedacht.

Als wij gaan aantoonen dat dit o. i. het geval is, vergeten wij niet, hetgeen wij boven uiteenzetten, dat de „staatsidee” van Prof. KRABBE eigenlijk is een staatsideaal, waaruit zou schijnen te volgen, dat bespreking daarvan in dit verband, waar wij handelden over aprioristische constructies ter verklaring van den *bestaanden* staat, niet zou thuis behooren. Echter is volgens Prof. KRABBE de moderne staatsidee goeddeels op weg verwezenlijkt te worden b.v. in den staat waarin wij leven. Daardoor is evenwel practisch de constructie van zijn staatsideaal tevens een poging tot verklaring van den staat der werkelijkheid en een bespreking daarvan in dit verband dus niet buiten de orde. Bij die verklaring nu volgt o. i. Prof. KRABBE de natuurrechtelijke methode.

JELLINEK, sprekende over de verdragstheorie van het natuurrecht, maakt de juiste opmerking, dat deze theorie uitgaat van een recht, dat buiten alle maatschappelijke organisatie om bestaat, maar dat zij ongemerkt een of meer beginselen van een positieve staatsorde overneemt om daaruit den staat als algemeen verschijnsel af te leiden, wat niet anders is dan een *ὑστερον πρότερον*. Vandaar, zegt hij, „dasz ihre jeweiligen politischen Forderungen „sich scheinbar deduktiv aus allgemeinen Prämissen „ergeben, in welche doch mit offener oder versteckter „Kunst die angebliche Konsequenz bereits hineingelegt „war” (1). Welnu, juist hetzelfde is, dunkt ons, bij Prof.

(1) JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre» (2e Aufl.), blz. 208.

KRABBE het geval. Zijn politiek ideaal is, gelijk op elke bladzijde blijkt, de moderne democratie. De praemisse waarvan hij uitgaat is, dat alleen de voorschriften, door het rechtsbewustzijn gesteld, bindende kracht hebben. Hij deduceert nu schijnbaar de moderne democratie uit het individueele rechtsbewustzijn, inderdaad echter leidt hij die af uit de grondbeginselen dier democratie zèlve, waarvan hij eenvoudig stilzwijgend en zonder bewijs aanneemt dat ze door ieders rechtsbewustzijn als juist worden erkend.

Wij zullen trachten dat aan te toonen. Daarbij blijft voorloopig buiten geding de vraag, of de voorstelling die KRABBE zich maakt van de moderne democratie inderdaad juist is. Op dat punt wordt in ander verband teruggekomen.

„De staat is een *rechtsgemeenschap* en [doet] dus „alleen in de werking van het rechtsbewustzijn zijn leven „kennen” (blz. 156). In den staat leven wij onder „het „onpersoonlijke gezag van het recht” (blz. 2) onder een „geestelijke heerschappij” (p. 35) en niet meer onder een „persoonlijk gezag” dat immers alleen nog maar voortleeft o. a. in „een theologische orthodoxie, welke aan zulk „een gezag voor haar dogma behoefte heeft” (blz. 41). Dezen paradijstoestand hebben wij bijna bereikt, al moet er nog wel het een en ander worden verbeterd.

Het geheele stelsel dus is gebouwd op het „individueele „rechtsbewustzijn”. W. i. w. wordt ook wel gesproken van de „rechtsovertuiging der natie” (blz. 7) of „het rechtsbewustzijn van een volk” (blz. 109), maar terzelfder tijd wordt in de historische rechtsschool gelaakt, dat zij van een „Volksgeist” gewaagt, „daarmee stellende een van het individueele bewustzijn onafhankelijke psychische macht, welke gelijke rechtswerkingen bij de individuen doet ontstaan” (blz. 48) (1), zoodat als KRABBE van het

(1) Dat is een veelal gehuldigde opvatting over de leer der his-
Themis, LXXVIII (1917), 1e st.

rechtsbewustzijn van het volk spreekt, men daar blijkbaar iets anders onder moet verstaan en niet een rechtsbewustzijn van een subject, dat naast de individueele volksgenooten een afzonderlijk bestaan leidt.

Nu leert evenwel de ervaring, dat de rechtswaardeering van den één telkens verschilt van de rechtswaardeering van den ander, al moge dan ook volgens KRABBE dat verschil niet voortvloeien uit een verschil in aangelegden maatstaf, maar uit een verschil in voorstelling van de werkelijkheid die beoordeeld wordt (blz. 47).

Dat verschil in rechtswaardeering echter plaatst den schrijver in verband met zijn individualistisch uitgangspunt voor een moeilijk probleem, door hemzelf ongeveer als volgt gesteld (blz. 45—50).

Aan elke gemeenschap ligt een gemeenschappelijk doel ten grondslag. Daarom moeten de op de bereiking van dat doel gerichte normen voor ieder lid der gemeenschap gelijkelijk gelden. Eenheid van doel postuleert dus eenheid van rechtsnorm. Ergo moet er een unanieme rechtsovertuiging zijn, daar immers het recht neerslag is van het individueele rechtsbewustzijn. Deze eenstemmigheid is echter zeldzaam. Derhalve staan we voor het dilemma: de eenheid van rechtsnorm en daarmee de eenheid van doel, dus het bestaan zelve der gemeenschap op te offeren ten gerieve van de rechtsovertuiging van het dissenteerende gemeenschapslid of omgekeerd: de rechtsovertuiging van dezen laatste op te offeren ten behoeve van de eenheid van rechtsnorm.

Wat is nu de oplossing? Een eenvoudige formule

torische school o. a. door STAMMLER verkondigd en door LANDSBERG in zijn «Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft» en tallooze anderen herhaald. Afdoende echter o. i. toont MANIGK l. c., blz 53 v.v., met beroep op tal van uitingen van v. SAVIGNY aan, dat althans aan dezen hoofdman der school deze voorstelling geheel vreemd was.

geeft het antwoord: de eenheid van norm primeert den inhoud der norm. Waarom? omdat de eenheid van norm de *hoogste* rechtswaarde bezit (blz. 50).

Reeds bij dit principieele punt, waarmede het geheele stelsel staat of valt, meenen wij dat Prof. KRABBE zich aan het *ὑστερον πρότερον*, waarvan JELLINEK sprak, schuldig maakt. Rechtswaarde kan alleen hebben in KRABBE's gedachtengang, wat berust op het individueele rechtsbewustzijn. Derhalve heeft de formule alleen beteekenis, als kan worden aangetoond, dat volgens ieders rechtsbewustzijn de eenheid van norm boven den inhoud gaat. Dat wordt echter niet aangetoond, maar blijkbaar verondersteld. Terwijl er toch steeds geweest zijn die in het algemeen (anarchisten) of die in een concreet geval den inhoud van hun rechtsbewustzijn hebben gesteld boven de eenheid van norm. Sterker, alsof niet talloos velen aan rechtsvoorschriften die strijden met hun rechtsbewustzijn gehoorzamen *niet* omdat zij gevoelen dat het zoo *behoort*, maar alleen om niet het nadeel te ondervinden dat aan ongehoorzaamheid verbonden is, dus omdat het niet anders *kan*. De zaak is veelmeer dat het *positieve recht* van de onderstelling uitgaat dat de individueele rechtsovertuiging moet wijken en dat KRABBE volkomen natuurrechtelijk, om dien positieven rechtsregel te kunnen rechtvaardigen, ze zonder verder bewijs voorstelt als een regel die door ieder en in alle gevallen als rechtmatig wordt erkend.

Heeft men zich echter over dit bezwaar heengezet, dan komt onmiddellijk een tweede dergelijke moeilijkheid naar voren. De vraag wordt gesteld „welke inhoud moet „worden prijsgegeven om tot die eenheid van norm te „geraken” (blz. 51). Kan een absolute heerscher b.v. met deze formule zijn gezag ook in de oogen der onderdanen rechtvaardigen? Geenszins: „bij gelijkwaardigheid

„van de personen, die aan de rechtsvorming deelnemen” (blz. 51) mag alleen de quantiteit beslissen en behoort dus de eenvoudige *meerderheid* den doorslag te geven.

Wij gaan voorbij de waarlijk niet overbodige vraag, waaraan die gelijkwaardigheid moet worden getoetst, een vraag te moeilijker waar in het stelsel-KRABBE elke objectieve maatstaf ontbreekt. Maar dat daargelaten, blijkt o. i. ook hier, dat de grondbeginselen waarop de positieve rechtsorde of tenminste het politiek ideaal van den schrijver — dat niet *ieders* ideaal is! — berust eerst in de praemisse worden opgenomen, om daarna wat men noodig heeft schijnbaar consequent uit de praemisse te kunnen afleiden. Immers waarom moet juist de eenvoudige meerderheid beslissen? Vanzelfsprekend is het allerminst, want wie zou b.v. moreele of aesthetische quaesties bij meerderheid van stemmen willen laten uitmaken en waarom dan quaesties van recht of onrecht? Neen, alleen dan is in KRABBE'S stelsel het beroep op de stelling: de quantiteit en wel de helft + 1 beslist, concludent, als ieders rechtsbewustzijn het billijke van een dergelijke regeling erkent. Hetgeen alweer zonder enig bewijs wordt aangenomen en toch wel enig bewijs behoeft, daar immers lang niet altijd ook onder „gelijkwaardigen” het zuivere meerderheidsstelsel als het enig billijke is beschouwd geworden en b.v. het voorschrift onzer grondwet, dat versterkte meerderheid voor de herzieningsprocedure eischt, lang niet tegen elks rechtsbewustzijn, o. m. niet tegen het onze ingaat. Wèl is waar, dat heerschappij van de helft + 1 van ouds postulaat is van de democratie, dus van het ideaal dat Prof. KRABBE voor oogen zweeft. En ook is waar, dat in de moderne democratie in veel opzichten aan dat postulaat is voldaan. Maar nu zoo maar zonder meer aan te nemen dat deze grondslag van de moderne democratie steun vindt in ieders rechtsbewustzijn, is o. i.

alweer niet anders dan natuurrechtelijk zijn „jeweilige politische Forderung” schijnbaar uit zijn algemeene praemisse te deduceeren, terwijl men inderdaad de „angebliche „Konsequenz” er alvast heeft ingelegd!

Intusschen, de moeilijkheden nemen toe naarmate verder met de constructie wordt voortgegaan. Aangenomen dat de rechtsovertuiging der meerderheid natuurlijkerwijze die der minderheid bindt. Daarmede is nog niet bewezen dat de moderne democratie met haar vertegenwoordigend stelsel door den beugel kan. Deze „organisatie van het „rechtsbewustzijn” wordt evenwel door Prof. KRABBE verdedigd, is dus z. i. niet in strijd met zijn uitgangspunt. Hoe wordt dat bewezen?

Allereerst zoeken wij tevergeefs een duidelijk antwoord op de vraag, die terstond oprijst, of organisatie van het rechtsbewustzijn *op zichzelf*, daargelaten welke, wel toelaatbaar is.

Immers organisatie is beperking, het individueele rechtsbewustzijn wordt in vaste banen geleid, wordt „aan een „vast gareel gebonden”, hetgeen toch volgens den schrijver niet denkbaar is (blz. 77). De oplossing is het pis aller, dat aan het ongeorganiseerde rechtsbewustzijn de bevoegdheid wordt toegekend de schepping van het georganiseerde rechtsbewustzijn, de wet, op zijde te zetten. Maar de vraag is gerechtvaardigd, waartoe dan die organisatie wordt toegelaten en bovendien of die uitweg wel zooveel beteekent als het schijnt, omdat toch altijd, alle theorie ten spijt, de wet wegens haar bepaaldheid feitelijk een grooten voorsprong bezit boven het voortbrengsel van het ongeorganiseerde rechtsbewustzijn en de schrijver zelf erkennen moet dat op hem, die beweert dat ongeschreven recht de wet krachteloos heeft gemaakt, de ondankbare taak rust te bewijzen, dat inderdaad een dergelijk geval voorligt!

Maar bovendien, de *bepaalde* organisatie van het rechts-

bewustzijn, b.v. in den staat waarin wij leven, wordt in bescherming genomen, wat alweer involveert, dat het rechtsbewustzijn, althans der meerderheid, die organisatie billijkt, en dit, terwijl erkend wordt dat „het rechts-
„bewustzijn dat het positieve recht deed ontstaan, gebrekkig „is geweest” (blz. 149), m. a. w. dat de organisatie van het rechtsbewustzijn op wankelende basis berust!

Eindelijk moet de auteur aantoonen, dat de organisatie van het rechtsbewustzijn: de moderne democratie, m. a. w. de „*volksregering bij representatie*”, zooals de Revolutie het uitdrukte, in tegenstelling tot de „inmediate volksregering” zich met de heerschappij van het rechtsbewustzijn laat vereenigen. Wij zullen de redeneering van den schrijver, om dit aannemelijk te maken, niet in bijzonderheden volgen. Alleen op één punt wordt gewezen, omdat daarin o. i. weer zoo duidelijk het natuurrecht om den hoek gluuert.

Voor een gedeelte zijn de volksvertegenwoordigers lasthebbers van de kiezers: dan geeft dus de oude mandaattheorie de oplossing. Maar dit is volgens KRABBE niet altijd het geval. Voorzover bij de verkiezingen de kiezers zich niet hebben uitgesproken, mogen de volksvertegenwoordigers „zich niet aan den leiband der kiezers leggen” en zelfs geen ruggespraak houden. En wel, omdat de volksgenooten door den vertegenwoordiger te kiezen „normatieve kracht” aan zijn rechtsbewustzijn hebben toegekend. Dat veronderstelt dus — omdat tenslotte toch de rechtsvorming op het individueele rechtsbewustzijn moet berusten — dat het rechtsbewustzijn van de volksgenooten de rechtvaardigheid erkent van een regeling, waarbij aan het rechtsbewustzijn van de leden der vertegenwoordigende lichamen de voorkeur wordt gegeven boven het rechtsbewustzijn van henzelfen, behalve waar aan de orde zijn „de enkele hoofdpunten van rechtsvorming waar-

„omtrent de kiezer, met het gebruik maken van zijn kiesrecht, zich heeft uitgesproken” (blz. 56).

Opnieuw wat wij telkens opmerkten. De bepaling van het positieve recht — daargelaten nu dat o. i. positief-rechtelijk de volksvertegenwoordiger zelfs niet aan het „stembusprogram” is gebonden — waarbij ruggespraak wordt uitgesloten, heeft Mr. KRABBE's sympathie. En nu wordt blijkbare mir nichts dir nichts aangenomen, dat ieders rechtsbewustzijn daarmee accoord gaat, anders toch zou de door den schrijver verdedigde regeling geen steun vinden in de individueele rechtsovertuiging!

Derhalve opnieuw een voorbeeld van de gewraakte natuurrechtelijke methode van het *ἵστέρον πρότερον*.

Het is nu eenmaal niet anders. *Hèt* rechtsbewustzijn bestaat evenmin als *dè* rede of *dè* menschenlijke natuur. Het is niet meer dan een leeg abstractie. Wel bestaat het rechtsbewustzijn van A., B en C., onderling naar alle waarschijnlijkheid op tal van punten verschillend. Om nu te vermijden de rationalistische methode die vanuit een abstractie redeneert, baseert KRABBE zich op het *individueele* rechtsbewustzijn. Maar dan kan hij ook niet boven dat individueele rechtsbewustzijn uitkomen. Zoodra hij daartoe een poging waagt, redeneert hij zijns ondanks vanuit normen die volgens zijn opvatting het individueele rechtsbewustzijn binden, hetzij hij die nu afleidt uit zijn politiek ideaal, hetzij uit de positieve rechtsorde voorzoover die aan dit ideaal beantwoordt. Terwijl dan blijkbare wordt verondersteld — anders zou immers het uitgangspunt, het individueele rechtsbewustzijn, worden verlaten — dat ieders rechtsbewustzijn evenals dat van Prof. KRABBE de verbindbaarheid van die normen toegeeft. Een onderstelling evenwel die geen voldoende feitelyken grondslag bezit. Waaruit volgt, dat o. i. Mr. KRABBE evenmin als de

natuurrechtsleeraars er in is geslaagd, zijn theorie te ontwikkelen zonder voortdurend in strijd te komen met de werkelijkheid.

Alles te zamen genomen is derhalve o. i.: niet te ont-
komen aan de conclusie, dat Prof. KRABBE voor de eene
aprioristische constructie van den staat die hij verwerpt,
een andere in de plaats heeft gesteld, zoodat er reden
was ook in dit opzicht zijn boek te beschouwen als een
illustratie van natuurrechtelijke methode.

„The science of constructing a commonwealth, or
„renovating it, or reforming it, is, like every other
„experimental science, not to be taught *a priori*”, aldus
BURKE in zijn schitterende polemiëk tegen de „constitu-
„tionmongers” in Frankrijk op het eind der achttiende
eeuw. En hij wijst in dat verband op de eenvoudigheid
van de nieuwe theorieën die „if you contemplate society
„in but one point of view are infinitely captivating”,
maar die inderdaad „fundamentally defective to say no
„worse of them” moeten worden genoemd en wel, omdat
zij geen rekening houden met de omstandigheid dat
„the nature of man is intricate” (1).

Het is van algemeene bekendheid, dat inderdaad de
school van het natuurrecht geen acht sloeg op den
mensch zooals hij reilt en zeilt, met zijn dikwijls tegen-
strijdige neigingen en bepaald als hij is in zijn den-
ken en willen door uitwendige omstandigheden en his-
torische traditie. Dat was een gevolg van haar abstracte
aprioristische methode, die het haar onmogelijk maakte
in haar stelsel plaats te geven aan een realiteit zoo
ingewikkeld en zoo weinig een logische eenheid vormende

(1) BURKE, «Reflections on the Revolution in France», Works, ed.
1815, V, blz. 124—126.

als de levende mensch. Vandaar dat als de natuurrechtsleeraars zich al voorstelden bij hun logische deducties uit te gaan van „de natuur” van den mensch, zij inderdaad hun stelsel grondden op de een of andere mensche-lijke neiging geheel op zichzelf beschouwd — b.v. de vis socialis, of de begeerte naar geluk, of de vrees — in plaats van op het geheel der mensche-lijke eigenschappen te letten (1).

Die methodische fout moest wel verkeerde gevolgen hebben. Allereerst omdat langs dezen weg geen behoorlijk inzicht kon worden verkregen in de verschijnselen welke men verklaren wilde. Maar bovendien en vooral omdat de aanhangers der school, waar zij gaandeweg van „aprioristische Erklärung” overgingen tot een „aprioristische Gestaltung des Staates” (STAHL) door deze miskenning van de mensche-lijke natuur gedreven werden tot een *practische staatkunde die aan de mensche-lijke persoonlijkheid geen voldoende recht zou doen wedervaren* en dus de vrijheid in het gedrang zou brengen.

Het scheen ons toe niet zonder gewicht te zijn aan te toonen, dat ook in dit opzicht o. i. het boek van Prof. KRABBE door ons terecht als type is genomen van natuurrechtelijke constructie. Immers heeft het boek een nauwelijks verholen politieke tendenz, heeft het dus min of meer de pretensie, niet slechts van nieuw licht te verschaffen aan den theoreticus die tracht den staat te begrijpen, maar ook van nieuwe banen te wijzen aan den staatsman die hervormend wil optreden. Meer dan één politiek desideratum wordt dan ook in het boek uitgesproken. Mocht nu onze opvatting juist zijn, dat Prof. KRABBE bij zijn beschouwingen, evenals de school van het natuurrecht, een eenzijdigen kijk heeft op de

(1) STAHL l. c., blz. 118.

menschelijke natuur, dan mag men ook verwachten, dat de politiek welke hij voorstaat op den duur evenals de leerder Revolutie aan de volle menschelijke persoonlijkheid te kort zou doen. Het zou niet de eerste maal zijn dat een boek aanving met de ontboezeming: „l'homme „est né libre” om te eindigen met het bekende „on les „forcera d'être libres” zelfs op dat gebied waar met dwang nooit iets te bereiken is, het terrein van het religieuse leven.

Het wil ons dan toeschijnen, dat Prof. KRABBE in zooverre niet met de volle menschelijke persoonlijkheid rekening houdt, als hij al te eenzijdig op het rechtsbewustzijn, dat met de menschelijke natuur gegeven is, den nadruk legt. Dat hij met name voor den prikkel van het egoïsme, die zoo dikwijls de motiveering van onzen wil door ons rechtsbewustzijn verhindert, niet voldoende oog heeft. Dat hij daardoor de moderne democratie, welke z. i. op het rechtsbewustzijn is gebaseerd, idealiseert. En dat hij ten slotte, juist omdat hij van de onderstelling uitgaat dat het rechtsbewustzijn meer dan inderdaad het geval is onze handelingen beheerscht, niet terugdeinst voor consequenties weinig minder absolutistisch dan die, waartoe ROUSSEAU, de apostel van de democratie, zich liet drijven.

Alleen overschatting van de kracht van het rechtsbewustzijn kan dunkt ons verklaren de blijkbare meening van den schrijver, dat de „moderne democratie” zooals wij die beleven, w. i. w. nog niet geheel volmaakt is, maar dan toch ver op weg is naar den ideaalstaat, waarin alleen het recht, d. i. de neerslag van het rechtsbewustzijn, soeverein is.

Als Prof. KRABBE spreekt over een moderne democratie die aan zijn ideaal beantwoordt, denkt hij niet aan een staat, waarin „de volkswil” zou heerschen. De wilsuiting op zichzelf heeft geen rechtswaarde, onverschillig of zij

van den koning of van een bedelaar afkomstig is. Op den *wil* van een Overheid kan het recht niet rusten. Ook niet op den *wil* van het volk. „Dat het volk een „recht op gehoorzaamheid zou kunnen doen gelden, er is „geen Jacobijn meer, die het gelooft” (blz. 41). Wilsheerschappij is machtsusurpatie.

Neen, als hij een pleidooi voert ter verdediging van de moderne democratie is dat, omdat in deze staatsinrichting zooals hij zich die denkt de rechtsovertuiging van de volksgenooten het zuiverst tot uiting komt. De schrijver trachtte ons duidelijk te maken in een betoog dat o. i. innerlijk tegenstrijdig was, dat dit in den modernen staat *zooals hij zich dien als ideaal voorstelt* het geval is. Hoe dit zij, in elk geval rustte dat betoog op de onderstelling, dat elk die in dien ideaalstaat met de rechtsvorming was belast, volksgenoot zoowel als volksvertegenwoordiger, zich door niets anders dan door zijn rechtsbewustzijn liet leiden.

Indien dus Prof. KRABBE van oordeel is dat in de moderne democratie *zooals deze zich in de werkelijkheid openbaart* de „moderne staatsidee” bezig is zich te verwezenlijken, moet hij wel aannemen, dat degenen die in de moderne democratie aan de rechtsvorming en de rechtshandhaving deelhebben, zich uitsluitend of althans hoofdzakelijk — waar immers het ideaal nog niet volkomen bereikt is — door hun rechtsovertuiging laten beheerschen.

Deze onderstelling nu is o. i. in strijd met de werkelijkheid, omdat zij miskent dat ook allerlei andere factoren ons wilsbesluit bepalen, en met name ons egoïsme een niet te onderschatten invloed heeft.

De schrijver zelf zet zeer terecht uiteen, dat voor goede *rechtsvorming* noodig zijn: kennis van de *belangen* waarover het gaat en een *onpartijdig oordeel* (blz. 115 v.v.). Bij

gebreke van het eerste past de norm niet op de verhoudingen die zij regelen wil, bij gebreke van het tweede neemt willekeur de plaats in van onbevangenheid.

Wat leert nu de ervaring? Dat in de moderne democratie meer en meer, vooral onder den invloed van socialistische theorieën, een beroep wordt gedaan op het individueele of groeps („klasse") egoïsme. Van „rechts-overtuiging" is daarbij geen sprake, tenzij wanneer men belang en recht voor synoniem houdt. Partijen die — meer of minder openlijk — zich ten doel stellen „voor „de arbeidersklasse er uit te halen, wat er uit te halen „is", die in economische conflicten de leer verkondigen, dat de éénige maatstaf voor de rechtvaardigheid, b.v. van een staking, het *belang* van de arbeidersklasse is, brengen niet tot uiting het „rechtsgevoel" van de betrokkenen, maar speculeeren op hun machtsbewustzijn. En het zijn waarlijk niet alleen de sociaal-democraten die op het eigenbelang van den mensch hun politieke berekeningen bouwen in plaats van op zijn rechtsbewustzijn een beroep te doen.

Het schijnt onnoodig met een uitvoerige argumentatie nader aan te toonen, dat onzuivere motieven bij de rechtsvorming niet zelden den doorslag geven. Al zal niet ieder instemmen met de belijdenis, dat de mensch is „geneigd tot alle kwaad", dat niet elkeen zich gedraagt naar de inspraak van zijn geweten ook op het gebied van het recht, zal wel door niemand worden ontkend.

Ook niet geheel door Prof. KRABBE. Maar wel blijkt o. i. bij zijn beoordeeling van het egoïsme van den mensch onmiskenbaar, hoezeer hij de macht van het egoïsme onderschat, den invloed van het rechtsbewustzijn overschat. M. a. w. dat hij heeft een merkwaardigen optimistischen kijk op de menschelijke natuur, ook in dit opzicht niet ongelijk aan de natuurrechtsleeraars,

aan wier denkbeelden zijn beschouwingen zoo dikwijls herinneren.

Dit blijkt n.l. vooral uit de middelen door den schrijver aan de hand gedaan om de gebreken van de moderne democratie weg te nemen.

Een door elkeen, die niet uit beginsel aan de talrijkste klasse der maatschappij alle macht in handen wil spelen, gevoeld bezwaar van de moderne democratie is, dat het gevaar bestaat voor machtsmisbruik van de groote klasse der niet of weinig bezittenden ten koste van de andere klassen der maatschappij. Welk middel ter verbetering wordt nu aan de hand gedaan? „Door bevrediging van zijn behoeften kan bij den heerscher een geestestoe-stand geboren worden, welke hem voor de rechtsvorming geschikt maakt” (blz. 117). Alsof niet de ervaring leerde, dat de zelfzucht zeker niet door toegeven aan de begeerlijkheid wordt gedood. En terwijl de schrijver zelf beweert — terecht of ten onrechte — dat „het denkend deel der „natie” toen het de lakens uitdeelde het niet-denkende deel „aan verwaarloozing had prijsgegeven” en dat niet bij ongeluk, maar doordat het onder de leus van neutraliteit „een valsch spel [had] gespeeld” (blz. 123, 124). Hoewel toch dat „denkend deel” allerminst behoeftig kon worden genoemd!

Een ander middel om de bezwaren van de democratie te temperen is decentralisatie van de rechtsvorming o. a. door publiekrechtelijke organisatie van den arbeid, die wordt aanbevolen „ter handhaving van het ethisch „karakter van het recht”. Want — alzoo de schrijver — waar de strijd tussehen arbeiders en ondernemers op maatschappelijk gebied het machtsbewustzijn in de hand werkt, zal dat anders worden als „de conflicteerende „maatschappelijke machten vereenigd worden tot vorming „van het recht voor de belangen die hen verdeeld houden”

(blz. 137). Terwijl juist ook voor hen die overigens voor die decentralisatie wel wat gevoelen, moeilijkheid oplevert de vrees, dat het machtsbewustzijn *versterkt* zal worden als men aan de strijdende partijen als prijs der overwinning voorhoudt niet een privaatrechtelijke overeenkomst, maar de zooveel sterkere publiekrechtelijke regeling! Maar wat gewoonlijk als een bezwaar wordt gevoeld ziet Prof. KRABBE als een voordeel: de machtsbegeerte moet worden gebreideld door de machtspositie krachtiger te maken!

X Nog treffender komt dat uit als niet de *rechtsvorming* maar de *rechtshandhaving* in het geding is. Ook Prof. KRABBE kan de oogen niet sluiten voor het feit dat, aangenomen dat bij de *rechtsvorming* het rechtsbewustzijn den doorslag geeft, tenslotte toch niet abstracties maar levende personen het recht moeten *handhaven*, den dwang uitoefenen. Hoe deze personen te nopen tot plichtsvervulling? Door van de ambtsvervulling „een levensberoep „en een broodwinning té maken” (blz. 81) en de „rechts- „positie [der ambtenaren] zoodanig te regelen, dat [zij] in het „behoud van hun beroep niet afhankelijk zijn van bepaalde „personen, want door dit te bestendigen blijft een machts- „centrum in stand, dat een bedreiging voor de heerschappij „voor het recht is” (blz. 82) Derhalve alweer een dergelijk homœopathisch recept als boven werd aanbevolen: versterking van machtspositie om machtsmisbruik te keeren.

Voorbeelden te over naar ons toeschijnt om aan te toonen, dat Mr. KRABBE niet voldoende doordrongen is van de allesbeheerschende macht van het egoïsme in de menschelijke natuur. Had hij zich van de verhouding tusschen rechtsbewustzijn en machtsbewustzijn een voorstelling gemaakt, die o. i. beter met de werkelijkheid strookt, hij zou het remedie tegen de euvelen, die ook hij niet geheel kan ontkennen, elders hebben gezocht.

Zonder twijfel speelt het rechtsbewustzijn in de rechtsvorming een belangrijke rol. Maar de practische staatsman zal evenzeer de waarheid moeten toegeven van de menschkundige opmerking van MONTESQUIEU: „c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a des pouvoirs est „porté à en abuser: il va jusqu'à ce qu'il trouve des „limites” (1). Rechtsbewustzijn en machtsbewustzijn zijn beide factoren waarmede rekening moet worden gehouden bij de organisatie van de rechtsvorming. Prof. KRABBE ontkent het trouwens niet, maar hij meent dat het conflict *in* den mensch moet overwonnen, dat dus „voor de „democratie het wachtwoord ligt in versterking van de „moreel der groote massa” (blz. 129). Wij willen het niet tegenspreken, al hadden wij gaarne vernomen, op welke wijze dat zou moeten geschieden. Maar een oplossing ligt daarin niet voor hem die van oordeel is, dat het machtsbewustzijn nooit dan zeer ten deele kan worden uitgeroeid. Daarom moet o. i. wel degelijk getracht worden — al ontkent Prof. KRABBE dat bij zijn bestrijding van MILL — zooveel mogelijk een toestand van evenwicht te bevorderen tusschen de verschillende groepen van belanghebbenden die aan de rechtsvorming medewerken. Alleen dan zal bij benadering kunnen worden bereikt, dat bij de rechtsvorming met aller belang rekening wordt gehouden. M. a. w. alleen dan zal het recht de „Kompromisznatur” bezitten die het wezen moet uitmaken van een regeling bestemd tot verzoening van onderling strijdende belangen. Ook dan zal — de maatschappij is nu eenmaal niet volmaakt — het recht „Elemente der Parteilichkeit und also Ungerechtigkeit” (MERKEL) vertoonen (2). Maar dat zal in veel grootere mate

(1) MONTESQUIEU, «L'esprit des lois», L. VI, ch. IV.

(2) MERKEL, Juristische Enzyklopädie, § 40.

het geval zijn, wanneer men bij de organisatie van de rechtsvorming terwille van een theorethische voorliefde voor het rechtsbewustzijn, voor de noodzakelijkheid van „checks and balances” de oogen sluit. „These opposed „and conflicting interests” — om met BURKE, dien wij bij den aanvang van dit betoog citeerden, te eindigen — „interpose a salutary check to all precipitate revolutions; „they render deliberation a matter not of choice, but of „necessity; they make all change a subject of *compromise*, „which naturally begets moderation” (1).

Prof. KRABBE wil van dergelijke tegenwichten niet weten, althans in zijn boek treffen wij niets van dien aard aan. Verder dan een op een of andere wijze georganiseerde heerschappij van het *rechtsbewustzijn* van de helft + 1 kan hij ons niet brengen. Als nu echter de schrijver zelf niet geheel ontkennen kan, dat onze wil zich niet steeds alleen door ons rechtsbewustzijn laat bepalen, en hij bovendien — hoe kan het ook anders, waar het te beoordeelen proces zich aan alle contrôle onttrekt — geen criterium aan de hand doet waaraan kan worden getoetst welke motieven in een concreet geval den wil hebben gemotiveerd, is de vraag gewettigd, waarin zich dan met het oog op de *praktijk* het stelsel-KRABBE van de oude door hem verworpen absolutistische leer der volkssouvereiniteit, het stelsel van de heerschappij van den *wil* van de helft + 1, onderscheidt?

Dit brengt ons tot onze laatste opmerking, de analogie tusschen het stelsel-KRABBE en de volkssouvereiniteitsleer van ROUSSEAU, een analogie te treffender naarmate ten slotte de verdediger van de rechtssouvereiniteit aan ROUSSEAU zelfs in zijn absolutistische consequenties getrouw blijft.

Trouwens erkent Prof. KRABBE zelf, dat hij zich nog

(1) BURKE l. c. blz. 81, 82.

het meest aangetrokken gevoelt tot den vader van de moderne democratie ROUSSEAU (1). De „hoofdgedachte” van zijn stelsel toch houdt in „den grondslag der moderne „democratie”, omdat het „de gemeenschap” en niet „een denkbeeldige overheid neemt voor de verklaring „van het gezag, dat met de staatsidee is gegeven” (blz. 29). Het is waar, dat het *contrat social* wordt verworpen, dat is reeds lang uit den tijd. Maar de gevolgtrekkingen uit het *contrat social* worden aanvaard. De „volonté „générale” van ROUSSEAU, een misleidende term voor den wil der *meerderheid*, en het rechtsbewustzijn der volksenooten van KRABBE, een euphemistische term voor het rechtsbewustzijn van de *meerderheid*, komen in de praktijk, omdat in de wilsuifing niet het product van het rechtsbewustzijn van het product van min zuivere motieven gescheiden kan worden, op hetzelfde neer. Alleen is s. r. het stelsel van ROUSSEAU o. i. doorzichtiger en geeft hij zich meer rekenschap van de theoretische moeilijkheden waarvoor hij komt te staan. Zijn constructie om te be-toogen, dat de minderheid slechts schijnbaar zich aan de meerderheid onderwerpt, doch eigenlijk eigen wil volgt, is niet gekunstelder dan de constructie van den heer KRABBE met zijn „eenheid van norm boven inhoud van „norm”. En ROUSSEAU aanvaardt tenminste de consequentie van zijn uitgangspunt, door verwerping van het representatieve stelsel, dat Prof. KRABBE slechts kan handhaven met verlooehening van zijn leer, dat de individueele „rechtsovertuiging” de eenige wezenlijke macht is. Ook

(1) Het volgende betoog is goeddeels ontleend — gelijk trouwens ook een deel van het voorgaande — aan eenige artikelen van onze hand in *De Nederlander* van 14—18 Febr. 1916, nos 6849—6853. Wij vonden onze opvatting met name wat aangaat de analogie KRABBE-ROUSSEAU bevestigd in de reeds genoemde kritiek van Prof. STRUYCKEN, *De Gids* van Sept. 1916.

de optimistische verwachtingen die Prof. KRABBE van den mensch koestert zijn in de lijn van ROUSSEAU, al gaat de heer KRABBE nog een stap verder. Van ROUSSEAU is gezegd: „J. J. ROUSSEAU a la plus grande confiance „dans la perfection infinie de l'homme abstrait, de l'Etat „issu du contrat social, mais il se méfie profondément „de l'homme réel, des institutions existantes” (1). Het is te betreuren o. i., dat de heer KRABBE alleen het vertrouwen van ROUSSEAU deelt, maar zijn wantrouwen mist.

Ook hierin is een analogie tusschen ROUSSEAU en KRABBE, dat beiden van het uiterste „individualisme” tot het uiterste „étatisme” overslaan, gelijk trouwens niet ongewoon is en b.v. ook bij een LASSALLE valt op te merken. In den staat van ROUSSEAU heeft — het is bekend — de individu zelfs geen vrijheid van geloofsovertuiging tegenover de godsdienstige denkbeelden der meerderheid en worden kettersche gevoelens ten opzichte van den staatsgodsdienst zelfs met den doodstraf bedreigd. Merkwaardig, dat ook Mr. KRABBE niet terugschrikt voor een conclusie, die in de richting van staatsdwang in godsdienstzaken wijst. „Een volk verward in de barbaarschheid van een orthodoxie . . . heeft opbeuring „noodig”. Gelukkig „predikt hier de historie ons de les „van staatsonthouding”. Doch „ook hier zijn grenzen aan de taktiek der neutraliteit. En als deze grenzen bereikt zijn, dan is met de roeping, welke de staat als zedelijke macht heeft te vervullen, ook het recht gegeven, zelfs het religieuse leven onder zijn heerschappij te brengen” (blz. 126). Derhalve wordt aan het staatsclericalisme, hoezeer dan ook aarzelend, de deur geopend en wordt ook ten opzichte van de „moderne” staatsidee GROEN VAN

(1) J. TCHERNOFF, MONTESQUIEU et J. J. ROUSSEAU in *Revue du droit public* 1903, blz. 495.

PRINSTERER in het gelijk gesteld als hij sprak van „het „Cesaropapistisch dwangjuk van het Staatsidee” (1).

Geeft deze absolutistische conclusie waartoe de schrijver komt ons geen recht ook ten opzichte van hem vol te houden, hetgeen wij boven stelden, dat de methodische fout van het natuurrecht, den mensch niet te nemen zooals hij *is*, maar alleen met een enkele eigenschap van den mensch rekening te houden, ook voor de praktische staatkunde tot bedenkelijke consequenties voert? Voor het zoeken naar waarborgen tegen machtsmisbruik is in zijn utopistische beschouwingwijze geen plaats. Waartoe toch: „tegen het recht, als heerschende macht, „behoeft de vrijheid niet te worden gewaarborgd”, want „het recht kan, naar zijn idee, de vrijheid niet aantasten” (blz. 27). „Naar zijn idee” het zij zoo, maar de feitelijk bindende regels kunnen wel degelijk vexatoir zijn. En dat gevaar dreigt niet het minst in de moderne democratie. Zich reactionair tegen de politieke ontwikkeling verzetten is zeer zeker dom en nutteloos. Doch hij die het wel meent met de rechten en vrijheden van het volk zal juist *in* de moderne democratie waarborgen tegen despotisme moeten zien vast te leggen. En dat niet alleen ten behoeve van de minderheid, maar zelfs ook ten behoeve van de meerderheid. Want het is niet eens zeker, dat inderdaad de meerderheid heerschen zal. Niet *daarin* ligt allereerst het gevaar van de door Mr. KRABBE verdedigde staatsinrichting, maar *hierin*, dat de feitelijke macht in handen komt van eenige weinige, niet-verantwoordelijke, zelfs niet altijd met name bekende personen.

Zoozeer trekt tegenwoordig in de staatsrechtelijke literatuur dat verschijnsel de aandacht, dat het welhaast overbodig schijnt er op te wijzen. „Dasz die Mehrheits-

(1) *Nederlandsche Gedachten* V, 1876, blz. 52, stelling 9.

beschlüsse der Volksvertretungen den Willen der Nation wiedergeben, ist *bekanntlich* eine Fiktion, und trifft für die meisten Fälle nicht zu" (1). De macht dreigt òf — gelijk bij het Fransche parlementarisme — toe te vallen aan de dikwijls obscure leiders van politieke clubs, welke een terrorisme uitoefenen, zoowel op de kiezers als op de afgevaardigden (2), òf — gelijk bij het Engelsche constitutionalisme — geconcentreerd te worden in een Kabinet dat over het Parlement heen, schijnbaar het volk, inderdaad dikwijls de achter de schermen blijvende „wire-pullers" van de partijen naar de oogen ziet (3). M. a. w. hetgeen MOMMSEN, sprekende over de oude Atheensche democratie genoemd heeft de „stetige Selbstvernichtung der Demokratie", (4) dreigt zich ook in de moderne democratie te voltrekken. Het moge waar zijn, dat voor het „persoonlijk gezag" van den vorst — dat trouwens ten onzent steeds zeer beperkt is geweest — een „onpersoonlijk gezag" in de plaats is getreden, maar is het zoo zeker dat dit is het „onpersoonlijk gezag van het recht" en niet die onpersoonlijke vorm van machtsuitoefening waarvan LE BON spreekt als hij opmerkt, dat de „comité's" „représentent en effet, *„la forme la plus impersonelle, et par conséquent, la plus oppressive de la tyrannie"*, omdat „les meneurs qui dirigent

(1) E. JUNG, «Das Problem des natürlichen Rechts», blz. 204. Wij cursiveeren.

(2) Cf. o. m. G. LE BON, «La Psychologie Politique et la Défense Sociale», 1910.

(3) Cf. o. m. SIDNEY LOW, «The governance of England», ook b.v. het tijdschrift *The Candid*, Febr. 1914 (1e jrg. n.º. 1) (GIBSON BOWLES) passim, en LAWRENCE LOWELL, «The Government of England» I, ed. 1912, blz. 515 vv. in zijn beschouwingen over den caucus.

(4) Cf. R. v. PÖHLMANN, «Isokrates und das Problem der Demokratie», 1913, blz. 10 v.v.

„les comités étant censés parler et agir au nom d'une collectivité sont dégagés de toute responsabilité et peuvent tout se permettre" ? (1).

„Un roman écrit par un juriste, une œuvre d'imagination" aldus qualificeert een Fransch schrijver geestig elke theoretische verhandeling die onder recht iets anders verstaat dan het geheel der feitelijk door de mannen der praktijk en de rechtbanken toegepaste regels (2). Dat oordeel is in zooverre niet onjuist, als een natuurrechtelijke behandeling van het recht uit den aard der zaak aan de werkelijkheid te kort doet. Wij brachten in het bovenstaande telkens eenige kenmerken van de oude natuurrechtelijke methode in herinnering om aan een recent voorbeeld, „de moderne Staatsidee" van Prof. KRABBE toe te lichten, hoezeer o. i. nog telkens de natuurrechtelijke wijze van behandeling wordt toegepast. Voorzoover die opmerkingen waarheid mochten bevatten, geldt dus ook van „de moderne Staatsidee" van Prof. KRABBE, dat zij meer is een product der fantasie dan een reproductie van de realiteit.

Evenwel zou het onbillijk zijn met deze opmerkingen onze beschouwingen te beëindigen. Liever brengen wij ten slotte nogmaals naar voren, hetgeen reeds door ons werd aangestipt, dat in „de moderne Staatsidee" evenals eertijds in „die Lehre der Rechtssouveränität" met groote scherpzinnigheid de strijd is aangebonden tegen de staats-theorieën die eenzijdig alleen vanuit het machts-element in den staat dit verschijnsel willen verklaren. Voorzoover

(1) G. LE BON, «Psychologie des Foules», ed. 1909, blz. 167, n. 1. Wij cursiveeren.

(2) G. JÉZE, «Les principes généraux du droit administratif», ed. 1914, blz. III.

de schrijver zich — *negatief* — tegen anderer theorieën keerde, heeft hij dunkt ons de staatsrechtswetenschap ten zeerste aan zich verplicht. Dat worde nog eens nadrukkelijk opgemerkt, omdat het verband waarin wij zijn boek bespraken ons er toe noopte vooral op de *positieve* uiteenzetting van des schrijvers' eigen denkbeelden, die ons minder kon bevredigen, de aandacht te vestigen. Hoewel toch ook daarin veel is, wat ons aantrekt. B.v. de meesterlijke beschouwingen ter verdediging van „het ongeschreven recht” naast het „geschreven recht” (blz. 62—78) in verband met de afdoende bestrijding van de „constructieve jurisprudentie” (blz. 95 v.v. en elders). Of ook de uiteenzetting over de ontwikkeling van onze staatsinrichting in de lijn van decentralisatie (bv. blz. 171 v.v.) die ons te meer trof, waar nog onlangs door DUGUIT voor den Franschen staat een dergelijke evolutie was geschetst. Maar anders dan de schrijver zijn wij van oordeel, dat men deze en soortgelijke stellingen in beginsel kan aangaarden — al gaat de schrijver ons dan ook soms te ver —, of een dergelijken kijk op de werkelijkheid kan verkrijgen, zonder de praemisse van den auteur te beamen. Ook in dit opzicht is n.l. het werk van KRABBE o. i. een modern geschrift — en zoo keeren wij ten slotte terug tot de opmerking waarmede wij ons opstel aanvingen — dat hij op meer dan één punt zich aansluit bij de opvattingen der historische school, zonder nochtans ook maar met een enkel woord op de verdienste die deze school voor de rechtsstudie gehad heeft te wijzen (1). Want inderdaad passen de beschouwingen waarop wij doelden volkomen in den historischen gedachtengang. Dit uiteen te zetten zou een nieuw opstel vereischen. Maar het bevestigde ons in de overtuiging, dat oplossing van de vraagstukken door

(1) Cf. het geciteerde werk van MANIGK.

den schrijver gesteld niet gevonden zal worden zoo men terugkeert, zij het dan ook met een moderne formuleering, tot leer en methode van het natuurrecht, maar eerder zoo men onder vermindering van de fouten, die ongetwijfeld ook deze school hebben aangekleefd, zich opnieuw verdiept in de denkbeelden van de historische rechtsschool.

Utrecht.

B. C. DE SAVORNIN LOHMAN.

**Bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche
financiën.**

XIX.

Schrijver dezes wenscht bij deze een vervolg te geven op zijn vroegere bijdragen in ditzelfde tijdschrift, waarvan de laatste verscheen in *Themis* 1896, no. 3.

Het waren moeilijke jaren, die der eerste helft van de negentiende eeuw, met hun onvast, afwisselend, geheimzinnig financieel beleid, zonder ernstige contrôle. Het jaar 1848 was, onder de politieke omstandigheden die het kenmerkten, financieel een ongunstig jaar, maar wekte toch, met zijn nieuwe Grondwet, hoopvolle verwachtingen voor een betere toekomst. Wel volgt op die hooggespannen verwachting teleurstelling, maar men blijft toch vertrouwen en hopen. Getuige, na de reeds genoemde Troonrede bij opening der zitting van 's lands vertegenwoordiging in 1849, ook de Troonrede voor het volgend dienstjaar. Z. M. verklaart daarin, met genoegen voor het eerst zich door de krachtens de Grondwet nieuw gekozen vertegenwoordiging omringd te zien. Verschillende nieuwe wettelijke en andere regelingen zijn reeds tot stand gekomen of in voorbereiding. „Ook onze huishoudelijke toestand geeft reden tot tevredenheid en moed. De gesteldheid der geldmiddelen is voldoende. Genoegzaam alle bronnen van 's Rijks inkomsten beantwoorden ruim aan de verwachting. Deze omstandigheid, gepaard met de uitkomsten van een spaarzaam beheer, opent het uitzicht, dat, zonder onvoorziene toevallen, het slot

van den loopenden dienst (1850) meer dan toereikend zal zijn om het nog overgebleven deel van het tekort van een vroeger dienstjaar (1848) te dekken. . . . Ook de koloniale geldmiddelen zullen, naar Ik hoop, in staat zijn tot een hoogere bijdrage ten behoeve van het Moederland dan waarop was gerekend."

De begrootingsrede van den Minister van Financiën voor het jaar 1851 gaf een nadere verklaring van dien gunstigen toestand. Dank zij de goede uitkomsten van het jaar 1849 was het tekort over 1848 vrijwel geheel gedekt. Tegenover dat tekort, thans definitief vastgesteld op $f\ 9,720,092.71\frac{1}{2}$, werd een voorloopig goed slot over 1849 berekend van ruim zeven en een half millioen, en een totaal van batige sloten van vóór 1848 van ruim één millioen, waarna dan overbleef een ongedekt tekort van $f\ 1,086,445.09\frac{1}{2}$.

Vanwaar die verrassende uitkomst? „Allereerst," erkent de Minister (P. P. VAN BOSSE), „is zij te danken aan het *koloniaal batig slot*. De omstandigheden waren in 1849 uitermate gunstig voor den verkoop der koloniale producten, waarvan een groot deel in het vorig jaar onverkocht was gebleven." Er werd uit dien hoofde, boven den rentepost van $f\ 9,800,000$.— ruim vier en een half millioen, d. i. $f\ 4,650,000$.— boven de raming, ontvangen. Wel hadden de gewone middelen bijna $f\ 500,000$.— beneden de raming opgebracht, maar op de uitgaven was bijna twee millioen bezuinigd, b.v. op oorlog ruim $f\ 962,000$.—, op marine $f\ 151,000$.—. Zulk een bezuiniging, meent de Minister, „zal der natie tot een onwederlegbaar bewijs strekken, dat de belofte van zuinig beheer, in 1848 en '49 herhaaldelijk gegeven, geen ijdele klank was".

Ook de vooruitzichten voor het loopend jaar (1850) laten zich goed aanzien, zoowel wat betreft de gewone

middelen als de koloniale baten. Het nog overgebleven tekort van 1848 zal dan waarschijnlijk gedekt kunnen worden, en de acht millioen aan schatkistbiljetten van dat jaar binnenkort worden ingetrokken, terwijl nog uit het overschot van den dienst 1850 zal worden goedge maakt het verlies op den verkoop van het krachtens de invoering van den zilveren standaard ontmunte en nog te ontmunt goud.

Inderdaad vorderde de zorg voor het muntwezen zeer belangrijke uitgaven van verschillenden aard. In omloop waren nog tal van oude zilveren munten, van vóór de Muntwet van 1816, waarvan thans bij wet van 18 December 1845 (*Stbl.* no. 90) de intrekking bevolen werd, op tijd en wijze als bij Koninklijke besluiten zou geregeld worden. Als tijdelijke maatregel zouden daarvoor muntbiljetten van ten minste één gulden worden uitgegeven, tot zoodanig bedrag als noodig zou blijken, doch ook weer vóór 1 Januari 1848 worden ingewisseld tegen gouden of zilveren muntstukken. Een fonds, indertijd gevormd uit bijdragen van het Amortisatie-Syndicaat voor kosten van het muntwezen, bleek hiervoor onvoldoende, en werd opgeheven bij wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* no. 23), terwijl de verdere kosten van herstel van het muntwezen voortaan op de Staatsbegrooting zouden worden uitgetrokken. Die kosten van herstel stegen tot een zeer belangrijk bedrag, sedert bij wet van 26 November 1847 (*Stbl.* no. 69) de dubbele standaard werd afgeschaft en moest plaats maken voor den enkelen, zilveren standaard, tengevolge waarvan eerlang bij wetten van 17 September 1849 (*Stbl.* nos. 45 en 46) ook de bestaande gouden en zilveren muntstukken van het jaar 1816 werden ingetrokken. Behoudens een bijzondere bate, de opbrengst van een te verkoopen bezit van het Rijk van duizend aandeelen Nederlandsche Bank, ten behoeve van de begrooting

voor 1846, moest door de gewone middelen voorzien worden in de uitgaven ten behoeve van het muntwezen: volgens begrooting voor 1845 *f* 6,212,000.—, voor 1847 *f* 110,000.—, voor 1848 *f* 2,823,000.—, voor 1849 *f* 250,000.— (waarvan evenwel onbeschikt bleef *f* 75,000.—; in andere jaren werd het overschot overgebracht op een volgenden dienst), over 1852 ten slotte nog *f* 915,369.22. Er zou dus over die verschillende jaren een totaal blijken van meer dan tien millioen, bij een beoordeeling van welk bedrag men evenwel zal moeten overwegen, dat daarvoor verkregen werd een noodig geachte overgang tot een geheel nieuw muntstelsel en de opruiming van een verouderden, verwaarloosden toestand.

Hoewel niet van rechtstreeksch belang voor de geschiedenis onzer financiën, wil ik toch nog een oogenblik stilstaan bij die biljetten-uitgifte, in verband met de munthervorming. Bij de ontmunting van het goud deed zich de behoefte gevoelen aan een ruilmiddel ter waarde van een rijksdaalder en daarboven. De wet van 17 September 1849 (*Stbl.* no. 46) machtigde daarom de Regeering tot uitgifte van muntbiljetten van ten minste tien gulden, tot een bedrag van ten hoogste dertig millioen, die uiterlijk 31 December 1852 zouden moeten zijn ingetrokken. Vóór dat laatste tijdstip verscheen evenwel een nieuwe, thans blijvende regeling, op grond eener deels nieuwe overweging (wet van 26 April 1852, *Stbl.* no. 90): dat n.l. de uitgifte zou medewerken tot besparing op de uitgaven, en wel op de rente van ingeschreven Staatsschuld en van schatkistbiljetten. Tegen die „rentelooze schuld” der muntbiljetten van tien, vijftig en honderd gulden, ten bedrage van ten hoogste tien millioen, werd ingekocht twee en een half en drie percents Werkelijke Schuld, die werd ingeschreven ten name van een daartoe in het leven geroepen fonds, in bewaring bij de Nederlandsche

Bank, aan welk fonds nog eenige andere waarden werden toegewezen (1).

Na die korte herinnering betreffende onze ruilmiddelen, kom ik terug tot de begrootingsrede van den Minister van Financiën voor 1851.

Wederom worden volgens den Minister verschillende bezuinigingen ingevoerd.

Wel is er een schijnbare verhooging voor enkele uitgaven, b.v. ten gevolge van de overbrenging van enkele posten van de provinciale begrooting op die van het Rijk, waartegenover staat de overgang van eenige provinciale opcenten aan het Rijk, en is er ook werkelijke verhooging, b.v. voor waterstaatswerken, voor het verbeterde, hervormde postwezen, voor vergoeding aan de kantoren der in- en uitvoerrechten en accijnsen en andere administratiën voor het gemis van af te schaffen leges ten laste der ingezetenen (2), maar toch is er bezuiniging, b.v. op het Hoofdstuk Financiën ten bedrage van *f* 179,117.—, op Binnenlandsche Zaken van *f* 80,000.—, op Buitenlandsche Zaken van *f* 26,000.—, op Oorlog van *f* 52,000.—. Op het Hoofdstuk Marine wordt o.a. bezuinigd door opheffing van de werf te Rotterdam, hoewel daarentegen weer geld wordt besteed voor de actieve zee-macht. Een kleine verlaging wordt nog verkregen door de intrekking van een subsidie aan het Burgerlijk Pensioenfonds, in verband met de voorgenomen herziening der burgerlijke pensioenen.

Een wijziging van verschillende wetten zal volgen, met name van die op de comptabiliteit en van die omtrent

(1) Bij de uitvoering der wet blijkt, dat de biljetten niet tijdig gereed kunnen zijn, waarom voor de tien millioen aan biljetten van 1849 de termijn van intrekking met een jaar verlengd wordt.

(2) Die afschaffing van leges kwam niet tot stand, ingevolge bezwaar bij de Eerste Kamer.

de belastingen. De thans voorgedragen middelen beloven, behoudens die mogelijke wijziging der wetgeving, thans reeds een goed slot boven de uitgaven van bijna een millioen (*f* 981,160.49).

Het Verslag der Afdeelingen van de Tweede Kamer waardeert de ruimer toelichting dezer begrooting, vergeleken met die van den dienst 1849. Men mist evenwel nog de vaste gegevens omtrent vroegere dienstjaren, daar b.v. de laatste bij de Tweede Kamer ingediende, door de Rekenkamer afgesloten rekening is die van 1845, en mist ook het jaarlijksch verslag van het gebruik der geldmiddelen. Men ziet daarin een achteruitgang, in plaats van een van de nieuwe Grondwet gehoopte verbetering in de openbaarmaking van het beheer der geldmiddelen. Op grond der voorgespiegelde vooruitzichten had men vertrouwd, dat nevens verschillende hervormingen, die zouden zijn voorgedragen, een standvastig doorgevoerd stelsel van bezuinigingen in den Staatsdienst zou zijn toegepast en meer in 't oog springende vruchten zou hebben opgeleverd, met name door een eenvoudiger inrichting van verschillende takken van dienst, gelijk men die b.v. reeds waardeert bij Buitenlandsche Zaken, bij Marine en Financiën, maar ze ook geheel mist bij het Departement van Oorlog. De toestand onzer financiën blijft toch een ongewenschte, afhankelijk als hij is van de zoo onzekere koloniale baten. In geen geval mocht men, gelijk tot nog toe geschiedt, over geraamde, in plaats van over werkelijk aanwezige batige sloten beschikken. Evenwel erkende men, dat die afhankelijkheid van de koloniale baten zou blijven bestaan, zoolang van de negen en zestig à zeventig millioen der begrooting ongeveer zes en dertig millioen, d. i. meer dan de helft, voor de rente der Staatsschuld zou noodig blijken. „Nagenoeg algemeen” is men van oordeel dat

een, zij het dan geringe, geregelde amortisatie van schuld noodig zou zijn. Zij zou, meent men, kunnen verkregen worden, b.v. door verkoop van domeinen, door verkoop van tinmijnen op Banka en van woeste gronden op Java, voorts door te putten uit verschillende fondsen, b.v. dat van het loodswezen, dat van verjaarde renten der staatsschuld, dat van de voormalige weeskamers, door een uitgifte van muntbiljetten, en door gebruik van batige sloten van den dienst.

De Regeering geeft in haar Antwoord op het Verslag nadere inlichtingen omtrent den dienst 1849, en verklaart dat de rekeningen van vroegere dienstjaren bij de Rekenkamer ingediend, en daar in behandeling zijn.

Omtrent die vroegere diensten, 1846 en '47, „in verband met den toestand der schatkist op 1 Januari 1848”, was reeds door den Minister een verslag uitgebracht (19 Februari 1849), op welk verslag was gevolgd het Verslag eener Commissie uit de Tweede Kamer (12 September '49), dat, ingevolge de ontbinding der Kamer, eerst een beantwoording vond op 8 Februari 1851. Daarin wordt op velerlei vragen der Commissie geantwoord, zonder dat daarmede geheel wordt voldaan aan den wensch der Commissie, die ook op de diensten van 1845, '46 en '47 toepasselijk acht den eisch eener volledige verantwoording krachtens de Grondwet van 1848 (artt. 122, 126). De Kamer, op advies der Commissie, neemt dan ook het antwoord voor notificatie aan, maar blijft verlangen een volledige verantwoording. Dat antwoord bevat, evenals het Verslag waarop het slaat, een merkwaardig samenstel van verschillende opvattingen en toepassingen omtrent het geldelijk beheer bij Regeering en Kamer. Een enkel voorbeeld uit vele. De Kamer vraagt een kapitaalrekening der schatkist van effecten, aandeelen en voorschotten van het Rijk. Inderdaad blijkt jaarlijks zulk een kapitaal-

rekening door den agent van het Ministerie van Financiën te Amsterdam te worden opgemaakt, bevattende allerlei posten van den meest verschillenden aard, deels van twijfelachtige waarde. Deze kapitaalrekening wordt dan door de Rekenkamer opgenomen en gesloten. Onder die posten zijn er, naar men erkent, „van vroegere tijden afkomstig, waaraan thans niet meer de geringste geldswaarde kan worden toegekend en welke uit dien hoofde veilig zouden kunnen worden vernietigd”. Wat de voorschotten betreft, „het meerendeel derzelve is van vorderden aard, indertijd bij ordonnanceering aangewezen op de sommen voor onvoorziene uitgaven ter beschikking des Konings gesteld, of wel op de begrootingen van Staatsuitgaven, waarmede zij in verband stonden. Wat daarvan terugkomt, wordt jaarlijks als toevallige bate verantwoord”. Een volledige verklaring omtrent die voorschotten te geven ware „een zeer omslachtige en noodeloze arbeid: noodeloos, omdat het hier enkel het verleden betreft”: zoodanige voorschotten „worden toch onder geen titel meer toegestaan”.

Een algemeen overzicht van den toestand van 's Rijks schatkist wordt volgens den Minister verkregen door een optelling der *baten*, bestaande uit: 1°. de gelden in kas (na aftrek der loopende dispositiën); 2°. allerlei waarden (effecten en schatkistbiljetten); 3°. ontvangsten waarop nog gerekend kan worden; 4°. tijdelijke voorschotten, en 5°. de „mindere geldswaarde (later uit de begrootingen te dekken) der voorhanden zijnde en ter vermunting bestemde zilveren speciën, als welke voorloopig voor derzelve nominale waarde in rekening moeten komen”; en daartegenover een samentelling der *lasten* (de behoeften der schatkist, tegenover de middelen ter beschikking), bestaande uit „de sommen op de begrootingen der Staatsuitgaven beschikbaar gebleven”, uit de Rijks bijzondere, de provin-

cialen en de gedeponeerde fondsen. Een bijzondere wijze van boekhouden schijnt aan die voorstelling van baten en lasten ten grondslag te liggen, die aan duidelijkheid te wenschen overlaat.

Het gevolg van die gedachtenwisseling tusschen Regeering en Tweede Kamer is ten slotte een wet van 14 December 1853 (*Stbl.* no. 124), waarbij het tekort over den dienst 1848 (ad *f* 9,719,375.57 $\frac{1}{2}$) wordt gedekt uit de vrijwillige leening van 1844 en de voordeelige sloten van 1845/7, 1849/51.

Wordt, zoo vraagt de Regeering, voor de toekomst een verdere bezuiniging in de uitgaven verlangd? Maar er is reeds jarenlang bezuinigd, en een verdere belangrijke besparing zal alleen nog mogelijk blijken door de inrichting der rechterlijke macht te veranderen, waarvoor een voordracht zal worden ingediend. Daarnevens zijn nog slechts kleine bezuinigingen mogelijk door een geleidelijke inkrimping van de „onderdeelen der administratie”, waarop men voortdurend bedacht is, doch waarvan de vruchten eerst langzamerhand merkbaar zullen worden. Men bedenke evenwel, dat tegenover zulke bezuinigingen dikwijls ook weer volstrekt noodige nieuwe uitgaven staan. In 't bijzonder verklaart de Minister van Binnenlandsche Zaken (Mr. J. R. ТНОВБЕСКЕ), dat bezuiniging in den Staatsdienst bij de Regeering in ernstig onderzoek is, en ook niet zonder zoodanig onderzoek mag worden toegepast. Zoo zijn aan zijn departement b.v. reeds opgeheven de betrekkingen van opperhoutvester, van een inspecteur van de jacht, een adviseur voor het onderwijs en van nog een referendaris, een commies en vier adjunct-commiezen, maar zijn ingesteld twee nieuwe Afdeelingen, één voor Landbouw en Nijverheid en één voor Medische Policie, en is het personeel weder aangevuld met drie referendarissen en twee adjunct-commiezen. De kosten van

provinciaal, voorzoover rijksbestuur, voorloopig voor memorie uitgetrokken, worden thans tot een lager cijfer dan vroeger voorgedragen, en nog meer dan tot heden zal voortaan „regelmaat worden betracht tusschen de kosten der verschillende provinciën”. Voor een verdere reorganisatie in het bestuur is meer tijd noodig, en een nieuwe wetgeving, die wordt voorbereid. Mocht daarbij (wat van hun individueele hoedanigheden kan afhangen) het getal ambtenaren voor vermindering vatbaar blijken, en een verzwaring van hun taak, benevens hooger bezoldiging noodig zijn, zoo zal men ook daarmede rekening moeten houden. Uit die woorden spreekt een beginsel, dat behartiging waard is ook voor andere departementen, en andere tijden!

Nieuwe, grootere uitgaven zullen noodig zijn voor belangen, waarin tot nu toe niet voldoende werd voorzien. Zoo is sinds tientallen jaren uit een herhaald onderzoek van commissiën van deskundigen gebleken de noodzakelijkheid eener verbetering onzer groote rivieren, waarmede men thans wenscht te beginnen, met een cijfer voor 1851 van *f* 200,000.—. De klacht, dat op het Hoofdstuk Oorlog niet meer wordt bezuinigd, bevreesd den Minister van Oorlog, wiens departement volgens hem meer dan eenig ander tot het sedert 1848 verkregen totaal van bezuinigingen heeft bijgedragen. Ook over den dienst 1850 zal weder een niet onbelangrijke vermindering van uitgaven blijken, en voor 1851 wordt immers *f* 52,000.— minder dan voor 1850 gevraagd. Ook zal aan een lang gekoesterden wensch worden voldaan door de instelling van een Comité van Defensie.

Aan het departement werden geleidelijk verschillende traktementen verlaagd en sommige vacatures niet aangevuld. Men bedenke echter, dat dit departement ook voor de koloniën velerlei militaire bemoeiingen heeft, en ten

slotte, „dat er vele millioenen, welke door het Departement van Oorlog worden beheerd, niet buiten circulatie „komen, maar integendeel elk deel des lands daarvan „in meerdere of mindere mate geniet, met zoovele takken „van nijverheid, wetenschap en kunst”. Een nieuw oogpunt voor den financiëelen wetgever: schijnbaar improductieve uitgaven in werkelijkheid productief blijkende!

Bij de beraadslaging in de Tweede Kamer wordt door een der leden teleurstelling uitgesproken, niet hierover dat onze huishouding van Staat te duur zou zijn, maar dat zij veeleer te bekrompen is ingericht, en dat ten onrechte vroeger noodzakelijke uitgaven vermeden zijn, die thans zich komen aanmelden, b.v. de verbetering onzer rivieren. Een ander lid (oud-voorzitter der Kamer) acht de ingediende Begrooting evenmin als het geheele regeeringsbeleid in overeenstemming met de eischen der Grondwet. Een onzeker koloniaal batig slot mag niet als middel tot dekking der gewone uitgaven dienen. Belangrijke uitgaven voor rivierverbetering zijn bij den tegenwoordigen toestand der schatkist niet geoorloofd en evenmin een uitbreiding der actieve zeemacht. De wetgeving op den suikeraccijns is door de ervaring veroordeeld en doet de schatkist een bate missen van twee en een half millioen. Een uitgifte van muntbiljetten zou een belangrijke besparing van rente op de schatkistbiljetten kunnen opleveren. Men zou zonder nieuwe middelen de uitgaven kunnen dekken, wat te meer noodig schijnt bij den onzekeren staatkundigen toestand in Europa.

Door een ander lid wordt opgemerkt, dat de Begrooting niet volledig is, daar verschillende uitgaven daar buiten blijven en uit bijzondere fondsen worden gekweten. Daarentegen worden onder de middelen onzekere baten opgenomen, en het gevolg van het een en het ander is

een vrij zeker jaarlijksch tekort. De comptabiliteit blijft ongeregeld, en daarmee ontbreekt een waarborg voor de noodige zuinigheid in het Staatsbestuur. Een billijker belastingstelsel, en met name een belasting op de inkomsten, is noodig.

Ook de politiek doet zich bij de beoordeeling dezer Begrooting gelden. Ernstig wordt daar evenwel tegen gewaarschuwd. Ook al wenscht men meer bezuiniging en hervorming in den Staatsdienst, men zal die niet bevorderen door het Ministerie met een verwerping dezer Begrooting te dreigen, of, gelijk door sommigen wordt gewenscht, in plaats van een Begrooting, een Credietwet toe te staan. Men oefent critiek op allerlei kleine uitgaven, en verliest den blik over het geheel der Begrooting. Wanneer men toch nagaat, dat het totaal der Begrooting slechts *f* 200,000.— meer bedraagt dan dat van het vorig jaar, en dat *f* 133,000.— buitengewoon wordt begroot voor uitbreiding van het postwezen, *f* 189,000.— voor vergoeding aan ambtenaren wegens gemis van emolumenten ter zake der leges, en *f* 200,000.— voor rivierverbetering, dan blijkt daaruit een niet onbelangrijke besparing op de gewone uitgaven. Men houde daarbij ook het onderscheid in het oog tusschen productieve, en die vele improductieve uitgaven, die zeker voor vermindering vatbaar zijn.

De Regeering harerzijds (de Minister van Financiën) ontkent, dat er een tekort in de ontvangsten bestaat. De koloniale baten mogen niet volkomen zeker zijn, zij behooren toch bij te dragen tot de rentebetaling op de Staatsschuld, die ook ten behoeve der koloniën is aangegaan. Het voor 1851 geraamd koloniaal batig slot van zeventien millioen wordt verkregen ook door bezuiniging op den kolonialen dienst, op de vrachten der koloniale producten en andere uitgaven; de be-

zuinigingen op het Hoofdstuk Koloniën hebben sedert 1 November 1849 alleen reeds ruim twee millioen bedragen. Grootte besparingen op den gewonen Staatsdienst zijn evenwel niet meer mogelijk. Ook een reorganisatie van den Raad van State, van de Algemeene Rekenkamer en van den Hoogen Raad van Adel (1), of een bezuiniging aan de Departementen van Algemeen Bestuur, zullen geen eenigszins beteekenende bedragen doen uitsparen: op zijn hoogst, buiten een nieuwe rechterlijke inrichting, een totaal van *f* 200,000.—. Maar een grootere verhooging van uitgaven zal daartegenover staan, o. a. voor de posterijen, de maréchaussee, de cellulaire gevangenissen. Intusschen wijst de Minister nog eens op het feit, dat, ofschoon de Begrooting voor 1851 boven die voor 1850 *f* 850,000.— aan nieuwe uitgaven aanwijst, toch haar totaal slechts *f* 200,000.— meer bedraagt.

Een amortisatie van schuld acht ook de Minister dringend noodzakelijk, mits die gevonden wordt uit batige sloten van den gewonen dienst; ontbreken die, dan zou men terwille van het beginsel eenvoudig nieuwe schuld aangaan, om de oude te delgen. Een verhoogde uitgifte van muntbiljetten boven de nog loopende acht en twintig millioen, voor de inwisseling der gouden munt uitgegeven, en met een geringer waarborg dan deze, ware ook voor het belang eener goede circulatie niet verantwoord.

Allerlei belangen kwamen bij de behandeling dezer Begrooting aan de orde. Zoo het reeds genoemde voor-nemen tot afschaffing der leges ten behoeve der ambte-

(1) Het Fonds voor den Hoogen Raad van Adel, thans op de Begrooting opgenomen, was vroeger wel eens daarbuiten gebleven, en als een particulier bezit van den Raad beschouwd.

naren, dat evenwel op de opmerking, dat zelfs nog geen ontwerp daartoe was ingediend, nu ook door de Regeering buiten beschouwing gelaten wordt. Zoo ook werd in de Kamer bij amendement een memoriepost voorgesteld tot toekenning van een schadevergoeding, op grond van een additioneel artikel der Grondwet, aan eenige leden der voormalige Eerste Kamer. De Tweede Kamer verwierp het amendement en wilde dat de zaak, in plaats van bij de Begrooting, bij een afzonderlijke wet zou worden beslist. Een amendement op de Begrooting strekkende tot vermindering, op grond eener gewenschte reorganisatie, van de uitgaaf voor de Rijksadvocaten, werd ingediend, doch met een kleine meerderheid verworpen. Eveneens werd een vergeefsche poging gedaan tot een verdere bezuiniging op het Hoofdstuk Buitenlandsche Zaken, door een verlaging van den post van *f* 18,000.— (salaris en tafelgeld van den Minister) tot *f* 12,000.— salaris, en van *f* 232,664.— (traktementen en bezoldigingen van het personeel der gezantschappen) tot *f* 172,664.—, een en ander ook op grond eener vergelijking met de uitgaven voor hetzelfde doel in België. De Minister verdedigt zijn begrooting en herinnert dat b.v. die laatste post sedert het jaar 1849 reeds van *f* 301,610.— is teruggebracht, en dat daarvoor voor 1851 weder *f* 20,000.— minder dan voor 1850 wordt uitgetrokken, ondanks het herstel der missiën in Zweden en Portugal, en het opnemen van een nieuwen post van *f* 4000.— voor „geheime” uitgaven. Ook in de Kamer gaan stemmen op van waardeering voor de voortdurende bezuiniging door deze Regeering, en van waarschuwing tegen een willekeurige, niet genoeg gemotiveerde verlaging van credieten.

Bij het Hoofdstuk Marine ontbreekt volgens een lid der Kamer een vast plan, en een gevolg daarvan is een steeds wisselende gedragslijn, telkens bij een nieuw

optredend Minister, die veel geld kost, en weinig tot stand doet komen.

De Volksvertegenwoordiging geeft zelve het voorbeeld van bezuiniging. Het vaste traktement van *f* 3000.— voor de leden der Eerste Kamer wordt vervangen door een vergoeding van reis- en verblijfkosten, de vergoeding aan de leden der Tweede Kamer van *f* 2500.— verminderd tot *f* 2000.—, hun vergoeding voor reiskosten van *f* 3.15 tot *f* 0.75 per uur. Op voorstel van Z. M. zelf (Koning WILLEM III) was bij diens troonsbeklimming het inkomen der Kroon van *f* 1,000,000.— op *f* 600,000.— gebracht. Een amendement, in de Tweede Kamer ingediend tot verlaging van de kosten van den Raad van State, werd met slechts één stem meerderheid door de Kamer verworpen. Het traktement van Gedeputeerde Staten werd teruggebracht van een maximum van *f* 1500.— tot een van *f* 1200.—, terwijl een onderzoek werd toegezegd of er aanleiding bestond tot verlaging van de belooning van de Commissarissen des Konings. Een staatsrechtelijke vraag deed zich voor: een amendement wilde behoud der *f* 1500.— voor Gedeputeerde Staten, maar werd bestreden met de opmerking, dat aan den Koning was opgedragen de regeling van de bezoldiging van alle collegiën en ambtenaren (behalve die der rechterlijke macht en der Rekenkamer), die uit 's lands kas betaald werden, en dat dus een amendement als dit eenvoudig geen doel zou treffen. Het antwoord luidde: dat volgens de Grondwet alle uitgaven op de Staatsbegrooting moeten voorkomen, en dat dus de wetgever moet oordeelen over bedrag, doelmatigheid en noodzakelijkheid der uitgaaf. Van de Regeering mag niet verondersteld worden, dat zij, wordt het amendement aangenomen, daaraan geen gevolg zal geven. Hoewel die laatste gevolgtrekking door den voorsteller van het

amendement niet wordt aangenomen, ziet hij het toch met een kleine meerderheid verwerpen. De staatsrechtelijke vraag bleef daarmede onopgelost.

Het Ontwerp eener nieuwe rechterlijke inrichting, die, naar men hoopte, tot een eenigszins belangrijke bezuiniging zou leiden werd ingediend 21 Februari 1851. Reeds in 1848 was, gelijk men zich herinnert, in hoofdtrekken een plan medegedeeld, o. a. tot opheffing der provinciale hoven en van dertien arrondissemens-rechtbanken. Een sedert gevolgde Regeering kon zich met dat plan niet vereenigen, omdat „bij de regeling van het rechtswezen in de eerste plaats de doelmatigheid en eerst daarna de kostbaarheid in aanmerking mocht komen”. Bij de indiening van dit nieuwe ontwerp wordt opgemerkt, dat de kosten der rechterlijke inrichting inderdaad veel hooger zouden zijn, indien niet nog verschillende kosten ten laste kwamen van hen die „ter handhaving hunner rechten de toevlucht tot de rechterlijke macht moeten zoeken”, waardoor de uitgaaf voor de rechterlijke inrichting „zelfs op haren tegenwoordigen kostbaren voet voor een aanmerkelijk gedeelte gedekt wordt”. Op een minder kostbare, meer eenvoudige inrichting wordt in de Kamer aangedrongen, en de Minister deelt dien wensch, waarvan de vervulling evenwel niet door dit ontwerp is te verkrijgen. Toch wordt reeds thans voorgesteld de opheffing van eenige arrondissemens-rechtbanken en de vervanging der provinciale door slechts vier gerechtshoven. Reeds vroeger (bij wet van 29 Mei 1849, *Sibl.* no. 21 (1)) was een bepaling gemaakt, dat vacatures in rechtbanken en hoven, en in het openbaar ministerie bij die colleges, niet meer vervuld zouden worden, dan „ingeval de dienst der justitie het noodzakelijk vordert”, en dat, onder zeker

(1) Verg. no. 17 dezer studiën in *Themis* 1895, no. 3.

voorbehoud, het getal leden van ieder provinciaal gerechtshof met twee, dat van iedere arrondissementsrechtbank met één of twee, en het getal ambtenaren van het openbaar ministerie bij die colleges met één verminderd zou kunnen worden. Een nieuwe rechterlijke inrichting kwam evenwel vooreerst niet tot stand.

Een bezuiniging in de uitgaven wordt nog gehoopt van een geleidelijke aflossing van Staatsschuld. We moeten ook hierbij een oogenblik stilstaan, als bij een onderwerp van blijvend belang, ook voor onzen tijd. Wij ontmoeten daarbij een zeer zware, oude, gevestigde en een geringe vlottende schuld der laatste jaren. Van die vlottende schuld bleken bij begin 1851 reeds weder afgedaan 1°. de schatkistbiljetten van 1840 en '48 (wetten van 27 December 1840, *Stbl.* no. 79, en van 30 October 1848, *Stbl.* no. 75), rentende vier en een half percent, waarvan een uitgifte was toegestaan van ten hoogste acht millioen gulden, als een middel ter voorziening in „opkomende of „tijdelijke behoeften”, en 2°. die van 1843 (wet van 19 Juni 1843, *Stbl.* no. 25), ad negen en een half millioen, rentende vijf percent (waaronder begrepen de kosten van uitgifte), die evenwel alleen voorkomen op de Begrooting voor 1844 en '45. Ten slotte bleven thans nog slechts in omloop de, alleen op verlangen der houders aflosbare vier percents biljetten van 1834 (wet van 28 April 1834, *Stbl.* no. 14). Zij waren indertijd in de plaats getreden van de zes percents biljetten, die in 1830 voor de dringende behoeften van het oogenblik waren uitgegeven en droegen volgens de Regeering min of meer het karakter eener gevestigde schuld. Van de totaal uitgegeven f 9,800,000.— bleken nog in omloop te zijn f 7,903,200.—. Voorgesteld wordt thans, ook deze biljetten aflosbaar te stellen, en, „indien de omstandigheden dit toelaten”, wederom f 9,800,000.— en desnoods krachtens koninklijke

besluiten nog zes millioen meer, tot een rente van (de kosten van uitgifte inbegrepen) vier en een half percent uit te geven.

Het denkbeeld van een afflossing der bestaande biljetten vond in de Afdeelingen der Kamer algemeene instemming. Doch men vond het bedrag der uit te geven biljetten wat groot en de rente wat hoog. De cijfers werden dan ook door de Regeering teruggebracht van *f* 15,800,000.— tot *f* 13,800,000.—, en van vier en een half tot vier en een kwart percent. Toch blijft men in de Kamer gevaar zien in een te ruime kas. Een bedrag aan vlottende schuld als thans, bij den voordeeligen stand der financiën, wordt voorgesteld, terwijl bij de Nederlandsche Bank nog berust een renteloos depôt van drie en twintig millioen, waarvan vooreerst slechts dertien millioen noodig zijn, is volgens het lid, hier aan het woord, veel te hoog. Het gevaar schijnt te grooter, nu de uit te geven biljetten (wat trouwens door sommige leden der Kamer niet in overeenstemming wordt geacht met de regelen van 's lands comptabiliteit) tot een rente van twee en een half percent bij de Nederlandsche Bank beleend kunnen worden. Ook de rente van vier en een vierde percent schijnt, vergeleken met den algemeenen rentestand, te hoog, en niet zonder gevaar bij een mogelijke verdere uitgifte of conversie van schuld, daar zulk een verdere uitgifte, naar de Regeering opmerkt, in onvoorziene omstandigheden, in afwachting eener wettelijke voorziening, toch altijd noodig kan blijken. Inderdaad geven die opmerkingen naar aanleiding van deze uitgifte van schatkistbiljetten, waartoe ten slotte (bij wet van 18 Juni 1851, *Stbl.* no. 65) wordt overgegaan, ook voor later tijden te denken.

Van nog grooter gewicht dan die vlottende, was de oude gevestigde schuld, en de vraag omtrent haar

aflossing. Al erkende men in beginsel de noodzakelijkheid eener geleidelijke aflossing ook hier, de praktijk bleef, onder den druk der omstandigheden, veelal bij de theorie ten achter. Men herinnert zich de wet van 27 September 1841 (*Stbl.* no. 35) (1), bepalende, dat, te beginnen met het jaar 1850, jaarlijks op de begrooting een som, „tenminste gelijkstaande met het bedrag der „besparing, uit deze wet voortvloeiende, zou worden „aangewezen tot amortisatie van openbare schuld, of tot „zoodanigen anderen maatregel als tot vermindering van „den rentelast zou kunnen strekken”. Die rentebesparing wordt voor het jaar 1850 berekend op f 426,142.50, doch daarbij wordt opgemerkt, dat de waarschijnlijke uitkomsten van den dienst over dat jaar een nog grooter aflossing, tot een totaal van een millioen gulden, zullen toelaten, welke aflossing zal plaats hebben door middel van inkoop ter beurze (liefst van vier percents schuld), of (de Regeering erkent het, „een nieuwe en vreemde „maatregel”) krachtens inschrijving door houders. Die toewijzing uit de middelen van 1850 zal mogelijk zijn, ook ondanks het feit, dat de begrooting voor dat jaar reeds verhoogd is, en nog verhoogd zal moeten worden wegens een verlies op den verkoop van te ontmunten goud, door hogere uitgaven voor de droogmaking van het Haarlemmermeer, en wellicht door nog andere uitgaven.

In het Verslag der Afdeelingen van de Tweede Kamer wordt voldoening uitgesproken over het feit, dat de gunstige financieele toestand naar het oordeel der Regeering een amortisatie toelaat. Men verlangt evenwel nadere opgaaf omtrent dien toestand, omtrent de verhoogde

(1) Zie mijn vorige studie in «Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur in Nederland», 1888, blz. 54 vlg.

opbrengst der middelen, omtrent het koloniaal batig slot en de koopenningen der domeinen, en vreest nog grooter verlies van het intrekken der gouden munt, en nog andere lasten dan thans reeds bekend zijn (1).

Wat die afflossing van schuld betreft, vragen sommige leden zich af, of niet, eer dan aan deze, aan verlichting van lasten gedacht moet worden. Evenwel verklaart de groote meerderheid volgens het Verslag in zich in dezen eens met de Regeering. Die thans voorgestelde afflossing was immers reeds verplicht krachtens de wet van 1841, zij het dan ook tot nog niet de helft van het voorgestelde bedrag. Maar waarom bij voorkeur die vier percents schuld ingekocht, en geen hooger rente dragende, of ook de oude twee en een half of drie percents schuld? Het denkbeeld eener amortisatiekas werd nog eens bepleit, maar ook op grond der opgedane ervaring ernstig bestreden.

De Regeering verstrekt bij haar Antwoord nadere gegevens omtrent den toestand, en voegt aan de afflossing van vier, die van drie en twee en een half percents schuld toe.

Bij de beraadslaging wordt door een der leden. (P. J. BACHÈNE) nog eens ernstig bepleit een geregelde jaarlijksche amortisatie van Staatsschuld. De Grondwet eischt een geregelde jaarlijksche overweging dier schuld, ter bevordering van de belangen der schuldeischers van den

(1) Zoo bleek nader nog noodig een verhooging der begrooting voor 1851 (een verrassing voor de Tweede Kamer, die door haar onaangenaam werd opgenomen) met f 1,318,750.— voor het aandeel van Nederland in den laatsten termijn rente en afflossing eener zogenoemde «Russische schuld», voortvloeiende uit de Londense Conventie van 19 Mei 1815, vorderbaar geworden door den afval der Zuidelijke Provinciën, en ten slotte geregeld in overleg met Rusland 10 October 1850 (wet 19 September 1852, *Stbl.* no. 179).

Staat. De wet van 1814 en later gevolgde wetten hadden, nevens de verwisseling van uitgestelde in werkelijke schuld, een geregelde amortisatie van deze voorgeschreven. In plaats van een vermindering bleek echter in werkelijkheid een vermeerdering van schuld. De wet van 27 December 1841 had nu een einde gemaakt aan het bestaan dier uitgestelde schuld. Ter voldoening aan die wet, en aan het dringend belang van den Staat, moest thans onder de gewone uitgaven op de begrooting een bepaald bedrag voor aflossing worden aangewezen, terwijl voor dekking van gewone uitgaven geen schuld mocht worden aangegaan. In het belang der zaak schijnt spreker wenschelijk de oprichting van een amortisatiefonds, waarop telken halfjaar de bespaarde rente worde bijgeschreven. Andere leden dringen aan op aflossing, vóór andere schuld, van die aan de Nederlandsche Handelmaatschappij, welke noodeloos den Staat afhankelijk maakt van die instelling. Ernstig wordt gewaarschuwd tegen een weer in 't leven roepen van een amortisatiekas, met haar geheimzinnig beheer en het gevaar van gebruik van Staatsgelden voor onbekende doeleinden.

De Minister zijnerzijds oordeelt, dat een aflossing aan de Handelmaatschappij thans niet aan de orde is, maar ook, dat die aflossing de schatkist minder zou baten dan een afdoening op de twee en een half of de drie percents schuld, waarbij met een zelfde som zooveel grooter hoofdsom wordt ingelost; hij stelt zich thans voor, naast vier, ook twee en een half en drie percents schuld af te lossen. Tevens zal nog, wanneer de uitkomsten van den dienst in het najaar dat blijken toe te laten, een verdere amortisatie worden voorgesteld. De oprichting van een amortisatiefonds is bij hem in ernstige overweging.

Wij staan met die quaestie van amortisatie van Staats-

schuld voor een vraag, die zich wel te allen tijde en overal, zoolang en waar een Staatsschuld bestaat, zal voordoen, en die ook voor onzen tijd wel een nadere beschouwing waard schijnt. Zij herinnert ons nog eens aan een lange lijdensgeschiedenis voor ons eigen land: aan een wanhopigen financieelen toestand aan het einde der achttiende eeuw, aan de tierceering der Staatsschuld daarna en aan de vergeefsche pogingen tot herstel der gevolgen daarvan, aan den drukkenden rentelast bij iedere begrooting van uitgaven, ook in onzen tijd nog. Eerst met de tweede helft der negentiende eeuw scheen een nieuwe toekomst aan te lichten. Om ons eenigszins den toestand zooals hij toen bestond voor te stellen, vergelijken we hem een oogenblik met dien van thans, al is ook deze nog niet zooals we dien zouden wenschen.

Wij vinden daar van een totaal der Begrooting b.v. voor het jaar 1851, in rond cijfer van *f* 69,700,000.—, alleen voor rente der Staatsschuld aangewezen *f* 36,200,000.—, iets meer dus dan de *helft* en b.v. voor het jaar 1914 (vóór en buiten den invloed van den oorlogstoestand) van *f* 256,400,000.— : *f* 32,400,000.—, alzoo ongeveer een *achtste* van het geheel. Naast die rentebetaling stond de aflossing (behoudens enkele kleine posten) *f* 300,000.— over 1851, *f* 6,121,500.— over 1914. Een aflossing wordt thans (sinds 1878) bij iedere leening als verplichting voorgeschreven, zij het dan ook voor een gering percentage (een derde tot een percent 's jaars), telkens te verhoogen met de rente der afgeloste termijnen. In zeer sterke mate is dit het geval bij de in de wet van 23 December 1914 (*Stbl.* no. 612) uitgeschreven vijf percents oorlogsleening van tweehonderd vijf en zeventig millioen, waarbij een aflossing wordt aangenomen van vijf percent 's jaars voor de eerstvolgende vijf, geleidelijk opklimmend

tot elf percent voor de daarop volgende negen jaren. Van die bepaalde cijfers zou wel eens, door verhooging of verlaging, mogen worden afgeweken, maar in ieder geval zou de leening vóór het einde van 1929 moeten zijn afgelost (1). Misschien werd die consequentie onder den indruk van een onzekere toekomst wat ver gedreven; van beteekenis bleef vooral de erkenning bij deze wet van een m. i. zuiver beginsel: dat wel in buitengewone behoeften, zoo noodig door leening, voor korter of langer termijn (door obligatiën of b.v. schatkistbiljetten) mag, en veelal zal moeten worden voorzien, maar dat niet de aflossing dier schuld op een verre toekomst geschoven of ook geheel verwaarloosd mag worden, zoo dat ook het dan levend geslacht, en dit wel allereerst, daarin moet bijdragen.

Naast de toepassing van dat beginsel op nieuwe leeningen blijft nog de vraag omtrent de oude gevestigde schuld, die ons blijft drukken, terwijl toch vrij zeker ook thans nog en in de toekomst nieuwe leeningen zullen noodig blijken, met haar renten en aflossingen. Wij hebben, meen ik, met onze rijke erfenis van het verleden, ook de lasten dier erfenis te aanvaarden, en een geleidelijke aflossing dier schuld op ons te nemen, een zeker minimum percentage daarvoor op onze jaarlijksche begrooting aan te wijzen. Een aflossing, zij het bij wijze van uitloting, zij het, gelijk herhaaldelijk geschiedde, door inkoop ter beurze of door een geopende inschrijving voor houders van schuldbrieven. Zijn die

(1) Bij de Leeningwet van 1916 (20 Maart), houdende uitgifte van honderd vijf en twintig millioen à vier en een half percent, werd een aflossing bepaald van ten minste een vierde percent 's jaars, en te beginnen uiterlijk met het jaar 1930 van nog ten minste vijftien millioen 's jaars, beide aflossingen te verhoogen met de telkens vrij vallende rente: een totale aflossing dus binnen vijf en twintig jaar.

laatste wijzen van schulddelging geoorloofd? Men lette op het bijzonder karakter dezer schuldvorderingen, gesplitst in veelal zeer kleine onderdeelen, uitgegeven tegen een overeengekomen koers. Het schuldbewijs wordt een Beursfonds, onderworpen aan de dagelijkse Beursnoteering, waarover de houder de vrije beschikking heeft, zij het door verkoop ter beurze, zij het op andere wijze. Voorzoover bij de uitgifte geen bijzondere bepalingen getroffen zijn, heeft, dunkt mij, de schuldenaar-staat het recht zijn schuld af te doen, óók door inkoop of aflossing, naar hem het voordeeligst of meest wenschelijk voorkomt.

Na die uitweiding over de aflossing der Staatsschuld zij hier plaats voor nog eenige algemeene financieele beschouwingen. Allereerst een algemeene opmerking.

Bij de financieele gedachtenwisselingen in de Tweede Kamer bleef weleens onzekerheid bestaan omtrent den werkelijken toestand. En ook bij de Regeering schijnt somtijds een volledig overzicht daarvan te ontbreken. Getuige b.v. een mededeeling, dat naast de vierpercents schuld aan de Nederlandsche Handelmaatschappij (van tien millioen) nog van de Nederlandsche Bank (à twee percent) was geleend zes millioen, en dat nog meer geleend zou moeten worden, op onderpand van te ontmunt gouden muntstukken. Een afwisselende bate werd verkregen door den verkoop van domeinen en dominiale tienden en prestatien: b.v. over 1848 van f 446,042.51, over 1849 van f 976,377.59^s, over 1850 van f 337,926.17 (1). Een verrekening door tusschen-

(1) Omtrent die domeinen en dominiale rechten had een wet van 29 Augustus 1848 (*Stbl.* no. 39), in navolging van de wet van 27 December 1822 (*Stbl.* no. 59) en van 27 December 1840 (*Stbl.* no. 77) bepaald, dat alle «vervreembare domeinen van den Staat «voortdurend in het openbaar (alleen bij uitzondering ook ondershands) «zouden worden verkocht», en dat de afkoop van alle dominiale

komst wederom der Nederlandsche Bank en een wettelijke bekrachtiging waren telkens noodig wegens „verstrekingen van materiaal van onderscheiden aard door „de Departementen van Oorlog en Marine o. a. aan de „koloniën”. Een wet van 9 September 1853 (*Stbl.* no. 100) bepaalde daaromtrent, dat die inkomende gelden moesten dienen tot aanvulling van zoodanige verstrekkingen, als hadden plaats gehad overeenkomstig een daarvoor voor ieder departement afzonderlijk opgemaakte wettelijke raming.

Tot de wet van 29 Juli 1848 (*Stbl.* no. 32), die ze ophief, hadden bestaan fondsen van kwade posten op de kohieren der personeele belasting en van het patent, die een goed slot aan de Staatsbegrooting voor 1850 toevoegden van *f* 175,907.43 en *f* 109,954.74. Een fonds ter bevordering der nationale nijverheid was reeds bij wet van 9 Mei 1846 (*Stbl.* no. 33) opgeheven, zonder dat van een goed, of een kwaad slot bleek. De Commissie tot onderzoek uit de Tweede Kamer vroeg daaromtrent nadere inlichting, die evenwel werd geweigerd, op grond dat de Algemeene Rekenkamer de rekening reeds had afgesloten!

Nog een belangrijk fonds onder een zelfstandige commissie van beheer en toezicht bestond voor de indijking en droogmaking van het Haarlemmermeer. Een wet van 22 Maart 1839 (*Stbl.* no. 7) had de noodzakelijkheid

tienden, erfpachten, renten, uitgangen, cynsen, thynsen, legschatten en andere prestatien «voortdurend zouden worden toegelaten». Van de opbrengst van een en ander zou jaarlijks rekening en verantwoording worden gedaan aan de Rekenkamer, en, na goedkeuring door deze, aan de Staten-Generaal medegedeeld, die in de drie eerste maanden opgaaf zouden ontvangen van den verkoop en afkoop over het afgelopen jaar, terwijl over de opbrengst wettelijk zou worden beschikt.

dier indijking en droogmaking uitgesproken, en bepaald, dat een vijf percents leening van acht millioen gulden zou worden uitgeschreven, op onderpand van de bijdragen van de provincie Holland en van de belanghebbende „districten” (waaronder Rijnland), van den verkoopprijs der droog te maken landen, en van de inkomsten en alle opbrengsten met de onderneming in verband staande, terwijl in wat daarna nog mocht blijken aan rente en aflossing (deze van tenminste één percent 'sjaars) der leening te kort te komen, door het Rijk voorzien zou worden, te beginnen no de geheele voltooiing van het werk. Nu was sedert invoering van de Wet op de Rekenkamer van 5 October 1841 (*Stbl.* no. 40) bezwaar gerezen, in zoover de wet aan dat college verbood, voortaan eenige verevening te doen of eenige „uitgaaf te lijden”, die niet „op begrootings- of andere daarmede gelijk staande „wetten gegrond is”. In dat gemis was sedert voorzien door een specifieke wettelijke begrooting (bij wet van 31 December 1843, *Stbl.* no. 71), voor de geleende acht millioen. Toen nu dat cijfer onvoldoende bleek, werd het bij wet van 21 December 1850 (*Stbl.* no. 96) verhoogd met *f* 916,344.80, welke som voor meer dan twee derde werd gevonden uit twee eigenaardige bronnen: rente van tijdelijk (in schatkistbiljetten) belegde gelden en verjaarde renten, terwijl nog *f* 600,000.— werd ten laste gebracht van de Staatsbegrooting voor 1850. Een uitvoerig verslag van het werk en een overzicht van de aanstaande voltooiing (in 1854) waren aan het ontwerp der wet toegevoegd. Voor die geheele voltooiing bleek nog noodig een som van *f* 600,000.— op de begrooting voor 1851, en van *f* 616,310.63 op die voor 1852, en voor de vorming van den Haarlemmermeerpolder nog *f* 120,000.—, ten laste van den dienst 1854.

Naar aanleiding dier vele bijzondere fondsen werd meer dan eens in de Tweede Kamer aangedrongen op opheffing van al deze, ook van gedeponeerde fondsen, en waar die opheffing „volstrekt onmogelijk” mocht zijn, althans op wettelijke regeling daarvan. Gehandhaafd bleef het Pensioenfonds voor burgerlijke ambtenaren, en een afzonderlijke (wettelijke) begrooting voor de Algemeene Landsdrukkerij, waarbij ieder departement van algemeen bestuur werd gedebiteerd voor zijn drukwerken, terwijl het jaarlijksch saldo werd geboekt op de Staatsbegrooting. Zoo ook bleef bestaan een begrooting van uitgaven voor den arbeid der gevangenen, met een niet onbelangrijk batig slot ten behoeve der Staatsbegrooting: een batig slot, eveneens hoofdzakelijk verkregen uit leveranciers aan verschillende departementen van algemeen bestuur.

Van nog gewichtiger beteekenis voor de Nederlandsche financiën dan die velerlei bijzondere fondsen was haar verhouding tot de koloniale geldmiddelen, ook in verband met het beheer der koloniën. Terwijl bij de Grondwet van 1815 het „opperbestuur” over de koloniën en bezittingen van het Rijk „uitsluitend” aan den Koning was toevertrouwd, was bij de herziening in 1840 een jaarlijksche mededeeling (maar ook niet meer dan een mededeeling) van de ontvangsten en uitgaven aan de Staten-Generaal, en een wettelijke regeling van het gebruik van het alzoo blijkend koloniaal batig slot voorgeschreven. De Grondwet van 1848 was in die richting verder gegaan, en had, nevens de wettelijke vaststelling van reglementen op het beleid der Regeering en van het koloniaal muntstelsel, diezelfde regeling voorgeschreven voor de wijze van beheer en verantwoording der koloniale geldmiddelen, en voor nog andere onderwerpen, „zoodra „de behoefte daaraan blijkt te bestaan”.

Inderdaad bleek vóór het jaar 1841 geen contróle over de financiën der koloniën te hebben bestaan. Een onderzoek had sedert plaats door een Staatscommissie onder voorzitterschap van den Minister (van Financiën), die advies uitbracht aan den Koning. Doel van dat onderzoek was volgens den Minister o. a. toe te zien dat „de „koloniale geldmiddelen voor geen andere dan koloniale „belangen zouden worden aangewend, en dat het jaarlijksch „overschot kome ten voordeele der Nederlandsche schat- „kist”. Dat onderzoek zal, vertrouwt men, den twijfel die daaromtrent wel eens vernomen wordt, voorgoed doen verdwijnen. Niet alleen de netto-, maar ook de bruto-opbrengst der verschillende koloniale producten zal worden medegedeeld, en het bedrag der onkosten, op de realisatie daarvan vallende. Ook van het gebruik der subsidiën aan, en der remises van de Westindische Koloniën en de Kust van Guinea zal mededeeling worden gedaan.

Onder het vele, dat op financieel gebied in het jaar 1848 werd voorgenomen en toegezegd, noemden we nog de belastinghervorming en een herziening der comptabiliteitsregeling. Wat de eerste aangaat, werd door de Regeering, eerst tot aanvulling der middelen, maar later ook als maatregel van hervorming, eerst een belasting op de bezittingen, daarna een op de inkomsten, en de afschaffing van de accijzen op brandstoffen, en op varkens en schapen, voorgedragen. Nadat die verschillende voorstellen op den ernstigen tegenstand der Tweede Kamer waren afgestuit, werd een nieuw gewijzigd ontwerp ingediend, 24 Februari 1851. De moeilijkheden, waarin twee jaar geleden 's lands financiën verkeerden, zoo verklaarde de Minister, waren allengs verdwenen, zoodat men niet meer aan vermeerdering, maar alleen aan hervorming behoefde te denken. Wat de verbruiks-

belastingen betreft, moet men de bezwaren erkennen, vooral aan die op de eerste levensbehoefte verbonden, maar het grootste bezwaar is toch, dat ze zich over te veel artikelen uitstrekken, dat de maatregelen ter invordering zich niet in hoofdzaak beperken tot de handelaren in die artikelen, maar ook in de bewerking daarvan ingrijpen, en tevens, dat het groote voordeel, volgens den Minister aan deze belastingen verbonden, „dat de belasting zich in den prijs van het belaste voorwerp „verbergt”, verloren gaat en de belasting „te veel als het „ware op den voorgrond treedt”! Om daarin verbetering te brengen, zullen enkele belastingen worden afgeschaft of verlaagd, zal de wetgeving voor andere worden herzien, en zal een nieuwe, een directe heffing worden voorgedragen op de „renten van roerende kapitalen, niet tot „eenigen tak van nijverheid, aan patentrecht onderworpen, „aangelegd”. Ook deze proeve eener directe belasting wordt door de Tweede Kamer afgewezen, en alleen een ontheffing van de belasting voor varkens en schapen, en (met een beroep nog eens op den gunstigen toestand van 's Rijks geldmiddelen) een afschaffing van die op brood, volgen eerlang (1852 en '55).

Dank zij de onvermoeide werkkraft van den Minister van Financiën (P. P. VAN BOSSE), werd eindelijk een betere regeling beproefd van de *comptabiliteit* in het beheer van 's Rijks geldmiddelen (1850) (1). Allereerst wordt een strenge scheiding gemaakt tusschen verschillende dienstjaren. Overschotten van vroegere diensten zullen niet meer mogen meëttellen onder de gewone middelen, en ook zullen van de Rijksmiddelen gescheiden blijven allerlei fondsen, in beheer bij het Rijk, die gezamenlijk zullen

(1) Vergelijk no. X dezer Studiën in «Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur», 1888.

uitmaken een „bewaarkas”: evenwel niet een kas in den „stoffelijken zin van het woord”. Een algemeene kas is er, bestaande uit 's Rijks gelden en die van anderen, van welke laatste afzonderlijke jaarlijksche rekeningen worden gehouden en wettelijk vastgesteld, terwijl het totaal dier gelden werkelijk in kas moet zijn.

Voor ieder fonds en van 's Rijks gelden moet een jaarlijksche rekening worden opgemaakt en wettelijk vastgesteld. Die jaarlijksche rekening moet, wat de uitgaven betreft, alleen opnemen de uitgaven die werkelijk hebben plaats gehad en kan dus afwijken van de begrooting, die de toegestane uitgaven omvat, waarvan wellicht sommige zullen uitblijven, b.v. doordat een vordering verjaard is; met dat mogelijk verschil is tot heden niet voldoende rekening gehouden. De Rekenkamer zal voortaan niet meer een aan de uitgaven voorafgaande verevening kunnen vorderen. Vooreerst is die voorafgaande verevening volgens de Regeering niet in overeenstemming met de Grondwet, maar bovendien beteekent zij feitelijk ook niet veel, in zoover ze b.v. ten opzichte van de rentebetaling op de Staatsschuld alleen voor den vorm bestaat, voor de kosten der land- en zeemacht eenvoudig onmogelijk blijkt, en voor traktementen en pensioenen reeds door de Rekenkamer zelve buiten toepassing gelaten wordt, zoodat ten slotte slechts een achtste of negende deel van het geheel der uitgaven vooraf verevend wordt. En wat beteekent dan nog eigenlijk die vorm? De becijfering der uitgaven kan men gerust aan de Administratie overlaten, en de eisch der schuldbewijzen, waarop in ieder geval betaald kan worden, kan wettelijk worden omschreven. De beoordeeling, of de begrooting een bepaalde uitgaaf toelaat, moet aan de Administratie, en kan niet aan een college buiten de Administratie worden opgedragen, en

allerminst mag wie een vordering op de Staatsschuld heeft onder die quaestie lijden.

De ontwerpen, waarin die nieuwe regeling is vastgelegd, worden eerst aan het oordeel der Rekenkamer onderworpen (23 October 1850), die daarop uitbrengt een Advies en een Nota van bemerkingen van de minderheid (Januari en Februari 1851). Het Advies luidt, dat, in plaats van een nieuw stelsel in te voeren, liever door verbetering, waar noodig, op het bestaande moest worden voortgebouwd; de Nota: dat de voordeelen dezer ontwerpen, ook omtrent de samenstelling der Rekenkamer en de ministerieele verantwoordelijkheid, reeds bij een oppervlakkige beschouwing in het oog springen voor wie „den gang onzer comptabiliteit in de „laatste jaren eenigszins van nabij heeft gadegeslagen”. Die nieuwe regeling zal „niet anders dan bevorderlijk „kunnen zijn aan al zulke besparingen, welke zich noodwendig verbinden aan orde en regelmaat, en die, schoon „zij er ongemerkt uit voortvloeien, daarom niet altijd de „minst gewichtige zijn”. Bovenal zal men een tijdig overzicht over ieder dienstjaar verkrijgen, en niet meer zoo telkens tot verhoogingen in den loop van het jaar behoeven over te gaan. Niet dat de ontwerpen nu geheel aan de bedoeling der Grondwet, en aan den eisch der ministerieele verantwoordelijkheid voldoen, maar in dat gemis zal door wijziging en aanvulling der ontwerpen zijn te voorzien. Wat dan de Grondwet bedoelt? Een „volkomen vrijheid van beweging voor de Administratie „binnen de grenzen der wet, een volstreekte onafhankelijkheid van de Rekenkamer tegenover de Regeering, en „het uitsluitend recht van beslissing van de Wetgevende „Macht over de handelingen der Ministers, die aan haar „alleen verantwoording schuldig zijn”. In de Nota wordt nog een middel van contrôle voor de praktijk aange-

geven: benoeming van een ambtenaar aan de Rekenkamer, onder de bevelen der Ministers staande, die inzage zal krijgen van al de registers en schrifturen van het college, en de Ministers „bekend zal houden met „al hetgeen zij noodig hebben te weten in betrekking tot „hetgeen betreft, zoowel hun eigen verantwoordelijkheid „als die der comptabelen onder hun beheer”. De Ministers toch behooren dag aan dag kennis te nemen van de besluiten en beslissingen der Rekenkamer, of zij kunnen voor de uitvoering, die er aan gegeven moet worden, niet verantwoordelijk zijn. Op dien eisch der ministerieele verantwoordelijkheid dringt trouwens ook het advies der Kamer aan. Eerst wanneer die verantwoordelijkheid wettelijk zal zijn geregeld, wat krachtens de Grondwet onmiddellijk moet geschieden, kan worden voorzien in wat verder noodig zal zijn. Daarbij houdt de Kamer vóór alles vast aan de verevening door de Kamer, vóórdat de uitgaven gedaan zijn: een maatregel, die „blijkens „de menigvuldige bedenkingen, welke bijna dagelijks met „succes worden gemaakt en veelal goede resultaten „opleveren, bij de Algemeene Rekenkamer, en daar alleen, „op zijn plaats is”.

Nevens de ministerieele verantwoordelijkheid tegenover de Wetgevende macht is noodig dat preventief toezicht der Rekenkamer, dat ook in de praktijk geen bezwaar oplevert, wanneer reeds de contracten, waaruit de uitgaven voortvloeien, voordat ze worden aangegaan, ten onderzoek aan de Rekenkamer worden medegedeeld.

Inderdaad verscheen, zij het dan niet onmiddellijk, eerlang een wet op de ministerieele verantwoordelijkheid (22 April 1855, *Stbl.* no. 33) evenwel alleen op de strafrechtelijke, niet op de geldelijke verantwoordelijkheid en zonder een verplichte preventieve verevening. Zoo bleef dan gelden het voorschrift der bestaande Instructie der

Kamer (wet 5 October 1841, *Stbl.* no. 40), dat, behoudens mogelijke uitzonderingen, als regel „alle uitgaven ten „laste van het Rijk, zooveel het nut der zaken meëbrengt, „vóór de betaling bij de Algemeene Rekenkamer zullen „worden onderzocht, verevend en geboekt”. Vrage: aan wien het oordeel omtrent de queastie of, en voor hoever, het nut der zaak dat onderzoek medebrengt? Inderdaad zal, naast de meest zorgvuldige wettelijke regeling, die zou kunnen worden ingevoerd, bovenal een vast vertrouwen op de Ministers en de Administratie onmisbaar blijven.

Dordrecht, Juli 1916.

Mr. F. N. SICKENGA.

TH. P. J. MASTHOFF, *De Strafrechtelijke
behandeling van misdadige psychopathen*;
proefschrift, verdedigd te Leiden, 17 Decem-
ber 1915.

Eene vierdeeling zou ik bij de bespreking van dit proefschrift willen maken.

Als eerste gedeelte is dan te beschouwen het eerste hoofdstuk, waarin achtereenvolgens de algemeene beschouwingen over de toerekeningsvatbaarheid worden gegeven en de wettelijke formuleering van de niet-toerekeningsvatbaarheid aan de orde is, en schrijver tenslotte, als overgang tot het eigenlijk onderwerp van zijn geschrift, de z.g.n. verminderde toerekeningsvatbaarheid behandelt. Vermeldenswaard in dit hoofdstuk is vooral, dat schrijver ten aanzien van de wettelijke formuleering van de niet-toerekeningsvatbaarheid zoowel de psychologische als de biologische methode verwerpt en eene gemengde methode voorstaat in dien zin, dat de wetgever de biologische criteria zelf noemt maar de vaststelling van de psychologische criteria aan den rechter overlaat.

Het tweede gedeelte vormen het tweede en het derde hoofdstuk. Dit gedeelte is gewijd aan de *bestrafing* van de misdadige psychopathen en geeft beschouwingen zoowel over de in die bestraffing aan te brengen verbeteringen als over de belangrijke strijdvraag, of voor het aanbrenge van die verbeteringen de wettelijke erkenning van de verminderde toerekeningsvatbaarheid noodig althans gewenscht is.

In het derde gedeelte zijn aan de orde de *beveiligingsmaatregelen* tegenover de psychopathen. Daarover handelen

de drie volgende hoofdstukken. Onze aandacht wordt daarin o. a. gevraagd voor het vraagstuk van de gemeengevaarlijkheid en, in verband daarmee, voor de gewichtigste en m. i. moeilijkste vraag van het geheele onderwerp van de psychopathenwetgeving: het stellen ter beschikking van de Regeering.

De veelbesproken quaestie van den *samenloop* van straffen en beveiligingsmaatregelen vormt den inhoud van het laatste hoofdstuk, hetwelk dus als het *vierde* gedeelte van Mr. MASTHOFF's uitgebreid werk te beschouwen is.

Een uitgebreid geschrift en tevens een, rijk van inhoud en soliede van bouw! De schrijver heeft gearbeid in de lengte, de breedte en de diepte, en zoodoende een standaardwerk geleverd, een proefschrift, van meer dan voorbijgaande beteekenis. De stof is niet gemakkelijk, ja! soms bijzonder moeilijk. Telkens en telkens wordt men versterkt in de meening, dat aan eene bevredigende wettelijke regeling van deze materie groote, schier onoverkomelijke bezwaren verbonden zijn. Gelukkig heeft onze Regeering aan het onderwerp hare bijzondere aandacht gewijd en ligt thans een wetsontwerp gereed hetwelk — m. i. op verscheidene punten boven het eerste ontwerp te verkiezen — den weg opent voor de bovenbedoelde bevredigende oplossing van het niet alleen gewichtig maar theoretisch en practisch netelig vraagstuk. Ook om deze reden schijnt 't hier, bij de bespreking van Mr. MASTHOFF's proefschrift, het meest aangewezen om enkele hoofdpunten, die bij eene wettelijke regeling op den voorgrond treden, aan te stippen, waarbij voor ons dan tevens gelegenheid zal zijn hier en daar van een afwijkend oordeel te doen blijken (1).

(1) Wij houden ons aan de *strafrechtelijke* zijde van het psychopathenvraagstuk en laten dus onbesproken het actueel onderwerp

De bestraffing.

Dat ten aanzien van de bestraffing van psychopathen verbeteringen in ons strafstelsel noodig zijn, mag als vaststaande worden aangenomen. Op dit punt althans mag gesproken worden van eene communis opinio. De strijdvraag ligt elders. Zij is deze (blz. 138), of die verbeteringen moeten worden aangebracht door middel van de wettelijke erkenning van de z.g.n. verminderde toerekeningsvatbaarheid (dus eene bijzondere en als zoodanig opzettelijke regeling voor de psychopathen), dan wel moeten worden verkregen door verandering van het algemeen geldend stelsel. Schrijver schaart zich onder de voorstanders van de laatstgenoemde methode. In een breed uitgewerkt betoog verdedigt hij de niet-noodzakelijkheid van de bedoelde wettelijke erkenning, ja! hare onwenschelijkheid. Hij wijst er op, dat bij de wettelijke erkenning „talrijke onjuiste beslissingen over de vraag, of in een bepaald geval de gewone of de bijzondere vrijheidsstraf gewenscht is, te verwachten zijn en geen rekening kan worden gehouden met tijdens den straftijd ingetreden veranderingen van de geestelijke gesteldheid der veroordeelden, door op eenige wijze overplaatsing van het gewone naar het bijzondere strafgesticht, en omgekeerd, mogelijk te maken” (blz. 163), en dat het correctief hiertegen — verandering van de oorspronkelijke rechterlijke beslissing — niet afdoende is, daar deze verandering zou moeten geschieden òf door den rechter zelf, hetgeen omslachtig en te tijdroovend zou zijn, òf door de administratie, hetgeen in het eenmaal aangenomen stelsel theoretisch bedenkelijk wezen zou; weêrlegt

van de «voogdij» over zwakzinnigen, waaraan in dit jaar Mr. C. J. BARTELS zijn proefschrift wijdde en hetwelk mede de bijzondere aandacht van den wetgever verdient.

dit bezwaar tegen de door hem zelve aangehangen methode, dat deze in de practijk niet eene zoodanige verbetering in den bestaanden onhoudbaren toestand zal brengen als daarvan verwacht wordt; om tenslotte de argumenten, door de voorstanders van het door hem bestreden stelsel aangevoerd, aan critiek te onderwerpen.

De waarde van schrijver's betoog ten volle erkennende, van oordeel bovendien dat voor beide methoden zeer deugdelyke argumenten zijn aan te voeren, zou ik toch de volgende opmerkingen niet willen terughouden. Het is volkomen juist, dat de voor eene behoorlyke bestraffing van psychopathen gewenschte verbeteringen *kunnen* worden bereikt zonder dat de verminderde toerekeningsvatbaarheid als zoodanig wordt erkend; maar de vrees is niet denkbeeldig, dat zonder die erkenning de machtige drang naar hervorming niet zal worden gevoeld, de bijzondere eischen van de psychopathenbestrafing minder scherp zullen worden belicht, in één woord de toestand feitelyk dus vrijwel dezelfde zal blijven. Theoretisch is er voor schrijver's redeneering veel te zeggen — maar de theoretische overweging is niet voldoende om in werkelijkheid de broodnoodige hervormingen op het terrein van de psychopathenbestrafing te mogen verwachten. Dat bij wettelyke erkenning van de verminderde toerekeningsvatbaarheid, vooral in den beginne, onjuiste beslissingen over de gewone of de bijzondere vrijheidsstraf te verwachten zijn, wordt dezerzijds toegegeven; dit argument wege echter niet te zwaar, te minder waar eene latere verandering van de eenmaal genomen beslissing mogelijk is en met name de bedenkingen tegen eene herziening door den rechter zelve — „eene soort revisie van het rechterlyk vonnis” — als overdreven mogen worden gequalificeerd.

Wat nu aangaat het belangryk argument van het

„etiket” van de geestelijke minderwaardigheid, waardoor bij den psychopaath het zelfvertrouwen wordt verminderd en het — zoo noodlottig — gevoel van „ziek zijn” wordt versterkt, men houde toch vooral het volgende in het oog. De psychische defecttoestand, welken men noemt geestelijke minderwaardigheid of — minder juist — verminderde toerekeningsvatbaarheid, bestaat nu eenmaal. Te negeeren is hij niet. De „officieele” erkenning daarvan is niet alleen logisch onaantastbaar maar ook uit een opportuniteitsoogpunt volkomen gerechtvaardigd, mits de toepassing van de nieuwe bepalingen streng worde beperkt tot die gevallen, waarin eene inderdaad belangrijke afwijking van het normale wordt aangetroffen en dus ontwijfelbaar de bijzondere voorziening op hare plaats is. Dit is echter eene vraag van *toepassing* van de eventueele voor psychopathen bijzondere regeling, eene toepassing welke natuurlijk verstandig en menschkundig zal moeten zijn, opdat de ook naar onze meening bedenkelijke en heillooze *overdreven* psychiatriseering worde voorkomen.

Zeker! de argumenten, door de voorstanders van de wettelijke erkenning aangevoerd, zijn niet allen even sterk. Zoo zal weinig waarde kunnen worden gehecht aan het argument, dat slechts door die erkenning te bereiken is „dass sich die richterliche Aufmerksamkeit in jedem einzelnen geeigneten Falle der Frage der geistigen Minderwertigkeit genügend zuwendet”. Wèl mag het een belangrijk voordeel — al is ’t een bijkomstig voordeel — geacht worden, dat door de wettelijke erkenning het publiek als ’t ware wordt opgevoed en tot juister — minder hardvochtig — oordeel gebracht, eene opvoeding, waartoe ook de dagbladders, in hare verslagen van de terechtzittingen, zooveel kan bijdragen.

Beveiligingsmaatregelen.

Weken wij ten aanzien van de bestraffing gedeeltelijk van schrijver's conclusies af, ten aanzien van het andere onderdeel, de beveiligingsmaatregelen, kunnen wij ons grootendeels met zijn betoog vereenigen. Over de noodzakelijkheid van beveiliging ten opzichte van gevaarlijke psychopathen kan thans toch eigenlijk verschil van meening niet meer bestaan. Evenmin hierover, dat afdoende beveiliging door de *straf* alleen niet te bereiken is en daarom afzonderlijke en zelfstandige beveiligingsmaatregelen worden vereischt. Ook voor onzen schrijver leeft krachtig het theoretisch onderscheid tusschen straf en beveiligingsmaatregel; maar tevens gevoelt hij, dat praktisch het verschil vaak zeer klein zal zijn, ja! soms nagenoeg zal wegvallen, al zal ook dan (blz. 207) de straf in de eerste plaats gericht zijn op afschrikking en de beveiligingsmaatregel uitsluitend op verbetering of onschadelijkmaking. Met de daaraan vastgeknoopte redeneering, dat, wanneer de beveiligingsmaatregel door den betrokkene wordt ondervonden als een ernstig leed en dit ook is in de oogen van anderen, die maatregel tevens afschrikkend werkt, en met de bestrijding van de opvatting, dat op grond van de theoretische onderscheiding altijd èn straf èn maatregel zou moeten worden toegepast, kunnen wij ons vereenigen. Eveneens met het betoog, dat er geen bezwaar bestaat om de *maatregelen* naast de straffen in het *strafwetboek* op te nemen en aan den *strafrechter* de toepassing van deze maatregelen op te dragen.

Moeilijker dan deze punten schijnt mij de quaestie van de gemeengevaarlijkheid. Schrijver blijft bij de behandeling van dit onderdeel van het psychopathenvraagstuk niet beneden het groote gewicht daarvan. Hij bespreekt de verschillende wijzen, waarop in de buitenlandsche wetgevingen het begrip gemeengevaarlijkheid is omschre-

ven en begrensd, blijkt doordrongen te zijn van de noodzakelijkheid dat ook door onzen wetgever het begrip nauwkeurig en streng worde omljnd, en geeft tenslotte eene redactie aan de hand, waarin de eisch wordt gesteld dat *het gepleegde feit* een misdrijf is, gericht tegen de zedelijkheid, de persoon of het vermogen, en dat *het algemeen belang den bijzonderen maatregel bepaaldelijk vordert*, omdat er wegens den geestestoestand van den dader in verband met diens geheelen levenswandel of het karakter van het feit ernstig gevaar voor herhaling van een dergelijk misdrijf bestaat.

Het moeilijkst is de vraag, welke de zooeven bedoelde „bijzondere maatregel” zal zijn. Met deze vraag komen wij aan het stellen ter beschikking der Regeering, naar onze bescheiden meening het lastigste punt in de geheele materie van de psychopathenwetgeving. Mr. MASTHOFF heeft mij niet kunnen overtuigen van de volstreckte noodwendigheid (onmisbaarheid) van het nieuwe instituut. Nog altijd blijf ik gelooven aan de mogelijkheid dat op andere — d. w. z. op eene minder radicale en intensieve — manier eene afdoende verbetering in den bestaanden, hoogst bedenkelijken, toestand worde verkregen of althans een bevredigend resultaat worde bereikt. Intusschen, onze schrijver is in de verdediging van het instituut ongetwijfeld gelukkig geweest. Hij ziet de bedenkingen, daartegen ingebracht, één voor één onder de oogen en tracht ze te weerleggen. Wat het bekende argument aangaat *tegen* de „analogie met de kindervetten”, hij erkent, dat er tusschen de terbeschikkingstelling van psychopathen en die van jeugdige personen twee belangrijke verschillen bestaan (n.l. het meer ingrijpend karakter van de eerste, en het ontbreken van de natuurlijke leeftijdsgrens), maar acht dit argument niet afdoende, mits men bij de dwangverpleging van

psychopathen die verschillen maar voldoende in het oog houdt en bij de uitwerking van het beginsel, de regeling dus van het ter beschikking stellen, daarmede rekening houdt.

Op twee punten, van eenigszins meer ondergeschikt belang, waarin ik van schrijver's oordeel afwijk, moge nog even de aandacht worden gevestigd.

Het eerste betreft de overbekende quaestie, of reeds de *raadkamer* de bevoegdheid zal hebben den beklaagde buiten vervolging te stellen op grond van niet-toerekenbaarheid, dan wel in ieder geval de behandeling van de zaak ter terechtzitting zal moeten plaats hebben. Schrijver is geneigd in alle gevallen die bevoegdheid aan de raadkamer te ontnemen. Daartegenover schijnt mij de regeling van het ontwerp-ORT (afdoening door de raadkamer, tenzij de beklaagde zelf daarmede geen genoegen neemt en eene behandeling op de terechtzitting verlangt) eene bevredigende oplossing aan de bestaande moeilijkheden te geven, d. w. z. de verschillende in aanmerking komende belangen zooveel mogelijk met elkander te verzoenen. Met volle waardeering van de door schrijver voor zijn standpunt aangevoerde gronden, zou ik den vollen nadruk willen leggen op het belang van den delinquent zelven, hetwelk meestal door de behandeling ter terechtzitting zal worden geschaad; terwijl — en deze opmerking is eene algemeene, betreffende het karakter van de geheele toekomstige psychopathenwetgeving — door die wetgeving de „kijk” van het publiek op de niet-toerekenbaarverklaring een andere zal worden en deze veel minder dan thans als „gunst” zal worden beschouwd (integendeel!), zoodat het hiermede samenhangend argument voor de behandeling ter terechtzitting veel in waarde zal verliezen.

De tweede opmerking is deze. Waar de psychopathen-

wetgever in menig opzicht radicaal zal moeten optreden ten einde den zoo wenschelijken nieuwen toestand in het leven te roepen, streve hij er naar om *zooveel mogelijk* zijne regeling aan het bestaande aan te passen, intact te laten wat tot nu toe goed gewerkt heeft en bleek bruikbaar te zijn. In dezen gedachtengang zal de bestaande bevoegdheid van den *rechter* om de plaatsing van den delinquent, die niet-toerekeningsvatbaar verklaard wordt, in een krankzinnigengesticht te bevelen, moeten worden gehandhaafd ook ten opzichte van den gevaarlijken psychopaath, die daarvoor in aanmerking komt. Ook al is in dit geval de plaatsing in het krankzinnigengesticht een psychopathen-beveiligingsmaatregel, welke als zoodanig — in het stelsel van de terbeschikkingstelling van de Regeering — tot de competentie van de administratie zou behooren, zoo zal toch het karakter van *plaatsing in een krankzinnigengesticht* m. i. moeten domineeren en zal er dus geen bezwaar tegen bestaan, dat de bevoegdheid van den strafrechter, welke hij *thans* volgens art. 37, tweede lid, Wetboek van Strafrecht heeft, ook voor die gevallen worde aangenomen.

Samenloop van straf en beveiligingsmaatregel.

De vraag van den samenloop van straf en beveiligingsmaatregel in concreto, d. w. z. van het al- of niet gecombineerd worden in elk bijzonder geval, is eene vermaarde twistvraag op ons gebied. Verschillende stelsels komen zich aanmelden. Aan den éénen kant het stelsel REGOUT: imperatieve cumulatie. Aan den anderen kant dat van het ontwerp-ORT: verbod van cumulatie, dus òf de straf òf de beveiligingsmaatregel. Tusschen deze beide in: de facultatieve cumulatie, het systeem hetwelk Mr. MASTHOFF voorstaat en dat ook mij het meest juiste toeschijnt, omdat het niet *dogmatisch* is maar aan den rechter overlaat om, naar gelang van de omstandigheden,

d. w. z. rekening houdende met de bijzondere figuur van de aan zijn oordeel onderworpen zaak, zooals die gevormd wordt door den aard van het gepleegde misdrijf en de psychische gesteldheid van den dader, te bevelen òf straf òf maatregel òf beiden. Met schrijver zou ik het wenschelijk achten, dat — in geval van cumulatie — de straf vóór de dwangverpleging wordt ondergaan. Ook het denkbeeld, dat, in geval van cumulatie, bij het uitspreken van eene langere straf eerst tegen het einde van den straftijd definitief over de dwangverpleging beslist wordt (zulks met het oog op de mogelijkheid, dat de straf alleen reeds het gewenschte resultaat heeft), zou aanbeveling verdienen.

Minder aanbevelenswaard schijnt het denkbeeld (blz. 308 vlg.) om in het *andere* geval, n.l. indien de rechter alleen dwangverpleging noodig acht omdat deze op den dader reeds voldoende afschrikkend zal werken en eene vrijheidsstraf overbodig is te achten, tóch de straf maar uit te spreken, in afwachting van eene latere definitieve beslissing. De negatieve beslissing (het afzien van de straf), door den rechter natuurlijk niet te nemen dan na een nauwgezet onderzoek en ernstige overweging, moet m.i. als zoodanig definitief zijn. Met name aan het bezwaar, dat op deze wijze de *simulatie* zou worden in de hand gewerkt (waardoor de rechter in den waan zou worden gebracht, dat eene zeer langdurige verpleging van den dader vereischt was, terwijl deze, eenmaal in de dwangverpleging, spoedig zou genezen en in vrijheid zou moeten worden gesteld), kan slechts eene geringe waarde worden toegekend. Het deskundig onderzoek van den psychiater in het strafgeding (basis immers van de rechterlijke beslissingen in deze geheele materie!) moet en kan zoodanig zijn, dat eene eventueele poging van den psychopaath om zijn toestand zoo erg mogelijk

voor te stellen en op deze wijze den rechter te verschalken, geen succes zou hebben.

De voorafgaande bespreking van Mr. MASTHOFF's arbeid is niet zoo uitvoerig geworden, dat daaraan nog niet ééne algemeene opmerking zou mogen worden toegevoegd. De eventueele lezer van deze „aankondiging” houde ons dus deze opmerking ten goede, al valt zij buiten het eigenlijk kader van het proefschrift.

Wat bovenal treffen moet bij het lezen van eene studie over de strafrechtelijke zijde van het psychopathenvraagstuk, als Mr. MASTHOFF geleverd heeft, is èn de eigenaardige moeilijkheid, aan eene wettelijke regeling verbonden, èn de groote wenschelijkheid, dat zulk eene regeling hier te lande tot stand kome. Zóó sterk heeft de schrijver dezer regelen in het bijzonder dezen laatsten indruk ondervonden, dat hij gaarne over bedenkingen, zelfs ten aanzien van punten van meer aanbelang, zou kunnen heenstappen, en zich zou verheugen over een positief resultaat van des wetgevers pogen, ook al zou dat resultaat hem niet geheel bevredigen. Er dient — dit is de hoofdzaak — thans te worden gehandeld! In handhaving van den bestaanden toestand waarin zich het psychopathenvraagstuk bij ons bevindt — haast schreven wij: een toestand van anarchie — ligt een niet te ontkennen gevaar. En wèl treurig mag die toestand genoemd worden, wanneer de rechterlijke macht zelve dat „ellendig gevoel” van onmacht heeft, hetwelk zoo verlamdend werkt en juist in deze materie zoo bedenkelijk is (1).

Er wordt heden ten dage, ook bij ons, geklaagd over

(1) Zie het slot van de beschouwingen van den Amsterdamschen rechter Mr. TAVERNE in *W. v. h. R.* no. 9615.

de vervreemding tusschen recht en maatschappij. Ook dezerzijds wordt dit verschijnsel erkend en betreurd. Maar daarnaast mag deze vraag worden gesteld: Is niet even bedroevend het feit, dat de *rechter zelf* gevoelt niet te kunnen doen wat hij acht te zijn in het belang van maatschappij en individu, belemmerd wordt in zijn streven om de rechtspraak op een hooger peil te brengen? En is het wonder, dat — waar in eigen kring dit besef levendig wordt — de eerbied voor recht en rechtspraak schade lijdt?

October 1916.

V. GEUNS.

Jurisdiction et droit international public.
(*La juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*), door Mr. L. VAN PRAAG, Den Haag, GEBR. BELINFANTE, 1915; — aangekondigd door Prof. Mr. D. JOSEPHUS JITTA, lid van den Raad van State.

Een schrijver, die blijk geeft van noeste vlijt, en die uit het dichte bosch der volkenrechtelijke litteratuur niet alleen heelhuids maar met vruchten beladen te voorschijn komt, heeft aanspraak op een beoordeeling die er voor alles naar streeft, de goede eigenschappen van zijn werk te doen uitkomen. Een Nederlandsche rechtsgeleerde die, zij het ook met de hulp van een bekwamen vertaler, een werk levert, dat er toe bijdragen zal den goeden naam van ons land op het gebied van het internationale recht te handhaven, mag bij een landgenoot, die als censor optreedt, een potje breken. De schrijver erkent zelf dat zijn werk, door de vele noten, wat zwaar is uitgevallen. Hij haalt in zijn voorwoord een gezegde van DE PAEPE aan: „*Une œuvre juridique . . . ne doit pas craindre de s'alourdir, pour devenir plus probante*”. Ik neem de zwaarte van het betoog in goeden zin; een werk van gewicht zal wel steeds zwaar wegen.

Zooals men hierboven ziet, heeft het werk een hoofdbenaming en een bijkomende benaming. In de hoofdbenaming is alleen sprake van „jurisdictie” en „internationaal publiek recht”; de bijkomende benaming beperkt die begrippen aanmerkelijk. De jurisdictie is nu alleen de *nationale*, het internationale publieke recht is alleen

internationale gewoonterecht in vreedetijd. Buiten de behandelde stof blijven de internationale jurisdictie, met inbegrip van die der scheidsgerechten tusschen Staten, en verder de verdragen, de capitulatiën in de landen van het verre Oosten, en het z.g. oorlogsrecht. De stof, die overblijft, is rijk genoeg.

Het werk begint met eene inleiding en is verder ingedeeld in hoofdstukken, paragrafen, secties en doorloopende nummers. Met behulp van de inhoudsopgave kan men die indeeling nagaan. Daar intusschen hier slechts een algemeen beeld zal worden gegeven, deel ik het werk op een eenvoudigere wijze in. Ik onderscheid eene inleiding tot de beginselen, eene uiteenzetting van die beginselen, en hunne toepassing. In elk der onderafdeelingen, die ik onderscheid, zal ik de aandacht vestigen op datgene wat mij in het betoog van den schrijver het meest getroffen heeft.

Tot de inleiding reken ik, met gepaste vrijheid, niet alleen wat de schrijver als zijne inleiding beschouwt, maar ook de hoofdstukken I en II, waarin m. i. het te behandelen onderwerp nader wordt omschreven. Hetgeen dan hier in mijn overzicht de inleiding vormt, omvat eene aanduiding der hoofdbegrippen „internationaal publiek recht” en „jurisdictie” alsmede een onderzoek van het verband tusschen die begrippen.

De schrijver heeft begrepen dat hij bij den aard van het internationale publieke recht niet al te lang mocht stilstaan. Hij verwijst in hoofdzaak naar de litteratuur. Toch geeft hij aan welke richting hij volgt. Hij neemt aan dat het internationale publieke recht verhoudingen tusschen Staten regelt, en dat het voorschriften vaststelt die de Staten binden, zij het ook binnen zekere grenzen, welke grenzen elke Staat, voor zich, wel kan inkrimpen, maar in 't algemeen niet kan doen vervallen (blz. 9).

Verder behoort hij niet tot hen die het internationale publieke recht op de redelijke orde der samenleving gronden; hij is positivist en naar zijne meening spruit het internationale publieke recht uit verdragen en gewoonten voort. Daar hij nu de verdragen niet in zijn betoog heeft opgenomen, speelt de gewoonte bij hem de hoofdrol. Die gewoonte ontstaat door handelingen van de Staten, gepleegd met het bewustzijn dat die handelingen rechtmatig zijn. Medewerking van alle Staten, bij de vorming van gewoonten door bewuste handelingen, acht de schrijver niet noodig en hij laat in het midden hoeveel van die handelingen aanwezig moeten zijn en over hoeveel tijd zij zich moeten uitstrekken. Dat alles is dikwijls, zegt hij, „*une question de tact*” (blz. 31). Nationale wetten, nationale jurisprudentie en meeningen van geleerden zijn niet zonder beteekenis, maar zij dienen meer om het bestaan van een gewoonte te bevestigen dan om rechtsvoorschriften te doen ontstaan. De schrijver aanvaardt evenwel, voor de voorschriften van het internationale recht, de analogische uitlegging, die uit de gewoonte een beginsel affeidt, en dat beginsel dan toepast op nieuwe gevallen. Dat zijne opvatting, buiten de punten waaromtrent zich een stellig gewoonterecht gevormd heeft, onzekerheid laat bestaan, erkent hij volmondig, maar verder dan een eerlijke positivist gaan kan, gaat hij niet.

Onder jurisdictie verstaat de schrijver, m. i. volkomen terecht, de rechtsmacht die aan de als één geheel beschouwde rechterlijke macht van een Staat toekomt; volstrekte en betrekkelijke bevoegdheid of competentie staan geheel buiten zijn onderwerp. Wel verbindt hij, aan de jurisdictie, de executie (hoofdstuk III, § 4), terwijl hij zich zowel met strafgedingen bezighoudt als met burgerlijke gedingen.

Wat nu het verband tusschen internationaal publiek recht en jurisdictie betreft, zoo geeft de schrijver dadelijk te kennen dat z. i. het internationale publieke recht zonder invloed is op de *toekenning* van jurisdictie, welke toekenning een punt van nationaal recht vormt; het internationale publieke recht heeft z. i. in hoofdzaak een negatieve werking, in zoover dat het leidt tot *ontkenning* der nationale jurisdictie voor bepaalde gevallen.

Datgene wat ik verder tot de inleiding van het werk reken, is een uitwerking van die laatste stelling. Drie hoofdzaken breng ik even naar voren.

In de eerste plaats omschrijft Mr. VAN PRAAG hoe hij zich de beperking der nationale jurisdictievoorschriften door het internationale recht voorstelt. De stelling dat het internationale recht, als hoogere recht, het nationale recht, als lagere recht, ter zijde schuift, aanvaardt hij niet; wel neemt hij aan dat het nationale recht, als het maar eenigszins mogelijk is, zoo uitgelegd moet worden dat het met het internationale recht overeenkomt.

Een tweede punt, dat ik tot de eigenlijke inleiding reken, wordt in hoofdstuk I behandeld. De schrijver betoogt daar dat elke Staat, in beginsel, met soevereine macht de jurisdictie van de rechterlijke macht van zijn land in burgerlijke zaken omschrijft. Het aan het publieke recht grenzende deel van het internationaal privaatrecht betreedt de schrijver niet (blz. 87). Dat is zijn soeverein recht, maar de vraag der redelijke jurisdictie-toekenning in het algemeen-menschelijke verkeer, een vraag die mij persoonlijk meer belang inboezemt, dan de jurisdictie-ontkenning ten aanzien van Staten, vorsten, gezanten enz., enz. blijft zonder antwoord.

Het derde punt betreft de nationale jurisdictie in strafzaken (hoofdstuk II). Ook hier is de slotsom van den schrijver dat elke Staat vrijelijk de jurisdictie van zijne

rechterlijke macht afbakent (blz. 157). In den tekst en in de noten worden afwijkende meeningen en bijzondere gevallen — o. a. dat van de Costa-Rica-Packet — uitvoerig besproken. Het internationale recht heeft dan ook hier, in hoofdzaak, slechts een negatieve werking.

Datgene, wat ik als het tweede deel van het werk beschouw, de uiteenzetting van de beginselen der jurisdictie-ontkenning, omvat in het werk de §§ 1—4 van hoofdstuk III. Wellicht kan men er ook hoofdstuk IV, dat na de §§ 5—12 van hoofdstuk III komt, toe rekenen, maar dat laat ik in het midden. Ik stel me voor, zeer in het kort, den inhoud van de §§ 1—4 van hoofdstuk III na te gaan.

In § 1 bespreekt de schrijver een vraag van woordenkeus, die zich met een beginselvraag verbindt. Gebruikelijk zijn, van ouds, bij het behandelde onderwerp, de uitdrukkingen „extritorialiteit” en „territorialiteit” maar ze zijn dubbelzinnig. De eerste zin van het dubbeltal zinnen is, dat de uitdrukking met het uitsluitend voorzetsel te kennen geeft dat iets buiten de nationale jurisdictie staat, en dat de uitdrukking zonder voorzetsel aanduidt dat iets aan die jurisdictie onderworpen is. Die zin is, voor den schrijver, de juiste zin, en in dien zin gebruikt hij ook verder de uitdrukkingen; „extritorialiteit” beteekent dan immuniteit (vrijdom, niet-onderhevigheid); „territorialiteit” is onderhevigheid of onderworpenheid. Maar er is voor de uitdrukking „extritorialiteit” en haar tegenhanger een tweede zin, waarbij men ze op ingebeelde of fictieve liggingen doet slaan. De negatieve uitdrukking met „ex” geeft dan te kennen dat iets wat werkelijk op het gebied is, geacht wordt er buiten te liggen; de tegenhanger duidt aan dat iets wat er werkelijk niet op is, geacht wordt er wel op te zijn. Gaat men nu verder redeneeren over de fictieve niet-ligging en over

de fictieve ligging, dan gebruikt men de ficties als beginselen en verliest men de werkelijkheid uit het oog. De schrijver werpt beide ficties overboord, en gebruikt dus verder de bedoelde uitdrukkingen in zijn zin.

In § 2 van hoofdstuk III wordt in vier secties uiteengezet wat, volgens het internationale publieke recht, in beginsel exterritoriaal is, dat is niet aan plaatselijke jurisdictie onderworpen. Indien ik er meer dan een schets van gaf, zou mijne recensie topzwaar worden.

De eerste sectie is gewijd aan de algemeene leer. Bij een schrijver, die in de inleiding van zijn werk het positieve internationale recht, afgescheiden van verdragen, uitsluitend op volkenrechtelijke gewoonten gronden wil, moet alles neerkomen op de vraag of er een gewoonterecht bestaat en, zoo ja, wat men, ten aanzien van den grondslag, de strekking en den omvang van jurisdictie-beperkende voorschriften, uit de gewoonte mag afleiden, ten einde tot eene analogische uitlegging van zulke voorschriften te komen. De schrijver leidt het bestaan van een gewoonterecht uit de geschiedenis af, en gaat daarbij na wat ten aanzien van bijzondere gevallen, als vreemde Staten, vorsten, gezanten, schepen, legerafdeelingen enz. krachtens rechtsbewustzijn is geschied. Den grondslag van de jurisdictie-ontheffing vindt hij in den eerbied, dien elke Staat aan de andere Staten bewijzen moet. Hare strekking is dat de vreemde Staat, in zijn regeeringstaak, niet zal worden belemmerd. Zoo komt de schrijver tot een allerbelangrijkste slotsom ten aanzien van den omvang der immuniteit, in het bijzonder bij vreemde Staten. Z. i. is die immuniteit algemeen, zij omvat hetgeen *jure gestionis* is geschied evengoed als hetgeen geschied is *jure imperii*; met andere woorden ook dan is een vreemde Staat aan jurisdictie onttrokken, wanneer hij aangesproken wordt op grond van een feitelijke privaatrechtelijke ver-

houding. De volgende sectie (II) is gewijd aan uitzonderingen op het beginsel. De schrijver onderscheidt werkelijke uitzonderingen, o. a. voor zakelijke rechtsvorderingen betreffende onroerende goederen, en beweerde uitzonderingen of beweerde uitzonderingen op uitzonderingen. Het onderzoek daalt langs de casuïstiek naar de fijnste bijzonderheden af. Gemakkelijk te volgen is het niet, maar elk geval heeft practisch nut. Dan komen, in een uitvoerige derde sectie, de gevallen waarin een afstand van de immuniteit kan worden aangenomen, en eindelijk wordt, in een beknopte vierde sectie, de invloed van geschillen tusschen Staten op het gevestigde gewoonterecht nagegaan.

Per slot van rekening neemt de schrijver een breede immuniteit aan, met uitzonderingen en behoudens de mogelijkheid van een vrijwilligen afstand. Die immuniteit acht hij, volgens hetgeen in zijne inleiding is betoogd, in beginsel bindend voor den rechter.

Tot de leer der beginselen reken ik ook hetgeen in de §§ 3 en 4 van hoofdstuk III te vinden is.

De in bedoelde § 3 behandelde vraag is even moeilijk, wat het leerstellige betreft, als belangrijk voor de practijk. De schrijver stelt dat een rechter een jurisdictie bezit die hem door zijne nationale wet in algemeenen zin wordt gegeven en hem niet door het positieve internationale recht, voor een bijzonder geval, wordt ontnomen, en vraagt zich dan af of die rechter middellijk een daad van gezag, door een vreemde overheid verricht, beoordeelen mag. Het antwoord is niet volstrekt ontkennend, maar de rechter moet zich nimmer door het geven van bevelen in een vreemd overheidsbeheer mengen. De verschillende gevallen, die zich kunnen voordoen, worden, volgens de methode die de schrijver gewoonlijk volgt, nauwkeurig nagegaan. Nog veel belang-

rijker is intusschen de vraag die in § 4 ter sprake komt. Het is de vraag of daar waar jurisdictie in uitzonderingsgevallen bestaat of op een vrijwillige onderwerping berust, executie is toegelaten, 't zij in het algemeen, 't zij bij bepaalde in het binnenland grijpbare goederen. Achtereenvolgens worden die goederen nagegaan. Gewichtig is o. a. het geval van beslag op penningen die aan een vreemden Staat toebehooren, en bij een binnenlandsche bank zijn neergelegd, b.v. om daarmee de rentebewijzen eener staatsleening te verzilveren (blz. 374—379).

Thans kom ik, ten slotte, tot hetgeen ik het derde onderdeel van het werk, de toepassing der beginselen, heb genoemd.

De schrijver, die met beginselvaste logica, door een geschiedkundig-casuïstisch onderzoek, als het ware met een tandradbaan, waarbij elke tand bekeken is, tot de beginselen is opgeklommen, daalt nu, langs denzelfden weg, met dezelfde zorg, van de beginselen naar de bijzondere gevallen af. In de §§ 5—12 van hoofdstuk III worden achtereenvolgens, in alle bijzonderheden, met het oog op de onttrekking aan de plaatselijke jurisdictie, de navolgende onderwerpen besproken: vreemde soevereine en niet- of half soevereine Staten, vreemde vorsten of hoofden van Staten, al of niet regeerende, met hun echtgenooten, gezinsleden en gevolg, verschillende soorten van diplomatieke agenten met hun gezinnen en hun ondergeschikten, consuls, handelsagenten en daarmede gelijk te stellen waardigheidsbekleeders, legerafdeelingen, oorlogsschepen, andere openbare dienstvaartuigen, bijzondere schepen, luchtschepen en vliegtuigen. De Heilige Stoel en de orde van Malta worden niet vergeten. Het is een lange en vermoeiende reis, maar de rechtsbeoefenaar die met het eene of andere geval te doen

heeft, zal op elke stopplaats nuttige gegevens vinden.

In het tamelijk beknopte hoofdstuk IV worden nog vragen opgeworpen, die niet tot de minst belangrijke behooren, ten eerste de vraag welke beteekenis, in zijn eigen land, moet worden toegekend aan de uitspraak van een rechter, die in strijd met de internationaalrechtelijke beperkingen zijner jurisdictie, toch gevonnisd heeft, en dan de vraag door welke rechtsmiddelen zulke vonnissen voorkomen of, als zij er zijn, van hunne kracht beroofd kunnen worden. Veelal zal het neerkomen op een oordeelkundig optreden der Regeering, maar de tekst en de noten van het werk leveren, ook hier, goede bouwstoffen op.

Het werk van Mr. VAN PRAAG komt, wat de taal betreft, niet in strijd met de jurisdictie, welke de Fransche spraakkunst rechtmatig bezit over een boek dat in de Fransche taal uitgegeven wordt. Hier en daar is het merkbaar dat de vader der denkbeelden niet tevens de vader van de uitdrukkingen is, maar het werk zal toch zijn weg vinden in de internationale wetenschappelijke wereld.

Economie en Techniek. Rede uitgesproken bij gelegenheid van de aanvaarding van het Hoogleeraarsambt aan de Technische Hoogeschool te Delft op Woensdag den 4en October 1916, door Mr. P. J. M. AALBERSE, *Leiden*, Naaml. venn. uitgevers-vennootschap „Futura”, 1916.

Met het uitspreken van bovenstaande rede heeft de hoogleeraar AALBERSE zijn ambt aan de Technische Hoogeschool aanvaard. Een aangenaam gesteld stuk, dat de tijd dien men daaraan besteedt zeker overwaard is, en waarin men de tweevoudige vraag beantwoord vindt welk het verschil, welke de verhouding is tusschen Economie en Techniek.

De hoogleeraar begint met mede te deelen wat hij onder economie of volkshuishoudkunde — de naam staathuishoudkunde, waarmede juist dat onderdeel der economie dat men Financierwetenschap noemt wordt aangeduid, verwerpt hij als te eng — verstaat en geeft de navolgende omschrijving „het geheel van in en voor een staatkundig vereend volk ver-richten redelijken en doelbewusten arbeid tot voortbrenging „van behoeften-bevredigingsmiddelen”. Men vraagt van een volk? En het antwoord luidt: zeer zeker; niet van de menscheit, maar van een volk. Wereld-huishouding is niet een organisch maar een zuiver verkeersrechtelijk begrip. Zulk een organisch begrip is de volkshuishoudkunde wèl. De volkshuishouding is niet — gelijk de individualistische opvatting leert — de bloote som der slechts als eenheid gedachte, bij elkaar gevoegde enkel- en gemeenschapshuishoudingen, ook niet — gelijk de communistische opvatting meent — één groote gemeenschapshuishouding van Maatschappij of Staat, maar een hoogere zedelijk-organische eenheid van vele zelf-tandige huishoud-eenheden, welke door het sociale doel en door een sociale autoriteit tot de eenheid der orde zijn verbonden. Als grondbeginsel der volkshuishouding behoort men te aanvaarden de menschenlijke solidariteit, nergens in de wereld-geschiedenis meer in hare waarde erkend dan in het Christendom, dat het individueele in den mensch erkent en eerbiedigt maar ook met klem de geboden van rechtvaardigheid en

naastenliefde predikt, welke toch de twee hoogste uitingen zijn der solidariteitsgedachte. Dáár wordt erkend, dat de mensch tegelijk is individu en sociaal wezen.

Daarnaast staat nu de techniek, een woord dat taalkundig meerdere beteekenissen heeft maar dat de schrijver definieert als „het bewust toepassen van onze door ervaring of wetenschap verkregen kennis tot bereiking van „een bepaald, vooraf bedoeld resultaat”. Een kennen en een kunnen dus.

Waarin is nu het verschil tusschen beiden gelegen?

Niet hierin, dat de volkshuishouding wèl, de techniek niet beheerscht zou worden door het zoogenaamde economisch principe, het beginsel der huishoudelijkheid. Dit grondprincipe van alle redelijk handelen, het streven om met de betrekkelijk kleinste oorzaak het betrekkelijk grootste gevolg te bereiken, ligt evenzeer aan het technisch als aan het economisch handelen ten grondslag. Evenmin ligt het verschil hierin dat de techniek naar de qualiteit, de economie naar de quantiteit zou zien, want de techniek streeft niet alleen naar de verbetering van de qualiteit maar evenzeer, al of niet met behoud van de qualiteit, naar de vergrooting van de quantiteit, maar veeleer hierin, dat technische wetenschap toegepaste natuurkunde is, terwijl de economische wetenschap in zekeren zin en tot op zekere hoogte is op het maatschappelijk leven toegepaste Psychologie.

Heel helder is zulk eene distinctie, waarbij men moet werken met „in zekeren zin” en „tot op zekere hoogte”, niet en de schrijver vervolgt dan ook met te betoogen, dat de techniek let op de doelmatigheid in het bijzonder geval, de economie op het geheel, op de totale behoeftenbevredestiging.

Vandaar dat het technisch juiste niet steeds het economisch beste is. Wanneer er bijv. een overgang over een rivier gemaakt moet worden, kan de techniek adviseeren een ijzeren brug, terwijl de economie beslist, en terecht bijv. met het oog op de kosten en de behoeften van het verkeer, dat met een pontje kan worden volstaan.

Zoo kan door een bepaalde werkwijze met betrekkelijk kleiner opoffering een betrekkelijk grooter resultaat worden verkregen. Men heeft dan een uit technisch oogpunt betere werkwijze. Maar wanneer deze nieuwe werkwijze nu voor de gezondheid der arbeiders zeer schadelijk is, dan zal, ook al werden de kosten verminderd en de productie vermeerderd die nieuwe werkwijze, hoewel technisch beter, economisch slechter moeten worden genoemd omdat zij strekt ten detrimente van de volkswelvaart.

Het resultaat waarop gelet wordt als te bereiken doel vormt het onderscheid tusschen beiden.

Intusschen bestaat er een zeer nauw verband en met WAGNER zegt schrijver „Ohne Technik keine Wirtschaft, ohne Oekonomie keine erfolgreiche und heilsame Wirtschaft”.

De techniek die niet alleen op de productie maar ook op het verkeer — het een is niet van het ander te scheiden — een grooten invloed heeft gehad, had dien invloed daardoor ook op het economisch leven. Dit kan men volmondig erkennen zonder de juistheid van het historisch materialisme te aanvaarden.

Daar leert men, dat de productie-techniek in laatste instantie het sociale, politieke en geestelijke levensproces bepaalt, maar vergeet, dat het menschelijk zijn toch niet door de techniek gedetermineerd wordt. Niet minder dan de invloed van de techniek op de volkshuishouding is de tegenwerking van de volkshuishouding op de techniek. Nu gaat het niet aan wel de werking, niet de tegenwerking en daardoor nog minder de wisselwerking te willen zien. Welk een invloed heeft bijv. het Christendom niet op de volkshuishouding, waarop de ethiek geen geringen invloed uitoefent, gehad.

Ten slotte wordt nagegaan welke de verhouding is tusschen Economie en Techniek, opgevat als Volkshuishoudkunde en Technische wetenschappen. Terwijl de eerste tot taak heeft om de wetten, die het economisch leven van een volk en van de volken onderling beheerschen, op te sporen en te verklaren, uit het oogpunt der volkswelvaart te beschouwen, tot een stelselmatig geheel vereenigen en daaruit de grondregelen van het doelbewust ingrijpen der menschen in deze werkzaamheid af te leiden, bestudeeren de technische wetenschappen de mogelijke toepassing van de op het gebied der natuurwetenschappen gevonden waarheid. De techniek vraagt hoe wordt met het betrekkelijk geringste offer een bepaald aangegeven resultaat verkregen; of dit is een resultaat voor een, voor velen of voor het geheele volk valt buiten het gezichtspunt der techniek. Edoch, er is nauw verband, de techniek zal steeds economisch georiënteerd moeten zijn, de economie technisch georiënteerd. En al zou men de technische en economische wetenschappen scheiden, de mannen die de eerste beoefenen, zullen bij hun handelen slechts zelden den econoom van den ingenieur kunnen scheiden. Het technisch juiste te doen samengaan met het economisch goede is de taak van den ingenieur, een taak die hoog opgezet en gewetensvol vervuld van hem maakt den grooten machtigen bevorderaar der volkswelvaart, den weldoener der menschheid.

Deze denkbeelden, duidelijk en welsprekend ontwikkeld, zullen vermoedelijk op het grootendeels uit technici bestaand gehoor indruk hebben gemaakt. Niet zonder reden. En wanneer ik mij een enkele opmerking veroorloof, is het niet

omdat ik zou willen bestrijden wat de hoogleeraar zegt. Maar er ontbreekt iets in zijne beschouwingen. Namelijk dat, wil een technicus, practisch werkzaam, goeden nuttigen arbeid verrichten, hij vóór alles rekening moet houden met de eischen der ethiek.

Voorzeker, kennis der economie — grondige kennis namelijk want oppervlakkige werkt, geloof ik, nergens zoo verderfelijk als juist bij deze wetenschap — is voor een technicus uiterst nuttig. Ook zonder dat men hoopt, dat op die wijze ook de ethiek — want mr. AALBERSE laat niet na op het nauw verband tusschen volkshuishoudkunde en ethiek te wijzen — op hem invloed zal gaan uitoefenen. De kennis der economie is voor den technicus wat die der geschiedenis is voor den staatsman.

Edoch, in 99 van de 100 gevallen voert die kennis tot niets, wanneer zij niet een terrein vindt voorbereid om haar te ontvangen en dit is alleen dan het geval, wanneer de technicus van oordeel is, dat men de eischen van de ethiek *moet* opvolgen, daarmede rekening *moet* houden.

Een technicus, die het „Heb uw naaste lief als u zelve” ter zijde laat, die beheerscht wordt door de auri sacra fames, zal voor hetgeen de volkshuishoudkunde leert al zeer ongevoelig zijn. Meent men, dat de conquistadores, toen zij in het begin der XVde eeuw op Cuba en San Domingo een systeem van mijnexploitatie invoerden, dat, onmenschelijk gelijk het was, slechts kon gevolgd worden door lieden, die op dit punt hun geweten het zwijgen hadden opgelegd, toen *dit* bezwaar bij hen niet meer telde, anders zijn gaan handelen, toen de economische gevolgen — inzonderheid het verdwijnen der inlandsche bevolking die *dit* leven niet meer wilde lijden — aan het licht traden?

Wie doof is voor de stem van het geweten, met moraal en godsdienst of met beiden zich niet bemoeit, zal door kennis der economie niet anders gaan handelen. Met een „après moi le déluge” zal hij op den eenmaal ingeslagen weg blijven voortgaan. Ik geloof niet, dat een technicus, die in zijn fabriek eene voor de resultaten van het bedrijf gunstige werkwijze wil invoeren, ofschoon daardoor de gezondheid zijner arbeiders ernstig wordt benadeeld, van meening zal veranderen, wanneer men hem ad oculos demonstreert hoe oneconomisch zulk eene handelwijze zou wezen.

Daarentegen zal die demonstratie wèl invloed hebben op hem, die reeds uit zich zelf besloten was die werkwijze niet in te voeren. Aarzelingen, die allicht oprijzen, worden daardoor bezworen, de strijd tegen de verzoeking wordt gemakkelijker.

Misschien zal men mij toevoegen: Aangenomen dat waar is wat gij daar opmerkt, dan zou het toch misplaatst zijn geweest

dit in eene inaugureele rede te Delft ter sprake te brengen. Ik zou willen antwoorden: Ik weet dit niet, het materialisme in zijne verschillende nuances, waarvan de zoogenaamd ideologische wel de meest bedenkelijke mag heeten, heeft in technische kringen grooten invloed en wanneer men daarmee niet kan medegaan — en dit is toch zeker bij den hooggeleerden spreker niet het geval — dan kan het geen kwaad dit te zeggen. Anders voedt men den indruk van eene wetenschap te verwachten wat die uit zich zelve niet geven kan en naar de meening van den hooggeleerden spreker dan ook alleen dan geven zal, wanneer het tusschen volkshuishoudkunde en ethiek bestaande enge verband steeds in het oog wordt gehouden.

Er is een wijze raad wat men niet moet doen met paalen. Zoo zijn echter de toestanden hier te lande nog niet, of men kan wat ik in de rede gaarne duidelijker had zien uiteengezet nog wel te berde brengen.

S.

THEMIS

LXXVIIIste deel — TWEEDE STUK

(Het overnemen van den inhoud van dit nummer of van een afzonderlijk opstel daaruit is verboden. — Auteurswet 1912, art. 15.)

Het begrip „onrechtmatig” in art. 1401 B. W.

I.

Alle kenmerken van „de onrechtmatige daad” zijn uiteraard praedicaten, attributen, eigenschappen.

Als eerste eigenschap ontmoeten we de onrechtmatigheid.

De rechtsorde is in haar verschijningsvorm een ordening van (mogen en) behooren; zij is een complex van beoordeelingsprincipia en bepalingsgronden, ze is een normensysteem. Wanneer nu een handeling, aan dit normensysteem gemeten, onrechtmatig is, dan wil dat zeggen, dat ze is onbehoorlijk, „normwidrig”, en wijl de normen, waaraan de handeling gemeten wordt, *rechtsnormen* zijn, daarom is de handeling alsdan *rechtens* onbehoorlijk d. i. wederrechtelijk of onrechtmatig.

Het recht is een ordening van (mogen en) behooren, het is een geheel van normen. Het is waar, de voorschriften der wet treden logisch op in den vorm van een hypothetisch oordeel en de *positiefrechtelijk geformuleerde*

normen zijn inderdaad uiterst gering. Op dien grond zou een practische bruikbaarheid van een „normen-leer” op het eerste gezicht op zijn minst twijfelachtig kunnen schijnen. Doch hiertegen kan opgemerkt, dat de regels der rechtsorde, ook in geval ze niet in den decaloogvorm zijn gesteld, toch steeds het *normatieve* element in zich dragen en de inhoud van de norm toch met den inhoud van den rechtsregel is gegeven; waarmee niet gezegd is, dat ieder rechtsvoorschrift steeds een rechtsnorm in den aangegeven zin is. Zoo opgevat behoeft men niet te vallen in de fout van BINDING, alsof de normentheorie of -leer o. m. noodwendig tot taak zou hebben, den inhoud der afzonderlijke normen te bepalen en zoo van elkaar af te perken. Want niet met de gedetailleerde, afzonderlijke normen als zoodanig hebben we te opereeren, maar met de *normaliteit* en *niet-normaliteit der handeling*. We hebben niet te vragen of en welke de norm is, zeggen we, die aan lid 2, lid 3 van art. 1403 ten grondslag ligt, of misschien deze weer te vereenigen is onder gene of beide onder een hoogere eenheid zijn samen te vatten dan wel of aan het eene lid soms twee ja meer normen ten grondslag liggen. We hebben slechts vast te stellen, dat het handelen in concreto *onrechtmatig* is, en dit is te ontleenen aan de normen in hare totaliteit. Immers voor ons is de handeling het aanknoopingspunt en van deze vragen wij of ze met de rechtsorde in overeenstemming is, niet dus: *welke* norm is overtreden, maar is er *eenige* norm overtreden.

Zoo verstaan is „een onrechtmatige daad” wel een „Normwidrigkeit” maar niet „Normenwirdrigkeiten”. Spreken we toch van norm dan hebben we alleenlijk het oog op het verbindende karakter der rechtsregels en we rukken haar dus niet uit het verband met andere regels b.v. van het strafrecht, staatsrecht, privaatrecht,

enz. Het karakteristieke van het civiele „onrecht” b.v. is niet, dat de handeling in strijd is met dezen of genen regel van het *privaatrecht*, maar dat ze, zooals alle „onrecht”, in strijd is met den wil van den Staat. De norm staat in samenwerking met het geheel.

Zag men dan ook van het norm-karakter van den rechtsregel af, het begrip onrechtmatigheid zou in zooveel onrechtmatigheden vervallen als er deelen van het recht zijn: Privaatrecht, Publiekrecht enz. enz. en dit zou weer tengevolge hebben, dat naar gelang de onrechtmatigheid van de „onrechtmatige daad” deze nu eens privaatrechtelijk dan weer staats- of strafrechtelijk was, wijl een Privatrechtswidrigkeit toch slechts privaatrechtelijke gevolgen kan hebben.

Voor alle deze en nog vele andere afdwalingen bewaart ons een juiste opvatting van de norm. Ze vat alle rechtsregels, onverschillig of ze tot dit of dat deel van het recht behooren, tot een *eenheid* samen onder het gezichtspunt van het normatieve element in de rechtsregels. Ze leidt uit de veelheid der verschijningen tot den in de rechtsregels uitgedrukten „Wil van den Staat”, tot de rechtsorde als geheel, in hare verbindende „kracht” voor 's menschen handelen.

Hiermee is het begrip „onrechtmatig” vanzelf gegeven. Wat onrechtmatig is, bepaalt de „Wil van den Staat” zelf, is te halen overal daar, waar deze wil is uitgesproken, d. i. „het stellig recht, de wet in de ruime „beteekenis van een algemeen geldend voorschrift, af„komstig van eene macht, die bevoegd is de handeling „te verbieden” (1).

Eenheid van het onrechtsbegrip, wijl eenheid van rechtsorde. Dit wordt ook door VAN HAMEL erkend.

(1) LAND, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, deel IV, blz. 308.

„Es gibt doch prinzipiell keinen Unterschied weder in „der Form noch im Wesen oder im Ursprung zwischen „den Normen des Privatrechts, oder des Strafrechts, „oder des öffentlichen Rechts und Verwaltungsrecht.“ Aldus schreef VAN HAMEL ter gelegenheid van den 60. Geburtstag des Herrn Professor Dr. FRANZ VON LISZT (1). Ook deze schrijver erkent dus de eenheid van het onrechtsbegrip. Intusschen, we willen niet verhelen, maar in den aanvang op den voorgrond stellen, dat deze beschouwing, althans logisch, berust op de volgende overwegingen. Vooreerst deze, dat juridisch noch de Staat de logische prioriteit heeft van het recht, noch het recht tegenover den Staat; hierop baseert zich dan weer de opvatting omtrent het positieve recht. We hebben in de verhouding van beide niet zoozeer een tegenstelling, als wel een antinomie (in den zin van KANT) te zien.

Het is hier niet de plaats dit indrukwekkend probleem te bespreken. Evenmin laat het bestek van deze beschouwingen toe, een uiteenzetting te geven van de volgende overweging. Ze is deze, dat tusschen Privaat- en Publiekrecht geen principieel verschil bestaat. Zoo laat zich begrijpen, hoe zij, die ontkennen dat alle recht staatsrecht is, tot de ruime opvatting van het begrip onrechtmatig, onwetmatig kunnen komen.

Zoo is verklaarbaar, dat men telkens *in ons verband* kan vernemen, dat wat voor het privaatrecht geldt nog niet op het strafrecht of omgekeerd toepasselijk is. Wat het laatste betreft, nog een andere begripsverwarring is herhaaldelijk waar te nemen. Immers uitspraken als de laatstgenoemde berusten meestal op een verwarring van rechtsfeit en norm, voorts van onrechtmatigheid en strafwaardigheid. Van beide een voorbeeld.

(1) Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft XXXII, blz. 30.

ROELFSEMA schrijft (1): „Wel bevat art. 350 Strafrecht „een algemeen verbod ten aanzien van het opzettelijk „en wederrechtelijk vernielen, beschadigen enz. van „goederen, die geheel of ten deele aan een ander toe- „behooren, maar een dergelijke algemeene bepaling ten „aanzien der culpose zaakbeschadiging vinden we in dat „wetboek niet.

„Een consequente toepassing dezer leer” (die van OPZOOMER) „zou er dus toe leiden, dat in zeer vele ge- „vallen van zaakbeschadiging een actie tot herstel niet „zou kunnen worden toegewezen.”

Nu is het vooreerst al niet geheel juist om te spreken van een verbod om wederrechtelijk eens anders zaak te vernielen. Immers als wederrechtelijk beteekent rechtens verboden of beter: in strijd met het rechtelijk verbod, dan is het toch onlogisch te spreken van een verbod om in strijd te handelen met een verbod. Afgezien hiervan, de schrijver verwacht strafwaardigheid met onrechtmatigheid. „Zaakbeschadiging” geeft den Tatbestand, het rechtsfeit aan. Ze zal in den regel wel onrechtmatig blijken te zijn, maar deze onrechtmatigheid behoort niet tot het begrip.

Meent nu ROELFSEMA, dat in zeer vele gevallen (en dit zullen dan ook wel zijn die van culpose zaakbeschadiging) art. 1401 niet toepasselijk zal zijn, dan kan deze meening slechts hierop berusten, dat aan de culpose zaakbeschadiging geen strafrechtelijke sanctie wordt verbonden. Uit het ontbreken van haar strafwaardig karakter concludeert de schrijver tot hare niet-onrechtmatigheid.

Een voorbeeld van een o. i. ongenoegzame scheiding en onderscheiding van rechtsfeit en norm levert SIMONS

(1) De beteekenis der woorden «onrechtmatig» en «schuld» in art. 1401 B. W. Proefschr. Groningen 1893, blz. 16.

op blz. 12 van zijn bekend opstel in *Themis*. Het heet daar: „In het moderne strafrecht, ook in het onze, „is er slechts dan een strafbaar handelen, wanneer dat „handelen in strijd komt met een bijzondere norm, „bepaaldelijk door de wet verboden”.

Nu zou men zeggen: precies hetzelfde geldt voor het privaatrecht, ook hier moet die handeling bepaaldelijk door de wet zijn verboden. „Dit is een der grondslagen „geworden onzer individueele rechtszekerheid”. Het is vrijwel dezelfde grond, als waarop de leer van MOLENGRAAFF door SIMONS wordt bestreden. Een reden te meer, dat de opmerkingen, die volgen, aan onze uitgesproken verwachtingen zouden beantwoorden. We vernemen echter: „Anders is het bij de onrechtmatige daad”. M. a. w. de handeling, dat handelen, behoeft niët in strijd te zijn met een bijzondere norm, bepaaldelijk door de wet verboden. Natuurlijk kan dit niet de bedoeling zijn. „Hier „bestaat aansprakelijkheid zonder dat de concrete norm „behoeft te worden aangewezen, die de verrichte handeling gebod of de nagelatene voorschreef”; m. a. w. hij, die een vordering instelt op grond van schade door laten veroorzaakt, behoeft niet aan te geven, dat de wet het handelen gebiedt, althans dit gebod behoort niet tot de voorwaarden van de aansprakelijkheid. En de schrijver put juist zijn argumenten tegen de ruime interpretatie vooral uit het groote gevaar, dat door bedoelde uitlegging „de grenzen tusschen recht en moraal zullen worden „omvergelopen” (1).

En bovendien schrijft SIMONS zelf: „Maar daarom wordt „met de onrechtmatige daad wel een gebod of verbod „van den wetgever overtreden, want in art. 1401 zelf is „voor al die gevallen, waarin geen bijzonder voorschrift

(1) T. a. p. blz. 42.

„valt aan te wijzen, het verbod te lezen: Gij zult niet „door onrechtmatig handelen schade veroorzaken” (1). Of iets door den wetgever wordt verboden, of wel bepaaldelijk door de wet is verboden, zal wel geen verschil maken. M. a. w. het verschil dat SIMONS tusschen de onrechtmatige daad en het strafbaar feit *zegt* te zien, bestaat ook volgens eigen uitgesproken meening niet. Wat de schrijver bedoelt is echter duidelijk en blijkt hieruit: „de wet geeft geen opsomming van de onrechtmatige „handelingen, waaraan zij den vergoedingsplicht verbindt”. Het verschil ligt dus niet in de „opsomming” van de onrechtmatigheid, dus ook niet van die der *onrechtmatige* handelingen, maar in de opsomming der handelingen. Niet in de onrechtmatigheid ligt het verschil, maar in den „Tatbestand”; in de strafwet is deze „concreet” beter: gedetailleerd, in het burgerlijk delictsrecht is deze ten deele ook „abstract” beter: algemeen.

Wat SIMONS noemt „handelen in strijd met één bijzondere norm”, beteekent in de taal van BELING (2) „typisch”; wat SIMONS noemt „opsomming van de onrechtmatige handelingen”, beteekent, opsonning van nauwkeurig omschreven „sociale doelstrevingen” (Tatbestände). Is hier geen verwarring van „Tatbestand” en norm?

Er kan niet genoeg worden gewezen op de noodwendigheid norm en rechtsfeit te scheiden. Vanwaar dan toch die verwarring, hoe te verklaren, dat men herhaaldelijk het onrecht gegeven acht met de verwezenlijking van het rechtsfeit? De leer der onwetmatigheid is voornamelijk van de zijde der strafrechtleeraars behandeld. In het strafrecht geldt niet: *iedere* onrechtmatige daad wordt gestraft, maar bepaalde wel omschreven daden. Welnu, in die casuïstische omschrijving der rechtsfeiten ligt

(1) T. a. p. blz. 43.

(2) Zie: die Lehre vom Verbrechen, 1906, passim.

dikwijls een element van onrechtmatigheid opgesloten. Wanneer de wet gebiedt straf op te leggen aan hem, die een ander opzettelijk van het leven berooft, zonder daarbij het vereischte der wederrechtelijkheid te vermelden, dan is hierin stellig een aanwijzing gelegen, dat de levensberooving ook verboden is. Toch zou het onjuist zijn te meenen, dat de onrechtmatigheid vanzelf is gegeven met de verwezenlijking van het rechtsfeit. Zeker, *in den regel* is de levensberooving een onrechtmatige daad. Maar is daarmee gezegd, dat levensberooving onrechtmatig is? Uit art. 282 Sr. volgt slechts, dat wellicht een levensberooving onrechtmatig zal zijn. Meer niet. Vragen we waarom? dan is het antwoord, omdat de wet levensberooving zelden gebiedt of toelaat. Men geve zich nu rekenschap van den gedachtengang van hen, die de onrechtmatigheid met de verwezenlijking van het rechtsfeit gegeven achten. Vast staat slechts, dat de levensberooving gewoonlijk, *in den regel*, onrechtmatig, zelden niet-onrechtmatig is. In de aangewezen ordening van gedachten concludeert men uit de zeldzaamheid van het geoorloofd of geboden-zijn der levensberooving tot de begripsmatige onmogelijkheid der geoorloofde levensberooving, d. i. dat de levensberooving steeds onrechtmatig is.

Men heeft uit een en ander de conclusie getrokken, dat de onrechtmatigheid geen zelfstandig bestanddeel is. Hierover zal later en elders worden gehandeld.

Tatbestand en norm zijn streng te scheiden — uit het een kan niet het andere geconcludeerd worden. Een geval waarin verwezenlijking van eenig rechtsfeit nimmer rechtmatig kan zijn, is m. i. niet denkbaar. De verwezenlijking van ieder rechtsfeit laat zich denken als geboden of geoorloofd.

De onrechtmatigheid is van streng formeele natuur. Wanneer men, met vele leeraars der „soziologischen Jurisprudenz”, wenscht te spreken van materieele en

formeele onrechtmatigheid, dan heeft men wel te bedenken, dat voor hem, die zin en inhoud van de wet aangeeft, deze onderscheiding volmaakt waardeloos is, wijl de materieele onrechtmatigheid met het positieve recht niets heeft uit te staan. De materieele rechtmatigheid behoort niet tot het begrip van het positieve recht, maar kan van waarde zijn voor de critiek en de hervorming van het bestaande recht en eventueel voor de *toepassing* van het recht.

Volgt uit hetgeen is opgemerkt de *eenheid* van het begrip onrechtmatig, de *geslotenheid* daarvan is een aprioristische noodwendigheid voor alle juridisch ordenen. Dit geldt evenzeer voor ons Nederlandsche Recht. Trouwens alleen zoo, onder de vooronderstelling der leemtelooosheid en geslotenheid der rechtsorde, der wet, laten zich het verbod van rechtsweigering en „vrije” rechtschepping begrijpen.

Deze dogmata worden hier niet alzijdig toegelicht. Wij volstaan met te wijzen op hunne noodwendigheid.

Eén opmerking moet ons van het hart. Er heerscht hier groote verwarring. Ten bewijze daarvan worde het volgende voorbeeld aangehaald. KOSTERS (1) wijst er op „hoe uit de beraadslagingen over het voorschrift van „art. 13 A. B. het verbod van „*déni de justice*” volgt, „dat bij leemten in de wet de natuurlijke billijkheid „door den rechter aan zijne uitspraak ten grondslag is „te leggen”. „Het wordt te dikwijls vergeten, niet slechts „door hen, die alle leemten in de wet ontkennen, dat „de geschiedenis van art. 13 ons het recht geeft leemten „aan te nemen (hoe kan het ook anders, men denke „b.v. aan het internationaal privaatrecht) en dat wij in „genoemde bepaling een vasten wettelijken grondslag

(1) De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht, 1912, blz. 29.

„bezitten voor een rechtspraak overeenkomstig de behoeften des levens” enz. enz. Maar een artikel dat *leemten* erkent en dat tevens een *wettelijken* grondslag voor rechtspraak bezit, is gelukkig in ons recht niet te vinden. Een wet die *lacunen* vertoont en die tevens een grondslag (een wettelijke grondslag dus!) geeft voor een rechtspraak in *die . . . lacuneuze* gevallen is onbegrijpelijk. Stel uit art. 13 A. B. ware „af te leiden”, dat er „leemten” zijn en dat alsdan de natuurlijke billijkheid tot grondslag strekke. Wat zou daaruit volgen: dit toch, dat de verbindendheid (Verbindtlichkeit) van datgene wat natuurlijke billijkheid eischt, berusten zou op de natuurlijke billijkheid. Neen, zegt KOSTERS, niet op de natuurlijke billijkheid maar op de *wet*, in deze wet heeft ze een *vasten grondslag*. Nu valt het in het oog, dat de verbindendheid van het natuurlijk-billijke slechts op de natuurlijke billijkheid, de verbindendheid van het zedelijke op de zedelijkheid, de verbindendheid van het rechtelijke op de wet (wil men de rechtsorde) kan berusten. Maar, zoo kan gevraagd, hoe kan dan KOSTERS, in geval van leemten, stellen, dat de rechtspraak in dergelijke lacuneuze gevallen *in de wet een vasten grondslag heeft?* De grond der dwaling is gemakkelijk te onderkennen. Als KOSTERS zegt eenerzijds, dat uit de beraadslagingen over art. 13 A. B. volgt, dat de natuurlijke billijkheid *grondslag* zij voor zijn uitspraak en anderzijds, dat art. 13 A. B. in geval van leemten een wettelijken *grondslag* geeft voor een rechtspraak, gebruikt hij de woorden *grondslag* in volmaakt verschillende zin. De uitdrukking „natuurlijke billijkheid zij grondslag” beteekent: de natuurlijke billijkheid zij *kenbron*. Met de woorden: een wettelijken grondslag voor een rechtspraak overeenkomstig de behoeften des levens wordt te kennen gegeven, dat een beslissing wordt gegeven, die de *wet*

rechtvaardigt. Grondslag beteekent hier *Geltungsquelle*. In het eerste geval wordt een bewustzijnsinhoud geordend in de categorie van het zijn, in het tweede geval in die van het behooren. De auteur verwacht „zijn” en „behooren”. Deze verwarring is de bron van de miskennis van het dogma der leemteloosheid. Dit dogma, juist verstaan, leert immers niet, dat de beslissing voor den rechter steeds pasklaar in de wet is gelegen, maar, dat elke beslissing door den rechtsregel gerechtvaardigd kan en moet zijn. Te vaak wordt ook dit uit het oog verloren, dat de normatieve rechtsbeschouwing allerminst beweert, dat de rechter feitelijk uit de wet deduceert, dat steeds en overal de voorstelling van het concrete geval wordt *gesubsumeerd* onder den bewustzijnsinhoud, voorzover die door de wet wordt „ingenomen” of bepaald. Integendeel, het zal dikwijls veeleer aldus geschieden, dat de rechter het geval toetst aan de natuurlijke billijkheid, aan de eischen van het verkeer, aan de gerechtigheid enz. en eerst daarna onderzoekt of de beslissing met de wet „klopt”. Maar wat is hiermee gezegd? Dat de natuurlijke billijkheid enz. als maatstaf, dus in casu als verbindende en bepaaldelijk rechtsverbindende ordening geldt? Neen immers: juist het onderzoek naar de overeenstemming met, dat is in normatieven zin de rechtvaardiging door de wet, bewijst, dat, zal rechtstoepassing *rechtstoepassing* blijven, er een statische betrekking moet bestaan tusschen de *rechtstoepassing* en de *rechtsorde*. Wie kan nu in ernst meenen, door een beroep op de ontstentenis van *dynamisch* verband tusschen beslissing en rechtsorde, aan de *statische* verhouding tusschen deze beide te kunnen tornen?

Het dogma, waarvan wij spreken, betreft niet de *ken-* maar de *geldingsbron*. Een bestrijding hiervan met de opmerking: de wet (!) verwijst mede naar de natuurlijke

billijkheid, raakt hoegenaamd niet de kwestie waarom het gaat. Wordt recht gesproken overeenkomstig de natuurlijke billijkheid en is voor deze rechtspraak een vasten wettelijken grondslag gelegd, dan is het volgende denkbaar: of wel de wil der wet dekt zich met de eischen der natuurlijke billijkheid enz., òf wel, de wet wil, dat ten aanzien van een bepaald punt, datgene wat inhoud is van de ordeningen der natuurlijke billijkheid, wat de natuurlijke billijkheid vordert, ook door het *rechtssubject* worde nagekomen. Het eerste geval eischt geen bespreking. Maar heeft dan het tweede geval iets met het dogma der leemteloosheid uit te staan? Neen immers, want de wet verwees naar een andere *kenbron*, zooals zij doet als zij spreekt van goede trouw, goede zeden, goed huisvader, billijkheid, gebruik enz. enz. Is er nu een leemte in de wet, is er nu geen regeling getroffen? De aanhangers der vrijrechtsbeweging roemen om strijd art. 1 van het Schw. B. G. B., als zou het koren op hun molen zijn. Is dat juist, is hier een rechtspraak sine lege (en dus contra legem)? Integendeel: de wet verklaart, dat onder bepaalde voorwaarden recht zal zijn, dat rechtsverbindend zijn zal datgene, wat de rechter betamelijk of oirbaar zal achten. De wet laat dus in dit geval ruimte, groote ruimte zelfs voor de prudentie, voor het freie Ermessen van den rechter. Maar het is wederom de wil van den Staat die naar deze kenbron verwijst en formeel onderscheidt zich deze verwijzing in niets van die naar het gebruik, de goede zeden, of van die, in geval de wet bepaalt dat hij, die opzettelijk een ander van het leven berooft, gestraft zal worden met een gevangenisstraf van *ten hoogste* 15 jaren (en *ten minste* 1 dag). Is er nu geen regeling getroffen, is er nu een leemte? Een andere vraag is, of zulk een regeling steeds beantwoordt aan wat we als laatste standaard van

behoorlijkheid aanvaarden. Men spreekt ook in dezen zin van leemten, maar dit is weer heel iets anders en het mag bevreemden, dat KOSTERS leemten en leemten niet onderscheidt. Tot dusver werd nog gesproken over lacuneuze gevallen, waarin de wet geen beslissing geeft. Als KOSTERS opmerkt: „En al evenzeer moeten op het „terrein der leemten overwegingen, aan de natuurlijke „billijkheid ontleend, het winnen van den gedachten- „gang: dat de wet zekeren maatregel niet verbiedt en „deze dus is toegelaten” (1) — dan gebruikt de schrijver het woord „leemten” blijkbaar in den tweeden zin.

Blijkbaar toch geeft de wet dan *wel* een beslissing zij het ook, dat haar inhoud niet strookt met onze idealen en wenschen. Deze leemten zijn allerminst geschikt om te worden gebruikt als argument tegen het dogma der leemteloosheid. Met dit dogma toch wordt allerminst te kennen gegeven, dat de rechtsorde, zooals ze nu eenmaal is, een absolute waarde steeds en overal verwerkelijkt. In onze opvatting geeft het slechts den maatstaf, het criterium voor den vorm aan, het bepaalt wat de morphè, wat het „bedingende” element is in de dingen van het recht. Juist daarom, wijl ze niets meer wil en kan zijn, daarom heeft de opmerking geen zin, dat de inhoud, de stof niet altijd geacht kan worden te beantwoorden aan een laatsten standaard van behoorlijkheid, welke deze ook zij. Wie, als KOSTERS, meent, dat overwegingen, aan de natuurlijke billijkheid ontleend, het moeten winnen van den gedachtengang, dat de wet zekeren maatregel niet verbiedt, wie meent m. a. w. dat de natuurlijke billijkheid bij leemten — in dezen zin — het winnen moet van de wet, die blijkt met STRUYCKEN verzeild geraakt in de natuurrechtelijke wateren. Maar waarom dan

(1) T. a. p.

niet — consequent — aan elken rechtsregel zijn formeele rechtsqualiteit ontzegd, als zij niet een absolute waarde in zijn zoo-zijn verwerkelijkt? Voor deze consequentie wacht zich — zie ik het wel — KOSTERS; maar daardoor kenmerken zijn uiteenzettingen zich op dit stuk dan ook door innerlijke tegenspraak.

Met het voorafgaande heeft niets uit te staan deze andere kwestie, dat de woorden der wet een vrijheid van bewegen toelaten, of dat de rechter bij de toepassing in het concrete geval mede op de natuurlijke billijkheid acht slaat. Het is immers niet de vraag „hoe”, maar „dat” de beslissing met de wet in overeenstemming wordt gebracht. Wie echter aan de natuurlijke billijkheid den voorrang geeft boven de wet, die „handelt” sine lege, d. i. contra legem.

Missen we bij KOSTERS omtrent den zin van art. 13 A. B. klaarheid van gedachten, het kan niet anders of ook ten aanzien van de waarde der werking van art. 13 A. B., zooals KOSTERS deze bepaling opvat, moeten we een sceptisch standpunt innemen. Reeds het eerste voorbeeld is niet bijzonder gelukkig gekozen. „De persoonlijkheids-„rechten, eer, geheimen, voor- en geslachtsnamen, om „slechts enkele te noemen, ons wetboek noemt ze niet „als rechten; bestaat dus niet naar *burgerlijk recht*, „een vordering tot schadevergoeding wegens eene aan „schuld te wijten schending daarvan, wij volgen 's Hoogen „Raads uitlegging van art. 1401 B. W.? Een uitbouw „der *burgerlijke rechtsorde* in den zin van art. 13 A. B., dat „bij het zwijgen der wet naar de natuurlijke billijkheid „wordt beslist, zou hier tot de resultaten leiden, die door „volksvertuiging en levensbehoeften geëischt worden, „en bovendien met het stelsel *onzer rechtsorde* in haar „geheel volkomen zouden strooken.” In een noot wordt dan nog gezegd: „De bedoelde rechtsgoederen worden

„elders als zoodanig erkend, n.l. in het strafwetboek, „waar zij tegen strafrechtelijke inbreuk beschermd worden. „De *burgerlijke rechtsorde* achterhale burgerlijke inbreuk”. De schrijver gebruikt „rechtsorde” weer in tweeërlei zin. In den eersten volzin wordt „wet” tegenover „burgerlijk recht” gesteld, in den tweeden volzin „wet” tegenover burgerlijke rechtsorde, in den derden volzin beteekent rechtsorde het geheel der wettelijke bepalingen. En deze laatste rechtsorde wordt aangespoord om burgerlijke inbreuk te achterhalen. Maar deze aansporing is immers overbodig. De burgerlijke rechtsorde achterhaalt immers door en op de wijze van art. 1401 *elke* burgerlijke inbreuk, ja ook de strafrechtelijke inbreuk. Of zou de auteur weer burgerlijke inbreuk hebben opgevat als inbreuk niet op de burgerlijke rechtsorde-wet, maar als een inbreuk op het burgerlijk *Recht*, hoewel de schrijver de burgerlijke inbreuk vergelijkt met de strafrechtelijke? Maar er is meer, ook de in de noot aangehaalde volzinnen zijn weinig anders dan zinnen vol woordspelingen. Wat is in het geding? Het begrip onrechtmatig immers. Wat beteekent nu een strafrechtelijke inbreuk? Een handeling die de in de strafwet erkende rechtsgoederen aanrandt? Welnu een blik in de wet leert ons, dat tegen een handeling zonder meer waardoor een rechtsgoed wordt aangerand nooit bescherming (n.l. straftoepassing) wordt verleend. Beteekent strafrechtelijke inbreuk een handeling die o.m. *onrechtmatig* is, dan mag gevraagd wat is *onrechtmatig*. Eindelijk, de onderscheiding tusschen strafrechtelijke en burgerlijke inbreuken is alleen toelaatbaar voor hem die de eenheid der rechtsorde heeft prijsgegeven, maar die spreken dan ook nimmer „van het stelsel onzer rechtsorde in haar geheel”.

De rechtsorde is één en gesloten en bevat geen leemten. De wet spreekt tot ons met een onverbiddelijk „du sollst”.

Ze wil „selbstherrlich” zijn en moet daarom voor ieder denkbaar geval hare geldigheid eischen. Een absolute aanspraak op geldigheid voor begrensde gebieden is een *contradictio in adjecto*. Een luchtledige ruimte is slechts denkbaar als uiting van den wil der wet, den wil van den Staat, en daarmee is gezegd, dat de rechtsorde die ruimte heeft „gewild”, d. i. dat ze rechtens irrelevant is.

Intusschen geen „Schepper” eener rechtsordening vermag de gansche wereld en de draagkracht van zijne rechtsregelen te overzien. Voor een *philologische* of *sociologische* beschouwing zullen leemten, tegenspraak, onklarheid het werk van den wetgever evengoed kenmerken als ons eigen werk. En toch zal de rechter rechtspreken en mag hij niet stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet „voorwenden”. Hij mag niet de innerlijke waarde of billijkheid beoordeelen en dienovereenkomstig rechtspreken. Hij zal alle leemte, tegenspraak en onklarheid als niet bestaande, als denkmoeilijkheden hebben aan te merken.

Niet de existentie maar de evidentie van den gesloten wil, niet het daar-zijn, maar de klaarblijkelijkheid van den wil der wet is soms in het geding. De rechter behoort Staat en Recht en Recht en Staat te beschouwen als een vrijzwevende, in zich zelf rustende, kosmos, door zich zelf gesteld, oorspronkelijk, souverain en absoluut. Het behoeft zeker wel geen betoog, dat in onzen gedachten-gang alle recht Staatsrecht is, allerminst een antwoord wordt gegeven op de vraag naar de ontstaansbronnen van het positieve recht. We geven immers niet een natuurlijke historie der wetsbepalingen, een historisch-genetische beschouwing. Wij vragen niet hoe en waaruit is het recht ontstaan. Wij spreken slechts van het begrip der wereld van het rechtelijk behooren, d. i. de wil van den Staat. Wil niet opgevat in causalen zin (door den

Staat veroorzaakt) en al evenmin in psychologischen of teleologischen zin (door den Staat gewild) maar aldus dat de rechtsorde, zooals ze nu eenmaal is, den Staat wordt toegerekend (willen in normatieven zin). Anders gezegd: in „den constitutioneelen Staat” richten wij onze bonte sociale ervaring naar lijnen wier eindpunt ligt in die constructieve eenheid, die wij Staat noemen. Intusschen die eenheid is zelve weer niet anders te ordenen dan in de categorie van het recht. In weerwil van en dus ook dank zij deze antinomie is die eenheid van den Staat wederom de uitdrukking voor de eenheid en logische geslotenheid der rechtsorde en omgekeerd.

Men stoote zich niet aan de uitdrukking: recht is souverain en absoluut. Want hiermee wordt aangeduid, dat de rechtsorde in hare aangelegenheden het laatste woord heeft. Zoo verstaan kan men aan de rechtsorde kwalijk souveriniteit en absoluteitheid ontzeggen. Wel wordt deze beschouwing eenerzijds van Neo-Thomistische zijde: CATHREIN, VON HERTLING, nog onlangs door STRUYCKEN en anderzijds door KRABBE b.v. verworpen. STRUYCKEN (1) schrijft: „Eene ordening van het gemeenschapsleven der „mensen, hoezeer ook door dwang verzekerd, is geen „recht, wanneer zij niet aanspraak kan maken op zedelijke „waardering; ethische postulaten, die hunne verwezen- „lijking niet vinden in eene reële ordening van het ge- „meenschapsleven, missen het positieve rechtskarakter” (2).

(1) Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden. Eerste deel. Eerste stuk 1915, blz. 5.

(2) Men lette er op, de auteur zegt niet: *behoorde* niet bindend te zijn, maar: *is* geen recht, missen het positieve rechtskarakter. Op gelijke wijze laat KRABBE zich uit. Recht is alleen dat recht, dat ontspringt uit het originaire rechtsgevoel en rechtsbewustzijn. Wel is waar schijnt het alsof bij KRABBE de *genesis* en bij STRUYCKEN de *waarde of qualiteit* beslist, maar dat is slechts schijn.

De schrijver gebruikt „recht” in tweeërlei zin: recht zonder meer, hetzij haar inhoud al of niet beantwoordt aan een *laatst* standaard van behoorlijkheid en recht, welks inhoud beantwoordt aan de Idee of zooals STRUYCKEN het onnauwkeurig uitdrukt, dat „ethische postulaten verwezenlijkt”. Nu zij voorloopig daargelaten de vraag of het recht in zijn daar-zijn niet reeds „ethische postulaten verwezenlijkt”. Maar er is meer: de verplichtende instantie, de bron der verplichting is dan niet meer de *rechtsorde*, maar zijn de ethische postulaten.

Dit standpunt schijnt mij onhoudbaar. De rechter mag niet de innerlijke waarde der wet beoordeelen, hij mag niet vragen of de rechtsorde „ethische postulaten verwezenlijkt”. Deze bepaling heeft in de leer van STRUYCKEN geen zin. Voor den rechter staat immers vast, dat de wet zedelijk gerechtvaardigd is; zoolang dat niet het geval is, is de bepaling geen recht, en is hij, de rechter, dus uiter-aard niet geroepen tot oordeelen. Op soortgelijke gronden noemt KRABBE de artt. 3, 11, 15 der wet A. B. waardeloos en van geen praktische beteekenis. Recht is er alleen, voorzoover het ontspringt uit het rechtsgevoel of rechtsbewustzijn. Men zou kunnen opmerken, dat dus ook hier tusschen KRABBE en STRUYCKEN dit verschil bestaat, dat KRABBE anders dan STRUYCKEN de genesis laat beslissen. Dit is echter, zooals we spoedig zullen zien, niet juist. De vraag naar het verplichtend karakter heeft volgens STRUYCKEN in normale omstandigheden weinig beteekenis. „Dit spruit hieruit voort, dat de historische ontwikkeling „der sociale verhoudingen in een volk gewoonlijk bepaalde „positieve rechtsbronnen voortbrengt, wier bestaan en „gelding als zoodanig binnen den kring der bevolking „door ieder worden aanvaard” (1). Hoe weet STRUYCKEN

(1) T. a. p. blz. 5, 6.

dat het bestaan en gelding als zoodanig gewoonlijk door ieder wordt aanvaard? Bovendien, wat beteekent bij STRUYCKEN bestaan en gelding als zoodanig? Een bestaan is of is niet, wat doet het er toe of dit bestaan wordt aanvaard? En volgt uit het aanvaarden van het bestaan van positieve rechtsbronnen, dat zij innerlijk gerechtvaardigd zijn, dat zij ethische postulaten verwezenlijken, dat zij dus „recht” zijn? En wat beteekent gelding? Is dat een sociologisch begrip, wil dat zeggen, dat voorschriften feitelijk worden opgevolgd en dat wel „binnen den kring der bevolking, door ieder”? Dat is natuurlijk niet vol te houden. Beteekent gelding der rechtsbronnen dit, dat zij innerlijk gerechtvaardigd zijn, wat doet het er dan weer toe of de rechtsbronnen worden aanvaard althans of ze door ieder worden aanvaard? Maar wijzen de woorden het bestaan en de gelding *als zoodanig* er niet op dat hier een bewustzijnsinhoud niet wordt geordend in de categorie van het behooren maar van het zijn? Is dit juist, dan blijft de vraag naar hare zedelijke waarde geheel onbeantwoord, een vraag die nooit onbeantwoord kan gelaten worden, wijl volgens STRUYCKEN van het bevestigend antwoord op die vraag de verbindendheid van het positieve recht, het daar-zijn, niet het zoo-zijn, de werkelijkheid, niet de waarde van het *recht* afhangt.

De schrijver leidt uit het zijn het behooren af, uit het feit, dat het bestaan en de gelding wordt aanvaard, wordt geconcludeerd tot het behoorlijke, tot het innerlijk gerechtvaardigd zijn, althans in normale gevallen. Deze conclusie is nimmer te trekken. Bovendien bevat de sententia een fictie, er wordt aangenomen, dat ieder het bestaan en de gelding als zoodanig aanvaardt, wat in strijd is met de werkelijkheid. De grond dezer fictie wortelt in het syncretisme van methoden, waarvan de

inleiding talrijke voorbeelden te aanschouwen geeft, d. i. de verwarring van normatieve en explicatieve beschouwing.

Niet anders is het met KRABBE'S leer op dit stuk gesteld. Want zal de genesis voor de verbindend- of verbindbaarheid van het recht beslissend zijn, dan moet een unanimitéit der rechtsovertuiging aanwijsbaar zijn. KRABBE drukt zich te dezen aanzien aldus uit: unanimitéit van rechtsovertuiging zal zich zeldzaam voordoen (1). Hoe nu wil de schrijver zijn leer redden? Aan elke gemeenschap ligt een gemeenschappelijk doel ten grondslag, daarom moeten normen, op de bereiking van dat doel gericht, voor ieder lid der gemeenschap gelijkelijk gelden (2). Met eenheid van doel is als postulaat gegeven eenheid van rechtsnorm. Hieruit trekt de auteur nu een merkwaardige conclusie: „Waaruit volgt, dat aan de in „die gemeenschappen geldende rechtsnormen een gemeenschappelijke rechtsovertuiging ten grondslag moet „liggen” (3). De verzwegen sententie is deze: er is geen recht dan dat ontspruit uit het rechtsgevoel. Want noch uit het feit, dat aan elke gemeenschap een gemeenschappelijk doel ten grondslag ligt, noch uit de eenheid van rechtsnorm, welke een *postulaat* is, volgt unanimitéit van gemeenschappelijke overtuiging. Tenzij de auteur mocht meenen, dat in een gemeenschap als Staat b.v. men gemeenschappelijk een doel en de middelen tot bereiking van dat doel heeft gesteld, wat toch wel niet is aan te nemen. Intusschen de rechtsnorm „vordert” — maar wat is, behoeft toch niet gevorderd — een gemeenschappelijke rechtsovertuiging (4). Waar nu naar eigen getuigenis van den schrijver deze gemeenschappelijke

(1) T. a. p. blz. 47.

(2) T. a. p. blz. 45.

(3) T. a. p. blz. 45.

(4) T. a. p. blz. 46.

overtuiging zeldzaam is, zal bij ontstentenis van deze oorzaak (gemeenschappelijke overtuiging) ook dit eigenaardige gevolg, n.l. de uit het rechtsgevoel ontsproten norm, ontbreken. M. a. w. uit de zeldzaamheid van unanimiteit volgt zeldzaamheid van rechtsnorm. Dit is de logische consequentie. Om deze consequentie te ontgaan wordt nu als volgt geredeneerd. De eenheid van norm bezit fundamenteele waarde! Zij bezit de hoogste rechtswaarde (1). Dit is volmaakt dezelfde ordening van gedachten als wanneer ik zeg: de hoogste waarde van den mensch is, dat hij mensch, van een boom, dat hij boom is. Gij vergeet, merkt men misschien op, dat KRABBE spreekt over *eenheid* van norm, de *eenheid* van norm is de hoogste rechtswaarde. We merken op, dat de eenheid een *postulaat* is, dat elkaar tegensprekende normen *onbestaanbaar* zijn. De eenheid van rechtsnorm is met de rechtsnormen als object van wetenschap *gegeven*, ze ligt in haar daar-zijn. Daarom kan zij nimmer een *rechtswaarde*, laat staan een *hoogste* zijn. De auteur verwacht waarde en werkelijkheid. Zeker, in haar zijn kan de rechtsorde een waarde verwelijken, maar die waarde ontleent zij nimmer aan haar zelf, maar aan een andere „waarde”, waarin zij in haar daar-zijn dienstbaar is. Deze verwarring van zijn en behooren, van werkelijkheid en waarde, opmerkelijk voor een auteur die de rechtswetenschap te verstaan geeft *waardeeringswetenschap* te zijn, blijkt bijzonder duidelijk in de hanteering van het majoriteitsprincipe. De heerschappij van het gewoonterecht steunt „bij hen, „wier rechtsovertuiging daarbij tot uitdrukking is gekomen, op de waarde van den *inhoud* der norm, terwijl „bij alle anderen zij steunt op de waarde van de *eenheid* „der norm” (2). Zooals wij gezien hebben beteekent de

(1) T. a. p. blz. 50.

(2) T. a. p. blz. 52.

waarde van de eenheid der norm niets anders dan de waarde van de normen in haar daar-zijn. De auteur onderstelt nu twee categorieën: *a.* een meerderheid bij wie een „gemeenschappelijke” overtuiging bestaat en *b.* een minderheid die deze niet deelt. Voor beide is het recht als gemeenschapsnorm (hoewel niet bij beide berustend op een gemeenschappelijke overtuiging) verbindend. Waarop berust nu de verbindbaarheid van het recht voor de eerste categorie? Blijkbaar alleen op de waarde van den inhoud der norm, m. a. w. ze ligt niet meer in haar daar-zijn, maar in haar zoo-zijn, in hare *qualiteit*, in haar *waarde*-vollen inhoud. Op grond van welken maatstaf deze norm-inhoud waardevol wordt genoemd, doet natuurlijk niets ter zake.

Maar hoe nu met de tweede categorie? Hier berust de verbindbaarheid op de waarde der eenheid, d. i. voor deze categorie is de rechtsnorm verbindend omdat zij er nu eenmaal *is*. Eigenlijk *is* ze niet, want ze is niet *ontsproten* aan een gemeenschappelijke overtuiging. Maar dat behoeft niet meer. Voldoende is, als zij uit het bewustzijn der meerderheid is ontsproten, de minderheid moet dan maar gehoorzamen, omdat de eenheid der rechtsnorm zoo waardevol is; de meening van de minderheid moet wijken voor de meerderheid, ziedaar „de natuurlijke rechtvaardiging (1). Het blijkt, hoe deze auteur dus verschillende criteria aangeeft. *Zeldzaam*: de unanimitieit der rechtsovertuiging die de norm doet ontspruiten. In de *andere gevallen* is beslissend, dat de norm „ontsproot” uit de rechtsovertuiging bij gewoonterecht van de numerieke meerderheid der rechtsgenooten, bij het wetrecht van de numerieke meerderheid der vertegenwoordiging. Het behoeft wel geen betoog, dat hier

(1) T. a. p. blz. 52.

ontstaansbron en niet geldingsbron bedoeld wordt, wat met het leerstuk der verbindbaarheid niets heeft uit te staan. Daarom laat de auteur deze „bron” rustig ter zijde en betoogt nu als volgt: De verbindbaarheid berust in het eene geval op de qualiteit van het recht, in het andere geval op het daar-zijn. Dit heeft natuurlijk met het rechtsgevoel; als de bron waaruit het recht ontstaat, niets uit te staan. Toch hecht de auteur aan dit rechtsgevoel te groote waarde dan dat hare rol zoo bescheiden zou zijn. Er is in werkelijkheid, zoo roept de schrijver uit, geen ander recht dan hetgeen ontspruit uit de eenige bron, die in staat is een norm tot rechtsnorm te maken: het originaire rechtsgevoel en rechtsbewustzijn. De auteur hinkt dus op twee gedachten: recht is alleen dat recht, dat voor het forum van het rechtsbewustzijn is *gerechtvaardigd* en recht is alleen recht dat uit het rechtsgevoel *ontspruit*. In de eerste opvatting beslist de qualiteit, de *waarde* van het recht, in de tweede de *wording* uit het rechtsgevoel. In het eerste geval hebben wij te doen met een reactie van het rechtsgevoel op *normen*, in het tweede geval met een reactie van het rechtsgevoel op *gedragingen*. Reageert in het eerste geval het rechtsgevoel op een norm negatief, dan is zij geen *rechtsnorm*; reageert het positief, dan is zij *wel rechtsnorm*. Reageert in het tweede geval het rechtsgevoel op een gedraging negatief, dan doet zij een *rechtsnorm* ontspruiten, anders niet; of wel: zij doet een gebod ontspruiten bij positieve, een verbod bij negatieve reactie. Maar waar komt in het eerste geval die norm vandaan, die voor het forum van het rechtsgevoel is gerechtvaardigd en nu *rechtsnorm* heet? Niet uit het rechtsgevoel! Men zal dus in het eerste geval *normen* moeten erkennen, wier inhoud zich richt op de verwerkelijking van het gemeenschappelijk doel, die, hoezeer aan het rechtsgevoel beantwoordend

en daarom bindend, toch niet uit het rechtsgevoel ontstaan, ontsproten zijn. In het tweede geval is dit juist onmogelijk. Deze tegenstrijdigheid vindt haar grond hierin dat de auteur wordings- en geldingsbron verwacht, zooals hij werkelijkheid en waarde, zijn en behooren verwacht, wat van een voorstander der waardeeringswetenschap slechts kan verbazen. Dat in het eerste geval de norm niet aan het rechtsgevoel steeds kan zijn ontsproten is prima facie misschien niet zoo gemakkelijk in te zien: toch is het niet moeilijk dit aan te toonen. Het rechtsgevoel oordeelt in het eerste geval over een norm. Of deze norm *rechtsnorm* zal zijn hangt af van de uitspraak van het rechtsgevoel. Dit kan goed- of afkeuren. Keurt het deze goed, dan is er een rechtsnorm; keurt het deze af, dan is het geen rechtsnorm. Stel nu, het rechtsgevoel reageert op een gedraging negatief, het keurt deze af, het beschouwt deze als onrechtmatig en doet dus „ontspruiten” een norm, die, zeggen wij met de heerschende leer, deze gedraging verbiedt. Deze norm is echter, zooals wij zagen, nog niet bindend, want niet de ontstaansbron beslist, maar „de waarde van den inhoud van de (rechts)norm”. Zal dus deze norm rechtsnorm zijn, dan moet daarover oordeelen het . . . rechtsgevoel. Nu is dit rechtsgevoel wel een mysterium, maar ik wil toch hopen, dat hare verrichtingen, als ik het zoo zeggen mag, vallen binnen de praedicabiliteitsfeer van zoiets als het principium contradictionis en identitatis. Alle „oordeelen” van het rechtsgevoel over normen, ontsproten uit reacties van het rechtsgevoel over een gedraging, moeten dus altijd en overal positief, goedkeurend uitvallen. Maar zou dat rechtsgevoel dan niet verstandig doen dat oordeelen over normen na te laten? M. a. w. waren de normen, waarover het rechtsgevoel te oordeelen heeft, uit het rechtsgevoel ontsproten, dan heeft het geen zin meer de ver-

bindbaarheid dier normen afhankelijk te stellen van de waarde van den *inhoud* der norm. Deze normen moeten dus, volgens de meening van KRABBE, uit iets anders *ontsproten* zijn dan het rechtsgevoel.

In den tijd blijven zijn en behooren gescheiden. De nooit op te heffen verscheidenheid van dat, wat is en dat, wat behoort te zijn, is de diepste zin der tijdelijkheid, is de voorwaarde voor het menschelijk leven. Was er geen verscheidenheid, schreef WINDELBAND, vielen zijn en behooren, vielen waarde en werkelijkheid te zamen, er zou geen willen en geen gebeuren zijn, immers alles is zooals het is, d. i. in eeuwige „Fertigheit” (1). De voorstanders van dit syncretisme verwijzen ons telkenmale naar het volle menschelijke leven. Geeft dat menschelijke leven ons grond voor zulk een blijmoedig optimisme?

Ook elders blijkt hoezeer STRUYCKEN b.v. zijn en behooren verwacht. De rechtswetenschap, zoo meenen wij, is een wetenschap van normen, zij heeft deze normen te leeren kennen en te beschrijven, ook al worden ze alle niet opgevolgd. STRUYCKEN oordeelt anders! „Het kan niet op den weg liggen van een wetenschap, om, „zooals BUYS haar te verstaan geeft, als staatsrechtelijk „stelsel te beschrijven een geheel van verhoudingen, „waarvan de werkelijkheid van iederen dag vrijwel het „tegenovergestelde vertoont” (2). Wanneer BUYS eene wetenschap (de *Staatsrechtswetenschap*) te verstaan geeft een geheel van verhoudingen te beschrijven, dan bedoelt BUYS daarmee, redelijkerwijze, niet levensverhoudingen, maar *rechtsverhoudingen*, *rechtelijke qualificaties* van betrekkingen of verhoudingen. Bedoelde BUYS levens- of machtsverhoudingen te beschrijven, hij zou koren dragen

(1) Einleitung in die Philosophie, 1914, blz. 432.

(2) T. a. p. blz. 179.

op den molen van STRUYCKEN. Neen, BUYS wil de Staatsrechtswetenschap te verstaan geven *rechtsverhoudingen* te beschrijven. Dit nu kan volgens STRUYCKEN onmogelijk liggen op den weg der (Staats)*rechtswetenschap* wijl . . . de werkelijkheid van iederen dag vrijwel het tegenovergestelde te aanschouwen geeft. Hier heerscht een begripsverwarring. De werkelijkheid, ook de werkelijkheid van iederen dag kan toch niet anders te aanschouwen geven, *dan steeds dezelfde rechtsverhouding*, het een en hetzelfde stel rechten en plichten.

De *rechtsverhouding*, waarin de gehuwde man staat tot zijn vrouw, is iederen dag — wetsveranderingen ter zijde gelaten — dezelfde; een werkelijkheid van iederen dag, die ons vrijwel het tegenovergestelde vertoont, bestaat nooit en nergens; dit geldt voor elke *rechtsverhouding*. Deze waarheid is zoo banaal, dat we wel genoodzaakt zijn de woorden van dezen geleerden schrijver geheel anders te lezen. De schrijver bedoelt waarschijnlijk, dat sommige mannen hunne vrouwen wel eens mishandelen, dat de huurder de huurpenningen wel eens nalaat te betalen, kortom, de schrijver wil wellicht zeggen, dat de werkelijkheid van iederen dag toont, dat men „maling” aan zijn plichten heeft, dat men zijn plichten overtreedt. Is dat een grond voor een wetenschap van plichten, voor een normatieve wetenschap om het bijltje er nu maar bij neer te leggen en zich maar te werpen op en in het volle menschenlijke leven? Gij zult den Heere uwen God liefhebben met geheel uw hart en met geheel uw ziel enz. Gij zult uwen naaste liefhebben als u zelve. Gij zult (weest) volmaakt zijn gelijk uw vader, die in de Hemelen is, volmaakt is. Zal STRUYCKEN volhouden, dat het niet op den weg ligt eener „*theologia moralis*”, om een stelsel van verhoudingen te beschrijven, waarvan de werkelijkheid van iederen dag

ons vrijwel het tegenovergestelde vertoont? Of zal de auteur meenen, dat hier geen disharmonie bestaat? Als STRUYCKEN ons eenmaal zal geven „een absolute rechtvaardiging van het recht als ethisch bindende ordening van het gemeenschapsleven der menschen” (en die „slechts kan worden gevonden in de verhouding van den „mensch tot het absolute, tot God”, zal de auteur dan ons in zijn voorwoord liever nog op den omslag, er aan herinneren, meer nog, met den meesten nadruk er op wijzen, dat zijne rechtvaardiging, hoezeer absoluut, op wetenschap reeds daarom geen aanspraak kan maken, wijl de werkelijkheid van iederen dag ons toont hoe die verhouding tot het absolute in den tijd, en daarin *leven* wij toch, niet zoo is als zij behoort te zijn, d. i. „tegenovergesteld”. Zal hij dan zijn absolute rechtvaardiging aandienen als een ontboezeming, zeer warm wellicht, maar allerminst als wetenschap? Ik kan het niet gelooven. Dat de auteur bovendien hier het woord „verhouding” niet gebruikt in sociologischen maar in normatieven zin, spreekt vanzelf, anders ware de absolute rechtvaardiging geheel illusoir. Dit syncretisme van methoden is ook oorzaak, dat de auteur met het woord werkelijkheid eenvoudig „speelt”. Als regel is het positieve recht door waarneming der werkelijkheid te vinden en te begrijpen (1). De jurist, die een scheiding maakt tusschen de wetenschap van het geschreven recht en die van de staatkundige normen in het werkelijk staatsleven daarnaast, die ziet die regelen niet „in het licht der werkelijkheid” (2) enz. Nu heeft de schrijver in den aanvang betoogd, dat het recht „een dualistisch verschijnsel is, eensdeels behoorend tot de wereld der sociale verhoudingen, anderdeels tot die der ethische ideeën”. Het recht

(1) T. a. p. blz. 8.

(2) T. a. p. blz. 180.

toont zich nimmer alleen in de fysisch-psychische levensuitingen van den mensch, maar altijd tevens als ethisch postulaat. Welnu, zal het streven van den auteur niet a priori onvruchtbaar zijn, dan moet de aanschouwing der werkelijkheid hem ook die ethische postulaten doen zien, m. a. w. werkelijkheid wordt dan gebruikt in den metaphysieken zin van realiteit. Maar dan is de verhouding, waarvan de „werkelijkheid van iederen dag” het tegenovergestelde te aanschouwen geeft, stellig niet minder „reëel” dan de feitelijke verhouding zelf. Hieruit zou echter volgen: dat de wetenschap van het Staatsrecht toch weer (*óók*) te beschrijven had, dat stel van verhoudingen, waarvan de werkelijkheid van iederen dag het tegenovergestelde vertoont, en wel hierom, wijl ze „werkelijk” zijn; maar ook, dat Buys dus *in zoover* volkomen gelijk had. Om aan deze consequentie te ontkomen is maar één middel: het begrip en de idee te laten samen-vallen. Het staat nog zoo slecht niet met onze wetgeving, in den regel vervullen ze ethische postulaten! Als regel toch kan door de waarneming der werkelijkheid ten onzent het positieve recht worden gevonden en begrepen. Positief recht is alleen dat recht, dat ethische postulaten verwerkelijkt!

Wijl werkelijkheid moet beteekenen de concrete empirische of zinnelijke werkelijkheid, in deze echter voor ethische postulaten hoegenaamd geen plaats is, moet de auteur in den regel bij elke regeling onderstellen „dat „zal wel in orde zijn”, deze zal wel ethische postulaten verwerkelijken. Is het niet als ware de doctor angelicus aan het woord als hij schrijft: *Una est lex naturae apud omnes?* Ook hier is de auteur weer inconsequent. Recht ontleent zijne kwaliteit, zijn titel niet aan zijn vorm, maar aan den inhoud, juister niet aan het begrip maar aan de idee. Is positief recht alleen dat „recht”, dat

ethische postulaten verwerkelijk, wordt dus a priori eerst de rechtsstof gewaardeerd en verwerft zij daarna het praedicaat van positief recht, vallen dus begrip en idee samen, dan heeft STRUYCKEN geen recht meer om te zeggen: *als regel* kan door de waarneming enz., neen, hij behoort te schrijven: *steeds* kan door de waarneming enz., want de idee is vleesch en bloed geworden, de idee moet in het begrip zijn ingegaan, zonder deze idee is er immers geen begrip en dat niet in den regel, want dan zou er disharmonie kunnen zijn, maar steeds. Zoo is de „nomos” „physis” geworden!

Voor den jurist die geroepen is den inhoud en den zin eener gegeven rechtsorde te bepalen, is de absolute aanspraak op geldigheid der rechtsorde beslissend, voor hem staat geschreven: fiat „justitia” pereat mundus. Hij is gevangen in een bepaalde rechtsorde. Hij oefent gerechtigheid, maar altijd binnen de grenzen of op de wijze door de wet te bepalen, hij is anderzijds gehoorzaamheid schuldig als de rechtsorde de gerechtigheid blijkbaar wederstreeft. Wij gelooven, dat alle recht een streven is „richtiges Recht” te zijn, doch we zien dagelijks, hoezeer deze poging heeft gefaald, zonder dat kan worden gezegd, dat het recht ophoudt recht te zijn. Gerechtigheid is o. i. wel het doel van het recht, maar — en dit is het merkwaardige — dat doel sterft, zoodra dit aan het recht het aanzijn heeft geschonken, en het recht leeft verder, hoever het zich ook van zijn maker moge hebben vervreemd. Het doel is ontstaansgrond, maar niet zijnsgrond van het recht. In het gebied van het recht eischen we, wat we op ander gebied als een betreuenswaardig verschijnsel beschouwen: de verzelfstandiging van middel tot doel. De vorm zou de zaak dienen, nu moet de zaak voor den vorm wijken. Dit zij, zoo schreef mijn leermeester in zijn Grundzüge der Rechtsphilosophie, den

rechter tot troost: hoe onbillijk ook een rechtsregel zijn kan, deze regel kan en zal enkel door haar *zijn* een doel verwezenlijken. Want, ook als de rechter, wijl de wet dat nu eenmaal wil, ophoudt „dienaar” van de gerechtigheid te zijn, blijft hij steeds „dienaar” van den vrede. Alleen hij is voor zijn taak berekend, die door-drongen is van de waarheid, dat de rechter, dienaar niet alleen van de gerechtigheid maar ook, ja vooral, van de rechtszekerheid is, dat het gewichtiger zijn kan, dat aan den strijd een einde wordt gemaakt dan dat de strijd principieel juist is beslecht, dat het *daar-zijn* zonder meer der ordening gewichtiger zijn kan dan haar bepaald zoó-zijn, dat „gerechtigheid te bevorderen” zijn tweede groote taak is, maar de eerste: de vrede.

Men spreekt wel, zooals we zagen, van Lücke im Recht. Men pleegt daarmee aan te duiden of wel gevallen, waarin wij eenige uitdrukkelijke bepaling in de wet missen, welke in een concreet geval uitsluitel zouden kunnen geven: de wet heeft dan, zoo heet het, in het geval niet voorzien, of ook wil men met het woord Lücke te kennen geven, dat de wet wel een regeling geeft, zelfs zulk een die aan duidelijkheid niets te wenschen overlaat, maar wier inhoud wij afkeuren, omdat de wetgever bij de vaststelling zich niet heeft gericht naar de idee van het recht. In het eerste geval zou er geen regeling zijn, in het tweede is er wel een, maar ze is principieel niet juist. Hoe heeft de rechter nu te handelen? Het antwoord is niet twijfelachtig. Lücke in den eersten zin bestaan voor den rechter niet. De rechter, die zou verklaren, dat de wet zwijgt of onvolledig is, zou slechts stilzwijgen en onvolledigheid *voorwenden*. De rechter heeft uit te gaan van de leemteloosheid der wet en voor ieder denkbaar geval zal hij een beslissing hebben te geven niet zoozeer *uit*, dan wel *krachtens* de wet.

Ook tegenover de tweede categorie van leemten is, na hetgeen we reeds opmerkten, de gedragslijn van den rechter niet twijfelachtig. Alle recht is, zoo gelooven wij, een streven „richtiges Recht” te zijn, maar de wetgever heeft dit doel niet altijd bereikt. Steeds zal er een „Zwiespalt im Rechte” blijven; ze is een a priori en met de onderscheiding van begrip en idee vanzelf gegeven. Voor den rechter zijn deze leemten evenmin een vraag.

Er is nog een derde verschijnsel, waarop we moeten wijzen; we bedoelen, wat men de „Gelindigkeit”, „Blanketbegriffe”, „soepele termen”, genoemd heeft; de wet bevat voor een concreet geval niet een nauwkeurig omschreven beslissing, maar laat in casu den rechter over, een beslissing te geven. In deze gevallen — en zij zijn talrijker dan men in den regel aanneemt — is, naar wij meenen, de rechter geroepen, zijn oordeel te richten naar de Idee. Immers de wetgever laat dat, wat hij zelf had kunnen beslissen, in meer of mindere mate over aan den rechter. En waar de wetgever, naar wij gelooven, steeds er naar streeft de voorschriften te richten naar de Idee, moet dit (n.l. dit streven) ook de plicht van den rechter zijn, wanneer de wetgever zijn taak als het ware aan den rechter overdraagt. Intusschen de wet beveelt dan zelf den rechter zich te richten naar de Idee, verklaart dus zelf de „juiste” beslissing tot de hare, zij bepaalt dus weer zelf wat recht zal zijn: de idee is dan vleesch geworden en houdt op te zijn „de rechte lijn”.

Wij verhelen ons allerminst dat deze meening, als zou alsdan de idee uitsluitend of mede laatste richtsnoer van gedachten zijn, zich van *juridisch* standpunt niet algemeen-geldig laat rechtvaardigen. Onze opvatting is de consequentie van een a priori, van het geloof in een natuurlijk element in de rechtsorde, in de immanentie

der gerechtigheid in het positieve recht eenerzijds, anderzijds vloeit zij voort uit de onmiskenbare waarheid, dat, waar de wet niet zelf regels voor de uitlegging geeft, de uitlegging van metagesetzlicher Natur is, metajuridisch, zoodat noch logische, noch juridische gronden zijn aan te geven, waarom in het geval van het „freie Ermessen”, de gerechtigheid b.v. het winnen moet van de belangenwaardeering. Een iegelijk zij in zijne conscientie overtuigd!

W. ZEVENBERGEN

Artikel 1612 van het Burgerlijk Wetboek.

Er zijn sommige artikelen in onze Wetboeken, zeker niet het minst in ons Burgerlijk Wetboek, waarover men nooit is uitgepraat. De oorzaak daarvan is m. i. meestal te vinden òf in de belangrijkheid van het rechtsbeginsel, dat in zoo'n artikel is vervat, òf in het min of meer onduidelijke der redactie.

Maakt de belangrijkheid van het rechtsbeginsel, dat het voortdurend, dag in, dag uit, in de maatschappij met hare ontelbare schakeeringen toepassing vindt, de onduidelijke redactie van het artikel, waarin zoo'n rechtsbeginsel is neergelegd, doet maar al te dikwijls de vraag rijzen, in hoeverre een zich voordoend geval onder het artikel te brengen is.

Zoo is ook art. 1612 B. W. veel besproken, in elk handboek vindt men meerdere bladzijden aan beschouwingen over „koop breekt geen huur” gewijd, en toch ondanks dit alles vond ik in die beschouwingen zóó weinig over een geval als het onderstaande, dat ik het wenschelijk geoordeeld heb dat geval hier iets nader te bezien (1).

„Iemand is eigenaar van twee aan elkaar grenzende, bebouwde perceelen; nadat hij op 1 November 1915 de op een dier perceelen staande woning met daaromheen gelegen tuin zonder eenig voorbehoud verhuurd heeft, verkoopt hij op 1 Mei 1916 het andere perceel en vestigt tegelijk met dien verkoop een servituut van uitzicht ten behoeve van dat perceel ten laste van eerstgenoemd, op 1 November 1915 (dus vroeger) verhuurd perceel. De

(1) Zie ook het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Zierikzee d.d. 9 Januari 1917, W. 10060.

huurder, die blijkbaar het inkijken in zijn tuin door zijn buurman buitengewoon onaangenaam en hinderlijk vindt, trekt vervolgens in zijn tuin een twee meter hoogen muur op, zoodat den buurman zijn uitzicht ontnomen wordt. *Hinc lacrimae!* De buurman dagvaardt den huurder en vordert, dat deze den muur zal afbreken, zulks met een beroep op zijn servituut van uitzicht”.

De vraag rijst nu: In hoeverre kan de huurder met een beroep op art. 1612 B. W. ontkennen verplicht te zijn tot afbreken van den muur en beweren, dat hij zich aan buurman's servituut, gevestigd na het sluiten der huurovereenkomst, niet te storen heeft (1).

Naar art. 1612 B. W. luidt, wordt door verkoop van het verhuurde eene tevoren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mocht voorbehouden zijn. Volgens eene letterlijke opvatting van het artikel zou men den huurder terstond in het ongelijk kunnen stellen, daar er in casu geen sprake is van verkoop van het verhuurde, maar het verhuurde perceel slechts met eene erfdienstbaarheid is bezwaard. Evenwel is al langen tijd zoowel door de wetenschap als door de praktijk aangenomen, dat eene dergelijke letterlijke, en daardoor enge opvatting van het artikel onjuist is en dat onder de woorden ervan veel meer moet worden begrepen dan men oppervlakkig zou meenen.

Om te beginnen met het woord „verkoop”; hieronder valt elke vervreemding.

DIEPHUIS, LAND en OPZOOMER (2) stemmen in deze overeen; zoowel in geval van verkoop als in geval van

(1) De vraag, of de huurder door het bouwen van een muur in zijn tuin, het gehuurde al of niet volgens zijne bestemming gebruikt, laat ik hier buiten beschouwing.

(2) DIEPHUIS, dl. XII, pag. 161; LAND, dl. III, 2e stuk, pag. 144; OPZOOMER, dl. VIII, pag. 350, noot 2.

ruiling, schenking, legaat, uitgifte in erfpacht of vruchtgebruik, kan de huurder zich tegenover den nieuwen eigenaar of rechthebbende beroepen op het feit, dat hij het goed in huur heeft en recht heeft op het genot ervan.

In art. 2605 van het Ontwerp 1820 werden behalve vrijwillige vervreemding de gevallen van uitgifte in erfpacht of vruchtgebruik met zooveel woorden genoemd; toch mag men uit het feit, dat ten slotte in het corresponderende artikel 1612 alleen het woord „verkoop” behouden bleef, niet afleiden, dat men daardoor de werkingssfeer van het artikel heeft willen inkrimpen. Uit het bij de totstandkoming van het artikel gesprokene (VOORDUIN dl. V, pag. 220 en volg.) blijkt nergens, dat men door alleen het woord „verkoop” te behouden, den huurder minder heeft willen beschermen in zijn genot; bescherming van den huurder toch is de ratio van het in het artikel omschreven beginsel; „de bepaling der wet is in het belang van den huurder gemaakt en in het belang van het maatschappelijk verkeer” (DIEPHUIS, dl. XII, pag. 160). Ook de Hooge Raad heeft in zijn arrest van 9 November 1906 (W. 8453) er den nadruk op gelegd, dat het artikel stond in den titel van Huur en Verhuur en niet in den titel van Koop en Verkoop, terwijl de toenmalige advocaat-generaal Mr. ORT in zijne aan dat arrest voorafgaande conclusie sprak van „een ten behoeve van den huurder geldende regel, zooals die in art. 2605 (Ontwerp 1820) *vollediger* was uitgedrukt”.

De wetgever heeft den huurder in eene nauwere, vastere rechtsbetrekking tot het door hem gehuurde willen brengen en plaatsen, dan waarop hij zich zonder uitdrukkelijke wetsbepaling krachtens zijn persoonlijk recht zou kunnen beroepen; de huurder heeft aldus gekregen, wat men wel noemt een *ius ad rem*, waardoor hij na vervreemding tegenover den nieuwen rechtheb-

bende in dezelfde rechtspositie is komen te staan als had hij een zakelijk recht op het verhuurde.

De Hooge Raad heeft in gemeld arrest het woord verkoop van art. 1612 B. W. eveneens uitgebreid tot elke vervreemding, zulks met een beroep op het Oud-Hollandsch recht, waarvan men niet had willen afwijken, en met verwijzing naar sommige Ordonnanties, Placaatboeken of Stadsrechten, waarin werd gesproken van: koop „of eenige andere alienatie”; tevens werd volgens dat college in de meer populaire zegswijzen „koop breekt geen huur” of „huur gaat voor koop” alleen van koop gesproken als zijnde dat het meest voorkomende geval.

Is nu in het boven door mij medegedeelde geval sprake van vervreemding?

De eigenaar (tevens verhuurder) heeft bij het vestigen van de erfdienstbaarheid van zijn recht als eigenaar om van de zaak (namelijk het verhuurde goed, thans tevens lijdend erf) „het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekste wijze te beschikken” iets verkocht, iets in andere handen doen overgaan en afgestaan; hij zal in de toekomst het uitzicht over den tuin door den buurman moeten dulden niet alleen, maar ook zich moeten onthouden van elke daad, die dat uitzicht verhindert; zijn genot is niet meer volkomen en zijn beschikkingsrecht is niet meer volstrekt, hetgeen zich openbaart, wanneer de buurman thans met een beroep op het servituut van uitzicht van hem kan eischen het nalaten van handelingen, die strijdig zijn met dat servituut.

De eigenaar heeft dus ten aanzien van het verhuurde perceel eene vervreemdingsdaad verricht; de vraag blijft nu, in hoeverre die daad tegenover den huurder effect sorteert, want de huurder is degene, die op het oogenblik van het ontstaan van het servituut recht had op het rustig genot van het lijdend erf.

Het verdient hier opmerking, dat wanneer art. 1612 B. W. zegt, dat door verkoop van het verhuurde eene tevoren aangegane huur niet wordt verbroken, het woord huur moet worden geïnterpreteerd als „het genot des huurders”, zoodat het artikel voorschrijft, dat het genot des huurders, waarop deze krachtens de huurovereenkomst recht heeft, ongehinderd blijft voortduren ondanks de vervreemding. NELISSEN zegt hierover in zijn bekende proefschrift over Huur en Vervreemding op pag. 260: „Zeer zeker wordt hier het genot des huurders bedoeld; immers eene wetsbepaling ware onnoodig om uit te spreken, dat de huurovereenkomst niet door vervreemding kan worden teniet gedaan”.

In het hierboven door mij gemelde geval is echter het verhuurde niet vervreemd, maar er is door den eigenaar eene vervreemdingsdaad verricht, die slechts betrekking heeft op *een gedeelte* van zijn eigendomsrecht op het verhuurde perceel. Aangenomen dat de buurman zijn servituut van uitzicht wel kan uitoefenen, dan zal de huurder op het oogenblik, dat hij den muur in zijn tuin gaat optrekken, meenende daartoe gerechtigd te zijn op grond van zijn recht op genot van het verhuurde, door het protest van den buurman eensklaps bemerken, dat de eigenaar-verhuurder ten opzichte van dien tuin iets van zijn eigendomsrecht heeft afgestaan, waardoor hij, huurder, beperkt wordt in zijn genot.

Wordt nu niet door zulk een daad van den eigenaar de huurder juist op eene dergelijke wijze in het genot beperkt, als waartegen de bepaling van art. 1612 B. W. hem heeft willen beschermen? De zuiver en alleen in het belang van den huurder gemaakte bepaling (NELISSEN spreekt t. a. p. pag. 271 van: louter billijkheidsmaatregel) moet hem ook tegen een dergelijke inbreuk op het genot van het hem verhuurde beveiligen.

Het verschil met verkoop of met de in art. 2605 Ontwerp 1820 genoemde andere gevallen is practisch dit, dat wanneer men den nieuwen rechthebbende toestond zich niet aan het verhuurd-zijn van het goed te storen en hetzelfde op te eischen en te doen ontruimen, dit voor den huurder tot gevolg zou hebben eene volslagen onmogelijkheid van eenig verder genot van het hem verhuurde goed. Is het nu redelijk om alleen na een vervreemdingsdaad van den eigenaar, die tot gevolg heeft een volslagen onmogelijkheid voor den huurder om verder van het gehuurde te genieten, art. 1612 B. W. van toepassing te verklaren? Het wil mij voorkomen van niet. Ik herhaal, dat de bepaling alleen in het belang van den huurder is gemaakt, hij moet vast kunnen rekenen op het genot van het gehuurde gedurende den bij de huurovereenkomst bepaalden tijdsduur; of nu de inbreuk op dat genot door de vervreemdingsdaad van den eigenaar groot of klein is, kan m. i. niet van eenigen invloed zijn. Men zou misschien willen zeggen, dat in het bovenvermelde geval de storing in het genot toch al heel gering is, maar eene dergelijke redeneering gaat niet aan, daar als men den eigenaar-verhuurder het recht toekent tijdens een loopende huur het verhuurde perceel met erfdienstbaarheden te bezwaren, de huurder ook plotseling kan bemerken, dat het door hem gehuurde bezwaard is met eene erfdienstbaarheid van waterloop of weg! Zou er in zoo'n geval ook geen sprake zijn van inbreuk op het genot des huurders?

Onze Oostelijke naburen hebben met hunne bekende gave om alles tot in bijzonderheden te regelen in hun Burgerlijk Wetboek wel in het door mij vermelde geval voorzien. Nadat ten aanzien van „Grundstücke" het beginsel: koop breekt geen huur, is aangenomen, luidt § 577 Bürg. Gesetzbuch: „Wird das vermietete Grund-

stück nach der Ueberlassung an den Mieter von dem Vermieter mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften der §§ 571 bis 576 entsprechende Anwendung, wenn durch die Ausübung des Rechtes dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird.

Hat die Ausübung des Rechtes nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauche zur Folge, so ist der Dritte dem Mieter gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde" (1).

Ziet dus de eerste zin bijvoorbeeld op het geval, dat de verhuurder het verhuurde aan iemand in vruchtgebruik heeft afgestaan en wordt daarvoor bepaald, dat de vruchtgebruiker geheel treedt in de rechten „en verplichtingen" van den verhuurder (zulks volgens § 571), in de tweede zinsnede wordt den derde de verplichting opgelegd om bij de uitoefening van zijn recht den huurder niet te benadeelen in diens genot van het verhuurde krachtens en overeenkomstig de huurovereenkomst; is het voor den derde dus onmogelijk zijn recht uit te oefenen zonder zulk eene benadeeling, dan zal hij zich daarvan geheel hebben te onthouden tot aan het einde der huurovereenkomst.

Al zullen zich waarschijnlijk dikwijls grensgevallen voordoen, in hoeverre er al of niet sprake is van benadeeling van den huurder in zijn genot door de uitoefening van het door den derde verkregen recht, toch lijkt mij de opvatting van den Duitschen wetgever in zooverre volkomen juist, dat de huurder nooit aanspraak zal kunnen maken op een ruimer genot dan in de huurovereenkomst omschreven is; alleen wanneer *dat* genot gehinderd wordt, heeft de huurder aanspraak op bescher-

(1) § 580 luidt: Die Vorschriften über die Miete von Grundstücken gelten auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen:

ming; de omvang van dat genot wordt bepaald door de in de huurovereenkomst getrokken grenzen.

Wanneer een huurder ter verzekering van zijn genot van het hem verhuurde aanvallend of verwerend in rechten moet optreden, zal hij m. i. kunnen volstaan met een beroep op zijne huurovereenkomst; uit die huurovereenkomst toch blijkt, in hoeverre hij rechthebbende is op het genot der zaak en dat genot wordt door art. 1612 B. W. tegen latere vervreemdingsdaden van den eigenaar beschermd; door die wetsbepaling kan de huurder zijn persoonlijk recht soms ook tegen derden doen gelden.

Hij, die in art. 1612 B. W. leest, dat door vervreemding van het verhuurde of van een deel daarvan het genot des huurders niet wordt verbroken, handelt naar de bedoeling van den wetgever; ik meen, dat tegen eene dergelijke uitlegging van eene bepaling, die op de billijkheid is gebaseerd en voorts beoogt het belang van den huurder te dienen, geene bezwaren bestaan.

Laat mij hier eindigen met de woorden van DIEPHUIS (t. a. p. pag. 160): „Zij (de bepaling van art. 1612 B. W.) is volkomen redelijk tevens; omdat eene verbintenis, eenmaal deugdelijk door de partijen gesloten (de huurovereenkomst), niet door eene handeling, die eene van dezen (de verhuurder) met een derde verricht, van hare kracht beroofd dient te kunnen worden.

B. I. ZIJLSTRA

Ontwikkeling en inhoud der Nederlandsche tractaten sedert 1813, door Jhr. Mr. W. J. M. VAN EYSINGA, Hoogleeraar te Leiden. — 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1916.

De schrijver van dit merkwaardig en verdienstelijk boekje vangt zijn geschrift aan met de mededeeling dat onze tractaten zich in toenemende mate vermenigvuldigd hebben gedurende de laatste halve eeuw voor den grooten oorlog, die thans den tractatenstroom — moge het zijn tijdelijk — bijna geheel tot stilstand heeft gebracht. Deze „grootte ontwikkeling van ons tractatenrecht” is evenwel, volgens den schrijver, „niet of bijna niet te danken aan eenen welbewusten wensch om dat recht stelselmatig uit te bouwen; tractatenpolitiek is bij ons iets vrijwel onbekends” (blz. 27). Had de schrijver niet de woorden: bijna niet, in deze zinsnede ingelascht, dan zoude inderdaad het vermoeden kunnen worden geopperd dat hij de tractaten over het internationaal privaatrecht had over het hoofd gezien. Uit zijne woorden aan het slot van zijn eerste hoofdstuk, blz. 28, blijkt trouwens duidelijk dat dit niet het geval is.

Tractatenpolitiek in den zin van levendige zucht om de internationale vraagstukken, die voor allen van belang zijn, door verdragen te regelen, kan zeker wel geacht worden te liggen binnen de roeping van kleine staten; Nederland heeft daarvan onder anderen een voorbeeld gegeven toen het, meer dan twintig jaren geleden, vruchteloos heeft beproefd een internationale regeling van de territoriale zee te verkrijgen. Zoodra het evenwel de regeling van bijzondere belangen geldt, doet de zaak zich eenigszins anders voor; vaak is dan in kleine staten zwaartillendheid waarneembaar veel meer dan in groote. Beide zijn gelijkelijk door een verdrag gebonden, maar indien één zich onttrekt en de gelegenheid tot het inroepen van een scheidsrechter ontbreekt, dan ziet de overmachtige groote staat zich gemeenlijk in de voordeeligste stelling geplaatst. De overweging door den heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij gelegenheid van de behandeling van het Zalmtractaat, hiertegenover gesteld, dat ten

opzichte van zoodanige mogendheid het gemis van elken band, van elk tractaat voor den zwakken staat nog veel bedenkelijker is, heeft slechts waarde voor bepaalde gevallen. Het komt toch niet zelden voor — het hierboven vermelde Zalmtractaat zoude er van kunnen getuigen — dat de kleine staat van de onmisbaarheid van een tractaat allerminst overtuigd is en er een zekere aandrang van den grooten staat heeft moeten uitgaan om tot de onderhandeling te komen. Wanneer dan ook de hoogleeraar VAN EYSINGA blz. 27 zegt dat huisverigheid om zich tegenover het buitenland te binden hier te lande kan samengaan met den wensch om voordeel te trekken uit het gemis aan verdragen, dan voorzeker slaat hij den bal niet geheel en al mis; moet evenwel dergelijk samengaan worden gelaakt, dan mag dit toch in mijne opvatting alleen geschieden indien bekrompen baatzucht zich daarbij heeft doen hooren. Niet altijd is dit het geval, het kan ook de stem van het welbegrepen eigenbelang zijn geweest, naar welke niet ten onrechte gehoord is. Kleine staten verkeeren slechts zelden in den toestand dat zij meer hebben aan te bieden dan te vragen; onwil om daarvan partij te trekken mag niet als een daad van edele zelfopoffering worden geprezen, nog minder als een internationale plicht worden voorgesteld. Moeilijk valt het mij dan ook het min loyale te zien, dat de schrijver meent op te merken in onze schroomvalligheid om tot de Berner Conventie toe te treden, blz. 27. Daarentegen ben ik het met hem eens dat de groote bereidwilligheid om tot verdragen toe te treden, dikwijls is een modebelangstelling, ontstaan uit de vrees om als een achterlijke staat te worden beschouwd, die nog buiten de groote beweging staat.

Zoo kan ik, in tegenstelling met den schrijver, het geluk onzer toetreding tot het vogelbeschermingtractaat niet ten volle waardeeren. In ons land met zijne bloeiende ooftteelt is het bedrijf der vogels wel eens van dien aard, dat men tot een betwijfeling van het nut hunner te zorgvuldige bescherming zoude overhellen.

De vraag door den schrijver op blz. 24 aangeroerd, waarom „materiën die als aangewezen schijnen voor regeling door collectief verdrag . . . den sprong van het netwerk van een groot aantal ongeveer gelijklopende verdragen van staat tot staat naar het collectieve tractaat, maar niet schijnen te kunnen maken”, zoude voorzeker een nauwkeurig onderzoek ten volle waardig zijn. Wellicht zal de door RENAULT naar aanleiding dezer vraag geopperde bedenking, dat de statengemeenschap zich krachtiger uit in een collectief verdrag, op het spoor der oplossing kunnen brengen. Vóór de toetreding der groote staten tot een collectief verdrag zal toch ongetwijfeld door hunne regeeringen ernstig worden

overwogen, of een krachtige band, waaraan geen der onder-teekenaars zich zal kunnen onttrekken, in hun belang dan wel in dat hunner zwakkere mede-onderhandelaars is.

Bij het bespreken der collectieve tractaten vestigt de schrijver ook de aandacht op het nog altijd in staat van wording verkeerende tractaat betreffende Spitsbergen (blz. 18) dat wellicht, zoo niet de oorlog ware tusschen beide gekomen, thans reeds zoude zijn in het leven getreden. Hij noemt het „het intensiefste voorbeeld van collectieve wetgeving door de beschaafde wereld bij verdrag”. De intensiviteit is natuurlijk hierin gelegen, dat, volgens het ontworpen tractaat, de te Spitsbergen gevestigde personen als zoodanig uitsluitend onderworpen worden aan de macht eener Commissie, bestaande uit drie zedelijk zeer hoogstaande rechtsgeleerden, (*d'une compétence reconnue dans les questions de droit et jouissant de la plus haute considération morale*), die haar gezag op het eiland door een vrederechter en een commissaris van politie zal doen uitoefenen. Dit gezag zal evenwel niet meer dan een eenvoudig politiegezag zijn, want de ingezetenen blijven hunne nationaliteit behouden en staan terecht voor de rechterlijke macht van hun eigen land. Spitsbergen zal een grondgebied vormen dat geen staat is, mitsdien geen regeering zal hebben en evenmin onderdanen, waar geen grondeigendom zal bestaan, waar iedereen, van welke nationaliteit ook, zich vrij zal kunnen vestigen, en dat zich zal verheugen in een altijddurende onzijdigheid. Wij hopen van harte dat onder de talloze gelukkige gebeurtenissen, die na het sluiten van den vrede mogen verwacht worden, de totstandkoming van deze nieuwe en geheel oorspronkelijke volkenrechtelijke schepping niet moge ontbreken.

Niemand zal den schrijver zeker tegenspreken wanneer hij (blz. 36) zegt dat het reciprociteitskarakter der tractaten een zeer algemeen voorkomende eigenschap is. Het ligt toch in den aard der zaak dat elke regeering, die niet door overmacht wordt gedwongen tot het sluiten van een tractaat, voor zich zelve zooveel tracht te bedingen als het mogelijk is te verkrijgen; in elk geval zal zij er zeker op bedacht zijn om niets af te staan zonder daarvoor een vergoeding te erlangen. Vandaar de gewoonte om, voor zoover dit mogelijk is, geen gunsten of voordeelen aan zijnen mede-onderhandelaar toe te staan zoo men die niet wederkeerig van hem kan verkrijgen. Intusschen mag hierbij niet uit het oog worden verloren dat deze wederkeerigheid, indien zij als verbindend richtsnoer bij onderhandelingen voor de regeering wordt vastgesteld, tot groote onbillikheden kan leiden. Dit is vooral in het land der bescherming bij uitnemendheid, de Vereenigde Staten van Amerika, het geval geweest; de schrijver spreekt (blz. 37) van een bekende Amerikaansche opvatting

ten dezen opzichte die hij, niet ten onrechte, begrijpelijk noemt. Er zijn echter wel eens in de Vereenigde Staten opvattingen gehuldigd die veel verder gingen. Zoo kwam, en komt misschien nog, in het Amerikaansche tarief een bepaling voor, dat geen land eenige begunstiging ten opzichte van het tarief kan erlangen, indien het zelf ook niet eenige vermindering op het zijne heeft toegestaan. De onredelijkheid eener dergelijke bepaling zal moeilijk ontkend kunnen worden, wanneer men slechts bedenkt dat dus een land, dat geen invoerrechten heft, nimmer voor een verlaging van het Amerikaansche tarief in aanmerking kan komen. Het moge waar zijn dat op dit oogenblik dergelijke landen niet bestaan, maar dit neemt niet weg dat een land met een zeer laag tarief dikwijls niet in de mogelijkheid zal zijn om nog verlagingen toe te staan, terwijl landen met zeer hooge tarieven daartoe zeer gemakkelijk kunnen overgaan. Voor de landen waar de vrijhandel in eer is en de Amerikanen daarvan voordeel trekken, zoude het dus bijna zijn uitgesloten om datgene te verkrijgen wat landen met hooge beschermende rechten zonder moeite kunnen verwerven.

De ruimte waarover wij beschikken is niet van zoodanigen omvang, dat wij den ganschen schat van wetenswaardigheden omtrent inhoud, strekking en werking der Nederlandsche tractaten, dien de schrijver ons aanbiedt, kunnen uitputten.

Wij moeten ons vergenoegen met het geven van een kort overzicht van zijn geschrift. Na de ontwikkeling van het tractatenrecht in Nederland sedert de herwinning van ons onafhankelijk volksbestaan te hebben nagegaan, wijst de schrijver allereerst op het niet-nationale en op het reciprociteitskarakter van dit recht. Met niet-nationaal bedoelt hij dat het nationale recht in den regel niet door de tractaten wordt gewijzigd dan alleen daar waar het geldt rechtsverhoudingen waarbij vreemdelingen betrokken zijn, of toestanden die in verband staan tot het verkeer van personen, goederen en nieuwstijdingen met het buitenland, of gemeenschappelijke belangen van landstreken die gedeeltelijk tot het grondgebied van aangrenzende landen behooren. Vervolgens beschouwt de schrijver achtereenvolgens het staatsrecht, het administratief recht, het privaatrecht en het strafrecht der tractaten. Het eigenlijke volkenrecht wordt alleen in het voorbijgaan op blz. 24 vermeld, geheel in overeenstemming met het bestek dat de schrijver voor zich had opgemaakt; het was hem toch in hoofdzaak te doen om de plaats aan te wijzen die de tractaten ten opzichte van de wetgeving en het bestuur in Nederland innemen. Hij heeft met zorgvuldigheid deze taak volbracht, ik twijfel er dan ook niet aan of zij, die met een wetenschappelijk doel of ter wille

der praktijk zijn boek zullen raadplegen, het slechts zelden onvoldaan zullen ter zijde leggen.

Een enkele opmerking zij mij nog veroorloofd; in zijnen verdienstelijken ijver om zooveel mogelijk stelselmatig te ordenen, komt het mij voor dat de schrijver er wel eens toe wordt gebracht om als regel vast te stellen wat niet meer is dan een vaak — niet altijd — gevolgde gewoonte. Men vergete niet dat regelmatigheid van vorm in het internationaal tractatenrecht veelal niet te verwachten is, omdat daarbij onderhandeld wordt met verschillende regeeringen en dan nog wel door de verschillende personen die afwisselend aan het hoofd van Buitenlandsche Zaken staan, en die de bestendigheid, die in zaken van binnenlandsche wetgeving en bestuur moet en kan heerschen, niet behoeven in acht te nemen. Dikwijls eischt daarenboven het belang der zaak, zoodra eenmaal omtrent een gewichtig punt eenstemmigheid is verkregen, dat de goede uitslag der onderhandeling niet in de waagschaal worde gesteld door het opwerpen van bezwaren betreffende den vorm.

Als toelichting tot de gemaakte opmerking, waarvan wij het gewicht vooral niet te hoog wenschen te zien geschat, wijzen wij op een uitspraak van den schrijver (blz. 106) waar hij zegt: bij zeeschepen geschiedt de erkenning der vreemde meetbrieven onder beding van wederkeerigheid bij Koninklijk Besluit, dus zonder verdrag. Wel verwijst een noot naar ons verdrag (arrangement) met Zweden over deze aangelegenheid, maar deze uitzondering staat niet alleen. Wij hebben ook een dergelijke overeenkomst gesloten met Rusland, 4/17 September 1912.

Laat ons eindigen met het uitspreken van den wensch, dat welhaast de zoo vurig verlangde vrede een tijdperk opene, waarin de schrijver een nieuwen en rijken oogst moge kunnen inhalen, waarvan de bearbeiding hem de gelegenheid zal kunnen geven tot een tweeden druk van zijn nuttig werk.

W. H. DE BEAUFORT.

Het zesde hoofdstuk onzer Grondwet, door Mr. A.
J. M. H. BORRET S. J..

De Redactie van dit tijdschrift noodigde mij uit, eene beoordeeling van bovenvermeld proefschrift te geven, waarmee Mr. A. J. M. H. BORRET 30 Juni 1915 den graad van doctor in de staatswetenschap aan de Rijksuniversiteit te Leiden verwierf. Aan welk verzoek in de volgende bladzijden wordt voldaan.

Deze dissertatie van 274 bladzijden staat op hooger peil dan veelal door proefschriften wordt, en kan worden bereikt. Zij maakt den indruk vervaardigd te zijn door iemand van rijperen leeftijd. De Schrijver behandelt het gansche zesde hoofdstuk onzer Grondwet, en wel op zeer degelijke wijze. Hij staat verre boven zijn onderwerp; beheerscht het geheel. De rangschikking van de stof laat niet te wenschen over, en eene uitvoerige inhoudsopgaaf vergemakkelijkt het overzicht. Hoezeer de Schrijver zeer stellige meeningen verdedigt, is toch de bestrijding van andersdenkenden waardig. Het geschrift laat zich gemakkelijk lezen; is noch wijdloopig, noch gedrongen. Taal en stijl zijn goed verzorgd. Wijl aan een en ander in dezen tijd niet zelden veel ontbreekt, wil ik toch niet nalaten aan te wijzen, waarin zelfs hier m. i. wordt te kort geschoten.

Het aantal drukfeilen is gering. Op blz 27 staat: „regeling”, in plaats van regering; op blz. 75: „bedienden” voor bediende; op blz. 36 en 95: „onmiddelijk”; op blz 96: „het aanbeden beginsel”; op blz. 129: „bepalng”; op blz. 133: „voldoende”, voor voldoende; op blz. 149 wordt, hoezeer het is het onderwerp van den zin, geschreven: „den machtigeren, zelfs beteren invloed” enz.; op blz. 153 staat: „wilde”, voor wilden; op blz. 156: „volmaakste”.

Kleine gebreken van taal en stijl zijn de volgende. Op blz. 6 leest men: „den vorm en kleur te geven”, hoezeer kleur is van vrouwelijk geslacht. In den regel laat de Schrijver de dubbele punt weg, waar die noodig is ter aanduiding van eene nieuwe lettergreep. Zoo telkens, als gesproken wordt van „beïnvloeden” (blz. 8, 18, 68, 86, 164, 247, 256); op blz. 105, bij geïnterpreerd; op blz 115, 117, 118, bij geïntimeerde; op blz. 118 bij geëischte; op blz. 175 bij geïnflueneerd; op blz. 225 bij geëerbiedigd (beter op blz. 89); op

blz. 233 bij toeëigende; op blz. 252 bij geïncrimineerde (1). Voorts wordt op blz. 219 driemaal geschreven: „of”, waar het moest zijn: òf. En soms „religieuse” (blz. 181. Maar „religieuze” op blz. 9, 10, 11, 94, 183).

Op enkele Germanismen stuit men; zoo het genoemde beïnvloeden; voorts inboeten (blz. 23, 180); aangewezen op iets (blz. 45, 46); bemerkingsen (blz. 53, 105, 218, 219); bijgestemd (blz. 78); daarstellen (blz. 110); bewaarheiden (blz. 158).

Dan gewaagt de Schrijver van „het overeenkomstige aanrakingspunt” (blz. 40); van op het oog hebben, — wat het geval kan zijn met een pap, — wanneer hij bedoelt het oog hebben op iets (blz. 69, 157, 185, 205, 240, 261); en van „medezeggenschap” (blz. 88, 91, 141, 175, 180, 259, 262, 263) voor medezeggenschap. Op blz. 28 vindt men: „De meest mogelijk volkomen godsdienstvrijheid” enz.; op blz. 33: „de drie eerste”; op blz. 148: „de twee laatste”; op blz. 40: „de vier voornaamste”; op blz. 197: „De twee voornaamste”; op blz. 153: „met zulk overdreven angstvalligheid”; op blz. 159: „het onderscheidenlijk politiegezag”.

Op blz. 149 leest men: „Wij willen gaarne toegeven, dat *het mogelijk is, dat er* wellicht reeds dergelijke vereeniging bestaat” enz.. Waar het door mij geëursiveerde te veel is. En op blz. 178: „Meerdere andere vragen” enz.. Hier is het „Meerdere” onjuist; en naar de bedoeling (meer) overbodig.

Voorts is de Schrijver sterk in het maken van minder fraaie zelfstandige naamwoorden, waar de vorm van het werkwoord ware te verkiezen. Zoo: „overlating” (blz. 21); „in practijk brenging” (blz. 33); „instandhouding” en „terugbrenging” (blz. 34); „totstandbrenging” (blz. 35, 103); „weergeving” (blz. 70, 101); „inwinning” (blz. 140); „subsidieverleening” (blz. 185); „stopzetting” (blz. 209); „inwerking-treding” (blz. 219, 235); „lagerstelling” (blz. 230); „nastreving” (blz. 236); „verhelping” (blz. 244); „overneming” (blz. 254).

Dan stopt de Schrijver, gelijk velen doen, vaak onnoodig „er” in den zin. Aldus op blz. 73 en 110: dat „er geen onderscheid bestaat”; op blz. 120: „dat de kerkgenootschappelijke band vóór alles er een is”; op blz. 149: „dat er . . . dergelijke vereeniging bestaat”; op blz. 158: „dan blijft er toch nog over”; op blz. 226: „Daar immers betoogden wij, dat de banden . . . volstrekt niet er eene (een?) zal behoeven te wezen”; op blz. 246: „Er is reeds gezegd” enz..

Zelfs heeft men het dubbele „er” op blz. 98: „Er zijn er zelfs eenigen”; op blz. 153: „er waren er ook velen”; op blz. 263: „er waren er velen”, enz..

(1) Wel komt de dubbele punt voor op «geëigende» (blz. 41); op «theorieën» (blz. 45); op «categorieën» (blz. 125); «israëlitische» (blz. 128); «processiën» (blz. 46, 157).

Veel prijs schijnt de Schrijver te stellen op de eenigszins vreemde uitdrukking: „om wille” (blz. 4, 11, 129, 148, 187, 207, 209, 225, 232, 240, 243, 244, 250, 262, 263). Waarmee nauw verwant is het „om reden” op blz. 244.

Enkele malen is — voorzoover ik naging — eene aanhaling niet nauwkeurig. Op blz. 262 die uit THORBECKE'S *Bijdrage* enz.. Ook is de plaats, waar men het aangehaalde vindt, niet, zooals aan den voet der bladzijde staat, blz. 108, maar blz. 103/04. En op blz. 264 is, en met niet geheel juiste punctuatie, iets overgenomen, niet van blz. 375 der daar vermelde *Handelingen*, maar van blz. 376.

Eindelijk zij, wat het uitwendige aangaat, nog vermeld, dat Roomsche litteratuur met kwistige hand is verspreid; maar dat GROEN VAN PRINSTERER nergens uit de eerste hand wordt aangehaald; wèl: op blz. 139 noot 3, uit de tweede (1); dat de *Schets* enz. van LENTING-ROMEIJN geheel onvermeld blijft; dat, hoezeer de dissertatie van Mr. SCHOKKING herhaaldelijk wordt genoemd, zij echter gemist wordt op blz. 22 noot 1, waar men haar bovenal zou verwachten.

Voor de nadere bespreking van het proefschrift acht ik doelmatig een kort overzicht van den inhoud te doen voorafgaan.

Het zesde hoofdstuk der Grondwet moet volgens den Schrijver geven eene regeling, niet van den godsdienst zelve, maar slechts van de aanknoopingspunten, waar het godsdienstige leven het maatschappelijke raakt (blz. 14). Daarom wil hij het opschrift van het hoofdstuk doen luiden: *Van de godsdienstige aangelegenheden*. Zoo werd tevens aangegeven, dat eenheid van opvatting tusschen de verschillende artikelen heerscht (blz. 4, 7, 14, 56). Ook moet het hoofdstuk, wat betreft de verhouding van den Staat tot de godsdienstige aangelegenheden, eene alles omvattende regeling behelzen (blz. 127).

Thans ontbreekt eenheid van gedachte, en is de eigenlijke grondgedachte van het hoofdstuk niet slechts meer doctrinair

(1) Zelfs vindt men op blz. 91/92 het volgende. Nadat de Schrijver uit Dr. FOKKEMA'S proefschrift (*De godsdienstig-wijsgeerige beginselen van Mr. G. Groen van Prinsterer*) eene meedeeling omtrent GROEN VAN PRINSTERER'S standpunt heeft aangehaald, merkt hij op, dat de bedoeling van GROEN wellicht eenigszins anders was, als men naar luid van het door Dr. FOKKEMA geschrevene gerechtigd ware te meenen. «Het is trouwens» — zoo leest men dan — «geen letterlijke aanhaling uit GROEN'S geschriften». Waarna de Schrijver uit het verband met eene andere voorstelling van Dr. FOKKEMA nader meent te kunnen afleiden welke GROEN'S eigenlijke bedoeling was. Als gold het hier mondeling geuite gevoelens, of voor den Schrijver ontogankelijke geschriften.

dan experimenteel (blz. 66), doch ook verkeerd. Sedert 1848 toch is deze, dat de Regeering tegenover de Kerken alleen repressief optreedt (blz. 16 en volgg.), zij het al, dat dit beginsel niet duidelijk werd uitgesproken. Ook gaan sommige bepalingen — de artt. 167, 170, 171 al. 2, 172 — daartegen in. Voorts werd door de Regeering met de wet van 10 Sept. 1853, op de Kerkgenootschappen, de repressieve gedachte losgelaten, welke wet èn op zichzelf èn in hare bepalingen met den geest der Grondwet strijdt (blz. 22). Moge de wijze, waarop van het stelsel van staatsonthouding bij de wet van '53 afgeweken is, zijn af te keuren, toch verheugt zich de Schrijver over dat afwijken op-zichzelf. Ook is de gedachte van staatsonthouding steeds meer verzaakt; zoo in het subsidieeren van het bijzonder onderwijs; in het besef, dat de Staat zich de „rechten der zwakkeren” moet aantrekken (blz. 25/26). Welnu, in dien geest moet ook hoofdstuk VI der Grondwet gewijzigd worden. Het neutraliteitsbeginsel moet vervangen worden door dat van steunen (blz. 31). Er is veel behoefte aan godsdienst. De Staat moet in den bloei en de ontwikkeling van het godsdienstig leven zijner onderdanen deelnemen (blz. 26). En de vraag, of de godsdienst daardoor niet kwam onder contrôle van den Staat, meent de Schrijver ontkennend te kunnen beantwoorden (blz. 27). Immers ware men dan in flagrante tegenspraak met de geschiedenis van het Nederlandsche staatsrecht in zake godsdienstige aangelegenheden. Ook moeten bij de wijziging van hoofdstuk VI der Grondwet de thans levende Nederlandsche staatsrechtsgedachten tot punt van uitgang worden genomen. En van geene gedachte is ons staatsrecht meer doorkneed dan van geheele godsdienstvrijheid, voorzoover deze niet tot benadeeling van het maatschappelijke leven wordt misbruikt. Ook verwerpt de Schrijver die vrijheid niet onvoorwaardelijk. Zijn de burgers van eenen Staat niet eensgezind in godsdienstige overtuiging, dan kan het verleenen van geheele godsdienstvrijheid (burgerlijke verdraagzaamheid), hoezeer een „noodzakelijk kwaad”, toch als dure plicht der burgerlijke Overheid zijn te beschouwen (blz. 30).

De Staat — dus heet het verder — heeft zijne bemoeienis met de godsdienstige aangelegenheden te regelen overeenkomstig de betrekking, waarin de godsdienst tot het maatschappelijk leven staat. Dus zullen de aanrakingspunten dezelfde zijn, als tusschen een en ander. Dan moet bij het vaststellen van de houding van den Staat tegenover deze aanrakingspunten het maatschappelijk leven doel zijn. Daarom is de Staat verplicht, eenerzijds het godsdienstig leven te bevorderen wegens het goede daarvan voor de maatschappij; anderzijds af te wenden het gevaar, dat de vrijheid van godsdienst voor haar medebrengt.

Alzoo komen deze vier punten voor regeling in de Grondwet ter sprake (blz. 33/34):

- 1°. de Staat tegenover het misbruik van de individueele vrijheid in dezen (art. 167 Gw.);
- 2°. de Staat tegenover het misbruik van de vrijheid tot het oprichten van godsdienstige vereenigingen (art. 168 Gw.);
- 3°. de Staat tegenover het verstoren van de maatschappelijke orde door het genootschappelijk godsdienstig leven (art. 170 Gw.);
- 4°. de wijze van instandhouden en bevorderen van het godsdienstig leven (art. 171 Gw.).

Ad I. Volgens den Schrijver kan men in het slot van art. 167 Gw. („behoudens de bescherming der maatschappij en harer leden tegen de overtreding der strafwet¹⁾) lezen het preventieve stelsel. Daarom moet die bepaling vervallen. Voorts omvat het belijden, waarvan het artikel in de eerste helft gewaagt, het godsdienstig gebied niet geheel en heeft daarvoor ruimer begrip te komen. Eindelijk moet wel strafbaar blijven wat strafwaardig is. Maar zonder willekeur. Derhalve zij het christelijke van onzen Staat, in historisch-zedelijken zin verstaan (1), grondslag voor wetgever en onderdaan.

Art. 167, dat eigenlijk het beginsel ook voor de andere bepalingen moet bevatten, luide daarom:

Niemand kan op eenigerlei wijze belemmerd worden in de uiting en naleving zijner godsdienstige overtuiging, mits daarbij de grenzen der christelijke zeden niet worden overschreden.

De Staat moet van zijne in historischen zin opgevatte algemeene christelijke gezindheid belijdenis doen; zich op christelijk-ethisch standpunt plaatsen (blz. 61/62). Dat waarborgt de godsdienstvrijheid, die thans ook aan Joden en Mohamedanen toekomt. Mochten dezen echter overgaan tot handelingen, die indruischen tegen den zedelijken grondslag van het Nederlandsche rechtsbestel, en die dan ook meerendeels reeds strafbaar zijn gesteld, zooals polygamie, dan zou beroep op godsdienstvrijheid niet baten.

Uit andere staatsregelingen wordt dan aangetoond, dat

(1) Naast de godsdienstige beteekenis heeft «christelijk» — dus merkt de Schrijver op — allens ook die van een «algemeen zedelijk begrip» ontvangen. «Zoo is het woord «christelijk» geworden tot een benaming, waarmede worden aangeduid de landen, wier beschaving zich uit het christendom heeft ontwikkeld, wier wetgeving, ook heden ten dage nog, van christelijke beginselen is doortrokken. Daarom spreekt men van christelijke staten en bedoelt daarmede een door allen begrepen verschil aan te geven met h.v. heidensche, mahomedaanse of boeddhistische staten.» (blz. 57)

dergelijke beperkende grondslag ook elders is aangenomen.

Ad II. Bij de bespreking van dit punt wordt, nadat is opgemerkt, dat eene omschrijving van het karakter van kerkgenootschappen in onze wetgeving ontbreekt, eenigszins uitvoerig (blz. 83—104) stilgestaan bij de theorie van scheiding tusschen Kerk en Staat. Volgens Mr. BORRET bedoelden men met dit stelsel, toen het, reeds lang vóór CAVOUR zijn *chiesa libera in libero stato* uitsprak, in de leer der staatkunde binnentrad, „een volledig breken met de oude middeleeuwsche verhouding van het kerkelijk gezag tot de burgerlijke overheid.” Kerkelijk en burgerlijk gezag „zouden voortaan gescheiden naast elkander staan zonder verder aanknoopingspunt dan voortvloeit uit het feit, dat de kerkgenootschappen als onderdeelen zijn ingelijfd in en dientengevolge onderworpen aan het alles omvattende staatslichaam.” Zelfs stelden men „de kerkgenootschappen met particuliere vereenigingen volkomen gelijk. Ten minste zoo luidde het beginsel.” Ook moet naar het beginsel de Staat vrij van allen godsdienst zijn, daar scheiding van Staat en Kerk werd geproclameerd krachtens de gelijkstelling van alle godsdiensten. Echter hield men zich in de practijk vaak weinig aan het beginsel, „wijl men te gemakkelijk meende met de Kerk als machtsverschijnsel te hebben afgerekend.”

De goede verhouding tusschen Staat en Kerk brengt mede, dat de „gemengde aangelegenheden” in onderlinge verstandhouding geregeld worden. Bij gebrek aan overeenstemming is het „boven allen twijfel verheven,” dat „aan de Kerk het recht der eindbeslissing toekomt. Waar botsing van belangen is, daar behooren die belangen op den achtergrond te worden geschoven, die van mindere orde zijn.” Hetgeen „de indirecte macht der Kerk over den Staat wordt genoemd”. (1)

(1) Van die indirecte macht geeft TANCRÈDE ROTHE, *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, dl. I (1885), blz. 174, deze beschrijving: «L'Église a la suprématie non seulement dans les affaires appelées mixtes, qui de leur nature touchent aux intérêts spirituels ou moraux et aux intérêts du temps, mais aussi dans les affaires temporelles, c'est-à-dire intéressant par elles-mêmes la prospérité et non le salut, lorsqu'en fait elles ont un côté moral. L'Église peut interdire aux souverains les mesures qu'ils seraient disposés à prendre au détriment du christianisme, ou annuler les décisions prises, s'il est trop tard pour les prévenir. Elle peut exiger d'eux les mesures temporelles réclamées par le bien des âmes, ou même, en cas de refus, agir en leur place. En un mot, l'autorité religieuse a un pouvoir indirect sur les affaires temporelles.»

JOSEPH BIEDERLACK, *Die soziale Frage*, 7de dr. (1907), blz. 133, schrijft over dit punt het volgende: «Weil . . . der Staat aus Menschen besteht, die auch bei ihrem Streben nach dem zeitlichen Lebensglücke an das Gesetz Gottes gebunden sind, welches von der

Ofschoon „er scheiding is tusschen de geestelijke en de wereldlijke macht,” zoodat „ieder zich aan eigen terrein heeft te houden,” is toch „het staatsrechtelijk beginsel van scheiding van Kerk en Staat voor de Kerk geheel onaannemelijk” enz. „Want het brengt voor de kerk mede een onderworpenheid aan het staatsgezag, maakt het bestaan en de rechtsbevoegdheid der kerk afhankelijk van het goedvinden van den wereldlijken wetgever. De gemengde aangelegenheden worden eenzijdig door het staatsbestuur geregeld zonder het kerkelijk gezag dienaangaande te hebben gehoord, of als men rekening houdt met de wenschen der kerk, dan is het uitsluitend om redenen van opportuniteit, uit vrees voor moeilijkheden of om van een lastigen politieken tegenstand te worden ontslagen.” De Syllabus heeft dan ook het scheidingsbeginsel veroordeeld.

Het Nederlandsche staatsrecht huldigt mede dat beginsel. In 1848 heeft men bedoeld het in de Grondwet neêr te leggen, al werd het daarin niet uitdrukkelijk vermeld. Terwijl THORBECKE daarbij stellig van de opvatting uitging, dat Kerken met particuliere vereenigingen in het algemeen zijn gelijk te stellen. En tegenover Mr. EVERTS, die voor ons staatsrecht het bestaan van scheiding tusschen Staat en Kerk loochent, merkt de Schrijver op, dat genoemd stelsel niet, gelijk de naam kon doen meenen, het naast elkaar bestaan van twee onafhankelijke sferen bedoelt, maar „juist (is) uitgevonden om aan den toestand van onafhankelijkheid der kerk, welke alleen met hare leer strookt, een einde te maken. De beteekenis der scheiding” — dus gaat hij voort — „werd hierin gezocht, dat het staatsbestuur zich door geene godsdienstige en kerkelijke invloeden mocht laten leiden, maar eigenmachtig moest beslissen, al wat het tot het gebied zijner wetgeving meende te behooren.”

Overigens is Mr. BORRET van oordeel, dat onze wetgeving meer aandacht schenkt aan godsdienstige vraagstukken dan met het strikte scheidingsbeginsel strookt, gelijk daarvan getuigen de wet van '53, art. 17i al. 2 Gw, de eedskwestie, het bijzondere recht voor bedienaren van den godsdienst. Ook meent hij, dat het hoofdbeginsel der scheidingstheorie,

Kirche gelehrt und ohne Irrtum bewahrt wird, so ergibt sich in dieser Beziehung eine Art Unterordnung des Staates unter die Kirche, welche man als indirekte Gewalt der Kirche in weltlichen Angelegenheiten zu bezeichnen pflegt »

Over die indirecte macht, doch met bedenkelijke tegenstelling, handelt STAHL in *Der Protestantismus als politisches Princip*, 2de dr. (1853), blz. 51 en volg.

Het hoogste aanzien, dat aan de geboden God's toekomt in elken kring, wordt voor den Roomsche tot eene macht van zijne Kerk over den Staat.

als zouden kerkgenootschappen met particuliere vereenigeningen gelijk staan, te onzent niet opgaat blijkens de memorie van beantwoording in zake de wet van 22 April 1855, welke memorie doet zien, dat deze wet juist niet op kerkgenootschappen van toepassing is.

De Schrijver wil godsdienstige vereenigeningen in het algemeen toelaten onder hetzelfde voorbehoud, als bij het eerste punt is gemaakt, dat de grenzen der christelijke zeden niet worden overschreden. Een onderdeel dier vereenigeningen vormen de kerkgenootschappen, waaronder hij begrijpen wil alles wat heden ten dage als zoodanig bestaat, benevens wat zich later als kerkgenootschap vormen mocht door scheiding, splitsing of deeling uit de bij het in werking treden der voorgestelde bepaling erkende kerkgenootschappen.

Voorts heeft de wet te regelen: *a.* de kracht, welke de staatsorganen aan kerkelijke reglementen en voorschriften moeten toekennen (de wet van '53 kon dan vervallen); *b.* de wijze waarop, en de gevallen, waarin bij wetgeving en bestuur het gevoelen der kerkgenootschappen moet worden ingewonnen.

Wat het sub *a.* genoemde betreft, dient zulks om een einde te maken aan conflicten tusschen het kerkelijke en het civiele recht, gelijk in het proces tegen den Heer BOELE VAN HENSBRÖCK in zake den kerkelijken hoofdelijken omslag, de rechtskracht der kerkelijke regelingen uitsluitend werd getoetst aan de voorschriften van het civiele recht.

Het artikel, door den Schrijver ontworpen, luidt naar het vorenstaande dus:

Onder hetzelfde voorbehoud is de vorming van godsdienstige vereenigeningen, overeenkomstig het in art. 9 bepaalde, vrij.

De kerkgenootschappen zijn onafhankelijk in hun ontstaan en genieten, onder voor alle gelijke bescherming, volledige onafhankelijkheid in eigen kring.

Nieuwe kerkgenootschappen zullen zich niet kunnen vormen, dan dezulke, welke door scheiding, splitsing of deeling, hun herkomst uit de op het oogenblik van de inwerkingtreding dezer bepaling erkende kerkgenootschappen, afleiden.

De wet regelt de burgerrechtelijke gevolgen der kerkelijke reglementen en voorschriften, en de wijze waarop en de gevallen waarin, bij de wetgeving en het bestuur het gevoelen der kerkgenootschappen, overeenkomstig de getalsterkte hunner leden, moet worden ingewonnen.

Ad III. Uitvoerig wordt bij deze gelegenheid art. 170 Gw. besproken en de jurisprudentie van den Hoogen Raad daaromtrent

De Schrijver wil het artikel lezen als volgt:

Elke godsdienstoefening der kerkgenootschappen in en op niet voor het openbaar verkeer bestemde plaatsen is vrij.

De gemeentebesturen regelen, in afspraak met de kerkgenootschappen, de wijze, waarop de vrijheid tot het houden van openbare godsdienstoefeningen der kerkgenootschappen in en op voor het openbaar verkeer bestemde plaatsen zal worden uitgeoefend.

De Schrijver leest in het slot van art. 170 al. 1 („behoudens de noodige maatregelen tot verzekering der openbare orde en rust”), onder verwijzing naar wat destijds de heer LUYBEN zeide, de mogelijkheid, dat de politie bij godsdienstoefeningen binnentreedt en hare orders geeft (blz. 154).

Verder acht hij al. 2 van dit artikel weinig redelijk, in zoover allerlei optochten worden gedoogd, doch alleen kerkelijke niet.

Ad IV. Vooral bij dit punt komt des Schrijvers bedoeling uit, dat de Staat den bloei van het godsdienstig leven heeft te bevorderen.

Na de geschiedenis van art. 171 Gw., en de pogingen, op parlementair gebied gedaan tot wijziging van dit artikel, besproken te hebben, betoogt de Schrijver, dat regeling van geldelijke uitkeeringen aan de kerkgenootschappen in de Grondwet noodzakelijk is, tot verbetering van de fouten in den bestaanden toestand, die niet voldoende in het oog houdt, dat alle kerkgenootschappen dezelfde rechten hebben, en de vrijheid van het inwendig-kerkelijke leven, vooral bij scheuring, meer dan wenschelijk is, aan banden legt.

Hij stelt daarom deze redactie voor:

De wet regelt de jaarlijks door den staat aan de kerkgenootschappen uit te keeren geldelijke bijdragen, welke berekend worden overeenkomstig hun na elke volkstelling gebleken getalsterkte.

Deze bijdragen worden uitbetaald aan de personen of colleges, door de kerkgenootschappen daarvoor aangewezen. Kerkgenootschappen, die niet het bij de wet vereischte aantal leden tellen, kunnen zich onderling verbinden.

Wegens bijzondere omstandigheden kan een extra-bijdrage aan de kerkgenootschappen worden toegelegd

De in het eerste lid genoemde bijdragen mogen niet minder bedragen dan fl. 455 per duizendtal leden.

De kerkgenootschappen, die bij de inwerkingtreding van de in het eerste lid genoemde wet meer ontvangen dan die wet hun toekent, blijven gedurende tien jaren in het volle genot dier vroegere bijdragen.

Genoemde wet waarborgt de rechten van hen, die op het oogenblik harer inwerkingtreding, eenige persoonlijke aanspraak op een geldelijke bijdrage van staatswege kunnen doen gelden.

Met het vorenstaande is de hoofdzaak ten einde. Het zesde of laatste hoofdstuk van het proefschrift is gewijd aan de uiteenzetting, dat de artt. 169, 172 en 173 Gw. overbodig zijn, en hun voortbestaan mogelijk maakt overschatting van

hunne beteekenis en het zoeken naar meer in die bepalingen, dan daarin oorspronkelijk werd gelegd.

Ten eerste art. 169. Wilden de Grondwetscommissie van 1905 en die van 1910 art. 5 Gw. laten opgaan in art. 169 Gw., de Schrijver wenscht op daaraan tegenovergestelde wijze te werk te gaan. Hij geeft in overweging laatstgenoemd artikel te schrappen, en — zoo noodig — door wijziging van art. 5 te voorzien in de dan ontstane leemte (blz. 248).

In verband met dit artikel behandelt de Schrijver ook het dusgenaamde *motu proprio*. Volgens hem geldt dit hier te lande niet voor rechterlijke ambtenaren. En al ware het anders, dan bood toch art. 167, met name bij de door hem daarvan voorgestelde redactie, voldoende waarborg tegen eenigerlei uitsluiting van Roomschen op grond van die kerkelijke publicatie.

Ten andere art. 172. De Schrijver wijst er op, hoe dat voorschrift over 's Konings zorg om de palen van gehoorzaamheid te bewaken tegenover de kerkgenootschappen, in 1848 overgebleven is van een artikel met twee alinea's, die in zeker onderling verband stonden: de Koning zou de uitoefening van den godsdienst beschermen, maar dan moesten de kerkgenootschappen op hunne beurt genoemde palen ontzien. Voor de nu zelfstandig geworden laatste bepaling vindt de Schrijver geene reden. Zelfs dringt hij op hare schrapping aan; ten eerste, wijl aan de bepaling te eeniger tijd gevaarlijke pretentiën konden worden ontleend; ten andere, omdat het niet aangaat, door de Grondwet het vermoeden te wekken, dat overtreding van de staatswet door de kerkgenootschappen ware een steeds dreigend gevaar.

Ten derde art. 173. Hoezeer de Schrijver ook deze bepaling overtollig acht, meent hij toch, dat in 1848 wel reden bestond, haar op te nemen. Immers had de Tweede Kamer in 1847 de herziening van het Wetboek van Strafrecht verworpen, omdat daarbij het recht van placet zonder sanctie bleef. Zoo was niet vreemd, in de Grondwet dat recht uitdrukkelijk uit te sluiten. Thans wordt wat art. 173 Gw. inhoudt, door niemand bestreden. Ook heeft de bepaling alleen het oog op één kerkgenootschap.

Met het vorenstaande meen ik den inhoud van het proefschrift getrouw te hebben weergegeven, en daarmee voor een beoordeeling te kunnen volstaan.

Wat het opschrift van het behandelde hoofdstuk der Grondwet aangaat, beaam ik, dat het „Van den godsdienst”, gelijk dit eigenlijk sedert 1806 bestaat (1), kan doen meenen, dat

(1) De Schrijver zegt (blz. 12), dat eenige bepalingen aangaande de godsdienstige aangelegenheden in de Grondwet niet kunnen ont-

deze zelve geregeld werd. Maar of dan „Van de godsdienstige aangelegenheden” zooveel beter ware, dunkt mij twijfelachtig (1). Daaruit zou, volgens den Schrijver, blijken, dat slechts bedoeld is eene regeling „van de aanknoopingspunten, waar het godsdienstig leven het maatschappelijke raakt.” Zou dit waarlijk door die woorden duidelijk uitkomen?

Ook zou die uitdrukking aangeven, „dat er eenheid van opvatting heerschen zal tusschen de verschillende artikelen van het hoofdstuk”, enz.. Alsof niet trots dat opschrift mogelijk ware, dat niet alle „godsdienstige aangelegenheden” naar dezelfde opvatting behandeld werden. Immers zou die eenheid dan ook gewaarborgd zijn door het thans bestaande opschrift.

Voorts hecht de Schrijver er aan, dat *alle* „godsdienstige aangelegenheden” in de Grondwet geregeld worden.

Is dit inderdaad noodig? Meer en meer breekt het besef door, dat niet alle recht in de wet besloten is. En moet niet ook de Grondwet veelszins slechts bepalingen inhouden naar de behoefte? Deze zelfs naar de behoefte om iets vast te leggen achter een verzaarden dijk. Gelijk in de Vereenigde Staten vaak een voorschrift naar de Grondwet wordt overgebracht, ten einde het te onttrekken aan de rechterlijke bevoegdheid tot „toetsing”.

Trouwens kent ook Mr. BORRET zelve gewicht aan bijzondere omstandigheden toe. Zoo meent hij immers, dat uitsluiting van het recht van placet in 1848 terecht in de Grondwet werd opgenomen met het oog op de toen heerschende geestesgesteldheid.

Hoe het zij, de Schrijver oordeelt, dat de Grondwet moet bevatten regeling „van de aanknoopingspunten, waar het godsdienstig leven het maatschappelijke raakt.”

Maar is hij dan volledig? Het is zeker een eigenaardig samentreffen, dat hij, behoudens eene kleine aanvulling, die hij voorstelt aan het slot van art. 168, alle „aanknoopingspunten” reeds vindt in de Grondwet, gelijk zij nu luidt

Raakt het godsdienstige leven het maatschappelijke niet ook in het armwezen? En in het onderwijs? En bij den eed?

Mij dunkt, dat de Schrijver zijne theorie meer aanpast bij het bestaande, dan dat hij haar volledig uitwerkt. Wat ik overigens gelukkig acht. Eene systematische behandeling van „de godsdienstige aangelegenheden” in de Grondwet is, dunkt mij, weinig gewenscht.

breken, en sinds 1815 daaraan zelfs een afzonderlijk hoofdstuk is gewijd. Toch heeft men reeds in de Constitutioneele Wetten van 1805 eene afdeling: «Van den Godsdienst.»

(1) Ik gaf nog de voorkeur aan wat de Grondwetscommissie van 1910 en de Regeering in 1913 voorstelden: «Van de vrijheid van godsdienst, de godsdienstige gezindheden en de openbare godsdienst-oefeningen.»

De regeling dan, die de Grondwet volgens den Schrijver bevatten moet, heeft af te wenden het gevaar, dat de vrijheid van het godsdienstig leven meëbrengt, en voorts dit leven te bevorderen. Maar de Schrijver geeft meer. Ja, de hoofdzak is bij hem meer. Bij de drie, door hem genoemde genoemde gevaren staat juist op den voorgrond de erkenning, het waarborgen van de vrijheid. En vermoedelijk zou niemand bij eene bepaling van de houding, die de Staat heeft in te nemen tegenover misbruik van de vrijheid tot het oprichten van godsdienstige vereenigingen, verwachten het voorschrift, dat de wet de burgerrechtelijke gevolgen der kerkelijke reglementen en voorschriften regelt, benevens de wijze waarop, en de gevallen waarin bij wetgeving en bestuur het gevoelen der kerkgenootschappen moet worden ingewonnen. Ja, van art. 168, gelijk de Schrijver dit ontwerpt, en dat vier alinea's bevat, hebben op dat misbruik alleen betrekking de slotwoorden van al. 1, die bedoelen, dat de godsdienstige vereenigingen moeten blijven binnen de grenzen der christelijke zeden.

Zoo komt mij dan voor, dat de systematische opzet, hoezeer niet zonder talent gegeven, toch meer schijn dan wezen heeft.

Voorts is des Schrijvers hoofdgedachte, dat hoofdstuk VI der Grondwet niet langer eenen negatieven geest moet ademen, maar eenen positieven. Bij de bespreking van art. 171 Gw. is de meest geschikte gelegenheid hierop terug te komen. Toch mogen reeds thans dienaangaande enkele opmerkingen worden gemaakt.

De Schrijver voert ten gunste van wat hij beoogt, aan, dat de Staat meer en meer is overgegaan tot ondersteunen van particulier initiatief en verheffen van het volksleven.

Reeds ware te vragen, of die verandering van gezindheid zoo in allen deele valt te loven. Tegenover een zich afzijdig houden staat niet alleen steun aan particulier initiatief, maar ook zelfstandige regeling, staatsreglementeering.

Is zelfs het subsidieeren van vrij lager onderwijs inderdaad voortgekomen uit waardeering van het vrije initiatief? Of meer uit besef, dat de uniforme openbare school op te grooten tegenstand bleef stuiten?

De Schrijver vreest van deelname van den Staat in de bevordering van den godsdienst geen gevaar. Ons staatsrecht is zoo doorkneed van vrijheid van godsdienst. Waarlijk? Is er hoegenaamd niets te bespeuren van een streven, om de richting der geestelijke ontwikkeling eenigszins te houden in handen van den Staat?

Trouwens zou men geneigd zijn te zeggen, dat voor bevordering van het godsdienstig leven door den Staat minder reden is, nu men volgens den Schrijver „tegenwoordig alge-

meen een sterk gevoelde behoefte aan godsdienst, onder welken vorm dan ook, waarneemt en de overtuiging zich overal heeft gevestigd, dat een krachtig ontwikkeld godsdienstleven aan de maatschappij slechts ten goede kan komen." (blz. 26)

Naar gezegd werd, is bij den Schrijver in wat hij noemt het afwenden van de gevaren der vrijheid juist hoofdzaak het waarborgen van de vrijheid.

Intusschen vindt de Schrijver daarvoor eene grens in de christelijke zeden. Deze toevoeging verdient waardeering. Reeds in zoover het te abstracte wordt gemedan, waardoor soms meer wordt toegezegd dan men bedoelde (1). Met eene beperkte toezegging wordt bovendien niet alles wat daarbuiten ligt, aan den tegenovergestelden regel onderworpen. Zoo wilde GROEN VAN PRINSTERER destijds bescherming, niet gelijke bescherming, voor alle gezindheden. En dat de belijders, niet van de onderscheidene godsdiensten, maar van den christelijken godsdienst, dezelfde voorrechten zouden genieten (2). Daarin lag niet, dat sommige gezindheden minder bescherming dan andere zouden deelachtig zijn; noch dat wie buiten den christelijken godsdienst stonden, zouden worden achtergesteld. Slechts was de waarborg meer beperkt, doch daardoor tevens beter te overzien. En de beperking sloot zich aan bij de historische werkelijkheid.

Ook is alleszins juist des Schrijvers bevreemding over de vrees, de weigering om in de wetten het christelijk karakter van ons volksleven uit te spreken. Te meer, daar straks schier ieder er prijs op stelt, niet buiten de christelijke gemeenschap te worden gesloten. Daarbij ligt in het huldigen van het christelijk volkskarakter toch niet zekere gewetensdwang tegenover andersdenkenden. Gelijk schreef DE LA

(1) Zelfs leest men in GROEN VAN PRINSTERER'S Nota van 6 Jan. 1831 over Grondwetsherziening aan den Koning: «Hoofdstuk I, art. 4. Dit art. schijnt overvullig. Zoo is het met verscheidene algemeene uitspraken, vervat in art. 44, 77, 120, 164, 166, 227. De nationale herbergzaamheid, de eerbiediging der gewone regtbanken, het regt om zich bij eene bevoegde magt te beklagen, de vrijheid van drukpers, behoeven niet in de Grondwet te staan. Dergelijke bepalingen zijn zonder nut; zij houden een Gouvernement, dat overigens in staat is om die beginselen te vergeten, geenszins terug. Maar zoodanige artikelen zijn bovendien gevaarlijk. Zij geven aanleiding tot misverstand, tot verkeerde gevolgtrekkingen, en stellen regels zonder uitzondering, waar evenwel eene uitzondering mogelijk moest zijn.» Zie zijn *Verspreide Geschriften*, dl. I, blz. 96.

(2) In zijn Nota van 30 Sept. 1830 over Grondwetsherziening aan den Koning, naar aanleiding van eene Memorie van Mr. J. D. MEIJER. Zie t. a. p., dl. I, blz. 91.

MENNAIS: „En défendant de travailler le dimanche, on ne blesse aucune religion; au contraire, on les protège toutes, car on conserve par-là le dogme sur lequel elles sont toutes fondées.” Ook de Joodsche godsdienst.

Dat overigens uit het stellen van eene grens eenige moeilijkheid zou kunnen geboren worden, is wellicht niet te loochenen. Maar daartegenover staat de moeilijkheid, die zou kunnen rijzen uit het weglaten van alle grens. Aan dit laatste wordt soms te weinig gedacht.

Thans over de verschillende artikelen van hoofdstuk VI.

De Schrijver heeft veel bezwaar tegen het slot van art. 167: „behoudens de bescherming der maatschappij en harer leden tegen de overtreding der strafwet.” Volgens hem gedoogen deze woorden zoowel het preventieve als het repressieve stelsel (blz. 43, 50). Zij het al, dat hij toch (blz. 49) de preventieve opvatting eene „verwongen interpretatie” noemt.

Naar bekend is, heeft Minister DONKER CURTIUS 8 Sept. 1853 in de Eerste Kamer inderdaad aan het slot van het artikel eene preventieve uitlegging gegeven, toen hij zeide: „Wat staat er? Dat de maatschappij tegen het misbruik van die vrijheid moet beschermd worden door de strafwet, en ik bescherm nu iemand niet als ik zeg, wanneer gij hem zult hebben gewond of gedood, dan zal ik u wonden of dooden, maar ik bescherm hem door mij vóór hem te plaatsen en door te waken, dat die persoon niet aangerand worde. Ik zeg dus, art. 164 der Grondwet heeft met zoovele woorden juist een preventief stelsel gewild”. (1)

Maar deze opvatting strookt weinig met de verklaringen der Regeering bij de Grondwetsherziening, aan welke Mr. DONKER CURTIUS zoo belangrijk aandeel had, en als lid der Staatscommissie, die haar voorbereidde, en als lid van het Ministerie, dat haar voordroeg.

BUYS merkt op, dat men in de aangehaalde woorden „wel met een handig pleidooi voor de wet op de kerkgenootschappen, maar zeker niet met een objectieve verklaring van den zin der Grondwet te doen heeft. De conclusie van den spreker dat art. 164 Grondwet met zoovele woorden juist een preventief stelsel gewild heeft, ligt mijlen ver van de werkelijkheid.” (2) En op de vraag, hoe Mr. DONKER CURTIUS tot zijne conclusie van 1853 komen kon, antwoordt Buys: „Door de woorden van de Grondwet onnauwkeurig aan te halen.” Immers zegt deze niet, dat de strafwet de maatschappij moet beschermen

(1) Bijblad v. d. Ned. Staatscourant, 1853, I, blz. 94.

(2) De Grondwet, dl. II, blz. 499.

(3) Buys, t. a. p., dl. II, bl. 500.

tegen misbruik van de vrijheid, maar dat de maatschappij moet beschermd worden tegen overtreding van de strafwet; dat dus niemand zich tegenover den strafrechter wegens „overtreding der strafwet” verontschuldigen kan door te zeggen, dat zijne daad slechts was godsdienstige belijdenis. „Zoowel het gezag dat beschermen moet als het gevaar waartegen het zal hebben te waken, is in de Grondwet een ander dan de minister opgeeft.” Inderdaad, de preventieve opvatting kan niet in de Grondwet gelezen worden (1).

Het slot van art. 167 spreekt vanzelf. Buys noemt het dan ook „een gemeenplaats” (2) Om die reden is schrapping gewenscht. Terwijl daarbij ware te voegen, dat de misdadiger de strafwet niet overtreedt. Hij wordt veeleer gestraft, omdat hij er zoo geheel aan voldeed. Degene, die de strafwet kan overtreden, is met name de rechter, als deze niet straf haar-overeenkomstig.

Mr. BORRET voert nog aan, dat zelfs naar de goede uitlegging gevaar schuilt in het slot van art. 167, wijl straf bedreigd kan worden „tegen godsdienstige handelingen, waaraan men ten onrechte verwijt verderfelijck te zijn voor het maatschappelijk leven.” (blz. 48) Hij aanvaardt daarom niet de eenvoudige verduidelijking van het artikel, die door de Grondwetscommissie van 1910 en door de Regeering in hare voorstellen van 5 Februari 1913 is voorgesteld met deze redactie: „Ieder belijdt zijn godsdienstige meeningen met volkomen vrijheid. Deze vrijheid ontheft niet van de verantwoordelijkheid ingevolge de strafwet.” (3)

Op-zichzelf schuilt echter het gevaar niet in het slot van het artikel (4). Verviel alleen het slot, zoo bleef dit gevaar toch. Intusschen zegt Mr. BORRET zelve, dat inkorting van de godsdienstvrijheid op genoemde onredelijke wijze weinig is te duchten (blz. 49). Geene regeering zal — dus merkt hij op — lichtelijk overgaan tot het indienen van voorstellen in dien geest. Werd dit gedaan, zoo ware krachtige tegenstand in de Staten-Generaal en bij het volk te wachten.

Mr. BORRET wil eigenlijk het tegendeel van wat de slot-

(1) De hier verdedigde opvatting vindt men ook bij DE BOSCH KEMPER, *Handl. t/d kennis v. h. Ned. Staatsregt en Staatsbestuur*, vermeerd. uitg. (1865), blz. 162.

(2) T. a. p., dl. II, blz. 497 en blz. 498.

(3) Evenmin wil Mr. BORRET weten van art. 14 der Belgische Staatsregeling: «La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis par l'usage de ses libertés.»

(4) Dit wordt m. i. voorbijgezien door Jhr. Mr. DE SAVORNIN LOHMAN in *Onze Constitutie*, 2de dr., blz. 315.

woorden van art. 167 behelzen. De vrijheid van belijdenis, of — zooals hij wil — het uiten en naleven van eene godsdienstige overtuiging moet wèl ontheffen van strafbaarheid. Maar die vrijheid zelve is te beperken binnen de christelijke zeden.

Toch wordt het eerste niet onomwonden gezegd. Ook de redactie van Mr. BORRET laat de opvatting toe, die thans aan art. 167 moet worden gehecht. Zoodat zijne redactie in dit opzicht alleen zou beteekenen, dat de grondwettelijke waarborg van art. 167 beperkt werd tot het gebied binnen de christelijke zeden. En feitelijk is dit — naar hij schrijft — reeds het geval.

Ook de aanhef van het artikel bevredigt den Schrijver niet. De vrijheid van belijden is toch meer gevolg van de vrijheid van godsdienst. Ook „overheerscht” het belijden niet het godsdienstig gebied ten volle. Gelijk hij ten bewijze daarvan aanhaalt de vraag, in 1848 door den heer VAN VREE gedaan, op welk artikel der Grondwet beroep mogelijk ware, indien eenige openbare macht aan het „bedienen” van zieken, b.v. in gasthuizen, onredelijke belemmering in den weg mocht leggen.

Dat voor elke redelijke vrijheid een Grondwetsartikel noodig is, dunkt mij twijfelachtig; ook gevaarlijk. En dat de door hem genoemde vrijheid stelligen waarborg behoeven zou, zie ik nog niet in. Evenmin, dat bedoelde waarborg eventueel voldoende ware.

Art. 168. Dit artikel — zooals het door Mr. BORRET is ontworpen — handelt over godsdienstige vereenigingen, waarvan de kerkgenootschappen een onderdeel zijn.

Ook het vormen van godsdienstige vereenigingen moet — mits daarbij de grenzen der christelijke zeden niet overschreden worden — vrij blijven overeenkomstig het in art. 9 Grondwet bepaalde. Al. 1, welke dit zegt, is volgens den Schrijver noodig: 1^o. daar het hoofdstuk over godsdienstige aangelegenheden zoo volledig mogelijk moet zijn; 2^o. wijl het weglaten van deze bepaling in de Grondwet, die een geheel hoofdstuk aan deze aangelegenheden wijdde, kon doen meenen, dat zij godsdienstige vereenigingen niet wilde en op deze wijze art. 9 beperkte; 3^o. omdat hier de grens der christelijke zeden moest worden ingevoegd.

Dat de eerste twee argumenten zwaar wegen, zou ik niet durven zeggen. Wellicht verdiende dan ook eerder aanbeveling in art. 9 de bedoelde beperking voor godsdienstige vereenigingen op te nemen.

Waardoor tevens vermeden ware, dat — gelijk het is in Mr. BORRET's redactie — kerkgenootschappen onder godsdienstige vereenigingen werden gerangschikt.

Omtrent kerkgenootschappen wordt voorts in al. 2 gezegd, dat zij onafhankelijk zijn in hun ontstaan. Maar tevens in al. 3, dat geene nieuwe kerkgenootschappen gevormd kunnen worden, tenzij zij hunne herkomst afleiden uit de bestaande. Wat de vraag doet rijzen, of dan niet verkieselijk ware over de onafhankelijkheid van het ontstaan in al. 2 te zwijgen.

De Schrijver wijst er op, dat onze wetgeving het begrip van kerkgenootschap nergens duidelijk omschrijft (1). Voorts wil hij alleen de thans bestaande kerkgenootschappen als zoodanig erkennen, benevens nieuwe, die zich uit de bestaande vormen. Ook hier verdient waardeering des Schrijvers streven, om uit het algemeene te geraken, en meer de werkelijkheid te naderen. Toch ware de vraag te stellen, of de Schrijver hierbij er aan gedacht heeft, dat de een een nieuw kerkgenootschap ziet, waar de ander slechts hervorming van een bestaand kerkgenootschap aanneemt. Wie spreekt over de kerkhervorming der 16e eeuw, geeft daarmede te kennen, dat toen niet een nieuw kerkgenootschap is ontstaan, terwijl de Roomsche de Protestantsche Kerken wél als nieuwe instituten beschouwt (2). Zoo beweren ook de Gereformeerde Kerken de voortzetting van de sedert eeuwen bestaande Christelijke Kerk te wezen, die in 1886 en volgende jaren de bestuursorganisatie, waaronder zij van 1816 af hadden verkeerd, terzijde hebben gezet, waartegenover zij, welke zich ook na 1886 aan die organisatie houden, verdedigen, dat de historische lijn juist door hen wordt bewaard (3).

Eindelijk de slotlinea van het voorgestelde artikel. Haar aanhef zegt, dat de wet de burgerrechtelijke gevolgen der kerkelijke reglementen en voorschriften regelt.

Dit punt is inderdaad van veel gewicht. Gelijk zulks treffend is uitgekomen door het genoemde proces tegen den heer BOELE VAN HENSBROEK.

Moeilijk valt te loochenen, dat men telkens aan de Kerken

(1) Mr. L. H. VAN LENNEP betoogt in zijn proefschrift: *De rechtskracht van de verordeningen der christelijke kerkgenootschappen* (1909), blz. 130, dat het «vrijwel onmogelijk (is) eene definitie van kerkgenootschappen te geven, die niet óf slechts voor eenige kerkgenootschappen juist is óf zoo vaag gesteld is, dat men er niets aan heeft.» En blz. 131/32: «dat men niet alle kerkgenootschappen op ééne lijn kan stellen, daar zij onderling zóó verschillend zijn, dat het uiterst moeilijk is, een gemeenschappelijk kenmerk van beteekenis te vinden.» Zie ook blz. 133 en volg.

(2) Zoo zegt ook Mr. BORRET op blz. 87, dat door het Protestantisme «naast de oude moederkerk een nieuwe kerk ontstond» enz.

(3) Op blz. 233 toont de Schrijver, dat hij in het algemeen toch niet blind is voor de mogelijkheid, dat twee kerkgenootschappen, elk op hunne beurt, beweren de eigenlijke voortzetting van hetzelfde historische verleden te zijn.

opdringt, en die verwingt naar beginselen, welke niet passen bij haar wezen. De rechter schijnt in het algemeen zeer beducht voor het komen op kerkelijk terrein, hoezeer hij toch in tal van gevallen zich moet begeven op een levensgebied, dat hem als zoodanig vreemd is. Gelijk dit menigwerf zal voorkomen bij de vraag, of eene levering beantwoordt aan de desbetreffende overeenkomst.

Ten opzichte van de Kerk schijnt de rechter echter veelal geneigd, weinig in te gaan op haren eigenlijken aard, als hij daardoor zich in belijdenisvragen moest mengen, en dan liever naar eene algemeene, niet-kerkelijke opvatting te grijpen, die hem schijnbaar de oplossing van de geschillen het gemakkelijkst maakt, al past die opvatting weinig bij de wezenlijke natuur der verhoudingen. Het onderzoek of handelingen in overeenstemming zijn met de belijdenis eener Kerk, voert op een lastig terrein. Vandaar, dat maar al te licht op dit gebied een stuk werkelijkheid gekneld wordt in een daarbij niet voegend kader.

Zoo overwoog in het genoemde geding de kantonrechter, voor wien de zaak in eerste instantie kwam, dat de Ned. Herv. Kerk en de gemeenten, waaruit zij bestaat, zijn zedelijke lichamen van privaatrechtelijken aard; dat van een zelfstandig kerkelijk recht in onze wetgeving niet blijkt; dat dus naar het burgerlijk recht moet beoordeeld worden, of iemand lid eener kerkgemeente is en als zoodanig gehouden tot vermogensrechtelijke verplichtingen; dat een vader zijn kind niet door den doop aan eene kerkgemeente kan verbinden, wjl de vader zijn minderjarig kind slechts verbinden kan bij uitoefening van het bewind over deszelfs goederen, waartoe echter de doop niet behoort; dat trouwens de vader door het beantwoorden van de doopvragen slechts zijnen wensch uit, dat het kind in de leer der Kerk zal worden opgevoed, en derhalve alleen eene verklaring voor zichzelf aflegt; dat mitsdien de doop alleen eene kerkelijke plechtigheid of sacramenteele handeling is; dat, al schiep de doop eenen rechtsband, deze toch door dien der aanneming overheerscht wordt, welke laatste echter door een beroep op de minderjarigheid bij de aanneming kan worden te niet gedaan.

In hooger beroep concludeerde de Officier van Justitie, Mr. VAN GEUNS, dat de Kerken wel door het openbaar gezag erkende, maar niet door dat gezag *ingestelde* lichamen zijn, en zij daarom ten aanzien van de voorwaarden van eene rechtsgeldige overeenkomst door het B. W. worden beheerscht; dat naar kerkelijk standpunt de doop reeds eenen rechtsband legt tusschen den doopeling en de Kerk, maar dat toch in het doen doopen niet is te zien de wil des vaders tot het leggen van zoodanigen rechtsband en de beantwoording van de daarbij gebruikelijke vragen slechts wijst op de richting,

waarin de vader de godsdienstige opvoeding van het kind wil leiden. Ook achtte de Officier den vader onbevoegd, zijn kind door den doop te verbinden, wjl het brengen in een kerkelijk verband geestelijke belangen beoogt en het burgerlijk recht de bevoegdheid tot vertegenwoordiging alleen bij vermogensrechtelijke belangen aanneemt. Eindelijk was *in casu* uit de aanneming niets af te leiden, daar de gedaagde des tijds minderjarig was en die handeling later nimmer bekrachtigde. Wel eischte het kerkelijk reglement voor het ophouden van het lidmaatschap eene opzegging, maar dit vond in het burgerlijk recht geenen steun.

De Hooge Raad nam ten slotte aan, dat het doen doopen ligt binnen den bij art. 353 al. 2 B. W. den vader opgelegden plicht tot opvoeding, maar dat dienovereenkomstig des vaders macht tot inlijving in een kerkgenootschap ophoudt bij de meerderjarigheid des kinds, dat dus door de meerderjarigheid de band verzwakt, en alzoo de daaraan verbonden burgerlijke werking, tenzij de meerderjarige te kennen geeft, den band te willen bestendigen.

Mr. BORRET wijst er op, dat, hoezeer volgens Mr. VAN GEUNS het kerkgenootschap is een zedelijk lichaam van bijzonder karakter, daarvan toch weinig rest, als het kerkgenootschap, gelijk deze magistraat zeide, beoordeeld moet worden naar het burgerlijk recht.

En dat, al erkende de rechtbank de autonomie der kerkgenootschappen om te bepalen wie lid zijn, deze nochtans wordt tot doode letter, indien de rechter — zooals de rechtbank ook aannam — het bestaan van eene verbintenis van lidmaatschap moet beoordeelen naar de wet.

Daarbij ware te voegen, dat volgens den Hoogen Raad bij de meerderjarigheid eigenlijk alle band tusschen de Kerk en hare leden verbroken wordt (1).

In de aangehaalde beschouwingen stuit men op eigenaardige opvattingen aangaande het kerkelijk leven. Zoo b.v. de uitspraak der kantonrechters, dat de doop slechts is eene kerkelijke plechtigheid of sacramenteele handeling, als waren die uitdrukkingen van eenerlei zin; dan de beteekenis, die afgeleid wordt uit de beantwoording van de doopvragen, die toch alleen bedoelen te waarborgen, dat hij (of zij), die ze beantwoordt, door de Kerk kan worden toegelaten tot het ten doop aanbieden van een kind, en dat het kind, als gesproten uit geloovige ouders, aanspraak heeft op den doop. Evenals de „aanneming” slechts is het onderzoek, of het lid der Kerk aanspraak mag maken op alle rechten van het

(1) Naar mij toeschijnt, stelt Mr. BORRET het minder juist voor, als liet de H. R. bij de meerderjarigheid alleen den materieelen band vervallen.

lidmaatschap, en derhalve op toegang tot het Heilig Avondmaal.

Naar Gereformeerd kerkrecht heeft het in de gemeente van CHRISTUS geboren kind *recht* op den doop, weshalve, indien de ouders niet bij machte zijn de doopvragen te beantwoorden, anderen moeten optreden, die dit wél kunnen en daarmee doopgetuigen worden.

Maar het voornaamste in het besproken geding is wel, dat alle uitspraken rusten op de overweging, dat ook op het inwendige kerkelijke leven van toepassing moeten worden gemaakt bepalingen van het gemeene burgerlijke recht, waarvan moeilijk gezegd kan worden, dat zij aan deze bijzondere kerkelijke verhoudingen eenige aandacht hebben gewijd.

Het geldt hier niet kortweg eene zaak van geloofsovertuiging. Ook de ongelooovige zou kunnen erkennen, dat het kerkelijk leven vormt een eigenaardig gebied, en dat die eigenaardigheid doorwerkt in het burgerrechtelijke. Daarmee wordt niet gezegd, dat de wet moet waarborgen wat ook eenige Kerk omtrent het lidmaatschap mocht bepalen. Indien b.v. eene Kerk de mogelijkheid afsneed, dat wie tot haar behoort, dien band verbreekt, zoo kon het staatsgezag niet medewerken om door rechtspraak aan dergelijke bepaling steun te bieden. Maar welke redelijke grond is er, als de Kerk volledige vrijheid aan ieder laat om den band met haar ten allen tijde door te snijden, van rechtswege niet te rekenen met wat vóór de meerderjarigheid plaats had? De wet op het Nederlandschap (art. 6) laat aan het wettige of gewettigde kind van een als Nederlander genaturaliseerden vader den staat van Nederlander behouden, totdat het, meerderjarig geworden, mits binnen het jaar daarna, te kennen geeft, dat het niet langer in de naturalisatie wil begrepen zijn. Bepaalt de wet dit omtrent het Nederlandschap, dan behoeft toch waarlijk geen bezwaar te bestaan tegen de rechtsopvatting, dat de meerderjarige, die *te allen tijde* de Kerk kan verlaten, zoo hij niets doet, blijft binnen het kerkelijk verband, waartoe hij als kind behoorde. En verklaart de wet tot Nederlander het wettige kind, waarvan tijdens de geboorte de vader den staat van Nederlander bezit, dan kan toch in gelijken trant worden aangenomen, dat kinderen van leden eener Kerk door hunne geboorte ook in dezen als het ware den staat huns vaders volgen. Geene rechtsopvatting eischt, dat geenerlei rekening gehouden worde met de eigenaardige verhoudingen, die op kerkelijk erf ontstaan. Veeleer het omgekeerde.

Inderdaad wordt thans maar al te zeer een stuk werkelijkheid naar daarvoor niet passenden maatstaf behandeld.

Mr. BORRET vraagt alleen, dat de wet de burgerrechtelijke

gevolgen der kerkelijke reglementen en voorschriften zal regelen. Daarbij wordt natuurlijk bedoeld, dat die regeling zal wezen eene zelfstandige, overeenkomstig de eigenaardigheid van het kerkelijk leven. Dat dit geschiede, dunkt mij alleszins wenschelijk. En het is redelijk, dit in de Grondwet voor te schrijven. Over de regeling van allerlei rechtsverhouding spreekt deze. En ongetwijfeld is dat een zeer belangrijk element in de betrekking tusschen den Staat en de Kerk.

Dan wil Mr. BORRET geregeld zien de wijze, waarop, en de gevallen, waarin bij wetgeving en bestuur het gevoelen der kerkgenootschappen moet worden ingewonnen. Terwijl hij omtrent de wijze van dit raadplegen in de Grondwet wil zien bepaald, dat het inwinnen van dat gevoelen geschieden moet overeenkomstig de getalsterkte der kerkgenootschappen. Eigenlijk bedoelt de Schrijver niet, dat het inwinnen van het gevoelen, maar dat de sterkte der vertegenwoordiging moet zijn overeenkomstig het ledenaantal.

Dit eene, en betrekkelijk ondergeschikte punt in de Grondwet vast te leggen, heeft wellicht iets vreemds. Te meer daar het alleen heet te gaan om „inwinning” van gevoelens. Ook kent de Regeering de getalsterkte der Kerken wel. Terwijl daarbij nog komt, dat het ledencijfer niet altijd geeft een zuiver beeld van de wezenlijke kracht en beteekenis, die eene Kerk in het volksleven heeft.

Of bedoelt de Schrijver meer dan een bloot inwinnen van gevoelens? Men kan dit afleiden uit wat hij vroeger heeft geschreven omtrent „de indirecte macht” der Kerk over den Staat, en uit de stellige uitspraak: „Elk gemeen overleg met de kerk zou immers overbodig zijn, als de Staat toch niet gebonden was aan den godsdienstigen kant van het gegeven advies, als hij m. a. w. met terzijdestelling der kerk in hoogste ressort uitspraak kon doen in religieuze zaken.” (blz. 94) Maar bij de behandeling van het door den Schrijver ontworpen art. 168 vindt men dit niet terug. Beoogt hij nochtans gebondenheid van den Staat aan het gevoelen der kerkelijke vertegenwoordiging, dan ware voor het vastleggen daarvan in de Grondwet zeker meer reden dan voor de bepaling van de sterkte der vertegenwoordiging.

In den wensch om overleg te plegen met de Kerken schuilt de m. i. gezonde gedachte van protest tegen de opvatting van den Staat als een abstract wezen, afgescheiden van de Natie, dat ook omtrent openbare aangelegenheden, waarbij de godsdienst te pas komt, volstrekt naar eigen inzicht beschikt, hoezeer toch de Kerken een historisch bestaan hebben in, een historisch bestanddeel zijn van de Natie, en daarom door den Staat niet kunnen veronachtzaamd worden, voorzoover deze bedoelt, gelijk hij dit moet doen, dat de

openbare instellingen met den geest der Natie in overeenstemming zijn, beantwoorden aan hare behoeften.

Maar het gebonden zijn aan de adviezen der Kerken ware niet zonder bedenking. Trouwens is niet onmogelijk, dat een lichaam, waarin alle Kerken naar hunne getalsterkte vertegenwoordigd zijn, bij meerderheid van stemmen eene uitspraak velde, die weinig aan de bedoeling beantwoordde.

Als onderwerpen, die voor raadpleging van de Kerken in aanmerking komen, noemt de Schrijver op blz. 138 de regeling van het huwelijk, die van het onderwijs, die van het begrafeniswezen, die van den militieplicht. Waarom overleg met de Kerken over elk dier onderwerpen noodig ware, is wellicht niet geheel duidelijk. Zelfs wijze ik op het onderwijs.

Laat de Staat de verzorging van dit belang, dat in wezen is van maatschappelijken aard, behoudens zijn toezicht en eventueele aanvulling van zijnentwege, aan de maatschappij over, dan bestaat er voor een raadplegen van de Kerken dienaangaande weinig reden.

Voorts heeft men te onderscheiden tusschen de belangen der Kerken en de godsdienstige behoeften des volks. Deze laatsten kunnen en moeten ook in de Staten-Generaal tot uiting komen. Zelfs kunnen er godsdienstige opvattingen leven in het volk, zonder dat de Kerk daarover uitspraak deed, of heeft te doen. Gelijk dit het geval kan zijn met betrekking tot den eed en andere vragen, die nauw samenhangen met de vrijheid van consciëntie. In vele van dergelijke vraagstukken zou de Kerk als zoodanig moeilijk meer dan eene tamelijk vage meening kunnen geven, wilde zij niet afdalen in bijzonderheden, die buiten hare competentie liggen, en de geestelijke vrijheid binnen de Kerk zeer aan banden leggen.

Art. 170. Vindt dit artikel algemeen weinig instemming, ook Mr. BORRER bestrijdt het. Reeds al. 1, om de slotwoorden: „behoudens de noodige maatregelen ter verzekering der openbare orde en rust.” Welke toevoeging volgens den Schrijver althans kan worden opgevat als een afhankelijk maken van het recht, in de daaraan voorafgaande woorden gewaarborgd, van de eischen, die de openbare orde stelt.

Is dit juist?

Zeker had de redactie deze beteekenis, zooals zij was van 1814 tot 1848. Gelijk nog die van 1840 luidde: „Geene openbare oefening van Godsdienst kan worden belemmerd dan in geval dezelve de openbare orde en veiligheid zou kunnen storen.”

Ook had denzelfden zin wat de Negenmannen voorstelden en wat de Grondwetscommissie van 1848 ontwierp. Maar in dat jaar werd de zin der bepaling gewijzigd. Waarom —

vraagt m. i. Buys (1) terecht — nam anders de Regeering de redactie der Staatscommissie niet over? Nu is de vrijheid van godsdienstoefening niet meer afhankelijk van de orde, maar van de maatregelen tot verzekering van de orde. De godsdienstoefening kan niet ter wille van de orde verboden worden. Wel ware door deze bepaling mogelijk, dat eene godsdienstoefening niet kon doorgaan, wijl de politie voor de openbare orde de toegangen tot het kerkgebouw had afgezet. De godsdienstoefening zelve wordt thans nimmer beschouwd als oorzaak van ordeverstoring. Maar als kwaadwilligen de orde dreigen te verstoren, zou het kunnen zijn, dat maatregelen, tegen dezen te nemen, de vrijheid van godsdienstoefening beperkten.

Dat Mr. BORRET de slotwoorden van al. 1 ook voor eene andere lezing bruikbaar acht, spruit — al heeft hij in dezen HEEMSKERK aan zijne zijde (2) — wellicht hieruit voort, dat hij niet genoeg rekening hield met de verandering, die al. 1 in 1848 onderging.

En bij art. 167, en bij art. 170 al. 1 letten sommigen niet voldoende op de gebezigde woorden, waardoor zij in beide gevallen tot gelijksoortige misvatting komen.

Overigens wil de Schrijver „openbare godsdienstoefening” vervangen door „godsdienstoefening van kerkgenootschappen.” Terwijl daarbij rekening is te houden met den beperkten kring, dien hij voor dezen stelt.

Deze verandering is toe te juichen. Immers beteekende „openbare godsdienstoefening” in dit artikel oorspronkelijk — gelijk THORBECKE heeft opgemerkt (3) — niet, zooals men wellicht meenen zou, voor ieder toegankelijke samenkomsten, maar „kerkelijke of genootschappelijke, in overstelling tegen huisselijke godsdienstoefening” Evenals openbaar onderwijs te voren stond tegenover huis-onderwijs.

Voorts is door des Schrijvers beperkte opvatting aangaande kerkgenootschappen met de door hem aanbevolen redactie beter te overzien, hoever de waarborg zich uitstrekt.

Dan wil hij, wat de plaats betreft, de vrijheid waarborgen „in en op niet voor het openbaar verkeer bestemde plaatsen.” Zoo ware strijd vermeden over de vraag, of „besloten” al dan niet met afgesloten gelijk staat (4), en stellig zijn beslist, dat die godsdienstoefeningen ook mogen voorkomen op begraafplaatsen.

(1) *De Grondwet*, dl. II, blz. 509, noot 1.

(2) *De Praktijk onzer Grondwet*, dl. II, blz. 87. Echter motiveert de Schrijver zijne meening niet.

(3) *Aanteekening op de Grondwet*, 2de dr., dl. II, blz. 245.

(4) Gelijk dit destijds ontkend is in de officieel gevraagde adviezen van de taalkenners Dr. NASSAU, Prof. DE VRIES en Dr. DE JAGER,

Dat wijziging van art. 2 gewenscht is, zal niet door velen worden betwist. De Schrijver wil de regeling van de wijze, waarop de vrijheid der kerkgenootschappen te dezen aanzien in en op wèl voor het openbaar verkeer bestemde plaatsen zal uitgeoefend worden, overlaten aan de gemeentebesturen, „in afspraak” met de kerkgenootschappen.

In hoofdzaak geldt het hier een specifiek Roomsche belang. De Roomschen toch stellen grooten prijs op het houden van openbare processien. Dat het op-zichzelf gewenscht is, daarvoor den openbaren weg beschikbaar te stellen, kan worden betwijfeld. Maar het is moeilijk in dezen naar onderling verschillenden maatstaf te werk te gaan. Wordt aan sociaal-democraten op 1 Mei, aan voorstanders van vrouwen-stemrecht en aan leiders van „honger-demonstraties” vrijheid gegeven om te trachten, door optochten propagandistisch op de geesten te werken, dan bestaat toch weinig reden Roomsche processien te verbieden, zij het al, dat daarvoor geen eerbiediger bejegening van de zijde des publieks gevraagd kan worden, dan voor eerstgenoemde manifestaties.

Eindelijk art. 171.

Het bestaande artikel wordt eigenlijk opgeruimd.

Voor het schrappen van deze bepaling zonder meer pleit m. i. veel. Op-zichzelf — dit wordt niet zelden voorbijgezien (1) — zou daardoor de feitelijke toestand niet veranderen. Rechtsgeldige aanspraken van eenig kerkgenootschap vervallen niet, wijl de Grondwet daarover zwijgt. Voorts bleven mogelijk alle uitkeeringen, die thans geschieden. Zelfs konden ook dan nieuwe traktementen worden toegelegd, en bestaande vermeerderd.

Terwijl het groote voordeel verkregen was, dat niet langer de feitelijke toestand van 1815 in de Grondwet was vastgelegd.

Mr. BORRET wil echter den Staat verplichten tot het geven van geldelijke bijdragen op eenen door hem in bijzonderheden uitgewerkten voet.

Maar tevens den pas afsnijden aan aanspraken, die kerkgenootschappen konden doen gelden op grond van eenigen te voren bestaanden rechtstitel.

Behoudens wat in twee overgangsbepalingen (al. 5 en al. 6)

met wie overeenstemde Mr. J. VAN LENNEP in zijn geschrift: *De uitlegging der woorden besloten plaatsen in Art. 167 der Grondwet*, tegenover welk gevoelen alleen stond dat van Dr. JONCKBLOET. Zie hierover ook *De Gids*, jg. 1857, blz. 855 en volg.

(1) Ook schijnen velen niet te beseffen, dat zelfs nu alle grondwettelijke waarborg voor de na 1815 toegekende traktementen of vermeerderingen ontbreekt. Intusschen zal wel niemand het gevaar groot achten, dat daaraan eensklaps een einde werd gemaakt.

voorkomt, zullen naar Mr. BORRET's voorslag, die in menig opzicht overeenstemt met wat de Grondwetscommissie van 1910 ontwierp, de bijdragen berekend worden naar de getalsterkte der kerkgenootschappen, en zal deze sterkte worden afgemeten naar de uitkomsten der volkstelling. Voorts wordt in de Grondwet bepaald, aan wie de uitkeering zal geschieden. Dan, dat kerkgenootschappen, die niet het bij de wet te stellen aantal leden tellen, zich kunnen verbinden; dat wegens bijzondere omstandigheden nog extra-bijdragen kunnen geschonken worden; eindelijk dat de gewone bijdragen zullen belooopen minstens f 455 per duizend leden.

Naar mij dunkt, zouden de overgangsbepaling van al. 5 en die van al. 6 eene betere plaats onder de additioneele artikelen vinden.

En wat het overige betreft, lijkt mij reeds weinig gewenscht alle daar genoemde bijzonderheden op te nemen in de Grondwet.

Terwijl het afwegen van de bijdragen naar de cijferkracht der kerkgenootschappen, evenals de Schrijver daarvan — naar hiervoren bleek — den omvang der vertegenwoordiging wil doen afhangen, voor de kerkgenootschappen een lokaas wordt, om meer op het aantal hunner leden dan op dezer gehalte te letten, zoodat de bijdragen, waarmee de Schrijver bedoelt het kerkelijk leven te bevorderen, juist het ondermijnen daarvan in de hand konden werken.

Ja, zou dit gevaar niet van alle door den Staat te geven bijdragen, waarvoor volgens den Schrijver (blz. 181) „alles te zeggen is”, zijn te duchten, in zoover daaruit licht een gevoel van afhankelijkheid geboren wordt en de ijver om in de kosten van het kerkelijk leven bij te dragen, verdooft?

Trouwens gewaagt de Schrijver zelve — naar ik hiervoren opmerkte — van een opgewekt godsdienstig leven in dezen tijd. Eilieve, waartoe dan de bijdrage? Ook vermeerdert gestadig het aantal Roomsche kerkgebouwen. In het Ned. Herv. kerkgenootschap stijgen de traktementen door offervaardigheid der leden (1). En veelzeggend is in dezen zeker, dat de Gereformeerde Kerken na 1886, voor zoover zij hare kerkgebouwen, pastorieën en traktementen verloren, in dat alles voorzien hebben, hoezeer hare leden over het algemeen niet tot de meervermogenden behooren.

Ook komt men met het geven van toelagen uit de open-

(1) Zelfs deed zich in 1910, onder het Ministerie HEEMSKERK, voor, dat te Rotterdam, nadat eene poging der Regeering, traktement voor eene nieuwe predikantsplaats bij de Ned. Hervormden aldaar te doen bewilligen, in de Staten-Generaal was mislukt, binnen zeer korten tijd de voor die plaats noodige fondsen in de gemeente zelve waren gevonden.

bare kas in moeilijkheden tegenover die Kerken, welke daartegen hebben principieel bezwaar, wijl zij leven willen uit de bijdragen harer leden. In het handhaven van dit standpunt worden zij tegengewerkt, als hare leden weten, dat voor de kosten van het kerkelijk leven ook uit de openbare kas is te putten

Eindelijk zij nog herinnerd aan het hiervoren geschrevene, dat uitkeeringen kunnen plaats hebben, al zwijgt daarover de Grondwet geheel.

Voorts de artikelen, die de Schrijver wil schrappen.

Ten eerste art. 169 Naar mij dunkt, voert hij krachtige gronden aan voor het doen wegvallen van deze bepaling, en het — zoo noodig — in verband daarmee wijzigen van art. 5. Trouwens werd de overbodigheid van art. 169 ook door Buys en Mr. DE SAVORNIN LOHMAN betoogd. Teyens had de Schrijver er op kunnen wijzen, dat de voornaamste inbreuken op het in dat artikel gestelde beginsel nooit door eenig wetsvoorschrift kunnen worden voorkomen. Een Minister zal het immer in zijne macht hebben, personen bij benoemingen wegens hunne geloofsbelijdenis boven anderen voor te trekken, of bij anderen achter te stellen. Gelijk dan ook waarlijk klachten over een en ander niet ontbroken hebben, zonder dat mogelijk was, een onmiddellijk in strijd handelen met art. 169 te bewijzen. Daarbij komt, dat voor sommige betrekkingen door iederen Minister wel degelijk op de godsdienstige gezindheid van den voor te dragen candidaat gelet zal worden. Veilig mag men b.v. zeggen, dat geen Minister, van welke richting ook, voor Commissaris des Konings in Groningen een Roomsche, of in Limburg een niet-Roomsche zal voorstellen.

Echter zou ik niet de bewering des Schrijvers durven beamen, dat, indien het dusgenaamde *motu proprio* hier te lande ook voor rechterlijke ambtenaren gold, dit toch op grond van art. 169 nooit een bezwaar tegen de benoeming van een Roomschegezinde bij de rechterlijke macht kon zijn. Reeds wijl het bezwaar dan niet behoefde te liggen in het behooren tot de Roomsche Kerk, maar in het zich vermoedelijk afhankelijk stellen bij ambtsverrichtingen van eene kerkelijke autoriteit, wat geen Minister zou mogen gedoogen.

Ten andere art. 172. Tegen het betoog om dit artikel te doen vervallen, waarbij de Schrijver zich beroept op uitspraken van THORBECKE, BUYS, Mr. SCHOKKING, SCHAEPMAN, valt m. i. weinig in te brengen. Terecht wijst ook hij op het gevaar van zinledige bepalingen, in zooverre zij gelegenheid bieden daarin een bij de vaststelling nooit bedoelden zin te leggen.

Eindelijk art. 173. Op duidelijke wijze wordt het — trouwens algemeen erkende — overbodige ook van deze bepaling aangetoond.

Het vestigen van de aandacht op het noodelooze van de genoemde drie bepalingen, reeds nuttig op zichzelf, kan tevens er toe bijdragen, het snoeimes meer dienst te laten doen tot verwijdering van dood hout uit de Grondwet.

Nog mogen enkele opmerkingen zijn gewijd aan des Schrijvers beschouwingen over het stelsel van scheiding van Staat en Kerk.

Volgens Mr. BORRET beteekent dit stelsel, dat „kerkelijk en burgerlijk gezag . . . gescheiden naast elkander staan zonder verder aanknooppingspunt dan voortvloeit uit het feit, dat de kerkgenootschappen als onderdeelen zijn ingelijfd in en dientengevolge onderworpen aan het alles omvattende staatslichaam.” (blz. 84) Ja, dat „kerkgenootschappen met particuliere vereenigingen volkomen gelijk (staan).”

Inderdaad is door velen juist in dit laatste het eigenaardige van genoemd stelsel gezien. Zoo te onzent door THORBECKE 22 Aug. 1853 in de Tweede Kamer der Staten-Generaal (1), en door Minister SMIDT 8 Dec. 1891 terzelfder plaatse.

Toch ligt dit niet onmiddellijk in de woorden. Met meer recht kon dan ook WORMSER in *De Nederlander* van 25 Mei 1851 (2) schrijven: „De uitdrukking zelve: *scheiding van Kerk en Staat*, geeft nog te kennen, dat de Kerk een ligchaam is, hetwelk een *publiek regtelijk* karakter bezit.”

Ook klinkt het eenigermate vreemd, als men verklaart, gelijk Mr. SMIDT bij bedoelde gelegenheid deed, dat de grondslag, waarop het geheele beginsel van scheiding van Kerk en Staat rust, dit is, „dat men het kerkgenootschap niet beschouwt als Kerk, maar bloot als particuliere vereeniging in den Staat.” (3)

Dit toch lijkt meer op *negatie* dan op *separatie*.

Volgens anderen beteekent de scheiding, dat de Staat de burgers geheel abstraheert van hun godsdienstig of kerkelijk bestaan; geen acht daarop slaat. Gelijk men dit vindt bij STILICH, die, het stelsel teekenende, schrijft: „Er (de Staat) soll keine Christen, keine Juden, keine Atheisten kennen, sondern nur Bürger. Die Religion gehört in das Gebiet der Privatangelegenheiten” (4)

(1) Hij sprak toen van „het beginsel der scheiding van Kerk en Staat, naar hetwelk de kerkgenootschappen alleen zijn particuliere genootschappen” (*Bijblad v. d. Ned. Staatscourant*, 1853, II, blz. 303)

(2) Daar slechts aangeduid als een „geacht correspondent.”

(3) *Handl. der S.-G.*, 1891/92, II, blz. 357.

(4) *Die politischen Parteien in Deutschland*. II. *Der Liberalismus* (1911), blz. 85.

Men zou ook dit in de woorden niet lezen. En weinigen zullen het dan ook in strijd met genoemd beginsel rekenen, dat reeds in allerlei statistische opgaven, die van Staatswege worden gepubliceerd, o m. op de kerkelijke gezindte wordt gelet

Dan zijn er, voor wie scheiding van Staat en Kerk inhoudt, of zelfs niet anders is, dan dat de Staat geene geldelijke toelage geeft aan de Kerk. Zoo schreef ANATOLE LEROY-BEAULIEU, dat de scheiding in Frankrijk „n'est, pour la plupart de nos radicaux, que la radiation du budget des cultes.” (1) Waarna hij er op wees, dat althans in vele Staten, waar nauwe vereeniging tusschen Staat en Kerk bestond, de laatste geheel uit eigen middelen leefde. Ook beroept Mr BORRET zich (blz. 185 en volg.) op THORBECKE, SMIDT en BUYS, die allen hebben uitgesproken, dat scheiding van Staat en Kerk niet behoeft te beletten het verleenen van geldelijken steun uit de openbare kas aan de Kerk.

Terwijl daarbij nog komt, dat, zooals Mr. BORRET opmerkt, eene uitkeering, die de Staat doet, ook haren grond kan hebben in historische rechten.

Voorts zien anderen het eigenlijke der scheiding hierin, dat de Staat buiten allen godsdienst moet blijven. Aldus b.v. VINET, daarvoor aanvoerende, dat de Staat, die geene andere rechten heeft dan welke de individu's hem afstonden, beperkt is tot het tijdelijke (2). Alsof — nog terzijde gelaten het afleiden van de bevoegdheden des Staats uit het goedvinden der burgers — het tijdelijke buiten allen godsdienst stond.

ROTHENBÜCHER omschrijft het stelsel aldus: „Unter dem Rechte der Trennung von Kirche und Staat ist die Organisation der Kirche in jeder Beziehung dem freien Willen der Anhänger eines Bekenntnisses überlassen. Die Art und Weise, wie sich diese als *kirchenrechtlicher* Verband konstituieren wollen, ist ihnen freigestellt (von Bedeutung für die protestantischen Bekenntnisse) Soviel sie Rechtsverhältnisse begründen wollen, die auch vom *staatlichen Rechte* als wirksam anerkannt werden, benützen sie die Institutionen des *Privatrechtes*. Diese Institutionen können im einzelnen Lande ver-

(1) *La Révolution et le libéralisme* (1890), blz. 220.

(2) In zijn *Essai sur la manifestation des convictions religieuses et sur la séparation de l'église et de l'état envisagée comme conséquence nécessaire et comme garantie du principe* (1e dr. van 1842; de tweede van 1853); en in zijn *Mémoire en faveur de la liberté des cultes* (1825), dat later is opgenomen in zijn *Liberté des cultes*, waarvan eene tweede uitgaaf in 1852 verscheen. Voor VINET's beschouwingen in dezen moge ik verwijzen naar wat ik schreef in *De christelijke Staat*, blz. 11 en volg., en blz. 106 en volg..

schieden sein (Gemeines, besonderes Vereinsrecht, Stiftungsrecht)". (1)

Buys huldigt deze opvatting: „Volledige scheiding van Kerk en Staat onderstelt vooreerst, dat beiden als zelfstandige corporatiën leven en ten andere, dat men al de rechtsgevolgen aanvaardt, welke uit dat zelfstandig bestaan voortspruiten, m. a. w., dat de Staat niet heerschend optrede om de binnenslandsche aangelegenheden van de Kerk te besturen, en omgekeerd, dat de besluiten van de Kerk geen bindende kracht hebben buiten hare grenzen." (2)

Naar de voorstelling van ROTHENBÜCHER en die van BUYS kon men wellicht komen tot eenen toestand, waarbij het recht der Kerk volkomen was erkend.

Naar de gewone beteekenis der woorden behoeft scheiding tusschen Staat en Kerk zelfs niet te beletten overleg tusschen beide instituten. Gelijk GROEN VAN PRINSTERER schreef: „Door scheiding van Kerk en Staat zelfstandigheid der Kerk, en voorts zooveel doenlijk gemeen overleg." (3)

Daar in onze wetgeving nergens uitdrukkelijk over scheiding van Staat en Kerk gesproken wordt (4), kan het in verband met het verschil van opvatting aangaande de beteekenis daarvan niet bevreemden, dat soms twijfel rijst of, ja, ontkend wordt, dat de scheiding in ons recht is erkend (5).

Buys neemt het aan, maar betwijfelt tevens, of „de Grondwet de Kerk met elk ander burgerlijk genootschap op één lijn stelt," en acht het geven van geldelijken steun door den Staat aan de Kerk niet met de scheiding in strijd.

Na het gevoelen van BUYS te hebben aangehaald, concludeert Mr. BORRET: „Dat onze Nederlandsche wetgeving het scheidingsbeginsel aanvaard heeft, staat dus vast." (blz. 102)

(1) *Die Trennung von Staat und Kirche* (1908), blz. 457. In een opstel over hetzelfde onderwerp, voorkomende in het *Zeitschrift f. Politik*, Bd. II, (1909), blz. 572 en volgg., noemt ROTHENBÜCHER ook als element van het scheidingsbeginsel, dat iemand slechts tot de Kerk behoort krachtens vrijwillig toetreden, en dat daarmee niet overeenkomt het beschouwen van iemand als lid eener Kerk alleen op grond van den Doop.

(2) *De Grondwet*, dl. II, blz. 490.

(3) *Nederl. Gedachten*, 2de serie, dl. IV, blz. 320.

(4) HEFMSKERK, *De Praktijk onzer Grondwet*, dl. II, blz. 77, meldt, dat in de considerans van de Koninklijke besluiten van 29 Juli 1868 (*Stbl.* no. 115 en no. 116), waarbij de ministerieele departementen van Eeredienst werden opgeheven, voor het eerst van «het staatsregterlijk beginsel van scheiding van Kerk en Staat» gewag werd gemaakt, als waarmede het instandhouden van die departementen niet zou strooken.

(5) Zie voor den vroegeren tijd Mr. H. J. SMIDT, *Scheiding van Staat en Kerk* enz. (1872), blz. 21. Nog ontkende de scheiding Mr. TYDEMAN in de Tweede Kamer der S.-G. 4 Dec. 1913.

Reeds klinkt het „dus” eenigermate voorbarig. Maar in elk geval geldt het dan toch slechts het scheidingsbeginsel volgens Mr. Buys, met verwerping van de opvatting, dat de Kerken kortweg op ééne lijn met particuliere genootschappen staan.

Ook valt nog op te merken, dat Mr. BORRET heel wat inbreuken op het scheidingsbeginsel meent te kunnen aanwijzen.

Het hoofdbeginsel, dat de kerkgenootschappen met particuliere vereenigingen zijn gelijk te stellen, gaat volgens den Schrijver voor ons recht niet op (blz. 103). Voorts wordt — zoo schrijft hij op blz. 98 — „in ons practisch staatsleven meer aandacht geschonken aan godsdienstige en kerkelijke vraagstukken, dan zich met het strikte scheidingsbeginsel rijmen laat. Dit blijkt uit de wet van '53, uit art. 171 lid 2 der Grondwet (volgens sommigen zelfs uit het heele zesde hoofdstuk), uit de eedskwestie, uit andere wettelijke bepalingen, waar afzonderlijk recht geschapen wordt voor de bedienaren van den godsdienst.”

Niet weinig alzoo. Terwijl tevens van belang is op te merken, dat het onverplicht geven van traktementen aan de Kerken volgens art. 171 al. 2 hier ter plaatse strijdig althans met het strikte scheidingsbeginsel geheeten wordt.

Intusschen staat toch „vast”, dat de Nederlandsche wetgeving het scheidingsbeginsel heeft aanvaard.

Hoezeer ik ten volle mede voor het staatsrecht een ongeschreven recht erken, zoo wil mij toch voorkomen, dat ook voor ons recht, wie van scheiding spreekt, goed doet, vooraf te verduidelijken wat hij daaronder verstaat. Eerst dan valt er over te spreken, of zij te onzent erkend is (1). Waarlijk, de uitdrukking heeft veel minder eene vaststaande beteekenis dan velen schijnen te meenen. Mij dunkt, dat Mr. BORRET's proefschrift er bij gewonnen had, als daarmede door hem meer rekening was gehouden.

ROTHENBÜCHER komt op inductieven weg, door het nagaan van verschillende wetgevingen, in het aangehaalde werk, blz. 438/39, o. m. tot deze stellingen:

„Es ergibt sich nicht *notwendig* aus der Trennung, dasz der Staat die Religion überhaupt ignoriert, aus dem öffentlichen Leben verbannt und ihre Grundsätze bei der Gestaltung des Staatslebens unberücksichtigt lässt.”

(1) Ook FALCO schijnt in de rede, waarmede hij 17 Jan. 1913 het hoogleeraarsambt in het kerkrecht aan de Universiteit van Pavia aanvaardde, geen vast begrip aan scheiding van Staat en Kerk toe te kennen. Zie het overzicht dier rede in het *Rechtsgeleerd Magazijn*, 32ste jg., blz. 644.

„Trennung von Staat und Kirche bedeutet nicht *privaten* Kult gegenüber früherem *öffentlichen* Kulte.“

„Unter dem Rechte der Trennung bleibt die Eigenart der religiösen Organisationen, die aus deren Zwecke und Mitteln sich ergibt, nicht nothwendig unberücksichtigt. Daher ist unter der Trennung weder eine *Privilegierung* der religiösen Organisationen als solcher, noch eine sie *benachteiligende Sonderbehandlung* ausgeschlossen (Steuerfreiheit, Befreiung der Kultusdiener von Erfüllung gewisser staatsbürgerlicher Pflichten, Berufung der Kultusdiener als solcher zu gewissen öffentlichen Aemtern, z. B. des Schulinspektors, Beschränkungen hinsichtlich des Vermögenserwerbs, Ausschluss der Kultusdiener von gewissen politischen Rechten).“

„Die Trennung schlieszt nicht das Bestehen einer *Kultuspolizei* aus.“

„Die *Unterhaltung* oder Unterstützung eines Kultes *aus öffentlichen Mitteln* ist durch die Trennung nicht nothwendig ausgeschlossen.“

„Unabhängig von der Trennung ist die Frage der Bedeutung der *Religion* und der *Bekanntnisse* in der Schule.“

Op deze wijze wordt scheidings van Staat en Kerk — al naar men wil — eene niets- of eene allesbetekenende uitdrukking.

De hier geleverde bespreking is uitvoeriger dan gewoonlijk aan een proefschrift gewijd wordt. Maar de Schrijver nam dan ook tot onderwerp het gansche zesde hoofdstuk der Grondwet. En de degelijke wijze, waarop hij de zich gestelde taak volvoerde, noopte min of meer nader in te gaan op de vele punten, die daarbij aan de orde komen, en door hem ter sprake werden gebracht.

D. P. D. FABIUS.

Militaire straf- en tuchtklassen, Academisch
proefschrift door Mr. G. H. E. NORD THOMSON,
Amsterdam 1916.

De mobilisatie van onze weermacht sedert Augustus 1914 heeft tal van personen uit hunne gewone omgeving voor veel langer tijd dan anders in de militaire maatschappij samengebracht. Wat in den laatsten tijd vóór den oorlog dikwijls als een maatregel van problematisch nut werd beschouwd, is een voorbehoedmiddel gebleken van groote waarde en groote beteekenis. De militaire dienst heeft daardoor bij velen onzer medeburgers in plaats van afschrik, belangstelling gewekt. Tal van jongelieden, die halverwege hunne vakstudien nu reeds bijna twee jaren aan militaire verplichtingen hebben moeten voldoen en dientengevolge de studie hunner keuze hebben moeten onderbreken, zijn belangstelling gaan koesteren voor den dienst, waaraan het noodlot hen gebonden heeft en het komt voor, dat sommigen zich aangetrokken gevoelen tot den officiersloopbaan, waarvoor zij vroeger geen roeping hadden gevoeld. Zoo heeft zich het geval voorgedaan dat een student in de rechtswetenschap onder de wapenen een militair-rechtelijk onderwerp koos voor het proefschrift, dat hem den doctorstitel heeft doen verwerven.

Dat de schrijver daarbij een onderwerp van militair strafrecht verkoos, behoeft niet te verwonderen; zij die met het militaire leven in aanraking komen en die omgeving met het oog van den rechtsgeleerde beschouwen moeten wel in de eerste plaats aandacht schenken aan de straf- en tuchtmidelen waarvan bij de militaire opvoeding gebruik wordt gemaakt. Zoo is ook de schrijver, kennis nemende van de uitwerking van vele vonnissen van den militairen rechter, tot de overtuiging gekomen dat meermalen eene veroordeeling tot militaire gevangenisstraf of tot militaire detentie beter achterwege ware gebleven en dat men den betrokken zondaars, die door een te gering gevoel van tucht of door onnadenkendheid misdreven, grooter dienst zou hebben bewezen door hen niet in eene gevangenis of een huis van bewaring te brengen doch door hen in eene strafklasse te doen plaatsen. Want deze lieden hadden behoefte aan een strengere krijgstucht, waardoor zij tot betere militairen zouden worden opgevoed en kon worden voorkomen dat zij door hun voorbeeld in hunne militaire omgeving kwaad stichtten.

Daarom heeft de schrijver getracht zich een oordeel te vormen omtrent de middelen, waardoor de krijgstucht tegenover hen, die daarmede in conflict geraken, gehandhaafd kan worden en meer in het bijzonder omtrent de militaire straf- en tuchtklassen, die erop berekend moeten zijn om hen, die

lijden aan gebrek aan tucht, te verbeteren. De schrijver gaat de geschiedenis na van deze strafsoorten, ook in verband met de andere vrijheidstraffen en levert op de voorschriften, welke ter uitvoering van deze straffen zijn gegeven, zijne kritische beschouwingen, die over het algemeen als opbouwend mogen worden aangemerkt. Terecht naar het mij voorkomt, omdat ook ik met den schrijver van meening ben dat deze straffen voor de handhaving van de tucht in onze weermacht van groote beteekenis zijn.

De militaire straf- en tuchtclassen vat de schrijver samen onder de uitdrukking „militaire tuchtschool” en bedoelt dan, in overeenstemming met de nieuwe, nog niet ingevoerde militaire strafwetgeving uit den jare 1903, met eene strafklasse, een tuchtschool waarin militairen krachtens rechterlijk vonnis moeten verblijven, en met eene tuchtklasse eene dergelijke inrichting, waarin militairen bij wijze van disciplinaire straf door de tot de oplegging dier straf bevoegd-verklaarde meerderen worden geplaatst.

De tuchtklasse is, zooals de schrijver in herinnering brengt, de oudste: zij wordt voor het eerst gevonden in het Reglement van krijgstucht of discipline voor het krijgsvolk te lande, vastgesteld bij besluit van den Souvereinen Vorst van 15 Maart 1815 (*Stbl.* n^o. 26). Gelijk bekend is, werd het ontwerp-1814 van dit reglement, evenals dat van het Crimineel Wetboek voor dat krijgsvolk, opnieuw in handen gesteld van de Commissie, welke het had samengesteld, om, ingevolge advies van den Raad van State, daarin weder op te nemen „het infligeren „van corporeele straffen, als nimmer hier te lande geheel in „onbruik geweest zijnde”, alsmede de straf van stokslagen als disciplinaire straf. Voor het Reglement van krijgstucht had dit ten gevolge, dat het derde hoofdstuk, getiteld „Van de straffen”, geheel omgewerkt werd. Daarbij werd art. 31, dat, in 1879 gewijzigd, nog steeds geldt, in het reglement opgenomen, zonder dat dienaangaande eenige toelichting wordt aangetroffen. In het overeenkomstige reglement voor de zeemacht, dat reeds bij besluit van den Souvereinen Vorst van 20 Juli 1814 (*Stbl.* n^o. 85) was vastgesteld en in 1815 niet werd herzien, werd van zoodanige tuchtklasse geen melding gemaakt. Zij werd eerst in 1879 voor de zeemacht ingesteld, toen voor de landmacht een strafklasse werd in het leven geroepen.

In het verleden wordt verder geen terugblik geworpen. De aandacht van den lezer wordt voornamelijk op den tegenwoordigen toestand bij de landmacht gevestigd, nadat de afzonderlijke tuchtclassen bij verschillende regimenten, welke het Algemeen Depot van Discipline te Vlissingen in 1912 hebben vervangen, weder zijn samengebracht in het Depot te Hoorn. De schrijver bespreekt de resultaten van het Depot te Vlissingen in de jaren 1901—1909, welke niet bijzonder

gunstig zijn te noemen, om vervolgens aan te toonen de ervaringen, tijdens de mobilisatie te Hoorn opgedaan, waar ongeveer $\frac{3}{4}$ van de bij het Depot geplaatsten zonder gestraft te zijn naar hun korps teruggingen, terwijl maar enkelen opnieuw te Hoorn werden gedetacheerd. Hij neemt aan dat deze gunstiger uitkomsten ten deele te danken zijn aan betere voorschriften.

In het tweede hoofdstuk bespreekt de schrijver de bestaande en de toekomstige wetgevingen, volgens welke de plaatsing in eene strafklasse een bijkomende straf is, waarvan, onder de wet van 1879, een minder ruim gebruik kan worden gemaakt dan onder het nieuwe Wetboek van Militair Strafrecht het geval zal zijn. Rees er onder de wet van 1879 wel eens twijfel of plaatsing in de tuchtklasse al dan niet als een straf is te beschouwen, de wet op de krijgstuicht van 1903 hief dien twijfel op door de plaatsing in eene tuchtklasse onder de disciplinaire straffen te noemen. Daarna behandelt de schrijver de vraag aan wien en door wien deze straffen thans en onder de nieuwe militaire strafwetten opgelegd kunnen worden, het beklag over eene plaatsing in eene tuchtklasse bij den meerdere van den strafoplegger of bij den militairen rechter en den strafduur. Dit overzicht bevat, wat onze wetgeving betreft, bekende zaken.

Het derde hoofdstuk is gewijd aan eene nadere beschouwing van het straffenstelsel en van verschillende regelingen in de nieuwe militaire strafwetten van 1903. De schrijver wijdt hieraan veel aandacht en terecht. Men mag althans nog steeds aannemen, dat deze nieuwe wetgeving niet het lot zal deelen van de wet op de rechterlijke organisatie van 1868, die nimmer ingevoerd werd en wel nooit ingevoerd zal worden. Wanneer de wetgeving van 1903 eenmaal is ingevoerd, zal zij waarschijnlijk geruimen tijd blijven gelden. Het is daarom van belang om, nu sedert de bekrachtiging der beide wetten reeds meer dan dertien jaren zijn verlopen, de in dien tijd plaats gevonden hebbende voortgang van het militaire deel der penitentiaire wetenschap in het oog te houden bij de samenstelling van de invoeringswet. Het is dus de moeite waard even in herinnering te brengen welke de voortgang op dit gebied geweest is tijdens de wording van het Wetboek van Militair Strafrecht. Het eerste ontwerp, gedurende de jaren 1886—1888 samengesteld, kende als eenige vrijheidstraf de gevangenisstraf, waarmede de toen juist opnieuw vastgelegde gevangenisstraf uit het algemeen strafrecht bedoeld was. Wat in het algemeen strafrecht als een uniform remedie tegen alle misdrijven zoo pas nog was aanvaard, zou, zoo meende de samensteller van het wetboek, niet spoedig weder als zoodanig in het militair strafrecht worden losgelaten. Doch de uitkomst was een andere. Reeds in 1889 verlangde

een Militaire Commissie, in welker handen het ontwerp-wetboek gesteld was, een militaire gevangenisstraf. In 1893 bleek de Tweede Kamer veel te gevoelen voor een afzonderlijke strafgevangenis voor militairen, voornamelijk omdat de militaire detentie afgeschaft werd en daardoor veel meer militairen dan vroeger in de gevangenis zouden komen, zonder dat deze altijd als misdadigers moesten worden beschouwd en behandeld. In het in 1897 ingediende ontwerp werd de mogelijkheid geopend om voor militairen die, zonder uit den militairen dienst te zijn ontslagen, gevangenisstraf hadden te ondergaan, bijzondere voorschriften te maken omtrent arbeid, bestemming van de opbrengst van den arbeid, onderwijs en tucht. In zekeren zin werd toen dus een militaire gevangenisstraf gesteld naast de gewone gevangenisstraf, en in 1902 werd nog verder van de uniformiteit afgeweken door de invoering in het militair strafwetboek van de detentiestraf. Naast al deze straffen en die van het algemeene strafrecht, werd als bijkomende straf de plaatsing in een strafklasse overgenomen uit het voor de landmacht thans geldend recht, tengevolge waarvan deze straf ook voor de zeemacht zal komen te gelden.

De schrijver van het proefschrift geeft, na hieraan te hebben herinnerd, uiting aan een meer vernomen meening, dat deze invoeging van de detentiestraf geen verbetering geweest is en acht het wenschelijk, dat zij uit het wetboek worde gelicht en alsdan de plaatsing in eene strafklasse tot hoofdstraf worde bevorderd. Hij wil alzoo, in aansluiting aan het inzicht van een deskundige als de oud-Inspecteur van Administratie der Marine C. J. Blok, terugkeeren tot meerdere eenvormigheid in de op te leggen straffen en raadt tevens aan om van de bijkomende straffen de belangrijkste tot hoofdstraf te maken. Er zou dan een zachtere vrijheidstraf zijn ingevoerd naast de gevangenisstraf, zonder dat de aan de detentiestraf verbonden nadeelen aanwezig zouden zijn.

In dit voorstel blijft de schrijver echter niet consequent. Werd toch de plaatsing in eene strafklasse hoofdstraf, dan zou de mogelijkheid tot hare oplegging behooren te vervallen bij veroordeelingen wegens misdrijven uit het algemeen strafrecht. Doch dit wenscht de schrijver niet; hij stelt althans voor om bij veroordeeling wegens enkele misdrijven uit het algemeen strafrecht, op blz. 63 nader aangegeven, de plaatsing in eene strafklasse verplicht te stellen, als bijkomende straf derhalve. Over oplegging van deze straf bij andere dergelijke misdrijven doet de schrijver geen voorstel; in zijn gedachten-gang zou, naar het schijnt, die straf daarbij niet mogen worden opgelegd (1). Ik acht dit niet juist. Terecht is het

(1) Geheel zeker is deze conclusie niet. De schrijver acht in art. 18

tegenwoordig art. 18 van het Wetboek van Militair Strafrecht zóó ruim geredigeerd, dat zelfs bij overtredingen van het gemeene strafrecht veroordeeling tot plaatsing in een strafklasse mag worden uitgesproken. Er is geen overtreding denkbaar, die niet strijdig is met de militaire tucht en het Hoog Militair Gerechtshof, dat onlangs anders besliste, had zich wel wat krachtiger mogen herinneren, dat de ruime formuleering van zijne rechtsmacht in art. 48 zijner Provisioneele Instructie het zooveen bedoelde axioma ten grondslag heeft. Waarom de schrijver, van zijn standpunt, niet nog een stap verder is gegaan en de plaatsing in eene strafklasse niet geschikt geacht heeft om bij commune delicten — hetzij facultatief, hetzij imperatief — ter vervanging van gevangenisstraf, hechtenis of geldboete in aanmerking te brengen, is ons niet duidelijk geworden. Wil men de door schrijver bedoelde richting uit — waarvoor ik voorshands niet veel gevoel — dan ware dit denkbeeld zeker geschikt, om het stelsel meer tot zijn recht te doen komen. Naar mijne meening ware reeds voldoende verbetering verkregen, wanneer de detentiestraf door de gevangenisstraf van art. 10 van hetzelfde wetboek werd vervangen.

In een vierde hoofdstuk heeft de schrijver samengebracht opmerkingen over het in de straf- en tuchtclassen te volgen régime. De regeling in onderdeelen van deze straffen beheerscht, naast de wijze waarop deze regeling verwezenlijkt wordt, den uitslag ervan. Dat dit hoofdstuk het meest belangrijke is van het proefschrift behoeft niet te verwonderen en het verheugt mij daarvan te kunnen getuigen, dat ik het over het algemeen met instemming heb gelezen.

Een der eerste punten, die onderzocht worden, is de noodzakelijkheid van scheiding der straf- en tuchtclassen. Er zijn er, die meenen dat geen beginselverschil bestaat tusschen straf- en tuchtclassen: er is immers bij den betrokken militair een gemis aan krijgstucht vastgesteld, zij het ook in het eene geval door den militairen rechter, in het andere geval door den militairen meerdere; dit gemis zou dus op dezelfde wijze kunnen worden aangevuld. Onder deze lieden behoort ook de schrijver en, naar ik meen, terecht. Militaire meerdere en militaire rechter zijn geroepen dezelfde krijgstucht te handhaven. Zooals de wet thans luidt, is de plaatsing in een strafklasse een bijkomende straf voor hen, die naar 's rechters oordeel getoond hebben een strenger stelsel van militaire

W. v. M. S. geen wijziging noodig en wil slechts art. 19 verandering doen ondergaan. Dat die twee artikelen in de door den schrijver gewijzigde lezing tot elkander in goede verhouding staan, mag met grond worden betwijfeld. Gewezen worde op de misstelling in de ontworpen nieuwe lezing van art. 19: er had gesproken moeten worden van het Wetboek van Militaire Strafrecht.

opvoeding te behoeven. Deze bijkomende straf zal dus worden opgelegd wanneer het doorlopend gedrag van den veroordeelde daartoe grond geeft. Niet anders is het gelegen met den met plaatsing in een tuchtklasse gestrafte, waar ook een laatste middel wordt beproefd om den overtreder aan tucht te doen gewennen. Naar het mij voorkomt is er dus alle reden om beide groepen van tuchtlooze militairen in eenzelfde inrichting met dezelfde middelen tot bruikbare militairen te vormen. Ik zie dan ook niet in, waarom men in dezelfde inrichting de strafklassianen van de tuchtklassianen — als men ze zoo noemen mag — zou moeten scheiden. De schrijver van het proefschrift, die deze scheiding wel aanbeveelt, onderstelt dat de strafklassianen van militair standpunt bezien in den regel een beter karakter zullen hebben dan de anderen, terwijl zij reeds bij het ondergaan van de gevangenisstraf of van de detentie aan de militaire tucht onderworpen zijn geweest (blz. 70). Voor de eerste onderstelling schijnt als bewijs te gelden de omstandigheid dat de plaatsing in de strafklasse bevolen worden kan voor één op zich zelf staand feit, dat niet behoef te getuigen van slechte inborst, karakterzwakte of zedelijke ontaarding, terwijl de tuchtklassianen reeds zeer ernstige vergrijpen tegen de krijgstucht achter den rug hebben. Ik meen, dat de plaatsing in een strafklasse niet behoort te worden opgelegd dan wanneer zij in het belang van de krijgstuchtelijke, en niet uitsluitend van de zedelijke opvoeding van den man noodig wordt geacht. Veroordeelden, wier aanwezigheid in de weermacht op goede elementen een slechten invloed zou kunnen uitoefenen, zullen wel bij het vonnis uit de gelederen worden verwijderd en komen niet in een strafklasse. Wordt plaatsing in eene strafklasse opgelegd wegens één op zich zelf staand feit, dan zal uit dat feit wel een zoo groot gebrek aan militaire eigenschappen moeten zijn gebleken, dat dit gelijkgesteld kan worden met de vele kleinere vóór de plaatsing in eene tuchtklasse disciplinair afgedane vergrijpen. Dat de schrijver anders oordeelt, is, gezien van het standpunt, dat de plaatsing in een strafklasse tot hoofdstraf moet worden bevorderd, verklaarbaar. Doch zooals ik de zaak zie, is er vaak bij militaire delicten nog geen grond om tot een gemis aan militaire eigenschappen te besluiten en behoort dus de straf als bijkomende straf te worden gehandhaafd. Zij behoort dáár toepassing te vinden, waar er bijzondere aanleiding toe wordt gevonden.

Nog een andere splitsing beveelt de schrijver aan, die van eene strafinrichting voor de landmacht en een voor de zee-macht. Hier moet men van den man een goed matroos, ginds een goed soldaat trachten te maken. Met het oog op de door de klassianen te verrichten werkzaamheden is hier-

voor wel eenigen grond te vinden, al zou ook in sommige opzichten, b.v. voor mariniers, zoolang die nog bestaan, deze splitsing niet zoo noodig zijn te achten. Wellicht zou zelfs de plaatsing van beide inrichtingen — al of niet onder één bestuur — in elkanders nabijheid, in het belang kunnen zijn der gestraften die daardoor de gelegenheid verkrijgen met het andere deel der weermacht van meer nabij kennis te maken en eventueel daarbij over te gaan.

Langs dezen weg is de schrijver bij de praktijk aangeland. Wat baat een stelsel, wat baat een beginsel, wanneer het niet voldoende wordt uitgewerkt en uitgevoerd? Nagegaan wordt wat hier te lande en in enkele vreemde staten beproefd en bereikt is, waarbij ook de eigen opvatting van den schrijver niet wordt verzwegen. Mij trof hierbij in de eerste plaats dat van een splitsing, hetzij van de landmacht en de zeemacht, hetzij van straf- en tuchtklassen nu geen spoor meer te vinden is. Ook de schrijver bepaalt zich tot de militaire opvoeding gelijk die b.v. bij het Algemeen Depot van Discipline — waarbij ook mariniers geplaatst zijn geweest en dat tegelijk straf- en tuchtklasse was — gegeven werd.

Veroordeeld wordt, en terecht, een stelsel van volstrekte vrijheidsberoving, gelijk in België bestaan heeft. Evenzoo mishandelingen en erger naar Franschen trant.

Ons eigen stelsel, waarbij de schrijver terecht de decentralisatie tusschen de jaren 1912 en 1914 afkeurt, bezit vele ook elders erkende goede zijden. De klassianen zijn in twee of drie klassen verdeeld, naarmate van hun gedrag; deze klassen behooren in den regel doorloopen te worden om op terugkeer naar den troep aanspraak te mogen maken. De nieuw-aangekomenen beginnen in de strengste afdeeling en worden, bij goed gedrag gedurende zekeren tijd, tot een hogere bevorderd; bij slecht gedrag beginnen zij van voren af aan. En zij komen, vooral in de hogere afdeeling, wel in de verleiding: zoo worden uitgangsdagen op marktdagen bepaald, wat gevaarlijk is uit een oogpunt van drankmisbruik.

Verschillende onderdeelen worden uit het leven bij en de organisatie van de strafinrichting besproken.

Zoo doet de schrijver ons zien, dat een afwijkende uniform voor de klassianen, welke vroeger bestaan heeft, niet meer aan te bevelen is; waartegenover dan de militairen, die bewakingsdiensten verrichten, een onderscheidingsteeken behoeven om hen van de gestraften te doen onderkennen.

Ook het kadervraagstuk, dat ten nauwste met de te geven militaire opvoeding samenhangt, behandelt de schrijver uitvoerig; het is van zeer groot belang voor het welslagen van het stelsel en eischt uit een militair opvoedkundig oogpunt zeer geschikte, goed bezoldigde krachten, die langs dezen dienst een goede bevordering moeten kunnen maken.

Daarop volgt een bespreking van de regeling van den dagelijkschen dienst en het onderwijs, waaraan veel zorg moet worden besteed; vooral de krijgsartikelen moeten worden behandeld, waarvan een exemplaar in elke strafkamer te vinden behoort te zijn. Tegen het ter lezing hangen van de krijgsartikelen bestaat m. i. geen bezwaar, doch, waar die krijgsartikelen een uittreksel vormen uit het militair strafwetboek, komt mij eene behandeling daarvan voor klassianen weinig doeltreffend voor; hoe moet men met hen die doorgaans in een strafklasse verzeild geraken, de militaire strafwetgeving behandelen? Waarom zou men zich tot de militaire wetgeving bepalen en niet ook de gewone strafwetgeving aan hen voorhouden? En hoe doet men dan bij de zeemacht, waar krijgsartikelen onbekend zijn? Men kieze zijn doel niet te hoog en blijve lager bij den grond, binnen hetgeen de soldaat noodig heeft te weten.

Eindelijk wijdt de schrijver eenige bladzijden aan meer materieele punten der behandeling van dergelijke gestraften, met name het toezicht op en het inzage nemen van briefwisseling, het opleggen van straffen en het toekennen van belooningen, de soldijregeling en de verzorging van den inwendigen mensch. Alles punten van niet te miskennen belang en waarbij de schrijver toont de eischen van billijkheid en menscheeljkheid zooveel doenlijk in het oog te houden. Zijne stellingen te dezer zake mogen dan ook aan de mannen der praktijk ten zeerste ter overweging worden aanbevolen.

Tot besluit dringt de schrijver aan op een doorlopend psychiatrisch toezicht op de gestraften in de inrichting, dat den commandant voorlicht bij de bestudeering van het karakter van de klassianen. Ook hiervoor is veel te zeggen. Mij is geen statistiek bekend van het aantal gevallen waarin door den rechter psychiatrisch onderzoek naar den geestestoestand van beklaagden werd ingesteld, doch ik vermoed, dat de militaire rechter daartoe in een naar verhouding grooter aantal gevallen overgaat dan de burgerlijke. Gaat men de gegeven adviezen, welke doorgaans in het Militairrechtelijk Tijdschrift worden afgedrukt, na, dan verkrijgt men den indruk, dat in dit opzigt goed werk verricht is. De zware eischen, welke de militaire tucht stelt, de strenge en voor het gewone leven ongewone disciplinaire straffen, welke op overtredingen daarvan zijn gesteld, maken het wel raadzaam om de psyche der klassianen onder geregeld deskundig toezicht te houden, meer dan tot nu toe het geval is geweest. Dergelijk toezicht zal ongetwijfeld ten goede komen aan de behandeling en de verbetering van in militaire tuchtscholen opgenomen gestraften. En om die verbetering gaat het toch in het bijzonder: wanneer zij mogelijk is, worde zij langs den kortsten en meest doeltref-

fenden weg aangebracht. Allereerst zij echter de commandant toegerust met de noodige opvoedkundige kennis en ervaring.

Ik behoef ten slotte zeker niet te vermelden, dat ik het proefschrift van Mr. NORD THOMSON met genoegen heb gelezen; de jonge doctor heeft er eer mede ingelegd. Ook mag wel even worden aangestipt, dat van zijne veertien stellingen er vier over militairrechtelijke onderwerpen handelen. Het schijnt dus buiten twijfel, dat de schrijver zich tot dit weinig bezocht terrein van het rechtsgeleerd studieveld aangetrokken gevoelt. Laat hij dien weg blijven volgen en trachten in zijne militaire omgeving voor dit studievak propaganda te maken. Zoo nu en dan worden verzuchtingen vernomen, dat zelfs de beroepsofficieren de studie van het militair recht schromelijk verwaarloozen. In eene moderne weermacht laat zich dat niet ongestraft doen en het wordt meer dan tijd, dat zij, die aan het hoofd staan van grootere troepeneenheden, op dit gebied de noodige kennis en ervaring òf zelf bezitten òf zich die in hunne onmiddellijke omgeving van volkomen bevoegde krachten kunnen verschaffen. Op elk oorlogsschip van eenige beteekenis bevindt zich een officier van administratie, die in militairrechtelijke aangelegenheden den commandant doorgaans van raad dient, omdat zijne opleiding voor een zeer groot deel aan dit studievak gewijd is en hij daaraan in den regel, door verdere studie en door ervaring bij den kriegsraad bijzondere aandacht is blijven besteden. Zou bij de landmacht niet een soortgelijke eisch mogen worden gesteld bij elk bataljon of regiment? Ik weet wel, dat de beroepsofficier zich doorgaans meer tot de technische studievakken aangetrokken gevoelt; doch de tijden zijn veranderd en de oorlogstoestand, die niet meer uitsluitend de weermacht, doch ook het volk in zijn leven en bedrijf treft, eischt zelfs bij aanvoerders van lageren rang veel grooter kennis van maatschappelijke verhoudingen, dan tot nu toe noodig werd geacht.

Bovenal blijft echter de militaire opvoeding en het militair strafrecht als gevolg daarvan aandacht vragen en ik breng den Heer NORD THOMSON dank, dat hij in aangenamen vorm en in tal van onderdeelen een der moeilijkste vraagstukken van militair-opvoedkundigen aard behandeld heeft. Er is nog veel te weinig uiting gegeven, aan goede gedachten over dergelijke onderwerpen, die aan de orde blijven en voortdurend aan verandering onderhevig zijn. Mogen ook andere, in de militaire praktijk geschoolde krachten het voorbeeld van dezen schrijver volgen en moge over de geheele linie een meer intensieve studie van het militair strafrecht aangenomen. Het arbeidsveld is weinig ontgonnen en wacht op bewerking.

De Ned.-Indische „Wetboeken” enz. Lions rechtsboek, tweede vermeerderde en bijgewerkte druk (zonder jaarteekening). L. J. VEEN, Amsterdam, G. C. T. VAN DORP & Co, Semarang, Soerabaia, 's-Hage.

Bij de onophoudelijke wijzigingen, die Indië's wetgeving ondergaat, is het verschijnen van een nieuwe uitgaaf van een verzameling van de voornaamste in die kolonie geldende algemeene verordeningen een verblijdende gebeurtenis. Een bijgewerkte editie geeft aan de raadplegers van het werk een geruststellend gevoel en bezorgt hun veel gemak, ook dan wanneer zij zekerheidshalve den tekst in het staatsblad zelf willen opslaan.

Vergelijkt men de algemeene verordeningen in LIONS rechtsboek opgenomen met die, welke Mr. ENGELBRECHT in zijn bewerking van „De ned.-indische wetboeken” afdruckt, dan treft men in de eerstgenoemde verzameling enkele verordeningen meer aan, zooals o.a. het decentralisatiebesluit, de locale raden-ordonnantie, het toelatingsbesluit, de inkomstenbelasting, de auteurs- en octrooiwet. Maar het verschil in omvang is niet het eenige onderscheid, hetwelk beide werken kenmerkt. Dr. LION is kwistig met het maken van opmerkingen vooral in voetnoten en hij geeft bovendien af en toe tusschen de verordeningen een korte verhandeling ten beste. Door dergelijke aantekeningen van min of meer uitgebreiden aard heeft de bewerker grootere waarde willen verleenen aan deze verzameling. Ik betwijfel echter, of hij daarin geslaagd is, en acht het systeem-ENGELBRECHT, in navolging van het stelsel-FRUIJN, voor het doel, dat met een dergelijke verzameling beoogd wordt, meer aanbevelenswaard. Het ideaal voor den gebruiker immers is het vóór zich hebben van een zuiveren afdruck van den in het staatsblad opgenomen tekst der verordening met daarbij, waar wijzigingen werden aangebracht, den vervangen tekst in een noot. Bovendien, wanneer de verordening niet in haar geheel wordt afgedrukt, dient aangegeven te worden welke soort van verordening (wet, algemeene maatregel van bestuur, enz.) werd opgenomen, terwijl ten gerieve van den lezer verwijzingen naar andere artikelen der indische wetgeving of naar parallele artikelen

in de moederlandsche of in de fransche wetgeving, zoo deze de bron der bewuste bepaling is, of naar bijbladen een plaats kunnen vinden; maar verdere mededeelingen, bijv. van leerstelligen aard, behooren m. i. in een dergelijke verzameling niet thuis. In leerboeken, commentaren en wetenschappelijke verhandelingen kan de rechtsbeoefenaar zijn licht opsteken ten aanzien van zin en beteekenis van den wetstekst. Dergelijke mededeelingen zijn vrijwel zonder nut in een werk als het hier besprokene, hetwelk men enkel gebruikt om een vertrouwbaren tekst gemakkelijk bij de hand te hebben. Een enkel voorbeeld ter toelichting. Wanneer Dr. LION een kleine verhandeling geeft over het algemeen bestuur van Ned.-Indië op blz. 1282 en daarbij het rechtskarakter van den raad van Indië nog onvolledig aanduidt, dan is deze uiteenzetting voor hen, die eenige studie van indisch staatsrecht hebben gemaakt, overbodig en voor hen, die vreemdeling zijn op dit gebied, door haar geringe beteekenis, waardeloos. De kooper schaft zich het boek aan, om een wetstekst te hebben, waarop hij ten volle kan vertrouwen, niet om korte verhandelingen te lezen.

Voldoet de verzameling aan dien eisch van betrouwbaarheid? Voor zoover ik kan zien over het geheel ja, hoewel de spelling niet steeds correct is. Slechts bij groote uitzondering is de tekst onjuist afgedrukt. Al dadelijk is het begin ongelukkig. In art. 3 Rr., met welke wet de verzameling aanvangt, is in het eerste lid vóór het woord „Regering” het adjectief „Indische” weggevallen. Ditzelfde euvel vertoonde reeds LION'S Verzameling van 1890 en heeft niet onmogelijk den onjuisten tekst van dit artikel in MARGADANT'S commentaar op het reg. reglement ten gevolge gehad met de daaraan verbonden ongelukkige redeneering, dat de uitdrukking „Regering” in dit artikel niet beperkt was tot de indische, maar ook de nederlandsche omvatte (I, blz. 41). Nu de wet van 16 December 1916, Ned. S. 535, dit artikeldeel gewijzigd heeft, waarbij die woorden „Indische Regering” zijn komen te vervallen, zal voortaan deze ingeroeste fout vanzelf voorgoed verdwijnen. Een eindje verder bevat art. 7 Rr. hetzelfde verkeerde woord, hetwelk in dit artikel reeds in de Verzameling van 1890 voorkwam: in het eerste lid staat abusievelijk „in” voor „van”. Het is merkwaardig te constateeren, hoe grove fouten van de eene editie in de andere overgaan. Zoo ook bij de uitgaven van ENGELBRECHT. De vijfde druk dezer veel gebruikte verzameling van 1913 neemt uit den vierden over in art. 128 ind. B. W. „zevenden titel”, terwijl er „zeventienden titel” moet staan, in art. 599 ind. B. W. „onderworpen is”, terwijl de juiste uitdrukking luidt „aangeworpen is”, in art. 1899 ind. B. W. „drie duizend gulden”, terwijl de tekst moet bevatten „drie honderd gulden”, in art. 138 Strafwb.

Europ. aan het slot „Inlander” voor „Europeaan” en in art. 141 Strafwb. Inl. „Europeaan” voor „Inlander”. Terwijl Mr. ENGELBRECHT met art. 87 Strafwb. Europeanen overhoop ligt door het stellen van een verkeerde strafpositie, heeft Dr. LION het te kwaad met het corresponderende artikel in het Strafwetboek voor Inlanders (art. 94) door hier de strafbedreiging onjuist af te drukken. Fouten worden in beide verzamelingen gemaakt. De nauwgezetheid en juistheid van FRUIN'S Nederlandsche wetboeken steken bij deze indische verzamelingen inderdaad gunstig af.

Een enkele opmerking zij mij vergund over de plaatsing van enkele wetten. De plaats, die de grondwet in LIONS rechtsboek gekregen heeft, is niet in overeenstemming met den rang, die haar wegens geboorterecht en beteekenis toekomt. Het gaat niet aan de grondwet, die de totstandkoming van het reg. reglement voorschrijft, weg te moffelen achter de loonsbepalingen van de scherprechtters, geheel aan het einde van het werk. Met de grondwet had dit z.g. rechtsboek moeten openen, daar zij in de eerste plaats als bron van geschreven recht voor het ned.-indisch staatsrecht in aanmerking komt. Dat deze wet nimmer in het indisch staatsblad werd gepubliceerd, doet hieraan niets af.

Ook hadden de wet op het nederlandschap en de wet op het nederlandsch onderdaanschap een betere plaatsing verdiend, dan elk in een noot onder aan de bladzijde en dan nog een kleine twee duizend pagina's van elkaar verwijderd. Deze beide belangrijke wetten hadden als hoofdttekst bij elkaar moeten zijn afgedrukt. Zonderling is het verder de indische mijnwet te moeten zoeken onder de agrarische verordeningen, een rubriek, waarin overigens bij de ordening der verordeningen geen systeem te ontdekken valt. De agrarische verordeningen vormen nu eenmaal een vaste categorie, die het mijnrecht niet omvat. Zij hebben enkel betrekking op rechten op den bovengrond.

Mag men het eenerzijds als een aanwinst rekenen verschillende nieuwe verordeningen in dit boek te vinden, anderzijds kan men een enkele regeling als te veel beschouwen. Zoo hadden m. i. de regelen betreffende de ontbinding van het hooggerechtshof van vijftien jaar geleden wel zonder bezwaar kunnen zijn weggelaten (blz. 1275 e.v.).

Naar aanleiding van enkele aantekeningen wil ik nog iets in het midden brengen. Bij art. 121 lid 2 Grondwet: „De wetten zijn onschendbaar” vind ik een noot geplaatst, dat volgens het als vervallen te beschouwen art. 1 der Alg. Bep. van Ned.-Indië de bepalingen door den Koning, of in zijnen naam door den Gouv.-Generaal vastgesteld, kracht van wet kregen door haar afkondiging in den vorm bepaald bij het reg. reglement op het beleid der regeering. Deze noot te dezer

plaatse aangebracht, is met het oog op de strekking van art. 121 lid 2 Grondwet geheel misleidend. Op blz. 1273 vraagt de bewerker naar aanleiding van het onderwijs aan de opleidingsschool voor inlandsche rechtskundigen in het „volksrecht, in het bijzonder het Inlandsch familie- en erfrecht, de Inlandsche rechten op den grond en de Inlandsche contracten”, of met die contracten bedoeld zijn „de verdragen bedoeld bij R. R. 44” d. z. de zoogenaamde politieke contracten. Een hierop passende wedervraag zoude zijn, of de schrijver hier een aardigheid ten beste wilde geven. Immers aan een ernstige opmerking kan moeilijk gedacht worden. Wanneer Dr. LION bij art. 2 ind. R. O. beweert, dat de woorden „De kennisneming en beslissing van alle geschillen over eigendom of daaruit voortspuitende regten, over schuldvorderingen of burgerlijke regten . . . zijn bij uitsluiting opgedragen aan de regterlijke magt” wegens art. 78 Rr. als vervallen te beschouwen zijn, dan meen ik, dat hij gelijk heeft, doch weet tevens, dat de jurisprudentie over het geheel het met hem oneens is, welke opvatting wel had mogen zijn vermeld.

Van de verschillende opmerkingen, die ik nog zoude kunnen maken, wil ik enkel deze vermelden, dat ik het doorgaans voorkomend gemis van een duidelijke aanwijzing van de soort van verordening een gebrek van deze verzameling acht. Vermelding van staatsbladnummer en jaaraanduiding zijn niet voldoende. In dit opzicht verschaft Mr. ENGELBRECHT's Verzameling wèl het noodige licht.

Daar het den gebruiker van LIONS rechtsboek niet om de voorrede, maar om den tekst zelven der verordeningen te doen is, kan ik den zonderlingen inhoud van het „woord vooraf” buiten beschouwing laten.

Gelijk in den aanhef medegedeeld, een nieuwe uitgaaf eener verordeningenverzameling, up to date bewerkt, is voor een land als Indië steeds een welkome verschijning. Moge de bewerker succes met zijn moeitevollen arbeid hebben!

*Groningen.**

PH. KLEINTJES.

Overheidszorg voor waterstaatswerken, door
Mr. F. G. SCHELTEMA.

„Zooals de dijk het water keert, het kanaal de scheepvaart mogelijk maakt, de watergang water geleidt, zoo draagt de weg het publiek verkeer”, zegt de heer SCHELTEMA in zijne inleiding. Duidelijk komt hier het verschil uit tusschen zaken, die het water en die het verkeer betreffen. De bevaarbare wateren vallen onder beide categorieën. Zijn wegen ook als waterstaatswerken te beschouwen? De schrijver beantwoordt de vraag bevestigend. Hij beroept zich daarbij enkel op eene nota, afkomstig van het departement van waterstaat. Hij had meer autoriteiten kunnen noemen. Volgens de commissie voor de waterstaatswetgeving zijn waterstaatswerken werken, die dienen tot instandhouding van den bodem, tot regeling van den stand en den loop van het water en de land- en waterwegen. Met instandhouding van den bodem is hier blijkbaar verdediging van den bodem tegen het water bedoeld, en met de vermelding der land- en waterwegen wordt dus een groote sprong in den gedachtengang gemaakt. In de verslagen der Tweede Kamer, welke aan de totstandkoming der wet, houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur, voorafgingen, werd niet betwijfeld, dat wegen waterstaatswerken zijn, maar herhaaldelijk aangedrongen op opneming van eene opsomming van waterstaatswerken in de wet. De Regeering gaf aan dien wensch geen gevolg, omdat eene volledige opsomming van die werken haars inziens niet mogelijk was. Zij verwees ook naar de bezwaren, waartoe de in een wetsontwerp van 1880 opgenomen opsomming aanleiding hadden gegeven. Volgens die opsomming zijn niet alleen de land- en waterwegen, maar ook de spoorwegen, de straten en pleinen, de stroomen en rivieren, de eilanden, de stranden der zee, de mijnwerken en steengroeven, de meeren, waterstaatswerken, welke omschrijving heel wat ruimer is dan die van de waterstaatscommissie, die zelfs de spoorwegen niet noemt. Niet ten onrechte werd in het onbeantwoord gebleven voorloopig verslag der Tweede Kamer opgemerkt, dat hier werken genoemd worden wat in het geheel geene werken zijn, zooals bijvoorbeeld de stranden der zee en de eilanden, en dat het niet duidelijk was, welke rechtsgevolgen deze opsomming zou hebben. De Grondwet van 1815 sprak van „waterstaats-

werken, de wegen en bruggen daaronder begrepen". Hieruit kan men afleiden, dat destijds de wegen als waterstaatswerken beschouwd werden, maar men kan ook tot het tegenovergestelde concludeeren, op grond dat, indien wegen waterstaatswerken waren, het niet noodig ware die daaronder te brengen. In een in overeenstemming met het advies der afdeeling van den Raad van State voor de geschillen van bestuur genomen Koninklijk besluit van 15 Maart 1868 (BOOGAARD, 5e vervolg, blz. 35) vindt men eene bestrijding van de meening, dat de macht der polderbesturen om keuren te maken zich beperkt tot de eigenlijke waterschapspolitie, dat is tot hetgeen rechtstreeks betreft verdediging tegen het water en de zorg voor de behoorlijke afvloeiing van het water. Overwogen wordt, dat van oudsher hier te lande de waterschapsbesturen de bevoegdheid hebben gehad en hebben uitgeoefend om keuren te maken over alle zoodanige onderwerpen die samenhangende met het doel der waterschappen, tot bereiking daarvan onmisbaar waren; dat daaronder geacht werden niet enkel te behooren de dijken of waterkeeringen en de waterleidingen, maar ook de wegen van den polder; dat die wegen worden aangelegd in het algemeen belang van den polder en voor het gebruik van de ingedijkte landerijen onmisbaar zijn; dat hetgeen noodig is tot het in stand houden en de bruikbaarheid dier wegen een onderwerp uitmaakt van de zorg van het polderbestuur. In dit betoog komt het onderscheid tusschen waterstaatswerken en wegen duidelijk uit, al brengt het de wegen *van den polder* tot de zorg van het waterschap. Ik voor mij meen, dat men der taal geweld aandoet, indien men, zonder uitdrukkelijke wetsduiding, de wegen als waterstaatswerken beschouwt. De zaak is voor de uitlegging van het negende hoofdstuk der tegenwoordige Grondwet niet zonder belang.

In overeenstemming met de opvatting des schrijvers is een groot deel van dit geschrift gewijd aan de wegen en over die beschouwingen wensch ik enkele opmerkingen te maken. In de eerste plaats moge iets gezegd worden aangaande de meeningen des schrijvers omtrent de verordeningsbevoegdheid van de provincie en de gemeente. De Grondwet bepaalt, dat aan de Staten en den gemeenteraad de regeling en het bestuur van de huishouding der provincie en der gemeente wordt overgelaten. Dezen lichamen komt dus een eigen terrein toe. Nu is het waar, dat, aangezien de Grondwet niet uitmaakt, wat tot de huishouding van provincie of gemeente behoort, het Rijk en de provincie onderwerpen tot hare huishouding kan brengen en de lagere macht daarin zal hebben te berusten. Dit geeft echter geen recht om de autonomie der provincie en gemeente als niet bestaande te beschouwen. Het is m. i. eene fout, die ten aanzien van

algemeene stellingen — zooals de tegenstelling tusschen publiek en privaat recht, wetgevende en uitvoerende macht, algemeene en bijzondere maatregelen van bestuur — wel eens begaan wordt. eene onderscheiding weg te redeneeren op grond van het feit, dat de grenzen der te scheiden gebieden onzeker zijn, en aan die fout maakt zich, naar ik meen, de schrijver hier schuldig. Hij gaat daarbij op radicale wijze te werk. Aangezien een publiek lichaam hare belangen heeft te behartigen, is volgens hem in beginsel, afgezien van de billijkheid, de grens van haar belang de grens van haar recht en autonomie noemt hij op blz. 61 verzorging van belangen. Dit laatste is, dunkt mij, zeker niet vol te houden. Autonomie is zelfregeering en de bedoeling der Grondwet is uit te drukken, dat de provincie en de gemeente rechten hebben, welke ook het hooger bestuur behoort te eerbiedigen. Indien de staten eener provincie het in het provinciaal belang achten, dat er een weg worde aangelegd, die twee gehuchten eener gemeente verbindt, zijn zij, indien ik den schrijver goed begrijp, volgens hem bevoegd te verordenen, dat de gemeente zoodanigen weg op hare kosten zal aanleggen, beheeren en onderhouden. Moet men nu aannemen, dat dit geoorloofd is, omdat de provinciale wet niet verbiedt op deze wijze het provinciaal belang te behartigen? Neen, mijns inziens ware het met de Grondwet in strijd door zulk eene verordening eene gemeente tot het aanleggen en onderhouden van een gemeenteweg te dwingen.

Naar de stellingen van den schrijver zijn ook de belangen van de burgers zeer slecht gewaarborgd tegen verregaand ingrijpen van de overheid. Indien eene gemeenteverordening bepaalde, dat zekere, met hekken afgesloten en van een bordje, verwijzende naar art. 461 Strw., voorziene weg over een buiten, voortaan niet meer zal mogen worden afgesloten en een openbare weg zal zijn, door den eigenaar ten gemeenen bate te onderhouden, dan zou de gemeente, naar ik meen, naar schrijvers oordeel hare bevoegdheid niet overschrijden, mits de verordening in haar belang is. Is er een wetsartikel, waarmede zulk eene verordening in strijd ware? De Hooge Raad beroept zich op art. 625 B. W. Dit beroep wordt door Mr. SCHELTEMA in aansluiting aan het gevoelen van vele andere schrijvers bestreden. Ook mijns inziens gaat het kwalijk aan dit artikel als eene regeling en beperking van de bevoegdheid van het publiek gezag te beschouwen. Maar met het in de wetgeving belichaamd begrip van eigendomsrecht is het mijns inziens niet overeen te brengen bij verordening privaat domein tot openbaar domein — een begrip, in art. 676 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk erkend — te maken. De Onteigeningswet wijst hier den weg. Wil eene gemeente een openbaren weg maken, die in het

publiek belang noodig is, dan geeft die wet haar het recht onteigening van den grond te vragen. Zonder onteigening een privaten weg tot openbaren te maken, ware met het aan de Onteigeningswet ten grondslag liggend beginsel niet te vereenigen. Al is de macht der gemeenteraden onbepaald, ook hier zijn er in sommige gevallen m. i. wel grenzen aan te wijzen.

Dit brengt mij vanzelf tot de vraag, welke het rechtskarakter van den openbaren weg is. Op blz. 101 zegt Mr. SCHELTEMA: „Eerst doordien bij reglement die afsluiting (dat is de afsluiting van een ten dienste van het algemeen liggenden weg) wordt verboden, wordt de weg *rechten* openbaar. In juridieken zin scheppen dus de reglementen openbare objecten. Ze kunnen het zelfs in feitelijken zin doen. De corporatie kan — wij stellen nu maar een voorbeeld — bepalen, dat de eigenaars van aan eenen dijk grenzende landerijen verplicht zijn een strook gronds ter aangegeven breedte naast den dijk voor het publiek verkeer open te houden”. Hier leert dus de heer SCHELTEMA, dat er geen publiek domein is, dan voorzoover eene bepaling is, waaruit dit ten aanzien van elk bepaald object uitdrukkelijk blijkt en dat men bij reglement gronden, als men dit in het belang der corporatie wenscht tot publiek domein kan maken.

Geheel anders is het standpunt, ten aanzien van de wegen ingenomen in het artikel van Prof. SUYLING, opgenomen in den vorigen jaargang van dit tijdschrift onder den titel „De openbare weg in publiek- en privaatrecht”. Deze schrijver meent, dat de juridieke openbaarheid een product van den wil des wetgevers is. Van die meening is zijns inziens ook de Hoge Raad, al moge hij nog zoo beslist het „onus publicum” uit de bestemmingshandeling van den eigenaar geboren verklaren. Zijns inziens achtte ons hoogste rechtscollege het terecht volkomen overbodig te herinneren, dat de wilsverklaring van den eigenaar de openbaarheid alleen uit kracht der wet scheidt. De wet nu erkent het bestaan van openbare wegen, waarmede zij niet anders bedoeld kan hebben dan wegen, die blijvend en niet bij wijze van gedoogen tot den dienst van het algemeen bestemd zijn. Waar de wet echter niet uitdrukkelijk zegt, hoe de openbaarheid in het leven treedt, heeft de rechter dit wel moeten uitmaken en terecht heeft de Hoge Raad beslist, dat de bestemmingsverklaring van den eigenaar voorwaarde voor het ontstaan van openbaarheid is. Deze scherpzinnige constructie verdient m. i. alle aandacht. Dat zij de meening van den Hoogen Raad wedergeeft, zou ik niet durven beamen. Dat college heeft gewerkt met de eenigszins zonderlinge uitdrukking „onus publicum” en die uitdrukking heeft wel eenigszins den schijn het product te zijn van verlegenheid en van het hoog te waardeeren,

maar niet alles rechtvaardigend streven om de rechtspraak met de billijkheid en het algemeen belang in overeenstemming te houden. Met Prof. SUYLING meen ik, dat de wet, van openbare wegen gewagende, daarmede niet anders kan bedoeld hebben, dan wegen, die het rechtskarakter van openbaarheid hebben, en het was tegenover de zuiver privaatrechtelijke beschouwingen, welke door sommige schrijvers zijn geuit, goed dit in het licht te stellen, maar of het aangaat als door den wetgever gewild te stellen, dat de bestemmingsverklaring van den eigenaar voor de openbaarheid beslissend is, lijkt mij twijfelachtig en hierin vindt ook Mr. SCHELTEMA het zwakke punt der door Prof. SUYLING gegeven uitlegging van de jurisprudentie des Hoogen Raads. In menig geval zal het bewijs van eene bestemmingsverklaring niet zijn te leveren en alleen vaststaan, dat de weg sedert menschenheugenis voor het openbaar gebruik bestemd is. Naar de meening van Prof. SUYLING zal geen rechter intusschen aarzelen uit zoodanig langdurig gebruik de bestemming door den eigenaar af te leiden. Is dit inderdaad zoo, dan loopt zijne redeneering goed rond, want andere wijzen, waarop een openbare weg rechtens kan ontstaan, zijn, tenzij via het verkrijgen van den eigendom van den grond door het publiek gezag, mijns inziens niet te vinden. Ik voeg er intusschen bij, dat daarvoor naar mijne meening ook noodig is, dat de overheid, voorzoover zij niet zelve eigenares is, zich den weg aantrekke op eene wijze, waaruit de aanneming der verklaring of de erkenning der openbaarheid blijkt.

Gelijk Prof. SUYLING en, meer uitvoerig, ook Mr. SCHELTEMA vermeldt, hebben de Staten van Groningen eene interessante poging gedaan om in eene verordening voorwaarden van openbaarheid, namelijk: bestemmingsverklaring van den recht-hebbende of openbaar gebruik sedert menschenheugenis, vast te leggen. Hoe de Hooge Raad over de wettigheid dezer verordening denkt, moet nog blijken. Veiliger ware het, indien eene wet op de wegen, die in voorbereiding is bij de commissie voor de waterstaatswetgeving, (1) tot stand kwame. Dat Mr. SCHELTEMA zoodanige wet niet strikt noodig acht, is van zijn standpunt consequent. Zijns inziens zijn, gelijk hij zegt op blz 162, „de autonome bevoegdheden der corporatiën voldoende om de belangen dier corporatiën, ook waar het geldt particuliere wegen, te behartigen”, maar hij acht het toch niet ongewenscht den publiekrechtelijken corporatiën

(1) Nadat dit geschreven was, heeft de commissie een ontwerp-Wegenwet aan de Regeering aangeboden, een voortreffelijk stuk werk, op bijzonder heldere wijze toegelicht.

in hunne bevoegdheid tot het aantasten van particuliere belangen zekere grenzen te stellen.

Ziehier enkele opmerkingen over dit voortreffelijke werk, een in den handel gebracht proefschrift, dat van de grondige en veelomvattende studie en van het denkvermogen van Mr. SCHELTEMA zeer gunstig blijken geeft. Mijne opmerkingen betreffen slechts een gering deel van den rijken inhoud en aangezien eene aankondiging spoedig uit zou zijn, indien alleen beaamd werd, betreffen zij beweringen, die m. i. betwistbaar zijn. Wie licht zoekt over quaesties van waterstaats- en wegenrecht zal het boek met vrucht raadplegen.

A. R. ARNTZENIUS.

Gerechtelijke Veeartsenijkunde door J. WESTER,
leeraar voor inwendige ziekten en gerechtelijke
veeartsenijkunde aan 's Rijks Veeartsenijschool
te Utrecht. — Utrecht, J. L. BEYERS, 1917.

Het is niet zoo lang geleden, dat ik het voorrecht had een voordracht over een onderwerp op het gebied der waterbouwkunde te hooren. Wat de spreker mededeelde was interessant en zijne conclusie scheen zoo juist, dat men geneigd zou zijn die ook voor waar aan te nemen, wanneer niet het gevoel leek te zijn er toe voerde om maar liever geen partij te kiezen. Te meer bestond daartoe aanleiding omdat de spreker van tijd tot tijd zich begaf op het terrein der historie, waar contrôle wél mogelijk was en al spoedig bleek, dat hetgeen hij hier mededeelde nu wel niet bepaald onjuist was, maar toch zoo, dat de van het gebeurde gegeven voorstelling sterk overdreven was. Zulk een ontdekking strekt nu juist niet om het vertrouwen te vergrooten.

Iets soortgelijks ondervond ik toen ik het bovenvermeld 235 bladzijden tellende werk had gelezen. In het tweede „specieel” — waarom dit afschuwelijke woord? — gedoopte gedeelte behandelt de auteur de verschillende verborgen gebreken bij paarden en koeien — merkwaardigerwijze wordt onvruchtbaarheid bij stieren en bokken onder de gebreken bij koeien gebracht — en is veel wat den lezer interessant voorkomt. De schrijver is hier op het terrein zijner technische wetenschap. En toch, niet aangenaam stemt de slordige stijl en de groote beslistheid waarmede de schrijver zich uitlaat. Zou alles wat ons hier wordt verzekerd wel zoo vast staan, zoo vraagt men zich af. En men zou die vraag niet gedaan hebben, wanneer het eerste 91 bladzijden groot zijnde „algemeen gedeelte”, waar men als jurist niet op geheel vreemd gebied verkeert, in den schrijver groot vertrouwen had gewekt. Dit was echter niet het geval en de niet zeer gunstige herinnering, die ik van het eerste gedeelte had, was hinderlijk bij de kennismeming van het tweede.

Nu maakt een ieder fouten en wie zou den heer WESTER geen fout op het terrein der wetsuitlegging of rechtsgeschiedenis vergeven? Maar wanneer men als schrijver zelf op den voorgrond stelt, dat hetgeen men schrijft van beteekenis is, dan verandert de zaak.

En dit is hier het geval. In zijn „voorwoord” zegt de schrijver: „Ik vrees, dat het historisch overzicht — het is in zijn geheel 24 bladzijden groot — door menigeen te lang „zal worden bevonden. Ik heb echter gemeend, dat het „nuttig kon zijn, b v. voor hen, die eventueel geroepen zullen „worden wetswijziging mede voor te bereiden, wanneer hier „vrij wel alles werd gememoreerd wat in den loop der tijden „in die richting werd overwogen en voorgeslagen”.

Dit is waarlijk niet weinig en hoe kwijt de schrijver zich nu van deze taak?

Na een zeer onvolledig overzicht van het Romeinsche recht — hoe kan het anders in 16 regels? — waarin wel de actio redhibitoria en quanti minoris worden genoemd, maar niet wordt medegedeeld binnen welken tijd zij moesten worden ingesteld, gaat de schrijver over tot het Germaansche recht. Hier zou oorspronkelijk slechts voor enkele bepaalde „Hauptmängel” binnen een bepaalden termijn een plicht tot vrijwaring hebben bestaan, al kreeg later het Romeinsche recht invloed en al kwamen er streken voor, waar uitdrukkelijk moest gevrijwaard worden voor alle verborgen gebreken, welke de waarde verminderden of te niet deden.

Als type van het Germaansche stelsel worden dan aangenomen te Hildesheim in de XVIIIde eeuw geldende voorschriften.

Hierop vervolgt dan de schrijver — ik citeer woordelijk met de drukfouten — met weglating om ruimte te besparen van enkele zinnen, die gemist kunnen worden:

Iedere staat of stad had zoo zijn eigen voorschriften hieromtrent, zoodat de rechtsonzekerheid en de verwarring in Duitschland al heel groot waren.

Zoo was het daar tot in NAPOLEON's tijd, en zoo was het ook in Frankrijk Aan dien chaos heeft NAPOLEON een eind willen maken door het Germaansche recht voor het Romeinsch te ruilen.

In 1804 werd in de onder zijn bestuur staande landen de Code Civil (Code NAPOLEON) afgekondigd.

Dit wetboek trad in ons land in werking in 1809 en 1811 en was hier van kracht tot 1829. De Fransche wetgeving bleef nog vigeeren tot 1838, toen het Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd.

De ons hier interesseerde artikelen van het B. W. zijn woordelijke vertalingen uit de code civil Dus geen bepaalde gebreken meer en dieren en zaken onder één rubriek Dus geen vaste waarborgtijden meer, maar waarborgtijden varierende naar den aard van het gebrek en naar de plaatselijke gebruiken.

Men bereikte echter hiermee volstrekt niet wat men bedoelde, n.l. minder verwarring en meer uniformiteit Dat hinkeu op twee gedachten komt ook duidelijk uit in het volgende:

Art. 7 van de wet van 30 Ventose an XII «sur la réunion «des lois civiles en un seul corps sous le titre de code civil» luidde: «A compter du jour où les lois sont exécutoires les lois

romaines, les ordonnances, *les coutumes générales ou locales*, «les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale «ou particulière» dans les matières qui sont l'objet des dites «lois comparant le present code.

Dus de plaatselijke gebruiken werden opgeruimd. Maar de tribuun FAURE, die de code civil verdedigde in de volksvergadering, zeide: «la loi préposée veut que l'action soit intentée «dans le plus bref delai — elle ne pouvait établir à cet égard «un délai commun, l'usage des lieux et la prudence des juges «y suppléeront».

Nadat dan wordt betoogd, dat dit systeem in Frankrijk en België niet beviel — merkwaardigerwijze en ik zoude zeggen in den tijd waarin wij leven onbehoorlijk, wordt de bekende ook door prof. FOCKEMA ANDREÆ, Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II Deel blz. 41 aangehaalde plaats uit het Recueil 1665 XXXIX 6 der Maastrichtsche coutume vermeld, alsof men met Belgisch recht te doen had — wordt dan de vraag gesteld, waarom hier te lande de wet minder tegenstand ondervond dan in Frankrijk.

Nu maakt de schrijver een uitstapje op het gebied van het oud-vaderlandsch recht. Hij vermeldt dan, dat wij in de „Hedendaegse Rechtsgeleerdheyt soo elders, als in Friesland gebruikelijk van ULRIK HUBER, Oudt Raedt 's Hofs „van Friesland anno 1726" lezen,

dat hier te lande een oud landrecht is geweest van KAREL DEN GROOTE en PAUS LEO, hetwelk door de binnenlandsche twisten in het vergeetboek was geraakt. In de zestiende eeuw werd daarom door KAREL V en FILIPS II het Romeinsche recht ingevoerd waarnevens, plakaten en ordonnantiën werden gegeven, die echter weinig van het Roomsche recht verschilden.

Of hetgeen HUBER hier ten beste geeft juist is, vermeldt de schrijver niet, hij citeert een plaats van dezen auteur en vervolgt:

Uit het bovenstaande blijkt dus, dat tweehonderd jaren geleden het ongeschreven recht blijkbaar in Friesland nog op de Germaansche rechtsprincipes berustte, wat ook wel niet anders te verwachten was, maar dat het eigenlijke officieele («Keyserlijke») recht al sedert 1500 de Romeinsche rechtsprincipes had omhelsd.

waarop dan volgt, dat de hooftdoorzaak dat de Code Civil hier te lande geen grooten tegenstand ondervond, gelegen is in het feit, dat wij meer dan de Fransche wetgever in de historische lijn bleven.

Een, naar ik geloof, niet onjuiste conclusie, edoch welk een historisch overzicht!! Is dit rechtsgeschiedenis?

Ik zal, want men zou bitter worden, zwijgen en vermelden,

dat het „algemeen gedeelte” nog twee andere rubrieken behelst. In het eerste wordt een kort overzicht van ons civiel procesrecht gegeven, en zijn opgenomen overdrukken van wets-artikelen, van attesten, van een dagvaarding, die al bijzonder ongelukkig is geformuleerd — schrijver spreekt, wanneer hij de dagvaarding bedoelt, meestal van „het deurwaardersexploit” — en van een interlocutoir vonnis der Amsterdamsche recht-bank, dat voor model ook niet juist geschikt lijkt.

Voor schrijver's leerlingen, studenten aan de veeartsenij-school, is een en ander echter wel intèressant, maar waar de auteur hier blijkbaar voor studenten schreef, zou men gaarne eene duidelijke uiteenzetting van de taak van een deskundige hebben zien opgenomen. Dat deze is de adviseur van den rechter en nimmer iets als vaststaande mag aannemen dan wanneer hij het òf zelf heeft waargenomen òf het de conclusie is, gegrond op de waardeering van door hem zelf waargeno-men of vaststaande feiten, althans van feiten waarvan wordt vermeldt, waarom hij die als vaststaande aanneemt, wordt niet gezegd.

Edoch, van dezen auteur, die in zijn op blz. 7 opgenomen model-attest ettelijke feiten als vaststaande aanneemt, ofschoon men blijkbaar bloot te doen heeft met door den cliënt ver-strekte mededeelingen, kan men kwalijk vorderen, dat hij hierop zou hebben gewezen. Wij mogen al verheugd zijn dat hij er op aandringt dat de om advies gevraagde veearts strikt onpartijdig zal zijn en niet de advocaat van den cliënt alleen; „want hieruit komen de meeste processen voort, welke, op „dien grondslag gebouwd, steeds de reputatie van de vee-„artsenijkunde en der veeartsenijkundigen schaden”.

Volkomen waar, al had men het advies gaarne anders, minder materialistisch, zien gemotiveerd.

Het belangrijkste deel van het „algemeen gedeelte” is de kritiek op de artt. 1540—1547 B. W. Zij is onbarmhartig, maar is ze ook goed gemotiveerd?

Reeds het begin, waarin ons procesrecht wordt veroordeeld, onder meer wegens „de mogelijkheid van excepties waaruit „onbevoegdheid en niet-ontvankelijkheid voortvloeit”, stemt tot voorzichtigheid. En wanneer men dan leest: „In theorie „is onze vrijwaring voor bijna alle verborgen gebreken „(art. 1540) en zijn onze waarborgtijden naar den aard van „de gebreken (art. 1547) volkomen goed, maar door de „vaagheid en de losheid der begrippen krijgt men zoo ver-„schillende definities en zoo verschillende opvattingen, dat „er juist hierdoor van rechtszekerheid niet veel terecht komt. „De weldenkende menschen zijn dan ook zoo diep doordrongen „van de vrees voor processen hierover, dat het bedrog hoogtij „viert”, gaat men twifelen.

Sinds eeuwen is het publiek wantrouwend, waar het geldt de betrouwbaarheid van veekoopers en paardenhandelaren. Gelukkig, dat thans de oorzaak is ondekt. Ons Burgerlijk Wetboek! Want aan de hand der jurisprudentie zal schrijver het bestaan dier rechtsonzekerheid aantonen.

Men zou nu verwachten zoo niet een systematisch dan toch een chronologisch overzicht der jurisprudentie, waarin werd nagegaan of zich daarin ook een zekere richting openbaart. Niets van dit alles (1). Enkele uitspraken worden gememoreerd en wanneer dan is geconstateerd, dat twee rechters verschillend oordeelden, is de conclusie klaar: „Rechtsonzekerheid ook in dit opzicht”.

Als type van schrijver's methode van wetsuitlegging wijs ik op de behandeling der vraag van wanneer de in art. 1547 B. W. bedoelde termijn waarbinnen de rechtsvordering, voortspuitende uit gebreken, die de vernietiging van den koop tengevolge hebben, moet worden ingesteld, begint te loopen.

Men weet, de wet zegt, dat de rechtsvordering moet aangelegd worden binnen een korten tijd overeenkomstig den aard der gebreken en met inachtneming der gebruiken van de plaats, waar de koop gesloten is.

Nu vraagt de heer WESTER:

Is dit van af het oogenblik van den *koop*, of na de *levering* of na de *ontdekking*? De wet zwijgt er over en de opvatting is dan ook verschillend, waarvan de rechtszoekende de dupe kan worden. Naar mijne meening dient wettelijk dien (?) tijd te worden gerekend van af den koop, immers, art. 1496 B. W. zegt: «Indien de verkochte zaak in een bepaald voorwerp bestaat, als dezelve van het oogenblik van den koop af voor rekening van den koper, hoewel de levering nog niet hebbe plaats gehad.» Vóór den koop slechts was het dier voor rekening van den koper (?); dus de vrijwaring begint ook met dit tijdstip. Het meest voor de hand liggend is echter, dat die termijn moet beginnen bij de levering, omdat eerst dan de koper in staat is het dier behoorlijk te observeeren, resp. te gebruiken. Dit is dan ook de meening van het publiek, dus het plaatselijk gebruik In de meeste processen van ouderen datum is dan ook het tijdstip na (?) de levering aangenomen als het begin van den termijn. DIEPHUIS en OPZOOMER — de eenige auteurs die naast twee dissertaties schrijver zegt te hebben gebruikt — stelden echter het tijdstip op het oogenblik van de ontdekking van het gebrek, «immers de koper kan toch

(1) Twijfel mag m. i. worden geopperd of de auteur de door hem vermelde vonnissen wel heeft gelezen. Nooit toch vermeldt hij waar de rechtspraak is te vinden. Behalve eens, waar het geldt een vonnis der rechtbank te Amersfoort van 12 Juni 1861 — en wel op deze wijze: «De rechtbank in Amersfoort 1861 W. blz. 2286.» blz.! Zou deze druktout onopgemerkt zijn gebleven bij iemand, die het Weekblad van het Recht meermalen had geraadpleegd?

«niet eerder klagen voor hij het weet, en voor den verkooper «zou het tijdstip van ondergeschikt belang zijn, omdat het bewijs «toch moet worden geleverd dat het gebrek vóór den verkoop «bestond» (1) De Hooge Raad besliste in 1913, «dat deze termijn aanvangt niet van de ontdekking van het gebrek, maar van af het tijdstip dat de koper in de gelegenheid is het gekochte te onderzoeken» (2).

Schrijver acht in het algemeen den tijd der levering het praktisch beste beginpunt van den termijn, bedoeld in art. 1547 B. W., maar in geval van onvruchtbaarheid en drachtigheid of niet drachtig zijn, zal men den termijn van het oogenblik der ontdekking moeten nemen.

Ik respecteer natuurlijk die meening, maar vraag toch: Is het systeem, liggende in den gedachtengang van het arrest van den H. R. van 16 Mei 1913, om den termijn te doen beginnen op het oogenblik, dat de koper bij behoorlijk toezicht het gebrek kon ontdekken, niet billijker?

Ik stel die vraag, omdat, waar de heer WESTER op de blzz. 90 en vlgg. eenige wenschen uit voor de toekomstige wetgeving van Nederland, hetgeen hij hier betoogde, blijkbaar weder is vergeten.

Hij wil, ofschoon landbouwcorporaties hebben aangedrongen op de invoering van het Germaansche recht (lijst van gebreken), liever het Romeinsche grondbeginsel (vrijwaring voor alle (?) verborgen gebreken). Aan het Zwitsersche recht wil hij evenwel de mogelijkheid ontleenen, dat zoo spoedig mogelijk, immers liefst binnen 9 dagen *na den koop*, deskundigen (veeartsen) worden benoemd — door welke autoriteit wordt niet gezegd — aan wie onder meer de vraag zou moeten worden voorgelegd: „Is het gebrek, hetwelk in de dagvaarding wordt genoemd, aanwezig?”

Hoe gaat het nu bij drachtigheid of gebreken die niet zoo spoedig ontdekt worden? Hoe is het, wanneer koop en levering niet samenvallen? Men kan toch kwalijk van den koper vergen, dat hij de benoeming van een commissie van deskundigen uitlokt — en dit moet hij doen binnen 9 dagen na den koop — om na te gaan of er een verborgen gebrek is waarvan hij, koper, het bestaan niet alleen niet vermoedt, maar ook niet vermoeden kan. De schrijver zal zeggen: in

(1) Van welken auteur de geciteerde woorden zijn, heb ik niet kunnen ontdekken. Noch DIEPHUIS XI, blz. 326, noch OPZOOMER VIII, blz. 145/146 bezigt die.

(2) Vermoedelijk is bedoeld het arrest van 16 Mei 1913, W. 9512. De onder dit arrest geplaatste noot van J. W. M., die een kort historisch overzicht geeft van een geheel ander kaliber dan dat van den auteur, schijnt aan diens aandacht te zijn ontgaan.

dit geval wil ik natuurlijk eene andere regeling. Het is mogelijk, doch dan had hij het moeten zeggen.

Wat de heer W. voorstelt is zeker niet verwerpelijk, doch hij heeft verzuimd zijn denkbeeld aan zelf-kritiek te onderwerpen. Immers het is duidelijk dat *dit* bezwaar wel is te ondervangen. Thans maakt zijn voorstel eenigszins den indruk van een gebrekkig geredigeerd wetsontwerp waarvan verwacht wordt, dat in het Voorloopig Verslag der IIde Kamer wel de eventueel aanwezige gebreken zullen worden te berde gebracht.

Deze wijze van arbeiden nu is een der hoofdgrieven die ik tegen het eerste gedeelte van schrijver's werk heb. De scherpe critiek, de schampere toon waarover van het „hooggeroemd” Romeinsch recht wordt gesproken, terwijl men mag twifelen of de auteur dit recht werkelijk, zij het dan ook bloot op dit punt, heeft bestudeerd doen onaangenaam aan.

In een wetenschappelijken arbeid althans is iets dergelijks niet op zijn plaats. Dat de schrijver geen jurist is, kan hem niet tot veron schuldiging strekken, want dan had hij zich niet op dit terrein moeten begeven.

Als er verzachtende omstandigheden mogen worden aangevoerd, dan liggen deze veeleer in de spreuk: *La critique est aisée, l'art est difficile.*

THEMIS

LXXVIIIste deel — DERDE STUK

(Het overnemen van den inhoud van dit nummer of van een afzonderlijk opstel daaruit is verboden. — Auteurswet 1912, art. 15.)

La constitution de l'homme est l'ouvrage de la nature; celle de l'Etat est l'ouvrage de l'art. Il ne dépend pas des hommes de prolonger leur vie, il dépend d'eux de prolonger celle de l'Etat aussi loin qu'il est possible, en lui donnant la meilleure constitution qu'il puisse avoir.

J. J. ROUSSEAU.

De Nederlandsche Staatsbouw.

Dat er onder onze juristen meeningsverschil bestaat aangaande de vraag, hoe naar geldend recht het Nederlandsche staatswezen in elkaar zit, zal op het eerste gezicht verwondering wekken. Immers: zij is van elementaire natuur en plaatst zich aan den ingang van elke systematische beoefening van ons staatsrecht. Bovendien is er geen twijfel mogelijk nopens haar gewicht: wil een systeem werkelijk een overzicht verschaffen van de geheele staatsrechtelijke stof, dan dient met enkele scherpe lijnen het kader te worden getrokken, dat haar omgeeft en is er geen ontkomen aan den eisch, dat in het positieve recht gezocht worde naar de bouwstoffen, waaruit het Staatsgebouw is opgetrokken. Geen Staat kan leven zonder juridische grondpijlers, zonder constructie, die hecht in het stellige recht is gefundeerd. Men mocht verwachten, dat de wet, en met name de Grondwet, op de vraag een klaar, een ondubbelzinnig antwoord gaf. Dit nu is niet

het geval en vandaar de verdeeldheid, die in dezen aan den dag treedt. De oorzaak is, meen ik, te vinden in de historische wording van alle staatsrecht, ook van het onze. Er knopen zich aan de verschillende herzieningen onzer hoogste wet nu eenmaal onvermijdelijk staatkundige leuzen vast, die aan logica en consequentie de eerste plaats telkens weer onthouden: „Ging men de Grondwet overnieuw opstellen” (1) . . . ja, dan zou veel sluitend kunnen worden gemaakt en menige commentaar, na het begraven van kwesties, gesproken uit slordigheid of vaagheid van redactie, belangrijk kunnen worden uitgedund. Er valt echter in zake de Grondwet geen *tabula rasa* te maken en vele harer bepalingen, die zijwaarts van de politieke belangstelling plegen te staan, zullen als krakende wagens haar bestaan vrijwel eindeloos rekken. Wie aan de Grondwet een rationeelen, juridischen toets aanlegt, komt al gauw tot de verzuchting: wat een blok aan het been!

Het merkwaardige nu van onze vraag is, dat tot voor korten tijd niemand zich ernstig met haar heeft bezig gehouden. Wanneer Buys (2) bij art. 1 der Grondwet den rechtstoestand der koloniën bespreekt, hopen wij een oogenblik, dat hij den bouw van onzen Staat, waarvan die rechtstoestand een deel is, mede zal behandelen: hij beperkt zich echter tot een nadruk-leggen op het territoriaal karakter van genoemd artikel en op de ongelukkige woorden „koloniën en bezittingen van het Rijk in andere werelddeelen” in de Grondwet ten betooge, dat deze „wijst . . . op een toestand van ondergeschiktheid aan den

(1) Prof. Mr. C. van Vollenhoven, «Nota over de vraag, welke grondwetswijzigingen gewenscht schijnen in het belang der Nederlandsche koloniën», uitgaaf van «Moederland en Koloniën», 1906, heruitgaaf blz. 10, § 6.

(2) Grondwet I, blz. 3—7.

Nederlandschen Staat waarin deze landstreken verkeerem". Dat „de praktijk onzer Grondwet" van Mr. J. HEEMSKERK Az. te „praktisch" was om zich met de onderhavige kwestie bezig te houden, behoeft minder te verwonderen. Het is Mr. C. TH. VAN DEVENTER (1) evenmin in zijn academisch proefschrift te doen om een beeld te geven van den bouw van den Nederlandschen Staat. Hij wil in onze koloniën „deelen des Rijks" zien, doch bespreekt daarbij voornamelijk de verhouding, waarin de koloniën zijn gebracht ten opzichte van de werking van Grondwet en wet *ook voor haar*. De artikelen 1 en 118 der Grondwet in haar lezing van 1848 vormen het stramien, waarop door hem is geborduurd.

Bekend is, van de schrijvers vóór 1887, de uitspraak van THORBECKE (2): „Of zijn welligt de koloniale inkomsten geen inkomsten van het Rijk? Welk eene vraag? Inkomsten van *bezittingen van het Rijk*, en zoo worden de koloniën in de Grondwet genoemd, zullen toch wel inkomsten van het Rijk wezen. Dus zal denkelijk ieder antwoorden, hoewel men voor de ontwikkeling der natuurlijke gevolgen van het antwoord terug deinst." Op een andere plaats der Aanteekening (3) heet het: „... *de begrooting van de uitgaven van het Rijk*: dat is, van alle uitgaven. Hierop is eene uitzondering gemaakt bij de tweede alinea van art. 59. Waarom werken de Staten-Generaal tot de begrooting mede? Zijn de redenen niet dezelfde ten aanzien van de overzeesche uitgaven, als van die aan deze zijde?" En met hetzelfde radicalisme in zijn Bijdrage (4): „De koloniale uitgaven en inkomsten

(1) „Zijn naar de Grondwet onze koloniën deelen des Rijks?" Leiden 1879.

(2) Aanteekening op de Grondwet, 2e uitgave, I, blz. 140.

(3) T. a. p. blz. 325.

(4) Bijdrage tot de herziening der Grondwet, blz. 40, 41.

zijn Staatsuitgaven en Staatsinkomsten, die eenheid van regeling en contrôle volstrekt vorderen. Eene begrooting, welke niet alle uitgaven en alle inkomsten omvat, mist haar doel. Volledigheid is haar eerste vereischte". Een bladzijde verder spreekt THORBECKE van de „onaantastbaarheid" van deze stellingen. Nochtans heb ik het gewaagd deze, voor zoover de „eenheid der financiën" van Rijk en koloniën aangaat, tegen te spreken (1) ook voor het recht ten tijde dat THORBECKE schreef. Men kan echter uit de aangehaalde passages opmaken, hoe de groote man zich de structuur van den Nederlandschen Staat dacht naar stellig recht: een moederland of „Rijk" heerschende over koloniën, die in haar hoedanigheid van *bezittingen* slechts *objecten* waren van rijksgezag, zonder eigen vermogen of eigen inkomsten en uitgaven.

Eerst de Grondwetsherziening van 1887 bracht, althans op één punt, meerdere klaarheid. Het viel toch, bij eenig nadenken, moeilijk te loochenen, dat de rechtsgemeenschap, namens welke de buitenlandsche betrekkingen werden onderhouden, tractaten werden gesloten en oorlog kon worden verklaard, geenszins samenviel met het staatswezen tusschen Dollart en Schelde, het „Rijk in Europa". Tal van belangen, onverschillig of de Grondwet er zich mede inliet of niet, strekten verder dan het Rijk (in engen zin) alléén en kwamen ook niet in het ware licht te staan door in de koloniën te zien *bezittingen* in den zin van THORBECKE. Er moest sinds lang een drager

(1) Rechtspersoonlijkheid der Nederlandsche koloniën, blz. 112—114, 192 v. — Op 20 Juli 1844, dus tusschen Aanteekening en Bijdrage in, sprak THORBECKE in de Tweede Kamer zich, niet consequent, uit ten gunste van een verschil tusschen Rijksschuld en Indische schuld, Parl. Redevoeringen I, blz. 27, 28.

zijn van die belangen, onderscheiden van het eigenlijk gezegde „Nederland”. *Sinds lang*, dat is sinds de teruggaaf van onze koloniën door Engeland. Immers van dat tijdstip dateert het bestaan van belangen, die niet meer specifiek „nederlandsch” mochten heeten, doch die *het geheel* betroffen; belangen, die steeds meer opkwamen en groeiden op den bodem der gemeenschap tusschen het europeesche Rijk en de overzeesche gewesten. De moeilijkheid in 1887 bestond niet hierin: een nieuwen „bouw” te creëeren, doch hem door een vaste terminologie te „benoemen”, zoodat ieder dadelijk bij de gebezigde termen zou weten, wat bedoeld was, het volkenrechtelijk geheel of de gemeenschap der lage landen. Men heeft er dit op gevonden, dat „Rijk” zonder meer voortaan zou beteekenen „Rijk in Europa” (art. 2, 2e lid der Grondwet), terwijl met „Staat” of „Koningrijk der Nederlanden” zou worden aangeduid de hoogste rechtsgemeenschap, die geroepen is de belangen van Rijk en koloniën gezamenlijk te behartigen en binnen de internationale gemeenschap, waarvan zij lid is, door te zetten. Vóór 1887 werden de termen „Staat” en „Rijk” in onze hoogste wet zonder onderscheid gebruikt voor *beide* begrippen; nadien is er een zuivering ingetreden en heeft elk van beide begrippen zijn eigen naam. Volkomen zuiverheid is echter nog niet bereikt en zoo geeft de Grondwet zelve, voor wie den *geest* der herziening van 1887 miskent, in de redactie van verschillende artikelen nog stof te over tot letterknechterij en verduistering van het pas gewonnen licht. Men vergelijkte hiervoor de genoemde Nota van Prof. VAN VOLLENHOVEN, § 5, blz. 9, met welke verwijzing ik moge volstaan.

Wij hebben dus den Staat als soevereine, internationale rechtsgemeenschap en onder dezen de auto-

nome, immers niet-souvereine (1), rechtsgemeenschap: het Rijk in Europa. Tot zoover gaat het met den „bouw” van een leien dakje. (2) De moeilijkheden beginnen eerst, als de vraag aan de orde komt, welke plaats naar geldend recht de koloniën innemen in het staatsgeheel. De Grondwet zelve draagt negatief, d. i. door te zwijgen, tot het meeningsverschil bij. Zij begaat in dezen een harer „historische” inconsequenties. Het doet immers, zuiver logisch beschouwd, zonderling aan, dat zij, Staat en Rijk onderscheidende en daarbij uitgaande van een verhouding van subordination, over de rechtspositie der koloniën het stilzwijgen bewaart. Tot veel verdeeldheid

(1) Vgl. over autonomie en souvereiniteit Dr P. LABAND, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4e Aufl., I, blz. 100/101: «Autonomie ist, im juristischen Sinne, immer eine *gesetzgebende Gewalt*. Aber sie steht im Gegensatz zur Souveränität. *Selbstgesetzgebung* kann man nur demjenigen Gemeinwesen als besondere Eigenschaft zuschreiben, dem die Gesetze auch von einer über ihm stehenden Gewalt gegeben werden *könnten*; die wahrhaft souveräne Gewalt *kann* keine Gesetze von aussen erhalten, es würde daher eine selbstverständliche Trivialität sein, von ihr auszusagen, dass sie die Befugniss habe, sich selbst Gesetze zu geben».

(2) Aan de vraag, of in Staat en Rijk twee verschillende rechtsgemeenschappen zijn te zien van ongelijken rang, gaat Jhr. Mr. A. F. DE SAVORNIN LOHMAN in „Onze Constitutie”, blz. 450, 2e uitgaaf, met eenige vage, politieke wendingen uit den weg. Ook DE LOUWER is ver van scherp in dezen, wanneer hij in zijn Handboek, blz. 90/91 leert dat het woord „Rijk of Staat” meer dan eene beteekenis heeft en de grondwet „den persoon” voorop plaatst onder den historischen naam van het Koninkrijk der Nederlanden (overal elders Staat genoemd), terwijl zij met rijk „het moederland zelf” bedoelt, „zonder intusschen de territoriale beteekenis overal streng in het oog te houden”. Misschien zal een zevende druk het antwoord brengen, of dit gemis van strengheid in de grondwet de kiem zal zijn voor het Rijk als persoon, al blijft dan in des schrijvers stelsel aan dat Rijk, in tegenstelling tot het met den historischen naam getooide Koninkrijk, een vitium originis kleven.

in dit opzicht heeft het eerste artikel der Grondwet geleid, waarvan de schrijver der Nota (1) onder meer zegt: „Sommigen lezen daarin een zuiver geographisch voorschrift; anderen lezen daarin iets meer; beiden kunnen zich op de letter beroepen. Terwijl toch in een geographisch artikel naast „het grondgebied in Europa” het grondgebied in andere werelddeelen zou staan, en daarentegen in een artikel, dat den bouw van het Koninkrijk wilde aangeven, naast „de koloniën” het Rijk zou zijn genoemd, koppelt ons art. 1 het aardrijkskundige „grondgebied in Europa” aan de rechtsgemeenschappen, die „de koloniën” heeten, en verbindt ze door het woordje „benevens”, dat ook alweer tot allerlei juridischen argwaan leidt”. De geschiedenis van het artikel, zooals het in 1887 uit den smeltkroes kwam, is zeer verward, doch terecht wijst o. a. Buys (2) er op, dat de regeeringsredactie hetzelfde bedoelde als de formule der Staatscommissie, volgens welke art. 1 had moeten luiden: „Het grondgebied van het Koninkrijk bestaat uit het Rijk in Europa en zijne koloniën en bezittingen in andere werelddeelen”. De Grondwetscommissie van 1905 (3) stelde voor art. 1 te lezen: „Het Koninkrijk der Nederlanden omvat het grondgebied in Europa en dat in andere werelddeelen”, waarbij werd aangeteekend, dat doel dezer wijziging was „elken twijfel op te heffen als zoude dit artikel, dat alleen eene omschrijving van het grondgebied van het Koninkrijk beoogt, tevens over den aard van de rechtsverhouding tusschen het Rijk en de koloniën eenige beslissing geven”. Met hetzelfde doel voor oogen kwam de Grondwetscommissie van 1910 (4)

(1) T. a. p. § 4, blz. 8.

(2) Grondwet, III, blz. 2.

(3) Handelingen, ROMEYN, I, No. XV blz. XIX en III § 3.

(4) Handelingen, KAN, I, blz. 47 en 48.

tot de volgende redactie van art. 1: „Het grondgebied van het Koninkrijk der Nederlanden omvat het grondgebied in Europa en dat van de koloniën”. De toelichting zegt ook hier, dat „de strekking van art. 1 is en . . . geene andere (moet) zijn dan eene geographische aanwijzing”. De Regeering nam dit voorstel in haar ontwerp over (1). Zij, die van meening zijn, dat het bestaande eerste artikel der Grondwet omtrent bedoelde rechtsverhouding niets zegt, zijn dus in goed gezelschap. Ook ik heb indertijd, in een bestrijding van Mr. J. A. LEVY, gepoogd de onwaarde te betoogen van art. 1 voor onze vraag en toen geconcludeerd, dat het slechts de *territoriale* eenheid van het Koninkrijk *constateert*, dat het niet naar binnen werkt en dat binnen zijn lijst elke structuur van den Staat mogelijk en geoorloofd is, mits de volkenrechtelijke eenheid bewaard blijve (2).

De uitdrukking „koloniën en (of) bezittingen des Rijks (in andere werelddeelen)”, die nog in verschillende artikelen der Grondwet voorkomt (artt. 61, 62, 75, 164, 184) kan evenmin licht brengen omtrent de plaats der koloniën in het algemeene staatsverband. Zij stamt uit den tijd vóór 1887 en mag dus allerminst plechtanker worden voor hen, die een „ondergeschiktheid” der koloniën aan het Rijk (in den zin *na* 1887) aannemen. Evenmin zou het päs geven, in bedoelde uitdrukking „Rijk” te vervangen door „Staat”, omdat „koloniën van den Staat” zou dwingen ook van „het Rijk van den Staat” te gaan gewagen, hetgeen onnoodig, volstrekt ongebruikelijk en taalkundig leelijk moet heeten. Dat de zoogenaamde tegenstelling tusschen „koloniën” en „bezittingen” niets opheldert, wordt door ieder deskundige toegegeven en behoeft dus geen betoog.

De kwestie, waarom het nu gaat en die de Grondwet

(1) Ibidem, blz. 147 en 186.

(2) T. a. p. blz. 142.

in het midden laat, is deze: moet de bouw van den Staat aldus worden opgevat, dat de koloniën naar stellig recht in afhankelijke positie verkeereren van het Rijk, en slechts middellijk, *via* het Rijk, van den Staat, of staan zij met het Rijk op voet van *gelijkheid* en groepeeren zij als drie staatshoofddeelen met het Rijk als vierde hoofddeel zich *direct* onder den Nederlandschen Staat?

De laatste meening, volgens welke dus rechtstreeks onder den Staat, onderling gecoördineerd, vier rechtsgemeenschappen, het Rijk en de drie koloniën, zijn gegroepeerd, is reeds te onderkennen in de z.g. Eereschuldnota van Minister IDENBURG van 21 Februari 1903 (1), inzonderheid in de zinsnede: „. dat, evenals Nederland met Indië, Suriname en Curaçao het Koninkrijk der Nederlanden, den Staat (in ruimeren zin) vormen, zooals ten overvloede uit art. 1 der Grondwet blijkt, evenzoo de vermogens van die vier deelen samen het vermogen van den Staat uitmaken”. Zij werd achtereenvolgens nader uitgewerkt in mijn proefschrift „Rechtspersoonlijkheid der Nederlandsche koloniën” (2), in de genoemde Nota van Prof. VAN VOLLENHOVEN (3), in het proefschrift van Mr. J. GREUP, „De toepasselijkheid van de Grondwet op de Nederlandsche koloniën onderzocht” (4), in de tweede uitgaaf van „Het Staatsrecht van Nederlandsch-Indië” van Mr. PH. KLEINTJES (5) en in het proefschrift van Mr. VAN ASBECK, „Onderzoek naar den juridischen wereldbouw” (6).

(1) Bijlagen Tweede Kamer 1902/1903. No. 6, 4.

(2) Leiden, 1905. Hoofdstuk IV, Bouw van den Nederlandschen Staat, vooral blz. 157—161.

(3) T. a. p. § 2, blz. 7/8 der heruitgaaf.

(4) Leiden, 1906, blz. 27/28.

(5) Amsterdam, 1911, I, blz. 6/7.

(6) Leidsche dissertatie, uitg. van A. H. KRUYT, Amsterdam, 1916, blz. 157—158.

De eerstgenoemde meening vond een overtuigden aanhanger in Prof. Mr. J. DE LOUTER, die in zijn „Handboek van het Staats- en Administratiefrecht van Nederlandsch-Indië” (1) betoogt, dat van zoodanige constructie van den Staat in het stellige recht geen spoor is te vinden. Wij lezen in een noot op blz. 94 van het Handboek aangaande de zooveen genoemde leer: „Deze leer, door Mr. C. VAN VOLLENHOVEN in eene Nota over Grondwetswijziging in 1906 ontwikkeld, wordt door Mr. PH. KLEINTJES, 2de uitg., blz. 6/7 voetstoots aanvaard voor het *stellig recht* en door andere jongere schrijvers gedachteloos overgenomen”. Ik wil er niet op drukken, dat blijkens het voorgaande de loop der geschiedenis van de bedoelde leer een eenigszins andere is geweest, en verder alleen in het voorbijgaan de opmerking maken, dat de terechtwijzing aan het adres van „jongere schrijvers” inzake het „gedachteloos” overnemen, door een jurist, die aan bewijs hecht, zou zijn in de pen gehouden. Veel ernstiger echter acht ik de uit gemelde noot duidelijk blijkende omstandigheid, dat de nota van Prof. VAN VOLLENHOVEN door zijn Utrechtschen ambtgenoot wat het punt in kwestie betreft, ondanks haar duidelijkheid, niet is verstaan. De door Prof. DE LOUTER aangebrachte cursiveering in de woorden: Grondwetswijziging (VAN VOLLENHOVEN) en *stellig recht* (KLEINTJES) brengt den lezer en moet hem brengen onder den indruk, dat er een tegenstelling is tusschen de beide schrijvers, dat hen niets meer en niets minder gescheiden houdt dan de kloof tusschen wenschelijk recht en stellig recht. De *wijziging*, die Prof. VAN VOLLENHOVEN wenschelijk acht, oordeelt Prof. KLEINTJES niet meer noodig, vermits het *stellig recht* reeds antwoord geeft in den gewilden zin. Dit alleen is uit de cursiveering, zal zij iets beteekenen, te lezen.

(1) 's-Gravenhage, 6e druk, 1914, blz. 93/94.

Welnu, dat verschil tusschen beide schrijvers is een fictie. *Beiden* staan, waar zij de leer vermelden, op den bodem van het stellig recht. *Rubrica non est lex* en een Nota over Grondwets-wijziging kan ook wel over stellig recht handelen. Dat is te dezen het geval en het is hoogst merkwaardig, dat Prof. DE LOUTER in zijn afbrekende critiek zoo weinig zorg toont voor het beheerschen van de daarvoor onmisbare gegevens. Men oordeele: § 2 der Nota begint aldus: „De plaats, die naar *geldend recht* (1) de koloniën innemen in het Koninkrijk der Nederlanden — waarin het Rijk (in Europa), Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao als vier gelijken naast elkaar staan, gezamenlijk geschaard onder den Staat (het Koninkrijk der Nederlanden) zelf —, die plaats wordt door niets zoozeer verdonkerd als door de bewoording „koloniën en bezittingen *des Rijks*” enz. Leggen wij daarnaast de uitspraak van Mr. KLEINTJES (2): „De Staat heeft onder zich vier naast elkander staande hoofddeelen: het Rijk in Europa, Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao. Deze vier rechtsgemeenschappen zijn onderling zelfstandig; de koloniën staan op één lijn met het Rijk in Europa en zijn niet in rangorde geplaatst onder die rechtsgemeenschap”, dan past toch in gemoede de vraag, of er eenige reden bestaat om Prof. VAN VOLLENHOVEN te dezen als kampioen voor *wijziging* te plaatsen tegenover Prof. KLEINTJES, die opkomt voor het *stellige recht*. Nogmaals: het eenig verschil is dat, hetwelk de interpret-criticus zelf er inlegt.

Prof. DE LOUTER vervolgt: „Zonderling luidt het be-toog van Mr. KLEINTJES, dat woorden en geschiedenis der Grondwet „op een dwaalspoor kunnen leiden”, omdat beide juist het tegendeel bewijzen van zijne stelling”.

(1) Ik cursiveer.

(2) T. a. p. I, blz. 6.

En de Utrechtsche hoogleeraar roept uit: „Merkwaardig voorbeeld van aprioristische bevangenheid en averechtsche wetsinterpretatie!” Het oordeel is scherp. Het is niet verdiend. Om welke woordenkeus gaat het? Prof. DE LOUTER onthoudt haar zijn lezers, hoewel daarop alles aankomt. Het zijn de woorden: „koloniën en (of) bezittingen des Rijks (in andere werelddeelen)”, waaraan Mr. KLEINTJES aanstoot neemt, en waarlijk hij niet alléén. Er bestaat vrijwel een *communis opinio*, dat deze antiquarische uitdrukking uit de Grondwet moet verdwijnen, omdat zij sinds de terminologische zuivering van 1887 foutief is geworden. Om te beginnen met de Grondwetscommissie van 1905 (1), waarin ook Prof. De Louter zitting had. Zij schrijft in § 26 van haar verslag: „In art. 61 en elders in de Grondwet wordt voortaan alleen van koloniën gesproken. De woorden „bezittingen van het Rijk in andere werelddeelen” hebben slechts historische beteekenis. De weglating daarvan zal misverstand wegnemen”. Deze paragraaf wordt door Prof. DE LOUTER in zijn afzonderlijke nota, gevoegd bij het verslag, niet gewraakt. Is de conclusie gewaagd, dat Prof. DE LOUTER, die ook dit deel van het verslag met zijn naam dekte en in dezen geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om een afwijkende meening te uiten, niet in Prof. KLEINTJES mag afkeuren, dat ook deze die woorden blijkbaar „slechts van historische beteekenis”, dat is voor het onderhavige vraagpunt van stellig recht niet beslissend heeft geacht? De Grondwetscommissie van 1910 (2) dacht over de zaak precies eender als haar voorgangster en schrapte de uitdrukking overal, waar zij haar in de Grondwet tegenkwam. Desgelijks Minister HEEMSKERK (3)

(1) Handelingen, ROMEYN, I, No. XV, blz. VII.

(2) Handelingen, KAN, I, blz. 18.

(3) Ibidem, I, blz. 186.

in zijn voorstellen tot Grondwetsherziening, met uitzondering van de artt. 61 en 62, die hij ongewijzigd wilde laten en ten aanzien van welke hij dus een redactioneële inconsequentie beging.

Mr. KLEINTJES stoort zich evenmin aan de geschiedenis van het beginartikel der Grondwet (niet „geschiedenis der Grondwet”, gelijk Prof. DE LOUTER hem interpreteert). Ook dit wordt hem door Mr. DE LOUTER tot zonde aangerekend en levert mede grond tot het verwijt van „aprioristische bevangenheid en averechtsche wetsinterpretatie”. Nu zegt Prof. DE LOUTER zelf in zijn Handboek, dat de Grondwet, dus ook art. 1, „zwijgt over het rechtskarakter der koloniën en hare rechtsbetrekking tot het moederland.” Hij is tot deze meening gekomen, nadat hij van de geschiedenis van art. 1 had kennis genomen (1). Waarom, wil ik vragen, moest de geschiedenis van dit artikel, zooals die omstreeks 1887 zich afspeelde, Prof. KLEINTJES afbrengen van zijn leer, op straffe van tot apriorische bevangenheid en averechtsche wetsinterpretatie te vervallen, waar diezelfde geschiedenis aan Prof. DE LOUTER, blijkens zijn eigen zeggen, in zake het rechtskarakter der koloniën en haar rechtsbetrekking tot het moederland ook al niets kon leeren? Hier is de schrijver in strijd met zich zelf. Immers, mag men aan de geschiedenis van art. 1 (en alleen hierom gaat het) niet voorbijgaan, dan moet zij iets *leeren* omtrent bedoelde punten, maar dan zwijgt de Grondwet ook niet langer!

Wanneer men overtuigd is van de juistheid eener leer naar stellig recht, moet men zich dan aan de duistere geschiedenis van een, nog wel een andere materie (grondgebied!) betreffend, Grondwetsartikel gevangen

(1) Cf. blz. 89/90 en blz. 93 a. h. e.

geven en van leer en overtuiging afstand doen? Mij dunkt, wie dat deed, gaf eerst recht blijk van aprioristische, averechtsche interpretatie. Ware Prof. KLEINTJES voor de geschiedenis van art. 1 gezwicht, hij had van de historische methode een fetisch en van de wetsinterpretatie een caricatuur gemaakt. Intusschen acht ik het geen goede wijze van bestrijding, dat „de geschiedenis van het beginartikel der Grondwet” den lezers van DE LOUTER's Handboek als „geschiedenis der Grondwet” wordt voorgezet. Niet voor niets moet in de akte van beschuldiging in strafzaken „le fait précis” worden opgenomen. De Utrechtsche hoogleeraar hoopt aan het slot van zijn voorrede van 1 October 1914, dat zijn werk als een vertrouwd en betrouwbaar gids zijn eigen weg, dien van eerlijk en onbevooroordeeld onderzoek, moge blijven bewandelen. Moge een volgende druk het eerbiedwaardig streven, waarvan Prof. DE LOUTER openlijk getuigenis heeft afgelegd, ook voor dit punt werkelijken!

Prof. DE LOUTER komt, terecht, tot de slotsom, dat art. 1 der Grondwet alleen het grondgebied omschrijft en dat in de uitdrukking „koloniën en bezittingen” geen juridische tegenstelling is gelegen. De Grondwet is „blanco” in zake den bouw van den Nederlandschen Staat en de positie zijner deelen. Na nu betoogd te hebben, dat de Grondwet geen aanleiding noch steun geeft aan de „fonkelnieuwe leer”, zooals die boven werd geschetst, vervolgt de hoogleeraar(1): „Deze constructie past op den bondstaat en dergelijk samengestelde staatsvormen, niet op den Nederlandschen eenheidstaat, die als koloniale mogendheid tevens koloniën bezit. Als zoodanig regeert deze constitutioneele monarchie door

(1) T. a. p. blz. 94.

hare grondwettige organen niet alleen het moederland, doch ook zijne onderhoorigheden en verleent daaraan eigenmachtig eene meerdere of mindere mate van zelfstandigheid. Zij zelve blijft inmiddels eene gesloten eenheid, welke geen afzonderlijke organen voor Staat en Rijk kent, doch volkomen vrijwillig bepaalt, welke maatregelen zij voor alle, welke andere zij voor enkele deelen van haar gebied noodig acht. De voorstelling van het Koninkrijk der Nederlanden als een federatie strijdt met het stellig recht en geeft voet aan onjuiste opvattingen en gevolgtrekkingen”.

Wat hiervan te zeggen? Wordt door de constructie, die in den Staat de overhuiving wil doen zien van de vier gelijkstaande rechtsgemeenschappen Rijk (in Europa) en koloniën, een met het stellig recht strijdige federatie geschapen? Tast zij den eenheidsstaat aan? De beschuldiging is snel geuit. Is zij gegrond? Mij dunkt: neen. Het Rijk (in Europa) kent onder zich provinciën, die onderling op voet van volstreekte rechtsgelijkheid verkeeren. Tast de leer der vier onderling gecoördineerde staatshoofddeelen den eenheidsstaat aan, kan men haar alleen aanvaarden op den bodem eener federatie, hetzelfde zal dan moeten gelden van de provinciën, om van de gemeenten en waterschappen maar te zwijgen, in haar verhouding tot het Rijk. Mr. S. VAN HOUTEN identificeerde indertijd (1) de rechtspersoonlijkheid van Nederlandsch-Indië met het scheppen van een personeele unie of bloote suzeriniteit, Mr. DE LOUTER ziet in het rang hebben der koloniën naast het Rijk en te zamen onder den Staat een bondstaat of federatie. In beide gevallen mag men vragen om bewijs. De staatsrechte-

(1) Vragen des Tijds 1893, I, blz. 73 v. «Naar aanleiding van de Rijksbegrotingen voor 1893».

lijke werkelijkheid kan elken dag leeren, dat rechtsgemeenschappen op voet van gelijkheid kunnen leven onder hoogere eenheid, zonder dat deze laatste ook maar eenigszins schade lijdt, laat staan dat zij tot bondstaat of federatie wordt verwaterd. Durft Prof. DE LOUWER de stelling aan, dat een gedecentraliseerd staatswezen *per se* zich tot den eenheidsstaat zou moeten verhouden als water tot vuur? Men zou het bijna gaan gelooven. Dreigen de locale raden, die zich onder Nederlandsch-Indië groepeeren, deze rechtsgemeenschap in een federatie te ontbinden? En, wanneer morgen aan den dag de Curaçao'sche eilanden een autonoom bestaan erlangden, zou dan de eenheid der kolonie Curaçao plaats maken voor een federalistische unie? Zoo echter de zelfstandigheid en gelijkheid der deelen hier, bij Rijk en kolonie, de staatsrechtelijke eenheid *niet* aantasten, waarom zou zulks dan plotseling wèl het geval zijn, zoodra voor de *staatshoofddeelen* naar stellig recht gelijksoortige positie wordt aangenomen? Het aantoonen van deze inconsequentie vestigt een vermoeden in het nadeel van hem, die de „fonkelnieuwe leer” met zoo ondeugdelijk wapen bestrijdt.

Men kan een zaak politisch, men kan haar ook rechtskundig bezien. Hier gaat het echter om den bouw van den Staat, om de verhouding der „deelen” onderling en tot het „geheel”, en dan is het niet te veel gevegd, dat in een Handboek over Staats- en administratief *recht* aan het *rechtselement* de meeste aandacht wordt gewijd en dat op *juridisch terrein* de strijd wordt volstreden. Er is dan geen beheerschende plaats voor beschouwingen, die de koloniën onder de heerschappij van het „moederland” stellen, omdat hier de organen gevestigd zouden zijn, die het laatste woord ook in koloniale zaken hebben. Het is *politisch* van zeer groot

belang, of de organen van koloniaal bestel in het „moederland” zetelen of in de kolonie, gelijk het b.v. ook van groot *politisch* gewicht is, hoe die organen er uit zien, of zij van absolutistischen, oligarchischen of democratischen huize stammen. Doch *juridisch* komt het er enkel en alleen op aan, of iets of iemand werkelijk de orgaan-qualiteit bezit, drager is van een wil, en zoo ja, *van wiens wil*. Welke persoon, natuurlijke of rechtspersoon, wordt door het orgaan gemanifesteerd? Dàt is de eenige kwestie. De wetgevende macht, het opperbestuur zetelen in het Rijk. Zij heerschen, zoo men wil, over de koloniën. Doch het is de vraag, of de regeeringsreglementen, of de comptabiliteitswetten, of de muntwetten, of de mijnwetten enz. enz. zijn uitgegaan van de wetgevende macht als orgaan van den *Staat*, van het *Rijk*, dan wel van de *betrokken koloniën*. Met een *politieke* verwijzing naar de feitelijke machtsdistributie tusschen „moederland” en koloniën wordt deze *rechtsvraag* **niet** beantwoord. Wanneer Prof. DE LOUTER de „constitutioneele monarchie” doet regeeren door haar grondwettige organen zoowel over moederland als onderhoorigheden, dan moet in „constitutioneele monarchie” òf een rechtsgemeenschap òf een orgaan (resp. organencomplex, bestuursinrichting) worden gezien. Is zij rechtsgemeenschap, dan zien wij den Staat nolens volens als gemeenschappelijke overkapping erkend; is zij orgaan (resp. organencomplex, bestuursinrichting), dan blijft de vraag: voor welke rechtsgemeenschap? Moederland en (of) onderhoorigheden kunnen het onmogelijk wezen, want die worden, in DE LOUTER's stelsel, passief door de constitutioneele monarchie geregeerd. Wat rest, mag men vragen, zoo niet een opperste rechtsgemeenschap, die zich van den vorm der constitutioneele monarchie voor haar doeleinden bedient? Sluit gemeenschap van hoogste organen

van wetgeving en bestuur pluraliteit van rechtsgemeenschappen uit? Integendeel, gemeenschap onderstelt meervoud van subjecten, van personen. Zoodat, wie er op mocht wijzen, dat het steeds weer dezelfde wetgever, dezelfde Koning, dezelfde Raad van State in het moederland is, die handelend optreedt, niets bewijst in het nadeel van een leer, welke ondanks haar fonkelnieuwheid toch wel juist wezen kan.

Is zij juist? De Grondwet geeft geen licht. Dit is in confesso. Maar ik vraag, welke bepalingen van stellig recht, negatief, den bouw van den Nederlandschen Staat, zooals anderen en ook ik dien schetsten, wraken, en, positief, de constructie van den Utrechtschen hoogleeraar schoren? Een vaag beroep op „het stellig recht” zonder nadere preciseering is weinig overtuigend. Van een *logische noodzakelijkheid van subordinatie*, gelijk ten opzichte van den Staat en zijn deelen aanwezig is, kan bij de verhouding tusschen Rijk en koloniën geen sprake wezen. Tenzij men aan het cultuur-historisch begrip „moederland” juridische gevolgen zou durven verbinden. Ik heb tegen den term „moederland” bij een rechtsvraag als de onderhavige ernstig bezwaar. Het woord „moederland” behoort tot het domein der beeldspraak en deze wordt spoedig misbruikt. Men kan van alles er bij denken. B.v. een verhouding van Rijk tot kolonie als van moeder tot kind. Men kan in het moederland zien een moeder, die in het verre verleden haar eigen kinderen uitzond om in den vreemde volkplantingen te stichten. Alsdan zou de term „moederland” beter passen op de verhouding tot Suriname en Curaçao dan op die tot Nederlandsch-Indië, dat geen overplanting is. Doch dan stuit men op de anomalie, dat de zelfstandigheid der „kinderen” Suriname en Curaçao grooter is dan die van Nederlandsch-Indië, schoon nimmer kind in dien zin geweest! Bij een

*Moederen van
bevolking!*

beroep mijnerzijds op de eenvoudige en logische structuur van den Nederlandschen Staat als een bouwwerk, dat zich op vier gelijke grondpijlers verheft, bij een beroep voorts op de sterk sprekende analogie met de aan allen gemeenzame verhouding van de provinciën tot het Rijk (in Europa), verhouding, die slechts behoeft te worden doorgetrokken om tot deze visie van den Staat te komen, bij een verwijzing eindelijk naar de Grondwet, die zich ook volgens Prof. DE LOUWER niet tegen dergelijken bouw vijandig richt, naardien zij over de zaak zwijgt, zou ik het te dezen wel kunnen laten in afwachting van *werkelijke* aan het stellig recht ontleende argumenten, die ik tot heden in het Handboek mis. X

Ik wensch echter verder te gaan en mij ten gunste van de hier verdedigde leer met meer precisie op het stellig recht te beroepen. Er is ook buiten de Grondwet plaats voor stellig recht, en dit laat mij allerminst in den steek. Gewezen moge worden op het Duitsch-Nederlandsche kabeltractaat van 24 Juli 1901 (*Ned. Staatsblad* 1902, No. 168), waarbij de Nederlandsche Staat als hooge contracteerende partij de verplichting op zich nam van een jaarlijksch subsidie van 375.000 mark voor ten hoogste twintig jaren. Bij wet van 7 Juli 1902 (*Ned. Staatsblad* 1902, No. 123) werd bepaald, dat deze uitgaven voor de helft ten laste van het Rijk (in Europa) en voor de wederhelft ten laste van Nederlandsch-Indië zouden komen. Een andere wet van denzelfden datum (*Ned. Staatsblad* 1902, No. 148), houdende machtiging tot het sluiten van een overeenkomst voor het onderhouden van een geregelden stoomvaartdienst tusschen Java, China en Japan verdeelt evenzeer de lasten en de baten gelijkelijk over de „Nederlandsche” en de Indische geldmiddelen. De Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid als orgaan van het Rijk en de Minister van Koloniën als orgaan van Nederlandsch-Indië hebben hier a)

samengewerkt tot een wettelijke regeling, waarbij de gemeenschap van wetgevende organen bij pluraliteit van gecoördineerde rechtsgemeenschappen ondubbelzinnig uitkwam. Verder wijs ik op het Algemeen Postverdrag van 26 Mei 1906, ook door Prof. DE LOUWER in zijn Handboek vermeld (1). Onder hen, die het verdrag gesloten hebben, worden genoemd: Nederland *en* de Nederlandsche koloniën. Het is zeker niet de bedoeling geweest bij dit tractaat den Staat als volkenrechtelijk subject bij uitnemendheid te ontronen, doch wèl is het de bedoeling geweest het Rijk en de koloniën op één lijn te plaatsen. Dit blijkt zeer duidelijk uit art. 27 „Protectorats et colonies dans l'Union”, dat voor de toepassing van de artt. 22, 25 en 26 betreffende het „Bureau international”, de „Congrès et conférences” en de „Propositions dans l'intervalle des réunions” beschouwt „comme formant . . . un seul pays ou une seule administration . . . 15°. l'ensemble des colonies néerlandaises”. De koloniën hebben dus gezamenlijk op de postcongressen en postconferenties een stem, die even zwaar weegt als die van het „moederland”. Het Algemeen Postverdrag is dan ook behalve in *Ned. Staatsblad* 1907, No. 239, afgekondigd in het *Staatsblad van Nederlandsch-Indië* 1907, No. 310, in het *Gouvernementsblad* van Suriname 1907, No. 56 en in het *Publicatieblad* van Curaçao 1907, No. 20. Mocht worden tegenwerpen, dat de koloniën *samen* hier evenveel tellen als het Rijk *alleen*, dan is dit toe te geven, maar voegt de opmerking, dat dan toch niets blijkt van een *ondergeschiktheid der koloniën aan het Rijk*: voor de doeleinden van het Postverdrag wordt een inter-koloniale gemeenschap gevestigd, wier stem en invloed in niets onderdoen voor die des Rijks.

Ten slotte en bovenal worde in dit verband met nadruk

(1) Blz. 680.

gewezen op het z.g. zelfbestuur der staatshoofddeelen, hun medewerking aan de uitvoering van de taak, die des Staats is. Een elftal gevallen van zoodanig selfgovernment is, zonder aanspraak op volledigheid, opgesomd in mijn geschrift over de Rechtspersoonlijkheid der Nederlandsche Koloniën. Zij betreffen: 1° wet op het Nederlanderschap enz.; 2°. buitenlandsch beleid met Japan, China, Siam tot 1862 in hoofdzaak door den Gouverneur-Generaal waargenomen; 3°. uitlevering van vreemdelingen; 4°. uitvoering van tractaten; 5°. zeebrieven en jaarpassen; 6°. consulaire tractaten; 7°. medewerking van Nederlandsch-Indië aan de uitvoering van de wet van 25 Juli 1871 (*Ned. Staatsblad*-1871, No. 91) houdende regeling van de bevoegdheid der consulaire ambtenaren tot het opmaken van burgerlijke akten, en van de consulaire regtsmagt; 8°. handhaving van de neutraliteit van den Staat; 9°. koloniale bemoeienis met het staatsorganisme der marine; 10°. rechtspraak in zaken van prijs en buit, en 11°. overeenkomsten met vreemde machten ingevolge art. 34 der regeeringsreglementen van Suriname en Curaçao en art. 25 van het regeeringsreglement van Nederlandsch-Indië van 1836. Deze lijst voortzettende, zou ik nog kunnen wijzen op: 12°. de bepaling van art. 44 van het vigeerende regeeringsreglement van Nederlandsch-Indië, dat den Gouverneur-Generaal de bevoegdheid verleent tot het verklaren van oorlog, het maken van vrede en het sluiten van andere verdragen met Indische vorsten en volken, welke bepaling ten tijde van haar ontstaan, toen er in den archipel nog onafhankelijke staten voorkwamen, ongetwijfeld internationale beteekenis had en een deel der Staatstaak bestreek; thans is dit anders geworden (1) — en ten slotte: 13°. de wet

(1) Vgl. Mr. KLEINTJES, t. a. p. I, blz. 65, alsook mijn voordracht voor de Vereeniging Moederland en Koloniën over „Staats- en Volkenrechtelijke positie van Koloniën”, 's-Gravenhage 1915, blz. 29.

van 10 Februari 1910 (*Ned. Staatsblad* 1910, No. 55, *Staatsblad van Ned.-Indië* 1910, No. 296, *Gouvernementsblad van Suriname* 1910, No. 15, *Publicatieblad van Curaçao* 1910, No. 14), houdende regeling van het Nederlandsche onderdaanschap van de bevolking van Nederlandsch-Indië, met de daarbij behorende wijzigingswet. De wet op het Nederlandsche onderdaanschap is ongetwijfeld, evenals die nopens het Nederlanderschap, van internationale beteekenis; zij is om die reden een wet van den Staat. Roept art. 2, 3°. den Gouverneur-Generaal tot medewerking, door diens verlof te eischen voor het zich begeven in vreemden krijgs- of staatsdienst, dan hebben wij ook hier een specimen van koloniaal zelfbestuur.

Al deze voorbeelden leveren m. i. even zoovele bewijsgronden van stellig recht ten gunste van de door Prof. DE LOUWER gewraakte leer. Gevoegd bij de andere argumenten, die ik gaf, dwingen zij, voor het stellig recht de analogie te aanvaarden, die tusschen den Rijksbouw en den Staatsbouw bestaat. Zoowel bij den een als bij den ander groepeeren zich onder de hoogere eenheid autonome lichamen met eigen, bij den Staatsbouw ten deele gemeenschappelijke, organen, met een eigen van die der andere onderscheiden rechtssfeer, met eigen vermogen, eigen uitgaven en inkomsten en, om de overeenstemming tot volkomenheid te brengen, met een eigen zelfstandig aandeel in de uitvoering van de taak der hoogere rechtsgemeenschap, wier gelijkgerechtigde deelen zij zijn.

Een *fonkelnieuwe leer*? Het zij zoo, doch dan aangaande een *ouden* toestand! Het Grondwetswerk van 1887 was noodig om in den baaierd van wanbegrip een begin van orde te scheppen.

H. W. C. BORDEWIJK.

Bennekom, October 1916.

Eenige opmerkingen betreffende het juridisch karakter der ambtenaarsverhouding.

Gedurende de laatste jaren hebben eenige administratieve beslissingen op de rechteloosheid van de positie der ambtenaren opnieuw de aandacht gevestigd. Door de volksvertegenwoordiging werd jarenlang om eene wettelijke regeling hunner positie verzocht en even zoovele malen als zij gevraagd werd, werd zij door den Minister van Justitie in uitzicht gesteld, doch tot op heden zijn nog geen maatregelen die op eene spoedige totstandkoming wijzen, getroffen.

Zoo bezwaarlijk ware eene dergelijke regeling niet geweest, want men had hier ruimschoots zijn voordeel kunnen doen met de veeljarige ervaring van onze oostelijke naburen, die ons zeer ver vooruit waren. Reeds het „Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten” van 1794 bevatte enkele bepalingen (Theil II, Titel X). Sedert zijn in Pruisen talloze wetten, op dit onderwerp betrekking hebbende, tot stand gekomen. Eene algemeene wet voor alle niet-rechterlijke ambtenaren, als waarop § 98 der Verfassungsurkunde van 31 Januari 1850 doelt, bestaat echter nog niet. Voorts vindt men wettelijke bepalingen in Saksen (wet van 7 Maart 1835), Württemberg (wet van 28 Juni 1876), Baden (wet van 24 Juli 1888), terwijl Beieren eene op moderner leest geschoeide wetgeving bezit (wet van 16 Augustus 1908). Ten slotte bevat het Reichsbeamten-gesetz van 31 Maart 1873 eene regeling voor de rijksambtenaren.

Hoe komt het nu, dat men, toen het arbeidscontract bij

ons in vollen omvang geregeld werd en men dus gelegenheid had de ambtenaren de voordeelen der nieuwe regeling te doen deelachtig worden, nochtans in art. 1637 z, tweede lid, hen daarvan uitgesloten heeft? Op deze vraag kan de parlementaire geschiedenis dezer bepaling ons nader antwoord geven.

Het ontwerp-DRUCKER (art. 64, tweede lid) bepaalde: Ten aanzien van personen in dienst van Staat, provincie, gemeente of waterschap zullen de bepalingen dezer wet, voor zoover noodig, bij bijzondere wetten worden toepasselijk verklaard.

In zijne M. v. T. zegt Mr. DRUCKER: „Liet men dergelijke bepalingen achterwege, het zou twijfelachtig zijn, of het Ontwerp op hen toepasselijk is. Wordt toch eenerzijds als onomstootelijke waarheid verkondigd dat de verhouding van den Staat tot de personen in zijn dienst geheel ligt buiten het gebied van het privaatrecht, aan den anderen kant ontbreekt het niet aan uitspraken van rechtscolleges en schrijvers die weigeren tusschen privaat- en publiekrecht een onoverschrijdbaren grensmuur op te trekken. Deze stellig te vreezen onzekerheid bij de toepassing van het Ontwerp dient te worden voorkomen.

Op praktische gronden wordt algemeene toepasselijkverklaring onraadzaam geacht. De waarborgen, die het Ontwerp den werkgever verschaft, zal het publiekrechtelijke lichaam zichzelf wel weten te bezorgen. Wat aan den anderen kant de positie der personen betreft, die in dienst van den Staat, enz. werkzaam zijn, deze is in vele gevallen thans gunstiger dan ze bij toepassing van het Ontwerp zou worden. Voor zoover dit niet het geval is mag worden verwacht dat de Overheid zich vrijwillig zal richten naar de regels, die de wet aan particuliere werkgevers voorschrijft. De contrôle der Vertegenwoordiging in Staat, provincie en gemeente, en daarnevens de openbare meening,

zullen zich waarschijnlijk krachtig genoeg doen gelden . . . Blijkt onverhoopt bij de Besturen geen voldoende geneigdheid te bestaan, hunne ambtenaren en beambten althans op den voet van dit Ontwerp te behandelen, dan zal door administratieve wetten (Gemeentewet, enz.) daarin zijn te voorzien”.

Art. 1637^u, tweede lid, van het ontwerp-CORT VAN DER LINDEN bepaalde: „Zij zijn voorts niet toepasselijk ten aanzien van personen in dienst van Staat, provincie, gemeente, waterschap of eenig ander publiekrechtelijk ligchaam, indien zij niet, hetzij vóór of bij den aanvang der dienstbetrekking door of namens partijen, hetzij bij wet of verordening, toepasselijk zijn verklaard”.

Deze redactie sluit ook personen in dienst van andere publiekrechtelijke corporaties dan Staat, provincie, gemeente of waterschap van de toepasselijkheid van de bepalingen van het arbeidscontract uit, doch laat de mogelijkheid open die bepalingen, behalve door de wet, ook door verordening of overeenkomst van toepassing te verklaren. De M. v. T. is gelijk aan die van Mr. DRUCKER.

Het ontwerp-LOEFF nam de bepaling van het voorgaande ontwerp, behoudens onbeteekenende redactiewijzigingen, over (art. 1637^o, tweede lid). Eene afwijking gaf echter de M. v. T. te zien. Vond men in de vroegere ontwerpen eenige praktische gronden opgenoemd waarom algemeene toepasselijkverklaring onraadzaam zou zijn, Mr. LOEFF nam deze niet over, maar bepaalde er zich toe te zeggen dat de bepaling alleen wenschelijk was om onzekerheid weg te nemen. De uitsluiting zelve werd niet gemotiveerd.

Blijkens het Voorloopig Verslag werden in de Tweede Kamer bedenkingen geopperd tegen de algemeenheid der uitzonderingsbepaling. Men gaf toe dat er geen onzekerheid moest bestaan, maar waarom verklaarde men

niet het arbeidscontract als het Belgische ontwerp van 1891 wèl op werklieden (in engeren zin) toepasselijk? Waarom geen onderscheid tusschen hen die in vasten of in tijdelijken dienst zijn, voor welke laatsten dan het arbeidscontract zou gelden? Hiertegenover werd opgemerkt en de Regeering nam deze beschouwingen in hare M. v. A. over, dat eene grenslijn moeilijk te trekken zou zijn, indien het al niet onmogelijk ware. De Regeering zeide voorts dat de bepaling gerechtvaardigd was omdat vaak in de practijk moeilijk is uit te maken of eene betrekking een publiek- dan wel een privaatrechtelijk karakter bezit (b.v. geëmploieerde bij eene gemeentelijke gasfabriek), terwijl zij tevens eenige practische beweegredenen opnoemde die haar tot de voorgestelde bepaling geleid hadden.

De leden der Tweede Kamer schenen na het antwoord van de Regeering zich met hare beschouwingen te kunnen vereenigen. Behalve door de heeren DRUCKER en SCHAPER, die een amendement op de voorgestelde bepaling indiende dat voor de juridische zijde van het vraagstuk van geen belang was en door den voorsteller weder werd ingetrokken, is door niemand over haar het woord gevoerd. Zonder hoofdelijke stemming werd het artikel aangenomen.

In de Eerste Kamer ontmoette het ontwerp eenigen tegenstand. Naar aanleiding van opmerkingen van Mr. REGOUT zei de Minister van Justitie, Mr. VAN RAALTE: „Dat onderscheid moest gemaakt worden omdat bij het in dienst zijn van publiekrechtelijke lichamen een element is dat in de privaatrechtelijke verhoudingen niet is terug te vinden. Dit is het gezag; dit is het element van te zijn in dienst van de Overheid.

De heer VAN DEN BIESEN zegt nu dat bij het arbeidscontract steeds het gezags-element aanwezig is, maar tusschen werkgever en werkmán is de verhouding geheel anders dan tusschen Overheid en ambtenaar of arbeiders,

terwijl bovendien zich bij de laatstgenoemde verhouding doen gelden de belangen van den dienst, het recht op pensioen, enz. En zoozeer zijn beide verhoudingen van elkander onderscheiden, dat, als men deze bepaling niet maakte, toch zou gelden wat hier wordt voorgeschreven, en het burgerlijk recht op deze verhouding niet toepasselijk zou zijn, evenmin als trouwens het gansche Burgerlijk Wetboek op publiekrechtelijke verhoudingen toepassing vindt”.

Tegen deze beschouwingen merkte Mr. VAN HOUTEN op dat bij velen, die onder de uitsluitingsbepaling vielen dat gezagslement afwezig was b.v. bij straatvegers en werklieden in gasfabrieken, terwijl Dr. FRANSSEN die bepaling critiseerde omdat nu talloze anderen, en hier doelde hij met name op de bijzondere onderwijzers, in rang en stand in de maatschappij verlaagd werden. De aangevoerde argumenten waren echter niet in staat den Minister van zijn eenmaal ingenomen standpunt af te brengen.

Onderzoeken wij thans de gronden, die de verdedigers van het wetsontwerp opsomden om de opneming der uitsluitingsbepaling te rechtvaardigen, gronden die, zooals we gezien hebben, zoowel van theoretischen als van practischen aard zijn.

Tot de eerstgenoemde behoort de meening dat de verhouding van de Overheid tot hare ambtenaren (zooals wij kortelijks zullen noemen allen die, in welke functie ook, in dienst van Staat, provincie, gemeente, waterschap of eenig ander publiekrechtelijk lichaam zijn) buiten het gebied van het privaatrecht ligt. Men vindt deze meening verdedigd door Mr. H. Vos in *Themis*, 1890, blz. 509 v.v. in navolging van die van enkele Duitsche schrijvers. De strenge scheiding tusschen publiek- en privaatrecht,

die Mr. Vos nog als grondslag van zijn betoog aanneemt, heeft echter in den loop der jaren een goed deel harer kracht verloren. Reeds Mr. HAMAKER merkt in zijne aantekening bij het vonnis der arrond.-rechtbank te 's-Gravenhage van 28 April 1896, W. P. N. R. 1385, op, dat het hem onjuist voorkomt dat de rechtbank de door haar den Staat toegeschreven bevoegdheid om de bezoldiging althans voor het vervolg anders te regelen in strijd acht met en de tusschen Staat en ambtenaar bestaande rechtsbetrekking dus in zooverre onttrokken acht aan het privaatrecht. Mr. KRABBE verwerpt de principieele tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht (vgl. „Die Lehre der Rechtssouveränität” blz. 42 en „De moderne Staatsidee” vnl. blz. 85 en 105). Van gelijke opvatting is Mr. KRANENBURG, wiens beschouwingen voeren „tot de niet te vermijden consequentie dat de onderscheiding publiek- en privaatrecht geen recht van bestaan meer heeft”. (De tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak blz. 99). Voor het geval men van meening mocht zijn dat deze conclusie te ver gaat, dan nog zegt laatstgemelde schrijver (t. a. p. blz. 65): „De wetgever beschouwt dus de rechtsbetrekking tusschen Staat, enz. eenerzijds en hunne ambtenaren anderzijds niet als publiekrechtelijk uit haren aard. Immers eene rechtsbetrekking, die uit haren aard publiekrechtelijk is, kan door den enkelen wil der partijen dat karakter zeker niet plotseling verliezen”.

Ook de jurisprudentie strekt thans hare beschermende hand boven de hoofden der ambtenaren uit en acht zich, op grond van hare interpretatie van artt. 153 G.W. en 2 R. O., bevoegd kennis te nemen van vorderingen tot uitbetaling van tractement, waarop de ambtenaren krachtens hunne benoeming aanspraak meenen te kunnen

maken (vgl. arrond.-rechtbank Den Haag, 28 April 1896 W. 6858, H. R. 20 December 1907 W. 8641 en 19 Juni 1908 W. 8722).

Merkwaardig is ook het vonnis der Rotterdamsche rechtbank van 26 Augustus 1903 (Tijdschrift voor Strafrecht XVI, aant. 2 op art. 84), dat verklaarde dat de verhouding van den directeur eener gemeentegasfabriek niet publiekrechtelijk is, omdat het exploiteeren eener dergelijke fabriek niet tot de taak der gemeente als publiekrechtelijk lichaam behoort.

Handhaaft men de tegenstelling, dan zou men tot de gevolgtrekking moeten komen dat de rechtsverhouding van spoor- en tramwegpersoneel, in dienst van particuliere maatschappijen, bij annexatie door Staat of gemeente, daardoor eensklaps van privaat- in publiekrechtelijk zou worden omgezet, terwijl wellicht de inwendige dienst geheel op dezelfde leest geschoeid blijft als te voren.

Aan die strenge scheiding hield nog de Minister van Justitie, Mr. VAN RAALTE, vast toen hij betoogde, in de Eerste Kamer, dat het gansche Burgerlijk Wetboek op publiekrechtelijke verhoudingen geen toepassing vindt. Anders leert ons thans de jurisprudentie van den Hoogen Raad. Ons hoogste rechtscollege stelt de publiekrechtelijke corporatie, ook waar zij handelt als Overheid binnen den formeelen kring harer bevoegdheid, krachtens art. 1401 v.v. B. W., aansprakelijk voor elk onrechtmatig doen of laten, voorzover dit in strijd komt met een privaatrechtelijk voorschrift of inbreuk maakt op een subjectief privaatrecht (vgl. Mr. OPPENHEIM, Het Nederl. Gemeenterecht, 4e druk, I, blz. 854 v.v. en het onderschrift van Mr. MELJERS bij het arrest van den Hoogen Raad van 31 December 1915, W. P. N. R. 2425).

De niet-toepasselijkheid van bepalingen van privaatrechtelijken aard op verhoudingen waarin de Overheid

partij is, moge vroeger als onaantastbare waarheid hebben gegolden, thans vindt die leer hoe langer hoe minder aanhangers en schijnt daarmede uitsluiting van ambtenaren, zooals zij in de geïncrimineerde bepaling voorkomt, op dien grond niet gerechtvaardigd.

Practische gronden, die voor opneming van de bepaling pleiten, vindt men opgesomd in de M. v. T. op de ontwerpen-DRUCKER en CORT VAN DER LINDEN, alsmede in de M. v. A. op het V. V. der Tweede Kamer. Hier werd betoogd dat de positie van personen in dienst van de Overheid in vele gevallen gunstiger is dan ze bij toepassing van het ontwerp zou worden; dat de Overheid zich vrijwillig zal richten naar de regelen die de wet aan particuliere werkgevers voorschrijft; dat hij die in dienst is van een publiekrechtelijk lichaam daardoor vanzelf meer dan anderen gevrijwaard is tegen willekeur en onbillijke behandeling. Bovendien zouden de contrôle der vertegenwoordigende lichamen en de publieke opinie krachtigen invloed uitoefenen. In niet geringe mate heeft de praktijk deze verwachtingen beschaamd. Vooral de laatste jaren hebben zich feiten voorgedaan die sterk de aandacht getrokken hebben. In kleine gemeenten, waar dorpsveeten maar al te welig kunnen tieren, werden, als gevolg daarvan, plichtgetrouwe ambtenaren, op wier ijver en bekwaamheid niets viel aan te merken, zonder vorm van proces aan den dijk gezet. Juist deze excessen doen de rechteloosheid der ambtenaren zoo schril uitkomen en de dringende noodzakelijkheid eener wettelijke regeling inzien. Daarom kan ook de bewering dat het gemis eener dusdanige regeling niet gevoeld wordt, omdat gevallen waarin werkelijk onrecht wordt aangedaan slechts sporadisch zijn aan te wijzen, niet juist zijn.

Bekend zijn de gevallen te O. en W.-Souburg, Heiloo en Warmond. Daar was men niet vrij van willekeur. En

toch meende men, dat de Overheid den particulieren werkgevers het voorbeeld zou geven! Gelukkig was het Koninklijk vernietigingsrecht daar om tegen dit machtsmisbruik te waken. Bij K. B. van resp. 7 April 1913 (*Stbl.* no. 124), 27 Juli 1915 (*Stbl.* no. 341) en 9 Februari 1916 (*Stbl.* no. 64) werden de desbetreffende besluiten van B. en W. wegens strijd met het algemeen belang vernietigd. Dit vernietigingsrecht kan echter alleen treffen de besluiten van provinciale-, gemeente- en waterschapsbesturen, terwijl het begrip „algemeen belang”, waarop in de aangehaalde besluiten een beroep is gedaan, afhankelijk is van de wisselende inzichten der Regeering. Den ambtenaren is hiermede bovendien geen enkele waarborg tegen willekeur gegeven, want op uitoefening van het vernietigingsrecht kunnen zij niet de minste aanspraak doen gelden, voelen dit trouwens als eene gunst die hun bewezen wordt, terwijl zij tegen de Overheid willen kunnen optreden om hunne aanspraken, op wettelijke voorschriften gegrond, door een onpartijdigen rechter erkend te zien. Tegen willekeurige handelingen van de Regeering biedt geen enkele bepaling waarborg. De rechterlijke macht weigert de rechtmatigheid van een gegeven ontslag te beoordeelen en de eenige weg, die hun, wien onrecht is aangedaan, nog openstaat, is dan zich met een adres tot de Tweede Kamer te wenden tot herstel hunner grieven, doch, indien dit middel al tot het gewenschte resultaat voert, ook hier geldt wat zooeven werd opgemerkt dat den ambtenaren zodoende niet wordt verschaff het recht op eene beslissing, c. q. op nakoming daarvan.

Geen der aangevoerde gronden blijkt alzoo afdoende te zijn, welke meening de hoofdredacteur van het W. v. h. R. (no. 8028) deelde, toen hij betoogde dat de gronden, in de M. v. T. op het ontwerp-Arbeidscontract aangevoerd,

niet zoo sterk sprekend zijn dat zij de voorgestelde uitzondering in haar geheel rechtvaardigen.

Uit de literatuur over het onderwerp blijkt dat men nog om andere redenen aan de ambtenaarsverhouding het contractueele karakter ontzegd heeft. Waren Duitse schrijvers uit de 18e eeuw oorspronkelijk van andere meening en beschouwden zij de verhouding als precarium, locatio conductio operarum, mandatum, contractus innominatus (vgl. BORNHAK, Preussisches Staatsrecht, II, blz. 13 v.v. en LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5e dr., I, 438), sedert GÖNNER (Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, 1808) is men haar van een geheel ander standpunt gaan bezien. GÖNNER nam aan dat er voor de onderdanen een plicht bestond den Staat te dienen, voortvloeiend uit de hoogheid van den Staat. In aanneming van een ambt zag hij erkenning van dien plicht. Deze theorie ging echter niet op zoodra vreemdelingen in staatsdienst traden, zoodat GÖNNER nu zijne toevlucht tot de overeenkomst moest nemen. Latere schrijvers hebben uit overwegingen van billijkheid het absolute in de leer van GÖNNER beperkt. Zoo zegt OTTO MAYER (Deutsches Verwaltungsrecht II, 220): „Der Verfassungsstaat lässt mangels einer gesetzlichen Grundlage solchen einseitigen Eingriff in die Freiheit nicht zu. Das Staatsdienstverhältnis kann also nur begründet werden vermöge der Einwilligung. Ob das ein Vertrag zu nennen ist darüber herrscht jetzt die lebhafteste Meinungsverschiedenheit”. Voor LABAND maakt het geen punt van twijfel meer uit dat hier eene overeenkomst aanwezig is. Want de meening dat de aanstelling eene eenzijdige handeling is, zegt hij (t. a. p. blz. 449), stützt man teils darauf dass der Begriff des Vertrages auf die Begründung

von Rechtsverhältnissen zwischen dem Staat und Einzelnen überhaupt unanwendbar sei, weil sie sich nicht als gleichberechtigte Subjekte gegenüber stehen, teils darauf dass die Uebertragung von Hoheitsrechten auf Individuen durch Vertrag prinzipiell unmöglich sei.

Das erste dieser beiden Argumente beruht auf einer einseitlich privatrechtlichen und willkürlichen Beschränkung des Vertragsbegriffs Dieser Begriff ist kein privatrechtlicher sondern ein allgemeiner Rechtsbegriff. Tot deze laatste conclusie wordt LABAND gebracht doordat bij hem vooropstaat de tegenstelling tusschen publieken privaatrecht en de ambtenaarsverhouding tot het eerste behoort wegens „die Zweckbestimmung der angebotenen Dienste”. Ook JELLINEK (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2e dr., blz. 177 v.v.) wil van eene privaatrechtelijke overeenkomst niet weten. Hij noemt de ambtenaarsverhouding een „Unterwerfungsvertrag, durch welchen sich der in den Staatsdienst zu Berufende einer gesteigerten staatlichen Gewalt unterwirft”.

Mochten ook in Frankrijk eenige schrijvers aanvaardelijk de contractstheorie gehuldigd hebben (vgl. DARESTE, La justice administrative en France, 2e dr., blz. 388 en PERRIQUET, Les contrats de l'Etat, blz. 444), in de nieuwere literatuur schijnt die opvatting verlaten. HAURIOU (Précis de droit administratif, 8e dr., blz. 621) meent: „Il n'ya, dans l'opération du recrutement des fonctionnaires, du moins à l'ordinaire, ni les éléments de forme, ni les éléments du fond d'un contrat”. Het eerste niet omdat er geen wederkeerige toestemming is (de benoeming is „une décision exécutoire unilatérale, prise par une autorité administrative”) en evenmin vaststelling van het voorwerp der overeenkomst, daar rechten en verplichtingen van partijen geheel door wetten en reglementen geregeld zijn; het tweede niet omdat het beginsel van art. 1134 C. c.

(= 1374 B. W.) geen toepassing kan vinden. In hoofdzaak gelijke beschouwingen vindt men bij DUGUIR (*L'Etat, les gouvernants et les agents, en Manuel de droit constitutionnel I*, blz. 430 v.v.). Minder ver gaat echter BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de droit administratif, 7e dr.*, blz. 43 v.v.). Deze schrijver maakt, in navolging van BOURGUIN (*De l'application des lois ouvrières aux employés de l'Etat, 1904*), een onderscheid tusschen „actes d'autorité” en „actes de gestion”. Omdat nu „les actes de gestion sont faits au nom et pour le compte de l'Etat personne morale, la fonction qui consiste à les accomplir peut être regardée comme un louage de services entre l'Etat personne et le fonctionnaire”.

Hier te lande heeft men voor het onderhavige onderwerp weinig belangstelling gevoeld. Grondig is het behandeld door Mr. KRABBE in zijne dissertatie „De burgerlijke staatsdienst in Nederland” (1883), terwijl er in de vergadering der Juristenvereniging in 1897 uitvoerige besprekingen aan gewijd zijn.

In bovengenoemde dissertatie noemt Mr. KRABBE de verhouding tusschen Staat en ambtenaar eene verbintenis ontstaande uit overeenkomst, terwijl hij meent dat de verhouding in karakter niet verschilt van die, welke tusschen huisheer en dienstbode bestaat (blz. 33 v.v.). Blijkens zijn praeadvies aan de Juristenvereniging gaat hij uit van een publiekrechtelijk contract (*contrat administratif*) dat wel grondslag van verplichtingen is, doch deze niet doet ontstaan. De rechtsband wordt gevestigd door eenzijdige handeling.

Zijn de beschouwingen van de schrijvers juist? Op grond van het volgende zouden wij meenen dat daarop heel wat valt af te dingen.

Hoe geschiedt namelijk in de praktijk de benoeming van ambtenaren? Dit is mogelijk op tweeërlei wijze: òf

men wordt rechtstreeks benoemd, nadat men daartoe is aangezocht òf na keuze uit sollicitanten al of niet na oproeping. In het eerste geval geeft de Overheid door haar aanzoek den wil te kennen iemand in haar dienst te zullen nemen; in het laatste geven sollicitanten te kennen in dienst der Overheid te willen treden. De aangezochte resp. de Overheid, kunnen tot het aanbod toetreden, waardoor ongetwijfeld eene overeenkomst is tot stand gekomen. Gewoonlijk geeft de Overheid den benoemde haar wilsverklaring te kennen door uitreiking van eene acte van benoeming, die echter geenszins een essentiële is voor het tot stand komen der overeenkomst. Zij strekt tot bewijs van dat tot stand komen en is wijders een administratieve maatregel om andere autoriteiten (b.v. de Algemeene Rekenkamer) daarvan kennis te doen dragen. Op gelijke wijze wordt ook wel door particuliere maatschappijen te werk gegaan, die aan sollicitanten schrijven: „Wij benoemen U enz.". De benoeming is dus eene eenzijdige handeling die aan de overeenkomst het karakter der wederkeerigheid echter geenszins ontnemt.

Van andere meening is LABAND, waar hij zegt (t. a. p. blz. 452): „Der Vertrag wird vielmehr abgeschlossen durch die Aushändigung der Anstellungsurkunde d. h. durch die vorbehaltlose Annahme derselben seitens des Beamten.

Erst mit der Ausstellung und der Annahme der Bestallung wird der Vertrag perfekt".

Nog heeft men gezegd (Mr. Vos, t. a. p. blz. 516 v.v.): „Het object ligt niet in de vrije beschikking van de contractanten, want rechten en verplichtingen moeten deels algemeen uit den publiekrechtelijken aard zelven van het ambt worden afgeleid, zijn deels speciaal omschreven in de wetten en verordeningen die van te voren het ambt regelen, maar in elk geval verplichtingen die niet genoemd kunnen worden bij de aanstelling contracts-

gewijze tusschen ambtenaar en Staat te zijn gestipuleerd en in het leven geroepen". Doch Mr. Vos ziet voorbij dat het voorwerp der overeenkomst alleen is het verrichten van arbeid, al kunnen dan bijzondere wetten en verordeningen omtrent sommige punten beide partijen bindende regelen geven. Men zou hiermede kunnen vergelijken de overeenkomst met spoorwegmaatschappijen aangegaan tot vervoer van reizigers en goederen. De rechten en verplichtingen dier maatschappijen zijn ook door wetten en reglementen geregeld, waarvan afwijking haar niet eens altijd vrij staat (vgl. art. 31, tweede lid, der Spoorwegwet). Toch zal niemand aan de vervoerovereenkomst het karakter van overeenkomst willen ontzeggen (vgl. art. 48 Algemeen Reglement Vervoer 1901).

Bovendien gaat de Overheid met personen, wier dienstpraestaties voor haar van groote waarde zijn, dikwijls overeenkomsten aan die op de algemeene regelingen uitzonderingen maken, doordat de aangezochte bijzondere voorwaarden stelt (men denke aan hoogleraren; vgl. ook art. 87 Hooger-onderwijswet). Zoo worden van de overeenkomsten tusschen den Staat en de ambtenaren die voor den Indischen dienst bestemd zijn, notarieele akten opgemaakt (voornamelijk met het oog op eventueele terugbetaling van te hunnen behoeve gedane uitgaven), waarin zoowel de Minister van Koloniën als de a.s. ambtenaar als partijen compareeren.

Merkwaardig is ook de terminologie van art. 358*bis* Wetb. van Strafrecht, dat spreekt van den ambtenaar, die weigert werkzaamheden te verrichten, waartoe hij zich uitdrukkelijk of uit kracht van zijne dienstbetrekking heeft verbonden, welke laatste uitdrukking op eene overeenkomst wijst, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend. De parlementaire geschiedenis dezer bepaling geeft echter geen grond om aan de uitdrukking „zich heeft verbonden”

eene bijzondere beteekenis te hechten, want de Regeering vestigde op den publiekrechtelijken aard van de ambtenaarsverhouding speciaal de aandacht en niemand van de Kamerleden heeft aan die redactie aanstoot genomen.

Verwerpt men nu de opvatting dat de bovengenoemde overeenkomst een bijzonder, van andere afwijkend, karakter heeft, n.l. een publiekrechtelijk, dan is er geen reden om niet aan te nemen dat deze overeenkomst niet zou voldoen aan de bepaling van art. 1349 B. W. Voldoet zij nog bovendien aan de definitie die art. 1637a B. W. stelt, dan hebben we te doen met eene arbeidsovereenkomst. Evengenoemd artikel definieert nu de arbeidsovereenkomst als eene overeenkomst waarbij de eene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, den werkgever, tegen loon gedurende zekeren tijd arbeid te verrichten. Essentialia zijn derhalve 1°. twee partijen, 2°. arbeid, 3°. loon, 4°. dienstverhouding, 5°. tijd.

Zijn nu deze vereischten bij de overeenkomst tusschen Overheid en ambtenaar aanwezig?

Ad 1. Partij zijn eenerzijds de Overheid, anderzijds de ambtenaar. Dat zij niet gelijkgerechtigd zouden zijn en daarom tusschen hen geen overeenkomst mogelijk zou zijn is wel beweerd, maar Mr. KRABBE noemt dit op blz. 35, noot 1, van zijne dissertatie „eene stelling en daarbij eene duistere”. Terecht, want waarom zouden de belangen van de Overheid hier eene hoogere gelding hebben? Mr. KRABBE zeide ook in eene door hem in 1913 gehouden rede: „ . . . daarom moet men in het oog houden dat, wanneer wij komen tot eene regeling, de belangen van den openbaren dienst gelijkwaardig zijn voor het recht met die van den ambtenaar” (zie De Rechtstoestand, 25 September 1913, no. 138).

Ad 2. Reden om de praestaties van hen, die in dienst van de Overheid zijn, niet als arbeid te beschouwen is er

niet, te meer daar de wet dit begrip zeer ruim opvat, tusschen den aard van den arbeid geen onderscheid maakt, zoodat daaronder valt elke fysieke en intellectuele arbeid (vgl. Mr. MEIJERS, De arbeidsovereenkomst, 2e dr., blz. 61/2). Van andere meening schijnt Mr. CANES (Critische-systematische commentaar op de wet op het arbeidscontract, blz. 45), die zegt: „Zooals wij zagen wordt „arbeid” hier zoowel in intellectueelen als in materieelen zin verstaan, behoudens de arbeid, verricht door de in art. 1637z en art. II Overgangsbepalingen genoemde arbeiders”.

Ad 3. De wet geeft van het begrip „loon” geen definitie, maar verstaat daaronder elke contrapraestatie van den werkgever. Evenmin als bij andere wederkeerige overeenkomsten de praestaties even groot behooren te zijn, wordt ook hier gevorderd dat het loon equivalent van den verrichten arbeid zij. Geldt het nu den dienaar der Overheid dan wordt door sommige schrijvers aan het salaris, dat de Overheid toekent, het karakter van contrapraestatie voor den verrichten arbeid ontzegd. Zoo merkt LABAND op (t. a. p. blz. 500): „Es bedarf gegenwärtig keiner Ausführung mehr dass die Besoldung keine Lohnzahlung ist, wie sie der Dienstmiete entspricht; die Besoldung ist vielmehr eine mit der Verwaltung eines Amtes verbundene Rente mittelst deren der Staat den Beamten alimentiert. Die Höhe dieser Rente bestimmt sich nicht nach dem Masze oder der Schwierigkeit der Arbeit und ist nicht nach dem Umfange der Geschäfte wechselnd, sondern sie bestimmt sich teils nach der sozialen Stellung, welche der Träger eines Amtes einnimmt, teils nach dem Gesichtspunkt ob das Amt den Lebensberuf desselben erfüllt oder ein sogenanntes Nebenamt ist. Mit der bloss negativen Bemerkung aber dass die Besoldung keine Lohnzahlung ist, wird der juristische

Charakter derselben ebensowenig bestimmt wie mit der Angabe dass sie auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhe; vielmehr ist charakteristisch für sie dass sie eine standesgemässe Alimentierung des Beamten ist”.

Beschouwingen in dezen geest vindt men ook in het proefschrift van Mr. KRABBE. O. m. zegt deze (blz. 148) „Die aan een ander het recht geeft om ten behoeve van bepaalde doeleinden over zijne arbeidskrachten te beschikken, moet, wanneer het beschikkingsrecht den geheelen persoon van den arbeider in beslag neemt, door den arbeidnemer worden onderhouden, want hij heeft daardoor den eenigen titel prijsgegeven, die hem tot eene zelfstandige en onafhankelijke bron van inkomsten kon strekken. De bezoldiging draagt daarom in de eerste plaats het karakter eener onderhoudsrente, die niet afhankelijk is van het praesteeren van diensten, maar uitsluitend gegrond is op den toestand van dienstbaarheid waarin de ambtenaar, gedurende den tijd dat hij in Staatsdienst is, zich bevindt”.

Uit de zienswijze van LABAND en KRABBE zou voortvloeien dat betaling van loon niet afhankelijk is van werkelijke praestatie dat betaling vooruit moet plaats hebben, dat beslag, cessie, verpanding beperkt moeten zijn. Hunne beschouwingen zijn grootendeels van oeconomischen aard; terecht merkt LABAND op dat zijne bepaling geen juridisch karakter heeft. Juridisch is ook de contrapraestatie van de Overheid tegenover den ambtenaar „loon” in den zin van art. 1637 a B. W.

Waarom zou echter hetgeen genoemde schrijvers aan de ambtenaarsverhouding eigen achten ook niet voor andere arbeiders gelden? Neemt niet het beschikkingsrecht van het overgrootste deel der particuliere werkgevers den geheelen persoon van den arbeider in beslag? Dat hij, die zich aan den Staatsdienst gewijd heeft, de kennis

die hem eigen is geworden, niet elders zou kunnen aanwenden, is eene meening, die, in aanmerking genomen de mate van algemeene ontwikkeling die tegenwoordig vereischt wordt, verworpen moet worden. Van tegenovergestelde meening is dan ook OTTO MAYER (t. a. p. blz. 249, noot 2). Hij zegt: „Was die Besoldung mit der Alimentationsrente gemein hat, kann aber ganz ebenso bei dem Dienstlohn des civilrechtlichen Vertrages zu finden sein”. SEYDEL (Bayrisches Staatsrecht III, blz. 415) spreekt van de „Wertlosigkeit” van den naam alimentatierente. Zij schijnt ons een hulpmiddel, dat LABAND noodig had om tot zijne constructie van de ambtenaarsverhouding te geraken.

Bij de vaststelling van de wet op de arbeidsovereenkomst heeft men vorenstaande beginselen tot op zekere hoogte toegepast. Artt. 1638 *c* en *d* noemen eenige gevallen waarin de arbeider zijn recht op loon behoudt ondanks het feit dat door hem geen arbeid verricht wordt, terwijl art. 1638 *g* de mogelijkheid van beslag, overdracht, inpandgeving of elke andere handeling, waardoor de arbeider eenig recht op zijn loon aan een derde toekent, beperkt, hetgeen geschied is om den arbeider een „Existenzminimum” te waarborgen.

Ad 4. Wat de Regeering onder „in dienst” verstond blijkt het beste uit de M. v. T. § 6, waar zij de arbeidsovereenkomst vergelijkt met de aanneming van werk. Het karakteristieke verschil tusschen beide is, volgens haar, „daarin gelegen, dat krachtens de eerste arbeid wordt verricht in dienst van den werkgever, wat niet het geval is krachtens de tweede. De verhouding van ondergeschiktheid, het gezagselement, bij de eerste op den voorgrond tredende, ontbreekt bij de tweede geheel. Waar in het dagelijksch leven de uitdrukkingen „betrekking”, „dienstbetrekking”, „in functie treden” e. d. worden gebezigd,

vormen zij een onbedriegelijk kenteeken dat eene arbeids-overeenkomst is gesloten”.

Mr. DRUCKER spreekt in de M. v. T. op zijn ontwerp van toezicht, leiding en gezag van den werkgever, terwijl ook Mr. CORT VAN DER LINDEN meent dat het aan de arbeidsovereenkomst karakteristieke element van gezag en leiding nog het best door het woord „dienst” wordt weergegeven.

De hier genoemde kenmerken van het begrip „dienst” zal men in bijna alle gevallen, waar van eene arbeidsovereenkomst sprake is, kunnen herkennen, doch met de mogelijkheid dat er gevallen zijn waarin zij ontbreken is geen rekening gehouden. Want in vele gevallen zal de persoonlijke ondergeschiktheid, waarvan bovengenoemde ontwerpen uitgaan, ontbreken. Commissarissen eener naamlooze vennootschap, door aandeelhouders aangewezen om op de handelingen der directie toezicht uit te oefenen en daarvoor loon genietende, zijn arbeiders in dienst der vennootschap (vgl. Mr. POLAK, Handboek voor het Ned. Handels- en Faillissementsrecht, I, blz. 357). Toch zal niemand hier ondergeschiktheid aan, leiding en gezag van de aandeelhouders aannemen, al zullen de commissarissen voor de uitoefening hunner taak aan de algemeene vergadering van aandeelhouders verantwoording schuldig zijn. Een nog eigenaardiger voorbeeld geeft een het vorige jaar opgerichte single-ship-company. Deze vennootschap was opgericht met een kapitaal van f 1500.—, verdeeld in zes aandeelen ad f 250.—. Van de twee aandeelhouders bezat de een 5 aandeelen, de ander één. De eerste was tevens als directeur aangewezen. Indien hij nu als zoodanig loon geniet (wat in casu niet blijkt) zouden wij meenen dat hij is arbeider in dienst van de vennootschap. Ofschoon hij formeel ondergeschikt is aan de algemeene vergadering van aandeelhouders, is hij het de facto aan

niemand. Zijne meening is het die feitelijk, hoewel niet juridisch, in alles den doorslag geeft.

Daarom moet aan het begrip „in dienst”, dat ook door de verschillende commentatoren van de wet op de arbeidsovereenkomst en door de jurisprudentie in den zin is opgevat, die de Regeering er aan hechtte (zie ook vonnis pres. arr.-rechtbank 's-Hertogenbosch 18 April 1913, N. J. 1913, blz. 1121) eene ruimere uitlegging worden gegeven en daaronder ook verstaan worden het als orgaan van eene corporatie te haren behoefte verrichten van werkzaamheden die uit wetten, reglementen, statuten of uit het doel, dat die corporatie beoogt, voortvloeien en waarvoor hij, die die werkzaamheden verricht, ten laste van de corporatie een loon geniet dat onafhankelijk is van hetgeen door hem als zoodanig wordt tot stand gebracht.

Vat men nu „in dienst” zijn in den hierboven aangegeven zin op, dan is dit element ook aanwezig in de verhouding van Overheid tot ambtenaar. Staat, provincie, gemeente, waterschap en andere publiekrechtelijke lichamen zijn rechtspersonen en oefenen hunne taak uit door middel van ambtenaren, organen van die corporaties. De kwaliteit van orgaan behoeft echter die van arbeider niet uit te sluiten, beide kunnen heel goed samengaan. Aldus zijn ministers, diplomatieke en rechterlijke ambtenaren, commissarissen der Koningin, burgemeesters, hoogleeraren e. d. m. allen in dienst van Staat, enz. Als eene bijzonderheid valt nog te vermelden dat het ontwerp-DRUCKER (en dit is in de ontwerpen-CORT VAN DER LINDEN en LOEFF overgegaan) van den ingenieur van een waterschap sprak, die eene arbeidsovereenkomst sluit, welk voorbeeld van hun standpunt uit nu juist niet zeer gelukkig gekozen is.

Ad 5. Over de noodzakelijkheid om een „zekeren tijd” te bepalen zijn de schrijvers het niet eens. Dit punt is vooral

voor hen, die in dienst van de Overheid zijn, van ondergeschikt belang, zoodat wij het verder kunnen laten rusten.

Uit vorenstaande beschouwingen is dus de conclusie te trekken, dat de betrekking tusschen Overheid en ambtenaar zeer zeker beschouwd kan worden als eene verbintenis ontstaan uit overeenkomst, met name arbeidsovereenkomst.

In gelijken zin besliste de Hooge Raad (7 April 1911, W. 9170) ten aanzien van een opzichter in dienst eener gemeente, die door de rechtbank niet-ontvankelijk was verklaard, omdat hij zijne vordering op de wijze bij art. 125 *b* Wb. v. B. Rv. bepaald, voor den kantonrechter had gebracht. De H. R. oordeelde dit vonnis niet juist geweest en verklaarde „dat het tweede lid van art. 1637 *z* wel op de daarin vermelde dienstbetrekkingen niet van toepassing verklaart de in den 7den titel *A* vervatte *regeling* vande arbeidsovereenkomst, maar geenszins, voor zooverre die dienstbetrekkingen vallen onder de begripsbepaling van art. 1637 *a*, haar het karakter van arbeidsovereenkomst ontzegt”. Aangezien de H. R. van oordeel was dat er in casu eene arbeidsovereenkomst bestond, werd eischer in zijne vordering ontvankelijk verklaard.

Met de conclusie waartoe wij gekomen zijn, zijn wij nog niet geheel tot ons doel genaderd. De veel moeilijker te beantwoorden vraag blijft over of de bepalingen van den 7den titel *A* ook practisch op de verhouding van Overheid tot ambtenaar kunnen worden toegepast.

Sommige schrijvers hebben tot op zekere hoogte toepasselijkverklaring mogelijk geacht. In zijne beschouwingen over het bij de Tweede Kamer ingediende ontwerp van wet op de arbeidsovereenkomst wil Mr. SIMONS (W. 8028) eene grenslijn getrokken zien tusschen hen die al dan niet in bedrijven werkzaam zijn. Waarom echter juist bedrijven, die de Overheid uit commercieele overwegingen in het leven roept, maar waardoor de positie der

ambtenaren in geenen deele verandert? Stel dat eene particuliere onderneming, wier personeel onder bescherming staat van art. 1637 v. v. B. W., door den Staat verder geëxploiteerd wordt. Nu worden zij, die met die onderneming overgaan, eensklaps van arbeider ambtenaar. Zou de Staat er nu toe overgaan om van die onderneming een bedrijf te maken, dan zouden, als men de leer van Mr. SIMONS aanneemt, de ambtenaren wederom arbeiders worden. Terwijl wellicht de aard der werkzaamheden in al deze gevallen niet veranderd is, het loon gelijk gebleven, heeft de rechtsverhouding telkenmale een ander karakter gekregen. Men voelt dat hierin eene inconsequentie gelegen is. Waarom moet juist, omdat de Staat exploiteert, de arbeider daardoor in slechtere conditie komen? Waarom zou de Staat als hij uit bijkomstige overwegingen tot vorming van een Staatsbedrijf overgaat, van zijn hoogen zetel afdalen om weder op voet van gelijkheid met de arbeiders te verkeereren? Het door Mr. SIMONS verdedigde onderscheid is ook hierom niet aanbevelenswaardig, omdat hier te lande colleges bestaan wier ambtenaren uit bijzondere fondsen betaald worden (b.v. enkele Pensioenfondsen); onderscheid met bedrijven is hier nagenoeg niet aanwezig en er zou alle reden zijn hen daarmede gelijk te stellen.

Een ander onderscheid is gezocht tusschen ambtenaren, die werkzaamheden verrichten van meer of min verheven aard. Een ieder zal toegeven dat een rechterlijk ambtenaar tot de eerste categorie, een brievenbesteller tot de tweede behoort, maar waar nu de grens ligt tusschen beide categorieën is moeilijk in een algemeenen regel vast te leggen.

Eene derde meening geeft, zooals reeds is opgemerkt, BERTHÉLEMY. Ook diens leer is te verwerpen, want aan de moeilijkheid om een juiste grens te trekken is ook hier niet te ontkomen.

Het blijkt dus dat het maken van onderscheidingen geen

aanbeveling verdient. Wil men de bepalingen van den 7den titel A op ambtenaren van toepassing verklaren, dan dienen zij te gelden voor alle categorieën. In aanmerking dient men echter te nemen, dat de genoemde bepalingen te beschouwen zijn als van algemeenen aard, zoodat daaraan door de regelen in bijzondere wetten gede- rogeerd wordt. Zoo schijnen zij op ministers niet wel toepasselijk. Eenerzijds derogeert art. 77 Grondwet aan de bepalingen van het arbeidscontract, anderzijds zou het zich hier te lande ontwikkeld hebbende parlemen- taire stelsel, dat meebrengt, dat het aanblijven van ministers afhankelijk is van staatkundige verhoudingen, met de vele dwingende bepalingen van laatstgenoemde wet een strijd doen ontstaan, die alleen kan worden opgelost door voor deze ambtenaren in de wet eenig voorbehoud te maken.

Thans zullen wij nagaan in hoever de bestaande praktijk met de bepalingen van het arbeidscontract in overeen- stemming is en voorzoover dit niet het geval is of dan toepasselijkverklaring wenschelijk is. Achtereenvolgens zullen wij daartoe beschouwen 1°. de wijze van tot stand komen van de overeenkomst; 2°. de wederzijdsche rechten en verplichtingen tijdens den duur der dienstbetrekking; 3°. de wijze van beëindiging der dienstbetrekking.

1°. Zooals we reeds gezien hebben, komt er tusschen Overheid en ambtenaar eene arbeidsovereenkomst tot stand. Hoe zijn nu echter te verklaren de gevallen dat een ambtenaar benoemd wordt door eene autoriteit, die geheel buiten de corporatie staat, in wier dienst de ambtenaar treedt? Zoo wordt, krachtens art. 143 Grondwet j°. art. 59 Gemeentewet de burgemeester door de Koningin benoemd; eveneens de commissaris van politie overeenkomstig art. 191 Gemeentewet; de veldwachters, krachtens laatst- genoemde bepaling, door den Commissaris der Koningin.

Zoo zijn meerdere gevallen aan te wijzen, doch ook komen zij voor bij personen die reeds thans onder de werking van de bepalingen van het arbeidscontract vallen. De president en de secretaris van de Nederlandsche Bank worden, krachtens art. 18 der wet van 22 December 1863 (*Stbl.* no. 148), door de Koningin benoemd. Ten aanzien van den eerste zeide de heer PLATE in de Tweede Kamer (zie BLES, De Wet op de arbeidsovereenkomst, I, blz. 141) dat hij arbeider is, welke bewering noch door Mr. DRUCKER, noch door den Minister van Justitie weersproken werd. Wij zullen moeten aannemen dat de wet dengene, die benoemt, stilzwijgend als lasthebber van de desbetreffende corporatie heeft willen beschouwd zien, al zullen het niet altijd alleen de belangen dier corporatie zijn, die bij de benoeming den doorslag geven.

Het komt voor dat een ambtenaar eene benoeming niet aanneemt, waarvan het gevolg is dat zij wordt ingetrokken.

HAURIOU merkt hieromtrent op, en van zijn standpunt, dat wij hierboven verworpen hebben, terecht, dat, „si le fonctionnaire ne rejoint pas son poste, la nomination est rapportée, ce qui prouve qu'à elle seule elle produisait des effets, comme, d'ailleurs, toutes les décisions exécutoires” (t. a. p. blz. 622).

Beschouwingen in anderen geest geeft Mr. KRABBE (proefschrift blz. 39, prae-advies Jur.-Vereen. blz. 76). Intrekking zou niet noodig zijn, zegt hij, indien in de benoeming alleen de wilsverklaring van den Staat kon gezien worden, want, deze zou, van het oogenblik der weigering, hare beteekenis hebben verloren en dus niet behoeven te worden herroepen. Doch de benoeming sluit tevens een ambtsopdracht in, zij legt een last op, en deze blijft op den ambtenaar rusten tot hij daarvan is ontheven.

Hoe is dit echter te verklaren indien er, zooals immers

ook Mr. KRABBE aanneemt, eene overeenkomst tusschen Overheid en ambtenaar tot stand komt? Zou deze door weigering van een der partijen om hare medewerking bij de uitvoering te verleen kunnen worden teniet gedaan? Of stelt de schrijver zich hier wellicht het geval voor oogen dat de benoeming plaats heeft buiten weten van den benoemde, welk geval zich practisch niet, of nagenoeg niet, voordoet? Maar hoe rijmt zich dan met de leer der lastgeving dat op een ambtenaar verplichtingen rusten, voortspruitende uit een last die niet aangenomen is? Daaruit is dus de intrekking evenmin te verklaren.

Juister schijnt het ons dan ook aan te nemen dat, zoodra de benoemde ter kennis van de Overheid brengt dat hij zijne functie niet wenscht te aanvaarden en deze hem dientengevolge van zijne verplichtingen ontslaat, er eene nieuwe overeenkomst tot stand komt, waarbij de eerst aangegane wordt herroepen (vgl. art. 1374, lid 2, B. W.). In het besluit tot intrekking der gedane benoeming zien wij dan ook niet meer dan een maatregel in het belang eener goede administratie noodzakelijk.

De bepalingen, die in de wet t. a. v. het sluiten der overeenkomst voorkomen, of t. a. v. de bevoegdheid van partijen, kunnen zonder bezwaar op ambtenaren worden toegepast. Thans staan zij bij de arbeiders achter, omdat zij de kosten der acte van benoeming zelf moeten betalen.

2°. De rechten en verplichtingen van partijen tijdens den duur der dienstbetrekking worden gewoonlijk, behoudens enkele uitzonderingen, niet onderling overeengekomen. Voorzoover er te dien aanzien regels bestaan zijn zij vervat in wetten, Koninklijke besluiten, reglementen, e. d., waaraan de ambtenaren zich, volgens de thans geldende praktijk, onvoorwaardelijk hebben te onderwerpen. Overigens is op dit gebied nog veel gewoonterecht. We treffen hier dus een zelfden toestand aan als voor

de particuliere arbeiders vóór de wet op het arbeidscontract bestond. En dezelfde redenen, die er toe geleid hebben dat men ten aanzien van de reglementen, door particuliere werkgevers vastgesteld, regels in de wet heeft neergelegd, zouden er ook toe moeten leiden die regels op ambtenaren van toepassing te verklaren, al mag hier niet worden voorbijgezien dat gedurende de laatste jaren zoowel door provincie als door gemeente reglementen zijn vastgesteld, waarover te voren het oordeel der vakvereenigingen is ingewonnen; die waarborgen bieden tegen willekeur van superieuren door het in het leven roepen van commissies van advies of scheidsgerechten. Hoeveel goeds hierdoor ook is tot stand gekomen, dergelijke aanbevelenswaardige regelingen zijn verre in de minderheid. En juist die besturen, die voor de belangen der ambtenaren een open oog hebben, zullen er geen bezwaar in zien dat ook door hen de bepalingen der artt. 1637 *j*, *k*, *l* en *m* dienen te worden in acht genomen. Voor de overige kan de toepasselijkverklaring der genoemde artikelen den ambtenaren slechts tot voordeel strekken. Doch niet alleen hun belang, ook dat der Overheid brengt die toepasselijkverklaring mee, want ongetwijfeld zal daar, waar de arbeid verricht wordt volgens regelen die de instemming van beide partijen hebben verworven, de arbeidspraestatie beduidend hooger zijn.

De formaliteiten, die bij vaststelling of wijziging van een reglement behooren te worden in acht genomen, zijn niet van dien aard dat ook de Overheid zich daaraan niet zou kunnen houden. De bepalingen der artt. 1637 *j*, *k* en *l* zijn van dwingenden aard, doch art. 1637 *m* laat afwijking van de bepalingen van het reglement bij bijzondere, mits schriftelijke, overeenkomst toe.

Uit den aard der zaak zullen de hiervoor genoemde artikelen geen toepassing vinden wanneer bij de wet bijzondere regels zijn vastgesteld, in welke gevallen

trouwens voor eene voldoende regeling van de wederzijdsche rechten en verplichtingen wel zal zijn zorg gedragen.

Voor den werkgever is een van de voornaamste verplichtingen de uitbetaling van het loon, gewoonlijk, in verband met eene vroeger aangehaalde opvatting, wedde, traktement of bezoldiging genoemd, ofschoon de juiste opvatting uitkomt in de uitdrukking „loongrens” (in verband met duurtebijslag), „schrijver op jaarloon”.

Krachtens art. 63 Grondwet regelt de Koning de bezoldiging van alle colleges en ambtenaren die uit 'sRijks kas worden betaald, de wet die van de leden van den Raad van State, de Algemeene Rekenkamer en de rechterlijke macht, terwijl in tal van bijzondere wetten dergelijke bepalingen voorkomen, b.v. artt. 44*bis* en 131 Provinciale wet, 73, 104, 107, 136, 149, 191 Gemeentewet. Zooals wij be- toogd hebben, doen dergelijke regelingen aan het karakter van overeenkomst niet af. Eene dusdanige gebondenheid aan bestaande regelingen treffen wij thans aan bij de collectieve arbeidsovereenkomst. De leden der vakvereniging zijn gehouden de bepalingen betreffende het loon, indien zij in de collectieve overeenkomst opgenomen zijn, na te komen.

Voorzoover geen algemeen geldende bepalingen betreffende loonen bestaan, worden deze telkenmale bij speciale overeenkomst geregeld.

Bij de bepaling van het loon gaat de Overheid gewoonlijk de perken van de artt. 1637 *o* t/m *r* niet te buiten, zoodat deze bepalingen zonder bezwaar kunnen worden toegepast op degenen, die in haar dienst zijn.

Evenmin zou toepasselijkverklaring van de artt. 1638*a* t/m *u*, die over de uitbetaling van het loon handelen, bezwaarlijk zijn. Wat art. 1638*g* betreft, dient men echter in aanmerking te nemen, dat de wet van 24 Januari

1815 (*Stbl.* no. 5) (zgn. Kortingswet) ten aanzien van sommige categorieën van ambtenaren afwijkende bepalingen bevat. Wat aangaat de verplichting van den werkgever om ook bij ziekte en ongevallen voor een betrekkelijk korten tijd het loon uit te betalen, zijn er voor personen in dienst der Overheid in vele gevallen gunstiger bepalingen dan art. 1638*c* geeft, doch het laatste lid van dit artikel laat de mogelijkheid van afwijking, mits bij schriftelijk aangegane overeenkomst of reglement, steeds open. Van de bepalingen van het arbeidscontract wordt mede afgeweken door verschillende wetten, die verplichting tot inhouding van pensioensbijdragen voorschrijven, hetgeen reeds thans het geval is ten opzichte van eenige arbeiders die onder de bepalingen van het B. W. vallen, n.l. leeraren en onderwijzers aan bijzondere scholen.

De bepalingen van de artt. 1637*s* en *t* betreffende gedwongen winkelnering hebben uit den aard der zaak voor de Overheid geen zin. Ook art. 1638*s*, dat het staangeld behandelt, zal wel nooit toepassing vinden.

Van zeer groot belang zijn ook de artt. 1637*u*, *v* en *w*, daar zij de bevoegdheid van den werkgever om boete te heffen zoo aanzienlijk beperken. Voor zoover de boete het karakter van straf heeft, zal door de regeling van het arbeidscontract op de vrijheid der Overheid tot toepassing van disciplinaire maatregelen inbreuk worden gemaakt, doch, indien die maatregelen niet bij overeenkomst of reglement zijn geregeld, dus eenzijdig kunnen worden toegepast, schijnt wettelijke beperking van de bevoegdheid van den werkgever, zoo diep ingrijpend omdat het geldt inhouding van het onmisbare loon, de voorkeur te verdienen.

Behalve de thans besproken bepalingen bevat de wet er nog eenige betreffende inwonende arbeiders (artt. 1638*v* en *ij*), die natuurlijk op de Overheid niet van toepassing

zullen zijn, terwijl de bepalingen van de artt. 1638 x en z reeds uit de algemeene rechtsbeginselen kunnen worden afgeleid.

Ten slotte somt de wet in de artt. 1639 t/m 1639 d de verplichtingen des arbeiders op, artikelen, die zoo voor zich zelf spreken, dat toepasselijkheid op hen, die in dienst der Overheid zijn, niet betwijfeld kan worden.

3°. De wijze van beëindiging der dienstbetrekking is behandeld in de artt. 1639 e en volgende. Kunnen zij ook voor ambtenaren gelden? Men heeft het betwist op grond dat een ambtenaar ontslag vraagt, hetwelk hem dan op zijn verzoek door de Overheid gegeven wordt. Afgezien van het feit dat ontslag niet steeds op verzoek, doch ook door de Overheid eenzijdig gegeven wordt, kan in het vragen en daarop geven van ontslag eene overeenkomst gezien worden tot beëindiging van de dienstbetrekking, als waarop art. 1639 o doelt. In nauw verband hiermede staat de vraag of een ambtenaar ontslag kan worden geweigerd en hij dan, zooals Mr. KRABBE meent (praeadvies Jur.-Vereen. blz. 76) tot verdere praestatie verplicht is. LABAND (t. a. p. I, blz. 524) acht weigering niet toegelaten, als zijnde in strijd met de algemeene rechtsovertuiging, met gewoonterecht, terwijl het bovendien volgt uit de natuur der ambtenaarsverhouding. Want deze eischt niet bepaalde praestaties, maar neemt de geheele persoonlijkheid in beslag. Zijne vrijheid en persoonlijkheid ziet de ambtenaar nu alleen beschermd door het recht op ontslag, zonder welk recht de staatsdienst in slavernij zou ontaarden.

De conclusie, waartoe LABAND komt, zouden wij willen onderschrijven zonder echter met zijne gronden geheel te kunnen instemmen. Wij kunnen, zooals reeds vroeger betoogd is, niet aannemen dat den belangen der Overheid altijd en in alle omstandigheden hoogere gelding

toekomst dan dien harer dienaren. Daarom achten wij het uit den booze dat de Staat, zoolang niet eene wet de verplichting om de Overheid te dienen sanctionneert, een gevraagd ontslag weigert. Wenscht de ambtenaar, na gepleegd overleg, op zijn verzoek niet terug te komen, dan is de meest verkieslijke weg dat men hem ontslag geeft. Doet men dit niet, dan is hij, zooals ook Mr. KRABBE terecht meent, tot verdere praestatie verplicht, want de eenmaal gesloten overeenkomst blijft van kracht. Begrijpelijk is echter dat hij de noodige toewijding bij de uitvoering zijner taak mist en het is de vraag of de Overheid aldus niet van den wal in de sloot is geraakt, hoewel wij willen toegeven dat eene dergelijke handelwijze wel tot de uitzonderingen zal behooren. Bovendien kan een ambtenaar, als hem ontslag geweigerd wordt, de dienstbetrekking feitelijk verbreken en hiertegen zijn geen maatregelen mogelijk.

De hier besproken kwestie zou alle belang verliezen bij toepasselijkverklaring van de artt. 1639 *e* en vlg. De ambtenaar heeft dan het recht van de verschillende middelen tot beëindiging der dienstbetrekking, die de wet hem toekent, gebruik te maken. De akte van ontslag, die naar aanleiding van die beëindiging wordt uitgereikt, is, naast bewijsstuk daarvan, van administratieve beteekenis. Anderzijds geven deze bepalingen den ambtenaar waarborgen tegen onrechtmatig ontslag. Wordt hem nu ontslag gegeven onder de werking van het arbeidscontract doch in strijd met zijne voorschriften dan kan hij bij den rechter tegen eene dergelijke onwettige beslissing opkomen, welk recht hem volgens de huidige regeling niet toekomt. De rechterlijke macht acht zich niet bevoegd administratieve beslissingen in deze te beoordeelen (zie H. R. 4 Juli 1875, W. 3863 en Rb. Rotterdam 29 October 1888, W. 5655).

Eenige wetsvoorschriften zijn evenwel aan te wijzen

die de vrijheid der administratie beperken. Als zoodanig in de eerste plaats de artt. 166 en 179 Grondwet, die bepalen dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast, de procureur-generaal bij den Hoogen Raad alsmede de leden van de Algemeene Rekenkamer voor hun leven worden benoemd. Bij de wet van 1 Februari 1904 (*Stbl.* no. 25) tot wijziging van de Gemeentewet heeft men een aanvang gemaakt met de regeling van de rechtspositie van eenige gemeente-ambtenaren. De secretaris, de ontvanger en de ambtenaren van den burgerlijken stand kunnen, krachtens de artt. 95, 106 en 149 Gemeentewet, anders dan op eigen verzoek, slechts ontslagen worden indien dat ontslag met redenen is omkleed en na goedkeuring van Gedeputeerde Staten. Zoo eenigen, dan toch geven deze bepalingen een zeer onvoldoenden waarborg. Mr. OPPENHEIM (t. a. p. II, blz. 409 v.v.) komt dan ook tot de conclusie dat deze artikelen evengoed ongeschreven hadden kunnen blijven.

Zou ooit tot toepasselijk-verklaring van het arbeidscontract worden overgegaan dan zouden de waarborgen, die de Gemeentewet stelt, volkomen overbodig zijn en dus gevoegelijk tot intrekking van de destijds toegevoegde bepalingen kunnen worden overgegaan.

Gaan wij thans na op welke wijze volgens de bepalingen der wet de dienstbetrekking kan beëindigd worden, dan zien wij dat twee wijzen van beëindiging reeds in de praktijk bekend zijn n.l. door verstrijken van den bepaalde tijd (artt. 1639 *e* en *f*) en door den dood des arbeiders (art. 1639 *j*). Voorbeelden van ambtenaren, wier dienstbetrekking eindigt na verloop van den tijd bij de wet bepaald (zie art. 1639 *e*, lid 1), zijn de burgemeester, die voor 6 jaar wordt benoemd, (art. 59 Gemeentewet), de secretaris van curatoren der Rijksuniversiteiten, die voor 5 jaar wordt benoemd (art. 104, lid 3, Hooger-onderwijs-

wet) e. a. De thans geldende praktijk brengt mee dat zij vóór het verstrijken van den bepaalden tijd worden herbenoemd, welke regeling o. i. de voorkeur verdient boven die vervat in de artt. 1639 *e* en *f*, daar volgens deze de arbeider tot op het laatste oogenblik in onzekerheid verkeert, omdat eerst uit en door het voortzetten, zonder tegenspraak, van het wederom aangaan der overeenkomst blijkt.

Naast de genoemde kent de wet nog als wijze van beëindiging :

1°. de opzegging, vereischt bij overeenkomsten voor bepaalden tijd als het bedongen is of uit wet, verordening of gebruik voortvloeit; bij overeenkomsten voor onbepaalden tijd en bij die voor langer dan 5 jaar aangegaan, met inachtneming van den dag waartegen en den termijn waarmede opgezegd mag worden (artt. 1639 *e*, *g*, *h*, *i* en *v*). De gevallen, bedoeld bij de artt. 1639 *k* en *l* zijn van geen practisch belang;

2°. ontbinding door den rechter wegens gewichtige redenen (art. 1639 *w*) of krachtens art. 1303 (art. 1639 *x*). Van weinig of geen belang is de ontbinding door den rechter van de arbeidsovereenkomst van minderjarigen overeenkomstig artt. 1639 *m* en *n*;

3°. eenzijdige verbreking door een der partijen zonder opzegging of inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, hetwelk onrechtmatig is tenzij eene schadeloosstelling betaald wordt of eene dringende reden tot dusdanige handelwijze aanwezig is (artt. 1639 *o* t/m *u*).

Waar, zooals reeds is opgemerkt, de rechten van Overheid en ambtenaar in deze gelijkwaardig zijn, spreekt het vanzelf dat den laatste geen der middelen mag worden onthouden die den particulieren arbeider tot beëindiging der dienstbetrekking worden toegekend. Practische bezwaren daartegen zijn trouwens niet aan te wijzen. De

mogelijkheid van vergoeding van kosten, schaden en interessen is wel in twijfel getrokken. Maar wanneer zich het geval mocht voordoen dat hetzij de Overheid, hetzij de ambtenaar b.v. door ontbinding eener arbeids-overeenkomst schade lijdt, hetgeen in het geheel niet tot de onmogelijkheden behoort, dan is niet in te zien waarom zij niet in rechte vergoeding van die schade zouden kunnen vorderen.

Met de bepalingen betreffende beëindiging der door de arbeidsovereenkomst ontstane dienstbetrekking houdt verband die van art. 1637 *x*, regelende het concurrentie-beding, voor de hier besproken materie natuurlijk overbodig, alsmede die van art. 1638 *aa*, den werkgever verplichtende aan den arbeider op diens verzoek een getuigschrift uit te reiken. Deze laatste bepaling kan zonder enig bezwaar voor de Overheid gelden.

Uit de voorafgaande beschouwingen is af te leiden dat, hoewel de thans geldende regeling den ambtenaar in sommige opzichten in eenigszins gunstiger positie plaatst dan de wet op de arbeidsovereenkomst zou doen, deze laatste wet hem ongetwijfeld veel grooter voordeelen biedt, in de eerste plaats zijne positie hechter en duurzamer maakt dan zij thans is. Men had in 1907 dan ook het omgekeerde moeten doen van hetgeen men toen gedaan heeft en de bepalingen van den 7den titel *A* bij art. 1637 *z* ook op personen in dienst van den Staat, enz. moeten toepasselijk verklaren, tenzij eenige wetsbepaling voor hen eene speciale regeling trof. Dat zulks practisch zeer wel mogelijk ware geweest, is hierboven reeds aangetoond. Eene gelijke meening vinden wij ook bij Fick (Das Schweizerische Obligationenrecht) ad art. 362, Anm. 5 „LANGS (Der Dienstvertrag) Ansicht, dass das Dienstvertragsrecht des Obligationenrechts soweit das öffentliche

Recht keine Vorschriften aufstellt entsprechend Anwendung auch auf Beamte und Angestellte des Staates finde hat zwar in art. 362 selbst keine Stütze, ist aber aus praktischen Rücksichten sehr zu begrüßen”.

De aangegeven formule van art. 1637 z zou aan de positie van velen een vasten ondergrond hebben gegeven; zij zou hebben voorkomen dat men een hoogleeraar aan eene Rijksuniversiteit als ambtenaar, een hoogleeraar aan eene bijzondere universiteit als arbeider moet beschouwen, dus beiden staande onder geheel verschillend recht, onlogisch en hoofdzakelijk gevolg van de noodlottige scheiding tusschen publiek- en privaatrecht; zij zou ruimte hebben opengelaten voor wettelijke regeling van de rechtspositie der ambtenaren, zoo men die nog wenschelijk achtte, nu telken jare, wellicht ad calendas graecas, verschoven, terwijl voor hen, die niet in de nieuwe regeling begrepen zouden zijn, reeds terstond een wettelijke grondslag van hunne positie zou aanwezig geweest zijn.

Van het standpunt, waarop men destijds stond, is het in elk geval verkeerd geweest, gelijk ook Mr. KRANENBURG, reeds vroeger aangehaald, meent, om in het tweede lid van het geïncrimineerde artikel het voorbehoud van toepasselijkverklaring op te nemen. Voorzoover ons bekend, is deze toepasselijkverklaring niet voorgekomen. Gedeeltelijke toepasselijkverklaring schijnt onze bepaling niet te verbieden en zoo ware misschien te ontkomen aan de drukkende bepalingen der Zegelwet, daar ambtenaren de kosten van akten van aanstelling, bevordering of ontslag, alsmede de kosten op betalingsstukken vallende, zelf moeten betalen, van welke kosten art. 1637 *ij* den arbeider vrijstelt.

De vraag of eene wettelijke regeling van de rechtspositie der ambtenaren niet de voorkeur zou verdienen

boven eene regeling zooals in het B. W. voorkomt, wordt hier buiten beschouwing gelaten. Doel van dit betoog was alleen aan te toonen dat de bepaling van art. 1637 z, lid 2, B. W. niet door de gronden, die men daarvoor heeft aangevoerd, gerechtvaardigd wordt.

Februari 1917.

Mr. H. J. MORREN.

NASCHRIFT. Na het schrijven dezer bladzijden is bij K. B. van 21 Mei 1917, no. 21, eene Staatscommissie ingesteld ter voorbereiding van algemeene wettelijke regelen betreffende den rechtstoestand van burgerlijke ambtenaren.

Voorts bevat de nieuwe Zegelwet (wet van 22 Maart 1917, *Stbl.* no. 244) voor de ambtenaren bepalingen, die in vele opzichten milder zijn dan de vroegere.

Iets over wetsuitlegging.

In de laatste jaren zijn in ons land op het gebied der wetsuitlegging eenige belangrijke geschriften verschenen.

Hieronder rangschik ik niet de werken van den Hoogleeraar KRABBE. Deze prijzen wetswegschuiving aan. „Als geconstateerd kan worden dat de wet voor bepaalde „verhoudingen niet meer de heerschende rechtsovertuiging „belichaamt, dan is de heerschende rechtsovertuiging „en niet het wetrecht, waarnaar moet worden gehandeld „en waarnaar de rechter moet rechtspreken” (1). In zijn jongste werk wordt bij deze opvatting volhard. „Het „ongeschreven recht kan niet alleen het wetrecht aanvullen maar ook krachteloos maken en veranderen” (2).

Twee keer heb ik de onvoorwaardelijke verplichting van den rechter om de wet toe te passen trachten aan te toonen (3), doch thans ligt dit onderwerp buiten mijn bestek.

Zoo kras als Mr. KRABBE heeft de Hoogleeraar HIJMANS zich nimmer uitgelaten. Volgens hem zal de lezer „vooral „op het gebied van het verkeersrecht, op regelen stuiten, „die niet anders zijn dan min of meer theoretische uiteenzettingen van het een of andere rechtsinstituut” (4). Bij de generaliseerende waardeering der wettelijke regelen „heeft men ook die constructie-voorschriften als bevelen, „als normen beschouwd en behandeld”.

(1) Ongezonde Lectuur, blz. 46.

(2) De moderne Staatsidee, blz. 69.

(3) Wetsminachting. *Themis* 1895, blz. 237 vlg. Rechter en Wet, *Themis* 1909, blz. 225 vlg.

(4) Het recht der werkelijkheid, blz. 12.

Ook naar mijne meening binden zuiver leerstellige artikelen den rechter niet. Zoo mag bijvoorbeeld uit de opsomming van de wijzen van eigendomsverkrijging in art. 639 B. W. niet afgeleid worden, dat de bezitter ter goeder trouw van roerende goederen geen eigenaar wordt. Het leerstellige art. 639 bevat eene vergissing van den wetgever.

Evenwel vermoed ik, dat Mr. HJLMANS te veel bepalingen als „constructieve voorschriften” beschouwt. Mijn vermoeden is gegrond op de wijze, waarop hij het geding naar aanleiding van het testament des heeren DRUYVENSTEYNS besprak.

Deze had tot eenige erfgename ingesteld de Vereeniging tot uitbreiding der verzameling van kunst en oudheden op het Stedelijk Museum te Haarlem. Tijdens het openvallen van de erfenis had de Vereeniging de rechtspersoonlijkheid verloren, omdat de tijd verstreken was, voor welken de Koninklijke erkenning werd gegeven. Zij liet zich opnieuw erkennen en eischte daarna de erfenis op. In drie instantiën werd zij in het ongelijk gesteld.

HAMAKER had betoogd, dat eene niet-erkende vereeniging handelingsbevoegdheid miste, doch rechtsbevoegdheid bezat. Zij zoude evengoed als minderjarige eene erfenis kunnen verkrijgen, doch evenmin als deze haar in rechten mogen opvorderen. Procureur-Generaal NOYON ging met HAMAKER mee, doch de Hooge Raad besliste, dat eene niet-erkende vereeniging zoowel de rechts- als de handelingsbevoegdheid miste.

Mr. HJLMANS achtte deze beslissing onjuist, omdat zij zoude rusten op eene niet-bindende juridische constructie. Ware de meening van den H. R. gegrond op het overdachtelijk woord *rechtspersoonlijkheid*, en had hij daaruit afgeleid, dat eene niet-erkende vereeniging voor het recht

niet bestond, dan zoude Mr. HIJMANS terecht van eene juridische constructie gesproken hebben. Het verschil tusschen HAMAKER en den H. R. liep echter over de uitlegging van art. 12 der wet van 1855: vereenigingen, niet als regtspersonen volgens de wet ingesteld of erkend, kunnen als zoodanig geene burgerlijke handelingen aangaan. Deze woorden bevatten niet eene constructie, doch eene bepaling van dwingend recht. Sluit zij ook de rechtsbevoegdheid uit? Het is eene vraag van wetsuitlegging.

Mr. HIJMANS verklaarde: „m. i. is het duidelijk genoeg, dat de bedoeling is geweest om aan niet-erkende vereenigingen ook de rechtsbevoegdheid te ontzeggen” (blz. 6). Hieruit zoude volgen, dat de H. R. de juiste uitlegging gaf, nu Mr. HIJMANS niet beweert, dat de woorden in strijd zijn met des wetgevers bedoeling. Hij schoof eene dwingende wetsbepaling op zij onder de leus: juridische constructie. De persoon, die, meer oprecht dan beleefd, de geschriften van Mr. KRABBE „ongezonde lectuur” noemde, zoude wellicht de beschouwingen van Mr. HIJMANS stempelen: suspecte lectuur.

Ongetwijfeld beweegt Mr. JOHAN ISRAËL DE HAAN zich op het gebied der wetsuitlegging. Deze rechtsgeleerde *significus* is een merkwaardig veelzijdig mensch: dichter, rechtsgeleerde en, misschien bovenal, wijsgeerig taalkundige.

Onder *significa* verstaat Mr. DE HAAN de beteekenisleer der woorden. Deze is een onderdeel der taalwetenschap (1).

Rechtskundige *significa* is dus de beteekenisleer der woorden, die in de rechtswetenschap worden gebruikt. Zij blijft een onderdeel van de taalwetenschap, ofschoon hare beoefenaren uit den aard der zaak de hulp moeten

(1) Rechtskundige *significa* en hare toepassing op de begrippen: aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekenbaar. Dissertatie 1916, blz. 1.

inroepen van de rechtswetenschap. Mr. DE HAAN, zoowel rechtsgeleerde als taalkundige, is bij uitnemendheid bevoegd tot beoefening der rechtsgeleerde signfica. Evenwel, al is hij ook rechtsgeleerde, als rechtsgeleerd significus blijft hij in de eerste plaats taalkundige. Het is hem te doen om de beteekenis der rechtskundige woorden, niet om de kennis van het recht.

Hij is thans als privaatsdocent in de rechtsgeleerde signfica toegelaten aan de Amsterdamsche Universiteit en ik ben overtuigd, dat hij nog gewichtige diensten aan de rechtswetenschap zal bewijzen. Over vele woorden en uitdrukkingen zal hij een nieuw licht laten schijnen.

Evenwel is er ook een gevaar verbonden aan taalkundige beschouwingen. De verleiding bestaat om te veel gewicht aan de taal te hechten. Mr. DE HAAN is niet zoo eenzijdig om rechtsgeleerde woorden slechts te verklaren door taalregels. De beteekenis, die het woord heeft in een bepaald wetsartikel, afgescheiden van zijne afleiding en gebruik in het dagelijksche leven, wordt door hem niet over het hoofd gezien. Hij houdt zelfs rekening met de bedoeling van de makers der wet, wat uit het volgende blijkt.

Mr. DE HAAN acht het gebruik van overdrachtelijke woorden als *orgaan* en *rechtspersoon* gevaarlijk, omdat het uitlokt over idieele dingen te oordeelen, alsof ze materieele zaken waren. Hij keurt het bijvoorbeeld af om, redeneerende uit het woord *rechtspersoon*, eene vereeniging, die de rechtspersoonlijkheid verloren heeft, gelijk te stellen met een overleden persoon. In art. 11 der wet van 1855 ziet hij echter niet, als Mr. HIJMANS, een constructie. „Voor de verandering in 1855 moet de „wetgever een bepaalde reden hebben gehad. Daarover „kunnen de parlementaire stukken licht verspreiden. „Het is denkbaar, dat de bedoeling van den wetgever

„van 1855 is geweest, dat eene niet-erkende vereeniging „rechtens als niet-bestaande moet worden beschouwd. „Dit kan onderzocht worden” (1).

Toch is Mr. DE HAAN in een paar gewichtige gevallen als rechtsgeleerde significus buiten zijn onderzoekingsveld getreden.

Het opstel: Nieuwe rechtstaal-wijsbegeerte (Rechtsg. Mag. 1915) handelt over de bekentenis in het burgerlijke recht. Onder meer wordt daar de vraag beantwoord, of het antwoord: ik heb gekocht, doch betaald, splitsbaar is. De schrijver antwoordt bevestigend (blz. 262). Dit hebben bekwame rechtsgeleerden voor hem gedaan en ik zal hem hierover niet aanvallen. Wel bestrijd ik de redeneering, die hem tot dit antwoord voerde.

Hij begint met in art. 1961 B. W. in plaats van bekentenis te lezen: antwoord (blz. 459). Omdat bij het antwoord: ik heb gekocht doch betaald, het door den eischer gestelde feit volledig zoude worden erkend, zoude eene gave bekentenis zijn afgelegd en ware er van splitsing geen sprake (blz. 461).

Hiertegen voer ik aan: in het antwoord: ik heb gekocht, doch betaald, wordt het gestelde niet volledig erkend. Als betaling geëischt wordt, dan stelt de eischer gewoonlijk niet alleen, dat hij verkocht en geleverd heeft, maar ook dat de betaling niet gevolgd is. Mocht hij dit laatste eene enkele maal weglaten, dan stelt hij het toch ingewikkeld. Betaling eischen onderstelt niet betaald zijn. Al behoeft de eischer slechts verkoop en levering te bewijzen, hij stelt toch uitdrukkelijk of stilzwijgend, dat niet betaald werd. Dit rechtsgeleerde feit zag de significus over het hoofd. Uit zijne significische vondst, juist of onjuist, dat men in plaats van bekentenis antwoord mocht lezen, leidde hij ten

(1) Nieuwe rechtstaal-philosophie. Rechtsg. Mag. 1912, blz. 511.

onrechte af, dat in het gegeven geval, de bekentenis onsplitsbaar was.

Zeer duidelijk drukte Mr. DE HAAN zich niet uit. Al acht ik het onwaarschijnlijk, de mogelijkheid bestaat, dat hij slechts bedoelde af te keuren, dat in het bestaande recht deze bekentenis onsplitsbaar is, doch dan trad hij buiten zijn werkring van rechtsgeleerd significus. Te beoordeelen wie den bewijslast in de toekomst moet dragen, ligt daar buiten en behoort niet tot het gebied der „rechts-taal-wijsbegeerte”.

De tweede tekortkoming als rechtsgeleerden significus heb ik in de dissertatie gevonden. Mr. DE HAAN omschrijft het strafrecht als de wetenschap van de strafrechtelijke toerekening. Wellicht is deze definitie juist, doch zeker niet de gevolgtrekking. „Daaruit volgt de betreffelijke „overbodigheid van eene wetsbepaling als art. 37, die „eenvoudig zegt, dat geene strafrechtelijke toerekening „kan plaats hebben”. Het „schijnbaar” zoo gewichtige art. 37 zoude hoogstens eene herinnering voor den rechter zijn, dat krankzinnigen en idioten niet behooren te worden veroordeeld (blz. 215 en 228).

Mr. DE HAAN leest art. 37a strafrecht aldus. Niet strafrechtelijk toerekeningsvatbaar is hij, die een feit begaat, dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner verstandelijke vermogens niet strafrechtelijk kan worden toegerekend. Dit zoude „eene vrijwel waardelooze „tautologie zijn” (blz. 228). Niet toerekeningsvatbaar is hij, wiens daad hem niet strafrechtelijk kan worden toegerekend.

Wat zoude MODDERMAN groote oogen opgezet hebben, als hij deze wetsuitlegging had gelezen! Het was het doel van hem en van ieder ander, die tot het tot stand komen van het Wetboek heeft medegewerkt, in art. 37 en volgende te bepalen, wie niet strafbaar zoude zijn, niettegen-

staande zijne daad onder eene strafbepaling viel. De Minister zeide: „art. 37 is dus absoluut noodig voor krankzinnigen en idioten” (1). Het bedoelt te zijn een verbod aan den rechter om dergelijke lieden te straffen. Het zegt tot den rechter: als gij bevindt, dat de daad niet toerekenbaar is, omdat de dader leed aan gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis zijner verstandelijke vermogens, moogt gij hem niet straffen.

Mr. DE HAAN meent, dat zonder dit artikel de rechter idioten en krankzinnigen toch niet zoude mogen straffen (blz. 214). Hij neemt blijkbaar aan, mijns inziens ten onrechte, dat art. 37 en volgende niet zijn declaratief, doch enunciatief, en bevindt zich in het goede gezelschap van Mr. VAN HAMEL Sr. (2). Evenmin als bij de onsplitbaarheid van de bekentenis val ik hem om zijne meening aan, maar evenals daar bestrijd ik de redeneering van den significus.

Als men van de meening uitgaat, dat zonder wetsbepaling krankzinnigen en idioten als ontoerekeningsvatbaar niet mogen gestraft worden, dan zegt art. 37a een feit, begaan door een ontoerekeningsvatbare, mag hem niet worden toegerekend; eene tautologie.

(1) SMIDT, Deel I, blz. 354.

(2) Strafrecht 2e druk, blz. 368. Zie daartegen mijn opstel in T. v. S., Deel XV, blz. 35 volg.

Met dit onderwerp hangt samen, of ook bij overtredingen steeds schuld moet aanwezig zijn (blz. 28 volg). Tot groote vreugde van den Hoogleraar SIMONS antwoordde de H. R. bevestigend bij arrest van 14 Februari 1916 (W. 9958). Het beroep van den H. R. op een in ons strafrecht gehuldigd beginsel: geen straf zonder schuld, is eene *petitio principii*.

Mr. SIMONS blijft volhouden, dat altijd schuld moet bewezen worden (W. 9977). Het zal mij benieuwen of de H. R. hem ook zal volgen in het toepassen van een bewijsregel bij toerekenbaarheid, die bij culpa thuis behoort.

Is men daarentegen van oordeel met MODDERMAN, dat zonder art. 37a er zoude gestraft moeten worden, dan houdt het in een noodzakelijk verbod om te straffen. De vondst van Mr. DE HAAN, dat het strafrecht is de leer der toerekenbaarheid, en dat art. 37 eigenlijk aanvangt met: *niet strafrechtelijk toerekeningsvatbaar is hij*, beneemt het dan niet van zijne kracht. Twee keer het begrip: ontoerekenbaar gebruiken, zoude hoogstens minder sierlijk zijn.

Mijn grief is, dat Mr. DE HAAN uit eene gevonden definitie iets meer wil afleiden, dan waartoe de significus bevoegd is. De tautologie volgt niet uit de nieuwe definitie doch uit de meening van den rechtsgeleerde, dat ook zonder wetsbepaling idioten en krankzinnigen onstrafbaar zijn.

Ik verzet mij tegen de uitspraak „dat in ieder wetboek „van strafrecht een dergelijk artikel overbodig is, wanneer „het een woord bevat gelijkwaard aan een woord uit „de groep „aansprakelijk, verantwoordelijk of toerekenings- „vatbaar”. Als de wet uitdrukkelijk bepaalde, wat ik bij eene herziening aanbevelenswaardig zoude achten, dat de uitsluiting der strafbaarheid slechts mocht plaats hebben bij de in de wet genoemde gevallen, dan zoude art. 37a of een soortgelijk artikel zeker geene tautologie zijn.

Mr. DE HAAN beschouwe het bovenstaande als een bewijs van belangstelling in zijn arbeid en als eene waarschuwing van een ouden man aan een jongen geleerde, die eene nieuwe mijn ontgint, tegen overschatting van zijn werk (1).

(1) Nadat dit stukje ter plaatsing in *Themis* was verzonden, las ik het opstel van Mr. DE HAAN: *Gevaarlijke Significa* (T. v. S. 1917, blz. 286). Het bevat een aanval op twee arresten in strafzaken van het Hof te 's-Gravenhage, waarbij de dagvaardingen werden nietig verklaard. Althans de bestrijding van het tweede arrest acht ik onjuist en heeft mij bevestigd in mijne meening, dat de Schrijver

Een krachtigen aanval op de geschiedkundige methode van wetsuitlegging heeft de Hoogleraar SUIJLING gedaan (1). In de gevolgen zoude die methode angstwekkend zijn. „Zoolang de ban der historische methode op het terrein „der uitlegging niet zal zijn gebroken, zullen de menschen „in hun rechtsleven den zwaren last van vervlogen tijden „blijven torsen” (blz. 281). Zij zoude dan ook gelukkig niet toelaatbaar zijn. „Maar overeenkomstig welke beginselen zullen wij interpreteeren? Het antwoord ligt in „de enkele overweging, dat alleen het recht bindend „gezag bezit. Alle uitlegmateriaal behoort derhalve aan „het recht zelf ontleend te worden. Wie buiten het recht „uitsluitel zoekt, zou bindende kracht toekennen aan „openbaringen, die daarop geenerlei aanspraak kunnen doen gelden” (blz. 273). Halfheid kan den Hoogleraar niet verweten worden. Hij verklaart „geschiedkundige „onderzoekingen leggen waarheden bloot, die omtrent „den uitleg van onduidelijke rechtsvoorschriften nooit iets „kunnen inhouden” (blz. 278).

Hoe moeten onduidelijke artikelen verklaard worden? „Het recht worde uit het recht verklaard. In dezen „gulden regel steekt alle interpretatiewijsheid. Hij omschrijft „het materiaal, uit welke vergelijking de zin van het „onbestemde voorschrift moet worden gevonden, en hij „geeft de werkhypothese aan, die den onderzoeker bij „zijn arbeid leiden moet: de samenhang van het positieve recht”.

Uit de moderne Staatsidee zoude volgen, dat slechts de

bij wetsuitlegging niet altijd met de noodige behoedzaamheid te werk gaat. Voor een gedeelte zal hier wel aan toe te schrijven zijn zijne ondervinding: „Met mijn werk aan de rechtskundige significa vind ik geen aansluiting bij de rechtsgeleerden” (W. 10094).

(1) Wetsuitlegging en historisch onderzoek *Rechtsg. Mag.* 1915, blz. 273 vlg.

uitspraak van den onpersoonlijken Staat gezag heeft (1). Men heeft uitsluitend met den wetstekst te maken. „Wat „elk der rechtscheppende organen omtrent den inhoud „van het recht ook moge beweerd hebben, doet tot den „zin van het recht in het minst niet af” (blz. 281). Het historisch onderzoek zoude den uitlegger slechts kunnen dienen tot verificatie-doeleinden. Als dit met het interpretatiefonderzoek klopt, blijkt het dat men juist gereedeneerd heeft (blz. 279). Voor den uitlegger zoude de geschiedenis overigens waardeloos zijn. Voor Mr. SULLING vielen de wetboeken als steenen uit de lucht.

Ook ik ken slechts aan de wet rechtskracht toe. Is de wetsbepaling duidelijk, dan heeft het geen invloed of de bedoeling der rechtscheppende organen niet, of onjuist werd weergegeven. In mijn jongste geschrift heb ik twee keer op zulk een geval gewezen (2).

Gaarne geef ik Mr. SULLING toe, dat bij de „moderne Staatsidee” de wet gezag heeft als uitspraak van den onpersoonlijken Staat. Hieruit volgt echter geenszins, dat beweringen van de rechtscheppende organen tot verklaring van een onduidelijk artikel nimmer iets afdoen.

Het fundament van het door Mr. SULLING opgetrokken gebouw is: het recht worde uitsluitend uit het recht verklaard. Ik acht deze stelling onjuist.

Mr. SULLING stelt de bedoeling der wet en de bedoeling der rechtscheppende organen scherp tegenover elkaar, voor de uitlegging is de eerste alles en de tweede niets.

Wat beteekent: de bedoeling der wet? De uitdrukking wordt overdrachtelijk gebruikt. Slechts menschen kunnen

(1) Mr. SULLING verstaat onder „de moderne Staatsidee” geheel iets anders dan Mr. KRABBE. De rechtsopvatting van den laatste voert tot de „Freirechtelerei”, door den eerste zoo verafschuwd.

(2) Stellingen over het bewijs van afstamming van wettige kinderen. *Themis* 1916, blz 487 en 489.

met iets eene bedoeling hebben. De beteekenis is: de bedoeling, die een mensch zoude hebben, als hij de wet hadde gemaakt.

Wat verstaat men onder bedoeling van den wetgever? Wettelijke bepalingen kunnen door een persoon gemaakt worden: bijvoorbeeld eene ministriele verordening of eene tijdelijke verordening van een burgemeester. Wetten echter worden door den onpersoonlijken Staat gegeven. De bedoeling van den wetgever is ook eene overdrachtelijke uitdrukking. De beteekenis kan geen andere zijn dan: de bedoeling, die een mensch zoude hebben, als hij de wet hadde gemaakt.

Uit het bovenstaande volgt, dat de uitdrukkingen: bedoeling der wet en bedoeling van den wetgever dezelfde beteekenis hebben. Beroept de uitlegger zich op andere wetsartikelen, dan zal hij spreken van de bedoeling der wet, roept hij de geschiedenis te hulp, eerder van de bedoeling van den wetgever.

Moet een onduidelijk artikel uitgelegd worden, dan is een der middelen van interpretatie het opsporen van de bedoeling der wet of van den wetgever. Daarvoor staan twee wegen open. Men kan uit andere wetsartikelen afleiden de bedoeling van den wetgever, doch men kan deze ook afleiden uit het vroegere recht en de uitlatingen der rechtscheppende organen.

Er moet erkend worden: het is altijd een sprong om uit de geschiedenis van het recht en van de wet af te leiden de bedoeling van den wetgever, een denkbeeldig persoon. Doch een zelfde sprong moet gemaakt worden om uit andere wetsartikelen te geraken tot de bedoeling van de wet, dat wil zeggen tot de bedoeling van een denkbeeldig persoon.

Een voorrang tusschen deze methoden bestaat niet. Ik zeg het VAN BEMMELEN na: „Tusschen de verschillende

interpretatiën bestaat ook a priori (1) geene rivaliteit, nog eene hiërarchische verhouding". Dikwerf voeren beide methoden tot denzelfden uitslag. Sommige bepalingen kunnen slechts door de geschiedkundige methode uitgelegd worden, bijvoorbeeld de artikelen over de oorzaak bij de overeenkomsten. Andere dienen toegelicht te worden door het systeem der wet. Langs dien weg moet de vraag beantwoord worden, of het getuigenverhoor in zake onder-curateele-stelling, bedoeld in art. 494 B.W., in raadkamer dan wel op de openbare zitting moet gehouden worden. Evenwel botsingen komen voor. De redeneeringen uit het systeem der wet kunnen zoo klemmend zijn, dat eene uitlating van een rechtscheppend orgaan daartegenover krachteloos wordt. Omgekeerd kunnen deze uitlatingen zoo krachtig zijn, dat eene redeneering uit de wet waardeloos wordt, al zoude deze, als de voorgeschiedenis niet bestond, tot eene andere uitlegging voeren.

De dwaling van Mr. SULLING bestaat hierin, te meenen dat door de geschiedkundige uitlegging verbindende kracht wordt toegekend aan toestanden en uitlatingen, die aan de wet voorafgingen. Zeker slechts de wet bindt. De geschiedkundige uitlegging echter is een middel om op te sporen, wat de wet zegt. Er wordt niets aan de wet toegevoegd. Er wordt uitgemaakt, wat de wet in werkelijkheid inhoudt.

En thans een woord over „den zwaren last van vervlogen „tijden blijven torsen" als de geschiedkundige methode niet aan den kant wordt gezet. Tot nu toe leidde men dikwerf uit het vroege recht en uit de geschiedenis der wet af de bedoeling van den Staat. Wordt zodoende oud recht bestendig, dan geschiedt dit krachtens den wil van den Staat. Is dit recht zwaar te torsen, dan is

(1) Regtsgeleerde opstellen, Deel I, blz. 7.

het de plicht van hem en niet van den uitlegger om het te vervangen.

Mr. SUIJLING bepaalt er zich niet toe te stellen, dat onduidelijke bepalingen door andere wetsvoorschriften moeten uitgelegd worden, doch geeft de wijze aan, waarop dit dient te geschieden. Zijn gedachtengang is mij niet helder geworden.

„De rechtsvoorschriften dienen de maatschappij; zij „zijn op het bewerken van maatschappelijke resultaten „gericht. Iedere voorstelling van het verband van rechts- „regelen sluit dus tevens eene voorstelling van den „samenhang harer sociale gevolgen in” (blz. 275). Tegen- „strijdige resultaten wil de wetgever niet. „In de harmonie „van hunne maatschappelijke resultaten ligt dus ten „slotte het kenmerk van de duidelijkheid van dubbel- „zinnige rechtsvoorschriften”.

Hoe nu te doen, als die harmonie niet bestaat. „Vaak „kloppen de maatschappelijke oogmerken van die naast „elkander gestelde voorschriften niet. De uitlegger heeft „dan de maar ten halve volvoerde taak van den wetgever „voort te zetten. Hij make het eene economische doel „aan het andere ondergeschikt en wijze aldus de orde „en den samenhang tusschen de door den wetgever ten „deele onverbonden gelaten regels aan” (blz. 276).

Het ware wenschelijk, dat de Schrijver zijne denk- beelden door voorbeelden hadde verduidelijkt. In de toekomst bestaat daarop uitzicht. Het opstel dient toch „ter inleiding van eenige erfrechtelijke studies, aan den „uitleg van het Burgerlijk Wetboek gewijd” (blz. 285). Aanvankelijk wordt die verwachting echter teleurgesteld. De eerste studie bevat toch eene m. i. hoogst gewaagde uitlegging van de woorden van art. 910 B.W. (grammaticale interpretatie), zonder eenig verband met andere artikelen.

Arnhem, 20 October 1916.

G. WTEWAALL.

**Twee practische vragen betreffende den inhoud
van het audiëntieblad**

DOOR

MR. A. J. MARX,

Substituut-Griffier bij d. Arrondiss. Rechtbank te Amsterdam.

Behoort de summiere inhoud van getuigenverklaringen, van welke geen proces-verbaal wordt opgemaakt, en die der pleidooien in het audiëntieblad te worden opgenomen?

Het antwoord op deze vragen is geenszins van belang ontbloot, niet slechts voor den griffier, wien het eerst thans beaamde „ja” eene niet onbelangrijke vermeerdering zijner nu in den regel niet al te drukkende werkzaamheden zal bezorgen, en voor den Fiscus, welke dientengevolge ietwat meer aan rechten zal innen dan tot heden toe het geval was, maar bovenal voor het rechtzoekend publiek. Want met de officieele notuleering van bovenbedoelde getuigenverklaringen en van alle pleidooien ontstaat de mogelijkheid, van die notuleering inzage te nemen en afschrift te erlangen. Ten aanzien der enquêtes opent dit den weg tot een degeelijker voorbereiding van de contra-enquêtes dan zonder zulk een afschrift vermag te geschieden, daar immers uit den inhoud van het audiëntieblad — mits behoorlijk gemaakt — blijkt, welke verklaringen aan den rechter en aan de partijen, resp. hare vertegenwoordigers bij het verhoor belangrijk toeschenken; voorts is daarmede de weg geëvend tot meer in de gedane

verklaringen wortelende en daarop voortbouwende conclusies na enquête. Eindelijk ook zal er door de opname dier enquêtes in het audiëntieblad meer waarborg zijn, dat de vonnissen zich aansluiten bij wat inderdaad gedurende de verhooren is verklaard, waardoor ze winnen aan innerlijke waarde. En wat de pleidooien betreft, hier wordt door de notuleering de zekerheid geboren, dat de scherpzinnigheid der pleitbezorgers niet voor een goed deel wordt prijsgegeven aan de vluchtigheid der herinnering; dat de bij de mondelinge voordracht niet ten volle begrepen gedachtengang uit de opgevangen brokstukken *zooveel doenlijk* wordt gereconstrueerd en, zool niet tijdens het pleidooi, dan toch later geheel wordt begrepen, hetgeen de eerste voorwaarde is tot het toetsen zijner innerlijke waarde; een gepast eerbiedbetoon aan de pleitbezorgers derhalve, een prikkel voor hen, om zich met alle denkbare toewijding aan hunne taak te geven; eene zekerheid, althans groote waarschijnlijkheid, dat het vonnis de verwerking zal zijn van *al* den denkbaarheid, die van weerszijden bij de gedingvoering is verricht.

Evenwel: al schijnt het op bovenvermelde gronden wenschelijk, dat het audiëntieblad opensta voor de opname van den summieren inhoud der niet geverbali-seerde enquêtes en der pleidooien, daarmede is nog niet bewezen, dat volgens den wil des wetgevers die daarin eene plaats behoort te vinden.

Ons voorshands beperkende tot de enquêtes, moeten we erkennen, dat er belangrijke argumenten zijn voor niet-opname.

Immers: hoofddoel van het proces-verbaal is — aldus althans GARSONNET III, § 970, pag. 277 en 278 — voor den appèlrechter de herhaling van het getuigenverhoor overbodig te maken en die bestemming houdt op te

bestaan, wanneer er geen appèl kan worden ingesteld. De voordeelen, die het verbaal nog bovendien voor den kantonrechter mocht opleveren, worden opgewogen door de tijds- en kostenbesparing, die van het niet-opmaken het gevolg is. En wat blijft er nu over van de verwerkelijking dezer ratio legis, wanneer niettemin de getuigenverklaringen officieel genotuleerd worden? Er wordt iets aan de vergetelheid ontrukkt, dat niemand meer belang inboezemt; en daarmee tijd vermorst en ook kosten gemaakt, zij het ook — men zie de tarieven — minder dan wanneer er een proces-verbaal is. Maar bovenal: hebben we in de opname in de feuille geen wetsverkrachting te zien? Want is die feuille dan toch eigenlijk niet óók een proces-verbaal, ja *het* proces-verbaal bij uitnemendheid? Men moge uit art. 111 B. Rv. kunnen lezen, dat daarbij door den wetgever gewild is een *afzonderlijk* proces-verbaal der enquête, het stàât er geenszins uitdrukkelijk en in den gedachtengang van den wetgever van 1838, die zich de afdoening van kantongerechtszaken zeer vlug voorstelde, is het niet vreemd, dat hij zich het verbaal in appellabele zaken bij de kantongerechten in eens en in het net in de feuille ingeschreven dacht. Zòò opgevat, ware dus de opname van den summieren inhoud inderdaad eene wetsverkrachting, en onder omstandigheden eene wetsverkrachting, die het aanzien der rechterlijke macht niet onbelangrijk kan schaden. Geenszins toch is het onmogelijk, dat de griffier eenige uitlating van een getuige anders opvat dan de rechter. Des griffiers opvatting zal in het audiëntieblad worden vereeuwigd, ten spijt van de daartegen geopperde bezwaren des kantonrechters, die over den inhoud daarvan geen zeggenschap heeft en op zijn hoogst bij het plaatsen zijner handteekening een voorbehoud zou kunnen maken. Daarnà, in het vonnis,

evenwel is de kantonrechter de machthebber en zal hij den summieren inhoud der getuigenverklaringen naar *zijn* inzicht weergeven. Oneenigheid dus in den boezem der magistratuur, den rechtzoekenden in het audiëntieblad blijvend voor oogen gesteld; wellicht zelfs — bij de soms zeer vlugge afdoening een geenszins ondenkbaar geval — in één en hetzelfde audiëntieblad!

Eindelijk: de wetgever wil tijd sparen, maar hoe zou dit bij notuleering in het audiëntieblad tot uiting komen? In plaats van één verbaal, twee summiere verslagen — eerst in de feuille, dan in het vonnis —, die dan toch, willen ze niet volslagen zinloos worden, zij het ook kort en bondig, alles hebben in te houden, niet enkel wat de rechter van belang acht, maar ook wat partijen van belang vinden. De bedoeling toch, òók van zulk eene summiere opname kan niet anders zijn dan deze: den partijen de zekerheid te geven, dat het vonnis is opgebouwd, in aanmerking genomen alles, wat door haar en voor haar is te berde gebracht. Zoo zouden dus inderdaad de kleinste zaken juist de meest tijdroovende worden!

Ziedaar dan het pleidooi, dat zou kunnen worden gehouden door hem, die er op uit is te bewijzen, dat de inhoud der bedoelde enquêtes uit het audiëntieblad moet worden geweerd. Nu het tegen-betoog!

Het is allereerst eene misvatting, dat het procesverbaal in hoofdzaak moet dienen, om den rechter in appèl het houden van een getuigenverhoor te besparen. Minstens evenveel belang als die rechter in hooger instantie heeft de eerste rechter, dat de inhoud der getuigenverklaringen in finesses aan hem bekend zij en voor de constructie van zijn vonnis kunne worden gebezigd.

Ook partijen hebben daarbij belang, daar onvoldoend

of in het geheel niet genotuleerde enquêtes in eerste instantie de bron zouden kunnen worden van appellen, die nu tot voordeel van alle betrokkenen vermeden worden. Overigens, als het den wetgever enkel er om te doen ware geweest, den appèlrechter werk te besparen, dan zou hij ook wel voor enquêtes in rechtbankzaken, die niet aan hooger beroep onderworpen zijn of in processen, die in hooger beroep voor de rechtbanken dienen, het achterwege blijven van het proces-verbaal hebben voorgeschreven, wat evenwel niet is gebeurd.

Nu is het wel waar, dat tegen rechtbankvonnissen, over een object onder *f* 400.— beslissende, en tegen vonnissen, door de rechtbanken in appèl gewezen, een ruimer beroep in cassatie openstaat dan tegen inappel-labelle kantongerechtszaken, maar dat kan toch niet den doorslag geven voor het al of niet opmaken van het proces-verbaal:

1°. niet, omdat feiten geen aanleiding plegen te geven tot cassatie, en

2°. niet, omdat de cassatierechter, waar hij dan al met feiten te maken heeft, toch die feiten, wanneer er geen proces-verbaal zou zijn, in het vonnis, waarvan cassatie, zelf evengoed zou kunnen vinden als nu in het proces-verbaal. Over de overeenstemming van de getuigenverklaringen met wat hetzij in het vonnis, hetzij in het verbaal daaromtrent vermeld staat, kan geen cassatie loopen.

Het is dus onaannemelijk, dat de wetgever *enkel* of zelfs maar in hoofdzaak ter wille van den hoogeren rechter het proces-verbaal zou hebben ingesteld.

Het zwaartepunt van zijne bestemming ligt bij de diensten, die het bij den eersten rechter bewijst en onderzocht zal dus moeten worden, of die bij niet-appellabele kantongerechtszaken anders, althans geringer zijn dan

bij andere. Dat is natuurlijk in het algemeen onaan-
nemelijk. Enkel kan dit gezegd worden: de wetgever
stelt zich de kantongerechtsprocedure vlug voor. Hij
meent, dat de kantonrechter vonnis wijzen zal, versch
onder den indruk der enquêtes. Voor den kantonrechter
is dus, voorzoover die vooronderstelling des wetgevers
wordt verwezenlijkt, eigenlijk nooit een verbaal noodig;
voor de rechtbank steeds, óók dus in kantongerechts-
zaken, waarover zij in hooger beroep te oordeelen kan
hebben en in processen, welke zij in hoogste instantie
beslist.

Natuurlijk hebben we er bij dit onderzoek naar des
wetgevers bedoeling niet naar te vragen, wat er tegen-
woordig in de praktijk onzer grootestads-kantongerechten
van die door den wetgever vooronderstelde vlugheid
terecht komt.

Hij kon niet weten, dat een termijn van minstens
4 weken tusschen enquête en contra-enquête daar de
regel is; dat zoowel enquête als contra-enquête elk daarbij
nog veelal niet in ééne zitting afloopen, maar er wegens
het wegblijven van getuigen nadere dagen ter voort-
zetting worden bepaald, die eveneens een week of vier
na het voorafgaande verhoor liggen. Dan volgen dikwijls
met tergende gemoedelijkheid nog een paar conclusies
na enquête en het vonnis wordt in talrijke gevallen
eerst uitgesproken 2 à 3 maanden na het sluiten der
verhooren. De kantonrechter, die — in aanmerking
genomen ook de veelheid en veelsoortigheid der enquêtes —
onder zulke omstandigheden finesses onthield, ware een
wonderlijk creatuur, dat niet alle dagen gevonden
wordt.

Niettemin: in die vooronderstelde vlugheid der kanton-
gerechtsprocedure hebben we m.i. den oorsprong der
bepaling van art. 110 W. v. B. R. te zoeken. Maar

hierbij dient onmiddellijk opgemerkt, dat die vlugheid niet in zoo hooge mate voorondersteld, laat staan voorgeschreven werd, dat afdoening op een of twee zittingen *bevolen* is. De kantonrechter mag zich dus tijd nemen; en dat hij dit mag, is m. i. een der sterkste argumenten voor de stelling, dat hij in het audiëntieblad desverlangd al wat er in de enquête belangrijks gezegd is, moet kunnen terugvinden. Immers: al werd het in beginsel woordelijke proces-verbaal onnoodig geacht, daaruit volgt toch niet zonder meer, dat er nu niets in schrift mag worden vastgelegd, van wat voor het eindvonnis van beteekenis is. Waarom van het eene uiterste in het andere vervallen? Is het dan b.v. ook verboden in het audiëntieblad vast te leggen de later in het vonnis op te nemen naam, voornamen, beroep, ouderdom en woonplaats der getuigen en de vermelding hunner beëdiging, alle dingen, dies haast niet te onthouden zijn en toch erg moeilijk van de getuigenverklaringen zelf kunnen worden gesplitst?!

Maar er is meer!

Want nemen we aan, dat het audiëntieblad niet open staat voor den inhoud der meerbedoelde enquêtes, dan moeten we noodwendig tot een dezer beide slotsommen komen, of, dat de kantonrechter zelf aantekeningen maakt, of dat het er bij de zaken onder *f* 50.— naar 's wetgevers inzicht niet zoo erg op aankomt.

De eerste dier slotsommen is absurd, gegeven het feit, dat er is een griffier, die er overeenkomstig zijn titel en volgens art. 65 van Reglement I ter voldoening aan art. 19 der W. op de R. O. voor is aangewezen „de terechtzittingen van het begin tot het einde bij te wonen, en aldaar de pen te voeren”. Had de wetgever inderdaad bedoeld, den kantonrechter zelf met het maken van aantekeningen te belasten, dan had hij het met zoovele woorden moeten

zeggen. Wil men omgekeerd vasthouden aan het denkbeeld, dat de kantonrechter voor zich — en alleen voor zich — aantekeningen scheidt en den griffier niettemin in zijn recht van penhanteering handhaven, dan blijft niets anders over dan hem te degradeeren tot hoofdelooze schrijfmachine. Waar nu echter toch de wet hem in appellabele zaken, waarbij toch veelal grooter belangen op het spel staan, eene meer zelfstandige taak toekent, — zie art. 111¹ B. Rv. — is het onaannemelijk, dat hij, bij de behandeling van processen, waarin gèèn appèl is, tot zulk eene mate van onbeteekendheid zou moeten terugzinken. Ook dit eischte, indien bedoeld, een uitdrukkelijk wetsvoorschrift (1). En wel verre er van, dat de wet dit geeft, zien we integendeel, dat de griffier, blijkens art. 66 heeft een zelfstandig ambt met zelfstandige, *direct* uit de wet en reglementen voortvloeiende verplichtingen. Hij is niet de willooze klerk van zijn college of van den kantonrechter, doch heeft hen enkel bij te staan, voorzoover en op de wijze *als de wet* het van hem verlangt. Waar nu de wet meer dan zuinig is met nadere voorschriften op dit punt, komt het hier op neer, dat de griffier theoretisch in hooge mate zelfstandig is en voor zich zelf heeft uit te maken, hoe hij zijnen rechters en daarmede de rechtspraak het best van dienst kan zijn. In dezen gedachtengang is voor een dictaat des kantonrechters in het algemeen, en voor een dictaat tot diens persoonlijk gebruik in het bijzonder geen plaats.

(1) Des griffiers zelfstandige taak blijkt m.i. ook duidelijk uit het feit, dat bij de colleges niet alle rechters, doch slechts de president het audiëntieblad meeteekent. Ware de griffier slechts het werktuig van het college, dan moesten alle leden eener Kamer het audiëntieblad vaststellen en teekenen en niet enkel de president, wien, toch, voorzoover hij met 2 rechters zit, geen zelfstandige rechtsmacht toekomt.

Ook in al deze dingen is de praktijk afwijkend van 's wetgevers wil: den griffier wordt gedictieerd en het zal ook wel eens voorkomen, dat hij volgens des rechters aanwijzingen antwoordt op aan dezen q.q. gerichte brieven. Ik zou zelfs niet durven zeggen, dat dit misbruiken zijn. De praktijk loopt veeleer de reorganisatie vooruit, die te eeniger tijd wel eens de griffiers zal afschaffen en naar het voorbeeld onzer oostelijke naburen vervangen door aan het college of den kantonrechter ondergeschikte gerechtssecretarissen. Maar dit doet voor den gedachten-gang hier verder niet ter zake.

Blijft het andere der beide alternatieven. Het is — behoeft het nader betoog? — nog onhoudbaarder dan de voorafgaande hypothese. Kunnen we ons voorstellen, dat een voorschrift, vrijwel woordelijk overgenomen uit art. 410 C. de Pr. C. en dus gesanctionneerd door den wil van den in den geest der revolutie opgegroeiden Franschen wetgever, zou kunnen willen minder zorg-zame behandeling van kleine belangen?

Is het, sterker nog, van welken modernen wetgever ook, denkbaar, dat hij zoo iets zou willen? Trouwens! Hebben we bij de bekende betrekkelijkheid aller dingen ooit het recht, van kleine belangen te spreken? Voor menigeen is *f* 50.— en minder een kapitaal, het gemis daarvan een enorme schade. En bovendien: zelfs voor meer bemiddelden is eene zaak onder *f* 50.— soms van de meest ingrijpende beteëkenis. De goede naam en daarmede de toekomst eens werkgevers kan er mee gemoeid zijn! En — ook zoo men de quaestie enkel van de materiele zijde beziet — menige kleine zaak is een test-case, bij wier beslissing een bedrag gemoeid is, vele malen grooter dan het petitiem. Hierin is onze tijd rijker aan voorbeelden dan de periode, waarin onze wet ontstaan is. Maar onbekend in zoodanige mate, dat de wetgever de desbetreffende

gezichtspunten zou hebben uit het oog verloren, was dit alles ook in 1838 niet.

Maar vraagt de andersdenkende, ziende, dat dezerzijds nog niet al zijne argumenten de revue hebben gepasseerd: „Is dan niet inderdaad ook dat audiëntieblad een proces-verbaal, welks kolommen voor de hierbedoelde enquêtes volgens wetsvoorschrift gesloten zijn? Technisch niet, zou ik hierop antwoorden. Het proces-verbaal is, wil althans zijn, de letterlijke wedergave van hetgeen gezegd is, de tot in de kleinste bijzonderheden afdalende schriftelijke vastlegging, van wat gezien of gehoord is. Die pretentie mist het audiëntieblad. Het wil geen woordelijke mededeeling zijn van al hetgeen er ter zitting is voorgevallen. Genoeg is het, zoo de zin van het verhandelde er duidelijk en onmiskenbaar uit blijke. De tarieven spreken dan ook van „aanteekening” op het audiëntieblad; zijn inhoud mist de voor het proces-verbaal dwingend voorgeschreven contrôle, bestaande in voorlezing aan den getuige, bekrachtigd door diens onderteekening. De wetgever wenschte ten aanzien van den inhoud van het audiëntieblad tot dit laatste niet te dwingen, veeleer het aan het inzicht van rechter en griffier over te laten, of — en in hoeverre — zij voor de vaststelling eener gebeurlijkheid ter terechtzitting de hulp van partijen en getuigen behoeven. Anders dan bij enquêtes in appellabele zaken wordt er dus op letterlijkheid geen prijs gesteld. En zoo is dan ook het audiëntieblad geen proces-verbaal en mogen dus de enquêtes in niet-appellabele zaken daarin gerust eene plaats vinden, zoo uitvoerig als het voor eene goede rechtspleging wenschelijk is. Ja, sterker nog, als ze er in *mogen* staan, dan *moeten* ze er ook als regel in staan, daar anders het audiëntieblad ophoudt het beeld der zitting te zijn en niet is in te zien, waartoe het moet dienen, als het dat dan niet eens is. Wil het

maken ervan niet tot eene zinlooze formaliteit ontaarden, dan moet het alles, wat van belang kan zijn, bevatten, voorzoover het niet in de processen-verbaal gevonden wordt.

In dezen gedachtengang zou ik slechts één geval weten, waarin er van meerbedoelde enquêtes geen gewag in de feuille dient te worden gemaakt: n.l. als bij uitzondering het vonnis eens onmiddellijk na het verhoor gewezen wordt. Dan mist die opname, als mosterd na den maaltijd, allen gezonden zin en is van geenerlei belang te achten.

We komen tot het kostenargument der tegenpartij.

Inderdaad bracht de opname der niet-geverbaliseerde enquêtes in het audiëntieblad tot voor korten tijd zegelkosten — en brengt ze, bij zaken boven *f* 25.—, ook wellicht een meer aan griffierechten mede, maar dit bewijst toch niets voor de stelling, dat de enquête in de feuille moet worden doodgezwegen. Wil men die meerdere griffierechten sparen, dan ga de wetgever nog iets verder op den weg, dien hij insloeg, toen hij zaken, waarin de vordering *f* 25.— of minder bedraagt, vrijstelde van griffierechten.

Overigens zal de vermelding van den inhoud der getuigenverklaringen in de feuille toch altijd goedkooper zijn dan het opmaken van processen-verbaal. Men zie het tarief. 's Wetgevers streven naar goedkoopte komt dus toch nog tot zijn recht.

Zoo zijn we nu genaderd tot het laatste bezwaar tegen de notuleering: de dubbele en daardoor tijdroovende vermelding van dezelfde feiten op wellicht verschillende wijze, onder omstandigheden in een en dezelfde feuille.

Het feit der dubbele vermelding op zich zelf heeft niets bedenkelijks. Immers de zin van elk dier vermeldingen is een hoogst verschillende. De notuleering des griffiers wil niet anders zijn dan een waarborg voor de rechtzoekenden, dat de getuigenverklaringen op alle

punten, die hij *als deskundige* voor essentieel houdt, aan de vergetelheid ontrukkt zijn, zoodat de rechter en de partijen desverlangd in het audiëntieblad den feitelijken ondergrond voor de beoordeeling der enquête kunnen vinden. De summiere vermelding in het vonnis daarentegen is noodig, omdat de rechter niet gebonden is aan de notuleering des griffiers en hij dus in het vonnis behoort te zeggen, op welke verklaringen *hij* zijne uitspraak grondt. Die verklaringen naar 's *rechters* lezing, zijn nu weliswaar niet te voren door dezen vastgelegd, maar in het feit, dat zulk eene vastlegging door den griffier is verricht, mag een waarborg worden gezien, dat de rechter van deze heeft kennis genomen en er zich bij zijn vonnis aan gehouden heeft, tenzij hij op zwaarwichtige, zeer rijpelijk overwogen gronden, aan eigen persoonlijke herinnering ontleend, meende, er van te moeten afwijken; wat dan trouwens in de feuille door een voorbehoud, aan 's *rechters* ondertekening toegevoegd, behoort te blijken. Voor geverbaliseerde getuigenverklaringen achtte de wetgever terecht zulk eene afwijking van het door den griffier neergeschrevene ondenkbaar, omdat de voorlezing ten aanhoore des getuigen vrijwel volstreckte zekerheid geeft, dat inderdaad is opgeschreven wat de getuigen hebben gezegd.

Fraai is het nochtans niet als het relaas van den kantonrechter afwijkt van dat des griffiers; de indruk daarvan op leeken moet weinig bevorderlijk zijn voor het aanzien der justitie. Practisch kan zoodanige afwijking echter licht vermeden worden, wanneer de griffier het zich tot gewoonte maakt, zijne aanteekening omtrent iedere verklaring aan den getuige, en wie er verder aanwezig zijn, voor te lezen, aldus voor de belanghebbenden de gelegenheid openend tot verbe-

tering en aanvulling onder leiding des kantonrechters (1).

Ook aan 's wetgevers verlangen naar vlugheid der behandeling wordt door de dubbele notuleering niet te kort gedaan. Immers *ter zitting* gaat de behandeling veel vlugger dan wanneer de partijen en getuigen wachten moeten op het vaststellen van het verbaal. En vlugheid buiten de zitting gaat den wetgever weinig ter harte. Dit blijkt wel uit art. 110 B. Rv. zelf, dat den rechter veel schrijfwerk geeft.

Hiermede is m. i. gezegd, wat ten voordeele der notuleering van enquêtes kan worden aangevoerd en, naar ik geloof, is het afdoende ter weerlegging der tegenovergestelde meening.

Hierop komt het neer: een gebod des wetgevers tot die notuleering is weliswaar nergens te vinden, maar dat is ook niet noodig. Voldoende toch is het, zoo wordt beaamd, dat het beginsel — „het audiëntieblad zij het nauwkeurige beeld der zitting in haar heele verloop” (behalve, voor zoover er processen-verbaal bestaan of het voorgevallene allen toekomstigen invloed mist) — de vermelding der meerbedoelde enquêtes eischt, en dat door geen speciaal artikel die vermelding verboden is. En dit nu meen ik te hebben aangetoond. Daarbij is tevens gebleken, dat de bevrediging van des wetgevers wensch: vlugheid en goedkoopte der kantongerechts-procedure, trots de notuleering der enquêtes nog in ruime mate plaats heeft. Wat ten slotte betreft, de voordeelen, aan de bevestigende beantwoording onzer vraag ver-

(1) Het overleg tusschen kantonrechter en griffier, dat bij het vastleggen der niet-geverbaliseerde getuigenverklaringen aldus plaats vindt, kan en moet m. i. nog op menig ander gebied worden gepleegd. Allereerst bij het opnemen van mondeling voorgedragen conclusies en bij alle verhooren en strafzaken. Op laatstbedoeld terrein geldt het ook voor de collegiale rechtspraak.

bonden, die heb ik in den aanvang van dit opstel opgesomd. Zij mogen bij twijfelmoedigen den doorslag geven.

En nu de inhoud der pleidooien. Hieromtrent zwijgt de wet ten eenenmale en daarin ligt m. i. reeds een sterk argument voor de stelling, dat ook hier notuleering geboden is. Wat toch is — het zij alweer herhaald — de beteekenis van het audiëntieblad, wanneer er in beginsel niet alles in voorkomt, wat ter zitting is gezegd, wel niet woordelijk, maar toch naar den zin, zóódat de gedachtengang volledig daarin kan worden teruggevonden?

De eenige wettelijke uitzondering op dit beginsel — n.l. de niet-vermelding van hetgeen geverbaliseerd is (1) — bevestigt m. i. nog den regel, maakt het daaraan ten grondslag liggend beginsel nog meer voelbaar en doordringt ons van deszelfs bestaan.

Daartegen wordt ten aanzien der pleidooien nu nog wel eens aangevoerd, dat deze toch geen feiten, maar slechts juridische beschouwingen bevatten. In de eerste plaats is dit onjuist, want de meeste pleidooien zijn voor een goed deel niets dan levendig gekleurde feitenopsommingen. Wat er kleurig in vermeld wordt, dat wordt in den regel korter en droger al in de conclusies teruggevonden. Doch dat mag aan de notuleering in dien nieuwen vorm niet in den weg staan. De kleuring toch is eensdeels eene verfijnde en dus verbreedde, meer gedetailleerde uitwerking van het vroeger gezegde, en dus naar den inhoud *meer*; anderdeels echter is ze gewoonlijk niet min of meer dan de moreele belichting van den rechtsstrijd en dus van het allergrootste gewicht in de talrijke gevallen, waarin juridisch meerdere wegen

(1) Cf. art. 6 van het Tarief.

mogelijk zijn en dan door den rechter de moreel meest bevredigende zal worden gekozen.

In de tweede plaats echter is niet in te zien, weshalve juridische argumenten niet de eer van opneming in het audiëntieblad waardig zouden moeten worden gekeurd. „Curia novit ius” zeer zeker. Partijen behoeven, naar den zin van dat adagium, den rechter dus niet te vertellen, wat huns inziens rechtens behoort te zijn! Maar gaat de juridische bijstand van partijen, die nota bene voor alle andere dan de kantongerechten verplichtend is en die zijne meest verfijnde uiting in het pleidooi vindt, er niet juist van uit, dat „curia ius ignorat” althans eenige goede hulp noodig heeft, om hare taak, ook op zuiver juridisch terrein, naar behooren te vervullen? Is het derhalve redelijk, dat de rechter met belangstelling het pleidooi aanhoore, dan is het niet minder redelijk, dat hij onthoude tot in finesses, wat daarbij van weerszijden is aangevoerd, en *dus* ook, dat hij in het audiëntieblad een hulpmiddel hebbe, om zijn geheugen te hulp te komen.

Allicht zal ook de rechter aantekeningen maken, doch dit kan niet van hem worden verlangd. Immers zijne taak is het, tijdens de pleidooien, deze te volgen. Hij zal de achtereenvolgende uitingen der sprekende partijen door logisch verband aan één hebben te rijgen. Veelal zal hij, dit doende, in zijn denken een weinig achter zijn en *daardoor* niet letten op wat in een volgend moment wordt gezegd. De griffier daarentegen heeft *gedurende* het pleidooi die denктаak niet. Hij lette op de woorden, schrijve bij het maken zijner notities neer, wat hij hoort; het mag als los zand aan elkaar hangen, mits het maar zooveel mogelijk volledig zij. Zoo heeft elk der beiden zijn taak en door bespreking tusschen rechter en griffier, van wat een hunner in het mondeling

betoog onduidelijk mocht zijn gebleven, zeer spoedig na het pleidooi, en voordat het audiëntieblad wordt opgemaakt, kan dan wellicht worden verkregen, dat het audiëntieblad een zoowel logisch als volledig overzicht van het pleidooi bevat, dat aan het later te maken vonnis ten goede komt.

Dat de balie de noodwendigheid beseft, dat een behoorlijk overzicht van hare beweringen den rechter ten dienste sta, blijkt uit de gewoonte, bij het sluiten der pleidooien z.g. pleitnota's over te leggen. De bezwaren, aan die gewoonte verbonden, zijn overbekend. In het kort komen ze hierop neer: 1°. de pleitnota's behelzen vaak meer dan gezegd is en zijn, voorzover dat het geval is, unfair tegenover de wederpartij, die op onuitgesproken argumenten uitteraard niet kan antwoorden; 2°. ze geven anderzijds ook weer te weinig, met name niet het in 2den termijn aangevoerde, daar partijen dat in den regel tevoren niet precies weten. In ietwat minder sterke mate geldt het van den 2den termijn zooeven gezegde reeds van het antwoord in eersten termijn.

Behoorlijke notuleering der pleidooien kan die pleitnota's met de daaraan verbonden onbehoorlijk- en onvolledigheden overbodig maken. Het eenige, wat de pleiters dan nog met vrucht zullen kunnen overleggen, zijn lijsten der door hen aangehaalde jurisprudentie.

Opgemerkt zij hier nog, dat hetgeen boven omtrent de pleidooien is gezegd, natuurlijk enkel geldt voor de mondelinge toelichtingen bij de colleges. Het kanton-gerecht kent geen pleidooien. Wat zich als zoodanig voordoet, is mondeling verweer, valt onder art. 99 B. Rv. en moet dus natuurlijk in de feuille worden vermeld.

Dit neemt echter niet weg, dat zulke mondelinge toelichtingen na de conclusies *materieel* toch als plei-

dooien te beschouwen zijn. Verwacht nu de wetgever van de kantongerechtsgriffiers dat zij in staat zijn die te notuleeren, waarom zou hij dan zulks niet verwachten van de griffiers bij de colleges? Een principieel kwaliteitsverschil tusschen hun beider zaken heeft m. i. nimmer bestaan en bestaat zeker tegenwoordig niet meer, nu de grootste en moeilijkste vorderingen, betrekkelijk tot arbeidsovereenkomst, voor de kantongerechten worden uitgevochten. En wat kleinere zaken betreft, daar wordt voor den griffier van het kantongerecht de taak verzwaaard door de vaak minder groote helderheid der zaakwaarnemers, die daardoor moeilijker te volgen zijn dan advocaten.

Hiermede meen ik ook ten aanzien der pleidooien te hebben aangetoond, dat hare summiere opname in het audiëntieblad zeker geoorloofd, zoo zelfs niet door den geest der wet geëischt en voor een goede rechtspleging noodig is. Ik zou er aan kunnen toevoegen, dat ik het eene goede gelegenheid acht voor onze griffiers, die toch voor het meerendeel de rechters der toekomst zijn, om zich door de notuleering der enquêtes en pleidooien en zorgvuldige uitwerking daarvan, te oefenen in het vlug opvatten en begrijpen van het ter zitting behandelde. Het is een kleine vergeestelijking van hunne overigens ietwat doodsche en machinale taak, en zal derhalve, naar mag worden aangenomen, door de meesten hunner, trots het meerder werk, met vreugde worden begroet.

Ten slotte deze opmerking. De wijze, waarop de audiëntiebladen gehouden worden, is natuurlijk, speciaal ten aanzien van de hier behandelde punten, zeer verschillend bij de onderscheiden gerechten. Notuleering der enquêtes, bedoeld in art. 110 W. v. B. Rv., zal zeker nog al eens voorkomen; het uitwerken van plei-

doeien misschien ook wel eens, maar dan toch zeker heel zelden. Mocht de wenschelijkheid dier notuleering ter bevoegder plaatse voldoende beaamd worden, dan ware het misschien niet moeilijk, door eene instructie aan de griffiers of zoo dat noodig mocht zijn, door wijziging van het Reglement die wenschelijkheid tot werkelijkheid te maken. Wil men daarbij het verrichten van monnikenwerk vermijden, dan zou kunnen worden bepaald, dat de notuleeringen, tijdens het getuigenverhoor gemaakt, en daarbij door kantonrechter en griffier gewaarmerkt, als deel van het audiëntieblad kunnen worden beschouwd en daaraan worden gehecht, gelijk zulks nu al pleegt te gebeuren met de schriftelijke conclusies.

Het arrest van den Hoogen Raad van 31 December 1915, W. v. h. R. n^o. 9947, aangaande de bevoegdheid van de rechterlijke macht krachtens art. 2 der Wet op de Rechterlijke Organisatie.

I.

In de vergadering van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 November 1871 nog eens sprekende over de grens tusschen „de bevoegdheid van den burgerlijken en administratieven rechter” gaf THORBECKE als zijn gevoelen te kennen, dat „de burgerlijke rechter zich zeer dikwijls bevoegd heeft verklaard, waar aan die bevoegdheid wel te twijfelen viel”. Aan welke bevoegdverklaringen van twijfelachtige juistheid de Minister dacht, blijkt uit zijn daarna gegeven uiteenzetting: „De Grondwet zegt, dat schuldvordering en andere burgerlijke rechten uitsluitend ter kennismeming van den burgerlijken rechter zijn. Welnu, schuldvordering kan uit een privaatrechtelijken, maar ook uit een publiekrechtelijken grond ontstaan, en wanneer nu de burgerlijke rechter, omdat het eene schuldvordering is, zich bevoegd verklaart, dan loopt men gevaar dat verwarring van attributen ontsta.”

Toegepast op de bevoegdheid van de rechterlijke macht krachtens art. 2 van de Wet op de R. O., voert dezelfde gedachtengang verschillende schrijvers van groot gezag tot de leer, dat, naar de bedoeling van den wetgever, de rechterlijke macht zich in geschillen over eigendom, of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten onbevoegd heeft te verklaren, telkens wanneer de rechtsverhouding van partijen van publiekrechtelijken aard is. De rechter heeft dit inzicht niet gedeeld. De Hooge Raad spreekt dan ook geen onbevoegdverklaring in deze geschillen uit op den enkelen grond, dat de rechtsverhouding der partijen van publiekrechtelijken aard is (1). Dat de opvatting van

(1) De verhandelingen van Prof. Mr. E. M. MEIJERS en van Mr. L. VAN PRAAG in het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie, respectievelijk No. 2439 en No. 2450, dwingen mij tot deze voorzichtige uitdrukking. De gangbare tegenstelling, dat het voorwerp of de grondslag van een geschil beslissend is voor de competentie van den rechter, wordt door deze schrijvers ondeugdelijk genoemd. Ik betoog niet meer, dan dat een onbevoegdverklaring in bovenbedoelden zin (historisch) onjuist zou zijn en vraag dus niet op welke verschillende gronden de rechter zich bevoegd verklaart.

den rechter ook juist is in historischen zin, kan nog nader worden bewezen.

Het standpunt van den Hoogen Raad werd, in den laatsten tijd met een beroep op art. 2 der Wet op de R. O., onder de werking der ongewijzigde Grondwet van 1815 en in aansluiting aan haar art. 165 tot stand gebracht, — vroeger ook met een beroep op art. 148 van de Grondwet, zooals deze in 1848 was gewijzigd, — meer medegedeeld dan gemotiveerd.

Meermalen werd volstaan met een uitdrukkelijke verklaring als deze: dat, hetzij de betwisting van het vol en vrij genot van het regt van eigendom is gegrond op een beweerd burgerlijk regt, hetzij op een staatsregt, niettemin het geding tot handhaving van het volle en vrije eigendomsregt is een geding daarover, en mitsdien, naar art. 148 der Grondwet, onderworpen aan de kennisneming en beslissing der regterlijke macht (1).

Van een eisch tot teruggaaf van hetgeen beweerd werd onverschuldigd betaald te zijn, wordt gezegd (2), dat ook al heeft de betaling moeten dienen tot voldoening eener vermeende schuld van publiekrechtelijken aard, daaruit niet volgt, dat de vordering tot teruggave zou ophouden eene schuldvordering te zijn, zoodat ook dit twistgeding werd geacht bij uitsluiting te behooren tot de kennisneming der rechterlijke macht. Het arrest van den Hoogen Raad van 20 December 1907, W. v. h. R. 8641 (3) betreffende het salaris van een Schiedamschen gemeente-onderwijzer overweegt in denzelfden zin, dat een eisch tot betaling der bezoldiging van een openbaar onderwijzer aanleiding geeft tot een twistgeding over een schuldvordering en dat de vraag of de gevorderde som door de burgerlijke gemeente al dan niet in haar geheel is verschuldigd, door den burgerlijken rechter moet worden beoordeeld. Herhaaldelijk, in verschillende bewoordingen, is het verweer van incompetentie door den Hoogen Raad verworpen, maar met welke uitdrukkingen ook, zich beroepende òf op de ongewijzigde Grondwet van 1815 òf op een der latere redactie's, nadere argumenten vindt men nooit.

Het treft na de lezing van zoovele, eenigszins lakonieke overwegingen ten aanzien van de bevoegdheid der rechterlijke macht, dat de raadsheeren, die de verantwoordelijkheid zouden dragen voor het als titel van deze verhandeling genomen

(1) Arrest van den H. R. van 22 Maart 1861, W. v. h. R. 2259.

(2) Arrest van den H. R. van 30 Juni 1914, W. v. h. R. 9197.

(3) Van een nadere bespreking der Nederlandsche jurisprudentie zie ik af na hetgeen hieromtrent is medegedeeld door Mr. L. VAN PRAAG in het W. v. h. R. 10000 en na kennis te hebben genomen van de reeds genoemde verhandelingen in het W. v. P. N. R.

arrest, meenden de juistheid van een gevestigde jurisprudentie historisch te moeten aantonen.

De breede historische opzet van het arrest was zeker gerechtvaardigd, omdat de bestrijders van het door den Hoogen Raad ingenomen standpunt, meestal met erkenning van de nuttige werking der vaste jurisprudentie, de ondeugdelijkheid van het inzicht uit de rechtshistorie meenen te kunnen aantonen en zich ook wel hebben veroorloofd met zekeren spot te spreken (1) van de „vermoedelijke bedoeling en den waarschijnlijksten gedachtengang van de samenstellers der Grondwet van 1815” waarop de jurisprudentie zou zijn gebouwd.

Nu het arrest van 31 December 1915 breder argumenteert, blijkt, dat ons hoogste rechtscollege medegaat met de opvatting, dat art. 165 van de ongewijzigde Grondwet van 1815 werd opgenomen om te breken met het stelsel der Fransche Administratie, waarbij deze de beslissing aan zich trok van alle geschillen, waarin de belangen van den Staat met die van bijzondere personen in botsing kwamen.

De Hooge Raad ontkent echter, dat de Grondwet van 1815 toen tevens een zuivere onderscheiding heeft gemaakt tusschen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke geschillen, waarvan het gevolg zou zijn geweest, dat slechts privaatrechtelijke geschillen vielen binnen de sfeer van den burgerlijken rechter. De redeneering is deze, dat in art. 165 der Grondwet van 1815 niet alleen de Administratie onbevoegd is verklaard om te rechten in haar geschillen met particulieren, maar dat dit artikel tevens de uitsluitende (2) bevoegdheid der rechterlijke macht vaststelt. Is het te beschermen recht een eigendoms-

(1) W. B. A. 3512.

(2) Men meent algemeen, dat de woorden van art. 165 der ongewijzigde Grondwet van 1815 „bij uitsluiting” bedoelen „bij uitsluiting der administratieve macht”. Het zal wel zoo zijn, maar het is dan vreemd, dat iets geheel anders is opgeteekend in de Aanteekeningen van het verhandelde over de Grondwet van 1815, gehouden door Mr. C. F. VAN MAANEN, blz. 115 en 116.

DOTRENGE vroeg waartoe die woorden „bij uitsluiting” moesten dienen en de president geeft het antwoord: „om te doen zien, dat er geene hoge heerlijke jurisdictien meer zijn”, maar hij geeft toe, dat men in Nederland bij deze uitdrukking geen belang meer heeft. (THORBECKE's groote steun!) De uitdrukking bleef echter behouden, omdat: „als wij het nu uitlaten zal het misschien aanleiding geven aan sommigen om te denken, dat vermits er voor ons hoop is tot herstel van heerlijke regten, ook de hoge heerlijkheden zullen hersteld worden en dit willen wij niet”. Uit de bronnenverzameling, uitgegeven door Dr. H. T. COLENBRANDER: Ontstaan der Grondwet, Tweede Deel 1815, blz. 283, blijkt, dat een andere redactie luidde: . . . (met uitsluiting) van alle andere tot nu toe bestaan hebbende geregten. Zie ook COLENBRANDER 1815, blz. 286.

recht of een schuldvordering, dan is de verklaring van onbevoegdheid, op grond dat de rechtsverhouding der partijen van publiekrechtelijken aard is, uitgesloten.

Een aanwijzing voor de juistheid dezer jurisprudentie, wanneer gevraagd wordt naar de bedoeling van den grondwetgever van 1815 en van den wetgever van 1827 is te vinden — het blijkt reeds uit den inhoud der overwegingen van het hier behandelde arrest — in de historie onzer wetgeving. Eenige oude rechterlijke uitspraken geven haar nieuwen steun.

* * *

Art. 165 van de Grondwet in zijn redactie van 1815 is geredigeerd door GENDEBIEN en LE CLERCQ. Dit blijkt uit een mededeeling van DOTRENGE, medelid der Staatscommissie in zake den bouw der Grondwet van 1815, die op 9 April 1827 in de 36e „zitting” (zooals de term toen nog luidde) der Tweede Kamer van de Staten-Generaal aangaande art. 165 der Grondwet zeide: „Cet article encore est l'un de ceux, qui furent ajoutés à la Constitution de 1814 par la Commission de révision. Il le fut nommément à la demande et d'après la rédaction de M. M. GENDEBIEN et le CLERCQ (NOORDZIEK, Handelingen Tweede Kamer 1826-1827, blz. 352).

Het is derhalve van enig belang na te gaan met welke bewoordingen GENDEBIEN de bedoeling van het art. 165 der Grondwet omschrijft. Hij doet dit in een redevoering, waarop in de litteratuur reeds meermalen de aandacht werd gevestigd (1), bij gelegenheid van de behandeling van het wetsontwerp aangaande de overbrenging en afdoening van contentieuse zaken bij het regterlijke gezag. Vermeldende dat art. 1 van dit wetsontwerp klaarblijkelijk betrekking heeft op art. 165 der Grondwet, omschrijft hij het aldus: L'art. 1er abolit, en masse, les conflits positifs, qui paralysent l'action du pouvoir judiciaire, dans des contestations sur la propriété, sur des créances ou sur des droits civils. De hierin uitgedrukte opsomming van rechterlijke bevoegdheid is geheel in overeenstemming met

(1) Het eerst door Mr. ARNTZENIUS in de Bijdragen tot de kennis van het Staats-, provinciaal- en gemeentebestuur in Nederland 1880, blz. 274 en later door Mr. H. Vos in diens nog immer belangrijk academisch proefschrift, blz. 236. Op de preciese omschrijving van den inhoud van art. 165 der Grondwet door GENDEBIEN werd echter toen terecht niet gewezen, omdat nog niet was geconstateerd, dat GENDEBIEN het artikel had geredigeerd. Door de toevallige ontdekking van het auteurschap van GENDEBIEN en le CLERCQ blijkt nu ook, dat de Fransche tekst van art. 165 der Grondwet 1815 de oorspronkelijke is. De bovenbedoelde redevoering in den oorspronkelijken tekst is te vinden in J. J. F. NOORDZIEK: Handelingen der Tweede Kamer der Staten-Generaal 1815—1816, blz. 410.

de Koninklijke Boodschap (1), welke het bovenbedoelde wetsontwerp begeleidt.

„Het is bekend”, zoo luidt de aanvang, „dat in de wetgeving, die in de Nederlanden tot op derzelver laatste herstelling plaats vond, een aantal zaken, onder de benaming van contentieux, en dus tot de rechten der belanghebbende partijen betrekkelijk, door de Raden van prefecture en, in cas d'appél, door den Staatsraad onderzocht en beslist werden. Maar de Grondwet laat dusdanige overschrijding der grenzen van het rechterlijk gezag door de administratieve autoriteit geenszins toe; en voor het vervolg lijdt het ook geen twijfel of alle geschillen zonder onderscheid, iemands eigendom ten onderwerp hebbende, moeten voor den bevoegden rechter gebracht en behandeld worden”.

Hier wordt dus eene aanwijzing gegeven, dat het niet de bedoeling is geweest van de bekende wet van 1816, omtrent de overbrenging en afdoening van contentieuze zaken bij het rechterlijk gezag, om slechts de civielrechtelijke geschillen, iemands eigendom ten onderwerp hebbende, aan de administratieve collegien te onttrekken en hun de publiekrechtelijke te laten. Van deze scheiding is hier althans allerminst sprake. Ook de Fransche tekst der considerans, behoorende bij dit wetsontwerp, somt op: . . . contestations sur la propriété et les droits qui en dérivent sur des créances ou sur les droits civils.

Evenmin spreekt het Algemeen Verslag der Centrale Afdeling, uitgebracht in de zitting van 29 Mei 1816, van eenige beperking der competentie, wanneer men daar leest (2):

Onder die verordeningen onzer Grondwet, waarop elk welkend Nederlander den hoogsten prijs moet stellen, bevindt zich voorzeker ook art. 165, bij hetwelk bepaald wordt, dat alle geschillen, *zonder onderscheid*, over eigendom of daaruit voort-spruitende regten, over schuldvordering of burgerlijke rechten, uitsluitend tot de kennisneming der regterlijke magt behooren. Dit grondbeginsel, waarvan de stipte inachtneming eene der zekerste waarborgen voor de burgerlijke vrijheid oplevert, komt ook overeen met onze voorvaderlijke wetten en gewoonten. In verre de meeste Nederlandsche provinciën is de behandeling en beslissing van *contentieuze* zaken bij administratieve collegien en autoriteiten eerst op het tijdstip van derzelver inlijving in Frankrijk bekend geworden. Bij de Fransche wetgeving toch, was de kennisneming aan een groot aantal uit haren aard regterlijke geschillen, onder den naam van *contentieux administratif*, aan de Raden van prefecture, en in cas d'appél, aan den Staatsraad opgedragen; en de administratieve autoriteit, ten allen tijde genegen om haar gezag en werkkring uit te breiden, en door den steeds toenemenden geest van overheersching van Frankrijks opperhoofd daartoe des te meer uitgelokt, wist dagelijks,

(1) NOORDZIEK: Bijlagen van het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer 1815-1816, blz. 259.

(2) NOORDZIEK, idem, blz. 260.

door het opwerpen van zoogenaamde *conflicten van attributien*, meer en meer alle soorten van twistgedingen aan de regterlijke magt te onttrekken en aan hare eigene beslissing te doen onderwerpen.

De duidelijke letter der Grondwet maakt zoodanige overschrijding der grenzen van het regterlijk gezag door de administratieve autoriteit voor het vervolg onmogelijk; alle geschillen zonder onderscheid, iemands eigendom of burgerlijke regten ten onderwerp hebbende, moeten voor den bevoegden regter worden gebragt en behandeld.

* * *

Een tweede maal komt de kwestie uitvoeriger ter sprake, naar aanleiding van een ontwerp van wet op de zamenstelling der rechterlijke macht voor het Koninkrijk der Nederlanden, ingezonden bij Kon. Boodschap van 24 Januari 1827 (1). Het tweede artikel luidt:

La connaissance et le jugement de toutes les contestations, concernant la propriété et les droits, qui en dérivent, des créances et des droits civils, sont déferés aux autorités judiciaires.

Met eene andere omschrijving dan is gebruikt in art. 165 Grondwet 1815 wordt hier gezegd, dat het niet alleen de bedoeling is de administratie te weren van het gebied van het civiel recht, maar tevens om met een opsomming de bevoegdheid der rechterlijke macht te bepalen. Hier toch staat in den Fransche tekst: des créances „et” des droits civils. In het proces-verbaal van de vergadering der eerste sectie, waarin over dit onderwerp is beraadslaagd, vinden we deze meening terug:

Qu'on examine les contestations portées devant les tribunaux, elles ont toutes pour objet la propriété ou les droits, qui en dérivent, ou des créances ou des droits civils, soit que ces droits résultent des actes de l'autorité administrative, soit qu'ils résultent de la loi, ou des conventions entre les parties; elles sont donc dans les attributions du pouvoir judiciaire.

Maar ook de Regeering in haar „memorie van antwoorden” (2) wil van geen beperking der rechterlijke macht weten en verdedigt alleen het opwerpen van een conflict, wanneer de rechter den gang der administratie zou belemmeren. Gelukkig geeft zij daarvan dadelijk een voorbeeld, waaruit blijkt, dat de Regeering wil verhoeden, dat de rechter de taak der administratie, als zoodanig, zou willen overnemen. Het volgende immers wordt, naar aanleiding van art. 2, door haar opgemerkt:

(1) Behandeld in de zittingen van 4-7, 9 en 10 April 1827. In de zitting van 9 April werd ontvangen een Kon. Boodschap, houdende bericht der intrekking der artt. 3, 4 en 5 van het wetsontwerp, handelende over de conflicten. (NOORDZIEK 1826-1827, blz. 99 en 255 vlg.; het ontwerp van wet in de Bijlagen blz. 314, 381.)

(2) NOORDZIEK, Bijlagen 1826-1827, blz. 439.

Dit artikel omschrijft in duidelijke bewoordingen, als eene inleiding, alles wat, volgens de voorschriften der Grondwet, bij uitsluiting tot het regterlijk gebied behoort, namelijk de beslissing van alle geschillen over eigendom en daaruit voortvloeiende regten, over schuldvorderingen of burgerlijke regten, en de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen.

Na alzoo te hebben aangeduid welke de bemoeienissen zijn, die de wet aan de regterlijke magt opdraagt, moest men, door de ondervinding geleerd, in het geval voorzien dat eenig regterlijk collegie zich de beoordeeling mogt aanmatigen van onderwerpen, die kennelijk tot het administratief gezag behooren, zooals bijvoorbeeld de *verdediging* der lasten, en alles wat volgens art. 222 der Grondwet *het beheer en toezigt* over heemraadschappen, dijken en polders betreft, en andere zaken van dien aard.

Bij de behandeling der artikelen over de conflicten zet de Regeering haar bedoeling nader uiteen. Men had opgemerkt, dat ook in eigendomskwesties conflicten van attributie zouden kunnen worden opgeworpen. Dezulken werden echter door de Regeering gerustgesteld. Want, zegt de Regeering, ter verdediging van haar — later ingetrokken — conflictenregeling (1).

Indien het geschillen geldt over eigendom of daaruit voortvloeiende regten, of over schuldvorderingen of burgerlijke regten, dan heeft de wetgever *geen* vermogen die aan de kennisneming der regterlijke magt te onttrekken, omdat de Grondwet haar die bij uitsluiting heeft opgedragen.

Doch men verlieze niet uit het oog, dat van die soort van geschillen in geenen deele de rede is; maar dat er, volgens de strekking van dit artikel, dan een conflict bestaat, wanneer men beweert dat de regterlijke magt wil erkennen van geschillen, welke *niet* betreffen *den eigendom of daaruit voortvloeiende regten*.

Men vermeene, slechts tot voorbeeld, dat bij art. 222 der Grondwet, de bestaande reglementen betrekkelijk de heemraadschappen, polders en dijksbesturen zijn gehandhaafd; dat die reglementen medebrengen het bijdragen tot zekere lasten, het toelaten van zekere werken en andere verplichtingen, welke verwaarlozing of niet-nakoming eene geheele landstreek met hare bewoners kan in gevaar brengen.

Wanneer in *zoodanige* materie (en het mangelt niet aan voorbeelden), de regterlijke magt zich de kennisneming daarvan aanmatigt, over den omslag der lasten oordeelt, het afbreken van werken beveelt, dan bevindt zij zich *niet* in de termen van art. 165 der Grondwet; dan erkent zij *niet* van eigendomsregten, maar van handelingen, welke de Grondwet aan eene andere *even constitutionele magt* heeft opgedragen; en dan behoort er in de maatschappij toch wel eene autoriteit te bestaan, die tusschen beide treedt en tusschen deze beide magten beslist en aan wien anders dan aan den Koning kan die beslissing toekomen?

(1) NOORDZIEK, Bijlagen 1826-1827, blz. 446 en 447.

Vervolgens zijn de mondelinge debatten aan de beurt inlichtingen te verstrekken. Op den 4en April 1827 hield de heer DONKER CURTIUS een groote redevoering tegen het voorgedragen stelsel om den Koning de beslissing toe te kennen over gerezen conflicten. In zijn betoog vindt men deze passage (1):

C'est ainsi que je comprends notre Loi fondamentale, qui a confié au Roi tout le pouvoir exécutif, excepté l'autorité judiciaire, qui a indubitablement fixé qu'il ne serait jamais juge, mais que les jugemens seraient prononcés en son nom; qui exige clairement et en propres termes, que le pouvoir judiciaire soit exercé par les tribunaux; qui assujettit la connaissance de toutes contestations sur des propriétés et des droits qui en résultent et sur des droits civils à ces tribunaux.

Ook de afgevaardigde DUMONT (2) zegt:

La paisible possession et jouissance de ses propriétés sont garanties à chaque habitant, porte la Loi Fondamentale; personne, statue-t-elle encore, ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne. Dans quel chapitre a-t-elle placé ces dispositions tutélaires? Dans celui de la justice, et pourquoi? Parce qu'il est un principe de droit public, tellement vrai, tellement incontestable, qu'il est devenu un axiome trivial, savoir: que les tribunaux doivent être la sauve-garde des propriétés et de la liberté individuelle.

Veel gewicht ten slotte mag gehecht worden aan de meening van DOTRENGE (3), het Kamerlid, dat in de Commissie voor de Grondwetsherziening kennis heeft kunnen nemen van wat als ratio legis achter de woorden verscholen ligt. Hij vooral geeft uitdrukkelijk aan, dat de rechterlijke macht wel kennis neemt van alle eigendomsgeschillen, maar nooit aan de Administratie iets mag voorschrijven:

Sans doute, il est des objets, qui ne sont point de la compétence de l'autorité judiciaire; mais cela même, le cas échéant, est une contestation, qui doit être jugée contradictoirement et *juris ordine servato*. Hors de là tout est arbitraire. Si l'autorité administrative, réglant l'alignement d'une route, a décidé qu'elle passerait à travers de mon jardin, ou même de ma maison, l'autorité judiciaire aurait tort de s'attribuer, sur ma plainte, le droit de prescrire un autre alignement à l'autorité administrative, et je ne crois pas qu'elle y soit jamais tombée. Mais si, ce qui arrive souvent, l'autorité administrative s'empare de mon bien sans me le payer, ou sans m'en payer la juste valeur, elle ne doit pas avoir le droit qu'elle s'arroge, quand elle le veut, de m'empêcher d'obtenir justice contre elle.

* * *

(1) NOORDZIEK, Handelingen 1826—1827, blz. 264.

(2) Idem, blz. 295.

(3) Idem, blz. 352.

Nergens wordt in deze stukken, zoo zou de conclusie kunnen luiden, aan den rechter voorgehouden zich in bepaalde gevallen onbevoegd te verklaren in geschillen, die „iemand's eigendom ten onderwerp hebben”, die „den eigendom betreffen”, bijv. op dezen grond dat de rechtsverhouding der partijen van publiekrechtelijken aard is of de rechtsvordering wortelt in het publieke recht.

II.

In de tweede plaats mag eenige aandacht gevraagd worden voor de jurisprudentie in ons land uit de jaren 1815—1821. Het Hoog Gerechtshof te 's-Gravenhage, Hof van Appèl in Noord-Nederland (1), oordeelde in die jaren geheel vrij over zijn rechtsmacht. Wel was het Hof in de gelegenheid om op het hem herhaaldelijk voor gehouden verweer van incompetentie wegens den aard van het geschil in te gaan, maar het meende daartoe niet te mogen besluiten in geschillen, die den eigendom betroffen, ook dan niet wanneer een overheidshandeling aanleiding gaf tot het geschil.

Wat den grond der bevoegdverklaringen betreft, zou met Prof. Mr. E. M. MELJERS, W. P. N. R. n°. 2439, kunnen worden gezegd, dat evenzeer als later de Hooge Raad ook het Hof uit den grondslag der vordering het recht lichtte, welks krenking beweerd wordt en dat het Hof dit recht voor de bevoegdheid beslissend verklaarde. Voor mijn doel is voldoende dat het Hof geen incompetentie uitsprak op grond van den aard der rechtsverhouding van partijen (2).

* * *

Burgemeesteren (3) van 's-Hertogenbosch verstrekten een Commissaris van politie der stad de last om het bedrijf te stuiten

(1) Bij besluit van 1 December 1813 (later uitgegeven in het Staatsblad der Vereenigde Nederlanden 1813, no. 3), namens het Algemeen Bestuur der Vereenigde Nederlanden onderteekend door den Secretaris-Generaal A. R. FALCK, werd de naam van het Keizerlijk Hof te 's-Gravenhage veranderd in dien van Hoog Gerechtshof der Vereenigde Nederlanden. Na de vereeniging met België kwamen er drie Hooge Gerechtshoven als Hoven van appèl te Brussel, Luik en 's-Gravenhage.

(2) Medegedeeld wordt de op dit punt volledige jurisprudentie van het Hoog Gerechtshof te 's-Gravenhage van 1815—1821. Het onderzoek in het archief van het gerechtshof te 's-Gravenhage, waar het archief van het Hoog Gerechtshof ook na 1838 bleef bewaard, heb ik niet na het jaar 1821 doorgezet, omdat sinds 1822 door het conflicten-besluit de vrije rechtspraak in zake rechterlijke competentie werd opgeheven.

(3) Ik achtte het niet noodig overal, waar de oude woordenkeus, schrijffrant en spelling is gebezigd, aanhalingsteekens te plaatsen. Het verschil met onzen tijd blijkt duidelijk genoeg.

van de eigenaars van de gebouwen de „Drie Rozen”, alwaar deze geheel op hunnen eigen grond en zonder aanraking van eenige naastbelendende gebouwen in den jare 1816 een Ros-oly-molen hadden opgericht, welke zij sedert dien exploiteerden. Op Vrijdag 30 Januari 1818 heeft daarop de Commissaris van politie de wel of ronsel van de molen met een ijzeren ketting vast gesloten en alzoo de werking der molen belet. In kort geding requireeren de eigenaars van de molen dat deze openbare schennis van het recht van eigendom op staande voet zal worden afgedaan en de schade zal worden hersteld, tegen welken eisch de Burgemeesteren bij den President van de Regtbank te 's-Hertogenbosch aanvoeren, dat de zaak reeds administratiefelijk hangende is, zoodat naar hun inzien de eischers in hunne conclusies niet ontvankelijk zijn, hetgeen nog te meer zou moeten worden verklaard door den rechter nu immers de handelwijze van requiranten strijdig is met de goede orde en den eerbied, welke burgers aan hunne regering, die hier geen personeel belang bedoelen kan, verschuldigd zijn. Reeds op 4 Februari 1818 komt des presidents uitspraak:

Wij President voornoemd.

Bevelen, dat de voorz. stoornis dadelijk zal worden opgeheven; dientengevolge verklaren dat de gedaagden zullen gehouden en verplicht zijn, den ketting, waarmede op hun last de wel of ronsel van des eischers molen is vastgesloten, dadelijk immers binnen 24 uren na inventuacie dezer ordonnantie te detachceeren en los te maken, zoo niet autoriseren de eischers om zulks ten koste van de gedaagden te effectueeren; alles onverminderd een ieders recht ten principale en met reserve van alle schaden, interessen en kosten, gehad en geleden of te hebben en te lijden.

Reeds 19 Februari 1818 komen Burgemeesteren in appèl. Zij brengen daarin de incompetentie van het Hof in deze materie ter sprake, waartegenover de eigenaars van den molen het hebben over de eigendunkelijke stoornis der appellanten van het aan hen toekomende eigendomsrecht. Het is dit recht, dat door het Hof bij arrest van 28 October 1818, gewezen door de 1ste Civile Kamer, wordt beschermd door handhaving van de uitspraak van den president. De volgende overwegingen doen daarbij dienst.

Gezien artt. 164 en 165 van de Grondwet van dit Koningrijk en art. 544 van het thans nog vigerend burgerlijk wetboek en art. 866 van het wetboek van burgerlijke regtspleging.

Overwegende voorts met opzigt tot de door de appellanten geproponceerde exceptie van incompetentie; dat de onderhavige questie regardeert de uitoeffening der regten van eigendom aan de ten processe vermelde ros-olymolen door de geïntimeerden in den jare 1816 binnen de stad 's-Hertogenbosch opgericht en is van een urgenten aard hoedanige questie bij uitsluiting tot

de cognitie en beslissing der regterlijke magt behoort, en teregt in referé is gebracht.

En overwegende eindelijk ten principale dat de appellanten bij hunne besluiten van den 10en December 1816 en 18 April 1816 achtereenvolgens hun besluit van den 24en Januari 1818 feitelijk ter executie gelegd, de geïntimeerden in hun recht van eigendom hebben gestoord, zonder daartoe door eenige wet of reglement te zijn geautoriseerd geweest.

* * *

De weduwe A. S. en haar zoon H. W. S., eigenaars en bemaalders van de Molen „de Rozeboom” staande op de noord of stille zijde van de Overtoomsche vaart te Amsterdam, achten zich verkort in hun gebruiksrecht van een bestraten weg, doordat het polderbestuur van de stads- en gods huispolder eenen slagboom heeft geplaatst aan hunne zijde van de Overtoomsche vaart. Zij zijn h. i. ten onrechte daardoor belet geworden den weg, van onheuchelijke tijden bereden en jaarlijks door hun mede wordende onderhouden, verder te berijden, aangezien op overtreding der desbetreffende keur een boete is gesteld van f100. Zij meenen derhalve dat het regtens is dat die verhindering met vergoeding van kosten, schaden en interessen worde afgedaan. De Regtbank te Amsterdam treedt in een uitvoerig onderzoek naar de bevoegdheid van het polderbestuur om daden te verrichten en bepalingen te maken als hier is geschied. Zij maakt in haar vonnis van 13 Februari 1818 duidelijk, dat op de goedkeuring van de keur door de heeren Staten de vereischte sanctie ontbreekt en veroordeelt de poldermeesteren dan ook om èn den slagboom weg te nemen èn de schade te vergoeden. Het Hof denkt er, wat dit laatste betreft juist zoo over maar overweegt in zijn arrest van 13 Mei 1818 (1) (1ste Civiele Kamer).

O. dat de geïntimeerden hebben bewezen derzelver verkregen regt om over de met keijen bestraten weg langs de noord of stille zijde der Overtoomsche vaart met rijtuig te rijden;

O. dat de geïntimeerden, ingevolge de voorschriften van art. 545 van het Burgerlijk Wetboek en art. 164 der Grondwet van dit hun eigendommelijk regt niet kunnen ontzet worden, dan ter oorzake van openbaar nut, en dan nog niet anders dan onder voorwaarden eener behoorlijke en voorafgaande vergoeding;

O. dat de appellanten niet hebben doen blijken van het openbare nut, welke dezen afstand van dit, der geïntimeerden eigendommelijk regt, zoude vorderen, noch van de daarvoor aan de geïntimeerden, gepresteerde behoorlijke en voorafgaande schadevergoeding;

O. dat in dezen stand der zake de beslissing der vragen: of de appellanten bevoegd zijn om in hunne betrekkingen penale keuren te maken; en door welke autoriteit over deze al- of niet bevoegdheid behoort uitspraak gedaan te worden bij de

(1) VAN HAMELSVELD: Verzameling van gewijsden 1832, blz. 76.

beoordeeling der onderhavige questie de meo et tuo niet te pas komt.

* * *

Een koopman te Breda sluit met het bestuur dier stad een contract van verpachting der Moremarijen te Breda. Daarbij hebben de burgemeesteren zich voorbehouden de bergplaats, waarin de excrementen zullen moeten worden gestort, nader aan te wijzen. Zij wijzen later als zoodanig aan het kerkhof van St. Joost, waar door den pagter kuilen kunnen worden gegraven. Daarin stort nu de pagter de excrementen der geheele bevolking van B. hoewel hij zelf deze plaats zeer ongeschikt acht. De eigenaar van een snuif- en tabaksfabriek acht dit niet in zijn belang en vraagt van den rechter een beslissing, waardoor deze kuilen zullen worden ontruimd. Deze eigenaar, de origineele eischer, vermeent, dat de competentie der regtbank voor al na de afschaffing der contentieuse jurisdictie, welke voorheen aan de Conseils de Prefecture was opgedraagen en thans wederom aan de ordinaire justitie is teruggegeven, buiten allen tegenspraak is. De rechter kan dus oordeelen over de door hem ingediende actio negatoria, een actie waarmede hij beweert, dat zijn huis en snuif- en tabaksfabriek niet subject is aan de servituut om de nadeelige stanken, welke de kwestieuse kuilen opgeven, te ontvangen. Dit is een actie, voegt hij er aan toe, welke uit het regt van eigendom voortvloeit, welke zeer zeker tot de ordinaire justitie behoort. De rechtbank voldoet aan de wenschen van den benadeelden huiseigenaar en verbiedt bij vonnis van 31 Augustus 1818 den pagter, die de burgemeesters van B. in vrijwaring heeft opgeroepen, om in het vervolg de bergplaats van den beer op het kerkhof van St. Joost te houden. De rechtbank veroordeelt daarenboven het gemelde stadsbestuur den origineelen verweerder en eischer in guarand te vrijen en te waren, en schadeloos te houden van de condemnatiën tegen hem bij het tegenwoordig vonnis.

De koopman-pagter is met het vonnis tevreden; niet de Burgemeesteren der stad Breda. Zij stellen in appél dat de koopman-pagter van de Moremarij misbruik heeft gemaakt van dat geen, hetwelk door hen aan dezen koopman was vergunt. Daarvoor, zoo gaan zij verder, kunnen zij dus niet verplicht worden den koopman te garanteeren wegens de actie ter dier oorzake tegen hem ondernomen. Intusschen, op den eisch van den fabrikant tegen den pagter, had door den Regter geen regt behoren te zijn gedaan.

Het Hof geeft een eenvoudige maar afdoende uitspraak (1) (arrest van 14 Mei 1819, 3e. Civiele Kamer):

(1) «Verzameling van gewijsden van het Hoog Gerechtshof» door Mr. W. Y. VAN HAMELSVELD, deel IV, 1834 blz. 89.

O. dat de tweede geintimeerde verplicht was de beer te leggen op zoodanige plaats, als hem door de appellanten werd aangezezen; en dat deezen derhalve ook gehouden zijn den tweeden geintimeerde te garandeeren voor de schadens, welke die plaatsing konden prostuteeren;

O. eindelijk, dat de actie van den eersten tegen den tweeden geintimeerde eene strekking had, om deszelfs eigendom *uiteraard te behouden*, en alzoo bij uitsluiting behoort tot de regterlijke macht.

Doet 't appel te niet.

* * *

Een stalhouder te Loenen, voor den jare 1817 gepatenteerd voerman, had een vasten dienst ondernomen met paard en wagen tusschen Utrecht en Amsterdam. Op invitatie van den gouverneur der Provincie werd dit bedrijf namens burgemeesters van Amsterdam door den Directeur van Politie onmogelijk gemaakt, „omdat dit het merkteken zou dragen van het rijden eener postwagen”. Wagen en paard werden door dienaren der politie „gearresteerd”. De stalhouder bedacht zich echter, dat er rechters waren te Amsterdam en inderdaad hij kreeg bij de rechtbank gelijk. De burgemeesters werden veroordeeld:

om na de significatie van dit vonnis binnen tweemaal vier en twintig uren aan den eischer terug te geven deszelfs aangehouden wagen en paarden en den eischer onbelemmerd in de executie van zijn beroep te laten en dezelve te vergoeden alle kosten, schadens en interessen door dat aanhouden gehad en geleden en verder te lijden, volgens eenen daarvan op te maken en nader door ons te reguleeren staat en condemneert de gedaagdens in de kosten — procedeeeren was toen blijkbaar nog niet duur — berekend op zes en twintig gulden negentien cent.

Burgemeesteren waren met dit, 13 Januari 1818 geweest, vonnis echter alles behalve tevreden. In appél voeren zij onder meer aan:

Aangezien de appellanten van den Heer Gouverneur van Noord-Holland een last ontvangende, om op alle mogelijke wijze het rijden van een eigendommelijk opgerichten postwagen van zekeren G. van U binnen hunne stad te beletten, verplicht waren daaraan te refereeren, en zulks te meer daar er geen redenen voor de appellanten, die van de nuttigheid en noodzakelijkheid van deezen maatregel overtuigd waren, bestonden om daartegen eenige demonstratie te doen.

Maar het Hof is het niet daarmede eens (1). Het doet te niet het appél, gelast dat het verklaarde vonnis deszelfs geheel en volkomen effect zal sorteren en condemneert de appellanten in de kosten en boete van appél overwegende:

(1) Arrest van 19 Juli 1819 1ste Civiele Kamer — zie Mr. W. Y. VAN HAMELSVELD, derde deel, 1832, blz. 431.

dat de appellanten, welke de voormelde door hen gedane aanschrijving erkennen, toch zich op die, van den Gouverneur van Noord-Holland ontvangen, beroepen, daar mede den regter niet hebben genoeg gedaan, maar, door dien zij den gemelden ambtenaar niet in garant geroepen hebben naar regten als wegens de voorschr. aanschrijving moeten gehouden worden;

dat er geene wet of reglement bestaat welke eene aanhouding en in bewaarderhandstelling van aard als de onderwerpelijke wettigt, zelfs niet al had de geintimeerde de hem ten laste gelegde daad bedreven: en dat de appellanten mitsdien ingevolge artt. 1382 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek voor de daardoor aan den geintimeerde veroorzaakte schade aansprakelijk en bij nader gevolg niet bezwaard zijn bij het vonnis der Regtbank van eersten aanleg te Amsterdam van 13 Jannari 1818, waarvan zij zich op dit hof hebben beroepen.

* * *

Burgemeesteren der stad Gouda hebben de reparatiën van een muurkade aanbesteed en doen maken op kosten van een Inspecteur honorair van 's Rijks Waterstaat, die van zijne zijde beweert tot eenige herstelling dier muurkade niet te zijn verplicht, daar deze behoort tot en een bestanddeel uitmaakt van de schutkolksluis, die te algemeene nutte verstrekt of als een publiek werk en algemeen eigendom te considereeren is. De Inspecteur honorair meent dan ook voor het Hof te 's-Gravenhage te mogen aanvoeren, dat de burgemeesteren in hun eisch tot teruggave van die onbevoegdlijk en willekeurig geimpendeerde kosten, niet zouden zijn ontfankelijk, aangezien zij geen contract kunnen toonen, krachtens hetwelk hij verplicht zoude zijn tot het onderhouden der muurkade. De burgemeesteren, die op den 21 October 1818 door den eersten rechter in het gelijk zijn gesteld, voeren aan, dat hunne last tot onderhoud der muurkade niet behoort tot de conventioneele servituten van het eene gebouw ten behoeve van het andere, welke in de koopbrieven worden vermeld, maar eene openbare last, is, die ex jure civitatis consuetudinario aan het pand inhaereert en van zelve daarmede overgaat.

Het Hof (1e. Civiele Kamer) geeft op 26 April 1820 deze uitspraak:

O. dat ofschoon het eene waarheid moge zijn dat ten gevolge van het jus civitatis consuetudinarium, de appellant als eigenaar van een huis, staande op de Westhaven binnen de stad Gouda Hgs. lett q in 33 verplicht is de muurkade in dat huis gelegen, te repareren, daar uit echter geenszins volgt, dat de geintimeerden het regt en de bevoegdheid gehad hebben om, zonder eenige voorafgegane regterlijke decisie en alzoo strijdig met de bestaande procesorde, de reparatie aan voorz. muurkade ten koste van den appellant publiek aan te besteeden en de betaalde aanbestedingspenningen vervolgens als een gedaan voorschot van den appellant, door middelen van regten, terug te vorderen.

* * *

De geerfden van het ambt Lymers en de Dijkstoel van den Bahrbroekschen Polder hebben verschil van meening aangaande de waterloozing, waaraan de lager gelegene landen van dezen polder zouden onderworpen zijn ten dienste der lager gelegen landen der geerfden van het ambt Lymers.

De geerfden, die als eischers den rechter in deze materie hebben gekend om de waterloozing, welke door het polderbestuur feitelijk onmogelijk werd gemaakt, te verkrijgen, stellen de kwestie zóó, dat deze is roulerende over het servituut van uitwatering en dat dus het onderhavig geschil eigendom ten onderwerp heeft. Daarom meenen zij, zich steunende op de artt. 165 en 166 van de Grondwet, de hulp van den rechter te kunnen inroepen.

Het gedaagde polderbestuur voert een exceptie aan, om zich te verweren, uit hoofde van onbevoegdheid over het onderwerp des geschils. Het riep intusschen het oordeel in van Ged. Staten van Gelderland en kreeg daarop een gunstige beschikking, op grond waarvan het Dijkbestuur nu voor den rechter durft volhouden, dat de geerfden noch beregtigd zijn om dat besluit der Ged. Staten uit eigen gezag voor nul en nietig te verklaren noch het dijkbestuur voor de civiele regtbank te dagvaarden. Het dijkbestuur meent, dat het hier geen quaestie is over uitwatering van den eenen eigenaar tegen den anderen ut singuli maar over een waterloozing van twee verschillende polders, welke kwestie zuiver en eenvoudig tot het administratieve is behoorende.

Deze exceptie wordt door de rechtbank te Zwolle gerejecteert. Zij overweegt (vonnis van 12 October 1819):

dat in casu subjecto een regtsgeding gevoerd wordt over eigendom of daaruit toortspruitende regten; en wel over een verschil van waterloozing van den eenen polder over den anderen; en de schade daaruit kunnende proflueren; gevolgelyk dat het onderwerp is eene materie van regten;

dat alle twistgedingen over eigendommen of daaruit voortspruitende regten bij uitsluiting behooren tot de kennis van de regterlyke magt en deze regtbank alzoo in prima instantia, ingevolge artt. 165 en 166 van de Grondwet alleen bevoegd is om in deze te beslissen;

dat het zogenaamde administratif contentieux te voren aan eenige administratieve magten toegekend volgens de wet van den zestienden Juny achtien honderd zestien niet meer bestaat.

Het Dijkbestuur is het echter met dit laatste niet eens, komt in appèl en stelt nog eens dat de zaak administratief moet worden afgedaan. Zonder succes. Het Hof bevestigt bij arrest van 10 Januari 1821, 1ste Civiele Kamer (1), het vonnis der rechtbank, daarbij overwegende:

(1) VAN HAMELSVELD, Verzameling van gewijsden, deel V, 1834, blz. 96.

dat het regt van waterlozing voortspruit uit het eigendomsregt, waarvan niemand kan worden ontzet, dan met in acht-neming der voorschriften van de bestaande wetten;

dat bij de Grondwet van het Koninkrijk de beoordeeling van alle twistgedingen over eigendom of daar uit voortspruitende regten bij uitsluiting is verbleven aan de kennis van de regterlijke magt.

* * *

In dit soort zaken beoordeelt het Hof ook of een ambtenaar de attributen zijner functie al of niet heeft overschreden, hetgeen blijkt uit de volgende beslissing:

De waarman van de Schouwerzijl in de gemeente L heeft aan den schipper J. N. K. de doorvaart met deszelve schip en lading aardappelen door de Zijl geweigerd, daarbij handelende ingevolge de bevelen van den Schout der gemeente L., mitsdien de superieur van den waarman. Toen dan ook de schipper voor de rechtbank van eersten aanleg zijn recht op schadevergoeding volhield tegen den ondergeschikten ambte-naar, dagvaardde de waarman den schout om hem voor alle gevolgen ten opzichte van des schippers eisch te garandeeren. In dit geding voert nu de schout als verweerder en exci-pient, aan:

aangezien het object in de dagvaarding cas guarand rouleert over de merites van een order, welke hij verweerder in zijne qualiteit als schout zoude hebben afgegeven aan gezegden waarman in zijne qualiteit als zoodanig;

dat verweerder uit dien hoofde vermeent te mogen vaststellen daarover bij de ordinaire justitie niet te zijn justitiabel.

De Officier van Justitie, die het standpunt van den schout deelt, meent ook dat de eisch tot guarand voor alsnog geheel ten onregte voor de regtbank is gebracht en concludeert over zulks daartoe, dat de regtbank zich daarin, zooals zij legt, zal gelieven te verklaren incompetent en dat zij de geoppo-neerde exceptie zal admitteren.

De rechtbank geeft in haar vonnis van 13 Maart 1817 van een ander gevoelen blijk. Zij rejecteert, gezien het burgerlijk wetboek, het wetboek van rechtsvordering en het besluit van Z. M. den Koning der Nederlanden van 18 Juni 1815, de exceptie. Het vonnis houdt o. a. in:

dat uit de instructie der procedures niet is gebleken, dat de order en last, door den verweerder aan den waarman opgemeld afgegeven, als zoodanig tot de attributen van zijn administratieve civiele post behooren;

dat de grondslag van die lastgeving bij den verweerder is geweest eene aanklage van den derden persoon, zonder dat productie is gedaan van die aanklage ofte dat dezelve in den gerichte is gebracht;

dat uit de gedane productien van deze aanklage aan de regt-bank zoude hebben kunnen gelyken de reden van de afgegevene order en last van den verweerder en wel of dezelve civile

administrative of wel andere motiven tot grondslag bevattende dat in Burgerlijke Zaken volgens bovengemeld Besluit van Z. M. de verweerder voor de Burgerlijke Regtbank wegens gegeven order en last is justitiabel;

dat alzo de verweerder in het voldingen van zijne gemotiveerde exceptie van incompetentie of van renvooi is gebleven in gebreken.

Toen de schout bij het gerechtshof trachtte lieden te vinden, die meer administratief konden denken, was teleurstelling zijn deel.

31 December 1817 jugeerde de 1ste Civiele Kamer van het Hooggerechtshof:

dat de questie of de appellant door het geven van de voorzeide order de attributen zijner functie al dan niet heeft overschreden volgens de bestaande wetten behoort tot de regterlijke cognitie.

* * *

Het Hof oordeelde ook eenige malen in belastingzaken.

Een koopman in aardappelen heeft zich te verantwoorden voor den Heer Vrederegter ten aanzien van een tegen hem ingestelden eisch door den fungeerenden Commissaris over de aardappelenmarkt te 's-Gravenhage. De uitspraak van 14 October 1817 luidt, dat hij heeft te betalen eene somma van een en twintig guldens zeventien en een half cents wegens gedane keuringen door de keurmeesters der aardappelen op diverse tijden door den appellant of de zijnen te 's-G. ingevoerd en dat deze verplichting rust op de artt. 7 en 14 van het Reglement op het meten der aardappelen, knollen en uijen voor de stad 's-G. door Heeren Burgemeesteren dier stad met overleg van den Raad gearresteerd op 15 September 1817. Het Hof, oordeelende over het aangevoerde middel van cassatie, acht zich blijkens zijn arrest van 11 Maart 1818 (1e Civiele Kamer) competent in dezen te oordeelen, maar verwerpt de conclusie van den vrederechter op grond dezer beide overwegingen:

dat hoezeer de Plaatselijke besturen, overeenkomstig het 155e artikel der Grondwet bevoegd zijn tot het maken van verordeningen voor hunne huishoudelijke belangen, dezelve nochtans ingevolge art. 156 der Grondwet en het Koninklijk Besluit van den 4den October 1816 geene plaatselijke belastingen kunnen invoeren zonder voorafgaande goedkeuring der Provinciale Staten, zonder onderscheid of zoodanige belastingen in de Plaatselijke Kas gestort dan wel besteed worden ter bezoldiging van deze of geene Plaatselijke beambten; daar anderszins diergelijke belastingen en bezoldigingen geen deel zouden uitmaken van de bij het 156e artikel der Grondwet voorgeschrevene begroting der plaatselijke inkomsten en uitgaven;

dat ten processe niet consteert dat het keurloon waarmede de aardappelen bij het Reglement van Burgemeesteren van 's-Gr. in dato 15 September 1817 zijn belast door de Provinciale Staten is goedgekeurd.

* * *

Op last van Heeren Burgemeesteren der stad Rotterdam heeft de directeur der stedelijke belastingen eenige zeepzieders aangesproken om octrooy-regten te betalen van eene quantiteit van niet minder dan zes honderd acht en vijftig Hectoliter oly, waaromtrent zij sustineeren dat deze oly niet kan geacht worden bij het Reglement en tarif van het Octrooy der stad Rotterdam belast te zijn, omdat bedoeld reglement niet kan toegepast worden op oly, welk niet als oly in de consumtie der ingezetenen kwam maar integendeel tot het bereiden van zeep werd gebezigd. Zij meenen, dat deze uitlegging vooral steunt op den aart derzelve belasting, welke hoezeer bij den invoer geheven wordende, echter alleen op de wezentlijk in de gemeente plaats hebbende consumtie gelegd wierd, terwijl deszelfs juistheid nog meer bevestigd werde doordien de zeep van buiten ingevoerd en in de gemeente geconsumeerd, aan de belasting niet onderworpen was.

Het Hof ontkent bij arrest van 8 Juli (1) 1818 (1e. Civiele Kamer) den belastingplicht omdat naar zijn uitlegging de desbetreffende bepalingen oly, gebruikt wordende als grondstof tot het fabricceeren van zeep, niet gebragt kan worden onder een der afdeelingen van het reglement. De eisch van den Directeur der stedelijke belastingen tot het betalen van de aanzienlijke som werd derhalve ontzegd. (Het vonnis van de regtbank te R. van 27 Mei 1816 was in anderen zin gewezen.)

* * *

Een particulier, ambagtsheer van C., zich willende opposeren tegen een door den Ontfanger-Griffier van den Lodewijks Polder tegen hem gedirigeerd wordende Executie, roept het Tribunaal van eersten aanleg te G. ter hulp om de invorderingen van agterstallige polderlasten en van verschuldigd dijkgeschot tegen te gaan. Te vergeefs brengt de ambtenaar bij exceptie de onbevoegdheid van den rechter in het geding. Van zijn ongelijk niet overtuigd komt hij van deze uitspraak in dato 29 Augustus 1814 dadelijk in appél. Het spreekt van zelf, dat de Ontfanger-Griffier als appellant het Hooggerechtshof nogmaals tracht te overtuigen, dat een verklaring van incompetentie des rechters hier op haar plaats is en de voor hem compareerende procureur stelt dan ook:

aangezien alsoo aan hem ontfanger-griffier, even als aan alle ontfangers van 's Lands belastingen, waarmede hij in alle delen gelijk is gesteld en met welke zijne regten en verplichtingen dezelfde zijn, verboden is, in hetgene zijne ambtsverrigtingen aangaat, een ander gezag te erkennen dan het administratieve en hij daarenboven verplicht is, om, zoo hij elders wordt betrokken, te vorderen naar hetzelfde te worden gerenoveerd.

(1) VAN HAMELVELD. Verzameling van gewijsden, 1832, blz. 94.

De procureur van de tegenpartij meent, dat de exceptie van incompetentie door den appellant ter eerster instantie geproponeerd van alle fundament is ontbloot en meent zelfs dat de appellant bij 't vonnis in quaestie van 27 Augustus 1814, waarbij zijn exceptie is gerejecteerd en hij geordonneerd is met de geïntimeerde ten principale voort te procedeeën geenzints is gegraveerd, maar daarvan nullo jure heeft geprovoceert.

Het Hof geeft de rechtbank bij arrest van 5 April 1815, 1ste Civiele Kamer (1) gelijk, daarbij overwegende:

dat in deze geene zoodanige wet door den Excipient en Appellant is geallegueert, krachtens welke de questien tusschen een Polder-Ontvanger en particulieren wegens de invordering van Polderlasten, of Winterpenningen van den algemeenen dagelijkschen Rechter als *Incompetent* zoude kunnen en behoren te worden afgetrokken en aan een Administratief Collegie ter beslissing zoude moeten opgedragen worden.

Het geschil betreffende een polderlast sluit hierbij aan.

Bij de zetting des Ambts O. is het aandeel of quota bepaald, waarvoor de Heerlijkheid G. is aangeslagen in de kosten tot reparatie van de Dijkbreuken te L. in Januari 1809 gevallen. Tegen deze zetting zelve zijn „nimmer eenige bezwaren ingeleverd” evenmin als ten aanzien van de verpligting dier Heerlijkheid, krachtens de Sententie van het Hof van Gelderland van 20 Juli 1650 om in de voorzegde kosten morgentaals gewijze te dragen. De Buurmeesters van de Heerlijkheid G., als zoodanig representerende de gezamentlijke Geërfden van G., maken echter in 1812 moeilijkheid met de betaling en willen hierover het administratief bestuur horen.

De Regtbank van Eerste Instantie te Tiel stelt de Buurmeesters met een vonnis, den 22 Juni 1813 bij default gewezen, in het ongelijk met de verklaring dat bedoelde kosten moeten worden voldaan aan den dijkgraaf des ambts O. De gezamentlijke Geërfden van G. nemen hiermede geen genoegen en horen het oordeel van het Hof. De procureur van appellanten concludeert dat „het appèl en het vonnis zal worden te niet gedaan en bij correctie zal worden geadmitteerd de exceptie van incompetentie en de zaak mitsdien zal worden gerenoveerd na de administrative competente autoriteit, aanvoerende:

aangezien alle de zaken van Polders en ook de zettingen en omslagen, mitsgaders de daaruit voortvloeiende verpligting tot het al of niet betalen der lasten, steeds overeenkomstig de oude reglementen op de zettingen des Quartiers van N. behoord hebben aan afzonderlijke Bestuuren en gedelegeerde regters;

aangezien ook volgens de subsisterende wetten te dien regarde geëmaneerde wetten alle geschillen tusschen Polders en andere

(1) VAN HAMELSVELD. Verzameling van gewijsden, 1827, blz. 327.

bestuuren betrekkelijk het herstel of onderhoud der dijken administrativement moeten worden behandeld.

Daarvan is het Hooggerechtshof bij arrest van 21 Januari 1815, 3de Civiele Kamer echter niet van overtuigd.

Het beveelt dat het vonnis der regtbank van eerste instantie volkomen effect zal sorteeren:

O. dat alhier geene questie is van de begroting van het aandeel of quota, waar op de Heerlijkheid G. bij de zetting des ambts O. in de kosten tot reparatie van de Dijkbreuken te O. en L. in Januari 1809 gevallen is aangeslagen en waartegen nimmer eenige bezwaren zijn ingeleverd, noch over de verplichting dier Heerlijkheid om in de voorz. kosten te dragen maar dat de Appellanten als Buurgemeesteren aldaar zijn aangesproken tot voldoening van het bij de zetting vastgestelde aandeel;

O. dat alle diergelijke questiën van ouds coram ordinarie zijn geventileerd en daarvan nimmer door eenige wet geavoceerd.

Men moet echter niet meenen, dat het Hooggerechtshof zich steeds tot oordeelen bevoegd achtte. Wanneer een speciale autoriteit is aangewezen om geschillen te beslechten is de rechterlijke macht onbevoegd. Dit blijkt uit de volgende zaak.

Een Hoogheemraadschap dirigeert een executie van een belasting haar toegestaan bij het Besluit van Z. Majesteit van 5 April 1817, tegen een zekeren S. J. v. R., schout te V., in welke zaak de regtbank van eersten aanleg van het Landschap Drenthe zich onbevoegd heeft verklaard, met het voor den schout nadeelige gevolg, dat de invordering administratief zal worden afgedaan. De Procureur van den Ontvanger der In- en uitgaande rechten, die met de inning belast was, verdedigt echter het vonnis en zijn cliënt voor het Hof, aanvoerende onder meer:

dat bij art. 1 van het Koninklijk Besluit van den 7den Januari 1817 genomen in overeenstemming van en om executie te geven aan art. 222 der Grondwet, is bepaald dat alle regtsmagt betrekkelijk repartitiën, onslagen of belastingen, tot het onderhoud der dijken benoodigd zoude verblijven en werd opgedragen aan de Dijk en Polder Collegiën der Hooge en andere Heemraadschappen en verdere collegiën van dien aard, zonder daarin door de Hoven en Regtbanken of eenige andere magten te kunnen worden belemmerd of verhinderd;

dat bij art. 12 der wet van 17 Februari 1815 no. 4 (Staatsblad no. 16) uitdrukkelijk is bepaald, waar hij die vermenen mocht ten onregte of op eene verkeerde wijze te worden geexecuteerd zich deswegens moet adresseeren en hoe zij zich te gedragen hebben.

Het Hof stelde bij arrest van 26 July 1823, 3de Civiele Kamer, den appellant in het ongelijk op grond:

dat vermits de kwestieuze belasting en omslag specteert eene dijksbelasting, geheven door een daartoe speciaal aangewezen administratief gezag, hetzelfde moet geacht worden met alle andere administratieve collegien bij besluit van 7 Januari 1817 bedoeld, gelijk te staan en bevoegd te zijn, om de omgeslagen lasten in te vorderen bij wege van parate executie; terwijl daaraan kennelijk het nader gevolg moet zijn, dat de kwestie, die uit dien aanslag en executie is ontstaan (als zijnde de regterlijke magt tot de kennisneming daarvan onbevoegd) moet worden gebracht voor de administratieve magt, die daartoe is aangewezen.

Wanneer men echter belastingen heft zonder dat daartoe het recht bestaat dan moet men niet meenen daarvoor bij het Hooggeregts-hof steun te vinden.

Burgemeesteren der stad Amsterdam, hebben sedert April 1814 een behoorlijk gepatenteerd stalhouder gedwongen tot het betalen van een retributie of belasting van stadswegen, op het houden van publieke danspartijen ten voordeele van den schouwburg en de armen. Zij meenden hiertoe gerechtigd te zijn krachtens een Fransche wet van 7 Frimaire an V o. a. aangaande de stedelijke belastingen op publieke gemakkelijkheden, welke wet echter volgens den stalhouder, eischer tot terugvordering van hetgeen door hem onverschuldigd betaald is, niet executoir zoude verklaard zijn voor deze departementen en evenmin in de stad A. zoude zijn gepubliceerd. De rechtbank vindt (uitspraak van 4 November 1817) geen behoorlijken grondslag voor de invordering door de burgemeesteren van deze belasting en geeft, overwegende dat een iegelijk het recht heeft om terug te vorderen hetgeen hij onverschuldigd betaald mocht hebben, aan den stalhouder de reeds betaalde f 1295 terug.

Burgemeesteren van A. trachten nu voor het Hof hun wil door te zetten. De poging heeft geen goed gevolg, want dit hooge college doet bij arrest van 21 Maart 1819, (1e. Civiele Kamer) het appél te niet en gelast dat het vonnis van de Regtbank van eersten aanleg te A. van 4 November 1817 volkomen effect zal sorteeren en veroordeelt de appellanten in de kosten alsmede in de boete van appél. 's Hof's overwegingen luiden:

dat de gelden waarvan de teruggave gevorderd werd door den geintimeerde zijn betaald en door appellanten ontvangen als bepaalde regten op alle publieke gemakkelijkheden en dat gevoegelijk hier aan geene verpligting, uit een verbintenis voort-spruitende, waarbij de geintimeerde de voldoening dezer penningen vrijwillig op zich heeft genomen kan worden gedacht;

dat er geene wet bestaat waarbij tot het geven van publieke bals en danspartijen, aan de plaatselijke besturen wordt vrijgelaten het verleenen van verlof of consent veel minder dan nog om dit verlof of consent aan de betaling van eene zekere summa te accrocheeren;

dat de appellanten de teruggevorderde gelden dus indebite van den geïntimeerde hebben ontvangen, en zich daardoor quasi ex contractu verbonden tot teruggave van dezelve.

* * *

Het Hooggerechtshof was ook nog in de gelegenheid te doen kennen dat de rechter zich had te onthouden, wanneer een ander college uitdrukkelijk tot oordeelen bevoegd was verklaard. Het Hof van Rekening in zake het beheer der Domeinen had bij het sluiten van de rekeningen over de jaren 1808—1810 van een zekeren d. W. rentmeester der Domeinen van S. R. en N. geconstateerd, dat deze aan het Domein verschuldigd was een bedrag van 9300 guldens, 9 stuivers en $9\frac{5}{6}$ penning. Het College van President, Raden en Rekenmeesteren der Domeinen had de bezwaren van den — toen reeds gewezen — rentmeester beoordeeld en bij resolutie van 3 November 1814 verstaan, dat de sloten der zelve rekeningen zouden onveranderd worden gelaten zoo als zij waren gesteld. Van het vragen van revisie dezer resolutie — de weg naar een Commissie uit den Raad van Staten stond nog open — was geen gebruik gemaakt en dus meende het College van President, Raden en Rekenmeesteren teegen den gewezen rentmeester volgens de oude en de thans vigeerende wetten te mogen procedeeën bij wege van dwangbevel tot oplevering van het gemelde saldo. Zij gaan op 2 April 1816 hiertoe over. De Regtbank van eersten aanleg te R., Provincie Holland Zuider kwartier, door den gewezen rentmeester in de zaak gekend, heeft tegen de contrainte geen bezwaar. Als appellant bij het Hof voert de gewezen ambtenaar echter tegen dit vonnis van 26 Maart 1817 aan, dat het met een opslag van een oog blijken konde, dat men de somma, waarvan men executeerde, niet te vorderen had. Zijn procureur voegt er aan toe:

dat men zich ten uiterste heeft geabuceerd, wanneer men meent, en heeft vastgehouden dat de appellant zich ten aanzien van zijn rekening en het onderstel posten daarop gebracht aan de Jucticature van zijn Partij zoude hebben gesubmitteerd alzo dit niet alleen onbestaanbaar weezen en teegen het gezond verstand inloopen zoude, maar ook hetzelfde in facto is onwaar.

Het mocht niet baten. Het arrest (1) van 19 November 1817 1e. Civiele Kamer, is het met de uitspraak van de rechtbank eens. De overwegingen luiden:

dat de executie tegen reliquataire comptabelen al is derzelver achterwegen herkomstig van eenig beheer onder eene vorige Wetgeving gehouden behoort te worden gedirigeerd volgens de

(1) VAN HAMELSVELD. Verzameling van gewijsden, 1830, blz. 319.

regtsvormen bestaande ten tijde dat de executie werdt ondernomen, en over zulks in het onderhavig geval bij dwangbevel en zonder dat het beklag over royement, loquatur en andere apostillen op der Comptabelen rekening gesteld, die executie kunnen schorsen;

dat zoodanig beklag geen object van Ordinaris justitie oplevert, maar de indiening en beslissing van hetzelfde bij het 17 artikel der instructie van het Kollegie van President, Raden en Rekenmeesteren der domeinen van den 9 Augustus 1814 voor zooveel de aan dat Kollegie rekenplichtige ambtenaren betreft wordt geregeld.

* * *

Een merkwaardig arrest is, dat gewezen over de bevoegdheid van het centraal gezag waar het geldt kerkelijke goederen. De voormalige Koning van Holland, Lodewijk Napoleon, had bij besluit van 14 Maart 1809, n^o. 8 gelast over te gaan tot de verdeeling der kerkelijke goederen te D. tusschen de Hervormde gemeente en de Roomsche Katholieke gemeente naar evenredigheid der zielen. Toen de Roomsche Katholieke gemeente een eisch instelde, dat zij door de tegenpartij in het bezit zou gesteld worden van zoodanig gedeelte der goederen als haar bij voormeld Koninklijk Besluit zou zijn toegekend, zag zij haar eisch door de rechtbank van eersten aanleg te Amsterdam van 24 Februari 1820 ontzegd. De rechtbank achtte het Koninklijk Besluit onwettig.

Nu volgde op het appél dier gemeente het arrest van 25 Juli 1821, 1e. Civiele Kamer:

O. dat ten processe opposite sustenuen zijn gevoerd, omtrent de bevoegdheid van Koning Lodewijk tot het gelasten eener verdeeling der voorz. kerkelijke goederen, mitsgaders of dezelve daarmede, al dan niet zijne macht ware te buiten gegaan;

O. dat het gerezen different alzoo directelijk medebrengt een onderzoek over de bevoegdheid of onbevoegdheid des voormaligen Konings tot het nemen van het onderhavig besluit en het al of niet overschrijden van deszelfs magt;

O. dat de beslissing van het tusschen partijen bestaande verschil gevoegelijk in zich bevat eene dadelijke beoordeeling der besluiten van de Hoogste magt;

O. dat dergelijke beoordeeling bij de vigeerende wet aan de cognitie der Regters is onttrokken;

O. dat de Regterlijke autoriteit mitsdien is onbevoegd om het verschil tusschen partijen gerezen bij derzelver uitspraak te termineeren.

Doet te niet het appél, mitsgaders het vonnis van de Regtbank van eersten aanleg te A. van 24 Februari 1820, geregistreerd enz. waarvan is geappelleerd.

Verklaart voorts te zijn incompetent om in deze zaak tusschen partijen uitspraak te doen; renvoeert dezelve daar en waar het behoort en condemneert de appellanten in de kosten en boete van appel.

* * *

Eindelijk een geval, waarin een conflict is opgeworpen.

Als voorbeeld zij gewezen op het arrest van 27 November 1822, 1e Civiele Kamer. Onder de contribualen van het Heemraadschap Mark en Dintel, behoorde ook zekere graaf M. de W., die als eigenaar van eenige landerijen weigerde om voor een gedeelte zijner onroerende goederen onder Princenhage den omslag van f1 per gemet te voldoen. De penningmeester van het Heemraadschap legde toen arrest onder de huurders der gronden wegens de facit of huur aan de W. competeerende. Een dier huurders, zekere J. R., verklaarde zich opposant en dagvaardde den Penningmeester van het Heemraadschap voor de rechtbank van eersten aanleg te Breda, in welk geding de heer de W. als principale debiteur intervenueerde.

De rechtbank verklaarde zich onbevoegd om in de zaak recht te spreken, waarop in appèl werd gekomen bij het Hooggerechtshof. Maar de zaak was ter oore gekomen van den Referendaris der eerste klasse, belast met de provisioneele waarneming der functiën van gouverneur van Noord-Brabant en deze voert het advies aan van Gedeputeerde Staten, ziet het Koninklijk Besluit van den 16en Juli 1820 (*Stbl.* n^o. 16) alsmede het Koninklijk Besluit van 5 October 1822 (*Stbl.* n^o. 14), let op art. 165 der Grondwet en op de wet van 16 Juni 1816 (*Stbl.* n^o. 27) en verklaart, dat het administratief gezag in de zaak hangende voor het Hooggerechtshof te 's-Gravenhage tusschen den graaf M. de W., wonende te Breda als appellant en het Heemraadschap van Mark en Dintel in de persoon van deszelfs penningmeester als geïntimeerde tusschen beide treedt en beweert dat de kennisneming daarvan, niet aan de Regtbank en Hove kan toekomen.

Een afschrift dezes, zal, bij geleidende missive, onder toezending der missive van het Heemraadschap van Mark en Dintel met de daarbij gevoegde bijlagen, worden gedepecheerd aan den heer Minister van Justitie, en zal gelijk afschrift, mede bij geleidende missives gezonden worden aan den heer Eersten President van het Hooggerechtshof te 's-Gravenhage en aan den heer Procureur-Generaal bij hetzelfde fungeerende zullende eindelijk een afschrift dezes worden gezonden aan het Heemraadschap van Mark en Dintel tot informatie en bericht.

De brieven bereikten hun bestemming, 27 November 1822 wijst de 1e Civiele Kamer het navolgend arrest:

Het Hof enz.;

Gehoord het gedane requisitoir van den eersten Advocaat-Generaal de B., namens den Procureur-Generaal, vorderende daartoe dat het Hof de processale stukken in de zaak voor dezen Hove aanhangig tusschen I. R. en G. C. G. G. VAN M., appellanten, contra C. DE B. in qualiteit als Penningmeester

van het Heemraadschap van Mark en Dintel, geïntimeerde, welk proces blijkbaar door den fungerenden Gouverneur van Noord-Brabant in zijn genomen besluit dd. 21 dezer lopende maand no. 1, aan hem Procureur-Generaal onmiddelijk zal ter hand stellen;

dat mits het Hof zich zal onthouden om van het voorz. twist-geding kennis te nemen, totdat Zijne Majesteit de Koning ten aanzien der verklaarde tusschenkomst van den gemelden fungerenden Gouverneur zal hebben beslist — en eindelijk dat aan hem Procureur-Generaal van dit requisitoir zal worden verleend acte.

Verleent aan denzelfden acte van zijn gedaan Requisitoir en stelt de processale stukken in handen van het Openbaar Ministerie, ten einde daar van het noodige gebruik te maken en met zoodanig verder gevolg als waartoe het voorz. Requisitoir tendeert.

C. W. DE VRIES.

Mr. L. CARSTEN. *Maatregelen ter handhaving
onzer onzijdigheid in den huidigen oorlog.* — Academi-
sch proefschrift. — Leiden.

De mensch went aan alles. En zoo gaat het groote gebeuren van dezen tijd in den gang der dagelijksche dingen aan ons voorbij, zonder vaak eenigen scherp indruk achter te laten. Wij lezen, als wij nog lezen, van gebeurtenissen, die te voren ieder voor zich, door hunne afschuwelijkheid onze innigste gevoelens geroerd zouden hebben; wij spreken, als wij er nog over spreken, niet over dat gruwelijk grootsche, wat daar over onze grenzen gebeurt, maar eerder over de kleine zorgen van het dagelijksche leven, de zorg voor het dagelijksch brood, den dagelijkschen arbeid, groot weliswaar en gewichtig voor ieder onzer in eigen kring, maar klein toch weer en onbeduidend, bij wat daar ginds geschiedt.

Wie evenwel zich losmaakt van het alledaagsche en zijn aandacht bepaalt op deze dingen van meer algemeen belang, vindt zich in zijne moeite beloond door de nieuwe gezichtspunten, die zich voor hem opdoen, de onbetreden zijpaden zijner wetenschap, die hij zich genoodzaakt ziet in te slaan. Practische en theoretische wetenschappen, beide vinden hunne voordeelen hier. De medicus ziet gansch nieuwe therapieën ontstaan, die ook in vrediger tijden het menschedom ten zegen zullen zijn; de psycholoog tracht met zijn jonge wetenschap de problemen op te lossen die deze tijd ons stelt; de litterator ziet uit de slang en het argot der loopgraven, uit de samenvoeging van welhaast alle rassen der aarde, nieuwe taalvormen ontstaan, wel geen monumenta aere perenniora, maar toch voor de beschavingsgeschiedenis van niet geringe beteekenis.

Zoo de jurist.

Schijnt het op het eerste gezicht, of juist deze wetenschap, voor zooverre zij zich niet bepaalt tot één volksgemeenschap, maar meerdere eenheden gelijkelijk wil omvatten, ten doode is opgeschreven, nu macht boven recht gaat, althans ein jeder sich selber Richter sein will und Rächer seines Gesetzes; voor wie het geloof in de continuïteit van het recht nog niet heeft verloren, staat het vast, dat tijdelijke verdwazing gestelde normen wel kan vertreden, niet verdringen. Daarom is het goed, ook nu en in dezen tijd na te gaan, waar en hoe zich dat recht der gemeenschap is blijven uiten.

Het proefschrift, waarvan de titel hierboven is vermeld, bedoelt dit te doen voor een nauwkeurig omschreven gebied.

Het oogmerk van den schrijver is na te gaan, welke maatregelen onze positie van veilig eiland in 't midden der ontroerde wereldzee noodig maakte en die, elk voor zich, in 't kort te beschrijven. Op alleszins lofwaardige, immers beknopte en duidelijke, wijze, heeft de schrijver zijn zelfgekozen taak volbracht. En indien wellicht niet overal de gewenschte volledigheid verkregen mocht zijn: wie Mars en Themis terzelfder tijd moet dienen, voelt aan den lijve de waarheid van het woord, dat niemand twee heeren kan dienen, en moeilijk zal het hem bij tijden vallen, aan de eischen der hoogepriesters van beide godheden gelijkelijk recht te doen wedervaren.

De schrijver heeft de door hem behandelde stof in twee deelen gesplitst. Het eerste behandelt de maatregelen tot handhaving der onzijdigheid, afgezien van de interneering; het tweede de interneering. Deze scheiding lijkt mij volkomen juist. Niet slechts omdat, gelijk ik beneden hoop aan te toonen, het instituut der interneering van eene zoodanige belangrijkheid is, dat het een eigen hoofdstuk volkomen waard is, maar ook omdat, naar het mij voorkomt, tusschen de beide groepen een essentieel verschil is aan te toonen.

De eerste groep toch, door den schrijver behandeld in de zes laatste paragrafen van het eerste hoofdstuk, omvat die maatregelen, welke handhaving der onzijdigheid beoogen, door wering van invloeden van buiten. Dit is de strekking, zoowel van de verschillende bepalingen der onzijdigheidsproclamatie, als van het verbod van luchtvaart en van het gebruik van draadlooze telegrafie; evengoed als van het bepaalde omtrent de al of niet toelating van schepen, het leggen van mijnen, het blusschen der vuren en het wegnemen der betonning.

De tweede groep daarentegen, gevormd door het instituut der interneering, beoogt de handhaving der onzijdigheid door onschadelijkmaking van die invloeden van buiten, welke bereids niet meer geweerd kunnen worden. Om een medisch beeld te gebruiken, zou men de eerste groep kunnen vergelijken met het serum, waarmede diegene zich laat inspuiten, die naar een door ziekte geteisterd gebied vertrekt; de tweede daarentegen met de geneesmiddelen, welke aangewend worden, om den patiënt, die door de ziekte is aangetast, te genezen.

De eerste groep geeft uitteraard niet tot groote besprekingen aanleiding. Onder nauwkeurige aanwijzing zijner bronnen gaat de schrijver na, wanneer en op welke wijze de verschillende, hierboven opgesomde maatregelen door de Regeering genomen zijn, in hoeverre zij hun grond vinden in volkenrechtelijke bepalingen, in hoeverre ook zij, als bij de toelating

van schepen en het verbod van luchtvaart, over het bij volkenrechtelijke overeenkomst bepaalde heenreiken.

De inhoud van het tweede hoofdstuk is, ik zeide het boven reeds, eene afzonderlijke behandeling ten volle waard. Niet slechts omdat het zich, m. i., in aard en wezen onderscheidt van de eerstbesproken maatregelen, maar ook omdat, door den loop der omstandigheden, wel geen maatregel onze Regeering voor zoodanige problemen heeft gesteld, zoozeer de uitwerking der algemeene voorschriften tot in de uiterste finesses heeft gevorderd. En dit moest geschieden, zonder dat de geschiedenis veel ruggesteun gaf. De volkenrechtelijke bepalingen, de interneering betreffende, zijn al niet veel jonger als de meeste bepalingen van oorlogsrecht, zooals die in tractaten en verdragen zijn neergelegd; maar het instituut zelve is ternauwernood de kinderschoenen ontwassen.

Kan men van den oorlog zeggen, dat hij zoo oud is als het menschelijk geslacht; het middel om een deel der vijandelijke strijdkrachten onschadelijk te maken, anders dan door den dood of gevangenneming, is van betrekkelijk jongen datum.

Het zoude meer ruimte vorderen, als voor eene boekbespreking in dit tijdschrift gevraagd mag worden, de wording en de werking van het instituut hier na te gaan, aan de hand van 's heeren CARSTEN's proefschrift, hoe verleidelijk dit zijn moge; wellicht ook biedt zich later gelegenheid, dit onderwerp zelfstandig en meer in 't bijzonder te behandelen, waarbij dan tevens het hier te berde gebrachte kan worden besproken. Hier worde volstaan met de mededeeling, dat de schrijver er op wijst, hoe de praktijk talrijke leemten in het ius constitutum heeft aangetoond, welke te zijner tijd aanvulling zullen behoeven, bij het ontwerpen van hoedanige aanvullingsbepalingen ongetwijfeld profijt zal kunnen worden getrokken van de hier te lande opgedane ervaringen.

Ik meen hiermede de bespreking van het proefschrift van Mr. CARSTEN te kunnen besluiten.

Een jaar ging voorbij sinds de schrijver zijn tweede doctoraat verwierf. De omstandigheden, die de keuze van zijn onderwerp bepaalden, zijn niet gewijzigd, nog steeds is de regeering verplicht onze onzijdigheid te handhaven met alle hare ten dienste staande middelen. Dat ook buitenstaanders een inzicht kunnen krijgen in de moeilijkheden, die deze taak met zich brengt, is niet een van de minste verdiensten van dit geschrift.

Groningen.

Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN.

M. VAN BLERKOM, *De ontwikkeling van de politierechtspraak in Nederlandsch-Indië*. — Acad. proefschrift. — Leiden, 1916.

De verdienste van dit proefschrift ligt naar mijn meening in de behandeling van de hervorming der politierechtspraak op Java en Madoera in 1914, die nu nog slechts voor een klein deel van dat gebied in toepassing werd gebracht, en in de mededeelingen betreffende de regeling dezer rechtspraak in de Straits-Settlements en Britsch-Indië, welke op menig punt ons tot leering en navolging kan strekken.

Eerst met de invoering van de nieuwe wetgeving in 1848 kan men van een politierechtspraak over de inlandsche en met haar gelijkgestelde bevolking op Java en Madoera spreken. Vóór die gebeurtenis vond er enkel een administratieve afdoening plaats geheel buiten het reglement op de administratie der politie enz. van 1819 om. Wel kwam er groote wijziging in 1848, maar de administratieve ambtenaren behielden toch nog de macht tot een eenigermate getemperde arbitraire rechtspraak. In 1870 ontstond verbetering in dien toestand: de politierechter zag zich bij de berechting aan wettelijke strafnormen gebonden. Toen werd eindelijk in de wetgeving rekening gehouden met het voorschrift van het regeeringsreglement, dat niemand tot straf mag worden vervolgd of daartoe veroordeeld dan in de gevallen bij algemeene verordening voorzien. Aan deze rechtspraak, die zoo diep ingrijpt in het maatschappelijk leven der niet-europeesche bevolking, bleven evenwel vele gebreken kleven. Niet-rechtskundige ambtenaren van het binnenlandsch bestuur werden met deze rechtspraak belast, die daarbij met zoo goed als geen processueele voorschriften te maken hadden, welke waarborgen bevatten tegen rechterlijke willekeur bij het onderzoek, terwijl verder regels omtrent het bewijs ontbraken, motiveering van vonnissen niet was voorgeschreven, regeling der te nemen beslissingen niet bestond en hoogere voorziening bij een rechtskundig college geheel was uitgesloten. De meest noodige zaken bleven derhalve bij deze rechtspleging ongeregeld. De groote tegenstelling in waarborgen ten aanzien van den persoon van den rechtsprekenden ambtenaar en van de processueele behandeling, die er bestond tusschen deze berechting van kleine strafzaken van inlanders en van vreemde oostelingen eenerzijds en die van soortgelijke zaken van Europeanen, welke laatste berechting inderdaad met alle normale justitieele

waarborgen omkleed was, anderzijds, verwekte groote ontevredenheid vooral en vooreerst bij de chineezzen, die de politierol aanvoerden als een van de grootste grieven tegen hun rechtstoestand, en later ook bij de inlanders, die zich bij de Europeanen in deze aangelegenheid zeer voelden ten achter gesteld. Het jaar 1914 bracht de door velen vurig begeerde hervorming. Het meest interessante bij de nieuwe regeling is wel vooreerst het breken met het dualisme in de politierechtspraak door de bepaling, dat alle bevolkingsgroepen voor denzelfden rechtskundigen alleen rechtsprekenden ambtenaar zouden terechtstaan ter zake van politieovertredingen, en, dat deze rechtsgeleerde rechter, die dus ook strafzaken van Europeanen te berechten krijgt, bijgestaan zoude worden door een inlandsch ambtenaar, belast met de griffiers- en andere werkzaamheden, met den titel fiscaal-griffier. Regels van formeel recht werden verder daarbij gegeven, de negatief-wettelijke bewijsleer aanvaard en andere bestaande leemten aangevuld. Wat de bewijsleer betreft, is het opvallend, dat uit het ontwerp tot vaststelling van een wetboek van strafvordering voor het rijk in Europa van de staatscommissie van 1910 de artt. 331—337 in de artt. 46—52 van het landgerechtreglement zijn overgenomen. Daarom opvallend, omdat het indisch recht hier, in afwijking van het dienaangaande in het regeeringsreglement bepaalde, vooruitloopt op het vermoedelijke moederlandsche recht van een wellicht verre toekomst.

Het in hoofde dezes vermelde proefschrift behandelt op duidelijke wijze de boven aangestipte leemten in de regeling der politierol, de wordingsgeschiedenis van het landgerechtreglement en de daarmede verband houdende regelingen en bespreekt de aangebrachte verbeteringen uitvoerig. Over de politierechtspraak op de buitenbezittingen vindt men betrekkelijk niet veel in dezen arbeid.

De vrees bij de totstandkoming van de nieuwe inrichting voor Java en Madoera uitgesproken, dat er niet voldoende rechterlijke ambtenaren zouden gevonden worden, die het ambt van landrechter, die enkel overtredingszaken heeft te berechten, zouden begeeren, daar het bekleeden van deze betrekking de kans op promotie vrijwel zoude afsnijden, schijnt niet ijdel te zijn geweest. Bovendien zijn er geen rechterlijke ambtenaren genoeg om de kleine vijftig te creëren landrechtspplaatsen te bezetten. Nu was juist de opdracht van de politierechtspraak aan rechtskundige ambtenaren als een groote verbetering beschouwd. Bij de behandeling der laatste indische begrooting heeft de Tweede Kamer m. i. terecht ingezien, dat de Indische Regeering, na eenmaal deze richting te zijn ingeslagen, niet meer terug kan. De instelling der landgerechten moet verder uitgebreid worden, zoodat er wel

niet anders overblijft, dan gebruik te maken van de bepaling, die toestaat dat, waar de plaatselijke omstandigheden daartoe nopen, de functie van landrechter aan een niet rechtskundig ambtenaar kan worden opgedragen. Maar dan krijgt men deze merkwaardigheid, dat ook de europeanen, die onder de oude regeling door rechterlijke ambtenaren ter zake van politieovertredingen werden gevonnist, in de toekomst op tal van plaatsen voor administratieve ambtenaren zullen terecht staan.

In het proefschrift ontdekte ik hier en daar kleine onnauwkeurigheden, bijv. de op blz. 193 genoemde artt. 52—58 van het landgerechterelement moeten zijn de artt. 46—52, de naam van den tegenwoordigen Minister van Justitie werd nergens juist geschreven, en dergelijke kleinigheden meer. Het geschrift van den heer VAN BLERKOM laat zich aangenaam lezen, het bevat een heldere bewerking van de stof.

Groningen, April 1917.

PH. KLEINTJES.

„*Het veenrecht in de provincie Utrecht van 1592—1916*”. Proefschrift van Mr. Th. F. J. A. DOLK. — (Utrecht 1916), 359 blz.

Op het proefschrift, waarvan de titel hierboven is afgedrukt, verkreeg Mr. DOLK aan de Utrechtsche Universiteit den graad van doctor in de staatswetenschap. In twee hoofddeelen geeft het een schets van het veenrecht in de provincie Utrecht tot 1814 en van 1814 tot heden; het biedt den lezer een op breeden historischen grondslag gebouwde beschouwing over de Verveningswet van 1895. Het boek getuigt van ernstige studie, is helder en goed geschreven, in een betoogtrant gesteld die aangenaam en — zoo men wil — bescheiden is, en is als geheel een uitnemend proefschrift. Ik heb het boek met zeer groot genoegen en met groote leering gelezen en herlezen, en meen dat ieder, die zich van het veenrecht en de rechtskundige en economische beteekenis daarvan op de hoogte stellen wil, hier vinden kan wat hij zoekt. De schrijver begeeft zich soms in theoretische beschouwingen, maar steeds omdat deze hem de oplossing moeten geven van zich in de practijk voordoende vragen; hij werpt van de andere zijde op de wettelijke voorschriften een aan de practijk ontleend licht, en heeft daarbij — zeer terecht — niet verzuimd om ook buiten de provincie Utrecht naar gegevens te zoeken. Alles bijeen derhalve een werkelijke aanwinst voor iedere rechtsgeleerde boekerij.

In een laatste hoofdstuk geeft de schrijver een terugblik en slotbeschouwingen. Aan het boek is bovendien toegevoegd een uitvoerig en met zorg bewerkt overzicht van den inhoud. Door deze twee omstandigheden is de raadpleging van des schrijvers arbeid voor ieder, die over eenig punt inlichtingen wenscht, gemakkelijk.

Het eerste deel, dat tot 1814 loopt, geeft ons een beschouwing van het placcaat der Staten van Utrecht van 18 Augustus 1592, dat als de eerste algemeene verordening op de verveningen beschouwd mag worden, en dat door de ordonnantie van 11 Juli 1694 werd vervangen, die weder werd opgevolgd door de ordonnantie van 29 Juli 1767, in welke gewestelijke

verordeningen het veenrecht tijdens de Republiek belichaamd was. Van bijzonder belang zijn de opmerkingen van den schrijver over de wijze waarop zorg gedragen werd dat — ondanks de landvernietiging, welke de vervening veroorzaakt — geen ongunstige invloed geoeffend wordt op de opbrengst der grondlasten. De oudste vorm, waarin de overheid dit doel te bereiken trachtte, is de verplichting des verveners dat hij „voor elke mergen, die hij sal begeeren inne te steeken, voor het supportement van de jaarlijkse ongeden tot waarborge stellen ende verbinden, ende doen stellen, ofte verbinden sal eene mergen goet lands.” Derhalve de verbinding van goed land tot zekerheid voor de betaling der lasten van te vervenen grond, of — zooals de schrijver het noemt — land als cautie, waarin hij „eene zuivere hypotheekstelling” ziet. Van veel grooter beteekenis was de geldelijke verwaarborging, het „inleggeld”: „betalinge in plaetse van verborginge”. Voor een morgen lands moest de vervenner „consigneren de somme van vijftigh guldens”; bij de ordonnantie van 1694 werd ingevoerd het „stuivergeld”, een uitkomst voor minder kapitaalkrachtige verveners, die thans in de gelegenheid waren voor iedere te vervenen roede één stuiver in te leggen en dus te storten naarmate de vervening voortgang vond. De inning, bestemming, het beheer enz. van deze gelden worden uitvoerig besproken. Zeer verdienstelijk lijkt mij de uiteenzetting dat en waarom het karakter van het inleggeld is een „cautie”. De schrijver bestrijdt de „afkooptheorie”, die den eigendom van den inlegger uitsluit; hij verdedigt de meening dat de inleggelden slechts als zekerheid voor de betaling der lasten waren ingelegd en derhalve slechts verhaal op die gelden mogelijk was, zoo het land de lasten niet kon opbrengen. In dit verband zij gewezen op 's Hoogen Raads arrest van 25 Januari 1895 (W. 6620).

De bespreking van de overheidszorg, ten doel hebbend de tempering van de nadeelige gevolgen van het veenbedrijf, waardoor goed land tot waterplas wordt is — naast de zorg voor de opbrenging der grondlasten — het tweede punt waaraan de schrijver zijn aandacht wijdt. Wij danken daaraan een belangrijke bijdrage tot de geschiedenis van het administratieve recht.

De behandeling van het veenrecht na 1814 wordt ingeleid door een hoofdstuk over de thans geldende Rijkswetgeving op de verveningen en „hare uitvoering”. Dit laatste is van groot belang; het proefschrift geeft ons niet alleen de wet, doch doet ons zien hoe zij werkt. Wij krijgen hierbij ook uit andere provinciën dan Utrecht gegevens, waardoor het proefschrift meer geeft dan de titel doet verwachten en waarvoor wij den schrijver dank verschuldigd zijn. De Notulen der Statenvergaderingen zijn geen bron, die ieder terstond

gaat raadplegen, zoodat men mededeelingen daaruit als welkom moet beschouwen.

Wij mogen met deze korte aankondiging van het proefschrift volstaan. Mr. DOLK kan er uit zien, dat wij zijn werk met groote voldoening lazen; anderen kunnen er uit zien, dat de lezing en raadpleging van het boek hun zeer kan worden aanbevolen.

Den Haag, April 1917.

Mr. J. VAN KUYK.

L. J. van Apeldoorn, *De kerkelijke goederen in Friesland*. Proefschrift. — Utrecht, 1915.

De waarheid is eenvoudig voor wie haar eenmaal kent. (Rengers Hora Siccama, *Geestel. en Kerkel. goederen*, biz. 3).

Met de voltooiing van dit proefschrift zijn schrijver en promotor beiden geluk te wenschen. De promotor, prof. Siccama, omdat de door hem begonnen en later onder zijn leiding voortgezette onderzoekingen naar het recht in Nederland ten aanzien der kerkelijke goederen, nu een nieuwe en rijke vrucht hebben opgeleverd. Het zou niet te verwonderen zijn geweest als van Apeldoorn geen weg had geweten met den grooten voorraad door hem verzameld bronnenmateriaal en in nog dikkere bundels (het proefschrift is in 2 stukken tegelijk verschenen) een aaneenrijging van half verwerkte aantekeningen had gegeven; er zijn menschen, die de kunst nooit leeren verstaan van de boomen een bosch te maken. Doch met meesterhand beheerscht hij zijn gegevens, moeilijkheden van juridischen, historischen, zelfs van linguistischen aard overwinnend. Het begin van het proefschrift geeft al aanstonds een gelukkige oplossing van de beteekenis van het woord *biervath* in een tekst van het Rustringer Seendrecht. Hij vertaalt dit in afwijking van von Richthofen en anderen door *met vast goed begiftigen* en geeft daardoor aan den tekst in plaats van de tot nog toe aanvaarde gewrongen uitlegging een eenvoudigen, duidelijken zin, geheel in overeenstemming met het algemeen bekend kerkrechtelijk beginsel *patronum faciunt dos, aedificatio, fundus* (1).

„De waarheid is eenvoudig voor wie haar eenmaal kent.” Wordt de kerk gesticht door één persoon, die ze van goederen voorziet, dan is hij, doch doen meerderen dit (b.v. de bureu van een buurschap), dan zijn zij tezamen de patronen en hebben zij ook recht op pastoorsbenoeming. Het was een zeer gelukkige gedachte van den schrijver om van deze grond-

(1) Ik mag hier niet onvermeld laten, dat in de 18e eeuw van Halsema in zijn *Staat en Regeeringsvorm der Ommelanden* op bl. 464 e. v. een uiteenzetting van het patronaatrecht in de Ommelanden geeft, waarin hij denzelfden gedachtengang volgt als van Apeldoorn en deze plaats citeert, ze klaarblijkelijk in denzelfden zin opvallende.

stelling uit te gaan. Door ze voortdurend goed in het oog gevat te hebben, heeft hij tal van verschijnselen er uit kunnen afleiden, of, juister gezegd: heeft hij laten zien, dat de feiten, die hij meedeelde, alle op die stelling aanliepen. De eenvoudige waarheid werd langs inductieven weg, het recht niet uit den regel, maar de regel uit het recht gevonden. Wie aan de hand van van Apeldoorn den tuin van het Friesche kerkrecht, weleer een doolhof, doorwandelt, vindt nu, dank zij den voortreffelijken gids, overal „geschoffelde lanen”, om in jachtwettaal te spreken, en alles van onkruid gezuiverd. Want er viel heel wat onkruid op te ruimen. Zoo ergens dan had in Friesland het dilettantisme zich geworpen op het kerkegoederenrecht, en niet alleen theologen (dilettanten bij uitnemendheid op het gebied des rechts, meer in het bijzonder des kerkrechts, vgl. dissertatie-Siccama, blz. 4 e. v.), ook juristen van naam en erkende bekwaamheid hadden hun beschouwingen over Friesch kerkrecht niet voor dilettantisme weten te behoeden.

Intusschen men vergeet en vergeve wat hierover door anderen is geschreven en houde zich aan van Apeldoorn en aan hetgeen na hem door anderen mocht worden gepubliceerd, mits deze niet halstarrig oude stokpaardjes blijven berijden. Tot vergeven en vergeten bestaat trouwens te eer en te meer aanleiding, wijl van Apeldoorn zelf den dwaalleeraren de roede niet heeft gespaard, ook in dit opzicht het voorbeeld van den voorganger volgend, intusschen met één verschil te zijnen nadeele: Siccama doorvlocht zijn philippica's met geestige opmerkingen; de boert van van Apeldoorn had gemist kunnen worden.

Niet ten onrechte liet Siccama op zijn „de waarheid is eenvoudig voor wie haar eenmaal kent” volgen: „maar de weg, die tot haar leidt, is lang en de wandeling eischt geduld”; hij had er nog bij kunnen voegen: en eischt verstand. Verstand en geduld, beide, toont van Apeldoorn te bezitten. Dit moge blijken uit den hoofdinhoud van het boek, dien ik hier wensch weer te geven. Ik meen dat, wijl velen, die in het onderwerp van dit proefschrift belang stellen, tijd en gelegenheid zullen missen het werk zelf in zijn geheel te lezen, naast de reeds elders verschenen besprekingen van dit belangrijk werk, een, die tevens den hoofdinhoud er van weergeeft, verantwoord mag heeten, al wordt ze daardoor langer dan boekbesprekingen in doorsnee behooren te zijn.

De eerste afdeeling van het boek behandelt: *Het tijdperk vóór de Reformatie*. En hoofdstuk I dezer afdeeling het *patronaatrecht*. Reeds besprak ik het citaat uit het Rustringer Seendrecht, en merkte in verband daarmee op, dat de kerken in de Friesche landen gemeenlijk gesticht zijn door de *buren*; wie dat zijn zullen we straks zien. Schrijver noemt voorbeelden

van kerkstichting door de bureu, b.v. een uit het jaar 1211 van de *fideles* van Maarhuizen (in de latere Groninger Ommelanden); in deze akte wordt met zooveel woorden geconstateerd, dat zij de kerk gesticht en gedoteerd en *daarom* ook het patronaat hadden. Daarnaevens noemt hij uit de 15e eeuw de kerkstichting van Nijeveen in Drente en beschikkingen over het patronaat der kerk te Zwaag, een door den Dollard verzwolgen dorp, bij Termunten (prov. Groningen) gelegen, en te Petkum in Oostfriesland. Uit den Farmsummer Seendbrief van 1325 en dus met betrekking tot Fivelgo had schrijver nog deze bepaling kunnen citeeren, die ik in modern Nederlandsch weergeef: Als er een priester tot pastoor der kerk (kerkheere) wordt gekozen door de gezamenlijke parochianen of door het meerendeel der gemeente en der parochianen, dan zal hij moeten worden toegelaten tot de bediening (Oork. Gron. en Dr. I, no. 288) (1). En nog een paar voorbeelden uit de Groninger Ommelanden voeg ik er bij: In 1257 wordt het klooster Aduard in het rustig bezit der kerk van Stedum bevestigd; wie de betreffende oorkonden (Oork. Gron. en Dr. I, nos. 104 en 125, vgl. ook no. 436) leest, zal zien, dat er in gesproken wordt van overdracht van het patronaat van Stedum op het klooster Aduard met toestemming „*quorundam laicorum patronorum*”, terwijl andere patronen zich tegen die overdracht verzetten. Met al deze patronen kunnen niet anders bedoeld zijn dan parochianen van Stedum. Ook had schrijver nog kunnen citeeren twee oorkonden, eveneens de Groninger Ommelanden betreffende, ook uit de 13e eeuw en handelende over de wijze, waarop het klooster Germania te Thesinge in het bezit kwam van het patronaat der kerk te Bedum (Oork. Gron. en Dr. I, nos. 165 en 185, vgl. ook no. 208). Hier worden met zooveel woorden de parochianen van Bedum aangeduid als de patronen der kerk, die het patronaat overdragen aan het klooster Germania. De bekende kroniek van Emo en Menco bevat verschillende voorbeelden van collatierecht der parochianen, n.l. te Wittewierum, Westeremden, Scharmer, Huizinge en Uithuizen, alle in de latere Groninger Ommelanden. Ook in de Gedenkschriften van de abdij Mariëngaarde bij Hallum in Friesland (ed. Wybrands, bl. 11) wordt vermeld dat de latere abt van Hallum, aldaar weleer unanimiter ab omnibus tot

(1) Waar ik hier en in het vervolg enkele gegevens betreffende Groningen, Drente en Oost-Friesland verstrek, door schrijver niet behandeld, geschiedt dit geenszins om te betoogen dat hij onvolledig is geweest. Integendeel, was schrijver in zijn mededeelingen overvloedig in het verstrekken van bewijspplaatsen. Mochten echter ook Groningen en Drente eerlang aan de beurt komen, dan kunnen deze mededeelingen den bewerkers misschien van eenig nut zijn.

pastoor was gekozen. En een voorbeeld van 1402 uit Drente had er nog aan toegevoegd kunnen worden: de bureu van Vledder stichtten een vicarie op een altaar in de kerk aldaar, doteerden haar en hielden het recht van benoeming van den vicaris aan zich (Oork. Gron. en Dr. II, nos. 1130 en 1131) (1). Evenals van het pastoorschap was ook van het vicarisschap de begeving, de collatie, bij de stichters. Het recht bestond in *presentatie* van den candidaat aan den bisschop of aartsdiaken; deze *institueerde* dan den voorgedragene in het ambt. Na de komst van hertog George van Saksen in Friesland kwam hierin verandering; hij confiskeerde dit recht van presentatie en beschouwde zich als den patroon van alle geestelijke beneficiën; aan hem kon de gemeente iemand voordragen, maar hij kon een ander den bisschop presenteren. De Friezen hebben echter al spoedig bij Karel V aangedrongen op herstel in hun recht van voorziening in vacante pastoraten, vicariën en prebenden, zonder dat de Keizer zich er mee zou bemoeien. De geldverlegenheid des Keizers was ten slotte in deze hun krachtige bondgenoot; een schikking kwam tot stand; de Friezen herkregen hun recht van presentatie, doch de Keizer moest zijn placet er op verleen, waarop dan de institutie door het geestelijk gezag volgen moest, n.l. van den bisschop of aartsdiaken als het een pastoor en van den parochiepastoor zelf als het diens vicaris (die tevens onderpastoor was) of als het een prebendaris in zijn gemeente betrof. Men kan uitvoerig omtrent deze schikking en hetgeen er aan voorafging worden ingelicht door het ook door van Apeldoorn geraadpleegd proefschrift van Theissen, *Centraal Gezag en Friesche Vrijheid*, Leiden, 1907.

Het patronaatrecht der dorpsgenooten was verbonden aan onroerend goed; schrijver doet ten bewijze hiervoor een beroep op het Ommelander Landrecht IV, 5, en, voorzoover

(1) Twee voorbeelden van kerkstichting door de bureu eener buurschap, gelegen binnen het gebied eener parochie, waarvan het patronaat aan één persoon toekwam: het eerste is van 1310 en betreft de stichting van de kerk te Havelte, toenmaals binnen het gebied van de parochie te Steenwijk (Oork. Gron. en Dr. I, no. 231, vgl. no. 232); het tweede is van 1422 en betreft de kerkstichting te Meppel, toenmaals binnen het gebied der parochie Colderveen, welke parochie ook eertijds binnen het gebied van Steenwijk had gelegen. (Zie Magnin, *Gesch. overz. der Best. in Drente*, I 131 e. v.). In beide gevallen werden deken en kapittel van Steenwijk als collatoren der moederkerk, ook die der dochterkerk. Toen echter in 1477 Nijeveen zich van Havelte afscheidde (het meer besproken geval, ook door van Apeldoorn vermeld), werd met deken en kapittel van Steenwijk geen rekening gehouden en wezen de bureu, als kerkstichters, zelf eerst den schult en na diens dood den pastoor van Havelte en de kerkvoogden van Nijeveen als patroon aan. (Magnin, a. w. I, 81.)

het eigenlijk terrein van zijn onderzoek, het Westerlauwersch (de tegenwoordige provincie) Friesland betreft, op het placcaat van Karel V, van 30 October 1539 (zijnde het resultaat van evenbedoelde schikking), waarin men leest: „dat alle de inwoners van den kerspel, prochie of dorp, daeronder alsulcken beneficie liggende is, gebruyckende schotschietende huysen off ploechgangen, ende nyemant anders, by 't luyden van den clocken aldaer vergaerende, zullen binnen den kerken kiezen ende nomineren bij den meesten voysen van dengenen, die aldaer present wesen sullen, een nyeuwen pastoor, vicaris oft andere beneficiaet". M. a. w. het patronaat werd uitgeoefend door de parochianen, *gebruikende* schotschietende huizen of ploeggangen. Dus niet door alle parochianen, niet door alle inwoners van de parochie, slechts door de *gebruikers* van schotschietende huizen en ploeggangen. Dat dit recht werd toegekend aan de *gebruikers*, dus ook aan de huurders, houdt, zooals schrijver terecht opmerkt, verband met de uitgebreide bevoegdheid, die de Germaanschrechtelijke gebruiker van eens anders goed had. Tot nog toe heeft men — althans in de 19e en 20e eeuw — de *schotschietende huizen en ploeggangen* aangemerkt als die welke met *floreenschatting* waren bezwaard, en, daar deze schatting pas van na 1511 dateerde, lag het argument voor de hand ook den oorsprong van het stemrecht in kerkelijke zaken na dit jaar te zoeken. Overtuigend toont nu van Apeldoorn aan, dat het huislot of huisschot een oude belasting in Friesland was, geheven van onroerend goed, terwijl hij, met een beroep op hetgeen Theissen in zijn vermeld proefschrift aan het licht bracht, betoogt, dat deze belasting niet door de floreenbelasting is vervangen. Het woord *ploeggang*, voor hedendaagsche ooren min verstaanbaar, was destijds zeer duidelijk en is er dan ook ter verduidelijking bijgevoegd, wat niet wegneemt, dat het woord in tijden toen het niet meer begrepen werd, tot wanhopige verwarring en ingewikkelde voorstellingen heeft geleid. In Drente werd als *ploeg* een *vol boerenerf*, in Friesland een *sate*, in Groningen een *heerd* als zoodanig aangeduid. En in Friesland werd alleen van de saten naar schrijvers meening schot gevorderd; een schotschietend huis of sate was een *ploeggang*. (Zie voor Oostfriesland: *Oostfr. Urk* I, 447, 448, 452, 453.) Evenals aan de *volle boerenerven* in Drente en de *heerden* in de Ommelanden, zoo was aan een *sate* in Westerlauwersch Friesland het recht verbonden op stem in de benoeming van een pastor. En gelijk de bewoners der Ommelander *heerden* tevens gerechtigd waren om volgens tourbeurt den rechterstoel te bekleden, zoo ging ook in Westerlauwersch Friesland het rechterambt bij de *sat* om, totdat de hertog van Saksen in 1504 hiervoor een andere regeling gaf. Dit verband tusschen *kerkelijke* en *rechterlijke* organisatie (nog juister *burgerlijke* organisatie, want rechtspraak

en administratie was bijna niet gescheiden) ziet men ook in Drente, want al ging daar geenerlei rechtersambt bij de volle erven om, het waren toch de eigenaren of gebruikers dezer erven, die aan kerspelgericht, goospraak en lotting deelnamen. Gelijk we gezien hebben, was de regeling, die in 1504 de hertog van Saksen van het patronaat gaf, niet van langen duur, en dit in tegenstelling met de in stand gebleven wijziging, die hij in 1504 bracht in de rechten der saten ten aanzien van de burgerlijke organisatie.

In de regeling van het patronaat der eigeners in Friesland, gelijk deze het in 1539 herkrege, kwam in den loop des tijds een wijziging, die veel overeenkomst had met de verandering, die in de Groninger Ommelanden de aan de heerden verbonden rechten van rechterschap en patronaat ondergingen. Hier werden deze rechten eenvoudig van den grond gescheiden en afzonderlijk in den handel gebracht, in Friesland ging men niet zoo rigouzeus, doch meer langs een omweg op het doel af, en hield men formeel nog den band tusschen het boerenerf en het patronaat in stand; de eigenaar verkocht de boerderij, doch hield het huisperceel, een zoo klein mogelijk stukje grond, waarop het huis stond, in eigendom en gaf dit voor een canon van een paar hanen of stuivers in eeuwigdurende erfpacht uit. Aan dit minimaal eigendommetje bleef dan de stem, de „hanenstem”, verbonden. Niet meer de gebruiker, zelfs niet de erfpachter, maar de eigenaar, hoezeer ook in zijn eigendom beperkt door zakelijk recht, bleef men als den patroon beschouwen. Men ziet in deze ontwikkeling den romeinschrechtelijken invloed. Het springt in het oog dat men met deze hanenstemmen meer aan den letter dan den geest voldeed van het placcaat der Staten van Friesland van 1698, bepalende dat de stem niet op een bepaald deel van het erf gelegd mocht worden, doch verbonden bleef aan het huisperceel, het hornleger. Op scherpzinnige wijze, helder, duidelijk en overtuigend heeft van Apeldoorn dit stemrecht der schotschietende huizen uit de nevelen, waarin het door vroegere schrijvers gehuld was, aan het licht gebracht en het hierboven geschetste verband met de rechtspraak en met de in de Groninger Ommelanden en Drente zich voordoende verschijnselen aangetoond. Wat de Groninger Ommelanden betreft, had over het collatierecht van de gezamenlijke gebruikers der heerden en den grondslag daarvan Mr. H. O. Feith (de oudere, de man van het *Beklemrecht*, niet diens gelijknamige zoon) in zijn verhandeling over de *Karspellasten van Grijpskerk* in hoofdtrekken de juiste denkbeelden verkondigd.

De parochianen, die aan de verkiezing van een priester deelnamen, worden in de bronnen vaak samengevat onder de benaming „gemeente” of „meene meente”. Ook ter ver-

klaring van deze uitdrukking geeft schrijver een uiteenzetting, die in haar soberen eenvoud een meesterstuk is, waarmede hij niet alleen voor Friesland, maar voor een gebied dat ver de grenzen van ons land overschrijdt, heeft aangewezen welk vaag begrip er door wordt aangeduid en welke concrete begrippen men ten onrechte er mee aangeduid heeft. En ook hier wederom argumenteert hij op grond van duidelijk sprekende gegevens, duidelijk sprekend, nadat hij ze heeft verzameld en zoo gegroepeerd, dat zijn onweerlegbare conclusies er uit te voorschijn springen. Ziehier in het kort zijn betoog: *Gemeente* (een kleurloos woord) duidt aan een groep mensen, tusschen wie het meest verschillend verband kan bestaan; het wordt gebruikt in den zin van *parochie*, de *inwoners van de parochie*, de *stemgerechtigden van de parochie*, maar het kan ook beteekenen het *burgerlijk dorp*, de *inwoners van dat dorp*, de *stemgerechtigden van het burgerlijk dorp*. Dat nu het kerkelijk dorp (de parochie) en het burgerlijk dorp in begrenzing veelal samenvielen, was een alom voorkomend verschijnsel, maar daarom was het niet altijd zoo. Wanneer het kerkelijk gezag goed vond, dat twee parochies werden saamgevoegd tot één, of dat één parochie werd gesplitst in twee, dan was daarmee en daardoor in het burgerlijk dorp geen wijziging gekomen, en schrijver geeft dan ook voorbeelden, die deze stelling bevestigen. Onverschillig, zegt hij, of parochie en burgerlijk dorp al dan niet territoriaal samenvielen en dezelfde personen er de *gemeente* van vormden, te onderscheiden zijn ze altijd. De parochie was onderdeel van de Rooms-Katholieke Kerk. In haar ontstaan en tenietgaan werd ze beheerscht door de regelen van het canonieke recht. Wat van Apeldoorn constateert van de parochie geldt m. i. — als men de juistheid er van aanvaardt — daardoor reeds voor het woord *kerspel* of *karspel*, dat er de vertaling van is. Er doet zich hierbij nog een eigenaardigheid voor, dat men het woord *parochie*, als ik mij niet vergis, bijna altijd, zoo niet uitsluitend gebruikt vindt om het kerkelijk terrein of de kerkelijke gemeentenaren aan te duiden, terwijl het woord *kerspel* of *karspel* evenals het woord *dorp* gebezigd wordt zoowel voor kerkelijk als burgerlijk dorp. Het zou niet moeilijk vallen hiervoor tal van bewijspplaatsen voor Groningen, Drente, Overijssel, Veluwe en Graafschap bij te brengen.

In de Friesche steden is kerkstichting gelijk te platten lande in Friesland gemeenlijk uitgegaan van de parochianen en het zal veelal geschied zijn toen de stad nog geen stadsrecht had, althans van de oudste kerk in elke stad mag dit m. i. wel als vaststaand worden aangenomen. Maar het recht der parochianen op stem in het patronaat, gevolg van kerkstichting, is in de steden hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk, overgegaan op de stadsregering; van Apeldoorn vermeldt

gevallen waarin de regeering alleen, en andere waarin de regeering met de gemeente de keus deden. Het patronaat in de steden is een onderwerp, waarover schrijver minder volledig is; doch ik zal de laatste zijn hem hiervan een verwijt te maken.

Tot dusver heb ik bijna alleen bij het 1e hoofdstuk der 1e afdeling van het proefschrift stilgestaan; het was het belangrijkste hoofdstuk van dit belangrijke proefschrift, en wel een hoofdstuk, waarin over tal van punten — in het voorafgaand verslag is te zien welke punten — niet alleen een helder licht werd ontstoken, maar de eenvoudige waarheid — waarnaar anderen rondastende zochten — aan het licht werd gebracht.

Een tweede hoofdstuk der zelfde afdeling is getiteld: „Het eigendomsrecht der kerkelijke goederen”. Met kerkelijke goederen worden bedoeld alle goederen met plaatselijk-kerkelijke, parochiale bestemming. Hier komt schrijver tot de conclusie (van een leerling van Siccama viel niet anders te verwachten) dat de stichters der kerk, vicarie of prebende, afstand deden van hun eigendomsrecht op de goederen ten behoeve van een *stichting* (de kerk, de pastorie, de vicarie, de prebende). „Nu zijn” — zegt hij — „geene oorkonden meer over van de oorspronkelijke kerkstichting door de hoevenbezitters in Friesland. Maar een overwegend bezwaar is dit niet; de rechtspositie der kerkelijke goederen weerspiegelt zich evengoed in fundatiebrieven van beneficiën en in oorkonden, waarbij schenkingen ten behoeve van reeds bestaande kerken en beneficiën gedaan werden. En hieraan ontbreekt het ons niet. Wel betreffen deze oorkonden niet stichting van beneficiën door de gemeente, maar ook dit bezwaar is niet onoverkomelijk, wijl het in het wezen der zaak natuurlijk geen verschil maakt, of de stichting uitging van één of van meer personen”. En zoo vermeldt hij dan allerlei Friesche voorbeelden van stichting van en giften aan prebenden, vicariën, pastorieën, kosterieën, en beroept hij zich op de reeds besproken kerkstichting van Nijeveen, in Drente. Hij had verder nog kunnen aanvoeren een Drentsche oorkonde betreffende kerkstichting te Koekange in 1331, ofschoon hier het eigendomsrecht van de stichting slechts even aan het licht komt (Oork. Gron. en Dr. I, no. 328) en verder eenige oorkonden betreffende vicariën en prebenden in Groningen en Drente (Oork. Gron. en Dr. I, nos. 491, 513, 516, 517, 518, 602; II, 639, 648, 655, 687, 867, 962, 1021, 1115, 1130 en 1131). Zoo komt ook in deze oorkonden uit wat van Apeldoorn ten aanzien van de Friesche voorbeelden van beneficiënstichting en -begiftiging en de kerkstichting van Nijeveen opmerkt, dat de bestemming van het aan kerk of beneficie gegeven goed veelal werd gepersonifieerd, soms ook werd enkel de bestemming vermeld. Zoo

werd goed gegeven aan het personaat (pastoraat) of jongerschap (kapelaanschap of onderpriesterschap), of aan den patroon der kerk (den heilige, aan wien de kerk was gewijd; vandaar de naam *patroonsgoederen*) of aan de pastorie, de vicarie, of den priester, die het altaar moest bedienen, „den één voor den ander na”. [De pastoor en kerkvoogden van Gheerdsweer (in Oostfriesland) verkochten in 1486 eenig land „van den heylighen weghe darselver Kerken” (*Ostfr. Urk. II*, 1170).] Met al de beschouwingen van van Apeldoorn over de stichtingen als vermogenssubject dezer goederen vereenig ik mij ten volle, gelijk ook met zijn bestrijding van de meening, dat de kosterieën, vicarieën, prebendaten zouden behooren tot het vermogenscomplex der parochiale kerk. De zelfstandigheid van elk der behandelde stichtingen blijkt zoowel uit de oorkonden van stichting als uit die van begiftiging van reeds bestaande vicarieën, prebenden, kosterieën, pastorieën, blijkt ook uit het feit, dat zelfs de binnen een en dezelfde parochiekerk gefundeerde beneficiën met elkaar en met de kerkfabriek in betrekking stonden, waarvan voorbeelden op blz. 114 van het proefschrift worden vermeld. Ik mag niet onvermeld laten, dat schrijver m. i. bewezen heeft, dat met vrije leenen niet bedoeld worden familieleenen, maar leenen, beneficiën, waaraan geen zielszorg was verbonden, vrij dus van *cura animarum*; bij deze vrije leenen was bepaald, dat missen zouden worden gelezen op een of ander altaar of dat aan een jongeling subsidie voor de studie, om geestelijke te worden, zou worden verstrekt, en was aangewezen wie het leen zou te vergeven hebben. In de stichtingsbrieven werd gewoonlijk er in voorzien, wie voortaan het benefice zou hebben te vergeven; stichter of stichters wezen of zich zelf en hun rechtsverkrijgenden of anderen aan.

Hoofdstuk IV der 1e afdeling handelt over bestemming en beheer der patroons- of kerkegoederen. Waar de kerkegoederen (de goederen der z.g. kerkfabriek) toereikend waren, zorgden kerkvoogden daaruit ook voor den koster, het onderwijs, de armenzorg. Pastoralia, d. w. z. goederen uitsluitend voor den pastoor bestemd, en toebehoorende aan de stichting, de pastorie, vond men zoo goed als overal; waren deze niet toereikend, dan werd hierin voorzien door offers en andere bijdragen der parochianen. De grondrenten van de volle erven, de schotschietende huizen, ploeggangen zijn niet zulke bijdragen (1). Kosteriegoederen en armengoederen had men niet overal en dus, hoe ongelooflijk het hedendaagschen kerkelijken ambtsdragers in de ooren moge klinken, als ze ontbraken dan

(1) Voorzover Drente betreft mag ik verwijzen naar mijn opstel in het *Rechtsgeleerd Magazijn* 1916 over *Grondrenten en Tienden in Drente*.

werden evenals de koster ook de armen verzorgd door kerkvoogden (de mannen van de kerkfabriek, het kerkgebouw), naast de verzorging die de armen genoten uit fondsen van broederschappen of van de burgerlijke overheid of de kloosters. Hoogst zelden waren er afzonderlijke fondsen voor onderwijs en waren ze er niet, dan werd hierin voorzien door kerkvoogden. Door soms zeer curieuse citaten uit plaatselijk-kerkelijke archivalia, die hij van tal van gemeenten raadpleegde, bewijst schrijver wat hij hieromtrent meedeelt. Zoo toont hij o. m. aan, dat onjuist is de zeer verspreide meening alsof in Friesland van ouds de koster per se was schoolmeester tevens. Nog in de 16e eeuw was deze combinatie uitzondering in Friesland. Later, na de reformatie, zou dat anders worden.

Nevens kerkvoogden had ook de pastor in Friesland aandeel in het beheer der kerkegoederen. Ook op dit punt is op analogie met Groningen en Drente te wijzen (men vergelijkte Oorkondenboek Gron. en Dr. II, no. 744, Gratama, Drentsche Rechtsbronnen, blz. 58, en Joosting, Inventaris der abdij Dikninge, Regestenlijst nos. 203 en 331).

De tweede afdeeling van het proefschrift behandelt het tijdperk van de reformatie. Uit de feiten, die worden meegeedeeld, kon schrijver met recht deze conclusie formuleeren: „Door de afschaffing van den roomschen eeredienst verloren dus niet alle kerkelijke goederen hun bestemming, zooals men 't wel voorstelt. Ze verloren die bestemming alleen voorzover ze een specifiek roomsche was, zooals b.v. het lezen van zielmissen. De bestemming van bijv. kerke-, pastorie- en kosteriegoederen ging door de reformatie der religie niet te niet. Ten aanzien van deze goederen maakte het verbod der roomsche religie dan ook, strikt genomen, geen verdere voorziening van de Overheid noodig. Greep deze in den rechtstoestand dier goederen niet verder in, zoo bleven ze eenvoudig bestemd voor den eeredienst, de pastoors, de kosters, maar nu allen gereformeerd. De vrije prebenden (1) konden niet meer worden dienstbaar gemaakt aan de opleiding van Roomsche priesters, doch alleen aan die van gereformeerde leeraars. Wat de kloosters betreft: zij pasten niet in de gereformeerde leer, verloren door de reformatie hun bestaansreden, zoodat er voor de Overheid alle reden was om aan de kloostergoederen een nieuwe bestemming te geven¹. Ik vereenig mij volkomen met deze zienswijze. Mr. Offerhaus, die niet alleen in zijn proefschrift van 1888, maar in het Rechtsgel. Mag. van 1906 een tegenovergestelde meening verkondigde, zal het, naarmate er meer feiten over deze overgangperiode in het kerkelijk leven aan het licht worden

(1) Ik herinner er aan dat dit waren prebenden, waaraan geen zielszorg was verbonden.

gebracht, steeds moeilijker vallen zijn meening uit de documenten te staven.

Bij resolutie van 31 Maart 1580 werd Ged. Staten van Friesland opgedragen een grondige en evangelische reformatie der kerk; de beneficiën werden vacant verklaard, de renten er van bestemd voor predikanten, schoolmeesters, armen en ad alias pias causas, en het beheer er van zou worden opgedragen aan de voornaamste ingezetenen, liefhebbers van de gereformeerde religie. Uitvoerig heeft van Apeldoorn uit de kerkelijke archivalia van steden en dorpen in Friesland nagegaan, hoe deze resolutie in praktijk is gebracht. De uitvoering er van was opgedragen aan de grietmannen, die men echter niet in de steden, doch enkel op het platteland aantrof; intusschen naar haar strekking was de resolutie ook voor uitvoering in de steden bestemd. Eerst geeft schrijver nu de resultaten van zijn onderzoek ten aanzien van het platteland. De resolutie, welke strekking juist was te voorkomen, dat de kerkelijke goederen zouden worden misbruikt, had niet het gewenschte gevolg gehad; in plaats van nieuwe, gereformeerde leeraars te beroepen, was men op veel plaatsen goede sier gaan maken van de kerkelijke goederen; ook vóór de reformatie was het niet ongewoon dit te doen niet alleen in vacante, maar ook in gemeenten, die niet vacant waren; bij het betalen van landhuur, het sluiten van contracten, het nazien van rekeningen werd op kosten van de kas der kerkfabriek, der pastorie, der vicarie of prebende geteerd. Ged. Staten besloten 22 Augustus 1580 door gecommiteerden de kassen dezer stichtingen te doen nagaan. Wat Oostergoo betreft vindt men het resultaat van dit besluit in het door prof. Reitsma uitgegeven *Register van geestelijke opkomsten in Oostergoo*. In de andere kwartieren is meer decentraliseerend gewerkt bij het onderzoek. Ingevolge de resolutie van 31 Maart 1580 werd door de grietmannen ook overgegaan tot de combinatie van sommige kerkelijke gemeenten binnen hun grietenij. Uit het feit dat Ged. Staten inzake de regeling der kerkelijke aangelegenheden veel opdracht gaven aan de grietmannen, ziet men hoe de centralisatie van het Saksisch bewind duurzame vruchten had afgeworpen. Nevens de grietmannen werden ook gevolmachtigden uit de dorpen der grietenij belast met zorg voor kerkelijke zaken.

Zeer duidelijk blijkt uit het in hoofdstuk II der 2e afdeeling medegedeelde, dat Ged. Staten den predikant als den gereformeerden pastoor beschouwden, die recht had op de van ouds bestaande pastoriegoederen. Tegenover hen, die volhouden dat met en door de reformatie de roomsch-katholieke parochie wegviel, voert van Apeldoorn dan ook zeer juist aan, dat er van die parochies dan toch nogal wat overbleef,

b.v. het afgebakend grondgebied der parochie, welks bewoners verplicht bleven bij te dragen tot de kosten van den eeredienst; voorts de band tusschen die bewoners en de kerkelijke goederen, de kerkvoogden, die door eigenaars en gebruikers van schotschietende huizen werden benoemd. De gemeente, waarvan de stukken na de reformatie gewagen, was nog dezelfde als vroeger, n.l. de gemeente van de parochie, d. w. z. „de gezamenlijke eigenaars en gebruikers der schotschietende huizen binnen de parochie. Aan hen liet de resolutie” (van 1580) „de verkiezing van predikanten, schoolmeesters en administrateurs der beneficiale goederen, en wel: aan hen zonder onderscheid van religie”. Zoo is het voorgekomen, dat bij benoeming van kerkvoogden de gereformeerden in de minderheid bleven, wat fatale gevolgen nu en dan voor de gereformeerde gemeenten heeft gehad. Na allerlei besluiten der Staten, was ten slotte de regeling aldus, dat het stemrecht verkocht bleef aan de schotschietende huizen, doch de stemmers moesten zijn van de ware gereformeerde religie. En zoo was dus in het patronaatsrecht geen noemenswaarde wijziging gebracht. Van invoering der Dordtsche Kerkorde wilden de Staten van Friesland niets weten.

De Staten, als Overheid, beslisten, dat er overal slechts gereformeerde pastoors zouden zijn in de parochies, die bleven; het kon zijn dat de nieuwe pastoor nagenoeg niet dan roomsch katholieke parochianen vond; het stond dan aan hem zich een gemeente te verzamelen; dan kwam er in de parochie een gereformeerde gemeente, met eigen vertegenwoordiging: de kerkeraad, welks leden werden gekozen door de gemeentelieden of door den kerkeraad zelf. Alleen voor het 1e lid, den predikant, gold deze wijze van verkiezing niet. „De kerkeraad was een nieuw college: hij miste continuïteit met het verleden. Maar met den predikant als zoodanig stond het anders. Hij was de opvolger van den katholieken pastoor, het hoofd van de parochie, de bezitter van het pastoorsbenefice, in het kort: de gereformeerde pastoor”. Het collatierecht van de schotschietende parochianen bleef, omdat de Staten, als Overheid, het hun niet hadden ontnomen. De eigenaars en gebruikers van schotschietende huizen in de parochie „hadden ook het beheer der kerkelijke goederen, evenals vóór de reformatie. Op dit beheer heeft de Kerk nooit aanspraak gemaakt, en de Staten hebben er niet aan gedacht het haar toe te kennen. En zoo treedt hier zoo duidelijk mogelijk de scheiding tusschen bestuur en beheer aan het licht”.

In hoofdstuk III der 2e afdeeling wordt behandeld hoe beheer en bestemming der kerkegoederen, meer in het bijzonder van de kerkfabrieken, bleef zooals het voor de reformatie was. Kerkfabriek definieert schrijver zeer gelukkig als: „het fonds, bestemd voor elk plaatselijk kerkelijk doel, waarvoor

geen afzonderlijk vermogen bestond". Zoo bleef de kerkfabriek ook bestemd voor onderwijs en armenzorg. Intusschen, na de reformatie kwam naast de vroegere armenzorg ook de diaconale; deze strekte zich in beginsel niet, doch ten slotte practisch wèl slechts tot de huisgenooten des geloofs uit, terwijl de armenzorg van kerkvoogden der gereformeerde kerk al de armen in de parochie, ook de niet-gereformeerden, en later na het optreden van diakenen enkel de armen, niet behoorende tot eenig kerkgenootschap, betrof. Dat de gereformeerde kerkvoogdij zorgde voor niet-gereformeerde armen vindt verklaring in het feit dat er was continuïteit der oude R. C. parochie; de gereformeerde religie had publiek karakter; armenzorg was niet staatstaak.

Hoofdstuk IV dezer 2e afdeeling is aan de kosterijen en scholen gewijd. Onderwijs bleef ook na de reformatie zaak der kerk; het schoolmeestersambt was een kerkelijk ambt, het kostersambt (nu meestal met dat van schoolmeester in één hand) was deels kerkelijk, deels politiek; kerkelijk in zoover de koster den pastoor (later den predikant) behulpzaam was bij de uitoefening van den eeredienst; politiek, omdat hij het kerkgebouw verzorgde; dit betrof *het beheer*. De kosterie-goederen werden veelal met die van de kerkfabriek vereenigd.

Over de bezoldiging der predikanten geeft van Apeldoorn tal van gegevens in het volgend hoofdstuk. Uit financieel oogpunt was de reformatie der religie voor de parochianen wèl, voor den pastoor niet voordeelig; de vergoedingen voor doopen, trouwen, begraven, gedachtenismissen enz. vervielen. De in Drente en Twente thans nog voorkomende roggepachten, (in Twente als miskoren, in Drente als klokrogge of rookpenningen of onder nog andere benamingen bekend (1) en die als grondrenten van de boerenerven werden geheven, kwamen vooral in Zevenwouden en Oostergo voor, doch werden door de Staten van Friesland afgeschaft. Vele zijn de resoluties, door de Staten, als Overheid des lands wakende ook voor de religie, genomen ten aanzien der predikantstraktementen. De predikant had het genot, het vruchtgebruik en het beheer der pastoralia, evenals voorheen de pastoor, maar beschikkingsrecht over de pastoralia was bij hem en de gemeente (de eigenaren en gebruikers der schotschietende erven) en hun vertegenwoordigers, de kerkvoogden, en deze bevoegdheid der gemeente was uitvloeisel van het patronaatrecht. Intusschen zijn veelal schikkingen tusschen kerkvoogdij en predikant getroffen, waarbij het beheer der pastoralia bij kerkvoogden alleen kwam, terwijl in de 18e eeuw de Staten de predikanten in de gelegenheid hebben gesteld voor een zeker aantal jaren het beheer over te doen aan den grietenij-secretaris, waartegenover

(1) Zie mijn geciteerd opstel in het Rechtsgel. Mag. 1916.

zij (de predikanten) dan een fixum uit 's Lands kas als salaris kregen. Van verschillende parochies werden de predikanten uit de kloostergoederen geheel of gedeeltelijk betaald; vooral had dit plaats ten aanzien van die parochies, welke pastoriën geïncorporeerd waren geweest bij kloosters. (Een klooster had n.l. veelal patronaat van meerdere parochies; na incorporatie vielen de pastoralia het klooster toe en het scheefte dan den pastoor af met een deel der inkomsten, de z.g. congrue portie).

Uitvoerig behandelt schrijver de kwestie van de suppletietrekkende pastoriën en hoe de Staten ten slotte verschillende dezer pastoralia in eigendom hebben overgenomen, onder verplichting hunnerzijds, een fixum aan den predikant te blijven uitkeeren. De beslissing over de aanvaarding van het desbetreffend voorstel der Staten lieten deze aan degenen, die in de parochies 't patronaatrecht hadden, waaruit natuurlijk geenszins valt af te leiden, dat de pastoralia eigendom waren van de ingezetenen der kerkelijke gemeente. Het waren immers stichtings-goederen, waarover het beheer toekwam aan den predikant en aan de patronaatrecht hebbenden en hun kerkvoogden, tenzij de predikant er bij schikking, als boven besproken, afstand van gedaan had.

Over elk van de nog ter bespreking overblijvende hoofdstukken der 2e afdeeling een enkel woord. Allereerst over dat hetwelk de vicarieën en prebenden te platten lande na de reformatie behandelt. De vicaris was hulppastor, had dus cura animarum, en dus waren de vicarieën in Friesland beneficia curata. De hervormde eeredienst eischte minder personeel dan de roomsch-katholieke. De Staten hadden de vicarieën kunnen vereenigen met de pastorieën en zoo de predikantstraktementen verbeteren, doch deden dit niet; zij lieten de gemeenten haar gang gaan met deze door de resolutie van 31 Maart 1580 vacant verklaarde beneficiën en bepaalden zich tot toezien dat ze niet voor niet kerkelijke doeleinden werden misbruikt. Over 't algemeen zijn ze saamgesmolten met de kerkfabriek. De vrije prebenden of vrije leenen, beneficia simplicia, die vrij van zielzorg waren, en alleen bezwaard waren met missen lezen, hadden reeds sinds een ordonnantie van 1539 het karakter van studiebeurzen; dit behielden ze na de reformatie; het missenlezen verviel natuurlijk. De vrije prebenden stonden deels ter begeving van de gemeenten, en zijn dan gemeenlijk met de kerkfabriek versmolten na de reformatie, deels ter begeving van anderen, zoo b.v. de familieleenen. Het is vooral ten aanzien van deze tweede soort dat veel verduistering heeft plaats gehad. Of, zoo ze al niet verduisterd zijn, liet men er jongelieden van studeeren ook in andere vakken dan de theologie, wat streed met art. 12 jo. 8 der voormelde Statenresolutie van 1580,

ja zelfs heeft men uit een leen toelagen gegeven aan een barbier, een zeer nederig dienaar van Minerva en na zijn dood aan zijn moeder, die in 't geheel niet studeerde. Ook hebben de collatoren — en ziehier de verduistering — de leenen als familie-eigendom beschouwd en ze onderling verdeeld en dus doen verdwijnen.

Van het hoofdstuk, dat volgt, over het toezicht op het beheer, stip ik aan deze opmerking van den schrijver: De gemeente, die het beheer had van de kerkelijke goederen, had dus met de gereformeerde gemeente hoegenaamd niets uit te staan. Van de belangrijke en goed gedocumenteerde beschouwingen des schrijvers over de kerkelijke goederen in de steden (hoofdstuk VIII) zij alleen dit vermeld, dat de pastorieën, vicarieën en prebenden in de steden na de reformatie zijn samengesmolten tot één stichting, en dat in sommige steden ook de kerkfabrieken en de kloosters in één stichting zijn opgegaan. De familieleenen bleven begrijpelijkerwijze buiten dit stichtingsfonds. Het opperbeheer dier stichting (conglomeraat van vele stichtingen) was niet bij de Staten, maar bij den stadsmagistraat, die de autonomie der stad sterk deed gelden; ook hier had de Gereformeerde Kerk niets in zaken van beheer te vertellen. Van toepassing der resolutie van 31 Maart 1580, die het opperbeheer der Staten huldigde, kwam in de steden dus niets.

Het laatste hoofdstuk behandelt de kloosters. De goederen van kloosters op het platteland, voorzoover ze door de kloosterlingen waren verlaten, zijn door de Staten als bona vacantia aan zich getrokken en de goederen der niet verlaten kloosters, op het platteland gevestigd, hebben de Staten van de kloosterlingen gekregen tegen uitkeering van pensioenen. De stedelijke regeeringen beschikten over de binnen de steden gelegen kloostergebouwen; sommige stedelijke regeeringen trokken ook de kloosterlanderijen, voorzoover ze binnen het stadsgebied lagen, aan zich.

En nu eindig ik zooals ik begon: met een gelukwensch aan schrijver en promotor beiden. Maar toch wil ik er nog iets aan toevoegen. Het proefschrift van van Apeldoorn toont opnieuw hoeveel het waard is dat degene, die een historisch-juridisch onderzoek instelt, bekend is met taal, zeden en gewoonten van de streek, waarop het onderzoek betrekking heeft. Voor Friesland geldt dit in het bijzonder. En daarom mag men dankbaar zijn dat zulk een scherpzinnig Fries dit moeilijk onderwerp ter bestudeering koos. De Groninger, die het recht ten aanzien der kerkelijke goederen in stad en lande mocht gaan bestudeeren (wenschelijk is het om even-gemelde reden dat het een uit de provincie zij en niet een stads-Groninger) en de Drent, die zijn gewest zal bewerken, zullen hun taak zeer verlicht vinden door het werk dat

van Apeldoorn deed. Moge de Nederlandsche rechtsliteratuur eerlang met het toegezegde 2e deel van Siccama's proefschrift en met het vervolg op dat van van Apeldoorn worden verrijkt. Wij zullen dan ook omtrent den tijd na de republiek der Vereenigde Nederlanden worden ingelicht. Reeds thans valt met zekerheid te voorspellen, dat de schrijvers der „Utrechtsche school" zullen komen tot de conclusie dat de Synode der Ned. Herv. Kerk onbevoegd is het beheer der kerkelijke goederen te regelen. En dat geenszins, omdat de heeren dezer school — zooals door sommigen wordt vermoed — reeds met dichte boeken, vóórdat hun onderzoek begon, in een geestelijken dampkring verkeerden, die hun vooringenomenheid deed inademen tegen Synode of ongereformeerde richtingen in de kerk, maar omdat uit de in overvloed gegeven bronnen die conclusie noodwendig voortvloeit. Juristen van naam, die van anti-synodale, doleerende of gereformeerde smetten volkomen vrij zijn (ik noem slechts Mrs. Fockema Andreae en Gratama) hebben de conclusiën der dusgenaamde Utrechtsche school van Siccama gewogen en niet te licht doch volkomen juist bevonden; dit is op zich zelf reeds afdoende wederlegging van de vage beschuldigingen van partijdigheid, door *Het Kerkelijk Weekblad* en andere onbevoegden tegen die school gericht.

Nu moge men betreuren, dat een onpartijdig onderzoek tot de conclusie voert, dat de Synode onbevoegd is het beheer te regelen en van meening zijn dat de huidige toestand van het beheer nu en dan gelijk is met wanbeheer, dit alles verandert aan de droevige werkelijkheid of om in de taal van het hoofd dezer school te spreken: het verandert aan de waarheid, die eenvoudig is, niets. Slechts de wetgever, die alles kan, zou den wagen weer in het spoor kunnen brengen.

Een opmerking van mij zelf tot besluit, of liever een wensch: De meesterlijke uiteenzetting, die van Apeldoorn gaf van de beteekenis van *gemeente*, *dorp* en *parochie*, doet verwachten, dat, mocht hij zich opgewekt gevoelen de ontwikkeling te beschrijven van de regeering in een bepaalde Friesche grietenij en haar onderdeelen, ook in haar verhouding tot andere lichamen en in de verworping gedurende de 19e eeuw, onze rechtsliteratuur verrijkt zou worden met een belangrijk en glashelder geschrift over een weinig gekend onderwerp. Indien de geleerde schrijver dit onderwerp eens liet voorgaan en met de voortzetting van zijn proefschrift wachtte totdat Siccama's laatste deel is verschenen? Ziehier een bescheiden wensch, dien ik ter overweging aanbied.

Den Haag, Januari 1917.

A. S. DE BLÉCOURT.

Over samenloop en strijd van eigen wetten in het Burgerlijk Recht. Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Groningen op 23 Juni 1917 door Mr. H. van Goudoever. — Groningen, P. NOORDHOFF, 1917.

Met het uitspreken dezer rede heeft de hoogleeraar VAN GOUDOEVER, tot dusverre rechter in de arrondissementsrechtbank te Rotterdam zijn ambt aanvaard. Ofschoon, wanneer ik mij niet bedrieg, geen vreemdeling op het gebied van het rechtsonderwijs en zeker niet iemand, die de wetenschappelijke studie verwaarloosd heeft — wie dit zou meenen sla slechts een blik in VAN GOUDOEVER's bewerking van het verbintenissenrecht in ASSER's Handleiding — krijgt men uit de rede toch spoedig den indruk, dat men te doen heeft met iemand, die de praktijk kent en in de praktijk heeft geleerd.

Misschien dat dit dan ook de hoofdoorzaak is, dat de schrijver, wetende hoe moeilijk eene goede oplossing van een rechtsvraag is, dikwerf meer op moeilijkheden wijst dan dat hij daarvan eene oplossing tracht te geven. Van onverbiddelijke kritiek, die zoo spoedig geuit wordt door hen, die de wijsheid in pacht meenen te hebben — ook hier blijkt het, dat tusschen pacht en eigendom een wereld ligt —, van groote woorden vindt men in de redevoering niets. De auteur is zich bewust van de moeilijkheden waarvoor de wetgever stond en wanneer hij er op wijst, dat in het strafrecht art. 55 Sr. bij strijd van wetsvoorschriften meestal een oplossing geeft, daar neemt hij het onzen wetgever niet kwalijk, dat hij in het privaatrecht zulk een leiddraad achterwege laat.

Hij gaat zelfs zooverre van zich over art. 13 der wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, ontleend gelijk men weet aan art. 5 van den Code Civil, niet te ergeren. De „practiciens sans grande „malice”, die den Code hebben tot stand gebracht, zouden, wanneer zij ontkenden, dat de wet leemten bevat en den rechter, die „sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de „l'insuffisance de la loi” weigert recht te spreken met een vervolging wegens rechtsweigerig bedreigden, het niet zoo erg gemeend hebben. Zij zouden, althans zeker PORTALIS,

wel begrepen hebben, dat volledige wetten een onbereikbaar ideaal waren en wanneer zij aan dit artikel dachten evenals de Romeinsche augures — waren het niet veeleer haruspices? — geglimlacht hebben.

Het is mogelijk. PORTALIS zal wel gedacht hebben, dat met goeden wil de rechter zich met den Code wel zou kunnen redden, maar of allen zoo dachten en niet ettelijken inderdaad den Code volmaakt achten lijkt mij toch niet onmogelijk. Intusschen, het doet er weinig toe wat men in het begin der XIXde eeuw dacht, de ervaring heeft geleerd, dat men het zonder wetsvoorschriften over de toepassing der wet, zooals die de commissie tot het ontwerpen van een Algemeen Burgerlijk en Lijfstraffelijk Wetboek in haar „Inleiding van Recht in het Algemeen” in 1804 voorstelde en het bekende ontwerp van 1820 zij het ook in bescheidene mate inhield heeft kunnen doen. En vandaar, dat de auteur bij alle waardeering van het bekende artikel van het Zwitschersch Burgerlijk Wetboek hoe de rechter moet handelen in in de wet niet voorziene gevallen de overdreven bewondering voor dit wetsvoorschrift blijkbaar niet deelt.

Intusschen het is niet zoozeer over leemten in de wet als juist over het tegendeel daarvan dat de hoogleeraar het in zijne rede heeft. De wet zwijgt en hij meent, dat men waarschijnlijk er wel op bedacht is geweest, dat er gevallen zouden voorkomen waarin meer dan één voorschrift er naar zou streven te worden toegepast, maar dat men gemeend heeft, dat de praktijk zich wel zou redden. Dit laatste schijnt hem inderdaad het juiste standpunt. Op zoo eenvoudige wijze als dit in art. 55 Sr. geschiedt, waar het alleen over de toepassing van straf gaat, is de zaak niet te regelen, wat de inleiding van 1804 en het ontwerp van 1820 bieden is nu niet juist aantrekkelijk, alleen het valt niet te ontkennen, dat in onze dagen de wetgever het vertrouwen verloor, dat zijn voorgangers in de praktijk stelden.

Het typische voorbeeld is art. 1637 c B. W. onderstellende, dat ééne overeenkomst de kenmerken bevat en van eene arbeidsovereenkomst en van eenige andere soort overeenkomst bepaalt het artikel, dat op de uit die overeenkomst ontstane rechtsbetrekkingen zòowel de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst als die betreffende de andere soort overeenkomst, indien verenigbaar, van toepassing zullen zijn, maar dat bij onderlingen strijd van die bepalingen die van de arbeidsovereenkomst de andere zullen verdringen.

De hoogleeraar onderzocht *niet* of de wetgever, die van oordeel was, dat de bepalingen omtrent de arbeidsovereenkomst welke immers „op alle punten aan recht en billijkheid waren getoetst” niet wellicht blijk heeft gegeven van te groote ingenomenheid met de nieuwe bepalingen — ge-

dachtig aan het „de viventibus legislatoribus nil nisi bene” heeft hij gelijk — doch wijst er op, dat deze oplossing natuurlijk slechts voor een bepaald geval kan worden gegeven. En nu ziet men in een bonte rij verschillende gevallen van samenloop, wanneer men dat woord mag gebruiken, voorbij trekken. Bizonder wordt de aandacht gevestigd op art. 1639 *x* B. W. blijkbaar den hoogleeraar zeer sympathiek — op de verhouding van art. 1303 met art. 1625 B. W. van art. 1303 met art. 1684, ja ook de verhouding van de artt. 1401 en 1402 B. W. met wanpraestatie wegens het niet nakomen eener uit overeenkomst voortspruitende obligatoire verplichting vindt men gememoreerd. Zelfs het bekende geval van den dokter te Appingedam, die het oog van een patiënt met sublimaatpoeder had behandeld in stede van met chloretum hydrargyrosum — cf. arrest Hooge Raad 28 Februari 1908, W. 8672 —, wat, wijl het drama in de omstreken van Groningen speelt, aldaar natuurlijk groote belangstelling heeft gewekt, blijft niet onbesproken. Hier is VAN GOUDOEVER van meening, dat onze cassatie-rechter ten onrechte van oordeel was, dat art. 1407 B. W. de artt. 1401 en 1402 B. W. geheel verdrong. Terecht, naar het voorkomt, al had men hier eene ietwat meer uitvoerige uiteenzetting gewenscht.

In den regel wordt de oplossing niet gegeven en dit kon kwalijk anders. De tijd voor eene inaugurale oratie is beperkt en wanneer men de eenvoudige maar ook m. i. onjuiste leer verwerpt, dat de bizondere bepaling *steeds* de algemeene verdringt en men dus voor de beslissing in ieder voorkomend geval met tal van factoren rekening moet houden zou de beschikbare tijd verre zijn overschreden, wanneer telkens eene gemotiveerde oplossing zou zijn gegeven. Toch is het jammer, want men zou den hoogleeraar gaarne eens aan het werk hebben gezien. Dit te meer omdat VAN GOUDOEVER, die scherp tusschen legist en jurist onderscheidt en zijn leerlingen toeroept: „Pectus est quod juris consultum facit” niet blind blijkt — getuige zijn opmerkingen omtrent het bovenbedoelde artikel van het Zwitsersche wetboek — voor een klip waarop een practicus vermoedelijk eerder dan een hoogleeraar gevaar loopt te stranden, namelijk, dat men al te veel let op hetgeen in het speciale aan de orde zijnde geval het meest billijk en rechtvaardig toeschijnt.

Wat op het eerste gezicht in een bepaald geval rechtvaardig schijnt is dit bij nader inzien niet altijd. Soms is een solutie noodig en rechtvaardig, die desniettemin voor een der betrokken procedeerende partijen hard kan zijn. Edoch dit kan niet anders. Menschelijke arbeid kan niet volmaakt zijn.

THEMIS

LXXVIIIste deel — VIERDE STUK

(Het overnemen van den inhoud van dit nummer of van een afzonderlijk opstel daaruit is verboden. — Auteurswet 1912, art. 15.)

De Wetgevende Rechter

(art. 1, al. 2, slot Schw. Z. G. B.)

DOOR

MR. J. C. FREDERIKS.

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung. Art. 1 Schw. Z. G. B.

Inleiding (1).

De tijd, waarin een codificatie verheerlijkt werd als een „lückenloses Ganzes“, eene „espèce d'arche sainte“, is voorbij. De leer der volledigheid, en nog wel altijddurende volledigheid der wet is onhoudbaar. Vrijwel algemeen is de opvatting, dat bij een codificatie er iets gedaan moet worden om het recht op de hoogte van zijn tijd te houden.

Twee hoofdrichtingen vallen op te merken :

- 1°. die waarbij men heil verwacht van den wetgever;
- 2°. die waarbij men steun zoekt bij den rechter.

De eerste richting is voor de naaste toekomst, althans

(1) Zie o. a. FOCKEMA ANDREAË, *Moderne Praetuur*.

Themis, LXXVIII (1917), 4e st.

feitelijk, in ons land de minst belangrijke, zoowel in den vorm van een gedeeltelijke als in dien van een geheele herziening. Zij zal verder buiten beschouwing blijven.

Bij de tweede richting werd allereerst hulp gezocht, en grootendeels ook wel gevonden, bij den rechter, die dan door de meest vernuftige denkwijzen den wettelijken voorschriften een vorm moest en wist te geven, die beantwoordde aan de behoeften van het heden.

Echter tegen die juridische acrobatiek ontstond verzet. Velen wilden daarom de werking der wet beperken binnen de grenzen harer uitdrukkelijke bepalingen, en daarbuiten den rechter volle vrijheid laten uit andere bron te putten.

Met tal van schakeeringen wordt deze strooming, die een vrijere rechtsspraak eischt, steeds breeder. En hoewel er tal van bedenkingen tegen haar zijn aan te voeren, heeft de Zwitsersche wetgever, zooals men weet, onder invloed van dien stroom zijn keuze gedaan in de richting van een grootere macht bij den rechter, en wel in dezen eigenaardigen vorm, dat de rechter eventueel bevoegd is te beslissen, „alsof hij wetgever ware”. Wat mij in dezen jonggeborene zoo aantrekt, is zijn eerlijk gezicht. Mijn doel is nu in de volgende regels na te gaan, hoe dit in 1908 geboren en sinds 1912 op eigen beenen rondlopende kind van Justitia zich in de practijk des levens verder heeft ontwikkeld.

G e b i e d (1).

Een eerste lezing van art. 1 Sch. Z. G. B. doet ons dadelijk zien, dat de Zwitsersche rechter zich bij zijn uitspraken naar drieërlei regels te richten heeft: 1°. de

(1) In het volgende is in hoofdzaak weergegeven de opvatting, die Prof. Gmür in: Die Anwendung des Rechts nach art. 1 Schw. Z. G. B. verdedigt, als, althans voor Zwitserland, de juiste.

regels door de wet gegeven; 2°. de regels, aan het gewoonterecht ontleend; 3°. de regels, die hij als wetgever eventueel zou opstellen.

Eer wij deze regels en hun onderlinge verhouding nader beschouwen, schijnt het niet ondienstig even een korte karakterschets van het Zwitsersch wetboek te geven:

1°. Germaansch, zonder Duitsch te zijn; 2°. zeer modern.

Germaansch moet het zijn, omdat de Duitsche wetenschap, evenals het D. B. G. B. bij de samenstelling voortdurend geraadpleegd is;

Germaansch, niet Duitsch, omdat de vervaardiger, de eminente Duitsch-Zwitser, Nationalrat Prof. Dr. E. HUBER er natuurlijk zijn stempel op gedrukt heeft;

Germaansch, niet Duitsch, omdat er veel Zwitsersch allemannisch recht in verwerkt is;

Germaansch, niet Duitsch, omdat er wel bewust naar gestreefd is in het Schw. Z. G. B. een generaliseerende tendenz tot uiting te brengen, het te gieten in zeer ruim geredigeerde en pregnante vormen, en te vermijden de abstracte en doctrinaire wijze, waarop in het bijzonder het Duitsche Burgerlijk Wetboek is opgevat, en evenmin te treden in een zoo uitgebreide casuïstiek. Geen wonder dan ook, dat een complimenteuse Franschman, op een zekere verwantschap wijzend, met lichte overdrijving sprak van een „Code rajeunie et mieux raisonnée”.

Het behoeft wel geen betoog, dat deze ruime redactie niet zonder invloed is op het terrein, den wetgevenden rechter gelaten.

Zeer modern! Ook al waren er geen andere bewijzen te vinden, dan nog zou deze stelling voldoende bewezen zijn door de woorden, welke onze speciale aandacht in dit artikel vragen (1). Slechts hij, die de moderne literatuur

(1) Het blijkt bijv. ook uit de bijzondere bescherming, die in het Schw. Z. G. B. aan het gemeenschapsbelang wordt gegeven.

bestudeerd heeft, kan dit wetboek begrijpen, want het is de geest van die literatuur die het geheele Schw. Z. G. B. doortrekt. Is dit waar, dan is voor Zwitserland een bekende strijdvraag opgelost, die over de interpretatie ex ante, of ex nunc. Dan mag naar Zwitsersch recht aan de wet een eigen leven worden toegekend, mag zij in staat geoordeeld worden tot een voortdurende zelfvernieuwing, in overeenstemming met de ontwikkeling van maatschappij en kultuur (1).

En deze beslissing kan al weer niet zonder invloed blijven op het gebied, dat geleidelijk aan den wetgevenden rechter toevalt, of, misschien beter, niet toevalt.

Art. 1, al. 2, slot is deel van art. 1. Een schijnbaar vanzelfsprekende opmerking en toch niet zonder belang, want daaruit volgt, dat de „wetgevende rechter” op kan treden op het geheele gebied, dat door art. 1 bestreken wordt.

En dat gebied is groot, want niet alleen alle paragraphen van het Schw. Z. G. B. worden door art. 1 beheerscht, het artikel zal, althans wel analoge, toepassing mogen vinden bij alle eedgenootschappelijke wetten van privaatrechtelijken aard, patentwet, etc., en eveneens op alle verordeningen, ingevolge art. 113 B. V. door de Bundesversammlung uitgevaardigd ter aanvulling van het Z. G. B.

Overall, op al deze gebieden, is door de invoering van den wetgevenden rechter beslist, dat weliswaar de wet leemten heeft, maar dat evenzeer het objectieve recht zonder gapingen is.

Zooals boven reeds werd opgemerkt, verwijst art. 1 den rechter naar drieërlei regels. Deze regels zijn aan

(1) Zie Erl. I. S. 16, waar naar „ein Geist der Zeit” wordt verwezen. Anders Stross in *Zeitschrift des Berner Juristenvereins*, Band 45.

elkaar gesubordineerd in de volgorde als boven is aangegeven; eerst als een voorafgaande categorie niets geeft, komt een volgende. Het is dus dienstig te bepalen hoever zich het gebied van de wet uitstrekt, hoever van de gewoonte; dan is vanzelf in de overschietende gevallen — voorzooover zij althans aanspraak hebben op rechtsbescherming, en niet behooren bijv. tot het gebied der moraal — te beslissen naar de regels, die de rechter, als hij wetgever ware, zou opstellen.

Het gebied van de wet.

„Das Gesetz findet Anwendung auf alle Rechtsfragen, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält” (art. 1. al. 1 Schw. Z. G. B.). Wat beteekenen nu de woorden: „nach Wortlaut oder Auslegung”? Naar Zwitsersch recht mogen deze woorden niet zóó opgevat worden, dat de uitlegging eerst dan zou mogen beginnen, als de beteekenis van een woord onzeker is. Immers, aldus Prof. GMÜR, ieder woord behoeft uitlegging. Een stelling, die, hoe juist ook van signifisch standpunt, mij betwijfelbaar, althans onbruikbaar, lijkt voor de juridische practijk. Echter moet ik toegeven, dat uit de opvatting van het eigen leven der wet volgt, dat de rechter zich steeds zal moeten afvragen, of de beteekenis van een woord zich soms heeft gewijzigd, m. a. w. dat hij steeds de beteekenis opnieuw zal moeten vaststellen. Wil men dit nu ook uitlegging noemen, dan gebruikt men dat woord m. i. toch in een oneigenlijken zin. De beteekenis van „nach Wortlaut oder Auslegung” zou dan wèl zijn, dat de rechter niet mag blijven stilstaan bij de tekstverklarende maar dat hij ook zou moeten geven de tekstaanvullende interpretatie (1), m. a. w. dat hij door inductie

(1) De grens tusschen extensieve interpretatie en analogie is niet scherp te trekken. ASSER—SCHOLTEN blz. 83.

en deductie moet opsporen de regels, die de wet, zij het dan ook niet *expressis verbis*, toch ongetwijfeld bevat. In mijn oogen ligt dit trouwens vanzelfsprekend opgesloten in het juridisch-technische woord „Auslegung”, en ik heb mij dan ook verwonderd, dat prof. GMÜR hierop met zooveel nadruk meent te moeten wijzen. De verklaring zal wel moeten zijn, dat de ervaring hem geleerd heeft, dat de vele leekerechters zich zeer moeilijk boven den woordelijken tekst weten te verheffen.

Een moeilijke strijdvraag blijft nog, waar de grenslijn te trekken tusschen deze tekstaanvullende interpretatie en rechtspraak, en de rechtspraak van den rechter, alsof hij wetgever ware, of nauwkeuriger de vraag gesteld zij: tot welk gebied behoort de analogie?

Wat is onder analogie te verstaan? Over het ontwikkelingsproces, dat daarbij plaats vindt, is men het vrijwel eens. Bij de analogie herleidt men een (of zeer weinig, GMÜR) wetsregel(s) tot een anderen van algemeener strekking, van welke men weer afdaalt tot een bijzonderen regel voor het verwante geval, dat te regelen is, m. a. w. zij is „weiterführende unvollständige Induktion” (GMÜR) (1). Het schijnt mij toe, dat met deze omschrijving echter niets beslist is omtrent het karakter van de analogie, omtrent de vraag, die boven gesteld werd. Immers het zal zoowel mogelijk zijn, dat de hoogere regel zeker of hoogstwaarschijnlijk wel dan niet geacht zal kunnen worden tot de wet te behooren. Behoort hij er zeker niet toe, dan kan men, dunkt mij, moeilijk loochenen op het gebied des wetgevenden rechters te zijn. De tegenstelling door LAND gemaakt tusschen analooge uitlegging en rechtsvormende analogie, schijnt, *mutatis mutandis*, mij

(1) Met het oog op analooge toepassing van uitzonderingsbepalingen, zou ik deze definitie niet onvoorwaardelijk willen onderschrijven.

daarom dan ook een gezonde. *Mutatis mutandis!* Want wanneer LAND eischt, dat zal moeten blijken, dat die hoogere regel door den wetgever is aangenomen, dan zal — in verband met het uitgangspunt: de wet heeft eigen leven — hier moeten blijken, dat de hoogere regel reeds altijd, of althans op heden ingevolge dat leven, deel uitmaakt van de wet. Het ligt voor de hand, dat het oordeel over zoo'n al dan niet ingroeien van den regel in de wet, vaak zeer verschillend zal zijn, en daarom ook de grens tusschen een analooge interpretatie en rechtsvormende analogie bij deze opvatting uiterst vaag. Een andere vraag is, of de wetgever — daargelaten wat het karakter der analogie is (1) — niet had kunnen en moeten voorschrijven, dat hij in ieder geval wil, dat eerst door den rechter analoog, inclusief de rechtsvormende analogie, moet zijn getracht naar een oplossing, en hij eerst dan naar de subsidiaire rechtsbronnen mag grijpen. Dat met de woorden „nach Wortlaut oder Auslegung” dit reeds gebiedend voorgeschreven zou zijn, daarvan heeft het betoog van prof. Gmür mij niet kunnen overtuigen.

Intusschen schijnt mij de kwestie voor Zwitsersch recht, voornamelijk theoretisch, weinig practisch belang te hebben. En wel om drie redenen :

1°. omdat de Zwitsersche wet uitdrukkelijk den rechter de bevoegdheid geeft tot rechtsvorming, en dus à fortiori tot analogische rechtsvorming ;

2°. omdat, wanneer de rechter den hoogereren regel niet tot de wet behoorend oordeelt, niets hem belet bij zijn rechtsvorming te redeneeren : wetsregel — hoogere niet tot de wet behoorende regel — nieuwe regel, en

(1) Immers zal het verschil maken, indien een gewoonterecht mocht ontstaan, geheel afwijkend van het recht door analooge rechtsvorming te verkrijgen. In dat geval zal het gewoonterecht nu voorgaan.

3°. aangenomen, dat de rechter bij beslissing van een verwant geval niet dezen gedachtengang volgt, hij dus naar eigen inzicht beslist, hij zich zelf toch altijd tweemaal zal controleeren, eer hij een zóó afwijkende regeling geeft, dat zij met den wetsregel niet onder één gezichtspunt te vangen is. Een contrôle, die feitelijk hierop neerkomt, dat hij, van de mogelijk in het verwante geval te geven regels uitgaand, op zoek gaat naar een hooger en regel, van waaruit dan weer is af te dalen naar den wetsregel. Een redeneering in omgekeerde volgorde dus.

Het mag hier niet onvermeld blijven, dat Prof. GMÜR in zijn zooveel instemming vindend geschrift — men zou haast van een „bewährte Lehre” kunnen spreken — de bovengestelde onderscheiding niet maakt, en de analogie kortweg tot de tekstaanvullende interpretatie rekent. Wel is dus bij Prof. GMÜR het gebied van de wet grooter dan volgens het bovenstaande, maar in verband met het zoo juist betoogde behoeft dit niet al te zeer te bedroeven, want ook bij de rechtsvormende analogie, en zelfs indien de rechter als wetgever besliste, zal hij in zoo'n verwant geval toch altijd hetzij een uitgangspunt, hetzij een aanknooppingspunt in de wet hebben. Even zij hier nog aangestipt, dat de vraag naar welke methode de interpretatie heeft te geschieden, de juristen in Zwitserland al evenzeer bezighoudt als overal elders. Voor dit artikel is die vraag van minder belang, al zal misschien de methode wel eenigen invloed kunnen uitoefenen op het gebied, dat door de wet wordt bestreken. Ik zal mij daarom er toe bepalen kort aan te geven, welke methode volgens Prof. GMÜR, althans voor Zwitserland, de aangewezen is.

Het zal geen verwondering wekken, dat de bekende Savigny'sche en daarbij aansluitende onderscheidingen worden verworpen. Evenmin kan de theorie der „Freirechtler”,

waarbij aan het rechtsgevoel de beslissing gelaten wordt, genade vinden. Zij is te subjectief. Bij de ten deele ongeschoolde rechterlijke macht voerde dit tot zuivere willekeur, en er moet dus een objectieve maatstaf gevonden worden. Het ligt eenigszins voor de hand, de bepaling, dat de rechter eventueel als wetgever zal beslissen, hier analoog toe te passen. Wel is de toestand niet zoo, dat de wet niets zegt, maar zij zegt te weinig. De rechter, die tusschen meerdere plausibele uitleggingen te kiezen heeft, zal naar den regel moeten zoeken, die de wetgever zou opstellen, als hij den betrokken wetsregel nader zou willen specialiseeren. En evenals den wetgever, zullen den rechter daarbij objectieve overwegingen moeten leiden, die hem misschien tot andere beslissingen zullen voeren dan zijn persoonlijke neigingen.

„Einklang mit dem übrigen Recht und die grösstmögliche Angemessenheit und Zweckmässigkeit nach dem Massstab eines Gesetzgebers ad hoc sind die beiden Faktoren, welche den Sinn und Inhalt einer Gesetzesstelle bestimmend bezeichnen" (1).

Bij deze opvatting zijn „bewährte Lehre und Ueberlieferung", rechtshistorische beschouwingen van het instituut, de ontstaansgeschiedenis van de wet, de belangrijkste hulpmiddelen; de woordelijke tekst, niet in zijn gewoon taalkundige, maar in zijn juridisch-technische beteekenis de basis, waarop de interpretatie rust; het logisch denken — ik zou hier tusschen willen voegen en het emotioneel denken — de onmisbaarste werktuigen, terwijl ten slotte de geheele interpretatie wordt een „Werturteil", een waardebepaling.

Gebied van het gewoonterecht.

Tal van vragen, die op het gebied van het gewoonte-

(1) Gmür t. a. p. blz. 57.

recht spelen, hebben door art. 1. Schw. Z. G. B. een oplossing gevonden. Wie op rechtsphilosophisch standpunt ook gelijk moge hebben, vast staat, dat de Zwitsersche staat zich zeggenschap over de rechtsbronnen heeft toegekend. Vast staat, dat naar Zwitsersch recht het gewoonterecht is stellig recht, zij het dan ook subsidiair.

Wat is echter onder gewoonterecht te verstaan? Met een hoofsch gebaar in de richting van de wetenschap, meent de Zwitsersche wetgever te kunnen volstaan. De wet spreekt zich niet nader uit. Volgens Prof. GMÜR is de heerschende leer — of dit wel geheel onbetwistbaar is? — in ieder geval de leer, die voor Zwitserland te aanvaarden is, dat gewoonterecht is: het niet-wettelijk recht, dat alleen dan bestaat als er een feitelijk gebruik is, en daarenboven in de gemeenschap de overtuiging leeft, dat bij dat gebruik een rechtsnorm gevolgd wordt.

Met deze definitie is echter nog niets beslist omtrent den omvang, waarin het gewoonterecht toepassing kan vinden. Al dadelijk stuiten wij op de vraag, of onder gewoonterecht alleen eedgenootschappelijk of ook kantonaal en plaatselijk recht mag worden verstaan.

Als heerschende meening (1) mag voor Zwitserland in deze vraag wel gelden, dat de wetgever alleen het algemeen Zwitsersch gewoonterecht heeft willen erkennen. Mr. VAN KUYK moge bepleiten (2) — een onderscheiding, die ik in de Zwitsersche literatuur niet vermeld vond — om plaatselijk gewoonterecht in het zuivere gewoonterecht toe te laten, wanneer een plaatselijke uitbouw van een overigens geregelde rechtsverhouding dit noodig of wenschelijk maakt, voorloopig kan ik mij levendig begrijpen, dat de schrijvers van plaatselijk gewoonterecht voor

(1) Men zie de klemmende argumentatie bij GMÜR t. a. p. blz. 86. Ook EGGER in Schw. Rechtssprechung und Rechtswissenschaft blz. 9.

(2) Praeadvies N. J. V. 1916, blz. 152.

Zwitserland niets willen weten, op gevaar af „Eenheidsfanatici” genoemd te worden.

Overigens zal in vele van de door Mr. VAN KUYK bedoelde gevallen de werkelijke toestand zijn, zooals door hem gewenscht wordt. Want art. 5 Schw. Z. G. B. opent daartoe de mogelijkheid. Ingevolge dit artikel zal het plaatselijk gewoonterecht nog tamelijk veel invloed uitoefenen, want het getal der artikels, waar naar „die Uebung oder das Ortsgebrauch” verwezen wordt, is tamelijk groot.

Hoe moet nu naar Zwitsersch recht beantwoord worden de vraag omtrent de kracht van het interpretatieve, van het afschaffende gewoonterecht? Het interpretatieve gewoonterecht behoeft hij niet te erkennen, en ik kan niet inzien, dat in deze leer „een bres geschoten wordt”, of dat hij inconsequent is, wanneer Prof. GMÜR leert, dat de rechter bij de interpretatie meestal zal kiezen de interpretatie, die tot dusver in het rechtsleven als de juiste wordt beschouwd. Meestal! Hij blijft dus vrij in zijn waardeering van de belangen, die ten slotte hem voeren tot een bepaalde uitlegging. Maar van die belangen is ten slotte het vasthouden aan een eenmaal bestaande opvatting er maar één uit meer, en een niet onbelangrijke (1).

En nu het afschaffend gewoonterecht. Ook dit wil men niet erkennen. Echter maakt Prof. GMÜR een uitzondering, waardoor aan deze opvatting wel een geduchte knak wordt gegeven, n.l. wanneer een afschaffende, eedgenootschappelijke gewoonte zóó vast ingeleefd is, dat het niet opvolgen den wederzijdschen belanghebbenden groot nadeel zou berokkenen, dan mag, neen dan moet de rechter de wet opzijde schuiven (2).

(1) KOSTERS, Plaats van Gewoonte en Volksovertuiging in het Privaatrecht, blz. 85 j°. GMÜR t. a. p. blz. 55.

(2) GMÜR t. a. p. blz. 96. Erl. I, blz. 36. Ruimer REICHEL, Gesetz und Richtersprüche, blz. 131.

Ten slotte nog de justitieele gewoonte. Ook hiervan wil Prof. Gmür voor Zwitserland niets weten, want in Zwitserland zou de democratie niets willen weten van een gewoonterecht, dat door den rechter, en niet door de „beteiligte Volksgenossen”, was ontstaan (1).

Dat hierbij de invloed van een constante practijk onderschat wordt, dit waag ik uit te spreken met de bescheidenheid, die mij hier — als in alle andere kwesties, waar ik even mijn meening kenbaar maakte — past tegenover de corypheeën, welke zich met deze heele materie bezighielden.

Trouwens Prof. Gmür spreekt, zij het dan ook m. i. te veel terloops, van een „Praxis, welche die Entstehung von gewohnheitsrechtliche Regeln anbahnen kann”.

Wanneer ik het bovenstaande nog eens samenvatten mag, dan blijkt dus dat onder het gewoonterecht van art. 1 Schw. Z. G. B. moet worden verstaan: eedgenootschappelijk aanvullend gewoonterecht, met uitsluiting van het justitieele gewoonterecht.

Zal het gebied van dit algemeen, aanvullend, gewoonterecht groot zijn? Op het oogenblik zeker nog niet, nu het wetboek nog zoo nieuw is. En in de toekomst? Nu de bepalingen van het wetboek zoo ruim geredigeerd zijn, zal het zeker in staat zijn in belangrijke mate aan nieuwe eischen te voldoen, hoe snel de ontwikkeling der levensverhoudingen tegenwoordig ook gaat. Of het echter aan alle eischen zal kunnen voldoen, wanneer eenmaal de geweldige omwentelingen in het maatschappelijke beginnen, die vrij zeker het gevolg zullen zijn van den giganten strijd, welke op het oogenblik Europa teistert, is, dunkt mij, wel eenigszins twijfelachtig. Echter kan die verandering ook wel zoo groot en zoo plotseling zijn,

(1) Gmür t. a. p. blz. 96, 117 v. Men zie art. 1, al. 3. Schw. Z. G. B. Il *s'inspire* des solutions etc. contra Er folgt dabei etc.

dat er geen tijd is voor de vorming van een gewoonterecht, m. a. w. dat de rechter in vrij veel gevallen te beslissen krijgt, alsof hij wetgever ware.

Gebied van den wetgevenden rechter.

Hiermede is tevens, zij het ook slechts negatief, het gebied van den „wetgevenden” rechter bepaald. Kan de rechter dus geen voorschrift aan de wet, geen voorschrift aan het gewoonterecht ontleenen, dan mag hij zelf wetgeven. Dezelfde opmerkingen, zoo juist ten opzichte van het gewoonterecht gemaakt, gelden ook voor den omvang van dit gebied.

Karakter van art. 1, al. 2, slot.

Wat het artikel overigens noemt, is geen rechtsbron, maar een — ten deele geheel in het duister latend en dus denkbeeldig — richtsnoer voor den rechter bij de door hem te geven uitspraak (1). Aldus Mr. VAN KUYK.

Dit oordeel, zoo geformuleerd, kan nu wel niet onjuist genoemd worden, maar is m. i. in zijn kleineerenden vorm toch ook niet billijk tegenover den Zwitserschen wetgever. Om deze meening te staven wil ik zoo'n beslissing in een leemte splitsen in de twee bestanddeelen, die er altijd in moeten liggen, n.l. 1°. het geven van den regel door den rechter; 2°. de toepassing van dien regel. Het is waar, dat deze twee bestanddeelen zeer licht, nu zij van één en denzelfden persoon afkomstig zijn, zoo nauw verbonden zullen worden, dat zij in elkaar vervloeien, maar aanwezig zijn zij altijd. M. a. w. ik zou mij kunnen denken, dat de bepaling in een wet op de rechterlijke organisatie zoo was uitgewerkt, dat de eene Kamer van een rechterlijk college den regel stelde, een andere Kamer daarna dien regel nader toepaste.

(1) Praeadvies N. J. V, 1916, blz. 98.

Wat is nu verder het belang van deze opmerking? Wel, dat men, hoe men ook wil denken over de rechtsphilosophische vraag der verhouding tusschen gerechtigheid en recht, tusschen recht en stellig recht, men steeds de drie bronnen van stellig recht wetsregel, gewoonte, rechtsregel, rechterrechtsregel onder één systeem kan vangen. Ziet men in de wet niets of althans in hoofdzaak niets dan een uitingsvorm van een reeds aanwezig recht, niets verhindert in den regel door een rechter ter nadere toepassing gegeven, dit ook te zien. Meent men, dat eerst recht is, wat het welwillend oog van de overheid geniet, welnu het blijkt, dat de Zwitsersche wetgever in principe geen bezwaar heeft den steun van zijn gezag ook te geven aan gewoonterechtsregel en rechterrechtsregel. Slechts om m. i. te billijken argumenten, met het oog op de rechtszekerheid, geeft hij eenige voorkeur aan den eenen regel boven den anderen.

Moge mijn opmerking dogmatisch niet geheel van belang ontbloot zijn, practisch beteekent deze eenheid van systeem daarom nog niet, dat ontkend kan worden, dat er met deze bepaling een bres geschoten wordt in de leer der trias politica (1).

Maar hoe belangrijk en nuttig deze leer voor het rechtsleven ook zijn moge, zij is geen geloofsdogma, waarvan niet mag afgeweken worden, zelfs niet, wanneer de eischen der practijk dit als uitzondering wenschelijk maken.

Of de rechter voor deze taak geschikt is? Ik geloof bevestigend te mogen antwoorden, omdat bij vele gevallen van interpretatie hij reeds een verwant werk doet — interpretatie is vaak „Werturteil” — en omdat het hier toch ook weer een uitzondering geldt.

Moeilijkheden blijven te vreezen met hen, die ontkennen,

(1) Anders REICHEL t. a. p. blz. 408.

dat de staat het recht zou hebben zich zeggenschap over de rechtsbronnen toe te kennen in zoover, dat nu naar Zwitsersch recht — aangenomen, dat onder gewoonterecht afschaffend niet is begrepen — ook een afschaffende enkele rechtsovertuiging niet erkend is. Een resultaat, waarover ik meer neiging heb mij te verheugen dan te bedroeven (1).

Maar ook nog om een andere reden is de boven aangeduide kleineering niet geheel verdiend, n.l. omdat er staat, dat de rechter moet beslissen naar een *regel*. Hiermee is duidelijk aangegeven, dat hij maar niet zoo'n beetje „bon juge” mag spelen, die uit sympathie voor of medelijden met een der partijen zijn beslissing geeft. Neen, er moet gegeven worden een regel, d. i. een regel van recht, en dus moeten objectieve overwegingen, en vooral ook de vraag van aanpassing aan het geheele rechtssysteem een rol spelen bij de oordeelvelling.

Een regel dus. Echter is het karakter van dezen regel in zooverre afwijkend van de wets- en gewoonterechtsregels, dat hij slechts geldt voor het geval, waarin hij gegeven is. Daarmee wordt echter aan het karakter van regel niet te kort gedaan. Ook de wetgever zal misschien weleens zijn beslissing voor één geval geven. Er bestaat dus tusschen een regel van de wet, en een regel door den rechter „als wetgever” gegeven geen gelijkheid, enkel paralellisme.

Werkmethode van den rechter, die
art. 1, al. 2 toepast.

Wanneer wij de schrijvers over deze „innovation complète” raadplegen (2), dan blijkt men het er over

(1) Anders REICHEL t. a. p. blz. 130 v. Die Frage der Entscheidung entgegen dem Gesetze ist noch im Flusse.

(2) Deze uitdrukking is niet geheel juist. Zie reeds de formule van ARISTOTELES bij REICHEL geciteerd, blz. 106.

eens te zijn, dat de rechter niet naar willekeur (1) mag beslissen, dat noch zijn verstand (Naturrechtler), noch zijn rechtsgevoel, de mode van het oogenblik, den doorslag mag geven (2). Allen zijn het eens, dat hij naar een objectieven maatstaf zich richten moet.

Afgezien nog van de betwiste beteekenis, die aan de voorgeschiedenis van de wet moet worden toegekend, worden drie afdoende argumenten voor deze meening aangevoerd:

1°. hij moet een *regel* geven;

2°. die regel moet gevonden worden, zooals de wetgever zijn regels vindt;

3°. de wet wijst hem voor deze taak uitdrukkelijk op „bewährte Lehre und bewährte Ueberlieferung” (3).

Wanneer wij boven constateerden, dat alle schrijvers voor den wetgevenden rechter een objectieven maatstaf verlangden, dan is daarmee niet gezegd, dat zij nu ook aan dit woord steeds dezelfde beteekenis hechten. Ook hier — als bij zoo menige andere strijdvraag — vinden wij twee meeningen, die zich aan de namen EGGER en GMÜR vastknoopen. EGGER verkondigt een theorie, die ik een relatief-objectieve, GMÜR daarentegen een absoluut-objectieve zou willen noemen.

(1) Kommentar EGGER c. s., blz. 8.

(2) GMÜR t. a. p. blz. 405. PICOT de l'interprétation du Code Napoléon et celle du Code Civil Suisse in *Schw. Juristen Zeitung*, Band 5. Ce n'est pas une oeuvre incontrôlable, une oeuvre de sentiments. EGGER, Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft, blz. 57. ROSSEL et MENTHA, Manuel du droit civil Suisse, blz. 65.

(3) Een duidelijk beeld van de eigenaardigheden van een meertaligen tekst geeft het: Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence vergl. met Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung. Zie GMÜR t. a. p. blz. 116 v. EGGER, Rechtssprechung etc., blz. 21 v.

EGGER laat den wetgegenden rechter beslissen, zooals *hij* het meest in 's lands belang oordeelt; GMÜR daarentegen wil den rechter laten beslissen, zooals *de wetgever* zou beslissen, zonder dat zijn persoonlijkheid een rol mag spelen.

Terwijl EGGER zijn meening aldus formuleert (1):

De rechter mag dus niet naar willekeur beslissen en wanneer ook niets anders overblijft dan zijn *subjectieve* overtuiging, deze moet hij zich vormen op soortgelijke wijze als de wetgever, die ook zijn oplossing niet naar een gril geeft, maar na diepgaand onderzoek van alle betreffende verhoudingen. Zoo moet de beslissing, die de rechter geeft, een *objectieve* blijven. Hij moet den regel geven, dien hij als wetgever zou opstellen.

Anders GMÜR in zijn Kommentar, maar vooral zeer uitvoerig in zijn vaak geciteerd geschrift (2). Nadat hij BRÜTT's formulering van het „richtige Recht” — als het recht, dat de kultuurontwikkeling van het volk zoo veel mogelijk bevordert, en het meeste bijdraagt om de nationale krachten uit een potentieelen in een actieven toestand te brengen — heeft verworpen, omdat zij voor de meeste Zwitsersche rechters abracadabra is, geeft hij, aansluitend aan HUBER's definitie van wetgeven (3), het volgende richtsnoer:

1. De op te stellen regel moet doelmatig (4) zijn en

(1) EGGER c. s., Kommentar, blz. 8. Vergl. ROSSEL et MENTHA, Manuel etc. Sa conception de la loi etc., blz. 65.

(2) GMÜR t. a. p. blz. 106 v., waarbij PICOT in zijn aangehaald werk zich aansluit.

(3) Erl. I, blz. 7.

(4) Het betoog in HECK: das Problem der Rechtsgewinnung en andere geschriften, dat teleologische jurisprudentie beter vervangen wordt door (historische) Interessen Jurisprudenz heeft mij niet overtuigd. Immers de afweging der belangen geschiedt niet om zich zelf, maar om een doelmatige regeling te krijgen.

beantwoorden aan de eischen des levens. De rechter zal in de eerste plaats den norm volgen, welke in het maatschappelijk verkeer gevolgd wordt. Deze mag echter niet onvoorwaardelijk den doorslag geven, daar hij bijv. zijn ontstaan aan onzedelijke machinaties danken kan.

2°. De regel moet onder waardeering der in de betreffende levensverhouding werkzame belangen opgesteld worden. Een eventueel aanwezige tegenstelling tusschen zedelijke, sociale of politieke belangen moet die oplossing vinden, die voor het algemeen welzijn het beste is.

3°. De regel moet passen in de reeds aanwezige rechtsorde.

Hieruit volgt, dat hij niet zóó mag beslissen als zijn sociale idealen het verlangen, neen, hij moet vragen of het waarschijnlijk is, dat de door hem opgestelde regel in de „Volksabstimmung” aangenomen wordt. Het behoeft geen betoog, dat de regel, door den wetgevenden rechter gegeven, zeer verschillend uitvallen kan, al naarmate hij als objectieve maatstaf neemt, wat *hij* als objectieve wetgever in 's lands belang oordeelt, of dat hij beslist, zooals naar alle waarschijnlijkheid de „Volksabstimmung” zou beslissen. Natuurlijk mag het eerste standpunt niet zoo opgevat worden, dat een toevallig katholiek rechter zijn regel naar katholieke principes in een overwegend protestantsch land zou mogen geven, of dat een socialistisch rechter, die, hoewel een kleine minderheid vertegenwoordigend, om zijn persoonlijkheid echter gekozen is, nu ook zijn socialistische wenschen in concreten vorm zou mogen gieten. Neen, dan zou hij niet meer objectief zijn, want zoo'n beslissing zou nooit in het belang van het nu eenmaal niet-katholieke of niet-socialistische land zijn. Het verschilpunt zal vooral van belang worden, indien bijv. onder invloed van een ophitsende pers een bepaalde geestesstrooming zich opdringt, des rechters persoonlijke meening echter is, dat het een

voorbijgaand verschijnsel is, dat zich wel op dit oogenblik, maar niet op den duur bij een „Volksabstimmung” de meerderheid kan verschaffen. Met het oog hierop verdient het eerste standpunt mogelijk aanbeveling, anders zou ik liever het tweede kiezen. Hoe absoluter objectiviteit bij den rechter, hoe beter.

Intusschen heeft het tweede standpunt in Zwitserland m. i. nog een bijzondere moeilijkheid te overwinnen.

Terwijl een rechter bij ons eventueel zeggen kan: „Het parlement is rechtsch, dus moet ik, geïncarneerde objectiviteit, ook in rechtschen zin mijn regel opstellen, moet en mag de rechter in Zwitserland steeds met de mogelijkheid rekenen, dat een referendum als laatste en hoogste instantie zijn beslissing in tegengestelden zin geeft. Gaat hij nu echter dit mogelijke referendum als richtsnoer gebruiken, dan is het gevaar zeer groot, dat hij vanzelf toch in het eerste schuitje komt. Wat men hoopt en wenscht, is men al te vaak geneigd om aan te nemen als iets, dat inderdaad zal gebeuren.

Welk standpunt naar de wet het juiste is, is moeilijk te zeggen. De voorgeschiedenis gebruikt het woord „objectief” slechts in den zin van niet-willekeurig, etc. De woorden der wet voeren tot een verschillende oplossing, naarmate men den nadruk legt op het woordje „er” of op „als Gesetzgeber”. Had men een absoluut-objectieven maatstaf willen hebben, dan is het jammer, dat niet gekozen is een redactie als: Es soll entschieden werden, wie der Gesetzgeber entscheiden würde, of haben würde. Daarmee was dan ook beslist, althans een aanwijzing gegeven, in de strijdvraag over de interpretatie ex nunc of ex ante.

Bij den bijval, dien het geschrift van Prof. Gmür overal vindt, zou het mij niet verwonderen, indien zijn opvattingen tot „bewährte Lehre” werden, en dus de rechter

zijn beslissing *tracht* (1) te geven in absoluut-objectieven zin (2).

Art. 1, al. 2, slot in de toepassing.

A. Algemeene opmerking.

Het is duidelijk, dat een zoo ruim geredigeerde wet als de Zwitsersche, waarvoor bovendien algemeen een teleologische uitlegging als de juiste gepostuleerd wordt, een wet, die een bepaling bevat als art. 1, al. 2, slot, dat zoo'n wet is een bewijs van groot vertrouwen in de rechterlijke macht. Wetskennis en rechtsgeleerdheid zijn niet voldoende, aldus Prof. EGGER. Niet slechts een diepe blik in het wetssysteem en een sterke gave de verschillende levensbelangen te taxeeren, maar ook een bijzondere gave tot het formuleeren der in concreto passende wetsbepaling zijn noodig voor den rechter, aldus Prof. GMÜR.

Niet zonder bezorgheid zien dan ook de Zwitsersche juristen deze zware taak aan hun eigenaardige rechterlijke organisatie met het overwegend leekenelement (3) opgedragen en algemeen is de wensch, dat in alle instanties minstens één jurist, liefst als voorzitter, aanwezig is. Het leekenelement te laten verdwijnen, dáárvoor is wel niemand.

Wordt aan dien eisch voldaan — het materiaal zal wel aanwezig zijn, daar in den laatsten tijd zich veel

(1) MARTIN, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code Civil Suisse, blz. 22. Hoe ook indien de verschillende afdelingen van het parlement verschillen? Trouwens in vele gevallen zal hij vergeefs naar een duidelijk uitgesproken meening van het parlement zoeken, en dan wordt zijn oordeel toch weer relatief-objectief.

(2) REICHEL t. a. p. blz. 106 v., die veel voelt voor den term die Natur der Sache, d. i. nach Sachlage Natürliche.

(3) Zelfs in het Bundesgericht zit, zat althans in 1914, een niet-jurist

Zwitsers op de studie van het recht hebben toegelegd — dan blijkt een zeer optimistische kijk op de toekomst te bestaan. Met vreugde kan geconstateerd worden, dat wel bij geen ander volk betere voorwaarden aanwezig zijn om de oude problemen op te lossen, wet en mensch, jurist en leek, samen te brengen en in hun juiste verhouding te plaatsen (1).

Waarop grondt zich dit vertrouwen? In hoofdzaak hierop, dat de rechtspraak ook tot dusver aan redelijke eischen (2) voldaan heeft, zoodat Zwitserland vrijwel verschoond bleef van het conflict tusschen theorie en practijk, dat men in andere landen zoo vaak waarneemt. Het Zwitsersch civielrecht is volksrecht en niet juristenrecht. Ook de ervaring met het „Obligationenrecht”, waar de practijk zich zoo goed hield, dat zij in groote mate gesanctioneerd werd in het „revidierte Obligationenrecht”, is bemoedigend.

Opmerkelijk is zeker, dat de verklaring van dit benijdenswaardig resultaat wordt gezocht in twee ons onbekende instituten, het leekenelement in, en de verkiezing door het volk van de rechterlijke macht. Over het eerste sprak ik reeds boven; het tweede instituut schijnt hier geen aanleiding te geven tot het gevaar, dat de rechter in de eerste plaats is verpolitiekt partijman. Er schijnt werkelijk alleen naar gezien te worden, of

(1) GmÜR t. a. p. blz. 139 v. GmÜR, Ueber Gegenwart und Zukunft des Schw. Zivil- und Handelsrechts, blz. 44. Egger, Rechtsprechung etc., blz. 60.

(2) Men wordt als „doctor juris” wanhopig, wanneer men enkele dagen, nadat men dit oordeel las, een voorzitter van een Kreisgericht leert kennen, die doodleuk verzekert: de zittingen, ook de strafzittingen, zijn niet openbaar. Daar er nooit iemand op de zitting komt, meende hij dat werkelijk. Een gestudeerd advocaat, wien ik het vertelde, meende: Nanu ein bester kluger Mann, wir sind sehr zufried', aber er ist meistens hinter die Kuh'!

hij „vertrouwensman” kan zijn. Een derde verklaring schijnt mij te liggen in het Zwitsersch volkskarakter, dat aan Hollandsche gemoedelijkheid, een natuurlijke ordelievendheid paart. Daardoor is het mogelijk dat, althans in de laagste instanties, de zitting ja zelfs ook de strafzitting gehouden wordt zonder stijve deftigheid — allen zitten, terwijl het publiek vrijwillig wegblijft, in huispakjes, aan een groote tafel — deftigheid, die aan vele kleine luyden dadelijk den rechter als iets bijzonders, „weltfremdes” doet zien. Daardoor is het mogelijk, dat naar oude zede op het land de rechter niet alleen in het uitgebroken conflict optreedt, maar ook is, „Berater” en „Gutachter”, van wien men gaarne een oordeel aanneemt met de opmerking, „dat de vrouw, wier tong ten processe zeer rad bleek, in het vervolg deze meer in bedwang moet houden (1), kortom, de rechter is in hooge mate volkseigen, „volkstümlich”.

Verder wijst Prof. EGGER er met trots op, dat bijna alle Zwitsersche rechtsprofessoren tegelijkertijd als rechter werkzaam zijn of waren. Een wel gelukkige vereeniging van wetenschap en practijk!

Zal deze gezonde toestand blijven? Er dreigen gevaren, want iedere codificatie brengt nu eenmaal mede het gevaar van „Materialien-, Buchstaben- en Präjudizien-cultus”.

Daartegen kan opgemerkt worden, dat het wetboek door zijn inhoud borg is, dat dit gevaar niet te groot wordt, omdat het door en door Germaansch is. En het Germaansche recht heeft steeds een uiterst taaien weerstand geboden aan iedere formalistische jurisprudentie. Ook een krachtige wetenschap, — het beste middel tegen de vooral dreigende Präjudiziencultus — die zich nationaal d. i. vrij van een te Duitsche tint ontwikkelt, is blijkbaar in opkomst.

(1) Zie FRITZSCHE, Zwei Jahre Zivilgesetzbuch.

B. Gevallen van toepassing, door schrijvers
opgeworpen.

Allereerst het geval, dat Bundesrichter Stross behandelt, en dat vooral daarom van belang is, omdat het doet zien, dat het dikwijls lang niet onverschillig kan zijn, of de rechter interpretatief, i. c. analoog te werk gaat, of als wetgever optreedt. Art. 50 Obligationenrecht van vóór de revisie geeft een algemeene regeling voor de vergoeding van wederrechtelijk toegebrachte schade. Art. 57 van dit Obligationenrecht geeft een speciale regeling voor het geval, dat de schade wordt toegebracht door een dier. Dit artikel wordt ook toegepast, indien het dier door een mensch bestuurd wordt, bijv. het voor een *wagen* gespannen paard.

Nadat deze wet in werking was getreden, kwam het automobielwezen op. Zal nu de rechter in een proces over de schade, door een *autowagen* veroorzaakt, art. 50 moeten toepassen, of zal hij aldus mogen redeneeren: Hier is een leemte, een geval, dat de wetgever niet kende, dus niet kon regelen, bijgevolg beslis ik, alsof ik wetgever ware, en geef nu een regeling, die nauw aansluit aan art. 57, zooals het in de practijk toepassing vindt (1).

Welke beslissing de juiste is, doet nu niet ter zake. De beantwoording van deze vraag hangt trouwens nauw samen met het antwoord op verschillende bovenvermelde strijdvragen. Het geval wordt alleen behandeld als illustratie, hoe noodig het voor den ernstigen rechter is een klaar oordeel te hebben in deze materie. Dat dit klare inzicht nog wel eens ontbreekt, het blijkt o. a. uit een artikel in de *Schweizerische Juristenzeitung* 1912-1913, waar ik het volgende vonnis geciteerd vond:

(1) Blijkbaar gaat Stross bij zijn redeneering uit van de, m. i. betwistbare, meening, dat analogie van een uitzonderingsbepaling in ieder geval is uitgesloten.

Da im Zivil Gesetz Buch nichts vorgesehen ist (dus een leemte), kommt es dem Richter zu irgend wie möglich (een terminologie, die meer bij de oude opvatting past), helfend einzugreifen. Art. 85 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes gibt aber auch hier das Recht zur Aufhebung der ungerechtfertigten Betreibung, sobald man das Artikel nicht zu eng und formalistisch formuliert. (Dit laatste is zeker geen leemte-aanvulling in den zin van art. 1, al. 2, slot.) Hiertoe wordt dan besloten, zoodat geen materiaal te vinden is voor de vraag, naar welke principes de wetgevende rechter zijn taak vervult.

Hetzelfde negatieve resultaat bereiken wij bij de lezing van een geval, dat FRITZSCHE in zijn boekje (1) behandelt.

Een onverbeterlijk alcoholist, weduwnaar, had een nakomelingschap, die aan de gemeenschap reeds heel wat kosten en ellende had bezorgd. Toen hij nu ten tweeden male in het huwelijksbootje stappen wilde, poogde het arbestuur dit te verhinderen onder inroeping van art. 97 Schw. Z. G. B. De rechter, hoewel aan het arbestuur een pluim gevend voor zijn goed bedoeld streven om aan de gemeenschap nieuwe ellende te besparen, vond echter geen termen het artikel toe te passen, en de man als „geisteskrank” tot „unehefähiger” te verklaren.

Naar aanleiding van dit vonnis merkt FRITZSCHE op:

De beslissing stemt tot nadenken. Indien het gerecht in de toekomst de koene schrede zou willen wagen, om recht tot huwen te weigeren op gronden, ontleend aan de hygiëne van het ras, dan enz. Voorwaar een koene daad, en daarom de vermelding waard om te laten zien, welke wijde mogelijkheden het artikel, naar de meening van sommigen, schijnt te openen. Had de rechter den

(1) FRITZSCHE t a. p. blz. 36.

stap gedaan — en het zou mij niet verwonderen, indien in raadkamer daarover ernstig gedacht is — dan zouden wij een vonnis gekregen hebben, waarin de gansche persoonlijkheid des rechters in het gedrang zou zijn gekomen tusschen tal van leidende beginselen van politieken, socialen, ethischen, religieusen, etc. aard.

C. Art. 1, al. 2, slot in de rechtspraak.

Zooals te voorzien was, zal deze afdeeling niet bijster groot worden. Ook de zeer bijzondere en onvoorziene omstandigheden, waaronder wij op het oogenblik leven, schijnen — wel eenigszins tegen mijn verwachting — geen aanleiding te hebben gegeven tot een uitgebreid beroep op dit artikel. Het eerste te behandelen vonnis, waarin op het artikel een beroep gedaan wordt, brengt ons niet veel verder. De moeilijkheid, waarin te voorzien was, betrof de vraag, of de wettelijk voor een „Einfriedigungsmauer” geoorloofde hoogte van 1.50 meter gemeten moest worden van af den grond, of van af de kroon van een bestaanden „Stützmauer”. Daar de „Stützmauer” noodig geworden was door natuurlijke veranderingen in den bodemtoestand, meende de rechter als wetgever beslissend — de wetswoorden waren eenvoudig overgenomen — dat die „Einfriedigungsmauer” 1.50 M. boven de kroon van den „Stützmauer” mocht uitsteken. Of de beslissing juist is, kan ik, bewoner van het laagland, niet beoordeelen. Of de rechter relatief- of absoluut-objectief te werk gaat, zal in dit geval trouwens wel geen verschil in uitkomst opleveren.

Nu nog de beslissing, vermeld in de Bundesgerichtliche Entscheidungen 1914, Teil II, blz. 452. In art. 837 Schw. Z. G. B. wordt een recht op vestiging van een wettelijke hypotheek (Grundpfand) gegeven, o. a. aan de arbeiders voor hetgeen zij te vorderen hebben wegens

hun arbeid aan het „Grundstück” en dan wel een hypotheek op dit „Grundstück”. Er moet echter een inschrijving binnen een korten termijn plaats vinden. Betwist werd nu, dat de arbeiders hun recht nog konden geldend maken met zakelijke rechtswerking, indien de eigenaar inmiddels binnen dien termijn het heele onroerende goed verkocht had, maar vóórdat de inschrijving had plaats gehad, m. a. w. was de vraag: Bestaat er dadelijk een wettelijke hypotheek, die vervalt, indien zij niet binnen den termijn is ingeschreven, of bestaat er enkel een recht op vestiging van een wettelijke hypotheek, dat eerst door inschrijving tot wettelijke hypotheek wordt. De wet laat zich weinig uit, de beslissing viel in laatstgemelden zin, dat wil dus zeggen, dat de arbeiders achter het net vischten; maar dit interesseert ons minder. De motiveering echter bevat eenige passages voor ons van bijzonder belang.

In de motiveering van het vonnis trekt allereerst de aandacht deze zin: „Die Theorie von dem gegen jeden Eigentümer der in Betracht kommenden Liegenschaft bestehenden Pfandbestellungsanspruch, führt zu einer Lösung, die weder durch den Wortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte geboten ist, noch namentlich den praktischen Bedürfnissen des Liegenschaftsverkehrs entspricht.”

De „Wortlaut” is hier blijkbaar als iets zelfstandig-vaststaands gedacht, en niet als iets, waarop o. a. door de Entstehungsgeschichte licht geworpen wordt, of iets dat door „praktische Bedürfnisse” nader vastgesteld wordt. Nadat het „praktische Gesichtspunkt” nader is ontwikkeld, besluit het arrest aldus:

„Auf Grund der vorstehenden Erwägungen könnte der Richter selbst dann, wenn Wortlaut und Entstehungsgeschichte keinen Aufschluss geben würden und

wenn daher der Richter in Anwendung der Art. 1, Abs. 2 Schw. Z. G. B. nach der Regel entscheiden müsste, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, nach Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen nicht anders entschliessen als”

Ook hier weer, en zelfs nog duidelijker als even te voren, vinden wij de „Entstehungsgeschichte” niet als een der interpretatiemiddelen beschouwd, maar het voorgesteld, of zij bron is, waaruit recht geput mag worden: Ik geloof niet, dat dit een gelukkige passus is.

Hoewel waarschijnlijk het „praktische Gesichtspunkt” wel eenigszins in verband met de „Wortlaut” gedacht is, zoo lijkt het in den slotzin toch meer zóó bedoeld, dat het „praktische Gesichtspunkt” vooral ingenomen is met het oog op den „wetgevenden rechter”, m. a. w. vorstehende Erwägungen slaat alleen terug op de overwegingen, gerubriceerd onder het „praktische Gesichtspunkt”. Maar dan volgt daaruit, dat volgens het Bundesgericht de wetgevende rechter moet innemen het „praktische Gesichtspunkt”, wat wel niet veel zal verschillen van REICHEL'S „Natur der Sache” of GMÜR'S „Grösztmögliche Angemessenheit”. Vooral niet, waar nader aangegeven wordt, dat dit „praktische Gesichtspunkt” verkregen wordt door „Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen”.

Of dit afwegen dan geschieden moet relatief-objectief of absoluut-objectief, die vraag blijft weer onbeantwoord.

Overigens trekt het de aandacht in dit vonnis, dat, niettegenstaande gezegd wordt, dat „Wortlaut und Entstehungsgeschichte” het vraagstuk reeds oplossen, de „Bundesrichter” toch nog opwerpt de vraag, hoe zou ik als wetgever beslissen, terwijl art. 1 Schw. Z. G. B. deze taak slechts opdraagt, nadat de interpretatie geen oplossing

heeft gegeven, en niet wanneer de interpretatie wel een antwoord heeft gegeven (1).

Slot.

Of het aantal moderne practoren groot is? Of het waarschijnlijk is, dat er wetsrevisie van beteekenis komt? Of onze rechtspraak de Fransche jurisprudentie in zijn zelf toegekende vrijheid zal gaan navolgen? Twijfel is gerechtvaardigd.

Het schijnt mij daarom toe, dat wij met bijzondere belangstelling moeten volgen de werking van dit Zwitsersch instituut. Mocht het blijken, dat de sympathie, nu reeds in de theorie gevonden, in de practijk tot tevredenheid wordt, dan zou de vraag overweging verdienen, of dit instituut ook bij ons ingevoerd kon worden.

Weliswaar heeft Prof. KOSTERS (2) aangetoond, dat art. 13 A. B., tot dusver steeds een bolwerk van de leer der volledigheid van de wet, eigenlijk ongeveer dezelfde vrijheid geeft als art. 1 Schw. Z. G. B. Immers de rechter zou in sommige gevallen naar de „natuurlijke billijkheid” mogen beslissen. Maar dan is het m. i. toch gewenscht dit expressis verbis in de wet uit te drukken. Het moge theoretisch waar zijn, dat alle rechtsbronnen gelijkwaardig zijn, — of moet ik zeggen, dat er maar één bron, de rechts-overtuiging, is — ik kan niet inzien, dat de wetgever onverstandig doet, wanneer hij aan de eene bron van stellig recht de voorkeur geeft boven de andere; wanneer hij uit overwegingen van kenbaarheid en stabiliteit zich zeggenschap

(1) De oorlog verhindert mij vollediger te zijn. De B. G. E. zijn bijgewerkt tot 1 Januari 1917. Van de lagere instanties is verwerkt 2½ jaar jurisprudentie van 20 Kantonsgerichte.

(2) KOSTERS t. a. p. blz. 93.

over de bronnen toekent, desnoods dan aanmatigt (1).

Dat men zoo beslissingen mee in den koop krijgt, die weinig bevredigen, daarvan ben ik mij bewust. Maar dat iedere medaille een keerzijde heeft, is nu eenmaal een waarheid, die „man trägt, weil man sie nicht anders kann“.

Trouwens ook het andere systeem heeft zijn keerzijde van onbevredigende beslissingen, welke de historie dringend waarschuwt niet te licht te tellen.

Is dus de vrijheid voor onzen rechter niet veel kleiner dan voor den Zwitserschen, een verschil blijft, dat zonder niet dringend-noodzakelijke wetswijziging ingevolge art. 3 A. B. de verhouding tusschen gewoonterecht en het recht van den wetgegenden rechter bij ons anders is dan ginds. Daar toch is als aanvullend recht uitdrukkelijk — m. i. terecht — aan het gewoonterecht voorkeur verleend. Hier zou, zoodra de wet een leemte heeft, de rechter dadelijk uit eigen macht beslissen. In de practijk zal echter de natuurlijke billijkheid wel medebrengen, dat deze regel gelijkkluidend is met den gewoonterechtsregel, indien die mocht bestaan.

Is er behoefte aan beslissingen uit de „natuurlijke billijkheid“, aan een artikel, soortgelijk (2) als het Zwitsersche? Tot op zekere hoogte niet. Evenals onze rechter bijv. met een voor zeilschepen gedacht scheepvaartrecht wel ongeveer de rechtsvragen van de stoom-

(1) REICHEL t a. p. blz. 130. Die Frage der Entscheidung entgegen dem Gesetze ist noch im Flusse. Daarom zou ik ook art. 5 A. B. willen behouden.

(2) Soortgelijk. Het zou mogelijk aanbeveling verdienen te lezen Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden so soll man, (in plaats van der Richter) nach Gewohnheitsrecht, etc. Dan was ondervangen het bezwaar van Prof. KRABBE, dat het artikel te veel uitgaat van de tegenstelling wetgever of rechter. Het artikel geldt immers voor de geheele rechtstoepassing.

vaart meester bleef, zoo zal hij ongetwijfeld de vragen, die met onderzeeër en luchtschip medekomen, ook weten op te lossen. Indien men van goeden wille is, is het schrikbeeld van het rechtsvacuum altijd wel op te heffen.

Allicht is voor een analogie een aanknooppingspunt te vinden! Maar tusschen zulk pasklaar maken en den koninklijken weg, dien art. 1 Schw. Z. G. B. volgt om het rechtsvacuum te bannen, is de keuze m.i. wel te doen.

Na de laatste juristenvergadering zeide een der bezoekers mij: Den tweeden dag is de discussie doodgeloopen. Enkele dagen later las ik bij HOUSTON STEWART CHAMBERLAIN: Was wirklich lebt, stirbt nie. Gelukkig dacht ik, dus niet doodgeloopen, enkel vastgeloopen; dus kunnen wij hopen, dat het vraagstuk weer vlot komt en zijn reis vervolgt.

Moge het bovenstaanden iets toe bijdragen om de verdere reis tot een voorspoedige te maken!

Davos winter 1914.

Deventer, winter 1916.

Het begrip „onrechtmatig” in art. 1401 B. W.

II.

We hebben op deze punten, zij het ook zeer kort, gewezen, wijl hierdoor onze critiek op de „ruime” opvatting gemakkelijker en begrijpelijker wordt. Immers wij hebben slechts twee vragen te beantwoorden ten einde ons standpunt tegenover de ruime opvatting te bepalen en wel: *a.* is het begrip onrechtmatig onklaar, duister? *b.* gebruikt de wet in art. 1401 een begrip, waarvan de inhoud en omvang bepaald zijn, of is deze aan den rechter ter nadere bepaling overgelaten, zoodat hij zich daarbij richten zal naar de idee, is het een Blankettbegriff?

Ons antwoord kan kort zijn; beide vragen zijn o. i. ontkennend te beantwoorden. Onrechtmatig duidt aan, wat in strijd is of niet overeenkomt met het recht. Neemt men dit woord nu in objectieven zin, dan is het woord noch onklaar, noch duister.

Het bevat niets, dat er op zou wijzen, dat geappelleerd wordt aan een andere instantie, hetzij „de idee”, hetzij „het leven”.

Het woord is taalkundig scherp omljnd en dekt zich met den technischen zin daarvan.

Het kan zijn, dat de toepassing van dit begrip in zijn eigenlijken en taalkundigen zin, niet strookt met onze, op grond van onze gerechtigheidsidealen uitgesproken, verwachtingen. Het zou te betreuren zijn, ook al is de regeling in haar *daar-zijn* volstrekt niet doelloos. Maar dat zijn al te maal vragen van „theoretischen” aard, waarmede de wetsuitlegger alweer niet heeft uit te staan.

MOLENGRAAFF (1) heeft de leer verdedigd, dat onrechtmatig degene handelt, die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen. Elders (2) heet het: „onrechtmatige daad is iedere handeling in strijd „met hetgeen in het maatschappelijk verkeer de eene „mensch tegenover den ander betaamt” (in strijd hetzij met de beschreven, hetzij met de onbeschreven in het maatschappelijk verkeer geldende gedrageregels). Het is voor een juiste waardeering van de ruime opvatting, door MOLENGRAAFF voorgestaan, te betreuren, dat ook door MOLENGRAAFF zelf (3) onder de voorstanders van zijne uitlegging mede HAMAKER wordt genoemd. Zoo zegt ROELFSEMA (4) zelfs uitdrukkelijk, na het standpunt van MOLENGRAAFF te hebben weergegeven: „Geheel dezelfde „gedachte ligt ten grondslag aan de volgende uitspraak „van Prof. HAMAKER”: M. a. w. „de wetgever verwijst „den rechter eens vooral naar de in het maatschappelijk „leven gebruikelijke wijze van handelen. Heeft in de „gegeven omstandigheden de beklagde anders gehandeld „dan men pleegt te doen en dan derhalve ook in dit „geval met grond verwacht mocht worden, dan volge de „veroordeeling”. Uit deze woorden blijkt immers duidelijk, dat volgens de opvatting van HAMAKER het normatieve van een gedrag gelegen is in hetgeen men pleegt te doen, in wat in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is, of nauwkeuriger gesproken, (bepaaldelijk in den ge-

(1) Rechtsgeleerd Magazijn 1887, blz. 386.

(2) Leiddraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht, 2e druk, blz. 77.

(3) Leiddraad t. a. p. blz. 78.

(4) T. a. p. blz. 33.

dachtengang van HAMAKER's „liefderijke" en „vriendelijke" wereldbeschouwing), dat het behooren en behoorlijke ondenkbaar is en zelfs, zoo het al denkbaar ware, een volkomen waardeloos bezit zou uitmaken. MOLENGRAAFF verwijst den rechter naar regels van het behooren („be- taamt", „behoort"), HAMAKER naar regels van het zijn („plegen", „gebruikelijk"). Ware nu inderdaad de opvat- ting van MOLENGRAAFF dezelfde als die van HAMAKER, dan zou men tot de conclusie moeten komen, dat ook voor MOLENGRAAFF dat, wat men *pleegt te doen*, ook dat is wat men *behoort te doen*. Het oordeel: iets pleegt te ge- schieden, of: dit is een gebruikelijke wijze van doen, is een explicatief oordeel, het duidt op iets wat in de werkelijk- heid, de ruimtelijk-tijdelijke, veelvuldig gebeurt. Het oordeel: iets behoort te zijn, duidt op een norm; of datgene wat die norm voorschrijft, herhaaldelijk, dikwijls, ge- woonlijk, maar mogelijk ook nooit, aan haar beantwoordt, daarover laat die regel zich in het geheel niet uit en kan dat ook niet. Want het plegen behoort tot de wereld van het zijn, het behooren tot de wereld van het „sollen". Wie zegt: iets pleegt te zijn = iets behoort te zijn, die zegt: zijn = behooren. Maar we merkten reeds op, de begrippen *zijn* en *behooren* zijn dispaaraat. Uit het feit dat iets is, volgt wel, dat iets was of zijn zal, maar nooit of te nimmer, dat iets behoort te zijn. Zoolang men zich beweegt binnen de grenzen der logica, is de klove tusschen zijn en behooren nooit te overbruggen. Alleen de metaphysica of religie zal zich voor deze taak gesteld zien.

Een historisch-psychologisch onderzoek kan aantoonen, dat datgene, wat de norm eischt, veelal is datgene wat feitelijk, herhaaldelijk, veelvuldig of gewoonlijk geschiedt. In dit verband heeft men gesproken van de normatieve kracht van het feitelijke. Maar hierdoor is niet het be-

hooren van het zijn *afgeleid*; *verklaard* worden alleen feitelijke gebeurtenissen; er wordt alleen beschreven, waarom bepaalde gedragingen geëischt worden, waarom degene, tot wie de normen gericht zijn, zich naar haar gedragen, n.l. omdat men dit pleegt te doen. Intusschen, dit willen en handelen van den wetgever en den onderdaan behoort tot de wereld van het zijn, het zijn psychische of physische, in ieder geval causale gebeurtenissen, die weliswaar zoo zijn als de norm eischt, die wel inhoud van het behooren zijn, maar allerminst de norm zelf. Ze zijn de materie, maar niet de vorm. De omstandigheid dat, wat de norm eischt, veelal is datgene, wat feitelijk, veelvuldig of regelmatig geschiedt, behoeft rechtvaardiging. Men mag nooit zeggen, iets geschiedt herhaaldelijk = iets behoort te zijn. Kan men zeggen: iets geschiedt herhaaldelijk, **dus** behoort het te zijn, of beter: dus behoort dit inhoud van de norm te zijn? Ja, want het oordeel: dus behoort te zijn, is de conclusie en blijkbaar is een sententia verzwegen, die de conclusie formeel (1) zou kunnen rechtvaardigen. Intusschen blijkt dus toch weer, dat het zijn niet het behooren heeft gerechtvaardigd, dat het sollen niet uit het zijn is afgeleid; want de verzwegen sententia schijnt dan een rechtspolitisch postulaat, een wereldbeschouwing of „hypothese” te zijn. In hoever die conclusie materieel gerechtvaardigd is, behoeft hier niet te worden onderzocht; dat ze door ons wordt verworpen, is reeds genoegzaam gebleken. Waar het op aankomt is dit: aanvaardt MOLENGRAAFF de tegenstelling van „sein und sollen”? Is dit het geval, dan is het onjuist en van MOLENGRAAFF en van ROELFSEMA, BRUINS, AALBERSE e. a. ook HAMAKER’s leer omtrent „onrechtmatig” met die van MOLENGRAAFF

(1) Hieruit volgt natuurlijk nog niet het geringste voor de „materieele” waarheid.

op één lijn te stellen. Staat HAMAKER inderdaad op hetzelfde standpunt als MOLENGRAAFF, dan is zijn bepaling onjuist, wijl uit het behooren niets volgt over het zijn. De uitspraak van MOLENGRAAFF zou dus niets anders beteekenen dan een *verklaring*, een die bovendien uiterst gebrekkig is? Want gebrekkig is ze; het is immers niet waar, dat alles onrechtmatig is, wat in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer geldende gedragsregels. „Behalve de regels, die de wet stelt, bestaan er in iedere „beschaafde maatschappij tal van regels van meer zedelijke aard, regels van voorzichtigheid, regels van eerbied voor eens anders persoon, goederen en arbeid, die „door een ieder in het verkeer met zijne medemenschen „behooren in acht te worden genomen” (1). Deze uitspraak laat de schrijver onmiddellijk volgen op zijne bepaling over het begrip onrechtmatig. Het behoeft wel geen betoog, dat de auteur hier den omvang van het begrip „regel, geldend in het maatschappelijk verkeer”, zeer uitbreidt. Maar afgezien hiervan, zijn dat „rechts”regels? De vraag blijft immers voor den rechter, wat is de verplichtende instantie: de wet, het „objectieve recht” of iets anders? Daarom heeft deze uitspraak van MOLENGRAAFF geen zin. Natuurlijk bestaan zulke regels; wie zou dat kunnen ontkennen? Maar zijn ze voor ons en voor den rechter bindend, dat is de vraag. Men zou kunnen zeggen: de rechter *behoort* deze regels toe te passen; het zij zoo. Maar volgt daaruit, dat ze *rechtsregels* zijn? Zoo ja, dan spreekt het vanzelf, dat alle handelingen daarmee in strijd onrechtmatig zijn. Zoo neen, dan heeft daarmee de rechter niets uit te staan. Zou MOLENGRAAFF zulke regels toch door den rechter willen zien toegepast, dan zou deze schrijver den rechter daarmee een taak

(1) T. a. p. blz. 386.

opleggen, die nu eenmaal onmogelijk en volgens de wet de zijne niet is. De fout van deze leer schijnt mij toe te liggen in des schrijvers rechtsstaatsidee. Wie de moderne rechtsstaatsgedachte aanvaardt, die weet, dat alle recht ook staatsrecht is, zooals elke staat Rechtsstaat.

Maar die zegt tevens, dat de rechtsorde één en gesloten is, die ontkent, dat een beroep op een andere instantie (buiten de wet om) mogelijk, laat staan denkbaar is.

Wij zijn veeleer geneigd aan te nemen, dat we in MOLENGRAAFF's leer minder hebben te zien een aansluiting aan HAMAKER's „liefderijke” en „vriendelijke” wereldbeschouwing, dan wel een bewust streven naar een juiste regeling in een welgeordende maatschappij, een streven om de regelingen van het sociale leven te richten naar de Idee. Dit streven is zeker toe te juichen. Doch we hebben wel te onderscheiden tusschen datgene wat is en dat wat gewenscht wordt. De vraag is toch slechts deze: kan men langs den weg der uitlegging, en dat wil immers MOLENGRAAFF, tot de logische conclusie komen, dat de wet die ruime opvatting bedoelt? Wij antwoorden: neen; juist hieromtrent is men nog steeds in gebreke gebleven het bewijs te leveren. De gronden, die met name door MOLENGRAAFF worden aangevoerd, houden geen steek. LAND schijnt mij op historische gronden te hebben aangetoond, dat „de enge uitlegging” destijds als de heerschende mag worden aangemerkt. Doch zelfs al ware dit niet het geval, zoolang een en ander niet uit den zin der wet blijkt, hebben alle op- of aanmerkingen bij de beraadslaging o.i. weinig waarde.

Voor de enge opvatting pleit de zin, logica en de technische beteekenis van het woord „onrechtmatig”. Het blijft intusschen mogelijk, dat de wetgever in het vereischte van onrechtmatigheid den rechter een aanwijzing heeft gegeven, om het behoorlijke en „betamelijke” niet

alleen aan de rechtsorde te toetsen, maar aan andere regelen der samenleving. Maar dan moet dit ook blijken. Iets is nog niet onrechtmatig, omdat het onzedelijk of onbetamelijk is. Wel is mogelijk, dat de wetgever ook voor onrechtmatig verklaart, wat door de zedelijkheid etc. als onbehoorlijk wordt aangemerkt. Dit moet dan natuurlijk aanwijsbaar zijn. Welke argumenten geeft MOLENGRAAFF voor zijne opvatting (1)?

1°. „Art. 1401 spreekt van *onrechtmatige*, niet van *door de wet verboden* handeling, zooals OPZOOMER er in leest. „*Onrechtmatig* is het equivalent van *ongeoorloofd* „*illicite . . .*, uitdrukkingen die naar het spraakgebruik „de algemeene beteekenis bezitten van: *niet te billijken*, „*niet te rechtvaardigen*, *in strijd met den regel die men in* „*acht moet nemen*, en volstrekt niet de beperkte van: *in* „*strijd met de wet of eenige wettige verordening*” (2). Het valt niet te ontkennen, dat onrechtmatig ook een beteekenis heeft, die zich dekt met „onbetamelijk”. De vraag is echter gewettigd of dit van *juridisch* standpunt een „gepaste”, te billijken wijze van uitdrukking is. Ware aan dit spraakgebruik beteekenis toe te kennen, dan lag deze conclusie voor deze hand: Immers, wijl het natuurlijke denken de rechtsorde niet van andere ordeningen van het sociale leven onderscheidt, daarom *is* er geen onderscheid tusschen recht, zedelijkheid, fatsoen, enz., enz.. En dat zou de wet gewild hebben, de wet die als een systeem van ordeningen *zelfstandig* wil gelden? De wet kan natuurlijk **bepalen**, dat verboden zijn die gedragingen, welke ook b.v. de conventie etc. verbiedt. Maar daarom is iets toch nog niet onrechtmatig wijl het in-conventioneel is, doch veeleer, omdat de *wet* dit verbod.

(1) We bespreken hier de gewichtigste argumenten.

(2) T. a. p. blz. 387.

Maar of en in hoeverre dit geschiedt — wie heeft dat te bepalen; zal de zedelijkheid bepalen, dat hare ordeningen *rechtelijke* beteekenis hebben, of de rechtsorde zelf?

Toch zeker wel de rechtsorde. Waaruit blijkt nu dat de wet den rechter mede verwijst naar andere regelingen van het sociale leven, behalve naar de rechtsregels? Dit bewijs moest MOLENGRAAFF leveren. Daarom berust het argument op een *petitio principii*, en is dus waardeloos.

Dit geldt niet minder voor het 2^o. argument, gegrond op „het ontbreken van het woord *onrechtmatig* in art. 1402, waar „alleen van *nalatigheid* of *onvoorzichtigheid* wordt gesproken (1)”. De strekking van dit artikel is volgens MOLENGRAAFF deze: „naast de *onrechtmatige daad* in „engeren zin, het *onrechtmatige doen*, waarvan art. 1401 „spreekt, stelt art. 1402 de *nalatigheid* en *onvoorzichtigheid*, het niet doen van wat men behoorde te doen. „Dat daarbij het adjectief *onrechtmatig* niet wordt herhaald, „ligt in den aard der zaak. Het niet doen van wat men „behoorde te doen is een begrip, dat zich uitsluitend „beweegt op het gebied van het ongeoorloofde of *onrechtmatige*; geoorloofde of *rechtmatige nalatigheid* of „voorzichtigheid bestaat niet. In art. 1401 was daarentegen „de toevoeging van *onrechtmatig* noodig, omdat het begrip „daad zoowel het geoorloofde als het nietgeoorloofde doen „omvat; het nader bepalende *onrechtmatig* wijst dus aan „dat alleen het doen van wat men niet behoorde te doen in „aanmerking komt; engere beteekenis mag daaraan in „verband met art. 1402 niet worden toegekend” (2).

Dat een geoorloofde of *rechtmatige nalatigheid* niet bestaat, als men in *nalatigheid* met MOLENGRAAFF het ongeoorloofde niet-doen ziet, kan worden toegegeven. Maar volgt hieruit dat, wat zedelijk een *nalatigheid* is,

(1) T. a. p. blz. 387.

(2) T. a. p. blz. 387, 388.

dit ook *rechtens* is? Dit is immers de *cardo quaestionis*. Behoorlijk is een begrip dat toepasselijk is op handelingen, die met elke denkbare klasse of soort van normen overeenstemmen.

Erkent men nu, wat ook MOLENGRAAFF doet, dat er nog andere regelingen in de samenleving zijn dan rechtsregels, dan is het onjuist om behoorlijk (als het ruimere) met rechtmatig (als het engere begrip) op één lijn te stellen. Maar afgezien hiervan. De kwestie staat geheel anders dan MOLENGRAAFF ze stelt. Art. 1402 zegt immers niet: een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne *onrechtmatige* daad, etc., maar noemt hier het vereischte van onrechtmatigheid *niet*, evenmin als dit het geval is bij nalatigheid en onvoorzichtigheid. Art. 1402 stelt naast de kleurlooze „daad” de nalatigheid en onvoorzichtigheid. MOLENGRAAFF laat onverklaard waarom het woord onrechtmatig niet genoemd is bij „daad” in art. 1402. Daarom kan dit artikel niet het rechtens kleurlooze doen met de rechtens of zedelijk gequalificeerde nalatigheid gelijkstellen. Van tweeën één: Art. 1402 heeft de onrechtmatigheid niet genoemd, omdat deze reeds in art. 1401 uitdrukkelijk was vereischt, maar dan is ook in art. 1402 de onrechtmatigheid te interpoleeren, zoowel bij daad, als bij nalatigheid — of wel: art. 1402 zal de onrechtmatige daad nader bepalen.

Het laatste is onvereinigbaar met de redactie. Is het eerste het geval, dan heeft het argument van MOLENGRAAFF hier geen kracht. Veeleer pleit de redactie van art. 1402 voor de enge uitlegging. Want — we wijzen er nogmaals op — nalatigheid kan *rechtens* onverschillig zijn.

In MOLENGRAAFF's opvatting blijft het ontbreken van onrechtmatig onverklaard. In de onze niet. De wetgever vond het niet noodig nogmaals nader het vereischte van

onrechtmatigheid te stellen. Wie nalatig is, handelt zeker in strijd met regels van betamelijkheid; zal op deze nalatigheden nu nog het praedicaat toepasselijk zijn van onrechtmatig, dan is dit alleen mogelijk als men onrechtmatig neemt in den zin van onwettig, althans *onrechtmatig*. Immers men kan niet geoorloofd nalatig zijn, doch zeer wel is mogelijk dat, men moreel nalatig is in wat rechtens onverschillig zijn kan, en dat men rechtens nalatig is, terwijl men moreel vrij uitgaat.

MOLENGRAAFF meent, dat een en ander „ten volle „wordt bevestigd door de geschiedenis” (1). De schrijver beroept zich op BARTHELEMY. „C'est avec raison et d'après „l'avis des meilleurs commentateurs, qu'on ne s'est point „servi de l'expression: tout fait quelconque de l'homme „qui cause à autrui un dommage, attendu que celui qui „ne fait qu'user de son droit ne peut faire injure à „personne. Si cependant, en usant de son droit, on causait „un dommage par sa négligence ou son imprudence, on „serait responsable, non à cause du fait en soi, mais à „cause de la négligence ou de l'imprudence qui aurait „accompagné le fait”.

Volgens deze redeneering is het de bedoeling van het gebruik van het woord *onrechtmatig*, niet om alle niet door de wet verboden daden uit te sluiten, maar *alleen* die daden, welke verricht worden in de uitoefening van eenig recht. Daaruit volgt, dat „elke onrechtmatige daad” beteekent: elke daad welke niet strekt tot uitoefening van eenig recht, die niet door het recht wordt gesteund, dus wordt verricht zonder recht, zonder subjectief recht.

Volgens MOLENGRAAFF beteekent hier onrechtmatig dus zonder recht, zonder subjectief recht. Maar dat is in de woorden van BARTHELEMY kwalijk te lezen. B. zegt

(1) T. a. p. blz. 388

dat hij, die heeft een subjectief recht, niet een onrechtmatige daad kan begaan, zegt ook, dat al maakt men gebruik van een subjectief recht, daarom niet altijd vrij uitgaat. Ook hij die een recht uitoefent, kan onrechtmatig handelen. Kan men nu beweren, dat hij die zonder recht handelt, volgens BARTHELEMY geacht wordt onrechtmatig te handelen? Want ook hij, die een recht *heeft*, kan onrechtmatig handelen. Of houdt soms het *subjectieve recht* op te bestaan, omdat de bevoegde persoon het *uitoefent* nalatig en onvoorzichtig? Wat MOLENGRAAFF leest: onrechtmatig handelt hij die handelt zonder recht, is bij BARTHELEMY juist *niet* te lezen. MOLENGRAAFF meent, dat daarom de uitlegging: „onrechtmatig is wat niet geschiedt krachtens een recht, dat elders in de wet aan den dader bepaaldelijk wordt toegekend” verre de voorkeur verdient boven de uitlegging van *onrechtmatig* als *door de wet verboden*. Het zij zoo. Intusschen, waarover gaat de kwestie, wat wil MOLENGRAAFF betoogen? Toch dit, dat de geschiedenis ten volle bevestigt, dat onrechtmatig is onzedelijk, onbetamelijk, enz. Hoe kan de auteur zich dan toch op de woorden van B. beroepen, die volgens de uitlegging door MOLENGRAAFF zelf daaraan gegeven, zegt, dat onrechtmatig is wat niet steunt op de *wet*. Of dus iets onrechtmatig is, wordt altijd beoordeeld niet naar de zedelijkheid of betamelijkheid, maar naar de *wet*. In art. 1401 is de onrechtmatigheid een voorwaarde voor de aansprakelijkheid, deze treedt niet in, als de voorwaarde niet vervuld is, altijd moet dus vaststaan, dat het recht, *de wet* (niet de zedelijkheid of betamelijkheid) de daad niet *steunt*, dat de daad verricht is zonder subjectief recht. Of kent ook de zedelijkheid en betamelijkheid subjectieve „rechten”? Uit deze negatieve formulering zou misschien een processueele consequentie voortvloeien, bepaaldelijk met betrekking tot den bewijslast; raakt dit

echter het begrip? De onjuistheid en ongegrondheid van MOLENGRAAFF's beroep op de geschiedenis moge nog blijken uit de uitlegging, die aan de woorden van BARTHELEMY worden gegeven in verband met art. 1402.

„Uitdrukkelijk blijkt bovendien uit het door BARTHELEMY „aangevoerde, dat art. 1402 een ieder — ook degene, „die een hem toekomend recht uitoefent, die blijft binnen „den kring zijner wettelijke bevoegdheid — verplicht (1) „tot vergoeding der schade, die hij een ander toebrengt „door bij zijn handelen niet de noodige voorzorgen te „nemen en die voorzichtigheid te betrachten, welke hij „tegenover zijne medeburgers behoort (2) in acht te „te nemen. Ook op dengene die doet, wat de wet hem „uitdrukkelijk veroorlooft te doen, rust dus de plicht (3) „voorzichtig te handelen en de schade te vergoeden die „een ander lijdt door zijne onvoorzichtigheid, wel het „beste bewijs dat interpolatie van het woord *onrechtmatig* „in art. 1402 in het geheel niet te pas komt” (4). Het is niet overbodig nogmaals in herinnering te brengen, dat MOLENGRAAFF argumenten aanvoert voor de ruime uitlegging.

Immers een nauwkeurige overweging van dit argument doet al spoedig inzien, dat het *ons* standpunt staaft. Wat toch is het geval? Als de *wet* iemand iets veroorlooft, doch hem daarbij verplicht de schade te vergoeden, die hij een ander toebrengt door bij zijn handelen niet de noodige voorzorgen te nemen en die voorzichtigheid te betrachten, welke hij tegenover zijn medeburgers behoort in acht te nemen, dan weet de jurist, dat daaruit volgt, dat de gerechtigde tot het nemen van voorzorgen *verplicht* is. Dat

(1) Deze verplichting is natuurlijk een *wettelijke* plicht.

(2) Dit behooren is wederom het *wettelijk* behooren.

(3) Ook deze plicht zal toch wel een *wettelijke* zijn.

(4) T. a. p. blz. 389.

erkent ook MOLENGRAAFF; op den gerechtigde „rust dus de rechtsplicht voorzichtig te handelen”. Nu kan een verplichting in velerlei klassen van ordeningen gegrond zijn. Wie bepaalt echter dien plicht tot het nemen van voorzorgen, als waarvan wij spreken, plichten, wier overtreding de voorwaarde is waaraan de *wet* het *rechtsgevolg* verbindt? Natuurlijk de **wet**. Welnu, wanneer de wet den plicht stelt om bij de uitoefening van subjectieve rechten voorzorgen te nemen en voorzichtigheid te betrachten, dan — als dit zoo is — handelt hij, die zulks onvoorzichtig doet, natuurlijk *onwettmatig*. Art. 1402 eischt een *noodige* voorzienigheid en voorzichtigheid; is dit zoo, dan is dit toch de *rechtens* (wettelijk) noodige voorzichtigheid en handelt hij, die deze rechtens (wettelijk) noodige voorzichtigheid niet betracht, **onwettmatig**.

MOLENGRAAFF's redeneering zou opgaan, als het mogelijk was het bewijs te leveren, dat de wet iemand een bevoegdheid verleent, zonder dat zij iets bepaalt over de schade die daaruit voortvloeit; dat deze uitoefening echter de zedelijkheid en betamelijkheid *niet* onverschillig is en dat **dus** de wet daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden. Natuurlijk is dit bewijs niet te leveren. Maar zou het dan den geleerden schrijver ontgaan zijn, dat hij, door te spreken van een plicht, die op den gerechtigde rust en wel een plicht, die (blijkens het verband waarin het aangehaalde werd gesproken), een *wettelijke* plicht is, precies het tegengestelde bewijst van wat hij zich te bewijzen tot taak had gesteld. Want iemand, die een wettelijken plicht overtreedt, handelt mogelijk onzedelijk of onbetamelijk, maar in ieder geval — en daarop komt het aan — *onwettig*, onwettmatig.

MOLENGRAAFF bedoelt wellicht het volgende: onrechtmatig beteekent onzedelijk, onbetamelijk. Welnu, iemand die een recht uitoefent, kan dat onzedelijk, etc. doen, dus

is hij verantwoordelijk voor de schade die hij, alzoo doende, teweegbrengt; want „onrechtmatig” omvat ook het onzedelijke. Maar juist moet worden bewezen dat onrechtmatig = onzedelijk, enz., dat de geschiedenis dit ten volle bevestigt. Geven wij de bedoeling van MOLENGRAAFF juist weer, dan berust de geheele redeneering op een *petitio principii*. Hebben we echter te lezen wat er staat, wat MOLENGRAAFF zelf met zoovele woorden zegt, dan is daarin geen argument voor de ruime uitlegging te lezen, maar integendeel een argument voor de uitlegging: onrechtmatig is onwettig, d. i. in strijd met den in de rechtsorde uitgesproken wil van den Staat. Of de wet nu de noodige voorzichtigheid omschrijft of niet, doet niet het geringste af aan het feit, dat *zij* het nemen van voorzorgsmaatregelen gebiedt. Zelfs aangenomen, dat de maatstaf voor het „noodige” ontleend was aan de zedelijkheid of onbetamelijkheid, is daarmee dan gezegd, dat *onder sanctie van schadevergoeding de zedelijkheid en betamelijkheid het nemen van voorzorgsmaatregelen voorschrijft?* Dat is immers ongerijmd. Wie een illoyale handeling verricht, zooals het B. G. B. (§ 826) dit omschrijft, die overtreedt stellig voorschriften der zeden, wil men der gerechtigheid.

Niet *daarom* echter is hij tot schadevergoeding verplicht, maar omdat de *rechtsorde* de overtreding daarvan niet gewild heeft.

Wat mag MOLENGRAAFF en zooveel andere schrijvers met hem toch wel bewogen hebben, met zooveel voorliefde nadrukkelijk te betoogen, dat zelfs hij, die blijft binnen den kring zijner wettelijke bevoegdheid, een onrechtmatige daad begaan kan?

Doch keeren wij naar de bepaling, door MOLENGRAAFF gegeven, terug en geven wij een nadere rechtvaardiging van ons standpunt.

Ongeoorloofd, heet het, handelt hij, die anders handelt dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, of wel die handelt in strijd met de in het maatschappelijk verkeer geldende gedragsregels.

Vooreerst is de beteekenis van de woorden „met het oog op” niet gemakkelijk in te zien. Men zou geneigd zijn te lezen „tegenover”, maar de gedachtengang wordt dan natuurlijk geheel anders. Ligt niet veeleer in die woorden een rechtvaardiging van het behooren? Wij weten het niet. Er is meer. Het behoorlijke of betamelijke kan in tweeërlei zin worden opgevat. Vooreerst aldus, dat men het oog heeft op gangbare regels, afgedacht van hun zoo-zijn, van het principieel juiste van hun inhoud. Voor deze zienswijze zou ten bewijze de uitdrukking „in het maatschappelijk verkeer geldende gedragsregels” kunnen worden aangevoerd. Gelden zou dan een sociologisch begrip aangeven. Het kan echter ook aanduiden datgene, wat aan ons gerechtigheidsideaal enz. beantwoordt of beter, die regelingen uit het sociale leven, die geleid zijn door de rechtsidee of, in het algemeen, door een laatsten standaard van behoorlijkheid. Deze laatste opvatting, wij wezen er reeds op, lijkt ons waarschijnlijker. In de eerste onderstelling is er zeker een nauwe verwantschap met HAMAKER. Dat verschillende schrijvers met eenigen grond die verwantschap bevestigen, is dan ook geheel op rekening te stellen van de omstandigheid, dat een klare onderscheiding van begrip en idee door MOLENGRAAFF zelf niet is gemaakt.

Gaan wij nu uit van de eerste veronderstelling. Naast de wetsnormen zijn nog andere normen. Hoe hebben wij hare verhouding te denken? *Het is de eerste vraag die wij, methodisch, hebben te stellen en waarvan wij bij MOLENGRAAFF geen spoor kunnen ontdekken?* Het gaat er toch om onzen bewustzijnsinhoud te ordenen. Een elementaire eisch

van alle normatief ordenen, d. i. in de categorie van het behooren, is toch zeker wel deze, dat men bedenke, dat elk systeem van ordeningen in zijn aangelegenheden het laatste woord heeft. En stelt men zich dan verder op het standpunt van den rechter, dan heeft men almede te bedenken, dat rechtspraak nu eenmaal geen gemoedelijk onder-onsje is, maar een staatshandeling, die, als elke staatshandeling, enkel en alleen door den rechtsregel kan worden gerechtvaardigd d. w. z. steeds op de wet moet berusten. Hoezeer deze waarheden m. i. reeds aan de oppervlakte zijn te onderkennen, is het niet overbodig hierop te wijzen. Immers uit het voorafgaande volgt, dat de *wetmatigheid* eener handeling niet anders dan door een beroep op de *wet* kan worden „bewezen”, en dat des rechters werkzaamheid, die zich aan meerdere normen laat meten, als *rechtspraak*, als *staatshandeling* enkel en alleen door den uitgesproken wil van den *staat* kan worden gerechtvaardigd. Wat onrechtmatig is, dat kan alleen de wet (wil men het recht) bepalen; een beroep hieromtrent op elke andere ordening die niet is *rechtsordering*, heeft hoegenaamd geen zin. Tweeërlei standpunt is nu denkbaar. Men kan aanvaarden het dogma der leemteloosheid en der logische geslotenheid (niet van „het recht”, dat wordt niet betwist, maar) van de *wet*. Dan erkent men, dat de wet voor ieder denkbaar geval een beslissing geeft; een beroep op een andere ordening is dan nooit mogelijk, komt nimmer aan de orde, want een andere ordening, die niet wet is, kan a priori niet bepalen wat wetmatig is. Onrechtmatig is dan onwetmatig d. i. in strijd met den wil der wet. Men kan echter anderzijds deze dogmata verwerpen (1) en

(1) Min of meer bewust, want het dogma der logische geslotenheid zal men bewust, dunkt me, niet zoo spoedig verwerpen als dat der leemteloosheid.

aannemen, dat de wet leemten heeft, die dan moeten worden aangevuld. Dan ontstaat de vraag, waaruit, uit welke ordening moeten deze worden aangevuld. Op het laatste standpunt staat wellicht MOLENGRAAFF, al wil zijne opvatting een „uitlegging” zijn. In dezen gedachtengang is de wet een cirkelsector; is het ontbrekende dan aan te vullen uit het geheel d. w. z. het recht? Neen, meent MOLENGRAAFF uit de regelen van het maatschappelijk verkeer. Nu heeft de hooggeleerde schrijver zelf opgemerkt, dat er vele normen zijn en we kunnen er veilig aan toevoegen *velerlei* normen zijn, die in het maatschappelijk verkeer gelden. Op dit „velerlei” valle de nadruk. Want dit stelt in het licht de tegenstrijdigheid van des schrijvers opvatting. Een leemte, gegeven hare bestaanbaarheid, in de wet als een deel van het *recht*, laat zich wel aanvullen uit het *recht zelf*, maar hoe een leemte in de wettelijke bepalingen zal worden aangevuld door wat geen *recht* is, bv. fatsoen, moraal, enz., is waarlijk niet te beseffen. Het is opmerkelijk, dat MOLENGRAAFF deze ongerijmdheid niet schijnt in te zien. En toch, het is in strijd met het postulaat der kennis van de dingen van het recht. Zulk een *rechtsorde* als MOLENGRAAFF zich schijnt „voor te stellen” is een bonte chaos, die zich *juridisch* niet laat ordenen. Maar zelfs aangenomen, dat dit mogelijk is, er is nog een tweede moeilijkheid, die niet is te overkomen. In des schrijvers gedachtengang moet ondersteld worden de verbindende kracht dier vele en velerlei normen. Met het bestaan van vele en velerlei normen is de mogelijkheid van een *collisie* vanzelf gegeven. Hoe zal de rechter nu toepassen, welke norm zal hij behooren toe te passen? Men zegge niet: hoe zal de rechter *kiezen*? Want op hetzelfde oogenblik, dat men den rechter een keuze laat, is de verbindende kracht dier normen vervallen. Immers *keuze* uit de normen van het sociale leven, die verbindend

zijn voor 's menschen handelen, *onderstelt een richtsnoer*, een „regulatief principie”, dat den rechter bij die keuze leidt, of minder nauwkeurig, een ordening dus, die gaat *boven* de normen van het sociale leven. De rechter *kies*t dus niet, hij past toe. Zoo zijn er dan, stellen we, twee normen met *rechtsverbindende* kracht (*rechtsverbindend*, want daarom draait de heele kwestie) waarvan de eene zegt „du sollst” en de zin der andere is „du sollst nicht”. Hier is geen toepassing *denkbaar*; dit conflict is *juridisch* niet op te lossen. Want dezelfde handeling, die volgens de eene *rechtsverbindende* norm verboden wordt, is volgens de andere geoorloofd. Wil de rechter toch tot een beslissing komen, dan moet hij *kies*zen uit die normen, wat niet mogelijk is zonder een andere richtsnoer of norm (1).

Wij herhalen echter, op het oogenblik, dat de rechter een keuze mag doen, zijn de normen van het maatschappelijk leven als zoodanig niet meer rechtsverbindend. De verplichtende instantie wordt dan bepaald door het richtsnoer, waaraan de inhoud dier normen wordt gemeten. Een van die normen is „bindend”, ja, maar niet om zijn formeel karakter als maatschappelijke *ordering*, want hierin komt zij volmaakt met andere maatschappelijke *ordeningen* overeen, maar om haar bijzonderen inhoud, bijzonder, omdat zij alleen aan het richtsnoer beantwoordt. De toestand is dus deze, dat onrechtmatig niet is, en ook niet zijn kan, wat in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer geldende regels, dat de ordeningen van het maatschappelijk verkeer, zonder meer, niet rechtsverbindend zijn, maar die normen, welke beantwoorden aan een maatstaf, dien de rechter zich stelt.

(1) Zouden de voorstanders dezer leer dan niet toestemmen, dat alle normatief ordenen slechts mogelijk is door uit te gaan van het beginsel, dat de normen van één hoogste autoriteit — welke dan ook — moeten uitgaan. Dat beginsel wordt hier geheel miskend.

Waarom dan dien langen weg der beslissing te voeren over de sociale ordeningen heen en niet liever via recta naar die, welke in laatste instantie bindend is?

Waarom dat beroep op die verbindende sociale ordeningen, als zij zonder meer juist *niet* bindend, d. i. *rechts*-verbindend zijn?

Er is meer. Hoe denkt men zich in dezen gedachtengang wel een *rechtspraak*? In onze constitutioneele monarchie is *rechtspraak*, *rechtspraak*, zoolang een rechtsregel aanwijsbaar is, waarop de rechter zijne werkzaamheid kan rechtvaardigen. Wie meent, dat bij leemten in de wet de rechter zal mogen rechtspreken (niet overeenkomstig de in het maatschappelijk verkeer geldende regels, want dat is onmogelijk, maar) naar een laatsten standaard van behoorlijkheid, die wijze op een rechtsregel op grond waarvan des rechters werkzaamheid aan den Staat wordt toegerekend.

Wel heeft men opgemerkt: de rechter „verlaat eenvoudig de wet”, „de wetgever heeft den rechter den weg tot het recht willen afsnijden, maar het is hem niet gelukt”; weer anderen gaven den raad „de wet telaten waaien” of wel „te laten varen”, maar zulke opmerkingen zijn toch al te naief.

We vragen immers niet naar een natuurlijke historie van des rechters doen en laten, noch wat het den rechter belieft te doen. We spreken niet in de orde van het zijn, maar in die van het behooren.

Derhalve, wil de ruime opvatting als *witlegging* zin hebben, dan moet onrechtmatig beteekenen alles wat in strijd is met wat de gerechtigheid, enz. van ons vordert.

In de leer van MOLENGRAAFF moeten dus deze twee elementen aanwezig zijn: een richtsnoer waarnaar de rechter zich richt, waarnaar hij uit maatschappelijke regelen een keuze doet, en een rechtsregel, die deze handeling goedkeurt, die deze keuze rechtvaardigt.

Dat richtsnoer geeft de schrijver niet aan.

Al evenmin is de schrijver geslaagd in het bewijs voor zijne ruime uitlegging, d. i. van het bestaan van een rechtsregel, die zijn opvatting rechtvaardigt. Tot troost mag veilig worden gezegd, dat dit bewijs niet te leveren is. Schrijver wil bewijzen, dat onrechtmatig beteekent ongeoorloofd. Dat in MOLENGRAAFF'S opvatting „Recht” en „Wet” zich niet dekken (Recht genomen als den laatsten standaard van behoorlijkheid), dat blijkt uit zijn beroep op de eischen eener welgeordende maatschappij. Weer vragen we, als iets wel strijdt met het recht en niet met de wet, wat heeft dan de prioriteit? Natuurlijk de wet. Want de rechter is tusschen een collisie van recht en wet nooit een *onpartijdig* beoordeelaar, *maar kiest steeds de zijde van de wet, althans behoort dit te doen, en alweer doet hiervan niets af of toe het feit, dat hij de wet laat varen of waaien* of wat niet al. Maar dan is onrechtmatig wederom **onwet-**matig en de ruime opvatting geen *uitlegging* maar inderdaad, ruim genomen, een ruime! opvatting! Ook als zoodanig kan op hare onhoudbaarheid worden gewezen. Men kan afzien van de „uitlegging” der wet en aannemen, dat in die gevallen, waarin de wet geen regeling heeft getroffen, zal worden geoordeeld naar die ordeningen van het sociale leven, die beantwoorden aan een laatsten of hoogsten standaard van behoorlijkheid. Beteekent alsdan onrechtmatigheid soms onbehoorlijkheid? In het minst niet. De voorstanders der ruime opvatting behooren aldus te overwegen. Onrechtmatig is onwetmatig, zoolang de evidentie (wil men de existentie) van den staatswil, den wil der wet, bestaat; eerst daarna beteekent onrechtmatig onbehoorlijk in den zin van MOLENGRAAFF. Nu ligt het voor de hand, dat beide begrippen zich niet onder de eenheid „onbehoorlijkheid” laten samenvatten, wijl juist hun systematische samenhang ontbreekt. Wil

men deze opvatting in de wet lezen, dan brenge men dezen gedachtengang in de wet over. Ze ordent zich dan als volgt: Wat onrechtmatig is, is allereerst te vinden in mijn uitgesproken wil. Zoodra blijkt, dat ik, Staat of Wet, in eenig geval niets heb gewild (het is immers een leemte, er is geen regeling, dus geen wil), dan wil ik, dat de rechtsgevolgen zullen intreden zoo dikwijls onbehoorlijk is gehandeld. Aan deze ongerijmdheid is niet te ontkomen door alle voorstanders der ruime opvatting, die met ons de interpretatie contra legem verwerpen.

Nauw sluit zich bij MOLENGRAAFF's leer aan ROELFSEMA. „Men zal wellicht tegen mijne opvatting in het „midden brengen, dat zij het gebied van het recht ver- „laat en aan den rechter, wiens taak het toch heet te „zijn de menschelijke daden te toetsen aan het recht, „de bevoegdheid geeft om den zedelijken aanblik daar- „van te beoordeelen, en vervolgens, dat rechtsonzekerheid „het gevolg zal zijn van het gemis aan eene nauwkeurig „aan te wijzen grens tusschen het moreel geoorloofd en „ongeoorloofd.

„Dat ik het terrein van het recht verlaat, moet ik „toegeven; maar is dit een bezwaar"? (1)

Deze vraag is ongetwijfeld naief. Niet ten onrechte merkte SIMONS ironisch op: „Ik zou zoo denken van ja; bij het „stellen van rechtsregelen ligt het eenigermate voor de „hand, dat men het terrein van het recht niet verlaat" (2). Ik zou nog willen opmerken: dat de schrijver het terrein van het recht verlaat, is wel minder bedenkelijk dan dat hij recht en moraal vereenzelvigd. Was de schrijver zich nog maar bewust geweest, dat hij het terrein van het recht verliet! Maar ook dat is niet het geval; ware dit zoo, hoe had de schrijver dan kunnen

(1) T. a. p. blz. 61.

(2) *Themis* blz. 43, noot 2.

beweren, dat het gemis aan een nauwkeurig aan te wijzen grens tusschen het *moreel* geoorloofd en *ongeoorloofd* ten gevolge heeft *rechtsonzekerheid*. Had de schrijver niet moeten bedenken, dat hij, toen hij het terrein van de moraal betrad, niet meer spreken mocht van een *rechts*-, maar van iets als een *moraal-onzekerheid*? Zien wij, hoe de auteur dit bezwaar ondervangt. „Ik wil er op wijzen, dat in „strafzaken de rechter eene daad geheel naar haar zede- „lijken aanblik moet beoordeelen; is bijv. iemand over- „leden ten gevolge van de daad van een ander, dan zal „van het al of niet aanwezig zijn van schuld of opzet „afhangen of er een misdrijf is gepleegd; is dit laatste „het geval, dan zal naar het min of meer moreel afkeu- „renswaardige der handeling, de rechter beslissen, welke „strafsoort en vervolgens welke mate van straf, zal worden „toegepast; hij zal naar de omstandigheden moeten uit- „maken of de daad moreel toerekenbaar is of niet” (1). Het valt moeilijk te ontkennen, dat zulk een argumentatie weinig geschikt is om de ruime leer ingang te doen vinden. Een handig paracleet is de auteur althans te dezer plaatse zeker niet. Men zou toch zoo zeggen, als schuld of opzet aanwezig is (en dan is er volgens schrijver een misdrijf), — bestaat er voor den rechter geen plicht meer om nog te onderzoeken of uit te maken of de daad toerekenbaar, laat staan moreel toerekenbaar is; of bestaan er soms ontoerekenbare schuldige daden of misdrijven in dezen zin? Dat de rechter in strafzaken een daad geheel naar haar zedelijken aanblik moet beoordeelen, is m. i. onjuist; hierop nader in te gaan, heeft geen nut. De vraag mag echter worden gesteld, wat schrijver met „beoordeelen” wil te kennen geven. Wordt bedoeld de straftoemeting of wel de vaststelling, dat de dader

(1) T. a. p. biz. 61.

een misdrijf pleegde? Het verband waarin en de strekking waarmede deze opmerking door den schrijver wordt gemaakt, doen vermoeden, dat hier het eerste wordt bedoeld; hetgeen echter onmiddellijk op deze woorden volgt, bewijst, dat schrijver het heeft over de straftoemeting. Blijkbaar onderscheidt de auteur beide verrichtingen niet. Dit blijkt duidelijk uit de volgende woorden: „Is deze „beslissing niet van denzelfden aard, als die, waarbij „wordt uitgemaakt of eene zekere schade door de schuld „van iemand is toegebracht?” (1). Deze vraag kan natuurlijk alleen gesteld, als beoordeelen beteekent vaststellen, dat de dader verantwoordelijk is, of dat het delict is gepleegd.

Merkwaardig is voorts de bewering: „Ook in het privaatrecht heeft de wetgever op talrijke andere plaatsen reeds „verwezen naar het gebruik en naar hetgeen een waakzaam burger in de gegeven omstandigheden zou hebben „gedaan” (2). Talrijke *andere* plaatsen! Andere dan welke? Dan in art. 1401 zal het antwoord wel luiden, immers anders is het verband niet duidelijk. Dat art. 1401 naar het gebruik, enz. *verwijst*, dat had de schrijver moeten bewijzen. „Ik „noem vooral die plaatsen in ons recht, waar de wetgever de „gewoonte als richtsnoer heeft aangewezen en waar „het gedrag van den goeden huisvader als maatstaf van „handelwijze is aangenomen; en dat dit laatste criterium „gewoonlijk daar is gesteld, waar reeds een verbintenis „aanwezig is, . . . neemt niet weg, dat ook het niet „handelen als een goed huisvader eene bijkomende verbintenis tot schadevergoeding zal in het leven roepen „en dat de rechter het gedrag van den debiteur zal „moeten toetsen aan de voorstelling, die bij (hij?) in zijn „geest bezit van de handelwijze van een normaal actief

(1) T. a. p. blz. 61.

(2) T. a. p. blz. 62.

„en waakzaam mensch” (1). De auteur beroept zich bepaaldelijk op art. 1271, al. 1. De schrijver geeft evenwel zelf toe, dat een verbintenis reeds bestaat. De plicht zelf, dus ook het onrechtmatige en het rechtmatige, staat vast. De schrijver spreekt dus hier over het schuldvereischte, de objectieve schuld, en verwisselt deze met de onrechtmatigheid, wat in de ruime leer trouwens gebruikelijk is.

Op deze kwestie behoef ik hier niet nader in te gaan. Wij wijzen liever op een anderen auteur, die het begrip onrechtmatigheid met uitvoerigheid heeft besproken. Wij bedoelen BRUINS. Ik zou niet durven beweren, dat deze auteur in deze uiteenzettingen gelukkiger is geweest dan in die van het door hem eveneens behandelde schuld-begrip. Beide beschouwingen dragen in hooge mate het karakter van onklarheid, we missen in des schrijvers verhandeling elke *redelijke* objectieveering der gedachten. Het is natuurlijk hier niet mogelijk des schrijvers uiteenzettingen alzijdig te beoordeelen. We doen daarom slechts een greep, die misschien het meest geschikt is ons oordeel te rechtvaardigen. Nadat BRUINS (2) heeft vastgesteld, dat onrechtmatig door de schrijvers meestal wordt opgevat als „tegen het gecodificeerde recht”, onderzoekt hij, „wat hier alzoo onder valt”. „En dan vinden wij zoowel de normen uit het straf-„als uit het civielrecht. Deze toepassing van normen „uit het strafrecht — al hebben deze tenminste het voordeel „scherp omljnd te zijn — op een specifiek burgerrechtelijk „instituut is al dadelijk een van de grootste nadeelen.” En dit „uit overwegingen zuiver aan de praktijk ont-„leend. Immers voorloopig nog daargelaten de groote

(1) T. a. p. blz. 62.

(2) Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding 1906, blz. 44.

„verschillen die er bestaan tusschen straf en schade-
 „vergoeding zelve, voelt toch iedereen reeds dadelijk, dat
 „men veel minder snel zal overgaan tot het opleggen
 „van straf, waardoor niemand gebaat wordt, doch enkel
 „de handelende persoon getroffen, dan wel tot het toe-
 „kennen van schadevergoeding aan den onschuldigen
 „benadeelde, voor wie het niet meer dan billijk is dat de
 „handelende persoon en niet hij de schade uit diens
 „afkeurenswaardige handeling ontstaan, draagt. Men zal
 „dus voor opleggen van straf iets ergers, een hooger
 „graad van afkeurenswaardigheid eischen dan voor de
 „schadevergoeding”.

Uit dit citaat blijkt, dat de schrijver de eenheid van het onrechtsbegrip uit het oog heeft verloren. Alsof er een civiel en daarnaast een crimineel onrecht zou bestaan! Het onrechtsbegrip is *juridisch*, dus niet sociologisch of filosofisch beschouwd, een „formeel” begrip, dat zich kenmerkt enkel en alleen door het in-strijd-zijn met de rechtsorde. De normen uit het strafrecht zijn geen andere dan die uit het civielrecht, staatsrecht, etc. d. w. z. specifiek strafrechtelijke normen, (mits men daaronder niet rekent, zulke als: gij zult de straf ondergaan, of zulke, wier adressaat de rechter is), bestaan niet. De normen van het strafrecht zijn zoo scherp omljnd! Alsof de norm: gij zult niet dooden, scherper omljnd is dan deze: gij zult niet een ander schade toebrengen, etc. Bedoelt de auteur soms, dat het strafwetboek de *gedragingen*, de Tatbestände meer specialiseert dan het civielrecht? Maar dat raakt de quaestie immers niet. We spreken toch over de *onrechtmatigheid*, niet over den Tatbestand. Het is bovendien niet in te zien, waarin de groote nadeelen, als door BRUINS wordt bedoeld, gelegen zijn. Veeleer vloeit uit zijne motiveering voort, dat de toepassing geen nadeel is, maar een voordeel, ja zelfs iets dat vanzelf spreekt,

juist omdat men voor het opleggen van straf iets ergers, een hooger graad van afkeurenswaardig eischt dan voor schadevergoeding, zooals BRUINS meent. Immers BRUINS ziet groote bezwaren in de toepassing van normen uit het strafrecht op het civielrecht en zijn bestrijding heeft — op het standpunt van BRUINS — alleen zin als men precies het omgekeerde leest, n.l. toepassing van civielrechtelijke normen op het strafrecht. Welk een denkbeeld deze auteur zich vormt van „iets ergers, een hooger graad „van afkeurenswaardigheid”, moge blijken uit diens wijzen op de enge omschrijving van het misdrijf bedrog, op het feit, dat enkel opzettelijke zaakbeschadiging is strafbaar gesteld, de culpose niet. We spreken echter niet — het moet weer worden herinnerd — over de strafbaarheid, maar over de onrechtmatigheid. Lezen we nu de wet, dan zien we dat niet de opzettelijke, maar de opzettelijke en wederrechtelijke zaakbeschadiging strafbaar is gesteld (art. 350 Sr.).

Wat beteekent nu toch wel dit beroep op dit artikel? Zou dan de auteur werkelijk meenen, dat de zaakbeschadiging niet wederrechtelijk is, zoowel volgens het „civielrecht” als volgens het „strafrecht”, zoo dikwijls ze niet opzettelijk is gepleegd? Wanneer dit artikel verbiedt het vernielen van een anders goed, is dan de toepassing van de norm op het civielrecht een van de grootste nadeelen? De schrijver verwisselt onrechtmatigheid en subjectieve schuld, voorts norm en Tatbestand. „De toepassing van normen „uit het strafrecht op een specifiek burgerrechtelijk „instituut is al dadelijk een van de grootste nadeelen.” „Waar echter de normen van het civielrecht toegepast „worden vervalt begrijpelijkerwijs dit bezwaar. Immers „een civielrechtelijk wetgever gaat bij de opstelling zijner „normen, bij de afbakening der individueele rechts- „krenkingen uit van de overweging, wat een goede maat-

„schappij van hare samenstellende individuen naar gezonde „verkeersbegrippen tegenoverelkander verwachten mag (1). Wil deze motiveering zin hebben, dan moet men aannemen, dat een „strafrechtelijke” wetgever door deze overwegingen niet (ook) wordt geleid. Welk een voorstelling deze auteur van een „strafrechtelijke” wetgever heeft, is niet gemakkelijk te zeggen. Evenmin is aan te geven, op welke gronden het „dus” uit den volzin, die onmiddellijk op de geciteerde woorden volgt, gerechtvaardigd is, en wel in de volgende conclusie: „Een goede civielrechtelijke wetgeving „is *dus* (2) als het ware een versteening der op dat moment „geldende Verkeersitte.” Waaraan wordt dan wel het „goede” eener maatschappij, het „gezonde” der verkeersbeginselen beoordeeld? Volgens des schrijvers woorden naar de Verkeersitte.

Deze echter zijn te vinden in de „goede” maatschappij met „gezonde” verkeersbegrippen. M. a. w., de maatschappij is steeds goed, de verkeersbegrippen steeds gezond. Ware er immers geen goede maatschappij en (of) bestonden er geen gezonde verkeersbegrippen, er zouden geen normen van het civielrecht zijn. Deze beschouwing is of ondoordacht of evolutionistisch (maar dan zeer inconsequent); in beide vormen moeten wij ze verwerpen.

BRUINS (3) houdt daarna een betoog over de ongenoegzaamheid eener *wettelijke* regeling.

„Zeer algemeene richting gevende regels is waartoe de „wetgever zich moet bepalen. Enkel in die zeldzame gevallen, waar zich eene tot in kleinigheden afdalende en „stabiele rechtsovertuiging van de grenzen der individueele rechtskringen heeft kunnen vestigen, zou eene „vrij volledige regeling in de wet kunnen bestaan.”

(1) T. a. p. blz. 44, 45.

(2) Wij cursiveeren.

(3) T. a. p. blz. 46.

Met een „vrij volledige” regeling kan kwalijk iets anders bedoeld zijn dan een zeer gedetailleerde regeling, anders is de zin onbegrijpelijk. Deze meening is onhoudbaar en vindt ook in geen enkele codificatie rechtvaardiging. Ze is onhoudbaar. Want de schrijver heeft uit het oog verloren de betrekkelijkheid of relativiteit van zijn richtsnoer voor codificatie. Immers de vraag naar de meerdere vrijheid van den rechter en van partijen is een door en door feitelijke vraag: alles hangt af van het hic en het nunc, zooals ook door STAMMLER is betoogd. Schrijver verliest bovendien het onderscheid uit het oog tusschen begrip en idee, waaraan juist door vele moderne aanhangers der vrijrechtsbeweging wordt vastgehouden en terecht.

Men wil „vrijheid” voor den rechter, toch alleen, opdat deze dan „vrijheid” heeft zijn beslissing te richten naar de Idee, wil men naar een laatsten standaard van behoorlijkheid. De auteur echter verwijst den rechter naar de *Verkehrssitte* en wel bijna zonder uitzondering.

Stelt de auteur zich op het standpunt van HAMAKER, dan is het zeker inconsequent, dat hij spreekt van een goede regeling en gezonde maatschappij, dat hij hanteert een standaard van behoorlijkheid. Want de vraag blijft immers, waaraan dan het goede en het gezonde te beoordeelen is, welk richtsnoer de toekenning van die praedikaten rechtvaardigt. Een regeling is dan noch goed noch slecht, het rechtsleven noch gezond, noch krank. Ze zijn dan alle wat ze zijn: een vorm, die de materie in haar eeuwige beweging heeft aangenomen of wel, ze zijn wat ze behooren te zijn, omdat ze geworden zijn krachtens de wetten der ontwikkeling.

Naast de opvatting van onrechtmatig als in strijd met het objectieve recht, vindt men de meening gehuldigd, dat onrechtmatig datgene is, wat in strijd is met het

subjectieve recht. Mits juist opgevat is daartegen geen bezwaar. Immers daarover valt m. i. niet te twisten, subjectief recht en objectief recht zijn aan te merken als correlaten. Men kan toch het recht op tweeërlei wijze beschouwen: objectief en subjectief. Van objectieve zijde vertoont de rechtsregel zich als recht in objectieven zin, van subjectieve zijde als recht in subjectieven zin. Zoo verstaan zou er met onze opvatting geen verschil bestaan.

Doch zoo is het niet gesteld. Immers in stee van onder het subjectieve recht den subjectieven „verschijningsvorm” van den rechtsregel te verstaan, wordt eenvoudig gesteld dat subjectief recht gelijk is aan „bevoegdheid”. Dit nu is onhoudbaar. In zijn objectieven verschijningsvorm is de rechtsregel een ordening van behooren en mogen en dus zijn als subjectieve „affecties” niet bevoegdheid, maar bevoegdheid en plicht als correlaten van den rechtsregel te beschouwen.

Iedere rechtsregel vestigt altijd een rechtsplicht, niet steeds een bevoegdheid; deze laatste kan aanwezig zijn, begripsnoodwendig is dit niet.

Tot het wezenlijke der rechtsorde behoort dus niet het mogen, de bevoegdheid, maar het behooren, de plicht. Stelt de wet nu als voorwaarde, dat de handeling onrechtmatig zij, dan is het op zich zelf een willekeurige, onlogische, beperking onder onrechtmatig te verstaan slechts wat verricht is zonder bevoegdheid. Een en ander is b.v. ook uit het oog verloren in de bekende leer van den H. R. omtrent het begrip onrechtmatig in art. 1401. De H. R. eischt, dat de daad om onrechtmatig te zijn, in strijd zij met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht. Wijl echter elke rechtsregel steeds een plicht vestigt, soms een bevoegdheid verleent, is de eisch van inbreuk op eens anders recht naast strijd met des daders rechtsplicht geheel overbodig.

Meestal is deze constructie gebouwd op de leer der natuurlijke vrijheid, die geen erkenning noodig heeft om te gelden, maar een verbod om niet te gelden. Immers als de natuurlijke vrijheid het uitgangspunt is, dan is ieder bevoegd te doen wat hij wil, zoolang de rechtsorde hem die bevoegdheid niet heeft ontnomen en is dus weer onrechtmatig datgene, wat zonder bevoegdheid is verricht. Deze door en door natuurrechtelijke constructie is in de moderne rechtsleer prijsgegeven.

Het is bekend hoe het natuurrecht een vrijheid aannam, die den mensch was aangeboren; van nature was de mensch vrij, van deze vrijheid heeft de Staat een deel geroofd. In de plaats daarvan, zoo *construeerde* (1) men, werd dat gedeelte van de vrijheid, dat ongeschonden gelaten was, beschermd. Het recht, of het natuurlijk recht is in deze leer de aangeboren vrijheid, die door den Staat wordt ingeperkt. Te harer tijd was het bestaan van zulk een leer begrijpelijk, maar ook niet meer dan dat. Want toen de Staat het individu in een net van ge- en verboden weefde, lag het voor de hand, dat de rechts- en staatsleeraars zich afvroegen, wat is door den Staat met zijn regels *niet* ge- of verboden, wat is daarvan nog vrij. Met het een was het ander beantwoord. Want als het primaire, het natuurlijke, het normale, de vrijheid is, dan spreekt het immers vanzelf, dat wat niet ge- of verboden is, „geoorloofd” is, of om in de taal van het natuurrecht te spreken, dat ik recht heb te doen, wat

(1) Maar al te dikwijls heeft men in ons verband constructie met fictie verward. Zoo min als de moderne personalistische Staatsphilosophie de leer van het Staatsverdrag beschouwt als een proeve van natuurlijke historie van den Staat, zijn macht en zijn gezag, zoo min hebben wij bij de leer der natuurlijke vrijheid aan een historische of gefingeerde werkelijkheid te denken, zij was een constructie, een regulatief princip.

niet verboden is. Het subjectieve recht is dan niet een verschijningsvorm van het objectieve recht, niet een „reflex”, is niet daarvan „afgeleid”, maar neemt naast het objectieve recht een geheel zelfstandige plaats in.

Het uitgangspunt, het primaire, is echter niet de natuurlijke vrijheid. Want die dusgenaamde vrijheid, die toch niet geacht wordt te zijn de vrijheid van deze of gene zonder meer, is zelf gedacht als een toestand van samenleving d. i. samenwerking en deze is weer niet denkbaar zonder een uitwendige regeling. In het begrip samenleving zijn, om met STAMMLER te spreken, twee gedachten logisch noodwendig verbonden: het overeenstemmende (niet strijdende) leven en werken, en het verbinden der doeleinden als zoodanig, de norm. Het is mogelijk, dat in een bepaalde rechtsgemeenschap over de mate waarin en de wijze waarop de onderdanen zullen hebben bij te dragen tot de verwezenlijking der doeleinden veel, zeer veel, aan de prudentie van hen zelf is *overgelaten*. Maar hiermee is toch juist gezegd, dat een regeling is getroffen, dat de rechtsorde het aldus heeft geregeld, gewild. De denkbareheid eener vrijheid, eener natuurlijke vrijheid en dus ook van het subjectieve recht is gebonden aan de rechtsorde en dus het rechtsbegrip. Natuurlijke vrijheid is zelf een bepaalde vorm van het sociale leven.

Hieruit volgt, dat het allerminst voor de hand ligt — tenzij de wet zelve daartoe dwingt — om onrechtmatig op te vatten als zonder bevoegdheid. Is de rechtsorde, het rechtsbegrip ook voor de „natuurlijke vrijheid” het „bedingende” element, dan is de rechtsorde, het objectieve recht in zijn objectieven, het subjectieve recht in zijn subjectieven verschijningsvorm het uitgangspunt. Niet de bevoegdheid, maar de rechtsplicht is dan het primaire. In het vestigen van den plicht bestaat de wezenlijke functie van het recht. Plicht is de noodwen-

dige, bevoegdheid de mogelijke verschijningsvorm.

Men zou ons geheel misverstaan, indien men mocht meenen dat wij met beslistheid beweren, dat nu ook een *wijsgeerige* beschouwing van „het subjectieve recht” als het primaire, voor ons *onlogisch* zou zijn. Ook de door ons verdedigde opvatting laat ruimte voor een aan het (door ons verworpen) personalisme georiënteerde rechtswijsgeerige beschouwing. Deze opvatting heeft, naar het oordeel van velen, in de geschiedenis overheerscht. Zoo zelfs dat het feit, dat het objectieve recht, of de rechtsorde, van het „subjectieve” of de bevoegdheid, zijn naam heeft ontleend, heenwijst op het primaire van het gerechtigd zijn boven of voor den rechtsplicht. Deze beschouwing moge ook innerlijk gerechtvaardigd zijn — dit alles doet niets af aan de omstandigheid, dat voor een dogmatische beschouwing een en ander geen beteekenis heeft. Dat het positieve recht, de rechtsorde, het objectieve recht als middel in dienst staat van laatste doeleinden, welke deze ook moge zijn, wie zal het ontkennen? Maar de rechter kan en mag nimmer vergeten, dat rechtsorde in hare feitelijkheid een rustende kosmos, in zich zelf genoegzaam is. Wie uitgaat van het standpunt, dat de rechtsorde een systeem van normen is, wie dus erkent de normativiteit der rechtsregels, die bevestigt onmiddellijk de prioriteit van den rechtsplicht, die zegt daarmee tevens, dat onrechtmatig is, wat in strijd is met de rechtsorde.

Onrechtmatig is, wat in strijd is met het recht, de wet. Maar is dat niet een tautologie of een nietszeggende phrase? Het schijnt, dat SCHOLTEN deze meening is toegedaan (1). Ze is echter, dunkt mij, onhoudbaar.

Recht omvat volgens sommigen de wet, valt volgens

(1) Zie b.v. in *W. v. Pr. N. en Reg.* 1911, blz. 137.

anderen daarmede samen. SCHOLTEN b.v. spreekt in genoemde bekende artikelen in het *Weekblad voor Privaatrecht* etc. van het positieve recht en rekt daaronder ook de jurisprudentie of liever het door den rechter toegepaste „recht” zonder meer, blijkbaar zonder te willen toegeven, dat hier door een ernstige denkfout wordt begaan. Men kan nu de vereenzelviging van recht en wet verwerpen, maar mist het recht te beweren, dat de bepaling: „onrechtmatig is wat strijdt met het recht (de wet)” tautologie is. Maar er is meer, waaraan SCHOLTEN, naar het schijnt, niet heeft gedacht en wat men niet dan tot schade van het redelijk inzicht kan verwaarloozen. Onrechtmatig is de oppositie van rechtmatig. Welnu, dat onrechtmatig genoemd wordt, wat *in strijd is met de wet*, is geen tautologie. Immers de tegenstelling is òf contrair òf contradictoir. In contrairen zin is onrechtmatig het *strijdige*, in contradictoiren zin is onrechtmatig het *onverschillige*. Het onrechtmatige is dus het een òf het ander en nimmer beide tegelijk; iets kan niet tegelijk met het recht strijden en rechtens onverschillig zijn. Wordt nu een bepaling gegeven, waarin allereerst wordt aangeduid wat het criterium is en vervolgens in welke verhouding beide begrippen tot elkaar staan, dan kan alleen hij, die op deze kwesties geen acht wenscht te slaan, beweren, dat dit alles vanzelf spreekt.

Uit deze korte opmerkingen moge ook ons standpunt gebleken zijn ten aanzien van de leer, welke onrechtmatig noemt wat zonder objectief recht of niet steunend op het recht is geschied. Deze bepaling is geheel onbruikbaar. We hebben te doen met een grootheid, die rechtens onverschillig is, een apeiron en daarom *juridisch* niet te vatten.

Mr. W. ZEVENBERGEN.

**Recht en Wet, naar aanleiding der artt. 1301,
1302 en 1303 B. W.**

DOOR

Mr. B. J. POLENAAR

Bij vonnis der rechtbank te Amsterdam, 3e kamer, d.d. 17 December 1915, bevestigd bij arrest van het gerechtshof aldaar, 2e kamer, d.d. 9 October 1916, werd beslist, dat niet-ontvankelijk is eene vordering tot ontbinding eener wederkeerige overeenkomst, voor zoover die nog niet is uitgevoerd, ook waar de overeenkomst tot onderwerp heeft eene aan beide zijden deelbare verbintenis en waarvan ook van beide zijden corresponderende gedeelten zijn uitgevoerd.

Een client van mij had in het begin van het jaar 1915 800 balen aardappelmeel gekocht, had 400 ontvangen en betaald, doch kon de levering van de resteerende 400 in der minne niet verkrijgen — de prijs was inmiddels aanzienlijk gestegen. Voor die resteerende 400 balen had ik ontbinding der overeenkomst gevraagd, met het aangegeven, voor client noodlottige gevolg. De tegen het arrest beproefde cassatie leed schipbreuk.

Ik wensch nu deze beslissingen hier te bespreken, m.a.w. ik ben van plan, wat men noemt, na te pleiten.

Zeker een zeer bedenkelijke onderneming. De geestigste van alle mij bekende Deutsche juristen, de groote JHERING, heeft met dergelijk ondernemen allervermakelijkst den spot gedreven in zijn „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz”, blz. 65 vgg. Ik zal de van vernuft tintelende

bladzijden niet overschrijven. Wie ze naleest zal mij allicht dankbaar zijn voor deze verwijzing, al heeft hij geen lust mijne beschouwingen verder te lezen. Voor hem, die tegen het verder lezen niet opziet, merk ik op: JHERING zegt in den aanhef t. a. p. dat het gemakkelijker is, met behulp van literatuur een juridiek opstel te maken over de eene of de andere materie, hetwelk door iederen lateren schrijver geciteerd wordt, dan een goede dagvaarding of conclusie te stellen. Het is echter niet mijne bedoeling, met behulp van „literatuur” eene verhandeling over de kwestie te leveren. Mijne hoop strekt zich aan den anderen kant ook weer verder uit, dan om geciteerd te worden. Ik waag het te trachten eene herhaling van deze beslissing te helpen voorkomen.

De beslissing was, dat ik had moeten vragen ontbinding der overeenkomst, zooals die was aangegaan, voor 800 balen, al hadden partijen, door tegen betaling de helft te leveren en te ontvangen, de overeenkomst nog slechts voor 400 balen laten bestaan, zoodat de eischer, indien hij in plaats van ontbinding nakoming zoude hebben gevraagd, slechts 400 zoude hebben kunnen vorderen.

Men gevoelt, dat in het geval dat de ontbinding voor 800 balen ware gevorderd, client geene schadevergoeding zoude hebben gekregen. Moet men nu hiervan zeggen: „*summum jus, summa injuria?*” Zoo ja, zoo diende men over de zaak te zwijgen. Het voor mij hinderlijke en waarom de kwestie mij geen rust laat, is, dat wel van *summa injuria* kan worden gesproken, doch niet van een *summum jus*, ja, in het geheel niet van *jus*. Rechtbank en Hof vroegen slechts naar de letter der wet. Hunne beslissing berust op eene wetsuitlegging, die m. i. even onjuist is als in strijd met het handelsbewustzijn. Dit laatste eischt geen groot betoog. Men legge de vraag aan een ontwikkeld koopman voor en hoore wat hij zal

antwoorden. Trouwens, ook de jurist, die met de uitspraak van rechtbank en Hof het eens mocht zijn, zal niet meenen, dat in de handelswereld op groote waardeering er van kan worden gerekend.

Gelijk ik reeds zeide, wensch ik bij de bestrijding er van geen gebruik te maken van de geschriften van anderen en ik zal mij ook niet beroepen op afwijkende rechterlijke beslissingen. Niet gezag tegen gezag worde hier in het strijdperk gebracht.

De overtuiging, dat de toepassing van de wet niet mag leiden tot eene beslissing, waardoor het recht niet wordt gediend, heeft mij vóór en na de behandeling bij den Hoogen Raad er toe gebracht, nog eens zorgvuldig de wet zelve te onderzoeken en daar dit hernieuwde onderzoek mij zelve heeft overtuigd, dat de uitlegging door rechtbank en Hof aan de artt. 1301, 1302 en 1303 gegeven, eene onjuiste is geweest, zal ik trachten zoo eenvoudig mogelijk hier rekenschap te geven van dat onderzoek en de uitkomsten, waartoe het mij geleid heeft. Ik werd tot dat onderzoek te meer genoopt, omdat de Hooge Raad over de zaak zelve zich niet heeft uitgelaten. De beslissing van den Hoogen Raad is gepubliceerd in de Nederlandsche Jurisprudentie 1917, blz. 602 vgg. Het vonnis der rechtbank en het arrest van het gerechtshof zijn — voor zoover mij bekend is — niet gepubliceerd. In elk geval acht ik het gewenscht, ter juistere beoordeeling mijner bestrijding, van beide beslissingen de overwegingen in rechte hier over te nemen.

De rechtbank overweegt als volgt:

dat tusschen partijen is onbetwist, dat slechts ééne overeenkomst van koop en verkoop is tot stand gekomen en alleen de levering van het gekochte niet in eens zou plaats hebben, hetgeen ook blijkt uit eischers vordering tot ontbondenverklaring voor de bovenvermelde 400 balen

ad 100 K.G. van *de* tusschen partijen tot stand gekomen overeenkomst van koop en verkoop van aardappelmeel;

dat eischer derhalve niet vordert ontbinding der geheele overeenkomst, maar alleen voor zoover die door gedaagde niet werd nagekomen;

dat *gedeeltelijke* ontbondenverklaring eener wederkeerige overeenkomst geacht moet worden door den wetgever te zijn uitgesloten, vermits ontbondenverklaring het gevolg is van door den rechter vastgestelde vervulling der ontbindende voorwaarde, welke verondersteld wordt in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, indien eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet;

dat volgens art. 1301 B. W. de ontbindende voorwaarde de verbintenis doet ophouden en de zaken weder in den vorigen toestand doet terugkeeren, even alsof er geene verbintenis bestaan had, met, als gevolg, de verplichting voor den schuldeischer, om hetgeen hij ontvangen heeft, terug te geven;

dat met deze werking der ontbindende voorwaarde het in stand blijven der overeenkomst, voor zoover die is nagekomen, onvereinigbaar is;

dat de eischer derhalve niet-ontvankelijk is in zijne vordering.

Het Hof overweegt in rechte:

dat het Hof zich met de beslissing der rechtbank vereenigt;

dat immers de ontbindende voorwaarde volgens art. 1301 B. W. het gevolg heeft, dat zij na hare vervulling de verbintenis doet ophouden en de zaken weder in den vorigen toestand doet terugkeeren, even alsof er geene verbintenis had bestaan; welk beginsel in art. 1302 B. W. op de wederkeerige overeenkomst wordt toegepast;

dat appellant er wel op wijst, dat in vele gevallen zooals bij eene huurovereenkomst, het niet mogelijk is het reeds ontvangene of genotene terug te geven, doch dit bezwaar zich in de werkelijkheid niet doet gevoelen,

daar bij de schadevergoeding de van weerszijden verrichte leveringen of praestaties tegen elkaar worden verrekend en de schade dus beperkt blijft tot het onuitgevoerde gedeelte;

dat evenmin juist is het betoog van appellant, dat, aangezien de verbintenis door de nakoming voor een deel is te niet gegaan en slechts voor het restant overblijft, de ontbinding alleen van dat laatste kan worden gevorderd;

dat immers de ontbinding niet gevorderd wordt van de verbintenis maar van de overeenkomst tusschen partijen, waardoor de verbintenis aan weerszijden is ontstaan, zoodat, waar hier gesteld is, dat bij deze overeenkomst de koop en verkoop der geheele partij is gesloten, de vervulling der ontbindende voorwaarde noodzakelijk het niet bestaan hebben der geheele verbintenis van weerszijden doet onderstellen en derhalve al hetgeen geschied is doet terugkeeren in den stand, waarin partijen zich vóór het aangaan der overeenkomst bevonden;

dat het bovenstaande nog bevestigd wordt door art. 1303 B. W., dat de keus geeft tusschen eene vordering tot nakoming en die tot ontbinding, hetgeen niet te rijmen is met appellants stelsel, waaruit zou voortvloeien, dat, als een der partijen harerzijds voor een gedeelte gepraesteerd had doch de andere harerzijds in gebreke bleef, eerst-gemelde de nakoming van de contra-praestatie voor het eerste gedeelte zou kunnen vorderen, met ontbinding der overeenkomst voor het restant".

Rechtbank en Hof moeten wel bij hunne uitlegging van art. 1302 van de gedachte zijn uitgegaan, dat de „gedeeltelijke" ontbinding der overeenkomst — om nu voorloopig de door deze colleges gebruikte uitdrukking te bezigen — voor het aan de ontbindingsactie in art. 1303 toegekende gevolg, t. w. de vergoeding van kosten, schade en interessen, eene slechte uitkomst moet hebben. Dat dit gevolg in de praktijk van het hoogste gewicht is, en

niet zelden het door den eischer uitsluitend beoogde, behoeft wel geen betoog. De niet-ontvankelijkverklaring enkel als logisch postulaat der wet te huldigen, zonder daarbij naar dit gevolg te vragen, kan moeilijk worden verondersteld van een der beide colleges, in een middelpunt van handel als Amsterdam tot de rechtspraak geroepen. Verondersteld moet dus integendeel worden, dat de rechters de regeling der schadevergoeding niet doenlijk hebben geacht zonder de geheele overeenkomst te ontbinden. Maar deze veronderstelling blijkt onaannemelijk, omdat het tegendeel van de aan haar ten grondslag liggende meening juist is.

Het voorliggende geval leent zich bij uitstek tot het bewijs voor die juistheid. De koop- en verkoopovereenkomst had geloopt over 800 balen aardappelmeel. Van deze handelswaar was sedert het tot stand komen der overeenkomst tot den dag der wanpraestatie de marktwaarde met *f* 9.— per baal gestegen. De verkooper had juist de helft of 400 balen geleverd, waarvoor hij de betaling had ontvangen. In het stelsel der boven aangegeven rechterlijke beslissingen (de ontbinding gevraagd voor 800 balen) zou dan het gevolg zijn, dat de verkooper aan den koper teruggaf den door dezen betaalden koopprijs en de geleverde 400 balen terugkreeg. Het spreekt echter vanzelf, dat de koper de hem geleverde 400 balen niet meer bezat — ze terug te moeten geven zoude dus voor hem beteekenen het uitkeeren aan den verkooper van een bedrag van *f* 3600.— Hij had nog zijnerzijds te ontvangen 400 balen, welke hij nog niet had betaald — de verkooper had hem dus te betalen eene schadevergoeding van . . . *f* 3600.— .

Deze schoone berekening zoude dus leiden tot eene zuivere compensatie „even alsof er geen verbintenis had bestaan”; doch waar blijft nu de schadevergoeding, waarop de koper toch recht had?

Misschien zal men willen zeggen, dat de schade, welke vergoed moet worden, niet enkel is die, welke door de wanpraestatie is veroorzaakt, doch ook die, welke het gevolg is der ontbinding zelve. Ik laat in het midden, of dit juridiek te verdedigen is. Doet men het echter, zoo krijgt de kooper, na de aanvankelijke compensatie, terug de *f* 3600.—, welke hij tengevolge der ontbinding is schuldig geworden. Men gevoelt echter, dat hij dan precies evenveel krijgt als wanneer de vordering tot ontbondenverklaring der overeenkomst voor 400 balen ontvankelijk ware verklaard.

Is dat nu zoo, dan loont het niet de moeite zulk een ingewikkelde en omslachtige redeneering te volgen als die, welke de niet-ontvankelijkverklaring der actie tot ontbinding voor de 400 balen noodzakelijk maakt. Doch het is hier geen zaak van enkele logica, maar van rechts-toepassing voor de praktijk, en de niet-ontvankelijkverklaring leidt tot gevoelig verlies van proceskosten en van rente, ook wanneer de afgewezen eischer, in plaats van een appèl en cassatie te beproeven, de rechtsvordering opnieuw had begonnen, nu voor de 800 balen. Beproeft hij, zooals in het onderhavige geval, van den hoogereren rechter recht te krijgen, doch tevergeefs, zoo zal dit voor het rechterlijk gezag niet zeer bevorderlijk zijn.

Lex dura, sed ita scripta — zoo zal men misschien zeggen. Is dit zoo? Heeft de wet ook gedacht aan overeenkomsten, die tot onderwerp hebben deelbare verbin-tenissen over en weer en welke over en weer voor corresponderende deelen zijn uitgevoerd? Art. 1302 B. W. zegt in de eerste alinea, dat de ontbindende voorwaarde verondersteld wordt in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, ingeval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet. Op het begrip van de ontbindende voorwaarde komen wij nog nader terug. Ik vrees echter geene

bestrijding, wanneer ik er op wijs, dat het ontleend is aan het Romeinsche recht en dat volgens dat recht de verbintenis, waaraan eene ontbindende voorwaarde is gevoegd, eigenlijk is eene zuivere verbintenis, welke dadelijk ontstaat, totdat de vervulling der ontbindende voorwaarde haar weder teniet doet en dan ook, zoo eigendom tengevolge der verbintenis van de eene partij op de andere is overgedragen, deze weer na de vervulling der voorwaarde moet worden teruggebracht. Art. 1302 B. W. met zijn voorschrift: de ontbindende voorwaarde wordt voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen „ingeval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet”, moet in elk geval bedoelen, dat de aanvankelijk tot stand gekomen overeenkomst door de werking dier ontbindende voorwaarde weder ophoudt. De woorden: „eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet”, duiden klaarblijkelijk de ontbindende voorwaarden slechts voor dit eene geval aan — *eene der partijen voldoet niet*. Het artikel is, zooals ieder weet, ontleend aan art. 1184 C. C., waar verplichting het „engagement” is, waarvan de zin wordt gekend uit art. 1103 C. C. De eerste alinea van het Fransche artikel doet nog duidelijker uitkomen hetgeen ik ook als de bedoeling van onze wet meen te mogen stellen: „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, ou l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement”. Zóó weinig heeft de wetgever gedacht aan deelbare verbintenissen en aan nakoming van beide partijen voor een deel, dat zelfs de mogelijkheid niet wordt verondersteld dat een der beide partijen ten deele zoude hebben betaald.

Niets dwingt ons derhalve, om in een geval als hier voorligt, ondanks het onrechtvaardige gevolg der toepassing, de stilzwijgende werking der ontbindende voorwaarde als

door den wetgever gewild aan te nemen. In elk geval staat het ons vrij die werking niet verder te doen reiken, dan met de bedoeling van partijen zelve strookt.

Wij zijn er van uitgegaan, dat de verbintenis van de eene partij tot levering der 800 balen en van de andere zijde die om ze te betalen, beide zijn deelbare verbintenissen. Is dit punt van uitgang geoorloofd? Moet niet steeds de verplichting, door iedere partij in de overeenkomst op zich genomen, als eene onsplitsbare eenheid worden aangemerkt? De vraag is niet te beantwoorden uit art. 1335 B. W., volgens hetwelk ook de voor verdeeling vatbare verbintenis tusschen den schuldeischer en den schuldenaar moet worden ten uitvoer gelegd alsof zij ondeelbaar was. Deze bepaling wil voorkomen, dat de schuldenaar tegen den wil des schuldeischers dezen stuksgewijze voldoet, wat naar de bedoeling van partijen ineens zoude worden verstrekt. De wet wil hier splitsing verbieden, willekeurig en zonder noodzaak aan zijde van den schuldenaar ondernomen in strijd met de aanvankelijke bedoeling van beide partijen.

De door ons gestelde vraag is een zuiver theoretische, t. w. of het complex van leveringen of prestaties, waartoe zich een schuldenaar bij overeenkomst verbonden heeft, steeds als eene eenheid is te beschouwen, zelfs waar met goedvinden van den schuldeischer de betaling bij gedeelten plaats heeft, ja zelfs waar van den aanvang af zulk eene betaling bij gedeelten bedoeld was of ook naar den aard der zaak voldoening alleen successief mogelijk is. Moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, zoo was de verbintenis tot levering van 800 balen, al waren dan ook 400 geleverd en betaald, toch als een eenheid aan te merken, die juridiek niet gesplitst kan worden. Dan zoude dus daaruit volgen, dat rechtbank en Hof terecht niet ontvankelijk hebben verklaard de vordering tot

ontbonden verklaring van de overeenkomst voor 400 balen, zijnde het restant der verbintenis van den verkooper tot levering van 800. Het schijnt, dat het Hof deze opvatting heeft gehuldigd in de overweging: „Dat immers de ontbinding niet gevorderd wordt van de verbintenis, maar van de overeenkomst tusschen partijen, waardoor de verbintenis aan weerszijden is ontstaan, zoodat, waar hier gesteld is, dat bij deze overeenkomst de koop en verkoop der geheele partij is gesloten, de vervulling der ontbindende voorwaarde noodzakelijk *het niet bestaan hebben der geheele verbintenis van weerszijden doet onderstellen* (1) en derhalve al hetgeen geschied is doet terugkeeren in den stand, waarin partijen (2) zich vóór het aangaan der overeenkomst bevonden.

Duidelijk en met klem is de stelling, dat elke verbintenis uit overeenkomst voor elken schuldenaar onsplitsbaar is, verdedigd in de conclusie, voorafgegaan aan het boven door ons aangehaalde arrest van den Hoogen Raad, genomen door den advocaat-generaal Mr. BESIER. Deze bekwame en overigens zoo scherpzinnige jurist gaat zelfs zoover van te zeggen: „Wanneer de verplichting een doorloopende is, zooals het verschaffen van het genot eener verhuurde zaak, dan is er zelfs maar ééne verplichting, hoewel naar tijdsorde deelbaar”. Kan deze theorie echter wel eenig gewicht in de schaal leggen bij het onderzoek naar de vraag, of de eisch tot ontbondenverklaring eener overeenkomst voor het restant ontvankelijk is, indien die overeenkomst aan weerszijden heeft bevat feitelijk deelbare en met elkaar corresponderende verbintenissen en beide partijen corresponderende deelen hebben uitgevoerd?

(1) Wij cursiveeren.

(2) Op deze verandering van de wettelijke terminologie komen wij nog nader terug.

Zij, die op deze vraag bevestigend antwoorden, miskennen m. i. het beginsel, door de wet gehuldigd in de artt. 1349 en 1371 B. W. De overeenstemmende wil van partijen doet de verbintenis uit de overeenkomst geboren worden, zooals die overeenstemmende wil ze ook weer doet te niet gaan, geheel of gedeeltelijk.

De bovenaangehaalde woorden van Mr. BESIER toonen overigens aan, dat in de praktijk de door hem gehuldigde theorie niet tot het gevolg leidt, door hem voorgestaan. Want juist bij huurovereenkomsten is men het algemeen er over eens, dat, wanneer men daar vraagt ontbinding, op grond van wanpraestatie van den gedaagde, men niet anders bedoelt of ook maar bedoelen kan, dan ontbinding voor de toekomst. Ter bestrijding van het vonnis der rechtbank werd door mij dan ook voor het Hof o.a. op huurovereenkomsten of arbeidsovereenkomsten en d. m. gewezen, om aan te toonen dat, wanneer overeenkomsten naar de bedoeling van partijen deelbare verbintenissen bevatten, welke gedeeltelijk zijn uitgevoerd, men geen bezwaar mag maken tegen de ontbinding der overeenkomst voor het restant, evenmin als men dit doet bij de evengenoemde verbintenissen.

Terloops zij opgemerkt, dat dit argument door het Hof geheel is miskend door mijn bezwaar aan te geven aldus: „dat in vele gevallen het niet mogelijk is het reeds ontvangene of genotene terug te geven”, terwijl het arrest dan daarop laat volgen „dat zich dit bezwaar in de werkelijkheid niet doet gevoelen, daar bij de schadevergoeding de van weerszijden verrichte leveringen of praestaties tegen elkaar worden verrekend”. Hierbij wordt echter in het arrest uit het oog verloren, dat, indien men eens over het logische bezwaar der eenheid van de verbintenis heenstapte, men precies hetzelfde en nog met meer recht kan doen bij de verbintenissen, uit een leverantiecontract

voor verkooper en kooper voortspruitende, omdat ook dáár de van weerszijden gedane leveringen en prestaties in de werkelijkheid, bij eene schadeberekening, kunnen worden verrekend.

Doch — gelijk gezegd — ik kan niet toegeven dat ook maar theoretisch het een juiste beschouwing is, in strijd met den van weerszijden gebleken wil van partijen op logische gronden vol te houden, dat uit ééne overeenkomst voor iedere partij slechts ééne verbintenis voortspruit.

En al zoude deze mijne opvatting kunnen worden betwist, dan zoude het toch voor de praktijk van het leven moeten worden gewraakt, op dien grond art. 1302 B. W. zóó toe te passen, dat in plaats van de justiciabelen aan hun recht te helpen, zij tot slachtoffer der logica worden. Het wil mij dan ook voorkomen, dat in de conclusie van Mr. BESIER met de praktijk van het leven te weinig rekening wordt gehouden, waar hij zegt: „wanneer de verbintenissen waaraan voldaan is als afzonderlijke afgedane en dus niet meer voor ontbinding vatbare beschouwd worden, dan moeten veeleer ook de verbintenissen, die nog niet zijn nagekomen, als afzonderlijk worden beschouwd, en zal dus alleen van de eerste daarvan ontbinding kunnen worden gevraagd, met instandhouding der nog komende, ten opzichte van welke de reeds eenmaal teleurgestelde schuldeischer zich dan zal moeten blijven toevertrouwen aan zijn nalatig gebleven schuldenaar”. De redeneering is ontleend aan de dissertatie van Mr. GERBERT SCHOLTEN, een als proefschrift inderdaad verdienstelijk werk, getuigende van ernstige studie en scherpzinnig vernuft.

Mr. BESIER doet m. i. echter den schrijver te veel eer aan door deze logische redeneering uit dat proefschrift over te nemen.

De rechter, die over de feiten heeft te oordeelen, mag zich niet aan dergelijke logische redeneeringen bezondigen.

Wanneer eens bij een leverantiecontract door de eene partij wanprestatie wordt gepleegd, dan moet niet ter wille van de logica, in strijd met het recht de schuldeischer gedwongen worden zich te blijven gedragen aan de goede trouw van den nalatig gebleven schuldenaar.

Eene gelijke onduldbare logica, evenmin door de wet geboden, ontmoet ik bij het begrip „overeenkomst”. Men geeft toe, dat het taalkundig niet geheel juist is te spreken van het ontbinden eener overeenkomst, omdat men wel een band kan ontbinden doch „niet de omstandigheid, waardoor die band in het leven wordt geroepen”. Niettemin is de redeneering deze: dat het wel begrijpelijk is, wat de wet bedoelt, t. w. dat door de ontbindende voorwaarde die omstandigheid, waaruit de verbintenis is voortgesproten, zal worden teniet gedaan, en wanneer dat dan gebeurt, dan doet het teniet gaan dier omstandigheid ook de geheele verbintenis te niet gaan, deelbaar of ondeelbaar, geheel of ten deele uitgevoerd. Indien het recht daardoor niet benadeeld wordt, kan men zich natuurlijk daarbij neêrleggen. Omgekeerd echter zoude een duidelijke letter der wet ons moeten dwingen, om met de zucht: *lex dura sed lex vrede* te hebben met een logische, doch, *sit venia verbo*, wederrechtelijke wetstoepassing. Waar is die in de wet te vinden? Het Hof heeft in zijn arrest van een *beginsel* gesproken, te vinden in art. 1301 en toegepast op art. 1302 B. W., en schijnt dus *in* de wet te lezen, wat door Mr. BESIER meer bij wijze van redeneering uit het begrip „overeenkomst”, in verband gedacht met de ontbindende voorwaarde, wordt afgeleid. De bekwame magistraat zag klaarblijkelijk niet in de wet zelve het *beginsel*, door het Hof er in gezien. Inderdaad staat in de eerste alinea van art. 1302 niets anders of méér te lezen, dan dat de *lex commissoria* met betrekking tot de wanprestatie van eene der partijen in de wederkeerige

overeenkomst stilzwijgend vervat is. Zie ik echter goed, zoo is de redeneering, afgescheiden van de gevolgen die zij heeft voor de toepassing van het recht, ook onhoudbaar met het oog op het beginsel. De wet gaat toch bij de overeenkomsten van de bedoeling uit, den wil van partijen voor hen tot wet te verheffen. Indien derhalve de overeenkomst loopt over verbintenissen, die naar hunnen aard deelbaar zijn en partijen, hetzij volgens aanvankelijke afspraak, hetzij ingevolge van later wederkeerig goedvinden, de overeenkomst stuksgewijze uitvoeren, telkens elkaar een corresponderend deel voldoen, zoo schijnt het mij toch eene weinig logische redeneering te zijn om *tegen* den wil van partijen te blijven volhouden, ook, nadat op deze wijze *een groot deel van den inhoud der overeenkomst over en weer is voldaan, dat de overeenkomst nog altijd bevat den vollen inhoud*, dien zij aanvankelijk gehad heeft. Wordt de nakoming gevraagd, wanneer de levering van 800 was overeengekomen, op een moment dat 400 zijn geleverd en betaald, zoo bevat de overeenkomst nog slechts 400, en toch zoude men kunnen zeggen, dat voor de ontbinding der overeenkomst zij 800 bevat?!

Het is stellig rationeeler te zeggen, dat partijen van den aanvang af gewild hebben dat hun overeenkomst, zoo die voor de helft is uitgevoerd, ook slechts voor de helft door den rechter ontbonden zal kunnen worden verklaard. Wat partijen met woorden kunnen doen, t. w. dat zij de voor 800 gesloten overeenkomst voor de helft te niet doen, „herroepen”, dat kunnen zij ook doen door daadwerkelijk handelen. Er wordt dan door de ontbindende voorwaarde ook niet meer te niet gedaan, dan wat *niet* door de overeenkomst reeds te niet gedaan is; het eenige wat van de overeenkomst nog bestaat en waarvan men nakoming kan vorderen. Zou óók niet-ontvankelijk moeten worden geacht de eisch tot nakoming van de overeen-

komst, voorzoover die nog niet nagekomen is? Overeenkomst is niet anders dan een naam voor de *vestiging of het gevestigd zijn*, nu eens eener enkele verbintenis, dan weer, bij de wederkeerige, voor een stel of een reeks telkens over en weer als oorzaak voor elkaar dienende, verbintenissen. Verbintenissen gaan te niet door solutie. De wederkeerige overeenkomst, die ten deele is uitgevoerd aan weerszijden, bestaat nog slechts uit de nog niet tegen elkaar weggevallen verbintenissen. Haar werking als band heeft afgedaan voor wat over en weer gesolveerd is.

We komen nu echter tot de hoofdvraag: gebiedt de bepaling van art. 1301 B. W., toegepast op art. 1302, de niet-ontvankelijkverklaring in het door ons bedoelde geval van de vordering tot ontbinding eener overeenkomst voor het restant? Rechtbank en Hof hebben het aangenomen, de rechtbank op grond van de 1^o. en 2^o. alinea van art. 1301, het Hof op grond van de 1^o. alinea alleen. De rechtbank acht het bestaan blijven van de overeenkomst voor het reeds uitgevoerde onmogelijk op grond der woorden „verplicht (zij) den schuldeischer om hetgeen hij ontvangen heeft terug te geven in geval de bij de voorwaarde bedoelde gebeurtenis plaats grijpt”. Deze woorden worden door de rechtbank *als gevolg* der ontbinding beschouwd en als zoodanig in verband gebracht met het deel van den volzin van de eerste alinea van art. 1301 „en de zaken weder tot den vorigen stand doet terugkeeren, even alsof er geene verbintenis bestaan had”. Blijkbaar heeft het Hof deze laatst aangehaalde woorden reeds alléén als afdoende beschouwd. Beide colleges zagen in art. 1301 eene definitie van het begrip „ontbindende voorwaarde”. Stellig eene vreemde definitie, waarin tenminste tweemaal hetzelfde schijnt te zijn gezegd, zoodat het Hof dan terecht ook maar voor zijne opvatting de aanhaling der 2^o. alinea niet noodig heeft geacht.

Een ander bezwaar tegen die opvatting is, dat het „doet ophouden”, òf in lijnrechten strijd is met hetgeen er op volgt of wel, indien men tracht aan die woorden dadelijk te geven den zin van de terugwerkende kracht, alsdan vrij onbeholpen dezelfde gedachte zelfs driemaal is uitgedrukt!

Een derde bezwaar is gelegen in het verband der artt. 1301, 1302, 1303 B. W. In het 1^{ste} artikel zou dan, als hoofdkenmerk der ontbindende voorwaarde, gesteld zijn, dat hare vervulling aan de verbintenis zóó een einde maakt, dat het is alsof zij nooit bestaan had. Die ontbindende voorwaarde aldus gedefinieerd (om met het Hof te spreken, dit beginsel bevattend) wordt in art. 1302 op de wederkeerige overeenkomst toegepast. Doch in art. 1303 B. W. krijgt de schuldeischer het recht op ontbinding met schadevergoeding; schadevergoeding nu is in lijnrechten strijd met de veronderstelling dat de overeenkomst ontbonden wordt „even alsof zij nooit bestaan had”.

Het vierde bezwaar is dat de uitdrukking „de zaken” hier wordt uitgelegd zooals men in het Fransch zoude spreken van: „*les affaires*”. Dit nu is in strijd met het taalgebruik van de wet. We hebben in ons wetboek in art. 555 eene definitie, waarin wij kunnen nazien, wat de wet onder „zaken” verstaat t. w. „alle goederen en rechten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn”. Zie overigens artt. 1272, 1273 en zie voorat art. 1300. In beide artikelen, zoowel in art. 1300 als in art. 1301, moet met het woord „zaak” wel hetzelfde zijn bedoeld! Bij de opschortende voorwaarde blijft de zaak, die het onderwerp der verbintenis uitmaakt, voor rekening van den schuldenaar. Is die zaak geheel en al verloren gegaan, buiten toedoen van den schuldenaar, zoo blijft er noch van de eene noch van de andere zijde eenige verbintenis bestaan, enz. Bij de ontbindende voorwaarde, waar de verbintenis direct tot stand komt, keeren de

zaken (die er het onderwerp van uitmaken) weder tot hun vorigen stand terug. In den Franschen Code wordt dan ook gesproken niet van „les affaires” maar van „les choses”! Uit het voorafgaande volgt m. i. dat de opvatting van rechtbank en Hof, welke het Hof doet spreken van het terugkeeren *van partijen* (!) in den vorigen toestand, ten eenenmale onhoudbaar is. Hoe is dan art. 1301 B. W. wel te lezen?

Art. 1301 B. W. bevat *geene eigenlijke definitie* van het begrip ontbindende voorwaarde, doch somt gevolgen op, welke de ontbindende voorwaarde, aan eene verbintenis toegevoegd, zoo al voor die verbintenis heeft. Het meest algemeene gevolg is, dat de dadelijk ontstane verbintenis door de vervulling te niet gaat, b.v.: A. verhuurt zijn huis aan B. voor den tijd van 10 jaren, doch bedingt voor zich het recht om de huur te doen eindigen door te verklaren dat hij het huis zelf wil gaan bewonen (art. 1615 B. W.). Na den huurder gedurende vijf jaren het rustige genot van het huis te hebben verschaft, doet hij de verklaring: de ontbindende voorwaarde wordt vervuld en de huur houdt op. Daar is geen sprake van een terugkeeren van de zaken alsof er geene verbintenis had bestaan. Althans alleen in zooverre, dat de eigenaar-verhuurder, ten aanzien van dat huis, weder bevrijd is van de verplichting tegenover den huurder. Wat afgelopen is, is voorbij. Art. 1616 voegt er echter weder eene andere ontbindende voorwaarde aan toe. De verhuurder kan het huis niet zelf weder betrekken, tenzij hij vooraf met inachtneming van het plaatselijk gebruik eene opzegging heeft doen beteekenen. Heeft hij dat verzuimd, zoo werkt dit verzuim als ontbindende voorwaarde voor de verbintenis des huurders, om het huis te ontrenten en gaat die verbintenis dus weer te niet. — Een ander voorbeeld. Iemand leent geld met beding van

premie onder verband van zijn schip, overeenkomstig art. 569 K. De verbintenis tot teruggave van het geld en tot betaling der premie is dus voor hem geboren, doch het gesloten bodemerijcontract brengt mede de ontbindende voorwaarde, dat door het vergaan van het schip zijne verbintenis ophoudt. Er is hier alweer geene terugkeering van eene zaak en evenmin is er sprake van een teruggeven door den schuldeischer van hetgeen hij ontvangen heeft. Ik zou nog ontelbare voorbeelden uit de wet en uit het dagelijksche leven kunnen aanhalen, verbintenissen met ontbindende voorwaarde, *waarin volstrekt niets anders plaats heeft door hare vervulling, dan dat de aanvankelijk ontstane verbintenis wordt te niet gedaan.*

In den Franschen Code (art. 1183) komt nog duidelijker uit, dat het slechts gevolgen zijn welke naast elkaar staan. „La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle „s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui „remet les choses au même état que si l'obligation „n'avait pas existé”. De Fransche wetgever heeft overigens bij het woord „obligation” alleen aan contracten gedacht. Onze wetgever wilde 't woord „verbintenis” meer algemeen vatten. Dit heeft hem waarschijnlijk er toe geleid minder letterlijk te vertalen de woorden, waarmee het eerste gevolg door den Franschen wetgever wordt aangegeven. Zoo sprak hij van „doen ophouden” in plaats van „bewerkt de herroeping”. Hij vergat daarbij echter, dat de ontbindende voorwaarde toch in de eerste plaats aan verbintenissen uit overeenkomsten ontstaande zal worden toegevoegd. Hoe het zij, van een wezenlijk andere bedoeling van onzen wetgever blijkt niet. En wat is nu het eigenaardige in het spraakgebruik van den Code? Dat art. 1183 terugziet op art. 1134 C. C. Dáár — ons art. 1374 B. W. — wordt er van gesproken, dat de wettig gemaakte overeenkomsten *niet kunnen herroepen worden dan met wederzijdsch*

goedvinden en in art. 1183 C. C. wordt gezegd, dat „de ontbindende voorwaarde” bij hare vervulling de herroeping van de verbintenis (overeenkomst) ten gevolge heeft. De Code heeft aan de ontbindende voorwaarde dezelfde kracht toegekend als aan eene overeenkomst met tegenovergestelde strekking van eene vroegere overeenkomst. En dit beginsel mag ook voor onze wet worden aangenomen, *moet* daarvoor aangenomen worden, omdat het in den aard der zaak ligt, in de huldiging van den wil van partijen bij overeenkomsten. Het komt op hetzelfde neer, of men eerst overeenkomt voor 800 en dan de overeenkomst wijzigt en die stelt op 400, dan of partijen overeenkomen voor 800 onder de voorwaarde dat, wanneer 400 zijn geleverd en betaald, die overeenkomst nog slechts kan gelden voor 400.

De strekking van art. 1302 is dan ook geen andere dan vast te stellen, dat de *lex commissoria*, welke vroeger bij wederkeerige overeenkomst, meer bepaaldelijk bij koop en verkoop uitdrukkelijk werd bedongen, niet behoeft uitgesproken te worden, doch zal worden verondersteld. En wat is nu de beteekenis van „*et qui remet les choses*”, enz.? Geene andere dan de huldiging van de oud-Romeinsche adagia: „*nemo plus juris in alium tranferre potest quam ipse habet*”, en „*soluti jure dantis, resolvitur jus accipientis*”. Voorbeelden daarvan vindt men in onze wet in artt. 1215, 1568 al. 3, art. 1710 B. W. Met de vraag van de ontbondenverklaring door den rechter van de wederkeerige overeenkomst op grond van wanpraestatie heeft het niets te maken.

Ook het derde gevolg, in de tweede alinea van art. 1301 aangewezen, heeft met deze vraag niets uit te staan. Ware het wèl zoo, zoo moest er niet gesproken worden van den schuldeischer, doch van partijen. Dan althans zou er iets voor te zeggen zijn dat men, wanneer ontbinding

gevraagd werd van eene wederkeerige overeenkomst door eene der beide partijen op grond van wanpraestatie van de andere, als de bedoeling van den wetgever zoude aannemen dat, onverschillig of een deel van de praestaties door elk van beide handelende personen over en weer is vervuld tot hun volle genoegen, toch elk den ander hetgeen hij ontvangen heeft, weer moet teruggeven. Dit is echter nu niet aan te nemen. De zaak is eenvoudig deze. De wet geeft aan als een der gevolgen van de ontbindende voorwaarde bij een overeenkomst, dat de verbintenis in tegenstelling tot de opschortende voorwaarde dadelijk tot stand komt. Wordt echter de voorwaarde vervuld, zoo gaat zij weer te niet; *maar dan zal hij, die op grond daarvan tegenover zijn mede-contractant als vchuld-eischer optreedt, zich niet kunnen verrijken door zelf te behouden, wat hij heeft gekregen.* Een voorbeeld zie in art. 281 K.

Ik acht het na het bovenstaande niet noodig om nog nader in bestrijding te treden van hetgeen door rechtbank en Hof is beslist. Dit alleen nog zij opgemerkt.

Het Hof vindt o. a. een bewijs in art. 1303 voor de door rechtbank en Hof gehuldigde uitlegging van art. 1302. Immers — zoo luidt de argumentatie — uit appellants stelsel zoude voortvloeien dat, als eene der partijen harerzijds voor een gedeelte gepraesteerd had, doch de andere harerzijds in gebreke bleef, eerstgemelde de nakoming van de contrapraestatie voor het eerste gedeelte zoude kunnen vorderen, met ontbinding der overeenkomst voor het restant. Inderdaad zou ik deze consequentie niet aandurven, doch zij vloeit ook volstrekt niet voort uit de door mij verdedigde leer. Voor mij staat de ontbindende voorwaarde gelijk met de werking, welke eene nadere overeenkomst tot tenietdoening of wijziging eener vroegere overeenkomst op deze heeft. Het betoog daarvoor

meen ik in de vorige bladzijden te hebben geleverd. De leer berust ook op het beginsel, dat de partijen in hun overeenstemmenden wil zich — d. w. z. elkaar — eene wet geven. Zij zijn verbonden omdat zij willen, en zij zijn juist zoover en zoolang verbonden, als zij beiden het gewild hebben en blijven willen. Natuurlijk wil dit echter niet zeggen, dat één der partijen het recht zoude hebben, zonder eene uitdrukkelijke wetsbepaling, welke haar daartoe machtigt, de aanvankelijk als eene eenheid bedoelde verbintenis uiteen te scheuren en voor het eene gedeelte de nakoming, voor het andere de ontbinding te vragen.

Overigens zij opgemerkt, dat indien zelfs de door mij gegeven uitlegging der artt. 1301, 1302, 1303 B. W. niet juist zoude zijn, zooveel toch zeker is, dat zij recht van bestaan heeft, naast die, door rechtbank en Hof te Amsterdam gegeven. Bij mijne opvatting zal men alleen dan, wanneer op een van beide zijden der verbonden partijen eene ondeelbare verbintenis rust, ter wille van de goede rechtsbedeeling bij de schadevergoeding moeten vragen de ontbinding van de overeenkomst zooals die aanvankelijk was gesloten. Wie het bouwen van een huis heeft aanbesteed, kan, wanneer het niet geheel voltooid is, van aannemer en borgen de voltooiing eischen. Wenscht hij daarentegen de ontbinding der overeenkomst te vragen, zoo zal hij moeten vragen niet de ontbinding van de overeenkomst voor hetgeen nog aan de voltooiing van het huis ontbreekt, doch de ontbinding van de geheele overeenkomst van aanbesteding en aanneming.

Daarentegen zal men, wanneer de overeenkomst verbintenissen bevat, voor beide partijen deelbaar en door beide partijen in evenredige verhouding ten deele uitgevoerd, mogen vragen de ontbinding der overeenkomst voor het nog niet uitgevoerde gedeelte. Den aldus inge-

stelden eisch niet-ontvankelijk te verklaren, zoude, zelfs wanneer het met de wet in de hand te verdedigen ware, door het recht moeten worden gewraakt, omdat het onrechtvaardige gevolgen heeft. De rechter — zegt art. 11 A. B. — moet naar de wet recht spreken. Dat wil echter ook zeggen: de rechter moet naar de wet *RECHT spreken*.

Amsterdam, Augustus 1917.

Bewijs uit geschrift tegen derden.

Voor het verschijnen van Mr. KOKSMA's opstel (1) was het mij niet gelukt een richtsnoer te vinden voor het bewijs uit geschrift tegen derden. Deze Schrijver komt tot de slotsom, dat ons recht de bewijskracht overlaat aan de beoordeeling van den rechter. Mr. ANEMA sluit zich hierbij aan (2). Volgens hen bestaat er dus geen theoretisch richtsnoer en hangt alles van de omstandigheden af. Deze meening acht ik juist en dit geschrift heeft ten doel haar te verdedigen en toe te lichten.

Het was eigenlijk het ei van Columbus.

De titel over het bewijs bevat slechts één artikel over ons onderwerp, namelijk art. 1917 (3). Het beperkt de bewijskracht. Hieruit blijkt, dat de wetgever van de gedachte uitging, dat een geschrift wel bewijskracht tegen derden konde hebben. Het is even onaannemelijk haar gelijk te stellen met die tegen den persoon, van wien het geschrift afkomstig is, als haar geheel te ontkennen. Er schiet niets anders over, dan aan den rechter de bevoegdheid te geven een vermoeden uit het geschrift te putten.

Dit alles neemt niet weg, dat de nieuwe leer in botsing komt met het arrest van den Hoogen Raad van 22 Februari 1889 (W. 5684). Partij SCHIPPERS had 22 Februari 1887

(1) Schriftelijk bewijs tegen derden. *Rechtsg. Mag.* 1900.

(2) ANEMA—ASSER, Deel V, blz. 149.

(3) Art. 1910 spreekt van «bewijs» en «tegen derden werken», doch het handelt desniettemin niet over bewijs. Zie ANEMA—ASSER, Deel V, blz. 233.

in beslag genomen goederen, zich bevindende in handen van partij KOIJNK. Deze beweerde, dat de goederen niet aan hem doch aan partij DE VOGEL toebehoorden. Hij had ze bij akte van 23 Juli 1886 aan DE VOGEL verkocht en volgens akte van den volgende dag had DE VOGEL ze aan KOIJNK in bruikleen afgestaan. Het Hof te 's-Gravenhage achtte tegenover den derde (SCHIPPERS) niet bewezen door de akten, dat de goederen het eigendom waren geworden van DE VOGEL (1). De H. R. vernietigde het arrest op grond, dat de eigendomsovergang wel was bewezen. Hij overwoog: „dat al moge eene schriftelijke „akte tegenover derden geen bewijs opleveren van de „waarheid der daarin opgenomen verklaringen, toch uit „de artt. 1907 en 1912 B. W. niet volgt, dat men daar- „aan tegenover derden alle kracht zou moeten ontzeggen, „iets hetgeen zelfs met art. 1917 B. W. in strijd zou „zijn; maar veeleer moet worden aangenomen, dat althans „het feit, dat die verklaringen gedaan zijn, daardoor be- „wezen wordt; dat dus door de in het middel bedoelde „akten ook tegenover derden vaststaat, dat nadat de „eischer (2) verklaard had de goederen te hebben over- „genomen, beide partijen verklaard hebben eene over- „eenkomst van bruikleen aan te gaan, tengevolge „waarvan de 2de verweerder (3) in het bezit er van is „gebleven; dat overeenkomsten tot stand komen door „de toestemming van partijen en waar dus tegenover „derden van die toestemming blijkt, ook het bestaan der „overeenkomst zelve als bewezen moet worden aange- „nomen; dat het Hof desniettenstaande verklaart, dat „het beroep op de akten den eischer niet kan baten, de

(1) Arrest 18 Juni 1888, W. 5597.

(2) DE VOGEL.

(3) KOIJNK.

oorzaak hiervan alleen kan liggen in de omstandigheid, dat naar 's Hofs meening de getroffen overeenkomst niet voldoende was om althans tegenover derden aan te nemen, dat er werkelijke levering had plaats gehad; dat deze opvatting in het algemeen onjuist is, omdat uit het in art. 596 opgenomen beginsel volgt, dat bezit ook wordt verkregen door een ander, die in onzen naam aanvangt te bezitten, zoodat de 2de verweerder, verkooper, die tengevolge van de tusschen hem en den eischer, koper, gesloten overeenkomst de verkochte goederen tot nadere opzegging in bruikleen behield, dadelijk na de sluiting dier overeenkomst voor den eischer heeft aangevangen te bezitten; dat voor zoover 's Hofs bedoeling mocht zijn, dat deze regel wel tusschen partijen maar niet tegenover derden geldt, zij eveneens onjuist zou zijn, omdat art. 596 B. W. eene dergelijke onderscheiding niet kent; en zij bovendien tot het resultaat zoude leiden, dat na zoodanige overeenkomst de koper wel tegenover den verkooper maar niet tegenover derden eigenaar geworden was, hetgeen met het zakelijk tegenover allen gelijkelijk geldend karakter van dit recht zou strijden".

Uit het feit, dat de verklaringen gedaan werden, wordt door den H. R. maar klakkeloos afgeleid, dat ze overeenkomstig de waarheid waren. Als nu eens DE VOGEL niet heeft willen koopen, noch in bruikleen geven, doch partijen op het oog hadden de goederen aan de schuldeischers van KOLJNK te onttrekken? Uit den aard der zaak en ook volgens de artt. 1907 en 1912 leveren de bewuste akten tusschen partijen volledig bewijs op, tot dat bewezen zij, dat het schijnhandelingen waren. De wet eischt niet en het gezond verstand verzet zich er tegen, dat dergelijke akten volledige bewijskracht tegen derden zouden moeten hebben.

De artt. 1907 en 1912 konden door het Hof niet verkeerd worden toegepast, omdat ze in het geheel niet werden toegepast. Van schennis van art. 596 kon ook geen sprake zijn. Het Hof heeft de mogelijkheid van het *constitutum possessorium* in ons recht niet ontkend, en evenmin, dat het tegenover derden niet zoude gelden. Het konde er zich niet over uitlaten, omdat de feiten er geene aanleiding toe gaven. De H. R. stelde het ten onrechte voor, dat het bezit was verkregen door DE VOGEL, doordat KOLJNK in diens naam aanving te bezitten. De goederen zouden niet uit de handen van KOLJNK in die van DE VOGEL zijn overgegaan. Deze voorstelling is in strijd met de feiten, zooals die door het Hof werden vastgesteld en waarin de cassatierechter geene verandering mocht brengen. Bij akte van 23 Juli 1886 verklaart DE VOGEL: „al de hiervoren omschreven roerende goederen, „paarden, vee en gereedschappen van den verkooper te „hebben aangenomen en onder zich geslagen”. De goederen waren dus uit de handen van KOLJNK in die van DE VOGEL overgegaan. Eerst den volgenden dag verklaart KOLJNK „ter leen te hebben overgenomen”.

Het is waar, dat de rechter gehouden is ten opzichte van KOLJNK aan te nemen, dat DE VOGEL eigenaar was geworden, zoolang de eerste niet bewijst, dat er een schijnkoop heeft plaats gehad, terwijl hij de bevoegdheid bezit aan te nemen, dat DE VOGEL ten opzichte van den derde, SCHIPPERS, niet eigenaar werd. Dit strijdt echter niet met het „zakelijk tegenover allen gelijkelijk geldend karakter” van het eigendomsrecht. Als het bestaat, werkt het gelijkelijk tegen allen, doch het geldt hier de vraag, of het bestaat. Het bewijs van het bestaan van eigendomsrecht kan, evenals van ieder ander recht, ten opzichte van den een wel en ten opzichte van den ander niet geleverd zijn.

Het is dubbel bevreemdend, dat de H. R. het arrest vernietigde op zulke onjuiste gronden, waar hij te doen had met akten van verdacht allooi (1).

Welke bewijskracht aan de geschriften tegen derden kan worden verleend, hangt geheel af van den aard en van bizondere omstandigheden. Hebben akten van verkoop met bruikleen in het algemeen al geen goeden naam, als spoedig na het opmaken beslag of faillissement volgde, zal niet licht de rechter er eenig bewijs uit putten. Daarentegen zal hij aan eene akte van openbare verpachting gaarne het bewijs ontleenen tegenover een derde, dat de pachter niet voor zich zelf bezit (2).

Tusschen deze twee uitersten zijn vele gevallen, waarvan ik er nog twee zal aanroeren, tot borgtocht betrekking hebbende. De schuldeischer spreekt den borg aan en legt over eene schuldbekentenis van den hoofdschuldenaar. Samenspanning tusschen schuldeischer en hoofdschuldenaar ten koste van den borg is niet uitgesloten en daarom dient de rechter voorzichtig te zijn.

Veel grooter bewijskracht mag toegekend worden aan de kwitantie van den schuldeischer, inhoudend, dat de borg de schuld van den hoofdschuldenaar heeft betaald, overgelegd door den borg in een geding tegen den hoofdschuldenaar tot terugbetaling. Samenspanning tusschen schuldeischer en borg is vrijwel uitgesloten. Als de borg niet betaald had, zoude de schuldeischer er geen belang bij hebben het tegenovergestelde te verklaren, behoudens wellicht in een zeldzaam geval.

De Rechtbank te Rotterdam heeft bij vonnis van

(1) Evenals het Hof te 's-Gravenhage, heeft ook de Rechtbank te Rotterdam bij vonnis van 6 Mei 1912 (W. 9945) en die te 's-Gravenhage bij vonnis van 29 November 1915 (W. 9945) dergelijke akten gewantrouwd.

(2) H. R. 28 December 1866, W. 2865.

16 Maart 1913 (N. J. 1915, blz. 1054) aan zulk eene kwitantie zonder aarzeling volledige bewijskracht toegekend.

De bijzondere omstandigheden, die in een geding het bewijs uit geschrift kunnen versterken of verzwakken, zijn natuurlijk niet voor algemeene beschouwingen vatbaar. De opmerking volsta, dat deze van dien aard kunnen zijn, dat een schijnbaar sterk bewijsstuk de kracht verliest, of dat eene suspect uitziende akte blijkt overeenkomstig de waarheid te zijn.

Ingrijpen van den cassatierechter is uitgesloten. Alles hangt af van de waardeering der feiten.

Welk karakter draagt het bewijs uit geschrift tegen derden? Het is niet aan te nemen, dat het zoude behooren tot het schriftelijk bewijs, geregeld in den 2den Titel. Daar wordt gehandeld over rechtstreeksch en volledig bewijs. Uit een geschrift, ten opzichte waarvan iemand derde is, kan niet meer afgeleid worden tegen dien derde dan een vermoeden, dat de inhoud overeenkomstig de waarheid is. Het kan zeer krachtig zijn, doch het blijft altijd een vermoeden.

Bewijs door vermoedens is steeds toegelaten. Hij, die moet bewijzen, kan zich geen schriftelijk bewijs verschaffen, omdat hij niet met den derde gehandeld heeft.

Na het arrest H. R. 20 Juni 1862 (W. 2389) neemt de jurisprudentie aan, dat één vermoeden voldoende kan zijn voor het bewijs. De schrijvers zijn verdeeld. Mij schijnt het toe onpraktisch en niet door de wet geëischt een samenloop van vermoedens te vorderen (1).

Volgens art. 1917 hebben onderhandsche akten ten aanzien harer dagteekening tegen derden geen kracht, dan van den dag, dat dezelve zijn geregistreerd; of van den dag, waarop degenen, of een van degenen, die dezelve

(1) Zie ANEMA—ASSER, blz. 314.

onderteevend hebben overleden zijn; of van dien, waarop dezelve bestaan bewezen wordt bij akten, door openbare ambtenaren opgemaakt; of wel van den dag, waarop de derde, tegen wien men zich van de akte bedient, dezelve bestaan schriftelijk heeft erkend.

Deze opsomming is ongetwijfeld te eng. Er bestaan andere gevallen, waarin het onomstootelijk vaststaat, dat de akte niet na een zekeren dag werd gemaakt (1). Mag de rechter alsdan dit als bewezen aannemen, of is de opsomming limitatief? Ware zij enunciatief, dan stond het den rechter vrij om uit andere omstandigheden af te leiden, dat de akte voor zeker oogenblik werd opgemaakt. De vier gevallen van art. 1917 zouden dan slechts voorbeelden zijn.

Vroeger namen zoowel de schrijvers als de jurisprudentie aan, dat art. 1917 limitatief was, doch in de laatste jaren verklaarde HAMAKER (2), LEVY (3) en ANEMA (4) zich voor de andere opvatting.

Naar mijne meening sluit de vorm van het artikel de gedachte uit, dat het enunciatief zoude bedoeld zijn. Als de wet zegt, dat iets geen kracht heeft, dan in eenige opgenoemde gevallen, worden andere uitgesloten.

Door HAMAKER wordt zelfs niet gepoogd de woorden

(1) LEVY—OPZOOMER geeft er eenige voorbeelden van. Deel 13, blz. 1917.

(2) Verspreide geschriften. Deel V, blz. 185, W. v. N. en R., nos. 1399—1403.

(3) LEVY—OPZOOMER, 13de deel, blz. 1.

(4) ANEMA—ASSER, blz. 172. De Schrijver deelt mede, dat hij zich aansluit bij FAURE zonder de plaats aan te halen. Deze heeft zich echter in den bedoelden geest niet uitgelaten. Integendeel noemde hij de redactie van art. 1917 limitatief (Procesrecht, 4de deel, 1ste gedeelte, blz. 138). Ik waag de conjectuur, dat voor „FAURE” moet gelezen worden: HAMAKER. Dan zoude de vergissing niet geheel onbelangrijk zijn, omdat FAURE als wetsuitlegger hooger staat aangeschreven dan de wijsgeerige jurist HAMAKER.

zoo uit te leggen, dat ze met zijne opvatting te rijmen zijn. Op geschiedkundige gronden neemt hij aan, dat de zin van het artikel is: „Terwijl de door partijen in de „onderhandsche akte opgenomen dagteekening tusschen „haar onderling verbindende kracht heeft, mist die dagteekening alle bewijskracht tegenover derden. Het bewijs, „dat zij op een bepaalden dag, althans niet na een bepaalden dag, werd opgemaakt, moet tegenover dezen „van elders worden bijgebracht. Geschikte bewijsgronden „zijn de registratie, de dood, enz.”

Zijn gedachtenloop komt in het kort hierop neer: Art. 1917 is behoudens eene bijvoeging ontleend aan art. 1328 C. C. De Fransche wetgever had de bedoeling, „hetgeen men bij POTHIER gevonden had, weer te geven” (blz. 197). Volgens dezen bewijst de onderhandsche akte tegen derden niet, wanneer ze werd opgemaakt. Dit moet van elders blijken; bijvoorbeeld, kan de akte niet later opgemaakt zijn dan den dag van den dood van een der partijen (1). Alzoo zijn de vier gevallen van art. 1917 slechts voorbeelden.

Het is juist, dat ons artikel afkomstig is van art. 1328 C. C. en dat POTHIER een voorbeeld noemde, doch er is schijn noch schaduw van bewijs, dat de samenstellers van den Code hem hebben willen volgen. Het tegendeel blijkt uit den vorm, dien zij kozen. Vervolgens was in de wetenschappelijke verhandeling van POTHIER een voorbeeld ter verduidelijking op zijn plaats, doch in een wetboek misplaatst. Verder bevatte het ontwerp slechts twee gevallen. Op voorstel van den Staatsraad DEFERMON werd het artikel teruggestuurd omdat hij meende, dat er meerdere omstandigheden waren, die aan de akte een bepaalden datum tegenover derden konden geven. Als het voorbeelden golden, zoude dan de Conseil d'Etat het ontwerp naar de Commissie

(1) *Traité des obligations*, no. 750.

teruggestuurd hebben om nog meer overtollige voorbeelden? De uitlating van BIGOT in het Corps Législatief was van dien aard, dat HAMAKER zelf er van schreef: „hier-„mee blijk gevende van eene limitatieve opvatting van „de drie in art. 1328 genoemde gevallen” (blz. 197).

Het is ook onaannemelijk, dat onze wetgever, door een 4de geval aan de drie van den Code toe te voegen, slechts een overbodig voorbeeld te meer wilde geven.

Volgens HAMAKER is de limitatieve opvatting een bedenksel van de Fransche schrijvers en jurisprudentie. Er wordt wel eens gedacht, dat de Franschen wat ver gaan in het aanpassen der wet aan de behoeften van het verkeer, maar dat zij aan een goed artikel een uitlegging hadden gegeven in strijd met eene goede rechtsbedeeling, zoude een eenig geval zijn geweest.

Mr. ANEMA schrijft: „Er pleit niet ééne ratio juris voor „zulk een limitatieve opvatting”. Ja, zoo denken wij er tegenwoordig over, doch de wetgever was blijkens zijne handelingen van een ander gevoelen. Hij liet niet gaarne veel aan den rechter over en overschatte zijn eigen doorzicht.

De Rechtbank te Haarlem nam wel aan, dat onderhandsche akten ten aanzien harer dagteekening tegen derden geen kracht hadden dan van den dag der registratie, doch meende dat de akte een begin van bewijs opleverde omtrent den datum, voldoende tot oplegging van een suppletoiren eed (1). Mocht dit?

Wij hebben gezien, dat uit eene akte tegen derden nimmer meer is te putten dan een vermoeden. Het aannemen van een vermoeden wordt door art. 1917 tot vier gevallen beperkt. Dus mag buiten die gevallen geen vermoeden aangenomen worden. De Rechtbank deed, alsof uit eene geregistreeerde akte rechtstreeks een volledig

(1) 5 December 1893, W. 6430.

bewijs konde voortvloeien tegen derden, hetwelk tot een vermoeden inkromp, als de akte niet geregistreerd was. De vordering was van bewijs ontbloot juist „betrekkelijk „het essentieel feit, dat eischeresse was eigenaresse op „het oogenblik der inbeslagneming”, en daarom mocht de suppletoire eed niet opgelegd worden.

Een aardig geval had de rechtbank te Amsterdam te beslissen (1). Volgens de overgelegde akten had een familielid van den failliet van diens curator bij geregistreerde akte goederen gekocht op 1 Mei 1908, welke hij aan zijne zuster verkocht bij ongeregistreerde akte op 1 November 1910. Deze gaf hen aan den failliet in bruikleen bij ongeregistreerde akte op 2 September 1913. Een schuldeischer van den gewezen failliet nam hen onder hem in beslag den 3den Mei 1915. Tegen den verkoop ingevolge voormeld beslag kwam de zuster in verzet, bewerende eigenares te zijn.

In het geding stond vast, dat de curator op 1 Mei 1908 de goederen had verkocht en geleverd aan het familielid. Hieruit trok de Rechtbank terecht het gevolg, dat het weinig aannemelijk was, dat de latere akten ter verijdeling van het beslag zouden opgemaakt zijn, daar op grond van de geregistreerde akte van 1 Mei 1908 het familielid zich tegen den verkoop had kunnen verzetten, indien de latere transacties niet voor het beslag hadden plaats gehad. Hadde het rampzalige art. 1917 niet bestaan, dan zoude de Rechtbank de zuster dadelijk in het gelijk gesteld hebben. Thans legde zij haar den suppletoiren eed op, dat de in beslag genomen goederen in 1910 door haar van haar broeder waren gekocht en betaald. Mocht dit?

De Rechtbank overwoog: „dat de stelling der eischers (2)

(1) 29 November 1915, W. 9945. In dit Weekblad zijn, zeker niet toevallig, drie beslissingen over ons onderwerp opgenomen.

(2) De zuster en haar man.

„aannemelijk wordt gemaakt door de hierboven sub c
 „vermelde kwitantie van 1 November 1910 en de bruikleen-
 „akte van 2 September 1913, waaraan de 1ste gedaagde ten
 „onrechte alle waarde ontzegt, omdat ze tegenover hem
 „geen date certaine hebben en die feitelijk als res inter
 „alios tegenover hem van alle bewijskracht ontbloot zijn;
 „O. immers dat de 1ste gedaagde voorbijziet, dat die akten
 „volgens art. 1917 B. W. alleen ten aanzien harer dag-
 „teekening tegen derden geen kracht hebben, zoodat ze
 „overigens, nu ze niet van valsheid beticht zijn en ook
 „de conformiteit der afschriften met de origineele niet
 „ontkend is, wel degelijk ook tegen den 1sten gedaagde
 „bewijs kunnen opleveren”.

De redactie van art. 1917 wettigt de gevolgtrekking,
 dat de akten wel tot bewijs mochten dienen, mits niet
 ten bewijze van de datums. Er mocht een vermoeden
 uit geput worden, dat koop en inbruikgeving hadden plaats
 gehad (1).

Wel ging mijn inziens de Rechtbank te ver door aan
 te nemen, dat dit vermoeden de stelling der eischers
 aannemelijk maakte. Het bewees toch niets omtrent de
 gestelde datums. Daarvoor bestond een vermoeden, ge-
 trokken uit het feit, dat de goederen door den curator
 aan het familielid waren verkocht en geleverd en zich ten
 tijde van het faillissement in handen van den gewezen
 failliet bevonden, in verband met de onaannemelijkheid,
 dat de koop en de bruikleen na de inbeslagneming hadden
 plaats gehad.

De Rechtbank was gerechtigd om in „voormelde feiten
 „en omstandigheden zoodanige vermoedens voor de stelling
 „van de eischers” te zien, die het opleggen van een sup-
 pletoiren eed wettigden.

(1) In het Haarlemsche vonnis werd de onderhandsche akte als
 een vermoeden gebezigd voor de juistheid van haar geheelen inhoud.

Hier werd niet bewezen, dat de akten voor een zekeren datum waren opgemaakt, wat niet geoorloofd zoude zijn. Art. 1917 verhindert niet door andere middelen te bewijzen, dat de overeenkomsten waren gesloten en uitgevoerd voor het beslag.

De gevaarlijkheid van de limitatieve opsomming in art. 1917 overdrijve men niet. Het Amsterdamsche vonnis is een voorbeeld van een bewijs door andere middelen.

Arnhem, 1917.

G. WTEWAALL.

De Normaal-Arbeidsdag. Academisch Proefschrift, door L. H. VAN WINKELHOF. — Rotterdam (1916). 348 blz.

In deze lijvige dissertatie heeft de schrijver een waardevolle bijdrage geleverd voor de geschiedenis van de wettelijke regeling van den arbeidsduur.

Ik meen in deze zinsnede, aldus geformuleerd, allen lof en blaam, die dit proefschrift verdient, te hebben saamgevat.

Titel en opzet zouden meer doen vermoeden, dan de schrijver tenslotte blijkt gegeven te hebben.

„De Normaal-Arbeidsdag”! Wie eenigermate met de zeer uitgebreide litteratuur, dit onderwerp betreffende, bekend is, weet, welk een breed terrein hier te overzien valt. Zelfs wie zich beperkt tot de geschiedenis van den normaal-arbeidsdag, neemt reeds een zware taak op zich. Hij vat een onderwerp aan, dat zoowel uit economisch als ethisch, uit sociaal als politiek oogpunt te bestudeeren is. Hij kan er niet om heen, diep te grijpen zoowel in de geschiedenis der vakbeweging als in de historische ontwikkeling der arbeidswetgeving.

De titel echter „De Normaal-Arbeidsdag” geeft geenerlei beperking aan. En ook uit den opzet van het geheele werk blijkt, dat de schrijver meer heeft willen geven dan enkel een historische bijdrage op het gebied van economie en sociale politiek.

Hij verdeelt zijn boek in drie hoofdstukken:

- I. Inleiding (blz. 5—25);
- II. Geschiedenis van den Normaal-Arbeidsdag (blz. 25—252);
- III. Beoordeeling van den Normaal-Arbeidsdag (blz. 252—348).

Dit is een kader, waarbinnen het geheele onderwerp valt.

En wanneer ik dan, na aandachtige lezing van dit lijvige proefschrift, mijn oordeel meen te mogen samenvatten in deze ééne verklaring: dat deze dissertatie een waardevolle bijdrage is voor de geschiedenis van de wettelijke regeling van den arbeidsduur, dan voelt men, dat naast den welverdienden lof, daarin bovenuit klinkend, toch ook de eigenlijke fout van dit geschrift tevens is aangeduid.

Had de schrijver, na een korte inleiding, zich inderdaad beperkt tot die geschiedenis, hij had er nog iets dieper op in kunnen gaan, en zijn boek ware een mooi, leerzaam geheel geworden.

Thans heeft men, ongetwijfeld, eerbied voor den student, die zulk een uitgebreide litteratuur heeft weten door te werken — van het belangrijkste is hem weinig ontgaan — maar krijgt men toch ook den indruk, dat hij zijn omvangrijk materiaal nog niet geheel beheerscht heeft. Geen wonder, trouwens! En al spreek ik dan ook een aanmerking uit over het *boek*, zij raakt den jeugdigen schrijver nauwelijks verder dan met het zachte verwijt, dat zijn respectabel willen nog niet geheel geëvenaard is door een volslagen kunnen.

Eerlijkheidshalve heb ik deze opmerking voorop willen stellen, al ging het mij een beetje aan het hart. Deze jonge doctor heeft volle recht op waardeering voor hetgeen hij heeft gepresteerd. Een grooten en nuttigen arbeid heeft hij verricht. En, vooral wanneer men het — grootste — historische deel uit zijn boek meer afzonderlijk beschouwt, kan men zelfs zeggen: voortreffelijk verricht. Ik heb daarin eigenlijk maar één fout aan te wijzen, n.l. in het onderdeel, dat over Nederland handelt. Een volkomen objectieve historie wordt hier niet gegeven.

En toch, ook de sociaal-historicus zij vóór alles objectief. In zijn derde hoofdstuk kreeg de schrijver trouwens gelegenheid genoeg, zijn eigen, principieel, standpunt uiteen te zetten. Thans is in dit stuk historie te veel bemerkbaar, waarheen de sympathieën van den schrijver gaan. Het standpunt, door anderen dan zijn geestverwanten ingenomen, komt niet steeds tot volle recht.

Maar, zij het dan met dit voorbehoud, in dit hoofdstuk, dat tevens het hoofddeel van zijn boek vormt, is de schrijver uitstekend geslaagd, zóó zelfs, dat het dit eerstelingsgeschrift maakt tot een sociaal-politiek boekwerk, hetwelk in iedere sociale bibliotheek een plaats behoort te vinden.

Van kritiek op onderdeelen zal ik mij onthouden. Het is trouwens niet moeilijk in een werk van 350 bladzijden eenige feilen op te merken. Hoofddoel was, van het boek als geheel een totaal-indruk te geven.

Ik hoop, dat deze schrijver, die ons in zijn proefschrift reeds zooveel goeds bood, — die reeds als student zulk een omvangrijk materiaal doorwerkte, — op den ingeslagen weg moge voortgaan, en onze Nederlandsche, nog steeds vrij arme, wetenschappelijke sociaal-economische en sociaal-politieke litteratuur nog met vele bijdragen moge verrijken. Door zijn proefschrift belooft hij dit ongetwijfeld, en daar zijn beloften, die men niet schenden mag.

Moge hij daarbij dan steeds de schoone woorden van BERNHARD, op blz. 319 geciteerd, voor oogen houden :

„In dem Leben der Völker garantieren letzten Endes allein die ethischen Qualitäten den Fortschritt. Eine Nation, die dieser Fähigkeiten ermangelt, ist dem Niedergang geweiht, ob die Arbeitstage nun etwas länger oder kürzer, die Arbeitsbedingungen etwas mehr oder weniger gut sind”.

Leiden.

AALBERSE.

Rechtskarakter der begrootingswet, door A. N.
Molenaar. — Academisch proefschrift.
Leiden 1916.

Het is het voorrecht van hem, die zich zet tot het schrijven van een proefschrift, dat hij zich bij het ontwikkelen van zijne denkbeelden in mindere, zoo al in eenige, mate, behoeft te laten leiden door de vraag of zijn geschrift praktische resultaten, andere dan den begeerden doctorstitel, zal opleveren. Ik noem het een voorrecht, omdat zodoende het schrijven van een proefschrift kan worden, en in het onderhavige geval is geworden, tot eene gelegenheid voor den aankomenden jurist om een bijzonder onderwerp van alle kanten te bezien, zijn gedachten er over te laten gaan en die voor zichzelf te formuleeren en tenslotte de slotsom zijner conclusie in een wel doordacht betoog neder te leggen. Was niet slechts dit het doel, maar werd daarnaast beoogd het scheppen van iets nieuws of zelfs maar het verwezenlijken eener gewenschte verbetering, dan zouden vele schrijvers van proefschriften met minder gerechtvaardigde tevredenheid op hun werk terugzien. Zeer zeker zou dit het geval zijn met den schrijver van het aan den hoofde dezes genoemde boekje, die in een tijd dat ons land het ziekteproces, dat Grondwetsherziening heet, doormaakt, zich ten doel stelde eene nieuwe en niet onbelangrijke wijziging dier Grondwet voor te bereiden en aan te bevelen.

Dit proefschrift, zoo vangt toch de schrijver zijne inleiding aan, richt zich tegen de bepaling der Grondwet (art. 123), dat door de wet de begrootingen van alle uitgaven des Rijks worden vastgesteld. Het richt zich in het bijzonder

tegen eene zoodanige interpretatie van dat artikel, welke aan den gestelden eisch, dat de *wet* de begrooting zal vaststellen, eene voor alle uitgaven gelijke beteekenis toekent.

Naar des schr.'s oordeel toch, bevat de begrooting niet één soort recht, doch drieërlei: haar inhoud steunt nu eens geheel op de bestaande rechtsordering, dan weer vult zij die, tengevolge van gewijzigde verhoudingen, aan, dan weer vormt zij geheel nieuw recht (1).

Het begrip recht, zooals dat in deze passus en elders gehanteerd wordt, is het begrip dat ten grondslag ligt aan de door Prof. KRABBE ontwikkelde leer der rechtssovereiniteit.

Met de enkele mededeeling hiervan moge worden volstaan, een onderzoek naar de vraag, in hoeverre de in deze leer ontwikkelde begrippen voldoende vaststaan, om als maatstaf aan bestaande toestanden als de hier behandelde te kunnen worden aangelegd, zoude minder eigenaardig binnen het kader eener bespreking van dit proefschrift vallen. Genoeg zij, dat schr.'s onderzoek, waaraan eene beschouwing van de ten deze in het buitenland heerschende systemen en verkondigde theorieën voorafgaat, hem heeft gebracht tot het uitspreken van de wenschelijkheid eener splitsing van de materie, welke thans het complex der begrootingswetten vormt. Die splitsing zoude als gevolg moeten hebben de vorming van een, door schr. zoogenoemden „staat der verplichte uitgaven” (2), waarop alles thuis behoort „wat louter als reproductie der bestaande rechtsorde te beschouwen is, terwijl datgene wat volslagen nieuw recht vormt, naar de jaarlijksche (begrooting) moet worden verwezen (3)”. Even-

(1) T. a. p. blz. 73.

(2) T. a. p. blz. 131.

(3) T. a. p. blz. 128.

wel zal de jaarlijksche begrooting ook die posten moeten bevatten, welke de altijddurende wijzigen, voor zooverre deze wijzigingen hun ontstaan te danken hebben aan oorzaken van voorbijgaanden aard. Voor zooverre die wijzigingen evenwel een blijvend karakter vertoonen, zal het de plicht der Staten-Generaal zijn, ze van de tijdelijke naar de altijddurende begrooting over te brengen, die wel voor altijd, maar niet onveranderlijk, is vastgesteld.

Gelijk men ziet, beoogt dit proefschrift de facto een terugkeer tot het stelsel der Grondwet van 1814. Den lezer klinkt uit deze bladzijden, geschreven door een leerling van Prof. KRABBE, VAN HOGENDORP's adagium „als van ouds" tegen.

Hoe waar blijkt ook hier weer het woord van den Prediker: Wat er geweest is, dat zal er weder zijn, en wat gebeurd is, dat zal weder gebeuren; er is niets nieuws onder de zon. Is er iets, waarvan men zou willen zeggen: Zie, dit is iets nieuws, het is er lang geweest, in een tijd die ver achter ons ligt.

Groningen.

Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN.

De Nederlandsche Mijnwetgeving, wetten, besluiten, beschikkingen, regelingen betreffende het Mijnwezen, verzameld door Mr. N. C. Couvée en Mr. P. H. Ritter Jr. — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK & ZOON, 1916.

Ons mijnrecht ontvingen wij als een geschenk van den Franschen overheerscher. Nog altijd vormt de Fransche wet van 21 April 1810, „concernant les mines, les minières et les carrières” (Bulletin des Lois no. 285), den grondslag van de Nederlandsche Mijnwetgeving. In haar tijd een model, is zij langzamerhand een antiqiteit geworden. Maar zooals de Frimairewet, die ons zooveel registratiepuzzles opgaf, eindelijk dit jaar voor een nationale regeling heeft moeten wijken, zal, als niet alle teekenen bedriegen, ook zij binnen niet te langen tijd met het vereischte ceremonieel als een eerbiedwaardige doode worden bijgezet. Inmiddels leeft zij nog altijd en gaat zij voort het nieuwe mijnrecht, dat zich langzamerhand om haar heeft gevormd, te beheerschen.

In de verzameling, die de heeren COUVÉE en RITTER met zooveel overleg hebben samengesteld, kan men voet voor voet de ontwikkeling van ons mijnrecht volgen. In de jaren 1810—1834 vallen slechts enkele minder belangrijke Koninklijke besluiten. De wet van 1845 (*Stbl.* no. 29), die aan de Aken—Maastrichtsche Spoorwegmaatschappij voor 99 jaren het beheer en genot der domaniale steenkolenmijn te Kerkrade afstond, vormt niet meer dan een incident. Daarna begint in de jaren 1860—1906 de uitgifte van particuliere mijnconcessies:

„Wilhelmina”, „Sophia”, „Laura”, „Vereeniging”, „Carl”, „Oranje-Nassau” en „Carisborg” (bruinkolen-concessie). Inmiddels had de wetgever in 1901 (wet van 24 Juni, *Stbl.* no. 170, aangevuld bij de wetten van 1911 *Stbl.* no. 68 en 1912 *Stbl.* no. 307, echter reeds het kloeke besluit tot Staatsexploitatie van steenkolenmijnen in Limburg genomen. Daarmede had de nieuwe tijd voorgoed zijn intrede gedaan. Bij K. B. werden achtereenvolgens de Staatsmijnen „Wilhelmina” (1903), „Emma” (1906), „Hendrik” (1910) en „Maurits” (1915) ter ontginning aangewezen. Tevens beperkte men de opsporing van delfstoffen. Nadat in 1903 (wet van 24 Juli, *Stbl.* no. 230) reeds een gedeelte van ons land, in beginsel, gedurende 6 jaar voor particuliere exploratie was gesloten, verbood de wet van 6 October 1908 (*Stbl.* no. 312) voor 15 jaar de particuliere opsporing, behoudens — behalve voor steenkolen en zouten — door den Minister van Landbouw te verleen een vergunning.

De vlucht, die het mijnbedrijf nam, dwong tezelfder tijd tot verdere stappen. De aanvulling en de wijziging van de oude Fransche wet van 1810 kon men niet langer laten rusten. Bij de wet van 27 April 1904 (*Stbl.* no. 73) werden de dwangmaatregelen tegen nalatige concessionarissen verscherpt, werden de artt. 47—50 der wet van 1810 geschrapt en werd aan de Kroon opgedragen bij algemeenen maatregel van bestuur de vereischte voorschriften o.a. ter verzekering van de veiligheid en de gezondheid der arbeiders bij de mijnontginning te treffen. In aansluiting aan deze wet ontstond eindelijk het, sedert vervangen, omvangrijke mijnreglement van 1906 (*Stbl.* no. 248).

Ziedaar de belangrijkste momenten van ons mijnrecht. In overzichtelijken vorm hebben de samenstellers van de verzameling de omvangrijke en overal verspreide stof geordend. Verwijzingen vergemakkelijken de raadple-

ging; noten helderen voor oningewijden duistere punten op. Supplementen houden — reeds is er één verschenen — de verzameling op de hoogte van den tijd. Onder de talrijke belanghebbenden bij het mijnwezen zal de in handigen vorm gestoken „Mijnwetgeving” van de heeren COUVÉE en RITTER haren weg daarom zeker wel vinden.

Utrecht.

SUYLING.

*Handboek voor het Nederlandsche Handels- en
Faillissementsrecht*, door Mr. M. Polak,
Vice-President der Arrondissements-Recht-
bank te Rotterdam. Eerste deel, vierde
stuk: Faillissement en Surseance van
Betaling.

Gaarne voldoe ik, tot mijn leedwezen later dan ik gehoopt had te kunnen doen, aan het verzoek der Redactie om het boekwerk, welks titel hierboven vermeld staat, in dit tijdschrift aan te kondigen.

In het kader van het door den schrijver op touw gezette handboek opgenomen en het eerste deel daarvan afsluitend, vormt het, door het behandelde onderwerp, tot zekere hoogte een afzonderlijk geheel.

Wat den vorm betreft, is het geschreven in denzelfden trant als de voorafgegane stukken. In den tekst is ieder beginsel, waarvan de wetgever is uitgegaan, ieder voorschrift, dat hij gegeven heeft, iedere definitie met grooter letter afgedrukt, en daarna volgt telkens, met kleiner letter, de nadere uitwerking van het beginsel, de geschiedenis en toelichting van het voorschrift, de vergelijking met buitenlandsch recht, de wijze van toepassing in de praktijk, waar noodig ook de uiteenzetting der strijdvragen, welke zich bij die toepassing hebben voorgedaan, met vermelding van rechterlijke uitspraken en van het oordeel zoowel van den schrijver zelven als van andere schrijvers.

Het komt mij voor, dat Mr. POLAK bij het schiften van hetgeen in grooter letters vermeld diende te worden, en van hetgeen in het kleiner gedrukte gedeelte van den tekst thuisbehoort, zeer goed is geslaagd. Met betrekking

tot de noten, die onderaan schier elke bladzijde voorkomen, dunkt mij dat de inhoud van verreweg de meeste daarvan, zonder groot bezwaar voor den schrijver en zeker tot gerief van den lezer, in het met de kleine letter gedrukte deel van den tekst had kunnen worden verwerkt.

Wat den inhoud betreft, heeft de schrijver beknoptheid aan volledigheid weten te paren. Helder is de betoogtrant. Lange zinnen zijn zooveel mogelijk vermeden. Heel wat boeken, die over faillissement en surseance van betaling geschreven zijn, zoo in het Nederlandsch als in andere talen, heeft Mr. POLAK gelezen, heel wat rechterlijke uitspraken heeft hij doorgewerkt, doch bij hetgeen hij uit een en ander meedeelt, weet hij zich steeds te beperken tot het hoofdzakelijke.

Bij het bespreken van iedere strijdvraag geeft hij eene duidelijke uiteenzetting van de wederzijdsche standpunten met korte vermelding van de voornaamste gronden, die voor elk daarvan zijn aangevoerd, en met aanwijzing van de plaatsen waar meerdere bijzonderheden te vinden zijn. Terwijl hij zich aldus tot het geven van eene overzichtelijke voorstelling van den stand der strijdvraag bepaalt, wijst hij aan diegene zijner lezers, die dieper op het strijdpunt willen ingaan, den weg om zich door nadere studie een eigen oordeel te vormen.

Het zoo gevaarlijke „jurare in verba magistri” wordt door dezen schrijver stellig niet in de hand gewerkt. Integendeel, waar hij over een betwist punt zijn eigen oordeel geeft, verzuimt hij nimmer te wijzen op de gronden, die voor andere meeningen zijn aangevoerd.

Nimmer ook verzuimt hij, bij de toelichting van eene wetsbepaling of bij de uiteenzetting van eene daarover gerezen strijdvraag, te verwijzen naar andere wetsartikelen, die met de in behandeling zijnde bepaling in verband staan, of waaraan gronden voor de opvatting van de eene

of de andere der strijdende partijen te ontleenen zijn. En hij weet dit te doen op eene wijze, die den lezer uitlokt om zelf die wetsartikelen na te slaan. Aldus naslaande, wordt de lezer vanzelf er toe gebracht om menig wetsartikel, dat hij reeds eenmaal ontmoette, nogmaals te lezen en het daarbij meer in verband met het geheel te beschouwen. Zodoende zal de lezer, die dit stuk van Mr. POLAK's handboek goed doorgewerkt heeft, bij het einde van dien arbeid een volledig begrip van het geheele samenstel onzer Faillissementswet hebben verkregen, en zulks niet enkel door hetgeen de schrijver hem heeft geleerd, doch ook door hetgeen hij zelf in de wet, en vaak ook elders, zal hebben nageslagen.

Den lezer zoover te hebben gebracht, mag voor den schrijver van een handboek zeker wel de schoonste vol-doening heeten.

Niet alleen de student zal in dit handboek een betrouwbaren gids vinden. Ook zij die de Faillissementswet in de praktijk te hanteeren krijgen, zullen het met vrucht kunnen raadplegen. Vooral met het oog op deze laatsten geeft de schrijver, als bijlagen, twee voorbeelden: een proces-verbaal eener verificatievergadering, waarin ook de stemming over een accoord plaats heeft, en een uitdeelingslijst.

In het denkbeeldige faillissement, waarvan die uitdeelingslijst de finale geeft, behoorden tot de baten, naast roerende goederen en vorderingen, ook onroerende goederen, die met hypothecken belast waren. Deze onroerende goederen zijn door den curator met machtiging van den rechter-commissaris onderhands verkocht. Hunne opbrengst is dus een deel van den boedel, en op dat deel moet nu worden toegepast de bij art. 182 der wet voorgescreven omslag der algemeene faillissementskosten. Die

toepassing geeft de schrijver dan ook, en daarmee zal hij zich de erkentelijkheid verwerven van menig jong curator, die voor de eerste maal voor eene dergelijke toepassing komt te staan en maar niet kan uitvinden hoe hij met dien omslag te werk moet gaan. Immers, hoe logisch het beginsel van dien omslag ook zijn moge en hoe duidelijk het bij de behandeling van het ontwerp der Faillissementswet ook moge zijn toegelicht, — het schijnt velen moeite te kosten, zich in het stelsel in te denken zoolang zij het niet in een voorbeeld uitgewerkt vóór zich zien.

Het is daarom een goed denkbeeld van den schrijver geweest, het niet te laten bij de theoretische uitwerking van zulk een omslag, die hij op blz. 597 gaf en waarvan de opstelling wat al te gedrongen en daardoor niet overzichtelijk geworden is, maar in de evenbedoelde bijlage dien omslag ook praktisch in eene volledige uitdeelingslijst uitgewerkt aan het oog van den lezer voor te leggen. Jeugdige curators, die dit model nauwkeurig nagaan, zullen zich nu niet licht meer vergissen in het toepassen van den omslag, althans waar het onroerend goed betreft. Wanneer Mr. POLAK in het denkbeeldige faillissement, dat door deze uitdeelingslijst wordt afgesloten, ook een voorrecht op de opbrengst van roerende goederen, en daarmee eene toepassing van den omslag der algemeene faillissementskosten ook op die opbrengst te pas gebracht had, zou het m. i. nog beter geweest zijn.

Minder gelukkig is de schrijver in de door hem ontworpen uitdeelingslijst geweest met de zoogenaamde algemeene preferentiën, d. w. z. met die vorderingen, waaraan de wet een recht van voorrang op alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar heeft toegekend.

Als zoodanig worden dan ten tooneele gevoerd als

nummer 1 de Staat der Nederlanden met diens vorderingen voor verschillende directe belastingen, en als nummer 2 de schuldeischer, die het faillissement heeft aangevraagd, met diens vordering voor de kosten dier aanvraag.

De voorrang van laatstbedoelde vordering (Mr. POLAK verklaart zich op blz. 421 v.v. een tegenstander hiervan, maar hij aanvaardt dien voor de praktijk, waarin deze voorrang, overeenkomstig het in noot 2 op blz. 421 aangehaald arrest van den Hoogen Raad, algemeen in toepassing gebracht wordt) steunt op art. 1195, 1°. B. W., terwijl het recht van voorrang van 's Rijks schatkist voor de verschillende directe belastingen wordt geregeld door art. 12 der wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* no. 22).

Volledige aanhaling van dit art. 12 zou den schrijver hebben behoed voor twee min juiste groepeeringsen.

In de eerste plaats zou hij zich dan rekenschap hebben gegeven, dat de voorrang van 's Rijks schatkist zich, wat de grondbelasting aangaat, niet tot alle de roerende en onroerende goederen van den belastingschuldige uitstrekt, maar beperkt is tot de goederen zelve, die aan deze belasting onderworpen zijn, en tot de aan den belastingschuldige toebehoorende vruchten en andere opbrengsten van die bepaalde goederen. En hij zou dan dienovereenkomstig de grondbelasting tot uitdeeling hebben gebracht niet uit kracht van een algemeenen voorrang, die juist aan deze belasting niet toekomt, maar ter plaatse waar het behoorde, namelijk bij de verdeeling van de (met den kosten-omslag verminderde) opbrengst van de onroerende goederen, en wel als eerste op die opbrengst bevoorrechte vordering vóór de hypotheekvorderingen.

In de tweede plaats zou hij er dan aan gedacht hebben, dat de voorrang van 's Rijks schatkist wel in het

algemeen boven alle andere, zelfs boven pand en hypotheek, gaat, maar moet achterstaan bij de voorrechten van artt. 1185 1^o. en 1195, 1^o. B. W. En dienovereenkomstig zou hij dan zijne volgorde hebben omgekeerd en de plaats van nummer 1 hebben gegeven aan den op art. 1195, 1^o. B. W. steunenden voorrang van de vordering wegens de kosten der aanvraag tot faillietverklaring. In het denkbeeldige faillissement, dat de schrijver tot afwikkeling brengt, maakt dit nu wel is waar geen verschil. Immers daarin is genoeg geld beschikbaar om beide bevoorrechte vorderingen ten volle te betalen en daarna aan de concurrente schuldeischers nog eene uitdeeling te doen. Maar in de werkelijkheid zijn de gevallen niet zeldzaam, dat er, na betaling der faillissementskosten, nog juist genoeg over is tot voldoening hetzij van de vordering voor de kosten der aanvraag tot faillietverklaring, hetzij van de belastingvordering van 's Rijks schatkist. En dan is het geenszins onverschillig, welke van die twee vorderingen de plaats van nummer 1 krijgt. Zou nu in zulk een geval de curator, zonder eigen onderzoek, de door Mr. POLAK aangegeven volgorde overnemen, en de rechter-commissaris de fout niet ontdekken, dan zou men eene averechtsche regeling van den voorrang krijgen, die slechts door verzet tegen de uitdeelingslijst te verhelpen zijn zou, en waartoe de schrijver van een handboek geen aanleiding mag geven.

Ook afgescheiden hiervan, dunkt mij dat aan dit onderwerp, de regeling van den voorrang in de uitdeelingslijst, wel eene meer opzettelijke behandeling gewijd had mogen worden. Niet zoozeer met betrekking tot de voorrechten, die in Boek II, Titel 18 van het B. W. en in Boek II, Titel 1 van het W. v. K. voorkomen en waarvan de behandeling meer eigenaardig thuis behoort ter plaatse waar die titels in de handboeken aan de orde

zijn. Doch meer bepaaldelijk met betrekking tot die voorrechten, welke bij andere wetten zijn toegekend. Immers in de praktijk is het juist bij het ontwerpen der uitdeelslijst in een faillissement, dat die laatstbedoelde voorrechten met de daaraan dikwijls verbonden moeilijkheden van volgorde (van welker bestaan Mr. POLAK bovenaan blz. 605 toont zich bewust te zijn) om toepassing komen vragen, en wie daarbij steun behoeft, zal dien steun toch wel mogen vinden in een handboek, dat aan het faillissement gewijd is.

Reeds de enkele vermelding van het zooeven besproken art. 12 der wet van 1845 zou den schrijver aanleiding hebben kunnen geven om te doen opmerken vooreerst dat de vermogensbelasting, schoon zij eene directe belasting is, bij art. 53 van de wet, waarbij zij werd ingevoerd, is uitgesloten van den in genoemd art. 12 neergelegden voorrang, en ten andere dat de gemeenten voor hare directe belastingen geenerlei voorrang genieten, — twee opmerkingen, die haar nut hebben voor al wie, pas van de universiteit, juist bij het behandelen van het eerste faillissement, waarin hij tot curator benoemd wordt, allicht ook voor de eerste maal met belastingen te doen krijgt.

Eveneens zou in dit handboek niet misplaatst zijn geweest een kort woord ter aanduiding van het in faillissementen menigmaal te pas komend privilege, dat de Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* no. 38) op alle de roerende goederen van den accijnsplichtige toekent in art. 290 aan 's Rijks schatkist voor het bedrag van accijns en kosten, en in art. 119 aan expediteurs en bepaalde andere personen, die voor hunne cliënten den door dezen verschuldigten accijns aan het Rijk voldaan hebben.

Omtrent een ander moeilijk punt, namelijk het doen

van eene juiste keuze tusschen verschillende stelsels van opmaken der uitdeelingslijst in het vaak genoeg voorkomend geval dat werd uitgesproken de faillietverklaring van eene vennootschap onder firma en van elk harer vennoten, en dat er, nevens de baten en de schulden der vennootschap, ook nog baten en schulden van elk der vennoten persoonlijk bestaan — is de lezer reeds voorgelicht in een vorig stuk van het handboek op blz. 290 v.v., die aan het faillissement der vennootschap onder firma gewijd zijn:

In de laatstvoorgaande bladzijden wees ik op enkele punten waaraan de schrijver naar mijne meening een plaats in dit handboek zou hebben kunnen geven zonder daarmee te kort te doen aan de beknoptheid, die ik eene der deugden van zijn werk acht.

De omstandigheid, dat ik die punten daarin niet mocht aantreffen, doet intusschen geen afbreuk aan het gunstig oordeel, dat ik in deze aankondiging meende te mogen uitspreken.

Wellicht wil de schrijver de gemaakte opmerkingen in overweging nemen zoo het mocht komen tot een herdruk, dien ik aan zijn werk gaarne toewensch.

Mr. ED. JACOBSON.

De Zeeverzekering tegen molest en vrij van molest. Academisch Proefschrift van P. J. PRINSEN GEERLINGS. — Amsterdam, 1916.
De Verzekering tegen molest in het zeerecht. Academisch Proefschrift van A. F. ZWAARDEMAKER. — Utrecht, 1916.

De beide opgenoemde proefschriften, in dezelfde maand December 1916 te Amsterdam en te Utrecht verdedigd, behandelen een onderwerp van verzekeringsrecht, dat, althans hier te lande, door den tegenwoordigen oorlog actualiteit plotseling heeft herwonnen. Beide geschriften geven daarvan blijk. De Nederlandsche rechtspraak, die de schrijvers in hun onderzoek betrekken, is schaarsch en dagteekent uit den allerlaatsten tijd. Ieder hunner heeft dan ook bij den opzet zijner schriftuur noodig geoordeeld om aan te vangen met eene uiteenzetting van hetgeen men onder molest heeft te verstaan. De lezer wordt geacht zich daarvan nauwelijks meer dan den naam te herinneren en allereerst wordt hem geleerd, dat art. 647 W. v. K. eene reeks begrippen opsomt, die ieder op zich zelf molest opleveren. Die opsomming geeft beiden schrijvers eene welkome aanleiding om in min of meer leerstelligen trant elk dier begrippen te omschrijven, hunne geschiedenis na te gaan en hunne beteekenis ook voor de tegenwoordige omstandigheden bloot te leggen.

De enkele opmerkingen, die de heer ZWAARDEMAKER aan ieder der begrippen wijdt, laten de vraag onbeantwoord, welk nut het heeft om met den schrijver de verschillen op te sporen tusschen neming en aanhouding,

kaperij en zeerooverij, nu de molestverzekeraar voor het een evenzeer aansprakelijk is als voor het ander. Zij worden ook overigens in de schaduw gesteld door de doorwrochte studie, vervat in het eerste hoofdstuk van het proefschrift van den heer PRINSEN GEERLINGS. Het moet een omvangrijken arbeid hebben gekost om in de geschiedenis der begrippen thuis te geraken op eene wijze, als waarvan dat hoofdstuk getuigt. De resultaten, waartoe deze schrijver komt, zullen ook bij hem teleurstelling hebben gewekt. Ook hier stoot men herhaaldelijk tegen de zwarigheid, die bij de raadpleging van oudere rechtsbronnen en bij historisch onderzoek naar de beteekenis van uitdrukkingen in onze wet zoo dikwijls zich voordoeft, dat n.l. reeds vroeger eene preciese beteekenis ontbrak en dat onze wetgever heeft overgenomen wat hij vond, zonder zich aan de draagwijdte der uitdrukkingen veel te laten gelegen liggen. Een voorbeeld daarvan levert de „aanhouding op last van hooger hand”.

Beide schrijvers vermelden, gelijk wel vanzelf spreekt, de vonnissen der rechtbank te Rotterdam, betreffende de sluiting der Dardanellen in den Turksch—Italiaanschen oorlog, van 27 Januari 1915 (W. 9746; N. J. 1915, blz. 161) en met name dat deel dier vonnissen, waarbij beslist werd, dat het oponthoud, door de schepen ondergaan als gevolg van het verbod der Turksche regeering om de Dardanellen in te varen, oorlogsmolest was, zoodat de daardoor veroorzaakte averij-gros voor rekening kwam van de molest- en niet van de transport-assuradeuren. Beiden halen de beslissingen aan met instemming; wellicht terecht, dat is thans niet aan de orde. Maar beiden onderschrijven mede het oordeel der rechtbank, dat dit embargo onder meer hierom als molest moest worden aangemerkt, omdat men hier te doen had met aan-

houding op last van hooger hand, arrêt de puissance of arrêt de prince, „waaronder niet alleen begrepen was eene feitelijke aanhouding, inbeslag-neming van het schip zelf, maar ook het zoogenaamde embargo, het verbod voor schepen om eene haven te verlaten”.

Deze leer nu, volgens welke men, overal waar men in ons wetboek de „aanhouding op last van hooger hand” of „door eene (vreemde) mogendheid” ontmoet, daaronder steeds het embargo begrepen zoude moeten achten, gaat te ver en miskent, dat „arrêt de prince” en „arrêt de puissance” reeds oudtijds eene dubbele beteekenis hadden, een ruime, waarin zij het embargo inderdaad omvatten, maar daarnaast eene enge, waarin feitelijke inbezitneming tot de elementen van het begrip behoorde (EMERIGON, *Traité des Assurances*, XII sect. XXX). Ook het woord „arrêter”, dat bij de regeling van het onderwerp herhaaldelijk gebezigd werd, had en heeft ook thans nog de dubbele beteekenis van in beslag nemen en van ophouding doen ondergaan. En als de heer PRINSEN GEERLINGS op blz. 31 betoogt, dat het woord meestal gebezigd wordt in den eerstgenoemden zin, dan schijnt hij mij aan de belangrijkste overwegingen der zoeven bedoelde vonnissen te weinig aandacht te hebben geschonken. Maar ongetwijfeld behoort de tweeslachtigheid dezer uitdrukkingen tot bijzondere omzichtigheid aan te sporen, alvorens men aan „arrêt de prince” en aan de vertaling daarvan in onze wet eene enkele en algemeene beteekenis toekent.

De wetgever zelf heeft den term in de artt. 413 en 414 W. v. K. vertaald door inbeslagneming. In art. 365, waar van aanhouding en ophouding de rede is, kan embargo daaronder niet begrepen zijn, omdat reclame van schip en lading alsdan niet te pas komt en tot

„behoud” daarvan „allernoodzakelijkste beschikkingen” niet behoeven te worden genomen.

In geval van opbrenging of aanhouding door eene vreemde mogendheid (of, na het begin der reis, door de Nederlandsche regeering) kunnen schip en goederen na verloop van zekere termijnen aan den verzekeraar worden geabandonneerd (art. 663 W. v. K.). Of hier de „aanhouding” het embargo mede begrijpt, is minst genomen te betwijfelen. De woorden „vrijbekoming” en „vrijgegeven” in de artt. 676 en 679 leiden eer tot de tegengestelde uitlegging. Aan de bron, waaraan de gansche afdeeling is ontleend, de Ordonnance de la Marine III, VI treft men in art. 51 een voorschrift aan, gericht tot de verzekerden, om tijdens het verloop der termijnen alle pogingen aan te wenden „pour obtenir main-levée des effets arrêtées”. Reeds destijds schijnt dus — den lateren Franschen schrijvers moge het al zijn ontgaan — embargo niet altijd in arrêt de prince begrepen te zijn en heeft men die uitdrukking kennelijk hier en daar ook in den wetstekst gebezigd in den engeren zin. Het kan toch ook kwalijk de bedoeling geweest zijn om aan den reeder van een schip, dat, wel verre van als verloren te mogen worden beschouwd, volmaakt ongedeerd in eene haven ligt, die het voorloopig niet verlaten mag, de bevoegdheid te geven het vaartuig aan zijne verzekeraars te abandonneeren. Nu men, om van embargo zich eene voorstelling te maken, niet aan het oponthoud in de Dardanellen behoeft terug te denken, maar de jongste maatregelen, door onze eigen regeering genomen na den verscherpten duikbootoorlog, een ieder voor den geest staan, schijnt dergelijke consequentie van de algemeene leer te minder aannemelijk.

Ik heb gemeend bij dit punt eenigszins uitvoeriger te mogen stilstaan, nu ook blijkens een na het verschijnen

der proefschriften gewezen vonnis der rechtbank te Rotterdam van 1 Maart 1917, W. 10117, de enge beteekenis van arrêt de prince al te zeer dreigt te worden over het hoofd gezien.

Na de behandeling der begripsbepaling gaat elk der schrijvers bij de indeeling zijner stof een eigen weg; de heer PRINSEN GEERLINGS wijdt zijn volgend hoofdstuk aan de aansprakelijkheid van den molestassuradeur, om in het derde hoofdstuk den omvang na te gaan van de verplichting tot schadevergoeding; de heer ZWAARDEMAKER onderwerpt eerst de overeenkomst van molestverzekering aan een onderzoek en vat, wat hij omtrent het risico van den assuradeur te zeggen heeft, in zijn laatste hoofdstuk samen.

Beiden staan uit den aard der zaak langer stil bij de vraag naar de geldigheid van molestverzekering, welke de goederen van vijandige onderdanen tot onderwerp heeft. Beiden trekken partij voor de leer dat aan zoodanige overeenkomsten, althans wanneer zij gesloten zijn na het uitbreken van den oorlog, rechtsgeldigheid moet worden ontzegd op grond van strijd met de openbare orde of de goede zeden. De heer ZWAARDEMAKER deelt in vervolg daarop en kennelijk in dat verband het een en ander mede omtrent de Staatsmolestverzekering zoo hier te lande als in het buitenland. De enkele bladzijden, daaraan gewijd, doen den schrijver niet van zijne beste zijde kennen. De drukfout, die de wet laat dagteekenen van 1915 in stede van 1916, kan nog door den beugel; maar dat hij de bepalingen van art. 3 der wet weergeeft in een vorm, als had het regeeringsontwerp geene wijziging ondergaan, en dus in strijd met den tekst der wet, is den schrijver van een proefschrift moeilijker te vergeven.

Beide schrijvers meten vervolgens hunne krachten aan de moeilijkheden van het causaal verband. Zij steken

ieder op zijne wijze den draak met de *causa proxima non remota*, het fundament der Britsche causaliteitsleer, en met de wijze waarop de Engelsche rechter zijn eigen adagium in den steek laat zoodra het leidt tot al te zonderlinge gevolgtrekkingen. Beiden omhelzen ten slotte de leer der zoogenaamde *adaequate causaliteit*, die als oorzaak eener schade de gebeurtenis beschouwt, waaruit naar den gewonen loop van zaken de schade moest volgen en die, wanneer dit ten deele geldt van meer dan eene gebeurtenis, de rechtsgevolgen laat afhangen van de mate waarin elke gebeurtenis tot de schade heeft geleid.

De heer PRINSEN GEERLINGS wijdt ten slotte nog een hoofdstuk, de andere schrijver eenige bladzijden aan het beding „vrij van molest” en de in vroeger en later tijd vastgestelde aanvullingen, welke de bepalingen der beursconditiën omtrent dat beding hebben ondergaan.

In hoofdzaak is hiermede de inhoud der beide proefschriften weergegeven. Dat van den heer ZWAARDEMAKER heeft het voordeel van zich aangenamer te laten lezen, maar dat zijn geschriftje van 62 bladzijden de wetenschap verder zal brengen, is waarschijnlijk niet het doel dat hij zich gesteld heeft. Aan den heer PRINSEN GEERLINGS mag een woord van lof niet worden onthouden. Zijn geschrift gaat mank aan dat een euvel, vele proefschriften kenmerkt: elke rechtsvraag, die hij ontmoet, ook al staat zij tot zijn onderwerp in een slechts verwijderd verband, vreest hij te oppervlakkig te behandelen. De lezer wordt dientengevolge op zijwegen gevoerd en wel zóó ver, dat hij het „causaal verband” met het hoofdonderwerp uit het oog moet verliezen en de lengte van den zijweg inadaequaat gaat oordeelen. Dat neemt echter niet weg, dat ook het eigenlijke onderwerp grondig is bestudeerd. Telkens geeft de schrijver blijk de geschiedenis te hebben nagegaan en zich te hebben ingewerkt niet alleen in onze eigen wet-

geving, rechtspraak en literatuur, maar tevens in die van vreemde nationaliteit. En heeft hij dat een en ander medegedeeld, dan volgt eene meestal weldoordachte eigen oplossing. Dit proefschrift heeft voor de wetenschap en ook voor de praktijk blijvende beteekenis: wie het bij de bestudeering van eenige molest-quaestie naslaat, zal veelal vinden wat hij zoekt.

Rotterdam, Augustus 1916.

D. ELLIS VAN RAALTE.

Effectenbeheer, door Mr. O. B. W. de Kat.
— Haarlem, de Erven F. Bohn, 1916.

In ons effectenbezittend land misten wij nog steeds een betrouwbare vraagbaak voor de effectenbezitters. Mr. DE KAT heeft de leemte aangevuld. De taak, die hij zich stelde, was verre van licht. Ieder, die met effecten te maken heeft, wenschte hij naar vermogen te gerieven. Uitsluitend juridisch kon zijn boek dus niet wezen. Ook economisch-financieele beschouwingen dienden daarin een plaats te vinden. Opmerkingen omtrent boekhouding mochten eindelijk evenmin daarin ontbreken. En als het boek lezers van zoovelerlei slag tevreden moest kunnen stellen, diende het in al zijn gedeelten bevattelijk te zijn voor ieder die, behalve zijn goeden wil, bij de lectuur niet meer meebracht dan de algemeene ontwikkeling van een beschaafd mensch.

Op zichzelf is het reeds een kunststuk ongelijksoortige bestanddeelen tot een welsluitend en goed leesbaar geheel te verwerken. Nog meer waardeering verdient het in een voor breeden kring geschreven boek een veelzijdig onderwerp, van verschillend standpunt uit, recht te doen wederwaren zonder nu eens in diepzinnigheden dan weer in banaliteiten te vervallen. Gelukkig inzicht heeft Mr. DE KAT voor beide uitersten behoed. Of het gaat om een juridisch probleem of om een financieel-oeconomische kwestie of om een simpele vraag van administratie, nooit tracht hij naar vertoon van geleerdheid, nooit daalt hij tot woordenrijke oppervlakkigheid en nooit vergenoegt hij zich met uiteenzettingen waarvan de moeizame gedachtengang de weeten der geboorte verraadt.

Velerlei brengt het boek. Op eenige algemeene beschouwingen omtrent het bezit van roerende goederen (art. 2014 B. W.) en omtrent de oorzaak van overeenkomsten (artt. 1371 vlg. B. W.) volgt een behandeling van de naamlooze vennootschappen. Na een bespreking van het credietwezen, waarbij de wissel, de chèque en het bankbedrijf aan de orde komen, opent dan de reeks van hoofdstukken, die aan toonderpapier en effecten (aandeelen, obligaties, coupons, enz., certificaten) en de manipulaties met effecten (koop, speculatie, verpanding, vruchtgebruik, bewaargeving) en verwante onderwerpen (rekening-courant, te loor gaan van effecten en leeningen) zijn gewijd. Een verhandeling over de administratie van effectenbeheerders sluit eindelijk het boek.

Wie iets omtrent effecten wil weten, zal het werk doorgaans met vrucht raadplegen. En indien hij al niet vindt wat hij zoekt, of indien hij de beschouwingen, die hij van noode had, minder grondig acht dan deze of gene andere, die hij al bladerende tegenkwam, in ieder geval zal hij getroffen worden door den practischen zin, die op het geheel een bijzonderen stempel drukt.

De schrijver staat midden in de bedrijvige maatschappij. Hij kent de behoeften van handel en verkeer. Afkeerig van ijdele speculaties, kiest hij uit het arsenaal van argumenten, dat zijn voorgangers vulden, zich steeds de wapenen, die hem vergunnen aan het leven te geven wat des levens is.

Om belangwekkend te zijn moet een boek tot tegenspraak prikkelen. Als de lezer niets anders te doen heeft dan ja en amen te zeggen, slaapt hij in. In dit opzicht behoeft de schrijver zich evenwel geen zorgen te maken. Het zou niet moeilijk vallen uit zijn „Effectenbeheer” een geheele reeks uitspraken samen te lezen, die — ik zeg niet onjuist, maar — betwistbaar zijn.

Is het veroorloofd, tot besluit van deze aankondiging, een heel enkel voorbeeld te vermelden?

Met voldoening constateert de schrijver, dat in Frankrijk de schuldbekentenis zonder oorzaak bewijst. Die opvatting berust op de uitlegging, daar aan art. 1132 C. C. gegeven. In Holland opereert men met vrijwel dezelfde bepaling (art. 1372 B. W.). Moet het niet verwonderen dat de gangbare leer hier te lande in dit voorschrift leest, wat men in Frankrijk — naar het schijnt, terecht — daarin niet kan vinden? Het artikel gewaagt niet van schuldbekentenissen, het herhaalt eenvoudig den eisch van art. 1356, no. 4, dat overeenkomsten een geoorloofde oorzaak moeten hebben. De schrijver aanvaardt zonder bedenking de Hollandsche interpretatie, al weet hij zoo goed als de beste dat zij aan de werkelijkheid te kort doet. Maar als het dan niet op zijn weg lag gevestigde overtuigingen te breken, waarom omschrijft hij de beteekenis van art. 2014 lid 1 in dezen zin, dat de bezitter te goeder trouw als eigenaar geldt? Omtrent die bepaling bestaat niet een algemeen gevestigde opinie. Een constante jurisprudentie legt hier niet een knellenden band aan. Zou het dus niet de voorkeur verdiend hebben de strekking van het voorschrift, in aansluiting aan de artt. 237 vlg. K., scherper te bepalen? Niet den bezitter te goeder trouw zonder meer, enkel den bezitter te goeder trouw die krachtens een titel van eigendomsverkrijging (tegen tegenwaarde?) een roerende zaak verwerft, wil art. 2014 lid 1 beschermen tegen het gevaar, dat de vervreemder de bevoegdheid mist over het vervreemde voorwerp te beschikken.

Ook geeft de schrijver een minder juist beeld van de werkelijkheid, als hij de uitwisseling van saldobiljetten tusschen bankier en cliënt tot een overeenkomst van schuldvernieuwing (saldo-overeenkomst) verklaart. Een gewone schuldbekentenis zou z. i. het saldobiljet niet kunnen

wezen, omdat het ook geteekend wordt door den cliënt, die credit staat en omdat het, met veronachtzaming van art. 1915, pleegt te worden afgegeven. Houden deze gronden echter wel steek?

Gelijk zoo tal van schuldbekentenissen, b.v. toonderobligaties, heeft de praktijk ook het saldobiljet aan het gezag van het (regelend) voorschrift van art. 1915 onttrokken. En zeker is een door den cliënt geteekend saldobiljet dat een saldo te diens voordeele aanwijst, niet een schuldbekentenis, maar het behoort toch, evenals de schuldbekentenis, tot die stukken waarmee de ontvanger (bankier) tegen den ondertekenaar, tot het bewijs van het tegendeel, de waarheid van hun inhoud bewijst, art. 1912.

Met de gewone bewijsvoorschriften komt men hier dus behoorlijk uit.

Wij behoeven daarom niet in vertwijfeling, alsof het water tot de lippen gestegen was, ons heil te zoeken bij een schuldvernieuwing, die niet heeft plaats gehad.

Aan de novatie op zichzelf draag ik geen kwaad hart toe. Op zijn tijd bewijst die overeenkomst zeer te waardeeren diensten. Men kan echter niet zoo maar een overeenkomst van schuldvernieuwing fantaseeren. Om te bestaan moet zij gesloten worden en daaraan denkt bankier noch cliënt. Zelfs de overeenkomst van rekeningcourant brengt niet schuldvernieuwing teweeg; zij scheidt niet een nieuwe verbintenis in de plaats van de oude, maar regelt eenvoudig de verrekening van bestaande of ontstaande verbintenissen en — een bank doet niet aan philanthropie — de rentevergoeding en de provisie van den bankier. Ongeveer zoo staat het ook met de overeenkomst, die in de uitwisseling van saldobiljetten ligt besloten; zij doet niets anders dan de tusschen de partijen bestaande rechtsbetrekkingen aanvullen.

Precies gelijk de overeenkomst, die b.v. door de afgifte

en de ontvangst van een gewone schuldbekentenis tot stand komt, is ook zij *enkel* gericht op het scheppen van bewijsrechtelijke aanspraken, niet op de vernietiging van bestaande en de verwekking van nieuwe verbintenissen.

Met de novatieleer brengt men de partijen bovendien in verraderlijk vaarwater. De bestaanbaarheid van de novatie-overeenkomst hangt van de geldigheid van de genoveerde schuld af, art. 1827. De bank, die haar saldobiljet of de cliënt die het zijne niet wil honoreeren, heeft dus slechts de ongeldigheid van de oorspronkelijke transacties te beweren om de eischende wederpartij tot bewijs te dwingen.

Aan die voor de partijen onhoudbare conclusie valt, in de leer van de schuldvernieuwing, niet te ontkomen. De opvatting, die in het saldobiljet enkel een schuldbekentenis ziet, voert daarentegen uit deze impasse. Met dit saldobiljet zal de bezitter immers, tot het bewijs van het tegendeel, zijn vordering kunnen staven, zoodra onze rechter, op het voetspoor van de Fransche praktijk, slechts wil inzien, dat art. 1372 niet voor schuldbekentenissen, maar voor verbintenis scheppende overeenkomsten is geschreven.

Utrecht.

SUIJLING.

Mr. G. T. J. de Jongh. *De wet op de voorwaardelijke veroordeeling*. — P. NOORDHOFF, Groningen, 1916. — 200 (122 + 77) blz.

Een periode van meer dan een kwart eeuw ligt tusschen de opkomst van de voorwaardelijke veroordeeling in haar nieuwere gedaanten en de invoering van het rechtsinstituut hier te lande. Die tijd van vijf en twintig jaren is er mee gemoeid geweest om het wantrouwen en de afkeuring, waarmee het aanvankelijk vrij algemeen ten onzent werd begroet, te laten plaats maken voor vertrouwen in die mate en instemming in zoo ruimen kring als noodig waren om het in de wetgeving te kunnen doen opnemen. Inmiddels was het instituut het onderwerp geworden van groote belangstelling in de literatuur en op nationale en internationale vergaderingen en congressen, was het aanvaard en in toepassing gebracht successievelijk in tal van andere landen, en had het zich in verband daarmee in verschillende richtingen en op verschillende wijzen uitgebreid en ontwikkeld. Dientengevolge stond men, toen eindelijk hier de weg was gebaad en de tijd voor invoering rijp was, voor een instituut, niet meer jong en nog in wording als in het eind der tachtiger jaren, maar met praktijk en tot volkomen wasdom geraakt. Het is aanstonds in dien staat, in zijn breedsten vorm en op de ruimste schaal, dat het dan zijn intrede in ons strafrecht heeft gedaan.

Er is reden, naar het mij voorkomt, om te betwijfelen of dit, gelijk wel wordt beweerd, als een voordeel moet worden aangemerkt. In de landen waar de voorwaardelijke veroordeeling haar oorsprong heeft, in Groot-Brittannië

en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, geschiedde de toepassing aanvankelijk naar „common law” in enkele gevallen en naar „statute law” voor een beperkten kring van delinquenten, met name „first offenders”, onder de eenvoudige en gemakkelijke vormen van „suspension of conviction” en „suspension of sentence”, waarop later volgde de toepassing zonder die beperking en op uitgebreider schaal, onder den breederen en moeilijkeren vorm van „suspension of punishment”, met „probation”; zoodoende werd eenigszins geleidelijk opgeklimmen van het mindere tot het meerdere en werd daarbij oefening en ervaring verkregen. In andere landen, waar de voorwaardelijke veroordeeling het eerst werd overgenomen, in België en Frankrijk, werd voorshands de toepasselijkheid gehouden binnen de grenzen van niet zware feiten en niet eerder veroordeelde personen, en vond „probation” vooralsnog geen plaats in de wet, zoodat de rechter de gelegenheid kreeg zich met het gebruik en de werking van den maatregel op beperkt gebied en op beperkte wijze vooreerst vertrouwd te maken. Daarentegen is in Nederland door den loop der omstandigheden de rechterlijke macht zonder dergelijke voorbereiding gesteld voor de taak het instituut tot uitvoering te brengen terstond volgens een wettelijke regeling, die een zeer uitgebreide mogelijkheid en een zeer groote verscheidenheid van toepassing opent. En dan geldt het hier een bijzonder middel ter bestrijding van criminaliteit, dat in beginsel en in strekking beide afwijkt van het overige strafstelsel, en dat van den rechter vordert een anderen gedachten-gang en een ander onderzoek, dan hij gewoon is te volgen en in te stellen. Ten overvloede houdt de wet slechts algemeene bepalingen in en verstrekt zij hem geen nadere aanwijzingen met betrekking tot de gevallen waarin en de wijze waarop van het middel gebruik valt te maken.

Zoo heeft inderdaad de nieuwe taak, die hem is opgedragen, te meer haar moeilijkheden, en kan een leiddraad voor eenrichtige vervulling niet dan welkom zijn.

De heer DE JONGH heeft dan ook een goed werk verricht, door het boek, hierboven vermeld, samen te stellen, gelijk uit zijn voorbericht blijkt, ten dienste van de rechtspraak, ter bevordering van een juiste toepassing van het nieuwe instituut; goed werk ook door het zóó samen te stellen als hij gedaan heeft. De proef wordt geleverd door den aftrek, dien het vindt, en den dienst, dien het bewijst. Want, naar mij voor en na is gebleken, heeft het zijn weg gevonden reeds tot menige boekenkast niet alleen, maar wordt het door menigeen gelezen en, als quaesties rijzen, ter hand genomen. En ook buiten de kringen van degenen, die bij de toepassing van de voorwaardelijke veroordeeling zijn betrokken, heeft het belangstelling weten te wekken en lezers gekregen, met name onder onze studenten. Dit laatste is allicht niet minder aan de wijze van behandeling dan aan het onderwerp zelf te danken, aan de warmte en de vlotheid waarmee de bladzijden, die een uiteenzetting hiervan behelzen, zijn geschreven. Een levendig temperament heeft de pen van den schrijver bestuurd, stijl en taal zijn daardoor beweeglijk en kleurrijk, groote ervaring uit de rechtszaal en kennis van leven en omgeving der delinquenten deden treffende voorbeelden aan de hand. Van breede en diepe beschouwingen van juridischen aard heeft de schrijver zich onthouden, maar over allerlei vragen, waartoe de wet aanleiding geeft, heeft hij toch kort en duidelijk zijn meening geuit. Met onmiskenbare voorliefde laat hij overigens naar voren treden telkens de sociale zijde van de nieuwe instelling, van welke hij zeker niet ten onrechte de leer van de sociologische school als achtergrond aanmerkt.

De praktische waarde van het werk wordt verhoogd door de opneming van een lijst van reclasseeringsinstellingen met adressen en van de teksten van de Algemeene Maatregelen van Bestuur, betreffende resp. de Voorwaardelijke Veroordeeling, de Voorwaardelijke Invrijheidstelling, naar de gewijzigde wettelijke bepalingen, en de Reclasseering in haar herziene regeling, met de bijbehorende officieele toelichtingen, welke gezamenlijk het tweede gedeelte uitmaken, dat een kleine tachtig bladzijden groot is; zoomede door de inlassching in verschillende hoofdstukken van het eerste gedeelte, waar Mr. DE JONGH zelf aan het woord is, van een aantal nuttige wenken voor de praktijk van het instituut. Die waarde zou intuschen, wat het tweede gedeelte aangaat, mijns inziens nog niet onbelangrijk zijn vergroot, indien door hem een samenvatting van den hoofdinhoud dier Algemeene Maatregelen in verband met die toelichtingen was gegeven, hetzij desnoods onder weglating, hetzij onder toevoeging als aanhangsel van de teksten, een zeker niet geringe moeite, maar die hij zich voor een volgende uitgave van zijn werk, naar ik hoop, zal willen getroosten. Daarin moge dan ook een plaats vinden een beknopte opgave van eenige literatuur, geschikt voor nadere bestudeering van het onderwerp, waarover noode elke aanwijzing wordt gemist, terwijl een dergelijke opgave te meer zou worden gewaardeerd bij de schrikwekkende hoeveelheid en omvang, waartoe de literatuur in den loop van den tijd is aangegroeid.

De tweeledige hoofdstrekking en hoofdbeteekenis tevens van Mr. DE JONGH's boek is, kort geformuleerd, dunkt mij, hierin gelegen, dat het aangeeft en uitwerkt *wanneer* en *hoe* de voorwaardelijke veroordeeling valt toe te passen. De daaromtrent verkondigde zienswijzen verdienen derhalve een bijzondere aandacht.

De schrijver, die zich indertijd op de vergadering der

Juristen-Vereeniging, in 1901 te Leeuwarden gehouden, volgens de Handelingen blz. 118, een gematigd medestander betoonde, is thans, gelijk uit menige bladzijde van zijn werk blijkt, een vurig voorkamper geworden. In overeenstemming hiermede wordt door hem een uitermate gereede toepassing van den maatregel aanbevolen. „Als regel zou ik zeggen voorwaardelijke veroordeeling”, heet het op blz. 109. In het verband, waarin deze zinsnede voorkomt, heeft zij betrekking op de keuze tusschen dien maatregel en gevangenisstraf alleen, maar zij mag geacht worden a fortiori te gelden, wanneer het alternatief zou worden gevormd hetzij door hechtenis, hetzij ook door geldboete. Zoodanige uitspraak is zeker alleszins geschikt om bedenkingen te wekken en heeft die dan ook van verschillende zijden gewekt. Mr. DE JONGH heeft hierin aanleiding gevonden om zijn bedoeling nader toe te lichten door een bijdrage in het *Weekblad van het Recht* no. 9886. Daarin wijst hij er vooreerst op dat de plaats, waar de zinsnede voorkomt, in haar geheel aldus luidt: „Als regel zou ik zeggen voorwaardelijke veroordeeling, „als uitzondering principale gevangenisstraf, ingeval het „leven en het karakter van den veroordeelde de groote „waarschijnlijkheid biedt, dat het den Moriaan is geschuurd „en alle zeep aan hem is verspild. Welk percentage zoo- „wel de eene als de andere categorie op het geheele „aantal zal vormen, laat ik daarbij geheel in het midden. „Het kan zijn, dat de wanhopige gevallen de meerderheid „vormen. Met de uitdrukking „regel en uitzondering” „wilde ik slechts den meest redelijken gedachtenloop „aangeven”. Verder verduidelijkt hij die aangehaalde plaats door tegenover elkaar te stellen twee methoden van raadpleging, die de rechter in raadkamer kan volgen in de gevallen waarin de wet een voorwaardelijke veroordeeling toelaat; de eene methode brengt dan mede,

dat deze steeds begint met het stellen van de vraag of het instituut in het onderhavige geval kan worden toegepast, om bij negatieve beantwoording verder te gaan en de op te leggen straf te bepalen; terwijl de andere meebrengt, dat de rechter aanstonds de bepaling van de straf in bespreking brengt, om alleen als het geval sprekend is ook aandacht aan mogelijke voorwaardelijke veroordeeling te wijden — van welke beide methoden hij de laatste afkeurt, al vreest hij dat zij in den eersten tijd regel zal blijven, en dus de eerstgenoemde gebezigd zou willen zien.

Nu lijkt mij deze toelichting in zoover niet gelukkig, dat zij den schijn werpt als of eerst bij de beraadslaging in raadkamer de vraag van de opportuniteit van een voorwaardelijke veroordeeling aan de orde zou zijn, terwijl die vraag naar mijn meening bereids bij het onderzoek ter terechtzitting en ook reeds eerder in het vóór-onderzoek eventueel zeer op haar plaats kan wezen, welke meening door den heer DE JONGH, blijkens het door hem aangevoerde in hoofdstuk XI van zijn boek — om alleen daarheen te verwijzen — zonder twijfel wordt gedeeld; maar in deze beide stadia en wel vooral in het laatstgenoemde zal hij toch zeker niet altijd behoeven op te komen doch zich stellen slechts als het geval er eenigermate toe leidt. Daarnaast lijkt mij die toelichting niet bevredigend in dit opzicht, dat zij miskent, naar het mij voorkomt, het groote gevaar, gelegen in de gewoonte, die aldra weinig aandacht meer neemt en dan licht ontaardt in een blooten vorm, om de enkele naleving waarvan het natuurlijk ook Mr. DE JONGH allerminst te doen is. Zelf overtuigd voorstander van het instituut, zou ik in dezen vóór alles elke sleur willen zien vermeden en zou ik het raadzaam achten, het door hem aangegeven beginsel om te keeren, in dien zin dat als regel straf en bij wijze

van uitzondering voorwaardelijke veroordeeling worde toegepast, althans voorshands. Aan den rechter moet de tijd worden gelaten met den nieuwen eisch van bijzondere bemoeiing met de persoon en het leven van den delinquent meer bekend te raken, aan de hulpkrachten, van wier medewerking voor een doeltreffende toepassing en tenuitvoerlegging van den maatregel zeer veel afhangt, de gelegenheid om zich nader hierop in te richten. Uit het eerste tijdperk van de Kinderwetten valt op dat stuk rijke leering te trekken. Te oordeelen naar de cijfers van het Overzicht, dat onlangs door den Minister van Justitie werd overgelegd bij de behandeling van het IVde hoofdstuk der Staatsbegrooting voor het loopende jaar, betreffende de praktijk van de Wet op de voorwaardelijke veroordeeling c. a. gedurende de eerste tien maanden na haar invoering, wordt de gedragslijn, waaraan ik de voorkeur meen te moeten geven, door de rechterlijke macht gevolgd. Gelukkig, merk ik er bij op, want het welslagen van het nieuwe instituut is, naar mijn inzicht, in hooge mate afhankelijk van een omsichtige, oordeelkundige en wel georganiseerde toepassing. In deze omschrijving ligt, in overeenstemming met mijn bedoeling, tevens opgesloten, dat toch ook in het vervolg het gebruik zich zal behooren te kenmerken door stelselmatige bedachtzaamheid en niet alleen ten opzichte van den „Zwarte Moriaan” maar ook ten aanzien van menigen „wankleurige” uitgesloten zal behooren te blijven.

Deel ik alzoo, waar de mijne minder ver reiken, niet geheel de wenschen van den geachten schrijver met betrekking tot het aantal der gevallen, die voor toepassing van de artt. 14 a en volgende van het Wetboek van Strafrecht in aanmerking komen, ook wat de soort van gevallen aangaat kan ik met zijn wijze van voorstellen mij niet ten volle vereenigen. Het komt mij namelijk

voor, dat daardoor te weinig gewicht wordt gehecht aan de eene soort, waarbij het gaat om de vermindering van vermoedelijk onnoodige straf alleen, en, naar verhouding, het gewicht te veel wordt gelegd op de andere soort, waarbij op den voorgrond treedt de reclasseering, niet in den negatieven zin van voorkoming van declasseering, maar in den positieven zin van verbetering tot rangschikking in „een klasse van ordentelijke lieden” zooals het op blz. 41 heet. Deze reclasseering is voor den schrijver het beginsel der wet, het uitgangspunt en het einddoel van het instituut; daarin ligt voor hem geheel en al het zwaartepunt. Dit laat zich wel verklaren en begrijpen. Als lid gedurende een lange reeks van jaren van de rechtbank, lid tevens van het College van Regenten over de gevangenen in het naast-grootste en het grootste stedelijke centrum van ons land is de schrijver in voortdurende aanraking geweest met zekere typen van misdadigers, die daar zich het meest voordoen en het meest de aandacht vorderen en die hij dan ook met enkele rake trekken voortreffelijk weet te teekenen. Samengestelde figuren als zij zijn, wekken zij een interest, dat prikkelt, om met gebruikmaking van wat er gezonds en goeds in zit, hun maatschappelijke redding te willen beproeven, waarmee niet alleen zij zelve, maar ook en vooral de gemeenschap ten eerste gebaat zou zijn. En hiertoe is dan inderdaad positief reclasseeringswerk, toezicht en steun, volstrekt onmisbaar.

Maar dat interest en dat inzicht behoeven niet te leiden tot onderschatting van de beteekenis van de andere soort van gevallen, die evenzeer hun belang hebben, historisch en actueel. Het is immers in den wensch om, waar mogelijk, de straf, en met name de korte straf, met haar nadeelige zijden te vermijden, dat de voorwaardelijke veroordeeling als instituut haar oorsprong heeft gevonden;

en van „probation” in den zooveen bedoelden zin is daarbij vooreerst geen sprake geweest. Zoo min als het zuivere Belgisch-Fransche stelsel deze kent, heeft aanvankelijk het Engelsch-Amerikaansche stelsel de „probation” gekend. Eerst later is deze er in opgenomen, zoodat niet in dit onderdeel, hoe belangrijk overigens ook, moet worden gezocht, gelijk tegenwoordig veelal geschiedt, de eigenlijke tegenstelling tusschen de beide systemen, die veeleer gelegen is in het al of niet opleggen van straf, „sursis à l'exécution” tegenover „suspension of conviction or sentence”, al is hiernaast ten slotte getreden „suspension of punishment”. Dat trouwens „probation” ook kan worden toegevoegd aan het Belgisch-Fransche systeem en daar op haar plaats kan wezen, bewijst onze Nederlandsche wet.

De schrijver zelf zegt daarom van haar, met een dichterlijk woord: „Tweeling is de wet geboren. In haar tweeheid is zij een”, voor de andere helft van welke tweeling hij dan echter meer gevoelt en doet gevoelen dan voor de eene. Toch komt aan die eene de verdienste toe, als eenling, het embryo te hebben gevormd van de wet, als hoedanig immers de bepalingen betreffende voorwaardelijke veroordeeling, die voorkwamen in de Ontwerpen tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht van 1900 en 1904, mogen worden aangemerkt. En het is waarlijk geen onbelangrijke rol, die de maatregel kan spelen ook zonder „probation”, in gevallen waarin aan speciale leiding en bijstand geen behoefte bestaat. Het opportunititeitsbeginsel alléén kan, naar mijne ervaring van vroeger en later jaren, niet verhinderen dat, volgens de door schrijver op blz. 50 aangehaalde uitdrukking van Mr. LIMBURG, „er van tijd tot tijd onnoodig wordt gestraft”, om welke reden juist in de eerste plaats deze de voorwaardelijke veroordeeling verlangde te zien inge-

voerd. De indruk is mij bijgebleven uit die vroegere jaren, waarin mijn ambtelijk werk mij in veelvuldige en nauwe relatie bracht met de veroordeelden in de gevangenissen, dat het menigmaal evengoed of zelfs beter ware geweest, indien de executie van de opgelegde straf achterwege had kunnen blijven en hetzij met bloote schuldigverklaring, hetzij met schuldigverklaring onder bepaling van een eerst in geval van nieuw vergrijp te ondergane straf had kunnen zijn volstaan, zonder meer.

Dat deze eene soort van gevallen meer moest voorkomen dan die andere, liet zich vermoeden, en het wordt bevestigd door het reeds vermelde Overzicht over de werking van de wet van 12 Juni 1915 (*Stbl.* no. 247) gedurende de eerste tien maanden, waaruit blijkt dat zij niet alleen absoluut maar ook relatief de groote meerderheid vormen; van de 1128 voorwaardelijke veroordeelingen die werden uitgesproken, behelsden 231 eenige bijzondere voorwaarde met inbegrip van die tot vergoeding van schade, van welke 89 een opdracht tot verleening van hulp en steun inhielden, terwijl in 547 zoodanige opdracht naar de bepalingen van de wet toelaatbaar was. Intusschen laat het zich aanzien dat mettertijd de verschillen tusschen de cijfers niet zoo groot zullen blijven, maar de verhoudingen, met name van de laatstgenoemden, zich allengs eenigermate zullen wijzigen naar gelang het reclasseeringsapparaat met al zijn elementen en vertakkingen zich uitbreidt en ontwikkelt en daardoor bestaande mogelijkheden vergroot en nieuwe opent. Hiervan zal ook Mr. DE JONGH dan wel gebruik willen zien gemaakt ten behoeve van „psychopathen en alles wat daarmee zoo ongeveer op één lijn staat”, zooals hij het uitdrukt op blz. 25, voor wie hij thans in voorwaardelijke veroordeeling weinig of geen heil gelooft te mogen zien, in tegenstelling met de secretaresse van de Vereeniging ter behartiging van de

belangen van zwakzinnigen, Mr. MARGARETHE OBREEN, die tegen die zienswijze opkomt in haar artikel in het Tijdschrift voor Zwakzinnigenzorg, derde jaargang, afl. 4, blz. 10 e. v., en het nut van den maatregel betoogt, maar daarbij eischen stelt aan de regeling van reclasseeringsarbeid, welke ten deele nog verwezenlijkt moeten worden.

Bij de vraag hoe de voorwaardelijke veroordeeling dient te worden toegepast, behoef ik nauwelijks meer stil te staan. Zij hangt samen met de reeds behandelde vraag, wanneer de toepassing dient plaats te vinden, en uit het daarbij besprokene valt gemakkelijk af te leiden, hoe de schrijver hier tegenover staat. Alleen op een paar punten is het misschien dienstig nog opzettelijk aandacht te vestigen.

De noodzakelijkheid van zooveel mogelijk volledige en deugdelijke kennis van de persoonlijke en zakelijke omstandigheden wordt met recht en met nadruk vooropgesteld. Nu de wet geenerlei voorziening heeft getroffen omtrent de verkrijging daarvan, heeft Mr. DE JONGH zich de moeite gegeven een model van een uitvoerigen staat van inlichtingen te ontwerpen, waarvan hij het gebruik aanbeveelt. Wie bekend is met het nut van zoodanige staten met toelichting en advies, die in Kinderzaken vanwege de Vereenigingen „Pro Juventute” worden opgemaakt en den rechter verstrekt, kan niet anders dan wenschen dat op soortgelijke wijze wordt te werk gegaan. Niet de reclasseeringsraden, waaraan de Regeering gedacht schijnt te hebben, zijn in dezen de geschikte autoriteit, naar de schrijver terecht opmerkt, maar voor de officieele reclasseeringsambtenaren en voor officieuse reclasseeringsagenten, eventueel in overleg met speciale commissiën uit reclasseeringsinstellingen, zooals er bereids in opkomst zijn, ligt hier een aangewezen taak. In dit verband doet de

schrijver op blz. 104 een eigenaardig denkbeeld aan de hand, dat nadere overweging verdient, om namelijk in voorkomende gevallen de schuldigverklaring en de bepaling van de straf — of daarmee gelijk te stellen maatregel — te scheiden. Over de balie spreekt hij hier niet in het bijzonder, maar dat hij op haar medewerking prijs stelt, blijkt wel uit zijn bijdrage over „Voorwaardelijke veroordeeling en balie” in het Weekblad van het Recht, no. 9985.

Aan de zoogenaamde „bijzondere voorwaarden”, waarvan de wet de oplegging mogelijk maakt, is een afzonderlijk hoofdstuk gewijd, dat ik geneigd ben het beste en nuttigste van het boek te noemen. In de wet zijn slechts enkele regelen van algemeenen aard gesteld en aan den rechter is dus groote vrijheid van beslissing gelaten. De heer DE JONGH betuigt hiermee zijn instemming en betoont metterdaad zijn waardeering door te trachten het bezwaar van onzekerheid, dat er toch uit kan voortvloeien, te ondervangen, waartoe hij het beginsel aangeeft, dat bij de oplegging moet voorzitten, en een aantal voorbeelden opsomt van voorwaarden, die voor oplegging in aanmerking verdienen te komen. Van dat beginsel is de kern, dat er zij „nauw verband tusschen oorzaak van het misdrijf en de op te leggen voorwaarde”, terwijl het breeder wordt omschreven als te moeten wezen „dat die voorwaarden gericht zijn op de oorzaken van het kwaad, dat daarmee gestreefd worde de karakterfouten van den veroordeelde te onderdrukken, aan zijn zwakheden tegemoet te komen; de aanleiding, waardoor hij kwam tot de misdaad of tengevolge waarvan hij den slechten weg opging, te verwijderen; hem te brengen uit het milieu, dat den kiem en de voedingsstoffen bevatte, welke zijn ziel aantastten en bedierven”. Uit die opsomming van voorbeelden van voorwaarden blijkt tweeërlei: vooreerst, in over-

eenstemming met deze omschrijving, dat de auteur niet opziet tegen oplegging van zeer ingrijpende en zeer verreikende voorwaarden, als de verplichting tot verandering van werkkring of tot verandering van woonplaats; voorts, gelijk ook op andere plaatsen van zijn werk, dat hij doordrongen is van de beteekenis van het grootste en meest verspreide van alle gevaren in het leven van den delinquent, het alcoholisme. Het past in het systeem van den schrijver, dat een voorwaarde van onthouding van kroegbezoek of drankgebruik niet worde gesteld, als niet bij den betrokkene zelf voldoende inzicht en neiging om zich daaraan te onderwerpen, bestaan, zonder welke geen behoorlijke naleving te verwachten valt; evenzoo, dat voorwaarden als de eerder bedoelden, niet worden opgelegd dan met instemming van den delinquent, welke het anders niet onbedenklijke van dergelijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid kan wegnemen. In het vonnis van den kantonrechter te Kampen van 30 October 1916, W. 10024, waarbij de verplichting zich met een bepaalde vrouw in het huwelijk te laten verbinden werd opgelegd, is, door vermelding van een voornemen hiertoe, uitdrukkelijk van het bestaan van instemming gewag gemaakt, waartoe bij deze zeer bijzondere voorwaarde van uitermate verre strekking zeker aanleiding was. In vonnissen, waarbij een verplichting tot onthouding als voorwaarde wordt gesteld, die vrij veelvuldig voorkomt, blijkt somtijds door vermelding van recente of aanstaande aansluiting bij een drankbestrijdersvereniging desgelijks van instemming.

Het zou de grenzen overschrijden van de bespreking, welke de Redactie van dit Tijdschrift mij uitnoodigde te geven, indien ik voortging met beschouwingen en opmerkingen, waartoe onderwerp en bewerking uitlokken, en de draad moet dus worden afgebroken. Het boven-

staande is wel voldoende, naar ik vertrouw, om een algemeenen indruk van Mr. DE JONGH's werk te geven, waarom het te doen was, en om van de waardeering te doen blijken tevens, waarop het recht heeft. Ik wil daaraan nog toevoegen den wensch, dat hij de hoop, die in zijn „Woord vooraf” besloten ligt, in vervulling zal mogen zien gaan.

Groningen, 1917.

SIMON VAN DER AA.

De Collectieve Psyche in Recht en Staat, door
Mr. H. L. A. Visser. — Haarlem,
H. D. TJEENK WILLINK & ZON, 1916,
250 blz.

In een voorwoord deelt de schr. mede, dat zijn boek een product is van „de huidige tijdsomstandigheden”. Het collectief-psycho-pathologische, dat zich tegenwoordig in recht en staat vertoont, wil hij verklaren, doen begrijpen en tot deszelfs verbetering bijdragen.

Het „waagstuk”, zooals hij het zelf terecht qualificeert, uitwerkend, vangt hij, der traditie getrouw, aan met de geschiedenis te verhalen van „de idee: collectieve geest”. Vervolgens wordt aangetoond het verband tusschen collectieve psychologie en rechtswetenschap, zoomede met de verschillende takken der rechts- en staatswetenschappen. De meest uiteenloopende vraagstukken worden besproken: Begrijfsjurisprudentz, waarde van getuigenissen, alleen, rechtspraak, leekenrechtspraak, parlementair stelsel, vereenigingswezen, en vele andere. Volgt een hoofdstuk over de openbare meening en de sterkste op haar werkende suggestie, de pers, met haar goede en kwade zijden, en over de mogelijkheid eener organisatie van de openbare meening. In het hoofdstuk: „De beteekenis van trivialiteit en illusie voor de cultuur” wil schr. aantoonen, dat in de wisselwerkingen tusschen de menschen, waarin de cultuur bestaat en waaruit ze geboren wordt, te midden van belangen, overtuigingen en hartstochten (die de hoofdrol spelen) een groote invloed toekomt aanschijn, illusie eenerzijds, trivialiteit anderzijds. In een hoofdstuk: „Beschavingscriminaliteit” laat schr. zien hoe

verfijning van beschaving nieuwe vormen van criminaliteit in het leven roept. Hij verwacht van „de wetenschappelijke beoefening der cultuurbeweging”, van sociologische en collectief-psychologische studiën, dat zij de middelen zullen verschaffen om in die beweging tot 's mensen voordeel in te grijpen. Een hoofdstuk, getiteld: „Droit et adroit”, de karakterbeschrijving bevattend van een *académicien* uit den revolutietijd, schijnt bedoeld als illustratie van voorafgaande stellingen; een *essay* voor een tijdschrift, dat hier vreemd aandoet.

In het laatste hoofdstuk trekt schr. de consequenties zijner overwegingen op rechts- en staatkundig gebied. Hij doet geen omljnde hervormingsvoorstellen, geeft slechts stippellijnen aan. Voor de rechtswetenschappen verlangt hij meer vastheid en exactheid, meer navorsching, om dichter te komen bij „rechtswaarheid”. Wat de staatkunde betreft, wil hij den strijd aanbinden tegen het monster der ongetemperde politieke invloeden, tegen geschermd met woorden en met misleidende leuzen. Nauwkeuriger waardemeting van individu en massa is noodig.

Het boek van Mr. VISSER bevat menig interessant gegeven, doch zijn betoog is niet gemakkelijk te volgen. Het is vertroebeld door de massa stof, die werd opgejaagd. Een vaste lijn ontbreekt en de afdwalingen zijn vele. Het aandringen op meer exactheid is een verdienste van den schr.; in de rechtswetenschap moet dit element tegenover het bespiegelende stellig meer naar voren worden gebracht. Maar de schr. is zelf niet vrij gebleven van de gewraakte fout. Een legio vraagstukken werd door hem aangevat, doch ik zou niet durven beweren dat zij op exacte wijze werden behandeld. Alles wijst er op, dat hij zoo goed als uitsluitend heeft geput uit boeken, niet uit het werkelijke leven. 18 bladzijden literatuuropgave getuigen van zijn belesenheid, doch een aantal

germanismen verraden den oorsprong van sommige beschouwingen (zelfsprekend, blz. 43, rooffhandelsgroep, blz. 58, bewegelijke zaak, blz. 188). Te betreuren is het, dat Mr. VISSER heeft nagelaten wat aan zijn werk vooral *blijvende* waarde had kunnen geven: eene beschrijving en ontleding van „het collectief-psycho-pathologische” van onzen tijd. Wie als genezer wil optreden moet beginnen de kwaal te localiseeren en bloot te leggen. Doch in dit boek worden *de feiten* niet opgeteekend. En de simpele mededeeling, „dat de door den oorlog beheerschte menschenmenigte de meest markante collectief-psychologische verschijnselen aan den dag brengt” (blz. 86), kan die leemte niet aanvullen. Ook in zooverre ontbreekt aan het betoog de exacte basis.

J. SLINGENBERG.

C. M. Böhtlingk, *Vergoedingsrechten*. —
Academisch proefschrift. Leiden 1917.

De titel van dit proefschrift is verre van duidelijk. Schrijver bedoelt eene verhandeling te geven over de onderscheidene soorten van vergoedingen, die in het huwelijksgoederenrecht hare plaats vinden. Hij verdedigt zich tegen het eventueel verwijt, dat een puristische tendens hem bij de keuze van den titel zou geleid hebben, en motiveert, waarom hij aan het woord „vergoedingsrechten” de voorkeur geeft boven het den civilisten goed bekende „reprises en récompenses”, er den nadruk op leggende, dat wij hier te doen hebben met eene oorspronkelijke Nederlandsche plant en er geen sprake is van overplanting uit vreemden bodem. Tegenover deze, op zich zelf juiste, redeneering mogen wij de opmerking plaatsen, dat de door schrijver voor zijn werk gekozen titel lijdt aan te groote algemeenheid en allerminst kan worden beschouwd als een „passende sleutel” tot zijn geschrift.

Laten wij hieraan terstond toevoegen, dat hij het stoeve en droge onderwerp op veelszins verdienstelijke wijze heeft behandeld. Wanneer hij zijn proefschrift niet boeiender heeft kunnen maken, treft hem daarin geen verwijt. Misschien zou hier en daar eenige meerdere duidelijkheid en klaarte in woorduitdrukking en stileering mogelijk zijn geweest, hetgeen ongetwijfeld aan de levendigheid en de aantrekkelijkheid van het geheel zou zijn ten goede gekomen. Eene enkele maal verheft de voordracht zich en breekt als 't ware schrijver's temperament door diens academischen betoogtrant heen, b.v. waar hij op

blz. 88 toornt tegen eene bepaalde opvatting, die „niet scherp genoeg te veroordeelen” is en welke hij qualificeert als eene ongehoorde mishandeling van de wet.

Wat de verdeeling der stof aangaat, is de door schrijver gemaakte hoofdscheiding: oud-vaderlandsch recht (blz. 5—66) en hedendaagsch recht (blz. 66—157). Ten aanzien van beiden worden dan achtereenvolgens behandeld drie punten, n.l. de motieven voor den vergoedingsplicht; de bijzondere gevallen, waarin die plicht wordt aangenomen; het karakter van het vergoedingsrecht; terwijl dan bij het *hedendaagsch* recht daarop nog twee hoofdstukken volgen, handelende resp. over de toepassing der onderscheidene stelsels en over de uitoefening der vergoedingen buiten de verdeeling. Persoonlijk had ik meer gevoeld voor eene samenvoeging, bij elk der drie genoemde punten, van oud-vaderlandsch en hedendaagsch recht, waardoor de lezer gemakkelijker ten aanzien van een bepaald punt en het oud-vaderlandsch en het hedendaagsch recht in onderlingen samenhang en ter onderlinge vergelijking vóór zich had gezien. Thans, bij de door schrijver gemaakte splitsing, kon 't niet anders, of in het tweede gedeelte van het werk moest telkens naar de corresponderende behandeling in het eerste gedeelte (oud-vaderlandsch recht) verwezen worden, waardoor het tot zich nemen van den toch al vrij zwaren en moeilijk verteerbaren kost niet wordt veraangenaamd. — Ook zou m. i. 't wenschelijk zijn geweest, dat het principieele en meest algemeene onderwerp van het geheele proefschrift, de leer van de algemeene baattrekkingsactie (de *repetitio utilis*, door NABER — Themis, 1892, blz. 258 — beschouwd als *meer* dan een *desideratum* der toekomst en met name onzen pachtters vóór oogen gehouden) iets meer tot zijn recht was gekomen dan thans in den aanvang van het eerste hoofdstuk van het tweede gedeelte (bij „verrijking en indirecte

schenking'') het geval is. Nu schrijver op zijn weg dit onderwerp ontmoette, had een daarop iets dieper ingaan wel aanbeveling verdiend.

In het voorafgaande ligt de verklaring, waarom eene resumtie te dezer plaatse van den hoofdinhoud van het geschrift geen zin zou hebben en, naast de onvermijdelijke vluchtigheid eenerzijds, aan den anderen kant soms in herhalingen zou moeten vervallen. Doeltreffender schijnt 't eenige punten naar voren brengen, welke meer in 't bijzonder ook van de jurisprudentie der latere jaren de aandacht hebben getrokken en met name voor den jurist van meer belang kunnen worden geacht. Wij mogen dit dan onzerzijds doen in den vorm van eene vergelijking tusschen oud-vaderlandsch en hedendaagsch recht.

Zoo kunnen wij een parallel trekken tusschen het oud-vaderlandsche recht, waarin het niet meer aanwezig zijn van een privé-goed aanleiding gaf tot vergoeding *tenzij het tegendeel bewezen werd* (blz. 30) en de jurisprudentie van den Hoogen Raad, neergelegd in de arresten van 24 Februari 1911 en 11 Juni 1915 (blz. 78, 79), waarin insgelijks het voor den man strenge standpunt wordt ingenomen, dat *hij heeft te bewijzen*, dat *ondanks* zijne zorg als goed huisvader de privé-goederen der vrouw of de daarvoor in de plaats getreden gelden niet meer aanwezig zijn, m. a. w. dat hij aan dat niet meer aanwezig zijn geene schuld heeft, en alleen dan zich kan ontheffen van zijne uit zijn beheer voortvloeiende aansprakelijkheid. Afwijkend was het gevoelen van den advocaat-generaal Mr. LEDEBOER (in zijne conclusie vóór het eerstgenoemde arrest, W. 9146), die 't niet aannemelijk achtte, dat de wet eensdeels den man uitdrukkelijk bevoegd zou verklaren aan zijne echtgenootte eene algemeene machtiging te verleenen tot het voeren van een zelfstandig beheer, anderdeels hem voor de min gunstige uitkomst van dat beheer

onder alle omstandigheden verantwoordelijk zou stellen, en dus de volstrekte aansprakelijkheid van den man voor het beheer van de goederen zijner vrouw verwierp.

Een tweede parallel trekken wij — ten aanzien van de tijdens het huwelijk aangekochte goederen (koopgoed) — tusschen de Holland-Utrechtsche leer van het oud-vaderlandsch recht (blz. 28, 29), welke eenerzijds verwierp de opvatting dat de tijdens huwelijk aangekochte goederen *steeds gemeen zijn*, anderzijds verwierp het standpunt, dat alleen reeds de betaling met privé-gelden voldoende was om aangekocht goed tot privé-eigendom te maken, maar hiertoe *ook nog vorderde* de opnaamstelling in de koopakte, en de jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege, neergelegd in het arrest van 18 Juni 1909, W. 8881. Nu aan de dubbele voorwaarde was voldaan, dat de aankoop was geschied ten name van de vrouw en was geschied met haar privé-geld (aan haar vermaakt onder bepaling dat het buiten de huwelijksgemeenschap zou blijven), kon volgens den H. R. het aangekochte goed niet in de gemeenschap vallen. Van eene *fictie*, als hoedanig de eischeres in cassatie de beschouwing, dat het aangekochte goed in de plaats was getreden van de onder gemeld beding nagelaten gelden en dus een privé-karakter droeg, had betiteld, was dus geen sprake!

Ten aanzien van de veel besproken quaestie, of, nu onze wet in geval van verbetering van privé-goed op kosten van de gemeenschap het stelsel van *taxatie der waardevermeerdering* niet heeft aangenomen, vergoed moet worden de ten behoeve van de verbetering aan de gemeenschap *onttrokken som*, hebben wij al weder een aanknoopingspunt in het oud-vaderlandsch recht, waar — naast de verrijkingstheorie — ook gehuldigd werd de leer, dat deze aan de gemeenschap onttrokken som moet worden vergoed, eene leer welker toepassing in de praktijk zeker

bezwaren kan ontmoeten, maar welker theoretisch bestaansrecht schrijver (op blz. 36) m. i. terecht handhaaft. Het afwijkend vonnis van de Amsterdamsche rechtbank van 20 Januari 1898 bestrijdt hij dan ook (blz. 96 vlg.), als ingaande tegen het billijkheidsgevoel en tegen onze rechtshistorie, en als niet geboden door art. 216 B. W.

En ten slotte, wanneer de Hooge Raad in zijn belangrijk arrest van 11 Juni 1915 in geval van faillissement van den man de vrouw bevoegd verklaard om reeds nu, d. w. z. tijdens het bestaan van het huwelijk en de huwelijksgemeenschap, de haar persoonlijk toekomende rechten te doen gelden, art. 61 Faillissementswet hanteerende om den waan te verbreken, dat de vrouw pas zou kunnen ageeren wanneer het beheer van den man een eind heeft genomen (hetgeen bij faillissement *niet* het geval is), dan wordt daarmee het oud-vaderlandsch beginsel gehuldigd, dat de vrouw in het faillissement van haren echtgenoot kan opkomen als ware de gemeenschap reeds ontbonden, een beginsel, eveneens in den Code de Commerce neergelegd en ook overgegaan in ons art. 881 W. v. K., hetwelk immers bedoelde aan de vrouw een anticipatierecht te geven ten aanzien van de vorderingen, die zij tegen haren man zou hebben wegens het door dezen gevoerd beheer. Zie, behalve de conclusie van den procureur-generaal NOYON, ook in het bijzonder de uitvoerige aanteekening bij het arrest (W. 9873) van de hand van Prof. MELJERS.

Nog een woord over het rechtskarakter van de vergoedingsvordering. Ook hier heeft het oud-vaderlandsch recht ons veel te zeggen. De groote vraag is: persoonlijk of zakelijk karakter? Meer dan ééne aanwijzing is er, dat het antwoord in eerstgemelden zin zou moeten luiden. Zoo vinden wij gewag gemaakt (blz. 52) van eene personeele obligatie tot restoir. Zoo zien wij (blz. 53, 54),

dat de vergoedingsactie niet gebonden was aan de scheiding van de gemeenschap, maar ook kon worden ingesteld, indien er na de ontbinding des huwelijks geene scheiding plaats had, omdat de vrouw afstand deed. Zoo vinden wij (blz. 54) meermalen aan de vrouw toegekend eene stilzwijgende hypotheek op de goederen van den man tot verhaal van haren verdwenen aanbrenge of andere privé-goederen; de vergoedingsvordering richtte zich dus op de eigen goederen van den man. Analogie hiermede vertoont ons art. 1217 B. W., en het is dan ook o. a. de in dit artikel voor de vrouw opengestelde mogelijkheid om hypotheek te bedingen op het goed van den man tot meerdere zekerheid van hare vergoedingsvordering, welke schrijver insgelijks voor ons hedendaagsch recht doet besluiten tot het persoonlijk karakter van die vordering. Merkwaardig is, dat het oud-Fransche recht ten aanzien van deze vraag parallel liep met ons oud-vaderlandsch recht, totdat het eerste eene andere richting insloeg en het stelsel van de zakelijke werking ging huldigen.

Hebben wij in het voorafgaande een en ander van het belangrijkste van het proefschrift aangestipt en daardoor doen zien, dat dit op een beperkt gebied de gelegenheid bood tot het ontleden van menige gewichtige rechtsquaestie, dan worde daaraan toegevoegd, dat de schrijver zijne stof bleek meester te zijn, deze grondig heeft be-
 arbeid en meestal zijne conclusies op deugdelijke wijze wist te motiveeren. Eene enkele maal kon zijne uiteenzetting mij minder voldoen. Ik heb met name op het oog het gedeelte op blz. 79 en 80, waar hij scherp accentueert de tegenstelling tusschen de „rekenplichtigheid”, b.v. ten aanzien van een werkgever, die zijne arbeiders laat deelen in de winst zijner onderneming, en den verantwoordingsplicht. Deze uiteenzetting schijnt mij wat

haastig en daardoor niet volkomen juist. Zeker heeft de schrijver er geen bezwaar tegen, indien ik „rekeningplichtig” gelijk stel met „rekenplichtig”. Welnu! Het zal hem niet onbekend zijn, dat in de rekenplichtigheid de *verantwoording* een belangrijke factor is, ja! volgens sommigen de hoofdfactor is, en dat met name tegenover den arbeider-participant dit ook in de rechtspraak is erkend (zie het vonnis van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 7 Mei 1888, W. 5580, waarin het element van verantwoording sterk naar voren treedt, m. a. w. eene verplichting wordt aangenomen, veel strenger dan de „Auskunftertheilung” van BÄHR). Daarom is de door schrijver gemaakte tegenstelling tusschen rekeningsplicht eenerzijds en rekening- en verantwoordingsplicht anderzijds onjuist en werkt zij verwarrend. Het leerstuk van de rekenplichtigheid heeft te veel geleden onder het euvel van spraakverwarring en heeft eene scherp-omlijnende en streng-logische formuleering te zeer noodig, dan dat wij hier niet op den eisch van nauwkeurigheid bijzonderen nadruk zouden mogen leggen.

VAN GEUNS.

De Advocaat, door Mr. J. M. van Stipriaan
Luiseius, advocaat te 's-Gravenhage. —
Boekhandel voorheen Gebroeders BELINFANTE
1917, 3de druk.

„Er is geen schooner vak in de wereld dan de Advoca-
„tuur. Het is een vrij en edel beroep. De Advocaat heeft
„geen meester boven zich behalve zijn plicht en er
„is geen betrekking, waarin zooveel belangrijk werk
„kosteloos voor arme menschen wordt verricht. Om even-
„wel dat vak goed uit te oefenen moet de aanstaande
„Advocaat zijn plichten kennen. Het is niet voldoende
„een goed mensch te zijn. Ik wil trachten de plichten van
„een goed Advocaat voor hem uiteen te zetten. Wellicht
„willen ook anderen die uiteenzetting leeren kennen.
„Zonder goede Balie is er geen goed recht. Het recht te
„doen zegevieren is het vak van den Advocaat.”

Met deze inleiding begint het 28 bladzijden tellende boekje van den schrijver en zij karakteriseert het. In zijn verdiensten en in zijn gebreken.

In zijn verdiensten, want het is volkomen waar, dat zonder een goede balie er geen goed recht is te verkrijgen en men kan niet anders dan eerbied gevoelen voor de liefde, ja het enthousiasme van den schrijver voor zijn beroep, maar ook in zijn gebreken, want hij overdrijft en ik twijfel of hij steeds voldoende onbevangen is om juist te zien. Immers liefde maakt blind.

Nu moet men niet gelooven, dat de liefde van den schrijver voor zijn vak gelijk is aan die van pas verloofden,

die elkanders fouten niet willen en dikwijls ook niet kunnen zien.

Wanneer men meer dan dertig jaar een vak uitoefent, doet de verhouding waarin men daartoe staat meer denken aan echtgenooten, die hun zilveren bruiloft reeds hebben gevierd. Die kennen wel elkanders eigenschappen, maar daarom is hun beoordeeling daarvan niet altijd juist.

Schrijver laat dan ook niet na om in 18 hoofdstukken soms op een ietwat apodictischen toon de aandacht te vestigen op wat hij gebreken noemt. Dikwerf zal men het geheel met hem eens zijn, vermoedelijk zelfs het meerendeel van hen, die zich daaraan schuldig maken, maar het komt ook voor, dat als feil wordt gequalificeerd wat zeker niet iedereen verkeerd zal achten.

Wanneer de schrijver bijv. het pleiten of behandelen van een getuigenverhoor voor een andere rechtbank of een ander Hof, dan waarbij men is beëdigd afkeurt verliest hij m. i. uit het oog, dat wat voor 70 jaar nauwelijks voorkwam door de veranderde omstandigheden, nu men in één dag uit en thuis kan zijn, zeer natuurlijk is geworden. Waarom mag een advocaat, die zich in een zaak geheel heeft ingewerkt, deze niet voor het gerechtshof bepleiten, ook al woont hij in het ressort van een ander Hof? Wordt daardoor het belang van zijn cliënt of van de tegenpartij benadeeld?

Ik zal niet ontkennen, dat het feit, dat men tegenwoordig menigmaal „buiten af” gaat pleiten, de opeenhooping der cliëntèle bij betrekkelijk weinig kantoren in de hand werkt en een aurea praxis voor enkelen doet ontstaan, waar er vroeger een argentea praxis voor meerderen was, maar daarom is de zaak nog niet af te keuren.

En wanneer de schrijver zegt, dat een advocaat geen „kamerlid” mag zijn, betwijfel ik het of de vele leden onzer volksvertegenwoordiging, die tevens advocaat zijn,

dit oordeel zullen onderschrijven. De auteur zal hen als belanghebbenden als getuigen wraken. Het zij zoo, maar dan mag een niet-belanghebbende toch wel verklaren, dat hij in een reeks van jaren nooit heeft bespeurd, dat een advocaat-kamerlid de belangen van zijn cliënten minder goed behartigde dan andere confrères, die geen kamerlid waren.

Van het standpunt der advocatuur is tegen de combinatie niet veel aan te voeren, iets wat men als juist kan aannemen zonder van oordeel te zijn, dat de geschiedenis zou leeren, dat het voor een land een voordeel is, wanneer het parlement grootendeels is samengesteld uit leden der balie.

Zeker heeft de auteur ongelijk, wanneer hij er op wijzende, dat het veelvuldig voorkomt, dat een advocaat tevens directeur eener hypotheekbank is, daarop laat volgen: „Met straf moest bedreigd worden ieder Advocaat — het woord wordt steeds met een hoofdletter gedrukt — „die een winstgevend beroep er op na houdt”.

Dit is overdrijving die schaadt. Dat men de auri sacra fames en het virtus post nummos verwerpelijk acht, dat men toornst tegen advocaten, die als woekeraars of wat althans daarop bizonder veel gelijkt, optreden, wie zal dit niet billijken, maar waarom zou men de advocatuur oneer aandoen, wanneer men daarnaast een beroep uitoefent dat volmaakt honorabel is.

Moet dan de balie gesloten worden voor een ieder, die niet over voldoende vermogen beschikt om ook zonder beloonden arbeid te kunnen leven?

Want de schrijver geeft toe, betreurt het zelfs, dat in de balie enkelen een zeer groote, sommigen een behoorlijke en zeer velen geene of nagenoeg geene praktijk bezitten. Wanneer die velen niet buiten de advocatuur hun brood mogen verdienen, had bij de vele raadgevingen aan de jonge confrères gegeven nog gevoegd moeten worden, dat wanneer men niet vermogend is men geen advocaat moet worden.

Die raad geeft de schrijver niet. Meent hij wellicht, dat men ze toch niet zou opvolgen?

Ik zou zelfs verder willen gaan en het optreden van advocaten — niet van leden der rechterlijke macht — als commissarissen in naamlooze vennootschappen willen toejuichen.

Natuurlijk, dat zij dan moeten toezien en zich niet bepalen tot het innen van tantièmes. Doen zij dit, dan geeft hun aanwezigheid — natuurlijk, wanneer zij volkomen betrouwbaar zijn en als zoodanig bekend staan — aan het publiek een waarborg, dien men nu dikwijls zoekt in het commissarisschap van lieden wier honorabiliteit niet twijfelachtig is, maar die alle bekwaamheid om op de wijze, waarop de directie het beheer voert, toe te zien, missen.

Mr. VAN STIPRIAAN LUISCIUS wil van dit alles niets weten. „Een goed koopman is een slecht advocaat. De cliënt, die „bij den advocaat-koopman komt, *weet*, dat het doel van „zijn raadsman niet is hem te helpen, maar geld aan hem „te verdienen”.

Ik moet erkennen met dien cliënt niet veel meer medelijden te hebben dan met een snoek, die willens en wetens in de fuik zwemt. Dit echter daargelaten, niet in het koopman zijn, in het vóór alles geld willen verdienen ligt de fout bij den „advocaat-koopman”. En dat dit — het woord koopman nu in ruimen zin genomen, zoodat daaronder ook directeuren van hypotheekbanken, assurantiemaatschappijen en dergelijke vallen — een noodzakelijk gevolg der combinatie zou zijn, is niet bewezen en, naar ik meen, ook niet bewijsbaar.

De advocatuur eischt veel zelfopoffering, meer dan het publiek veelal aanneemt. Niet alleen, dat er voor on- en minvermogenden kosteloos veel arbeid verricht wordt, meer dan in een ander vak, nergens is de verzoeking om van het rechte pad af te wijken zoo groot als hier. Want

het is uiterst gemakkelijk, de risico is niet groot, bij zeker soort publiek geniet men er een merkwaardige populariteit door en zelfs het bereiken der summi honores staat het niet in den weg. Wanneer men desniettemin niet afwijkt, steeds fatsoenlijk blijft, is dit te prijzen. En wanneer onze balie over 't algemeen de achting van het volk heeft, dan is dit omdat er niettegenstaande het zooveen gezegde toch zooveel fatsoenlijke advocaten zijn.

Men declineert de advocatuur nog niet, wanneer men twijfelt of het prachtige opperkleed dat de schrijver, die aan de Fransche balie met haar fraaie phrases denkt, haar om de schouders wil hangen, wel daarop past.

Vooraf sedert de combinatie van advocatuur en procuraat en sinds velen in de advocatuur hun broodwinning zoeken, gelijkt onze balie — gesteld de Fransche staat inderdaad op het standpunt waarop zij zich plaatst — meer op de Engelsche sollicitors dan op de Fransche orde met hare inderdaad zeer schoone traditiën.

Edoch, men kan een uitmuntend mensch en tevens sollicitator zijn.

De schrijver wil de jongere confrères inlichten. Vooortreffelijk! Maar juist daarom moet men door overdrijving niet het doel voorbijstreven (1).

Dit alles doet aan de waardeering voor den geleverden arbeid evenmin te kort als de opmerking, die ik mij ten slotte veroorloof.

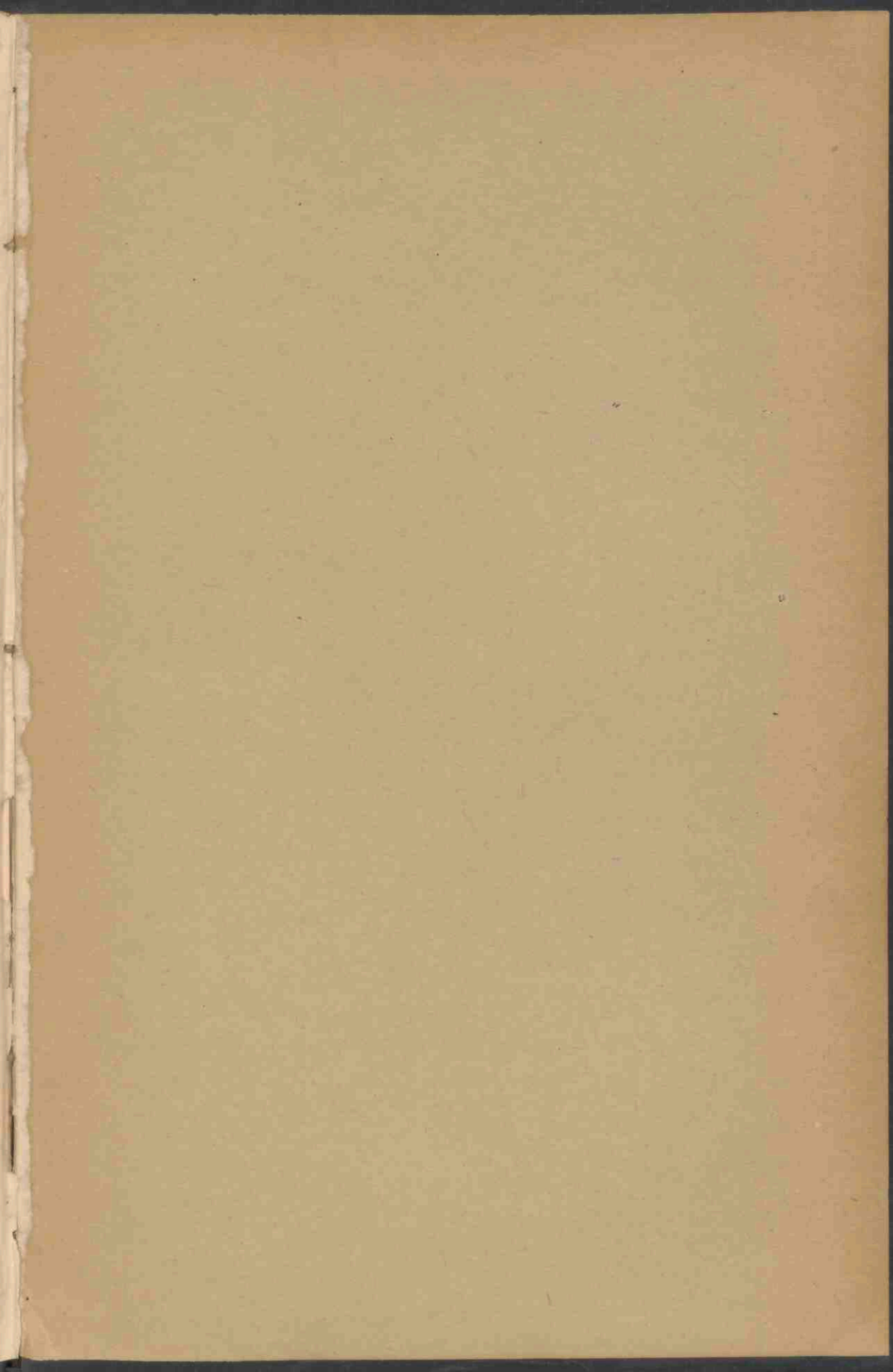
Het is een waarheid, dat het voor een jong advocaat soms moeilijk zal zijn om te weten wat wèl of wat niet geoorloofd is en het advies van een ouderen confrère kan

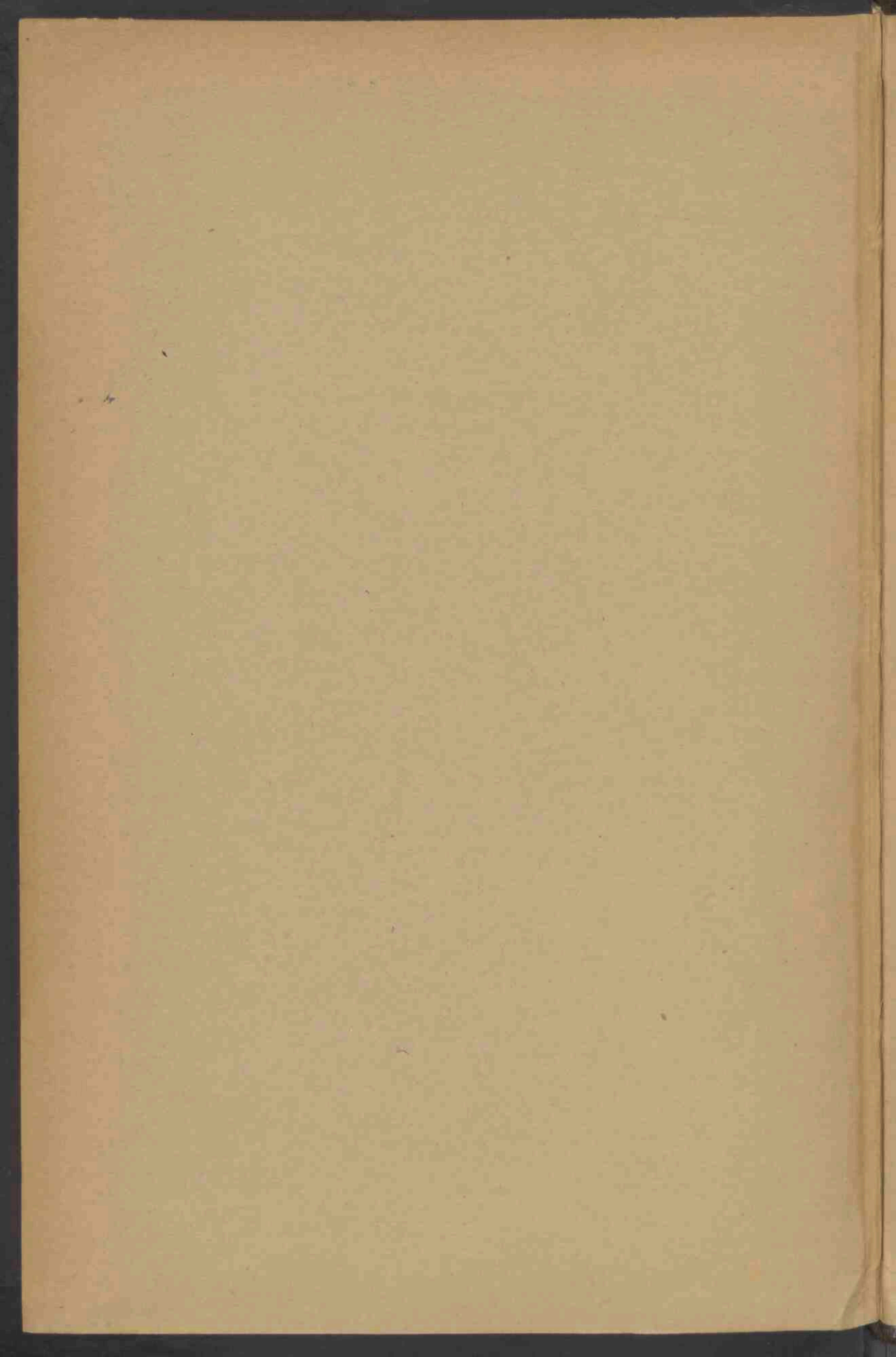
(1) Soms vraagt men zich af of de schrijver wel gedacht heeft aan de uitspraak van den Belgischen Minister van Justitie, zelf een geëerd advocaat, THONISSEN die men geciteerd vindt in een opstel van den oud-president van den Hoogen Raad EYSSELL in *Themis*, 1897, blz. 163. *Respectons le barreau, mais n'en faisons pas un fétiche.*

hem dan uitnemend van dienst zijn. Want, al zal de beste raadsman van den jongen man wel zijn geweten zijn, dat hem ook wel zonder adviezen van ouderen zal zeggen, dat men geen kwade zaken moet aannemen, niet eene procedure mag rekken uitsluitend om meer te kunnen declareeren, niet moet schelden en niet mag chicaneeren, in sommige gevallen is het niet gemakkelijk te weten of een verweer inderdaad chicaneus is. Soms is scherp zijn niet alleen geoorloofd maar bij de houding der tegenpartij geboden. Maar wanneer is dit het geval? Op die vragen geeft het boekje niet altijd een antwoord, het kan dit ook niet zonder in eene casuïstiek te vervallen.

De vraag mag echter rijzen of hier voor casuïstiek niet een zij het ook niet al te groote plaats had kunnen worden ingeruimd of het boek niet aan waarde had gewonnen, wanneer men er meer practische voorbeelden had aange troffen. Ik begrijp, dat de schrijver nu niet juist gaarne vertelt wat hij zelf in zijn praktijk van minder scrupuleuse confrères heeft moeten ondervinden en hoe hij evenals een ieder in zijn vak niet zonder schade is wijs geworden. Mij dunkt echter, dat er in het Weekblad van het Recht — men ga desnoods een tiental jaren terug — toch gevallen genoeg zijn te vinden waar het duidelijk is nu eens, dat men te doen heeft met een wel zeer scherpzinnig maar toch geoorloofd verweer dan weder met chicane.

Wanneer het werkje in dien geest werd aangevuld — er zullen nog wel meerdere drukken noodig zijn — zou het aan omvang en ook aan innerlijke waarde winnen.







F. H. DANNER
BOEKBINDERIJ
UTRECHT

